

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240089-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Beschluss und Urteil vom 17. Februar 2025

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

betreffend **Beschwerde gegen den Willensvollstrecker**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. Juli 2024 (EA230002)

Erwägungen:

1.

1.1. Am tt.mm.2019 verstarb die am tt. Januar 1918 geborene C._____. Diese war mit D._____ verheiratet, der bereits 1999 verstorben war. Die Eheleute C._____D._____ hatten drei Nachkommen: A._____ (Erbe und Beschwerdeführer, nachfolgend Erbe) und seine beiden Schwestern E._____ und F._____. Am 25. März 2019 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Hinwil die öffentliche letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 10. März 2017 und nahm Vormerk, dass B._____ (Willensvollstrecker und Beschwerdegegner, nachfolgend Willensvollstrecker) das Willensvollstreckermandat angenommen hat (act. 6/14).

1.2. Am 23. November 2023 gelangte der Erbe an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Hinwil und reichte Beschwerde gegen den Willensvollstrecker ein (act. 1). Nach Durchführung des Verfahrens erliess das Einzelgericht am 23. Juli 2024 folgendes Urteil (act. 19 = act. 22):

- "1. Der Antrag, der Beschwerdegegner sei seines Amtes als Willensvollstrecker zu entheben und ersatzlos abzusetzen, wird abgewiesen.
2. Der Antrag, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten innert 10 Tagen sämtliche Unterlagen, die er im Rahmen seiner Tätigkeit als Willensvollstrecker im Nachlass von C._____ bei Dritten erhoben oder selbst angefertigt hat, herauszugeben, wird abgewiesen.
3. Der Antrag, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, den Saldo des Treuhandkontos «NL C._____», IBAN LI1, bei der VP Bank in Vaduz, lautend auf B._____, innerhalb von 10 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft zu Gunsten der Erbengemeinschaft C._____, auf das Klientengeldkonto von RA lic. iur. X._____, G._____ -strasse 2, Zürich, bei der Credit Suisse, IBAN CH3, zu überweisen, wird abgewiesen.
4. Es werden folgende Pflichtverletzungen durch den Beschwerdegegner bei der Ausübung seines Mandats als Willensvollstrecker festgestellt:
 - Der Beschwerdegegner hat seine Pflicht zur korrekten Abrechnung verletzt;
 - Der Beschwerdegegner hat seine Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten verletzt;
 - Der Beschwerdegegner hat mehrfach seine Auskunftspflicht verletzt;

- Der Beschwerdegegner hat seine Pflicht zur jährlichen Rechenschafts-ablage verletzt.
5. Der Beschwerdegegner wird ermahnt, künftig sein Mandat als Willensvoll-strecker pflichtgemäss auszuüben und allen mit dem Mandat einhergehenden Pflichten nachzukommen
 6. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung dieses Urteils folgende Unterlagen herauszuge-ben:
 - den Kaufvertrag für die Liegenschaft H.____-strasse 4, I.____;
 - den vollständigen Auszug des Treuhandkontos «NL C.____», IBAN LI1, bei der VP Bank in Vaduz, lautend auf B.____, allfällige damit ver-bundener Depots und die Detailabrechnungen sämtlicher darüber abge-wickelten Transaktionen;
 - die Honorarrechnungen von RA Dr. Y.____ inkl. Leistungsübersicht;
 - die vollständigen Auszüge der Konten der Erblasserin bei der Zürcher Kantonalbank, der Raiffeisenbank und der Credit Suisse seit 1. Januar 2016 bis zur Saldierung der Konten;
 - Offerten der für den Verkauf des Einfamilienhauses angefragten Makler;
 - die sich im Besitz des Beschwerdegegners befindlichen Unterlagen der J.____, die im Zusammenhang mit dem Verkauf des Grundstücks an der K.____-strasse 5 in I.____ angelegt wurden (Kaufinteressenten, Gebote, Leistungsausweis etc.).

Kommt der Beschwerdegegner dieser Verpflichtung nicht vollständig nach, wird er wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB mit Busse bestraft.

7. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.
8. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
9. Die Parteientschädigungen werden gegenseitig wettgeschlagen.
- 10./11. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung]."

1.3. Gegen die Dispositiv-Ziffern 1-3 dieses Urteils führt der Erbe mit Eingabe vom 29. August 2024 ein als Berufung bezeichnetes Rechtsmittel mit den folgen-den Anträgen (act. 23 S. 2):

- "1 Dispositiv-Ziffern 1-3 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 23. Juli 2024 (EA230002) seien aufzuheben.

2. Der im Nachlass von C._____ mit Bescheinigung vom 15. März 2019 als Willensvollstrecker eingesetzte Berufungsbeklagte sei seines Amtes zu entheben und ersatzlos abzusetzen.
3. Der Berufungsbeklagte sei unter Androhung von Art. 292 StGB zu verpflichten:
 - a) RA lic. iur. X._____ zu Handen des Klägers (als Vertreter der Erbengemeinschaft C._____) innert 10 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft sämtlicher Unterlagen, die er im Rahmen seiner Tätigkeit als Willensvollstrecker im Nachlass von C._____ bei Dritten erhoben oder selbst angefertigt hat, herauszugeben;
 - b) RA lic. iur. X._____ innerhalb von 10 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft den vollständigen Auszug des Treuhandkontos «NL C._____», IBAN LI1 bei der VP Bank in Vaduz, lautend auf B._____, mit Detailabrechnungen zu Transaktionen zu überlassen;
 - c) den Saldo des Treuhandkontos «NL C._____», IBAN LI1, bei der VP Bank in Vaduz, lautend auf B._____, innerhalb von 10 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft zu Gunsten der Erbengemeinschaft C._____, auf das Klientengeldkonto von RA lic. iur. X._____, G._____strasse 2, Zürich, bei der Credit Suisse, IBAN CH3, zu überweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Zudem ersucht der Erbe mit Eingabe vom 2. September 2024 um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (act. 27).

Das Urteil wurde hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 4-6, 8 und 9 auch vom Willensvollstrecker angefochten. Das entsprechende Beschwerdeverfahren wird unter der Geschäfts-Nr. LF240088 geführt.

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Beschwerdeverfahren gegen Willensvollstrecker richten sich nach den Bestimmungen von Art. 319 ff. ZPO, wobei diese als kantonales Recht gelten (§ 139 Abs. 2 i.V.m. § 85 i.V.m. § 84 GOG; vgl. OGer ZH PF130013 vom 23. Dezember 2013; OGer ZH LF160043 vom 21. September 2016). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die vom Erben erhobene Berufung ist folglich als Beschwerde entgegenzunehmen, da nach der Praxis der Kammer ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt wird (OGer ZH NQ110026 vom 23. Juni 2011 E. 2.2).

2.3. Die vorliegende Beschwerde vom 29. August 2024 wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht (act. 20 und act. 23). Der Erbe ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2.4. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Umfasst wird davon auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht (vgl. zum Ganzen etwa ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 4. Aufl. 2025, Art. 320 N 3 f. i.V.m. ZK ZPO-REETZ, 4. Aufl. 2025, Art. 310 N 36). Die Beschwerdeinstanz greift aber nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der Vorinstanz ein (vgl. OGer ZH PA160029 vom 28. November 2016, E. 4.2; PC150063 vom 14. Januar 2016, E. II./3; PC110002 vom 8. November 2011, E. 3 m.w.H. = ZR 111 [2012] Nr. 53 S. 161 f.). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt auch im Rahmen der Untersuchungsmaxime (vgl. nachfolgend E. 3.1), weil es im Beschwerdeverfahren um eine Rechtskontrolle und nicht um die Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens geht (ZR 123/2024 Nr. 12 S. 56 f.; BSK ZPO-SPÜHLER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2024, Art. 326 N 1; OFK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2023, Art. 326 N 1; ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 4. Aufl. 2025, Art. 326 N 4).

Die Beschwerdeinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist daher weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Das Gericht hat im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Parteien gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO ihren Entscheid aber zu begründen. Die Be-

gründung soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und den Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht aber nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seiner Entscheidung auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich seine Entscheidung stützt (vgl. statt vieler: BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 60 f.; BGE 145 III 324 E. 6.1; BGE 142 III 433 E. 4.3.2; BGE 142 II 49 E. 9.2; BGE 136 I 229 E. 5.2).

2.5. Daher ist auf die Ausführungen des Erben in den nachfolgenden Erwägungen insoweit einzugehen, als sie zulässig sind und dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. Gänzlich unbeachtlich bleiben sodann die unter dem 18. September 2024 vom Erben eingereichten Korrespondenzen mit dem Willensvollstrecker vom 16. und 18. September 2024 (act. 32/1-2), da es sich ausschliesslich um unzulässige Noven handelt.

3.

3.1. In allgemeiner Weise ist zunächst festzuhalten, dass das aufsichtsrechtliche Beschwerdeverfahren gegen Willensvollstrecker summarischer Art ist und die Beweisführung grundsätzlich durch Urkunden erfolgt. Es gilt die Offizial- und Untersuchungsmaxime. Die Aufsichtsbehörde ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden und der Sachverhalt wird von Amtes wegen festgestellt (BSK ZGB II-LEU/BRUGGER, 7. Aufl. 2023, Art. 518 N 108 i.V.m. Art. 595 N 33; DANIEL ABT, Der Willensvollstrecker aus Sicht der Erben: "il buono, il brutto o il cattivo", AJP 2018, 1313 ff., 1315; THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines "eigenartigen" Verfahrens, SJZ 113/2017 S. 421 ff., 423 und 428 f.). Das Gericht darf dem Urteil sämtliche Tatsachen zu Grunde legen, von denen es Kenntnis erlangt. Das Gericht ist nicht an Zugeständnisse der Parteien gebunden und kann damit auch den Wahrheitsgehalt von nicht (substantiiert) bestrittenen Behauptungen überprüfen; es darf dem Urteil nur Tatsachen zugrunde legen, deren Vorhandensein es als erwiesen bzw. bewiesen erachtet. Die notwendigen Beweise werden zwar von Amtes wegen erhoben, das

entlastet die Parteien aber nicht von ihrer Mitwirkung. Wegen der eingeschränkten Untersuchungsmöglichkeiten liegt es trotzdem hauptsächlich an den Parteien, die wesentlichen Tatsachen zu schildern und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen bzw. einzureichen. Können trotz Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen nicht alle rechtserheblichen Tatsachen ermittelt werden, beurteilt sich die Folge der Beweislosigkeit nach der allgemeinen Beweislastregel. Es unterliegt diejenige Partei, die (objektiv) beweisbelastet ist (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, 4. Aufl. 2025, Art. 55 N 61, N 64 und N 76).

3.2. Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf die Honorarfragen, weder Vorschüsse noch Pauschalhonorare seien als grundsätzlich unzulässig zu erachten. Des Weiteren würden Honorarfragen nicht Gegenstand des aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahrens bilden. Die Höhe und die Notwendigkeit des durch den Willensvollstrecker bezogenen Vorschusses seien nicht zu überprüfen. Gleiches gelte für den geltend gemachten Pauschalbetrag und die Frage, ob in den Nachlass unbegründete Forderungen aufgenommen worden seien, um diesen aufzublähen. Bei all diesen Fragen handle es sich um Angelegenheiten des materiellen Rechts. Der Aufsichtsbehörde obliege vorliegend einzig die Kompetenz, zu überprüfen, ob seitens des Willensvollstreckers formell korrekt abgerechnet worden sei. Den Akten sei zu entnehmen, dass der Willensvollstrecker eine Pauschale von 2,25 % auf den Bruttonachlass im Umfang von Fr. 7'725'552.26 erhebe. Dies entspreche einem Betrag von Fr. 173'824.95. Diesen Betrag weise der Willensvollstrecker auf seiner Leistungsabrechnung korrekt aus. Gleichzeitig stelle er dem Nachlass dann allerdings eine Pauschale im Betrag von Fr. 174'241.95 in Rechnung. Wie er auf den letztgenannten Betrag komme, sei nicht nachvollziehbar. Auch wenn es sich um eine rechnerisch geringe Differenz handle, müsse festgestellt werden, dass der Willensvollstrecker nicht korrekt abgerechnet habe. Weiter stelle sich angesichts der Tatsache, dass es sich bei der Abrechnung gemäss Willensvollstrecker um eine "laufende Rechnung", d.h. eine Zwischenabrechnung, handle, die Frage, weshalb bereits in diesem Stadium eine Pauschale auf den Gesamtnachlass erhoben werde und nicht erst in der Schlussabrechnung. Diese Art und Weise der Abrechnung erscheine sachfremd und sei nicht nachvollziehbar (act. 22 S. 7 ff.).

Ferner stellte die Vorinstanz in den Erwägungen des angefochtenen Entscheides weitere Pflichtverletzungen des Willensvollstreckers fest. Sie erwog, er habe seine Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit einem Interessenkonflikt (act. 22 S. 10 f.) sowie seine Auskunft-, Informations- und Rechenschaftspflicht verletzt (act. 22 S. 11 f.).

Vor diesem Hintergrund hielt die Vorinstanz fest, da die beantragte Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nur als ultima ratio zum Zuge kommen könne, gelte es vorliegend im Sinne einer milderen Massnahme, davon einstweilen abzusehen. Ebenso wenig sei dem Antrag stattzugeben, den Saldo des Treuhandkontos N.L.C. _____ auf das Klientengeldkonto des Rechtsvertreters des Erben zu überweisen, da dieser Antrag de facto an die Absetzung des Willensvollstreckers gekoppelt sei. Der Willensvollstrecker sei aber dementsprechend zu ermahnen, künftig sein Mandat pflichtgemäss auszuführen, da andernfalls der Entzug seines Mandates drohe. Im Lichte der besagten Pflichtverletzungen seien auch die vom Erben in seinen Anträgen bzw. Eventualanträgen gestellten Herausgabebegehren zu beurteilen. Der Antrag des Erben, den Willensvollstrecker zu verpflichten: "sämtliche Unterlagen, die er im Rahmen seiner Tätigkeit als Willensvollstrecker im Nachlass von C. _____ bei Dritten erhoben oder selbst angefertigt hat, herauszugeben", sei abzuweisen, da sich das besagte Begehren als ungenügend substantiiert erweise. Gleichzeitig seien sämtliche Eventualbegehren des Erben gutzuheissen. Der Willensvollstrecker sei unter Strafandrohung zu verpflichten, sämtliche in den Anträgen 3.a) lit. a-f geforderten Unterlagen herauszugeben (act. 22 S. 12 ff.).

3.3. Der Erbe wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Vorinstanz sei zu Unrecht auf die Rüge, der Willensvollstrecker habe mit dem unautorisierten Bezug vom 24. April 2019 in Höhe von Fr. 92'440.-- den Grundsatz der Unabhängigkeit verletzt und vermeidbare Interessenkonflikte nicht offengelegt, nicht eingetreten. Die Vorinstanz habe diesen Bezug als Vorschuss auf das Honorar qualifiziert, welcher auf Grund seiner materiellrechtlichen Natur im aufsichtsrechtlichen Verfahren nicht geprüft werden könne. Es handle sich aber um einen unautorisierten Eingriff in fremdes Vermögen bzw. um ein in Selbstkontrahierung aus dem Nach-

lass bezogenes Darlehen. Ein solcher Eingriff könne und müsse unter den gegebenen Umständen im Aufsichtsverfahren geprüft werden können, zumal der Willensvollstrecker weder Zinsen bezahlt noch eine Sicherheit hinterlegt, das Darlehen also nicht zu Marktkonditionen abgeschlossen, habe. Der Willensvollstrecker habe sich bewusst in einen vermeidbaren Interessenkonflikt begeben und gegen die Pflicht zur unabhängigen, getreuen und sorgfältigen Ausführung des Willensvollstreckermandates verstossen. Selbst wenn man den Bezug von Fr. 92'440.-- als Vorschuss qualifizieren würde, wäre er unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten im Rahmen der sog. Willkürkognition zu prüfen gewesen, weil er in dieser Höhe sachlich nicht begründet gewesen sei und der Willensvollstrecker auch keine nachvollziehbare und plausible Erklärung geliefert habe. Durch den Bezug habe der Willensvollstrecker auch das Neutralitätsgebot verletzt, weil er nur die Miterbinnen, nicht aber ihn (den Erben) um das Einverständnis gebeten habe (act. 23 S. 3 ff.).

Des Weiteren habe sich die Vorinstanz mit seiner Rüge nicht auseinandergesetzt, wonach der Willensvollstrecker das Neutralitätsprinzip mehrfach vorsätzlich verletzt habe durch offenkundige Befangenheit gegenüber dem Erben, durch den Beizug des vorbefassten Rechtsanwaltes Dr. Y. _____ zwecks Beratung und Vertretung des Willensvollstreckers, durch ehrenrührige und in Teilen klar ehrverletzende Äusserungen, durch eine krass einseitige Aufstellung des Nachlassvermögens zum Nachteil des Erben, durch die Unterbreitung eines Lockvogelangebotes sowie durch die Belastung von Leistungen zu Lasten des Nachlassvermögens, welche er zu Gunsten der Mitarbeiterinnen erbracht habe (act. 23 S. 7 ff.).

Die Vorinstanz habe es schliesslich versäumt, diese Pflichtverletzungen in ihre Erwägungen zum Antrag auf Absetzung einfliessen zu lassen. Die mehrfache Verletzung der Pflicht zur Offenlegung sowie die kontinuierlich wiederholte Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes würden schwer wiegen. Das Verhalten des Willensvollstreckers wirke sich letztlich zum Nachteil aller Erben aus, weil ihnen allen der Zugang zu den Vermögenswerten des Nachlasses und die Verfügungsmacht darüber verwehrt bleibe, während es dem Willensvollstrecker ermögliche, weiterhin von seinem Mandat zu profitieren. Angesichts der zahlreichen, manifesten und

schwerwiegenden Pflichtverletzungen zeige sich der Willensvollstrecker seinem Amt weder gewachsen noch würdig, weshalb er abzusetzen und die damit zusammenhängenden Anträge gutzuheissen seien (act. 23 S. 10 f.).

4.

4.1. Zunächst ist zur formellen Rüge des Erben, die Vorinstanz habe sich nicht mit all seinen Vorbringen auseinandergesetzt (und dadurch sein rechtliches Gehör verletzt) festzuhalten, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Rahmen der Begründungspflicht wie bereits ausgeführt wurde (vgl. E. 2.4 vorstehend) vom Gericht nicht verlangt, dass sich dieses ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Das Gericht kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Diesen Anforderungen ist die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nachgekommen (vgl. E. 3.2. vorstehend). Die pauschale Rüge des Erben, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt, ist unbegründet.

4.2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zutreffend festgestellt, dass die Aufsichtsbehörde lediglich prüft, ob der Willensvollstrecker persönlich geeignet und formell richtig vorgegangen ist, ob er sein Amt pflichtgemäss ausgeübt hat und ob seine Massregeln zweckmässig sind. Die Beurteilung materiellrechtlicher Fragen, etwa Streitigkeiten über das Willensvollstreckerhonorar, bleibt hingegen dem Zivilrichter überlassen (vgl. act. 22 S. 7 f.). Des Weiteren kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach der Willensvollstrecker bei einer länger dauernden Tätigkeit selbständig und ohne Bewilligung durch die Erben Akontovorschüsse aus dem Nachlass beziehen kann, und dass auch Pauschalhonorare grundsätzlich zulässig sind (act. 22 S. 8 f.). Sodann ist wiederholend anzufügen, dass das Bundesgericht bisher offengelassen hat, ob Honorarbezüge des Willensvollstreckers während des laufenden Mandats insoweit im Beschwerdeverfahren geprüft werden können, als Unzulänglichkeiten in formeller Hinsicht oder krass übersetzte Honorarforderungen Anhaltspunkte zur disziplinarischen Beurteilung der Mandatsführung geben (BGer 5D_136/2015 vom 18. April 2016, E. 5.2 und E. 8.3). In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass der Willensvollstrecker auch über seine Bemühungen und Honorarbezüge und

über die Bemessungsfaktoren seines Honoraranspruchs Rechenschaft abzulegen hat, und zu hohe bzw. krass übersetzte Akonto-Bezüge eine Pflichtverletzung darstellen können (THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen» Verfahrens, SJZ 113/2017 S. 421 ff., 430; BREITSCHMID, in: Druey/Breitschmid, Praktische Probleme der Erbteilung, Bern 1997, S. 131 f.; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, 1959, Art. 517 N 10a; vgl. auch OGer ZH PF230045 vom 26. Januar 2024, E. III.2.3).

4.3. Der Erbe erachtet den Bezug des Willensvollstreckers aus dem Nachlass in Höhe von Fr. 92'440.-- am 29. April 2019 als nicht notwendig. Damit begründet er zunächst seine nicht weiter begründete Ansicht, dass es sich nicht um einen Vorschuss, sondern ein in Selbstkontrahierung aus dem Nachlass bezogenes Darlehen handelt. Dazu nennt er weitere Indizien, etwa den ungewöhnlich "unrunden" Betrag, die erst im Mai 2023 erstellte Leistungsabrechnung mit der Bezeichnung des Bezugs als Vorschuss und die damalige Einholung der Zustimmung der Miterbinnen. Die Argumentation des Erben vermag nichts daran zu ändern, dass der Willensvollstrecker den Bezug in der (wenn auch einzigen vorliegenden) Leistungsabrechnung vom 25. Mai 2023 erwiesenermassen als Vorschuss deklariert hat (vgl. act. 4/18). Für die Vorinstanz bestand kein Anlass, von dieser Qualifikation abzuweichen. Ein Vorschuss wiederum ist nach dem Gesagten grundsätzlich im ordentlichen Verfahren zu überprüfen. Im Eventualstandpunkt macht der Erbe geltend, der Bezug stelle mangels Notwendigkeit eine Pflichtverletzung dar. Selbst wenn mit der oben dargestellten Rechtsauffassung davon auszugehen wäre, dass zu hohe Akonto-Bezüge als Pflichtverletzungen im aufsichtsrechtlichen Verfahren überprüft werden können, so erscheint der bezogene Vorschuss von Fr. 92'440.-- zuzüglich des erhaltenen Bargeldes in Höhe von Fr. 18'000.-- angesichts der in der Abrechnung vom 25. Mai 2023 in Rechnung gestellten Leistungen im Umfang von Fr. 294'430.30 nicht als so krass übersetzt, dass eine im aufsichtsrechtlichen Verfahren zu beurteilende Pflichtverletzung erkennbar wäre.

4.4. Weiter stellte die Vorinstanz auch die Rechtslage und die Voraussetzungen für die Absetzung eines Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde zutreffend dar. Es kann darauf verwiesen werden (act. 22 S. 12 f.). Massgebend ist,

dass die Amtsenthebung als disziplinarische Massnahme nur in Betracht kommt, wenn eine konkrete Gefahr für das Nachlassvermögen besteht, bei Unfähigkeit oder bei wiederholter oder grober Pflichtverletzung und eine weniger strenge Massnahme (Verweis, Ermahnung, Verwarnung, Ordnungsbusse oder Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 StGB) den angestrebten Zweck nicht erfüllt. Denn die Absetzung hat erhebliche Folgen für die künftige Nachlassverwaltung. Die Aufsichtsbehörde ist nicht befugt, einen Ersatz für den abberufenen Testamentsvollstrecker zu bestellen, und die Erben müssen den Nachlass selbst liquidieren, was die Erblasserin mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers gerade vermeiden wollte (BGer 5A_176/2019 vom 26. Juni 2019 E. 3.2; BK ZGB-KÜNZLE, Art. 517-518 N 542 ff.; DANIEL ABT, Der Willensvollstrecker aus Sicht der Erben: «il buono, il brutto o il cattivo», AJP 2018 1313, 1316 f.; THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines "eigenartigen" Verfahrens, SJZ 113/2017 S. 421 ff., 430 f.; BSK ZGB II-LEU, 7. Aufl. 2023, Art. 518 N 103 ff.; BRUNO DERRER, Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstrecker und den Erbschaftsliquidator, Diss. Zürich 1985, S. 90).

4.5. Die Vorinstanz hat diverse Pflichtverletzungen des Willensvollstreckers festgestellt, namentlich eine nicht korrekte Abrechnung hinsichtlich des Pauschalhonorars im Umfang von Fr. 417.-- (Fr. 174'241.95 anstatt Fr. 173'824.95; act. 22 S. 9), eine Verletzung der Aufklärungspflicht hinsichtlich eines Interessenkonflikts beim Verkauf der Liegenschaft an der K.____-strasse 5 in I.____ (act. 22 S. 10 f.), eine Verletzung der Auskunft- und Informationspflicht, indem der Willensvollstrecker den Erben hingehalten habe und ihm nur spärlich Informationen habe zukommen lassen, sowie eine Verletzung der Rechenschaftspflicht, weil der Willensvollstrecker erst (und einzig) vier Jahre nach dem Tod der Erblasserin eine detaillierte Leistungsabrechnung vorgelegt habe (act. 22 S. 12). Eine zusätzliche Verletzung der Pflicht zur Gleichbehandlung der Erben und Einhaltung der Neutralität, wie sie der Erbe bereits bei der Vorinstanz geltend gemacht hatte (vgl. act. 22 S. 5 und act. 1 S. 17 und S. 24 ff.), hat die Vorinstanz nicht einzeln abgehandelt. Einerseits geht ein Teil der Vorwürfe des Erben im Ergebnis in den festgestellten Verletzungen der Auskunftspflicht auf. Andererseits ist zu beachten, dass – wie bereits ausgeführt – materiellrechtliche Fragen nicht im aufsichtsrecht-

lichen Verfahren zu behandeln sind. Dies betrifft unter anderem die Vorwürfe hinsichtlich der Leistungsabrechnung und des Teilungsvorschlages bzw. der Erbteilung. Sodann ist nicht zu beanstanden, dass der Willensvollstrecker für das mietgerichtliche Verfahren gegen den Erben betreffend die Liegenschaft an der K. _____-strasse 5 in I. _____ einen Anwalt als Hilfsperson beigezogen hat (vgl. BSK ZGB II-LEU, 7. Aufl. 2023, Art. 518 N 15). Alleine der Umstand, dass dieser Anwalt bereits die Erblasserin zu deren Lebzeiten vertreten hat, lässt noch keine Verletzung der Pflicht zur Einhaltung der Neutralität erkennen, wie es der Erbe geltend macht. Zwar darf ein Willensvollstrecker eine Liegenschaft im Hinblick auf die Erbteilung zur nachträglichen Verteilung des Barerlöses gegen den Willen der Erben grundsätzlich nicht verkaufen (BGer 5D_136/2015 E. 5.1 vom 18. April 2016; PETER BREITSCHMID, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, St. Gallen 1997, 125). Anderes gilt jedoch, wenn eine Losbildung oder Realteilung des Aktivums nicht möglich ist. Dass eine solche möglich gewesen wäre, behauptet der Erbe nicht konkret. Der Willensvollstrecker hat zu einem solchen Verkauf zwar die Meinung der Erben einzuholen. Verlangt aber keiner der Erben die Versteigerung, so entscheidet der Willensvollstrecker selbständig zwischen Freihandverkauf, öffentlicher Versteigerung oder Versteigerung unter den Erben (BSK ZGB II-LEU, 7. Aufl. 2023, Art. 518 N 41; BGE 97 II 11 E. 3; BGE 112 II 206 E. 2; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, 5. Aufl. 2023, Art. 518 N 54). Ein Einstimmigkeitserfordernis für den Verkauf der Liegenschaft war mithin nicht notwendig, wie es der Erbe geltend macht, weshalb auch in der Kündigung des Mietverhältnisses mit dem Erben bzw. dem nachfolgenden Gerichtsverfahren und dem anschliessenden Verkauf der Liegenschaft keine Verletzung des Neutralitätsgebots erkennbar ist.

Soweit der Erbe im Übrigen mit seinen Ausführungen zu Verstrickungen zwischen Rechtsanwalt Dr. Y. _____, dem Willensvollstrecker und allenfalls einer oder beiden Miterbinnen eine Konstellation geltend machen will, die ein Ungültigkeits- oder Anfechtungsgrund der testamentarischen Einsetzung des Willensvollstreckers darstellen könnte, ist er darauf hinzuweisen, dass eine solche nicht im aufsichtsrechtlichen Verfahren zu beurteilen wäre (vgl. BSK ZGB II-LEU,

7. Aufl. 2023, Art. 518 N 105; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, 5. Aufl. 2023, Art. 518 N 100; vgl. auch DANIEL ABT, Der Willensvollstrecker aus Sicht des Erben: «il buono, il brutto o il cattivo», AJP 2018 S. 1313 ff., 1317 ff.).

4.6. Damit bleibt es bei den genannten von der Vorinstanz festgestellten Pflichtverletzungen. Diese weisen je einzeln und auch in Kombination indes nicht eine Schwere aus, welche eine direkte Absetzung des Willensvollstreckers rechtfertigen würden. Immerhin wurden bisher noch keine anderen (milderen) Massnahmen angeordnet und solche haben sich dementsprechend auch noch nicht als nicht zielführend erwiesen. Es liegen auch keine Anhaltspunkte vor, dass von vornherein von deren Wirkungslosigkeit auszugehen wäre. Überdies wird nicht geltend gemacht und es ist nicht festzustellen, dass für das Nachlassvermögen eine konkrete Gefahr bestanden hat oder besteht. Dementsprechend ist der Ermessensentscheid der Vorinstanz, den Antrag auf Absetzung zu Gunsten der Ermahnung als mildere Massnahme abzuweisen, nicht zu beanstanden. Der Vollständigkeit halber ist indes darauf hinzuweisen, dass im Falle neuerlicher Pflichtverletzungen unter Berücksichtigung der vorliegenden Feststellungen eine Absetzung in Betracht kommen könnte.

4.7. Die Beschwerde ist abzuweisen.

5.

5.1. Damit bleibt das Gesuch des Erben um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren zu beurteilen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Aussichtslos sind Begehren dann, wenn deren Gewinnaussichten ex ante betrachtet beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde. Die Prozesschancen sind in vorläufiger summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 13).

5.2. Wie gesehen erweist sich die vorliegende Beschwerde als von vornherein aussichtslos, weshalb auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen verzichtet werden kann. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren ist bereits deshalb abzuweisen.

6.

6.1. Die Prozesskosten für das Beschwerdeverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebühr) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Sie werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird der Erbe für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig.

6.2. Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Die Gebühr richtet sich sodann nach Massgabe dessen, was vor der Beschwerdeinstanz noch im Streit ist (§ 12 Abs. 2 GebV OG).

Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind unter Berücksichtigung des Streitwerts in Anwendung von § 2 lit. a, c und d, § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'000.-- festzusetzen und dem Erben aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung an den Willensvollstrecker ist mangels zu entschädigender Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzlichen Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage von act. 23, sowie an das Bezirksgerichts Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: