

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF160070-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## **Beschluss vom 29. November 2016**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,

2. **C.**\_\_\_\_\_,

Berufungsbeklagte,

### **betreffend Erbausschlagung / Protokollierung und Nachberufung der gesetzlichen Erben**

im Nachlass von D.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Juli 1923, von E.\_\_\_\_\_, gestorben am tt.mm.2016, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. September 2016 (EN160400)

### Erwägungen:

1. Am tt.mm.2016 verstarb D.\_\_\_\_\_ in Zürich. Mit Eingabe vom 3. Mai 2016 reichte die F.\_\_\_\_\_ AG [Bank] dem Bezirksgericht Zürich ein Testament der Erblasserin vom 12. Oktober 2001 – offen – zur Eröffnung ein. Gleichzeitig teilte die Bank dem Gericht mit, sie lehne das ihr zugedachte Mandat der Willensvollstreckung ab (act. 8/1). Mit Urteil vom 21. Juli 2016 (act. 8/unakturiert = act. 15/3) stellte das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich den eingesetzten Erben, nämlich sieben Institutionen (G.\_\_\_\_\_, Verein für H.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, Stiftung K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_, Stiftung M.\_\_\_\_\_), die Ausstellung eines Erbscheines in Aussicht, sofern dagegen seitens der gesetzlichen Erben nicht innert Frist Einsprache gegen dieses Urteil erhoben werde (Dispositiv Ziffern 2-3). Ferner stellte das Einzelgericht fest, dass die F.\_\_\_\_\_ AG das Mandat als Willensvollstreckerin abgelehnt und A.\_\_\_\_\_ das Mandat als Willensvollstreckerin mit beschränkter Befugnis angenommen habe (Dispositiv Ziffer 4). Das Geschäft wurde als erledigt abgeschrieben (Dispositiv Ziffer 5). Die Kosten wurden zu Lasten des Nachlasses von der I.\_\_\_\_\_ bezogen (Dispositiv Ziffer 7). In der Folge schlugen alle sieben Institutionen die Erbschaft aus (act. 1 G.\_\_\_\_\_; act. 2 Verein für H.\_\_\_\_\_; act. 3 I.\_\_\_\_\_; act. 4 J.\_\_\_\_\_; act. 5 Stiftung K.\_\_\_\_\_; act. 6 L.\_\_\_\_\_; act. 7 Stiftung M.\_\_\_\_\_. Mit Urteil vom 23. September 2016 nahm das Einzelgericht Erbschaftssachen die Ausschlagungserklärungen der eingesetzten Erben zu Protokoll (act. 11 Dispositiv Ziffer 1). In den Erwägungen führte das Einzelgericht aus, mangels Ersatzanordnung im Testament der Erblasserin gelangten nun deren gesetzliche Erben zur Erbfolge (Art. 481 Abs. 2 ZGB), namentlich seien dies aus der elterlichen Verwandtschaft die Kinder des am tt. Juni 1926 geborenen und am tt.mm.1998 verstorbenen Bruders F.\_\_\_\_\_: 1. B.\_\_\_\_\_ und 2. C.\_\_\_\_\_. Hievon sei Vormerk zu nehmen, und den gesetzlichen Erben sei der auf sie lautende Erbschein in Aussicht zu stellen (act. 11 Erw. III). Weder zur Vormerknahme noch zur Ausstellung des Erbscheines wurde im Dispositiv etwas gesagt. Das Einzelgericht ordnete aber an, in Abänderung von Dispositiv Ziffer 7 des Testa-

mentseröffnungsurteils vom 21. Juli 2016 würden die dort dem Nachlass auferlegten Kosten neu von der gesetzlichen Erbin B.\_\_\_\_\_ bezogen (act. 11 Dispositiv Ziffer 2). Das Geschäft wurde als erledigt abgeschrieben mit dem Hinweis, die Regelung des Nachlasses sei Sache der gesetzlichen Erben (act. 11 Dispositiv Ziffer 3). Die Kosten für diese Verfügung wurden auf Fr. 420.- festgesetzt und den ausschlagenden Erben je zu 1/7 auferlegt (act. 11 Dispositiv Ziffer 4).

2. a) Das Urteil wurde A.\_\_\_\_\_ am 5. Oktober 2016 zugestellt (act. 9). Innert Frist liess sie Berufung erheben und verlangte (act. 12 S. 2):

"1. Ziff. 2. und Ziff. 3. des angefochtenen Urteils seien aufzuheben;

2. a) Es sei festzustellen, dass im Nachlass von D.\_\_\_\_\_, geb. tt.07.1923, von E.\_\_\_\_\_, gest. tt.mm.2016, wohnhaft gewesen ... [Adresse], Erbe der Kanton Zürich ist;

- b) Es sei der Kanton Zürich berechtigt zu erklären, die Ausstellung des auf ihn lautenden Erbscheins zu verlangen;

3. Eventuell:

Die Sache sei zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen und der Berufungsklägerin sei eine angemessene Prozessentschädigung (zzgl. MwSt.) zuzusprechen."

b) Mit Verfügung vom 26. Oktober 2016 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses angesetzt (act. 16). Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 18 i.V.m. act. 16 und act. 17). Die Sache erweist sich als spruchreif. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann, wie sich aus nachfolgenden Erwägung ergibt, gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO verzichtet werden.

3. Die Erblasserin hatte gemäss Erbenermittlung der Vorinstanz als gesetzliche Erben aus der elterlichen Verwandtschaft die Kinder des verstorbenen Bruders F.\_\_\_\_\_, nämlich B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ hinterlassen (act. 8/unakturiertes Urteil vom 21. Juli 2016 = act. 15/3). In ihrem Testament vom 12. Oktober 2001 schloss sie alle gesetzlichen Erben von der Erbfolge aus, unter namentlicher Nennung ihrer Nichte B.\_\_\_\_\_ (samt Nachkommen) und

ihres Neffen C.\_\_\_\_\_ (samt Nachkommen) und richtete Vermächtnisse aus, u.a. an ihr Patenkind A.\_\_\_\_\_ und an ihre Nichte B.\_\_\_\_\_. Letzterer sollte das Guthaben bei der Credit Suisse Filiale Zürich... ausbezahlt werden. Für die Sachvermächtnisse verwies die Erblasserin auf ein separates Verzeichnis, das sie noch erstellen werde. Den Rest des Nachlasses sollten zu gleichen Teilen die sieben vorgenannten Institutionen erhalten. Die Erblasserin hatte diese Institutionen als "Legats-Empfänger" ("Barvermächtnisse") eingesetzt (act. 8/unakturiertes Testament vom 21.10.2001 = act. 15/4). Das Einzelgericht ging davon aus, es handle sich bei diesen Institutionen sinngemäss um eingesetzte Erben (act. 8/unakturiertes Urteil vom 21. Juli 2016 = act. 15/3 Erw. III).

4. Die Berufungsklägerin machte geltend, sie sei das Patenkind der Erblasserin. Sie habe mit ihr zeitlebens in engem Kontakt gestanden und sei zumindest in den letzten Jahren auch ihre eigentliche Vertrauensperson gewesen. Es sei deshalb zentral für sie, dass dem Willen der Erblasserin, wie ihn diese auch in ihrem Testament vom 12. Oktober 2001 ausdrücklich festgelegt habe, nachgelebt werde. Insoweit sei sie durch den angefochtenen Entscheid beschwert. Im Rahmen der bei der Testamentseröffnung bestehenden freiwilligen Gerichtsbarkeit dränge es sich auf, den Begriff der Beschwer grosszügig auszulegen. Genau gleich wie bei der Legitimation zur Anrufung der Aufsichtsbehörde gegen die Tätigkeit eines Willenvollstreckers, wo auch ein Nichterbe Anzeige erstatten könne, müsse es auch bei einer Testamentseröffnung einem Nichterben möglich sein, Berufung gegen einen Entscheid einzulegen, der sachlich und rechtlich nicht haltbar sei. Abgesehen davon sei die Berufungsklägerin auch insoweit durch das angefochtene Urteil beschwert, als es ihr als Vermächtnisnehmerin nicht egal sein könne, gegen wen sie ihre Forderung auf Ausrichtung ihres Vermächtnisses zu richten habe (act. 12 S. 5).

Zum Materiellen führte sie aus, die Beantwortung der Frage, wer an die Stelle der eingesetzten Erben trete, die ausgeschlagen hätten, richte sich nicht – wovon die Vorinstanz ausgehe – nach Art. 481 Abs. 2 ZGB sondern nach

Art. 572 Abs. 2 ZGB. Die Erblasserin habe ausdrücklich alle ihre gesetzlichen Erben in ihrem Testament von jeglicher Erbfolge ausgeschlossen. Damit habe sie im Sinne von Art. 572 Ziff. 2 ZGB anderweitig verfügt. In diesem Falle falle die Erbschaft an das Gemeinwesen, vorliegend an den Kanton Zürich. Dieses werde in Anwendung von Art. 466 ZGB Alleinerbin. Der Vollständigkeit halber wies die Berufungsklägerin darauf hin, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, wo die Erblasserin all ihre Verwandten vom gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossen habe, die Ausschlagung aller eingesetzten Erben auch nicht zur konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses führe (act. 12 S. 8-9).

5. a) Ob A.\_\_\_\_\_ vorliegend Berufung erheben kann, hängt davon ab, ob sie ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Dies ist der Fall, wenn sie durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Ob ein Rechtsschutzanspruch besteht, bestimmt sich nach dem materiellen Recht. Bedarf es zu dessen Durchsetzung gerichtlichen Rechtsschutzes, ist das Rechtsschutzinteresse zu bejahen (ZK ZPO-Zürcher, 3. Auflage, Art. 59 N 12, N 14).  
  
b) Gemäss Testament soll A.\_\_\_\_\_ ein Vermächtnis von Fr. 100'000.- erhalten. Ferner bestimmte die Erblasserin sie zur Willensvollstreckerin mit beschränkter Befugnis (act. 8/unakturiertes Testament vom 12.10.2001 = act. 15/4). Vorerst ist auf ihre Stellung als Vermächtnisnehmerin einzugehen.
6. Das Vermächtnis ist diejenige Verfügungsart von Todes wegen, welche dem Begünstigten keine Erbenstellung und somit keine dinglich-absolut wirkende Rechtsposition an den zugewendeten Objekten verschafft (BGE 89 II 281 Erw. 4), sondern eine Forderung gegenüber den mit der Ausrichtung beschwerten Personen. Aus diesem grundlegenden Unterschied folgt, dass der Vermächtnisnehmer mit dem rechtlichen Schicksal des Nachlasses überhaupt nichts zu tun hat. Er partizipiert weder an der Verwaltung des Nachlasses noch an den Teilungsvorgängen. Eben so wenig trifft ihn eine Haftung für Erbschaftsschulden. Die Stellung des Legatars ist mithin diejeni-

ge eines aussenstehenden Gläubigers des oder der beschwerten Erben. Der Vermächtnisnehmer ist Sukzessor des oder der (beschwerten) Erben und nicht des Erblassers (vgl. dazu BSK ZGB II-Huwiler, 5. Auflage, Art. 484 N 1 unter Hinweis u.a. auf BGer 2P.296/2005 vom 29.8.2006 Erw. 3.2.1). Vermächtnisnehmern wird die eröffnete letztwillige Verfügung nur auszugsweise, nämlich nur die sie betreffende Detailverfügung, mitgeteilt (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 5. Auflage, Art. 558 N 8). Hat ein Vermächtnisnehmer lediglich einen obligatorischen, Art. 562 Abs. 1 ZGB spricht von einem persönlichen, Anspruch gegen die beschwerten Erben auf Auslieferung der vermachten Werte, so kann er nur Beschwerde erheben, soweit er durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Die Berufungsklägerin könnte mittels Beschwerde geltend machen, es handle sich nicht um ein Vermächtnis, sondern sie habe Erbenstellung. Sie kann aber das Verfahren der Ausstellungsbehörde nicht rügen, indem sie geltend macht, der Kanton Zürich sei als Erbe einzusetzen, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ hätten keine Erbenstellung. Die Vermächtnisnehmerin kann sich denn auch nicht gegen die Ausstellung einer Erbescheinigung an die eingesetzten Erben mit Einsprache wehren (BSK II-Karrer/Vogt/Leu 5. Auflage, Art. 559 N 10). Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin lässt sich der Personenkreis, der zur Anfechtung der Testamentseröffnungsverfügung Berechtigter nicht mit jenem der Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker gleichsetzen. Bei der Aufsichtsbeschwerde sind alle materiell an der Erbschaft Beteiligten aktivlegitimiert, somit auch Vermächtnisnehmer, Erbschafts- und Erbgangsgläubiger. Gegenüber all diesen Personen haben die Handlungen des Willensvollstreckers Auswirkungen darauf, was sie materiell aus dem Nachlass erhalten (vgl. dazu PaxKomm Erbrecht-Abt, 3. Auflage, Art. 518 ZGB N 91). Mit der Aufsichtsbeschwerde werden also rein materielle Interessen verfolgt. Gerade solche Interessen macht aber die Berufungsklägerin nicht geltend. Die Frage der Aktivlegitimation zur Testamentsanfechtung lässt sich vielmehr mit jener zur Ungültigkeitsklage vergleichen. Aktivlegitimiert zur Ungültigkeitsklage ist jeder, der als Erbe oder Bedachter oder aus sonst einem Grund ein erbrechtliches Interesse an der Ungültigkeit der Verfügung hat

(CHK-Fankhauser, 3. Auflage, ZGB 519 N 5). Die herrschende Lehre will aber ideelle und moralische Interessen nicht genügen lassen. Das Bundesgericht hielt in BGE 81 II 33 Erw. 3 fest, dass ein ideelles Interesse dann nicht reichen kann, wenn die Klagepartei vom Urteil der Ungültigkeitsklage gar nicht betroffen ist, insbesondere durch das Urteil keine Rechte für sie geschaffen werden (vgl. dazu PaxKomm Erbrecht-Abt, 3. Auflage, Art. 519 ZGB N 57 unter Hinweis auf BGE 99 II 246 Erw. 6 und Lehre). Diese Rechtsprechung ist auch auf die vorliegende Testamentsanfechtung anwendbar. Die Berufungsklägerin macht ideelle Interessen geltend, wenn sie verlangt, dass der angebliche Wille der Erblasserin, deren Nichte und Neffen vom Erbe auszuschliessen, zu beachten sei. Eine Änderung im Kreis der Erben hat auf ihren Vermächtnisanspruch indessen keine Auswirkung. Insofern spielt es keine Rolle, wer ihr letztendlich das Vermächtnis auszurichten hat. Ob ein wirtschaftliches Interesse an der Durchsetzung des wahren Willens der Erblasserin zur Anfechtung des Urteils vom 23. September 2016 berechtigte, kann offen bleiben, macht die Berufungsklägerin ein solches – etwa fehlende Liquidität oder Bonität der Berufungsbeklagten – doch gar nicht geltend. Als Vermächtnisnehmerin ist sie daher nicht legitimiert, die vorliegende Berufung mit den gestellten Anträgen zu erheben.

7. Auch in ihrer Funktion als Willensvollstreckerin ist sie nicht legitimiert, die vorerwähnten Rügen im Rahmen des Berufungsverfahrens vorzubringen. Der Willensvollstrecker hat gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB den Willen des Erblassers zu vertreten und gilt insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen. Die Erblasserin hatte in ihrem Testament die F.\_\_\_\_\_ als Willensvollstreckerin bestimmt. Dazu führte sie aus: "Diese hat meinen letzten Willen zu vertreten und gilt insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die offenen Rechnungen per Todestag und die Todesfallkosten zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den von mir getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen." Überdies hielt die Erblasserin

fest: "Als Willensvollstreckerin mit beschränkter Befugnis, nämlich für die Auflösung und Liquidation meines gesamten Haushaltes, bestimme ich mein Patenkind A.\_\_\_\_\_, ... " (act. 8/unakturiertes Testament = act. 15/4 S. 4-5). Die hauptsächlichen Willensvollstreckeraufgaben hatte die Erblasserin demnach in ihrem Testament der F.\_\_\_\_\_ übertragen. Die Berufungsklägerin hat im Rahmen ihres Willensvollstreckermandates nur beschränkte Befugnisse, nämlich Auflösung und Liquidation des gesamten Haushaltes. Daran ändert sich durch die Ablehnung des Mandates seitens der F.\_\_\_\_\_ nichts. Die Ernennung eines Willensvollstreckers erfolgt nämlich einzig durch den Erblasser persönlich in seiner letztwilligen Verfügung, d.h. durch Testament gemäss Art. 498-511 ZGB, mit entsprechend strengen Formvorschriften.

Soweit es um seine Einsetzung, Stellung oder Funktion geht, ist der Willensvollstrecker aktivlegitimiert zu Rechtsmitteln gegen Testamentseröffnungsverfügungen und Erbbescheinigungen (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 5. Auflage, Art. 518 N 85). In Anbetracht dessen, dass die Berufungsklägerin im Rahmen ihres Willensvollstreckermandates weder Verwaltungs- noch Teilungsbefugnis hat, ist ihr bereits aus diesem Grunde die Anfechtung zu versagen. Ausserdem ist es nicht Aufgabe des Willensvollstreckers, das Erbrecht allfälliger erbberechtigter (vorliegend des Kantons vgl. § 124 EGZGB) geltend zu machen bzw. für die korrekte Umsetzung des Erbrechtes besorgt zu sein. Für die Ungültigkeitsklage ist der Willensvollstrecker im Übrigen in der Regel auch nicht aktivlegitimiert, da es keine Rolle spielt, wer und in welchem Ausmass Erbe ist (BGE 85 II 597 Erw. 3). Er ist auch hier nur aktivlegitimiert, wenn seine eigene Stellung betroffen ist.

8. Mangels Legitimation der Berufungsklägerin ist deshalb auf die Berufung nicht einzutreten.
9. Ausgangsgemäss hat die Berufungsklägerin die Kosten des vorliegenden Verfahrens zu tragen. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'500.- festzusetzen. Den Berufungsbeklagten sind für das Berufungsverfahren keine Aufwendungen entstanden, weshalb keine Entschädigungen zuzusprechen sind.



**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 12, sowie an das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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. und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: