

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110053-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Urteil und Beschluss vom 9. Juni 2011

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X._____,

gegen

B._____,

Beschwerdegegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Beschwerde gegen den Willensvollstrecker

Berufung gegen eine Verfügung der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. März 2011 (EA100005)

Erwägungen:

I.

1. Am ... 1984 starb die Schweizer Staatsangehörige C. _____ mit letztem Wohnsitz in Zürich (act. 2/2). Mit Testament vom 11. Mai 1983 hatte die Erblasserin A. _____ als alleinige Erbin eingesetzt und diverse Vermächtnisse (von insgesamt Fr. 17'500.00) verfügt. Zudem setzte sie die Alleinerbin auch als Willensvollstreckerin ein. Diese lehnte das Mandat allerdings mit Schreiben vom 28. Dezember 1984 ab. Der für diesen Fall als Ersatzwillensvollstrecker bezeichnete B. _____ nahm das Mandat am 3. Januar 1985 an (act. 2/4). Gemäss Verzeichnis der D. _____ vom 31. Dezember 1988 befanden sich in einem auf die Erblasserin lautenden Depot (bestehend aus zwei Sparheften, einem Alterssparheft und einem Anlagefonds) Werte im Betrag von Fr. 90'797.00 (act. 2/10).

Mit Schreiben vom 1. September 2003 gelangte A. _____ an den Willensvollstrecker und bat um Zustellung einer korrekten Abrechnung mit Zinsaufstellung sowie unter Hinweis auf zwei 1998 erfolgte Teilzahlungen um eine erneute Akontozahlung von mindestens Fr. 60'000.00. Zudem setzte sie zur Erstellung der Schlussabrechnung Frist bis 30. November 2003 (act. 2/5). Am 25. Juli 2008 verlangte die Rechtsvertreterin der Alleinerbin eine vollständige Aufstellung über die Erbmasse von C. _____ sowie der heute vorhandenen Vermögenswerte und forderte die Erstellung einer Schlussabrechnung (act. 2/6). Mit E-Mail vom 23. September 2008 erklärte der Willensvollstrecker, dass die Angelegenheit seit über zehn Jahren abgeschlossen sei, weshalb er nicht mehr im Besitz von Akten sei (act. 2/7). Am 8. Dezember 2008 wurde A. _____ die Erbbescheinigung ausgestellt (act. 2/2). Auf eine weitere Aufforderung zur Auskunftserteilung vom 18. Dezember 2008 hin (act. 2/8), hielt der Willensvollstrecker mit E-Mail vom 20. Januar 2009 an seinen bisherigen Ausführungen fest (act. 2/9). Mit Schreiben vom 8. Mai 2009 teilte die D. _____ der Alleinerbin mit, dass die Erblasserin bei ihr ein Depo-
sitenheft unterhalten habe, welches am 26. Februar 1985 saldiert worden sei. Zudem hätten drei Wertschriftendepots bestanden, welche am 26. Mai 1983, 25. Ok-

tober 1984 und 14. August 1989 saldiert worden seien. Ausser dem bereits bekannten Auszug über das 1989 saldierte Wertschriftendepot per Ende 1988 würden keine weiteren Unterlagen oder Korrespondenz mehr existieren (act. 15/11).

2. Mit Beschwerde vom 26. Mai 2010 stellte A._____ bei der Vorinstanz die folgenden Anträge:

- " 1. Es sei der Beschwerdegegner anzuweisen, der Beschwerdeführerin
 - a) ein unbehindertes und vollständiges Akteneinsichtsrecht in sämtliche Akten zu gewähren, welche irgendwie mit der Abwicklung des Willensvollstreckermandats im Zusammenhang stehen.
 - b) eine detaillierte und überprüfbare Aufstellung über alle Aktiven und Passiven des Nachlasses von C._____ sel., gestorben am ... 1984, ...strasse ..., E._____, insbesondere über die Konten bei der D._____, Filiale F._____:
 - Depositen Heft ...
 - Wertschriftendepot ...
 - Sparheft ...
 - Sparheft ...
 - Anlagefonds Valorenummer ...sowie über das Alterssparheft bei der G._____, Nr. ... wie auch über sämtliche sonstigen Vermögenswerte, Anlagefonds, Bankkonti und Festgeldanlagen, im Sinne einer Schlussrechnung, vorzulegen.
2. Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, den aus der [Aufstellung] gemäss Ziffer 1 lit. b resultierenden Aktivsaldo an die Beschwerdeführerin herauszugeben.
3. Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, die ihm unter Ziffer 1 und 2 auferlegten Handlungen innert angemessener, vom Gericht zu bestimmender Frist vorzunehmen. Sollte der Beschwerdegegner den Weisungen der Aufsichtsbehörde nicht fristgerecht nachkommt, sei er gestützt auf Art. 292 StGB mit Busse zu bestrafen.
4. Es sei festzustellen, dass das Willensvollstreckermandat des Beschwerdegegners mit der Erstellung der Schlussabrechnung (Ziffer 1b) und der Herausgabe des Aktivsaldo (Ziffer 2) abgeschlossen ist.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners.

6. Eventualantrag: Der Beschwerdegegner als Willensvollstrecker des Nachlasses von C._____ sel., gestorben 26. ... 1984, ...strasse ..., E._____, sei abzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners."

Zudem stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung von Rechtsanwältin lic.iur. Z._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 2 und act. 4/1-5). Am 13. September 2010 beantwortete der Willensvollstrecker aufforderungsgemäss (act. 6; Prot. VI S. 2) die Beschwerde (act. 11). Mit Eingabe vom 2. November 2010 nahm die Beschwerdeführerin ebenfalls aufforderungsgemäss (act. 12; Prot. VI S. 3) Stellung zur Beschwerdeantwort (act. 14; vgl. auch act. 15/11-13). Mit Verfügung vom 16. März 2011 wies der zuständige Einzelrichter schliesslich die Beschwerde ab, gewährte der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung und bestellte Rechtsanwältin lic.iur. Z._____ zur unentgeltlichen Rechtsbeiständin (act. 16 = act. 18 = act. 20; Prot. VI S. 4).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Alleinerbin mit Eingabe vom 26. April 2011 rechtzeitig Berufung und beantragte die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung mit den im Wesentlichen gleichen Rechtsbegehren (act. 19). Zudem stellte sie auch für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsbeiständung (act. 22 und act. 23/1-5). Mit Verfügung vom 2. Mai 2011 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beantwortung des Rechtsmittels angesetzt (act. 24, act. 17 S. 2). Die Berufungsantwort wurde am 13. Mai 2011 erstattet (act. 27).

II.

1. Am 1. Januar 2011 trat die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorinstanzliche Verfahren wurde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gemacht. Es richtete sich demnach weiterhin nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH) sowie

denjenigen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich (GVG) vom 13. Juni 1976. Für die gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 16. März 2011 zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und damit vorliegend die schweizerische Zivilprozessordnung. Sobald die nationale Zivilprozessordnung anwendbar ist, gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010, OS 211.1).

Durch die Verweisung auf den amtlichen Erbschaftsliquidator in Art. 518 Abs. 1 ZGB untersteht der Willensvollstrecker der behördlichen Aufsicht mit Beschwerderecht der Erben analog zu Art. 595 Abs. 3 ZGB (BSK ZGB II-Karrer, 3. Aufl. 2007, Art. 518 N 97). In der ZPO ist dieses Beschwerderecht nicht geregelt. Nach § 84 GOG - der gemäss § 85 GOG mangels eigener Verfahrensvorschriften (auch) auf andere Beschwerdeverfahren als solche gegen Mitglieder von Gerichts- und Schlichtungsbehörden sowie angegliederten Kommissionen anwendbar ist - kann gegen Beschwerdeentscheide der Bezirksgerichte nach § 139 Abs. 2 GOG innert zehn Tagen seit der Mitteilung Aufsichtsbeschwerde beim Obergericht erhoben werden. Auf dieses Rechtsmittelverfahren sind nach ausdrücklicher Verweisung die Bestimmungen der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO sinngemäss anwendbar. Entgegen der Rechtsmittelbelehrung auf dem angefochtenen Entscheid stand demnach nicht die Berufung, sondern die Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO zur Verfügung. Das Rechtsmittel der Alleinerbin ist daher als Beschwerde in diesem Sinne entgegenzunehmen und zu behandeln.

2. In seiner Rechtsmittelantwort beantragte der Beschwerdegegner, es sei auf das Feststellungsbegehren gemäss Ziffer 1.4 nicht einzutreten, weil es aufgrund der gleichlautenden Leistungsbegehren am Rechtsschutzinteresse fehle (act. 27. S. 5).

In Ziffer 1.4 verlangte die Beschwerdeführerin die Feststellung, dass das Willensvollstreckermandat des Beschwerdegegners mit der Erstellung der Schlussabrechnung und der Herausgabe des Aktivsaldos abgeschlossen sei (act. 19 S. 2). Eine Klage auf Feststellung von Tatsachen ohne Zusammenhang

mit der Entscheidung einer Rechtsfrage ist jedoch ausgeschlossen. Abstrakte Rechtsfragen ohne direkten Bezug zu einem Rechtsverhältnis können demnach nicht zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden (BGE 80 II 262; BGE 118 II 435). Das Willensvollstreckermandat endet nach Lehre und Rechtsprechung in der Regel mit der vollständigen Erledigung der darunter fallenden Aufgaben (BSK ZGB II-Karrer, Art. 527 N 24). Anders als für einen Entscheid über die Beendigung eines konkreten Mandats fehlt es nach dem Gesagten beim angeführten Rechtsbegehren am Interesse. Deshalb ist darauf nicht einzutreten.

In Ziffer 1.2 ihres Rechtsmittels beantragte die Beschwerdeführerin weiter, dass der Beschwerdegegner anzuweisen sei, den aus der noch zu erstellenden Schlussabrechnung resultierenden Aktivsaldo an sie herauszugeben (act. 19 S. 2). Aufsichtsmittel und damit Gegenstand einer Aufsichtsbeschwerde sind präventive und disziplinarische Massregeln von Empfehlung, Weisung und Ermahnung über Verwarnung, Ordnungsbusse oder Bestrafung nach Art. 292 StGB bis zur vorläufigen Amtseinstellung oder Absetzung (BSK ZGB II-Karrer, Art. 595 N 29 ff.). Da es sich beim angeführten Begehren demnach nicht um einen mit aufsichtsrechtlichen Mitteln durchsetzbaren Antrag handelt, ist auch darauf nicht einzutreten. Ein derartiges Begehren wäre mittels Leistungsklage im summarischen oder ordentlichen Zivilprozess geltend zu machen.

III.

1. Im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO sind - selbst in den dem Untersuchungsgrundsatz unterstehenden Verfahren - weder neue Tatsachenbehauptungen noch neue Beweismittel zulässig (Art. 326 ZPO). Dies entspricht der beschränkten Überprüfung des Sachverhalts im Rahmen dieses Rechtsmittels auf dessen offensichtlich unrichtige Feststellung (Art. 320 lit. b ZPO). Zur Sachverhaltserstellung ist demnach auf die Vorbringen der Parteien vor Vorinstanz abzustellen.

2. Die Beschwerdeführerin erklärte vor Vorinstanz, dass bis anhin weder eine endgültige Erbteilung stattgefunden habe noch eine Schlussrechnung erstellt

worden sei. Der Beschwerdegegner habe es nie für nötig befunden auf verschiedene Briefe mit Anfragen betreffend Stand der Erbteilung zu antworten. Sie habe zu keinem Zeitpunkt Einsicht in die Unterlagen betreffend Vermögen der Erblasserin gehabt und ihr sei nur aus den Ausführungen zu Lebzeiten der Erblasserin bekannt, dass einige Bankkonti und eine Festgeldanlage vorhanden gewesen seien. Lediglich durch einen Zufall sei es möglich gewesen, eine Bankverbindung der Erblasserin bei der D. _____ ausfindig zu machen. Gemäss Auszug der D. _____ vom 31. Dezember 1988 seien damals Werte der Erblasserin im Betrag von Fr. 90'797.00 vorhanden gewesen. Eine Auszahlung in dieser Höhe sei nie erfolgt. Das Amt des Willensvollstreckers ende ordentlicherweise mit dem Vollzug der Teilung und der Schlussabrechnung oder aber mit dem Rücktritt des Willensvollstreckers. Nichts davon sei erfolgt. Sie habe bis heute weder eine Schlussabrechnung erhalten noch sei der Nachlass verteilt worden (act. 1).

Dagegen wandte der Beschwerdegegner in seiner Antwort vor Vorinstanz ein, dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. September 2003 zwei Zahlungen im Jahr 1998 bestätigt habe. Da sie als Alleinerbin eingesetzt worden und keine Anfechtung des Testaments erfolgt sei, sei die Erbteilung ohne Probleme schnell abgeschlossen gewesen. Dementsprechend hätten die Akten spätestens im Jahr 2008 vernichtet werden können. Das Mandat sei daher abgeschlossen und die Frist zur Aktenvernichtung abgelaufen. Sämtliche Ansprüche seien verjährt und verwirkt. Es sei unerklärlich, weshalb knapp vor Ablauf von 26 Jahren nach dem Tod der Erblasserin eine Teilung verlangt werde, wenn gleichzeitig zwei Zahlungen im Jahr 1998 behauptet würden. Es sei geradezu missbräuchlich, angeblich 1998 Zahlungen zu empfangen und erst über zehn Jahre später, nach Beendigung des Willensvollstreckermandates und nach Ablauf der Aktenvernichtungsfrist, zu behaupten, man habe Anspruch auf weitere angebliche Aktiven. Der Willensvollstrecker habe seine Pflichten erfüllt und die Akten nach zehn Jahren vernichtet. Mit der Erbbescheinigung sei es der eingesetzten Erbin freigestanden, über das Vermögen zu verfügen. Einer Erbteilung habe es gar nicht bedurft, da lediglich eine eingesetzte Erbin vorhanden gewesen sei. Das Bestehen von drei Wertschriftendepots, einem Depositenheft, einigen Bankkonti und einer Festgeldanlage werde mit Nichtwissen bestritten. Die Ausführungen der

Beschwerdeführerin, wonach der Willensvollstrecker irgendwelche Verpflichtungen nicht erfüllt habe, würden vollumfänglich bestritten. Eventualiter sei dem Willensvollstrecker zu erlauben, allfällige Zahlungen sowie das Willensvollstreckerhonorar einem allfälligen Aktivsaldo entgegenzuhalten und zu verrechnen (act. 11).

In ihrer Stellungnahme zur Antwort des Beschwerdegegners ergänzte die Beschwerdeführerin, dass sie in ihrem Schreiben vom 1. September 2003 nicht nur den Erhalt von zwei Teilzahlungen mitgeteilt sondern auch eine korrekte Abrechnung eingefordert habe. Erst fünf Jahre später habe sich der Beschwerdegegner auf Nachfrage ihrer Rechtsvertreterin dahingehend verlauten lassen, dass er die Angelegenheit bereits seit längerem abgeschlossen habe. Das Verhalten des Beschwerdegegners sei zutiefst widersprüchlich. Falls die Erbteilung tatsächlich bereits kurz nach dem Tod der Erblasserin hätte abgeschlossen und das Dossier nach zehn Jahren hätte vernichtet werden können, wäre doch zu erwarten gewesen, dass er ihr dies auf ihr Schreiben hin umgehend mitgeteilt hätte. Da dies nicht geschehen sei, müsse davon ausgegangen werden, dass das Dossier im Jahr 2003 noch existiert habe. In diesem Zeitpunkt sei das Dossier, auch gemäss Ausführungen des Beschwerdegegners, noch vorhanden gewesen. Hätte der Beschwerdegegner das Mandat zu diesem Zeitpunkt tatsächlich bereits abgeschlossen gehabt, hätte es ihm kaum Mühe bereitet, die Alleinerbin darauf hinzuweisen und sie mit einer Kopie der Schlussabrechnung zu bedienen. Mit derlei Gepflogenheiten sei der Beschwerdegegner vertraut gewesen, weil er damals noch anwaltlich tätig gewesen sei. Da in dieser Angelegenheit im September 2003 noch Korrespondenz geführt worden sei, hätte das Dossier unter Beachtung der zehnjährigen Frist der Aktenaufbewahrung nicht bereits 2008, sondern frühestens 2013 vernichtet werden dürfen. Aus diesen Umständen und Ungereimtheiten müsse geschlossen werden, dass das Mandat 2003 noch nicht beendet gewesen sei. Da es Ende 1988 noch verschiedene Sparhefte und Anlagefonds gegeben habe, könne keine Rede davon sein, dass das Mandat schnell habe abgeschlossen werden können. Immerhin seien damals seit dem Tod der Erblasserin bereits vier Jahre verflossen gewesen. Nicht sie habe sich sodann missbräuchlich verhalten, sondern der Willensvollstrecker, indem er nur schleppend informiert bzw. jeg-

liche Auskunft über den Stand der Erbschaft verweigert und sich dann auf den Standpunkt gestellt habe, alle Akten seien nun aufgrund der Verjährungsfrist vernichtet. Gerade weil sich die Beschwerdeführerin in regelmässigen Abständen nach dem Stand der Erbteilung erkundigt habe, hätte er sich absichern müssen, um den Nachweis der angeblichen Beendigung des Mandats erbringen zu können. Mindestens im Jahr 2003 sei dies noch möglich gewesen. Weil der Beschwerdegegner aber auf keine ihrer Anfragen reagiert habe, liege die Vermutung nahe, dass das Mandat gerade nicht abgeschlossen worden sei. Die Ansprüche der Alleinerbin seien weder verjährt noch verwirkt, weil kein Beendigungstatbestand eingetreten sei. Zudem sei die laufende Verjährung für allfällige Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung am 29. April 2010 durch eine Betreibung unterbrochen worden. Es sei richtig, dass die Beschwerdeführerin die einzige eingesetzte Erbin sei. Allerdings hätten diverse Vermächtnisse geprüft und ausgerichtet werden müssen. Wäre die Erbschaft mit den zwei Teilzahlungen 1998 vollumfänglich ausgehändigt worden, würde es eine Abrechnung geben, welche mindestens auf die Anfrage der Beschwerdeführerin im Jahr 2003 hätte vorgelegt werden können. In Bezug auf den Eventualantrag sei darauf hinzuweisen, dass dem Willensvollstrecker aufgrund seiner Versäumnisse und seines Verhalten keine Entschädigung zustehe (act. 14).

3. Nach dem Gesagten hält der Beschwerdegegner den Anträgen der Beschwerdeführerin auf Gewährung des Akteneinsichtsrechts sowie der Erstellung einer Aufstellung über alle Nachlassaktiven und -passiven im Sinne einer Schlussrechnung im Wesentlichen entgegen, dass sämtliche mit dem Willensvollstreckermandat zusammenhängende Daten und Aktenstücke vernichtet worden seien. Da im Zivilprozess keine Möglichkeit zur hoheitlichen Überprüfung dieser Behauptung besteht, muss darauf abgestellt werden. Ein Mittel zur rechtlichen oder tatsächlichen Erzwingung der Akteneinsicht sowie der Erstellung der Schlussabrechnung besteht in dieser Situation nicht. Die verlangte Leistung erweist sich demnach als (nachträglich objektiv) unmöglich. Da die gerichtliche Verurteilung zu etwas Unmöglichem unzulässig ist, müssen die Begehren abgewiesen werden (vgl. dazu auch BGER 4A_394/2008 vom 15. Januar 2009). Ob der

Beschwerdegegner zur Aktenvernichtung berechtigt war oder nicht, muss in diesem Verfahren offenbleiben.

Damit ist allerdings über allfällige andere Ansprüche der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner - wie beispielsweise Schadenersatz oder Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung - nichts gesagt.

4. Als Eventualantrag verlangte die Beschwerdeführerin die Absetzung des Beschwerdegegners als Willensvollstrecker des Nachlasses der am 26. Dezember 1984 gestorbenen C._____ (act. 19 S. 3). In ihrem Rechtsmittel rügt sie im Wesentlichen die fehlerhafte Annahme des Sachverhalts durch die Vorinstanz. Die Feststellung des Sachverhalts kann mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO allerdings nur beschränkt überprüft werden, nämlich nur, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. schlechthin unhaltbar bzw. willkürlich ist (Art. 320 lit. b ZPO). Derart qualifizierte Fehler der Vorinstanz sind jedoch nicht ersichtlich. Sie stützte sich in ihrem Entscheid auf die eingereichten Unterlagen und überprüfte die Standpunkte der Parteien danach (act. 16 S. 13 f. = act. 18 S. 13 f. = act. 20 S. 13 f.). Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin ist daher ebenfalls abzuweisen.

5. Nach Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO entscheidet die Beschwerdeinstanz neu, wenn die Sache spruchreif ist. Eine Rückweisung, wie von der Beschwerdeführerin in ihrem Rechtsmittel beantragt (act. 19 S. 3), kommt daher vorliegend nicht in Frage.

IV.

1. Die Willensvollstreckerbeschwerde verfolgt letztlich einen wirtschaftlichen Zweck, weshalb ihr ein Streitwert beizumessen ist (BGE 108 II 77). Lautet der durch das Rechtsbegehren bestimmte Streitwert nicht auf eine bestimmte Geldsumme und machen die Parteien keine übereinstimmenden Angaben dazu, setzt ihn das Gericht fest (Art. 91 ZPO). Bei der Bestimmung des Streitwerts einer Willensvollstreckerbeschwerde ist praxisgemäss auf das subjektive Streitinteresse des Beschwerdeführers abzustellen (vgl. Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 21. August 2009 im Geschäft Nr. NL090097). Die Nachlasshöhe

nach Abzug der geltend gemachten zwei Akontozahlungen ist mangels Kenntnis des Betrags der Teilzahlungen unbekannt. Allerdings wirft die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner schwere Pflichtversäumnisse im Zusammenhang mit der gesamten Abwicklung des bekannten Bruttonachlasses von rund Fr. 90'800.00 vor. Es ist demnach von diesem Streitwert auszugehen. Zu berichtigen ist allerdings, dass es im Verfahren der Aufsicht über den Willensvollstrecker nur indirekt um die Aktien des Nachlasses geht; darum kann ja wie gesehen auf das Begehren um Auszahlung des Netto-Erbteils nicht eingetreten werden. Unter diesem Aspekt sind Gerichtsgebühr und Entschädigung angemessen zu reduzieren.

2. Die Gerichtskosten werden nach den kantonalen Tarifen festgesetzt (Art. 96 ZPO). Am 8. September 2010 erliess das Obergericht des Kantons Zürich sowohl eine neue Gebühren- (GebV; OS 211.11) als auch eine neue Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV; OS 215.3). Finden auf ein Verfahren - wie vorliegend - die Bestimmungen der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung Anwendung, gelten auch die neuen Gebührenverordnungen (§ 23 GebV und § 25 AnwGebV).

Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse sowie der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 GebV). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV sowie § 8 Abs. 1 GebV - für das Rechtsmittelverfahren in Verbindung mit § 12 GebV - ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'200.00 pro Instanz festzusetzen.

3. Ausgangsgemäss wären die Prozesskosten des gesamten Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Von diesem Verteilungsgrundsatz kann jedoch unter anderem dann abgewichen werden, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war oder andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Verfahrensausgang als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 ZPO). Aufgrund der rudimentär - ausweichenden Reaktion des Beschwerdegegners auf die Schreiben der Rechtsanwältin der Beschwerdeführerin am 25. Juli und 18. Dezember 2008 war eine Einschätzung der Prozesschancen praktisch unmöglich. Zudem bestritt der Beschwerdegegner nicht, (insbesondere) auf das Schreiben der Beschwerdeführerin

vom 1. September 2003 nicht reagiert zu haben. Sein Vorbringen im Beschwerdeverfahren, wonach er das Schreiben nicht erhalten habe, ist verspätet und demnach nicht zu hören. Im damaligen Zeitpunkt wären allerdings selbst gemäss seiner Darstellung die Akten noch nicht vernichtet gewesen. Nach dem Gesagten musste die Beschwerdeführerin zur Abklärung ihrer Rechte einen Prozess anstrengen. Somit sind die Prozesskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

Als Prozesskosten gelten auch die Parteientschädigungen. Grundlage für die Festsetzung der von den Justizbehörden zu bestimmenden Gebühr für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte vor den Zivilgerichten bildet der Streit- bzw. Interessewert (§ 1 AnwGebV und § 2 AnwGebV). Die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren ist demnach in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV, § 9 AnwGebV und § 11 AnwGebV auf Fr. 3'000.00, diejenige für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV sowie § 9 AnwGebV und § 11 AnwGebV in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 1'500.00 festzusetzen. Mehrwertsteuer ist nicht zuzusprechen, weil sie nicht verlangt wurde (vgl. act. 1 S. 3; act. 19 S. 3 sowie Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

4. Die Beschwerdeführerin stellte sowohl für das vorinstanzliche Verfahren als auch den Rechtsmittelprozess je ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (act. 3 und act. 4/1-5 sowie act. 22 und act. 23/1-5). In erster Instanz wurde dem entsprochen. Der pauschale Rechtsmittelantrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, kann das nicht mit meinen. Bei der Bewilligung von unentgeltlicher Prozessführung und Vertretung für die erste Instanz bleibt es.

Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die prozessuale Bedürftigkeit ist im Hinblick auf das Einkommen und das Vermögen zu beurteilen. Als aussichtslos gelten Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaus-

sichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Durch das Kriterium der fehlenden Aussichtslosigkeit soll verhindert werden, dass eine Partei einen Prozess auf Staatskosten führt, den eine vermögende Person auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht einleiten würde. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Auch für den Entscheid über die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ist damit erforderlich, dass die Begehren nicht aussichtslos erscheinen. Ferner fallen zusätzlich beispielsweise die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falls in Betracht (LEUENBERGER/UFFER, Schweiz. Zivilprozessrecht, S. 288 ff.).

Über die Höhe und den Verbleib der von der Beschwerdeführerin 1998 erhaltenen Akontozahlungen aus dem Nachlass von C._____ ist nichts bekannt. Dennoch ist ihre prozessuale Bedürftigkeit durch die eingereichten Unterlagen ausreichend belegt (act. 4/1-5 und act. 23/1-5). Nach dem bereits bei der Kostenverlegung ausgeführten, hätte wohl auch eine vermögende Person den vorliegenden Prozess vernünftigerweise eingeleitet. Da es sich bei der Beschwerdeführerin - anders als beim Beschwerdegegner - um eine juristische Laiin handelt, war sie zudem zur Wahrung ihrer Rechte auf einen Rechtsvertreter angewiesen. Die Gesuche der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands sind demzufolge für beide Instanzen gutzuheissen. Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO ist eine allfällige Entschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter direkt zuzusprechen (Lukas Huber, DIKE-KOMM-ZPO, Art. 122 N 126).

Es wird beschlossen:

1. Auf das Begehren um Anweisung an den Beschwerdegegner zur Herausgabe des Aktivsaldos an die Beschwerdeführerin wird nicht eingetreten.

2. Auf das Begehren um Feststellung des Abschlusses des Willensvollstreckermandats des Beschwerdegegners mit der Erstellung der Schlussabrechnung und der Herausgabe des Aktivsaldos wird nicht eingetreten.
3. Der Beschwerdeführerin wird für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt lic.iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
Die Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
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).

und sodann erkannt:

1. Die Anträge auf Gewährung des Akteneinsichtsrechts sowie der Erstellung einer Aufstellung über alle Nachlassaktiven und -passiven im Sinne einer Schlussrechnung werden abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für beide Instanzen werden auf je Fr. 1'200.00 festgesetzt.
3. Die Kosten beider Instanzen werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic.iur. Z._____ für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.00 (ohne Mehrwertsteuer) und Rechtsanwalt lic.iur. X._____ für das Beschwerdeverfahren eine solche von Fr. 1'500.00 (ohne Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. 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 rund Fr. 90'800.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. K. Findeisen

versandt am: