

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150040-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## **Beschluss und Urteil vom 23. Oktober 2015**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt. September 1956, Staatsangehöriger von Deutschland, gestorben am tt.mm.2015 in Zürich, wohnhaft gewesen in D.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 28. Juli 2015 (EL150250)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Am tt.mm.2015 verstarb C.\_\_\_\_\_, geboren am tt. September 1956, Staatsangehöriger von Deutschland, mit letztem Wohnsitz in D.\_\_\_\_\_, und hinterliess als gesetzliche Erben seine zwei Söhne (act. 20 und act. 21), B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungsbeklagter) und A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungskläger). Am 17. Juni 2015 reichte das Notariat E.\_\_\_\_\_ dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen eine öffentliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 17. April 2015 zur amtlichen Eröffnung ein (act. 2). Mit Eingabe vom 18. Juni 2015 verlangte der Berufungsbeklagte die Ausstellung der Erbscheinigung (act. 4). Mit Urteil vom 28. Juli 2015 (act. 24 = act. 28) eröffnete das Einzelgericht den Beteiligten die erwähnte letztwillige Verfügung des Erblassers (Dispositiv-Ziff. 1), stellte dem Berufungsbeklagten als Alleinerben die Ausstellung einer Erbscheinigung in Aussicht (Dispositiv-Ziff. 2), nahm davon Vormerk, dass der Berufungsbeklagte das Mandat als Willensvollstrecker angenommen hat und die Regelung des Nachlasses Sache des Willensvollstreckers ist (Dispositiv-Ziff. 3 und 4), schrieb das Geschäft als erledigt ab (Dispositiv-Ziff. 5) und regelte die Kostenfolgen (Dispositiv-Ziff. 6 und 7).

1.2. Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 6. August 2015 Berufung bei der Kammer (act. 29). Er verlangt, es sei Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Urteils insofern zu berichtigen, als der Erblasser C.\_\_\_\_\_ zwei Erben, nämlich B.\_\_\_\_\_ als auch A.\_\_\_\_\_ habe. Weiter sei festzustellen, dass, in Abänderung von Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Urteils, sowohl B.\_\_\_\_\_ als auch A.\_\_\_\_\_ Anspruch auf eine Erbscheinigung hätten, und es seien die Kosten des vorliegenden Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen.

1.3. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-26). Mit Präsidialverfügung vom 17. August 2015 wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren in Höhe von Fr. 5'000.-- angesetzt (act. 33). Nachdem der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet worden war (act. 35), wurde dem Berufungsbeklagten mit Verfügung vom

4. September 2015 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 36). Diese Frist lief unbenutzt ab. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

2.2. Der Berufungskläger verlangt mit seinem Antrag Ziff. 1 der Berufung zunächst die Berichtigung von Ziff. 2 des Dispositivs des angefochtenen Urteils. Da die Berichtigung eines Entscheides aber nicht im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen, sondern das entsprechende Gesuch an die erlassende Instanz zu richten ist (Art. 334 ZPO; vgl. etwa IVO SCHWANDER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 334 N 9), ist darauf mangels Zuständigkeit nicht einzutreten. Im Übrigen wurde die vorliegende Berufung vom 6. August 2015 innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher insoweit auf die Berufung einzutreten, als der Berufungskläger die Abänderung des angefochtenen Urteils beantragt (Antrag Ziff. 2).

3.

3.1. In der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 17. April 2015 widerrief der Erblasser seine bisherigen letztwilligen Verfügungen, hielt fest, dass sein Sohn B.\_\_\_\_\_ zusätzlich zu dessen Pflichtteil die gesamte frei verfügbare Quote des Nachlasses erbe, und berechtigte B.\_\_\_\_\_ im Sinne einer Teilungsvorschrift, sämtliche oder einzelne Vermögenswerte des Nachlasses auf Anrechnung an seine erbrechtlichen Ansprüche ins Alleineigentum zu übernehmen und die weiteren pflichtteilsberechtigten Erben in Geld und/oder durch Zuweisung der übrigen Vermögenswerte abzufinden. Ferner beauftragte er seinen Sohn B.\_\_\_\_\_ mit der Willensvollstreckung für den Nachlass. Gestützt auf diese letztwillige Verfügung des Erblassers vom 17. April 2015 betrachtete die Vorinstanz den Berufungsbeklagten als Alleinerben und stellte ihm die Ausstellung einer Erbbescheinigung in Aussicht (act. 28).

3.2. Dagegen macht der Berufungskläger geltend, aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers gehe nicht hervor, dieser hätte ihn (den Berufungskläger) enterben wollen. In der angefochtenen Verfügung würden auch keine Gründe für eine entsprechende Enterbung genannt. Basierend auf dem klaren Wortlaut der letztwilligen Verfügung könne davon ausgegangen werden, der Erblasser habe sowohl den Berufungsbeklagten als auch den Berufungskläger als Erben hinterlassen (act. 29 S. 2). Von Gesetzes wegen seien Kinder pflichtteils geschützt. Wenn ein Kind in einer letztwilligen Verfügung zusätzlich zu seinem Pflichtteil die frei verfügbare Quote des Nachlasses erhalte, erhalte das zweite Kind dennoch den gesetzlichen Pflichtteil, auch wenn das nicht explizit in der letztwilligen Verfügung erwähnt sei. Dementsprechend sei er (der Berufungskläger) ebenfalls gesetzlicher Erbe, da er in der letztwilligen Verfügung weder enterbt noch sein Pflichtteil verletzt worden sei. Die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, der Berufungsbeklagte sei Alleinerbe (act. 29 S. 3).

3.3. Die Testamentseröffnung nach Art. 556 ff. ZGB dient der Bekanntgabe des Verfügungsinhaltes und der Einräumung einer Kontrollmöglichkeit an die anwesenden Personen. Diese sollen sich vom Inhalt und Zustand der Urkunde selbst ein Bild machen 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.). Mit der Eröffnung beginnt unter anderem die absolute zehnjährige Verwirklichungsfrist 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 Erbescheinigung 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 einer 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 nach dem Gesagten 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 lediglich, ob das Einzelgericht bei der Testamentseröffnung im Rahmen einer vorläufigen Prüfung und Auslegung des Testaments zutreffend verfahren ist.

3.4. Selbst im Rahmen dieser eingeschränkten Prüfung ist dem Berufungskläger jedoch zuzustimmen: In der letztwilligen Verfügung vom 17. April 2015 wird der Berufungskläger nicht namentlich erwähnt. Daraus zu schliessen, er sei vom Erb-

lasser von der Erbberechtigung ausgeschlossen worden, ist aber falsch. In der Einleitung der letztwilligen Verfügung ist von "Nachkommen" die Rede (I. lit. B). Im materiellen Teil traf der Erblasser eine Teilungsvorschrift (II. lit. C). Aus dem Kontext ist auf den Willen des Erblassers zu schliessen, alle seine pflichtteilsgeschützten Erben, zu denen der Berufungskläger gehört, mindestens im Umfang des Pflichtteils am Erbe teilhaben zu lassen. Demnach hätte die Vorinstanz die Ausstellung des Erbscheins beiden gesetzlichen Erben in Aussicht stellen müssen, weshalb in Gutheissung von Antrag Ziff. 2 der Berufung das angefochtene Urteil in diesem Sinne abzuändern ist.

4.

4.1. Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend. Das Gericht kann in besonderen Fällen von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

4.2. Ausgangsgemäss obsiegt der Berufungskläger mit der Berufung mehrheitlich und unterliegt nur insoweit, als auf den Antrag Ziff. 1 der Berufung nicht einzutreten ist. Dabei handelt es sich indes um einen untergeordneten Punkt, weil der Berufungskläger damit letztlich dasselbe zu erreichen versucht wie mit seinem Antrag Ziff. 2. Deshalb rechtfertigt es sich, den Berufungskläger hier als vollumfänglich obsiegend zu betrachten. Demnach würde grundsätzlich der Berufungsbeklagte kosten- und entschädigungspflichtig. Der Berufungsbeklagte reichte jedoch keine Berufungsantwort ein und identifizierte sich folglich nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid. Es sind ihm daher keine Kosten aufzuerlegen. Unter diesen Umständen ist auf das Erheben von Kosten zu verzichten. Ferner fehlt es für die Zusprechung einer Parteientschädigung an den Berufungskläger aus der Staatskasse an einer gesetzlichen Grundlage.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf den Antrag Ziff. 1 der Berufung vom 6. August 2015 wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Sodann wird erkannt:**

1. In Gutheissung von Antrag Ziff. 2 der Berufung vom 6. August 2015 wird Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Meilen vom 28. Juli 2015 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:
  - "2. Den gesetzlichen Erben gemäss Ziff. II der Erwägungen wird auf Verlangen ein Erbschein ausgestellt, sofern ihre Berechtigung nicht innert Monatsfrist ab Zustellung dieses Urteils von einem gesetzlichen Erben oder einem aus einer früheren Verfügung Bedachten durch schriftliche Eingabe an das Einzelgericht ausdrücklich bestritten wird.
2. Auf das Erheben von Gerichtskosten wird verzichtet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen und die Obergerichtskasse, 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'148'625.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:  
28. Oktober 2015