

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 15. Juni 2022

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Berufungskläger

gegen

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

betreffend **Willensvollstreckung**

im Nachlass von **C.**\_\_\_\_\_, geboren am tt. Mai 1934, von **D.**\_\_\_\_ ZH und  
**E.**\_\_\_\_ ZH, gestorben am tt.mm.2020, wohnhaft gewesen in **E.**\_\_\_\_\_,

**Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes im summarischen Ver-  
fahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Februar 2022 (EN220059)**

**Entscheid des Einzelgerichtes:**

(act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 8)

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass B.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-strasse ..., G.\_\_\_\_\_, das Mandat als Willensvollstrecker per sofort niedergelegt hat.
  2. Es wird davon Vormerk genommen, dass H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_-strasse ..., J.\_\_\_\_\_, das Mandat als Ersatzwillensvollstreckerin abgelehnt hat.
  3. Die weitere Erbteilung ist somit Sache der Erben.
  4. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben.
  5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 150.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
CHF 0.00 Barauslagen / Familienscheine  
**CHF 150.00 Kosten total.**
  6. Die Gerichtskosten werden zu Lasten des Nachlasses mit separater Rechnung von A.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_-strasse ..., E.\_\_\_\_\_, bezogen.
- 7./8. (Mitteilung / Rechtsmittel).

**Berufungsanträge:**

des Berufungsklägers (act. 7):

1. Es sei der Entscheid vom 18. Februar 2022 aufzuheben.
2. Es sei der mandatswiderrufende Willensvollstrecker zu verpflichten, das Willensvollstreckermandat zu vollziehen.
3. Eventualiter sei der mandatswiderrufende Willensvollstrecker zu Schadenersatzzahlung zu verpflichten.
4. Es seien die Entscheidgebühr/Gerichtskosten von Fr. 150.– dem mandatswiderrufenden Willensvollstrecker aufzuerlegen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des widerrufenen Willensvollstreckers.

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Am tt.mm.2020 verstarb C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Erblasserin).

1.2 Mit Urteil vom 22. Januar 2021 (berichtigt am 22. Februar 2021) ordnete das Bezirksgericht Meilen ein öffentliches Inventar an (vgl. act. 9/2).

1.3 Sodann eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen im summarischen Verfahren (nachfolgend: Vorinstanz) den Beteiligten mit Urteil vom 12. November 2021 den Erbvertrag mit letztwilligen Verfügungen der Erblasserin und stellte den gesetzlichen und eingesetzten Erben A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Berufungskläger) und L.\_\_\_\_\_ die Ausstellung einer Erbescheinigung in Aussicht (vgl. act. 9/1 E. I.). Gleichzeitig nahm die Vorinstanz darin Vormerk davon, dass M.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Berufungsbeklagter) das Mandat als Willensvollstrecker stillschweigend angenommen habe (vgl. act. 6 E. I.).

Mit Eingabe vom 26. November 2021 erhob N.\_\_\_\_\_ als gesetzlicher Erbe Einsprache gegen die Ausstellung einer solchen Erbescheinigung (act. 9/1 E. II./1.).

1.4 Mit Urteil und Verfügung vom 2. Dezember 2021 (act. 9/1) nahm die Vorinstanz von der Einsprache Vormerk und hielt fest, dass (solange diese zu Recht bestehe) keine Erbescheinigung ausgestellt werde (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1). Weiter ordnete die Vorinstanz die Erbschaftsverwaltung an, beauftragte den zuvor zum Willensvollstrecker ernannten Berufungsbeklagten nunmehr mit der Erbschaftsverwaltung und wies diesen an, ihr eine Abschrift des aufzunehmenden Inventars zuzustellen (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). Auf das Gesuch des Berufungsklägers um Ausstellung einer Erbescheinigung trat die Vorinstanz nicht ein (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3). Die Entscheidgebühr setzte sie auf Fr. 400.– fest und auferlegte die Gerichtskosten N.\_\_\_\_\_ (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 4).

1.5 Mit Eingabe vom 24. Januar 2022 (Datum Poststempel) legte der Berufungsbeklagte sein Mandat als Willensvollstrecker unter Beilage eines Arztzeugnisses nieder (vgl. act. 1). Auf entsprechende Anfrage der Vorinstanz hin erklärte H.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 14. Februar 2022, sie lehne das Mandat als Willensvollstreckerin ab (vgl. act. 2).

1.6 Am 18. Februar 2022 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 8).

1.7 Dagegen erhebt der Berufungskläger mit Eingabe vom 25. Februar 2022 (act. 7) rechtzeitig (vgl. act. 3 i.V.m. act. 4 i.V.m. act. 7 S. 1) Berufung samt Beilagen (vgl. act. 9/1-2) mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen.

1.8 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1-4).

1.9 Mit Verfügung vom 17. Mai 2022 (act. 11) zog die Vorinstanz die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids vom 18. Februar 2022 in Wiedererwägung und hob diese auf (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1). Sie hielt insbesondere fest, die – mit Urteil und Verfügung vom 2. Dezember 2021 – angeordnete Erbschaftsverwaltung werde aufrecht erhalten. Mit der Erbschaftsverwaltung werde der Notar des Notariatskreises O.\_\_\_\_\_ beauftragt. Weiter wies sie den Berufungsbeklagten an, die Verwaltung des Nachlasses mit Eintritt der Verfügung abzuschliessen und die Aktiven mit Abrechnung dem Notar des Notariatskreises O.\_\_\_\_\_ auszuhändigen. Auf jenen Zeitpunkt hin werde er von seinem Amt als Erbschaftsverwalter entbunden (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2).

1.10 Auf weitere prozessleitende Schritte im Berufungsverfahren, insbesondere auf das Einholen einer Berufungsantwort (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO), kann verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1 Zweck der gerichtlichen Mitwirkung des Einzelgerichts Erbschaftssachen nach §§ 137-139 GOG ist in einem weiten Sinne die Sicherung des Erbganges.

Es handelt sich um "verwaltungsähnliche" Anordnungen, welche die korrekte Regelung sämtlicher Nachlassbelange sicherstellen sollen, in Berücksichtigung des Gesetzes und (gegebenenfalls) der letztwilligen Anordnungen der Erblasserin. Solche Vorkehren betreffen die materielle Rechtslage nicht direkt. Soweit Rechte und Pflichten der am Nachlass Beteiligten eine Rolle spielen, haben sie höchstens den Stellenwert von Vorfragen, die nur soweit nötig und nur provisorisch geprüft werden. Einen definitiven Entscheid trifft das Einzelgericht Erbschaftssachen weder über konkrete zivilrechtliche Ansprüche der Erben untereinander noch über solche Ansprüche gegenüber Dritten. Über materielle Rechtsfragen, die ein streitiges zivilrechtliches Verhältnis in endgültiger und dauernder Weise regeln, kann nur das ordentliche Zivilgericht *entscheiden* (vgl. ENGLER/JENT, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen» Verfahrens, in: SJZ 113/2017, S. 421 ff., S. 422).

Verfahren betreffend die erwähnte gerichtliche Mitwirkung zur Sicherung des Erbgangs gehören zu den Angelegenheiten der freiwilligen bzw. nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Im Kanton Zürich ist für diese Verfahren erstinstanzlich grundsätzlich das Einzelgericht in Erbschaftssachen zuständig, das diese als Einpartei- enverfahren im summarischen Verfahren führt (vgl. § 137 GOG; § 142a GOG). Das Verfahren richtet sich nach kantonalem Recht; die ZPO gelangt als kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung (vgl. Art. 551 ZGB i.V.m. Art. 54 SchIT ZGB i.V.m. § 125a GOG; BGE 139 III 225 ff., E. 2). Diese in erster Instanz nicht streitige Erbschaftsangelegenheit wandelt sich in zweiter Instanz in eine strittige Angelegenheit (vgl. statt vieler OGer ZH LF130039 vom 27. Juni 2013, E. 5) bzw. in ein kontradiktorisches Verfahren.

2.2 Angelegenheiten betreffend Willensvollstrecker sind grundsätzlich vermögensrechtlicher Natur (vgl. BGer 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 1.2); insbesondere dann, wenn – wie hier – eine Änderung in der Nachlassverwaltung angestrebt wird (vgl. BGer 5A\_395/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 1.2.2). Gegen erstinstanzliche Summarentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert kann hier wohl nicht mit dem Nachlasswert gleichge-

setzt werden (vgl. BGE 135 III 578 ff., E. 6.5). Stehen hinter den Anträgen auf Absetzung oder Anweisung weitergehende ökonomische Zwecke, muss sich eine ein Rechtsmittel ergreifende Partei darauf behaften lassen. Eine Berücksichtigung dieses wirtschaftlichen Interesses bei der Streitwertbemessung ist möglich (vgl. BGer 5A\_395/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 1.2.2). Der Berufungskläger beantragt die Verpflichtung des Berufungsbeklagten, das Willensvollstreckermandat zu vollziehen. Offenbar im Wesentlichen deshalb, weil der Berufungsbeklagte als Treuhänder der Erblasserin, Verfasser des Erbvertrages vom 16. Juli 2014 und bei der von der Vorinstanz angeordneten Vermögensinventarisierung durch das Notariat O.\_\_\_\_\_ ganzheitlich involviert gewesen sei (vgl. act. 7 S. 2). Es ist daher davon auszugehen, dass das finanzielle Interesse des Berufungsklägers an der Verpflichtung des Berufungsbeklagten, das Willensvollstreckermandat zu vollziehen, die Streitwertschwelle von Fr. 10'000.– übersteigt. Die Berufung ist daher zulässig.

2.3 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und/oder unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d.h. der Berufungskläger hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid seiner Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (sog. Begründungslast, vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36).

2.4 Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsmittels ist die Beschwer; sie ist für das Rechtsmittelverfahren das von Amtes wegen zu beachtende Pendant zum Rechtsschutzinteresse im erstinstanzlichen Verfahren, welches eine Prozessvoraussetzung darstellt (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Erfordernis der Beschwer hat die Wirkung, dass nur derjenige zur Erhebung eines Rechtsmittels befugt ist, der ein von der Rechtsordnung geschütztes, d.h. ein schutzwürdiges Interesse (tatsächlicher oder rechtlicher Natur) an der Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides besitzt (vgl. BGE 120 II 5 ff., E. 2a; ZK ZPO-REETZ, a.a.O., Vor Art. 308-318 N 30).

### 3. Teilweise Gegenstandslosigkeit der Berufung

Die Vorinstanz hob die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheides vom 18. Februar 2022 in ihrer Verfügung vom 17. Mai 2022 wiedererwägungsweise auf und wies zu Recht auf das pendente Einspracheverfahren mit bestehender Erbschaftsverwaltung hin (vgl. oben E. 1.9). Die Berufung des Berufungsklägers wurde insoweit gegenstandslos und ist abzuschreiben.

### 4. Hauptantrag (Verpflichtung des Willensvollstreckers zur Mandatsführung)

4.1 In Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des angefochtenen Entscheides vom 18. Februar 2022 bringt der Berufungskläger im Wesentlichen vor, der Berufungsbeklagte sei Treuhänder der Erblasserin gewesen, habe den Erbvertrag vom 16. Juli 2014 verfasst, sei im Zusammenhang mit der durch die Vorinstanz angeordneten Vermögensinventarisierung durch das Notariat O. \_\_\_\_\_ ganzheitlich involviert gewesen und mit Urteil der Vorinstanz vom 2. Dezember 2021 als Erbschaftsverwalter eingesetzt worden. Der Berufungsbeklagte habe weder zu erkennen gegeben, dass er nicht beabsichtige, das Mandat zu erfüllen, noch habe er eine Berufung gegen seine Einsetzung als Erbschaftsverwalter erhoben (vgl. act. 7 S. 2).

4.2 Zum einen sind die Rechte und Pflichten einer zur Willensvollstreckung ernannten Person während der Dauer der Erbschaftsverwaltung sistiert; die Willensvollstrecker-Funktionen ruhen (vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 6. Aufl. 2019, Art. 518 N 21; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, 4. Aufl. 2019, Art. 517 N 29). Ein Willensvollstrecker könnte sein Mandat zurzeit somit ohnehin nicht ausüben. Es ist fraglich, ob der Berufungskläger durch die blosser Vorinstanzliche Vormerknahme von der Niederlegung des Willensvollstreckermandates seitens des Berufungsbeklagten (und der Ablehnung der Annahme des Mandates seitens der Ersatzwillensvollstreckerin) überhaupt beschwert ist.

Zum anderen konnte die Vorinstanz mit ihrer Vormerknahme in diesem (summarischen) Verfahren mangels entsprechender Kognition betreffend materiellrechtliche Fragen (vgl. oben E. 2.1) insbesondere von vornherein nicht darüber

befinden, ob ein Willensvollstreckermandat besteht oder nicht bzw. nicht mehr, und hat darüber auch nicht entschieden. Diese Frage wäre denn auch vom Zivilgericht zu beantworten (vgl. BGer 5A\_195/2013 vom 9. Juli 2013, E. 2.2.6 und 5A\_395/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 3.8). Der Berufungskläger macht aber eigentlich auch nicht geltend, das Willensvollstreckermandat bestehe noch bzw. sei nicht (gültig) niedergelegt worden. Vielmehr scheint er der Ansicht zu sein, der Berufungsbeklagte sei (trotz Mandatsniederlegung) zur Mandatsführung zu verpflichten, weil dieser sein Mandat nicht habe niederlegen dürfen.

Diesbezüglich übersieht er, dass die zur Willensvollstreckung ernannte Person von vornherein nicht zur Annahme des Mandates verpflichtet ist; selbst dann nicht, wenn sie der Erblasserin die Übernahme des Amtes zugesichert hatte. Denn deren Einsetzung ist eine einseitige Verfügung der Erblasserin, welche diese widerrufen kann (vgl. PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, a.a.O., Art. 517 N 18 und BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 517 N 16 je m.w.H.). Deshalb ist die zur Willensvollstreckung ernannte Person, hat sie das Amt einmal angetreten, auch nur solange zur Durchführung ihrer Aufgabe verpflichtet, wie sie das Amt nicht mit einer ausdrücklichen an die zuständige Behörde gerichteten Erklärung – wie der Berufungsbeklagte – vorzeitig aufgegeben hat. Zum Rücktritt vom Amt ist sie jederzeit berechtigt; falls der Rücktritt allerdings zur Unzeit erfolgt, kann dies in analoger Anwendung von Art. 404 Abs. 2 OR eine Schadenersatzpflicht der zur Willensvollstreckung ernannten Person auslösen (vgl. PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, a.a.O., Art. 518 N 4 und BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 517 N 25 je m.w.H.).

Eine Verpflichtung der zur Willensvollstreckung ernannten Person zur Mandatsführung im Sinne einer Realerfüllung sieht das materielle Recht nicht vor. Für eine entsprechende Verpflichtung des Berufungsbeklagten – der das Mandat als Willensvollstrecker aus gesundheitlichen Gründen vorzeitig aufgegeben hat (vgl. act. 1) – fehlte es daher an einer gesetzlichen Grundlage.

4.3 Die Berufung ist insoweit abzuweisen, als darauf überhaupt einzutreten ist.

## 5. Eventualantrag (Schadenersatz)

Da der Berufungskläger mit seinem Hauptantrag (Berufungsanträge Nr. 1 und 2) nicht durchdringt (vgl. soeben E. 4), ist auf seinen Eventualantrag (Berufungsantrag Nr. 3) einzugehen.

5.1 Mit diesem Eventualantrag verlangt er die Verpflichtung des Berufungsbeklagten zum Ersatz eines behaupteten Schadens in unbezifferter Höhe.

5.2 Hierfür ist die Kammer (als Rechtsmittelinstanz) erstinstanzlich nicht zuständig. Auf diesen Antrag kann daher bereits aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

## 6. Vorinstanzlicher Kostenentscheid

6.1 In Dispositiv-Ziffer 6 des angefochtenen Entscheides vom 18. Februar 2022 auferlegte die Vorinstanz die Gerichtskosten dem Nachlass und bezog diese vom Berufungskläger (vgl. act. 6).

6.2 Der Berufungskläger ficht diesbezüglich einzig die Kostenaufgabe zu Lasten des Nachlasses (act. 6 Dispositiv-Ziffer 6) an. Er macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz hätte die Kosten verursachergerecht dem Berufungsbeklagten als widerrufendem Willensvollstrecker auferlegen müssen (vgl. act. 7 S. 2).

6.3 Da er als gesetzlicher und eingesetzter Erbe durch die Kostenaufgabe zu Lasten des Nachlasses beschwert ist, ist inhaltlich darauf einzugehen.

6.4 Die Kosten einer gerichtlichen Mitwirkung beim Erbgang sind in der Regel Erbgangsschulden, für welche die Erben solidarisch haften (vgl. BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 6. Aufl. 2019, Art. 603 N 8; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 557 N 18; vgl. auch BGer 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014, E. 2). Ausnahmsweise können Kosten für Anordnungen des Einzelgerichts Erbschaftssachen nach dem Verursacherprinzip auferlegt werden – so beispielsweise bei der Bestellung einer Erbenvertretung, wenn die Anordnung nötig wurde, weil ein Miterbe querulatorisch oder zum eigenen Vorteil die Mitwirkung verweigerte. Eine definitive Kostenaufgabe nach dem Verursacherprinzip muss in

diesem Zusammenhang jedoch die Ausnahme bleiben (vgl. ENGLER/JENT, in: SJZ 113/2017, a.a.O., S. 421 ff. S. 427).

6.5 Der Willensvollstrecker ist diejenige Person, die aufgrund der letztwilligen Verfügung der Erblasserin und gemäss deren Anordnungen den Nachlass zu sichern, zu verwalten, abzuwickeln und zu teilen hat (vgl. PraxisKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, a.a.O., Art. 517 N 1 und 3). Mit Blick auf diesen Zweck der Willensvollstreckung, das jederzeitige Rücktrittsrecht des Willensvollstreckers und die gesundheitlichen Gründe, mit welchen der Berufungsbeklagte seinen Rücktritt als Willensvollstrecker begründete, rechtfertigte sich hier keine Kostenaufgabe zu dessen Lasten. Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten daher zu Recht nicht dem Berufungsbeklagten auferlegt. Insoweit ist die Berufung abzuweisen.

## 7. Fazit

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann (vgl. oben E. 4 bis 6) und diese nicht als gegenstandslos abzuschreiben ist (vgl. oben E. 3).

## 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

Umständehalber sind für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben. Der Berufungskläger wollte mit der Berufung vor allem auch Unterstützung erreichen, was mit der Anordnung der Erbschaftsverwaltung erfolgte. Partei- oder Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird und diese nicht abgeschrieben wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Partei- oder Umtriebsentschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 7), sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen, 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:  
16. Juni 2022