



Schiedsfähigkeit von und Schiedsverfahren in Erbsachen: Einleitung

Hans Rainer Künzle¹

Am 6. September 2019 fand an der Universität Zürich ein von mir geleitetes und vom Schweizerischen Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE) durchgeführtes Seminar zum obgenannten Thema statt. Aus Deutschland, Österreich, Liechtenstein und der Schweiz konnten renommierte Referenten gewonnen werden, welche die beiden Themen jeweils für ihre Länder behandelt haben. In der Nummer 1/2020 und 2/2020 der Zeitschrift *successio* werden einzelne der total 8 Vorträge in schriftlicher Fassung erscheinen.

Schiedsfähigkeit von Erbsachen in der Schweiz

Mein Vortrag zur *Schiedsfähigkeit von Erbsachen in der Schweiz* ist bereits als Artikel in der Festschrift für Peter Breitschmid erschienen, und deshalb sollen hier nur die wichtigsten Resultate wiedergegeben werden:

Problembereiche liegen etwa bei der Einbindung aller Parteien in das Schiedsverfahren (Behandlung von Minderjährigen oder Personen, welche keinen Kostenvorschuss leisten können),² bei möglicher-

weise ungültigen letztwilligen Verfügungen (betrifft das auch die Schiedsklausel?)³ und bei der Frage, ob die einseitige Anordnung durch den Erblasser verbindlich sei.⁴ Nach Abschluss der IPRG-Revision⁵ sollten einseitige Schiedsklauseln in Testamenten (allgemein) gültig sein, soweit sie nicht in unzulässiger Weise in die Rechte Dritter eingreifen.⁶ Es ist allerdings nicht ganz einfach, dies für die Erbsachen genau zu bestimmen.⁷

1 Prof. Dr. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich (www.rwi.uzh.ch/lehre/forschung/tp/tit-kuenzle.html), Of Counsel von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8021 Zürich (www.kendris.com)

2 Derartige Problembereiche können in den Schiedsklauseln berücksichtigt werden; weiter vgl. RICHARD Z. KABAKER/JOSEPH F. MAIER/FRANK GOFTON WARE, *The Use of Arbitration in Wills and Trusts*, ACTEC Notes 1991, 177, 182: «The arbitrator's fee shall be paid by my estate»; denkbar ist auch Drittfinanzierung, vgl. LISA BENCH NIEUWVE/VICTORIA SHANNON SAHANI, *Third Party Funding in International Arbitration*, in *Europe*, 2. A., Alphen aan der Rijn 2017, S. 219, 236 f.

3 Nach *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395, 403 f. (1967) muss die Frage der Gültigkeit der Schiedsklausel von einem staatlichen Gericht entschieden werden.

4 Vgl. BRIDGET A. LOGSTROM, *Arbitration in Estate and Trust Disputes: Fried or Foe?*, ACTEC Journal 2005, 266, 267 ff.

5 Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit), www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vn-ber-d.pdf, S. 20 f.

6 Vgl. WERNER WENGER/CHRISTOPH MÜLLER, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3. A., Zürich 2013, Art. 178 IPRG N 63 ff.; noch weiter gehen PETER GEORG PICHT/LENNART CHROBAK, *Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision*, Teil II, SJZ 114 (2018) 233, 239, welche im Gesetz festhalten möchten, dass der Erblasser nicht in unzulässiger Weise in die Rechte der Erben eingreifen darf; das ist m.E. nicht notwendig, weil bereits durch den *ordre public* abgedeckt.

7 Das ist bei einem staatlich kontrollierten Verfahren wie dem Probate Verfahren in den USA noch viel schwieriger, vgl. EDWARD F. SHERMAN, *Arbitration in Wills and Trusts – From George Washington to an uncertain present*, *Arb. L. Rev.* 2017, 83: «The myriad details of day-to-day administration should not be up for challenge in arbitration ... Arbitration might only be permitted, for example, as to dispositive and irreparable actions by the executor/trustee».

1. Die Schiedsfähigkeit ist in folgenden Fällen gegeben

- Das Schiedsgericht kann *feststellen, wer die Erben sind*, unabhängig davon, ob diese gesetzliche oder eingesetzte Erben sind.⁸
- Umstritten ist die Schiedsfähigkeit der *Ungültigkeitsklage* (Art. 519 ff. ZGB), weil davon unter Umständen auch die Gültigkeit der Schiedsklausel betroffen ist.⁹ M.E. ist diese Frage schiedsfähig,¹⁰ weil sie nur unter den Parteien wirkt,¹¹ keine Ausschlussgründe greifen¹² und die Frage der Gültigkeit der Schiedsklausel separat zu beurteilen ist.¹³

8 Vgl. MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 2006, 375, 382 f., welcher darauf hinweist, dass das Schiedsurteil nur unter den am Verfahren Beteiligten wirkt; LENNART CHROBAK, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, Zürich 2018, N 372 ff.; ebenso für das deutsche Recht: WALTER KRUG, in: Walter Krug (Hrsg.), *AnwaltFormulare Erbrecht*, 5. A., Angelbachtal 2014, Erbrecht § 23 N 5; DIETMAR CZERNICH, Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in: Francesco A. Schurr (Hrsg.), *Festschr. Bernhard Eccher*, Wien 2016, S. 275, 285, weist auf eine Besonderheit in Österreich hin: Da § 564 ABGB es zulässt, dass ein Dritter den Erben bestimmt, schränkt dies die Kognitionsbefugnis des Schiedsgerichts ein.

9 Im deutschen Recht ist die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung nach herrschender Lehrmeinung nicht schiedsfähig, vgl. JAN SCHIFFER, *Erbrechtliche Gestaltung: Letztwillige Schiedsklauseln – Möglichkeiten und Hinweise*, BB Beilage 1995 Nr. 5, S. 5.

10 Ebenso MAUERHOFER (Fn. 8), ZBJV 142 (2006), 375, 382; CHROBAK (Fn. 8), N 365 ff.; ebenso für das deutsche Recht: RUDI KOHLER, *Letztwillige Schiedsklauseln*, DNotZ 1962, 125, 129; WOLFGANG EDENHOFER, in: OTTO PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 77. A., München 2018, § 2065 BGB Rn. 7; KARL HEINZ SCHWAB/GERHARD WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. A., München 2005, S. 283; STEFAN BANDEL, *Schiedsklauseln in Testamenten und Erbverträgen*, NotBZ 2005, 381, 384; KRUG (Fn. 8), *Erbrecht* § 23 N 5; ULRICH HAAS, *Internationales Verfahrensrecht in «Erbsachen»*, in: Rembert Süß (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 4. A., Angelbachtal 2019, N 67.

11 Vgl. MICHAEL SCHLUMPF, *Testamentarische Schiedsklauseln*, Diss. Zürich 2011, N 442.

12 In Deutschland hat der Gesetzgeber 2005 die umstrittene Frage durch eine Ergänzung von § 1040 Abs. 1 ZPO im Sinne der Schiedsfähigkeit entschieden, vgl. Beschluss vom 5. Dezember 2005, BGBl. I 3202 und 3354.

13 Vgl. CHROBAK (Fn. 8), N 371; CZERNICH (Fn. 8), S. 275, 284: «Wie für Schiedsvereinbarungen in Verträgen gilt auch für Schiedsklauseln in Testamenten das Trennungsprinzip ... , wonach der Wegfall jener Vereinbarung, in die die Schiedsvereinbarung eingebettet ist, an der

- Bei der *Herabsetzungsklage* (Art. 522 ff. ZGB) bestehen Bedenken, ob diese schiedsfähig sei, weil Pflichtteile betroffen sind, deren Schiedsfähigkeit von vielen verneint wird.¹⁴ Ausgehend von der Schiedsfähigkeit der Pflichtteile,¹⁵ ist m.E. auch die Herabsetzungsklage schiedsfähig,¹⁶ ebenso wie die damit verwandte Frage der *Ausgleichung* (Art. 626 ff. ZGB).¹⁷

- Die *Erbteilungsklage* (Art. 604 ZGB) ist schiedsfähig,¹⁸ wie bei der Herabsetzungsklage stören die Pflichtteile nicht.

- Die *Auskunftsklage* (Art. 607/610 ZGB) ist schiedsfähig, selbst wenn sie gegen den Willensvollstrecker (im ordentlichen Verfahren) geführt wird.¹⁹

- Die *Auslegung des Testaments* ist schiedsfähig,²⁰ nicht aber dessen Ergänzung.²¹

2. Die Schiedsfähigkeit fehlt in folgenden Fällen

- *Sichernde erbrechtliche Massnahmen nach Art. 551 ff. ZGB* (Siegelung, Inventar, Erbenruf und Erbschaftsverwaltung) sind in dem Sinne

Gültigkeit der Schiedsklausel so lange nichts ändert, als diese bei isolierter Betrachtung gültig ist».

14 Vgl. THOMAS MÜLLER/MARKUS WIRTH, *Gerichtsstandsgesetz*, Zürich 2001, Art. 18 GestG N 53.

15 Vgl. hinten, 3.

16 Ebenso SCHLUMPF (Fn. 11), N 444 ff. (ein Urteil wirkt nur unter den Parteien); CHROBAK (Fn. 8), N 377 ff.

17 Vgl. SCHLUMPF (Fn. 11), N 454 ff.; CHROBAK (Fn. 8), N 414 ff.; ebenso KRUG (Fn. 8), *Erbrecht* § 23 N 5.

18 Vgl. SCHLUMPF (Fn. 11), N 450 ff. (auch die Behörde nach Art. 609 ZGB ist an die Schiedsklauseln gebunden); CHROBAK (Fn. 8), N 408 ff.; ebenso zum deutschen Recht BGH VII ZR 191/57 vom 30.04.1959, NJW 1959, 1493: Durch einen Schiedsvertrag kann dem Schiedsrichter die Auseinandersetzung einer Miterbengemeinschaft übertragen werden; KRUG (Fn. 8), *Erbrecht* § 23 N 5 und 54 f.; ebenso zum spanischen Recht JOSE MARIA FIGAREDO, *Spanish Arbitration Act, Article 10 (Testamentary Arbitration)*, in: Carlos Gonzalez-Bueno (Hrsg.), *The Spanish Arbitration Act: A commentary*, Madrid 2016, S. 61, 63.

19 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker in der Erbteilung*, successio 7 (2013) 2, 14, mit Verweis auf HANS RAINER KÜNZLE, *Berner Kommentar zu Art. 517–518 ZGB*, Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517–518 ZGB N 221 und 452.

20 Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 8), *Erbrecht* § 23 N 5.

21 Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 8), *Erbrecht* § 23 N 6; SCHIFFER (Fn. 9), BB Beilage 1995 Nr. 5, S. 5.



nicht schiedsfähig,²² als sie zwingend den zuständigen Behörden zugewiesen sind.²³

- Weitere sichernde Massnahmen sind ebenfalls nicht schiedsfähig:²⁴
- Die *Testamentseröffnung* (Art. 556 ff. ZGB) und die *Ausstellung der Erbbescheinigung* (Art. 559 ZGB) sind nicht schiedsfähig,²⁵ eine Schiedsklausel hindert somit dieses (staatliche) Verfahren nicht.²⁶ Wenn allerdings die Stellung eines Erben umstritten ist, kann diese Frage von einem Schiedsgericht entscheiden werden.²⁷
- Nicht schiedsfähig ist auch die *Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses* (Art. 517 Abs. 3 E-ZGB²⁸).²⁹
- *Statusfragen* im Zusammenhang mit dem Nachlass (z.B. ob der Erblasser der Vater von jemandem ist oder ob eine Ehe Bestand hat) sind nicht schiedsfähig.³⁰

- Ebenso kann ein Schiedsgericht nicht darüber befinden, ob ein Gegenstand zum Nachlass gehört oder nicht,³¹ weil dies Dritte betrifft und keine rein erbrechtliche Angelegenheit ist.
- Schliesslich kann die *Erbschaftsklage* (Art. 598 ff. ZGB) in dem Umfang nicht Gegenstand eines vom Erblasser (einseitig) angeordneten Schiedsgerichts sein, als Dritte betroffen sind, weil dies nicht von der Verfügungsbefugnis des Erblassers erfasst wird.³²
- Klagen im Zusammenhang mit *nicht vermögensrechtlichen Auflagen* (wie Beerdigung oder Trauerfeier) fehlt die Schiedsfähigkeit.³³

3. Zu den Pflichtteilen ist Folgendes zu sagen:

- Eine Schiedsvereinbarung bzw. eine Schiedsklausel ist (im wesentlichen) *prozessrechtlicher Natur*³⁴ und belastet den Pflichtteil nicht.³⁵ Die freie Verfügbarkeit ist gegeben, weil man auf den Pflichtteil verzichten kann.³⁶ Die beiden Rechtswege (staatliche Gerichte und Schiedsgerichte) sind gleichwertig, und deshalb stellt das Schiedsgericht keine Belastung dar.³⁷ Fragen kann man sich allenfalls, ob die fehlende unentgeltliche Rechtspflege³⁸ eine (unzulässige) Belastung dar-

22 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, Der Erbrechtsprozess unter der schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, *successio* 7 (2013) 354, 367; MÜLLER/WIRTH (Fn. 14), Art. 18 GestG N 52, mit Verweis auf Art. 26 Abs. 1 des Konkordats; MATTHIAS MAURER, Der Vergleichsvertrag, Zürich 2013, S. 121; JULIEN PERRIN, De l'arbitrabilité des litiges successoraux, *ASA Bulletin* 2006, 417, 421; ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 8), Erbrecht § 23 N 7.

23 Vgl. MAUERHOFER (Fn. 8), ZBJV 142 (2006), 375, 379 f. und 385.

24 Vgl. SCHLUMPF (Fn. 11), N 465: Weil der Schutz der öffentlichen Ordnung bezweckt wird, besteht eine zwingende örtliche Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers; SYBILLE PESTALOZZI-FRÜH, Erbvertragliche Schiedsklauseln/Schiedsverträge im Bereich des Erbrechts/Kollisionsrechtliche Aspekte bei solchen Schiedsverfahren, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), *Schiedsgerichte in Erbsachen*, Zürich 2010, S. 195, 199 f.

25 Ebenso für das deutsche Recht BayObLG 1Z BR 116/99 vom 19.10.2000 (Fürsorgeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit), ZErB 2001, 31 = BayObLGZ 2000, 279 = FamRZ 2001, 871, 873 = NJWE-FER 2001, 50 = NotBZ 2005, 381 = ZEV 2001, 190.

26 Vgl. zum deutschen Recht BayObLG1 ZBR 116/99 vom 14.02.2001 (Fn. 25), FamRZ 2001, 871, 872.

27 Vgl. BANDEL (Fn. 10), NotBZ 2005, 381 Fn. 8.

28 Vgl. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vor entw-d.pdf>.

29 Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 8), Erbrecht § 23 N 7; BANDEL (Fn. 10), NotBZ 2005, 381, 382; PERRIN (Fn. 22), ASA 2006, 417, 421 f.

30 Vgl. MAURICE COURVOISIER/WERNER WENGER, in: Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Zürich 2016, Art. 354 ZPO N 11; ebenso für das österreichische Recht IRENE WELSER/GREGOR KLAMMER, *Unilateral Arbitration Clauses*, *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2018, S. 3, 19; CZERNICH (Fn. 8), S. 275, 283; ebenso zum spanischen Recht FIGAREDO (Fn. 18),

S. 61, 63, mit Verweis auf einen höchstgerichtlichen Entscheid vom 28.11.1992.

31 Vgl. PETER WEIMAR, in: Heinz Hausheer et al. (Hrsg.), *Berner Kommentar zu Art. 457–516 ZGB*, Bern 2009, Art. 482 ZGB N 16; ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 8), Erbrecht § 23 N 7.

32 Vgl. SCHLUMPF (Fn. 11), N 459 ff.; CHROBAK (Fn. 8), ebenso für das deutsche Recht SCHIFFER (Fn. 9), *Beilage* 1995 Nr. 5, S. 5.

33 Vgl. HANS MICHAEL RIEMER, *Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB bei internationalen Schiedsgerichten* (Art. 177 Abs. 1 IPRG), in: Viktor Lieber et al. (Hrsg.), *Festschr. Guido von Castelberg*, Zürich 1997, S. 213, 219; CHROBAK (Fn. 8), N 364.

34 Vgl. DANIEL GIRSBERGER/SIMON GABRIEL, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht*, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), *Festschr. Pierre Tercier*, Zürich 2008, 819 ff., welche allerdings noch einzelne materiell-rechtliche Komponenten sehen.

35 Ebenso ULRICH HAAS, *Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, *ZZZ-PInt* 2016, 323, 339; zum österreichischen Recht vgl. CZERNICH (Fn. 8), S. 275, 286, welcher darauf hinweist, dass sich nach § 1391 ABGB «die Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen nach Prozessrecht beurteile».

36 Ebenso TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich 2014, N 369.

37 Ebenso für Österreich CZERNICH (Fn. 8), S. 275, 286.

38 Auf diesen Problempunkt hat schon THOMAS SUTTER-SOMM/NICOLAS GUT, *Schiedsgerichte in Erbsachen: Die*

stelle. Dem sollte in der Schiedsvereinbarung/Schiedsklausel dadurch begegnet werden, dass die Kosten und Vorschüsse durch den Willensvollstrecker aus dem Nachlass bezahlt werden.

- Es besteht Einigkeit darüber, dass die Erben in einem Erbvertrag ein Schiedsgericht gültig vereinbaren können. Da die Erben im Erbvertrag gültig auf Pflichtteile verzichten können, zeigt dies die *Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen*.³⁹
- Man kann sich die Frage stellen, ob sich die Erben gefallen lassen müssen, dass der Erblasser Ihnen ein Schiedsgericht *einseitig* aufzwingt, welches (auch) über Pflichtteile befindet? Das ist (wiederum) eine Frage des Prozessrechts (Gleichwertigkeit beider Rechtswege), welche demnächst in der ZPO positiv beantwortet wird.⁴⁰ In der Schweiz sind zudem keine mit § 2220 BGB vergleichbaren Bestimmungen im Erbrecht vorhanden, welche eine Ausnahme wegen Verstosses gegen den *ordre public* verlangen würden.

4. Zur Aufsicht über den Willensvollstrecker ist Folgendes zu sagen:

- Das Verhältnis zwischen Willensvollstrecker und Erben ist *rein privatrechtlicher Natur*⁴¹ und somit grundsätzlich einem Schiedsgericht zugänglich.⁴² Die Aufsicht über den Willensvollstrecker kann sowohl privatrechtlicher als auch verwaltungsrechtlicher Natur sein.⁴³ Die für die

Schiedsfähigkeit notwendige *vermögensrechtliche Natur* ist gemäss Bundesgericht grundsätzlich gegeben.⁴⁴ Die für die (nationale) Schiedsfähigkeit (zusätzlich) verlangte *freie Verfügbarkeit* ist ebenfalls gegeben, weil der Willensvollstrecker jederzeit von seinem Amt zurücktreten kann.⁴⁵ Die Schiedsklausel ist (im wesentlichen) *prozessrechtlicher Natur*,⁴⁶ weshalb es grundsätzlich keine materiell-rechtlichen Hindernisse aus dem Erbrecht gibt.⁴⁷

- Es ist zu prüfen, ob die *eigenartigen Wirkungen des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit*⁴⁸ ein Hindernis darstellen.⁴⁹ Zunächst ist festzuhalten, dass das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Schiedsfähigkeit nicht völlig ausschliesst.⁵⁰ Mangels Regelung im ZGB bestimmen nach Art. 54 Abs. 3 SchlT die Kantone das Verfahren. Soweit die Kantone Verwaltungsbehörden einsetzen,⁵¹ kommt ein verwaltungsrechtliches Verfahren zur Anwendung, welches

SELZENER, Zur Entlassung des Testamentsvollstreckers durch ein testamentarisch eingesetztes Schiedsgericht, ZEV 2010, 285, 286: keine «echte privatrechtliche Streitigkeit», weil nicht nur der Antragsteller, sondern eine unbestimmte Anzahl weiterer Personen betroffen sind.

- 44 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Roland Fankhauser et al. (Hrsg.), Festschr. Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 933, 934, mit Verweis auf BGer. 5A_794/2011 vom 16.02.2012 E. 1; in dieser Entscheidung wurde zwar Art. 72 BGG und nicht Art. 177 IPRG ausgelegt, diese Anlehnung macht aber Sinn, vgl. RIEMER (Fn. 33), S. 213, 215, der darauf hinweist, dass eine überwiegend vermögensrechtliche Natur genügt.

- 45 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 382.

- 46 Vgl. GIRSBERGER/GABRIEL (Fn. 34), S. 819 ff.

- 47 Ebenso KARLHEINZ MUSCHELER, Letztwillige Schiedsklauseln im deutschen Recht, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2010, S. 91, 95 f., welcher insbesondere darauf hinweist, dass weder die fehlende Testierfreiheit des Erblassers noch die übermässige Bindung durch eine Auflage ein Hindernis sein können.

- 48 Vgl. dazu THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen Verfahrens», SJZ 113 (2017) 421, 428 ff.

- 49 Vgl. NATHALIE VOSER, Arbitrability and the Applicable Law in the Claims Resolution Process for Dormant Accounts in Switzerland, Arbitration International 1999, 239: «areas in which a state authority participates in private disputes, such as ... non-contentious jurisdiction ... are typically non-arbitrable. In these fields, the tendency is to allow arbitration wherever there is no clear mandatory exclusion in the *lex arbitri*».

- 50 Vgl. etwa PICHT/CHROBAK (Fn. 6), SJZ 114 (2018) 233, 240 f.

- 51 Zu einer aktuellen Liste der Aufsichtsbehörden vgl. www.successio.ch/index.php?id=146.

Sicht des Prozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2010, S. 138, 152 f., hingewiesen.

- 39 Ebenso PIERRE TERCIER, Arbitrage et successions – Un partenariat impossible?, in: Alexandra Rumo-Jungo et al. (Hrsg.), Festschr. Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 442, 454; darauf weist auch der BGH in seinem Urteil BGH I ZB 50/15 vom 16.03.2017, MDR 2017, 771 = NotB 2017, 257, Rn. 41, hin.

- 40 Art. 358 Abs. 2 ZPO und Art. 178 Abs. 4 IPRG werden neu gefasst, vgl. www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/4149.pdf: Art. 358 E-ZPO: «Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss»; Art. 178 Abs. 4 E-IPRG: «Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss».

- 41 Vgl. BGE 90 II 376 E. 2; BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 518.

- 42 Vgl. SCHWAB/WALTER (Fn. 10), Kap. 1 N 2.

- 43 Autoren, welche die Aufsicht über den Willensvollstrecker als nicht privatrechtlich bezeichnen: FELIX DASER, in: Thomas Müller et al. (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Art. 1 LugÜ N 19; ANDRÉ BLOCH, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, Zürich 2003, S. 5; für das deutsche Recht: WILHELM



die Schiedsfähigkeit tatsächlich hindert.⁵² Soweit die Kantone Gerichte als Aufsichtsbehörden einsetzen, kommt ein zivilrechtliches Verfahren zur Anwendung,⁵³ und ist Schiedsfähigkeit gegeben. In der laufenden Revision des Erbrechts wird verlangt, dass nur noch Gerichte die Aufsicht über den Willensvollstrecker ausüben sollen,⁵⁴ womit diese Differenzierung möglicherweise verschwindet.

- Das Schiedsverfahren betreffend Aufsicht über den Willensvollstrecker kann – wie seine Bestellung selbst⁵⁵ – *nur einseitig vom Erblasser angeordnet* werden,⁵⁶ was bisher soweit ersichtlich noch niemand gefordert hat, weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre.⁵⁷ Ein derart angeordnetes Schiedsverfahren gilt für alle Betroffenen und wer sich an einem solchen Verfahren nicht beteiligt, verwirkt damit auch sein Beschwerderecht gegen den Schiedsspruch.
- Das *Antragsrecht jedes einzelnen Betroffenen*⁵⁸ stört nicht, weil es auch bei den (im ordentlichen Verfahren) vor dem Richter durchgeführten Absetzungsverfahren vorhanden ist und diese Verfahren unstreitig schiedsfähig sind. Dass das Schiedsgericht nicht von sich aus tätig wird, stört ebenfalls nicht, weil ein Tätigwerden der staatlichen Behörden von Amtes wegen offenbar kaum

je vorkommt⁵⁹ und deren disziplinarisches Eingreifen weiterhin möglich bleibt.

- Kern des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker ist ein *kontradiktorisches Verfahren*,⁶⁰ welches schiedsfähig ist.⁶¹ Damit sind die sog. sachbezogenen Massnahmen (Empfehlungen, Weisungen und Verbote),⁶² aber auch die Suspendierung und Absetzung des Willensvollstreckers⁶³ gemeint.
- Wenn die Aufsichtsbehörde *vorsorgliche Massnahmen* (wie Grundbuch- oder Kontensperre) anordnen will,⁶⁴ muss sie – wie bei anderen Schiedsverfahren in Erbsachen auch – die staatlichen Behörden beiziehen, weil diese Massnahmen nicht schiedsfähig sind.
- Nicht schiedsfähig sind *disziplinarische Massnahmen* (insbesondere Ordnungsbussen und die Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB),⁶⁵ weil diese den staatlichen Gerichten vorbehalten sind (*ordre public*).
- Dieses Ergebnis deckt sich mit der im *Stiftungsrecht* vorwiegend vertretenen Auffassung, dass das Aufsichtsverfahren über den Stiftungsrat schiedsfähig sei.⁶⁶ Ähnlich ist auch die Absetzung eines Trustee schiedsfähig, aber diese An-

52 Ebenso PESTALOZZI-FRÜH (Fn. 24), S. 195, 200, und bei der Stiftungsaufsicht LIATOWITSCH, vgl. hinten, Fn. 66.

53 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 554: entsprechende Anwendung von Art. 248 ff. ZPO.

54 Vgl. Art. 518 Abs. 4 VE-ZGB, vgl. Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf, S. 5.

55 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 17.

56 Ähnlich wie bei der Bestellung des Willensvollstreckers (BK-KÜNZLE [Fn. 19], Art. 517–518 ZGB N 18) kann die Schiedsklausel aber sehr wohl in einem Erbvertrag oder Vertrag stehen, ist aber immer als einseitige Anordnung zu verstehen; zur Bindungswirkung für den Testamentsvollstrecker vgl. KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL/STEFAN MICHAEL KRÖLL/PATRICIA NACIMIENTO, Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview, in: Patricia Nacimiento et al. (Hrsg.), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, 2. A., Alphen aan der Rijn 2015, S. 4, 25.

57 Mit dieser Anforderung soll den Bedenken begegnet werden, welche WOLFGANG REIMANN, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Erbrecht, §§ 2197–2228 BGB (Testament 2 – Testamentsvollstreckung), Berlin 2016, § 2204 BGB N 6, zum Einbezug aller Beteiligten im Aufsichts- und Beschwerdeverfahren vorgebracht hat.

58 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 519.

59 Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 48), SJZ 113 (2017) 421, 429.

60 Vgl. PETER BREITSCHMID, Was kann noch helfen, wenn Erbenvertretung nicht mehr hilft?, *successio* 12 (2018) 193: «mit der Aufsichtsbehörde (und damit in einem kontradiktorischen Verfahren)»; ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 48), SJZ 113 (2017) 421, 424: «Wird das Einzelgericht Erbschaftssachen als Aufsichtsbehörde (insb. über Willensvollstrecker) in Anspruch genommen, so kommt es ausnahmsweise bereits vor erster Instanz zu einem kontradiktorischen Verfahren»; entsprechend der Entlassung des Testamentsvollstreckers im deutschen Recht, vgl. dazu MUSCHELER (Fn. 47), S. 91, 102 ff.

61 Vgl. dazu vor allem die Ausführungen von MUSCHELER zum echten streitigen Verfahren: KARLHEINZ MUSCHELER, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 2009, 317 ff.; KARLHEINZ MUSCHELER, Die Entscheidung des BGH zur testamentarischen Schiedsklausel für die Entlassung des Testamentsvollstreckers, ZEV 2018, 120, ff.; CZERNICH (Fn. 8), S. 275, 285: «Streitige und kontradiktorische Ansprüche sind von der Schiedsklausel umfasst, auch wenn sie dem Ausserstreitverfahren zugeordnet werden».

62 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 536 ff.

63 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 547 ff.

64 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 539.

65 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 542 ff.

66 Nach MANUEL LIATOWITSCH/ELIANE FISCHER, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Francesco Schurr (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 229, 238 ff., besteht in der Schweiz die Schiedsfähigkeit nur

sicht hat sich im Trustrecht noch nicht durchgesetzt.⁶⁷

- Die Aufsicht über den Willensvollstrecker wird in komplexeren Fällen (Interessenkollision und Auskunft, aber auch Honorar und Haftung)⁶⁸ im ordentlichen Verfahren durchgeführt. Alle diese Verfahren sind (unbestritten) schiedsfähig.

bei internationalen Fällen, weil die verwaltungsrechtliche Komponente bei nationalen Fällen im Wege steht.

⁶⁷ Die Schiedsfähigkeit des Absetzungsverfahrens betreffend eines trustee wird bejaht von ROMAN HUBER, Gerichts- und Schiedsgerichtswahl in trustrechtlichen Angelegenheiten, Diss. Zürich 2013, N 333 ff.; anders NEDIM VOGT/DELPHINE PANNATIER KESSLER, Switzerland, in: Sara Collins et al. (Hrsg.), *International Trust Disputes*, New York 2012, Rz. 31.44; TINA WÜSTEMANN, *Arbitration of Trust Disputes*, in: Christoph Müller et al. (Hrsg.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Zürich 2007, S. 50 f.

⁶⁸ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 19), Art. 517–518 ZGB N 411, 421, 452, 454 und 460.