

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF120074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 18. Dezember 2012

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Berufungskläger,

gegen

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

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

### betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1926, von ... und ..., gestorben tt.mm.2012, wohnhaft gewesen ... [Adresse]

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Oktober 2012 (EL120906)

### **Erwägungen:**

1. a) Am tt.mm.2012 verstarb C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1926. Er war verwitwet und hinterliess einen Sohn. Am 8. Oktober 2012 gingen bei der Vorinstanz drei Testamente zur Eröffnung ein, zwei eigenhändige - vom 5. April 2008 (act. 14/5) und 31. Mai 2008 - sowie ein undatiertes (vgl. nicht akturierte Kopien in den vorinstanzlichen Akten). Am 9. Oktober 2012 gaben zwei Zeugen eine mündliche letztwillige Verfügung (Nottestament) des Erblassers vom 2. Oktober 2012 zu Protokoll (act. 14/2 = act. 2/3 i.V. mit act. 2/4 und 2/5). Das Notariat D.\_\_\_\_\_ reichte eine weitere eigenhändige letztwillige Verfügung vom 6. März 1962 ein (vgl. nicht akturierte Kopie in den vorinstanzlichen Akten).

Das Einzelgericht Erbschaftssachen eröffnete mit Urteil vom 24. Oktober 2012 diese insgesamt fünf Testamente (act. 11 S. 6 Dispositiv Ziffer 1) und stellte dem Sohn einen auf ihn als Alleinerben lautenden Erbschein in Aussicht (act. 11 Dispositiv Ziffer 2). Die Vorinstanz hielt zudem fest, die Regelung des Nachlasses sei Sache des Alleinerben (act. 11 S. 6 Dispositiv Ziffer 3). Sie teilte das Urteil dem im - gemäss ihrer Auslegung aufgehobenen - Testament vom 5. April 2008 eingesetzten Willensvollstrecker zur Wahrung seiner Rechte mit (act. 11 S. 6 Dispositiv Ziffer 6 i.V. mit E. 4).

b) Der - im Testament vom 5. April 2008 als Willensvollstrecker eingesetzte - Berufungskläger focht Dispositiv Ziffer 2 dieses Entscheids rechtzeitig mit Berufung an und stellte den Antrag, dem gesetzlichen Erben und Sohn des Erblassers sei kein Erbschein auszustellen (act. 12, act. 9). Den ihm mit Verfügung vom 26. November 2012 auferlegten Kostenvorschuss (act. 15) leistete er rechtzeitig (act. 16, 17).

2. Wenn mehrere Testamente vorliegen, die sich bezüglich der Willensvollstreckung widersprechen, ist die Rechtsstellung des Willensvollstreckers betroffen und daher seine Aktivlegitimation zu bejahen (vgl. BSK ZGB II - Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 81). Der Berufungskläger wurde im Testament vom 5. April 2008 als

Willensvollstrecker eingesetzt. Dieses Testament ist gemäss der von der Vorinstanz vorgenommenen Auslegung durch das Nottestament vom 2. Oktober 2012 aufgehoben. Ein Rechtsschutzinteresse an der von ihm beantragten Aufhebung der Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids, welche ihn nicht als Willensvollstrecker bestätigt, sondern den Sohn als Alleinerben bezeichnet, ist daher zu bejahen. Der Willensvollstrecker ist befugt, selbstständig und in eigenem Namen Prozesse zu führen und ist dabei weder Vertreter der Erben noch des Nachlasses (BSK ZGB II - Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 69-71). Der Berufungskläger ist daher beschwert. Auf sein Rechtsmittel ist einzutreten.

3. a) Die Vorinstanz erwog, sie habe einzig festzuhalten, was der Erblasser in seinen Testamenten verfügt habe. Sie befinde nicht über die definitive Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse. Dies bleibe dem im Streitfall anzurufenden ordentlichen Richter vorbehalten. Ein ungültiges Testament sei nicht von vornherein unwirksam, sondern für die Beteiligten verbindlich, so lange nicht durch den ordentlichen Richter festgestellt sei, dass es zwingende Bestimmungen des ZGB verletzt habe. Durch die Alleinerbeneinsetzung des Sohnes im letzten bzw. Nottestament entfalle die Notwendigkeit eines Willensvollstreckers, womit in Anwendung von Art. 511 ZGB das Testament vom 5. April 2008, das den Sohn noch auf den Pflichtteil gesetzt habe, als durch das Nottestament aufgehoben zu betrachten sei (act. 11 S. 3 f). Der Berufungskläger hatte - als im Testament vom 5. April 2008 zum Willensvollstrecker Eingesetzter - der Vorinstanz schriftlich mitgeteilt, die Ärzte hätten am 2. Oktober 2012 die Testierfähigkeit des Erblassers nicht bestätigt. Die Vorinstanz nahm darauf Bezug und wies den Berufungskläger in ihren Erwägungen darauf hin, dass die Frage, ob der Erblasser im Zeitpunkt des Nottestamentes testierfähig gewesen sei, auf entsprechende Klage durch das zuständige Gericht in einem Zweiparteienverfahren entschieden werden müsse (act. 11 S. 5). Der Vollständigkeit halber erwog die Vorinstanz sodann, der Erblasser habe im Testament vom 5. April 2008 den Stiftungszweck ungenügend umschrieben, weil er nicht festgehalten habe, welcher Personenkreis Unterstützungshilfen oder Förderbeiträge erhalten solle (act. 11 S. 5). Das Bundesgericht habe derartige Anordnungen schon mehrmals als unwirksam erachtet mit der Begründung, der Erblasser müsse den Kreis der Bedachten selbst genügend be-

stimmt haben, denn er könne wegen des höchstpersönlichen Charakters der Verfügung von Todes wegen nicht einer Drittperson ein Wahlrecht hinsichtlich der Bedachten einräumen (act. 11 S. 5).

b) Zur Begründung seiner Berufung führt der Berufungskläger an, er beabsichtige, Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 ZGB gegen das Nottestament vom 2. Oktober 2012 zu erheben wegen mangelnder Testierfähigkeit des Erblassers im damaligen Zeitpunkt. Aus diesem Grund beantrage er, dem Sohn des Erblassers den Erbschein nicht auszuhändigen (act. 12). Ferner führt der Berufungskläger an, mit der im Testament vom 8. April 2008 vorgesehenen Stiftung sei an die Förderung und Unterstützung der zwei Grosskinder des Erblassers bzw. Nachkommen des Sohnes des Erblassers gedacht worden (act. 12 S. 2). Mit diesem Hinweis bezieht sich der Berufungskläger auf die Eventualbegründung der Vorinstanz, wonach im Testament vom 8. April 2008 der Stiftungszweck ungenügend umschrieben worden sei, da der Personenkreis nicht festgehalten worden sei (act. 11 S. 5).

4. Als Berufungsgründe können unrichtige Rechtsanwendung und/oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 311 ZPO).

Der Berufungskläger macht weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend, sondern er beruft sich darauf, dass er eine Ungültigkeitsklage gegen das Nottestament zu erheben beabsichtige (act. 12). Sinngemäss ersucht er darum, diese - potentielle - Ungültigkeitsklage gleichsam präjudizierend zu berücksichtigen und demgemäss die Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids, welche dem Sohn des Erblassers einen Erbschein als Alleinerben in Aussicht stellt, aufzuheben. Damit vermag der Berufungskläger jedoch von vornherein keinen der Berufungsgründe gemäss Art. 311 ZPO darzutun. Selbst wenn der Berufungskläger eine Ungültigkeitsklage gegen das Nottestament angehoben hätte, wäre damit kein Berufungsgrund gemäss Art. 311 ZPO dargetan. Die vorstehend zusammengefasst wiedergegebenen Erwägungen der Vorinstanz sind zutreffend. Dass die von der Vorinstanz - lediglich vorläufig und unpräjudiziell - vorgenommene Auslegung des Nottestaments und der übrigen Testamente fehlerhaft wäre, vermochte der Berufungskläger nicht darzutun.

Der Berufungskläger zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewandt oder den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Einzig darin, dass er das Nottestament anzufechten beabsichtigt, liegt noch kein Grund, die Rechtslage hinsichtlich der - hier einzig zu entscheidenden - Sicherungsmassregeln (Art. 551 f. ZGB) im Zusammenhang der Testamentseröffnungen anders als die Vorinstanz zu beurteilen.

Die Berufung erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen.

5. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten dem Berufungskläger aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 105 Abs. 1 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Oktober 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, je gegen Empfangsschein.
5. 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. über eine ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 560'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: