

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190067-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 16. Dezember 2019

in Sachen

A._____,
Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

gegen

1. **B.**_____,
2. **C.**_____,
3. **D.**_____,
Berufungsbeklagte,

Nr. 1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

sowie

E._____,
Verfahrensbeteiligter,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____

betreffend **Anordnung Erbschaftsverwaltung**

im Nachlass von F._____, geboren am tt. Juli 1934, von G._____ ZH, gestorben am tt.mm.2019 in Zürich, wohnhaft gewesen in G._____,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 25. September 2019 (EN190036)

Rechtsbegehren A. (gesetzlicher Erbe 2):
(act. 1 S. 2 sinngemäss)

Es sei im Nachlass von F._____ die Erbschaftsverwaltung anzuordnen, wobei der Notar mit der Erbschaftsverwaltung zu betrauen sei; eventualiter sei eine vom Gericht zu bestimmende Person mit der Erbschaftsverwaltung zu betrauen.

Rechtsbegehren E. (gesetzlicher Erbe 1):
(act. 15 S. 2 sinngemäss)

Es sei im Nachlass von F._____ die Erbschaftsverwaltung anzuordnen, wobei der Notar mit der Erbschaftsverwaltung zu betrauen sei; eventualiter sei eine vom Gericht zu bestimmende, fachlich geeignete natürliche Person mit der Erbschaftsverwaltung zu betrauen.

Rechtsbegehren B. (eingesetzte Erbin 1):
(act. 40 S. 2 sinngemäss)

Es sei der Antrag auf Anordnung einer Erbschaftsverwaltung abzuweisen.

Rechtsbegehren C. (eingesetzte Erbin 2):
(act. 23 sinngemäss)

Es sei der Antrag auf Anordnung einer Erbschaftsverwaltung abzuweisen.

Rechtsbegehren D. (Willensvollstrecker):
(act. 20 S. 2 sinngemäss)

Es sei der Antrag auf Anordnung einer Erbschaftsverwaltung abzuweisen.

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. ...
2. Der Antrag auf Anordnung der Erbschaftsverwaltung wird abgewiesen.
- 3.-5. Prozesskosten

6.-7. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge A. _____ (gesetzlicher Erbe 2):
(act. 53 S. 2 sinngemäss)

1. Die Ziffern 2-5 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts seien vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei im Nachlass von F. _____ die Erbschaftsverwaltung anzuordnen, wobei der Notar mit der Erbschaftsverwaltung zu betrauen sei; eventualiter sei eine vom Gericht zu bestimmende Person mit der Erbschaftsverwaltung zu betrauen.
3. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien neu zu verlegen.
4. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.

Berufungsantrag B. _____ (eingesetzte Erbin 1):
(act. 65 S. 2 sinngemäss)

Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Berufungsantrag C. _____ (eingesetzte Erbin 2):
(act. 64 S. 1 sinngemäss)

Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

Berufungsantrag D. _____ (Willensvollstrecker):
(act. 62 S. 2 sinngemäss)

Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. F. _____ starb am tt.mm.2019 84-jährig. Mit Urteil vom 1. April 2019 eröffnete die Vorinstanz zwei Testamente vom 8. November 2015 und 5. Februar 2018. Im älteren Testament hatte die Erblasserin die nächsten Verwandten ihrer

verstorbenen Schwester als Erben bestimmt; unter anderem die beiden Neffen und gesetzlichen Erben E._____ und A._____. Im späteren Testament setzte die Erblasserin hingegen ihre beiden Nachbarinnen B._____ und C._____ als alleinige Erbinnen ein. Mit Urteil vom 1. April 2019 wurde weiter davon Vormerk genommen, dass der gemäss späterem Testament vorgesehene Willensvollstrecker Rechtsanwalt Dr. iur. D._____ sein Mandat angenommen habe (vgl. act. 1 N 9 und 22, act. 21/2, act. 21/8 sowie act. 52 E. 1). Der gesetzliche Erbe 2, A._____, erhob in der Folge Einsprache gegen die Ausstellung der Erbbescheinigungen für die eingesetzten Erbinnen und verlangte gestützt auf Art. 556 Abs. 3 i.V.m. Art. 554 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB die Anordnung der Erbschaftsverwaltung und die Einsetzung des Notars oder eines unabhängigen Dritten als Erbschaftsverwalter (vgl. act. 1).

1.2. Nach Einholung von Stellungnahmen des gesetzlichen Erben 1 (E._____), des Willensvollstreckers sowie der eingesetzten Erbinnen, wies die Vorinstanz mit Urteil vom 25. September 2019 den Antrag auf Anordnung der Erbschaftsverwaltung ab (vgl. act. 52). Dagegen erhob der gesetzliche Erbe 2 rechtzeitig Berufung beim Obergericht (vgl. act. 49/1 und 53). Den Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– für das zweitinstanzliche Verfahren leistete er auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 57-59). Der Willensvollstrecker und die eingesetzten Erbinnen beantworteten die Berufung jeweils innert Frist (vgl. act. 60-67). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-50). Das Verfahren ist spruchreif. Der vorinstanzliche Entscheid ist mit Berufung anfechtbar, da der Streitwert mehr als Fr. 10'000.– beträgt (vgl. E. 3.2. sowie Art. 308 Abs. 2 ZPO).

2.

2.1. Die Vorinstanz wies den Antrag des gesetzlichen Erben 2 auf Anordnung der Erbschaftsverwaltung ab, weil seitens des Willensvollstreckers kein Interessenkonflikt vorliege (vgl. act. 52 E. 6.3). Gemäss den Ausführungen des gesetzlichen Erben 2 in seiner Berufungsschrift hätte die Vorinstanz unabhängig von einem Interessenkonflikt des Willensvollstreckers die Erbschaftsverwaltung anordnen müssen, da im Kanton Zürich nach einer Einsprache im Sinne von Art. 559 Abs. 1 ZGB gemäss ständiger Praxis stets eine Erbschaftsverwaltung angeordnet

werde. Wegen des bestehenden Interessenkonflikts des Willensvollstreckers hätte die Vorinstanz sodann den Notar oder einen unabhängigen Dritten mit der Erbschaftsverwaltung beauftragen müssen (vgl. act. 53 N 65, 69 und 83).

Der Willensvollstrecker erklärte in seiner Berufungsantwort, es bestehe kein Interessenkonflikt mit dem Willen der Erblasserin und ihren Erben, sondern nur mit dem gesetzlichen Erben 2, dem nach dem Willen der Erblasserin die Erbenqualität testamentarisch abgesprochen worden sei, nachdem sich dieser der Erblasserin gegenüber derart beschämend verhalten habe (vgl. act. 62 S. 2). Die eingesetzte Erbin 1, B._____, führte in ihrer Berufungsantwort aus, die Anträge des gesetzlichen Erben 2 seien deshalb abgewiesen worden, weil kein Interessenkonflikt vorliege, insbesondere deshalb nicht, weil der von der Erblasserin ernannte Willensvollstrecker genau den Willen der Erblasserin – und nur diesen – schon vorher vollstreckt habe (vgl. act. 65 S. 5). Die eingesetzte Erbin 2, C._____ erklärte in ihrer Berufungsantwort schliesslich, für die Erblasserin habe es keinen Interessenkonflikt mit dem Willensvollstrecker gegeben (vgl. act. 64 S. 2).

2.2. Durch die Erbschaftsverwaltung werden die Besitz-, Verwaltungs-, und Verfügungsrechte am Nachlass temporär auf einen behördlich bestellten, unabhängigen Verwalter übertragen (vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 6. Aufl. 2019, Art. 554 N 1). Die Erbschaftsverwaltung bezweckt die Sicherung und Erhaltung des Nachlasses nach Bestand und Wert (vgl. PraxKomm Erbrecht-Emmel, 4. Aufl. 2019, Art. 554 N 2). Im Unterschied dazu beschränkt sich die Aufgabe des Willensvollstreckers nicht auf rein sichernde Massnahmen, sondern bezweckt hauptsächlich die Abwicklung des Nachlasses (vgl. BSK ZGB II-Breitschmid/Bornhauser, 6. Aufl. 2019, Art. 518 N 1 sowie PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner, 4. Aufl. 2019, Art. 518 N 1).

Die Anordnung der Erbschaftsverwaltung gestützt auf Art. 556 Abs. 3 i.V.m. Art. 554 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB wird in der Regel als geboten erachtet, wenn gegen die Ausstellung der Erbescheinigung an die eingesetzten Erben durch die gesetzlichen Erben Einsprache nach Art. 559 ZGB erhoben wurde (vgl. OGer ZH LF130056 vom 29. Oktober 2013 E. III.3.; OGer ZH LF120017 vom 16. April 2012 E. III.2.; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 6. Aufl. 2019, Art. 556 N 28; PraxKomm

Erbrecht-Emmel, 4. Aufl. 2019, Art. 559 N 12; Pestalozzi-Früh, Vorsorgliche Massnahmen und besondere Vorkehrungen im Erbrecht, AJP 2011, S. 603, sowie Weber, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, AJP 1997, S. 552). Die Anordnung der Erbschaftsverwaltung erübrigt sich normalerweise jedoch, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist, der das Amt angenommen hat (vgl. OGer ZH NL090052 vom 29. Juli 2009; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 6. Aufl. 2019, Art. 556 N 28 sowie PraxKomm Erbrecht-Emmel, 4. Aufl. 2019, Art. 556 N 16). Dies gilt jedoch nur, solange beim Willensvollstrecker kein Interessenkonflikt besteht (vgl. OGer ZH NL090052 vom 29. Juli 2009).

Analog zur Rechtsprechung, wann ein Willensvollstrecker nicht als Erbschaftsverwalter einzusetzen ist, muss dabei kein konkreter Nachweis eines Interessenkonflikts erbracht werden, sondern es genügt ein potentieller Interessenkonflikt (vgl. Brazerol, Der Erbe als Willensvollstrecker, INR 22, 2018, N 403 und 426, sowie BGer 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011 E. 5.3). Ein solcher liegt etwa vor, wenn ein potentieller Erbe als Willensvollstrecker eingesetzt wird und unter den potentiellen Erben ein Konflikt besteht (vgl. BGer 5A_895/2016 vom 12. April 2017 E. 3. sowie BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 6. Aufl. 2019, Art. 554 N 24). Ein von der Erblasserin bewusst geschaffener Interessenkonflikt ist so lange hinzunehmen, als er vom Gesetz nicht untersagt wird, er den Willensvollstrecker nicht vor eine unlösbare Aufgabe stellt und der Willensvollstrecker seine Stellung nicht missbraucht (vgl. Künzle, Interessenkollision im Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt, SJZ 108/2012, S. 1, sowie BK ZGB-Künzle, Art. 517-518 N 9).

2.3. Für die Frage, ob die Erbschaftsverwaltung anzuordnen ist, prüfte die Vorinstanz somit zu Recht, ob beim Willensvollstrecker ein Interessenkonflikt besteht. Der gesetzliche Erbe 2 begründet den Interessenkonflikt des Willensvollstreckers mit zwei Begebenheiten:

- Am 4. September 2017 wurde im Grundbuch gestützt auf einen Mietvertrag vom 31. August 2017 ein lebenslanges Mietrecht in der Liegenschaft der Erblasserin zu Gunsten der eingesetzten Erbin 1 und deren Tochter vorgemerkt (vgl. act. 3/3, 18/2 und 21/9). Am 5. Dezember 2017 ernannte die KESB des Bezirks Horgen den gesetzlichen Erben 2 und dessen Töchter gestützt auf ei-

nen Vorsorgeauftrag vom 31. März 2017 als Vorsorgebeauftragte der Erblasserin (vgl. act. 3/4 und 3/5). Der gesetzliche Erbe 2 und dessen Töchter mandatierten in der Folge Rechtsanwalt X2._____, welcher im Namen der Erblasserin am 20. Februar 2018 einen Prozess über die Nichtigkeitklärung des auf Lebzeiten abgeschlossenen Mietvertrags einleitete (vgl. act. 3/6 und 3/7). Die eingesetzte Erbin 1 und ihre Tochter mandatierten in diesem Prozess den Willensvollstrecker als ihren Rechtsvertreter (vgl. act. 3/8 und 3/9). Aufgrund des Todes der Erblasserin wurde der Prozess mit Verfügung vom 11. Februar 2019 sistiert (vgl. act. 3/10).

- Der Willensvollstrecker beantragte bei der KESB mit superprovisorischer Eingabe vom 9. Februar 2018 im Namen der eingesetzten Erbinnen und der Erblasserin die Feststellung, dass der zugunsten des gesetzlichen Erben 2 und dessen Töchter errichtete Vorsorgeauftrag vom 31. März 2017 von Gesetzes wegen weggefallen sei. Gleichzeitig stellte er den Antrag, es sei vom neu zugunsten der eingesetzten Erbinnen errichteten Vorsorgeauftrag vom 5. Februar 2018 Vormerk zu nehmen. Die KESB wies die Anträge ab. Mit superprovisorischer Eingabe vom 2. Mai 2018 stellte der Willensvollstrecker die gleichen Anträge, welche erneut abgewiesen wurden. Nach dem Tod der Erblasserin wurde das (Haupt-)Verfahren der KESB über das Einschreiten gegen die Vorsorgebeauftragten mit Beschluss vom 30. Januar 2019 abgeschlossen (vgl. act. 3/4).

2.4. Gemäss Vorinstanz führe die Mandatierung des Willensvollstreckers durch die eingesetzte Erbin 1 und ihre Tochter im Rahmen des mietgerichtlichen Verfahrens insofern nicht zu einem Interessenkonflikt, als dadurch allein der Einräumung eines lebenslangen Wohnrechts zugunsten der Vollmachtgeberinnen und damit dem Willen der Erblasserin Beachtung verschafft worden sei. Auch im Hinblick auf die Vertretung der eingesetzten Erbinnen im KESB-Verfahren habe der Willensvollstrecker keine eigenen Interessen verfolgt, sondern habe alleine versucht, dem Willen der Erblasserin Achtung zu schenken. Darüber hinaus wäre ein Interessenkonflikt aufgrund der klaren Äusserungen der Erblasserin in den Schreiben vom 13. November 2017 und 9. April 2018 hinsichtlich der Verhaltensweise des

gesetzlichen Erben 2 und dessen Töchter von der Erblasserin bewusst in Kauf genommen worden (vgl. act. 52 E. 6.3.).

2.5.1. Der gesetzliche Erbe 2 wendete in der Berufung ein, von der KESB sei in den Verfügungen vom 5. Dezember 2017 und vom 30. Januar 2019 aufgrund mehrerer Arztgutachten und eigenen Abklärungen festgestellt worden, dass die Erblasserin seit Juli 2017 bezüglich ihrer Personen- und Rechtsvorsorge urteilsunfähig gewesen sei und dass sich seither ihr diesbezüglicher Zustand nicht mehr verbessert habe. Anstelle auf die von der KESB in einem unabhängigen Verfahren festgestellte Urteilsunfähigkeit der Erblasserin für die Personen- und Rechtsvorsorge abzustellen, stütze sich die Vorinstanz einseitig auf zwei seitens der eingesetzten Erbinnen und des Willensvollstreckers als Parteien eingereichte Zeugnisse ab. Aus diesen leite die Vorinstanz zu Unrecht ab, die Erblasserin sei im Zeitpunkt der Errichtung des neuen Vorsorgeauftrags und Einsetzung des Willensvollstreckers am 5. Februar 2018 sowie im Zeitpunkt der Abfassung der Schreiben vom 13. November 2017 und 9. April 2018 urteilsfähig gewesen (vgl. act. 53 N , 34 f., 44, 53 und 56). Der Willensvollstrecker und die eingesetzten Erbinnen teilen gemäss Berufungsantworten hingegen die Einschätzung der Vorinstanz hinsichtlich der Urteilsfähigkeit der Erblasserin (vgl. act. 62 S. 12-14, act. 64 S. 2 und act. 65 S. 16 f.).

Es stellt sich somit die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, die Erblasserin sei am 13. November 2017, am 5. Februar 2018 und am 9. April 2018 für die Erstellung des neuen Vorsorgeauftrags, die Erstellung des neuen Testaments und das Verfassen der beiden Schreiben urteilsfähig gewesen.

2.5.2. Die Vorinstanz kam gestützt auf zwei ärztliche Einschätzungen zum Schluss, die Erblasserin sei am 5. Februar 2018 für die Erstellung des neuen Vorsorgeauftrags und des neuen Testaments urteilsfähig gewesen (für die Zeitpunkte der beiden Schreiben der Erblasserin vom 13. November 2017 und 9. April 2018 [act. 21/11 und 21/16] nahm sie die Urteilsfähigkeit für das Verfassen der beiden Schreiben implizit an): Im Bericht vom 5. Februar 2018 erklärte der Hausarzt Dr. med. H._____, die Erblasserin sei an jenem Tag alleine in seiner Praxis gewesen und habe ihm einen neuen Vorsorgeauftrag vorgelegt, damit der frühere, mit dem

sie nicht einverstanden sei, aufgehoben werden könne. In klarer Weise habe sie sich geäußert, dass man sie diesbezüglich übergeben habe und deswegen eine Neuauflage notwendig sei. Aus medizinischer Sicht könne er bestätigen, dass die Erblasserin diesbezüglich voll urteilsfähig sei (vgl. act. 21/4). Am 29. März 2018 befand sich die Erblasserin in Begleitung der eingesetzten Erbin 1 und deren Tochter zur Abklärung in der Sprechstunde von I._____, Fachärztin FMH Psychiatrie und Psychotherapie. Im Bericht vom gleichen Tag schrieb die Ärztin, trotz der bestehenden kognitiven Einschränkung sei die Patientin durchaus in der Lage, ihren Willen hinsichtlich ihrer persönlichen Angelegenheiten zu bekunden. Ihres Erachtens sollte die umfangreiche Beistandschaft nochmals geprüft werden, um eine Lösung zu erreichen, die den Willen der Patientin angemessen berücksichtigen könne (vgl. act. 21/7).

2.5.3. Dem stehen folgende Erwägungen im Abschreibungs-Beschluss der KESB vom 30. Januar 2019 entgegen (vgl. act. 3/4): Gemäss Bericht der ehemaligen Hausärztin der Erblasserin, Dr. med. J._____, vom 16. November 2017 habe diese die Erblasserin aufgrund der letzten Konsultation im Juli 2017 in den Bereichen Gesundheit und medizinische Betreuung sowie finanzielle und administrative Angelegenheiten als urteilsunfähig eingeschätzt. Sie sei davon ausgegangen, dass sich deren Zustand sicherlich nicht bessern, sondern eher verschlechtern werde. Auch Dr. med. H._____, nachmaliger Hausarzt, habe in seinem Schreiben vom 19. Oktober 2017 die Einschränkung der Urteilsfähigkeit der Erblasserin seit Mitte Juli 2017 bestätigt. Mit Telefongespräch vom 24. November 2017 habe er bekundet, dass die Erblasserin in den Bereichen Gesundheit, Sicherstellung eines geordneten Alltags sowie finanzielle und administrative Angelegenheiten Unterstützung benötige. Die darauffolgende Anhörung bei der KESB habe aufgezeigt, dass die Erblasserin örtlich, zeitlich und zur Person desorientiert gewesen sei und ein Gespräch über den Inhalt des Vorsorgeauftrags unmöglich gewesen sei. In Anbetracht der Abklärungsergebnisse sei mit Entscheid vom 5. Dezember 2017 der Vorsorgeauftrag vom 31. März 2017 für wirksam erklärt worden. Weiter steht im Abschreibungs-Beschluss der KESB, die von der KESB beauftragte Dr. med. K._____ sei in ihrem Gutachten vom 3. Juli 2018 zum Schluss gekommen, die

Erblasserin leide an einer Demenz von mittelschwerer Ausprägung. Die Willensbildungsfähigkeit sei bei ihr nicht mehr vorhanden.

2.5.4. Die genannten Erwägungen des KESB-Beschlusses werden durch die vorhandenen Akten weder bestätigt noch widerlegt: Der Bericht von Dr. med. J._____ vom 6. November 2017 liegt zwar in den Akten. Es fehlt jedoch die entscheidende zweite von drei Seiten (vgl. act. 21/5). In einem Telefonat mit der KESB am 29. November 2017 erklärte die Ärztin, sie hätte es im Bericht falsch angekreuzt; hinsichtlich der angekreuzten Aufgaben sei die Erblasserin ihrer Meinung nach noch urteilsfähig (vgl. act. 21/6). Da die zweite Seite des Berichts fehlt, bleibt unklar, welche Aufgaben gemeint sind. Das Schreiben von Dr. med. H._____ vom 19. Oktober 2017 bestätigt die Ausführungen im KESB-Beschluss, da die Erblasserin darin als seit Mitte Juli 2017 nicht mehr unterschriftsfähig und ihre Urteilsfähigkeit als eingeschränkt bezeichnet wird (vgl. act. 56/3). Da das Schreiben erst als Beilage zur Berufung und damit verspätet eingereicht wurde (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), kann es jedoch nicht berücksichtigt werden. Im Schreiben von Dr. med. H._____ vom 24. Januar 2018, welches im KESB-Beschluss nicht erwähnt wird, beschreibt dieser die Erblasserin als in der genannten Sache als vollumfänglich urteilsfähig. Es ist aber nicht eindeutig, was mit der genannten Sache gemeint ist (vgl. act. 21/12). Vom Gutachten von Dr. med. K._____ liegt schliesslich lediglich eine (angebliche) Seite in den Akten (vgl. act. 21/14).

2.5.5. Die beiden ärztlichen Einschätzungen, auf welche sich die Vorinstanz stützte, und die Erwägungen der KESB, auf welche sich der gesetzliche Erbe 2 beruft, widersprechen sich demnach. Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass aufgrund der Akten unklar ist, ob die Erblasserin am 13. November 2017, am 5. Februar 2018 und am 9. April 2018 für die Erstellung des neuen Vorsorgeauftrags, die Erstellung des neuen Testaments und das Verfassen der beiden Schreiben urteilsfähig war. Die Frage der Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Erstellung des neuen Testaments am 5. Februar 2018 wird im seit 12. Juli 2019 rechtshängigen Ungültigkeitsprozess zu beantworten sein (vgl. act. 43 S. 2 und act. 44 S. 2). Im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens über die Anord-

nung der Erbschaftsverwaltung lässt sich die Urteilsfähigkeit der Erblasserin an den genannten Daten für die genannten Handlungen nicht abschliessend klären.

2.6. Der gesetzliche Erbe 2 wendet weiter ein, die Vorinstanz hätte bei der Prüfung der Interessenkollision des Willensvollstreckers wegen seiner Rolle im mietgerichtlichen Prozess auf die falsche Grundlage abgestellt. Sie hätte auf den Mietvertrag vom 31. August 2017 und nicht auf ein angeblich im März 2017 verfasstes Dokument abstellen müssen (vgl. act. 53 N 41). Im März 2017 wurde zwischen der Erblasserin und der eingesetzten Erbin 1 vereinbart, dass die eingesetzte Erbin 1 und deren Tochter für monatlich Fr. 2'400.– ein lebenslanges Wohnrecht in einem Teil der Liegenschaft der Erblasserin erhalten sollen (vgl. act. 18/2). Gemäss eingesetzter Erbin 1 habe das Grundbuchamt befunden, ein lebenslanges Wohnrecht könne nicht entgeltlich sein, weshalb auf Anraten und unter Zuhilfenahme des Grundbuchamtes ein neuer, lebenslanger Mietvertrag erstellt worden sei (vgl. act. 17 N 5). Am 4. September 2017 wurde gestützt auf den Mietvertrag im Grundbuch ein lebenslanges Mietrecht der eingesetzten Erbin 1 und der Tochter für monatlich Fr. 2'400.– eingetragen (vgl. act. 21/9). Die für März 2017 von der Vorinstanz festgestellte Urteilsfähigkeit der Erblasserin wurde in der Berufung nicht beanstandet.

Dass die Vorinstanz bei der Prüfung des Willens der Erblasserin in Bezug auf das lebenslange Mietrecht auf die Vereinbarung aus dem März 2017 abstellte, ist bei diesem Ablauf nicht zu beanstanden. Denn damals wurde vereinbart, was später im Grundbuch eingetragen wurde: Die eingesetzte Erbin 1 und ihre Tochter sollen für monatlich Fr. 2'400.– lebenslang in einem Teil der Liegenschaft der Erblasserin wohnen dürfen.

2.7.1. Das Gesagte führt zu folgendem Ergebnis: Der Willensvollstreckter war im KESB-Prozess zwischen den eingesetzten Erbinen und dem gesetzlichen Erben 2 der Rechtsvertreter der eingesetzten Erbinen. Gemäss Vorinstanz entsprach die Ernennung der eingesetzten Erbinen als neue Vorsorgebeauftragte dem Willen der Erblasserin, und der Willensvollstreckter habe lediglich diesem Willen Achtung verschafft. Es ist jedoch unklar, ob die Erblasserin am 22. Januar / 5. Februar 2018 urteilsfähig war, als sie die eingesetzten Erbinen als neue Vor-

sorgebeauftragte bestimmte (vgl. act. 21/18). Damit ist aber auch unklar, ob diese Änderung wirklich dem Willen der Erblasserin entsprach.

Unabhängig davon besteht aufgrund der entgegengesetzten Rollen im abgeschlossenen KESB-Prozess ein Interessenkonflikt zwischen dem Willensvollstrecker als Rechtsvertreter der eingesetzten Erbin 2 und dem gesetzlichen Erben 2. Einen Interessenkonflikt mit dem gesetzlichen Erben 2 gesteht der Willensvollstrecker sogar selber ein (vgl. act. 62 S. 2). Ein relevanter potentieller Interessenkonflikt liegt nicht nur dann vor, wenn ein potentieller Erbe Willensvollstrecker ist und die potentiellen Erben streiten. Ein solcher Interessenkonflikt liegt auch dann vor, wenn der Willensvollstrecker einen potentiellen Erben in einem Prozess zwischen den potentiellen Erben vertrat und dieser Prozess mit dem erbschaftsrechtlichen Konflikt zusammenhängt.

Wie dargelegt ist ein Interessenkonflikt, den die Erblasserin bewusst geschaffen hat, hinzunehmen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Es ist unklar, ob die Erblasserin am 5. Februar 2018 urteilsfähig war, als sie den Rechtsvertreter der eingesetzten Erbin zum Willensvollstrecker ernannte (vgl. act. 21/2). Damit ist aber auch unklar, ob die Erblasserin durch die Ernennung den Interessenkonflikt bewusst geschaffen hat. Die Frage lässt sich auch nicht durch den Beizug der Schreiben vom 13. November 2017 und vom 9. April 2018 klären, da die Urteilsfähigkeit der Erblasserin und damit ihr Wille zu diesen Zeitpunkten ebenfalls unklar sind.

2.7.2. Daneben vertrat der Willensvollstrecker im mietgerichtlichen Prozess die eingesetzte Erbin 1. Gemäss Vorinstanz bestand der Wille der Erblasserin darin, der eingesetzten Erbin 1 ein lebenslanges Wohnrecht zu gewähren. Die Vorinstanz stützte sich dabei auf ein Dokument aus dem März 2017, in welchem zwischen der Erblasserin und der eingesetzten Erbin 1 ein solches lebenslanges Wohnrecht vereinbart wurde. Die von der Vorinstanz festgestellte Urteilsfähigkeit der Erblasserin im März 2017 wurde in der Berufung zwar nicht beanstandet. Unabhängig davon besteht jedoch aufgrund der entgegengesetzten Rollen im Zusammenhang mit dem unterdessen sistierten mietgerichtlichen Prozess ein Interessenkonflikt zwischen dem Willensvollstrecker als Rechtsvertreter der eingesetz-

ten Erbin 1 und dem gesetzlichen Erben 2. Es ist auch hier unklar, ob die Erblasserin durch die Bestimmung des Vertreters der eingesetzten Erbin 1 zum Willensvollstrecker am 5. Februar 2018 den Interessenkonflikt mit dem gesetzlichen Erben 2 bewusst geschaffen hat.

2.7.3. Aufgrund der Vertretung der eingesetzten Erbinnen in den beiden Prozessen besteht beim Willensvollstrecker somit ein potentieller Interessenkonflikt mit einem potentiellen Erben, was die Anordnung der Erbschaftsverwaltung notwendig macht.

2.8. Gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB ist die Erbschaftsverwaltung grundsätzlich einem Willensvollstrecker zu übergeben. Das gilt jedoch nicht, wenn sich dieser wie hier in einem Interessenkonflikt befindet (vgl. E. 2.2. und 2.7.). Auch die konservative Vermögensverwaltung, die dem Erbschaftsverwalter obliegt, lässt ihm oft die Wahl zwischen mehreren vertretbaren Varianten. Solche Ermessensentscheide können potentielle Erben bevorzugen oder benachteiligen, ohne pflichtwidrig zu sein. Der Neutralität des Erbschaftsverwalters ist deshalb ein hoher Stellenwert einzuräumen (vgl. OGer ZH NL090052 vom 29. Juli 2009). Gestützt auf § 138 GOG ZH ist der Notar oder eine andere geeignete Person mit der Erbschaftsverwaltung zu betrauen. Da die Vorinstanz noch nicht geprüft hat, wer als Erbschaftsverwalter einzusetzen ist, sowie zur Wahrung des Instanzenzugs, ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben, die Erbschaftsverwaltung anzuordnen und die Sache im Übrigen zur Bestimmung der Person des Erbschaftsverwalters an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

3.1. Die Vorinstanz wird auch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu befinden haben. Da der Willensvollstrecker und die eingesetzten Erbinnen im Berufungsverfahren unterliegen, werden sie für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2. § 8 Abs. 3 GebV OG betreffend nicht streitige Erbschaftsangelegenheiten gilt nach der Praxis der Kammer nur für das erstinstanzliche Verfahren. Vor zweiter Instanz richtet sich die Gerichtsgebühr, wenn wie hier eine vermögensrechtliche Streitigkeit zu beurteilen ist, nach dem Streitwert (vgl. OGer ZH LF140016 vom 31. März 2014 E. III.2.2). Sicherungsmassregeln betreffen regelmässig den ganzen Nachlass, weshalb sich der Streitwert nach dem Bruttowert der Aktiven bestimmt (vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 30). Praxisgemäss ist in solchen Verfahren der Reduktionsspielraum gemäss § 4 Abs. 2 und 8 Abs. 1 GebV OG grosszügig anzuwenden. Gemäss Ausführungen der Vorinstanz und des gesetzlichen Erben 2 betrug das steuerbare Vermögen der Erblasserin im Jahr 2017 Fr. 2'819'000.– (vgl. act. 52 E. 7.2 und act. 53 N 3). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf Fr. 4'500.– festzusetzen.

3.3. Die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 9 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG auf Fr. 2'100.– zuzüglich 7.7 % MwSt. festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 2 bis 5 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Horgen vom 25. September 2019 aufgehoben.
2. Über den Nachlass von F._____, geboren am tt. Juli 1934, von G._____ ZH, gestorben am tt.mm.2019 in Zürich, wohnhaft gewesen in G._____, wird die Erbschaftsverwaltung angeordnet.
3. Die Sache wird zur Bestimmung der Person des Erbschaftsverwalters im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt und den Berufungsbeklagten im Umfang von je Fr. 1'500.– auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss von Fr. 4'500.– bezogen. Die Berufungsbeklagten werden verpflichtet, dem Berufungskläger Fr. 4'500.– zu ersetzen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag.

5. Die Berufungsbeklagten werden verpflichtet, dem Berufungskläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'100.– zzgl. 7.7 % MwSt. zu bezahlen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag. Im internen Verhältnis wird die Parteientschädigung den Berufungsbeklagten im Umfang von je Fr. 700.– auferlegt.
6. Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger unter Beilage von Doppel/Kopien der act. 62, 63/1-4, 64 und 65, an den gesetzlichen Erben 1 (E.____), an die Berufungsbeklagte 1 unter Beilage von Doppeln/Kopien der act. 62, 63/1-4 und 64, an die Berufungsbeklagte 2 unter Beilage von Doppeln/Kopien der act. 62, 63/1-4 und 65, an den Berufungsbeklagten 3 unter Beilage von Doppeln/Kopien der act. 64 und 65 sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'819'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: