

GR_GERICHTE ZK1 2022 21 vom 9. Juni 2022

GR Gerichte, 2022-06-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2022_21

FR: GR_GERICHTE ZK1 2022 21 du 9 juin 2022

IT: GR_GERICHTE ZK1 2022 21 del 9 giugno 2022

Regeste

erledigung_20220331_165451_ANOM.docx | Berufung ZGB Sachenrecht

Erwägungen

E. 6

/ 18 das summarische Verfahren anwendete (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Das ist allerdings nicht so klar. Insbesondere fehlt dieses Thema in der Aufzählung von Art. 249 lit. c ZPO. Offenbar folgte der Einzelrichter der weit verbreiteten Auffassung, die Beschwerde gegen den Willensvollstrecker sei eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 248 lit. e ZPO). Die Kantone sind im Übrigen frei, im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben, namentlich der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und der so genannten "double instance" (Art. 75 Abs. 2 BGG), in erbrechtlichen Angelegenheiten nicht nur die Zuständigkeit, sondern auch das Verfahren zu bestimmen, wenn das der Bundesgesetzgeber nicht getan hat (BGE 139 III 225; Thomas Engler/Ingrid Jent-Sørensen, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang, SJZ 2017 S. 421, bei und in N 7). Der Kanton Graubünden hat es nicht getan. Es wird nun mit überzeugenden Gründen die Auffassung vertreten, die Beschwerde gegen den Willensvollstrecker gehöre nicht zur freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Verfahren sei vom Bundesrecht nicht festgelegt, weil also von Art. 248 lit. e ZPO nicht umfasst (ausführlich Ingrid Jent-Sørensen, in Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 22 ff. zu Art. 248 ZPO; insbesondere die Feststellung des Sachverhalts von Amtswegen [Art. 255 lit. b ZPO] ist in dieser notwendigerweise streitigen Mehrparteien-Angelegenheit nicht angebracht). Es ist hier freilich nicht der geeignete Ort, die Frage vertieft zu behandeln, nachdem die Beteiligten das beinahe gewohnheitsrechtliche Anwenden des summarischen Verfahrens nicht kritisieren. In einem geeigneten Fall sollte sie allerdings wieder aufgenommen werden, nach der Formulierung des Bundesgerichts, "que la question mérite un ré-examen". 2. In der Sache fasste der Einzelrichter die Beanstandungen der Berufungskläger gegenüber dem Willensvollstrecker bzw. Berufungsbeklagten wie folgt zusammen: Der Berufungsbeklagte habe als Vertreter von zwei Erbinnen eine Erbteilungsklage eingereicht und in diesem Zusammenhang von "unserer Seite" gesprochen – er sei also nicht neutral. Mit dem Prozess verfolge er auch eigene Interessen, da die Veräusserung einer zu Stockwerkeigentum ausgestalteten Liegenschaft in Frage stehe, an welcher sowohl die Erbengemeinschaft als auch der Berufungsbeklagte beteiligt seien – ein hoher Erlös für die Erbengemeinschaft würde zu einem tieferen des Berufungsbeklagten führen und umgekehrt. Im Übrigen sei nicht glaubhaft, dass dieser die letztwillige Verfügung der Erblasserin erst Jahre nach deren Tod gefunden habe. Er habe zudem Angehörigen seiner Familie die Nutzung von Räumen der Erbengemeinschaft zunächst unentgeltlich und dann zu einem zu tiefen Preis ermöglicht. Bis heute liege kein Nachlassinventar vor, und die

Honorarforderungen des Berufungsbeklagten seien ungenügend belegt. Der Berufungsbeklagte habe ein von der Berufungsklägerin C._____ nach dem

E. 7

/ 18 Tod der Erblasserin veranlasste Schätzung der Liegenschaft eigenmächtig verhin- dert. Zudem habe er als Bevollmächtigter der Erblasserin verschiedene für seine Ehefrau günstige Grundstücksgeschäfte abgeschlossen, faktisch also so genannte Insichgeschäfte. Zur Diskussion stehe deren Ungültigkeit, und in einem solchen Verfahren könne der Berufungsbeklagte nicht loyal die Interessen der Erbschaft wahrnehmen. – Der Einzelrichter kam trotz einigen kritischen Bemerkungen zum Schluss, eine Absetzung des Berufungsbeklagten als Willensvollstreckers sei nicht gerechtfertigt und wies die Beschwerde ab (act. B.1 passim, so weit nötig ist dar- auf zurückzukommen). 3.1. Die Berufungskläger und der Berufungsbeklagte tragen in der Berufung ausführliche Behauptungen zum Sachverhalt vor, ohne zu belegen, wo und wie sie diese im erstinstanzlichen Verfahren eingeführt hatten (act. A.1, insbesondere Rz. 12 ff.; act. A.2 S. 2 f. und passim – als ob es um einen freien Vortrag zur Sa- che ginge), und das wiederholt sich in den je zweiten Eingaben beider Seiten (act. A.3 und A.4). Das ist unzulässig. Auch wenn das erstinstanzliche Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hatte – wie einstweilen anzunehmen ist, wenn man das Verfahren wie vorstehend dargelegt als ein solches der freiwilli- gen Gerichtsbarkeit betrachtet (oben E. 1.3) –, gilt das Novenverbot von Art. 317 Abs. 1 ZPO (BGE 138 III 625 E. 2.2; anders handhabt es die Praxis in den Fällen der strengen "Erforschungs"-maxime des Kindes- und des Erwachsenenschutz- rechts [Art. 296 ZPO und Art. 446 Abs. 1 ZGB]). Zur Verständlichkeit einer Beru- fung (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; 141 III 576 E. 2.3.3) gehört insbesondere das Un- terscheiden in Neues und schon in erster Instanz Vorgetragenes (BGer 4A_214/2008 v. 9.7.2008 E. 1.2; bestätigt in BGer 4A_97/2013 v. 28.8.2013 E. 1). Lässt die Berufung das wie hier vermissen, könnte man versucht sein, auf die Be- rufung überhaupt nicht einzutreten, doch steht dem Treu und Glauben entgegen (Art. 52 ZPO). Immerhin sind nur die tatsächlichen Behauptungen zu berücksichti- gen, welche klarerweise, und ohne dass die Berufungsinstanz dazu eingehende Nachforschungen anstellen müsste, bereits in erster Instanz vorgetragen wurden. Die Berufungsinstanz forscht nicht unbeschränkt nach Fehlern im angefochtenen Entscheid. Die Prozessvoraussetzungen prüft sie zwar von Amtes wegen (Art. 60 ZPO), und sie hat eine im Wesentlichen umfassende Kognition für Rechts- und Tatfragen. Thematisch beschränkt sie sich aber bei ihrer Prüfung – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – darauf, was die Berufung frist- und formgerecht als Mängel des angefochtenen Entscheides aufzeigt (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; 147 III 176 E. 4.2.1). 3.2. Weiter sind die Kriterien für die materielle Beurteilung klarzustellen.

E. 8

/ 18 3.2.1. Der Willensvollstreckter ist, wie schon sein Name sagt, in erster Linie dem Willen des Erblassers verpflichtet. Er soll sich aber auch nach den Wünschen der Erben erkundigen und sie wenn möglich berücksichtigen. Bei einer Mehrzahl von Erben muss er diese gleich behandeln, und sich bei Interessengegensätzen gleich wie ein Treuhänder neutral verhalten (ausführlich und grundlegend dazu BGE 90 II 376 E. 2). Dazu gehört, dass der Willensvollstreckter verschiedene Er- ben qualitativ und zeitlich gleich informiert (Christine Zemp Gsponer, Die Anwältin als Willensvollstreckterin und Erbenvertreterin, in: Anwaltsrevue 2021 S. 249 f.). Daraus könnte man schliessen, der Willensvollstreckter dürfe keine eigenen Inter- essen an Nachlasswerten oder bei der Teilung haben. Es ist aber

langjährige Praxis und entspricht der Meinung in der Literatur, dass auch einer unter mehreren Erben als Willensvollstrecker eingesetzt werden darf (statt vieler Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 8 zu Art. 517 ZGB mit zahlreichen Verweisungen). Dabei kann unterschieden werden danach, ob dem Erblasser bestimmte Interessen und Interessengegensätze schon bekannt waren; das spricht für eine zurückhaltende Beurteilung möglicher Interessenkonflikte, weil anzunehmen ist, dass der Testator sie bewusst in Kauf nahm (dazu BGE 90 II 376 E. 3, mit dem überzeugenden Argument, dass der kritische Erbe allenfalls eine Ungültigkeitsklage [gegen die Einsetzung des Willensvollstreckers] hätte erheben müssen; gleich OGer ZH PF150068 v. 29.1.2016 E. 2.2 und 4.3), und umgekehrt sind Interessengegensätze dann strenger zu beurteilen, wenn sie erst nach dem Tod des Erblassers zutage treten. Die Absetzung eines testamentarisch berufenen Willensvollstreckers kommt generell nur mit Zurückhaltung in Frage, da ihm seine Aufgabe immerhin vom Erblasser übertragen worden ist. Andererseits muss die Absetzung bei groben und/oder wiederholten Verfehlungen des Willensvollstreckers möglich bleiben (auch dazu BGE 90 II 376). 3.2.2. Die Aufsichtsbehörde kann einen Willensvollstrecker wegen Unfähigkeit oder grober Pflichtwidrigkeit von seinem Amt abberufen (BGE 90 II 376 E. 3; 66 II 148 E. 2). Eine fehlende persönliche Eignung führt nach der Rechtsprechung unter anderem dann zur Absetzung eines Willensvollstreckers, wenn dieser sich als vertrauensunwürdig erweist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Willensvollstrecker finanzielle Mittel aus dem Nachlass eigenmächtig seinem eigenen Konto gutschreibt, anstatt die Gelder zinsbringend auf einem Konto der Erblasserin anzulegen, oder wenn er sonstige "Mischgeschäfte" (z.B. einen Überbrückungskredit an Dritte) tätigt und sein Privatvermögen vom Nachlass nicht klar abgrenzt. Häufig ist der Verlust der Vertrauenswürdigkeit auch auf Interessenkollisionen des Willensvollstreckers zurückzuführen, die ihrerseits die Ursache für schwere Pflichtverletzungen sein können. In diesen Zusammenhang gehören Fäl-

E. 9

/ 18 le, in denen der Willensvollstrecker aufgrund seiner engen Beziehung zu einzelnen Erben oder interessierten Drittpersonen seine Rechenschafts- und Informationspflicht vernachlässigt oder in denen er mit dem Erblasser selbst derart verbunden ist, dass er die behördliche Ermittlung der Erben behindert und die Erbberechtigung der mutmasslichen Alleinerbin bestreitet, dass er einen erblasserischen Willen vollstreckt, der offenkundig in der formrichtigen letztwilligen Verfügung nicht enthalten ist, und dass er vor diesem Hintergrund im Ausland gelegene Vermögenswerte nicht in das Nachlassinventar aufnimmt und seine Informationspflichten gegenüber der mutmasslichen Alleinerbin verletzt (BGer 5A_107/2014 v. 1.4.2014 E. 3 m.w.H.). Auch im Bereich der Willensvollstreckung gilt als Grundregel, dass Präventionsmassnahmen (z.B. Empfehlungen, Weisungen, Ermahnungen) Sanktionen vorgehen. Eine Amtsentsetzung muss sich als notwendig und verhältnismässig erweisen (BGer 5A_107/2014 v. 1.4.2014 E. 3 m.w.H.). Es ist im Einzelfall insbesondere zu prüfen, ob es nicht ausreichte, in Analogie zur gesetzlichen Regelung von Interessenkollisionen bei der Beistandschaft (Art. 403 ZGB) und des Vorsorgebeauftragten (Art. 365 ZGB) ebenso wie der Eltern (Art. 306 Abs. 2 ZGB) für ein bestimmtes Geschäft oder einen bestimmten Bereich die Vertretung durch eine dritte Person anzuordnen, ohne das betreffende Mandat kurzerhand ganz aufzulösen. 4. Nach diesem Beurteilungs-Massstab ergibt sich was folgt: 4.1. Die Berufungskläger listen vorweg eine Vielzahl von Funktionen auf, welche ihrer Meinung nach aufzeigen, dass der Berufungsbeklagte nicht Willensvollstrecker sein könne. So habe

der Berufungsbeklagte die Erblasserin zu Lebzeiten in rechtlichen Dingen und in der Vermögensverwaltung beraten, er sei Ehemann einer der Erbinnen, Stockwerkeigentümer in der Liegenschaft, in welcher ein Anteil in den Nachlass gehöre, und zugleich Verwalter der Liegenschaft, er habe zu Lebzeiten der Erblasserin von dieser Grundstücke erworben, er sei Gemeindepräsident der Gemeinde, in welcher sich die Liegenschaft mit dem in den Nachlass fallenden Anteil befinde, und er sei K._____ bei der Vorinstanz (act. A.1 Rz. 8). Dass ein Willensvollstrecker den Erblasser zu Lebzeiten berät, ist in der Praxis der Normalfall und kann den Vorwurf der mangelnden Unparteilichkeit nicht begründen. Auf den Umstand, dass der Berufungsbeklagte mit einer der Erbinnen verheiratet ist, wird einzugehen sein (unten E. 4.7). Weshalb es problematisch sei, dass er und die Erblasserin Mitglied derselben Stockwerkeigentümergeinschaft ist resp. war, wird nicht näher erläutert und leuchtet nicht ohne Weiteres ein. Der Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft hat die verschiedenen Mitei-

E. 10

/ 18 gentümer selbstredend gleich zu behandeln, auch wenn er selbst Miteigentümer ist. Dass er diese Pflicht zu Lebzeiten der Erblasserin oder nach deren Tod als Willensvollstrecker verletzt hätte, machen die Berufungskläger nicht geltend und sie belegen es nicht mit einem konkreten Vorfall oder einer Unterlassung des Berufungsbeklagten in Ausübung seines Amtes als Willensvollstrecker. Der Umstand war der Erblasserin bekannt, ebenso den Erben. Wollten die letzteren daraus etwas ableiten, hätten sie – wie vorstehend ausgeführt (oben E. 3.2) – schon die Einsetzung des Willensvollstreckers anfechten können und müssen. Dass der Berufungsbeklagte selbst Grundstücke der Erblasserin zu deren Lebzeiten erworben hätte, ist soweit ersichtlich neu und damit als Behauptung unzulässig – es wird auch nicht näher ausgeführt. Seine Funktion beim Erwerb von Grundeigentum durch seine Ehefrau ist nachstehend zu diskutieren (unten E. 4.7). Die Berufungskläger erläutern nicht, weshalb ein Gemeindepräsident nicht Willensvollstrecker sein sollte, wenn zum Nachlass Grundeigentum in jener Gemeinde gehört. Soweit die Berufungskläger argwöhnen, es bestehe eine Nähe des Berufungsbeklagten als dessen ehemaligem Präsidenten zum Regionalgericht Maloja, oder präziser zu dem Richter, welcher ihre Beschwerde behandelte, hätte das Gegenstand eines Ausstandsgesuchs sein können (Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO), welches sie aber offenbar nicht stellten und welches damit verwirkt ist (Peter Diggelmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Dike-Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, N 1 ff. zu Art. 49 ZPO). 4.2. Die Berufungskläger tragen in anklagendem Ton vor, dass sich die verschiedenen Eigentümer der Liegenschaft in F._____ (zu deren Historie und [Mit-] Eigentumsverhältnissen sie in der Berufung ausführliche Erläuterungen nachbringen, welche soweit ersichtlich neu und daher nicht zu beachten sind) nach dem Tod der Erblasserin einig waren, es sollten alle Stockwerkeinheiten zusammen resp. die Liegenschaft als Ganzes verkauft werden. Dass das nicht zustande kam, bedauern sie offenbar (act. A.1 Rz. 14). Was es mit dem Berufungsbeklagten zu tun hat und inwiefern dem Einzelrichter zu diesem Punkt ein Fehler vorzuwerfen wäre, machen sie freilich nicht klar. Auf den Punkt kann nicht weiter eingetreten werden. 4.3. Am 3. März 2020 reichte der Berufungsbeklagte namens und mit Vollmacht seiner Ehefrau und einer weiteren (heute am Prozess nicht teilnehmenden) Erbin ein Vermittlungsbegehren betreffend Erbteilung ein. Die Berufungskläger rügen das als Verletzung seiner Neutralitätspflicht. Zwar sei er damals noch nicht Willensvollstrecker gewesen, doch hätte er wissen müssen, dass er testamentarisch als solcher eingesetzt sei (act. A.1 Rz. 15 und 17 ff.). Der Berufungsbeklagte hält

E. 11

/ 18 dem entgegen, aufgrund divergierender Preisvorstellungen zwischen den Berufungsklägern und den zwei weiteren Erben sei der Verkauf der gesamten Liegenschaft blockiert. Die zwei weiteren Erben hätten verlangt, durch eine Erbteilung weiterzukommen. Vor seiner Einsetzung als Willensvollstrecker habe er die Erbteilungsklage eingeleitet, um einen Ausweg aus der Situation der Erben zu finden. Die Erbteilungsklage sei aber antragsgemäss immer sistiert geblieben. Es habe nie eine Verhandlung gegeben. Nach der Einlieferung des Testaments und der Einsetzung als Willensvollstrecker sei die Sache aber weder von den beiden Erben, noch von den Berufungsklägern, noch von ihm – dem Willensvollstrecker – vorangetrieben worden; das Vermittlungsbegehren sei sistiert geblieben. Die beiden Erben hätten das Vermittlungsbegehren schliesslich selbst zurückgezogen, weil er diese gar nicht mehr vertreten könne (act. A.2 Rz. 8).

4.3.1. Die Berufungskläger haben Recht damit, dass es sich mit der Neutralitätspflicht des Willensvollstreckers nicht verträgt, wenn dieser im eigenen Namen oder im Namen einzelner Erben einen Prozess gegen andere Erben führt. Hier liegen die Verhältnisse immerhin in mehrfacher Hinsicht speziell: Die Berufungskläger anerkennen, dass der Berufungsbeklagte beim Stellen des Schlichtungsgesuches noch nicht Willensvollstrecker war. Sie stellen auch seine (angesichts des Umstandes, dass er seine Schwiegermutter zu deren Lebzeiten beraten hatte, nicht besonders glaubwürdige) Behauptung nicht in Abrede, er habe nicht (mehr) gewusst, dass ihn seine Schwiegermutter als solchen vorgesehen hatte ("das war mir entfallen"). Gewiss hätte er sich bei gehöriger Sorgfalt daran erinnern können und wäre er darum, käme es darauf an, nicht als gutgläubig zu betrachten (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Die Berufungskläger werfen ihm aber bewusste Verfehlungen vor, und das scheidet in diesem Punkt nach ihrer eigenen Darstellung aus. Es kommt dazu, dass der Berufungsbeklagte bei Einleitung des Verfahrens formell eben noch nicht Willensvollstrecker und damit zur Neutralität eines solchen gerade nicht verpflichtet war. Entscheidend ist, dass das Schlichtungsverfahren bereits eingeleitet war, als die letztwillige Verfügung der Erblasserin eröffnet und den Berufungsklägern die Bestellung des Berufungsbeklagten als Willensvollstrecker bekannt wurde. Gemäss der vorstehend referierten Praxis des Bundesgerichts hätten die Erben, wenn sie den Willensvollstrecker wegen dieses Umstandes von vorneherein ablehnen wollten, damals eine Ungültigkeitsklage erheben können und müssen. Das haben sie nicht getan. Damit fällt das Einleiten der Erbteilungsklage als Vorwurf gegen den Willensvollstrecker weg. Der Berufungsbeklagte weist darauf hin, dass in der Literatur mit vertretbaren Gründen postuliert wird, der Willensvollstrecker solle die Erbteilungsklage anheben können. Das ist hier vorweg nicht einschlägig, weil er wie gesehen bei Einleitung der Klage noch nicht Willens-

E. 12

/ 18 vollstrecker war. Und eine solche Klage müsste sich auf jeden Fall gegen alle Erben richten (Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 66 zu Art. 518 ZGB m.w.H.). Unschön und für den Berufungsbeklagten als Rechtsanwalt auch unprofessionell ist und bleibt so oder so der Umstand, dass er das Mandat nicht unverzüglich niederlegte, als er das Mandat des Willensvollstreckers antrat. Auch nach der Darstellung der Berufungskläger hat er aber die Klage materiell nicht weiterverfolgt, bis die beiden Klägerinnen ihr Begehren Ende Mai 2020 zurückzogen (RG act. III/43; immerhin ersuchte der Berufungsbeklagte noch am 11. Mai 2020, also nach Eröffnung des Testaments mit seiner Berufung als

Willensvollstrecker, um Dispensation seiner Klientinnen von der Schlichtungsverhandlung, act. B.3). Ob der Rückzug der Klage, welche das Mandat des Berufungsbeklagten obsolet werden liess, unter dem Druck der heute zu beurteilenden Beschwerde erfolgte, wie die Berufungskläger zu wissen glauben, mag sein, bleibt letztlich aber Spekulation. Dass der Berufungsbeklagte das Mandat nicht sofort niederlegte, gereicht ihm zum Vorwurf. Unter den gegebenen Voraussetzungen (keine Ungültigkeitsklage, keine weiteren Verfahrenshandlungen) kann es seine Absetzung allerdings nicht rechtfertigen. 4.3.2. Die Berufungskläger weisen mit Recht darauf hin, dass der Berufungsbeklagte mit der Wendung "unsere Seite" in einer Mitteilung an den Anwalt der in der Erbteilung Beklagten (RG act. II/21) seine mangelnde Neutralität als Willensvollstrecker offenbarte. Entscheidend und ein Grund für seine Absetzung ist es freilich nicht. Vorweg ergab sich die Unterscheidung "unsere" gegen "Ihre" Seite aus dem Umstand, dass der Berufungsbeklagte mit dem Schlichtungsbegehren den Erbteilungsprozess als Zweiparteien-Streit in Gang gesetzt hatte. Das wurde soeben diskutiert. Vor allem aber war und ist der Berufungsbeklagte als Ehemann einer Erbin von vorneherein nicht neutral. Als Richter müsste er in den Ausstand treten (Art. 47 Abs. 1 lit. c ZPO). Wie vorstehend erwogen (oben E. 3.2), kann als Willensvollstrecker aber auch gültig ernannt werden, wer mit einer Erbin nicht nur verheiratet, sondern selbst Erbin/Erbe ist. Der mindestens potentielle Interessenkonflikt ist darin notwendigerweise angelegt. Dass der Berufungsbeklagte Ehemann einer der Nichten und Miterbinnen sei, war der Testatorin bekannt, und (auch) dieser Umstand, welcher aus sich selbst heraus einen Gegensatz "unserer" zu einer "anderen" Seite impliziert, ist daher allein jedenfalls nicht ausreichend, um den Berufungsbeklagten von seinem Amt zu entbinden. Es wäre zudem ein Umstand, welcher nach der vorstehend referierten Praxis des Bundesgerichts Thema einer Ungültigkeitsklage hätte sein können und müssen. 4.4. Die Berufungskläger glauben im Weiteren, dass die Erben oder jedenfalls deren Mehrheit und der Berufungsbeklagte beim Verkauf der Liegenschaft ge-

E. 13

/ 18 gegensätzliche Interessen hätten (so jedenfalls sinngemäss act. A.1 Rz. 24). Sie erläutern das allerdings nicht näher, und sie vermögen damit ihre Kritik am angefochtenen Urteil nicht im Sinne der Anforderungen an die Berufung (vgl. oben E. 3.1) verständlich zu machen. Darauf kann nicht weiter eingegangen werden. 4.5. Die Berufung unterstellt, die Nutzung einer der Wohnungen in der fraglichen Liegenschaft durch die Tochter des Berufungsbeklagten gehe auf eine (weitere) Verfehlung der Willensvollstreckung zurück (act. A.1 Rz. 24, wenn auch nur beiläufig). Auch hier lassen die Berufungskläger die nötige Klarheit vermissen. Sie setzen sich mit den ausführlichen Erwägungen des Einzelrichters nicht auseinander, namentlich nicht mit der Erwägung, dass alle Erben einer Nutzung durch die Ehefrau des Berufungsklägers zustimmten und dass der Zustand der Wohnung eine Fremd-Vermietung ausschloss (act. B.1 E. 3.5.2.1 S. 11 f.). Sie machen auch nicht geltend, dass eine andere Erbin oder ein anderer Erbe für sich oder ein Angehöriges das Nutzen der Räume beansprucht oder eine (finanziell günstigere) Fremdvermietung angeregt habe. Damit ist nicht zu erkennen, was dem Berufungsbeklagten unter diesem Punkt vorzuwerfen sein könnte. 4.6. Die Berufungskläger werfen dem Berufungsbeklagten zudem vor, er sei seiner Pflicht zur unmittelbaren Erstellung eines Erbschaftsinventars zu Beginn seiner Tätigkeit nicht nachgekommen. Er habe das Nachlassinventar erst im Januar 2021, und damit knapp neun Monate, nachdem er das Amt als Willensvollstrecker angenommen habe, erstellt. Diese Verzögerung sei viel zu lang (act. A.1 Rz. 25 und 28; das als "Zwischeninventar per 31.12.2020 [provisorisch]" bezeichnete Papier datiert vom 27.

Januar 2021, RG act. II/8). Der Berufungsbeklagte führt dazu aus, er sei im Frühjahr 2018 wegen eines Herzinfarkts im Kantonsspital Chur hospitalisiert gewesen. Nach der Reha sei er bedingt arbeitsfähig gewesen, habe aber trotzdem ein provisorisches Inventar erstellt. Dabei sei es in erster Linie um die Abschätzung der Nachlasssteuern für die Erben gegangen. Ein definitives Inventar werde erst nach Abschluss der Willensvollstreckung erstellt. Alle Erben seien durch die Bankauszüge, Rechnungskopien und Aufstellung der Ein- und Ausgaben umfassend informiert gewesen (act. A.2 Rz. 12). Der Vorwurf der Berufungskläger ist nicht überzeugend. An sich hat der Willensvollstrecker unverzüglich nach seinem Amtsantritt ein Inventar zu erstellen (Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 16 zu Art. 517 ZGB, drittes Lemma auf S. 372). In diesem Fall hatte der Berufungsbeklagte aber nach der Darstellung der Berufungskläger selbst bereits im August 2018, also vor Annahme des Amtes als Willensvollstrecker, ein Inventar und die Steuererklärungen "für die Erbgemeinschaft" erstellt (richtig wohl: die Unterlagen, welche die Erben unter dem Titel "Beteiligung an ei-

E. 14

/ 18 ner unverteilter Erbschaft" für ihre Steuererklärungen haben mussten; vgl. dazu die "Wegleitung zur Steuererklärung" der Steuerverwaltung des Kantons Graubünden, S. 18 Ziff. 7.3). Sie selbst waren also nicht weniger als der Berufungsbeklagte "über die Aktiven und Passiven des Nachlasses bereits bestens im Bild" (act. A.1 Rz. 11 und 25). Sie behaupten auch nicht, dass sie das Inventar je anmahnten. Der Umstand, dass der Berufungsbeklagte nicht sofort nach dem Antritt seines Amtes als Willensvollstrecker im Mai 2020 ein (weiteres) Inventar erstellte, gereicht ihm demnach zum Vorwurf, stellt aber keine besonders schwere Pflichtverletzung dar. 4.7. In der Folge befasst sich die Berufung mit Forderungen (offenbar: des Nachlasses) gegenüber "dem Vater von zwei Berufungsklägern" (da die Geschwister der Erblasserin alle gestorben sind, dürften es nach Art. 602 Abs. 1 ZGB Forderungen gegen die Erben dieses Vaters sein) einerseits und Forderungen des Nachlasses gegen die Ehefrau des Berufungsbeklagten andererseits (act. A.1 Rz. 25 ff.). Die Vorbringen sind nicht ganz leicht verständlich. Immerhin ist erkennbar, was gemeint sei dürfte, und ein Nichteintreten auf das Thema aus formellen Gründen wäre darum zu formalistisch. Es ist dazu Folgendes zu erwägen: 4.7.1. Der erste Vorwurf der Berufungskläger, der Berufungsbeklagte habe zu Unrecht eine Forderung des Nachlasses gegen den verstorbenen Vater der einen Miterben in sein Inventar aufgenommen, weil diese "längst verjährt" sei, überzeugt nicht. Wann die Verjährungsfrist zu laufen begann, wie lange sie war (Art. 127 f. OR), ob sie einmal stillstand (Art. 134 OR), allenfalls unterbrochen wurde (Art. 135 OR), und endlich ob jemand überhaupt die Verjährung einwendete (Art. 142 OR), ist alles offen. Da gibt es wenig Raum, dem Willensvollstrecker ein Fehlverhalten vorzuwerfen, wenn er die Forderung – und sei es nur pro memoria – in das Inventar aufnahm. Und wenn die Berufungskläger monieren, der Berufungsbeklagte habe diese Forderung gleichsam als "Retorsionsmassnahme" ins Inventar aufgenommen, weil er sich genötigt gesehen habe, eine Forderung der Erbschaft gegen seine Ehefrau ebenfalls aufzunehmen, ist daraus allein kein Vorwurf abzuleiten – entweder war es angebracht, die Forderung(en) zu vermerken, oder aber nicht; eine weitergehende Motivation des Willensvollstreckers spielt keine Rolle. 4.7.2. Heikler ist der zweite Punkt (und zwar von der Sache her, und nicht aufgrund der an eine Ehrverletzung grenzenden Bemerkung der Berufungskläger, der Berufungsbeklagte habe sich "zwecks Bereicherung der eigenen Familie [...] seines Trauzeugen [...] als notariellen Handlungers" bedient (RG act. I/1 Rz. 9 zweiter Absatz). Angesprochen sind Grundstücksgeschäfte,

welche der Berufungsbe- klagte namens und mit Vollmacht der Erblasserin mit der Erbin I._____, seiner

E. 15

/ 18 Ehefrau, abgeschlossen hat. Einzelheiten dazu werden zwar nicht vorgetragen. Aus den Vorbringen der Parteien und aus Akten ergibt sich, dass die Miterbin und Ehefrau des Berufungsbeklagten im Jahr 2011 von ihrer Tante und nachmaligen Erblasserin einen Schopf mit 239 m² Umschwung sowie zwei kleine Grundstücks- flächen von 87 m² und 30 m² erworben hatte. Die Besonderheit lag darin, dass die Verkäuferin bei den Geschäften durch den Ehemann der Erwerberin vertreten wurde (RG act. II/12-16). Die Berufungskläger monieren, der Berufungsbeklagte habe die aus diesen Grundstücksgeschäften resultierende Forderung der Erblasse- rin bzw. Erbengemeinschaft gegenüber seiner Ehefrau erst dann im Erbschaftsin- ventar aufgenommen, als der ehemalige Anwalt der Berufungskläger den Beru- fungsbeklagten mit Schreiben vom 13. Januar 2021 explizit auf die Forderung aufmerksam gemacht habe. Der Berufungsbeklagte hätte diese Forderung bereits im Zwischeninventar per 21. August 2018 aufnehmen müssen (act. A.1 Rz. 26 ff.). Der Berufungsbeklagte seinerseits weist darauf hin, dass er schon in der Steu- ererklärung 2019 die Schuld der Erbin I._____ gegenüber dem Nachlass aufge- nommen habe. Die Steuererklärungen sowie die entsprechenden Unterlagen hät- ten alle Erben immer zugestellt erhalten (act. A.2 Rz. 13). Was die Vertretung durch den Berufungsbeklagten beim Abschluss der Grunds- tückgeschäfte betrifft, lag darin kein eigentliches Insichgeschäft, da der Vertreter nicht selber Partei war. Es gibt aber keine Belege oder auch Behauptungen dafür im Prozess, dass er die Vollmacht gleichzeitig mit detaillierten Weisungen dafür erhielt, wie er sie zu verwenden hatte; es muss daher angenommen werden, dass er einen kleineren oder grösseren Ermessensspielraum hatte. Wenn er als Anwalt gehandelt hätte (was bei diesem Geschäft in der Familie nicht anzunehmen ist), hätte er damit gegen Art. 12 lit. c BGFA verstossen. Dass er mit seiner Frau in Gütertrennung lebt (RG act. III/28), hob nicht den Umstand auf, dass er einen In- teressenkonflikt geschaffen hatte zwischen der Vollmachtgeberin und seiner Ehe- frau. Allerdings: wie und weshalb aus der Interessenkollision eine kritische (Geld-) Forderung des Nachlasses gegen I._____ resultierte, erläutern die Berufungsklä- ger nicht. Die Geschäfte wurden offenbar nicht angefochten und dürften nicht nich- tig sein – und wenn sie es wären, könnte die Erbengemeinschaft jedenfalls die vertraglichen Leistungen nicht geltend machen. Zwar könnten diese Geschäfte gleichwohl zu einer Auseinandersetzung und/oder einem Prozess führen, und in diesem dürfte der Berufungsbeklagte nicht als Vertreter der Erbengemeinschaft handeln. Wir vorstehend dargestellt (oben E. 3.2), wäre das aber dann mit dem Ausstand des Willensvollstreckers zu lösen, und nicht bereits heute mit dessen (gewissermassen vorsorglichen) Absetzung.

E. 16

/ 18 Die Stellung des Berufungsbeklagten bei den seinerzeitigen Grundstücksgeschäf- ten war durchaus problematisch, sie war der Testatorin aber bekannt und bewog diese nicht zu einer Änderung oder einem Widerruf der letztwilligen Verfügung. Die Miterben machen nicht geltend, dass sie von den Geschäften bei der Eröff- nung der letztwilligen Verfügung mit der Bestellung des Berufungsbeklagten als Willensvollstrecker keine Kenntnis hatten (das wäre auch nicht haltbar, angesichts der Schuldanerkennung von I._____ vom Januar 2021, RG act. III/34), und wenn sie daraus ableiten wollte, der Berufungsbeklagte könne nicht Willensvollstrecker werden, stand ihnen dafür die Anfechtungsklage zur Verfügung.

Für die Absetzung des Willensvollstreckers ist der Punkt nicht (mehr) entscheidend. Was die von I. _____ im Januar 2021 anerkannte (RG act. III/34) vertraglichen Verpflichtung aus den kritisierten Geschäften gegenüber der Erbengemeinschaft (dazu RG act. I/1 Rz. 10 und RG act. II/17) angeht, ist festzuhalten, dass die Position den anderen Erben bekannt war, hatte der Berufungsbeklagte sie doch in den Steuererklärungen 2019 und 2020 genannt (RG act. III/29 und 30). Sodann führte er sie im Zwischeninventar vom 27. Januar 2021 auf (RG act. II/8), also im ersten Inventar, das er nach Amtsantritt als Willensvollstrecker erstellte (oben E. 4.6); ob er dies nur aufgrund des Drucks der Berufungskläger tat, ist wiederum nicht er- stellt und auch nicht relevant. Dass der Berufungsbeklagte als Willensvollstrecker dieses erste Inventar zu spät erstellte, wurde bereits festgehalten (oben E. 4.6). Abgesehen davon bestehen keine konkreten Hinweise, dass er als Willensvoll- strecker die Forderung der Erbengemeinschaft gegen seine Ehefrau hätte ver- heimlichen wollen. 5. Im Ergebnis ist dem Berufungsbeklagten vorzuwerfen, dass er das Mandat für den namens zweier gegen die anderen Erben eingeleiteten Teilungsprozess nicht sofort nach dem Amtsantritt als Willensvollstrecker niederlegte. Damit schuf er aus eigenem Verschulden einen nicht unerheblichen Anschein der Parteilich- keit, ebenso mit der Wendung "unsere Seite" als Bezeichnung nur eines Teils der Erben. Auch dass er nicht sofort nach Amtsantritt ein Inventar erstellte, war ein Fehler. Diese begründeten Vorwürfe belegen aber weder die Unfähigkeit des Be- rufungsbeklagten als Willensvollstrecker oder sind sie für sich genommen oder in ihrer Gesamtheit als grobe Pflichtwidrigkeit zu würdigen. Sie lassen den Beru- fungsbeklagten auch nicht als vertrauensunwürdig erscheinen. Sie reichen nicht aus, um die Absetzung des Berufungsbeklagten als Willensvollstrecker zu recht- fertigen. Darum sind die Berufung und damit auch die gegen den Willensvollstre- cker erhobene Beschwerde in der Sache abzuweisen. 6. Es bleiben die Kostenfolgen zu regeln.

E. 17

/ 18 Die Berufungskläger unterliegen und werden damit kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtskosten ist nicht angefochten, und auch gegen die zugesprochene Entschädigung wendet keine Seite etwas ein. Die Kostenregelung durch das Regionalgericht ist daher ohne Weiteres zu bestätigen. Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren, in welchem sich das Dreierkol- legium des Kantonsgerichts neu in die Sache einarbeiten musste, ist ebenfalls auf CHF 3'000.00 festzusetzen. Der Berufungsbeklagte führt das Verfahren in eigener Sache, und damit ist die Honorarverordnung (HV; BR 310.250) nicht direkt an- wendbar. Zuzusprechen ist eine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO. Der Berufungsbeklagte legt seinen Aufwand vor Kantonsgericht nicht offen. Er ist allerdings immer noch als Anwalt tätig, und damit liegt ein "be- gründeter Fall" für eine Umtriebsentschädigung vor (vgl. KGer GR ZK2 19 11 v. 29.8.2019 E. 13.2; ZK1 17 93 v. 27.6.2018 E. 7.2; PKG 2005 Nr. 11 E. 3b). Die Ansätze der Honorarverordnung sind auf die Parteivertretung ausgerichtet (vgl. Art. 1 HV) und beinhalten auch einen angemessenen Gewinn aus der anwaltlichen Tätigkeit. Tritt ein Anwalt aber in eigener Sache auf, so hat er wohl das eigene Prozessziel im Auge; es kann aber nicht darum gehen, dass er aus dieser Tätig- keit noch zusätzlichen Gewinn erzielt. Die dem in eigener Sache tätigen Rechts- anwalt zustehende Entschädigung ist nach den Umständen des Falles und den Grundsätzen der Billigkeit zu berechnen. Dabei können die einschlägigen Be- stimmungen über die Honorierung von Rechtsanwälten in einem ersten Schritt wohl beigezogen werden. Das sich auf diese Weise ergebende Honorar ist indes- sen angemessen zu reduzieren, wobei die Ermässigung nach der Gerichtspraxis rund 50 % beträgt. Mit dieser Berechnungsmethode ist gewährleistet, dass in aller Regel ein

allfälliger Verdienstausschlag gebührend berücksichtigt ist (vgl. KGer GR ZK1 21 23 v. 6.10.2021 E. 7.2.2; SK2 20 4 v. 22.10.2020 E. 10.2; ZK2 19 11 v. 29.8.2019 E. 13.2; PKG 2005 Nr. 11 E. 3b). Als üblich gilt ein Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 (Art. 3 HV). Ohne Honorarvereinbarung wird praxisgemäss vom mittleren Stundenansatz von CHF 240.00 ausgegangen (statt vieler KGer GR ZK2 19 14 v. 29.6.2020 E. 3.3.2). Im Lichte dieser Grundsätze ist im vorliegenden Fall von einem Stundenansatz von CHF 120.00 (= 50 % von CHF 240.00) auszugehen (vgl. auch KGer GR ZK1 21 23 v. 6.10.2021 E. 7.2.3; SK2 20 4 v. 22.10.2020 E. 10.2 f.). Es ist zu berücksichtigen, dass dem Berufungsklagten die Grundlagen der Auseinandersetzung und die wesentlichen Argumente bereits vertraut waren. Angemessen erscheint daher ein Aufwand von insgesamt rund acht Stunden. Zusammen mit der Pauschale für die Barauslagen in Höhe von 3 % resultiert so eine Umtriebsentschädigung von CHF 1'000.00.

E. 18

/ 18

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