

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF130035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Urteil vom 6. August 2013

in Sachen

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

Berufungsklägerin,

gegen

**Kinderheim B.** \_\_\_\_\_,

Berufungsbeklagter,

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

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1932, von D. \_\_\_\_\_, gestorben  
zwischen dem tt. und tt.mm.2012, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksge-  
richtes Zürich vom 9. April 2013 (EL121014)

**Erwägungen:**

**I.**

1. Der Erblasser C. \_\_\_\_\_ verstarb zwischen dem tt. und dem tt.mm.2012 (act. 3). Sein Testament lautete wie folgt (ohne Wiedergabe der auszurichtenden Vermächtnisse in Ziff. 4 des Testaments und der Regelung hinsichtlich der Übergabe diverser Bankkärtli an Drittpersonen):

*"Ich der unterzeichnete C. \_\_\_\_\_ geb. tt.mm. 1932, von D. \_\_\_\_\_, wohnhaft an der ...strasse in E. \_\_\_\_\_, verfüge letztwillig was folgt:*

1. *Ich hebe alle meine bisher errichteten Verfügungen auf.*
2. *Als Alleinerbin meines gesamten dereinstigen Nachlasses setze ich die Gemeinde A. \_\_\_\_\_ ein mit der Auflage, dass das Vermögen zur Unterstützung junger Menschen eingesetzt wird, welche aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse keine Matura oder kein Studium absolvieren können.*

*Diese Erbeinsetzung steht unter der Bedingung, dass meine Beisetzung an der Urnenwand in der Gemeinde A. \_\_\_\_\_ mit einer Gedenktafel erfolgt.*

3. *Als Ersatzerbin für den Fall, dass die Gemeinde A. \_\_\_\_\_ nicht annimmt, bezeichne ich das Kinderheim B. \_\_\_\_\_ in F. \_\_\_\_\_.*
4. *Vorab sind folgende Vermächtnisse auszurichten:*  
*"...".*

*E. \_\_\_\_\_, den 14.08.2009*

*C. \_\_\_\_\_*

2. Mit Verfügung vom 1. Februar 2013 wurde den gesetzlichen Erben des Erblassers (Geschwister) sowie der Gemeinde A. \_\_\_\_\_ (als Alleinerbin unter einer Bedingung und einer Auflage) und dem Kinderheim B. \_\_\_\_\_ (als Ersatzerbin) je eine Fotokopie des Testaments zugestellt. Der Gemeinde A. \_\_\_\_\_ und dem Kinderheim B. \_\_\_\_\_ wurde eine Frist von je einem Monat angesetzt, um unter Beibringung entsprechender Unterlagen schriftlich mitzuteilen, wo die Beisetzung der

Urne des Erblassers stattgefunden habe oder noch stattfinden werde und ob es eine Gedenktafel gebe.

**3.** Mit Schreiben vom 14. Februar 2013 teilte die B.\_\_\_\_-Stiftung mit, sie nehme zur Kenntnis, dass sie gemäss Testament als Ersatzerbin ernannt werde. Bezüglich des Verbleibs der Urne des Erblassers lägen ihr keine Informationen vor. Sofern die Gemeinde A.\_\_\_\_ als Erbin ausgeschlossen und die B.\_\_\_\_-Stiftung als Nacherbin eingesetzt werde, werde letztere erst nach Vorliegen eines Vermögensinventars entscheiden, ob sie die Erbschaft antreten werde (act. 15).

**4.** Die Sachbearbeiterin G.\_\_\_\_ von der Gemeindekanzlei A.\_\_\_\_ reichte einen Kurzbericht ein, der vom 1. März 2013 datiert. Gemäss diesem ist der Erblasser auf dem Friedhof A.\_\_\_\_ beigesetzt worden. Seine Urne befinde sich bei der vorverstorbenen Ehefrau. Zudem gebe es keine Gedenktafel (act. 16).

**5.** Mit Urteil vom 9. April 2013 erwog die Vorinstanz, dass es gemäss Schreiben der Gemeinde A.\_\_\_\_ keine Gedenktafel für den Erblasser gebe. Bei einstweiliger Testamentsauslegung sei damit die Bedingung für die Erbeinsetzung der Gemeinde A.\_\_\_\_ nicht vollständig erfüllt. Gestützt auf die letztwillige Verfügung des Erblassers gelange daher das Kinderheim B.\_\_\_\_ zur alleinigen Erbfolge. Dem Kinderheim B.\_\_\_\_ werde auf Verlangen der auf sie als Alleinerbin lautende Erbschein ausgestellt (act. 22 = act. 24). Das Urteil vom 9. April 2013 wurde der Gemeinde A.\_\_\_\_ am 24. April 2013 zugestellt (act. 20).

**6.** Mit Eingabe vom 1. Mai 2013 erhob die Gemeinde A.\_\_\_\_ rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 9. April 2013 mit dem Antrag, dieses sei aufzuheben und die Erbeinsetzung sei zugunsten der Gemeinde A.\_\_\_\_ abzuändern (act. 23).

**7.** Mit Verfügung vom 6. Mai 2013 wurde der Gemeinde A.\_\_\_\_ Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren zu leisten (act. 26). Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 28).

**8.** Mit Verfügung vom 4. Juli 2013 wurde dem Kinderheim B.\_\_\_\_ Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 29). Mit Eingabe vom 12. Juli 2013

(Poststempel) erstattete das Kinderheim B.\_\_\_\_\_ fristgerecht die Berufungsantwort und stellte die folgenden Anträge (act. 33 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer)."

9. Die Berufungsantwort wurde der Gemeinde A.\_\_\_\_\_ am 15. Juli 2013 zugestellt (act. 35).

## II.

1. Die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ begründet ihre Berufung im Wesentlichen wie folgt: Die Urne des Verstorbenen sei auf Wunsch seiner Angehörigen am 10. November 2012 in der Urnenwand auf dem Friedhof A.\_\_\_\_\_, Grabstätte ..., in die bestehende Urnennische seiner Mutter H.\_\_\_\_\_ beigesetzt worden. Die Angehörigen hätten am 14. November 2012 eine Rechnung für die Grabplatzgebühr erhalten, welche einen Vorschlag für eine Beschriftung der neuen Urnenwandplatte enthalten habe. Die Angehörigen hätten auf die zusätzliche Beschriftung der Urnenwandplatte verzichtet, denn für das Jahr 2015 sei die Grabaufhebung der Sektion ... geplant. Die Umplatzierung der Urne des Verstorbenen mit neuer Urnenwandplatte sei jedoch vorgemerkt worden. Der Gemeinderat A.\_\_\_\_\_ habe an seiner Sitzung vom 18. Februar 2013 erfreut Kenntnis vom Testament und von der Erbinsetzung durch den Verstorbenen genommen. Der Gemeinderat sei bereit, die Bedingungen vorbehaltlos zu erfüllen. Nachdem die Beisetzung bereits am 10. November 2012 stattgefunden habe, habe nur noch für die Errichtung der Gedenktafel eine gute Lösung gefunden werden müssen. Der Gemeinderat habe der Gemeindeverwaltung den Auftrag für die erforderlichen Abklärungen und für die fristgerechte Unterbreitung eines entsprechenden Antwortschreibens ans Bezirksgericht erteilt. In der Folge sei es leider aufgrund personeller Unzulänglichkeiten auf der Gemeindeganzlei zu Missverständnissen in der Bearbeitung des Geschäfts gekommen. Anstatt antragsgemäss dem Gemeinderat die entsprechenden Anträge zu unterbreiten, habe die (unzuständige) Sachbearbeiterin auf der Gemeindeganzlei den missverständlichen Kurzbericht vom 1. März 2013 verfasst.

Richtig sei zwar in diesem Schreiben dargestellt worden, dass die Beisetzung erfolgt sei und dass vorderhand keine Urnenwandtafel bestehe. Falsch sei hingegen die Mitteilung, dass keine Gedenktafel erstellt werden solle. Vielmehr werde es in jedem Fall – wie beschrieben – eine Gedenktafel geben. Der Gemeinderat sei gewillt, die Auflagen und Bedingungen vollumfänglich zu erfüllen (act. 23).

2. Das Kinderheim B.\_\_\_\_\_ bringt in seiner Berufungsantwort Folgendes vor: Der Stellungnahme der Gemeindeganzlei vom 1. März 2013 sei klar zu entnehmen, dass es keine Gedenktafel gebe und auch nicht beabsichtigt sei, eine solche anzubringen. Angesichts dieser Ausgangslage erwiesen sich die Erwägungen der Vorinstanz als richtig. Da die testamentarische Bedingung offenkundig nicht erfüllt sei, stelle die Vorinstanz zu Recht fest, dass der Berufungsbeklagten der Erbschein auszustellen sei. Im Berufungsverfahren seien Noven nicht mehr unbegrenzt zulässig. Die Berufungsklägerin vermöge nicht darzulegen, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt seien. Damit seien die neuen Tatsachen und Beweismittel im vorliegenden Berufungsverfahren aus dem Recht zu weisen und nicht zu berücksichtigen (act. 33 S. 3). Dass der Kurzbericht vom 1. März 2013 von einer unzuständigen Person verfasst worden sei, ändere nichts an der rechtlichen Ausgangslage, sofern es sich dabei nicht vielmehr um eine Schutzbehauptung handle (act. 33 S. 4).

Im Sinne einer Eventualbegründung führt das Kinderheim B.\_\_\_\_\_ aus, die Erbinsetzung erfolge ausdrücklich unter der Bedingung, dass eine Gedenktafel angebracht werde. Die Unterbreitung eines blossen Vorschlages erfülle die Bedingung offenkundig nicht (act. 33 S. 5). In den weiteren Ausführungen bestätige die Berufungsklägerin einzig, dass die Gedenktafel bis heute nicht installiert sei. Seit Beisetzung der Urne seien gut acht Monate vergangen und die Berufungsklägerin habe die Bedingung einer Gedenktafel noch immer nicht erfüllt. Ob es sich die Berufungsklägerin zwischenzeitlich anders überlegt habe, ändere nichts an der Ausgangslage, zumal die fragliche Gedenktafel bis heute nicht angebracht worden sei (act. 33 S. 6 f.)

### III.

1. Die Testamentseröffnung nach Art. 556 ff. ZGB dient der Bekanntgabe des Verfügungsinhaltes und der Einräumung einer Kontrollmöglichkeit an die anwesenden Personen, sich vom Inhalt und Zustand der Urkunde selbst ein Bild machen zu können (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl. 2011, Art. 557 N. 2). Auf der einen Seite hat das Gericht somit die Erben zu ermitteln, um diese gegebenenfalls vorzuladen, damit sie von der letztwilligen Verfügung Kenntnis nehmen und in der Folge ihre Rechte wahren können (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl. 2011, Art. 557 N. 7 f.). Die Eröffnung ist Voraussetzung für die Ausstellung der Erbbescheinigung an eingesetzte Erben. Mit der Eröffnung beginnt aber auch die absolute zehnjährige Verwirkungsfrist für die Ungültigkeitsklage (Art. 521 ZGB), die Herabsetzungsklage (Art. 533 ZGB) und die Erbschaftsklage (Art. 600 ZGB) zu laufen (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl. 2011, Art. 557 N. 22). Andererseits hat das Eröffnungsgericht eine vorläufige Prüfung und Auslegung des Testaments vorzunehmen und im Hinblick auf die nach Art. 559 ZGB an die eingesetzten Erben auszustellende Erbbescheinigung insbesondere zu bestimmen, wer nach dem Wortlaut des Testaments prima facie als Berechtigter zu gelten hat. Diese Auslegung hat aber immer nur provisorischen Charakter; für das materielle Recht ist sie unpräjudiziell und hat keine materiell-rechtliche Wirkung (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl. 2011, Art. 557 N. 11). Über die formelle und materielle Rechtsgültigkeit der letztwilligen Verfügung und die definitive Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse befindet das Eröffnungsgericht somit nicht; dies bleibt im Streitfall dem anzurufenden ordentlichen Zivilgericht vorbehalten (anstatt vieler: ZR 77 [1978] Nr. 131, ZR 82 Nr. 66 und ZR 84 Nr. 90, je mit weiteren Hinweisen). Da im Testamentseröffnungsverfahren grundsätzlich kein materielles Recht entschieden wird und das Urteil dem ordentlichen Richter vorbehalten bleibt (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl. 2011, Vor Art. 551-559 N. 10), prüft die Kammer nach ständiger Praxis im Rechtsmittelverfahren auch lediglich, ob das Einzelgericht bei der Testamentseröffnung in diesem beschränkten Rahmen zutreffend verfahren ist (vgl. OGer ZH, LF110058 vom 14. Juli 2011 E. 2.2 und LF110047 vom 27. Juli 2011 E. 3.2 [[www.gerichte-zh.ch/entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide)]).

Es gilt somit zu prüfen, ob die Vorinstanz im Sinne einer vorläufigen Prüfung und Auslegung des Testaments davon ausgehen durfte, das Kinderheim B. \_\_\_\_\_ sei nach dem Wortlaut des Testaments prima facie zur alleinigen Erbfolge berechtigt.

**2.** Durch eine Bedingung wird Bestand oder Nichtbestand einer Verfügung von Todes wegen vom Eintritt einer zukünftigen ungewissen Situation abhängig gemacht. Bei der Auflage wird der Beschwerte zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet. Nur die Bedingung, nicht aber die Nichterfüllung der Auflage hat einen Einfluss auf den Bestand der Verfügung. Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht, die Auflage zwingt, aber suspendiert nicht. Ob im Einzelfall eine Bedingung oder eine Auflage vorliegt, ist durch Auslegung der Verfügung zu ermitteln; eine Vermutung im einen oder andern Sinn gibt es nicht (BSK ZGB II-D. Staehelin, 4. Aufl. 2011, Art. 482 N. 1).

**3.** Die Erfüllung der Bedingung kann von einem zufälligen Umstand, von der Handlung eines Dritten, aber auch von der Handlung des Bedachten abhängen. Dadurch kann auf die Handlungsweise des Bedachten Einfluss genommen werden. Durch das Vorversterben oder Ausschlagen bedingt ist eine Ersatzverfügung gemäss Art. 487 ZGB (BSK ZGB II-D. Staehelin, 4. Aufl. 2011, Art. 482 N. 5 f.). Unproblematisch sind diejenigen Bedingungen, deren Eintritt oder Ausfall vor dem Erbgang feststehen, die Verfügung wird zu einer unbedingten respektive tritt nie in Kraft. Durch Auslegung muss entschieden werden, ob der Eintritt der Bedingung auch nach dem Tod des Erblassers noch Rechtswirkungen haben soll, oder ob die Bedingung als definitiv ausgefallen zu gelten habe, wenn sie im Zeitpunkt des Erbganges nicht eingetreten ist. Kann die Bedingung auch noch später eintreten, ist zu unterscheiden zwischen der suspensiv-bedingten und der resolutiv-bedingten Erbeinsetzung. Bei der ersten wird der eingesetzte Erbe im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingungen eo ipso Erbe des Erblassers (bis zu diesem Zeitpunkt steht der Nachlass den gesetzlichen Erben zu), bei der zweiten fällt der Nachlass bei Eintritt der Bedingung an die gesetzlichen Erben zurück. Auch der Bedingungseintritt nach dem Tod des Erblassers lässt die Rechte des Erben eo ipso entstehen oder untergehen, ohne dass eine Ungültigkeitsklage erhoben werden müsste. Das Gesetz regelt ausführlich eine bestimmte Form der bedingten

Erbeinsetzung mit Bedingungseintritt nach dem Tod des Erblassers: die Nacherbeinsetzung. Es rechtfertigt sich daher, die entsprechenden Bestimmungen allgemein auf die bedingte Erbeinsetzung anzuwenden. Dies betrifft insbesondere die Anwartschaft des suspensiv-bedingten Erben und seine Sicherungsmittel. Auf die bedingten Verfügungen finden zudem subsidiär die Bestimmungen von Art. 151 ff. OR Anwendung. Das Gesetz nennt keine zeitliche Beschränkung für den Eintritt der Bedingung (BSK ZGB II-D. Staehelin, 4. Aufl. 2011, Art. 482 N. 7 ff.).

**4.** Zu unterscheiden gilt es hier zwischen potestativen und kasuellen Bedingungen. Bei der potestativen Bedingung kann das bedingende Ereignis in einer beliebigen Handlung einer Partei bestehen, bei der kasuellen Bedingung besteht die Bedingung im Eintritt einer von den Parteien unbeeinflussbaren Tatsache; deren Verwirklichung hängt von Handlungen Dritter oder sonstigen Ereignissen ab. Eine gesonderte Fallgruppe der potestativen Bedingungen bilden die Wollensbedingungen, bei denen es einzig auf eine Willenserklärung der berechtigten Partei ankommt (vgl. BSK OR I-Ehrt, 5. Aufl. 2011, Vor Art. 151-157 N. 8).

Tritt die (Suspensiv-)Bedingung nach dem Tod des Berechtigten ein, erwerben die Erben das unbedingte Recht. Potestativbedingungen können von den Erben erfüllt werden, indem sie die zum Gegenstand der Bedingung erhobene Handlung vornehmen (Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 78 N. 10). Fehlt die Vereinbarung eines Termins, bis zu dem die vereinbarte Bedingung eingetreten oder definitiv ausgefallen sein muss, ist durch Auslegung ein angemessener Zeitraum festzulegen, nach dessen Ablauf der Schwebezustand ein definitives Ende findet (BSK OR I-Ehrt, 5. Aufl. 2011, Vor Art. 151-157, N. 19).

**5.** Die Auflage ist eine Verfügung von Todes wegen, die einen gesetzlichen oder eingesetzten Erben (oder Vermächtnisnehmer) verpflichtet, etwas Bestimmtes zu tun oder zu unterlassen, wobei diese Verpflichtung nicht ein Forderungsrecht eines Berechtigten, sondern bloss einen klagbaren Anspruch der interessierten Personen auf Vollziehung begründet. Auflagen sind beispielsweise Bestimmungen über Abdankung und Bestattung (BSK ZGB II-D. Staehelin, 4. Aufl. 2011,



Art. 482 N. 14 ff.). Um eine Auflage handelt es sich ausserdem, wenn jemand verpflichtet wird, für die Anbringung einer Gedenktafel am Geburtshaus zu sorgen (BK ZGB-Weimar, 2009, Art. 482 N. 12). Eine erbrechtliche Begünstigung kann bei Nichterfüllung der Auflage nicht widerrufen werden. Es kann aber jeder, der an der Vollziehung der Auflage ein Interesse hat, dies in einer entsprechenden zivilrechtlichen Klage verlangen. Ist ein eingesetzter Erbe beschwert, wird die Auflage fällig, sobald ihm die Erbschaft ausgeliefert wurde. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Fälligkeit der Auflage sind dispositiver Natur, der Erblasser kann anderslautende Anordnungen treffen (BSK ZGB II-D. Staehelin, 4. Aufl. 2011, Art. 482 N. 25 und N. 30).

**6.** Gemäss Art. 487 ZGB kann der Erblasser in seiner Verfügung eine oder mehrere Personen bezeichnen, denen die Erbschaft oder das Vermächtnis für den Fall des Vorabsterbens oder der Ausschlagung des Erben oder Vermächtnisnehmers zufallen soll (Ersatzverfügung). Der Erblasser ist aber auch befugt, in seiner Verfügung den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft einem andern als Nacherben auszuliefern (Nacherbeneinsetzung, Art. 488 Abs. 1 ZGB).

Für den Begriff der Ersatzverfügung ist wesentlich, dass der Erblasser eine Anordnung für den Fall trifft, dass eine von ihm bedachte Person das ihr Zugewiesene aus seinem Nachlass nicht erhält oder annimmt. Trifft dieser Fall ein, so soll eine andere Person die Erbschaft erhalten. Die für das Wirksamwerden einer Ersatzverfügung massgeblichen Gründe des Wegfallens der in erster Linie bedachten Person sind nach dem Gesetzeswortlaut nur das Vorversterben und das Ausschlagen. Allgemein anerkannt ist aber als zureichender Grund für das Wirksamwerden einer Ersatzverfügung auch die Erbunwürdigkeit und die Ungültigkeit der betreffenden Verfügung zu Gunsten der in erster Linie Berufenen.

Für die Nacherbeneinsetzung ist wesentlich, dass aus der betreffenden Verfügung hervorgeht, welche zwei Personen zeitlich gestaffelt als Erben derselben Person vorgesehen sind, wobei die vorberufene Person nicht bloss den Nutzen und die Früchte erhalten soll, sondern die volle Eigentümerstellung, während den Nacherben vor dem Nacherbfall gar nichts zukommen soll, auch nicht eine bloss

formelle Eigentümerstellung, sondern einzig die der Nacherbeneinsetzung eigene Anwartschaft. Von der Ersatzverfügung unterscheidet sich die Nachverfügung dadurch, dass zwei Personen sukzessiv durch den Erblasser berufen werden, nicht aber alternativ (vgl. BSK ZGB II-Bessenich, 4. Aufl. 2011, Art. Art. 487 N. 1 und 4, Art. 488-492 N. 2 und Art. 488 N. 2).

#### IV.

1. Als klar erscheint, dass der Erblasser sicherstellen wollte, dass seine Erbschaft jungen Menschen in schwierigen finanziellen Verhältnissen oder Kindern zugutekommt. Eine Auslegung provisorischen Charakters deutet darauf hin, dass der Erblasser dabei primär an die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ (mit einer Auflage hinsichtlich des Kreises der bedachten jungen Menschen) und sekundär an das Kinderheim B.\_\_\_\_\_ dachte und zwar in dem Sinne, dass die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ als Erbin eingesetzt werden sollte und das Kinderheim B.\_\_\_\_\_ als deren Ersatzerbe gemäss Art. 487 ZGB. Eine sukzessive Erbeinsetzung, d.h. eine Nacherbeneinsetzung, scheint offenkundig nicht der Wille des Erblassers gewesen zu sein.

2. Gemäss Wortlaut von Ziff. 3 des Testaments gilt die Ersatzverfügung gewiss für den Fall, dass die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ die Erbschaft ausschlägt bzw. nicht annimmt, letzteres z.B., weil sie dem in Ziff. 2 umschriebenen Verwendungszweck der Erbschaft nicht nachkommen kann oder will. Der Verwendungszweck der Erbschaft wird vom Erblasser dabei im Übrigen als "Auflage" bezeichnet. Auch das Anbringen der Gedenktafel im Abs. 2 von Ziff. 2 (und deren Beibehaltung für eine gewisse Zeit, worin ja der Zweck der Tafel liegt) stellt an sich eine Auflage dar. Indessen wählte der Erblasser in diesem Zusammenhang ausdrücklich den Begriff der "Bedingung". Diese unterschiedliche Wortwahl in Ziff. 2 des Testaments legt es nahe, dem Erblasser sei die unterschiedliche Bedeutung der Begriffe "Auflage" und "Bedingung" sehr wohl bewusst gewesen und er habe sich hinsichtlich des Anbringens der Gedenktafel nicht mit einer "blossen" Auflage begnügen wollen, sondern dieses zur Bedingung – bzw. allgemeinsprachlich: zur Voraussetzung – der Erbeinsetzung der Gemeinde A.\_\_\_\_\_ erhoben.

**3.** Bei der Bedingung in Abs. 2 von Ziff. 2 handelt es sich um eine suspensive, die naturgemäss erst nach dem Tod des Erblassers eintreten kann, und zudem um eine potestative, deren Verwirklichung einzig vom Willen der Gemeinde A.\_\_\_\_\_ abhängt. Das erhellt im Übrigen, was ebenfalls als Nichtannahme der Erbschaft gemäss Ziff. 3 des Testamentes verstanden werden kann und im Rahmen einer prima facie Auslegung auch zu verstehen ist.

Abrundend anzumerken bleibt noch, dass die Ersatzverfügung zwar nicht für sämtliche bedingten Erbeinsetzungen in Frage kommt (vgl. Ziff. III./6. vorstehend), dass es aber kaum dem Willen des Erblassers entspricht, dass das Kinderheim B.\_\_\_\_\_ nur dann Ersatzerbin würde, wenn die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ das Erbe ausschläge, sondern auch dann, wenn die Bedingung in Abs. 2 der Ziff. 2 des Testaments nicht erfüllt würde. Es kann hier deshalb nicht der Grundsatz gelten, wonach bis zum Zeitpunkt des Eintritts der suspensiven Bedingung der Nachlass den gesetzlichen Erben zusteht (vgl. Ziff. III./3. vorstehend). Vielmehr muss der Nachlass dem "Ersatzerben" zustehen.

**4.** Die Beisetzung in der Urnenwand erfolgte bereits. Dieser Teil der Bedingung in Abs. 2 von Ziff. 2 des Testamentes wurde erfüllt. Der zweite Teil der Bedingung, das Anbringen der Gedenktafel, ist hingegen offensichtlich (noch) nicht erfolgt. Dies wird auch in der Berufung der Gemeinde A.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck gebracht (act. 23). Der blosse Hinweis darauf, dass eine Gedenktafel errichtet werde, genügt nicht. Es kann damit sowohl offen bleiben, ob die Sachbearbeiterin für die Erklärung, es gebe keine Gedenktafel (act. 16), zuständig war, als auch, ob es sich beim Hinweis in der Berufung um ein zulässiges Novum handelte. Die Bedingung ist (noch) nicht erfüllt.

**5.** Die Bedingung in Abs. 2 von Ziff. 2 des Testamentes wurde nicht befristet, was grundsätzlich die jederzeitige Anbringung einer Gedenktafel und damit die Erfüllung der Bedingung ermöglichen würde (mit Eintritt der Bedingung würde die Gemeinde A.\_\_\_\_\_ eo ipso Erbin des Erblassers). Bis zu welchem Zeitpunkt diese Möglichkeit offensteht oder offenstand, kann und darf hier allerdings nicht beurteilt werden.

6. Solange die Bedingung nicht eingetreten ist, ist das Kinderheim B.\_\_\_\_\_ Alleinerbin des Erblassers. Damit ist das vorinstanzliche Urteil nicht zu beanstanden. Die Berufung ist abzuweisen.

**V.**

1. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt gemäss Steuerausweis vom 13. November 2012 etwa Fr. 618'000.– (act. 18).

2. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der §§ 8 Abs. 3 und 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen, der unterliegenden Gemeinde A.\_\_\_\_\_ aufzuerlegen und von dem von ihr bereits geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

3. Die Berufungsklägerin ist zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung ist in Anwendung der §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 9 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV und unter partieller Berücksichtigung der eingereichten Honorarnote des Rechtsvertreters des Berufungsbeklagten (act. 34) auf Fr. 1'800.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich, 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. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 618'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: