

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF180017-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. P. Higi, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 18. Oktober 2018

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin (vor Obergericht),

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Beschwerdegegner (vor Obergericht),

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Dr. X. _____,

betreffend

Absetzung der Willensvollstreckerin / Kosten

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 12. April 2018 (EA170003)

Erwägungen:

I.

1. Am tt.mm.2017 verstarb die am tt. August 1940 geborene D._____, wohnhaft gewesen in ... ZH. Ihr Ehemann war zu diesem Zeitpunkt bereits vorverstorben. Als gesetzliche Erben hinterliess sie ihre drei Kinder C._____, B._____ und A._____. Die jüngste Tochter, A._____ (fortan Beschwerdeführerin), setzte sie als Willensvollstreckerin über ihren Nachlass ein. In der Folge entbrannte darüber mit den beiden anderen Geschwistern (Beschwerdegegner) ein Streit.

2.1 Am 24. August 2017 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 24. Dezember 2009 und stellte sie den Beteiligten mit Urteil vom 11. September 2017 zu. Darin wurde auch festgestellt, dass die Beschwerdeführerin das Amt der Willensvollstreckerin angenommen habe (act. 3/3). Auf entsprechendes Begehren der Beschwerdegegner vom 10. Oktober 2018 (act. 1) und nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels setzte das Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach mit Urteil vom 12. April 2018 die Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin mit sofortiger Wirkung ab. Ausserdem verpflichtete es sie unter Androhung der Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB, innert 20 Tagen ab Rechtskraft des Urteils den Beschwerdegegnern umfassend schriftlich Rechenschaft über ihre Tätigkeit als Willensvollstreckerin abzulegen (act. 24 = act. 27 = act. 29, Dispositivziffern 1 und 2).

2.2 Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. April 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 28, act. 25). Sie beantragt zum einen, ihre Absetzung als Willensvollstreckerin sei aufzuheben und es sei ihr nötigenfalls eine mildere Sanktion aufzuerlegen sowie zum andern – für den Fall, dass sie ganz oder teilweise für das vorinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig bleibe – die Gerichtskosten und die Parteientschädigung auf Basis eines Nachlassvermögens von Fr. 0.– festzusetzen (act. 28 S. 6). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-25). Der der Beschwerdeführerin auferlegte Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 31-33). Mit

Verfügung vom 20. September 2018 wurde den Beschwerdegegnern Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt, welche am 2. Oktober 2018 (Datum Poststempel 1. Oktober 2018) hierorts einging (act. 36). Der Ehemann der Beschwerdeführerin, E._____, teilte der Kammer am 12. Oktober 2018 telefonisch mit, dass sich die Parteien am 11. Oktober 2018 in der Erbteilungsangelegenheit vor dem Friedensrichteramt ... ZH / ... getroffen und eine Vereinbarung mit Widerspruchsmöglichkeit bis am 31. Oktober 2018 getroffen hätten (act. 37). Er reichte einen von ihm unterzeichneten Entwurf der Vereinbarung samt Erläuterungen ein (act. 38 und 39). Diese nach Ablauf der Beschwerdefrist eingegangenen Unterlagen sind verspätet und daher unbeachtlich. Den Beschwerdegegnern ist mit diesem Entscheid eine Kopie zuzustellen. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

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

prüfen ist. Die Einschätzung dagegen, ob ein solcher Sachverhalt eine schwere Pflichtverletzung darstellt, ist eine Rechtsfrage und als solche frei zu prüfen.

2.1 Die Charakteristika des aufsichtsrechtlichen Verfahrens, insbesondere die beschränkte Kognition der Aufsichtsbehörde (lediglich formelle Prüfung der Handlungen des Willensvollstreckers und Angemessenheit seiner Massnahmen, keine Prüfung materieller Rechtsfragen), wurden von der Vorinstanz korrekt wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (act. 27 S. 6 f.).

2.2 Die Vorinstanz hat weiter zutreffend ausgeführt, dass das Gesetz die Einsetzung eines Erben als Willensvollstrecker nicht ausschliesst und der diesbezügliche Wunsch des Erblassers zu respektieren ist (act. 27 S. 8). Die mit der Doppelstellung unvermeidlich verbundene Interessenkollision ist grundsätzlich hinzunehmen (vgl. BRAZEROL, Der Erbe als Willensvollstrecker, Diss. Bern 2018, S. 56 ff.). Eine Absetzung als Willensvollstrecker rechtfertigt sich nur dann, wenn die Befangenheit ein solches Ausmass annimmt, dass die ordnungsgemässe Mandatsausführung erheblich beeinträchtigt wird. Dies ist der Fall, wenn der Willensvollstrecker seine Pflichten in grober Weise verletzt oder sich für die Ausübung des Willensvollstreckermandats generell als unfähig erweist (BRAZEROL, a.a.O., S. 163; vgl. bereits die Vorinstanz, act. 27 S. 7). Fehlende persönliche Eignung führt beispielsweise zur Absetzung, wenn der Willensvollstrecker mangels fachlicher Kenntnisse unfähig ist, sein Amt persönlich wahrzunehmen, oder er sich als vertrauensunwürdig erweist, sei es, weil er finanzielle Mittel aus dem Nachlass eigenmächtig seinem eigenen Konto gutschreibt, sein Privatvermögen vom Nachlass nicht klar abgrenzt oder Nachlassaktiva verheimlicht (OGer ZH PF130013 vom 23. Dezember 2013 S. 14). Der Verlust der Vertrauenswürdigkeit ist häufig auf Interessenkollisionen des Willensvollstreckers zurückzuführen, die ihrerseits Ursache für schwere Pflichtverletzungen sein können (vgl. BGer 5A_794/2011 vom 16. Februar 2012 E. 3.3 m.H. auf weitere Fallbeispiele).

2.3 Bei der Absetzung handelt es sich um die schwerwiegendste administrative oder disziplinarische Massnahme der Aufsichtsbehörde. Sie kommt als ultima ratio nur dann infrage, wenn mildere Massnahmen wirkungslos sind. Es gilt die Grundregel, dass Prävention (z.B. Empfehlungen, Weisungen, Ermahnungen) vor

Sanktion (z.B. Verweis, Absetzung) und mildere vor schärferer Anordnung kommt. Die Absetzung steht stets unter den Voraussetzungen der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit (BGer 5A_794/2011 vom 16. Februar 2012 E. 3.1 m.w.H.; BRAZEROL, a.a.O., S. 153 ff.). Erweist sich eine Pflichtverletzung jedoch als genügend schwer oder ist die Unfähigkeit zur Amtsausübung offenkundig, kann der Willensvollstrecker auch ohne vorangehende mildere Massnahme abgesetzt werden (BGer 5A_749/2011 vom 16. Februar 2012 E. 6.1).

2.4 Insgesamt dient die Willensvollstreckeraufsicht primär der zukunftsgerichteten Ordnung der Amtsführung und nur sekundär der Disziplinierung. Mit Blick auf eine Absetzung der Willensvollstrecker als ultima ratio gilt dies verstärkt (OGer ZH PF130013 vom 23. Dezember 2013 S. 14).

2.5 Die Vorinstanz prüfte der Reihe nach die einzelnen von den Beschwerdegegnern aufgeworfenen Gründe für eine Absetzung der Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin (act. 27 S. 7 ff.). Im Folgenden werden die von der Vorinstanz als pflichtwidrig angesehenen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin dahingehend überprüft, ob sie ihre Absetzung als Willensvollstreckerin rechtfertigen.

3.1 Als pflichtwidrig erachtete die Vorinstanz in erster Linie, dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnern verschwiegen habe, dass ihr zu Lebzeiten von der Erblasserin Fr. 150'000.– bzw. Fr. 100'000.–, weil Fr. 50'000.– davon ein Darlehen gewesen sei, zugewendet worden seien. Die Beschwerdegegnerin habe den Betrag bei der Aufnahme des Sicherungsinventars nicht angegeben. Ihre Begründung dafür, dass die Zuwendung so lange zurückliege und nie ein Thema gewesen sei, sei nicht glaubhaft. Eine Zuwendung in einer derart hohen Summe – gerade in Relation des Betrages zum ganzen Nachlass – vergesse man nicht. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht darauf verzichten dürfen, die Schenkung dem Inventarnotar und den Beschwerdegegnern mitzuteilen in der Annahme, die Beschwerdegegner hätten vergleichbare Summen von der Erblasserin erhalten. Ihre Pflicht als Willensvollstreckerin sei es, sämtliche für den Nachlass relevante Informationen zu beschaffen und an die am Nachlass beteiligten oder amtlich mitwirkende Personen weiterzuleiten. Vor diesem Hintergrund sei davon auszu-

gehen, dass die Beschwerdeführerin die Fr. 150'000.– bzw. Fr. 100'000.– den Beschwerdegegnern absichtlich oder zumindest zufolge grober Verkennung ihrer Pflichten als Willensvollstreckerin fahrlässig verschwiegen habe (act. 27 S. 12 f.).

3.2 Die Vorinstanz hielt weiter dafür, die Beschwerdeführerin sei sich ihrer Pflichten als Willensvollstreckerin mit der damit einhergehenden Rolle als objektive und unparteiische Vollstreckerin des erblasserischen Willens nicht bewusst. Sie gebe an, sich beim Notariat Eglisau betreffend eine allfällige Ausgleichspflicht für die gemischte Schenkung der Liegenschaft an der F.____-Gasse ... in G.____ informiert und den Inventarfragebogen in enger Zusammenarbeit mit dem Steueramt G.____ ausgefüllt zu haben. Die ihr gestellten Aufgaben habe die Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin aber in eigener Person auszuführen. Zwar dürfe und solle sie, soweit nötig, die Dienste eines Fachmanns in Anspruch nehmen. Damit werde ihre eigene Verantwortlichkeit aber nicht ausgeschlossen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, sie habe sich auf die von Dritten erhaltenen Angaben verlassen, sei vor diesem Hintergrund unbehelflich und sie habe sich allfällige Verfehlungen ungeachtet der Informationsquelle persönlich anrechnen zu lassen (act. 27 S. 14).

3.3 Die Vorinstanz würdigte es ferner als auffallend, wie die Beschwerdeführerin ihre Informationspflicht als Willensvollstreckerin interpretiere. Ihr Wille zur Transparenz sei begrenzt. So würden die Ausführungen, sie müsse allenfalls relevante lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen erst im Teilungsvorschlag berücksichtigen, nicht verfangen. Als Willensvollstreckerin habe sie die nachlassbezogenen Informationen nicht nur zu beschaffen, sondern diese allen Nachlassbeteiligten gleichermassen zur Verfügung zu halten. Das Informationsrecht schliesse namentlich die Auskunft über möglicherweise herabsetzungs- und ausgleichungspflichtige Vorgänge mit ein. Diese Informationen habe die Willensvollstreckerin von sich aus und nicht erst auf Anfrage hin zu erteilen (act. 27 S. 15 f.).

3.4 Zusammengefasst hielt die Vorinstanz die Informationspflicht der Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin für schwer verletzt, weil sie einerseits die lebzeitige Zuwendung von Fr. 150'000.– resp. Fr. 100'000.– verschwiegen habe und sich andererseits generell weigere, über lebzeitige Zuwendungen der Erblasserin

Auskunft zu heben. Es fehle ihr folglich an der notwendigen Objektivität, um das Mandat auszuüben (act. 27 S. 16 f.). Einen hinreichenden Grund für die Absetzung als Willensvollstreckerin erachtete die Vorinstanz als gegeben. Es sei nicht anzunehmen, dass eine Ermahnung als mildere Massnahme die gewünschte Wirkung erzielen würde. Dass es der Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund, dass die Parteien stark zerstritten seien, gelingen werde, eine gütliche Einigung über die Teilung zu erzielen, sei nicht ersichtlich. Daher erweise sich die Absetzung als notwendig und verhältnismässig (act. 27 S. 17 f.).

4.1 Die Beschwerdeführerin räumt ein, sie sei zunächst irrtümlich davon ausgegangen, der Betrag von Fr. 100'000.– sei für die Erbteilung nicht mehr relevant, weil ihre Geschwister dieselbe Summe ebenfalls von der Erblasserin erhalten hätten. Diesbezüglich müsse sie sich eine gewisse Naivität vorwerfen lassen, aber nicht gleich eine grobe Pflichtverletzung zufolge Schädigungsabsicht oder Böswilligkeit. Mittlerweile habe sie ihren Irrtum eingesehen und werde die Schenkung über Fr. 100'000.– im Teilungsvertrag berücksichtigen. Einen Absetzungsgrund begründe ihr Verhalten nicht, zumal auch die Vorinstanz ihr zugestanden habe, möglicherweise nur fahrlässig gehandelt zu haben (act. 29 S. 2). Dass sie sich die Auskünfte von Hilfspersonen im Zusammenhang mit einer allfälligen zivilrechtlichen Haftung anrechnen lassen müsse, möge ferner zutreffend sein. Sie empfinde es aber nicht als richtig, dass ihr deren Beizug im Rahmen der Abwägung, ob eine Absetzung infrage komme, negativ angelastet werde (act. 29 S. 1).

4.2 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen für das Sicherungsinventar nicht relevant seien. Der vorinstanzliche Vorwurf, sie hätte diese deklarieren müssen, gehe fehl (act. 29 S. 2 f.). Auch die wiederholte Ausführung der Vorinstanz, sie würde eigenmächtig bestimmen, ob die Zuwendungen der Erblasserin ausgleichungspflichtig seien, ziele ins Leere. Sie sei sich sehr wohl bewusst, dass sie bei der gemischten Schenkung der Liegenschaft F. _____-Gasse ... über den allfälligen unentgeltlichen Teil mit den Miterben eine Einigung erzielen und die Schenkung im Teilungsvertrag als herabsetzungspflichtige Zuwendung berücksichtigen müsse. Es sei aber zwischen aktiver

Informationspflicht und Auskunftspflicht zu unterscheiden; ein Willensvollstrecker sei grundsätzlich erst auf Anfrage hin zur Information verpflichtet (act. 28 S. 3).

4.3 Abschliessend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, ihre praktisch einzige verbleibende Aufgabe in der Funktion als Willensvollstreckerin bilde die Ausrichtung der Pflichtteile gestützt auf einen zu erstellenden Teilungsvertrag. Aufgrund der ziemlich einfachen Verhältnisse könne nicht behauptet werden, ihre Beibehaltung als Willensvollstreckerin verunmögliche oder behindere die Nachlassliquidation. Der Nachlass sei heute so gut wie teilungsreif (act. 28 S. 5).

4.4 Die Beschwerdegegner halten dem im Wesentlichen entgegen, die überwiegende Anzahl Stimmen in der Lehre bejahe eine aktive Informationspflicht des Willensvollstreckers. Ausserdem sei die Beschwerdeführerin gleichzeitig Erbin, weshalb ihre Informationspflicht strenger zu handhaben sei (act. 36 S. 4 f.). Die Absetzung bedinge keinen dauerhaften Interessenkonflikt. Es genüge vielmehr eine einmalige grobe Pflichtverletzung. Daher sei vorliegend die Absetzung die allein richtige Massnahme (act. 36 S. 5).

5.1 Unbestrittene Tatsache ist, dass die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegner anfänglich nicht über die ihr von der Erblasserin per 2. Mai 2008 zugewendeten Fr. 150'000.– informierte (vgl. act. 18), sondern die Zuwendung erst auf entsprechendes Vorbringen des gegnerischen Anwalts in der vorinstanzlichen Stellungnahme einräumte (act. 21 S. 2 f.). Gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin seien davon Fr. 50'000.– als Darlehen hingegeben worden (act. 21 S. 3). Die Zuwendung fand weder Eingang in den von der Beschwerdeführerin am 14. September 2017 ausgefüllten Inventarfragebogen des Kantons Zürich, adressiert an die Steuerbehörde G._____ (act. 3/10 insbes. S. 2), noch in das aufgrund des vorinstanzlichen Urteils vom 18. Oktober 2017 angeordnete Sicherungsinventar nach Art. 553 ZGB vom 19. Januar 2018 (act. 30).

5.2 Wie beide Parteien ausführen, kann man zwischen aktiver Informationspflicht, gemäss derer der Willensvollstrecker von sich aus die Informationsberechtigten auf dem Laufenden und aufzuklären hat, und der Auskunftspflicht unterscheiden, die ihn dazu anhält, den Berechtigten über die von diesen verlangten

Umstände Auskünfte zu erteilen. Ob den Willensvollstrecker eine Informations- oder quasi "nur" eine Auskunftspflicht trifft, wird unterschiedlich beantwortet (für eine Auskunftspflicht sprechen sich PraxisKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, 3. Aufl., Art. 518 N 33 f. und wohl DRUEY, Die Aufgaben des Willensvollstreckers, in: Druey / Breitschmid [Hrsg.], Willensvollstreckung, Bern u.a. 2001, S. 1 ff., 16 aus; differenzierend BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Aufl., Art. 518 N 17; das Bundesgericht erwog demgegenüber in BGE 90 II 365 E. 3, der Willensvollstrecker habe die Erben über die wesentlichen Tatsachen aufzuklären und sie auf ihre Klagemöglichkeiten hinzuweisen; für eine aktive Informationspflicht auch BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 223 ff.). Wie es sich damit vorliegend konkret verhalten hätte, kann offengelassen werden. Selbst wenn man davon ausginge, die Beschwerdeführerin treffe als Willensvollstreckerin "lediglich" eine Auskunftspflicht, ist sie gleichzeitig Erbin und untersteht als solche den umfassenden und aktiven Informationspflichten von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB. Die Informationspflicht der Erben untereinander bezieht sich auf alles, was geeignet erscheint, die Teilung zu beeinflussen, insbesondere also auch auf lebzeitige Zuwendungen des Erblassers (BGE 90 II 365 E. 3). Die Beschwerdeführerin befindet sich folglich in einer Doppelrolle, die diesbezüglich eine Interessenkollision mit sich bringt. Indem sie ihren Miterben (Beschwerdegegner) die lebzeitige Zuwendung einer namhaften Summe zunächst verschwieg, büsste sie ihre Vertrauenswürdigkeit ein, und zwar unabhängig davon, ob das Versäumnis absichtlich oder (grob-)fahrlässig geschah. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass darin eine Pflichtverletzung der Beschwerdeführerin zu sehen ist, die sich auf ihre Rolle als Willensvollstreckerin auswirkt.

5.3 Von untergeordneter Bedeutung ist daher auch, dass das Bundesgericht die Argumentation der Beschwerdeführerin, lebzeitige unentgeltliche Zuwendungen seien für das Sicherungsinventar irrelevant, in einem Entscheid aus dem Jahre 1992 stützte, indem es festhielt, das Sicherungsinventar müsse lediglich über den Nachlass im Zeitpunkt des Todes Auskunft geben und eine darüberhinausgehende Auskunftspflicht auf lebzeitige Zuwendungen demzufolge verneinte (BGE 118 II 264; der Entscheid ist in der Literatur auf Kritik gestossen vgl. BREITSCHMID, AJP 1993, S. 731 ff.). Unabhängig von der Frage, ob die im Jahr 2008 zugewendeten

Fr. 150'000.– ins Sicherungsinventar hätten Eingang finden sollen, unterliess es die Beschwerdeführerin, diese im Inventarfragebogen für das Steueramt G. _____ anzugeben und eben, ihre Geschwister und Miterben über die Zuwendung zu informieren.

5.4 Zusammenfassend ist eine Pflichtverletzung der Beschwerdeführerin mit der Vorinstanz zu bejahen. Wie eingangs ausgeführt, führt eine solche aber nur dann zur Absetzung als schärfstes aufsichtsrechtliches Mittel, wenn diese notwendig und verhältnismässig ist (vgl. E. II./2.3).

6.1 Unter dem Titel der Notwendigkeit ist zu prüfen, ob eine mildere Massnahme als die Absetzung ebenfalls zum gewünschten Erfolg führen würde. Zu denken ist vorliegend in erster Linie an eine Weisung und / oder Ermahnung. Während die Weisung als administrative Massnahme darauf abzielt, den Erben, der sich in der Eigenschaft als Willensvollstrecker seiner Aufklärungspflicht widersetzt, zur Auskunft über die ausgleichungs- und herabsetzungsrelevanten Tatsachen zu verpflichten, zielt die Ermahnung als disziplinarische Massnahme auf eine behördlich festgestellte Schuldzuweisung mit autoritativer Forderung nach Besserung ab (vgl. zu beiden Instrumenten BRAZEROL, a.a.O., S. 181 ff.). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin ihren Irrtum eingesehen und die ihr zugewendeten Fr. 150'000.– (davon Fr. 50'000.– behauptetermassen als Darlehen) den Miterben gegenüber deklariert. Dass weitere, von der Beschwerdeführerin bis anhin verschwiegene ausgleichungs- oder herabsetzungspflichtige Vorgänge im Raum stehen, wurde von den Beschwerdegegnern weder behauptet, noch bestehen aufgrund der Akten Anhaltspunkte dafür. Aus diesem Grund sind weder eine Weisung noch eine Ermahnung zielführend. Eine mildere Massnahme fällt nicht in Betracht.

6.2 Die Absetzung muss sich sodann als verhältnismässig erweisen. Wie die Beschwerdeführerin zurecht ausführt und auch die Vorinstanz feststellte (act. 27 S. 13), liegt ein Nachlass von geringer Komplexität vor. Es gibt weder Liegenschaften noch Portfolios, die verwaltet werden müssten, Barvermögen und Hausrat sind bescheiden (vgl. act. 30, act. 3/10). Die verbleibenden Aufgaben der Beschwerdeführerin als Willensvollstreckerin beschränken sich auf die Vorbereitung

und den Vollzug der Erbteilung (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Hierzu bedarf sie der Zustimmung der beiden Miterben (Beschwerdegegner). Zwar ist der vorinstanzliche Hinweis, eine gütliche Einigung dürfte angesichts der zerrütteten Verhältnisse nicht zu erzielen sein, nachvollziehbar. Allerdings ist vorliegend in Berücksichtigung der ausgleichungs- und herabsetzungspflichtigen lebzeitigen Zuwendungen der Erblasserin an sie anzunehmen, dass sie nichts mehr aus der Erbmasse erhält. Wie erwähnt, dient die Willensvollstreckeraufsicht primär der zukunftsgerichteten Ordnung und nur sekundär einer Disziplinierung (E. II./2.4). Für die Beschwerdegegner resultieren aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin entsprechend dem erblasserischen Willen das Willensvollstreckermandat zu Ende führt, keine ersichtlichen negativen Folgen. Eine Absetzung ist aus diesem Grund nicht verhältnismässig.

6.3 Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid insoweit, als die Beschwerdeführerin mit sofortiger Wirkung als Willensvollstreckerin im Nachlass von D._____ abgesetzt wurde, aufzuheben.

III.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO analog; ZK ZPO-FREIBURGHaus / AFHELDt, 3. Aufl., Zürich u.a. 2016, Art. 327 N 24). Die Beschwerdegegner unterliegen vollständig, weshalb ihnen sowohl die Kosten des erstinstanzlichen als auch diejenigen des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei der Liquidation der Prozesskosten sind die Grundsätze von Art. 111 ZPO zu beachten.

2.1 Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 2'000.– fest. Sie erwog, in Angelegenheiten betreffend Willensvollstrecker sei der Streitwert nicht mit dem Nachlasswert von vorliegend Fr. 191'000.– gleichzusetzen. Aufgrund des aufsichtsrechtlichen Charakters des Verfahrens seien ferner deutlich tiefere Kosten als im üblichen Summarverfahren anzusetzen und es rechtfertige sich die Anwendung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips (act. 27 S. 19). Die Be-

schwerdeführerin macht im obergerichtlichen Verfahren geltend, die Vorinstanz habe den Nachlasswert zu Unrecht auf Fr. 191'000.– festgelegt, denn die nutziungsbelastete Liegenschaft befinde sich seit 2009 nicht mehr im Eigentum der Erblasserin. Das Sicherungsinventar zeige, dass das Nachlassvermögen negativ sei (act. 28 S. 5). Sie beantragt, die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien, sollten sie ganz oder teilweise ihr auferlegt werden, auf Basis eines Nachlassvermögens von Fr. 0.– festzusetzen (act. 28 S. 6). Eine derartige bedingte Kostenbeschwerde, die davon abhängig gemacht wird, ob die Beschwerdeführerin in der Hauptsache unterliegt, ist nicht zulässig (vgl. OGer RB170050 vom 8. März 2018 E. 3.1). Es bleibt dabei, dass die erstinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten unbeanstandet blieb (vgl. für die Beschwerdegegner act. 36 S. 5 f.) und zu bestätigen ist. Ausgangsgemäss sind diese Kosten den Beschwerdegegnern aufzuerlegen, wobei sie mit dem von ihnen im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– (vgl. act. 7) zu verrechnen sind.

2.2 Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG sowie unter besonderer Berücksichtigung, dass das aufsichtsrechtliche Beschwerdeverfahren vor der Kammer weniger aufwändig war als das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Die Kosten sind aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– (act. 31) zu beziehen, ihr aber von den Beschwerdegegnern zu ersetzen.

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositivziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 12. April 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Antrag auf Absetzung von A. _____ als Willensvollstreckerin im Nachlass von D. _____, geb. tt. August 1940, gest. tt.mm.2017, wird abgewiesen."
2. Die erstinstanzliche Festsetzung der Entscheidegebühr wird bestätigt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden den Beschwerdegegnern (vorinstanzlichen Beschwerdeführern) auferlegt und aus dem von ihnen bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beschwerdegegnern auferlegt und mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beschwerdegegner werden solidarisch verpflichtet, der Beschwerdeführerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'000.– zu ersetzen.
6. Die erstinstanzliche Festsetzung und Auferlegung der Parteientschädigung wird aufgehoben. Es wird weder für das erstinstanzliche noch das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 36, an die Beschwerdegegner unter Beilage einer Kopie von act. 37 bis 39, sowie an das Bezirksgericht Bülach (Einzelgericht und Kasse) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am:
19. Oktober 2018