

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB160054-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 23. Februar 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Erbteilung**

**Berufung gegen ein Urteil des Zivilgerichtes des Bezirksgerichts Uster vom
14. Juli 2016; Proz. CP150003**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Die Nachlässe von C._____, geboren tt. September 1917, gestorben tt.mm 2012, und von D._____, geboren tt. Dezember 1919, gestorben tt.mm 2014, beide wohnhaft gewesen in E._____, seien gerichtlich festzustellen und zu teilen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Nachlass den Betrag von Fr. 311'612.– zu bezahlen.
3. Dem Beklagten sei ein Vermächtnis von Fr. 30'000.– auszurichten, mit der Auflage, die Gemäldesammlung des C._____, selig zusammenzuhalten und diese bis zu seinem Ableben, mindestens jedoch während 25 Jahren periodisch der Öffentlichkeit im Rahmen von Ausstellungen und Führungen zu zeigen.
4. Eventualiter sei das Vermächtnis zur Wahrung des Pflichtteils des Klägers herabzusetzen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 14. Juli 2016:

(act. 46 S. 10 f.)

1. Auf die Rechtsbegehren 1 und 3 wird nicht eingetreten.
2. Das Rechtsbegehren 2 wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'684.– festgesetzt.
4. Die Entscheidgebühr wird dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. (Mitteilung)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 44 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 einzutreten und die Nachlässe von C._____, geboren tt. September 1917, gestorben tt.mm 2012, und von D._____, geboren tt. Dezember 1919 und gestorben tt.mm 2014, seien festzustellen.
2. In Gutheissung der Berufung sei auf das Rechtsbegehren Ziff. 3 einzutreten und es sei festzustellen, dass dem Beklagten ein Vermächtnis von Fr. 30'000.- auszurichten ist, mit der Auflage, die Gemäldesammlung des C._____ selig zusammenzuhalten und diese bis zu seinem Ableben, mindestens jedoch während 25 Jahren periodisch der Öffentlichkeit im Rahmen von Ausstellungen und Führungen zu zeigen.
3. In Gutheissung der Berufung sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Nachlass den Betrag von Fr. 311'612.- zu bezahlen.
4. In Gutheissung der Berufung seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

In Gutheissung der Berufung sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, den Berufungskläger angemessen prozessual zu entschädigen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, den Kläger für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 54, sinngemäss):

Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 14. Juli 2016 zu bestätigen.

Erwägungen:

1. Sachverhalt/Prozessgeschichte

1.1. A._____, der Kläger, ist einer der beiden Nachkommen von C._____ und D._____. C._____ verstarb am tt.mm 2012, D._____ am tt.mm 2014. Beide haben über ihren Nachlass letztwillig verfügt (vgl. act. 5/4 und 5/5). Auf das Wesentliche zusammengefasst setzten sie ihre Nachkommen als alleinige Erben ein, bedachten B._____, den Beklagten, mit einem Vermächtnis und ernannten diesen zum Willensvollstrecker. Der Bruder des Klägers, F._____, ist am tt.mm 2014

ebenfalls gestorben, soweit bekannt ohne ein Testament errichtet zu haben. Sein einziger gesetzlicher Erbe ist der Kläger (vgl. act. 5/7).

1.2. Mit Eingabe vom 13. November 2015 und unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes E._____ vom 22. Juli 2015 erhob A._____ am Bezirksgericht Uster Erbteilungs- und Herabsetzungsklage mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 1, 2 und 18). Der Beklagte blieb mit der Beantwortung der Klage trotz zweimaliger Fristansetzung säumig. Mit Beschluss und Urteil vom 14. Juli 2016 trat das Bezirksgericht Uster auf die Klage hinsichtlich der Rechtsbegehren Ziff. 1 und 3 nicht ein und wies die Klage im übrigen Umfang (Rechtsbegehren Ziff. 2) ab. Die Gerichtskosten auferlegte es dem Kläger, eine Prozessentschädigung sprach sie nicht zu (act. 46 [= act. 45 = act. 37]).

1.3. Der Kläger ist mit diesem Entscheid nicht einverstanden. Mit Eingabe an die Kammer vom 6. September 2016 erhob er innert Frist Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 44). Als unterliegende Partei ist er zur Berufung legitimiert. Die Berufung enthält eine Begründung. Den Kostenvorschuss hat der Kläger fristgerecht geleistet (act. 48-50). Einem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen.

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Am 6. Januar 2017 beantwortete der Beklagte innert Frist die Berufung, wobei sich seine Stellungnahme im Wesentlichen auf den Antrag beschränkt, die Berufung sei abzuweisen (act. 54).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Das Doppel der Berufungsantwort ist dem Kläger mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

2. Feststellung der Nachlässe von C._____ und D._____

2.1. Der Kläger beantragte vor Vorinstanz die Feststellung und Teilung der Nachlässe seiner Eltern (act. 2 S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 1). Die Vorinstanz erwog, der Kläger sei einziger verbliebener Erbe im Nachlass seiner Eltern und infolge Universalsukzession Alleineigentümer sämtlicher Nachlassgegenstände geworden. Damit fehle ihm das rechtliche Interesse an der richterlichen Zuwei-

sung von Nachlassgegenständen in sein Alleineigentum, weshalb auf die Teilungsklage nicht einzutreten sei (act. 46 S. 4 f.).

2.2. Der Kläger anerkennt das Fehlen eines Rechtsschutzinteresses an der Klage auf Teilung des Nachlasses. Soweit er auf *Feststellung* der Nachlässe seiner Eltern klagte, hält er in der Berufung indessen an seinem rechtlichen Interesse fest. Er begründet dies damit, dass er und der Beklagte unterschiedliche Auffassungen zum Umfang des Vermächtnisses gemäss Ziff. 5 der letztwilligen Verfügungen seiner Eltern haben. Er, der Kläger, gehe entsprechend seinem vorinstanzlichen Rechtsbegehren Ziff. 3 von einem Anspruch des Beklagten auf Fr. 30'000.– aus, verknüpft mit der Auflage, die Gemäldesammlung von C._____ zusammenzuhalten und diese bis zu seinem Ableben, mindestens jedoch während 25 Jahren periodisch der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Der Beklagte habe sich demgegenüber vorprozessual auf den Standpunkt gestellt, sämtliche Bilder und Kunstgegenstände von C._____ seien als Vermächtnis in sein Eigentum zu überführen. Gemäss dem Bilderinventar (act. 5/11), dass ihm, dem Kläger, im Zeitpunkt der Klageeinleitung vorgelegen habe, belaufe sich der von C._____ geschätzte Gesamtwert der Bilder auf Fr. 760'000.–. Wenn der Standpunkt des Beklagten im Prozess Erfolg gehabt hätte und die Wertangaben im erwähnten Inventar nur annähernd dem effektiven Wert der Bilder entsprochen hätten, wäre sein (des Klägers) Pflichtteil offensichtlich verletzt gewesen. Um dies beurteilen zu können, müsse aber zuerst der gesamte Nachlass festgestellt werden. Deshalb habe er für den Fall, dass der Beklagte mit seinem Standpunkt durchdringe, eine Expertise verlangt. Er, der Kläger, sei nicht im Besitz der Bildersammlung seines Vaters. Aufgrund der Jahresfrist habe er deshalb die Herabsetzungsklage einreichen müssen. Dies habe er mit seinem Rechtsbegehren Ziff. 4 im Sinne eines Eventualantrages getan. Auf das Begehren um Feststellung der Nachlässe sei deshalb einzutreten (act. 44 S. 3-6).

2.3. Mit seinem Rechtsbegehren Ziff. 4 erhob der Kläger vor Vorinstanz hinsichtlich des Vermächtnisses, das seine Mutter zu Gunsten des Beklagten letztwillig verfügte (vgl. dazu auch nachfolgende Erw. 3.1), die Herabsetzungsklage, und zwar *eventualiter* (act. 2 S. 2).

Damit stellt sich zunächst die Frage, worin der Eventualfall bestand. Die Vorinstanz erblickte ihn darin, dass der Beklagte mit seinem vorprozessual vertretenen Standpunkt durchdringen sollte, das ihm zustehende Vermächtnis umfasse sämtliche künstlerischen Werke von C._____. Da der Beklagte, so die Vorinstanz weiter, im Prozess weder Anträge gestellt noch Widerklage erhoben habe, sei auf den Eventualstandpunkt des Klägers nicht weiter einzugehen (act. 46 S. 6 Rz 2.6). Diese Interpretation des Eventualfalles beanstandete der Kläger nicht (vgl. insbesondere act. 44 S. 5 lit. e). Damit lässt sich aber auch an der Schlussfolgerung der Vorinstanz nichts aussetzen, es sei auf die eventualiter erhobene Herabsetzungsklage nicht weiter einzugehen. Dies trifft umso mehr zu, als der Kläger mit der Berufung an seinem vor Vorinstanz gestellten Eventualbegehren auf Herabsetzung des Vermächtnisses gar nicht mehr festhält (act. 44 S. 2).

Steht aber eine Herabsetzungsklage und damit das Pflichtteilsrecht des Klägers nicht zur Debatte, braucht auch der Nachlass nicht festgestellt zu werden. Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ist nicht auszumachen, und es ist die Vorinstanz zu Recht auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 vollumfänglich nicht eingetreten, also auch hinsichtlich der beantragten Feststellung.

Daran ändert auch der Standpunkt des Klägers nichts, dass die Bilder von C._____ nicht in seinem Besitz gewesen seien und er deshalb innert Jahresfrist die Herabsetzungsklage habe einreichen müssen. Der Kläger übergeht damit, dass er die Herabsetzung (wohl fälschlicherweise) nur eventualiter verlangt hatte, wie erwähnt für den – nicht eingetretenen – Fall, dass der Beklagte im Prozess mit seinem Standpunkt durchdringen sollte. Sodann handelt es sich bei der Behauptung, dass er, der Kläger, nicht im Besitz der Bilder gewesen sei, um ein Novum, das im Berufungsverfahren nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt werden darf (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat sich zu diesen Voraussetzungen mit keinem Wort geäußert, so dass eine Beurteilung unmöglich ist. Dementsprechend kann das Novum nicht beachtet werden. Ist aber davon auszugehen, dass sich die Bilder von C._____ im Besitz des Klägers befinden, kann die Herabsetzung jederzeit einredeweise geltend gemacht werden und besteht

keine Gefahr der Verwirkung des Herabsetzungsanspruchs (vgl. Art. 533 Abs. 1 und 3 ZGB).

Die Berufung ist somit hinsichtlich des Antrages Ziff. 1 abzuweisen.

3. Feststellung des Vermächtnisses zu Gunsten des Beklagten

3.1. Gemäss öffentlicher letztwilliger Verfügung vom 3. Dezember 2009 bedachte D._____ den Beklagten mit folgendem Vermächtnis (act. 5/5, Anhang, Ziff. 5):

"Für den Fall, dass ich nach meinem Ehemann oder gleichzeitig mit ihm versterben sollte, so haben meine Erben ein Vermächtnis im Umfang von $\frac{1}{4}$ meines Nettonachlasses, jedoch maximal den Betrag von Fr. 30'000.- auszurichten an: Herrn B._____ (...).

Dieses Vermächtnis ist grundsätzlich in bar auszurichten. Sollten sich in meinem Nachlass noch von meinem Ehemann gemalte Bilder bzw. Kunstgegenstände befinden, so sind diese (unter wertmässiger Anrechnung an das Barvermächtnis) an den Vermächtnisnehmer zu Eigentum zu übergeben.

Für dieses Vermächtnis gilt folgende Auflage:

Das Vermögen und die Bilder sollen zur Verwaltung der Gemäldesammlung C._____ verwendet werden. In dieser Gemäldesammlung sollen sämtlichen künstlerischen Werke meines Ehemannes als Gesamtheit zusammengehalten und diese periodisch der Öffentlichkeit im Rahmen von Ausstellungen oder Führungen gezeigt werden. Diese Auflage gilt bis zum Ableben des Vermächtnisnehmers, mindestens jedoch während 25 Jahren."

Diesbezüglich verlangte der Kläger vor Vorinstanz, es sei dem Beklagten dieses Vermächtnis unter der erwähnten Auflage auszurichten (Rechtsbegehren Zif. 3).

3.2. Die Vorinstanz erwog dazu, der Anspruch des Beklagten auf Ausrichtung des Vermächtnisses sei obligatorischer Natur und richte sich gegen den Kläger, den heutigen Alleineigentümer des Nachlasses seiner Eltern. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger ein Rechtsschutzinteresse an der klageweisen Beurtei-

lung dieser Forderung habe. Was die Auflage betrifft, würden weder der Wortlaut des Rechtsbegehrens noch dessen Begründung darauf hinweisen, dass der Kläger den Vollzug der Auflage verlange (act. 46 S. 5 f.).

3.3. Der Kläger wendet ein, er und der Beklagte seien sich nicht einig über die Auslegung des Vermächtnisses. Sein Verständnis des Vermächtnisses ergebe sich aus dem Rechtsbegehren Ziff. 3. Der Beklagte demgegenüber habe vorprozessual den Standpunkt vertreten, dass er als Vermächtnisnehmer sämtliche Kunstwerke von C._____ zu Eigentum erhalte. Dies sei eine Frage der Auslegung, die vom Richter entschieden werden müsse. Ein Rechtsschutzinteresse dürfte nicht bestreitbar sein (act. 44 S. 5 f. Rz 4 lit. a).

3.4. In formeller Hinsicht fällt zunächst eine Änderung des Rechtsbegehrens auf. Vor Vorinstanz beantragte der Kläger, dem Beklagten sei ein Vermächtnis von Fr. 30'000.– mit der im Testament erwähnten Auflage *auszurichten* (act. 2 S. 2, Rechtsbegehren Ziff. 3). Mit der Berufung verlangt er, es sei auf das Rechtsbegehren Ziff. 3 einzutreten und es sei *festzustellen*, dass dem Beklagten ein Vermächtnis von Fr. 30'000.– unter der genannten Auflage auszurichten sei (act. 44 S. 2, Antrag Ziff. 2). Zur Zulässigkeit dieser Änderung des Rechtsbegehrens im Rahmen des Berufungsverfahrens äusserte sich der Kläger nicht, was ihm zum Nachteil gereichte, wenn von einer Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO auszugehen wäre. Diese setzt insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel voraus, die folglich substantiiert werden müssen. Ist beim Wechsel von einer Leistungs- zur Feststellungsklage demgegenüber von einer blossen Beschränkung der Klage auszugehen, wäre die Änderung des Rechtsbegehrens zulässig (vgl. dazu auch REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A., Art. 317 N 71). Diese Frage kann offen bleiben, könnte doch selbst bei Annahme der Zulässigkeit dieser Änderung des Rechtsbegehrens auf die Klage insoweit nicht eingetreten werden.

3.5. Wie den Ausführungen des Klägers vor Vorinstanz (act. 2 S. 3 f. und S. 7) und seiner Begründung der Berufung (act. 44 S. 5 f.) entnommen werden kann, bezweckt die beantragte Feststellung – entgegen ihrem Wortlaut – nicht die Klärung der Frage, was dem Beklagten als Vermächtnis zusteht, sondern was die-

sem *nicht zusteht*, nämlich das Eigentum an sämtlichen Kunstwerken von C._____. Dies zu beantragen, hat der Kläger unterlassen, und dabei ist er, da von allem Anfang an anwaltlich vertreten, zu behaften. Mit einer allfälligen gerichtlichen Feststellung, dass dem Beklagten ein Vermächtnis von Fr. 30'000.- (mit Auflage) auszurichten sei, wie es der Kläger beantragt, ist nicht gleichzeitig bzw. durch Umkehrschluss festgestellt, dass dem Beklagten keine weiteren Nachlassgegenstände zustehen.

Hinzu kommt, dass der Kläger sein Interesse an der beantragten Feststellung nicht ausreichend substantiiert hat. Es genügt nicht, dass zwischen den Parteien eine Meinungsverschiedenheit über ihre Rechte besteht und dieser Konflikt aktuell ist, wie es vom Kläger behauptet wurde und was vom Beklagten unbestritten blieb. Erforderlich ist auch die Unzumutbarkeit der Ungewissheit, was dann der Fall ist, wenn der Kläger durch die Unklarheit über die Rechtslage in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt ist (BGE 136 III 102, Erw. 3.1). Dass und inwiefern er durch die geltend gemachte Ungewissheit in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt ist, machte der Kläger nicht geltend und ergibt sich auch nicht aus der Natur der Sache.

Auf die Klage ist daher im Umfang des Rechtsbegehrens Ziff. 3 auch dann nicht einzutreten, wenn nicht mehr auf Leistung sondern nur noch auf Feststellung geklagt wird. Die Berufung ist somit auch hinsichtlich des Antrages Ziff. 2 abzuweisen.

4. Forderung gegen den Beklagten

4.1. Mit seinem Rechtsbegehren Ziff. 2 beantragte der Kläger vor Vorinstanz, der Beklagte sei zu verpflichten, dem Nachlass den Betrag von Fr. 311'612.- zu bezahlen (act. 2 S. 2). Zur Begründung führte er aus, dass der Beklagte, von D._____ zum Willensvollstrecker ernannt, das Mandat am 26. März 2014 angenommen habe und am 9. März 2015 von diesem Mandat zurückgetreten sei. Die Schlussabrechnung des Treuhanddienstes der G._____ habe am 17. September 2014 ein Vermögen von D._____ in der Höhe von Fr. 473'966.75 ausgewiesen. Per 16. März 2015 hätten sich auf den beiden Konti der Zürcher Kantonalbank

noch Fr. 5'964.20 und Fr. 57'241.– befunden. Im Zeitraum vom 9. Mai 2014 bis 2. März 2015 habe der Beklagte zu Lasten des Nachlasses insgesamt Fr. 311'612.– bezogen. Diesen Betrag habe er dem Nachlass wieder zu bezahlen (act. 2 S. 5 f.).

4.2. Die Vorinstanz wies die Klage diesbezüglich ab. In ihrer Begründung ging sie zunächst auf die Säumnis des Beklagten mit der Klageantwort ein und hielt dazu fest, dass das Gericht in einem solchen Fall ohne Weiterungen gestützt auf die unbestritten gebliebenen Vorbringen einen Endentscheid fälle, sofern die Angelegenheit spruchreif sei. Erweise sich die Klage als nicht begründet, sei sie trotz Säumnis der beklagten Partei abzuweisen. Der klagenden Partei sei es versagt, in einer zweiten Rechtsschrift oder einer Verhandlung neue Tatsachen vorzutragen. Nicht spruchreif sei der Prozess nur, wenn die Vorbringen der klagenden Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig seien, so dass Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht bestehe. Unsorgfältige Prozessführung vermöge demgegenüber keine richterliche Fragepflicht auszulösen, sondern ziehe den Rechtsverlust nach sich. Der Kläger habe mit seinen Ausführungen nicht begründet, weshalb der Beklagte ihm den Betrag von Fr. 311'612.– schulde. Allein die Tatsache, dass der Beklagte von den ZKB-Konti der Erblasserin Beträge bezogen habe, vermöge keinen Rückforderungsanspruch des Klägers zu begründen. Ein solcher Anspruch bestünde allenfalls, wenn der Beklagte die entsprechenden Bezüge in Verletzung seiner Pflichten als Willensvollstrecker getätigt habe. Der Lebenssachverhalt, der einen Rückforderungsanspruch auslösen soll, müsse zumindest in rudimentärer Weise in der Klagebegründung geschildert werden. Der Kläger, obschon anwaltlich vertreten, habe nichts dergleichen behauptet, weder eine Pflichtverletzung des Beklagten noch ein deliktisches Verhalten, noch eine Bereicherung ohne Rechtsgrund. Das Klagefundament sei nicht nur offensichtlich unvollständig, sondern geradezu unsorgfältig. In diesem Fall komme die richterliche Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO nicht zum Tragen. Da aus der Klagebegründung nicht hervorgehe, auf welche Tatsachen der Kläger seinen Anspruch stütze, könne nicht geprüft werden, ob dieser rechtlich begründet sei (act. 46 S. 6 ff.).

4.3. Der Kläger weist in seiner Berufung darauf hin, dass er seit dem Tod seiner Eltern und seit Kenntnis der Vermögensabflüsse keinen Kontakt zum Beklagten gehabt habe. Auch sei der Beklagte sowohl an der Schlichtungsverhandlung als auch mit der Klageantwort säumig gewesen. Der Beklagte habe sich ihm gegenüber somit nie dazu geäußert, wofür er die Bezüge von total Fr. 311'612.– getätigt habe. Möglich sei, dass der Beklagte die Gelder korrekt für den Nachlass verwendet habe, möglich sei aber auch ein pflichtwidriger Umgang des Beklagten mit den Mitteln oder gar deliktisches Verhalten. Ohne im Prozess erfolgte Stellungnahme des Beklagten sei es daher nicht möglich gewesen, den Rechtsgrund der Rückforderungsklage verbindlich darzulegen. Die Klagebegründung müsse, so der Beklagte weiter, nur Tatsachenbehauptungen enthalten. Die rechtliche Begründung sei fakultativ, habe das Gericht das Recht doch von Amtes wegen anzuwenden. In der Klagebegründung sei behauptet und detailliert belegt worden, dass der Beklagte in zehn Teilbeträgen insgesamt Fr. 311'612.– *für sich* bezogen habe, und es wurde die Rückzahlung dieser Mittel in den Nachlass verlangt. Damit sei implizit gesagt worden, dass der Beklagte die Bezüge unrechtmässig getätigt habe. Eine genauere Beurteilung hätte vorgenommen werden können, wenn der Beklagte in der Klageantwort Stellung genommen hätte. Es gehe nicht an, ins Blaue hinaus zu behaupten, der Beklagte habe sich bei allen Bezügen deliktisch verhalten. Wenn die Vorinstanz der Meinung sei, die Klage müsse eine rechtliche Begründung enthalten, dann hätte sie angesichts der wiederholten Säumnis des Beklagten von der richterlichen Fragepflicht Gebrauch machen müssen. Da der Beklagte nicht bestritten habe, dass er für sich die Bezüge tätigte, sei er zur Rückzahlung zu verpflichten.

4.4. Wie schon an der Schlichtungsverhandlung (vgl. act. 18 S. 2) war der Beklagte auch mit der Klageantwort säumig. Die Vorinstanz ging nach Art. 223 Abs. 2 ZPO vor und erachtete das Verfahren bezüglich Rechtsbegehren Ziff. 2 als spruchreif. In der Folge setzte sie sich mit der materiellen Berechtigung der Rückforderungsklage auseinander, ohne auch in diesem Klagepunkt zuvor die Prozessvoraussetzungen zu prüfen, was von Amtes wegen hätte erfolgen müssen (Art. 59 f. ZPO).

4.4.1. Beteiligt sich die beklagte Partei nicht am Prozess, drängen sich namentlich Überlegungen zur örtlichen Zuständigkeit auf. Der Kläger klagte am Bezirksgericht Uster und stützte sich dabei auf den Gerichtsstand am letzten Wohnsitz der Erblasserin (Art. 28 ZPO; act. 2 S. 6). Dieser Gerichtsstand steht für erbrechtliche Klagen zur Verfügung. Damit sind Klagen gemeint, mit denen Bestand oder Höhe erbrechtlicher Ansprüche geltend gemacht oder bestritten werden, namentlich die Erbteilungsklage, die Ungültigkeitsklage, Herabsetzungsklage, Erbschaftsklage, Vermächtnisklage usw. Nicht erbrechtlicher Natur sind Klagen der Erben gegen den Willensvollstrecker zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Verantwortlichkeit. Solche Klagen sind am allgemeinem Gerichtssand geltend zu machen (Art. 10 ZPO), d.h. am Wohnsitz des Beklagten (vgl. auch KÜNZLE, Berner Kommentar, Art. 517-518 ZGB N 456; ESCHER, Zürcher Kommentar, Art. 518 N 14; KUKO ZPO-Haas/Strub, Art. 28 N 2; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A., Art. 28 N 10; a.M. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 N 72).

Der Vorinstanz ist insoweit zuzustimmen, als die Ausführungen des Klägers in der Klagebegründung unvollständig waren. Es fehlte in der Tat ein ausreichende Klagefundament, d.h. konkrete, tatsächliche Behauptungen dazu, ob der eingeklagten Forderung eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Beklagten bei der Ausübung seiner Aufgaben als Willensvollstrecker zu Grunde liegt, eine unerlaubte Handlung oder anderes. Immerhin lässt sich den knappen Ausführungen in der Klagebegründung entnehmen, dass der Umgang des Beklagten mit Mitteln des Nachlasses von D._____ zur Debatte steht, und zwar in seiner Funktion als Willensvollstrecker der Erblasserin. Angesprochen ist damit die Verantwortlichkeit des Beklagten als Willensvollstrecker. Dafür steht der Gerichtsstand am Wohnsitz des Erblassers wie dargelegt nicht zur Verfügung.

Der Bestand einer Gerichtsstandvereinbarung wurde nicht geltend gemacht. Die Säumnis des Beklagten mit der Klageantwort darf bekanntlich nicht als Einlassung auf das Verfahren vor Vorinstanz gewertet werden (Art. 18 ZPO). Die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung des Rechtsbegehrens Ziff. 2

war somit nicht gegeben, und die Vorinstanz hätte deshalb auch in diesem Punkt auf die Klage nicht eintreten dürfen.

4.4.2. Damit kann offen bleiben, ob die Vorinstanz, wie der Kläger geltend macht, ihm hätte Gelegenheit geben müssen, sein Vorbringen zu vervollständigen. Folglich kann auch offen bleiben, ob es bei Verneinung der richterlichen Fragepflicht, wovon die Vorinstanz ausging, richtig war, wegen ungenügender Klagebegründung das Rechtsbegehren Ziff. 2 abzuweisen, oder ob nicht vielmehr ein Nichteintretensentscheid angezeigt gewesen wäre. Und schliesslich braucht auch nicht darüber befunden zu werden, ob das Rechtsbegehren Ziff. 2 zulässig war, nachdem es im Schlichtungsverfahren noch gar kein Thema gewesen war (vgl. act. 18 S. 2).

4.5. Die Vorinstanz war zur Beurteilung des Rechtsbegehrens Ziff. 2 örtlich nicht zuständig. In teilweiser Guttheissung der Berufung ist daher Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben, und es ist ein Nichteintretensentscheid zu fällen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Auch wenn die Berufung teilweise gutzuheissen und Dispositiv Ziff. 2 des vorinstanzlichen Entscheids zu korrigieren ist, kann den Anträgen des Klägers nicht gefolgt werden und bleibt es beim vollumfänglichen Unterliegen. Damit hat es bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren zu bleiben. Ebenso sind dem Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 7'750.- festzusetzen. Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen. Dem Kläger nicht, weil er unterliegt, dem Beklagten nicht, weil er keine erheblichen Umtriebe hatte und zudem keinen Antrag stellte.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses und Urteils des Bezirksgerichtes Uster vom 14. Juli 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

2. Auf das Rechtsbegehren 2 wird nicht eingetreten.

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 werden bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'750.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 54, sowie an das Bezirksgericht Uster und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 430'868.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Seebacher

versandt am: