

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer

## Beschluss und Urteil vom 8. Dezember 2015

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Berufungskläger,

vertreten durch Advokat lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,
2. **C.**\_\_\_\_\_,
3. **D.**\_\_\_\_\_,
4. **E.**\_\_\_\_\_,

Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von F.\_\_\_\_\_, geboren am tt. September 1933, von Zürich und  
... SG, gestorben am tt.mm.2015 in ... TI, wohnhaft gewesen in G.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Uster vom 26. Oktober 2015 (EL150259)

### **Rechtsbegehren (des Berufungsbeklagten 2)**

"Es sei das Testament des Erblassers sowie dessen Ergänzung zu eröffnen." (act. 1, sinngemäss)

### **Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 26. Oktober 2015**

- "1. Der Inhalt des eröffneten Testamentes vom 20. Januar 2000 und der Ergänzung zum Testament vom 12. März 2015 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 Erbscheinigung ausgestellt, sofern ihre Berechtigung nicht von einem gesetzlichen Erben oder von einer in einem früheren Testament oder Erbvertrag bedachten Person durch Einsprache beim Einzelgericht bestritten worden ist.
3. Es wird vorgemerkt, dass der Willensvollstrecker das Mandat angenommen hat."

(4. - 8. Abschreibung, Kosten, Rechtsmittel)

### **Rechtsmittelantrag (act. 18)**

- "1. Es sei Ziffer 2 des Dispositivs des vorinstanzlichen Urteils dahingehend abzuändern, dass sowohl den gesetzlichen als auch den eingesetzten Erben gemäss Art. 559 ZGB auf Verlangen und nach Ablauf eines Monats eine Erbscheinigung ausgestellt werde, sofern ihre Berechtigung nicht von einem gesetzlichen Erben oder von einer in einem früheren Testament oder Erbvertrag bedachten Person durch Einsprache beim Einzelgericht bestritten worden ist.

2. Es sei dem Berufungskläger für alle ordentlichen und ausserordentlichen Kosten die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Unterzeichnenden als dessen Rechtsvertreter zu bewilligen und dieser von der Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses zu entbinden.
3. Unter o/e Kostenfolge zu Lasten der Vorinstanz, eventualiter des Nachlasses."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Am tt.mm.2015 verstarb der Erblasser F.\_\_\_\_\_, geb. tt. September 1933, mit letztem Wohnsitz in G.\_\_\_\_\_. Er hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau B.\_\_\_\_\_ und seine drei Kinder C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ aus der Ehe mit B.\_\_\_\_\_ (Berufungsbeklagte 1-4) sowie den Sohn A.\_\_\_\_\_ (den Berufungskläger; vgl. act. 17 S. 2 sowie act. 7).
2. Mit Urteil vom 26. Oktober 2015 eröffnete die Vorinstanz eine letztwillige Verfügung des Erblassers vom 20. Januar 2000 samt Ergänzung vom 12. März 2015 und stellte den Berufungsbeklagten 1 bis 4 (eingesetzte Erben) die Ausstellung des Erbscheins in Aussicht, unter dem Vorbehalt allfälliger Einsprachen eines gesetzlichen Erben oder eines aus einer früheren Verfügung Bedachten (act. 17). Das Urteil wurde dem Berufungskläger am 5. November 2015 zugestellt (act. 15).
3. Mit Eingabe vom 16. November 2015 (Datum Poststempel: 13. November 2015) erhob der Berufungskläger vertreten durch Advokat lic. iur. X.\_\_\_\_\_ rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 26. Oktober 2015. Er rügt, dass die Vorinstanz ihn nicht als erbberechtigt betrachtet und ihm keinen Erbschein in Aussicht gestellt habe. Ferner ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (act. 18).
4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-15). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (Art. 312 Abs. 2 ZPO).

## II.

1.1 Testamentseröffnung und die Ausstellung von Erbbescheinigungen gehören zu den Sicherungsmassregeln des Erbganges (Titel vor Art. 551 ZGB). Sie sind Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche der Kanton Zürich dem Einzelgericht im summarischen Verfahren zugewiesen hat (Art. 556 i.V.m. Art. 551 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB; § 24 lit. c und § 137 lit. c GOG i.V.m. Art. 248 lit. e ZPO). Das Verfahren richtet sich, soweit nicht die ZPO anwendbar ist, nach kantonalem Recht (Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB). Gegen erstinstanzliche Entscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

1.2 Der verheiratete Erblasser wurde gemäss Bericht des Steueramtes für das Jahr 2014 mit einem Vermögen von Fr. 447'000.00 eingeschätzt (vgl. act. 11). Nach Abzug des mutmasslichen hälftigen güterrechtlichen Anspruchs der Berufungsbeklagten 1 ist von einem Nachlassvermögen von rund Fr. 224'000.00 auszugehen. Der Berufungskläger beruft sich auf seinen Pflichtteilsanspruch. Als einem von vier Nachkommen steht dem Berufungskläger ein gesetzlicher Anteil von einem Achtel zu, entsprechend Fr. 28'000.00 (Art. 462 Ziff. 1, Art. 457 Abs. 2 ZGB). Der Pflichtteilsanspruch davon beträgt drei Viertel (Art. 471 Ziff. 1 ZGB), was einen Betrag von Fr. 21'000.00 ergibt, von dem als Streitwert auszugehen ist. Demnach ist das Rechtsmittel der Berufung vorliegend zulässig.

1.3 Als Berufungsgründe können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

2. Die von der Vorinstanz als massgeblich erachtete letztwillige Verfügung des Erblassers vom 20. Januar 2000 ist an den angefochtenen Entscheid angeheftet (act. 17). Der Erblasser verfügte darin, dass seine drei ehelichen Kinder (Berufungsbeklagte 2 bis 4) je Fr. 50'000.00 erben sollten und der Rest seines Nachlasses an seine Ehefrau (die Berufungsbeklagte 1) gehe. Ansonst werde niemand von ihm (dem Erblasser) aus begünstigt oder erbberechtigt (act. 17).

3. Der Berufungskläger macht geltend, er habe als gesetzlicher Erbe - entgegen dem Wortlaut von Art. 559 ZGB - Anspruch auf Ausstellung einer Erbscheinigung. Die Vorinstanz habe ihn in ihrem Entscheid zwar zunächst als gesetzlichen Erben aufgeführt, doch dann habe sie die eingesetzten Erben als einzige Erben bezeichnet (vgl. act. 17 S. 3 E. 3.2). Indem sie sinngemäss die Auffassung vertreten habe, er, der Berufungskläger, sei überhaupt kein Erbe, weil er nicht eingesetzter Erbe sei, habe sie offensichtlich den Sachverhalt falsch festgestellt bzw. die erbrechtlichen Vorschriften falsch angewendet. Das Dispositiv des angefochtenen Entscheids sei dahingehend zu korrigieren, dass nicht nur den eingesetzten, sondern auch den gesetzlichen Erben (zu denen der Berufungskläger gehöre) auf Verlangen eine Erbscheinigung auszustellen sei (act. 18 S. 4).

4.1 Richtig ist zwar, dass neben den eingesetzten Erben auch die gesetzlichen Erben Anspruch auf Ausstellung einer Erbscheinigung haben (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Auflage 2015, Art. 559 ZGB N 6). Das gilt aber nur, wenn die betreffenden Personen prima facie als die am Nachlass tatsächlich berechtigten Erben erscheinen; das ist grundsätzlich Voraussetzung der Ausstellung eines Erbscheins (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 559 ZGB N 3). Daher stellt das Bundesgericht die Befugnis der gesetzlichen Erben, einen Erbschein zu verlangen, denn auch unter die Voraussetzung, dass der Erblasser nicht letztwillig anderweitig verfügte (vgl. BGer 5A\_300/2013 vom 18. Februar 2014, E. 4.2).

4.2 Hat ein Erblasser testamentarisch über seinen Nachlass verfügt, so ist das Testament der zuständigen Behörde einzureichen (Art. 556 Abs. 1 ZGB). Zuständig ist im Kanton Zürich das Einzelgericht im summarischen Verfahren am örtlich zuständigen Bezirksgericht (§ 137 lit. c GOG; HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, Vorbemerkungen zu §§ 137 ff., N 1-4). Das Einzelgericht hat daraufhin die Testamente zu eröffnen (Art. 557 ZGB). Das gilt für jede Urkunde, die von ihrem Inhalt her als Testament in Frage kommt, und zwar auch dann, wenn das Einzelgericht der Auffassung ist, ein Testament sei formungültig oder nichtig (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 557 ZGB N 10 f.).

Daraufhin, nach Ablauf eines Monats seit der Eröffnung, wird den eingesetzten Erben auf ihr Verlangen die Erbscheinigung ausgestellt, sofern die gesetzlichen

Erben oder die aus einer früheren Verfügung Bedachten nicht ausdrücklich deren Berechtigung bestritten haben (Art. 559 Abs. 1 ZGB). In der Praxis wird die Ausstellung der Erbescheinigung 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 Erbescheinigung auszustellen ist 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 Erbescheinigung vorgenommene – provisorisch und hat keinerlei materielle Bedeutung für die Rechte der in der Erbescheinigung aufgenommenen oder nicht aufgenommenen Personen (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 559 N 3, 19, 32 f.).

4.3 Massgeblich für den Entscheid, wer prima facie erbberechtigt ist, ist das eröffnete und für massgeblich erachtete Testament, unabhängig davon, ob es formgültig ist, und auch unabhängig davon, ob es allfällige Pflichtteile verletzt. Letzteres folgt ohne weiteres aus dem in Praxis und Lehre anerkannten Charakter der Herabsetzungsklage nach Art. 522 ZGB als Gestaltungsklage. Das Urteil, mit dem eine Pflichtteile verletzende Verfügung auf das erlaubte Mass herabgesetzt wird, schafft eine neue Rechtslage und verschafft dem im Testament vollständig übergangenen Pflichtteilerben erst die Erbenstellung im Nachlass des Erblassers (BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, 5. Auflage 2015, N 15 der Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 522 ZGB N 3; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, 3. Auflage 2015, N 10 der Vorbemerkungen zu Art. 522 ZGB, je mit Hinweisen).

4.4 Das soeben Gesagte führt zur (ebenfalls in Praxis und Lehre unstrittigen) Konsequenz, dass der testamentarisch übergangene Pflichtteilerbe keinen Anspruch auf Ausstellung eines Erbscheins hat, solange er mit der Herabsetzungsklage nicht durchgedrungen ist (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 559 N 9;

PraxKomm Erbrecht-EMMEL, 3. Auflage 2015, Art. 559 ZGB N 7; vgl. auch BGer 5A\_300/2013 vom 18. Februar 2014, E. 4.2.1).

4.5 Der Anspruch auf Ausstellung einer Erbbescheinigung ist zu unterscheiden vom Recht des gesetzlichen Erben oder aus früherer Verfügung bedachten, gegen die Ausstellung der Erbbescheinigung an die eingesetzten Erben Einspruch zu erheben (Art. 559 Abs. 1 ZGB; vgl. auch bereits vorne 4.2). Diese Einsprache wäre (darauf hat die Vorinstanz zutreffend hingewiesen) nicht in einem Rechtsmittel zu erheben, sondern bei der Vorinstanz einzureichen (act. 19 S. 4, Dispositiv Ziffer 2).

5. Der Berufungskläger macht nicht geltend, in der für massgeblich erachteten testamentarischen Verfügung als Erbe eingesetzt worden zu sein, und aus dem vorstehend aufgezeigten Testament geht ohne weiteres hervor, dass dem nicht so ist. Der Berufungskläger beruft sich einzig auf seine Stellung als (im Testament des Erblassers übergangener) gesetzlicher Pflichtteilserbe. Er vermag somit weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz darzutun. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist daher ohne weiteres abzuweisen.

6. Abschliessend sei der Hinweis angebracht, dass Testamente im Tresor des Gerichts aufzubewahren sind und nicht in die Akten oder einen Aktenversand gehören. Die Testamente sind, wie vorliegend auch geschehen, zu kopieren und die Kopien von den Gerichtsschreibern als Urkundspersonen zu beglaubigen. Nur im Zusammenhang mit der Fällung des Eröffnungsentscheides ist das Original (für ein paar Tage) zu den Akten des Richters zu nehmen. Das fragliche Testament im Original (unter act. 3) wird mit separater und eingeschriebener Post dem Bezirksgericht Uster zugestellt.

### III.

1. Der Berufungskläger ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Diese wird bewilligt, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Aussichtslos ist ein Begehren, dessen Gewinnaussichten in Rahmen einer vorsorglichen und summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage betrachtet beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entscheiden würde (KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Auflage 2014, Art. 117 ZPO N 33).

2. Das vom Beschwerdeführer in diesem Verfahren gestellte Rechtsbegehren erweist sich aufgrund der vorstehenden Erwägungen als aussichtslos. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen, ohne dass auf die weiteren Voraussetzungen einzugehen wäre.

### IV.

1. Der Streitwert bzw. Interessewert ist vorliegend auf Fr. 21'000.-- zu schätzen. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 750.-- festzusetzen (§§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG).

2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind dem Berufungskläger als der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO). Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen, da seitens der Berufungsbeklagten keine Berufungsantwort zu erstatten war.



**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittel gemäss dem folgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Oktober 2015 bestätigt.
2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf Fr. 750.-- festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 18, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Erbschaftsachen) des Bezirksgerichtes Uster, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde sowohl gegen den Beschluss als auch das Urteil 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 21'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am:  
9. Dezember 2015