

# DER MENSCH ALS MASS

Festschrift für Peter Breitschmid

Herausgegeben von

Ruth Arnet

Paul Eitel

Alexandra Jungo

Hans Rainer Künzle



*Peter Breitschmid*

Schulthess **S** 2019

## Schiedsfähigkeit von Erbsachen

### Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	404
1. Schweizerischer Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen.....	404
2. Einseitige Schiedsklauseln (Revision IPRG).....	405
II. Schiedsfähige Erbsachen.....	408
1. Erbrechtliche Klagen.....	411
2. Weitere Gegenstände.....	412
III. Nicht schiedsfähige Erbsachen.....	412
1. Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	412
2. Insbesondere: Die Erbbescheinigung.....	413
3. Weitere Gegenstände.....	414
IV. Streitfall: Pflichtteile.....	414
1. Rechtsprechung.....	414
2. Lehre.....	415
3. Eigene Meinung.....	416
V. Streitfall: Aufsicht über den Willensvollstrecker.....	417
1. Gesetzgebung.....	417
2. Rechtsprechung.....	418
3. Lehre.....	418
4. Eigene Meinung.....	420

---

\* Prof. Dr. oec., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich, Rechtskonsulent in Zürich

## I. Einleitung

### 1. Schweizerischer Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen

- a) Am 11. August 2012 wurde der Schweizerische Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen gegründet. Neben mir nahm (zu meiner Überraschung) auch PETER BREIT-SCHMID teil, obwohl er zur Schiedsgerichtsbarkeit angesichts seiner langen Vergangenheit am Zürcher Obergericht (als Gerichtsschreiber und Ersatzrichter) immer eine gewisse Distanz wahrte.<sup>1</sup> Zu meiner Freude liess er sich auch in den Vorstand des Vereins wählen<sup>2</sup> und arbeitet nun aktiv an der Weiterentwicklung dieser Institution mit.
- b) Der Verein bezweckt gemäss Art. 2 seiner Statuten,<sup>3</sup> die Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen zu fördern, insbesondere durch die Bereitstellung eines institutionellen Schiedsgerichts mit einer Schiedsordnung (inkl. Gebühren- und Honorarordnung) sowie die Ernennung von Schiedsrichtern. Er stützt sich dabei auf die Regeln der Swiss Rules of International Arbitration (kurz: Swiss Rules),<sup>4</sup> da staatliche Sonderregeln für diesen Bereich nicht vorhanden sind.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Vgl. etwa BREIT-SCHMID PETER, Standort und Zukunft des Erbrechts, in: Kamp Annasofia/Kobler Raphael/Lienhard Bettina/Lüdi Michael/Müller Remo (Hrsg.), Peter Breit-Schmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstags, Zürich 2014, S. 147, 217: «Zwar gilt eine Erbteilungsklage als schiedsfähig, doch bleibt die taktische Frage offen, ob ein Schiedsverfahren zweckmässiger sei als ein solches vor staatlichen Gerichten.»

<sup>2</sup> Vgl. <<https://www.schiedsgericht-erbsachen.ch/vereinsvorstand.shtml>>.

<sup>3</sup> Vgl. <<https://www.schiedsgericht-erbsachen.ch/vereinsstatuten.shtml>>.

<sup>4</sup> Vgl. Die Internationale Schweizerische Schiedsordnung – Swiss Rules of International Arbitration der Swiss Chambers' Arbitration Institution, <[https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA\\_german\\_2012.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_german_2012.pdf)>; in den USA geht man zum Beispiel von den «Wills and Trusts Arbitration Rules and Mediation Procedures» der American Arbitration Association aus, vgl. <<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Wills%20and%20Trusts%20Rules%202813%20-%20Archieve%2020215%20Oct%2021%2C%202011.pdf>>, welche seit dem 1. Juni 2012 gelten.

<sup>5</sup> Anders in den USA, wo bisher zwölf Staaten Schiedsregeln für «wills and trusts» erlassen haben, unter anderem die Staaten Washington (1999), Idaho (2005) und Florida (2008): Trust and Estate Dispute Resolution Act (TEDRA), Revised Code of Washington, Chapter 11.96A (<<http://app.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=11.96a>>); 2017 Idaho Statutes, Title 15, Chapter 8, Part 3, ID Code § 15-8-301-305 (<<https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title15/T15CH8PT3/>>) vgl. dazu MAUTNER GAIL E./ORR HEIDI L.G., Procedures under the Uniform Trust Code and Washington's and Idaho's Trust and Estate Dispute Resolution Act, 33 Journal Trust Code and Washington's and Idaho's Statute § 731.401 (<[http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&Search\\_String=&URL=0700-0799/0731/Sections/0731.401.html](http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0731/Sections/0731.401.html)>); weil der Federal Arbitration Act das Thema «wills and trusts» nicht behandelt, bestehen dennoch grosse Unsicherheiten bei der Anwendung, vgl. SHERMAN EDWARD, Arbitration in Wills

- c) Der Verein bietet Muster-Schiedsklauseln an für einen Schiedsvertrag (nach dem Ableben des Erblassers), einen Erbvertrag (vor dem Ableben des Erblassers) und ein Testament, wobei jeweils entsprechende Einschränkungen für deren Verwendung angebracht werden.<sup>6</sup>

- d) Schiedsklauseln für Erbsachen haben (ähnlich wie beim Willensvollstrecker) den Vorteil, dass ein Schiedsrichter, welcher mit der Materie vertraut ist, zum Voraus bestimmt werden kann.<sup>7</sup> Schiedsgerichte eignen sich bei Erbsachen in folgenden Fällen:<sup>8</sup> Streit über die Vermögensanlage, die Bewertung von Nachlassgegenständen, die Auslegung von Testamenten, Honorare und Kosten sowie Streit über Fakten bei klarer Rechtslage.

- e) *Problembereiche* liegen etwa bei der Einbindung aller Parteien in das Schiedsverfahren (Behandlung von Minderjährigen oder Personen, welche keinen Kostenvorschuss leisten können), bei möglicherweise ungültigen letztwilligen Verfügungen (betrifft das auch die Schiedsklausel?)<sup>10</sup> und bei der Frage, ob die einseitige Anordnung durch den Erblasser verbindlich sei,<sup>11</sup> was nachfolgend (Ziff. 2) behandelt wird.

### 2. Einseitige Schiedsklauseln (Revision IPRG)

- a) In der Schweiz sind nationale Schiedsklauseln nach Art. 358 Abs. 1 ZPO gültig, wenn sie *schriftlich* oder in einer anderen Form errichtet werden, welche den Nachweis durch Text erlaubt.<sup>12</sup> Für die internationalen Schiedsklauseln kennt Art. 178 Abs. 1 IPRG eine ähnlich lautende Bestimmung.<sup>13</sup>

and Trusts – From George Washington to an uncertain present, Arb.L.Rev. 9/2017, S. 83 ff.

<sup>6</sup> Vgl. <<https://www.schiedsgericht-erbsachen.ch/schiedsklauseln.shtml>>; zu Musterklauseln aus den USA vgl. ROGERS, JR. JOHN T., Sample Arbitration Clauses for Trusts and Wills, in: Gary Susan N. (Hrsg.), Mediation for Estate Planners – managing family conflict, Chicago 2016, Appendix 14B.

<sup>7</sup> Vgl. LOGSTROM BRIDGET A., Arbitration in Estate and Trust Disputes: Fried or Foe?, ACTEC Journal 2005, S. 266.

<sup>8</sup> Vgl. LOGSTROM, ACTEC Journal 2005 (Fn. 7), S. 266, 266 f.

<sup>9</sup> Derartige Problembereiche können in den Schiedsklauseln berücksichtigt werden, vgl. hinten Ziff. IV.3.a; Z. KABAKER RICHARD/MAIER JOSEPH F./WARE FRANK GOFTON, The Use of Arbitration in Wills and Trusts, ACTEC Notes 1991, S. 177, 182: «The arbitrator's fee shall be paid by my estate [...]»; denkbar ist auch Drittfinanzierung, vgl. NIEUWVELD LISA BENCH/SAHANI VICTORIA SHANNON, Third Party Funding in International Arbitration, in Europe, 2. A., Alpha an der Rijn 2017, S. 219, 236 f.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Vgl. LOGSTROM, ACTEC Journal 2005 (Fn. 7), S. 266, 267 ff.

<sup>12</sup> Vgl. PFISTERER STEFANIE, in: Berner Kommentar, Art. 353–399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014, Art. 358 ZPO N 9 ff.; STACHER MARCO, in: Brunner Alexander/Gasser Do-

b) Bei einem Schiedsvertrag und einem Erbvertrag sind diese Anforderungen sicher eingehalten.<sup>14</sup> Bei einer *Schiedsklausel in einem Testament* ist es nach geltendem Recht fraglich, ob die formellen Anforderungen erfüllt sind.<sup>15</sup> Wenn man daran denkt, dass

minik/Schwander Ivo (Hrsg.), Dike Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2016, Art. 358 ZPO N 9 ff.; MÜLLER-CHEN MARKUS/EGGER RAHEL, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016, Art. 358 ZPO N 8 ff.; FRICK JOACHIM G., in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art. 358 ZPO N 1; GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A., Zürich 2014, Art. 358 ZPO N 1.

<sup>13</sup> Vgl. dazu OETIKER CHRISTIAN, in: Zürcher Kommentar zu Art. 176–194 IPRG, 3. A., Zürich 2018, Art. 178 IPRG N 10 ff.; WENGER WERNER/MÜLLER CHRISTOPH, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schwyder Anton K./Berti Stephen V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. A., Basel 2013, Art. 178 IPRG N 6 ff.; FÜRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/SCHRAMM DOROTHEE, in: Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 176–178 IPRG N 18 ff.

<sup>14</sup> Vgl. PERRIN JULIEN, De l'arbitrabilité des litiges successoraux, ASA Bull. 2006, S. 417, 419 ff.; PESTALOZZI-FRÜH SIBYLLE, Erbvertragliche Schiedsklauseln/Schiedsverträge im Bereich des Erbrechts/Kollisionsrechtliche Aspekte bei solchen Schiedsverfahren, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2010, S. 195, 201; WENNINGER SCHMID RENATE, Testamentarische Schiedsklauseln – nationale und internationale Aspekte, in: Schlupep Walter R./Isler Peter R. (Hrsg.), FS Forstmoser, Zürich 1993, S. 351, 357 f.; Schiedsklauseln in Erbverträgen können allerdings bei internationalen Nachlässen in Ländern wie Italien oder Frankreich, welche Erbverträge nicht kennen, zu Problemen führen, vgl. dazu BANDEL STEFAN, Schiedsklauseln in Testamenten und Erbverträgen, NotBZ 2005, S. 381, 382.

<sup>15</sup> Trotz dünner gesetzlicher Grundlage ist eine Zulässigkeit schon de lege lata gegeben, insbesondere wenn man die Annahme der Erbschaft als ein Akzeptieren der Schiedsklausel ansieht; für eine Zulässigkeit: TERCIER PIERRE, Arbitrage et successions – Un partenariat impossible?, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal/Hürlimann-Kaup Bettina/Fountoulakis Christina (Hrsg.), FS Steinauer, Bern 2013, S. 447, 455 f.; KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2009–2010), successio 4/2010, S. 286, 289; SCHLUMPF MICHAEL, Testamentarische Schiedsklauseln, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2011, N 482 (gestützt auf die Privatautonomie); WEIMAR PETER, in: Berner Kommentar, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009, Art. 462 ZGB N 14; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER (Fn. 13), Art. 178 IPRG N 63. Gegen eine Zulässigkeit: ZR 1981 Nr. 10 E. 3 (für Zürcherische Zivilprozessordnung); SUTTER-SOMM THOMAS/GUT NICOLAS, Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Prozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2010, S. 137, 153 (mangelnde gesetzliche Grundlage in der ZPO); PESTALOZZI-FRÜH SIBYLLE, Testamentarische Schiedsklauseln – ein risikoreiches Unterfangen, successio 5/2011, S. 170 ff.; PIOTET DENIS, La clause arbitrale fondée sur l'acte à cause de mort et la nouvelle procédure civile, successio 5/2011, S. 164 ff.; DIKE Komm-STACHER (Fn. 12), Art. 358 ZGB N 14.

eine Schiedsklausel in einem Vertrag, welchen der Erblasser mit Dritten abgeschlossen hat, für die Erben verbindlich sein kann,<sup>16</sup> sollte man bei letztwillig angeordneten Schiedsklauseln nicht übertriebene Anforderungen stellen. Zudem ist der Gesetzgeber daran, diese Frage für das künftige Recht zu klären<sup>17</sup> und zwar in dem Sinn, dass – wie in den deutschsprachigen Nachbarländern<sup>18</sup> – einseitige Schiedsklauseln zulässig sein sollen. Zu diesem Zweck werden Art. 358 Abs. 2 ZPO und Art. 178 Abs. 4 IPRG neu gefasst.<sup>19</sup> Es genügt zudem, dass *eine* Partei die notwendige Form erfüllt («halbe Schriftlichkeit»)<sup>20</sup> Zu erwähnen ist, dass testamentarische Schiedsklauseln keine (erb-

Ähnlich argumentiert der Texas Supreme Court, welcher die Schiedsklausel in einem Trust für gültig hielt, nachdem der Begünstigte Zuwendungen akzeptiert hat, vgl. Rachal v. Reitz, 403 S.W.3d 840 (Tex. 2013); wegen der Einseitigkeit für unzulässig gehalten wurden Schiedsklauseln in Testamenten und Trusts dagegen in folgenden Fällen in den USA: Schoneberger v. Oelze, 96 P.3d 1078, 1084 (Ariz. Ct. App. 2004); In re Calomiris, 894 A.2d 408, 410 (D.C. 2006).

<sup>16</sup> Vgl. etwa den Fall Collins v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 561 So.2d 952, 953 (La. Ct. App. 1990), in welchem die Erben vergeblich argumentierten, sie hätten die Vereinbarung nicht unterzeichnet. Das Gericht betonte, dass der Erblasser im Vertrag die Verbindlichkeit für die Nachkommen ausdrücklich vereinbart habe.

<sup>17</sup> Vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit), <[https://www.admin.ch/d/d/ogg/pc/documents/2829/Internationale-Schiedsgerichtsbarkeit\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/d/d/ogg/pc/documents/2829/Internationale-Schiedsgerichtsbarkeit_Erl.-Bericht_de.pdf)>, S. 20: «Im Interesse der Rechtssicherheit erscheint es aber angezeigt, diese Frage auf Stufe des Gesetzes zu klären».

<sup>18</sup> Zu Deutschland vgl. § 1066 ZPO-D; HAAS ULRICH, Letztwillige Schiedsverfügungen i.S.d. § 1066 ZPO, ZEV 2007, S. 49 ff.; SCHÜTZE ROLF A., Schiedsgerichte und Schiedsverfahren, 5. A., München 2012, Rn. 335; SCHIFFER JAN, Erbrechtliche Gestaltung: Letztwillige Schiedsklauseln – Möglichkeiten und Hinweise, BB-Beilage 17/1995 Nr. 5, S. 3.

Zu Österreich vgl. § 581 Abs. 2 ZPO-Ö; ÖOGH 20. März 1957, 1 Ob 171/57, JBl 1957, S. 595 (Einrede der testamentarischen Schiedsklausel); WELSER IRENE/KLAMMER GREGOR, Unilateral Arbitration Clauses, Austrian Yearbook on International Arbitration 2018, S. 3 ff.; CZERNICH DIETMAR, Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in: Schurr Francesco A. (Hrsg.), FS Echer, Wien 2016, S. 289 ff.; NÜEBER MICHAEL, Schiedsverfahren von Todes wegen – Gedanken zur testamentarischen Schiedsklausel, JEV 4/2013, S. 118 ff.

Zu Liechtenstein vgl. § 598 Abs. 2 ZPO-FL, NÜEBER MICHAEL/GASSER JOHANNES, The Arbitration Agreement, Arbitration Of Foundation, And Trust Disputes in Liechtenstein, Austrian Yearbook of International Arbitration 2018, S. 25 ff.

<sup>19</sup> Vgl. <<https://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»; PICHET PETER GEORG/CHROBAK LENNART, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision, Teil II, SJZ 10/2018, S. 233, 233 f.

<sup>20</sup> Vgl. BK-PFISTERER (Fn. 12), Art. 358 ZPO N 18.

rechtlichen) Auflagen sind,<sup>21</sup> sondern (im wesentlichen) prozessrechtliche Anordnungen<sup>22</sup> eigener Art.<sup>23</sup> Zu ihrer besseren Durchsetzung können privatorische Klauseln verwendet werden.<sup>24</sup>

c) Einseitige Schiedsklauseln sind (allgemein) gültig, soweit sie nicht in unzulässiger Weise in die Rechte Dritter eingreifen.<sup>25</sup> Es ist nicht einfach, dies für Erbsachen genau zu bestimmen.<sup>26</sup> Zu erwähnen ist jedenfalls, dass Erben (Art. 566 Abs. 1 ZGB) und Vermächtnisnehmer (Art. 577 ZGB) ausschlagen können.

## II. Schiedsfähige Erbsachen

a) Die Schiedsfähigkeit setzt (für nationale Verhältnisse) nach Art. 354 ZPO voraus, dass ein Anspruch vorliegt, über welchen die Parteien frei verfügen können.<sup>27</sup> Diese Voraussetzung ist bei erbrechtlichen Ansprüchen grundsätzlich gegeben und diese sind somit grundsätzlich schiedsfähig.<sup>28</sup> Die freie Verfügbarkheit bezieht sich (wie üblich) auf

<sup>21</sup> Ebenso für das deutsche Recht RGZ IV 2/20 vom 27. September 1920, RGZ 100, S. 76, 77 f.; BANDEL, NotBZ 2005 (Fn. 14), S. 381, 383; MUSCHELER KARLHEINZ, Letztwillige Schiedsklauseln im deutschen Recht, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2010, S. 91, 95 f.; anders SHK-FRICK, Art. 358 ZPO N 5; MAUERHOFER MARC ANDRÉ, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 2006, S. 375, 390.

<sup>22</sup> Vgl. ZR 1982 Nr. 10 E. 3; HARDER FLORIAN, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, Berlin 2007, S. 12 f.; deshalb steht ihnen auch das materielle Erbrecht und insbesondere der erbrechtliche numerus clausus nicht entgegen, anders aber PERRIN, ASA Bull. 2006 (Fn. 14), S. 417, 425 ff.

<sup>23</sup> Vgl. ZR 1982 Nr. 10 E. 3; KRUG WALTER, Schiedsgerichte in Erbsachen – kurzer Überblick über die deutsche Rechtslage, successio 6/2012, S. 158, 160.

<sup>24</sup> Vgl. dazu STAHELIN DANIEL, in: Honsel Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. A., Basel 2015, Art. 482 ZGB N 40.

<sup>25</sup> Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 17), S. 20 f.; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER (Fn. 13), Art. 178 IPRG N 63 ff.; noch weiter gehen PICH/CHROBAK, SJZ 2018 (Fn. 19), S. 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 (vorne Ziff. II.c) abgedeckt.

<sup>26</sup> Das ist bei einem staatlich kontrollierten Verfahren wie dem Probate Verfahren in den USA noch viel schwieriger, vgl. SHERMAN, Art.L.Rev. 2017 (Fn. 5), S. 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».

<sup>27</sup> Vgl. BK-PFISTERER (Fn. 12), Art. 354 ZPO N 9 ff.; COURVOISIER MAURICE/WENGER WERNER, in: Sutter-Somm Thomas/Häsenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016, Art. 354 ZPO N 5 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Urteil des Einzelschiedsrichters (Douglas Hornung, Genf), 19. Juli 2005, ASA Bull. 2008, S. 476 f. E. A.: «En l'espèce, ni l'ordre public suisse ni un ordre public étranger

die von der Anordnung Betroffenen und nicht etwa auf die Testierfreiheit des Erblassers.<sup>29</sup> Zu beachten ist weiter, dass die Regeln über die Schiedsfähigkeit (nach dem neuen Recht – vorne Ziff. I.2.b) ausdrücklich nur entsprechend zur Anwendung kommen.<sup>30</sup>

b) Bei internationalen Verhältnissen verlangt Art. 177 Abs. 1 IPRG (nur), dass ein vermögensrechtlicher Anspruch vorhanden ist,<sup>31</sup> die freie Verfügbarkeit wird (anders als bei Art. 354 ZPO) nicht vorausgesetzt.<sup>32</sup> Es ist unerheblich, aus welchem Rechtsgebiet der Anspruch stammt, weshalb auch erbrechtliche Ansprüche<sup>33</sup> grundsätzlich schiedsfähig sind.<sup>34</sup>

[...] imposerait que le présent litige soit soumis à ne autorité étatique, étant rappelé que les litiges successoraux sont considérés comme des litiges patrimoniaux et que – à ce titre, ils peuvent faire l'objet [...] d'un arbitrage»; SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016, S. 99; TERCIER (Fn. 15), S. 447, 452 f.; BK-PFISTERER (Fn. 12), Art. 354 ZPO N 17; Kommentar ZPO-COURVOISIER/WENGER (Fn. 27), Art. 354 ZPO N 12; MARTIN-SPÜHLER CLAUDIA, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, Art. 28 ZPO N 1.

Ebenso für Liechtenstein WALSER MANUEL, Schiedsfähigkeit im liechtensteinischen Recht, Diss. Zürich, Zürich 2018, S. 269 ff.

Erstausnahmeweise gibt es in den Staaten New York und Michigan (USA) Entscheide, in welchen die Schiedsfähigkeit von erbrechtlichen Ansprüchen abgelehnt wurde, vgl. ROGERS, JR. JOHN T., Arbitration of Estate and Trust Disputes, in: Gary Susan N. (Hrsg.), Mediation for Estate Planners – managing family conflict, Chicago 2016, S. 225, 226.

<sup>29</sup> Vgl. SCHLUMPF MICHAEL, Testamentarische Schiedsklauseln, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2010, S. 215, 228.

<sup>30</sup> Ebenso für das deutsche Recht MUSCHELER (Fn. 21), S. 91, 93 ff.

<sup>31</sup> Vgl. MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 380; Der Anspruch mindestens einer Partei muss ein in Geld bestimmtes Interesse darstellen; GÖKSU TARKAN, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014, N 349; Was ein vermögensrechtlicher Anspruch ist, wird nach der lex arbitri ausgelegt; im Gegensatz dazu wird die Schiedsfähigkeit in der Gesetzgebung von den USA und England nicht erwähnt, vgl. VON SEGESSER GEORG/BELL KATHERINE, Arbitration of Trust Disputes, ASA Bull. 2017, S. 10, 26.

<sup>32</sup> Vgl. CHK-FURERER/GIRSBERGER/SCHRAMM (Fn. 13), Art. 176–178 IPRG N 8; in Österreich sind daneben vergleichsfähige Ansprüche schiedsfähig, vgl. § 582 ZPO-O.

<sup>33</sup> Nicht zu den erbrechtlichen Ansprüchen gehören z.B. Genütigungsansprüche der Angehörigen eines Erblassers, vgl. KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017), successio 12/2018, S. 52, 70, mit Verweis auf Moschke v. Timb-er Ridge Assisted Living Inc., 244 CA4th 583 (2016).

<sup>34</sup> Vgl. Schiedsgericht Genf, 19. Mai 2005, ASA Bull. 2006, S. 474; PERRIN, ASA Bull. 2006 (Fn. 14), S. 417 ff.; SCHLUMPF (Fn. 15), N 327; ZK-OETIKER (Fn. 13), Art. 177 ZGB N 45; BSK IPRG-BRINER (Fn. 13), Art. 177 IPRG N 10; BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 209; RUEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1993, S. 52; MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 381 ff.

c) Als allgemeine Schranke für Schiedsklauseln (und Schiedsverträge) zu beachten sind nicht etwa zwingende Gerichtsstände,<sup>35</sup> wohl aber der (schweizerische) *ordre public*,<sup>36</sup> zu dem die Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen (Delegationsverbot) gehört.<sup>37</sup>

d) In der Schiedsklausel (bzw. Schiedsvereinbarung) kann nach Art. 381 Abs. 1 lit. a ZPO (schweizerischer Nachlass) bzw. Art. 187 Abs. 1 IPRG (internationaler Nachlass) eine *Rechtswahl* getroffen werden, welche allerdings rechtsmissbräuchlich ist, wenn kein genügender Bezug zur gewählten Rechtsordnung besteht.<sup>38</sup> Weiter kann dem Schiedsgericht nach Art. 381 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 187 Abs. 2 IPRG ein *Billigkeitsentscheid* zugestanden werden, bei welchem es (sogar) von zwingenden Bestimmungen des Erbrechts (wie Pflichtteilen) abweichen darf.<sup>39</sup>

e) Das Schiedsgericht hat – innerhalb der gesetzlichen Schranken<sup>40</sup> – diejenigen *Aufgaben*, welche der Erblasser (im Testament) bzw. die Parteien (im Erbvertrag bzw. Schiedsvertrag) festgelegt haben.<sup>41</sup> Nachfolgend sind diese Schranken zu bestimmen, wobei vor allem auf kritische Bereiche eingegangen wird.

<sup>35</sup> So betreffend Art. 86 Abs. 2 IPRG für Nachlassgrundstücke BSK IPRG-BRINER (Fn. 13), Art. 177 IPRG N 12; ORELLI MARELLE, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, 2. A., Alphen an der Rijn 2013, Art. 177 IPRG N 19; anders PERRIN, ASA Bull. 2006 (Fn. 14), S. 417, 422 f.; der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers ist nicht zwingender Natur und steht einem Schiedsgericht deshalb nicht im Wege, vgl. MÜLLER THOMAS/WIRTH MARKUS, Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001, Art. 18 GestG N 49.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 118 II 353 E. 3c; Urteil des Einzelschiedsrichters, ASA Bull. 2008 (Fn. 28), S. 476 f. E. A.; BSK IPRG-BRINER (Fn. 13), Art. 177 IPRG N 12; ORELLI (Fn. 35), Art. 177 IPRG N 20.

<sup>37</sup> Ebenso für das deutsche Recht KRUG WALTER, in: Krug Walter (Hrsg.), Anwaltsformulare Erbrecht, 5. A., Angelbachtal 2014, Erbrecht § 23 N 37.

<sup>38</sup> Vgl. SCHLUMPF (Fn. 15), N 367 ff., insbesondere N 376: die Rechtswahl darf nicht getroffen werden, um Pflichtteile auszuschalten.

<sup>39</sup> Vgl. SYKORA THOMAS, Der schiedsgerichtliche Billigkeitsentscheid, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2011, N 315, der darauf hinweist, dass ein Ausschalten der Pflichtteile durch die Wahl ausländischen Rechts nicht gegen den *ordre public* verstösst (BGE 102 II 136 E. 4); in diesem Sinn auch BREITSCHMID PETER, Standort und Zukunft des Erbrechts, successio 3/2009, S. 276, 308, der für die Möglichkeit der Delegation plädiert statt «hy-perkleinlicher Höchstpersönlichkeit»; in Deutschland sind die Meinungen dazu geteilt, vgl. BANDEL, NotBZ 2005 (Fn. 14), S. 381, 384; anders in Spanien, wo der Oberste Gerichtshof (23. Oktober 1992) die *public policy* verletzt sah durch jeden Verstoß gegen zwingendes Erbrecht, vgl. FIGAREDO JOSE MARIA, Spanish Arbitration Act, Article 10 (Testamentary Arbitration), in: Gonzalez-Bueno Carlos (Hrsg.), The Spanish Arbitration Act: A Commentary, Madrid 2016, S. 61, 63.

<sup>40</sup> Ein Streitgegenstand darf (am Ort des Schiedsgerichts und allen Vollstreckungsorten) nicht zwingend den staatlichen Gerichten zugewiesen sein, vgl. BGE 118 II 193 E. 5c; MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 378.

<sup>41</sup> Vgl. KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 5.

## 1. Erbrechtliche Klagen

a) Das Schiedsgericht kann *feststellen*, *wer die Erben sind*, unabhängig davon, ob diese gesetzliche oder eingesetzte Erben sind.<sup>42</sup>

b) Umstritten ist die Schiedsfähigkeit der *Ungültigkeitsklage* (Art. 519 ff. ZGB), weil davon unter Umständen auch die Gültigkeit der Schiedsklausel betroffen ist.<sup>43</sup> M.E. ist diese Frage schiedsfähig,<sup>44</sup> weil das Urteil nur unter den Parteien wirkt,<sup>45</sup> keine Ausschlussgründe (vorne Ziff. II.c) greifen<sup>46</sup> und die Frage der Gültigkeit der Schiedsklausel separat zu beurteilen ist.<sup>47</sup>

c) Bei der *Herabsetzungsklage* (Art. 522 ff. ZGB) bestehen Bedenken, ob diese schiedsfähig sei, weil Pflichtteile betroffen sind, deren Schiedsfähigkeit von vielen verneint wird (hinten Ziff. IV.1.a und 2.a).<sup>48</sup> Ausgehend von der Schiedsfähigkeit der Pflichtteile (hinten Ziff. IV.3), ist m.E. auch die Herabsetzungsklage schiedsfähig,<sup>49</sup> ebenso wie die damit verwandte Frage der *Ausgleichung* (Art. 626 ff. ZGB).<sup>50</sup>

<sup>42</sup> Vgl. MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 382 f., welcher darauf hinweist, dass das Schiedsurteil nur unter den am Verfahren Beteiligten wirkt; CHROBAK LENNART, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, Zürich 2018, N 372 ff.; ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 5; CZERNICH (Fn. 18), 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.

<sup>43</sup> Im deutschen Recht ist die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung nach herrschender Lehrmeinung nicht schiedsfähig, vgl. SCHIFFER, BB-Beilage 17/1995 Nr. 5 (Fn. 18), S. 5.

<sup>44</sup> Ebenso MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 382; CHROBAK (Fn. 42), N 365 ff.; ebenso für das deutsche Recht KOHLER RUDI, Letztwillige Schiedsklauseln, DNotZ 1962, S. 125, 129; EDENHOFER WOLFGANG, in: Palandt Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 77. A., München 2018, § 2065 BGB, Rn. 7; SCHWAB KARL HEINZ/WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. A., München 2005, Kap. 32 N 26; BANDEL (Fn. 14), NotBZ 2005, S. 381, 384; KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 5; HAAS (Fn. 34), N 67.

<sup>45</sup> Vgl. SCHLUMPF (Fn. 15), N 442.

<sup>46</sup> In Deutschland hat der Gesetzgeber 2005 die umstrittene Frage durch eine Ergänzung von § 1040 Abs. 1 ZPO im Sinn der Schiedsfähigkeit entschieden, vgl. Beschluss vom 5. Dezember 2005, BGBl. I S. 3202 und 3354.

<sup>47</sup> Vgl. CHROBAK (Fn. 42), N 371; CZERNICH (Fn. 18), 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 Gültigkeit der Schiedsklausel so lange nichts ändert, als diese bei isolierter Betrachtung gültig ist».

<sup>48</sup> Vgl. MÜLLER/WIRTH (Fn. 35), Art. 18 GestG N 53.

<sup>49</sup> Ebenso SCHLUMPF (Fn. 15), N 444 ff. (ein Urteil wirkt nur unter den Parteien); CHROBAK (Fn. 42), N 377 ff.

<sup>50</sup> Vgl. SCHLUMPF (Fn. 15), N 454 ff.; CHROBAK (Fn. 42), N 414 ff.; ebenso KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 5.

- d) Die *Erteilungsklage* (Art. 604 ZGB) ist schiedsfähig,<sup>51</sup> wie bei der Herabsetzungsklage (vorne Ziff. II.1.c) stören die Pflichtteile nicht.
- e) Die *Auskunftsklage* (Art. 620 ZGB) ist schiedsfähig, selbst wenn sie gegen den Willensvollstrecker (im ordentlichen Verfahren) geführt wird.<sup>52</sup>

## 2. Weitere Gegenstände

Die *Auslegung des Testaments* ist schiedsfähig,<sup>53</sup> nicht aber dessen Ergänzung.<sup>54</sup>

## III. Nicht schiedsfähige Erbsachen

### 1. Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit

a) *Sichernde erbrechtliche Massnahmen nach Art. 551 ff. ZGB* (Siegelung, Inventar, Erbenruf und Erbschaftsverwaltung) sind in dem Sinn nicht schiedsfähig,<sup>55</sup> als sie zwingend den zuständigen Behörden zugewiesen sind.<sup>56</sup> Damit ist auch ausgeschlossen, dass ein Schiedsgericht solche sichernde Massnahmen anordnet (z.B. gestützt auf Art. 26 Swiss Rules oder – bei internationalen Schiedsverfahren – gestützt auf Art. 183 Abs. 1 IPRG), welche dann von den staatlichen Behörden zu vollziehen wären.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> Vgl. SCHLUMPF (Fn. 15), N 450 ff. (auch die Behörde nach Art. 609 ZGB ist an die Schiedsklauseln gebunden); CHROBAK (Fn. 42), N 408 ff.; ebenso zum deutschen Recht BGH 30. April 1959, VII ZR 191/57, NJW 1959, S. 1493; Durch einen Schiedsvertrag kann dem Schiedsrichter die Auseinandersetzung einer Miterbengemeinschaft übertragen werden; KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 5 und 54 f.; ebenso zum spanischen Recht FIGAREDO (Fn. 39), S. 61, 63.

<sup>52</sup> Vgl. KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker in der Erbeilung, *successio* 7/2013, S. 2, 14, mit Verweis auf KÜNZLE HANS RAINER, in: Berner Kommentar, Art. 517–518 ZGB, Bern 2011, Art. 517–518 ZGB N 221 und 452.

<sup>53</sup> Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 5.

<sup>54</sup> Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 6; SCHIFFER, BB-Beilage 17/1995 Nr. 5 (Fn. 18), S. 5.

<sup>55</sup> Vgl. SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA, Der Erbrechtsprozess unter der schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, *successio* 7/2013, S. 354, 367; MÜLLER/WIRTH (Fn. 35), Art. 18 GestG N 52, mit Verweis auf Art. 26 Abs. 1 des Konkordats; MAURER MATTHIAS, Der Vergleichsvertrag, Zürich 2013, S. 121; PERRIN, ASA Bull. 2006 (Fn. 14), S. 417, 421; ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 7.

<sup>56</sup> Vgl. MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 379 f. und 385.

<sup>57</sup> MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 385; anders für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 64 f., welcher das Beispiel einer Vormerkung im Grundbuch nennt.

b) *Weitere sichernde Massnahmen* sind ebenfalls nicht schiedsfähig.<sup>58</sup> Inventar/Sicherstellung bei Nacherbschaft (Art. 490 ZGB), Ausschlagungserklärung (Art. 570 und 574–576 ZGB), Öffentliches Inventar (Art. 580, 585 Abs. 2 und 587 ZGB), Amtliche Liquidation (Art. 595 ZGB), Erbenvertretung (Art. 602 ZGB), Mitwirkung bei der Teilung und Losbildung (Art. 609 und 611 ZGB), Versteigerungs- und Teilungsart (Art. 612 und 613 ZGB), Sachverständigenbestellung (Art. 618 ZGB). In Österreich, wo das Verlassenschaftsverfahren vom Gericht bzw. Notar durchgeführt wird, verbleibt vergleichsweise wenig Raum für Schiedsgerichte.<sup>59</sup>

## 2. Insbesondere: Die Erbbescheinigung

a) Die Testamentseröffnung (Art. 556 ff. ZGB) und die Ausstellung der Erbbescheinigung (Art. 559 ZGB) sind nicht schiedsfähig,<sup>60</sup> eine Schiedsklausel hindert somit dieses (staatliche) Verfahren nicht.<sup>61</sup> Wenn allerdings die Stellung eines Erben umstritten ist, kann diese Frage von einem Schiedsgericht entschieden werden.<sup>62</sup> In einem solchen Fall ist das Verfahren zur Ausstellung des Erbscheins auszusetzen<sup>63</sup> bzw. sind die staatlichen Behörden an den Schiedsspruch gebunden.<sup>64</sup>

<sup>58</sup> Vgl. SCHLUMPF (Fn. 15), N 465: Weil der Schutz der öffentlichen Ordnung bezweckt wird, besteht eine zwingende örtliche Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers; PESTALOZZI-FRÜH (Fn. 14), S. 195, 199 f.

<sup>59</sup> Vgl. CZERNICH (Fn. 18), S. 275, 284: «Alle Rechtsfragen, die von §§ 143 ff. AußStrG [Außerstreugesetz] erfasst werden, fallen [...] aus dem sachlichen Umfang der Schiedsklausel heraus»; WELSER/KLAMMER (Fn. 18), S. 3, 20: Schiedsfähig sind die Erbserklä- rung und Klagen aus § 823 ABGB; anders OBERHAMMER PAUL, Rechtspolitische Schwerpunkte der Schiedsrechtsreform, in: Kloiber Barbara (Hrsg.), Das neue Schiedsrecht, Wien 2006, S. 119: ganzes Verlassenschaftsverfahren ist schiedsfähig.

<sup>60</sup> Ebenso für das deutsche Recht BayObLG 19. Oktober 2000, I ZBR 116/99 (Fürsorgever- fahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit), ZERB 2001, S. 31 = BayObLG Z 2000, S. 279 = FamRZ 2001, S. 871, 873 = NJWE-FER 2001, S. 50 = NotBZ 2005, S. 381 = ZEV 2001, S. 190; vorne Ziff. II.1.a.

<sup>61</sup> Vgl. zum deutschen Recht BayObLG 14. Februar 2001, I ZBR 116/99 (Fn. 60), FamRZ 2001, S. 871, 872.

<sup>62</sup> Vgl. BANDEL, NotBZ 2005 (Fn. 14), S. 381 Fn. 8.

<sup>63</sup> Vgl. OLG Celle 9. November 2015, 6 W 204/15, OLG Report Nord 4/2016 Anm. 2: Erbscheinsantrag ist unzulässig, solange das Schiedsgericht nicht entschieden hat; SCHLOSSER PETER, Schiedsgerichtsbarkeit und Freiwillige Gerichtsbarkeit, in: Böckstie- gel Karl Heinz (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtl- ichen Angelegenheiten, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 97, 110, welcher darauf hinweist, dass eine entsprechende einstweilige Verfügung vom Schiedsgericht getroffen werden kann.

<sup>64</sup> Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 69, mit der Einschrän- kung, dass dies nur gilt, wenn in beiden Verfahren die gleichen Parteien beteiligt sind, was sich aus einer Besonderheit des deutschen Rechts ergibt; SCHLOSSER (Fn. 63), S. 97, 110.

b) Nicht schiedsfähig ist auch die Ausstellung eines *Willensvollstreckzeugnisses* (Art. 517 Abs. 3 VE ZGB<sup>65</sup>).

### 3. Weitere Gegenstände

a) *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.<sup>67</sup>

b) *Ebenso kann ein Schiedsgericht nicht darüber befinden, ob ein Gegenstand zum Nachlass gehört oder nicht*,<sup>68</sup> weil dies ebenfalls Dritte betrifft und keine rein erbrechtliche Angelegenheit ist.

c) 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.<sup>69</sup>

d) Klagen im Zusammenhang mit *nicht vermögensrechtlichen Auflagen* (wie Beeridigung oder Trauerfeier) fehlt die Schiedsfähigkeit.<sup>70</sup>

## IV. Streitfall: Pflichtteile

### 1. Rechtsprechung

a) In der *Schweiz* wurden Pflichtteile vom Zürcher Obergericht<sup>71</sup> 1980 mangels gesetzlicher Grundlage als nicht schiedsfähig erklärt. Das gleiche Gericht hat 1987 den Ent-

<sup>65</sup> Vgl. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaftl/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf>>.

<sup>66</sup> Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 7; BANDEL, NotBZ 2005 (Fn. 14), S. 381, 382; PERRIN, ASA Bull. 2006 (Fn. 14), S. 417, 421 f.

<sup>67</sup> Vgl. Kommentar ZPO-COURVOISIER/WENGER (Fn. 27), Art. 354 ZPO N 11; ebenso für das österreichische Recht WELSER/KLAMMER (Fn. 18), S. 3, 19; CZERNICH (Fn. 18), S. 275, 283; ebenso zum spanischen Recht FIGAREDO (Fn. 39), S. 61, 63, mit Verweis auf einen höchstgerichtlichen Entscheid vom 28. November 1992.

<sup>68</sup> Vgl. BK-WEIMAR (Fn. 15); Art. 482 ZGB N 16; ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 7.

<sup>69</sup> Vgl. SCHLUMPF (Fn. 15), N 459 ff.; CHROBAK (Fn. 42), ebenso für das deutsche Recht SCHIFFER, BB-Beilage 17/1995 Nr. 5 (Fn. 18), S. 5.

<sup>70</sup> Vgl. RIEMER HANS MICHAEL, Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB bei internationalen Schiedsgerichten (Art. 177 Abs. 1 IPRG), in: Lieber Viktor/Rehberg Jörg/Walder Hans Ulrich/Wegmann Paul (Hrsg.), FS von Castelberg, Zürich 1997, S. 213, 219; CHROBAK (Fn. 42), N 364.

<sup>71</sup> Vgl. OGer ZH I, Oktober 1980, ZR 1981 Nr. 10 = SJZ 78/1982, S. 145 ff.: «Ohne klare gesetzliche Grundlage kann es einem Einzelnen nicht erlaubt sein, einen Dritten durch

scheid bestätigt, mit anderer Begründung: Pflichtteile sind nicht schiedsfähig, weil der Erblasser nicht darüber verfügen könne und die Pflichtteile nicht belasten dürfe.<sup>72</sup>

b) In *Deutschland* hat der BGH<sup>73</sup> 2017 entschieden, dass ein Streit über Pflichtteilsansprüche nicht einem Schiedsgericht überantwortet werden könne, weil § 2220 BGB die Verfügungsbefugnis des Erblassers einschränke. Dies liegt auf einer Linie mit früheren Entscheiden unterer Instanzen, etwa des OLG München,<sup>74</sup> des LG München<sup>75</sup> und des LG Heidelberg.<sup>76</sup>

### 2. Lehre

a) In der *schweizerischen Lehre* verneint MAUERHOFER, dass der Erblasser ein Schiedsgericht einseitig bezüglich der Pflichtteile anordnen könne, weil er die Schiedsklausel als Auflage bzw. Bedingung begreift, er hält aber einen diesbezüglichen Erbvertrag für möglich.<sup>77</sup> Anders bejaht TERCIER die Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen mit der Begründung, die Erben könnten darüber verfügen, auch darauf verzichten und es handle sich zwar um zwingende Vorschriften, welche aber keinen ordre public Charakter hätten.<sup>78</sup>

einseitige Erklärung dem allgemein zuständigen staatlichen Richter zu entziehen. Hierin wäre ein Verstoß gegen Art. 58 BV zu erblicken».

<sup>72</sup> Vgl. OGer ZH 16. Februar 1987, ZR 1989 Nr. 75: «Pflichtteile sind gemäss Bundesrecht vom Erblasser zu wahrende Minimalbeteiligungen der Berechtigten am Nachlass. Da eine Schiedsklausel den staatlichen Rechtsverfolgungsweg weitgehend ausschliesst, ein Schiedsgericht die Rechte der Parteien aber einschränken kann und zudem häufig teurer ist, wäre eine Schiedsklausel eine zusätzliche Belastung des Pflichtteils und kann deren einseitige Anordnung von Bundesrechts wegen nicht in Frage kommen» (Leitsatz).

<sup>73</sup> Vgl. BGH 16. März 2017, I ZB 50/15, MDR 2017, S. 771 = NotBZ 2017, S. 257.

<sup>74</sup> Vgl. OLG München 25. April 2016, 34 Sch 12/15, MDR 2016, S. 717 = ZEV 2016, S. 324, mit der Begründung, die Erbrechtsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG schränke die Testierfreiheit des Erblassers ein, und OLG München 25. Oktober 2016, 34 Sch 13/15, SchiedsVZ 2016, S. 233; kritisch dazu BANDEL STEFAN, Pflichtteilsstreitigkeiten im Schiedsverfahren, München locuta, causa finita?, SchiedsVZ 2017, S. 72 ff., der die Ansicht vertritt, der Pflichtteilsberechtigte könne nicht gegen seinen Willen einem Schiedsgericht unterworfen werden und habe deshalb die Wahl, auch ans staatliche Gericht zu gelangen.

<sup>75</sup> Vgl. LG München 24. Februar 2017, 13 O 5937/15, ErbR 2017, S. 521 = ZEV 2017, S. 274.

<sup>76</sup> Vgl. LG Heidelberg 22. Oktober 2013, 2 O 128/13, ErbR 2014, S. 400 = ZErB 2014, S. 292 = ZEV 2014, S. 310.

<sup>77</sup> Vgl. MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 392 ff.

<sup>78</sup> Vgl. TERCIER (Fn. 15), S. 447, 453: «Le fait que certaines règles soient impératives, celles en particulier touchant les parts réservataires, ne suffit pas encore de les en exclure. Les bénéficiaires sont en effet aussi en droit d'y renoncer et cette renonciation est valable. Il n'en irait différemment que si l'on pouvait admettre que ces règles sont d'ordre public, ce que personne ne prétend»; ähnlich SCHLUMPF (Fn. 29), S. 215, 225, welcher die Bindung an ein Schiedsgericht als «keinen schweren Eingriff» für die Erben bezeichnet.



b) In der *deutschen Lehre* lehnen viele Autoren die Schiedsfähigkeit ab, weil der Erblasser nicht (alleine) über die Pflichtteile verfügen könne.<sup>79</sup> Eine grosse Anzahl von Autoren bejaht die Schiedsfähigkeit von Pflichtteilsansprüchen.<sup>80</sup> Begründet wird dies damit, dass die Schiedsklausel nicht dem materiellen Recht zuzuordnen sei, sondern dem Prozessrecht,<sup>81</sup> und deshalb Einschränkungen (wie sie etwa für Auflagen oder die Testierfreiheit bestehen) nicht zum Zug kommen.<sup>82</sup> Zudem sei es nicht gerechtfertigt, alle möglichen Nachteile des Schiedsgerichts als Grund für die fehlende Schiedsfähigkeit anzugeben, weil der Gesetzgeber selber die Gleichwertigkeit der beiden Rechtswege festgehalten habe.<sup>83</sup>

### 3. Eigene Meinung

a) Eine Schiedsvereinbarung bzw. Schiedsklausel ist (im wesentlichen) *prozessrechtlicher Natur*<sup>84</sup> und belastet deshalb den Pflichtteil nicht.<sup>85</sup> Die freie Verfügbarkeit (vorne

net; gl.M. KISTLER HANSJÖRG, Schiedsabsreden in Testamenten und Erbverträgen, Zürich 1999, S. 41.

<sup>79</sup> Vgl. etwa SCHIFFER, BB-Beilage 17/1995 Nr. 5 (Fn. 18), S. 5, welcher zur Vermeidung dieser Problematik Pflichtteilsverzichtsverträge (§ 2346 Abs. 2 BGB) und Anrechnungsklauseln (§ 2315 Abs. 1 BGB) empfiehlt; BANDEL, NotBZ 2005 (Fn. 14), S. 381, 385 f., welcher auf die schlechtere Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen hinweist; HAAS ULRICH, Einseitige testamentarische Schiedsordnungen, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 16.03.2017 – I ZB 49/16; BGH, Beschluss v. 16.03.2017 – I ZB 50/16; BGH, Beschluss v. 17.05.2017 – IV ZB 25/1, SchiedsVZ 2018, S. 49, 50, welcher kritisiert, dass nach dem BGH die objektive Schiedsfähigkeit bei einseitiger Anordnung anders sein soll als bei einer Vereinbarung; nach ihm fehlt es an der Schiedsbindung, weil der Pflichtteilberechtigte seine Position von Gesetzes wegen erwirbt; damit könnte man testamentarische Schiedsklausel aber weitgehend aushebeln.

<sup>80</sup> Vgl. etwa KRUG, successio 2012 (Fn. 23), S. 153, 165; SCHÜTZE (Fn. 18), Rn. 335; BANDEL, NotBZ 2005 (Fn. 14), S. 381, 384 f. m. w. N.

<sup>81</sup> Vgl. etwa HAAS (Fn. 34), N 65.

<sup>82</sup> Vgl. KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 10.

<sup>83</sup> Ebenso für das deutsche Recht KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 12 mit Verweis auf Reg-BegrE BT-Drs. 13/5274 (zum am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Schiedsverfahrensrecht); GOCKEL RÜDIGER, Erbvertrag: Wirksamkeit der Anordnung einer Testamentvollstreckung und einer Schiedsordnung für den Fall von Rechtsstreitigkeiten der Erben – Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 04.05.2012 – 8 U 62/11, ZERB 2013, S. 272, 273 f.; PAWLYTTA MARK, Erbrechtliches Schiedsgericht und Pflichtteilsrecht, ZEV 2003, S. 89, 93, erwähnt, dass es in Deutschland kein verfassungsmässiges Recht auf staatliche Gerichtsbarkeit gebe.

<sup>84</sup> Vgl. GIRSBERGER DANIEL/GABRIEL SIMON, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), FS Terrier, Zürich 2008, S. 819 ff., welche allerdings noch einzelne materiell-rechtliche Komponenten sehen.

<sup>85</sup> Ebenso HAAS ULRICH, Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ZZPInt 2016, S. 323, 339; zum österreichischen Recht vgl. CZERNIC (Fn. 18), S. 275, 286, welcher darauf

Ziff. II.a) ist durch die Möglichkeit, auf den Pflichtteil zu verzichten, gegeben.<sup>86</sup> Die beiden Rechtswege sind gleichwertig und deshalb stellt das Schiedsgericht keine Belastung dar.<sup>87</sup> Fragen kann man sich allenfalls, ob die fehlende unentgeltliche Rechtspflege<sup>88</sup> eine (unzulässige) Belastung darstelle. Dem sollte in der Schiedsvereinbarung/Schiedsklausel durch eine Regelung begegnet werden, wonach die Kosten und Vorschlüsse durch den Willensvollstrecker aus dem Nachlass bezahlt werden.

b) Alleine schon die Tatsache, dass Einigkeit darüber besteht, dass die Erben in einem Erbvertrag (in dem sie z.B. auf Pflichtteile verzichtet haben) ein Schiedsgericht gültig vereinbaren können (vorne Ziff. IV.2.a), zeigt die *Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen*.<sup>89</sup>

c) Müssen es sich die Erben auch gefallen lassen, dass der Erblasser Ihnen *einseitig* ein Schiedsgericht aufzwingt, welches über Pflichtteile befindet? Das ist (wiederum) eine Frage des Prozessrechts (Gleichwertigkeit beider Rechtswege), welche demnächst in der ZPO positiv beantwortet wird (vorne Ziff. I.2.b). In der Schweiz sind zudem keine mit § 2220 BGB vergleichbaren Bestimmungen im Erbrecht vorhanden, welche eine Ausnahme wegen Verstosses gegen den ordre public (vorne Ziff. II.c) verlangen würden.

## V. Streitfall: Aufsicht über den Willensvollstrecker

### 1. Gesetzgebung

Im Staat Washington (USA) wird das Schiedsverfahren betreffend den Executor im Trust and Estate Dispute Resolution Act (TEDRA)<sup>90</sup> geregelt. Eine genaue Abgrenzung, welche Fragen schiedsfähig sind und welche nicht, gibt es nicht.<sup>91</sup>

hinweist, dass sich nach § 1391 ABGB «die Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen nach Prozessrecht beurteile».

<sup>86</sup> Ebenso GÖKSU (Fn. 31), N 369.

<sup>87</sup> Ebenso für Österreich CZERNICH (Fn. 18), S. 275, 286.

<sup>88</sup> Auf diesen Problempunkt haben schon SUTTER-SOMM/GUT (Fn. 15), S. 138, 152 f., hingewiesen.

<sup>89</sup> Ebenso TERCIER (Fn. 15), S. 442, 454; darauf weist auch der BGH in seinem Urteil vom 16. März 2017 (Fn. 73), Rn. 41, hin.

<sup>90</sup> Vgl. vorne Fn. 5; LAWRENCE DOUGLAS C., Mediation and Arbitration under Washington's Trust and Estate Dispute Resolution Act, Seattle 2003.

<sup>91</sup> Einzig die Definition der «Matter» in dem Revised Code of Washington § 11.96A.030 macht gewisse Einschränkungen. Dort werden eingeschlossen: «(b) The direction of a personal representative or trustee to do or to abstain from doing any act in a fiduciary capacity [...] (c) [...] (ii) a change of personal representative or trustee; [...] (iv) an accounting from a personal representative or trustee; (v) the determination of fees for a personal representative or trustee; [...] (d) The grant to a personal representative or trustee of any necessary or desirable power not otherwise granted in the governing instrument or given by law».

## 2. Rechtsprechung

a) In der *Schweiz* wurde diese Frage bisher in der Rechtsprechung nicht behandelt. Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_794/2011 vom 16. Februar 2012, E. 1, festgestellt, dass die (formellen) Aufsichtsfragen «grundsätzlich vermögensrechtlicher Natur» sind, und damit sind sie grundsätzlich schiedsfähig (vorne Ziff. II.a/b).

b) In *Deutschland* hat der BGH<sup>92</sup> die Entlassung eines Testamentsvollstreckers für nicht schiedsfähig erklärt,<sup>93</sup> mit der Begründung, das Entlassungsverfahren betreffe nicht nur am Verfahren Beteiligte, das Antragsrecht jedes einzelnen Erben sei nicht in das Recht der Erbengemeinschaft nach §§ 2038 ff. BGB einzuordnen und das Beschwerderecht nach § 59 Abs. 1 und 2 FamFG<sup>94</sup> von nicht am Verfahren Beteiligten könne im Schiedsverfahren nicht gewährleistet werden. Das OLG Stuttgart<sup>95</sup> und das OLG Karlsruhe<sup>96</sup> waren schon früher gleicher Ansicht, mit der Begründung, dass die zwingenden Rechte der Erben in § 2200 BGB die Testierfreiheit des Erblassers einschränken.

## 3. Lehre

c) In der *Schweiz* verneint PESTALOZZI-FRÜH die Schiedsfähigkeit wegen der verwaltungsrechtlichen Natur des Absetzungsverfahrens.<sup>97</sup> MAUERHOFER vertritt die Ansicht, dass das Aufsichtsverfahren nicht schiedsfähig sei,<sup>98</sup> weil es zwingend (mit *ordre public* Charakter) der staatlichen Aufsichtsbehörde zugewiesen sei.<sup>99</sup> Er nimmt die beim Richter im ordentlichen Verfahren durchzuführenden Aufsichtsverfahren (z.B. bei einer Inte-

ressenkollision)<sup>100</sup> allerdings ausdrücklich aus<sup>101</sup> und hält sie für schiedsfähig, zumal auch die freie Verfügbarkeit (vorne Ziff. II.a) gegeben sei, denn der Willensvollstreckter könne jederzeit auf sein Amt verzichten. GÖKSU, JOLDON und RÜDE/HADENFELDT bejahen die Schiedsfähigkeit ohne besondere Begründung.<sup>102</sup> SCHREIBER hält sowohl Bestand, Umfang und Dauer als auch die ABERUFUNG des Willensvollstreckers für grundsätzlich schiedsfähig mit der Begründung: «Ces questions sont de droit civil [...] l'ordre public n'y est pas intéressé».<sup>103</sup> Er schliesst allerdings die disziplinarischen Massnahmen aus, weil diese dem *ordre public* angehören.<sup>104</sup>

b) Nach MUSCHELER<sup>105</sup> gehört die Entlassung des Testamentsvollstreckers zu den Fällen der echten Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche schiedsfähig sind. Er schlägt – angesichts einer anders lautenden Gerichtspraxis – vor, dem Schiedsgericht wenigstens die Frage zuzuweisen, ob ein wichtiger Grund für die Entlassung vorliege.<sup>106</sup> Weitere Autoren vertreten die gleiche Ansicht: KRUG,<sup>107</sup> GEIMER,<sup>108</sup> SCHWAB/WALTER<sup>109</sup> und SCHÜTZE<sup>110</sup>. Die herrschende Meinung in *Deutschland* spricht sich allerdings dagegen aus,<sup>111</sup> und zwar interessanterweise aus ähnlichen Gründen wie bei den Pflicht-

<sup>100</sup> Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 454.

<sup>101</sup> Schiedsfähig sind zudem auch Klagen gegen den Willensvollstreckter zur Rückzahlung von Honorar oder aus Verantwortlichkeit, vgl. MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 395 f.

<sup>102</sup> Vgl. GÖKSU (Fn. 31), N 369; JOLDON PIERRE, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984, Art. 5 KSG N 422; RÜDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. A., Zürich 1993, S. 52.

<sup>103</sup> SCHREIBER ALFRED, l'exécuteur testamentaire peut-il être révoqué par des arbitres ?, SJZ 44/1948, S. 57, 58.

<sup>104</sup> Vgl. SCHREIBER, SJZ 1948 (Fn. 103), S. 57, 58: «aucune convention entre particuliers ne saurait priver l'autorité de surveillance de son pouvoir [disciplinaire], car il est d'ordre public».

<sup>105</sup> Vgl. MUSCHELER KARLHEINZ, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 2009, S. 317 ff.; DERS., Die Entscheidung des BGH zur testamentarischen Schiedsklausel für die Entlassung des Testamentsvollstreckers, ZEV 2018, S. 120 ff.

<sup>106</sup> Vgl. MUSCHELER, ZEV 2018 (Fn. 105), S. 120, 123: «Über die Frage, ob das Amt wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes iSd § 2227 BGB [...] beendet ist, entscheidet bei Streit zwischen den Beteiligten ein Schiedsgericht iSd § 1066 ZPO».

<sup>107</sup> Vgl. KRUG (Fn. 37), Erbrecht § 23 N 5.

<sup>108</sup> Vgl. GEIMER GREGOR, Nichtvertragliche Schiedsgerichte, in: Bachmann Birgit/Breidenbach Stephan/Coester-Waltjen Dagmar/Heß Burkhard/Nelle Andreas/Wolf Christian (Hrsg.), FS Schlosser, Tübingen 2005, S. 197 ff., 207.

<sup>109</sup> Vgl. SCHWAB/WALTER (Fn. 44), Kap. 32 N 26.

<sup>110</sup> Vgl. SCHÜTZE (Fn. 18), N 335.

<sup>111</sup> Vgl. LEPPOLD DIETER, in: Schlichting Gerhard (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1922–2385 und §§ 27–35 BeurkG, 7. A., München 2017, § 1937 BGB N 36; SELZNER WILHELM, Zur Entlassung des Testamentsvollstreckers durch ein testamentarisch eingesetztes Schiedsgericht, ZEV 2010, S. 285 m.w.N.

<sup>92</sup> Vgl. BGH 17. Mai 2017, IV ZB 25/16, ErbR 2017, S. 489 = FamRZ 2017, S. 1261 = SchiedsVZ 2018, S. 36 = ZEV 2017, S. 412; vgl. dazu BIRKENHEIER MANFRED, Pflichtteilsrecht: Zuweisung des Streits über Pflichtteilsanspruch an Schiedsgericht durch letztwillige Verfügung, jurisPR-FamR 18/2017 Anm. 8; ESSKANDARI MANZUR/BICK DANIELA, Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht, ErbStB 2017, S. 275 f.

<sup>93</sup> Ebenso schon RGZ S. 133, 128, 132 f., gestützt auf § 2220 BGB, welcher die §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 als zwingend erklärt, also gestützt auf materielles Recht.

<sup>94</sup> Gesetz vom 17. Dezember 2008 über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG; BGBl. I S. 2780).

<sup>95</sup> Vgl. OLG Stuttgart 7. November 2016, 8 W 166/16, ErbR 2017, S. 492 = ZEV 2017, S. 269.

<sup>96</sup> Vgl. OLG Karlsruhe 28. Juli 2009, 11 Wx 94/07, FamRZ 2010, S. 150 = NJW 2010, S. 688 = ZEV 2009, S. 46.

<sup>97</sup> Vgl. PESTALOZZI-FRÜH (Fn. 14), S. 195, 200.

<sup>98</sup> Ebenso Kommentar ZPO-COURVOISIER/WENGER (Fn. 27), Art. 354 ZPO N 12; GRÄNCHER DIETER, Swiss Rules, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2012, S. 119; BSK ZGB II-KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL (Fn. 24), Art. 518 ZGB N 108; RIEMER HANS MICHAEL, Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: Meier Isaak (Hrsg.), FS Walder, Zürich 1994, S. 380 f.

<sup>99</sup> Vgl. MAUERHOFER, ZBJV 2006 (Fn. 21), S. 375, 384, welcher die Frage dem *ordre public* zuweist; weiter vgl. Kommentar ZPO-COURVOISIER/WENGER (Fn. 27), Art. 354 ZPO N 12 («bedarf keiner Erörterung»).

teilen (vorne Ziff. IV.1.b und 2.b), nämlich weil es die Erben zu stark belaste und weil eine solche Anordnung nicht in der Verfügungsbefugnis des Erblassers liege.<sup>112</sup> Nach REIMANN liegt der Grund darin, dass das Verfahren nach § 2227 BGB einen schwer abzugrenzenden Kreis von Beteiligten hat und deshalb kein echtes Streitverfahren darstellt.<sup>113</sup>

c) SHERMAN spricht sich in den USA dafür aus, dass beim Entwerfen der Gesetzgebung in den Staaten zumindest wichtige Entscheide des Executor vom Schiedsgericht beurteilt werden können, während der Umfang seiner Befugnisse und gewisse Handlungen (wie die Bestimmung der Abstammung eines Erben) ausgeschlossen werden sollten.<sup>114</sup>

#### 4. Eigene Meinung

a) Das Verhältnis zwischen Willensvollstrecker und Erben ist *rein privatrechtlicher Natur*<sup>115</sup> und somit grundsätzlich einem Schiedsgericht zugänglich.<sup>116</sup> Die Aufsicht über den Willensvollstrecker kann sowohl privatrechtlicher als auch verwaltungsrechtlicher Natur sein (vgl. dazu vorne Ziff. V.3.b).<sup>117</sup> Die für die Schiedsfähigkeit notwendige *vermögensrechtliche Natur* (vorne Ziff. II.a und b) ist gemäss Bundesgericht grundsätzlich gegeben.<sup>118</sup> Die für die (nationale) Schiedsfähigkeit (zusätzlich) verlangte *freie Verfügbarkeit* (vorne Ziff. II.2.a) ist ebenfalls gegeben, weil der Willensvollstrecker jederzeit von seinem Amt zurücktreten kann.<sup>119</sup> Die Schiedsklausel ist (im wesentlichen)

<sup>112</sup> Vgl. BANDEL, NoTBZ 2005 (Fn. 14), S. 381, 385 m.w.N.; HAAS (Fn. 34), N 68.

<sup>113</sup> Vgl. REIMANN WOLFGANG, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 2197–2228 BGB, Berlin 2016, § 2204 BGB N 6.

<sup>114</sup> Vgl. vorne Fn. 26; weiter führt er zum Entwerfen der Gesetzgebung der US-Staaten aus: «Challenges to the capacity of the executor/trustee, which are often raised in will contests, [...] should not be arbitrable and are better suited to the courts – Certain actions by executors [...] should be exempted from arbitration (such as a paternity determination), and the list might vary with the persons and situations involved».

<sup>115</sup> Vgl. BGE 90 II 376 E. 2; BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 518.

<sup>116</sup> Vgl. SCHWAB/WALTER (Fn. 44), Kap. 1 N 2.

<sup>117</sup> Autoren welche die Aufsicht über den Willensvollstrecker als nicht privatrechtlich bezeichnen: DASSER FELDX, in: Müller Thomas/Wirth Markus (Hrsg.), Gerichtsstandgesetz, Art. 1 LugÜ N 19; BLOCH ANDRÉ, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amts wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, Zürich 2003, S. 5; für das deutsche Recht SELZNER, ZEV 2010 (Fn. 111), S. 285, 286; keine «echte privatrechtliche Streitigkeit», weil nicht nur der Antragsteller, sondern eine unbestimmte Anzahl weiterer Personen betroffen sind.

<sup>118</sup> Vgl. KÜNZLE HANS RAINER, Die Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Fankhauser Roland/Widmer Lühinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), FS Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 933, 934, mit Verweis auf BGE 5A\_794/2011 E. 1 (vorne Ziff. V.2.a); in diesem Entscheid wurde zwar Art. 72 BGG und nicht Art. 177 IPRG angelegt, diese Anlehnung macht aber Sinn, vgl. RIEMER (Fn. 70), S. 213, 215, der darauf hinweist, dass eine überwiegend vermögensrechtliche Natur genügt.

<sup>119</sup> Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 382.

*prozessrechtlicher Natur*,<sup>120</sup> weshalb es grundsätzlich keine materiell-rechtlichen Hindernisse aus dem Erbrecht gibt.<sup>121</sup>

b) Es ist zu prüfen, ob die *eigenartigen Wirkungen des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit*<sup>122</sup> ein Hindernis darstellen.<sup>123</sup> Zunächst ist festzuhalten, dass das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Schiedsfähigkeit nicht völlig ausschliesst.<sup>124</sup> Man regelt im ZGB bestimmen nach Art. 54 Abs. 3 SchlT die Kantone das Verfahrensrecht. Soweit die Kantone Verwaltungsbehörden einsetzen,<sup>125</sup> kommt ein verwaltungsrechtliches Verfahren zur Anwendung, was die Schiedsfähigkeit tatsächlich hindert.<sup>126</sup> Soweit die Kantone Gerichte als Aufsichtsbehörden einsetzen, kommt ein zivilrechtliches Verfahren zur Anwendung<sup>127</sup> und ist Schiedsfähigkeit gegeben. In der laufenden Revision des Erbrechts wird verlangt, dass nur noch Gerichte die Aufsicht über den Willensvollstrecker ausüben sollen,<sup>128</sup> womit diese Differenzierung möglicherweise verschwindet.

c) Weiter ist m.E. zu beachten, dass Schiedsverfahren betreffend Aufsicht über den Willensvollstrecker – wie seine Bestellung selbst<sup>129</sup> – *nur einseitig vom Erblasser angeordnet* werden können,<sup>130</sup> was bisher soweit ersichtlich noch niemand gefordert hat, weder

<sup>120</sup> Vgl. GRSBERGER/GABRIEL (Fn. 83), S. 819 ff.

<sup>121</sup> Ebenso MUSCHELER (Fn. 21), 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.

<sup>122</sup> Vgl. dazu ENGLER THOMAS/JENT-SØRENSEN INGRID, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen Verfahrens», SJZ 18/2017, S. 421, 428 ff.

<sup>123</sup> Vgl. VOSER NATHALIE, Arbitrability and the Applicable Law in the Claims Resolution Process for Dormant Accounts in Switzerland, Arbitration International 1999, S. 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».

<sup>124</sup> Vgl. etwa PICHT/CHROBAK, SJZ 2018 (Fn. 19), S. 233, 240 f.

<sup>125</sup> Zu einer aktuellen Liste der Aufsichtsbehörden vgl. <<http://www.successio.ch/index.php?id=146>>.

<sup>126</sup> Ebenso PESTALOZZI-FRÜH (Fn. 14), S. 195, 200 und bei der Stiftungsaufsicht LIATO-WITSCH MANUEL/FISCHER ELIANE, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Schurr Francesco (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 229, 239.

<sup>127</sup> Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 554; entsprechende Anwendung von Art. 248 ff. ZPO.

<sup>128</sup> Vgl. Art. 518 Abs. 4 VE ZGB, vgl. Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentwurf-d.pdf>>, S. 5.

<sup>129</sup> Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 17.

<sup>130</sup> Ähnlich wie bei der Bestellung des Willensvollstreckers (BK-KÜNZLE [Fn. 52], 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. BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ/KRÖLL STEFAN MICHA-

in der Rechtsprechung noch in der Lehre.<sup>131</sup> Ein derart angeordnetes Schiedsverfahren gilt für alle Betroffenen und wer sich an einem solchen Verfahren nicht beteiligt, wirkt damit auch sein Beschwerderecht gegen den Schiedsspruch.

d) Das *Antragsrecht jedes einzelnen Betroffenen*<sup>132</sup> stört nicht, weil auch bei den (im ordentlichen Verfahren) vor dem Richter durchgeführten Absetzungsverfahren (hinten Ziff. V.4.h), welche unstreitig schiedsfähig sind (vorne Ziff. II.1.e und V.3.c). Dass das Schiedsgericht nicht von sich aus tätig wird, stört ebenfalls nicht, weil ein Tätigwerden der staatlichen Behörden von Amtes wegen offenbar kaum je vorkommt<sup>133</sup> und deren disziplinarisches Eingreifen weiterhin möglich bleibt (hinten Ziff. V.4.f).

e) Kern des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker ist ein *kontradiktorisches Verfahren*,<sup>134</sup> welches schiedsfähig ist.<sup>135</sup> Damit sind die sog. sachbezogenen Massnahmen (Empfehlungen, Weisungen und Verbote),<sup>136</sup> aber auch die Suspendierung und Absetzung des Willensvollstreckers<sup>137</sup> gemeint.

f) Wenn die Aufsichtsbehörde *vorsorgliche Massnahmen* (wie Grundbuch- oder Kontensperre) anordnen will,<sup>138</sup> muss sie – wie bei anderen Schiedsverfahren in Erbsachen auch (vorne Ziff. II.1) – die staatlichen Behörden beziehen, weil diese Massnahmen nicht schiedsfähig sind.

EL/NACIMIENTO PATRICIA, Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview, in: Böckstiegel Karl-Heinz/Kröll Stefan Michael/Nacimiento Patricia (Hrsg.), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, 2. A., Alphen aan der Rijn 2015, S. 4, 25.

<sup>131</sup> Mit dieser Anforderung soll den Bedenken begegnet werden, welche REIMANN (vorne Fn. 113) zum Einbezug aller Beteiligten im Aufsichts- und Beschwerdeverfahren vorgebracht hat.

<sup>132</sup> Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 519.

<sup>133</sup> Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN, SJZ 2017 (Fn. 122), S. 421, 429.

<sup>134</sup> Vgl. BREITSCHMID PETER, Was kann noch helfen, wenn Erbenvertretung nicht mehr hilft?, successio 12/2018, S. 193: «mit der Aufsichtsbehörde (und damit in einem kontradiktorischen Verfahren)»; ENGLER/JENT-SØRENSEN, SJZ 2017, (Fn. 122), S. 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 Testamentvollstreckers im deutschen Recht, vgl. dazu MUSCHELER (Fn. 21), S. 91, 102 ff.

<sup>135</sup> Vgl. dazu vor allem die Ausführungen von MUSCHELER zum echten streitigen Verfahren (vorne Ziff. V.3.b); CZERNICH (Fn. 18), S. 275, 285 «Streitige und kontradiktorische Ansprüche sind von der Schiedsklausel umfasst, auch wenn sie dem Außerstreitverfahren zugeordnet werden».

<sup>136</sup> Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 536 ff.

<sup>137</sup> Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 547 ff.

<sup>138</sup> Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 539.

g) Nicht schiedsfähig sind *disziplinarische Massnahmen* (insb. Ordnungsbussen und die Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB),<sup>139</sup> weil diese den staatlichen Gerichten vorbehalten sind (ordre public; vorne Ziff. V.3.c).

h) Dieses Ergebnis deckt sich mit der im *Stiftungsrecht* vorwiegend vertretenen Auffassung, dass das Aufsichtsverfahren über den Stiftungsrat schiedsfähig sei.<sup>140</sup> Ähnlich ist auch die Absetzung des Trustee schiedsfähig, aber diese Ansicht hat sich im Trustrecht noch nicht durchgesetzt.<sup>141</sup>

i) Die Aufsicht über den Willensvollstrecker wird in komplexeren Fällen (Interessenkollosion und Auskunft, aber auch Honorar und Haftung)<sup>142</sup> im ordentlichen Verfahren durchgeführt. Alle diese Verfahren sind (unbestritten) schiedsfähig (vorne Ziff. II.1.e und V.3.c).

<sup>139</sup> Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 542 ff.

<sup>140</sup> Nach LIATOWITSCH/FISCHER (Fn. 126), S. 229, 238 f., besteht in der Schweiz die Schiedsfähigkeit nur bei internationalen Fällen, weil die verwaltungsrechtliche Komponente bei nationalen Fällen im Wege steht.

Für Liechtenstein wird die Schiedsfähigkeit der Stiftungsaufsicht grundsätzlich bejaht; sie ist aber eingeschränkt, weil daneben nach Art. 552 §§ 29 ff. Privatesetzbuch GR auch die staatliche Aufsicht zur Verfügung steht, vgl. FOGH 05 HG.2011.28 (LES 2011, S. 187), LJZ 2012, S. 26 ff., dieser Entscheid ist umstritten, weil das Abberufungsrecht in den Stiftungs-Statuten auch einem Dritten (z.B. Protector) eingeräumt werden kann (vgl. FOGH 10 HG.2008.18, LES 2009, S. 253) und nicht einzuwenden ist, worin das öffentliche Interesse an einem zwingenden gerichtlichen Kontroll-Verfahren bestehen soll, vgl. WOLFF PETER, Abberufungsverfahren vor dem Schiedsgericht, in: Schurr Francesco (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 173 ff.; GASSER JOHANNES, Das neue Schiedsverfahren in Liechtenstein und die Auswirkungen der Stiftungspraxis, PSR 2012, S. 109, 112 f.; MICHAEL NÜEBER, Schiedsfähigkeit stiftungsrechtlicher Streitigkeiten, PSR 2012, S. 10, 12; REITHNER NICOLAS/BLASY MORITZ, Aufschiedsverfahren, Schiedsfähigkeit, § 599 ZPO und der Entscheid des FOGH 05 HG.2011.28 (LES 2011, S. 187), LJZ 2012, S. 26 ff.; GSTÖHL MYRIAM, Die Schiedsvereinbarung im liechtensteinischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Schiedsklausel in Stiftungsdokumenten, Schaan 2011, S. 83 ff.

<sup>141</sup> Die Schiedsfähigkeit des Absetzungsverfahrens betreffend einen Trustee wird bejaht von HUBER ROMAN, Gerichts- und Schiedsgerichtswahl in trustrechtlichen Angelegenheiten, Diss. Zürich, Zürich 2013, N 333 ff.; anders VOGT NEDIM PETER/PANNATIER KESSLER DELPHINE, Switserland, in: Collins Sara/Kempster Steven/McMillan Morven/Meek Allison (Hrsg.), International Trust Disputes, New York 2012, Rz. 31.44; WÜSTEMANN TINA, Arbitration of Trust Disputes, in: Müller Christoph (Hrsg.), New Developments in International Commercial Arbitration, Zürich 2007, S. 50 f.

<sup>142</sup> Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 52), Art. 517–518 ZGB N 411, 421, 452, 454 und 460.