

# ZH\_OBERGERICHT LB240069 vom 2. April 2025

ZH Obergericht, 2025-04-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB240069](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB240069)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB240069 du 2 avril 2025

IT: ZH\_OBERGERICHT LB240069 del 2 aprile 2025

## Erwägungen

### E. 2

Es sei das Bezirksgericht Meilen (Abteilung) anzuweisen, denjenigen Personen, denen das Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 bereits zugestellt wurde, namentlich dem Notar

- 3 - E.\_\_\_\_\_, dem Notariat Küsnacht und den beiden Notariatsstellvertretern G.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_, mitzuteilen, dass besagtes Erbenvertreterzeugnis ex tunc, eventualiter ex nunc, als ungültig bzw. als aufgehoben (widerrufen) zu betrachten ist.

### E. 2.1

Die Beklagte 2 wendet sich mit ihrer Berufung gegen das Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 (Urk. 2). Sie moniert, dieses sei vom Vorsitzenden der Abteilung unterzeichnet worden. Bei der Ausstellung eines Erbenvertreterzeugnisses handle es sich um eine vorsorgliche Massnahme. Mangels gesetzlicher Grundlage existiere jedoch keine Delegation zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen an den Referenten eines Kollegialgerichts, weshalb die Ausstellung

- 4 - dieses Erbenvertreterzeugnisses nur schon aus diesem Grund nichtig bzw. ungültig sei. Für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei bei Hängigkeit des Hauptprozesses das Kollegialgericht selbst zuständig. Gemäss Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 seien gestützt auf den Beschluss der Vorinstanz vom 25. Oktober 2024 neben E.\_\_\_\_\_, das Notariat Küsnacht als Ganzes und auch die Notariatsstellvertreter F.\_\_\_\_ sowie G.\_\_\_\_ beauftragt worden. Dies treffe offensichtlich nicht zu. Dieses zweite (ergänzende) Erbenvertreterzeugnis widerspreche den vorinstanzlichen Beschlüssen vom 25. Oktober 2024 und vom 24. Juli 2024 (Urk. 5/4-5) und gebe deren Inhalt falsch wieder. Mit Urk. 5/4 sei lediglich E.\_\_\_\_ beauftragt worden und niemand sonst, weder das Notariat als Ganzes noch weitere, namentlich bezeichnete Personen. Das Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 erweitere den Kreis der beauftragten Personen, ohne dass dies in Urk. 5/4-5 nur ansatzweise vorgesehen gewesen wäre. Der im Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 wohl als Begründung gemeinte Hinweis auf § 1 Abs. 2 NotG sei nicht einschlägig. Die Erbenvertretung werde einem Notar nicht durch die Gesetzgebung zugewiesen, sondern erfolge durch Beauftragung im konkreten Einzelfall (vgl. § 138 Abs. 1 GOG). Es handle sich um einen Fall gerichtlicher Rechtsanwendung, nicht der Gesetzgebung. Wie aus § 138 Abs. 2 GOG hervorgehe, könnten mit der Erbenvertretung auch andere geeignete Personen betraut werden. Bezeichnenderweise habe die Vorinstanz den Parteien denn auch zunächst D.\_\_\_\_ vorgeschlagen, der nicht Notar sei. Die Erbenvertretung werde dem Notar somit keineswegs von der Gesetzgebung zugewiesen. Die ausdrückliche Beauftragung des Notariats selbst (und damit seiner Mitarbeiter) sowie (namentlich) der Notariatsangestellten F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ beschränke deren Rolle zudem nicht nur auf

diejenige von ev. Hilfspersonen (Art. 101 OR), sondern verleihe ihnen die Rolle von zusätzlichen Erbenvertretern. Je- denfalls werde damit diesen Personen entgegen dem vorinstanzlichen Beschluss vom 25. Oktober 2024 ermöglicht, als zusätzliche Erbenvertreter aufzutreten, selbständig zum Beispiel für den Nachlass Verbindlichkeiten einzugehen usw. Eine Mehrheit von Erbenvertretern wäre zwar theoretisch denkbar. Dies sei je- doch weder im vorinstanzlichen Beschluss vom 25. Oktober 2024 noch in demje- nigen vom 24. Juli 2024 vorgesehen. Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb

- 5 - vorliegend mehrere Erbenvertreter sachlich geboten wären und es fehle jegliche Begründung hierzu. Nicht nur wäre bei einer Mehrheit von Erbenvertretern die Aufgabenzuständigkeit ungerregelt (parallel/aufgeteilt) und intransparent, sondern führe dies auch zu unzumutbaren Verantwortungs- und Haftungsunklarheiten. Daran ändere sich auch nichts, wenn sich die Haftung nach Haftungsgesetz be- messe, da auch dieses an das Handeln einer bestimmten Person anknüpfe (vgl. §

## **E. 2.2**

Die Klägerin hält dem zusammengefasst entgegen, das Erbenvertreterzeug- nis sei weder wichtig noch ungültig. Es handle sich lediglich um eine Legitimat- onsurkunde für den Erbenvertreter respektive dessen Hilfspersonen, die vom Vor- sitzenden habe ausgestellt werden dürfen; damit sei nicht der Kreis der als Gene- ralerbenvertreter bestellten Personen erweitert worden. E.\_\_\_\_\_ sei befugt, Hilfs- personen zur Erfüllung seines Mandats beizuziehen (Urk. 17 S. 5 f.).

## **E. 3**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8.1% MWSt.)." 1.3. Der mit Verfügung vom 6. Januar 2025 (Urk. 8) einverlangte Kostenvor- schuss von Fr. 1'200.– wurde innert Frist geleistet (Urk. 13). Mit Verfügung vom 29. Januar 2025 wurde den Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung der Beru- fungsantworten angesetzt (Urk. 14). Der Beklagte 1 und Berufungsbeklagte 2 (fortan Beklagter 1) beantragte im Rahmen seiner Berufungsantwort vom 7. Fe- bruar 2025 die Gutheissung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfol- gen zuzüglich MwSt. zulasten der Beklagten 2 (Urk. 15 S. 3). Die Klägerin und Berufungsbeklagte 1 (fortan Klägerin) beantragte in ihrer Berufungsantwort vom 17. Februar 2025 (Urk. 17 S. 2) Folgendes: "1. Es sei die Berufung der Berufungsklägerin gegen das vom Be- zirksgericht Meilen in Sachen Erbenvertretung ausgestellte Er- benvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 vollumfänglich abzu- weisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. gesetzli- cher MwSt. zulasten der Berufungsklägerin. 2. Eventualiter sei die Berufung der Berufungsklägerin gegen das vom Bezirksgericht Meilen in Sachen Erbenvertretung ausgestellte Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 gutzuheissen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. gesetzlicher MwSt. zu- lasten der Staatskasse." 1.4. Mit Verfügung vom 24. Februar 2025 wurden der Beklagten 2 die beiden Be- rufungsantworten zur Kenntnisnahme zugestellt und ihr eine zehntägige Frist zur Ausübung des Replikrechts angesetzt (Urk. 19). Mit Eingabe vom 10. März 2025 teilte die Beklagte 2 mit, dass sie auf eine Stellungnahme zu den Berufungsant- worten (Replikrecht) verzichte (Urk. 20).

### **E. 3.1**

Nach Lehre und Rechtsprechung bekleidet der Erbenvertreter, ähnlich wie der Willensvollstrecker und der Erbschaftsverwalter, kein staatliches, sondern ein privatrechtliches Amt (vgl. BGer 5A\_813/2014 vom 24. November 2014 E. 3 mit Hinweis

auf BGE 90 II 376 E. 2; BGE 101 II 47 E. 2; BGE 130 III 97 E. 2.3 und 3.1), wobei von einem privatrechtlichen Institut sui generis auszugehen ist (Pice- noni, Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, Zürich 2004, S. 14). Weil die Erbenvertretung nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch in Literatur und Praxis sehr knapp behandelt wird, empfiehlt Picenoni (a.a.O., S. 8), die Literatur und die Rechtsprechung einzelner erbrechtlicher Institutionen, die der Erbenvertretung in gewissen Beziehungen ähnlich sind, nämlich der Willensvollstreckung, der Erb- schaftsverwaltung und der amtlichen Liquidation, ergänzend heranzuziehen.

- 6 -

### **E. 3.2**

Der Willensvollstrecker gemäss Art. 517 Abs. 1 ZGB hat Anspruch darauf, dass ihm die zuständige Erbschaftsbehörde eine Bescheinigung (sog. Willensvoll- streckerzeugnis) ausstellt, die ihm zur Legitimation gegenüber den Erben und Dritten dient (Christ/Eichner in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 5. Aufl., Art. 517 N 19; BGer 5A\_804/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2). Das Wil- lensvollstreckerzeugnis wird vom Gesetz (ZGB) nicht behandelt, weshalb auf die Rechtsprechung (BGE 91 II 177: "Die Ausstellung eines 'Willensvollstreckerzeug- nisses' ist eine ...Zivilsache" und E. 1: "Es handelt sich ... um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ... Nichts Gegenteiliges folgt daraus, dass das ZGB die Ausstellung eines Ernennungsausweises für den Willensvollstrecker nicht ausdrücklich vorschreibt ...") und auf die Lehre (BK ZGB II-Künzle, Art. 517/518 N 34) zurückgegriffen werden muss. Zuständig für die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses ist normalerweise die Behörde, welche nach Art. 556-559 ZGB die letztwilligen Verfügungen eröffnet und Erbbescheinigungen ausstellt. Die Kantone können aber auch eine andere Behörde vorsehen (BGE 91 II 177 E. 2). Im Kanton Zürich wird die Zuständigkeit aus der Mitteilung der Einset- zung des Willensvollstreckers respektive aus Art. 517 ZGB abgeleitet (BK ZGB II- Künzle, Art. 517/518 N 35) und ist hierfür das Einzelgericht gemäss § 137 lit. c GOG zuständig. Hervorzuheben ist, dass das Willensvollstreckerzeugnis nur de- klaratorischen Charakter hat und dem Willensvollstrecker als Beweis für seine Er- nennung und Annahme der Funktion dient. Das Ausmass von Rechten und Pflich- ten ergibt sich gerade nicht aus dem Willensvollstreckerzeugnis, sondern aus der letztwilligen Verfügung und dem Gesetz (BSK ZGB II-Leu, Art. 517 N 18; Christ/Eichner, a.a.O., Art. 517 N 20; BK ZGB II-Künzle, Art. 517/518 N 40; BGer 5A\_804/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2; BGer 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 2.1; BGer 5A\_257/2009 vom 26. Oktober 2009 E. 1.4).

### **E. 3.3**

In Analogie zum Willensvollstreckerzeugnis rechtfertigt sich vorliegend die Annahme, dass dem Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 keine materi- elle Bedeutung zukommt, sondern dieses nur deklaratorischen Charakter hat, wo- von im Übrigen auch die Parteien ausgehen (vgl. Urk. 1 Rz. 2; Urk. 15 Rz. 9; Urk. 17 Rz. 4). Insofern kann konsequenterweise der darin bescheinigte Inhalt nicht über denjenigen des (Ernennungs-)Beschlusses der Vorinstanz vom 25. Ok-

- 7 -  
tober 2024 (Urk. 5/4) hinausgehen. Darin wurde jedoch einzig Notar E.\_\_\_\_\_,  
Notariat Küsnacht, als Generalerbenvertreter im Nachlass von H.\_\_\_\_\_,  
beauftragt (Urk. 5/4 Dispositiv-Ziffer 1). Insbesondere ist darin weder vom im angefochtenen  
Erbenvertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 (Urk. 2) erwähnten "Notariat Küs-  
nacht"

noch von F.\_\_\_\_\_, Notar-Stellvertreter Notariat Küsnacht, bzw. G.\_\_\_\_\_,  
Notar-Stellvertreterin Notariat Küsnacht, die Rede. Mit der Beklagten 2 ist über- dies einig  
zu gehen (vgl. Urk. 1 Rz. 17), dass der im angefochtenen Erbenvertre-  
terzeugnis vom 3. Dezember 2024 (Urk. 2) zur Begründung aufgeführte § 1 Abs. 2 NotG in casu nicht  
einschlägig ist, wurden die Aufgaben als Erbenvertreter No- tar E.\_\_\_\_\_  
vorliegend doch nicht durch die Gesetzgebung, sondern im Rahmen der vorinstanzlichen Beschlüsse vom  
25. Oktober 2024 bzw. vom 24. Juli 2024 (Urk. 5/4-5), d.h. mittels gerichtlichen  
Rechtsanwendungsakten zugewiesen. Zwar kann sodann nach ständiger Rechtsprechung  
des Bundesgerichtes (BGer 5A\_813/2014 vom 24. November 2014 E. 4; BGer  
4A\_404/2018 vom 12. Februar 2019 E. 3.3.2.1) und dem überwiegenden Teil der  
schweizerischen Lehre der Er- benvertreter, bei analoger Anwendung von Art. 398 Abs. 3  
OR, Hilfspersonen bei- ziehen, indem er entweder Fachleute mit Spezialkenntnissen (z.B.  
Steuerexperte, Anwalt, Vermögens- oder Immobilienverwalter, Notar) konsultiert oder  
Dritte (z.B. Sekretärin, Buchhalter) mit der Erledigung von Routinearbeiten beauftragt.  
Nach Art. 398 Abs. 3 OR ist sodann grundsätzlich auch die Substitution der konkreten  
Mandatsführung an einen eigenverantwortlichen Dritten, z.B. an eine Bank oder einen  
Anwalt, zulässig. Dies kommt jedoch nur dann in Frage, wenn der Erben-  
vertreter aus objektiven Gründen zur Substitution gezwungen wird, z.B. wegen all-  
gemein ungenügender Fachkenntnis, Krankheit oder Arbeitsüberlastung. Im Un-  
terschied zum Auftragsrecht kann der Erbenvertreter hingegen nicht die gesamte Geschäftsführung bzw.  
Hauptpflicht auf einen Dritten übertragen. Dies auch nicht im Einverständnis mit allen  
Miterben oder mit Zustimmung der zuständigen Auf- sichtsbehörde (nach BGer  
5P.529/1994 vom 13. März 1995 in AJP 1996, S. 89 ist die Übertragung einzelner  
Geschäfte an Dritte [Substitute] zulässig, nicht aber eine vollständige Substitution; in  
AGVE 1971, S. 38 wurde eine vollständige Sub- stitution als unzulässig erklärt; vgl. zum  
Ganzen Picononi, a.a.O., S. 42 f. mit wei- teren Hinw.; BSK ZGB II-Leu, Art. 518 N 15).  
Mit der im angefochtenen Erbenver-

- 8 -  
treterzeugnis vom 3. Dezember 2024 gewählten Formulierung ("Gestützt auf § 138  
Abs. 1 GOG i.V.m. § 1 Abs. 2 NotG gilt damit das Notariat Küsnacht als mit der  
Generalerbenvertretung beauftragt und damit neben E.\_\_\_\_\_  
auch F.\_\_\_\_\_,  
Notar-Stellvertreter Notariat Küsnacht, und G.\_\_\_\_\_, Notar-Stellvertreterin Nota-  
riat Küsnacht"; Urk. 2) werden F.\_\_\_\_\_, Notar-Stellvertreter Notariat Küsnacht, und G.\_\_\_\_\_,  
Notar-Stellvertreterin Notariat Küsnacht, jedoch gerade nicht als Hilfspersonen beigezogen,  
sondern es wird ihnen – in Widerspruch zu den vorin- stanzlichen Beschlüssen vom 25.  
Oktober 2024 bzw. vom 24. Juli 2024 (Urk. 5/4- 5) und entgegen den vorstehenden  
Ausführungen – die Stellung als (zusätzliche) Erbenvertreter und damit das Mandat als  
solches übertragen.

### **E. 3.4**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Berufung gutzuheissen und das  
Erbenvertreterzeugnis des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Dezember 2024 (Urk. 2)  
aufzuheben ist. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob es sich bei der Ausstellung  
einer Erbenvertreterbescheinigung (wie bei der Anordnung einer Erbenvertretung als  
solche; vgl. BGer 5D\_133/2010 vom 12. Januar 2011, E. 1.1) um eine vorsorgliche  
Massnahme handelt, welche vom Kollegialgericht hätte un- terzeichnet werden müssen.  
Praxisgemäss wird E.\_\_\_\_\_, Notariat Küsnacht zur Rückgabe sämtlicher Exemplare des  
Erbenvertreterzeugnisses vom 3. Dezember 2024 an die Vorinstanz verpflichtet (vgl. dazu

OGer ZH LF240001 vom 19. April 2024 E. 3.2 mit Verweis auf OGer ZH LF140002 vom 7. Mai 2014 E. III.3.2). 4.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 1'200.– festzusetzen (Art. 8 Abs. 4 GebV) und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für eine Überbindung der Verfahrenskosten an den Kanton, wie sie von der Klägerin eventualiter beantragt wird (vgl. Urk. 17 S. 2), besteht vorliegend kein Anlass. Eine Kostenaufgabe an den Kanton muss in zivilrechtlichen Verfahren die Ausnahme bleiben, zu denken ist an Fälle von eigentlichen Justizpannen (BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 24 ff.; Urwyler/Gütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 13). Eine solch gravierende Fehlleistung der Vorinstanz, die ein Abweichen von den Grundsätzen der Kostenverlegung rechtfertigen würde, liegt hier nicht vor; dies umso weniger als die Klägerin die Ausstellung des Erbenvertreterzeugnisses vom

- 9 - 3. Dezember 2024 als richtig erachtet hat und sich insofern mit diesem identifiziert hat (Urk. 17 S. 2; vgl. OGer ZH RB230036 vom 11. Juli 2024 E. 6). 4.2. Entsprechend wird die Klägerin für das Berufungsverfahren entschädigungs- pflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie ist zu verpflichten, der berufungsführenden Be- klagten 2 in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a, d und e und Abs. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV eine dem Aufwand entsprechende Par- teientschädigung für das Berufungsverfahren von Fr. 1'200.– (zzgl. 8.1% MwSt.; vgl. Urk. 1 S. 2) zu bezahlen. Es wird erkannt:

#### **E. 6**

Abs. 1 HG). Hinzu komme die unnötige Schwerfälligkeit und Ineffizienz einer solchen Lösung und die mutmasslich höheren Kosten. Zudem verletze das Erben- vertreterzeugnis vom 3. Dezember 2024 die Rechtssicherheit. Die Parteien hätten angesichts des vorinstanzlichen Beschlusses vom 25. Oktober 2024 nicht davon ausgehen müssen, dass neben E.\_\_\_\_\_ weitere Personen als Erbenvertreter agieren würden, sondern, dass die Verantwortung bei einer Person liege (Urk. 1 Rz. 8 ff.).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.