

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF130002-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## **Beschluss und Urteil vom 11. April 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdegegner und Beschwerdeführer,

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer und Beschwerdegegner,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend

### **Beschwerde gegen den Willensvollstrecker**

Aufsichtsbeschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 11. Januar 2013 (EA120001)

### Erwägungen:

#### 1.

1.1. Am 23. Februar 2011 verstarb die Erblasserin D.\_\_\_\_\_. Mit Urteil vom 12. Mai 2011 wurde die letztwillige eigenhändige Verfügung der Erblasserin vom 20. August 2010 und ein Nachtrag dazu vom 21. August 2010 eröffnet. Gleichzeitig wurde davon Vormerk genommen, dass der Beschwerdegegner und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdegegner) das Mandat als Willensvollstrecker angenommen habe und festgestellt, dass die Durchführung der Erbteilung Sache des Willensvollstreckers sei. Als gesetzliche Erben waren im genannten Entscheid die Beschwerdeführer und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdeführer) – bei welchen es sich um die Kinder der Erblasserin, die vor ihrer Geschlechtsumwandlung/Namensänderung D1.\_\_\_\_\_ hiess – und als eingesetzter Erbe E.\_\_\_\_\_ aufgeführt. Am 12. Juni 2012 wurde der Erbschein ausgestellt (vgl. act. 45 S. 2 f.).

1.2. Mit Eingabe vom 14. Juni 2012 bzw. Ergänzung vom 15. Juni 2012 stellten die Beschwerdeführer bei der Vorinstanz folgendes Rechtsbegehren (act. 6/1 und act. 6/4):

- "1. Der Beschwerdegegner sei mit sofortiger Wirkung von seinem Amt als Willensvollstrecker im Nachlass D.\_\_\_\_\_ abzusetzen.
2. Das Notariat F.\_\_\_\_\_ sei als Erbschaftsverwalter einzusetzen.
3. Eventualiter sei der Beschwerdegegner zu verpflichten, für den anstehenden Hausverkauf bezüglich der Liegenschaft an der ...strasse ..., ..., ein Sperrkonto bei der G.\_\_\_\_\_ zu errichten, auf welches der gesamte Verkaufspreis abzüglich der auf dem Grundstück lastenden Hypothekarschuld sowie Fr. 50'000.– zu überweisen sei. Das Sperrkonto sei vom Beschwerdegegner so zu eröffnen, dass darüber nur gemeinsam mit den Erben verfügt werden kann.
4. Der Beschwerdegegner sei mit einer Ordnungsbusse in der Höhe von Fr. 3'000.– zu belegen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu persönlichen Lasten des Beschwerdegegners."

**1.3.** Im Urteil vom 11. Januar 2013 kam die Vorinstanz zum Schluss, dem Beschwerdegegner sei vorzuwerfen, er habe seine Pflichten zur Rechnungslegung sowie zur Rechenschaftsablegung betreffend Aktiven und Passiven des Nachlasses verletzt. Schliesslich sei dem Beschwerdegegner anzulasten, dass er durch die von ihm gewählte Informationsstrategie gegenüber den Gläubigern des Nachlasses unnötige Publizität geschaffen und damit gegen die ihm als Willensvollstrecker obliegende Verschwiegenheitspflicht verstossen habe. Deshalb hiess die Vorinstanz die (Aufsichts-)Beschwerde gut. Allerdings wählte sie andere Massnahmen als beantragt.

Das Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils vom 11. Januar 2013 lautete wie folgt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Dem Beschwerdegegner wird ein Verweis erteilt.
3. Der Beschwerdegegner wird ermahnt, als Willensvollstrecker die Verschwiegenheitspflicht in Bezug auf Nichterben zu wahren.
4. Die weitergehenden Anträge und der Eventualantrag der Beschwerdeführer werden abgewiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
6. Die Kosten werden aus dem von den Beschwerdeführern geleisteten Vorschuss bezogen, sind ihnen jedoch zu vier Fünfteln [Fr. 2'400.–] vom Beschwerdegegner persönlich zu ersetzen.
7. Der Beschwerdegegner wird persönlich verpflichtet, den Beschwerdeführern insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (zuzüglich. MwSt) auszurichten.

#### 8./9. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung

**1.4.** Dem Beschwerdegegner wurde das vorinstanzliche Urteil vom 11. Januar 2013 am 16. Januar 2013 zugestellt (act. 43). Mit Eingabe vom 28. Januar 2013 erhob dieser rechtzeitig Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (act. 46):

- "A. In teilweiser Aufhebung und Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, sei das Urteilsdispositiv durch folgendes Dispositiv zu ersetzen:
1. Der Antrag der Beschwerdeführer auf Absetzung des Beschwerdegegners von seinem Amt als Willensvollstrecker wird abgewiesen.
  2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird dem Beschwerdegegner ein Verweis erteilt.
  3. Auf die Eventual-Anträge der Beschwerdeführer bezüglich Errichtung eines Sperrkontos bei der G. \_\_\_\_\_ durch den Beschwerdegegner wird nicht eingetreten.
  4. Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
  5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 9'600.–.
  6. Die Kosten werden den Beschwerdeführern im Umfang von Fr. 9'400.–, unter Anrechnung des geleisteten Vorschusses von Fr. 3'000.–, und im Umfang von Fr. 200.– dem Beschwerdegegner auferlegt.
  7. Die Beschwerdeführer werden verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 9'400.– zuzüglich MWST auszurichten, unter solidarischer Haftung der Beschwerdeführer.
- (Bisherige Ziff. 8 und Ziff. 9 inhaltlich unverändert; unangefochten).
- B. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu lasten der (Aufsichts-)Beschwerdegegner 1 und 2, unter solidarischer Haftung."

Der Beschwerdegegner stellte ausserdem folgende verfahrensrechtliche Anträge:

- "1. Der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde sei – (zumindest vorläufig) **vor Anhörung der Aufsichtsbeschwerdegegner** – die **aufschiebende Wirkung** zu erteilen;
2. es seien die **Akten** des vorangegangenen Beschwerdeverfahrens zwischen den Parteien (in umgekehrten Parteirollen) vor der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr.: LF120056-O) **beizuziehen**;
3. **allenfalls** seien die **Akten** des Obergerichtes des Kantons Zürich im Aufsichtsbeschwerdeverfahren **beizuziehen**, das der Unterzeichnende gegen den Rechtsvertreter der vorliegenden Beschwerdegegner, RA Y. \_\_\_\_\_, mit Aufsichtsbeschwerde vom 30.11.2012 eingeleitet hat (Geschäfts-Nr.: noch unbekannt)."

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-43). Mit Präsidialverfügung vom 1. Februar 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt, mit Ausnahme der Dispositiv-Ziffer 2 betreffend die Erteilung eines Verwei-

ses. Dem Beschwerdegegner wurde Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– zu leisten. Ausserdem wurde die Prozessleitung delegiert (act. 49). Nach erstreckter Frist (act. 51) leistete der Beschwerdegegner den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 53). Mit Verfügung vom 22. Februar 2013 wurde den Beschwerdeführern Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 54).

**1.6.** Mit Eingabe vom 6. März 2013 erstatteten die Beschwerdeführer rechtzeitig die Beschwerdeantwort und stellten das folgende Rechtsbegehren (act. 56):

- "1. Die Aufsichtsbeschwerde vom 28. Januar 2013 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beschwerdegegners persönlich."

**1.7.** Die Beschwerdeantwort der Beschwerdeführer wurde dem Beschwerdegegner gemäss Sendungsverfolgung der Post am 18. März 2013, gemäss Empfangsbescheinigung des Beschwerdegegners am 21. März 2013 zugestellt (act. 58). Die Sache ist spruchreif.

## **2.**

**1.8.** Der Beschwerdegegner rügt einen Widerspruch zwischen den Erwägungen und dem Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils, da die Vorinstanz den Antrag auf Absetzung seiner Person als Willensvollstrecker in den Erwägungen abgewiesen, die Beschwerde aber dennoch in Dispositiv-Ziffer 1 gutgeheissen habe. Der Beschwerdegegner führt aus, es sei ein legitimer Anspruch des Willensvollstreckers, dass insbesondere im Dispositiv festgehalten werde, dass der Antrag auf Absetzung abgewiesen werde (vgl. act. 46 S. 5 und 8). Er hält das Urteil für "unklar, widersprüchlich und missverständlich" (vgl. act. 46 S. 8). Weiter verhalte sich die Dispositiv-Ziffer 4 in ungeklärtem und widersprüchlichem Verhältnis zur Dispositiv-Ziffer 1. Nach der Gutheissung einer Beschwerde gebe es keinen Raum für ein darüber hinausgehendes Erkenntnis, "weitergehende Anträge" würden abgewiesen (act. 46 S. 5). Der Beschwerdegegner verlangt ferner, aus dem vorinstanzlichen Dispositiv müsse der Entscheid über den Antrag der Beschwerde-

führer auf Errichtung eines Sperrkontos in der Höhe von Fr. 1'220'000.– klar ersichtlich sein (vgl. act. 46 S. 9).

Diese Vorbringen sind im Rahmen einer Erläuterung oder Berichtigung zu prüfen und können nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens sein, denn der Beschwerdegegner rügt damit ausschliesslich Widersprüche zwischen den Erwägungen und dem Dispositiv. Materiell hat der Beschwerdegegner gegen die vorinstanzlichen Erwägungen nichts einzuwenden (abgesehen von den Erwägungen zur Ermahnung und zur Kosten- und Entschädigungsfolge, worauf später einzugehen ist). Der Beschwerdegegner ist der Ansicht, die Erwägungen kämen im Dispositiv nicht genügend oder nicht klar zum Ausdruck.

**1.9.** Die Erläuterung und die Berichtigung sind gemeinsam in Art. 334 ZPO geregelt. Nach Art. 334 Abs. 1 ZPO nimmt das Gericht eine Erläuterung oder Berichtigung eines Entscheides vor, wenn das Dispositiv unklar, widersprüchlich oder unvollständig ist oder wenn es mit der Begründung im Widerspruch steht. Leidet der Entscheid im Falle einer mangelhaften Formulierung der richterlichen Entscheidung aber an einem gedanklichen, logischen Widerspruch, so ist er mit den zulässigen Rechtsmitteln anzufechten, weil die Erläuterung und Berichtigung nicht die Änderung eines Entscheides (des gerichtlichen Willens), sondern deren Klarstellung bezwecken (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 334 N 6; BSK ZPO-Herzog, Art. 334 N 8; Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 334 N 3). Liegt aber ein Widerspruch zwischen der Begründung und dem Dispositiv vor, so ist der Entscheid klarzustellen und somit zu erläutern (Leuenberger, in: Anwaltsrevue, Heft 8/2008, S. 338 f.; so im Übrigen auch die Kommentierung und bundesgerichtliche Praxis zum fast identisch formulierten Art. 129 Abs. 1 BGG: BSK BGG-Escher, Art. 129 N 1 und 3 und BGE 110 V 222 E. 1 vom 5. Juli 1984).

Bei der Erläuterung geht es darum klarzustellen, was das Gericht mit einer bestimmten Dispositivziffer gemeint und entschieden hat oder wie allfällige Widersprüche zwischen Formulierungen in den Erwägungen und in der Dispositivziffer zu lösen sind. Mit letzterem Vorgang geht die Erläuterung freilich auch schon in die Berichtigung über (Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 334 N 6). Die Berichtigung stellt nämlich nicht nur den wirklichen Willen des Gerichts beim seiner-

zeitigen Entscheid fest, sondern korrigiert die festgestellten Widersprüche (allgemein Redaktionsfehler), indem das Dispositiv entsprechend korrigiert wird (Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 334 N 7; BSK ZPO-Herzog, Art. 334 N 7; und auch BSK BGG-Escher, Art. 129 N 1 und 4). Gegenstand der Erläuterung und Berichtigung ist das Dispositiv. Das Gericht hat bei der Erläuterung und Berichtigung die einzelnen Dispositivziffern sowie den gesamten Inhalt des Entscheides, einschliesslich Erwägungen, auszulegen, um den seinerzeitigen Entscheidwillen nachzuvollziehen (Ivo Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 334 N 5; vgl. OGer ZH PC110021 vom 15. August 2011 Erw. 3.3. auf [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)).

**1.10.** Soweit der Beschwerdegegner also sinngemäss ein Erläuterungs- bzw. Berichtigungsgesuch in Bezug auf das vorinstanzliche Urteil stellt, ist darauf mangels Zuständigkeit der Kammer nicht einzutreten. Zuständig ist die Vorinstanz (*iudex a quo*).

### **3.**

**1.11.** Der Beschwerdegegner beantragt, es sei die vorinstanzliche Dispositiv-Ziffer 3 aufzuheben und es sei ihm keine Ermahnung zu erteilen. Die Begründung der Vorinstanz sei unzureichend und unhaltbar (vgl. act. 46 S. 6, S. 10 ff.).

**1.12.** Den nachfolgenden Erwägungen der Kammer ist Folgendes vorauszuschicken: Die angefochtene Ermahnung stellt neben dem Verweis ein eigenes Anfechtungsobjekt dar, weil sie nicht für dieselbe Pflichtverletzung erteilt wurde wie der Verweis (vgl. BGer 5P.199/2003 Urteil vom 12. August 2003 E. 1.1 und 1.3). Der Antrag auf Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 3 ist somit zu behandeln.

**1.13.** Die Ermahnung durch die Vorinstanz basierte auf folgendem Sachverhalt: In zwei Schreiben vom 22. Mai 2012 und 11. Juli 2012 richtete sich der Beschwerdegegner an sechs Gläubiger, nämlich das Auktionshaus H.\_\_\_\_\_, die I.\_\_\_\_ AG, die J.\_\_\_\_ GmbH, die K.\_\_\_\_\_, die L.\_\_\_\_ sowie das M.\_\_\_\_ (act. 45 S. 30).

Im ersten Schreiben teilte der Beschwerdegegner den Gläubigern mit, dass er zur Zeit nicht in der Lage sei, ihnen ihre ausgewiesenen Rechnungen zu be-

zahlen. Zwar verfüge der Nachlass über erhebliche Mittel (Liegenschaft mit 3'000 m<sup>2</sup> Umschwung an ruhiger Lage; kostbare Kunstsammlung, etc.), zur Zeit aber nicht (mehr) in liquider Form. In der Folge nannte er dafür namentlich drei Gründe, nämlich erstens, dass die Nachkommen die Ausstellung eines Erbscheins an den eingesetzten Erben boykottiert hätten, weshalb die Liegenschaft nicht auf die Kaufrechtsberechtigten übertragen werden könne. Zweitens hätten die beiden gesetzlichen Erben Darlehen bezogen, würden dies jedoch beide abstreiten und behaupten, es habe sich um Schenkungen gehandelt. Drittens sei die Verwertung der unzähligen, sich noch im Haus befindlichen Nachlassgegenstände sehr aufwändig und es habe deshalb daraus bis heute kein Erlös erzielt werden können. Im Weiteren informierte der Beschwerdegegner die Gläubiger, dass er im Falle einer Betreibung keinen Rechtsvorschlag erheben werde. Ausserdem stellte er den Gläubigern die Anerkennung ihrer Forderung in Aussicht und kündigte an, er werde sie per Ende Juni 2012 wieder über den Stand der Dinge und die Finanzlage orientieren (act. 45 S. 30 f.).

Im zweiten Schreiben vom 11. Juli 2012 informierte der Beschwerdegegner die genannten Gläubiger dahingehend, dass er gegen den Beschwerdeführer 1 inzwischen die Betreibung eingeleitet habe und dass dieser trotz schriftlichen Darlehensvertrages Rechtsvorschlag erhoben habe, weshalb er inzwischen ein Rechtsöffnungsgesuch eingereicht habe. Ausserdem sei er optimistisch, dass die Liegenschaft in Kürze – voraussichtlich bis August 2012 – übertragen werden könne (act. 45 S. 31).

**1.14.** Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdegegner habe zwar im Interesse des Nachlasses gehandelt, zumal weder ein Arrest auf die Liegenschaft gelegt, noch der Nachlass betrieben worden sei. Dennoch erscheine eine Preisgabe derartig detaillierter Interna aus der Nachlassabwicklung unnötig. Mit der Preisgabe von Details über die von den Beschwerdeführern allfällig bezogenen Darlehen, deren Verwendungszweck, dem Umfang und dem Inhalt des Nachlasses sowie der namentlichen Nennung der Familie der Beschwerdeführer sei unnötige Publizität geschaffen worden, welche nicht mit dem Interesse des Nachlasses gerechtfertigt werden könne, zumal nicht abwegig erscheine, dass die Gläubiger in Anbetracht



der Höhe der illiquiden Nachlassaktiven sich nach Kenntnis der Liquiditätsprobleme des Nachlasses sowie der Bekanntgabe eines ungefähren Zeitrahmens innerhalb dessen mit der Liquidation der Nachlassaktiven gerechnet werden könne, zufrieden gegeben und mit der Betreuung ihrer Forderungen ebenfalls zugewartet hätten. Im Gegensatz zur nicht grundsätzlich zu beanstandenden Informationspreisgabe an den Vertreter der Kaufrechtsberechtigten sei diese aber auch an unbeteiligte Dritte erfolgt. In diesem Sinne sei festzustellen, dass dem Beschwerdegegner anzulasten sei, er habe in unnötiger Weise interne Informationen aus der Nachlassabwicklung preisgegeben und damit gegen die dem Willensvollstrecker obliegende Verschwiegenheitspflicht verstossen (act. 45 S. 31 f.).

**1.15.** Der Beschwerdegegner bringt vor, die Behauptung der Vorinstanz, mit der "namentlichen Nennung der Familie der Beschwerdeführer" sei unnötige Publizität geschaffen worden, sei unreflektiert und verfehlt (act. 46 S. 13). Die Vorinstanz lasse dabei ausser Acht, dass in aller Regel ein vernünftiger Willensvollstrecker Aufträge nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erteile. Dies habe auch der Beschwerdegegner nicht getan. Alle Verträge seien in Vertretung der drei Erben abgeschlossen worden, die den Beauftragten und/oder Unternehmern schon bei Vertragsabschluss bekannt gewesen seien. Schon aus dem ersten Schreiben an die Gläubiger vom 22. Mai 2012 sei klar hervorgegangen, dass der Beschwerdegegner als Vertreter der Erben aufgetreten sei (act. 46 S. 13 f.).

Weiter bringt der Beschwerdegegner vor, es möge rein theoretisch zutreffen, dass sich die Gläubiger auch mit diffuseren Schilderungen zur finanziellen Zukunft des Nachlasses zufrieden gegeben hätten. Aber das wisse niemand. Angesichts des Risikos z.B. eines Arrestes auf der Liegenschaft habe er Informationen liefern müssen, die "Hand und Fuss" und Gegenstände zum Inhalt gehabt hätten, deren baldige Liquidation aus konkreten Gegebenheiten abseh- und erklärbar gewesen seien. Dies sei einerseits der Fall beim Liegenschaftsverkauf gewesen, weil das Veto gegen den Erbschein nur ein Jahr Gültigkeit gehabt habe und diese Frist im Juli 2012 abgelaufen sei. Andererseits sei dies auch beim Darlehen an den Beschwerdeführer 1 der Fall gewesen, da diesbezüglich ein Rechtsöffnungstitel in Form eines Darlehensvertrages vorgelegen habe, so dass auf den Rechtsvor-

schlag und die Perspektive einer baldigen Rechtsöffnung hinzuweisen sei. Die Vorinstanz habe darauf hingewiesen, man hätte sich vielleicht mit der Bekanntgabe "eines ungefähren Zeitrahmens innerhalb dessen mit der Liquidation der Nachlassaktiven gerechnet werden könne" begnügen können. Dazu sei zu sagen, dass diese Perspektiven – was die übrigen Nachlassaktiven anbelange – sehr diffus seien und der Beschwerdegegner da nicht mit gutem Gewissen irgendwelche einigermaßen konkrete Hoffnungen habe machen können. In der Tat hätten bis zum heutigen Tag aus der Liquidation der übrigen Nachlassaktiven die Gläubigerforderungen insgesamt bei Weitem nicht gedeckt werden können. Im Nachhinein sei es leicht, besserwischerisch und spekulativ Ratschläge zu erteilen (act. 46 S. 14 f.).

Ferner sei darauf hinzuweisen, dass die beiden öffentlich-rechtlichen Schuldner ihrerseits dem Amtsgeheimnis unterstünden und eine Weiterverbreitung der Informationen ausgeschlossen sei. Sodann verfügten sowohl die Stadt ... als auch der Kanton Zürich über sehr weitreichende Kenntnis der Vermögens-, Verwandtschafts- und Nachlassverhältnisse. Eine tadelnswerte Verletzung der Verschwiegenheitspflicht sei nicht ersichtlich (act. 46 S. 15).

**1.16.** Das Argument des Beschwerdegegners, er habe in Vertretung der Erben gehandelt, geht fehl. Das Auftragsverhältnis rechtfertigt die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht in keiner Weise. Die Verschwiegenheitspflicht gründet ja gerade im Auftragsverhältnis, was die Vorinstanz anschaulich dargestellt hat (vgl. act. 45 S. 31). Weiter ist der Hinweis auf das Amtsgeheimnis der öffentlich-rechtlichen Schuldner und deren Kenntnisse der Verhältnisse nicht zielführend. Zum einen waren die Adressaten der Informationen nicht ausschliesslich öffentlich-rechtliche Schuldner, sondern auch private. Zum anderen ist die Bindung eines Dritten an das Amtsgeheimnis kein Rechtfertigungsgrund für die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht. Der Beschwerdegegner vermag auch im Übrigen keine Gründe vorzubringen, die eine Bekanntgabe von derartig detaillierten Interna aus der Nachlassabwicklung rechtfertigen würden. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Es ist anzufügen, dass es nicht um Besserwisserei geht, sondern darum, dass gewisse Informationen über

die Nachlassabwicklung selbst bei einem drohenden Arrest nicht bekanntzugeben sind. Andernfalls würde mit diesem Argument Tür und Tor für eine unbeschränkte Information der Gläubiger geöffnet.

Der Antrag auf Aufhebung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 3 ist somit abzuweisen.

#### 4.

1.17. Der Beschwerdegegner wehrt sich gegen die Kosten- und Entschädigungsfolge der Vorinstanz. Einerseits entspreche die Regelung nicht dem Ausgang des Verfahrens, andererseits sei der Vorinstanz offensichtlich entgangen, dass es sich nicht nur um eine nicht-vermögensrechtliche (disziplinarrechtliche) Auseinandersetzung, sondern auch um eine solche vermögensrechtlicher Natur handle. Es sei von einem Streitwert von Fr. 1'220'000.– auszugehen, wie dies bereits im Verfahren LF120056 der Kammer festgehalten worden sei. Diese Akten seien deshalb beizuziehen (vgl. act. 46 S. 6 f.). Der vermögensrechtliche Aspekt im Umfang von Fr. 1'220'000.– finde im Dispositiv kaum sichtbaren Niederschlag. Der Beschwerdegegner verlangt deshalb die Festsetzung der vorinstanzlichen Gerichtsgebühr auf Fr. 9'600.– sowie eine Kostentragung von Fr. 9'400.– durch die Beschwerdeführer und Fr. 200.– durch ihn selber (act. 46 S. 17 f.). Die Beschwerdeführer seien mit ihren rein disziplinarrechtlichen Anträgen weitestgehend unterlegen, die diesbezüglichen Gerichtskosten (beantragt Fr. 1'000.–) seien dem Beschwerdegegner daher lediglich zu einem Fünftel aufzuerlegen, d.h. in der Höhe von Fr. 200.– (act. 46 S. 16).

Ausserdem verlangt der Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 9'400.– zuzüglich MWST. Bei einem Streitwert von Fr. 1'220'000.– betrage die Parteientschädigung Fr. 8'400.–. Im Hinblick auf die rein disziplinarrechtlichen Anträge sei dieser Betrag um Fr. 1'000.– zu erhöhen. Die Beschwerdeführer seien in den vermögensrechtlichen Aspekten vollumfänglich unterlegen. Bei den nicht-vermögensrechtlichen Anträgen unterliege der Beschwerdegegner zu einem Fünftel, sodass der diesbezügliche Parteientschädigungsanteil von Fr. 1'000.– entsprechend leicht zu reduzieren sei (act. 46 S. 18). Eine solche Reduktion sei al-

lerdings im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO unbillig, denn die Beschwerdeführer hätten nur vier Tage nach Erhalt des letzten Arztzeugnisses des Beschwerdegegners und während der fortgesetzten 50%-igen Arbeitsunfähigkeit die Aufsichtsbeschwerde eingereicht. Die Beschwerde sei zu einem Zeitpunkt erhoben worden, der diese als pietätlos und rechtsmissbräuchlich erscheinen lasse. Auch aus den Ausführungen der Vorinstanz gehe sinngemäss hervor, dass das Nichtvorliegen einer Zusammenstellung der Abrechnung bis zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch nicht als schuldhafte Unterlassung zu taxieren sei (act. 46 S. 19 f.). Selbst wenn die Ermahnung zur Verschwiegenheit aufrechterhalten werde, würde sich an der Verteilung nichts ändern, da dieser Urteilspunkt untergeordneter Natur sei (act. 46 S. 21).

**1.18.** Auf den Antrag auf Erhöhung der Gerichtskosten von Fr. 3'000.– auf Fr. 9'600.– bzw. auf Änderung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 5 ist mangels Rechtsschutzinteresses des Beschwerdegegners nicht einzutreten. Der Beschwerdegegner ist durch eine allenfalls zu tief festgesetzte Gerichtsgebühr in keiner Weise beschwert.

**1.19.** Für die Verteilung der vorinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 3'000.– ist auf das Verhältnis des Unterliegens bzw. Obsiegens der Parteien abzustellen. Die Aufteilung in einen vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Aspekt der Aufsichtsbeschwerde durch den Beschwerdegegner ist nicht nachvollziehbar. Die Willensvollstreckerbeschwerde verfolgt letztlich einen wirtschaftlichen Zweck, weshalb sie (gesamthaft) vermögensrechtlicher Natur ist. Das Verhältnis des Unterliegens bzw. Obsiegens der Parteien ist somit umfassend zu betrachten.

Dass die Vorinstanz von einem Obsiegen der Beschwerdeführer zu 4/5 und des Beschwerdegegners zu 1/5 ausging, ist nicht zu beanstanden. Die Aufsichtsbeschwerde wurde gutgeheissen, und von der Vorinstanz wurden aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen den Beschwerdegegner ergriffen. Dass nicht die beantragten Massnahmen (Absetzung des Willensvollstreckers, Ordnungsbusse und Eventualantrag auf Errichtung eines Sperrkontos), sondern mildere Massnahmen (Verweis und Ermahnung des Willensvollstreckers) angeordnet wurden, fällt für die Frage des Obsiegens nur marginal ins Gewicht.

Ob die Beschwerde zu einem Zeitpunkt erhoben wurde, der diese als pietätlos und rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt, ist hier nicht massgebend. Massgebend ist das Ergebnis im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids, und in diesem Zeitpunkt lagen die von der Vorinstanz festgestellten Pflichtverletzungen spätestens vor. Es erübrigt sich damit ein Beizug weiterer Akten für den Nachweis einer allfälligen Rechtsmissbräuchlichkeit (vgl. prozessualen Antrag Nr. 3).

Damit sind der Antrag des Beschwerdegegners auf andere Verteilung der vorinstanzlichen Gerichtskosten bzw. auf Abänderung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 6 sowie der prozessuale Antrag Nr. 3 abzuweisen.

**1.20.** Um den Antrag des Beschwerdegegners auf Abänderung der vorinstanzlichen Regelung der Parteientschädigung beurteilen zu können, ist zuerst der Streitwert der Willensvollstreckerbeschwerde zu bestimmen. Die Willensvollstreckerbeschwerde verfolgt letztlich einen wirtschaftlichen Zweck, weshalb ihr ein Streitwert beizumessen ist. Bei dessen Bestimmung ist praxisgemäss auf das subjektive Streitinteresse des Beschwerdeführers abzustellen (vgl. OGer ZH LF110053 vom 9. Juni 2011, E. IV./1.).

Wird wie vorliegend die Amtsführung des Willensvollstreckers beanstandet und seine Absetzung verlangt, rechtfertigt sich ein Abstellen auf die Honorarforderung des Willensvollstreckers (vgl. BGer 5A\_395/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 1.2.3). Nach dem angefochtenen Entscheid (act. 45 S. 38) ist von einem bislang akonto bezogenen Honorar in der Höhe von Fr. 150'120.80 auszugehen. In dieser Höhe ist der Streitwert der vorinstanzlichen Beschwerde in der Sache festzusetzen. Der Antrag auf Errichtung eines Sperrkontos ist als Eventualantrag bei der Streitwertbemessung nicht zu berücksichtigen (vgl. Peter Diggelmann, DIKE Online-Kommentar, Stand am 21. November 2012, Art. 91 N. 20). Der Beizug von Akten in anderen Beschwerdeverfahren zwischen den Parteien für die Berechnung des Streitwerts (vgl. prozessualen Antrag Nr. 2) ist nicht angezeigt, da andere Beschwerdeverfahren keine bindende Wirkung für die Streitwertberechnung im vorliegenden Verfahren haben. Der prozessuale Antrag Nr. 2 ist damit abzuweisen.

Bei einem Streitwert von rund Fr. 150'000.– ist eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 13'900.– festzusetzen und dann in Anwendung von § 9 AnwGebV auf zwei Drittel bis einen Fünftel dieser Gebühr zu reduzieren. Damit liegt die Parteientschädigung in einem Bereich zwischen Fr. 2'780.– und Fr. 9'267.–.

Da der Beschwerdegegner zu 4/5 unterlag, wurde er dazu verpflichtet, den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (zuzüglich MWSt) zu bezahlen. Die Vorinstanz ging somit insgesamt von einer Parteientschädigung von Fr. 4'166.70.– aus; sie verpflichtete die Parteien, die jeweils andere Partei im Verhältnis ihres Unterliegens bzw. Obsiegens ( $1/5 = \text{Fr. } 833.33$  bzw.  $4/5 = \text{Fr. } 3'333.33$ ) zu entschädigen. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Parteientschädigung von Fr. 4'166.70 liegt damit innerhalb des in Anwendung der AnwGebV errechneten Rahmens von Fr. 2'780.– bis Fr. 9'267.– und damit innerhalb des Ermessensspielraums der Vorinstanz. Da, wie unter Ziff. 4.3. vorstehend ausgeführt, das von der Vorinstanz erwogene Verhältnis des Unterliegens bzw. Obsiegens der Parteien nicht zu beanstanden ist, ist auch die festgesetzte Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (zuzüglich MWSt), zu zahlen vom Beschwerdegegner an die Beschwerdeführer, nicht zu beanstanden.

Der Antrag auf Änderung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 7 ist abzuweisen.

## **5.**

**1.21.** Die Streitwertberechnung im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren entspricht der Streitwertberechnung im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren (vgl. Ziff. 4.4. vorstehend). Hinzu kommt das geldwerte Interesse des Beschwerdegegners an der Anfechtung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. act. 49 S. 4).

Der Streitwert der Anträge betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen beträgt Fr. 2'200.– (Differenz der dem Beschwerdegegner nach seinem Antrag weniger aufzuerlegende Gerichtsgebühr) + Fr. 6'600.– (von den Beschwerdeführern zu tragende Erhöhung der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr) + Fr. 11'900.– (Differenz der Parteientschädigungen), entsprechend einem Total von Fr. 20'700.–. Insgesamt beträgt der Streitwert des vorliegenden Verfahrens damit rund Fr. 170'000.–.

**1.22.** Konkret ist indessen im Rahmen der Beurteilung der Beschwerde in der Sache mit Blick auf die Amtsführung des Willensvollstreckers nur noch über die erteilte Ermahnung (Ziff. 3 des angefochtenen Urteils, act. 45 S. 39) zu entscheiden. Die nach den §§ 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG resultierende Gebühr von mindestens rund Fr. 5'700.– ist daher zu reduzieren und auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– ist ausgangsgemäss dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und von dem von ihm bereits geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

**1.23.** Der Beschwerdegegner ist ausgangsgemäss zu verpflichten, den Beschwerdeführern eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Parteientschädigung ist gemäss den Erwägungen in Ziff. 5.2. vorstehend in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 9 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG auf Fr. 2'500.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festzusetzen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf das sinngemässe Erläuterungs- und/oder Berichtigungsbegehren sowie auf das Begehren auf Erhöhung der vorinstanzlichen Gerichtskosten des (zweitinstanzlichen) Beschwerdeführers wird nicht eingetreten.
2. Die prozessualen Anträge des (zweitinstanzlichen) Beschwerdeführers auf Aktenbeizug werden abgewiesen.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt, dem (zweitinstanzlichen) Beschwerdeführer auferlegt und von seinem bereits geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der (zweitinstanzliche) Beschwerdeführer wird verpflichtet, den (zweitinstanzlichen) Beschwerdegegnern für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).



Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG im Rahmen eines Verfahrens betreffen vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 170'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: