

Beschluss vom 19. Oktober 2023

ZK2 2022 61

Mitwirkend

Kantonsgerichtsvizepräsident Stefan Weber,
Kantonsrichter Pius Schuler und Clara Betschart,
Gerichtsschreiber Mathis Bösch.

In Sachen

A. _____,
Berufungsführer,
vertreten durch Rechtsanwälte **B.** _____,

gegen

1. **C.** _____,
2. **D.** _____,
Berufungsgegner,
beide vertreten durch Rechtsanwälte **E.** _____ und/oder **F.** _____,

betreffend

Willensvollstreckung
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 7. November 2022, ZES 2022 230);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. Mit Beschwerde vom 28. März 2022 ersuchten C._____ und D._____ den Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe unter anderem um die sofortige Absetzung ihres Onkels A._____ als im Nachlass ihres am _____ verstorbenen Vaters G._____ sel. eingesetzten Willensvollstrecker unter Widerruf des Willensvollstreckerzeugnisses. Ausserdem ersuchten sie um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Vi-act. A I). Der Einzelrichter setzte mit Verfügung vom 7. November 2022 den Willensvollstrecker mit sofortiger Wirkung ab (angef. Verfügung Disp.-Ziff. 1). Er widerrief das Willensvollstreckerzeugnis und verpflichtete den Abgesetzten, alle Exemplare des Zeugnisses innert zehn Tagen ab Rechtskraft des Entscheids einzureichen (Ziff. 2). Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wurde als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Ziff. 3). Mit Berufung vom 18. November 2022 beantragt der Berufungsführer, die Verfügung des Einzelrichters aufzuheben und die Beschwerde der Berufungsgegner abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (KG-act. 1). Die Berufungsgegner verlangen mit Antwort vom 5. Dezember 2022, die Berufung, soweit darauf einzutreten sei, abzuweisen und die angefochtene Verfügung vollumfänglich zu bestätigen (KG-act. 7). Die Parteien replizierten (KG-act. 9) bzw. duplizierten (KG-act. 11) unaufgefordert.

2. Der Willensvollstrecker steht nach Art. 518 Abs. 1 ZGB in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters, sofern der Erblasser nichts anderes verfügte. Demnach untersteht der Willensvollstrecker der behördlichen Aufsicht (Art. 518 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB). Die sachlich zuständige Behörde sowie die Frage, ob ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde für die Aufsicht zuständig ist, bestimmen die Kantone (Art. 54 SchIT). Die Kantone regeln ebenfalls das anwendbare Verfahrensrecht (BGE 139 III 225 E. 2.2). Im Kanton Schwyz ist erstinstanzlich für die Aufsicht über die Willensvollstrecker der Einzelrichter am Bezirksgericht im summarischen Verfahren zustän-

dig (§ 2 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 EGzZGB i.V.m. § 31 Abs. 2 JG). Das kantonale Recht enthält keine Spezialbestimmungen zu den Rechtsmitteln gegen die Aufsichtsbeschwerde, weshalb die Vorschriften der ZPO als kantonales Verfahrensrecht anzuwenden sind (vgl. § 1 EGzZGB; BGE 139 III 225 E. 2.2). Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid kann innert zehn Tagen Berufung beim Kantonsgericht erhoben werden (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert für die Berufung wird unter den Parteien unbestritten erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO, vgl. E. 7 der angef. Verfügung bzw. KG-act. 1 N 3 und KG-act. 7 N 28; zum Ganzen s. ZK2 2017 55 und 56 vom 18. Dezember 2017 E. 2 m.H. bzw. angef. Verfügung E. 2.1). Der Berufungsführer ist durch seine mit Kompetenzüberschreitungen, Pflichtverletzungen und Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses begründete aufsichtsrechtliche Absetzung als Willensvollstrecker beschwert, zumal nach wie vor nicht schlüssig eine Beendigung des Mandats von Gesetzes wegen nach Vollzug einer vereinbarten Erbteilung nachgewiesen ist (dazu vgl. angef. Verfügung E. 3.3 ff.). Dass der Berufungsführer keinen Antrag in der Sache stellt, schadet ihm nicht, da er sich quasi als Beklagter auf den formellen Antrag der Beschwerdeabweisung ohne eigene Sachanträge beschränken kann und ihm im Unterschied zum Kläger (Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO) keine eigentlichen Anträge in der Sache abverlangt werden können (ZK1 2021 13 vom 26. April 2022 E. 1 m.H.). Der Antrag auf Beschwerdeabweisung bzw. Nichteintreten auf die Beschwerde ist daher ein zulässiger und hinreichender Berufungsantrag.

3. Der Berufungsführer rügt als Erstes, dass die Vorinstanz ihre sachliche Zuständigkeit als Aufsichtsbehörde zur Beurteilung materiell-rechtlicher Fragen, die dem Zivilgericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten seien, als gegeben erachtet.

a) Laut der Begründung der angefochtenen Verfügung sei dem Erblasser das Vorliegen eines Interessenkonflikts auf Seiten des Berufungsführers in der Doppelrolle als Verwaltungsratspräsident der am Aktienkapital der

H. _____ AG zu 53 % beteiligten I. _____ AG und als Bruder des Erblassers respektive Onkel der Berufungsgegner mit einem Anteil von 47 % bewusst gewesen, als er ihn als Willensvollstrecker einsetzte. Die Berufungsgegner (zustimmend die Berufungsantwort KG-act. 7 Rz 35) hätten indes nicht diese Doppelrolle moniert, sondern vielmehr konkrete Handlungen des Berufungsführers als Willensvollstrecker. Damit hätten sie eine Beurteilung des formellen Vorgehens des Willensvollstreckers verlangt (vgl. angef. Verfügung E. 2.5). Die formelle Richtigkeit und die Angemessenheit dieser Handlungen sei dabei in Bezug auf ihre Vereinbarkeit mit den erblasserischen Anordnungen im Testament zu überprüfen, wozu eine Auslegung des Testaments nicht erforderlich sei, wie auch dem Willensvollstrecker „kein Recht zur sog. authentischen Interpretation der letztwilligen Verfügung“ zustehe (ebd. E. 2.6).

b) Gegenstand einer Aufsichtsbeschwerde ist nur das formelle Vorgehen des Willensvollstreckers, bspw. die Überprüfung von Kompetenzüberschreitungen, Pflichtverletzungen einschliesslich Mangel an Initiative, Untätigkeit und Unfähigkeit, Unangemessenheit einer Massnahme sowie Verletzung der Interessen der am Nachlass Beteiligten. Über materielle Rechtsfragen, die ein Streitiges zivilrechtliches Verhältnis in endgültiger und dauernder Weise regeln, kann nur das ordentliche Zivilgericht entscheiden (ZK2 2017 55 und 56 vom 18. Dezember 2017 E. 3.a m.H.). Die Kognition der Aufsichtsbehörde bezieht sich nicht auf die materiell erbrechtlichen Belange, welche durch das Zivilgericht beurteilt werden müssen, was auch für Streitigkeiten über das Willensvollstreckerhonorar gilt. Sie kann also nur die Amtsführung des Willensvollstreckers auf die Zweckmässigkeit hin überprüfen oder bei Ordnungswidrigkeiten eingreifen (Christ/Eichner, PK Erbrecht, 4. A. 2019, Art. 518 N 89 m.H.; Leu, BSK, 7. A. 2023, Art. 518 ZGB N 2 m.H. auf einen Teil der Lehre, wonach jeder Konflikt zwischen Erben und Willensvollstrecker vor das ordentliche Zivilgericht gehört bzw. der Willensvollstrecker nicht zwingend der gleichen Aufsichtsbehörde untersteht wie der Erbschaftsliquidator). Liegt der

Grund, der den Willensvollstrecker disqualifizieren soll, bereits im Zeitpunkt der Testamenterrichtung vor, so ist die Absetzung des Willensvollstreckers im Verfahren auf Ungültigkeitserklärung der letztwilligen Verfügung vor dem Zivilgericht zu verlangen (Christ/Eichner, ebd. N 100 m.H.; Leu, ebd. N 105 m.H.; Brückner/Weibel/Pesenti, Die erbrechtlichen Klagen, 4. A. 2022, N 306 in fine m.H.). Geht es dagegen um Handlungen und Unterlassungen des Willensvollstreckers oder um Interessenskollisionen, die vom Testator nicht vorausgesehen und nicht gewollt gewesen sein konnten, so ist die Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu erheben (Brückner/Weibel/Pesenti, ebd. N 312). Im Zweifel der Voraussehbarkeit sollte die Aufsichtsbehörde zuständig sein (ebd. N 313). Als Beschwerdegründe können nur Pflichtverletzungen bzw. Fehler des Willensvollstreckers beim Vollzug des Erblasserwillens und der Abwicklung des Nachlasses vorgebracht werden, nicht dagegen Fragen der Testamentsgültigkeit oder -auslegung, wobei sich die Aufsichtsbehörde bei der Grenzziehung zwischen Vollzugsfehler und Auslegungsstreitigkeit Zurückhaltung auferlegen und die Sache im Zweifelsfall dem ordentlichen Zivilgericht überlassen wird (ebd. N 322 ff. m.H.). Die Aufsichtsbehörde prüft somit quasi administrativ die Einhaltung der dem Willensvollstrecker obliegenden Sorgfaltspflicht, nicht aber in Feststellung der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse bzw. der Richtigkeit von Entscheidungen, die der Willensvollstrecker im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens erlassen hat (EGV-SZ 2002 A 2.1 E. 2.b = SJZ 2004 S. 141 ff.).

c) Die Vorinstanz eruiert Pflichtverletzungen des Berufungsführers im Konnex mit Ziff. 9 und 15 des Testaments (KB 8). Ziff. 9 lautet:

Im Rahmen der Abwicklung sollen meine Söhne stets angehört werden. [...] In dringenden Fällen, die eine Anhörung nicht zulassen, oder in Fällen, in denen meine beiden Söhne unmissverständlich darauf verzichten, steht es dem Willensvollstrecker frei, nach bestem Wissen und Gewissen auch ohne Anhörung meiner Söhne die Abwicklung voranzutreiben.

Die Abwicklung soll grundsätzlich in einem Zeitraum von maximal drei Jahren nach dem Tod des Erblassers durchgeführt und erledigt werden (KB 8 Ziff. 8 sowie Klausel vor Ziff. 1). In Ziff. 15 steht:

Die J. _____ AG mit ihren Beteiligungen gehört zu 47 % meinem Bruder A. _____ und zu 53 % mir. Ich stimme hiermit ausdrücklich zu, dass A. _____ auch als Willensvollstrecker meinen Anteil zu einem Preis nach Zeitwert im Anschluss an eine Fair Value Bewertung selber übernehmen kann und nicht die Abwicklung zugunsten von Dritten erzwingen muss. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass A. _____ auf diesem Wege für das Stadion und/oder den Fussballclub H. _____ eine nachhaltige und für ein langfristig erfolgreiches Fortkommen geeignete Lösung erzielen und sichern kann. Diesfalls ist bei der Bewertung auch das zukünftige Engagement von A. _____ angemessen zu berücksichtigen.

aa) Die Vorinstanz bezweifelt, ob es sich bei Ziff. 15 des Testaments um ein Vermächtnis handelt, räumt indes ein, dass dies eine dem Zivilgericht im ordentlichen Verfahren zu überlassende Auslegungsfrage sei. Ausschlaggebend sei indes, dass diesbezüglich sowie bezüglich der Höhe der Abgeltungssumme für das Engagement des Berufungsführers der Wille des Erblassers nicht klar aus dem Testament hervorgehe, weshalb es auch dem Willensvollstrecker nicht gestattet sei, Handlungen vorzunehmen, die sich erst aufgrund der Auslegung des Testaments rechtfertigen könnten (Kompetenzüberschreitung, vgl. angef. Verfügung S. 27 E. 4.6). Diese Argumentation überzeugt indes aus mehreren Gründen nicht. Erstens hilft die vorinstanzliche Feststellung, das Testament sei unklar, nicht weiter, da es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine „an sich“ klaren Erblassererklärungen gibt und diese stets einer Interpretation unterliegen (BGer 5A_1034/2021 vom 19. August 2022 E. 5.2.1 m.H.). Ohnehin offenbart die weitere vorinstanzliche Feststellung, der Berufungsführer habe ein unklares Testament unerlaubt zu seinen Gunsten ausgelegt, Auslegungsfragen, deren Beantwortung auch nach vorinstanzlicher Auffassung dem ordentlichen Zivilgericht zu überlassen sind. Mit anderen Worten: Lässt das Testament die Art und Weise – also die Form – der Aktienübernahme durch den Willensvollstrecker offen, fehlt es an der

hinreichenden Bestimmung einer formellen Vorgehensweise, in Bezug auf das die Aufsichtsbehörde die Handlungen des Willensvollstreckers zur Aktienübernahme überprüfen könnte. Angesichts der ausdrücklichen Zustimmung des Erblassers zur Übernahme des 53 %-Aktienanteils durch den Willensvollstrecker liegt der Grund für die konkreten Handlungen des Berufungsführers in dieser vom Erblasser letztwillig verfüigten Möglichkeit bereits zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung vor, sodass die Absetzung des Willensvollstreckers auch unabhängig von dogmatischen Erwägungen zum Auslegungsbedarf vor dem Zivilgericht zu verlangen ist (vgl. oben lit. b). Dem Berufungsführer kann insoweit im Rahmen der beschränkten, aufsichtsrechtlichen Kognition keine fehlende persönliche Eignung für das Amt oder eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, namentlich nicht, mit dem Verkauf der Aktien aus dem Nachlass an sich selbst Kompetenzen überschritten zu haben.

bb) Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Interessenskollision beim Willensvollstrecker, welcher der Erblasser ausdrücklich zustimmte, verwarf die Vorinstanz zutreffend (angef. Verfügung E. 2.5 und hier oben lit. a). Ob der Berufungsführer die ihm durch diese letztwillig verschaffte Eigenmacht unter Umgehung der Anhörungsrechte der Berufungsgegner missbrauchte, hängt ebenfalls von einer der Aufsichtsbehörde nicht zustehenden Auslegung des Testaments ab. Die Richtigkeit der entsprechenden „konkreten Handlungen“ des Willensvollstreckers bestimmt sich nach der Gültigkeit bzw. Interpretation der letztwilligen Anordnungen des Erblassers (vgl. etwa auch KB 8 Ziff. 11). Danach wird sich materiell-rechtlich beurteilen lassen, inwiefern die durch die Berufungsgegner gerügte Art und Weise des Alleingangs des Berufungsführers noch dem Willen des Testators entsprach. Es handelt sich daher ähnlich wie Auseinandersetzungen über das Willensvollstreckerhonorar (s. Brückner/Wiebel/Pesenti, a.a.O., N 325a m.H.; vgl. BGer 5D_136/2015 vom 18. April 2016 E. 5.2 und 6.2; BGer 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014

E. 6.4) um Zivilrechtsstreitigkeiten, die im Zweifel dem ordentlichen Zivilgericht zu überlassen sind (vgl. oben lit. b).

cc) Unter diesen Umständen wegen Auslegungsstreitigkeiten eine erhebliche Zerrüttung des Vertrauens zwischen den Parteien respektive einen Vertrauensverlust festzustellen, um das mutmassliche Interesse des Erblassers an der Absetzung des Willensvollstreckers zu eruieren, fällt unter vorliegenden Umständen nicht in die sachliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde.

4. Mithin fehlt es der Vorinstanz an der sachlichen Zuständigkeit und dem von ihr durchgeführten Aufsichtsverfahren an einer Prozessvoraussetzung (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Richtigerweise hätte sie auf die Beschwerde gegen den Willensvollstrecker nicht eintreten sollen (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario), weshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Nicht-eintreten auf die Beschwerde (inkl. Gesuch um vorsorgliche Massnahmen) zu beschliessen ist. Damit ist die Berufung aus formellen Gründen gutzuheissen. Ausgangsgemäss tragen die unterliegenden Berufungsgegner die Kosten- und Entschädigungsfolgen beider Instanzen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO und § 11 GebTRA), wobei der erstinstanzliche Umfang der Kosten- und Entschädigungsregelung im Rechtsmittelverfahren unbestritten blieb;-

beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird die angefochtene Verfügung aufgehoben und auf die Beschwerde nicht eingetreten.

2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 2'500.00 und die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'000.00 werden den Berufungsgegnern auferlegt sowie aus den geleisteten Vorschüssen bezogen. Der erstinstanzliche Rest von Fr. 500.00 wird den Berufungsgegnern aus der Bezirksgerichtskasse zurückerstattet und diese solidarisch verpflichtet, dem Berufungsführer im Berufungsverfahren Fr. 3'000.00 Gerichtskostenersatz zu leisten.
3. Die Berufungsgegner werden solidarisch verpflichtet, den Berufungsführer für beide Instanzen mit je Fr. 4'000.00, insgesamt mit Fr. 8'000.00, zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 500'000.00.
5. Zufertigung an die Parteivertretungen (je 3/R) und die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand 23.10.2023 amu