

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF130006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 10. April 2013

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Berufungskläger,

vertreten durch Fürsprecher X.\_\_\_\_\_,

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,

2. **C.**\_\_\_\_\_,

3. **D.**\_\_\_\_\_,

4. **E.**\_\_\_\_\_,

5. **F.**\_\_\_\_\_,

Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von G.\_\_\_\_\_, geboren tt. Januar 1931, von ..., und ..., gestorben am tt.mm.2012 in H.\_\_\_\_\_, wohnhaft gewesen ... [Adresse].

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 5. Februar 2013 (EL120259)

**Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Uster vom 5. Februar 2013 (act. 14):**

- "1. Der Inhalt der eröffneten letztwilligen Verfügungen vom 23. August 2009 und 3. April 2011 wird den Beteiligten durch Zustellung dieses Urteils mitgeteilt.
2. Den Erben wird gemäss Art. 559 ZGB auf Verlangen und nach Ablauf eines Monats seit Mitteilung dieses Urteils eine Erbenbescheinigung ausgestellt, sofern ihre Berechtigung nicht von einem gesetzlichen Erben oder einem aus einer früheren Verfügung Bedachten durch Einsprache beim Einzelgericht bestritten worden ist.
3. Es wird vorgemerkt, dass kein Willensvollstrecker bestimmt wurde.
4. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben.
5. Gerichtsgebühr
6. Kostenbezug
- 7/8. SM/RMB"

**Berufungsanträge:**

**des Berufungsklägers (act. 15):**

"1.1. Es sei festzustellen, dass die Erben 3 – 6 nicht aus dem Erbe ausgeschlossen sind;

1.2 Die Erben 3 – 6 seien (neben den Erben 1, 2, 7 und 8 und dem eingesetzten Erben A) als Erben der Erblasserin zu bezeichnen und auf der Erbenbescheinigung aufzuführen."

**Erwägungen:**

1. Am tt.mm.2012 verstarb die zuletzt in I.\_\_\_\_\_ wohnhaft gewesene G.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Erblasserin) (act. 10). Am 9. November 2012 reichte E.\_\_\_\_\_ eine eigenhändige letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 23. August 2009 sowie eine maschinengeschriebene letztwillige Verfügung ohne Unter-

schrift vom 3. April 2011 beim Bezirksgericht Uster offen zur amtlichen Eröffnung ein (act. 1-3). Mit Urteil vom 5. Februar 2013 teilte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster den Beteiligten den Inhalt der eröffneten letztwilligen Verfügungen von 23. August 2009 und 3. April 2011 mit (act. 14) und stellte den Erben 1 (Berufungsbeklagter 1), 2 (Berufungsbeklagter 2), 7 (Berufungsbeklagte 3) und 8 (Berufungsbeklagter 4) sowie dem eingesetzten Erbe A, F.\_\_\_\_\_, die Ausstellung eines Erbscheines in Aussicht (act. 14 Dispositiv-Ziffer 2 i.V.m. Erw. 3.4). In den Erwägungen führte die Vorinstanz aus, die Erblasserin habe in ihrem Testament vom 23. August 2009 die gesetzlichen Erben 3-6 (die Nachkommen des am tt.mm.2004 verstorbenen Sohnes der Erblasserin, J.\_\_\_\_\_), nämlich A.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_, von der Erbschaft ausgeschlossen und habe die gesetzlichen Erben 1, 2, 7 und 8 auf den Pflichtteil gesetzt. Die dadurch frei werdende Quote habe die Erblasserin den eingesetzten Erben D.\_\_\_\_\_ (gesetzliche Erbin 7), E.\_\_\_\_\_ (gesetzlicher Erbe 8) und F.\_\_\_\_\_ zugewendet (act. 14 Erw. 3.4).

2. a) Mit Eingabe vom 28. Februar 2013 erhob Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ namens A.\_\_\_\_\_ Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes vom 5. Februar 2013 mit oben aufgeführten Anträgen (act. 15). Mit Verfügung vom 7. März 2013 wurde ihm ein Kostenvorschuss auferlegt (act. 18), der rechtzeitig geleistet wurde (act. 20 i.V.m. act. 18 und act. 19).

b) In der Rechtsschrift wurde geltend gemacht, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe die Erblasserin die Erben 3-6 nicht von der Erbschaft ausgeschlossen. Ein Erbausschluss (Enterbung) sei rechtlich auch nicht zulässig. Dessen sei sich die Erblasserin bewusst gewesen und habe anerkannt, dass ihre vier Enkel A.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ "an J1.\_\_\_\_s [Spitzname, gemeint J.\_\_\_\_] Stelle erbberechtigt seien" und dass ihnen ein Anteil am Erbe zustehe. Die Erblasserin habe lediglich ihren Wunsch bzw. ihre Bitte geäussert, die Erben 3-6 mögen auf den ihnen zustehenden Anteil verzichten. Von einem Ausschluss könne jedoch nicht die Rede sein. Da die Erben 3-6 somit nicht von der Erbschaft ausgeschlossen

seien, hätten neben den vom Bezirksgericht Uster in der Ziffer 3.4. aufgeführten Personen (Erben 1, 2, 7 und 8 und der eingesetzte Erbe A) zusätzlich auch die Erben 3-6 als Erben der Erblasserin zu gelten (act. 15 S. 2).

3. Vorgängig ist festzuhalten, dass Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ lediglich von A.\_\_\_\_\_ bevollmächtigt wurde (act. 17) und deshalb dessen drei Geschwister nicht ins Rubrum aufzunehmen sind. Da aus einem Versehen der eingesetzte Erbe A, F.\_\_\_\_\_, nicht auf der Beklagtenseite des Rubrums aufgenommen wurde, ist das Rubrum entsprechend anzupassen. Dem Erbe A ist deshalb mit dem vorliegenden Urteil auch die Verfügung vom 7. März 2013 (act. 18) zuzustellen.
4. a) Zweck der Testamentseröffnung ist die Bekanntgabe des Verfügungsinhalts an die beteiligten Personen (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Auflage, Basel 2011, Art. 557 N 2). Zu diesem Zweck hat das Eröffnungsgericht eine vorläufige und unpräjudizielle Prüfung der letztwilligen Verfügung ohne materiell-rechtliche Wirkung vorzunehmen. Zur Klärung der Frage, wem nach Art. 559 ZGB eine Erbbescheinigung auszustellen sei und wie diese zu lauten habe, muss das Gericht das Testament provisorisch auslegen. Neben der Pflicht zur Erbenermittlung trifft das Gericht daher auch eine solche zur Prüfung, ob alle eingelieferten Dokumente nach ihrem Inhalt als eröffnungsfähige Willenserklärungen des Erblassers von Todes wegen erscheinen und *wer prima facie* als Berechtigter daraus hervorgeht, d.h. nach dem Wortlaut des Testaments vorläufig als Erbe oder Legatar zu gelten hat (BSK ZGB II, a.a.O., Art. 557 N 7 und 11). Über die formelle und materielle Rechtsgültigkeit der letztwilligen Verfügung bzw. die definitive Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse befindet das Eröffnungsgericht nicht. Dies bleibt im Streitfall dem ordentlichen Zivilgericht vorbehalten.

Auch bei der provisorischen Auslegung muss das Eröffnungsgericht jedoch nach billigem Ermessen entscheiden und - soweit erkennbar - auf den wahren Willen des Erblassers abstellen. Dabei ist in erster Linie zu ermitteln, was der Erblasser unter der im Testament enthaltenen Verfügung nach den konkreten Umständen subjektiv verstand und was er mit ihr wollte. Die Beru-

fungsinstanz prüft lediglich, ob das Eröffnungsgericht in diesem beschränkten Rahmen zutreffend verfahren ist.

b) Die Vorinstanz hat korrekt festgehalten, dass einzig das Testament vom 23. August 2009 massgebend sei, da die Erblasserin in ihrem maschinengeschriebenen Testament vom 3. April 2011 keine abweichenden Anordnungen zu ihrem Testament vom 23. August 2009 getroffen habe (vgl. act. 14 S. 3). In ihrem Testament vom 23. August 2009 hat die Erblasserin Folgendes ausgeführt (act. 2 S. 1-2):

"Ihr sollt den gesetzlichen Pflichtteil bekommen, B.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_, meine Tochter D.\_\_\_\_ und mein jüngster Sohn E.\_\_\_\_\_.

Da mein Sohn J1.\_\_\_\_ das erhebliche Darlehen nicht zurück bezahlt hat, möchte ich seine vier Söhne A.\_\_\_\_, K.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_ – da sie an J1.\_\_\_\_s Stelle erbberechtigt sind – aus dem Erbe ausschliessen. J1.\_\_\_\_ hat sehr gut für sie gesorgt – mich hat er im Stich gelassen – Ferner haben sie eine vermögende Mutter, so dass sie gut versorgt sind. Ich möchte sie deshalb bitten, ihren Anteil freizugeben, denn schliesslich ist dieser verlorene Darlehensbetrag ein verlorenes Erbe für meine Kinder. Das Darlehen ist ein Erbschaftsvorbezug von J1.\_\_\_\_\_.

Von meiner verfügbaren Quote soll 1/5 an meinen Enkel F.\_\_\_\_ gehen, Sohn von B.\_\_\_\_ und N.\_\_\_\_. Die restlichen 4/5 meiner verfügbaren Quote gehen zur Hälfte an meine Tochter D.\_\_\_\_, weil sie als Frau eine schlechtere Position hat für ein selbständiges Leben. Die andere Hälfte geht an meinen Sohn E.\_\_\_\_, weil er noch kleine Kinder hat und ich nicht weiss, wie lange er mit seinem kranken Herz noch für seine Kinder sorgen kann. ...  
."

c) Der Wortlaut des Testamentes ist klar. Der wahre Wille der Erblasserin ist, dass sie die vier Söhne von "J1.\_\_\_\_" (J.\_\_\_\_) von der Erbfolge ausschliessen wollte. Unmissverständlich führt sie wörtlich aus: "... möchte ich seine vier Söhne A.\_\_\_\_, K.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_ ... aus dem Erbe

ausschliessen". Sie selbst verwendet den Begriff "ausschliessen". Sie ist sich bewusst, dass diese vier Enkel an Stelle ihres Sohnes erbberechtigt sind, weist sie doch ausdrücklich auf deren Nacherbenstellung hin. Trotzdem führt sie sie im ersten Absatz nicht als Erben auf, die auf den Pflichtteil gesetzt werden. Sie macht auch keine weiteren Ausführungen zur Höhe des Darlehens, das sie als Erbvorbezug deklariert. Dies macht deutlich, dass sie ihren testamentarischen Anordnungen einen Ausschluss der vier Söhne von "J1. \_\_\_\_\_" zugrunde legt. Im Wissen um deren gesetzlichen Pflichtteil bittet sie ihre vier Enkel, "ihren Anteil freizugeben". Sinngemäss bittet sie also die Ausgeschlossenen, ihren (der Erblasserin) Willen zu wahren und das Testament nicht anzufechten.

d) Eine provisorische Auslegung der letztwilligen Verfügung vom 23. August 2009 ergibt deshalb, dass die Erblasserin inhaltlich in ihrem Testamenten einen Ausschluss der vier Enkel verfügt hat.

5. a) Indem der Berufungskläger die Verletzung des Pflichtteils der Erben 3-6 rügte, machte er geltend, die Erblasserin habe ihre Verfügungsbefugnis überschritten. Dies kann indes nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sein. Die Eröffnungsbehörde stellte einzig fest, was die Erblasserin inhaltlich in ihrem Testament verfügt hatte und zwar ungeachtet der Frage, ob zwingende Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, namentlich die Vorschriften betreffend den Pflichtteil verletzt sind. Ist der Berufungskläger der Ansicht, die Erblasserin habe zu Unrecht in seinen Pflichtteil eingegriffen, so hat er die letztwillige Verfügung entsprechend dem ausdrücklichen Hinweis im angefochtenen Entscheid auf dem Weg der gerichtlichen Klage - vorliegend mittels einer Herabsetzungsklage nach Art. 522 ZGB - anzufechten. Dabei wird er die Verjährungsfristen gemäss Art. 533 ZGB zu beachten haben.

b) Dies führt zur Abweisung der Berufung.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 (§§ 4 Abs. 2, 8

Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG) ist die Entscheidgebühr in Anbetracht des Streitwertes von Fr. 206'800.– (1/5 des Nachlasswertes von Fr. 1'034'000.–, vgl. act. 8) auf Fr. 1'100.– festzusetzen. Mangels Umtrieben sind den Berufungsbeklagten keine Entschädigungen zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 5. Februar 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'100.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Den Berufungsbeklagten wird keine Entschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten 1-4 unter Beilage eines Doppels von act. 15, an den Berufungsbeklagten 5 unter Beilage eines Doppels von act. 15 und act. 18, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster unter Beilage der Akten und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 206'800.– (1/5 von Fr. 1'035'000.–).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: