

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF180094-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 28. März 2019

in Sachen

A. _____,

Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt

Dr. iur. X2. _____,

gegen

B. _____ - **Stiftung**,

Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Einsprache**

im Nachlass von B. _____, geboren tt. Dezember 1925, von ... [Ort] ZH, ge-
storben tt.mm.2018, wohnhaft gewesen ...-Str. ..., ... Zürich,

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Be-
zirksgerichtes Zürich vom 29. November 2018 (EN180576)

**Verfügung des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichts
Zürich vom 29. November 2018**

(act. 11)

1. Von der Einsprache gegen die Ausstellung des Erbscheins wird Vormerk genommen. Solange die Einsprache zu Recht besteht, wird kein Erbschein ausgestellt.
2. Über den Nachlass wird die Erbschaftsverwaltung angeordnet. Damit wird der Notar des Kreises C.____-Zürich beauftragt und angewiesen, dem Einzelgericht eine Abschrift des Inventars zuzustellen.
3. Die Kosten werden mit dem Endentscheid erhoben.
4. Mitteilungen.
5. Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

(act. 12)

- " 1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 29. November 2018, Geschäfts-Nr.: EN180576-L/Z1, Dispositiv Ziffer 2, aufzuheben.
2. Eventualiter zu Ziff. 1 sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 29. November 2018, Geschäfts-Nr.: EN180576-L/Z1, Dispositiv Ziffer 2, aufzuheben und der Berufungskläger als Erbschaftsverwalter in Nachlass von B.____, geb. am tt. Dezember 1925, von ... [Ort] ZH, gestorben am tt.mm.2018, wohnhaft gewesen an der ...-Str. ..., ... Zürich, einzusetzen.
3. Eventualiter zu Ziff. 2 sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 29. November 2018, Geschäfts-Nr.: EN180576-L/Z1, Dispositiv Ziffer 2, aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Berufungsbeklagten, eventualiter zulasten der Staatskasse."

Erwägungen:

I.

(Übersicht Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. Am tt.mm.2018 verstarb der am tt. Dezember 1925 geborene B._____ (nachfolgend Erblasser). Er war ledig und hinterliess keine pflichtteilsgeschützten Erben. Seinen letzten Wohnsitz hatte er in Zürich (vgl. act. 8/2/2, act. 8/2/3, act. 8/2/4-6). Am 12. September 2018, 10. und 12. Oktober 2018 reichten Dr. A._____ und Dr. D._____ diverse Testamente des Erblassers zur Eröffnung ein (vgl. act. 8/2/1, act. 8/2/1/1, act. 8/2/1/2). Mit Urteil vom 16. Oktober 2018 eröffnete die Vorinstanz die Testamente (vgl. nicht akturiertes Urteil zuhinterst in act. 8/2). Sie erwog im Wesentlichen, der Erblasser habe in seinem Testament vom 24. Mai 2005 die B._____ – Stiftung als Alleinerbin seines Nachlasses eingesetzt. In seinem Testament vom 30. Oktober 2017 habe der Erblasser alle bisherigen letztwilligen Verfügungen widerrufen und eine zu gründende gemeinnützige Stiftung als Alleinerbin seines Nachlasses eingesetzt. Diese gelange daher zur alleinigen Erbfolge. Mit der Errichtung dieser Stiftung habe der Erblasser E._____ betraut. Zum Willensvollstrecker für religiöse und soziale Belange habe er F._____ und zum eigentlichen Willensvollstrecker für die Regelung des Nachlasses habe er Dr. A._____ ernannt. Die Vorinstanz entschied u.a., der zu errichtenden Stiftung werde unter dem Vorbehalt ihrer Eintragung ins Handelsregister auf Verlangen der auf sie als Alleinerbin lautende Erbschein ausgestellt, sofern dagegen seitens der gesetzlichen Erben aus der elterlichen bzw. grosselterlichen Verwandtschaft oder der aus früherer Verfügung bedachten eingesetzten Erbin nicht innert Monatsfrist Einsprache erhoben werde (vgl. Dispositivziffer 2 des Urteils vom 16. Oktober 2018). Sodann hielt sie fest, dass Dr. A._____ das Mandat als Willensvollstrecker angenommen habe (vgl. Dispositivziffer 3 des Urteils vom

16. Oktober 2018). Die mit Verfügung vom 2. November 2018 erfolgte Eröffnung der nachgereichten Testamente, änderte an dieser Entscheidung nichts, d.h. das Urteil vom 16. Oktober 2018 behielt seine Gültigkeit (vgl. nicht akturiertes Urteil zuletzt in act. 8).

2. Die B._____ – Stiftung, die im Testament vom 24. Mai 2005 Bedachte, erhob bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 28. November 2018 Einsprache gegen die Ausstellung des noch zu gründenden gemeinnützigen Stiftung in Aussicht gestellten Erbscheins und beantragte die Einsetzung einer Erbschaftsverwaltung (vgl. act. 1). Mit Verfügung vom 29. November 2018 nahm die Vorinstanz von der Einsprache Vormerk und hielt fest, dass kein Erbschein ausgestellt werde, solange die Einsprache zu Recht bestehe. Gleichzeitig ordnete sie über den Nachlass die Erbschaftsverwaltung an, mit der sie den Notar des Kreises C._____ -Zürich beauftragte (vgl. act. 11 Dispositiv-Ziff. 1 und 2). Sie verwies dazu auf Art. 556 Abs. 3 ZBG und die ständige Gerichtspraxis (vgl. act. 11 E. II.2.1.). Gegen diese Verfügung erhob der Willensvollstrecker, Dr. A._____ (nachfolgend Berufungskläger), mit Eingabe vom 17. Dezember 2018 rechtzeitig Berufung, mit welcher er die vorab angeführten Anträge stellte (vgl. act. 12 S. 2, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 6).

3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-9). Den Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– für das Berufungsverfahren leistete das Notariat für den Berufungskläger auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 17-19). Die B._____ – Stiftung (nachfolgend Berufungsbeklagte) beantwortete die Berufung innert Frist (Datum Poststempel, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 21). Sie beantragt die Abweisung der Berufung (vgl. act. 23). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

(Rechtliche Vorbemerkungen)

1. Die Berufung ist zulässig gegen erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist weiter vorausgesetzt, dass der Streitwert der vor Vorinstanz zuletzt aufrechterhaltenen

Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Anordnung einer Erbschaftsverwaltung stellt eine Sicherungsmassregel nach Art. 551 ff. ZGB dar. Solche Anordnungen werden – wenn sie wie im Kanton Zürich von richterlichen Behörden erlassen werden – als vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO betrachtet (vgl. OGer ZH LF140016 vom 31. März 2014 E. II. 1. m.H., BGer 5A_257/2009 E. 1.4). Der Streitwert, auf den weiter unten noch gesondert eingegangen wird (vgl. E. III.6. unten), liegt über der Mindestgrenze von Fr. 10'000.–. Die Berufung ist daher zulässig.

2. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Berufung legitimiert. Insoweit ist auf die Berufung einzutreten.

3. Das Gericht darf sich in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Vorbringen der Parteien einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

III.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Das Berufungsverfahren dreht sich im Wesentlichen um die Fragen, ob die Vorinstanz die Erbschaftsverwaltung zurecht angeordnet hat und wenn ja, ob diese dem örtlich zuständigen Notar oder dem Willensvollstrecker zu übertragen ist (vgl. E. III.2. und E. III.3. unten). Im Folgenden ist aber zunächst auf die allgemeinen Beanstandungen des Berufungsklägers einzugehen (vgl. E. III.1.1.-1.4. unten).

1.1. Nach dem Berufungskläger habe die Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör aus zwei Gründen verletzt. Erstens habe sie es unterlassen, ihn vor

Anordnung der Erbschaftsverwaltung anzuhören, und zweitens habe sie ihm das Doppel der Einsprache der Berufungsbeklagten auch nicht mit dem angefochtenen Entscheid zukommen lassen (vgl. act. 12 S. 9 Rz 28-30).

Die Eröffnung der letztwilligen Verfügung sowie die Anordnung der Erbschaftsverwaltung stehen im Abschnitt über die Sicherungsmassregeln und gehören zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach Art. 556 Abs. 3 ZGB hat die zuständige Behörde nach der Einlieferung einer letztwilligen Verfügung entweder die Erbschaft einstweilen den gesetzlichen Erben zu überlassen oder die Erbschaftsverwaltung anzuordnen, *"soweit tunlich nach Anhörung der Beteiligten"*. Das Einzelgericht kann die Erbschaftsverwaltung somit auch ohne vorgängige Anhörung der Beteiligten anordnen, ohne einen Gehörsanspruch zu verletzen (vgl. OGer ZH LF130070 vom 22. Januar 2014 E. 2.3., OGer ZH LF130056 vom 29. Oktober 2013 E. II., OGer ZH LF120017 vom 16. April 2012 E. II., s. auch BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. A., Art. 556 N 25). Da die Einsprache im Sinne von Art. 559 Abs. 1 ZGB zu den Bestimmungen über die Eröffnung der letztwilligen Verfügung gehört, gilt dies auch dann, wenn – wie hier – die Erbschaftsverwaltung nicht unmittelbar mit der Eröffnung der letztwilligen Verfügung angeordnet wird, sondern erst nach einer Einsprache gegen die Ausstellung der Erbenbescheinigung (vgl. PraxKomm Erbrecht-EMMEL, 3. A., Art. 556 N 15, Art. 559 N 12, BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. A., Art. 559 N 13, N 51). Die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters gehört ebenfalls zur nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Dies gilt selbst dann, wenn – wie hier – der Willensvollstrecker als Verwalter nicht in Frage kommt, da es nicht um seine Absetzung geht, sondern um die Übertragung einer besonderen Aufgabe (vgl. BK ZGB II-KÜNZLE, Art. 517-518 N 118 m.w.H.). Eine Gehörsverletzung ist daher auch deshalb zu verneinen. Selbst wenn es sich anders verhielte, wäre eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt, da der Berufungskläger die Möglichkeit hatte, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. Art. 310 ZPO) und der er neue Tatsachen und Beweismittel vorlegen konnte (vgl. Art. 317 ZPO). Aus diesem Grund ist von einer Rückweisung abzu- sehen und kann auch die Frage unbeantwortet bleiben, ob die Vorinstanz dem

Berufungskläger das Doppel der Einsprache der Berufungsbeklagten mit dem angefochtenen Entscheid hätte zustellen müssen.

1.2. Weiter macht der Berufungskläger eine Verletzung der Dispositionsmaxime geltend mit der Begründung, die Berufungsbeklagte habe einzig die Anordnung der Erbschaftsverwaltung verlangt. Zur Frage, wem diese zu übertragen sei, habe sie sich nicht geäußert. Indem die Vorinstanz über den Antrag der Berufungsbeklagten hinaus entschieden habe, habe sie Art. 58 ZPO verletzt (vgl. act. 12 S. 11 Rz 35 f.).

Die Abwicklung des Erbgangs liegt primär in den Händen der Erben und gegebenenfalls des Willensvollstreckers, nicht aber der Behörden. Diese treffen hingegen die Sicherungsmassregeln gemäss Art. 551 ff. ZGB *von Amtes wegen* (vgl. Art. 551 Abs. 1 ZGB). Insoweit gilt der Officialgrundsatz (vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines "eigenartigen" Verfahrens, in: SJZ 113 [2017], S. 423, PraxKomm Erbrecht-EMMEL, 3. A., Vorbem. zu Art. 551 ff. N 2). Die Vorinstanz konnte damit von vornherein keine Verletzung des Dispositionsgrundsatzes im Sinne von Art. 58 Abs. 1 ZPO begehen, und sie hätte die Erbschaftsverwaltung auch anordnen können, wenn die Berufungsbeklagte mit ihrer Einsprache keinen entsprechenden Antrag gestellt hätte. Vor diesem Hintergrund und nach dem unter III.1.1. hiervoor Erwogenen stösst der Berufungskläger mit seinem Vorbringen, wonach die Erbschaftsverwaltung nur dann von Amtes wegen angeordnet werden könne, wenn sie gleichzeitig mit der Testamentseröffnung erfolge (vgl. act. 12 S. 11 Rz 37), ins Leere.

1.3. In der Zustellung des Doppels der Einsprache der Berufungsbeklagten an E._____ (vgl. Dispositivziffer 4 des angefochtenen Entscheids) erblickt der Berufungskläger eine Verletzung des Amtsgeheimnisses (vgl. act. 12 S. 10 Rz 31 f.). Was der Berufungskläger mit diesem Vorbringen zu seinen Gunsten ableiten will, oder ob er damit eine formelle Aufsichtsbeschwerde nach § 82 GOG gegen den erstinstanzlichen Richter erheben möchte, geht aus seiner Begründung nicht hervor, und für Letzteres wäre ohnehin die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zuständig (§ 80 Abs. 1 lit. b GOG i.V.m. § 18 Abs. 1 lit. k der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010

[LS 212.51]). Deshalb und weil E._____ ein Beteiligter im Sinne von Art. 558 ZGB sein dürfte, erübrigen sich Weiterungen dazu.

1.4. Unter dem Titel Sachverhalt bringt der Berufungskläger schliesslich zusammengefasst vor, auf telefonische Nachfrage hin habe der zuständige Richter eingeräumt, dass er – der Richter – fälschlicherweise davon ausgegangen sei, nicht der Berufungskläger, sondern E._____ sei für die Errichtung der Stiftung zuständig. Die fehlerhafte Verfügung habe der Richter jedoch nicht berichtigt (vgl. act. 12 S. 7 f. Rz 19, s. auch S. 6 f. Rz 12-18). E._____ wurde lediglich in den Erwägungen und im Mitteilungssatz des Testamentseröffnungsentscheids vom 16. Oktober 2018 sowie im Mitteilungssatz des angefochtenen Entscheids erwähnt. Unabhängig davon gegen welchen Entscheid sich die Kritik des Berufungsklägers richtet, ist weder erkennbar noch führt er aus, inwiefern sich die von ihm sinngemäss beantragte Änderung auf das Dispositiv ausgewirkt hätte. Auf dieses Vorbringen braucht daher ebenfalls nicht weiter eingegangen zu werden.

2.

2.1. Die Vorinstanz ordnete die Erbschaftsverwaltung an und betraute damit nicht den Willensvollstrecker, sondern den örtlich zuständigen Notar. Der Berufungskläger beantragt die Aufhebung der Erbschaftsverwaltung (vgl. act. 12 S. 11-13 Rz 38-47) und eventualiter seine Einsetzung als Erbschaftsverwalter anstelle des Notariats (vgl. act. 12 S. 11-13 Rz 48-60).

2.2. Nach Art. 556 Abs. 3 ZGB hat die Testamentseröffnungsbehörde nach Einlieferung einer letztwilligen Verfügung entweder die Erbschaft einstweilen den gesetzlichen Erben zu überlassen oder die Erbschaftsverwaltung anzuordnen. Die Anordnung der Erbschaftsverwaltung nach Art. 556 Abs. 3 ZGB gilt als Anwendungsfall von Art. 554 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB (BGer 5A_725/2010 vom 12. Mai 2011, Erw. 5.2). Zweck der Erbschaftsverwaltung ist die Sicherung und Erhaltung des Nachlasses nach Bestand und Wert sowie die Vornahme von unaufschiebbaren Verwaltungs- und gegebenenfalls Verfügungshandlungen. Insbesondere soll sie verhindern, dass unberechtigte Erben oder Dritte sich der Erbschaft bemächtigen, dass Erbschaftsaktiven zum Nachteil der unbekanntenen bzw. nicht erreichbaren

ren Erben verschwinden oder dass unaufschiebbare Handlungen unterbleiben und die Berechtigten wirtschaftliche oder rechtliche Nachteile erleiden (vgl. BGer 5A_717/2009 E. 4.1, BGer 5A_257/2009 E. 1.4, BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. A., Art. 554 N 2). Die Erbschaftsverwaltung dient folglich der Wahrung der Erbeninteressen. Inwiefern der Berufungskläger an der Aufhebung der Erbschaftsverwaltung ein eigenes unmittelbares Interesse haben und/oder seine Stellung als Willensvollstrecker von der Massnahme betroffen sein soll, ist nicht ersichtlich, zumal es dabei nicht um seine Absetzung geht. Er ist daher auch nicht berechtigt gegen die Anordnung der Erbschaftsverwaltung ein Rechtsmittel einzulegen (vgl. ZR 39/1940 Nr. 162 S. 357 f., BK ZGB II-KÜNZLE, Art. 517-518 N 102 und N 493). Auf die entsprechenden Vorbringen der Parteien ist daher nicht weiter einzugehen (vgl. insbesondere act. 12 S. 8 Rz 22-24, S. 11-13 Rz 38-47 und act. 23 S. 8 f. Rz 18-22, S. 12 f. Rz 34-38). Der Berufungskläger kann hingegen die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters anfechten, weil seine Stellung als Willensvollstrecker betroffen ist (vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. A., Art. 554 N 27). Es ist daher lediglich auf den Eventualantrag des Berufungsklägers einzutreten.

3.

3.1. Hat der Erblasser einen Willensvollstrecker bezeichnet, so ist diesem die Erbschaftsverwaltung zu übergeben (Art. 554 Abs. 2 ZGB). Dieser Anspruch besteht im Grundsatz auch dann, wenn die testamentarische Verfügung nach Ansicht der Behörde anfechtbar ist oder die Ungültigkeitsklage gegen das Testament bereits erhoben wurde. Das Testament bleibt gültig, bis es erfolgreich angefochten wurde. Vorbehalten bleibt ein abweichender Entscheid im Einzelfall, wenn sich ein solcher Entscheid nach der Art des geltend gemachten Mangels aufdrängt (vgl. OGer ZH LF140038 vom 30. Oktober 2014 E. III.2.1. m.w.H.). Der Anspruch des Willensvollstreckers auf Einsetzung als Erbschaftsverwalter gilt aber nicht absolut. Der Willensvollstrecker ist dann nicht als Erbschaftsverwalter einzusetzen, wenn er beispielsweise nicht über die erforderlichen Fähigkeiten verfügt oder nicht vertrauenswürdig ist (vgl. BGE 98 II 276 E. 4). Auch eine Interessenkollision kann der Einsetzung des Willensvollstreckers als Erbschaftsverwalter entgegenstehen. Das gilt namentlich in den Fällen, in denen der Erblasser die

selbe Person als Erbe und als Willensvollstrecker eingesetzt hat (vgl. ZR 57/1958 Nr. 112 S. 271 und ZR 62/1963 Nr. 30).

3.2. Der Berufungskläger zeigt in seiner Eingabe zunächst die von der Rechtsprechung entwickelten Gründe auf, die ein Abweichen der in Art. 554 Abs. 2 ZBG statuierten Regel zu rechtfertigen vermögen (vgl. act. 12 S. 13 f. Rz 48-52). Gestützt darauf stellt sich der Berufungskläger auf den Standpunkt, da in seinem Fall keine solche Gründe zuträfen, sei er als Erbschaftsverwalter einzusetzen (vgl. act. 12 S. 14 Rz 53 f.). In Bezug auf die Begründung der Vorinstanz bringt er im Wesentlichen vor, es sei zwar notorisch, dass die Einsetzung des Willensvollstreckers mit der Verfügungsfähigkeit des Erblassers zusammenhänge. Inwiefern die Unabhängigkeit des Willensvollstreckers mit der Verfügungsfähigkeit des Erblassers zusammenhängen soll, sei aber weder ersichtlich noch sei dies von der Vorinstanz begründet worden (vgl. act. 12 S. 14 f. Rz 56). Er sei vertrauenswürdig und verfüge als promovierter Rechtsanwalt mit mehr als 25 Jahren Berufserfahrung über die notwendigen Fähigkeiten, um das Willensvollstreckermandat auszuführen. Zudem bestehe keine Interessenkollision, da er weder Erbe noch Vermächtnisnehmer noch sonst wie vom Erblasser begünstigt worden sei. Ein über die Nachlassabwicklung hinausgehendes Interesse bestehe ebenfalls nicht. Sein Interesse bestehe einzig in der Umsetzung des Erblasserwillens und damit in der Errichtung der vom Erblasser gewünschten Stiftung. Die Behauptung der Berufungsbeklagten, wonach er in der zu gründenden Stiftung eine zentrale Rolle einnehmen werde, sei falsch und begründe keinen Interessenkonflikt. Ferner sei das Argument der Berufungsbeklagten, dass der Nachlass einen bedeutenden Wert aufweise, nicht von Relevanz (vgl. act. 12 S. 16 Rz 58-60).

3.3. Die Berufungsbeklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass dem Berufungskläger die Erbschaftsverwaltung nicht übertragen werde könne, weil ein Interessenkonflikt bestehe. Dazu bringt sie im Wesentlichen vor, der Berufungskläger habe mit der Erhebung der Berufung und der darin vorgetragenen Begründung bestätigt, dass die Vorinstanz zu Recht von seiner fehlenden Unabhängigkeit ausgegangen sei und sie ihm die Erbschaftsverwaltung zu Recht nicht übertragen habe (vgl. act. 23 S. 3 Rz 2). Da der Berufungskläger als Willensvoll-

strecker eine Stiftung mit vage umschriebenem Zweck zu errichten habe, die dann als Alleinerbin über einen Nachlass von rund Fr. 30 Mio. verfügen würde, bestehe ein Risiko, das mit der Ernennung als Erbschaftsverwalter nicht zu vereinbaren sei. Zudem bestünde wegen dieser Doppelstellung die Gefahr, dass die zukünftigen Handlungen des Berufungsklägers nicht bloss konservatorischer Art seien (vgl. act. 23 S. 9 Rz 23 und S. 13 f. Rz 40).

3.4. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die eröffneten Testamente nicht offensichtlich formungültig sind, und die Ernennung des Berufungsklägers als Willensvollstrecker sowie der Wille des Erblassers, eine *neue* Stiftung zu gründen, aus den Testamenten deutlich hervorgeht. Dass dem Berufungskläger die für das Amt des Erbschaftsverwalters erforderlichen Fähigkeiten fehlen würden oder er nicht vertrauenswürdig wäre, ist weder aus dem angefochtenen Entscheid ersichtlich noch wird dies von der Berufungsbeklagten geltend gemacht. Der Einsetzung des Willensvollstreckers als Erbschaftsverwalter könnte folglich einzig eine Interessenkollision entgegenstehen. Die von der Vorinstanz und der Berufungsbeklagten vertretene Ansicht, wonach der Berufungskläger keine genügende Unabhängigkeit für dieses Amt biete, weil seine Einsetzung als Willensvollstrecker von der Verfügungsfähigkeit des Erblassers abhängt (vgl. act. 11 E. II.2.2. und act. 1 S. 3 Rz 7, Rz 11 sowie act. 23 S. 14 f. Rz 44 f.), stellt keinen genügend konkreten Grund dar, der es rechtfertigen würde, die Erbschaftsverwaltung ausnahmsweise nicht dem Willensvollstrecker zu übertragen: Eine spätere richterliche Ungültigerklärung der Ernennung eines Willensvollstreckers macht dessen Einsetzung als Erbschaftsverwalter nicht automatisch hinfällig (vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. A., Art. 554 N 26), und es führt die Ungültigerklärung nicht ohne Weiteres zu Zweifeln an der Unabhängigkeit des Erbschaftsverwalters.

Eine Interessenkollision ist nach der Berufungsbeklagten auch darin zu erblicken, dass der Berufungskläger in der zu errichtenden Stiftung eine zentrale Rolle einnehmen könnte (vgl. act. 1 S. 5 Rz 12 und act. 23 S. 4 Rz 5 und S. 16 Rz 47). Hat der Erblasser, der letztwillig eine Stiftung errichtet haben will, testamentarisch einen Willensvollstrecker eingesetzt, so gehört es zu dessen Aufgaben, die Errichtung der Stiftung gemäss den Anordnungen des Erblassers zu be-

sorgen. Mache der Erblasser – wie hier – keine Vorschriften zur Organisation der Stiftung bzw. Zusammensetzung des Stiftungsrates, hat der Willensvollstrecker zu Händen der Aufsichtsbehörde Vorschläge zu machen, wie allfällige Mängel der letztwillig vorgesehenen Stiftungsorganisation behoben werden können. Der Willensvollstrecker kann aber auch selbst damit beauftragt werden, die Stiftung zu errichten oder Stiftungsräte zu benennen. Es wird denn auch befürwortet, dem Willensvollstrecker diese Aufgabe zu übertragen, so dass er nicht nur für die Durchsetzung des erblasserischen Willens im Allgemeinen zuständig ist, sondern auch als Stiftungsorgan die Rechte und Pflichten der Erbstiftung wahrnimmt. Diese Kombination garantiert einen optimalen Schutz für die Erbstiftung bis zur Teilung des Nachlasses (vgl. BGer 5A_29/2005 E. 3.2 m.w.H.). Nach dem Gesagten erscheint es zwar nicht ausgeschlossen, dass der Willensvollstrecker in der Stiftung eine Rolle einnehmen könnte. Dies begründet aber – entgegen der pauschalen Behauptung der Berufungsbeklagten – noch keinen Interessenkonflikt, der ein Abweichen von der in Art. 554 Abs. 2 ZGB statuierten Regel rechtfertigen würde. Sodann ist nicht ersichtlich, inwiefern der von der Berufungsbeklagten vorgetragene Umstand, die KESB habe im Sommer 2018 von Erwachsenenschutzmassnahmen abgesehen mit der Begründung, der Erblasser werde durch seine Rechtsanwälte, zu welchen auch der Berufungskläger gehöre, umfassend vertreten und unterstützt (vgl. act. 23 S. 14 Rz 41), eine Interessenkollision begründen soll.

Hinzu kommt, dass die Kompetenzen des Erbschaftsverwalters auf konservatorische Funktionen und damit auf die unerlässlichen Handlungen zur Erhaltung und Werterhaltung des Nachlasses beschränkt sind. Die Verwaltungstätigkeit stellt mithin die Hauptaufgabe des Erbschaftsverwalters dar, der im Hinblick auf den Sicherungszweck weder Liquidationshandlungen vornehmen noch die Erbteilung vorbereiten oder durchführen darf. Durch die Ernennung zum Erbschaftsverwalter werden die Befugnisse des Willensvollstreckers auf jene eines Erbschaftsverwalters beschränkt (vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. A., Art. 554 N 24 m.w.H. und N 39, PraxKomm Erbrecht-EMMEL, 3. A., Art. 554 N 13 m.w.H. und N 16). Ab Ernennung zum Erbschaftsverwalter ist die Stellung als Willensvollstrecker sistiert und lebt bei Beendigung der Erbschaftsverwaltung wieder auf (vgl.

BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. A., Art. 554 N 24 m.w.H.). Während der Erbschaftsverwaltung hat der (als Erbschaftsverwalter eingesetzte) Willensvollstrecker mit anderen Worten nur jene Aufgaben, Rechte und Pflichten, die ihm aus der Erbschaftsverwaltung zukommen. Die pauschal vorgetragenen Bedenken der Berufungsbeklagten sind daher nicht gerechtfertigt.

Schliesslich vermag auch das Argument der Berufungsbeklagten, der Berufungskläger verfolge ein finanzielles Interesse (vgl. act. 23 S. 4 Rz 4 f., S. 15 Rz 46, S. 16 Rz 48), keine Interessenkollision zu begründen, da sowohl der Willensvollstrecker als auch der Erbschaftsverwalter Anspruch auf ein Honorar und auf Ersatz der Auslagen haben. Damit erübrigt es sich auch, auf die vom Berufungskläger pauschal behaupteten Aussagen, die der Vorderrichter anlässlich eines Telefongesprächs gemacht haben soll, einzugehen (vgl. act. 12 S. 8 Rz 20 f. und S. 15 Rz 57).

4. Im Ergebnis ist die Berufung somit teilweise gutzuheissen. Der Berufungskläger ist unter Hinweis auf seine Pflicht zur Aufnahme eines vollständigen Inventars sowie zur periodischen Berichterstattung und Rechenschaftsablegung gegenüber der ernennenden Behörde, d.h. der Vorinstanz, als Erbschaftsverwalter einzusetzen.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Der Berufungskläger beantragte die Aufhebung der Erbschaftsverwaltung und eventualiter seine Einsetzung als Erbschaftsverwalter anstelle des Notariats. Die Erbschaftsverwaltung als Sicherungsmassregel betrifft den ganzen Nachlass. Auf das subjektive Streitinteresse – wie der Berufungsklägers vorbringt (vgl. act. act. 12 S. 5 Rz 10) – wäre nur abzustellen gewesen, wenn nur sein Eventualantrag Gegenstand des Berufungsverfahrens gewesen wäre. Der Streitwert bestimmt sich daher nach dem Bruttowert der Aktiven (vgl. etwa OGer ZH LF120017 vom 16. April 2012 E. V und DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 91 N 30). Nach den Unterlagen ist somit von einem Streitwert von rund Fr. 30'075'000.– auszugehen (= [unbestritten gebliebener] Steuerwert des Nachlasses, vgl. hand-

schriftliche Notiz auf dem Aktendeckel der vorinstanzlichen Akten Geschäfts-Nr. EL180857 [= act. 8/2]). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 8 Abs. 3 GebV OG auf Fr. 7'000.– festzusetzen.

2. Die Kosten werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (Art. 106 ZPO). Ausgehend von den Berufungsanträgen obsiegt der Berufungskläger rund zur Hälfte. Folglich sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Parteien zu verteilen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der vom Berufungskläger geleistete Kostenvorschuss ist zur Kostentilgung heranzuziehen, wobei die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger ihren Anteil an den Gerichtskosten zurückzuerstaten haben wird. Bei diesem Ausgang hat keine Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren; die Parteientschädigungen sind gegenseitig wettzuschlagen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. November 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. Über den Nachlass wird die Erbschaftsverwaltung angeordnet. Damit wird der Willensvollstrecker, Dr. A._____, beauftragt, und dieser wird angewiesen, dem Einzelgericht eine Abschrift des Inventars zuzustellen."
2. Im Übrigen wird auf die Berufung nicht eingetreten und die Verfügung des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. November 2018 bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und aus dem für den Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger den Betrag von Fr. 3'500.– zu ersetzen.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 23, sowie an die Vorinstanz und den Notar des Kreises C. _____-Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am:
29. März 2019