

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150027-O/U,

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LF150029

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## **Beschluss und Urteil vom 15. Oktober 2015**

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,
2. **B.**\_\_\_\_\_,
3. **C.**\_\_\_\_\_,

Berufungskläger,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. \_\_\_\_\_,

Nr. 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_,

gegen

1. **D.**\_\_\_\_\_,
2. **E.**\_\_\_\_\_,
3. **Stiftung F.**\_\_\_\_\_ **Schweiz,**
4. **Schweizerisches Komitee für G.**\_\_\_\_\_,

Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von H. \_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1933, von Zürich, gestorben  
tt.mm.2015, wohnhaft gewesen ... [Adresse]

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Juni 2015 (EL150432)

**Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen,  
vom 11. Juni 2015**

(act. 19 = act. 21 = act. 37/19 = act. 37/21):

- "1. Den Beteiligten wird je eine Fotokopie der Testamente zugestellt. Die Originaltestamente bleiben im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
  2. Die eingesetzten Erben (Ziff. III/B/1-4) sind berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen.
  3. Der Erbschein wird ausgestellt, sofern die gesetzlichen Erben und/oder die Stiftung J.\_\_\_\_\_ dagegen nicht innert Monatsfrist, von der Zustellung dieses Urteils an gerechnet, durch Eingabe an das Einzelgericht Einsprache erheben.
  4. Es wird festgehalten, dass die Zürcher Kantonalbank das Mandat als Willensvollstreckerin abgelehnt hat.
  5. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben.  
Die Regelung des Nachlasses ist Sache der eingesetzten Erben.
  6. Die Kosten betragen:  
Fr. 5800.00      Entscheidgebühr  
Fr. 252.00      Barauslagen  
Fr. 6052.00      Kosten total.
  7. Die Kosten werden zu Lasten des Nachlasses mit separater Rechnung von D.\_\_\_\_\_ (Ziff. III/B/1) bezogen.
- [8.-9. Mitteilung, Rechtsmittel]"

**Berufungsanträge:**

der Berufungskläger 1 und 2 (act. 20 S. 2):

- "1. Es seien die Dispositiv Ziff. 2, Ziff. 3 und Ziff. 5 [des Urteils des Einzelgerichtes Erbschaftssachen vom 11. Juni 2015] aufzuheben.
2. Es seien die gesetzlichen Erben zur Erbfolge zu erklären. Es seien insbesondere die Berufungskläger [1 und 2] für berechtigt zu erklären, die Ausstellung eines auf sie lautenden Erbscheines zu verlangen.

3. Es sei dem Berufungskläger 2 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm als Rechtsvertreter der unterzeichnete Anwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_, ... [Ort], beizugeben.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bezirksgerichts Zürich, eventualiter zu Lasten aller Berufungsbeklagten."

der Berufungsklägerin 3 (act. 37/20 S. 2):

- "1. Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils vom 11. Juni 2015 seien aufzuheben und durch folgende Formulierung zu ersetzen:

'Die gesetzlichen Erben nämlich:

- B.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1932, von Zürich und ... ZH, wohnhaft ... [Adresse],
- A.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1922, von ... FR, wohnhaft ... [Adresse],  
sowie
- C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1937, von Zürich und ... SZ, wohnhaft ... [Adresse]

sind berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen.'

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Am tt.mm.2015 verstarb H.\_\_\_\_\_ geb. ..., geboren tt.mm.1933 (Erblasserin), mit letztem Wohnsitz in Zürich. Sie hinterliess als gesetzliche Erben die Berufungsklägerinnen 1 und 3 (halbbürtige Schwestern) und den Berufungskläger 2 (vollbürtiger Bruder; vgl. act. 19 S. 2).

In der Folge wurden dem Einzelgericht in Erbschaftssachen am Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) verschiedene Testamente der Erblasserin eingereicht (vgl.; act. 19 S. 1; die Testamente finden sich in beglaubigter Fotokopie in den beigezogenen Akten der Vorinstanz).

2. Am 11. Juni 2015 erliess die Vorinstanz das eingangs angeführte Urteil. Sie kam darin in vorläufiger Auslegung der Testamente zum Schluss, dass das Testament vom 20. März 2009 das für die Erbfolge massgebliche Testament sei und dass daher die darin bedachten Personen und Institutionen (im Einzelnen die Berufungsbeklagten 1 bis 4) als eingesetzte Erben zur Erbfolge gelangten. Folglich erkannte die Vorinstanz, dass diese Personen und Institutionen berechtigt seien, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen (vgl. act. 19).

Das Urteil vom 11. Juni 2015 wurde den Berufungsklägern 1 und 2 am 16. Juni 2015 und der Berufungsklägerin 3 am 17. Juni 2015 zugestellt (act. 17).

3. Mit Eingabe vom 26. Juni 2015, gleichentags der Post übergeben, erhoben die Berufungskläger 1 und 2 Berufung gegen das Urteil vom 11. Juni 2015 und stellten die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 20). Der Berufungskläger 2 ersucht zudem um unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands in der Person seines Rechtsvertreters (act. 20 S. 2). Die Berufung der Berufungskläger 1 und 2 wurde im vorliegenden Verfahren LF150027 angelegt.

4. Mit Eingabe vom 29. Juni 2015, gleichentags der Post übergeben, erhob auch die Berufungsklägerin 3 Berufung gegen das Urteil vom 11. Juni 2015 und stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge. Ihre Berufung wurde im Verfahren LF150029 angelegt (act. 37/20).

5 Mit Verfügung vom 30. Juni 2015 nahm die Vorinstanz Vormerk davon, dass die Berufungsklägerin 3 Einsprache gegen die Ausstellung der Erbscheine erhoben hatte, und hielt fest, dass kein Erbschein ausgestellt werde, solange die Einsprache zu Recht bestehe (act. 27 = act. 37/26).

6. Mit Verfügung vom 2. Juli 2015 im Verfahren LF150027 wurde der Berufungsklägerin 1 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 1'500.00 angesetzt. Gleichzeitig wurde der Berufungskläger 2 aufgefordert, die Begründung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zu ergänzen (vgl. act. 25).

Der Berufungskläger 2 liess in erstreckter Frist weitere Unterlagen nachreichen (act. 29-32/5).

Die Berufungsklägerin 1 leistete den Vorschuss innert Frist nicht (act. 33). Mit Verfügung vom 10. September 2015 wurde ihr eine Nachfrist angesetzt, um den Vorschuss zu bezahlen (act. 34). Auch diese Frist verstrich ungenutzt (vgl. act. 35, 36).

7. Mit Verfügung vom 2. Juli 2015 im Verfahren LF150029 wurde auch der Berufungsklägerin 3 Frist angesetzt, für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.00 zu leisten (act. 37/24). Die Berufungsklägerin 3 leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 37/25, 37/28).

8. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-17). Von der Einholung von Berufungsantworten wurde abgesehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Den Berufungsbeklagten sind mit dem vorliegenden Entscheid noch die Doppel der act. 20, 31, 37/20 und 37/30 zuzustellen, und den Berufungsklägern je eine Kopie von act. 38.

## II.

### 1. Vorbemerkungen:

1.1 Das vorliegende Verfahren betrifft die Eröffnung einer letztwilligen Verfügung; den Erben wird die gesetzliche Erbbescheinigung in Aussicht gestellt. Die Bestimmung der dafür zuständigen Behörde liegt in der Kompetenz der Kantone (Art. 54 Abs. 1 SchT ZGB i.V.m. Art. 557 Abs. 1 ZGB). Im Kanton Zürich ist das örtlich zuständige Einzelgericht mit dieser Aufgabe betraut (§ 137 lit. c GOG). Die entsprechenden Entscheide ergehen im summarischen Verfahren (vgl. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, Vorbemerkungen zu §§ 137 ff., N 1-4).

Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 ZPO). Vorausgesetzt ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dieser ist angesichts der vorliegenden Verhältnisse (vgl. act. 11 sowie nachfolgend unter Ziff. III.) gegeben.

1.2 Die zuständige Behörde – im Kanton Zürich wie bereits erwähnt das Einzelgericht – hat bei ihr eingereichte Testamente binnen Monatsfrist zu eröffnen. Daraufhin, nach Ablauf eines Monats seit der Eröffnung, wird den eingesetzten Erben auf ihr Verlangen die Erbbescheinigung ausgestellt, sofern die gesetzlichen Erben oder die aus einer früheren Verfügung Bedachten nicht ausdrücklich deren Berechtigung bestritten haben (Art. 559 Abs. 1 ZGB). Auch den gesetzlichen Erben wird von Lehre und Praxis ein Anspruch auf Ausstellung einer Erbbescheinigung unter den entsprechenden Voraussetzungen zuerkannt. Der Zweck der Erbbescheinigung besteht darin, den berechtigt erscheinenden Erben einen provisorischen Ausweis über ihre Stellung zu geben und ihnen die gemeinschaftliche Inbesitznahme der Nachlassgegenstände zu ermöglichen (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 4. Auflage 2011, Art. 559 N 3, 6).

In der Praxis wird die Ausstellung der Erbbescheinigung an die berechtigt erscheinenden Personen mit der Testamentseröffnung bereits in Aussicht gestellt, unter Hinweis auf die Möglichkeit der Einsprache, welche der in Art. 559 Abs. 1

ZGB erwähnten "Bestreitung" entspricht. Bei dieser Mitteilung steht der zuständigen Behörde eine gewisse Kognitionsbefugnis zu, wem aufgrund der eröffneten Verfügung eine Erbbescheinigung auszustellen und wer darin als Erbe aufzunehmen sein wird. Die Behörde hat dabei einen vorläufigen Entscheid zu treffen, wer ihrer Meinung nach zur Erbengemeinschaft gehört und wer nicht. Diese Auslegung ist – wie die bei der tatsächlichen Ausstellung der Erbbescheinigung vorgenommene – provisorisch und hat keinerlei materielle Bedeutung für die Rechte der in der Erbbescheinigung aufgenommenen oder nicht aufgenommenen Personen (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 4. Auflage 2011, Art. 559 N 3, 19, 32 f.).

1.3 Die Berufungsklägerin 3 hat die in Aussicht gestellte Ausstellung der Erbbescheinigung mit der erhobenen Einsprache (vorne I./5.) einstweilen bereits verhindert. Das hat aber keine weitere Wirkung als diejenige, dass die Erbbescheinigung gestützt auf die angefochtene Verfügung derzeit nicht ausgestellt werden kann (vgl. im Einzelnen BSK ZGB I-KARRER/VOGT/LEU, 4. Auflage 2011, Art. 559 N 13). Das ändert am Rechtsschutzinteresse bzw. an der Beschwer der Berufungskläger mit Blick auf die erhobenen Berufungen nichts. Die Berufungskläger haben ein schützenswertes Interesse daran, dass ein nach ihrem Standpunkt richtiger Erbschein in Aussicht gestellt (und hernach ausgestellt) wird, mit dem sie sich einstweilen als Erben des Erblassers ausweisen und den Nachlass gemeinschaftlich in Besitz nehmen können. Das können sie mit den vorliegenden Berufungen ungeachtet der Einsprache gegen den angefochtenen Entscheid erreichen (vgl. OGer ZH LF140037 vom 30. Juni 2014, E. II./3.).

Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet erhobenen Berufungen der Berufungskläger 2 und 3 ist daher einzutreten.

1.4 Die Berufungsklägerin 1 leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren wie eingangs erwähnt auch innert der ihr angesetzten Nachfrist nicht (vgl. vorne I./6.). Auf ihre Berufung ist daher androhungsgemäss (vgl. act. 34) nicht einzutreten.

## 2. Vereinigung:

Die Berufungen des Berufungsklägers 2 (und diejenige der Berufungsklägerin 1, auf die nicht einzutreten ist) wurden im vorliegenden Verfahren LF150027 angelegt, diejenige der Berufungsklägerin 3 im Verfahren LF150029. Beide Verfahren befinden sich im gleichen Stadium. Die Berufungen wurden zwar von verschiedenen gesetzlichen Erben erhoben. Alle Berufungskläger streben indes übereinstimmend die Feststellung an, dass *alle* gesetzlichen Erben zur Erbfolge zu erklären seien bzw. dass *allen* gesetzlichen Erben (d.h. den drei Berufungsklägern) die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins in Aussicht gestellt werde. Aufgrund der in dieser Situation bestehenden Gefahr einander widersprechender Urteile rechtfertigt es sich, die beiden Berufungsverfahren zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO; vgl. KUKO ZPO-WEBER, 2. Auflage 2014, Art. 125 N 5). Die Verfahren sind unter der Geschäftsnummer LF150027 weiterzuführen. Das neuere Verfahren LF150029 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

## 3. Ausgangslage:

Für die diesem Entscheid zugrunde zu legende einstweilige Testamentsauslegung (vgl. vorne II./1.2) ist von der folgenden Ausgangslage auszugehen (die Testamente finden sich in nicht akturierter Fotokopie in den Akten der Vorinstanz):

Mit einem ersten Testament (T 1) vom 18. Juli 2004 traf die Erblasserin Anordnungen lediglich für den Fall, dass sie vor ihrem Ehemann oder gleichzeitig mit ihm versterben würde. Für den ersten Fall setzte die Erblasserin ihren Ehemann als Alleinerben ein, und für den zweitgenannten Fall setzte sie die Berufungsbeklagten 1 und 2 (die Nichte des Ehemanns der Erblasserin und deren Tochter) zu gleichen Teilen als Erbinnen ein. Dieses Testament hat heute für die Erbfolge keine Bedeutung mehr, da der Ehegatte der Erblasserin vor ihr verstarb (im Jahr 2008, vgl. act. 19 S. 4).

Mit einem zweiten Testament (T 2) vom 20. März 2009 setzte die Erblasserin neben der Anordnung der Willensvollstreckung und der Zuwendung von Ver-

mächtnissen die Berufungsbeklagten 1 bis 4 als ihre Erben ein (die Berufungsbeklagten 1 und 2 zu je drei Zehnteln, die Berufungsbeklagten 3 und 4 zu je zwei Zehnteln).

Mit einem dritten Testament (T 3) vom 4. April 2011 samt einem Nachtrag vom gleichen Datum hob die Erblasserin alle ihre bisherigen letztwilligen Verfügungen auf, ordnete erneut die Willensvollstreckung an und setzte die Stiftung J. \_\_\_\_\_ als Alleinerbin ein.

Mit einem vierten Testament (T 4) vom 5. Dezember 2013 widerrief die Erblasserin das dritte Testament (T 3) vom 4. April 2011 ausdrücklich und wies darauf hin, dass somit das erste Testament (T 1) vom 18. Juli 2004 wieder gelte.

#### 4. Zum angefochtenen Entscheid:

Die Vorinstanz erwog, es stehe fest, dass die Erblasserin das Testament T 3 samt Nachtrag widerrufen habe. Unklar sei dagegen, was die Erblasserin mit dem Aufleben des Testaments T 1 habe bezwecken wollen, da sie darin lediglich für den Fall verfügt habe, dass sie vor oder gleichzeitig mit ihrem Ehemann versterben würde. Würde man alleine auf dieses Testament T 1 abstellen, so kämen mangels Anordnungen für den Fall des Nachversterbens die gesetzlichen Erben zur Erbfolge. Allerdings sei mit dem in T 4 vorgenommenen Widerruf des Testaments T 3 (vom 4. April 2011) auch die Aufhebung der vor dem 4. April 2011 verfassten Testamente hinfällig, mithin auch der Widerruf des früheren Testaments T 2, welches (da nach dem Ableben des Ehemanns verfasst) Anordnungen für den eingetreten Fall des Nachversterbens enthalte. Im Sinne einer einstweiligen, den Richter in einem ordentlichen Verfahren nicht bindenden Auslegung sei daher auf das Testament T 2 vom 20. März 2009 abzustellen (act. 19 S. 4).

#### 5. Ausführungen der Berufungskläger:

Der Berufungskläger 2 lässt ausführen, die Erblasserin habe mit dem Testament T 4 keinen Widerruf des Testaments T 2 beabsichtigt. Andernfalls hätte sie nicht ausdrücklich das Testament T 1 für gültig erklärt. Das Testament T 1 (welches die Erblasserin ausdrücklich für gültig erklärt habe) kön-

ne nur gelten, wenn das Testament T 2 keine Wirkungen entfalte. Das Abstellen auf das Testament T 2 verstosse daher gegen den Wortlaut des (neusten) Testaments T 4. Dieser Wortlaut sei klar und eindeutig. Was die Erblasserin damit genau habe bezwecken wollen, habe das Gericht hinsichtlich der Testamentseröffnung nicht zu interessieren. Da somit das Testament T 1 für die Erbfolge massgeblich sei, seien die gesetzlichen Erben erbberechtigt (act. 20 S. 3 f.).

Die Berufungsklägerin 3 stellt sich auf den im Ergebnis gleichen Standpunkt, dass die Vorinstanz die tatsächlichen Verhältnisse verkenne, wenn sie ausführe, der Wille der Erblasserin sei unklar. Dieser Wille gehe ausdrücklich aus dem neuesten Testament T 4 hervor, indem auf das Testament T 1 vom 18. Juli 2004 verwiesen werde. Offenbar habe die Erblasserin damit die gesetzliche Erbfolge wiederherstellen wollen. Daran sei nichts unklar, womit sich eine Auslegung erübrige (act. 37/20 S. 5 f.).

## 6. Würdigung:

6.1 Letztwillige Verfügungen sind nach dem Willensprinzip auszulegen. Massgeblich ist stets der wirkliche Wille der Erblasserin. Zu fragen ist daher, was die Erblasserin mit ihrer Formulierung meinte und zum Ausdruck bringen wollte (BSK ZGB II-BREITSCHMID, 4. Auflage 2011, Art. 469 N 24). Dabei ist – so richtig die Berufungsklägerin 3 – nach bundesgerichtlicher Praxis in der Regel nicht von einem klaren Wortlaut abzuweichen (BGE 131 III 106, vgl. act. 37/20 S. 6). Das gilt allerdings nicht im Sinne einer unumstösslichen Regel. Das Bundesgericht spricht vielmehr von einer Vermutung, dass Gewolltes und Erklärtes übereinstimmen würden. Indessen könne sich, so das Bundesgericht weiter, die vom Erklärenden verwendete Bezeichnung oder Ausdrucksweise als missverständlich oder als unrichtig erweisen, sei es wegen eines blossen Verschriebs, oder sei es, weil Ausdrücke in einer von der Verkehrs- oder Rechtssprache abweichenden Bedeutung verwendet wurden. Nach der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 18 Abs. 1 OR, die bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen sinngemäss heranzuziehen sei (Art. 7 ZGB), sei der wirkliche Wille beachtlich, nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise (BGE 131 III 106 E. 1.2).

Die sogenannte Eindeutigkeitsregel (wonach bei für sich betrachtet klarem Wortlaut eine Auslegung zu unterbleiben hätte) wird – das geht auch aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid hervor – im Schrifttum zu Recht verworfen (vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, 5. Auflage 2015, Art. 469 N 26).

6.2 Der Wortlaut des massgeblichen neuesten Testaments T 4 vom 5. Dezember 2013 enthält mit dem vorgenommenen Verweis auf ein anderes Testament und der Aufhebung eines weiteren Testaments an sich wenig Unklarheiten. Das heisst nach dem soeben Gesagten aber nicht, dass eine Auslegung des Textes zu unterbleiben hätte. Ohnehin liegt mit den vorgenommenen Verweisen auf andere Verfügungen nicht eine derart klare Situation vor, wie es etwa der Fall wäre, wenn die Erblasserin in ihrem neusten Testament selber klar angegeben hätte, was sie zu diesem Zeitpunkt anordnen wollte. Der Text des neuesten Testaments selber gibt für sich alleine (also ohne Konsultation der weiteren Testamente, auf die verwiesen wird) keine Antwort auf die Frage, was die Erblasserin damit erreichen wollte.

Die von der Erblasserin in ihrem Testament T 4 ausdrücklich verfügte Aufhebung des Testaments T 3 führt in logischer Konsequenz dazu, dass das nächst frühere Testament T 2 wieder auflebt. Dieses Testament hat die Erblasserin sodann nicht aufgehoben. Sie erwähnte es allerdings auch nicht, sondern wies abschliessend lediglich darauf hin, das Testament T 1 gelte somit wieder. Dabei kann durchaus argumentiert werden, dass der ausdrückliche Hinweis auf das erste Testament T 1 die Aufhebung des Testaments T 2 mit umfasse (so die Berufungsklägerin 3, act. 37/20 S. 5). Das würde zum Schluss führen, dass das Testament T 1 massgeblich wäre. Da dieses für den Fall des Nachverstehens der Erblasserin nach ihrem Ehemann nichts anordnet, wäre konsequenterweise von der gesetzlichen Erbfolge auszugehen.

Ob das der Wille der Erblasserin war, ist jedoch nicht ohne weiteres klar. Die Situation mit drei früheren Testamenten, von welchen die Erblasserin auf eines ausdrücklich verwies, ein weiteres ausdrücklich aufhob und ein drittes nicht erwähnte, ist relativ komplex. Dass die Vorinstanz vor diesem Hintergrund Überlegungen darüber anstellte, was die Erblasserin mit ihrer Anordnung bezweckte, ist

daher entgegen dem Berufungskläger 2 (act. 20 S. 3) nicht zu beanstanden, sondern war vor dem Hintergrund des Willensprinzips geboten (zumal der Eindeutigkeitsregel wie gesehen ohnehin nicht zu folgen wäre).

6.3 Als Erstes fällt bei der Überlegung, was die Erblasserin am 5. Dezember 2013 tatsächlich wollte, in Betracht, dass sie auf ihre eigene frühere Verfügung verwies.

Wenn die Erblasserin (so die Berufungsklägerin 3, act. 37/20 S. 6) die gesetzliche Erbfolge hätte wiederherstellen wollen, so wäre ein blosser dahingehender Hinweis viel näher gelegen als der Verweis auf das frühere Testament T 1 vom 18. Juli 2004. Dass die Erblasserin bewusst auf ein vor Jahren für eine ganz andere Situation verfasstes, aufgrund der zwischenzeitlichen Entwicklung irrelevant gewordenes Testament verwiesen hätte, um so der gesetzlichen Erbfolge zum Durchbruch zu verhelfen, ist nicht anzunehmen. Ein so umständliches Vorgehen macht keinen Sinn, wenn dasselbe Ziel auch mit wenigen Worten (etwa: "ich hebe alle früheren Testamente auf, mein Nachlass geht an meine gesetzlichen Erben") erreicht werden könnte.

Anzeichen dafür, dass die Erblasserin an der gesetzlichen Erbfolge festhalten wollte, sind denn auch weder im Wortlaut des Testaments T 4 noch sonst ersichtlich. Die Erblasserin ordnete weder in der letzten noch in den früheren Verfügungen je irgend etwas zugunsten gesetzlicher Erben an.

Viel wahrscheinlicher ist daher, dass die Erblasserin mit ihrem Verweis auf ihre frühere Verfügung auf etwas zurückkommen wollte, was sie zu einem früheren Zeitpunkt tatsächlich verfügt hatte. Da das Testament T 1 vom 18. Juli 2004 für die bereits seit 2008 eingetretene Situation (Vorversterben des Ehemanns) nichts anordnete, ist der vorinstanzlichen Auffassung beizupflichten, dass dieses Testament für die Erbberechtigung nach einstweiliger Auslegung nicht massgeblich sein kann. Das weitere Testament T 3 vom 4. April 2011 hob die Erblasserin ausdrücklich auf. Somit bleibt einzig das Testament T 2 vom 20. März 2009, auf welches – im Übereinstimmung mit der Vorinstanz – einstweilen abzustellen ist.

Das führt zur Abweisung der Berufungen (des Berufungsklägers 2 und der Berufungsklägerin 3) und zur Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

6.4 Abschliessend ist nochmals festzuhalten, dass die Testamentseröffnung durch den ordentlichen Richter in einem allfälligen erbrechtlichen Zivilprozess durch den vorliegenden Entscheid nicht vorweggenommen wird.

### III.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Berufungsklägern je zu einem Drittel aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Unterliegen der Berufungsklägerin 1 (Nichteintreten aufgrund Nichtbezahlung des Vorschusses) ist gleich zu gewichten wie das Unterliegen der anderen beiden Berufungskläger in der Sache, zumal alle drei Berufungen denselben Gegenstand hatten, das Nichteintreten auf die Berufung der Berufungsklägerin 1 somit keinen erheblichen Einfluss auf den Aufwand des Gerichts hatte.

2. Der Berufungskläger 2 ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Er macht geltend, er sei mittellos und lebe von AHV-Ergänzungsleistungen. Angesichts seines Alters und seiner gesundheitlichen Verfassung sei er auf rechtskundigen Beistand angewiesen (act. 20 S.4).

Der Berufungskläger 2 und seine Ehefrau sind beide im Pensionsalter. Sie beziehen nach den eingereichten Unterlagen Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, da die Renteneinkommen zur Deckung des Lebensbedarfs nicht ausreichen (act. 32/3). Sie verfügen ferner nur über ein geringfügiges Vermögen (act. 32/1-2). Die Mittellosigkeit des Berufungsklägers 2 (Art. 117 lit. a ZPO) ist daher zu bejahen.

Zudem war der Berufungskläger 2 auf anwaltlichen Beistand angewiesen, und die Berufung war nicht aussichtslos (Art. 117 lit. b, Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Daher ist dem Berufungskläger 2 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Der Rechtsvertreter wird nach Vorlage eines Nachweises über seine Bemühungen im Umfange des auf den Berufungskläger 2 entfallenden Anteils mit separater Entscheidung aus der Staatskasse entschädigt werden (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. Die Berufungen betreffen die Berechtigung am gesamten Nachlass. Dessen Höhe ist für das vorliegende Verfahren gestützt auf den Steuerausweis, den die Vorinstanz beizog (act.11), auf Fr. 3'232'000.00 zu beziffern. Dem Verfahren ist entsprechend als Streitwert dieser Betrag zugrunde zu legen (vgl. bereits act. 25 und act. 37/24).

In Anwendung von § 12 i.V.m. §§ 2, 4 Abs. 1 und 2 sowie 8 Abs. 1 GebV OG rechtfertigt sich für das Verfahren über die Berufungen der Berufungskläger 1 bis 3 eine Entscheidungsgebühr von insgesamt Fr. 4'500.00.

Der der Berufungsklägerin 3 auferlegte Anteil von Fr. 1'500.00 ist mit ihrem Vorschuss zu verrechnen. Der dem Berufungskläger 2 auferlegte Anteil ist einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Für den Anteil der Berufungsklägerin 1 wird die Obergerichtskasse Rechnung stellen.

4. Den Berufungsbeklagten sind mangels erheblicher Aufwendungen keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren Nr. LF150029 wird mit dem vorliegenden Verfahren Nr. LF150027 vereinigt und unter der letztgenannten Prozessnummer weitergeführt. Das Verfahren Nr. LF150029 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Auf die Berufung der Berufungsklägerin 1 wird nicht eingetreten.

3. Dem Berufungskläger 2 wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Das Rückforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art. 122 ZPO).

4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gegen diesen Beschluss richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.

**und erkannt:**

1. Die Berufungen der Berufungskläger 2 und 3 werden abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Juni 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.00 festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Berufungsklägern 1 bis 3 je zu einem Drittel auferlegt.  
Für den Anteil der Berufungsklägerin 1 wird die Obergerichtskasse Rechnung stellen.  
Der Anteil des Berufungsklägers 2 wird einstweilen auf die Staatskasse genommen. Das Rückforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art.122 ZPO).  
Der Anteil der Berufungsklägerin 3 wird mit dem geleisteten Vorschuss im Verfahren LF150029 verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage je eines Doppels von act. 20, 31, 37/20 und 37/30, an die Berufungskläger unter Beilage je einer Kopie von act. 38, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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, in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 3'232'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:  
16. Oktober 2015