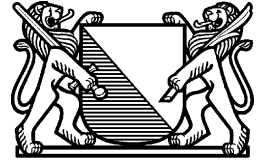


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF130014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

Urteil vom 17. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Willensvollstrecker und Berufungskläger,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

betreffend
öffentliches Inventar

im Nachlass von C. _____, geboren tt. Februar 1922, von D. _____, gestor-
ben tt.mm.2013, wohnhaft gewesen in E. _____,

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Be-
zirksgerichtes Horgen vom 12. März 2013 (EN130010)

Erwägungen:

1. a) Die Erblasserin verstarb am tt.mm.2013 in E. _____ und hinterliess vier Kinder als gesetzliche Erben (act. 1). In ihrer letzten letztwilligen Verfügung vom 29. August 2012 bestätigte sie die gesetzliche Erbfolge für drei ihrer Kinder, entzog dem Berufungsbeklagten die Erbenstellung und verfügte, dass er seinen Pflichtteil als Vermächtnis erhalten solle (act. 4/3 Ziff. 2). Sie beauftragte den Berufungskläger mit der Willensvollstreckung (act. 4/3 S. 2 Ziff. 7). Die Vorinstanz stellte dem Berufungskläger gestützt auf das Testament der Erblasserin vom 29. August 2012 am 7. März 2013 ein Willensvollstreckerzeugnis aus (act. 11/1).

b) Auf Begehren des Berufungsbeklagten hin (act. 1) ordnete die Vorinstanz am 12. März 2013 die Aufnahme eines öffentlichen Inventars an (act. 2). Ein Wiedererwägungsgesuch des Berufungsklägers (act. 4/1) wies sie am 19. März 2013 ab (act. 5).

c) Der Berufungskläger focht den Entscheid der Vorinstanz vom 12. März 2013 rechtzeitig (act. 9 i.V. mit act. 3/6) an und stellte die Anträge:

" Der Entscheid des Einzelgerichts in Erbschaftssachen am Bezirksgericht Horgen vom 12. März 2013 (EN130010) sei aufzuheben;
das Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars im Nachlass der C. _____ sel., geb. tt. Februar 1922, von D. _____, gest. tt.mm.2013 in E. _____, zuletzt wohnhaft gewesen in E. _____, sei abzuweisen;
eventualiter sei das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhalts und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten." (act. 9 S. 2)

d) Der Berufungskläger leistete den ihm auferlegten Kostenvorschuss (act. 12) innert Frist (act. 13/1 i.V. mit act. 14). Der Berufungskläger reichte sodann eine Kopie der Testamentseröffnung vom 9. April 2013 ein (act. 17), zusammen mit einem Begleitschreiben (act. 16), welches dem Berufungsbeklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 18 Dispositivziffer 2).

e) Nach Fristansetzung durch den Referenten (act. 18) erstattete der Berufungsbeklagte rechtzeitig seine Berufungsantwort (act. 20). Der Berufungsbeklagte beantragte die vollumfängliche Abweisung der Berufung und vollumfängliche Bestä-

tigung des angefochtenen Entscheids (act. 20 S. 3). Er beantragte, die vorinstanzlichen Kosten dem Nachlass, die Kosten des Obergerichts sowie die Kosten seiner persönlichen Aufwendungen und Rechtsberatung dem Nachlass oder teilweise oder ganz dem Willensvollstrecker zu belasten (act. 20 S. 3).

Die Berufungsantwort wurde dem Berufungskläger zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 22). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

2. a) Der Berufungskläger schätzte den Streitwert auf Fr. 50'000.-- (act. 9 S. 3); der Berufungsbeklagte äusserte sich nicht zum Streitwert (act. 20). Die Berufung ist demnach zulässig (Art. 308 Abs. 2 ZPO i.V. mit § 137 lit. f GOG, Art. 248 lit. e ZPO, Art. 551 Abs. 1 ZGB, Art. 54 SchIT ZGB).

b) Der Berufungskläger ist der testamentarisch eingesetzte Willensvollstrecker. Als solcher tritt er selbständig und in eigenem Namen auf, handelt aber auf Rechnung der Erbschaft. Seine Prozessführungsbefugnis ist umfassend (BSK ZGB-Karrer, Art. 518 N 70 f.). Selbst im Rahmen einer Ungültigkeitsklage betreffend Bestand, Inhalt oder Umfang seiner Einsetzung oder Aufgabe als Willensvollstrecker, d.h. wenn es um seine persönliche Stellung als Willensvollstrecker geht, prozessiert er nicht im eigenen Interesse, sondern zur Vollstreckung des erblasserischen Willens (BSK ZGB-Karrer, Art. 518 N 73). Der Willensvollstrecker handelt bei der Prozessführung selbständig und benötigt dazu keine Zustimmung der Erben (BSK ZGB-Karrer, Art. 518 N 70). Die Einwendung des Berufungsbeklagten, der Berufungskläger hätte für seine Berufungsklage eine schriftliche Einwilligung seiner drei Geschwister benötigt (act. 20 S. 2), hat demnach keine rechtliche Grundlage. Auf die Berufung des Berufungsklägers ist daher einzutreten.

c) Der Berufungsbeklagte brachte in der Berufungsantwort vor, er habe die Testamentseröffnung des Einzelgerichts in Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Horgen vom 9. April 2013 angefochten mit Klage an das Bezirksgericht (act. 20 S. 2 i.V. mit act. 21/3). Der Entscheid vom 9. April 2013 sei damit noch nicht gültig und somit seien auch die Begründungen des Berufungsklägers ungültig (act. 20 S. 2). Entgegen der Meinung des Berufungsbeklagten ist eine letztwillige Verfügung gültig, solange sie nicht durch Klage des Benachteiligten ausser Kraft ge-

setzt wurde (SJZ 1963 (59) S. 274; ZR 95 Nr. 34 S. 105). Seine Einwendungen vermögen ihm daher nicht zu helfen.

d) Der Berufungsbeklagte brachte sodann vor, der Berufungskläger sei nicht neutral ihm gegenüber, sondern befangen, da er die Gegenpartei in anderen Verfahren gegen ihn vertrete. Ihm sei von mehreren Personen bestätigt worden, dass seiner Mutter ihr eigener Wille genommen und sie dazu gezwungen worden sei, den Berufungskläger als Willensvollstrecker einzusetzen. Der Verdacht sei sehr gross, dass gesetzwidrige Vermögensdelikte begangen worden seien (act. 20 S. 3). Im vorliegenden Verfahren ist auf diese Vorbringen nicht einzugehen, da sie für die Befugnis des Willensvollstreckers zur Erhebung der Berufung nicht relevant sind.

3. Im Rahmen der Berufung kann der Berufungskläger unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend machen (Art. 310 ZPO).

a) In seinem Wiedererwägungsgesuch an die Vorinstanz brachte der Berufungskläger vor, Personen, denen ausschliesslich Vermächtnisse zugedacht worden seien, unterlägen keiner Erbenhaftung und seien deshalb nicht berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen. Vielmehr erhalte der Berufungsbeklagte erst dann das Recht auf Stellung eines Antrags um Errichtung eines öffentlichen Inventars, falls ihm in Gutheissung einer Ungültigkeitsklage die Erbeneigenschaft gerichtlich zugesprochen werden sollte (act. 4/1).

b) Die Vorinstanz wies das Wiedererwägungsgesuch ab mit der Begründung, der Willensvollstrecker stütze seine Ansicht auf einen Teil der Lehre, aber der Gesetzgeber habe die Frage ohne weiteres dahingehend beantwortet, dass es selbstverständlich sei, dass testamentarisch übergangene bzw. enterbte pflichtteilsberechtigten Erben, auch wenn sie keine Anfechtungsklage erheben, als Erben zu betrachten seien. Das Bundesgericht habe diese Sicht des Gesetzgebers lange Zeit übernommen und trotz der vom Willensvollstrecker zitierten Lehrmeinungen keine neue Praxis begründet, sondern diese Frage explizit offen gelassen (act. 5).

c) In seiner Berufung berief sich der Berufungskläger auf diverse Lehrmeinungen, welche seine Ansicht stützen (act. 9 S. 5). Es ist im folgenden darauf einzugehen.

4. a) Die Frage, ob ein pflichtteilsgeschützter Erbe, dem die Erbenstellung durch eine letztwillige Verfügung entzogen wurde, gemäss dem Testament als bloss virtueller Erbe (bzw. Nichterbe) oder als Erbe im Sinne von Art. 580 ZGB zu betrachten sei, der das Recht besitze, ein öffentliches Inventar zu verlangen, wird in Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Auf der einen Seite stehen die Materialien (Huber, StenBull NR 1905, S. 1394), vor allem ältere Entscheide (ZBJV 87, 255), die langjährige ältere Praxis des Bundesgerichts und die 2. Auflage des Zürcher Kommentars (aufgegeben in der dritten Auflage: ZK ZGB-Escher, 3.A., Zürich 1960, Art. 580 N 5: Verweis auf 2. Auflage), welche die Erbenstellung und das Recht, ein öffentliches Inventar zu verlangen, bejahen. Auf der andern Seite gestehen die meisten neueren Lehrmeinungen und Gerichtsentseide dem testamentarisch enterbten bzw. überangenen Pflichtteilerben erst dann das Recht zum Beantragen eines öffentlichen Inventars zu, wenn er in einer Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage obsiegt und damit Erbenstellung erlangt hat (Piotet, ZSR 1972 I 49 ff.; Piotet, SPR IV/2, 378 ff.; Druey, Grundriss des Erbrechts, 5.A. Bern 2002, § 6 N 12; BK ZGB-Tuor/Picenoni, Art. 580 N 2; BK ZGB-Weimar, Vorbem. Art. 470 N 22; BSK ZGB-Wissmann, Art. 580 N 2; PraxKomm Erbrecht ZGB-Engler, Art. 580 N 1-2, N 8; CHK ZGB-Abt, Art. 580 N 7; als bloss virtuellen Erben bezeichnet den testamentarisch überangenen Pflichtteilerben auch BSK ZGB-Karrer, Art. 553 N 7). Das Bundesgericht liess die Frage neuerdings unter Hinweis auf die neueren Lehrmeinungen offen (BGE 125 III 35 E. 3b.bb, BGE 104 II 75 E. 3b.bb).

Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich publizierte seit langer Zeit ihre - soweit ersichtlich - konstante Rechtsprechung, wonach der überangene Pflichtteilerbe keine Erbenstellung bzw. keine Berechtigung habe, ein öffentliches Inventar zu verlangen, so lange er nicht mit einer Anfechtungs- oder Herabsetzungsklage obsiegt habe (ZR 17 Nr. 151; ZR 55 Nr. 54; ZR 95 Nr. 34, S.103 E. V.3.c; SJZ 1963 (59) S. 270 ff). Gleich entschied der Regierungsrat des Kantons St Gallen (SJZ 1966 (62) S. 78 Nr. 41).

b) Demnach kann festgehalten werden, dass die neuere Lehre und die konstante Rechtsprechung der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich dem testamentarisch übergangenen Pflichtteilserben erst dann die Berechtigung zugehen, ein öffentliches Inventar zu verlangen, wenn er mit einer Ungültigkeitsklage obsiegt und so Erbenstellung erlangt hat. Dafür bestehen gute Gründe. Einerseits ist die mit Mängeln behaftete Verfügung von Todes wegen nach schweizerischem Erbrecht nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar. Sie ist gültig, solange sie nicht durch Klage des Benachteiligten ausser Kraft gesetzt bzw. herabgesetzt wurde (SJZ 1963 (59) S. 274; ZR 95 Nr. 34 S. 105). Es geht beim öffentlichen Inventar sodann in erster Linie darum, den Erben einen genauen Überblick über die Nachlassschulden zu verschaffen (ZR 55 Nr. 54), was eine gegenüber dem Sicherungsinventar (bei dem der übergangene Pflichtteilserbe ein Antragsrecht hat: BSK ZGB-Karrer, Art. 553 N 7) viel einschneidendere Massnahme ist. Das Verfahren des öffentlichen Inventars ist aufwändig und kann als kreditschädigend empfunden werden, da die unabdingbaren Publikationen des Rechnungsrufes von Laien oft kaum von konkursamtlichen Veröffentlichungen unterschieden werden können (BSK ZGB-Wissmann, Vor Art. 580-592 N 9). Es leuchtet daher ein, dass derjenige, welcher (als Vermächtnisnehmer) nicht für die Erbschaftsschulden haftet, auch kein Antragsrecht auf Durchführung eines öffentlichen Inventars haben soll.

c) Das Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars ist daher mangels Aktivlegitimation des Berufungsbeklagten abzuweisen. Die Berufung ist demnach gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

5. a) Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr ist zu bestätigen (Dispositivziffer 4). Entsprechend seinem Unterliegen sind dem Berufungsbeklagten die vorinstanzlichen Gerichtskosten definitiv aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Der Berufungsbeklagte hat die Abweisung der Berufung beantragt und unterliegt demnach im Berufungsverfahren. Es sind ihm daher die Gerichtskosten des

zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen. Diese sind gestützt auf § 2, § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.-- zu bemessen.

c) Entsprechend seinem Unterliegen ist der Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem - auf Rechnung des Nachlasses handelnden - Berufungskläger für das Berufungsverfahren, wie beantragt (act. 9 S. 6), eine Parteientschädigung zu bezahlen, die gemäss § 2 Abs. 1 lit. a, c, d, e, § 4 Abs. 1 und 2, § 9 und § 13 AnwGebV auf Fr. 3'240.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bemessen ist. Im erstinstanzlichen Verfahren hatte der Berufungskläger keine Parteistellung; er beantragte für das erstinstanzliche Verfahren auch keine Parteientschädigung (act. 9 S. 6).

Es wird erkannt:

1. Der Entscheid des Einzelgerichts in Erbschaftssachen am Bezirksgericht Horgen vom 12. März 2013 wird aufgehoben und das Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars im Nachlass von C._____, verstorben am tt.mm.2013 in E._____, wird abgewiesen.
2. Die vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.-- (Dispositivziffer 4) wird bestätigt.
3. Die vorinstanzlichen Gerichtskosten werden dem Berufungsbeklagten auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungsbeklagten auferlegt.
6. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, den Berufungskläger für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'240.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu entschädigen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von Kopien der act. 11/1, 11/3, 11/4, sowie – unter Rücksendung der

erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Horgen, je gegen Empfangsschein.

8. 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 geschätzte Streitwert beträgt Fr. 50'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: