

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF120039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

## **Beschluss und Urteil vom 18. Februar 2013**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_,  
gegen

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

betreffend  
**Testaments- und Erbvertragseröffnung**

im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, geboren tt. Dezember 1952, von D.\_\_\_\_\_,  
E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, gestorben tt.mm.2012, wohnhaft gewesen in G.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern a.A.  
vom 12. Juni 2012 (Berichtigte Fassung vom 13. Juni 2012) EL120017

**Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern  
vom 12. Juni 2012 (Berichtigte Fassung vom 13. Juni 2012):**

1. Den Beteiligten wird je eine Kopie des Testamentes zugestellt. Das Originaltestament bleibt im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
2. Dem eingesetzten Alleinerben wird auf Verlangen der auf ihn lautende Erbschein ausgestellt, sofern dagegen seitens der gesetzlichen Erben oder anderen Berechtigten nicht innert Monatsfrist, von der Zustellung dieses Urteils an gerechnet, durch Eingabe an das Einzelgericht Einsprache erhoben wird.
3. Es wird davon Vormerk genommen, dass Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_, Rechtsanwältin, ... [Adresse], das Mandat als Willensvollsteckerin angenommen hat.
4. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben. Die Regelung des Nachlasses ist Sache der Erben.
- 5.-8. Kosten / Kostenbezug / Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 16/2 S. 4 f.)

**Berufungsanträge:**

- I. Es sei auf die vorliegende Berufung einzutreten.
- II. Es sei die berichtigte Fassung vom 13. Juni 2012 des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 12. Juni 2012 aufzuheben.  
Eventuell:  
Es sei die Sache an das Bezirksgericht Affoltern zurückzuweisen, damit es im Sinne der Begehren III. bis VI. neu entscheidet.
- III. Es sei die Erfüllung der im Testament vom 22. Februar 2011 enthaltenen Bedingung, gemäss welcher Herr B.\_\_\_\_ der Erblasserin direkt oder indirekt zu ihren Lebzeiten ein angemessenes Auskommen von mindestens CHF 140'000.-- jährlich gesichert habe, zu verneinen.
- IV. Es sei Herrn B.\_\_\_\_ die Erbeigenschaft als alleiniger eingetragener Erbe der Erblasserin sowie die Erbbescheinigung zu verweigern.
- V. Es sei Herrn A.\_\_\_\_ die Erbeigenschaft als gesetzlicher Erbe der Erblasserin zu erteilen.
- VI. Es sei Herrn A.\_\_\_\_ die Erbbescheinigung auszustellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

(act. 18 S. 8)

## Erwägungen:

### I.

1. C.\_\_\_\_\_, welche ihren letzten Wohnsitz in G.\_\_\_\_\_ hatte, verstarb am tt.mm.2012 im Alter von 59 Jahren in H.\_\_\_\_\_ [Staat in Europa] (act. 3/1-3). Als gesetzliche Erben hinterliess sie A.\_\_\_\_\_ (Sohn der vorverstorbenen Schwester der Erblasserin; nachfolgend: Berufungskläger) und I.\_\_\_\_\_ (Tochter des vorverstorbenen zweiten Sohnes der vorverstorbenen Schwester der Erblasserin; act. 4/1-8 und act. 16/2 S. 2 f.). Mit Eingabe am 17. Februar 2012 liess Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ dem Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Affoltern eine eigenhändige letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 22. Februar 2011 sowie eine Kopie des öffentlich beurkundeten Erbvertrages vom 18. April 1997 - abgeschlossen zwischen der Erblasserin, ihrem damaligen Ehemann B.\_\_\_\_\_ sowie ihren damaligen Schwiegereltern - zukommen und erklärte, das Amt der Willensvollstreckerin anzunehmen (act. 1; act. 2/1-2).

2. Die vorinstanzliche Erbenermittlung ergab, dass die Erblasserin als gesetzliche Erben den Berufungskläger und I.\_\_\_\_\_ hinterlassen hat, wobei diese im Urteil vom 12. Juni 2012 als pflichtteilsgeschützte Erben bezeichnet wurden (act. 6 = 16/1 S. 2 f.). Gestützt auf den Wortlaut des Erbvertrages vom 18. April 1997 und des Testamentes der Erblasserin vom 22. Februar 2011 wurde sodann erwogen, dass der von der Erblasserin geschiedene B.\_\_\_\_\_ eingesetzter Alleinerben der Erblasserin sei (act. 16/1 S. 3 f.). In diesem Sinne wurde erkannt, dass ihm auf Verlangen eine Erbbescheinigung ausgestellt werde, sofern dagegen seitens der gesetzlichen Erben oder anderen Berechtigten nicht innert Monatsfrist seit der Zustellung des Urteils Einsprache erhoben werde. Sodann wurde vorgemerkt, dass Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_ das Mandat der Willensvollstreckerin angenommen habe (act. 16/1 S. 4 f.).

Nach entsprechendem Hinweis der Willensvollstreckerin (act. 9) orientierte die Vorinstanz die Beteiligten mit Schreiben vom 13. Juni 2012, dass im Urteil vom 12. Juni 2012 die Erben (Berufungskläger und I.\_\_\_\_\_) fälschlicherweise als

pflichtteilsgeschützte statt als gesetzliche Erben bezeichnet worden seien. Da ihnen im Nachlass der Erblasserin keine Pflichtteilsrechte zukämen, sei die Testaments- und Erbvertragseröffnung in sinngemässer Anwendung von Art. 334 ZPO entsprechend zu berichtigen, wobei für den Fristenlauf die berichtigte Fassung relevant sei. Zusammen mit diesem Schreiben wurde den Beteiligten die berichtigte Fassung des Urteils vom 12. Juni 2012 zugestellt (act. 9; act. 10 = act. 16/2).

3. Gegen diesen Entscheid liess der Berufungskläger mit Eingabe vom 25. Juni 2012 rechtzeitig Berufung mit den vorstehenden Anträgen erheben (act. 11 Blatt 2; act. 18 und act. 21/1-2) und ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie Bestellung von Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren stellen (act. 22 und act. 23/1-13). Sodann liess er bei der Vorinstanz Einsprache gegen die Ausstellung eines auf B. \_\_\_\_\_ lautenden Erbscheines erheben (act. 20). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 14). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Der Berufungskläger verlangt in Ziff. II seiner Anträge, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben (act. 18 S. 8). Gestützt auf seine weiteren Anträge wird deutlich, dass sich die Berufung nur gegen die Auffassung der Vorinstanz richtet, B. \_\_\_\_\_ sei eingesetzter Alleinerbe der Erblasserin (act. 16/2 S. 4) und demnach gegen jene Anordnungen der Vorinstanz, welche mit der Erbenstellung als solcher in Zusammenhang stehen, von welcher der Berufungskläger im Dispositiv zufolge Verneinung seiner Erbberechtigung in den Erwägungen implizit ausgeschlossen wurde. Das ist in Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 2 und 4 des angefochtenen Urteils der Fall (act. 16/2 S. 4 f.). Die weiteren Anordnungen insbesondere auch die Kostenregelung blieben unangefochten.

2. Das Einzelgericht als zuständige Behörde für die Eröffnung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen (§ 137 lit. c GOG) ist auch zuständig für die Ausstellung von Erbscheinen nach Art. 559 ZGB (§ 137 lit. d GOG). Im Berufungsverfahren kann je nach Ausgang die vorinstanzliche Regelung der Berechtigung für den Erbscheinbezug im Ergebnis geändert oder bestätigt werden. So oder anders werden von der Rechtsmittelinstanz weder Erbbescheinigungen ausgestellt noch deren Ausstellung ausdrücklich verweigert, weshalb auf die entsprechenden Anträge des Berufungsklägers nicht einzutreten ist.

### III.

1. Vorweg ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht des Berufungsklägers, wonach er „unter Vorbehalt der Erkennung von Frau I.\_\_\_\_\_ als Erbin“ gesetzlicher Alleinerbe der Erblasserin sei (act. 18 Rz 7; act. 22 Rz 2), die gesetzliche Erbenstellung sowohl ihm als auch I.\_\_\_\_\_ zukommt und er im Rechtsmittelverfahren nichts vorbringt, was eine andere Beurteilung nahe legen würde. Auch die Vorinstanz hat entgegen seiner Behauptung nichts anderes erwogen (act. 16/2 S. 2 f.).

2.1 Der zwischen der Erblasserin, ihrem damaligen Ehemann B.\_\_\_\_\_ jun. sowie ihren damaligen Schwiegereltern Dr. B.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ am 18. April 1997 abgeschlossene Erbvertrag enthält neben Erbverzichtsklauseln der Parteien (act. 2/2 Ziff. 2) u.a. auch erbvertragliche Regelungen im Falle des Todes der Erblasserin. So wurde vereinbart, dass ihr gesamter Nachlass der Schwiegermutter J.\_\_\_\_\_ und im Falle deren Vorversterbens den gesetzlichen Erben der Erblasserin zustehe, wobei sie diesfalls berechtigt sei, anders und frei über ihren Nachlass zu verfügen (act. 2/2 Ziff. 3.2). In letzterem Sinne verfügte die Erblasserin im eigenhändig errichteten Testament vom 22. Februar 2011 denn auch das Folgende (act. 2/1):

„In Anwendung von Ziff. 3.2 des Erbvertrages verfüge ich über meinen Nachlass wie folgt:

1. Sämtliche bisherigen von mir errichteten Verfügungen von Todes wegen, ausser der Erbvertrag, werden hiermit widerrufen und durch diese Verfügung ersetzt.
2. Bei meinem Ableben vor meinem Ex-Ehemann, B.\_\_\_\_\_, geboren tt. März 1951, von F.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_/E.\_\_\_\_\_, setze ich ihn als Universalerben meines Nachlasses ein, unter der Bedingung, dass er mir direkt oder indirekt zu meinen Lebzeiten ein angemessenes Auskommen (mindestens CHF 140'000.- jährlich) gesichert hat.
3. Sollte B.\_\_\_\_\_ verstorben sein oder die Bedingung gemäss Ziff. 2 nicht erfüllt haben, werde ich zu einem späteren Zeitpunkt bestimmen.
4. Als Willensvollstreckerin setze ich Frau Dr. Y.\_\_\_\_\_, Rechtsanwältin, in ..., ein. Ihr steht Recht zur Substitution zu.“

2.2 Die Vorinstanz kam wie vorerwähnt zum Schluss, dass B.\_\_\_\_\_ unter Vorbehalt einer Einsprache der gesetzlichen Erben alleiniger Erbe der Erblasserin sei (vgl. Ziff. I.2; act. 16/2 S. 4).

3. Der Berufungskläger macht zusammenfassend geltend, die testamentarische Einsetzung von B.\_\_\_\_\_ als Alleinerben der Erblasserin sei von einer Suspensivbedingung abhängig. Indem die Vorinstanz B.\_\_\_\_\_ die alleinige Erbeigenschaft zuerkannt habe ohne jegliche Begründung bezüglich der Erfüllung der Bedingung, welche Frage namentlich im Lichte der Art. 482 Abs. 1, 483 Abs. 1, 559 Abs. 1 ZGB und 255 ZPO hätte geprüft werden müssen, sei sie ihrer Begründungspflicht offensichtlich nicht nachgekommen und habe Art. 29 BV verletzt. Das Gericht habe den Sachverhalt gemäss Art. 255 ZPO von Amtes wegen zu klären. Die Erfüllung der Bedingung sei eine Tatsache und müsse gemäss Art. 8 ZGB bewiesen werden. Solange die Bedingung nicht erfüllt sei, behielten die gesetzlichen Erben den Nachlass und da der Bedingungseintritt von der Vorinstanz überhaupt nicht geprüft worden sei, sei er auch nicht gegeben. Folglich komme B.\_\_\_\_\_ nicht die eingesetzte Alleinerbeneigenschaft zu und müsse der Nachlass an den Berufungskläger als gesetzlichen Erben der Erblasserin gehen (act. 18 S. 5-7; act. 22 S. 3).

4.1.1 Sinn und Zweck der Verkündung des letzten Willens eines Erblassers im Rahmen der Eröffnung von letztwilligen Verfügungen ist es, dass sich eine

neutrale Instanz mit der Verfügung befasst und diese der Einwirkung durch die Beteiligten entzogen wird. Im Rahmen der Testamentseröffnung ist im Hinblick auf die nach Art. 559 ZGB auszustellende Erbescheinigung insbesondere zu bestimmen, wer nach dem Wortlaut des Testamentes prima facie als Berechtigter daraus hervorgeht. Dem Einzelgericht als Eröffnungsbehörde (§ 137 lit. c GOG) steht nur eine vorläufige Prüfung und Auslegung des Testaments insoweit zu, als dies im Hinblick auf ihre nachfolgenden Anordnungen, wer und in welcher Stellung in das Eröffnungsverfahren einbezogen werden muss, unerlässlich ist. Die Eröffnungsbehörde hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, muss ihn aber nicht erforschen (eingeschränkte Untersuchungsmaxime, vgl. ZK ZPO-Chevalier, 2. Aufl., Zürich 2013, N 3 zu Art. 255 ZPO). Aus dem Zweck des Verfahrens ergibt sich, dass die Anordnungen der Eröffnungsbehörde nur provisorischer Natur sind und für das materielle Recht unpräjudizierbar wirken. Auch die Berufungsinstanz prüft lediglich, ob die Vorinstanz in diesem beschränkten Rahmen zutreffend verfahren ist. Ein endgültiger Entscheid darüber, wer Erbe ist, ergeht in diesem Verfahren somit nicht. Dieser Entscheid bleibt im Streitfall dem ordentlichen Gericht vorbehalten, welches auf Klage hin zu entscheiden hat (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl., Basel 2011, N 11 zu Art. 557 ZGB mit weiteren Hinweisen; Herzer, Die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone, Diss. Zürich 1976, S. 30 f. und 76). Die im Testamentseröffnungsverfahren getroffene provisorische Ordnung der Erbfolge wird nur definitiv, sofern Einsprache oder Anfechtung unterbleiben.

4.1.2 Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des Rechts angehört zu werden (Art. 29 Abs. 2 BV), welches die Verpflichtung der Gerichte mitumfasst, kurz die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt, ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die

mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1).

4.2 Im Zeitpunkt der Eröffnung von bedingten Verfügungen von Todes wegen kann a) die Bedingung bereits eingetreten sein, b) ihr Eintritt unmöglich geworden sein oder c) es herrscht Unsicherheit, ob die Bedingung noch eintreten werde (Herzer, a.a.O., S. 92). Gemäss dem eingereichten Testament erfolgte die Einsetzung von B.\_\_\_\_\_ als Alleinerbe unter der Bedingung, dass er der Erblasserin zu ihren Lebzeiten direkt oder indirekt ein angemessenes Auskommen im Wert von mindestens Fr. 140'000.-- jährlich sichert. Die Alleinerbeneinsetzung war somit eine suspensiv bedingte, wobei der Eintritt der Bedingung von Handlungen des Begünstigten zu Lebzeiten der Erblasserin abhängig gemacht wurde und somit im Zeitpunkt des Erbfalls für den eo ipso Erwerb der Alleinerbenstellung gegeben sein musste. Denn bei einer Suspensivbedingung erhält der eingesetzte Erbe, sofern der Erbfall und der Eintritt der Suspensivbedingung nicht auf den selben Zeitpunkt fallen, eine sogenannte Anwartschaft auf den Erhalt der Erbschaft. Fallen der Erbfall und der Eintritt der Suspensivbedingung jedoch auf den selben Zeitpunkt, wird die Verfügung zu einer unbedingten und die Anwartschaft somit zum Vollrecht (Arter, Auflagen und Bedingungen als Mittel der Nachlassgestaltung, Treuhand-Kammer [Hrsg.], ST 9/11 S. 745). Im Streitfall ist die Entscheidung über den Bedingungseintritt jedenfalls dem ordentlichen Gericht vorbehalten.

4.3 Die Vorinstanz erkannte auf Alleinerbschaft von B.\_\_\_\_\_ und ging somit stillschweigend vom Eintritt der testamentarischen Bedingung zu Lebzeiten der Erblasserin bzw. im Zeitpunkt des Erbfalls aus. Der Berufungskläger bestreitet im Rechtsmittelverfahren denn auch nicht, dass B.\_\_\_\_\_ die Erblasserin im Sinne der testamentarischen Bedingung unterstützt hat, sondern macht lediglich geltend, die Vorinstanz sei ihrer Begründungspflicht in Bezug auf die Erfüllung der Bedingung nicht nachgekommen bzw. habe die Erfüllung der Suspensivbedingung überhaupt nicht geprüft und deshalb sei vom Nichteintritt der Bedingung und



folglich davon auszugehen, er (der Berufungskläger) sei der Erbe der Erblasserin. Diesem Umkehrschluss ist nicht beizupflichten.

4.4.1 Die Testaments- und Erbvertragseröffnung erfolgte schriftlich (vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, a.a.O. N 19 zu Art. 557 ZGB), wobei die Vorinstanz gestützt auf die systembedingte beschränkte Möglichkeit der Auslegung der ihr vorliegenden erblasserischen Verfügung entschied, dass B.\_\_\_\_\_ als Alleinerbe in das Eröffnungsverfahren miteinzubeziehen ist. Somit ging sie wie vorerwähnt stillschweigend vom Eintritt der testamentarischen Bedingung im Zeitpunkt des Erbfalls aus. Diese provisorische Auslegung ist im Rahmen der vorinstanzlichen Entscheidungskompetenz bei Testamentseröffnungsverfahren und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass eine eingehende Prüfung des Bedingungseintritts den Rahmen des summarischen Testamentseröffnungsverfahrens sprengen würde, nicht zu beanstanden. Anders zu entscheiden wäre wohl dann, wenn der Nichteintritt der Bedingung eindeutig feststünde - weil er beispielsweise auf den Zeitpunkt nach dem Erbfall fällt -, oder der bedingt eingesetzte Erbe zufolge Vorversterbens zweifelsfrei nicht mehr existieren würde. Für den Bedingungseintritt spricht sodann die Tatsache, dass die Erblasserin in Ziff. 3 ihres Testamentes verfügt hat, sie werde "zu einem späteren Zeitpunkt bestimmen", sofern B.\_\_\_\_\_ die Bedingung nicht erfülle. Eine solche Ersatzanordnung der Erblasserin liegt jedoch nicht vor.

4.4.2 Selbst wenn die vom Berufungskläger gerügte Gehörsverletzung zufolge der von der Vorinstanz stillschweigend getroffenen Annahme des Bedingungseintritts zu bejahen wäre, stellt diese keine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs dar und wird dadurch geheilt, dass der Berufungskläger durch Mitteilung des angefochtenen Entscheides in das Testaments- und Erbvertragseröffnungsverfahren einbezogen wurde und sich vor der Berufungsinstanz umfassend äussern konnte. Dabei hat er nur die unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz gerügt, in der Sache die Erfüllung der Bedingung durch B.\_\_\_\_\_ wie gesagt jedoch nicht bestritten. Selbst bei Bejahung einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, da im Berufungsverfahren der vorinstanzliche Entscheid un-

ter Darstellung der wesentlichen rechtlichen und tatsächlichen Aspekte zum Bedingungseintritt im Ergebnis zu schützen ist und eine Rückweisung im vorliegenden Fall zu einem formalistischen Leerlauf führen würde.

4.4.3 Die Berufung ist nach dem Gesagten abzuweisen, soweit darauf eingetreten wurde, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern a.A. vom 12. Juni 2012 (Berichtigte Fassung vom 13. Juni 2012; EL120017) ist zu bestätigen.

5. Auf die weiteren Vorbringen des Berufungsklägers im Zusammenhang mit den wie geltend gemacht "merkwürdigen Umständen" des Todes der Erblasserin nach einem Unfall braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Die Testamentseröffnungsbehörde hatte entgegen der Ansicht des Berufungsklägers weder die Umstände des Todes der Erblasserin noch die Identität der Person zu ermitteln, welche über die Ausschaltung sämtlicher die Erblasserin am Leben erhaltender Apparate entschieden haben soll. Eben so wenig hatte die Vorinstanz im Rahmen des Testaments- und Erbvertragseröffnungsverfahrens - wie geltend gemacht - von Amtes wegen zu prüfen, ob ein Fall der Erbwürdigkeit vorliege (act. 18 S. 3 und 7).

#### IV.

1.1 Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint; die unentgeltliche Rechtspflege umfasst auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die gesuchstellende Person hat in ihrem Gesuch darzulegen, dass die Voraussetzungen für einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorliegen. Sie hat insbesondere ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse und die daraus abgeleitete Mittellosigkeit schlüssig darzulegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO).

1.2 Der Berufungskläger liess ausführen, von seinem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 3'081.62 würden vom Betreibungsamt des K. \_\_\_\_\_ monatlich Fr. 465.-- gepfändet. Unter Berücksichtigung des Existenzminimums von Fr. 1'200.--, des Mietzinses von Fr. 1'050.--, der Krankenkassenprämie von Fr. 235.15 sowie der Telefon- und Internetkosten von Fr. 100.-- bleibe ihm monatlich ein Betrag von Fr. 31.47 zur freien Verfügung. Über Ersparnisse verfüge er nicht. Gestützt auf die Darstellung des Berufungsklägers und der von ihm eingereichten Unterlagen ist seine Mittellosigkeit zu bejahen (act. 22 S. 4 f.; act. 23/2-13). Wenn auch die Berufung im Ergebnis abzuweisen ist, erscheint diese nicht als von vornherein aussichtslos, zumal sich die Vorinstanz zufolge stillschweigender Annahme des Bedingungseintritts zur bedingten Erbeinsetzung weder abstrakt noch konkret weitergehend geäußert hat und für den Berufungskläger somit nicht ohne Weiteres nachvollziehbar war, auf welche Überlegungen sie ihren Entscheid stützte. Unter diesem Gesichtspunkt scheint auch die anwaltliche Vertretung als geboten, zumal die Interessen des Berufungsklägers zufolge (wenn auch nur provisorischer und materiell unpräjudizieller) Aberkennung seiner Erbenstellung in schwerwiegender Weise betroffen sind.

2. Die Erblasserin wies Nachlasswerte in Höhe von ca. Fr. 6,5 Mio. auf (act. 5/4). Der Erbteil des Berufungsklägers, welcher zugleich für den Streitwert massgebend ist, beschlägt nach seiner Darstellung den gesamten Nachlass. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist daher in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des Verfassungsrang genießenden Äquivalenzprinzips auf Fr. 4'000.-- festzusetzen. Sie ist dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Im Kanton Zürich werden unentgeltliche Rechtsbeistände nach den Regeln der Anwaltsgebührenverordnung entschädigt. Der angemessenen Entschädigung, wie sie in Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO vorgesehen ist, kommt daher keine selbständige Bedeutung zu (vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 1 zu

Art. 122 ZPO). Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes - gegebenenfalls aufgrund der zuvor eingereichten Honorarnote im Sinne von Art. 105 ZPO - ist im Rahmen des vorliegenden Sachentscheides vorzunehmen (vgl. KU-KO ZPO- Jent-Sørensen, N 4 zu Art. 121 ZPO). Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§§ 1 Abs. 2 und 23 AnwGebV). Bei der Festlegung der Gebühr sind neben dem Streitwert auch die Verantwortung und der notwendige Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwaltes sowie die Schwierigkeit des Falles zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Berufungsklägers reichte eine achtseitige Berufungsschrift (act. 18) sowie einen sechsseitigen Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 22), welcher sich jedoch über weite Strecken mit der Berufungsschrift deckt, sowie diverse Beilagen ein (act. 22/1-2 und act. 23/1-13). Die vorinstanzlichen Akten sind nicht umfangreich und das Prozessthema nicht komplex. Die Prozessentschädigung ist daher in Anwendung der §§ 2 Abs. 1 und 2, 4 Abs. 1 und 2, 9, 11 Abs. 1 sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'500.-- festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern a.A. vom 12. Juni 2012 (Berichtigte Fassung vom 13. Juni 2012; EL120017) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.-- festgesetzt.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Dem Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Berufungsklägers im Berufungsverfahren mit Fr. 2'500.-- (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Rückforderung des Betrages gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 18 und 22, sowie – nach unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern a.A, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.
7. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6,5 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: