

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF230010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 31. Mai 2023

in Sachen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,

Beschwerdeführer

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

D. _____,

Beschwerdegegner

betreffend **Beschwerde gegen den Willensvollstrecker**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Februar 2023 (EA230001)

Erwägungen:

I.

1.

E._____ (fortan Erblasser) verstarb am tt.mm.2014 (act. 3/1). Er hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau F._____ (act. 3/1 E. II; nachverstorben am tt.mm.2021 [act. 3/14 S. 4]) und seinen Sohn A._____ (Beschwerdeführer 1; act. 3/1 E. II) sowie seine beiden Töchter B._____ (Beschwerdeführerin 2; act. 3/1 E. II) und C._____ (Beschwerdeführerin 3; act. 3/1 E. II). Das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Winterthur eröffnete mit Urteil vom 25. September 2014 die öffentliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 11. November 2005 und einen eigenhändigen Nachtrag dazu vom 15. Mai 2009 (act. 3/1 E. I). Zugleich nahm die Vorinstanz davon Vormerk, dass der vom Erblasser als Willensvollstrecker vorgesehene D._____ (Beschwerdegegner oder Willensvollstrecker) dieses Mandat angenommen hatte (act. 3/1 E. IV).

2.

Mit Eingabe vom 10. Februar 2023 reichten die Beschwerdeführer beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur (Vorinstanz) eine Beschwerde gegen den Willensvollstrecker ein. Darin stellten sie folgende Anträge (act. 1 S. 2 f.):

- "1. Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, das Maklerhonorar für den Verkauf des Baulandes in Höhe von CHF 400'000.00, das er Valuta 12. Januar 2017 aus dem Nachlass bezogen hat, auf das Nachlasskonto bei der G._____ (Privatkonto ...) rückzuüberweisen.
2. Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, den Erben einen Vorschlag für die Teilung des Restguthabens auf dem Nachlasskonto G._____ Privatkonto ... (Stand per 31. Oktober 2022 CHF 121'530.26, zuzüglich des vom Beschwerdegegner rückzuüberweisenden Betrages von CHF 400'000.00) zu unterbreiten und das Restguthaben den Erben gemäss genehmigtem Teilungsvorschlag zu überweisen.
3. Die Kosten des Verfahrens seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

4. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, den Beschwerdeführenden für die Aufwendungen im vorliegenden Verfahren eine Parteientschädigung zu entrichten, zuzüglich Mehrwertsteuer."

Mit Urteil vom 15. Februar 2023 wies die Vorinstanz die Beschwerde ab, auferlegte den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– und sprach den Parteien keine Parteientschädigungen zu (act. 7 = act. 9).

3.

3.1. Gegen dieses Urteil erhoben die Beschwerdeführer am 23. Februar 2023 (Datum Poststempel) beim Obergericht des Kantons Zürich Beschwerde, wobei sie folgende Anträge stellten (act. 8 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil der Vorinstanz vom 15. Februar 2023 sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdegegner sei in Gutheissung der bereits vor Vorinstanz gestellten Begehren anzuweisen:
 - 2.1. Das Maklerhonorar für den Verkauf des Baulandes in Höhe von CHF 400'000.00, das er Valuta 12. Januar 2017 aus dem Nachlass bezogen hat, auf das Nachlasskonto bei der G._____ (Privatkonto ...) rückzuüberweisen.
 - 2.2. Den Erben einen Vorschlag für die Teilung des Restguthabens auf dem Nachlasskonto G._____ Privatkonto ... (Stand per 31. Oktober 2022 CHF 121'530.26, zuzüglich des vom Beschwerdegegner rückzuüberweisenden Betrages von CHF 400'000.00) zu unterbreiten und das Restguthaben den Erben gemäss genehmigtem Teilungsvorschlag zu überweisen.
3. Die Kosten des vorinstanzlichen und des zweitinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

4. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, den Beschwerdeführenden für die Aufwendungen im erst- und im zweitinstanzlichen Verfahren eine Parteientschädigung zu entrichten, zuzüglich Mehrwertsteuer."

3.2. Mit Verfügung vom 2. März 2023 setzte die Kammer den Beschwerdeführenden eine Frist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 6'400.– zu leisten (act. 10). Dieser Vorschuss traf mit Valutadatum vom 9. März 2023 bei der Obergerichtskasse ein (act. 12). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. einer vorinstanzlichen Vernehmlassung kann abgesehen werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO; Art. 324 ZPO). Die Beschwerdeschrift (act. 8) ist dem Beschwerdegegner mit dem vorliegenden Endentscheid zuzustellen.

II.

1.

1.1. Die Beschwerdeführer rügen das Verhalten des Willensvollstreckers als gesetzeswidrig (act. 8 S. 4 ff.). Willensvollstrecker stehen, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters (Art. 518 Abs. 1 ZGB). Danach ist der Erbschaftsverwalter bzw. Willensvollstrecker der Behördenaufsicht unterworfen (Art. 518 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 595 Abs. 3 ZGB). Die Erben sind befugt, bei dieser Behörde gegen die vom Erbschaftsverwalter bzw. Willensvollstrecker getroffenen oder beabsichtigten Massregeln Beschwerde zu erheben (OGer ZH, PF160007 vom 31. März 2016, E. II/1; BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 518 N 97). Spricht das Zivilgesetzbuch von einer Behörde, bestimmen die Kantone, welche Gerichts- oder Verwaltungsbehörde sie als zuständig bezeichnen wollen (Art. 54 Abs. 2 SchIT ZGB). Dabei regeln die Kantone auch das Verfahren, soweit nicht die ZPO anwendbar ist (Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB; BSK ZGB II-Kley, 7. A., Art. 54 SchIT N 12–14).

1.2. Im Kanton Zürich beurteilt das Einzelgericht Beschwerden und Anzeigen gegen Willensvollstreckerinnen und Willensvollstrecker (§ 139 Abs. 2 GOG). Das Einzelgericht eröffnet solche Verfahren nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Anstoss von Betroffenen oder Dritten (Hauser/Schweri/Lieber, GOG Kommentar

zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2017, § 139 GOG N 7). Das Einzelgericht wendet dabei die Bestimmungen des summarischen Verfahrens analog an (§ 142a in Verbindung mit § 139 Abs. 2 GOG).

1.3. Das vorliegend bei der Kammer eingereichte Rechtsmittel richtet sich gegen einen (erstinstanzlichen) Beschwerdeentscheid. Solche Entscheide können innert zehn Tagen seit ihrer Mitteilung beim Obergericht angefochten werden. Dabei sind die Art. 319 ff. ZPO sinngemäss anwendbar (Art. 54 SchIT ZGB in Verbindung mit § 139 Abs. 2, § 85 und § 84 GOG). Die Bestimmungen von Art. 319 ff. ZPO gelten dabei für das aufsichtsrechtliche Rechtsmittelverfahren als kantonales Recht (OGer ZH, PF160007 vom 31. März 2016, E. II/1; OGer ZH, PF130013 vom 23. Dezember 2013, E. II/5.2).

2.

2.1. Die Vorinstanz stellte das angefochtene Urteil den Beschwerdeführern am 16. Februar 2023 zu (act. 5). Diese übergaben ihr Rechtsmittel am 23. Februar 2023 und damit rechtzeitig innert der 10-Tagesfrist von § 84 GOG der Post (act. 8 S. 1). Sie leisteten den Kostenvorschuss von Fr. 6'400.– für das obergerichtliche Verfahren ebenfalls fristgerecht (act. 12).

2.2. Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde begründet und mit Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Sie soll sich sachbezogen mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen und darlegen, inwieweit der angefochtene Entscheid unrichtig sei (CHK-Sutter-Somm/Seiler, Art. 321 ZPO N 13 f.). Aus der Begründung muss hervorgehen, dass und weshalb der Entscheid angefochten wird und ob dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Die Beschwerdeführer reichten eine mit Anträgen versehene und begründete Rechtsmittelschrift ein. Damit sind sämtliche formellen Voraussetzungen der Beschwerde erfüllt, weshalb darauf einzutreten ist.

3.

Die Willensvollstreckerbeschwerde richtet sich gegen getroffene, unterlassene oder beabsichtigte Handlungen des Willensvollstreckers (BK ZGB-Künzle, Art. 517–518 N 522). Mit der Willensvollstreckerbeschwerde können dabei auch Ermessensentscheide des Willensvollstreckers angefochten werden (BGE 97 II 11 E. 4; KUKO ZGB-Grüniger, 2. A., Art. 517/518 N 9). Allerdings beschränkt sich die Überprüfungsbefugnis der Aufsichtsbehörde auf das formelle Vorgehen des Willensvollstreckers. Demgegenüber darf die Aufsichtsbehörde materiellrechtliche Fragen nicht behandeln. Dafür ist das Zivilgericht zuständig (BGer, 5D_136/2015 vom 6. (recte: 18.) April 2016, E. 5.2; BGer, 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014, E. 3.1; BGE 91 II 52 E. 1; BGE 48 II 308 E. 1; BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 518 N 98; CHK ZGB-Künzle, 3. A., Art. 517–518 N 87 und 92).

4.

Die Vorinstanz wies die Beschwerde mit folgender Begründung ab: Gemäss Art. 517 Abs. 3 ZGB habe der Willensvollstrecker Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit. Bei einer länger dauernden Tätigkeit dürfe er zudem selbstständig aus dem Nachlass Akontozahlungen beziehen. Die Festsetzung seines Honorars erfolge indessen nicht durch die Aufsichtsbehörde, sondern im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses. Wenn sich der Willensvollstrecker während des laufenden Mandats vorab vom Nachlasskonto ein Honorar auszahle, dann stehe den Erben im Bestreitungsfall ein Rückerstattungsanspruch zu. Dieser sei dann allerdings im ordentlichen Zivilprozess geltend zu machen. Demgegenüber könne die Aufsichtsbehörde den Willensvollstrecker selbst bei Vorliegen eines formellen Mangels nicht zur Rückerstattung des von ihm bezogenen Honorars verpflichten. Das gelte sogar bei krass übersetzten Honorarforderungen. Vorliegend sei der Willensvollstrecker daher berechtigt gewesen, gegen den Willen der Erben aus den Nachlassaktiven eine Akontozahlung für seine Aufwendungen beim Verkauf des Baulandes zu beziehen (act. 7 E. II/3.1–3.3).

5.

5.1. Die Beschwerdeführer halten den vorinstanzlichen Erwägungen im Wesentlichen Folgendes entgegen: Nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung finde auf die Willensvollstreckung subsidiär das Recht des einfachen Auftrages (Art. 394–406 OR) Anwendung. Gemäss Art. 517 Abs. 3 ZGB habe der Willensvollstrecker Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit. Der Bezug von Honoraren oder anderweitigen Vergütungen gehöre indessen offensichtlich nicht zum Auftrag des Willensvollstreckers. Die Vorinstanz habe unter Hinweis auf eine Stelle im Basler Kommentar festgehalten, der Willensvollstrecker dürfe bei länger dauernder Tätigkeit selbstständig zu Lasten des Nachlasses Akontozahlungen beziehen. Unerwähnt lasse die Vorinstanz dabei aber, dass die Autoren an besagter Stelle ausdrücklich festhielten, die Akontobezüge dürften die Höhe der Gesamtvergütung nicht präjudizieren. Dies schliesse zumindest offensichtlich übersetzte Bezüge aus (act. 8 S. 6).

5.2. Weiter machen die Beschwerdeführer geltend, Willensvollstrecker seien verpflichtet, den Erben in einer Schlussabrechnung Vergütungen und Spesenersatz auszuweisen. Diese Verpflichtung mache nur Sinn, wenn der Willensvollstrecker bei Beanstandungen durch die Erben nicht eigenmächtig Bezüge tätigen könne. Wenn die Honorierung strittig sei, habe der Beauftragte seine Forderungen klageweise geltend zu machen. Er sei allenfalls berechtigt, die Herausgabe der Vermögenswerte aufgrund des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts zu verweigern. Abgesehen davon sei ein Maklerhonorar von Fr. 400'000.– offensichtlich übersetzt. Auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne nicht entnommen werden, dass der Willensvollstrecker sich nach eigenem Gutdünken aus dem Nachlassvermögen bedienen dürfe. Es könne nicht in der Kompetenz des Willensvollstreckers liegen, für irgendwelche behaupteten, von den Erben bestrittenen Forderungen eigenmächtig Bezüge aus dem Nachlassvermögen zu tätigen (act. 8 S. 7–11).

5.3. Wenig hilfreich sei, wie die Beschwerdeführer schliesslich geltend machen, der vorinstanzliche Hinweis, die Erben könnten zivilrechtlich gegen den Willensvollstrecker vorgehen. Ein Zivilprozess sei nicht nur kosten-, sondern auch zeit-

aufwändig. Zudem bestehe ein hohes Risiko, dass die Erben nach jahrelangem Zivilrechtsstreit am Ende mit einem Verlustschein dastünden. Vorliegend bestehe zudem die Besonderheit, dass die weiteren am Nachlass beteiligten Erben die Schlussabrechnung des Willensvollstreckers genehmigt und ihm Entlastung erteilt hätten. Sie seien danach wohl nicht mehr berechtigt, auf dem Zivilweg die Rückforderung der bezogenen Maklerprovision von Fr. 400'000.– zu verlangen. Der Willensvollstrecker könne den Beschwerdeführern das Gesamthands- bzw. Einstimmigkeitsprinzip entgegenhalten. Bei einem länger dauernden Mandat dürfe der Willensvollstrecker gestützt auf detaillierte Abrechnungen selbstständig Akontozahlungen aus dem Nachlass beziehen. Diese Zahlungen müssten sich aber im Rahmen des zu erwartenden Willensvollstreckerhonorars halten. Nicht ersichtlich sei, weshalb der Willensvollstrecker anders als "normale" Auftragnehmer das Privileg haben solle, eigenmächtig Bezüge zu tätigen und so die Erben in die Klägerrolle im ordentlichen Zivilprozess zu zwingen. Vielmehr müsse er selbst den Klageweg beschreiten, wenn er seine eigene Entschädigungsforderung durchsetzen wolle (act. 8 S. 11–14).

6.

6.1. Willensvollstrecker haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Der Gesetzgeber regelt die Entschädigung des Beauftragten (Art. 394–406 OR) und des Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB): Während im Auftragsrecht eine Vergütung bloss dann geschuldet ist, wenn sie verabredet oder zumindest üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR), haben Willensvollstrecker einen zwingenden Anspruch auf eine Entschädigung, die zudem "angemessen" sein muss (Art. 517 Abs. 3 ZGB). Entgegen der Beschwerde darf daher das Gericht einen Willensvollstrecker bezüglich der weiteren, vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Entschädigungsmodalitäten, nicht unbesehen dem Auftragsrecht unterstellen. Vielmehr muss es im Einzelfall prüfen, ob eine lückenfü-

lende Anwendung von Auftragsrecht auf den Willensvollstrecker sachgerecht erscheint.

6.2. Der Beschwerdegegner hat das Bauland des Erblassers verkauft und im Gegenzug aus dem Nachlass eine (Makler-)Provision von 2 % zuzüglich Mehrwertsteuer für sich bezogen (act. 3/6). Das Wirken eines Willensvollstreckers umfasst zum einen seine gesetzlichen Kernaufgaben (Art. 518 Abs. 2 ZGB) und zum anderen alle weiteren Tätigkeiten, die er im Rahmen seines Mandates wahrnimmt. Zu diesen weiteren Tätigkeiten zählen beispielsweise die Prozessführung für den Nachlass oder das Vermitteln von Verkaufsgelegenheiten für Nachlassliegenschaften (BK ZGB-Künzle, Art. 517–518 N 401; BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 517 N 31; Künzle, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 326). Ein Willensvollstrecker muss den Kernbereich seines Mandats grundsätzlich persönlich erfüllen (BGE 142 III 9 E. 4.2). Dies folgt aus seiner Stellung als Vertrauensperson des Erblassers (BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 518 N 15). Demgegenüber darf und muss er gegebenenfalls die weiteren Aufgaben fachkundigen Drittpersonen überlassen (KUKO ZGB-Grüniger, 2. A., Art. 517/518 N 4). Der Willensvollstrecker hat Anspruch auf Ersatz der Spesen und Auslagen, wenn er befugterweise Dritte, wie Banken, Vermögensverwalter, Rechtsanwälte oder Liegenschaftsschätzer beizieht (BK ZGB-Künzle, Art. 517–518 N 405). Verfügt der Willensvollstrecker über die nötige Fachkunde, kann er in eigener Person auch solche Aufgaben wahrnehmen, die an sich nicht zum Kernbereich seiner Aufgaben gehören. In diesem Fall hat er Anspruch auf eine zusätzliche Entschädigung (BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 517 N 31).

6.3. Sowohl die angemessene Vergütung als auch die Spesen und Auslagen sind Erbgangsschulden im Sinne von Art. 474 Abs. 2 ZGB. Damit sind sie für die Berechnung der Pflichtteile vom Nachlass abzuziehen (BGE 144 III 217 E. 5.2.2; BGer, 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014, E. 6.1; BSK ZGB II-Staehelin, 7. A., Art. 474 N 12; BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 517 N 33; a.M. CHK ZGB-Wildisen, 3. A., Art. 474 N 13).

7.

7.1. Bei komplexen erbrechtlichen Angelegenheiten erstrecken sich Willensvollstreckermandate häufig über mehrere Jahre. Aus diesem Grund kann ein Willensvollstrecker bei der Übernahme eines konkreten Mandats kaum je mit Bestimmtheit vorhersagen, wie lange dieses dauern wird. Das vorliegende Verfahren bildet keine Ausnahme: Von der Annahme des Willensvollstreckermandats am 4. August 2014 (act. 3/1 E. IV) bis zum Schlussbericht vom 30. November 2022 (act. 3/14 S. 10) verstrichen mehr als acht Jahre. Selbst wenn ein solches Mandat nicht die Haupteinnahmequelle eines Willensvollstreckers bildet, hat dieser dennoch ein legitimes Interesse an einer zeitnahen Vergütung. Dies gilt besonders für professionelle Willensvollstrecker, wie Anwältinnen oder Treuhänder, die regelmässig nicht nur sich selbst, sondern auch ihr Sekretariat oder die vorstehend erwähnten externen Spezialistinnen entschädigen müssen. Darüber hinaus fallen ihnen Sachkosten an, wie namentlich die Miete der eigenen Büroräumlichkeiten oder der Unterhalt ihres EDV-Systems, die anteilmässig abzugelten sind. Einem Willensvollstrecker kann nicht zugemutet werden, bis zum formellen Abschluss seines Mandats auf die Vergütung warten zu müssen. Vielmehr ist er möglichst rasch zu entschädigen. Aus diesem Grund dürfen Willensvollstrecker bei einer längerdauernden Tätigkeit aus dem Nachlass selbstständig Akontovorschüsse beziehen. Das Recht zu solchen Bezügen ist in Lehre und Rechtsprechung seit jeher anerkannt (BGE 144 III 217 E. 5.2.2; BGer, 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014, E. 6.1; BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 517 N 32; BK ZGB-Künzle, Art. 517–518 N 408; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 72 Rz. 46; Hrubesch-Millauer, Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers, AJP 2005, S. 1209 ff., 1217; Jermann, Honorar und Rechenschaftspflicht des Willensvollstreckers, TREX Der Treuhanderexpertise 2009, S. 164 ff., 165).

7.2. Entgegen den Beschwerdeführern muss sich der Willensvollstrecker seine Vorschüsse nicht von den Erbinnen und Erben bewilligen lassen. Eine solche Bewilligungspflicht liesse sich mit der Rechtsnatur der Willensvollstreckung nicht vereinbaren: Der Willensvollstrecker handelt nämlich aus eigenem Recht frei und

selbstständig. Entsprechend können die aus einem Testament begünstigten Personen einen Willensvollstrecker weder bindende Instruktionen erteilen noch ihn absetzen, selbst wenn sich alle diesbezüglich einig wären. Vielmehr handelt der Willensvollstrecker autonom nach den Vorschriften des Erblassers und nach objektiven Gesichtspunkten im Interesse der Erben, Vermächtnisnehmer und Gläubiger (BSK ZGB II-Leu, 7. A., Vor Art. 517–518 N 8 und Art. 518 N 14; CHK ZGB-Künzle, 3. A., Art. 517–518 N 75). Bestünde ein Zustimmungserfordernis zu den einzelnen Vorschussbezügen des Willensvollstreckers, könnten die Erben bzw. ein einzelner Erbe den Willensvollstrecker gewissermassen aushungern, mithin faktisch zur Niederlegung seines Mandats zwingen.

7.3. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorbezüge dürften die Höhe der Willensvollstreckerentschädigung nicht präjudizieren (act. 8 S. 6). Sie berufen sich dabei auf eine Stelle im Basler Kommentar, die sie indessen etwas missverständlich zitieren, heisst es doch dort bloss (BSK ZGB II-Leu, 7. A., Art. 517 N 32): "Bei länger dauerndem Mandat hat der Willensvollstrecker das Recht, selbstständig zu Lasten des Nachlasses *Akontozahlungen* zu beziehen [Belegstellen], welche aber die Höhe der Gesamtvergütung nicht präjudizieren." Der Gesetzeskommentator weist mit anderen Worten auf den provisorischen Charakter der Akontozahlungen hin. Demgegenüber äussert er sich nicht zu deren maximal zulässigen Höhe. Akontozahlungen bilden Zwischenzahlungen, die auf Anrechnung des Schlussbetrages erfolgen. Sie entfalten keine präjudizielle Wirkung. Liegt die Summe der Akontozahlungen unter dem definitiv geschuldeten Betrag, erfolgt eine Nachzahlung zugunsten des Willensvollstreckers. Übersteigen die Akontozahlungen diesen Schlussbetrag, hat der Willensvollstrecker die Differenz den Erben zurückzuerstatten.

8.

Ist wie vorliegend die Höhe der Willensvollstreckerentschädigung strittig, entscheidet das ordentliche Zivilgericht (BGE 78 II 123 E. 1a; BK ZGB-Künzle, Art. 517–518 N 411; KUKO ZGB-Grüniger, 2. A., Art. 517/518 N 21). Das Aufsichtsverfahren (Art. 518 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 595 Abs. 3 ZGB) bezweckt nicht, die Grundlage für einen Honorarstreit zu schaffen (BGer, 5D_136/2015 vom

6. [recte: 18.] April 2016, E. 5.2 und 6.2). Alleine das Zivilgericht prüft die Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien und legt die endgültige Höhe der Entschädigung fest. Bedeutungslos ist dabei, ob der Willensvollstrecker seine Entschädigung vorschussweise bereits ganz oder teilweise aus dem Nachlass bezogen hat. Es handelt sich dabei – wie oben dargelegt – bloss um Akontozahlungen. Mangels sachlicher Zuständigkeit darf sich die Aufsichtsbehörde nicht zur angemessenen Höhe des Willensvollstreckerhonorars äussern. Die Aufsichtsbehörde verteilt auch keine Parteipollen für einen späteren Zivilprozess. Folglich kann entgegen der Beschwerde (act. 8 S. 12) offenbleiben, wer in einem Zivilprozess gegen wen klagen müsste und ob eine solche Klage erfolgversprechend wäre.

9.

Zusammenfassend ist kein Fehlverhalten des Willensvollstreckers ersichtlich. Ein allfälliger Honorarstreit wäre nach dem Gesagten durch das ordentliche Zivilgericht zu behandeln. Entsprechend ist der Willensvollstrecker auch nicht anzuweisen, den Erben einen Teilungsvorschlag zu unterbreiten, wie Ziffer 2.2 des Beschwerdewerkmittelbegehrens beantragt (act. 8 S. 3). Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

III.

1.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung je zu einem Drittel aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

2.

Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Willensvollstreckerbeschwerden sind Angelegenheiten vermögensrechtlicher Natur (BGer, 5A_214/2022 vom 30. März 2022, E. 1).

Steht wie hier die Amtsführung des Willensvollstreckers zur Diskussion, ist der Streitwert an die tatsächliche oder mutmassliche Honorarforderung des Willensvollstreckers als Bemessungskriterium anzuknüpfen (OGer ZH, PF180003 vom 20. März 2018, E. III/2; Engler/Jent-Sørensen, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines "eigenartigen" Verfahrens, SJZ 2017, S. 421 ff., 429). Die Beschwerdeführer beantragten, der Beschwerdegegner habe Fr. 400'000.– auf das Nachlasskonto zurückzuüberweisen. Entgegen der Beschwerde (act. 1 S. 5) und der Vorinstanz (act. 7 E. III/1) spielt es dabei keine Rolle, in welchem Verhältnis dieser Betrag zwischen den Erben aufgeteilt werden soll. Lautet das Rechtsbegehren auf eine bezifferte Geldforderung, so entspricht dieser Betrag grundsätzlich dem Streitwert (KUKO ZPO-Kölz, 3. A., Art. 91 N 4; DIKE-Komm.-Diggelmann, 2. A., Art. 91 ZPO N 15: als Streitwert gilt der Bruttowert der verlangten Leistung). Massgeblich ist mit anderen Worten die eingeklagte Summe, die sich vorliegend auf Fr. 400'000.– beläuft. Dies führt zu einer einfachen Gerichtsgebühr von Fr. 18'750.–, welche vorliegend auf Fr. 6'400.– zu reduzieren ist (§ 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG). Dieser Betrag ist mit dem von den Beschwerdeführern geleisteten Vorschuss von Fr. 6'400.– (act. 12) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.

Die Beschwerdeführer unterliegen im vorliegenden Rechtsmittelverfahren. Ausgangsgemäss haben sie daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Dem Beschwerdegegner ist durch das Rechtsmittelverfahren kein nennenswerter Aufwand entstanden, weshalb ihm auch keine Entschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'400.– festgesetzt, den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung je zu einem Drittel auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeschrift (act. 8), sowie an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht summarisches Verfahren, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Fr. 400'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am:
1. Juni 2023