

# ZH\_OBERGERICHT PF180017 vom 18. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PF180017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF180017)

FR: ZH\_OBERGERICHT PF180017 du 18 octobre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT PF180017 del 18 ottobre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Gemäss Art. 518 Abs. 1 ZGB stehen Willensvollstrecker, soweit der Erblas- ser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erb- schaftsverwalters. Dies betrifft auch die behördliche Aufsicht (Art. 595 Abs. 3 ZGB; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Aufl., Art. 518 N 1 f. und N 97). Die Be- stimmung der sachlich zuständigen Aufsichtsbehörde obliegt den Kantonen, wie auch der Entscheid, ob ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde zuständig sein soll (BGE 130 III 97 E. 2.1). Im Kanton Zürich wird die Aufsicht über Willensvoll- strecker erstinstanzlich durch das Einzelgericht ausgeübt (§ 139 Abs. 2 GOG). Gegen die Beschwerdeentscheide der Einzelgerichte kann nach § 84 GOG innert zehn Tagen seit Mitteilung Aufsichtsbeschwerde beim Obergericht erhoben wer- den. Auf dieses Rechtsmittelverfahren sind kraft ausdrücklicher Verweisung die Bestimmungen der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO sinngemäss anwendbar (OGer ZH PF130013 vom 23. Dezember 2013 E. II./2 m.H.a. ZR 111 Nr. 14 und OGer ZH LF110053 E. II./1.). Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechts- anwendung oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gel- tend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Das bedeutet, dass die Frage, ob sich ein bestimmter Sachverhalt verwirklichte oder nicht, mit beschränkter Kognition zu

- 4 - prüfen ist. Die Einschätzung dagegen, ob ein solcher Sachverhalt eine schwere Pflichtverletzung darstellt, ist eine Rechtsfrage und als solche frei zu prüfen. 2.1 Die Charakteristika des aufsichtsrechtlichen Verfahrens, insbesondere die beschränkte Kognition der Aufsichtsbehörde (lediglich formelle Prüfung der Hand- lungen des Willensvollstreckers und Angemessenheit seiner Massnahmen, keine Prüfung materieller Rechtsfragen), wurden von der Vorinstanz korrekt wiederge- geben. Darauf kann verwiesen werden (act. 27 S. 6 f.). 2.2 Die Vorinstanz hat weiter zutreffend ausgeführt, dass das Gesetz die Ein- setzung eines Erben als Willensvollstrecker nicht ausschliesst und der diesbezüg- liche Wunsch des Erblassers zu respektieren ist (act. 27 S. 8). Die mit der Dop- pelstellung unvermeidlich verbundene Interessenkollision ist grundsätzlich hinzu- nehmen (vgl. BRAZEROL, Der Erbe als Willensvollstrecker, Diss. Bern 2018, S. 56 ff.). Eine Absetzung als Willensvollstrecker rechtfertigt sich nur dann, wenn die Befangenheit ein solches Ausmass annimmt, dass die ordnungsgemässe Man- datsausführung erheblich beeinträchtigt wird. Dies ist der Fall, wenn der Willens- vollstrecker seine Pflichten in grober Weise verletzt oder sich für die Ausübung des Willensvollstreckermandats generell als unfähig erweist (BRAZEROL, a.a.O., S. 163; vgl. bereits die Vorinstanz, act. 27 S. 7). Fehlende persönliche Eignung führt beispielsweise zur Absetzung, wenn der Willensvollstrecker mangels fachli- cher Kenntnisse unfähig ist, sein Amt persönlich wahrzunehmen, oder er sich als vertrauensunwürdig erweist, sei es, weil er finanzielle Mittel aus dem Nachlass ei- genmächtig seinem eigenen Konto gutschreibt, sein

Privatvermögen vom Nachlass nicht klar abgrenzt oder Nachlassaktiva verheimlicht (OGer ZH PF130013 vom 23. Dezember 2013 S. 14). Der Verlust der Vertrauenswürdigkeit ist häufig auf Interessenkollisionen des Willensvollstreckers zurückzuführen, die ihrerseits Ursache für schwere Pflichtverletzungen sein können (vgl. BGer 5A\_794/2011 vom 16. Februar 2012 E. 3.3 m.H. auf weitere Fallbeispiele). 2.3 Bei der Absetzung handelt es sich um die schwerwiegendste administrative oder disziplinarische Massnahme der Aufsichtsbehörde. Sie kommt als ultima ratio nur dann infrage, wenn mildere Massnahmen wirkungslos sind. Es gilt die Grundregel, dass Prävention (z.B. Empfehlungen, Weisungen, Ermahnungen) vor

- 5 - Sanktion (z.B. Verweis, Absetzung) und mildere vor schärferer Anordnung kommt. Die Absetzung steht stets unter den Voraussetzungen der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit (BGer 5A\_794/2011 vom 16. Februar 2012 E. 3.1 m.w.H.; BRAZEROL, a.a.O., S. 153 ff.). Erweist sich eine Pflichtverletzung jedoch als genügend schwer oder ist die Unfähigkeit zur Amtsausübung offenkundig, kann der Willensvollstrecker auch ohne vorangehende mildere Massnahme abgesetzt werden (BGer 5A\_749/2011 vom 16. Februar 2012 E. 6.1). 2.4 Insgesamt dient die Willensvollstreckeraufsicht primär der zukunftsgerichteten Ordnung der Amtsführung und nur sekundär der Disziplinierung. Mit Blick auf eine Absetzung der Willensvollstrecker als ultima ratio gilt dies verstärkt (OGer ZH PF130013 vom 23. Dezember 2013 S. 14). 2.5 Die Vorinstanz prüfte der Reihe nach die einzelnen von den Beschwerdegegnern aufgeworfenen Gründe für eine Absetzung der Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin (act. 27 S. 7 ff.). Im Folgenden werden die von der Vorinstanz als pflichtwidrig angesehenen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin dahingehend überprüft, ob sie ihre Absetzung als Willensvollstreckerin rechtfertigen. 3.1 Als pflichtwidrig erachtete die Vorinstanz in erster Linie, dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnern verschwiegen habe, dass ihr zu Lebzeiten von der Erblasserin Fr. 150'000.– bzw. Fr. 100'000.–, weil Fr. 50'000.– davon ein Darlehen gewesen sei, zugewendet worden seien. Die Beschwerdegegnerin habe den Betrag bei der Aufnahme des Sicherungsinventars nicht angegeben. Ihre Begründung dafür, dass die Zuwendung so lange zurückliege und nie ein Thema gewesen sei, sei nicht glaubhaft. Eine Zuwendung in einer derart hohen Summe – gerade in Relation des Betrages zum ganzen Nachlass – vergesse man nicht. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht darauf verzichten dürfen, die Schenkung dem Inventarnotar und den Beschwerdegegnern mitzuteilen in der Annahme, die Beschwerdegegner hätten vergleichbare Summen von der Erblasserin erhalten. Ihre Pflicht als Willensvollstreckerin sei es, sämtliche für den Nachlass relevante Informationen zu beschaffen und an die am Nachlass beteiligten oder amtlich mitwirkende Personen weiterzuleiten. Vor diesem Hintergrund sei davon auszu-

- 6 - gehen, dass die Beschwerdeführerin die Fr. 150'000.– bzw. Fr. 100'000.– den Beschwerdegegnern absichtlich oder zumindest zufolge grober Verkennung ihrer Pflichten als Willensvollstreckerin fahrlässig verschwiegen habe (act. 27 S. 12 f.). 3.2 Die Vorinstanz hielt weiter dafür, die Beschwerdeführerin sei sich ihrer Pflichten als Willensvollstreckerin mit der damit einhergehenden Rolle als objektive und unparteiische Vollstreckerin des erblasserischen Willens nicht bewusst. Sie gebe an, sich beim Notariat Eglisau betreffend eine allfällige Ausgleichspflicht für die gemischte Schenkung der Liegenschaft an der F.\_\_\_\_-Gasse ... in G.\_\_\_\_ informiert und den Inventarfragebogen in enger Zusammenarbeit mit dem Steueramt G.\_\_\_\_ ausgefüllt zu haben. Die ihr gestellten

Aufgaben habe die Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin aber in eigener Person auszuführen. Zwar dürfe und solle sie, soweit nötig, die Dienste eines Fachmanns in Anspruch nehmen. Damit werde ihre eigene Verantwortlichkeit aber nicht ausgeschlossen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, sie habe sich auf die von Dritten erhaltenen Angaben verlassen, sei vor diesem Hintergrund unbehelflich und sie habe sich allfällige Verfehlungen ungeachtet der Informationsquelle persönlich anrechnen zu lassen (act. 27 S. 14). 3.3 Die Vorinstanz würdigte es ferner als auffallend, wie die Beschwerdeführerin ihre Informationspflicht als Willensvollstreckerin interpretiere. Ihr Wille zur Transparenz sei begrenzt. So würden die Ausführungen, sie müsse allenfalls relevante lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen erst im Teilungsvorschlag berücksichtigen, nicht verfangen. Als Willensvollstreckerin habe sie die nachlassbezogenen Informationen nicht nur zu beschaffen, sondern diese allen Nachlassbeteiligten gleichermassen zur Verfügung zu halten. Das Informationsrecht schliesse namentlich die Auskunft über möglicherweise herabsetzungs- und ausgleichungspflichtige Vorgänge mit ein. Diese Informationen habe die Willensvollstreckerin von sich aus und nicht erst auf Anfrage hin zu erteilen (act. 27 S. 15 f.). 3.4 Zusammengefasst hielt die Vorinstanz die Informationspflicht der Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin für schwer verletzt, weil sie einerseits die lebzeitige Zuwendung von Fr. 150'000.– resp. Fr. 100'000.– verschwiegen habe und sich andererseits generell weigere, über lebzeitige Zuwendungen der Erblasserin

- 7 - Auskunft zu heben. Es fehle ihr folglich an der notwendigen Objektivität, um das Mandat auszuüben (act. 27 S. 16 f.). Einen hinreichenden Grund für die Absetzung als Willensvollstreckerin erachtete die Vorinstanz als gegeben. Es sei nicht anzunehmen, dass eine Ermahnung als mildere Massnahme die gewünschte Wirkung erzielen würde. Dass es der Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund, dass die Parteien stark zerstritten seien, gelingen werde, eine gütliche Einigung über die Teilung zu erzielen, sei nicht ersichtlich. Daher erweise sich die Absetzung als notwendig und verhältnismässig (act. 27 S. 17 f.). 4.1 Die Beschwerdeführerin räumt ein, sie sei zunächst irrtümlich davon ausgegangen, der Betrag von Fr. 100'000.– sei für die Erbteilung nicht mehr relevant, weil ihre Geschwister dieselbe Summe ebenfalls von der Erblasserin erhalten hätten. Diesbezüglich müsse sie sich eine gewisse Naivität vorwerfen lassen, aber nicht gleich eine grobe Pflichtverletzung zufolge Schädigungsabsicht oder Böswilligkeit. Mittlerweile habe sie ihren Irrtum eingesehen und werde die Schenkung über Fr. 100'000.– im Teilungsvertrag berücksichtigen. Einen Absetzungsgrund begründe ihr Verhalten nicht, zumal auch die Vorinstanz ihr zugestanden habe, möglicherweise nur fahrlässig gehandelt zu haben (act. 29 S. 2). Dass sie sich die Auskünfte von Hilfspersonen im Zusammenhang mit einer allfälligen zivilrechtlichen Haftung anrechnen lassen müsse, möge ferner zutreffend sein. Sie empfinde es aber nicht als richtig, dass ihr deren Beizug im Rahmen der Abwägung, ob eine Absetzung infrage komme, negativ angelastet werde (act. 29 S. 1). 4.2 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen für das Sicherungsinventar nicht relevant seien. Der vorinstanzliche Vorwurf, sie hätte diese deklarieren müssen, gehe fehl (act. 29 S. 2 f.). Auch die wiederholte Ausführung der Vorinstanz, sie würde eigenmächtig bestimmen, ob die Zuwendungen der Erblasserin ausgleichungspflichtig seien, ziele ins Leere. Sie sei sich sehr wohl bewusst, dass sie bei der gemischten Schenkung der Liegenschaft F. \_\_\_\_\_-Gasse ... über den allfälligen unentgeltlichen Teil mit den Miterben eine Einigung erzielen und die Schenkung im Teilungsvertrag als herabsetzungspflichtige Zuwendung berücksichtigen müsse. Es sei aber zwischen aktiver

- 8 - Informationspflicht und Auskunftspflicht zu unterscheiden; ein Willensvollstrecker sei grundsätzlich erst auf Anfrage hin zur Information verpflichtet (act. 28 S. 3). 4.3 Abschliessend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, ihre praktisch einzige verbleibende Aufgabe in der Funktion als Willensvollstreckerin bilde die Ausrichtung der Pflichtteile gestützt auf einen zu erstellenden Teilungsvertrag. Aufgrund der ziemlich einfachen Verhältnisse könne nicht behauptet werden, ihre Beibehaltung als Willensvollstreckerin verunmögliche oder behindere die Nachlassliquidation. Der Nachlass sei heute so gut wie teilungsreif (act. 28 S. 5). 4.4 Die Beschwerdegegner halten dem im Wesentlichen entgegen, die überwiegende Anzahl Stimmen in der Lehre bejahen eine aktive Informationspflicht des Willensvollstreckers. Ausserdem sei die Beschwerdeführerin gleichzeitig Erbin, weshalb ihre Informationspflicht strenger zu handhaben sei (act. 36 S. 4 f.). Die Absetzung bedinge keinen dauerhaften Interessenkonflikt. Es genüge vielmehr eine einmalige grobe Pflichtverletzung. Daher sei vorliegend die Absetzung die allein richtige Massnahme (act. 36 S. 5). 5.1 Unbestrittene Tatsache ist, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegner anfänglich nicht über die ihr von der Erblasserin per 2. Mai 2008 zugewendeten Fr. 150'000.– informierte (vgl. act. 18), sondern die Zuwendung erst auf entsprechendes Vorbringen des gegnerischen Anwalts in der vorinstanzlichen Stellungnahme einräumte (act. 21 S. 2 f.). Gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin seien davon Fr. 50'000.– als Darlehen hingegeben worden (act. 21 S. 3). Die Zuwendung fand weder Eingang in den von der Beschwerdeführerin am 14. September 2017 ausgefüllten Inventarfragebogen des Kantons Zürich, adressiert an die Steuerbehörde G.\_\_\_\_\_ (act. 3/10 insbes. S. 2), noch in das aufgrund des vorinstanzlichen Urteils vom 18. Oktober 2017 angeordnete Sicherungsinventar nach Art. 553 ZGB vom 19. Januar 2018 (act. 30). 5.2 Wie beide Parteien ausführen, kann man zwischen aktiver Informationspflicht, gemäss derer der Willensvollstrecker von sich aus die Informationsberechtigten auf dem Laufenden und aufzuklären hat, und der Auskunftspflicht unterscheiden, die ihn dazu anhält, den Berechtigten über die von diesen verlangten

- 9 - Umstände Auskünfte zu erteilen. Ob den Willensvollstrecker eine Informations- oder quasi "nur" eine Auskunftspflicht trifft, wird unterschiedlich beantwortet (für eine Auskunftspflicht sprechen sich PraxisKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER,

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin war weder im vorinstanzlichen noch im obergerichtlichen Verfahren anwaltlich vertreten, weshalb lediglich eine Umtriebsentschädigung infrage käme. Eine solche ist jedoch allein in begründeten Fällen auszurichten (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Derartige Gründe tut die Beschwerdeführerin nicht dar.

- 13 - Es wird erkannt:

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