



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 630, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

101 2020 385

## Urteil vom 6. Mai 2021

### I. Zivilappellationshof

#### Besetzung

Präsident: Jérôme Delabays  
Richterin: Sandra Wohlhauser  
Ersatzrichter: Tarkan Göksu  
Gerichtsschreiberin-  
Berichterstatterin: Cornelia Thalmann El Bachary

#### Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, **Berufungsklägerin**, vertreten durch Rechtsanwalt  
Joachim Lurf

gegen

**B.**\_\_\_\_\_, **Berufungsbeklagter**

**C.**\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Gian Sandro Genna

**D.**\_\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Valentin Schumacher

#### Gegenstand

Aufsicht über den Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)

Berufung vom 29. September 2020 gegen das Urteil des Friedensge-  
richts des Seebezirks vom 17. September 2020

## Sachverhalt

A.a. Mit Entscheid vom 15. Januar 2015 ernannte das Friedensgericht des Seebezirks den Berufungsbeklagten zum Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB der Erbgemeinschaften des E. \_\_\_\_\_ sel. und F. \_\_\_\_\_ sel., bestehend jeweils aus den Erben C. \_\_\_\_\_, A. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_. Die Erbgemeinschaft ist unter anderem Eigentümerin von Art. ggg und Art. hhh des Grundbuchs der Gemeinde I. \_\_\_\_\_

A.b. Die J. \_\_\_\_\_ Sàrl ist Eigentümerin des Nachbargrundstücks Art. kkk des Grundbuchs der Gemeinde I. \_\_\_\_\_ und liess am 29. Mai 2020 ein Bauprojekt im Hinblick auf die Erteilung einer Baubewilligung im Amtsblatt des Kantons Freiburg publizieren. Der Erbenvertreter erhob dagegen am 10. Juni 2020 namens der Erbgemeinschaft Einsprache. Auf dem Grundstück Art. kkk des Grundbuchs Gemeinde I. \_\_\_\_\_ bestand zu diesem Zeitpunkt eine Bauverbotsdienstbarkeit zugunsten des Grundstücks Art. ggg des Grundbuchs der Gemeinde I. \_\_\_\_\_

A.c. Mit E-Mailschreiben vom 3. September 2020 informierte der Erbenvertreter die Erben darüber, dass er mit der J. \_\_\_\_\_ Sàrl eine Vereinbarung («Convention Transactionnelle») getroffen hatte, wonach die Erbgemeinschaft ihre Baueinsprache zurückzieht und auf die Bauverbotsdienstbarkeit gegen eine Entschädigung von CHF 45'000.- verzichtet. Der Entschädigungsbetrag entspricht in einer Höhe von CHF 36'000.- der Wertverminderung durch die Aufhebung der Bauverbotsdienstbarkeit, welche der Erbenvertreter vorgängig durch die L. \_\_\_\_\_ AG ermitteln liess, und im Restbetrag den Kosten im Zusammenhang mit der Baueinsprache. Die Vereinbarung wurde am 20. bzw. 27. August 2020 unterzeichnet, die notarielle Beurkundung fand am 7. September 2020 statt.

B. Mit Beschwerde vom 10. September 2020 gelangte die Berufungsklägerin an das Friedensgericht des Seebezirks und beantragte, es sei festzustellen, dass die «Convention Transactionnelle» vom Erbenvertreter rechtsungültig abgeschlossen wurde, diese ungültig bzw. unwirksam sei und ihre Ratifikation zu verweigern sei. Ferner beantragte sie im Sinn superprovisorischer und provisorischer Massnahmen, dass dem Erbenvertreter zu verbieten sei, die in der «Convention Transactionnelle» vorgesehenen notariellen Akte abzuschliessen und die Baueinsprache zurückzuziehen, bis rechtskräftig über ihre Beschwerde entschieden ist. Ferner beantragte er, dass dem Erbenvertreter zu verbieten sei, die auf den Grundstücken lastende Hypothek zu erhöhen, dass er angewiesen wird, den «Abwärtsvertrag» mit der Erbin D. \_\_\_\_\_ aufzulösen und einen Abwärtsvertrag mit einer lokalen Immobiliengesellschaft abzuschliessen, wobei alle Prozesskosten dem Erbenvertreter aufzuerlegen seien.

Mit Entscheid vom 17. September 2020 wies das Friedensgericht des Seebezirks die Beschwerde und das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich ab und auferlegte die Prozesskosten der Berufungsklägerin.

C. Mit Eingabe vom 29. September 2020 führt A. \_\_\_\_\_ Berufung gegen dieses Urteil. Sie wiederholt ihre vor der Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren und beantragt, dass festzustellen sei, dass der Erbenvertreter die «Convention Transactionnelle» in Überschreitung seiner Kompetenzen und unter Missachtung der Instruktionen und ohne Anhörung der Erben, rechtsungültig abgeschlossen habe und diese «Convention Transactionnelle» ungültig bzw. rechtsunwirksam sei. Weiter beantragt sie, dass der «Convention Transactionnelle» die Ratifikation zu verweigern sei. Darüber hinaus sei dem Erbenvertreter zu verbieten, die bestehende Hypothek bei M. \_\_\_\_\_ zu erhöhen. Schliesslich sei der Erbenvertreter anzuweisen, den «Abwärtsvertrag» mit D. \_\_\_\_\_ aufzulösen

und einen Abwärtsvertrag mit einer lokalen Immobiliengesellschaft abzuschliessen. Subsidiär sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen und die Prozesskosten seien dem Erbenvertreter aufzuerlegen.

Mit Stellungnahme vom 15. Dezember 2020 schliesst der Erbenvertreter auf Abweisung der Berufung und Auferlegung der Prozesskosten an die Berufungsklägerin.

## Erwägungen

1.

1.1. Die erbrechtlichen Sicherungsmassregeln (Art. 551 ff. ZGB), zu denen auch Anordnungen betreffend Erbenvertretung gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB zu zählen sind (Urteil BGer 5D\_133/2020 vom 12. Januar 2011 E. 1.1 ; EMMEL, *in* : ABT/WEIBEL [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage, 2019, Vorbem. zu Art. 551 ff. ZGB N 3), gehören zur freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGE 72 II 54 ; 94 II 55 E. 2 ; Urteil BGer 5A\_554/2016 vom 25. April 2017 E. 3.3). Die Bezeichnung der zuständigen Behörden obliegt den Kantonen, die entweder eine gerichtliche Behörde oder eine Verwaltungsbehörde als zuständig bezeichnen können, wo das Gesetz – wie in Art. 602 Abs. 3 ZGB – nur von einer zuständigen Behörde und nicht ausdrücklich entweder vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde spricht (vgl. Art. 54 SchIT ZGB). Ist der Kanton in der Bezeichnung der zuständigen Behörde frei, regelt er auch das Verfahrensrecht. Soweit er dabei die Schweizerische Zivilprozessordnung für anwendbar erklärt, stellen deren Bestimmungen nicht Bundesrecht, sondern kantonales Recht dar (vgl. zum Ganzen Urteil BGer 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2; BGE 139 III 225 E. 2.2 ; Urteil BGer 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2 mit zahlreichen Hinweisen ; vgl. auch KGer 101 2014 100 vom 30. Dezember 2014, E. 1a). Bezeichnet der Kanton eine gerichtliche Behörde, ohne besondere Verfahrensvorschriften vorzusehen, beurteilen sich Verfahren und Rechtsmittel nach der (ergänzend anzuwendenden) Zivilprozessordnung, bei Bezeichnung einer Verwaltungsbehörde dagegen nach dem kantonalen Verwaltungsverfahrensrecht (vgl. WEIBEL, *in* : ABT/WEIBEL, Art. 602 ZGB N 64).

1.2 Im Kanton Freiburg übt die Friedensrichterin bzw. der Friedensrichter die freiwillige Gerichtsbarkeit in Erbschaftssachen aus (Art. 14 Abs. 1 EGZGB), und nicht mehr das Friedensgericht (vgl. Art. 195 aEGZGB vom 22. November 1911). Dieser Kompetenzwechsel vom Friedensgericht an den Friedensrichter bzw. die Friedensrichterin entspricht nicht nur dem gesetzgeberischen Willen (vgl. Botschaft des Staatsrates vom 23. August 2011, Ziff. 3.3 und S. 11), sondern auch dem Grundgedanken des kurz davor erlassenen Justizgesetzes, Summarverfahren der einzelgerichtlichen Zuständigkeit zu unterwerfen (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. b JG).

Der angefochtene Entscheid wurde vom Friedensgericht, und nicht von der Friedensrichterin des Seebezirks gefällt, und insofern von der sachlich unzuständigen Behörde. Entscheide von sachlich unzuständigen Behörden führen nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen zur Nichtigkeit des Entscheids. Die Nichtigkeitsfolge rechtfertigt sich allerdings nur, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 129 I 361 E. 2.1 ; Urteil BGer 5A\_45/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 5.2.2). Der Entscheid einer sachlich und funktionell unzuständigen Behörde leidet an einem schwerwiegenden Mangel, der nach der Praxis einen Nichtigkeitsgrund darstellt, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge

sich nicht mit der Rechtssicherheit (BGE 127 II 32 E. 3g ; 136 II 489 E. 3.3 ; 132 II 342 E. 2.1). Die Rechtsprechung ist indes gerade im Bereich des Zivilprozessrechts nicht einheitlich. So hat das Bundesgericht bei der Klagebewilligung die Nichtigkeitsfolge etwa daran geknüpft, dass diese von einer offenkundig sachlich unzuständigen Behörde stammen muss (BGE 139 III 273 E. 2.1). Auch zwischen Kindesschutzbehörde oder Zivilgericht ist bei eherechtlichen Fragen die Kompetenzordnung nicht immer völlig klar, weshalb angesichts der allgemeinen Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde im Einzelfall keine Nichtigkeitsfolge angenommen wird, wenn diese unzuständigerweise entscheidet (Urteil BGer 5A\_393/2018 vom 21. August 2018 E. 2.2). Und auch in der Lehre wird Nichtigkeit nur bei offensichtlicher Unzuständigkeit angenommen, wenn ein Gericht die Schranken seines rechtlichen Könnens überschreitet und augenfällig unzuständig ist, wie etwa bei einem durch ein Arbeitsgericht gefällten Scheidungsurteil (WEY in : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/ LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2016, Art. 4 ZPO N 7). Die Nichtigkeitsfolge rechtfertigt sich insbesondere dann nicht, wenn ein Entscheid von einem Richter gremium gefasst wird anstatt von dessen Präsidenten alleine. Der Mangel erscheint in diesem Fall weder offenkundig (und wurde dementsprechend auch von der Berufungsklägerin nicht erkannt) noch ist er von einer völlig sachfremden Behörde getroffen worden. Auf eine Aufhebung des Entscheids und Rückweisung an die Friedensrichterin, damit sie den gleichen Entscheid – diesmal ohne ihre Beisitzenden – nochmals fällt, erscheint auch prozessökonomisch nicht sinnvoll. Es ist daher von einer Aufhebung des Entscheids allein aus Gründen der sachlichen Unzuständigkeit abzusehen; immerhin ist das Friedensgericht ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 14 EGZGB nicht (mehr) das Friedensgericht, sondern die Friedensrichterin bzw. der Friedensrichter ordentliche Erbschaftsbehörde im Kanton Freiburg ist.

1.3. Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide und erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen in vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 ZPO). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei Anordnungen über die Erbenvertretung um vorsorgliche Massnahmen (Urteil BGer 5A\_130/2020 vom 28. September 2020 E. 1.2 ; 5A\_241/2014 vom 28. Mai 2014 E. 1.2).

Der Streitwert übersteigt schon angesichts des Volumens des Nachlasses, aber auch mit Blick auf die streitgegenständliche «Convention Transactionnelle», worin eine Zahlung von CHF 45'000.- stipuliert wurde, die Streitwertgrenze, weshalb das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist.

Die Berufungsfrist beträgt, da der angefochtene Entscheid im summarischen Verfahren ergangen ist, 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 21. September 2020 zugestellt, sodass die am 29. September 2020 der Post übergebene Berufung rechtzeitig eingereicht wurde.

2.

2.1. Die Berufungsklägerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Vorinstanz hatte nach Einreichung der Aufsichtsbeschwerde am 15. September 2020 telefonischen Kontakt mit dem Erbenvertreter. Das Gespräch ist in einer Telefonnotiz aktenkundig abgelegt (art. 1252). Die Berufungsklägerin wurde indes über das Gespräch nicht informiert, sondern erfuhr erst durch den angefochtenen Entscheid von Bestand und Inhalt dieses Gesprächs.

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR umfasst das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK das Recht der Parteien, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, sofern sie dies für erforderlich halten (statt vieler EGMR, Urteil vom 30. Juli 2013, No. 7539/06, Locher und andere/Schweiz, Ziff. 27 ff.). Aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich daher das Recht der Parteien, sich gegenüber dem Gericht zu Eingaben

der übrigen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen zu äussern (Replikrecht ; BGE 133 I 100 E. 4.4-4.6). Hierfür hat das Gericht die Eingaben der entsprechenden Partei zumindest zur Kenntnisnahme zuzustellen (BGE 142 III 48 E. 4.1.1 ; 138 I 484 E. 2.4 ; BSK BV-WALDMANN, 2015, Art. 29 BV N 48). Ausserdem haben die Parteien aufgrund ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) das Recht, an Verfahrenshandlungen und der Erhebung der Beweise mitzuwirken (so ausdrücklich Art. 155 Abs. 3 ZPO ; BGE 145 I 73 E. 7.2.2.1 ; 143 III 65 E. 3.2 ; PC CPC-CHABLOZ, 2021, Art. 53 N 25 ZPO).

Das Telefongespräch der Vorinstanz vom 15. September 2020 mit dem Berufungsbeklagten wurde der Berufungsklägerin nicht zur Kenntnis gebracht. Sie wurde auch nicht vorgängig über diese Beweisaufnahme informiert, und die Möglichkeit, daran mitzuwirken, wurde ihr erst recht nicht geboten. Es ist im Übrigen fraglich, ob ein solch inhaltliches Telefongespräch angesichts der vorgesehenen prozessualen Formen überhaupt zulässig ist. Jedenfalls hätte die Vorinstanz zumindest die Telefonnotiz vor dem Entscheid der Berufungsklägerin zustellen müssen, damit diese ihr verfassungsmässiges Replikrecht wahrnehmen und sich zu den Ausführungen des Berufungsbeklagten äussern kann. Insofern wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör der Berufungsklägerin verletzt.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung des Rechtsmittels und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1 ; 142 II 218 E. 2.8.1 ; 135 I 187 E. 2.2), wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht fällt. Eine Heilung ist ausnahmsweise möglich, wenn sich die betreffende Partei vor der oberen Instanz, welche über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügt, äussern kann (BGE 142 II 218 E. 2.8.1). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach der Gehörsanspruch formeller Natur ist, darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck darstellt. Wenn nicht ersichtlich ist, inwiefern die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf das Verfahren haben könnte, besteht kein Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 143 IV 380 E. 1.4.1 ; Urteil BGer 4A\_428/2020 vom 1. April 2021 E. 3.1). Zudem kann selbst eine schwere Verletzung des Gehörsanspruchs im Rechtsmittelverfahren noch geheilt werden, sofern die Rückweisung einen formalistischen Leerlauf darstellen und damit zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen würde (BGE 142 II 218 E. 2.8.1).

Genau Letzteres ist vorliegend der Fall : Die Berufungsklägerin konnte sich im Rahmen ihrer Berufung zum Inhalt des Telefongesprächs äussern und ihren Standpunkt darlegen. Die Berufung als vollkommenes Rechtsmittel vermittelt der Berufungsinstanz die gleiche Kognition wie der Vorinstanz (vgl. BGer 5A\_888/2011 vom 20. Juni 2012, E. 4.4) ; insbesondere kann die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei überprüfen (REETZ/THEILER *in* : SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Art. 310 ZPO N 6). Eine Rückweisung an die Vorinstanz erscheint insofern als formalistischer Leerlauf, umso mehr sich die Berufungsklägerin in ihrer Berufung zu diesem Telefongespräch äussern konnte.

Diese Rüge der Gehörsverletzung ist insofern unbegründet und abzuweisen.

2.2 Die Berufungsklägerin erkennt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) weiter darin, dass der angefochtene Entscheid nicht genügend begründet worden ist.

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst die Pflicht des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Dabei kann sich das Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von

denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 140 II 262 E. 6.2 ; 136 I 229 E. 5.2 ; Urteil BGer 5A\_20/2017 vom 29. November 2017 E. 3.1). Die Entscheidungsgründungspflicht verlangt indes nicht, dass die Behörde sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt; vielmehr genügt es, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann (BGE 142 III 433 E. 4.3.2).

Die Begründung des angefochtenen Entscheids des Friedensgerichts fällt zwar knapp aus, genügt aber den obenerwähnten Anforderungen an die Begründung von Entscheiden, wie er sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt. Insbesondere ergibt sich aus den Erwägungen der Vorinstanz hinreichend klar, von welchen Gedanken sie sich leiten liess. Sie erachtete die Entscheide des Erbenvertreters als in seinen Befugnissen mitenthalten und von seinem Ermessenspielraum gedeckt, zumal er vorgängig bei der L. \_\_\_\_\_ AG einen Bericht einholte und damit die Sachlage sorgfältig überprüfte. Dies war hinreichend, um Tragweite und Motive der Vorinstanz zu erfassen und den Entscheid angemessen anzufechten, zumal sich die Kognition der Aufsichtsbehörde, also der Vorinstanz, auf eine Willkürkontrolle beschränkte (WEIBEL *in* : ABT/WEIBEL, Art. 602 ZGB N 78). Eine Verletzung der Begründungspflicht liegt demnach nicht vor, diese Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist ebenfalls abzuweisen.

3.

Inhaltlich rügt die Berufungsklägerin den Abschluss der «Convention Transactionnelle» durch den Erbenvertreter, die Erhöhung der Hypothek bei M. \_\_\_\_\_ sowie den Abschluss des «Abwärtsvertrags» mit D. \_\_\_\_\_.

3.1. Die Erbenvertretung (Art. 602 Abs. 3 ZGB) ist ein privatrechtliches Institut sui generis. Der Erbenvertreter ist der gesetzliche Vertreter der Erbschaft. Er hat die ihm behördlich verliehene, eigenständige erbrechtliche Aufgabe, im Interesse der Erben den Nachlass aus eigenem Recht und im eigenen Namen zu erhalten, zu verwalten und zu vertreten. Er wird zwar durch die Behörde ernannt, ist aber weder deren Beauftragter noch Behördenvertreter und hat keine öffentliche Aufgabe, sondern ausschliesslich private Funktionen. Wie bei der Willensvollstreckung und der amtlichen Erbschaftsverwaltung findet deshalb auch auf die Erbenvertretung subsidiär das Recht des einfachen Auftrags Anwendung (OGer ZH, Urteil vom 19.9.2014, PF140016, E. 3 ; BK-WOLF, 2014, Art. 602 ZGB N 154).

Die Befugnisse und Pflichten des behördlich bestellten Erbenvertreters entsprechen denen eines Willensvollstreckers (Art. 518 ZGB) und des amtlichen Erbschaftsverwalters (Art. 554 f. ZGB), sofern der Erbenvertreter nicht nur für eine spezielle Massnahme ernannt wurde. Er ist gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft und verpflichtet und berechtigt diese unmittelbar, auch ohne Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung der Erben. Er hat die laufenden Geschäfte der Erbschaft zu besorgen und ist für die Erhaltung und (vorsichtige) Mehrung der Erbschaftswerte verantwortlich. Er ist befugt, über Erbschaftswerte zu verfügen und für die Erben Verpflichtungen einzugehen (BSK ZGB-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, 2019, Art. 602 N 47). Er verfügt dabei innerhalb der ihm gesetzten Grenzen über ein weiteres Ermessen (WEIBEL *in* : ABT/WEIBEL, Art. 602 ZGB N 78), in das die Aufsichtsbehörde nur zurückhaltend einschreitet (vgl. etwa Urteil BGer 5A\_130/2020 vom 28. September 2020 E. 3.3.2). Zweck der Erbenvertretung ist die Erhaltung und Sicherung des Nachlasses (PICENONI, Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB, 2004, S. 40), und zwar im Interesse der Erbengemeinschaft, und nicht etwa der einzelnen Erben (BK-WOLF, Art. 602 ZGB N 154). Dem Erbenvertreter obliegt die ordnungsgemässe Verwaltung des Nachlasses, wozu auch die Veräusserung von Nachlasswerten gehören kann (PICENONI, S. 44 und 60). Allerdings dürfen Nachlassobjekte nur ausnahmsweise und in ausserordentlichen Fällen veräussert werden, wenn dies zur

sorgfältigen Verwaltung unumgänglich erscheint (PICENONI, S. 64). Im Übrigen ist der Erbenvertreter weder zur Liquidation der Erbschaft noch zur Vornahme der Erbteilung befugt (BK-WOLF, Art. 602 ZGB N 162).

Der Erbenvertreter haftet gegenüber den Erben aus Art. 398 OR für getreue und sorgfältige Mandatserledigung, d.h. für jeden Schaden, den er durch unsorgfältige Verrichtung seiner Tätigkeit schuldhaft verursacht (BSK ZGB-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 602 ZGB N 48).

3.2. Unbestrittenermassen hat der Erbenvertreter gegen das Bauprojekt auf Art. kkk des Grundbuchs der Gemeinde I. \_\_\_\_\_ namens der Erbengemeinschaft Einsprache erhoben. Danach hat er mit der Baugesuchstellerin am 20. bzw. 27. August 2020 eine Vereinbarung («Convention Transactionnelle») unterzeichnet, worin er nicht nur die Baueinsprache zurückgezogen hat, sondern gleichzeitig einer Löschung der zulasten des Art. kkk des Grundbuchs der Gemeinde I. \_\_\_\_\_ bestehenden Bauverbotsdienstbarkeit zustimmte. Vorgängig hatte er einen Bericht bei L. \_\_\_\_\_ AG eingeholt, welche den Wert der Bauverbotsdienstbarkeit auf CHF 36'000.- schätzte. Unter Berücksichtigung der Aufwendungen für die Baueinsprache, vereinbarte der Erbenvertreter eine Entschädigung von CHF 45'000.- mit der Baugesuchstellerin. Am 3. September 2020 informierte der Erbenvertreter die Erben über den Abschluss der «Convention Transactionnelle» und unterzeichnete am 7. September 2020 die hierfür notwendige notarielle Urkunde.

Der Erbenvertreter erklärt in seiner Berufungsantwort nicht, weshalb er nach Erhebung der Baueinsprache zum Schluss kam, dass diese schon wieder zurückgezogen werden müsste. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern dies im Interesse der Erbengemeinschaft erfolgte. Jedenfalls hätte eine Aufrechterhaltung der Baueinsprache der Erbengemeinschaft keinerlei Verfahrenskosten verursacht und eine sichere Kenntnis darüber verschafft, ob das aufgelegte Bauprojekt bewilligungsfähig ist oder nicht. Ausserdem wären die Verfahrensrechte der Erbengemeinschaft im Baubewilligungsverfahren gewahrt geblieben.

Völlig unerklärlich ist aber, weshalb sich der Erbenvertreter bei dieser Gelegenheit auch noch genötigt sah, auf eine seit 1933 bestehende Bauverbotsdienstbarkeit der Erbengemeinschaft zu verzichten und insofern über Erbschaftswerte zu verfügen. Ein irgendwie geartetes Interesse der Erbengemeinschaft an einer solchen Verfügung über Nachlasswerte ist nicht ersichtlich. Derartige Gründe werden vom Erbenvertreter auch nicht näher dargelegt mit Ausnahme des beiläufigen Hinweises, dass damit kurzfristig benötigte Liquiditäten geschaffen wurden (Berufungsantwort, Ziff. 45).

Der Rückzug der Baueinsprache und der Verzicht auf die Bauverbotsdienstbarkeit standen überdies im direkten Zusammenhang miteinander, hätte doch das aufgelegte Bauprojekt mit bestehender Bauverbotsdienstbarkeit überhaupt nicht realisiert werden können (vgl. act. 1211). Wohl liess sich der Erbenvertreter vorgängig den Wert der Dienstbarkeit durch L. \_\_\_\_\_ AG abklären und sich entsprechend entschädigen. Das ändert aber nichts am Umstand, dass der Verzicht auf diese Dienstbarkeit ohne jede Not erfolgte. Irgendwelche ausserordentlichen Umstände, welche ein ausnahmsweises Abweichen von Liquidationsverbot rechtfertigen würde, liegen nicht vor, sind nicht ersichtlich und werden vom Erbenvertreter auch nicht vorgetragen. Insbesondere ein allfälliges Liquiditätsproblem des Nachlasses rechtfertigt eine derartige Verfügung schon deshalb nicht, weil dieses durch die Erhöhung der Hypothek schon angedacht war und beschlossen wurde (siehe auch untenstehend E. 3.3).

Im Übrigen hätte der Erbenvertreter – wenn er schon für die Ablösung der Bauverbotsdienstbarkeit mit der Baugesuchstellerin in Verhandlungen tritt – nicht nur den Wert der Dienstbarkeit für die Erbengemeinschaft überprüfen lassen, sondern sich auch die Frage stellen können, welchen Wert die Aufhebung der Dienstbarkeit für die Baugesuchstellerin hat, also welchen Wertzuwachs Art. kkk

des Grundbuchs der Gemeinde I. \_\_\_\_\_ durch die Aufhebung der Dienstbarkeit erfährt, und auf dieser Grundlage Verhandlungen über den Betrag der Ablösung der Dienstbarkeit führen können.

Schliesslich ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Erbenvertreter nicht vorgängig die Parteien informiert und ihnen bei einem derartigen endgültigen Verzicht auf dingliche Rechte an Grundstücken die Gelegenheit gegeben hat, gegen dieses Ansinnen zu opponieren. Stattdessen hat er sie vor vollendete Tatsachen gestellt. Zeitliche Dringlichkeit für ein solches Vorgehen hat jedenfalls nicht bestanden.

So oder anders muss dem Erbenvertreter der Vorwurf gemacht werden, dass er eine der Erbengemeinschaft zustehende Dienstbarkeit aufgegeben und so Nachlasswerte veräussert hat. Dies ist mit den Grundsätzen der sorgfältigen Verwaltung des Nachlasses, das auf dessen Erhaltung und sorgfältige Vermehrung gerichtet ist, nicht vereinbar. Ob und welcher Schaden der Erbengemeinschaft dadurch zugefügt wurde, lässt sich voraussichtlich erst nach Erstellung des Bauprojekts feststellen. Aufsichtsrechtlich genügt vorliegend die Feststellung, dass der Erbenvertreter damit seine Befugnisse überschritten und seine Sorgfaltspflichten verletzt hat. Ob darüber hinaus die Voraussetzungen für die zivilrechtlichen Haftung des Erbenvertreters erfüllt sind, ist dem Zivilgericht vorbehalten und braucht im Aufsichtsverfahren nicht beantwortet zu werden (vgl. WEIBEL, *in* : ABT/WEIBEL, Art. 602 ZGB N 78).

3.3. Der Erbenvertreter teilte den Erben mit E-Mailschreiben vom 3. September 2020 mit, dass er die Hypothek auf der Nachlassliegenschaft zur Bewältigung der Liquiditätsprobleme um CHF 100'000.-, von CHF 180'000.- auf CHF 280'000.-, erhöhen werde. Tatsächlich hatte zuvor der Erbenvertreter die Erben vergeblich aufgefordert, ihre Ausstände gegenüber dem Nachlass zu begleichen.

Dem Erbenvertreter ist es gestattet, zur Liquiditätsbeschaffung die Hypothek auf Grundstücken zu erhöhen (PICENONI, S. 65 f.). Dies gilt umso mehr, als die Hypothek gemessen am geschätzten Wert der Liegenschaft von CHF 7'750'000.- als gering ausfällt und eine Veräusserung dieses Objekts zur Begleichung der Schulden unverhältnismässig wäre. Ausserdem kann die Hypothek zu einem Zinssatz von 1% aufgenommen werden, was jährliche Zinsen von CHF 2'800.- verursacht. Gemessen an den jährlichen Ausgaben der Erbengemeinschaft von rund CHF 75'000.- fällt dies ebenfalls nicht erheblich ins Gewicht.

Demgegenüber erscheint das von der Berufungsklägerin vorgeschlagene Vorgehen, die Schulden der Erben einzutreiben, mit deutlich mehr Aufwand verbunden und auch zeitintensiver. Jedenfalls liegt es im Ermessen des Erbenvertreters, darüber zu entscheiden, ob er zur Mittelschaffung Erben betreiben und nötigenfalls gerichtlich verfolgen oder die Hypothek erhöhen will, wobei er dabei durchaus auch berücksichtigen darf, dass die Erben nicht unnötig brüskiert werden müssen und ihre Schulden ihnen in der Erteilung ohnehin angerechnet werden (Art. 614 ZGB). Schliesslich verhält sich die Berufungsklägerin auch missbräuchlich, wenn sie einerseits dem Erbenvertreter vorwirft, er müsse die Forderungen des Nachlasses eintreiben, andererseits sie selber aber eben ihre eigenen Schulden an den Nachlass trotz Aufforderung bis dahin nicht bezahlt hat.

Der Erbenvertreter hat mithin bezüglich der Erhöhung der Hypothek innerhalb seines Ermessensspielraums gehandelt. Eine irgendwie geartete Pflichtverletzung oder gar willkürliches Handeln ist nicht auszumachen. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

3.4. Der Erbenvertreter hat die Erbin D. \_\_\_\_\_ mit den Abwartsarbeiten der Nachlassliegenschaften betraut. Die Berufungsklägerin stört sich daran, dass D. \_\_\_\_\_ einen Schlüssel hat und sich somit im Gegensatz zu allen anderen Erben in die Nachlassliegenschaften



begeben kann. Dies ist aus Sicht der Berufungsklägerin umso problematischer, als dass sich im Schloss N.\_\_\_\_\_ weiterhin nicht inventarisierte Nachlasswerte und Gegenstände von emotionalem Wert befinden.

Der Erbenvertreter weist darauf hin, dass er selber nicht immer rechtzeitig Vorort sein kann und dies ohnehin unverhältnismässige Kosten für die Erbengemeinschaft nachziehen würde, wenn er für kleinere Abwartsarbeiten immer anreisen müsste. Deshalb mandatierte er als praktische Lösung D.\_\_\_\_\_ mit Abwartsarbeiten im Zusammenhang mit dem Schloss N.\_\_\_\_\_ und dem Chalet in O.\_\_\_\_\_ zu einem Stundenansatz von CHF 30.-. Diese arbeitete bis dahin in einem Umfang von 12 Stunden monatlich. Der Erbenvertreter weist zudem darauf hin, dass D.\_\_\_\_\_ bereits vorher Zugang zu allen Räumlichkeiten hatte. Schliesslich werden gemäss dem Erbenvertreter alle Gegenstände mit emotionalem Wert in einem abgeschlossenen Raum aufbewahrt, zu welchem nur der Erbenvertreter Zugang hat.

Auch wenn der Erbenvertreter grundsätzlich verpflichtet ist, das Amt persönlich auszuführen, ist er berechtigt, Bevollmächtigte und Hilfspersonen beizuziehen (BK-WOLF, Art. 602 ZGB N 160), indem er entweder Fachleute mit Spezialkenntnissen (z.B. Steuerexperte, Anwalt) benötigt oder Dritte (z.B. Sekretärin, Buchhalter) mit Erledigung von Routinearbeiten beauftragt (PICENONI, S. 42 f.). Dementsprechend liegt auch die Übertragung von Abwartsarbeiten an einen Dritten oder an einen Erben durchaus in seinen Verwaltungsbefugnissen, insbesondere wenn dadurch der Erbengemeinschaft Kosten erspart werden können.

Der Erbenvertreter hat mithin innerhalb seines Ermessensspielraums gehandelt. Eine irgendwie geartete Pflichtverletzung oder gar willkürliches Handeln ist nicht auszumachen. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

3.5. Der Erbenvertreter handelte pflichtwidrig und überschritt sein Ermessen mit dem Abschluss der «Convention Transactionnelle».

Erweist sich die Amtsführung des Erbenvertreters als mangelhaft, heisst die Aufsichtsbehörde die Beschwerde gut und ordnet die zur Behebung des Missstandes notwendigen Massnahmen an (PICENONI, S. 121). Als Präventivmassnahmen kommen die Erteilung konkreter Empfehlungen oder Weisungen, Aufhebung der Handlungen und gegebenenfalls die Absetzung des Erbenvertreters in Betracht (vgl. BGE 90 II 376 E. 3 ; WEIBEL, *in* : ABT/WEIBEL, Art. 602 ZGB N 77), sowie die Anordnung anderer sachdienlicher Massnahmen wie z.B. Konto- oder Grundbuchsperrungen (PICENONI, S. 126). Kann die in Verletzung der Sorgfaltspflicht erfolgte Handlung nicht mehr korrigiert werden, so stehen der Aufsichtsbehörde nur mehr repressive Aufsichtsmittel zur Verfügung, wie etwa Verweis, Ermahnung, Verwarnung Ordnungsbusse, Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB, Strafanzeige oder vorübergehende Amtseinstellung (PICENONI, S. 126 ff. ; BSK ZGB-KARRER/VOGT/LEU, 2019, Art. 595 N 30).

Da die «Convention Transactionnelle» abgeschlossen und beidseitig bereits erfüllt wurde, kommt eine Präventivmassnahme wie die Aufhebung des Vertrags nicht in Betracht, wie dies die Berufungsklägerin sinngemäss beantragt. Das Rechtsgeschäft wurde wirksam abgeschlossen, ein irgendwie geartetes Ratifikationserfordernis seitens der Aufsichtsbehörde – wie dies die Berufungsklägerin suggeriert – besteht nicht.

Die Aufsichtsbehörde ist aber nicht an die Anträge der Parteien gebunden (BSK ZGB-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 602 N 51 ; WEIBEL *in* : ABT/WEIBEL, Art. 602 ZGB N 79). Der Zivilappellationshof stellt daher im vorliegenden Verfahren die Pflichtverletzung fest, ermahnt den Erbenvertreter und weist ihn an, zukünftige Verfügungen, die einen höheren Wert als

CHF 20'000.- aufweisen, den Erben voranzukündigen, damit diese dagegen opponieren können, allerdings unter Vorbehalt dringlicher Fälle, die keinen Aufschub durch Zuwarten auf die Stellungnahme der Erben erdulden. Es erscheint unter diesen Umständen als genügend, wenn der Erbenvertreter zukünftig die Erben über in diesem Sinn wichtiger Geschäfte informiert und sie nicht vor vollendete Tatsachen stellt. Strengere Massnahmen erscheinen nicht angezeigt, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Erbenvertreter dieser Anforderung nicht wird Folge geben können.

4.

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Gemäss Art. 106 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Abs. 1 Satz 1). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2). Auch wenn sie nicht mit allen ihren Anträgen durchdringt, erweist sich die Berufung mit Blick auf die zur Beschwerde Anlass gebenden E-Mail vom 3. September 2020 bezüglich der «Convention Transactionelle» als berechtigt. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Parteikosten (Anwaltskosten) wettzuschlagen. Die Gerichtskosten werden mit Rücksicht auf Bedeutung und Komplexität der Angelegenheit auf CHF 2'000.- festgelegt.

Die Kosten des Aufsichtsverfahrens sind von den am Verfahren Beteiligten (Beschwerdeführer oder Erbenvertreter) zu tragen und gehen nicht zulasten des Nachlasses. Wird die Aufsichtsbeschwerde gutgeheissen, weil der Erbenvertreter eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, so hat er die Beschwerde verursacht und muss persönlich für die daraus entstehenden Kosten aufzukommen. Er darf sie weder als Nachlasspassiven noch als notwendige Auslagen bei der Honorarrechnung berücksichtigen oder sie sonst wie auf den Nachlass abwälzen (PICENONI, S. 131 f. ; vgl. auch BSK ZGB-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 37; vgl. auch Urteil BGer 5A.815/2009 vom 31. März 2010 E. 3.2). Daraus folgt, dass die Aufwendungen des Erbenvertreters für das vorliegende Verfahren sowie der ihm auferlegte Anteil an den Gerichtskosten nicht auf den Nachlass überwält werden dürfen.

## **Der Hof erkennt:**

I. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen.

Der Entscheid des Friedensgerichts vom 17. September 2020 wird abgeändert und lautet wie folgt :

1. *Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.*
2. *Es wird festgestellt, dass der Erbenvertreter durch Abschluss der «Convention Transactionelle» vom 20./27. August 2020 seine Pflichten verletzt hat. Er wird dafür ermahnt.*
3. *Der Erbenvertreter wird angewiesen, zukünftige Verfügungen über Nachlasswerte, die einen höheren Wert als CHF 20'000.- aufweisen, den Erben voranzukündigen, unter Vorbehalt dringlicher Fälle.*
4. *Andere oder weitergehende Rechtsbegehren werden abgewiesen.*
5. *Die Gerichtskosten von CHF 160.- werden hälftig den Parteien auferlegt, die Parteikosten werden wettgeschlagen.*

- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden pauschal auf CHF 2'000.- festgesetzt und A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ je hälftig auferlegt. Sie werden von dem geleisteten Vorschuss bezogen. B. \_\_\_\_\_ hat A. \_\_\_\_\_ CHF 1'000.- zu erstatten.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

- III. Zustellung.

Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

*Freiburg, 6. Mai 2021/tgo*

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin-Berichterstatlerin: