

Willensvollstrecker und Schiedsgerichte – Länderbericht Schweiz

Inhaltsübersicht	Seite
A. Schweizerische Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE)	22
B. Schiedsvereinbarungen	25
I. Schiedsverträge und Schiedsklauseln	25
II. Erbvertragliche Schiedsklausel	30
III. Testamentarische Schiedsklausel	34
1. Rechtsvergleichung	34
2. Prozessuale Zulassung	40
3. Materiell-rechtliche Zulassung	45
4. Der mittellose Schiedskläger	47
5. Testamentarische Muster-Schiedsklauseln	48
IV. Bestellung eines Schiedsgutachters	50
C. Schiedsfähige Erbstreitigkeiten	51
I. Grundsatz	51
II. Einzelne Streitigkeiten	56
D. Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen	63
I. Rechtsvergleichung	63
1. Deutschland	63
2. Österreich	65
3. Liechtenstein	66
II. Rechtsprechung	67
III. Lehre	67
IV. Eigene Ansicht	69
E. Nicht-schiedsfähige Erbstreitigkeiten	71
I. Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit	71
II. Insbesondere Erbbescheinigung und Willensvollstreckerausweis	73
III. Weitere Gegenstände	74
F. Schiedsfähigkeit der Aufsicht über den Willensvollstrecker	75
I. Deutschland	75
II. Rechtsprechung	76
III. Lehre	76
IV. Eigene Ansicht	77
G. Stellung des Willensvollstreckers im Schiedsverfahren	81
I. Willensvollstrecker als Schiedsrichter	81
II. Willensvollstrecker als «Partei/Betroffener» im Schiedsverfahren	84

* Prof. Dr. oec. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich (www.ius.uzh.ch/de/staff/adjunct-professors/titkuenzle [29.02.2020]), Of Counsel, KENDRIS AG, Wengistrasse 1, CH-8021 Zürich (www.kendris.com/management/prof-dr-hans-rainer-kuenzle [29.02.2020]).

A. Schweizerischer Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE)

a) Der Schweizerische Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (nachfolgend: SVSiE) wurde am 11. August 2012 in Basel durch Fachanwälte im Erbrecht und Erbrechts-Spezialisten gegründet.¹ Nach Art. 2 der **Statuten**² verfolgt der Verein den **Zweck**, die Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen zu fördern, insbesondere «durch die Bereitstellung eines institutionellen Schiedsgerichts mit einer Schiedsordnung (inkl. Gebühren- und Honorar-Ordnung)». Diese Dienstleistung wird für nationale und internationale Schiedsgerichte in der Schweiz angeboten, unabhängig vom anwendbaren Erbrecht, Schiedsgerichte werden in deutscher, französischer, italienischer und englischer Sprache angeboten.

b) Die **SVSiE-Schiedsordnung**³ sieht eine analoge Anwendung der Swiss Rules⁴ vor. Im Gegensatz zu den ähnlich aufgestellten deutschen Institutionen (DSE und NDEEX)⁵ werden nicht die Regeln der ZPO, sondern die von den Handelskammern entwickelten Schiedsregeln verwendet, welche sich in langjähriger Praxis bewährt haben, die sog. Swiss Rules. Präzisierend heisst es in lit. b SVSiE-Schiedsordnung: «Der Anwendungsbereich der Swiss Rules wird wie folgt eingeschränkt: Es werden Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit einer Erbsache behandelt (Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 lit. d); die Schiedsklausel kann (soweit rechtlich zulässig) auch in einem Erbvertrag oder in einem Testament enthalten sein (Art. 1 Abs. 1)». Gegenwärtig arbeitet der Vorstand des Vereins daran, die Anwendung der Swiss Rules in dem Sinne zu präzisieren, als gewisse Abweichungen bzw. Ergänzungen von diesen Regeln formuliert werden, indem Besonderheiten des bei Erb-

¹ In Deutschland wurde die DSE (Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. bereits 1998 gegründet, vgl. <https://dse-erbrecht.de/> [29.02.2020].

² Vgl. www.schiedsgericht-erbsachen.ch/vereinsstatuten.shtml (29.02.2020).

³ Vgl. www.schiedsgericht-erbsachen.ch/schiedsordnung.shtml (29.02.2020).

⁴ Vgl. www.swissarbitration.org/files/837/SwissRules2012_German_2019.pdf (29.02.2020).

⁵ Nach § 1 (3) *Schiedsordnung der DSE* (Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V.) gelten die Vorschriften von §§ 1025 ff. ZPO ergänzend (www.dse-erbrecht.de/PDF/schiedsordnung.pdf [29.02.2020]); nach § 4 (1) *Schiedsordnung der NDEEX* (Netzwerk Deutscher Erbrechtsexperten) wird das Schiedsverfahren in analoger Anwendung der Verfahrensvorschriften der ZPO durchgeführt (www.ndeex.de/erbrecht/download/Schiedsordnung.html [29.02.2020]); auch nach Art. I. 5. *Schiedsordnung des Süddeutschen Familienschiedsgerichts* richtet sich das Verfahren nach §§ 1025 ff. ZPO (www.familienchiedsgericht.de/pdf/Schiedsordnung.pdf [29.02.2020]); etwas weniger deutlich kommt dies in § 21 (1) *Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare* (SGH) zum Ausdruck, wo festgehalten wird, es handele sich um ein Schiedsverfahren im Sinne der ZPO (www.sgh.dnotv.de/der-sgh/statut-und-kostenordnung/ [29.02.2020]).

schaften häufig vorkommenden Mehrparteienverfahrens eingebaut werden⁶ und gewisse Besonderheiten von Erbstreitigkeiten.⁷ Diese Arbeiten werden sinnvollerweise erst nach Abschluss der gegenwärtig laufenden Revision der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 176-193 IPRG)⁸ abgeschlossen.

c) In lit. c SVSiE-Schiedsordnung heisst es: «Die Funktion des **Gerichtshofs** übernimmt der Vorstand des SVSiE (Appendix A). Er kann gestützt auf seine Geschäftsordnung Befugnisse an eines oder mehrere seiner Mitglieder oder an Ausschüsse delegieren». Bei Verfahren nach den Swiss Rules wird die Funktion des Gerichtshofs vom Schiedsgerichtshof (Arbitration Court) der Swiss Chambers' Arbitration Institution⁹ ausgeübt. Ein eigenständiger Gerichtshof wurde geschaffen, weil dieser unter Umständen (wenn die Parteien dazu nicht in der Lage sind, was bei Mehrparti-Verfahren noch leicht möglich ist) die Schiedsrichter bestellen muss, und diese sich im Erbrecht gut auskennen sollten.

d) In lit. c SVSiE-Schiedsordnung heisst es: «Die Funktion des **Sekretariats** übernimmt das Sekretariat des SVSiE (Appendix A)». Gegenwärtig wird geprüft, ob die Führung des Verfahrens (wie im übrigen Anwendungsbereich der Swiss Rules) nicht dem Sekretariat der Swiss Chambers' Arbitration Institution übertragen werden kann und soll.

e) In lit. d SVSiE-Schiedsordnung heisst es: «Für die **Honorare und Verwaltungskosten** gilt der Appendix B der Swiss Rules entsprechend. Die Einschreibgebühr und Verwaltungskosten sind an den SVSiE zu entrichten ...». Hier wird bewusst die Gleichstellung gesucht.

⁶ Beispiel: In Art. 8 Swiss Rules wird diskutiert, eine Mehrheit von klagenden oder beklagten Parteien einzubauen.

⁷ Beispiele: In Art. 1 Swiss Rules wird eine Berücksichtigung der einseitigen Schiedsklausel (Testament, Trusturkunde, Stiftungsurkunde) geprüft; in Art. 2 Swiss Rules wird eine Erwähnung der sichernden erbrechtlichen Massnahmen in Erwägung gezogen; in Art. 3 Swiss Rules wird eine Erwähnung des Erbgangs diskutiert; in Art. 26 Swiss Rules wird erwogen, die sichernden Massnahmen durch staatliche Behörden zu erwähnen; in Art. 33 Swiss Rules soll ergänzt werden, dass auch der Erblasser das Recht wählen kann, dieses aber nicht missbräuchlich sein darf; sodann wird überlegt, Billigkeitsentscheide auszuschliessen; in Art. 41 Swiss Rules wird daran gearbeitet, dass der Kostenvorschuss nach Möglichkeit aus dem Nachlass zu leisten ist.

⁸ Vgl. dazu Botschaft vom 24.10.2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, BBl. 2018, 7163 (www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/7163.pdf) [29.02.2020]); Entwurf vom 24.10.2018, BBl. 2018, 7213 (www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2018/7213.pdf) [29.02.2020]).

⁹ Vgl. www.swissarbitration.org/About-us (29.02.2020).

f) Zu den **Muster-Schiedsklauseln** des SVSiE vgl. hinten B. I. g), II. f und II. 5. a). In Deutschland gibt es ebenfalls besondere Institutionen, welche sich der Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen widmen¹⁰ und eigene erbrechtliche Muster-Schiedsklauseln entwickelt haben.¹¹ Muster-Schiedsklauseln bestehen sodann auch für Stiftungen¹² und Trusts,¹³ welche bei Erbschaftsplanungen in grösseren Nachlässen häufig eingebaut werden.

¹⁰ Dazu gehören die Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. (DSE; www.dse-erbrecht.de [29.02.2020]), das Süddeutsche Familienschiedsgericht (www.familienschiedsgericht.de [29.02.2020]) und das Norddeutsche Familienschiedsgericht, vgl. dazu HANS RAINER KÜNZLE, Einleitung, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2010, S. 19.

¹¹ Vgl. DSE-Musterklausel (zum Wortlaut vgl. hinten, Fn. 173); NDEEX-Musterschiedsklausel (zum Wortlaut vgl. hinten, Fn. 174 und 176); SHG-Musterschiedsklausel (zum Wortlaut vgl. hinten, Fn. 175).

¹² Die Liechtensteinische Industrie- und Handelskammer bietet für Stiftungen folgende Muster-Schiedsklausel an: «Alle Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche zwischen der Stiftung, ihren Organen, dem Stifter oder Begünstigten im Zusammenhang mit der Stiftung, deren Errichtung oder Liquidation, einschliesslich des Vorliegens und Umfangs einer Begünstigung, der Bestimmung der Begünstigten, der Gültigkeit, Ungültigkeit, Änderung oder Auflösung der Stiftung und aufsichtsrechtlicher Massnahmen, sind durch ein Schiedsverfahren gemäss der Schiedsordnung der Liechtensteinischen Industrie- und Handelskammer unter Ausschluss der staatlichen Gerichte zu entscheiden. Mit Annahme einer Begünstigung unterwirft sich der Begünstigte dieser Schiedsvereinbarung. Die Stiftung kann den Begünstigten anhalten, dies unterschriftlich zu bestätigen. Verweigerung der Bestätigung gilt als Verzicht auf die Begünstigung. Das Schiedsgericht soll aus (einem oder drei) Schiedsrichter(n) bestehen.

Der Sitz des Schiedsverfahrens ist ... (gewünschten Schiedsort einfügen).

Die Sprache des Schiedsverfahrens ist ... (gewünschte Sprache einfügen).

Bei Bedürftigkeit einer Partei kann die Stiftung nach ihrem Ermessen für die Dauer des Verfahrens die Kosten des Verfahrens, inklusive eines Kostenvorschusses und einer angemessenen Prozessvertretung dieser Partei, vorläufig übernehmen unter Vorbehalt der Rückforderung nach einer Entscheidung des Schiedsgerichts über die endgültige Kostentragungspflicht» (www.lihk.li/CFDOCS/cms/cmsout/content.cfm?GroupID=20&meID=475 [29.02.2020]).

¹³ Die modernste Muster-Klausel im Trustbereich wurde von der Commission on Arbitration and ADR der International Chamber of Commerce (ICC) geschaffen: «All disputes arising out of or in connection with this Trust [as defined in the trust instrument] shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

The settlor, the original trustee(s) and the original [protector(s)] [other original power-holder(s)] hereby agree to the provisions of this arbitration clause, and each successor trustee and [protector] [other powerholder], by acting or agreeing to act under the Trust, also agree, or shall be deemed to have agreed, to the provisions of this arbitration clause.

Any beneficiary claiming or accepting any benefit, interest or right under the Trust, shall be bound by, and shall be deemed to have agreed to, the provisions of this arbitration clause.

Subject to the law governing the Trust and without prejudice to any other confidentiality obligation that may apply:

a) the arbitral proceedings, including the fact that they are taking place, have taken place or will take place, are private and confidential; and

g) Erbrechtliche Schiedsgerichte geniessen die allgemeinen **Vorteile von Schiedsgerichten**, wie Vertraulichkeit¹⁴ und Schnelligkeit, die privatautonome Mitwirkung bei der Festlegung der Verfahrensmodalitäten und Verhandlungssprache sowie bei der Besetzung des Schiedsgerichts, welches mit Fachkompetenz versehen werden kann.¹⁵ Bei Erbstreitigkeiten sind Schiedsverfahren besonders geeignet, um Fragen der Verwaltung des Nachlasses und der Aufteilung unter den Erben zu lösen.¹⁶ Vermögensanlagen, die Bewertung oder Zuteilung von Nachlassgegenständen, die Auslegung eines Testaments sowie Honorare und Kosten. Schiedsgerichte können auch bei klarer Rechtslage, aber einem Streit über die Fakten angerufen werden. In vielen dieser Fälle versucht der Willensvollstrecker, eine Einigung unter den Erben herbeizuführen; wenn dies misslingt, kann ein Schiedsgericht der nächste Schritt sein.¹⁷ Immer häufiger wird zuvor ein Schlichtungs- oder Mediationsverfahren durchgeführt.¹⁸

B. Schiedsvereinbarungen

I. Schiedsverträge und Schiedsklauseln

a) Rechtsgrundlage einer **Schiedsvereinbarung** sind Art. 357 ZPO (national)¹⁹ oder Art. 178 IPRG (international).²⁰ Nach diesen Regeln beschränkt sich

b) any award or decision rendered by the arbitral tribunal or any settlement agreement between the parties shall be kept confidential and shall not be disclosed to any person, except to the extent that disclosure is required by law or pursuant to any rule, requirement or request of any regulatory or governmental authority or stock exchange, or is necessary or advisable in the administration of the Trust or for the implementation or enforcement of the award or decision» (<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/11/icc-clause-for-trust-disputes.pdf> [29.02.2020]).

Weitere Muster-Klauseln bieten an: The American College of Trust and Estate Counsel (AC-TEC), American Arbitration Association (AAA) und Liechtensteinische Industrie- und Handelskammer (Liechtenstein Rules).

¹⁴ Die Verhandlungen des Schiedsgerichts sind nicht-öffentlich, vgl. WOLFGANG HAHNKAMPER, Letztwillig angeordnete Schiedsgerichte, *ecolex* 2017, 850.

¹⁵ Vgl. dazu DANIELA DARDEL, Trust in Arbitration – Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit in trustrechtlichen Angelegenheiten, Diss. Zürich, Zürich 2019, N 328 ff. insbesondere N 388.

¹⁶ Unklare Erbeinsetzungen eignen sich weniger für Schiedsgerichte, vgl. STEFAN BANDEL, Schiedsklauseln in Testamenten und Erbverträgen, *NotBZ* 2005, 382.

¹⁷ Zur Stellung des Willensvollstreckers im Schiedsverfahren vgl. hinten, G.

¹⁸ So hat der Deutsche Notarverein 2000 einen Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof (SGH) gegründet (<http://sgh.dnotv.de/verfahren-beim-sgh/schlichtung/> [29.02.2020]).

¹⁹ Vgl. DANIEL GIRSBERGER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, hrsg. v. Karl Spühler et al., Zürich 2010 (zit. BSK-GIRSBERGER), Art. 357 ZPO N 1.

²⁰ Vgl. DIETER GRÄNICHER, in: Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 3. A., Basel 2013 (zit. BSK-GRÄNICHER), Art. 178 IPRG N 1.

der Mindest-Inhalt einer Schiedsvereinbarung auf den Willen, einen Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen und die Bestimmung des Streitgegenstands.²¹ Im Bereich des Erbrechts schliessen die Erben unter sich bzw. mit Vermächtnisnehmern oder Dritten nach dem Ableben des Erblassers eine Schiedsvereinbarung ab.²² Auch in einem Erbteilungsvertrag kann eine Schiedsvereinbarung enthalten sein, um die mit dem Vollzug verbundene Streitigkeiten zu regeln.²³

b) Der **Willensvollstrecker**, welcher eine unabhängige Stellung genießt,²⁴ ist an einen nach dem Ableben des Erblassers abgeschlossenen Schiedsvertrag der Erben nur dann voll gebunden, wenn er sie auch mitunterzeichnet. Andernfalls ist der Willensvollstrecker für den Bereich der Verwaltung des Nachlasses nicht an das Schiedsgericht gebunden, weil er diesbezüglich exklusive Fähigkeiten besitzt, wohl aber was die Teilung des Nachlasses angeht, weil dies (alleine) Sache der Erben ist.²⁵ Anders ist die Rechtslage, wenn eine Schiedsklausel in einem Erbvertrag enthalten ist (welchen der Willensvollstrecker nicht unterzeichnet hat): Dann ist der Willensvollstrecker an die Schiedsklausel gebunden, sobald er sein Mandat angenommen hat (B. II. b]).

²¹ Vgl. CHRISTIAN OETIKER, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, hrsg. v. Markus Müller-Chen et al., 3. A., Zürich 2019 (zit. ZK-OETIKER), Art. 178 IPRG N 44 ff.; STEPHANIE PFISTERER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III: Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Bern 2014 (zit. BK-PFISTERER), Art. 357 ZPO N 12 und 15; BSK-GRÄNICHER (Fn. 20), Art. 178 IPRG N 30.

²² Vgl. RENÉ STRAZZER/SILVIA SCHWEIZER, Anhang ZPO, in: Basler Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER), Anhang ZPO N 32; MAURICE COURVOISIER/WERNER WENGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, hrsg. v. Thomas Sutter-Somm et al., 3. A., Zürich 2016, Art. 354 ZPO N 12.

²³ Vgl. PIERRE TERCIER, Arbitrage et successions: Un partenariat impossible?, in: Festschr. Paul-Henri Steinauer, hrsg. v. Alexandra Rumo-Jungo, Bern 2013, S. 455; PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32.

²⁴ Vgl. dazu HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker (Art. 517–518 ZGB), Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517-518 ZGB N 383: Die Erben können die Bestellung des Willensvollstreckers nicht widerrufen.

²⁵ Ebenso für das deutsche Recht WOLFGANG REIMANN, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetzen, Band 5: Erbrecht, §§ 2197–2228 BGB (Testament 2 – Testamentsvollstreckung), Berlin 2016 (zit. STAUDINGER/REIMANN), § 2213 BGB N 32: «Wegen der Unabhängigkeit des Testamentsvollstreckers bei der Verwaltung des Nachlasses (§§ 2205, 2211) kann ein Schiedsvertrag, der nach dem Erbfall von den Miterben geschlossen wurde, den Testamentsvollstrecker nicht binden».

c) Die Schiedsvereinbarung kann ein eigenständiger Vertrag, aber auch eine Klausel in einem grösseren Vertrag sein.²⁶ Daneben gibt es noch eine andere Begriffsverwendung, welche SUTTER-SOMM/GUT wie folgt beschreiben: «Gemäss der bundesrätlichen Botschaft umfasst die ‚Schiedsvereinbarung‘ sowohl den **Schiedsvertrag**, der über eine bereits bestehende Streitigkeit abgeschlossen wird wie auch die **Schiedsklausel**, welche sich auf künftige Streitigkeiten bezieht. ... Eine begriffliche Differenzierung zwischen ‚Schiedsvereinbarung‘ und ‚Schiedsklausel‘ im Gesetz sei überflüssig».²⁷

d) Die meisten **Schiedsordnungen**, welche auf Handelssachen ausgerichtet sind, gehen von Schiedsvereinbarungen (Schiedsverträgen oder vertraglichen Schiedsklauseln) aus.²⁸ Dies gilt in der Schweiz sowohl für die Schiedsordnung der **ZPO** als auch für die **Swiss Rules**, welche nach der SVSiE-Schiedsordnung auf Schiedsgerichte in Erbsachen (analog) angewendet werden.²⁹ Das ist auch in den zivilprozessualen Schiedsordnungen im Ausland üblich, sowohl in den umliegenden Ländern Deutschland,³⁰ Österreich³¹ und Liechtenstein,³² als auch in den USA, wo im Recht vieler Staaten für ein Schiedsgericht ein «written agreement» vorausgesetzt wird.³³

²⁶ Dasselbe gilt auch bei der New York Convention, vgl. REIMAR WOLFF, in: New York Convention, hrsg. v. Reimar Wolff, München 2012, Art. II N 56; in Österreich spricht man von Schiedsabrede und Schiedsklausel, vgl. MARTIN SCHAUER, Die Schiedsvereinbarung, in: Private Client Arbitration, hrsg. v. Astrid Deixler-Hübner et al., Wien 2020, S. 9.

²⁷ THOMAS SUTTER-SOMM/NICOLAS GUT, Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle S. 151.

²⁸ Vgl. zur Unterscheidung von Schiedsverträgen und Schiedsklauseln vorne, B. III. 1. c).

²⁹ Vgl. dazu vorne, A. I. b).

³⁰ Nach § 1030 Abs. 2 ZPO wird ein Schiedsgericht üblicherweise durch eine Schiedsvereinbarung bestellt. Dieses Vorgehen wählen die Erben etwa dann, wenn der Erblasser kein Schiedsgericht vorgesehen hat, FRIEDRICH STEIN/MARTIN JONAS/PETER SCHLOSSER, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 10, Kommentierung der §§ 1025-1066 ZPO, 23. A., München 2014, § 1030 ZPO Rn. 2.

³¹ Nach § 581 Abs. 1 ZPO wird ein Schiedsgericht durch eine Schiedsvereinbarung bestellt, der Erblasser kann daneben seine Erben verpflichten, im Falle von Streitigkeiten eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen, vgl. SCHAUER (Fn. 26), S. 9 ff.; ULRICH VOIT, Die objektive Schiedsfähigkeit nach Österreichischem Recht, Diss. Wien 2009, S. 19.

³² Nach § 598 Abs. 1 ZPO wird ein Schiedsgericht durch eine Schiedsvereinbarung bestellt, vgl. MANUEL WALSER, Schiedsfähigkeit im liechtensteinischen Recht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 267.

³³ Vgl. etwa Uniform Arbitration Act (UAA) (2000) § 6; Cal. Civ. Proc. Code (2017) § 1281: «'A written agreement to submit to arbitration an existing controversy or a controversy thereafter arising is valid, enforceable and irrevocable, save upon such grounds as exist for the revocation of any contract»; Ariz. Rev. Stat. (ARS) § 12-1501; Fla. Stat. § 44-104.

e) Auch die **New York Convention** (NYÜ)³⁴ welche für den Vollzug von Schiedsurteilen auf internationaler Ebene besonders wichtig ist, geht in den Art. II, IV und V von einer Vereinbarung aus.³⁵ Ob Schiedsurteile nach diesem Abkommen auch dann vollstreckbar sind, wenn sie auf einer einseitigen Schiedsklausel basieren,³⁶ wird zwar etwa von HAAS bejaht,³⁷ ist aber in der Lehre und Rechtsprechung nicht gesichert.³⁸

f) Schiedsvereinbarungen unter den Erben nach Eintritt des Erbfalls haben (nur) die **Schriftform** nach Art. 358 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG zu wahren.³⁹ Dies deckt sich auch mit der Anforderung an einen Erbteilungsvertrag (Art. 634 Abs. 2 ZGB).⁴⁰

³⁴ Vgl. Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, abgeschlossen am 10. Juni 1958 in New York (SR 0.277.12).

³⁵ Zum deutschen Text der New York Convention vgl. www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15457.pdf (29.02.2020).

³⁶ Vgl. dazu hinten, B. III.

³⁷ Vgl. ULRICH HAAS, Schiedsgerichte in Erbsachen und das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2012, S. 160 ff., insbesondere 194.

³⁸ So betont WOLFF (Fn. 26), Art. II N 57: «The Convention covers only arbitration agreements and thus excludes non-contractual sources for arbitration from its scope ... 'Agreement' in the sense of the Convention necessarily requires some sort of consensus»; weiter vgl. THOMAS LÜBCKE, EuErbVO: Problemfelder im Rahmen der internationalen Zuständigkeit bei Vorliegen einer Rechtswahl durch den Erblasser, GPR 2015, 116 f.: «Da es sich bei der letztwilligen Schiedsordnung nach § 1066 Var. 1 ZPO aber um keine auf übereinstimmendem Willen getroffene Vereinbarung, sondern gar um eine Fremdbestimmung handelt, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass sie dem Regime der NYC unterfällt. Legt man dem konventions-autonomen Begriff der Vereinbarung aber ein weites Verständnis zugrunde, müssen auch Schiedsverfahren erfasst sein, die zwar nicht aufgrund einer Schiedsabrede in einem Vertrag errichtet worden sind, jedoch in sonst einer Art und Weise auf einem Konsens beruhen. Begreift man zudem rechtsvergleichend den Erbschaftserwerb von Todes wegen derart, dass dem Erben stets die Wahl verbleibt, ob er sich mit seinem Pflichtteilsanspruch begnügt oder das testamentarisch konkret ausgestaltete Erbe antreten oder ausschlagen will, kommt eine Schiedsvereinbarung dann konkludent zustande, wenn bei Vorliegen einer letztwilligen Schiedsordnung das Erbe angenommen wird»; Rechtsprechung zu testamentarischen Schiedsklauseln ist soweit ersichtlich nicht vorhanden.

³⁹ Zu den Anforderungen im einzelnen vgl. BSK-GIRSBERGER (Fn. 19), Art. 358 ZPO N 1 ff.; im deutschen Recht wird daneben diskutiert, ob der Verbraucherschutz zu beachten ist, vgl. CHRISTIANE VON BARY, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, Diss. Passau, Tübingen 2018, S. 199 f.

⁴⁰ Vgl. RAMON MABILLARD/MANUELA BRENNEIS-HOBI, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm-MABILLARD/BRENNEIS-HOBI), Art. 634 ZGB N 12 und 16: Die Schriftform betrifft nur den obligatorisch wirkenden Erbvertrag, nicht die daran anschliessende Übertragung der Nachlassgegenstände ins Alleineigentum der Erben.

g) Der Schweizerische Verein für Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE) schlägt als **einfachen Muster-Schiedsvertrag** für Erben nach Eintritt des Erbfalls folgende kurze Formulierung vor:⁴¹

«Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit der Erbsache ... (Erblasser einfügen: Name, Vorname, Geburtsdatum, Sterbedatum, Staatsangehörigkeit, Adresse) sind durch ein Schiedsverfahren gemäss der analog anwendbaren Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (Swiss Rules) mit den Einführungsbestimmungen des Schweizerischen Vereins Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE) zu entscheiden, welches vom Vorstand des SVSiE als Gerichtshof und vom Sekretariat des SVSiE als Sekretariat administriert wird. Es gilt die zur Zeit der Zustellung der Einleitungsanzeige in Kraft stehende Fassung der Schiedsordnung. Das Schiedsgericht soll aus ... (einem oder drei) Schiedsrichter(n) bestehen. Der Sitz des Schiedsverfahrens ist ... (Ort in der Schweiz). Die Sprache des Schiedsverfahrens ist ... (deutsch, französisch, italienisch oder englisch).»

In Diskussion ist eine Ergänzung (am Ende): *«Die Einschreibgebühr und die Kostenvorschüsse sind (ev. vom Willensvollstecker) aus dem Nachlass zu bezahlen».*

h) In Mustern für Schiedsverträge und Schiedsklauseln wird in Deutschland und Liechtenstein häufig erwähnt, dass die **staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen** werde.⁴² Eine solche Formulierung wird in der Schweiz als nicht notwendig angesehen.⁴³

i) Einen **umfassenden Muster-Schiedsvertrag** bietet der SVSiE bisher nicht an. In Anlehnung an die Muster der DSE⁴⁴ und des Süddeutschen Familienschiedsgerichts⁴⁵ könnte dieser etwa wie folgt lauten:

⁴¹ Vgl. www.schiedsgericht-erbsachen.ch/schiedsklauseln.shtml (29.02.2020).

⁴² Vgl. etwa hinten, Fn. 175.

⁴³ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 457: «il faut que l'on puisse en déduire que le testateur a déclaré que la procédure en cas de litige ne serait pas la procédure étatique, mais que la résolution du litige serait confiée à un ou des tiers. La jurisprudence est relativement large à cet égard: il est nécessaire mais suffisant qu'une mention soit faite à l'arbitrage»; BK-PFISTERER (Fn. 21), Art. 357 ZPO N 13.

⁴⁴ Vgl. www.dse-erbrecht.de/PDF/Schiedsvereinbarung.pdf (29.02.2020).

⁴⁵ Vgl. www.familienschiedsgericht.de/pdf/Schiedsvereinbarung.pdf (29.02.2020).

«Die Parteien (1-x: Vorname, Name, Adresse, Telefonnummer, E-Mail) vereinbaren den folgenden Schiedsvertrag:

Die Parteien sind Erben/Vermächtnisnehmer/Willensvollstrecker ... im Nachlass von (Erblasser: Vorname, Name, Adresse, geboren am [Datum], verstorben am [Datum]).

Sie sind sich in Bezug auf den folgenden Sachverhalt/die folgende Rechtsfrage uneinig: (Schilderung der Streitigkeit) / oder: Gegenstand des Schiedsverfahrens sind alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Nachlass des Erblassers.

Die Parteien vereinbaren, dass diese Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht (unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges) zu entscheiden sind.

Die Beauftragung des Schiedsgericht erfolgt auf Grundlage der Schiedsordnung des Schweizerischen Vereins Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE), welche eine analoge Anwendung der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (Swiss Rules) mit den Einführungsbestimmungen des SVSiE vorsieht / oder: Als Schiedsordnung kommen Art. 353 ff. ZPO zu Anwendung.

Die Parteien bestellen 1 Schiedsrichter / oder: 3 Schiedsrichter.

Sie bestimmen einvernehmlich folgende Personen als Schiedsrichter (Vorname, Name, Adresse, Telefonnummer, E-Mail) / oder: Der Vorstand des SVSiE soll die Schiedsrichter bestimmen.

Der Sitz des Schiedsverfahrens ist ... (Ort in der Schweiz).

Die Sprache des Schiedsverfahrens ist (Sprache: deutsch, französisch, italienisch oder englisch).

Die Parteien vereinbaren, dass das Erbrecht von (Land) zur Anwendung kommt.

Der vorläufige Streitwert beträgt CHF

Die Parteien vereinbaren folgende Kommunikationswege: Mit Ausnahme des Schiedsspruchs können schriftliche Erklärungen nach Ermessen des Schiedsgerichts auch per Mail übermittelt werden / oder: Schriftliche Erklärungen müssen immer auf dem Postweg übermittelt werden.

Änderungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform.

II. Erbvertragliche Schiedsklauseln

a) Als besondere Form der Schiedsvereinbarung ist diejenige anzusehen, welche in einem Erbvertrag (Art. 512 ff. ZGB) abgeschlossen wird. MAUERHOFER vertritt die Ansicht, dass eine Übereinkunft des Erblassers mit einem oder mehreren Erben keine Schiedsvereinbarung darstelle, weil der Erblasser gar nicht Partei einer Erbstreitigkeit sein könne,⁴⁶ und nach PESTALOZZI-FRÜH machen Schiedsklauseln in Erbverzichtsverträgen häufig wenig Sinn.⁴⁷ Dies wird von DAMRAU (für Deutschland) anders angesehen, weil einerseits schon zu Lebzeiten über Abfindungsleistungen ein Streit entstehen kann und zum andern weil nach dem Tod die Erben in die Position des Erblassers nachrücken.⁴⁸ Dabei betont er, dass die «Vererblichkeit von Prozessrechtslagen» unstreitig sei.⁴⁹ Diesen Ausführungen stimme ich zu und halte Schiedsklauseln in Erbverträgen **in jedem Fall für zulässig**.⁵⁰ Wie weit sie sinnvoll sind, muss (je nach Konstellation und in Frage stehender Klage) im Einzelfall entschieden werden. Es ist immer anzustreben, dass sich alle Erben am Erbvertrag beteiligen und damit auf vertraglichem Wege in das Schiedsgericht eingebunden werden, oder dass sie sich nachträglich auf das Verfahren einlassen.⁵¹

⁴⁶ Vgl. MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 2006, 394: «Es handelt sich auch nicht um einen Erbvertrag, da der Erblasser seinerseits keine Verpflichtungen eingeht und nicht von Todes wegen verfügt».

⁴⁷ Vgl. SIBYLLE PESTALOZZI-FRÜH, Erbvertragliche Schiedsklauseln / Schiedsverträge im Bereich des Erbrechts / Kollisionsrechtliche Aspekte bei solchen Schiedsverfahren, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2012, S. 206 f.

⁴⁸ Vgl. JÜRGEN DAMRAU, Grenzen erbrechtlicher Streitigkeiten vor Schiedsgerichten, Unterlage der DSE-Ausbildung vom 8.–10. Juli 2010 in Würzburg (nicht publiziert), S. 4: «Hier kann es schon zu Lebzeiten des Erblassers zu Streitigkeiten unter den Vertragsschliessenden kommen, z.B. hinsichtlich der Abfindungsleistung oder Ausgleichszahlungen irgendwelcher Dritter, insbesondere Geschwister. Es kann aber auch erst nach dem Tod des Erblassers zu Streitigkeiten kommen. Hier rücken die Erben in die Position des Erblassers ein und sind deshalb an die Schiedsvereinbarung gebunden ...»; ebenso BANDEL (Fn. 16), NotBZ 2005, 392 f., welcher für einen Erbverzichtsvertrag mit einem Erben eine Muster-Schiedsklausel anbietet.

⁴⁹ DAMRAU (Fn. 48), S. 4, welcher ergänzt: «Natürlich ist es wünschenswert, dass der notarielle Vertrag klarstellt, dass der Schiedsklausel sowohl die Streitigkeiten aus dem Vertrag wie die aus dem Erbrecht unterworfen sind».

⁵⁰ Anders noch OLG Hamm 8 U 38/90 vom 08.10.1990: «Soll zwischen den am Erbvertrag beteiligten Parteien eine Schiedsabrede vereinbart werden, so kann dies nur in einer gesondert von den Parteien zu unterzeichnenden Vertragsurkunde geschehen»; dies ist inzwischen aber überholt, vgl. etwa OLG Frankfurt 8 U 62/11 vom 04.05.2012 Rn. 35 ff.

⁵¹ Vgl. dazu PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32; CLAUDIA MARTIN-SPÜHLER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Karl Spühler et al., Zürich 2010 (zit. BSK-MARTIN-SPÜHLER), Art. 28 ZPO N 19.

b) Der **Willensvollstrecker** ist beim Abschluss eines Erbvertrags üblicherweise nicht anwesend und unterzeichnet ihn auch nicht. Dennoch ist eine im Erbvertrag enthaltene Schiedsklausel für ihn verbindlich:⁵² Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_7/2019⁵³ entschieden, dass die Schiedsklausel für den Willensvollstrecker verbindlich wird, sobald er sein Amt annimmt. Der **Einbezug** verläuft somit ähnlich wie der Einbezug der Erben durch die Annahme der Erbschaft bei einer einseitigen Schiedsklausel⁵⁴ oder bei der Anwendung des NYÜ.⁵⁵

c) Wenn eine Schiedsklausel in einem Erbvertrag steht, ist davon auszugehen, dass sich die Erben gegenüber dem Erblasser verpflichten, und deshalb ist auch die Form des Erbvertrags einzuhalten, also die **Form der letztwilligen öffentlichen Verfügung** (Art. 512 Abs. 1 ZGB),⁵⁶ und nur diese.

d) Ein Problem ist, dass Erbverträge in vielen Ländern nicht zulässig sind.⁵⁷ Wenn zu erwarten ist, dass ein Schiedsurteil auch in einem solchen Land zu vollstrecken ist, empfiehlt es sich deshalb, die **Schiedsklausel in einem separaten**

⁵² Ebenso für das deutsche Recht STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2213 BGB Rn. 32: «Hat allerdings der Erblasser noch einen Schiedsvertrag geschlossen, so tritt der Testamentsvollstrecker in diesen ein».

⁵³ Vgl. BGer. 4A_7/2019 vom 21.03.2019 E. 2.4: «...l'arbitre a retenu en substance que la clause compromissoire figurant dans le pacte successoral était opposable à l'exécuteur testamentaire, qui en acceptant et en exécutant sa mission sans élever la moindre réserve, avait adopté un comportement permettant de considérer qu'il avait adhéré à la convention d'arbitrage».

⁵⁴ Vgl. dazu hinten, B. III. 1. b) und d) und 2. g); ebenso zum deutschen Recht ULRICH HAAS/JEFFREY BROSI, Einseitige, insbesondere testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ZZPInt 2016, 334.

⁵⁵ Vgl. dazu vorne, B. I. e).

⁵⁶ Vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 394 f.; ebenso für das deutsche Recht BANDEL (Fn. 16), NotBZ 2005, 383; a.M. FLORIAN HARDER, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, Berlin 2007, S. 153 f., mit der Begründung, es würden nur die Erbvertragsparteien gebunden, was aber gerade beim Einbezug des Testamentsvollstreckers nicht zutrifft.

Zu den verschiedenen Varianten (Vorlesungsverfahren, Selbstlesungsverfahren und kombiniertes Verfahren) vgl. STEFAN GRUNDMANN, in: Basler Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et. al., 4. A., Basel 2019 (PraxKomm-GRUNDMANN), Art. 512 ZGB N 16 ff.

⁵⁷ Darauf macht der SVSiE auf seiner homepage ausdrücklich aufmerksam: «Nur soweit erbvertragliche Schiedsklauseln in den jeweiligen Ländern rechtlich zulässig sind; der SVSiE trägt keine Verantwortung für die Gültigkeit von erbvertraglichen Schiedsklauseln; in der Schweiz ist der Erbvertrag nach Art. 512 ff. ZGB zugelassen» (www.schiedsgericht-erbsachen.ch/schiedsklauseln.shtml [29.02.2020]).

Erbverträge sind nicht zulässig in England (mit der Alternative joint will), Frankreich (mit der Alternative Schenkungsversprechen unter Eheleuten auf den Todesfall), Griechenland (mit Ausnahme der «Lex Onassis»), Italien (mit Ausnahme des patto di famiglia bei der Unternehmensnachfolge), Spanien (mit der Alternative Ehevertrag), vgl. HANS RAINER KÜNZLE, in: Zürcher

Vertrag unter den Erben zu vereinbaren.⁵⁸ Um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, dass ein solcher Vertrag gegen Art. 636 Abs. 1 ZGB (Verträge über den Erbteil vor Eintritt des Todesfalls) verstosse,⁵⁹ was m.E. nicht der Fall ist,⁶⁰ sollte der Erblasser zu diesem Vertrag seine Zustimmung geben.⁶¹ Der Schiedsvertrag ist in diesem Fall nicht der Form des Erbvertrags unterworfen,⁶² sondern es gilt die Form von Art. 357 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 1 IPRG (einfache Schriftlichkeit).⁶³ Wer jede Formdiskussion ausschliessen möchte, wird dennoch die Form des Erbvertrags⁶⁴ einhalten.

e) In Deutschland kann eine Schiedsvereinbarung nicht nur in einem Erbvertrag,⁶⁵ sondern auch in einem **gemeinschaftlichen Testament** (§ 1029 ZPO) stehen,⁶⁶ einer Testierform welche es im schweizerischen Erbrecht nicht gibt. Für Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente werden die gleichen Muster-Schieds-

Kommentar zum IPRG, hrsg. v. Markus Müller-Chen et al., 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-KÜNZLE), Vorbem. zu Art. 86-96 IPRG N 75, 82 und 103.

Erbverträge sind etwa zulässig in Deutschland (§§ 2274 ff. BGB) und Liechtenstein (§ 602 ff. ABGB), nur in beschränktem Umfang (zwischen Ehegatten) in Österreich (§ 1249 ABGB).

⁵⁸ Ebenso PESTALOZZI-FRÜH (Fn. 47), S. 208; BSK-GRÄNICHER (Fn. 20), Art. 178 IPRG N 64.

⁵⁹ «Verträge, die ein Erbe über eine noch nicht angefallene Erbschaft ohne Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers mit einem Miterben oder einem Dritten abschliesst, sind nicht verbindlich».

⁶⁰ In Art. 636 ZGB geht es um Verfügungen über den Erbteil, wie Abtretung (Art. 635 ZGB), aber auch Verkauf, Tausch, Schenkung oder Pfändung, und nicht um einen prozessualen Vertrag, vgl. PraxKomm-MABILLARD/BRENNEIS-HOBI (Fn. 40), Art. 636 ZGB N 13 ff.

⁶¹ Nach MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 395, wirkt der Erblasser in einem solchen Fall mit.

⁶² Vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 395.

⁶³ Ebenso für das österreichische Recht MICHAEL NUEBER, Gedanken zur testamentarischen Schiedsklausel, JEV 2013, 120; anders offenbar die einhellige Meinung in Deutschland und Österreich, vgl. etwa BANDEL (Fn. 16), NotBZ 2005, 383 Fn. 31 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. dazu vorne, B. II. c).

⁶⁵ Vgl. den Tagungsbeitrag von WOLFGANG REIMANN, Testamentsvollstrecker und Schiedsgerichte – Länderbericht Deutschland, vorne, S. 1 ff., welcher differenziert zwischen Erbverträgen nach § 2274 ff. BGB, Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichtsverträgen nach §§ 2346 ff. BGB und Erbschaftsverträgen nach § 311b Abs. 4, 5 BGB (S. 5).

⁶⁶ Vgl. ULRICH HAAS, Letztwillige Schiedsverfügungen, in: Festschr. für Antonio Palazzo, Band 2, hrsg. v. Silvio Mazzaresse und Andrea Sassi, S. 349; RÜDIGER WERNER, Das Schiedsverfahren als Instrument zur Lösung erbrechtlicher Streitigkeiten, ZEV 2011, 508; HARDER (Fn. 56), S. 149 ff.; zu einem Beispiel vgl. LG Mainz 1 O 405/06 vom 17.04.2008, SchiedsVZ 2008, 263 Rn. 4: «Für den Fall, dass unsere letztwillige Verfügung Anlass zu Streitigkeiten unter den Erben in irgendeiner Weise wegen der Auslegung unseres letzten Willens Anlass geben sollte, so entscheidet ein sachverständiger Schiedsrichter verbindlich unter Ausschluss des Rechtsweges. Dasselbe gilt, wenn es bei der Ausführung unserer Anordnungen und der Aufteilung des Nachlasses zu Streitigkeiten unter den Erben kommen sollte ...».

klauseln verwendet.⁶⁷ Schiedsklauseln in einem gemeinschaftlichen Testament sind nicht wechselbezüglich und können (nach dem Tod eines Ehegatten) in einem späteren Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament durch eine neue Schiedsklausel ersetzt werden.⁶⁸

f) Der Schweizerische Verein für Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen schlägt als **erbvertragliche Muster-Schiedsklausel** folgende Formulierung vor:⁶⁹

«Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem vorstehenden Erbvertrag von ... (Erblasser einfügen: Name, Vorname, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Adresse) sind durch ein Schiedsverfahren gemäss der analog anwendbaren Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (Swiss Rules) mit den Einföhrungsbestimmungen des Schweizerischen Vereins Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE) zu entscheiden, welches vom Vorstand des SVSiE als Gerichtshof und vom Sekretariat des SVSiE als Sekretariat administriert wird. Es gilt die zur Zeit der Zustellung der Einleitungsanzeige in Kraft stehende Fassung der Schiedsordnung. Das Schiedsgericht soll aus ... (einem oder drei) Schiedsrichter(n) bestehen. Der Sitz des Schiedsverfahrens ist ... (Ort in der Schweiz). Die Sprache des Schiedsverfahrens ist ... (deutsch, französisch, italienisch oder englisch).»

In Diskussion ist eine Ergänzung (am Ende): *«Die Einschreibegeböhr und die Kostenvorschüsse sind (ev. vom Willensvollstecker) aus dem Nachlass zu bezahlen».*

⁶⁷ Vgl. etwa die DSE-Schiedsklausel: «Wir ordnen an, dass alle Streitigkeiten, die durch unseren Erbfall hervorgerufen werden, unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. (Hauptstr. 18, 74918 Angelbachtal/Heidelberg) und ihrer jeweils gültigen Schiedsordnung unterworfen sind» (www.dse-erbrecht.de/PDF/weg_1.pdf [29.02.2020]).

⁶⁸ Vgl. OLG Frankfurt 8 U 62/11 vom 04.05.2012, ZEV 2012, 665 = ZErB 2013, 267 = ErbR 2013, 238 Rn. 35 ff.

⁶⁹ www.schiedsgericht-erbsachen.ch/schiedsklauseln.shtml (29.02.2020).

III. Einseitige Schiedsklauseln

1. Rechtsvergleichung

a) Die einseitige Schiedsklausel ist in vielen Ländern gesetzlich vorgesehen, so in **Deutschland** in § 1066 ZPO: «Für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend». Zu Diskussionen Anlass gibt insbesondere der Ausdruck «in gesetzlich statthafter Weise», weil es dafür keine gesetzliche Grundlage gibt.⁷⁰ Historisch ist § 1066 ZPO auf die gleichlautende Bestimmung von § 872 der CPO von 1877 zurückzuführen, welche aus Art. 1344 der bayerischen Prozessordnung von 1869 übernommen wurde, ohne sich damit näher zu befassen.⁷¹ Während es in den Landesgesetzen Regelungen über die Zulässigkeit von Schiedsklauseln gab,⁷² fehlte das im BGB. Dies hatte zur Folge, dass testamentarische Schiedsklauseln teilweise für unzulässig gehalten wurden, soweit man die «Bewilligung» nicht § 1066 ZPO selbst entnahm.⁷³ Nach Inkrafttreten des BGB versuchte man, die Schiedsanordnung als Auflage zu erfassen, was aber abzulehnen ist, weil sie unter anderem den Einbezug des Testamentsvollstreckers⁷⁴ nicht erklären kann.⁷⁵ Dies sah auch das Reichsgericht 1920 so und bestätigte die Zulässigkeit einseitiger Schiedsklauseln, allerdings ohne nähere Begründung: «Gegen die Zulässigkeit einer solchen Anordnung ist kein Bedenken zu erheben».⁷⁶ In der Literatur wird § 1066 ZPO heute so verstanden, dass das Sachrecht (Erbrecht) die einseitige Anordnung nicht verbieten darf.⁷⁷ Der BGH hat kürzlich präzisiert, dass die Anordnung in der Verfügungsmacht des Erblassers liegen

⁷⁰ DAMRAU (Fn. 48), S. 5: »Kein Gesetz – insbesondere nicht das BGB – sagt nun expressis verbis, dass Schiedsgerichte *in gesetzlich statthafter Weise* durch letztwillige Verfügung angeordnet werden dürfen und welche Fragen durch solch testamentarisch angeordnete Schiedsgerichte entschieden werden können».

⁷¹ Vgl. DAMRAU (Fn. 48), S. 5, mit Verweis auf CARL HAHN (Hrsg.), Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung, 1. Abteilung, Berlin 1880, S. 490 zu § 791 des Entwurfs.

⁷² Vgl. KARLHEINZ MUSCHELER, Letztwillige Schiedsklauseln im deutschen Recht, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2010, S. 96.

⁷³ Vgl. DAMRAU (Fn. 48), S. 5, mit Verweis auf LOTHAR VON SEUFFERT, Kommentar zur Civilprozessordnung, 2. Band, 10. A., Berlin 1908, § 1048, Bemerk. 2a.

⁷⁴ Vgl. dazu hinten, B. I. b).

⁷⁵ Vgl. DAMRAU (Fn. 48), S. 6: «Eine Auflage würde auch nicht erklären, dass die Schiedsklausel nur zur Folge hat, dass der Gegner die Einrede der Unzuständigkeit des staatlichen Gerichts geltend machen könnte. Schliesslich trifft eine Auflage niemals den Testamentsvollstrecker; Streitigkeiten mit diesem wären also dann nicht von der Schiedsklausel erfasst».

⁷⁶ Reichsgericht Rep. IV. 2/20 vom 27.09.1920, RGZ 100, 76.

⁷⁷ Vgl. STEPHAN SCHERER/CHRISTIAN V. OERTZEN/MARK PAWLYTTA, Münchener Anwalts-Handbuch Erbrecht, 3. A., München 2010, § 63 Rn. 19; weiter vgl. WERNER (Fn. 66), ZEV 2011, 507:

müsse.⁷⁸ Eine nachträglich angeordnete Schiedsklausel stellt (anders als die nachträglich angeordnete Testamentsvollstreckung) keine Beeinträchtigung eines eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmers dar.⁷⁹ Wenn sich die Schiedsrichter über die Besetzung nicht einig sind (Zweier- oder Dreier-Schiedsgericht) kann dieses allerdings nicht durchgeführt werden.⁸⁰

b) In **Österreich** gibt es in § 581 Abs. 2 ZPO⁸¹ eine gesetzliche Grundlage mit einem sehr ähnlichen Wortlaut wie im deutschen § 1066 ZPO.⁸² Die Rechtsprechung hat testamentarische Schiedsklauseln schon vor der Schaffung von § 581 Abs. 2 ZPO zugelassen,⁸³ und verlangte keine ausdrückliche Zulassung im materiellen Recht.⁸⁴ In der Literatur wird § 581 Abs. 2 ZPO von der herrschenden Meinung als materielle Grundlage angesehen,⁸⁵ was von WELSER/KLAMMER kritisiert wird.⁸⁶ Interessant ist die Auslegung des Ausdrucks «in gesetzlich zulässiger Weise» durch von WEISS, welcher die Ansicht vertritt, damit habe der Gesetz-

Das Schiedsverfahren ist ein auf Konfliktbeilegung gerichtetes Verfahren, bei welchem «die materiell-rechtliche Situation irrelevant ist».

⁷⁸ Vgl. BGH I ZB 21/18 vom 08.11.2018, Rn. 21, mit Verweis auf BGH IV ZB 25/16 vom 17.05.2017 und BGH I ZB 49/16 vom 16.03.2017 Rn. 20 und 22; weiter vgl. vorne, den Beitrag von WOLFGANG REIMANN (Fn. 65), S. 16 f.

⁷⁹ Vgl. OLG Celle 6 W 204/15 vom 11.12.2015, ZEV 2016, 337 = ErbR 2016, 268, Rn. 5: «Anders als die nachträgliche Anordnung von Testamentsvollstreckung (dazu: OLG Köln Beschl. v. 22. Aug. 1990 zu 2 Wx 31/90 bei juris: Rn. 34) beschränkt die Schiedsgerichtsklausel die Einsetzung von Erben durch gemeinschaftliches Testament nicht»; anders noch OLG Hamm 6 8 U 38/90 vom 08.10.1990 NJW-RR 1991, 455.

⁸⁰ Vgl. OLG Köln 26 U 21/91 vom 04.09.1991, OLGR Köln 1992, 26.

⁸¹ Vgl. Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO / RGBI. Nr. 113/1895, zuletzt geändert durch BGBI. I Nr. 109/2018).

⁸² Vgl. HAHNKAMPER (Fn. 14), *ecolex* 2017, 851, der darauf hinweist, dass letztwillige Schiedsklauseln früher in § 599 Abs. 1 ZPO aF zugelassen waren; MAXIMILIAN BURKOWSKI, *Letztwillige Schiedsklauseln*, Diss. Wien 2016, S. 7, der darauf hinweist, dass der Wortlaut seit 1898 (§ 599 Abs. 1 ZPO) kaum verändert wurde; zum deutschen § 1066 ZPO vgl. vorne, B. III. 1. a).

⁸³ Vgl. OGH 1 Ob 171/57 vom 20.03.1957, JBl. 1957, 595; allerdings offen gelassen in OGH 6 OB 590/87 vom 21.05.1987.

⁸⁴ Vgl. IRENE WELSER/GEORG KLAMMER, *Unilateral Arbitration Clauses*, in: *Austrian Yearbook on International Arbitration 2018*, hrsg. v. Christian Klausegger, Wien 2018, S. 6, mit Verweis auf OGH 1 Ob 1023/28 vom 28.12.1927, SZ 9/270; in dieser Entscheidung wird erwähnt, dass testamentarische Schiedsklauseln ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage zugelassen seien und dies demnach auch für die Schiedsklausel in den Statuten einer Erwerbsgenossenschaft gelten müsse; BRIGITTA ZÖCHLING-JUD/GABRIEL KOGLER, *Letztwillige Schiedsklauseln*, *GesRZ* 2012, 80, gehen davon aus, dass die materielle-rechtliche Bewilligung in § 581 Abs. 2 ZPO enthalten ist.

⁸⁵ Vgl. etwa HAHNKAMPER (Fn. 14), *ecolex* 2017, 851; BURKOWSKI (Fn. 82), S. 21 ff., der auch darauf hinweist, dass das materielle Recht keine ausdrückliche Grundlage liefert (35).

⁸⁶ Vgl. WELSER/KLAMMER (Fn. 84), S. 6 ff.

geber verhindern wollen, dass der Erblasser die Ernennung der Erben nicht Dritten überlasse.⁸⁷ NUEBER⁸⁸ plädiert in Anlehnung an HAAS⁸⁹ dafür, die Bindungswirkung der einseitigen Schiedsklausel daraus abzuleiten, dass ein Erbe oder Vermächtnisnehmer das Erbe annimmt und damit auch die Schiedsklausel akzeptiert (kleiner Konsens).⁹⁰ Dasselbe gilt vom Testamentsvollstrecker, welcher sein Amt annimmt.⁹¹ Dies erinnert stark an die Einbindung von Begünstigten von Stiftungen und Trusts an Schiedsklauseln in Stiftungsstatuten und trust deeds.⁹² Daneben wird die Bindungswirkung auch – wie in Deutschland⁹³ – auf die Verfügungsmacht des Erblassers gestützt.⁹⁴ Einseitige letztwillige Schiedsklauseln müssen die Formerfordernisse der letztwilligen Verfügung erfüllen⁹⁵ «und nur diese».⁹⁶

c) In **Liechtenstein** sind einseitige Schiedsklauseln in Testamenten aufgrund von § 598 Abs. 2 ZPO zugelassen, welcher einen ähnlichen Wortlaut hat wie der deutsche § 1066 ZPO und der österreichische § 581 Abs. 2 ZPO.⁹⁷ Die Bindungswirkung wird hauptsächlich auf die Annahme der Erbschaft gestützt.⁹⁸ Der Ausdruck «in gesetzlich zulässiger Weise» wird so verstanden, dass der Inhalt im konkreten Fall nicht gesetzlich ausgeschlossen ist und in Übereinstim-

⁸⁷ Vgl. EGON WEISS, in: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, hrsg. v. Heinrich Klang, Wien 1952, S. 217.

⁸⁸ Vgl. MICHAEL NUEBER, Letztwillige Schiedsklauseln, in: Erbrecht und Vermögensnachfolge, hrsg. v. Michael Gruber et al., 2. A., Wien 2018, § 25 N 12: «Tatsächlich ist in der Ausschlagung der Erbschaft bzw des Vermächtnisses der Schlüssel zur Bindung an letztwillige Schiedsklauseln zu sehen».

⁸⁹ Vgl. ULRICH HAAS, Letztwillige Schiedsverfügungen i.S. des § 1066 ZPO, ZEV 2007, 51.

⁹⁰ Vgl. BURKOWSKI (Fn. 82), S. 75 ff.

⁹¹ Vgl. ALICE FREMUTH-WOLF, Arbitration Agreement and Third Parties, in: Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure, hrsg. v. Stefan Riegler et al., Wien 2007, S. 679.

⁹² Ebenso NUEBER (Fn. 88), § 25 N 13: «Es verhält sich hier ähnlich wie im Fall des Begünstigten einer Privatstiftung»; anders in *McArthur v. McArthur*, No. A137133 (Cal.App. 1 Dist. Mar. 11, 2014), wo es an einer Einbindung fehlte, weil die Begünstigten dem Trust weder ausdrücklich noch stillschweigend zugestimmt haben.

⁹³ Vgl. vorne, B. III. 1. a).

⁹⁴ Vgl. WELSER/KLAMMER (Fn. 84), S. 8 f.

⁹⁵ Vgl. HAHNKAMPER (Fn. 14), *ecolex* 2017, 852, mit Verweis auf §§ 577 ABGB.

⁹⁶ MARTIN SCHAUER, Letztwillige Schiedsanordnungen, in: *Private Client Arbitration*, hrsg. v. Astrid Deixler-Hübner et al., Wien 2020, S. 179; ebenso ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), *GesRZ* 2012, 81 f.

⁹⁷ Vgl. WALSER (Fn. 32), S. 29.

⁹⁸ Vgl. HUBERTUS SCHUMACHER, Schiedsgerichtsbarkeit zur Lösung stiftungsrechtliche Streitigkeiten, in: *Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte*, hrsg. v. Francesco Schurr, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 149: Die theory of deemed acquiescence «entspricht auch einer vielfach zu letztwillig angeordneten Schiedsklauseln vertretenen Meinung, wonach der legitimierende Rechtsakt in der Annahme der Erbschaft oder des Vermächtnisnehmers besteht, zumal diese auch ausgeschlagen werden können».

mung mit dem Erbstatut erlassen wird.⁹⁹ Die entsprechende Anwendung führt auch hier dazu, dass für die Form nicht auf das Schiedsrecht, sondern auf das Erbrecht abgestellt wird.¹⁰⁰

d) In den **USA** sind einseitige Schiedsklauseln in Testamenten (last wills) ebenfalls zulässig.¹⁰¹ Aufgrund der besonderen Situation (Übergang des Eigentums an den executor und nicht die Erben) gibt es zunächst einen leicht anderen Inhalt der Schiedsklausel: Der Erblasser ermächtigt den executor, Streitigkeiten unter den Erben einem Schiedsgericht zu unterbreiten.¹⁰² Sodann kann der executor, welcher keine solche Ermächtigung vom Erblasser erhalten hat, eine Bewilligung beim Probate Court einholen.¹⁰³ Die Bindungswirkung der einseitigen Schiedsklausel wird auch hier diskutiert.¹⁰⁴ SPITKO plädiert dafür, den Einbezug der Erben durch die Annahme des Erbes stärker zu gewichten.¹⁰⁵ Dabei gibt es zwei Erklärungen:¹⁰⁶ nämlich eine contract theory (theory of deemed acquiescence) und einen conditional transfer.¹⁰⁷ Eine besondere Problematik liegt in den USA darin, dass der Federal Arbitration Act die testamentarische Schiedsklausel

⁹⁹ Ebenso WALSER (Fn. 32), S. 192, mit Bezug auf Schiedsklauseln in Stiftungsstatuten.

¹⁰⁰ Ebenso WALSER (Fn. 32), S. 192, mit Bezug auf Schiedsklauseln in Stiftungsstatuten.

¹⁰¹ Vgl. THE AMERICAN COLLEGE OF TRUST AND ESTATE COUNSEL FOUNDATION, Arbitration Task Force Report, Los Angeles 2006, S. 12, mit Verweis auf Pray v. Belt, 26 U.S. 670, 679-80 (1828), wo eine Schiedsklausel eine Mehrheit von executors ermächtigte, alle Streitigkeiten des Nachlasses zu entscheiden, und Wait v. Huntington, 40 Conn. 9, 1873 WL 1382 (1873).

¹⁰² Vgl. etwa Rogers v. Cruger, 7 Johns. (N.Y.) 557; 1808 N.Y. Lexis 184, 6 (1808): «to submit to arbitration, compromise, and settle all and every or any differences and disputes that may arise in and about the execution of this my last will and testament»; Manice v. Manice, 43 N.Y. 303; 1871 N.Y. Lexis 8, 26 (1871): «and to submit to arbitration any and all disputes or controversies which shall or may arise in the settlement of my estate».

¹⁰³ Vgl. Patterson-McDonald, 284 F. 277; 1922 U.S. Dist. Lexis 1205, 2-3 (1922): «The trustee may, pursuant to the direction of the court, submit to arbitration any controversy arising in the settlement of the estate».

¹⁰⁴ Vgl. E. GARY SPITKO, The Will as an Implied Unilateral Arbitration Contract, 67 Florida Law Review 1 (2015): «A consensus has begun to develop in the case law, the academic commentary, and the statutory reform movement that a testator's provision in her will mandating arbitration of any challenge to the will should not be enforceable against a beneficiary who has not agreed to the arbitration provision, at least where the will contestant, by her contest, seeks to increase her inheritance outside the will. Grounding this consensus is the widespread understanding that a will is not a contract».

¹⁰⁵ Vgl. SPITKO (Fn. 104), 67 Florida Law Review 1 (2015): «This Article seeks to challenge both the understanding that the will is not a contract and the opposition to enforcement of testator-compelled arbitration provisions that arises from that understanding».

¹⁰⁶ Vgl. JOHN ROGERS, Arbitration of Estate and Trust Disputes, in: Mediation for Estate Planners, hrsg. v. Susan S. Gary, Chicago 2016,

¹⁰⁷ Vgl. Tennant v. Satterfield, 216 S.E. 2d 232 (W. Va. 1975): «Without acceptance by the intended transferee, the transfer does not occur».

nicht vorsieht und unklar ist, wie weit Raum für einzelstaatliche Regelungen verbleibt.¹⁰⁸ Dies führte in der Vergangenheit zu unterschiedlichen Gerichtsentscheidungen¹⁰⁹ und veranlasste verschiedene Staaten, ihre Gesetzgebung zu ergänzen und Schiedsgerichte bei «trusts and estates» ausdrücklich als zulässig zu erklären.¹¹⁰ Daneben wird in den Schiedsordnungen bzw. Schiedsklauseln darauf geachtet, dass das rechtliche Gehör (auch für Minderjährige und Ungeborene) gewährt und der Zugang zum Schiedsgericht nicht durch Kosten übermässig erschwert wird.¹¹¹

e) Weitere Länder kennen (einseitige) testamentarische Schiedsklauseln, wie Spanien¹¹² und einige Länder in Lateinamerika, allerdings mit gewissen Einschränkungen:¹¹³ Beispiele dafür sind die Länder Peru,¹¹⁴ Bolivien¹¹⁵ und Hon-

¹⁰⁸ Vgl. dazu EDWARD F. SHERMAN, Arbitration in Wills and Trusts: From George Washington to an Uncertain Present, 9 Yearbook of Arbitration and Mediation 84 ff. (2017).

¹⁰⁹ Vgl. Sherman, (Fn. 108), 9 Yearbook of Arbitration and Mediation 84 ff. (2017): «A different approach, still not adopted by many courts, is that an arbitration clause in a will or trust is enforceable against beneficiaries if they choose to accept benefits under the document».

¹¹⁰ Vgl. ROGERS (Fn. 106), S. 231 ff. und SHERMAN (Fn. 108), 9 Arbitration Law Review 88 (2017): Alaska (Alaska Ct. R. 4.5 [2006]), Arizona (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 14-10205 [2013]), Florida (Fla. Stat. § 731.401 [2019]), Hawaii (Haw. Prob. R. 2.1 [2007]), Massachusetts (Mass. Prob. & Fam. Ct., Standing Order 1-04 [2006]), Michigan (Mich Ct. R. 5.143 [2006]), Missouri (Mo. Rev. Stat. § 456.2-205 [2014]), Nevada (Sec. 60, SB 484 [2015]), New Hampshire (R.S. A. § 564-B: 1-111A [2014]), New Jersey (N.J. Ct. R. 1:40-6 [2007]), Washington (Wash. Rev. Code §§ 11.96A.260-11.96A.320 [2014]).

¹¹¹ Vgl. THE AMERICAN COLLEGE OF TRUST AND ESTATE COUNSEL FOUNDATION (Fn. 101), S. 20: «Therefore, effective trust or estate arbitration must include a mechanism for providing notice and a fair opportunity to be heard. As we stress elsewhere in this report, notice and a fair opportunity to be heard should be given to minors and unborn and unascertained persons through their proper representatives».

¹¹² Vgl. Art. 10 Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, Disposición Final Tercera (BOE Nr. 39 vom 26.12.2003); KÜNZLE (Fn. 10), S. 2.

¹¹³ Vgl. FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, Arbitraje y Derecho de Sucesiones: El arbitraje testamentario, in: El Arbitraje en las Distintas Areas del Derecho, hrsg. v. Jorge Luis Collantes González, Lima 2007, S. 99.

¹¹⁴ Vgl. Disposiciones complementarias séptima del Decreto Legislativo que norma el arbitraje, in Kraft seit 01.09.2008 (DL No. 1071 - [www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf) [29.02.2020]): «Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior».

¹¹⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 1 Ley de Arbitraje y Conciliación (Ley n.º 1770 de 10 de marzo de 1997, [www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A22524152FADF48B05257D08005617BE/\\$FILE/arb_Bolivia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A22524152FADF48B05257D08005617BE/$FILE/arb_Bolivia.pdf)

duras.¹¹⁶ Teilweise geduldet werden testamentarische Schiedsklauseln in Italien,¹¹⁷ während sie in Frankreich nicht zugelassen sind (Art. 1442-1449 CCP kennen nur den Schiedsvertrag).¹¹⁸

2. Prozessuale Zulassung

a) Bei der Schaffung des Gesetzes über das Internationale Privatrecht (**Art. 178 IPRG**) und der Schweizerischen Zivilprozessordnung (**Art. 358 ZPO**) wurde die Frage, ob einseitige Schiedsklauseln zulässig seien, nicht diskutiert.¹¹⁹ Aus diesem Grund gibt es gegenwärtig in der Lehre unterschiedliche Ansichten über die Zulässigkeit von einseitigen Schiedsklauseln in der Schweiz.¹²⁰

[29.02.2020]): «I. Salvando las limitaciones establecidas por el orden público sucesorio, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador será válido, a efectos de resolver controversias que puedan surgir entre sus herederos y legatarios, con referencia a las siguientes materias: 1. Interpretación de la última voluntad del testador. 2. Partición de los bienes de la herencia. 3. Institución de sucesores y condiciones de participación. 4. Distribución y administración de la herencia».

¹¹⁶ Vgl. Art. 32 Ley de Conciliación y Arbitraje (Decreto n° 161-2000 - <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/hon24091.pdf> [29.02.2020]): «Salvo las limitaciones establecidas por el orden público, el testador podrá, por su sola voluntad, instituir el arbitraje a efecto de resolver las controversias que puedan surgir entre sus herederos no forzosos y legatarios, sea respecto de la porción de la herencia no sujeta a asignación forzosa, de las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los ejecutores testamentarios».

¹¹⁷ Vgl. VIVERO (Fn. 113), S. 98: «En Italia, a pesar del silencio legislativo al respecto, existe una corriente doctrinal que considera válida y eficaz una cláusula testamentaria que instituya esta modalidad de arbitraje»; zum Meinungsstand pro und contra vgl. FIORENZO FESTI, Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori, *Revista di Diritto Processuale Civile* 2002, 809 ff.

¹¹⁸ Vgl. VIVERO (Fn. 113), S. 98: «En el derecho francés sólo se permite un compromiso para un conflicto actual pero no una cláusula compromisoria para resolver una eventual contienda futura, como sería el caso del denominado arbitraje testamentario (artículo 1447 del Código de Procedimiento y artículo 2061 del Code Civil)»; VON BARY (Fn. 39), S. 352.

¹¹⁹ Vgl. etwa SUTTER-SOMM/GUT (Fn. 27), S. 150 ff.

¹²⁰ Pro: TERCIER (Fn. 23), S. 447 ff.; PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32a; MICHAEL SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, Zürich/St. Gallen 2011, N 77 ff.; TINA WÜSTEMANN, Anglo-Saxon Trusts and (Swiss) Arbitration: Alternative to Trust Litigation?, *IFC Review Newsletter* 07/04/2010, Rn. 19 und 23; PETER WEIMAR, Berner Kommentar, Band 3: Das Erbrecht, Abteilung 1: Die Erben, Teilband 1: Die Gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Teil 1: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen (Art. 457-516 ZGB), Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR), Art. 482 ZGB N 14 und 17 m.w.N.

Contra: Obergericht Zürich vom 01.10.1980, ZR 80 (1981) Nr. 10 = SJZ 1982, 145: «Durch den Erblasser aufgestellte testamentarische Schiedsgerichtsklauseln sind nach zürcherischem Prozessrecht nicht zulässig und für die Erben nicht verbindlich»; SUTTER-SOMM/GUT (Fn. 27),

b) Im Rahmen der **Revision von Art. 176-193 IPRG** soll diese Lücke geschlossen werden, indem in Art. 358 ZPO ein zweiter Absatz und in Art. 178 IPRG ein vierter Absatz eingefügt wird, welcher wie folgt lautet: «Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Teils sinngemäss».¹²¹ Im Entwurf vom 24.10.2018 wurde eine Ergänzung bezüglich der Statuten in Art. 178 Abs. 4 IPRG eingebaut,¹²² der Nationalrat hat dieselbe Ergänzung in Art. 358 Abs. 2 ZPO vorgenommen.¹²³ Das Geschäft wurde vom Nationalrat am 19. Dezember 2019 behandelt und dürfte 2020 vom Parlament verabschiedet werden, sodass das neue Recht voraussichtlich 2021 in Kraft treten kann.

c) Zunächst ist zu fragen, welche Rechtsnatur die testamentarische Schiedsklausel hat. Entgegen vielen Äusserungen in der Literatur¹²⁴ handelt es sich **nicht um eine Auflage**,¹²⁵ weil der Inhalt nicht eine materiell-rechtliche Anordnung ist, sondern (im Wesentlichen) eine **prozessrechtliche Anordnung** eigener Art.¹²⁶

S. 153: «Die einseitige testamentarische Schiedsklausel widerspricht der ZPO, verletzt das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege sowie bei Prozessarmut den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz und ist unzulässig»; ZK-OETIKER (Fn. 21), Art. 178 IPRG N 96; SIBYLLE PESTALOZZI-FRÜH, Testamentarische Schiedsklauseln – Ein risikoreiches Unterfangen, *successio* 2011, 170 ff.; DENIS PIOTET, Clause arbitrale fondée sur l'acte à cause de mort et la nouvelle procédure civile, *successio* 2011, 164 ff.; ANTON K. SCHNYDER, Verfahrens-, kollisions- und schiedsgerichtliche Aspekte im Zusammenhang mit «Asset Protection», in: *Stiften und Gestalten*, hrsg. v. Dominique Jakob, Basel 2013, S. 192; RENATE M. WENNIGER SCHMID, Testamentarische Schiedsklauseln, nationale und internationale Aspekte, in: *Festschr. für Peter Forstmoser*, hrsg. v. Walter R. Schlupe et al., Zürich 1993, S. 356 f.

¹²¹ Vorentwurf vom 10.02.2017 (www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vorentw-d.pdf [29.02.2020]); HAAS/BROSI (Fn. 54), *ZZPInt* 2016, 326; PETER PICHT/LENNART CHROBAK, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision – Teil II, *SJZ* 2018, 233 ff.

¹²² Vgl. Entwurf (Fn. 8), *BBl.* 2018, 7213.

¹²³ Vgl. Beratung im Nationalrat vom 19.12.2019 (www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48193 [29.02.2020]).

¹²⁴ Diese Ansicht geht vor allem auf HANS MICHAEL RIEMER, Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: *Festschr. Hans Walder*, hrsg. v. Isaak Meier et al., Zürich 1994, S. 382, zurück, welcher von einer lästigen und damit ungültigen Auflage ausgeht; weiter vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), *ZBJV* 2006, 390; JULIEN PERRIN, De l'arbitrabilité des litiges successoraux, *ASA Bull.* 2006, 426; BSK-MARTIN-SPÜHLER (Fn. 51), Art. 28 ZPO N 19 (Auflage oder Bedingung); JOACHIM G. FRICK, in: *Stämpfli's Handkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, hrsg. v. Baker & McKenzie, Bern 2010, Art. 358 ZPO N 5.

¹²⁵ Vgl. dazu vorne, Fn. 75; ebenso für das deutsche Recht RGZ IV 2/20 vom 27.09.1920, RGZ 100, 76, 77 f.; MUSCHELER (Fn. 72), S. 91, 95 f.; BANDEL (Fn. 16), *NotBZ* 2005, 383; ebenso für das österreichische Recht ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), *GesRZ* 2012, 80.

¹²⁶ Vgl. BGE 40 II 534: «Der Schiedsvertrag untersteht nicht dem eidgenössischen Privat-, sondern dem kantonalen Zivilprozessrecht»; SCHLUMPF (Fn. 120), N 231 ff.; ebenso für das deutsche Recht WALTER KRUG, *Schiedsgerichte in Erbsachen – kurzer Überblick über die deutsche*

So schreibt das Obergericht Zürich schon 1980: «Bei den Schiedsabreden bzw. Schiedsverträgen und Schiedsklauseln handelt es sich um prozessrechtliche Rechtsgeschäfte *sui generis*, die keine privatrechtlichen Wirkungen entfalten, selbst dann nicht, wenn sie in einem privatrechtlichen Rechtsgeschäft enthalten sind».¹²⁷ Die analoge Anwendung der Regeln von Art. 353 ff. ZPO weist auf den prozessualen Charakter dieser Anordnung.¹²⁸ Wenn die Schiedsklausel eine Auflage wäre, müsste der Willensvollstrecker die Erben zwingen können, diese zu befolgen¹²⁹ und könnten die Erben nicht vereinbaren, dass sie doch die staatlichen Gerichte bevorzugen. Beides ist aber nicht der Fall. Wie schon bei der Schiedsvereinbarung¹³⁰ ist allerdings zuzugeben, dass auch vertragliche und somit materiell-rechtliche Elemente enthalten sind.¹³¹

d) Gelegentlich wird vorgeschlagen, eine **Auflage** ins Testament aufzunehmen, wonach die Erben verpflichtet sind, nach dem Ableben des Erblassers **einen Schiedsvertrag abzuschliessen**.¹³² Derartige Auflagen sind im Erbenrecht bekannt,¹³³ die Verpflichtung, einen Schiedsvertrag abzuschliessen kann allerdings rechtswidrig (Art. 482 Abs. 2 ZGB) sein, wenn dem Erben «das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege ohne Zustimmung entzogen wird».¹³⁴

Rechtsslage, *successio* 2012, 158, 160; MUSCHELER (Fn. 72), S. 95 f.: «Gegen die Aufлагentheorie spricht, dass es sich nicht um eine Verpflichtung handelt, sondern um unmittelbare prozessuale Gestaltung; dass der durch Auflage Begünstigte kein eigenes Recht erhält ..., während der durch Schiedsvereinbarung Betroffene die Einrede erhält, dass der Rechtsstreit durch Schiedsgericht zu entscheiden sei; schliesslich dass die Theorie versagen würde, soweit auch andere als durch eine Auflage beschwerbare Personen ..., z.B. der Testamentsvollstrecker, an die Einsetzung eines Schiedsgerichts gebunden werden sollen».

¹²⁷ ZR 80 (1981) Nr. 10 E. 3.

¹²⁸ Ebenso für das österreichische Recht SCHAUER (Fn. 96), S. 169.

¹²⁹ Vgl. BK-WEIMAR (Fn. 120), Art. 482 ZGB N 16.

¹³⁰ Vgl. etwa SCHAUER (Fn. 26), S. 10: «Es ist ... vollkommen zu Recht hA, dass in Ermangelung prozessrechtlichen Spezialvorschriften das allgemeine Vertragsrecht auch auf die Schiedsvereinbarungen anzuwenden ist. Insgesamt verdient also jene *va* zum dt Recht vertretene Meinung den Vorzug, die sich für eine materiell-rechtliche und prozessuale Doppelnatur der Schiedsvereinbarung ausspricht».

¹³¹ Ebenso für das österreichische Recht SCHAUER (Fn. 96), S. 169: materiell-rechtliche und prozessuale Doppelnatur.

¹³² Vgl. etwa THOMAS RÜEDE, Gültigkeit von Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in: *The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects*, hrsg. v. Marc Blessing, Zürich 1994 (ASA Special Series Nr. 8), S. 148; ebenso für das österreichische Recht ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), *GesRZ* 2012, 80.

¹³³ In BGE 99 II 375 ff. werden die Pflichten erwähnt, in bestimmter Weise für den Grabunterhalt zu sorgen, an bestimmten Tagen Messen zu lesen oder Angestellte des Erblassers zu bestimmten Anstellungsbedingungen zu übernehmen.

¹³⁴ SUTTER-SOMM/GUT (Fn. 27), S. 157, mit Verweis auf BGE 99 II 375 E. 7b, wonach Persönlichkeitsrechte und die individuelle Freiheit dem Kontrahierungszwang Grenzen setzen.

e) Sowohl nach Art. 358 ZPO (nationales Schiedsgericht), als auch nach Art. 178 IPRG (internationales Schiedsgericht) hat die Schiedsklausel schriftlich zu erfolgen,¹³⁵ was grundsätzlich die Mitwirkung von allen Betroffenen voraussetzt. Im Vorentwurf der laufenden Revision von Art. 176-193 IPRG wurde für beide Bestimmungen ein zweiter Absatz vorgeschlagen, welcher wie folgt lautete: «¹... Die Form gilt als erfüllt, wenn sie nur von einer Partei der Schiedsvereinbarung gewahrt wird». ¹³⁶ Im Entwurf wurde darauf wieder verzichtet, weil in der Vernehmlassung erhebliche **Bedenken gegen die sog. halbe Schriftlichkeit** geltend gemacht wurden.¹³⁷

f) Bei der testamentarischen Schiedsklausel fragt es sich – wie schon beim Erbvertrag¹³⁸ - ob die Form des Schiedsrechts (Art. 358 ZPO und Art. 178 IPRG: Schriftlichkeit) oder diejenige des Erbrechts (Art. 498 ff. ZGB: meist öffentliche Beurkundung) oder beide Formen einzuhalten seien. In den meisten Fällen wird die Schiedsklausel im Testament untergebracht und somit beide Anforderungen erfüllen, nicht aber beim mündlichen Testament (Art. 506-508 ZGB), wo eine Schiedsklausel nur die erbrechtlichen Formerfordernisse erfüllt.¹³⁹ Die **Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften** genügt aber nach herrschender Lehre,¹⁴⁰ weil das Prozessrecht nur analog angewendet wird.¹⁴¹

g) Die **Bindungswirkung** einseitiger Schiedsklauseln kann man auf verschiedene Weise erklären. Bei der testamentarischen Schiedsklausel spielt jedenfalls die Annahme der Erbschaft eine entscheidende Rolle. Damit wird m.E. eine stillschweigende Zustimmung zur Schiedsklausel erteilt, welche der Erblasser angeordnet hat.¹⁴² Umgekehrt ist die testamentarische Schiedsklausel für einen Er-

¹³⁵ Vgl. Art. 358 Abs. 1 ZPO: «Die Schiedsvereinbarung hat schriftlich oder in einer anderen Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht».

¹³⁶ Vgl. Art. 358 Abs. 1 E-ZPO und Art. 178 Abs. 1 E-IPRG, Vorentwurf (Fn. 121).

¹³⁷ Vgl. Botschaft (Fn. 8), BBl. 2018, 7184.

¹³⁸ Vgl. dazu vorne, B. II. c) und d).

¹³⁹ Darauf macht NUEBER (Fn. 63), JEV 2013, 124, aufmerksam.

¹⁴⁰ Ebenso MICHAEL NUEBER, ZPO – Schiedsverfahren, Wien 2019, § 581 ZPO N 6.

¹⁴¹ So bereits RG VIII 168/36 vom 05.02.1937 RGZ 153, 270: «Zu den nicht unmittelbar anwendbaren Bestimmungen gehört aber die des § 1027 Abs. 1 ZPO ... Es liegt auf der Hand, dass diese Vorschrift für ausservertragliche Schiedsgerichte wie in letztwilligen Verfügungen ... eingesetzte, nicht gelten kann, da bei dem ohnehin urkundlichen Wesen derartiger, nicht auf Vereinbarung beruhender Verfügungen ... eine besondere Wiederholung der Schriftform für die Einsetzung des Schiedsgerichts sinnwidrig und zum Schutze der Beteiligten nicht erforderlich sein würde ...; ebenso die Begründung im österreichischen und liechtensteinischen Recht, vgl. vorne, B. III. 1 b) und c).

¹⁴² Vgl. HAAS/BROSI (Fn. 54), ZZPInt 2016, 327 f.; HAAS (Fn. 37), S. 194, führt dieses Konzept

ben, welcher ausgeschlagen hat (Art. 566 ZGB), nicht bindend.¹⁴³ Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass die Erben (einstimmig) vereinbaren, dass sie sich von der Schiedsklausel lösen und der staatlichen Gerichtsbarkeit unterstellen.¹⁴⁴ Wenn der Erblasser dies verhindern will, kann er den Erben eine entsprechende Auflage machen und deren Verletzung mit gewissen Rechtsfolgen verknüpfen.¹⁴⁵

h) Während die meisten Verfügungen von Todes wegen als ein- oder zweiseitige Verfügungen erlassen werden können, ist dies (ausgerechnet) beim **Willensvollstrecker** nicht der Fall: Dieser kann (auch wenn er im Rahmen eines Erbvertrags ernannt wird) nur in der Form der einseitigen letztwilligen Verfügung vom Erblasser ernannt werden.¹⁴⁶ Dies führt aber nicht dazu, dass auch **Schiedsklauseln**, welche direkt auf den Willensvollstrecker anwendbar sind, **zwingend nur einseitig** angeordnet werden können, weil es sich (im Wesentlichen um eine prozessuale Anordnung handelt.¹⁴⁷ Aber der Erblasser kann in einer testamentarischen Schiedsklausel die genauer regeln welches der Streitgegenstand bezüglich des Willensvollstreckers sein soll. Der Einbezug des Willensvollstreckers erfolgt analog zum Erben, nämlich durch die Annahme seines Amtes.¹⁴⁸

i) Die Bindung der einseitigen testamentarischen Schiedsklausel erreicht Dritte nicht, wie **Nachlassgläubiger und -schuldner**, Besitzer von Erbschaftssachen usw.¹⁴⁹ Zu den Dritten gehören auch ausschlagende Erben, gegenüber denen

auch im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Schiedsurteilen nach dem NYÜ an (vorne, B. I. e)], es erklärt aber auch die Gültigkeit der Schiedsklausel; dieses Konzept wird auch bei trusts und Stiftungen verwendet vgl. dazu vorne, B. III. 1 b) und hinten, B. III. 5. c).

¹⁴³ Vgl. MICHAEL SCHLUMPF, Testamentarische Schiedsklauseln, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2010, S. 223.

¹⁴⁴ Ebenso für das österreichische Recht SCHAUER (Fn. 96), S. 181.

¹⁴⁵ Ebenso für das österreichische Recht SCHAUER (Fn. 96), S. 181; zu den privatorischen Klauseln vgl. hinten, B. III. 3. c).

¹⁴⁶ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 17 f.

¹⁴⁷ Ich ändere damit meine Meinung, welche ich geäussert habe: HANS RAINER KÜNZLE, Schiedsfähigkeit von Erbsachen, hrsg. v. Ruth Arnet et al. Zürich 2019, S. 24; zur prozessualen Natur der Schiedsklausel vgl. vorne, B. I. 2. c); zum Abschluss eines Schiedsvertrags mit dem Willensvollstrecker vgl. vorne, B. I. b).

¹⁴⁸ Zum Einbezug des Willensvollstreckers beim Schiedsvertrag bzw. Erbvertrag vgl. vorne, B. I. b).

¹⁴⁹ Vgl. Botschaft (Fn. 8), BBl. 2018, 7190; TERCIER (Fn. 23), S. 455; HAAS/BROSI (Fn. 54), ZZPInt 2016, 334; ebenso für das österreichische Recht NUEBER (Fn. 88), § 25 N 15; BURKOWSKI (Fn. 82), S. 105 ff.

die Herabsetzungsklage geltend gemacht wird,¹⁵⁰ und auskunftspflichtige Dritte.¹⁵¹

j) Zu fragen ist, wann die Regeln der ZPO (nationales Schiedsgericht) und wann die Regeln des IPRG (**internationales Schiedsgericht**) zur Anwendung kommen. Die sinn gemässe Anwendung von Art. 176 Abs. 1 IPRG gestattet es bei der testamentarischen Anordnung eines Schiedsgerichts, die Regeln des IPRG anzuwenden, wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Ablebens seinen Wohnsitz im Ausland hatte.¹⁵² M.E. erfüllt auch die (im IPRG nicht geregelte) Wahl der ausländischen Zuständigkeit¹⁵³ dieses Kriterium. Die Möglichkeit eines Opting-In (Art. 353 Abs. 2 ZPO) steht auch dem in der Schweiz wohnhaften Erblasser zu und zwar auch im Rahmen eines testamentarisch angeordneten Schiedsgerichts.¹⁵⁴ Um Klarheit zu schaffen, empfiehlt es sich, in der Schiedsklausel die Anwendung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit klarzustellen.

3. Materiell-rechtliche Zulassung

a) Es fragt sich, ob neben der prozessualen Zulassung auch eine materiell-rechtliche Zulassung für einseitige Schiedsklauseln in Testamenten notwendig sei, etwa im ZGB, was HAAS/BROSI verneinen, unter anderem mit dem Hinweis, dass die in der deutschen, österreichischen und liechtensteinischen Zivilprozessordnung verwendete Formulierung «in gesetzlich zulässiger Weise ...»¹⁵⁵ nicht ins schweizerische Recht übernommen wurde. Wenn man dennoch eine solche Bestimmung ins ZGB aufnehmen will, kann man dies in **Art. 498 Abs. 2 ZGB** wie folgt formulieren: «Der Erblasser kann ein Schiedsgericht in einer einseitigen letztwilligen Verfügung anordnen; dieses Schiedsgericht kann Erbstreitigkeiten behandeln, soweit diese schiedsfähig sind (Art. 354 ZPO bzw. Art. 177 IPRG),

¹⁵⁰ Vgl. BK-WEIMAR (Fn. 120), Art. 482 ZGB N 16.

¹⁵¹ Vgl. PETER PICHT/LENNART CHROBAK, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsrechtsrevision – Teil I, SJZ 2018, 207.

¹⁵² Vgl. HAAS/BROSI (Fn. 54), ZZPInt 2016, 328 f.

¹⁵³ Ein in der Schweiz lebender Ausländer kann schon heute die ausländische Zuständigkeit für seinen Nachlass wählen, vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 57), Art. 87 IPRG N 30 ff.; in der Revision soll diese Möglichkeit in Art. 88b Abs. 1 E-IPRG auf Doppelbürger erweitert werden, vgl. Entwurf vom 13. März 2020 zu Art. 86-96 IPRG (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-03-13/entw-d.pdf> [17.05.2020]).

¹⁵⁴ Vgl. HAAS/BROSI (Fn. 54), ZZPInt 2016, 329.

¹⁵⁵ Vgl. zum deutschen § 1066 ZPO vorne, B. III. 1. a); zum österreichischen § 581 Abs. 2 ZPO vgl. vorne, B. III. 1. b); zum liechtensteinischen § 598 Abs. 2 ZPO vgl. vorne, B. III. 1. c).

wozu auch Erb- und Pflichtteile (Art. 471 ZGB) gehören». Dass es eine solche Bestimmung braucht, darauf weist die Ablehnung der Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen hin, welche in der Schweiz und den umliegenden Ländern mehrheitlich vertreten wird.¹⁵⁶ Weiter ist darauf hinzuweisen, dass bei Trusts zunächst die Schiedsfähigkeit ebenfalls verneint wurde. Erst nachdem einige Länder die Trustgesetzgebung geändert und vom Settlor in der Trusturkunde einseitig angeordnete Schiedsgerichte zugelassen haben,¹⁵⁷ begann ein Umdenken.¹⁵⁸ Das Problem einer solchen Regelung ist allenfalls, dass sie (kontraproduktiv) dazu verleiten könnte, in Ländern, in welchen sie fehlt, von der materiell-rechtlichen Unzulässigkeit auszugehen.

b) In der Schweiz (wie auch in Deutschland)¹⁵⁹ geht man heute davon aus, dass im materiellen Recht keine ausdrückliche Zulassung notwendig sei, sondern vielmehr die Zulässigkeit nur dann ausgeschlossen sei, wenn eine Schiedsklausel gegen den **ordre public** verstosse: Schiedsklauseln dürfen insbesondere nicht in unzulässiger Weise in die Rechte Dritter eingreifen.¹⁶⁰ Wann das genau der Fall ist, kann nicht auf einfache und allgemeine Weise beschrieben werden, zumal die Erben bzw. Vermächtnisnehmer ausschlagen (Art. 566 ZGB)¹⁶¹ und sich damit von der Schiedsklausel befreien können. Da keine mit § 2220 BGB vergleichbare Norm vorhanden ist, steckt mindestens der schweizerische Willensvollstrecker nicht im gleich engen Korsett wie der deutsche Testamentsvollstrecker. Für Einzelheiten dazu vgl. hinten, F. I.

c) Häufig wird darauf hingewiesen, man könne eine allfällige Unzulässigkeit von einseitigen Schiedsklauseln dadurch «abfedern», dass man **privatorische Klauseln** ins Testament aufnimmt, welche diejenigen bestrafen, welche sich gegen die Anwendung der Schiedsklausel zur Wehr setzen.¹⁶² Das ist zwar durch-

¹⁵⁶ Vgl. dazu hinten, D.

¹⁵⁷ Vgl. DARDEL (Fn. 15), N 239 ff., mit Verweis auf die Gesetzgebung von Bahamas, Malta, Guernsey, Liechtenstein und einigen US-Staaten (Florida, Arizona, New Hampshire, Missouri und South Dakota); in England wurde die Empfehlung des Trust Law Committee von 2011 noch nicht umgesetzt.

¹⁵⁸ Zur ICC Trust-Musterklausel vgl. vorne, Fn. 13.

¹⁵⁹ Vgl. vorne, B. III. 1. a).

¹⁶⁰ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Schiedsfähigkeit von Erbsachen, in: Festschr. für Peter Breitschmid, hrsg. v. Ruth Arnet et al., Zürich 2019, S. 408.

¹⁶¹ Zur Wirkung der Ausschlagung vgl. MATTHIAS HÄUPTLI, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 566 ZGB N 1: «Die Ausschlagung führt zum Verlust der Erbenstellung ex tunc. Wer die Ausschlagung erklärt, ist nie Erbe geworden».

¹⁶² Vgl. etwa SUTTER-SOMM/GUT (Fn. 27), S. 154: «Eine derartige Verfügung ist weder widerrechtlich noch sittenwidrig».

aus richtig, meines Erachtens aber in vielen Fällen nicht die ganze Lösung des Problems.

d) In Deutschland wird die **nachträgliche einseitige Anordnung** eines Schiedsgerichts gegenüber Vertragserben diskutiert, weil dies nach § 2289 BGB – ähnlich wie die nachträgliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung¹⁶³ – eine Benachteiligung darstelle.¹⁶⁴ In der Schweiz ist dies (wie schon beim Willensvollstrecker)¹⁶⁵ nicht der Fall.¹⁶⁶

4. Der mittellose Schiedskläger

a) Bei der ablehnenden Haltung von SUTTER-SOMMER gegenüber den einseitigen Schiedsklauseln, steht (neben der fehlenden Grundlage in der ZPO, was ihn als «Vater» der ZPO natürlich stört) die **fehlende unentgeltliche Rechtspflege** im Mittelpunkt,¹⁶⁷ welche seit 2011 gesetzlich in Art. 380 ZPO geregelt ist. Es ist zuzugeben, dass dies ein wirklicher Schwachpunkt von testamentarischen Schiedsklauseln ist.¹⁶⁸ HAAS/BROSI machen darauf aufmerksam, dass es andere Möglichkeiten der Vorfinanzierung des Verfahrens gibt,¹⁶⁹ und Art. 378

¹⁶³ Vgl. BGH V ZR 92/60 vom 14.02.1962 E. II., NJW 1962, 912, wonach eine solche Einsetzung ungültig ist.

¹⁶⁴ Vgl. JÖRG VINNEN/WALTER KRUG, Das erbrechtliche Mandat, hrsg. v. Karl-Ludwig Kerscher, 6. A., Bonn 2018, § 31 Rn. 9.

¹⁶⁵ In der Schweiz ist jegliche Bindungswirkung im Zusammenhang mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers ungültig, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 18.

¹⁶⁶ Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 341 ff.; anders ZR 88 (1989) Nr. 75: «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»; PETER BREITSCHMID, Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: Testament und Erbvertrag, hrsg. v. Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1991, S. 73 f.

¹⁶⁷ Vgl. SUTTER-SOMM/GUT (Fn. 27), S. 152: «Mithin würde den Erben durch ein testamentarisch angeordnetes Schiedsverfahren das verfassungsmässige Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) ohne Zustimmung entzogen. Im Falle tatsächlicher Prozessarmut führte dies für die betroffene Partei überdies zur Verwehrung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz (Art. 29a BV)».

¹⁶⁸ Bei Schiedsvereinbarungen kann eine mittellos klagende Partei die Schiedsvereinbarung aufkündigen, wenn auch die beklagte Partei den klägerischen Kostenvorschuss nicht bezahlt, und vor staatlichen Gerichten klagen, vgl. PHILIPP HABEGGER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Karl Spühler et al., Basel 2010, Art. 380 ZPO N 13; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, N 1888.

¹⁶⁹ Vgl. HAAS/BROSI (Fn. 54), ZZPInt 2016, 328.

Abs. 2 ZPO sieht zudem vor, dass die Gegenpartei für die Kosten aufkommen kann (Art. 378 Abs. 2 ZPO).

b) Der Erblasser hat es (genau gleich wie ein Stifter, settlor eines trust oder Gründer einer AG) sodann selbst in der Hand, **in die Schiedsklausel Anordnungen einzubauen**,¹⁷⁰ dass der Nachlass die Kosten übernimmt, zumal in der Regel genügend Mittel im Nachlass vorhanden sind. Eine solche Klausel kann wie folgt lauten: «Die Kosten trägt der Nachlass» oder «Der Willensvollstrecker hat die Einschreibgebühr und Kostenvorschüsse aus dem Nachlass zu bezahlen». Der SVSiE ist gegenwärtig daran, seine Schiedsklauseln entsprechend zu ergänzen.¹⁷¹

5. Testamentarische Muster-Schiedsklauseln

a) Der Schweizerische Verein für Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen schlägt als **einseitige Muster-Schiedsklausel** in einem Testament folgende Formulierung vor:¹⁷²

Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem vorstehenden Testament von ... (Erblasser einfügen) sind durch ein Schiedsverfahren gemäss der analog anwendbaren Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (Swiss Rules) mit den Einführungsbestimmungen des Schweizerischen Vereins Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE) zu entscheiden, welches vom Vorstand des SVSiE als Gerichtshof und vom Sekretariat des SVSiE als Sekretariat administriert wird. Es gilt die zur Zeit der Zustel-

¹⁷⁰ FELIX DASSER, Die Liechtenstein Rules – Was bringen sie den Stiftungen, in: Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, hrsg. v. Francisco A. Schurr, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 169, macht darauf aufmerksam, dass in den Schiedsklauseln der Liechtenstein Rules entsprechende Vorkehrungen bei Stiftungen und Trusts vorgesehen sind, indem die Stiftung bzw. der Trustee die Kosten vorläufig übernehmen kann; zu den Schiedsregeln vgl. www.lis.li/de/empfohlene-schiedsklauseln (29.02.2020).

¹⁷¹ Vgl. dazu hinten, B. III. 5.

¹⁷² Zur Muster-Schiedsklausel im Testament des SGH (Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare) vgl. www.sgh.dnotv.de/wp-content/uploads/sites/3/2019/03/Schiedsklausel-Testament.pdf (29.02.2020). Als Besonderheiten sind zu erwähnen der besondere Fokus: «Alle Streitigkeiten, die die Wirksamkeit, die Auslegung meines Testaments oder die Regelung, Abwicklung oder Auseinandersetzung meines Nachlasses betreffen» und sodann die Bestimmung der Entscheidungskompetenz: «Das Schiedsgericht kann nach seinem pflichtgemässen Ermessen auch die Auseinandersetzung durchführen. Es ist also an die gesetzlichen Teilungsregeln nicht gebunden».

lung der Einleitungsanzeige in Kraft stehende Fassung der Schiedsordnung. Das Schiedsgericht soll aus ... (einem oder drei) Schiedsrichter(n) bestehen. Der Sitz des Schiedsverfahrens ist ... (Ort in der Schweiz). Die Sprache des Schiedsverfahrens ist ... (deutsch, französisch, italienisch oder englisch).

In Diskussion ist eine Ergänzung (am Ende): Der Willensvollstrecker hat die Einschreibegebühr und Kostenvorschüsse aus dem Nachlass zu bezahlen.

b) Zum Vergleich seien weitere Schiedsklauseln für Testamente nach deutschem Recht angeführt, etwa der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. (DSE)¹⁷³ der Schiedsgerichtsbarkeit des Netzwerks Deutscher Erbrechtsexperten e.V. (NDEEX)¹⁷⁴ oder des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofsdeutscher Notare (SGH).¹⁷⁵ Diese Institutionen bieten für Fall, dass Nach-

¹⁷³ «Ich ordne an, dass alle Streitigkeiten, die durchmeinen Erbfall hervorgerufen werden, unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. (Hauptstrasse 18, 74918 Angelbachtal/Heidelberg) und ihrer jeweils gültigen Schiedsordnung unterworfen sind» (www.dse-erbrecht.de/downloads.htm [29.02.2020]).

¹⁷⁴ «Für alle Streitigkeiten, die ihren Grund in meinem Erbfall haben oder im Zusammenhang stehen mit meinem Testament vom ... oder in der Verwaltung oder Auseinandersetzung des Nachlasses, schliesse ich im Wege der Auflage die ordentlichen Gerichte aus.
Zum Schiedsrichter bestimme ich ..., ersatzweise soll der Vorstand des Netzwerkes Deutscher Testamentsvollstrecker mit Geschäftssitz in Berlin einen Schiedsrichter bestellen. Der Schiedsrichter entscheidet als Einzelrichter. Ich bestelle ihn zugleich als Schiedsgutachter mit der Aufgabe, sich in Bewertungsfragen gutachterlich verbindlich zu äussern. Der Schiedsrichter ist auch befugt, auf Kosten des Nachlasses Drittgutachten einzuholen, wenn er dies für erforderlich hält. Der Schiedsrichter entscheidet, soweit keine gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen, verfahrens- und materiellrechtlich nach freiem Ermessen. Ansonsten, d.h. wenn er sein Ermessen nicht ausübt, nach der ZPO und dem GVG.
Die Verhandlung ist nicht öffentlich. Es besteht kein Anwaltszwang. Je Streitfall erhält der Schiedsrichter das 2fache der Wertgebühr nach § 13 RVG» (www.ndeex.de/erbrecht/download/Schiedsklausel.html [29.02.2020]).

¹⁷⁵ «Alle Streitigkeiten, die die Wirksamkeit, die Auslegung meines Testaments oder die Regelung, Abwicklung oder Auseinandersetzung meines Nachlasses betreffen, werden unter Ausschluss des Rechtsweges zu den staatlichen Gerichten der Entscheidung des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare – SGH (nachstehend der «SGH») unterworfen.
Das Sekretariat des SGH bestimmt gemäss § 317 BGB das auf das Schiedsverfahren anwendbare Verfahrens-Statut einschliesslich Kostenordnung auf Grundlage des bei Einleitung eines Schiedsverfahrens geltenden Statuts nebst Kostenordnung. Die Beteiligten verzichten auf den Zugang der entsprechenden Erklärung des Sekretariats.
Der SGH prüft auch seine eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit das Bestehen oder die Gültigkeit dieser Schiedsvereinbarung. Der SGH ist insbesondere auch zuständig für Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes in vorgenanntem Bereich.

lassgegenstände zu schätzen sind, besondere **Schiedsgutachterklauseln**¹⁷⁶ an.¹⁷⁷ Dabei handelt es sich nicht um einen Schiedsrichter, sondern um einen Experten, welcher den staatlichen Richter unterstützt (vgl. dazu hinten, B. IV.).

c) Weitere Element führt WALSER in seiner Muster-Schiedsklausel an: «... Jedenfalls mit **Annahme einer Begünstigung** unterwirft sich der **Pflichtteilerbe**, Erbe oder Vermächtnisnehmer dieser Schiedsordnung».¹⁷⁸ Zum einen ist zu erwähnen, dass in der Schweiz der Pflichtteilerbe in den Schiedsklauseln nicht eigens erwähnt wird, weil er zwar weniger erhält als ein ‘normaler’ Erbe, aber – im Gegensatz zu anderen Ländern (wie Deutschland) – nicht aus der Erbengemeinschaft ausscheidet und somit Erbe bleibt. Zum anderen wird mit der Formulierung betreffend Annahme der Begünstigung die Bindungswirkung bewusst gemacht, welche auch bei Stiftungen und Trusts häufig Thema ist.¹⁷⁹

Das Schiedsgericht entscheidet insbesondere über alle Streitigkeiten, die zwischen Erben untereinander, zwischen Erben und Vermächtnisnehmern oder zwischen Erben und meinem Testamentsvollstrecker entstehen. Das Schiedsgericht kann nach seinem pflichtgemässen Ermessen auch die Auseinandersetzung durchführen. Es ist also an die gesetzlichen Teilungsregeln nicht gebunden. Das Schiedsgericht entscheidet verbindlich über den Eintritt einer vom Erblasser angeordneten Bedingung und über die Bewertung des Nachlasses und seiner Bestandteile» (<http://sgh.dnotv.de/wp-content/uploads/sites/3/2019/03/Schiedsklausel-Testament.pdf> [29.02.2020]).

¹⁷⁶ Die NDEEX-Schiedsgutachterklausel lautet wie folgt: «Bei der Nachlassauseinandersetzung ist meine Teilungsanordnung zu beachten. Wenn sich meine Erben über den Wert der der Teilungsanordnung unterliegenden Gegenstände nicht einigen, bestelle ich Frau X als Schiedsgutachterin. Diese hat nach billigem Ermessen den Wert festzustellen, kann aber auch sachverständige Bewertungen Dritter einholen. Die Kosten trägt der Nachlass. Die Schiedsgutachterin erhält eine Vergütung in Höhe von ...» (www.ndeex.de/erbrecht/download/Schiedsklausel.html [29.02.2020]).

¹⁷⁷ Zum Begriff des Schiedsgutachtens vgl. LENNART CHROBAK, Der Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens in Erbsachen, Diss. Zürich, Zürich 2018, N 44: «Das Schiedsgutachten hat die verbindliche Feststellung rechtserheblicher Tatsachen in Form einer die Parteien verpflichtenden Entscheidung zum Gegenstand».

¹⁷⁸ WALSER (Fn. 32), S. 605.

¹⁷⁹ Vgl. WALSER (Fn. 32), S. 238, der zur Stiftung ausführt: «Wenn ein Begünstigter ... aktiv seine Begünstigtenstellung akzeptiert, indem er die Begünstigung annimmt oder sich auf Rechte beruft, welchem ihm ausschliesslich in seiner Stellung als Begünstigten zukommen (z.B. Informations- und Auskunftsrechte), ist er an die statutarische Schiedsklauseln gebunden», mit Verweis auf StGH 2014/18 vom 01.07.2014, wonach der (vermeintlich) Begünstigte seine Begünstigung auf dem Schiedsweg feststellen lassen muss.

IV. Bestellung eines Schiedsgutachters

Nicht zu den Schiedsgerichten gehören die Schiedsgutachter, welche eine andere Rechtsgrundlage (Art. 189 ZPO)¹⁸⁰ haben als die Schiedsgerichte (Art. 353 ff. ZPO),¹⁸¹ und eine andere Aufgabe.¹⁸² Schiedsgutachter können im Rahmen der Erbteilung eingesetzt werden, um (im Rahmen der staatlichen Gerichtsbarkeit) für die Erben verbindliche **Schätzungen über Nachlassgegenstände** vorzunehmen. Dabei wird (ähnlich wie bei den Schiedsgerichten)¹⁸³ die Frage diskutiert, ob der Erblasser einseitig einen Schiedsgutachter einsetzen darf, welcher den Wert von Pflichtteilen bestimmt. Während das in der Literatur häufig verneint wird,¹⁸⁴ ist dies m.E. aus ähnlichen Gründen wie bei den Schiedsgerichten¹⁸⁵ zu bejahen.

C. Schiedsfähige Erbstreitigkeiten

I. Grundsatz

a) Für nationale Schiedsgerichte setzt die Schiedsfähigkeit voraus, dass die Parteien **über den Anspruch frei verfügen** können (Art. 354 ZPO), was bei erb-

¹⁸⁰ Mangel einer eigenen Norm im IPRG wird Art. 189 ZPO auch bei internationalen Schiedsgutachten «als Richtschnur herangezogen», vgl. DANIEL HOCHSTRASSER/SIMONE FUCHS, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 3. A., Basel 2013, Einl. 12. Kap. N 294a.

¹⁸¹ Zur Unterscheidung vgl. BGer 4A_438/2008 E. 3.2.1: „La distinction entre la sentence arbitrale et l'expertise-arbitrage réside en ce que la première jouit de la chose jugée, tant formelle que matérielle, et peut être modifiée si les conditions d'une demande de révision sont réunies, tandis que la seconde – même si elle tranche des questions de fait ou de droit de manière à lier les parties – ne peut être invalidée que par la voie d'une procédure ordinaire dans laquelle il faut établir que les constatations de l'expert-arbitre sont manifestement injustes, arbitraires, défectueuses, gravement contraires à l'équité ou reposent sur un état de fait erroné, voire sont entachées de vices du consentement».

¹⁸² Vgl. ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Karl Spühler et al., Basel 2010, Art. 189 ZPO N 1: «Das Schiedsgutachten bezweckt die verbindliche Feststellung rechtserheblicher Tatsachen durch eine fachkundige Drittperson ... Die im Schiedsgutachten festgestellten Tatsachen sind auch für das Gericht verbindlich und seiner Beweiswürdigung entzogen».

¹⁸³ Vgl. dazu hinten, D.

¹⁸⁴ Vgl. etwa DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 und Art. 1-61 SchlT, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 6. A., Basel 2019 (zit. BSK-STAEHELIN), Art. 470 ZGB N 12.

¹⁸⁵ Vgl. dazu hinten, D. IV.

rechtlichen Ansprüchen grundsätzlich gegeben ist.¹⁸⁶ Grundsätzlich begriff die freie Verfügbarkeit beide Parteien und sie liegt vor, wenn «der Rechtsträger auf den Anspruch verzichten kann, ein ... Vergleich abgeschlossen werden kann oder die Anerkennung des Anspruchs möglich ist».¹⁸⁷ Umstritten ist, wie weit dieses Konzept auf einseitige Schiedsklauseln anwendbar ist, ob dann (wie nach herrschender Meinung) einzig die Testierfreiheit des Erblassers massgebend sei¹⁸⁸ oder (analog) doch auf beiden Parteien abzustellen sei:¹⁸⁹ Gegen die Testierfreiheit des Erblassers spricht, dass der Erblasser nicht Partei des Schiedsverfahrens ist, und dass die Testierfreiheit (Zeitpunkt vor dem Tod) nicht mit der verfügbaren Quote (Zeitpunkt des Todes) identisch ist.¹⁹⁰ Zudem wird mit einer einseitig verstandenen freien Verfügbarkeit vernachlässigt, dass eine Bindungswirkung der testamentarischen Schiedsklausel erst eintritt, wenn auch der Erbe mitgewirkt hat.¹⁹¹ Aus diesem Grund muss m.E. auch bei der einseitigen Schiedsklausel (nur) darauf abstellen, ob die Parteien gemeinsam auf den Anspruch verzichten können bzw. ein gerichtlicher oder aussergerichtlicher Vergleich oder die Anerkennung des Anspruchs möglich ist.¹⁹² Beim Erben liegt die Besonderheit (analoge Anwendung) darin, dass der Anspruch erst im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers entsteht und die Schiedsklausel (Bindungswirkung) erst mit der Annahme des Erbes wirksam wird. Viele erbrechtliche Ansprüche sind entweder klar schiedsfähig (hinten, C. II.) oder klar nicht schieds-

¹⁸⁶ THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016, S. 99; TERCIER (Fn. 23), S. 452 f.; BK-PFISTERER (Fn. 21), Art. 354 ZPO N 17; COURVOISIER/WENGER (Fn. 22), Art. 354 ZPO N 12; BSK-MARTIN-SPÜHLER (Fn. 51), Art. 28 ZPO N 17.

¹⁸⁷ SCHLUMPF (Fn. 120), N 315.

¹⁸⁸ Das ist die am häufigsten anzutreffende Meinung, vgl. PETER BREITSCHMID, Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: Testament und Erbvertrag, hrsg. v. Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart 1991, S. 70: «Es handelt sich um einen ... ‘der freien Verfügung der Parteien’ (hier: im Falle des einseitigen Rechtsgeschäftes: des Erblassers) unterliegenden Anspruch»; PERRIN (Fn. 124), ASA Bull. 2006, 426.

So im Wesentlichen die Haltung in der Rechtsprechung und Literatur in Deutschland, vgl. dazu den Beitrag von REIMANN (Fn. 65), S. 9 f.

¹⁸⁹ Diese Ansicht vertritt dezidiert WALSER (Fn. 32), S. 271: «Erbrechtliche Ansprüche sind ... vergleichsfähig im Sinne von objektiv verfügbar. Dabei ist aber nicht auf die Testierfähigkeit des Erblassers abzustellen, sondern auch die Vergleichsfähigkeit der Prozessparteien des Schiedsverfahrens, somit der Erben. Erben können im Rahmen der Erbteilung über ihre Ansprüche frei verfügen bzw. darauf verzichten».

¹⁹⁰ Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 321.

¹⁹¹ Vgl. dazu vorne, B. III. 2. g); zum gleichen Ergebnis kommt für das BGB MUSCHELER (Fn. 72), S. 96: «Gegen den Beizug der Testierfreiheit spricht, dass es bei unserer Fragestellung nicht um materielles Recht, sondern um Prozessrecht geht; dass die grundsätzliche Zulässigkeit einer letztwilligen Schiedsklausel bereits durch die Existenz von § 1066 ZPO bejaht ist; ... und schliesslich, dass bei der Reform des Schiedsverfahrensrechts von 1998 der Gesetzgeber ausdrücklich zu Protokoll gegeben hat, dass er Schiedsgericht und staatliches Gericht grundsätzlich für gleichwertig hält».

¹⁹² Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 322; ebenso MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 386.

fähig (hinten, E.). Zwei Geschäfte sind umstritten und werden deshalb näher behandelt, nämlich die Pflichtteile (hinten, D.) und die Aufsicht über den Willensvollstrecker (hinten, F.).

b) Bei internationalen Schiedsgerichten wird (nur) ein **vermögensrechtlicher Anspruch** (Art. 177 IPRG) vorausgesetzt, die freie Verfügbarkeit (vorne, C. I. a)] wird nicht verlangt. Erbrechtliche Ansprüche sind grundsätzlich vermögensrechtliche Ansprüche,¹⁹³ es gibt nur wenige Ausnahmen dazu.¹⁹⁴

c) Die Aufgaben der Schiedsgerichte können von den Parteien bzw. vom Erblasser innerhalb der gesetzlichen Schranken bestimmt werden: Eine Aufgabe darf nicht **zwingend den staatlichen Gerichten zugewiesen** sein,¹⁹⁵ wie z.B. die Ausstellung der Erbescheinigung (hinten, E. II.) oder die erbrechtlichen Sicherungsmassnahmen (hinten, E. I. a)].

d) Schranken der Schiedsfähigkeit werden vom **ordre public** gesetzt.¹⁹⁶ Diesen umschreibt das Bundesgericht wie folgt: «Gegen den Ordre public verstösst die materielle Beurteilung eines streiteigenen Anspruchs nur, wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt und daher mit der Rechts- und Werteordnung schlechthin unvereinbar ist».¹⁹⁷ Dazu gehört unter anderem die Höchstpersönlichkeit letztwilli-

¹⁹³ Vgl. BGE 119 II 281 E. 5b: «Die Streitsache, in der es um die Frage geht, ob sich die Erben in die Erbschaft eingemischt haben, ist vermögensrechtlicher Natur»; PESTALOZZI-FRÜH (Fn. 47), S. 198; BSK-MARTIN-SPÜHLER (Fn. 51), Art. 28 ZPO N 17.

¹⁹⁴ Die Klage auf Vollzug einer Auflage ist nicht vermögensrechtlicher Natur; weil die Parteien einen Vergleich abschliessen können, ist der Anspruch dennoch für nationale Schiedsgerichte schiedsfähig, vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 382; ebenso WALSER (Fn. 32), S. 271.

¹⁹⁵ Hier sind nicht die zwingenden Gerichtsstände der ZPO und des IPRG gemeint, vgl. RAMON MABILLARD/ROBERT BRINER, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 3. A., Basel 2013 (zit. BSK-MABILLARD-BRINER), Art. 177 IPRG N 12; GÖKSU (Fn. 168), N 385; der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers ist nicht zwingender Natur und steht einem Schiedsgericht nicht im Weg, vgl. THOMAS MÜLLER/MARKUS WIRTH, Gerichtsstandgesetz, Zürich 2001, Art. 18 GestG N 49; anders allerdings PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32d.

¹⁹⁶ Vgl. BGE 118 II 353 E. 3c; Urteil des Einzelschiedsrichters (Douglas Hornung, Genf) vom 19.07.2005, ASA Bull. 2006, 476 f. E. A; BSK-MABILLARD-BRINER (Fn. 195), Art. 177 ZGB N 13; MARIELLE ORELLI, in: Arbitration in Switzerland, hrsg. v. Manuel Arroyo, 2. A., Alphen an der Rijn 2013, Art. 177 IPRG N 20.

¹⁹⁷ BGE 116 II 634 E. 4, wo es weiter heisst: «Zu diesen Grundsätzen gehören der Grundsatz pacta sunt servanda, das Rechtsmissbrauchsverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot der entschädigungslosen Enteignung, das Diskriminierungsverbot und der Schutz von Handlungsunfähigen».

ger Verfügungen und damit auch die Ernennung des Willensvollstreckers bzw. seines Ersatzes durch den Erblasser.¹⁹⁸ Auch bei einseitig angeordneten Schiedsklauseln gelten keine strengeren Regeln, es ist insbesondere keine ausdrückliche Erlaubnis im materiellen Recht notwendig (vorne, B. III. 3. b)).

e) Zu fragen ist, ob der **erbrechtliche numerus clausus**¹⁹⁹ der testamentarischen Schiedsklausel im Wege steht. Dies ist nicht der Fall, weil es sich bei der Schiedsklausel um eine prozessuale Anordnung und keine Verfügung über das Vermögen des Erblassers (insbesondere auch keine Auflage im Sinne von Art. 482 ZGB) handelt.²⁰⁰ Zudem beschränkt der numerus clausus den Inhalt des Testaments nicht auf die vom numerus clausus erfassten Inhalte.²⁰¹

f) Eine **Rechtswahl** ist sowohl bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit (Art. 381 Abs. 1 lit. a ZPO), als auch bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 187 Abs. 1 IPRG) vorgesehen. Kritisch ist eine einseitige Rechtswahl in einer testamentarischen Schiedsklausel: Zunächst darf die Rechtswahl (bei einem Schiedsgericht in der Schweiz: im Sinne von Art. 90 IPRG) **nicht rechtsmissbräuchlich** sein,²⁰² was selten ist, aber im Einzelfall dennoch vorkommt.²⁰³ Ganz allgemein darf die

¹⁹⁸ Der Erblasser muss den Willensvollstrecker selber ernennen bzw. ersetzen, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 17 und 20.

¹⁹⁹ Zum inhaltlichen numerus clausus vgl. PraxKomm-GRUNDMANN (Fn. 56), Vorbem. zu Art. 494 ff. ZGB: Beschränkung auf die in Art. 481-497 ZGB und wenig weiteren im Gesetz genannten Anordnungen.

²⁰⁰ Vgl. HAAS/BROSI (Fn. 54), ZZPInt 2016, 332; SCHLUMPF (Fn. 120), N 354 ff.; zur Auflage vgl. vorne, B. III. 2. c) und d).

²⁰¹ Vgl. KARL HEINZ SCHWAB/GERHARD WALTER, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. A., München 2005, Kap. 32 Rn. 25; so schon RG III 111/42 vom 08.02.1943, RGZ 170, 383: «die in §§ 1937 flg. BGB enthaltenen Bestimmungen über den möglichen Inhalt letztwilliger Verfügungen nicht etwa dahin zu verstehen sind, dass ausschliesslich die dort angeführten Anordnungen zulässig wären ... Aus diesem Grund ist in der Rechtsprechung beispielsweise die Anordnung eines Schiedsgerichts durch Testament für zulässig erachtet worden»; HARDER (Fn. 56), S. 52.

²⁰² Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 369 ff.

²⁰³ Vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 57), Art. 90 IPRG N 27: «Ein Rechtsmissbrauch liegt aber etwa vor, wenn ein Erblasser kurz vor dem Tod sein Testament ändert und faktisch seine Tochter enterbt, indem er das englische Recht wählt, das Recht eines Landes, zu welchem er keinerlei Beziehung hat, nur weil seine leibliche Tochter gerichtlich die Anerkennung der Vaterschaft verlangt, welche der Vater ihr verweigert hatte. Daneben kann auch der Erwerb von Immobilien im Ausland, nur um ausländisches Erbrecht im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 zur Anwendung zu bringen, oder der Erwerb einer weiteren Staatsangehörigkeit eines Staates, den der Erblasser nie besucht hatte und zu welchem er keine Beziehung besass, nur zum Zweck der Erweiterung seiner Rechtswahlmöglichkeiten, missbräuchlich sein»; PETER BREITSCHMID/ÜLKÜ CIBIK, Rechtswahl oder Rechtsmissbrauch – Gestaltungsoption oder «Inländerbenachteiligung», in: Festschr. Ivo Schwander, hrsg. v. Franco Lorandi, Zürich 2011, 461 ff.

Rechtswahl nicht gegen den *ordre public* (Art. 17 IPRG) verstossen.²⁰⁴ Systemwidrig scheint mir dagegen die Argumentation von ZÖCHLING-JUD/KOGLER zu sein, dass die für den Pflichtteilsberechtigten ungünstige Rechtswahl eine (unzulässige) Belastung des Pflichtteils darstelle,²⁰⁵ weil nicht Art. 471 ZGB, sondern die ZPO und das IPRG den Rahmen für die Zulässigkeit der Rechtswahl vorgeben.

g) Die anwendbare Schiedsordnung sollte eine Regel für das **anwendbare Recht für den Fall des Fehlens einer Rechtswahl** enthalten, weil auch in diesem Fall ein Rechtsmissbrauchspotential besteht und weil die von Art. 187 Abs. 1 IPRG angebotene Regel des engsten Zusammenhangs für Erbstreitigkeiten nicht passt. Der SVSiE arbeitet an einer Formulierung für diese Fragestellung und schlägt folgendes vor: «Beim Fehlen einer Rechtswahl bestimmt das Schiedsgericht das anwendbare Recht nach pflichtgemäßem Ermessen».²⁰⁶ Eine ähnliche Formulierung verwendet das österreichische Recht in § 603 Abs. 2 ZPO: «... so hat das Schiedsgericht jene Rechtsvorschriften anzuwenden, die es für angemessen erachtet».

h) **Billigkeitsentscheide** sind sowohl bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit (Art. 381 Abs. 1 lit. b ZPO), als auch bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 187 Abs. 2 IPRG) vorgesehen. Kritisch ist (wiederum) die einseitige Anordnung des Billigkeitsentscheids durch den Erblasser im Rahmen einer testamentarischen Schiedsklausel: Billigkeitsentscheide sind dann unzulässig, wenn die Anordnung der Billigkeit durch den Erblasser lediglich zur Umgehung von zwingenden Normen des schweizerischen Erbrechts getroffen wurde.²⁰⁷ Billigkeitsentscheide sind somit nach der Lehre in weitem Umfang zulässig, selbst in heiklen Bereichen

²⁰⁴ ZK-OETIKER (Fn. 21), Art. 187 IPRG N 37; ebenso für das österreichische Recht HELMUT HEISS/LEANDER D. LOACKER, Anwendbares Recht, in: Schiedsverfahrensrecht, Band I, hrsg. v. Christoph Liebscher et al., Wien/New York 2016, Rn. 9/130: «Erkennt das Schiedsgericht im Ergebnis, welches es durch die Anwendung eines bestimmten Rechts erzielt, einen Widerspruch zum *ordre public*, so wendet es jene Norm des anwendbaren Rechts ... nicht an»; zum *ordre public* vgl. FRANK VISCHER/CORINNE WIDMER LÜCHINGER, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, hrsg. v. Markus Müller-Chen et al., 3. A., Zürich 2018, Art. 17 IPRG N 50 ff., insbesondere N 57, wo einzelne Fälle (u.a. Rechtsmissbrauch) aufgeführt sind.

²⁰⁵ Vgl. ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), GesRZ 2012, 87.

²⁰⁶ Die Bestimmung des objektiv anwendbaren Rechts kann im Einzelfall knifflig sein, weil schon das anwendbare Kollisionsrecht unter Umständen nicht eindeutig zu bestimmen ist.

²⁰⁷ Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 389 ff.

wie Pflichtteile und Höchstpersönlichkeit.²⁰⁸ Der SVSiE arbeitet an einer Formulierung für diese Fragestellung und möchte die Billigkeit ausschliessen: «In erbrechtlichen Schiedsverfahren gelten ... Ziff. 3 (Billigkeit) nicht».²⁰⁹

i) Schliesslich sei erwähnt, dass Schiedsgerichte **sämtliche Rechtsschutzformen** erfassen, also sowohl Leistungsklagen, als auch Feststellungs- und Gestaltungs-klagen.²¹⁰

II. Einzelne Streitigkeiten

a) Das Schiedsgericht kann feststellen,²¹¹ **wer die Erben sind**²¹² und zwar unabhängig davon, ob es sich um gesetzliche (Art. 457 ff. ZGB) oder eingesetzte Erben (Art. 483 ZGB) handelt,²¹³ und **wer der Willensvollstrecker ist** (Art. 517 f.

²⁰⁸ Vgl. THOMAS SYKORA, Der schiedsgerichtliche Billigkeitsentscheid, Diss. Zürich 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 Sinne auch PETER BREIT-SCHMID, Standort und Zukunft des Erbrechts, *successio* 2009, 308, der für die Möglichkeit der Delegation plädiert statt «hyperkleinlicher Höchstpersönlichkeit»; ebenso für das österreichische Recht NUBER (Fn. 63), JEV 2013, 122, mit der Begründung, dass das Schiedsgericht jene Normen anwende, «mit denen die Parteien billigerweise rechnen durften»; anders für das deutsche Recht K. JAN SCHIFFER/CHRISTOPH J. SCHÜRMAN, Die Anordnung von Schiedsgericht und Mediation in der Verfügung von Todes wegen, *Hereditare* 2014, 49.

²⁰⁹ Vgl. dazu HEISS/LOACKER (Fn. 204), Rn. 9/142 ff.

²¹⁰ Vgl. BGE 69 II 118 E. 2c (Gestaltungsurteil); GÖKSU (Fn. 168), N 357; ebenso für das deutsche Recht VINNEN/KRUG (Fn. 164), § 31 Rn. 10; ebenso für das liechtensteinische Recht WALSER (Fn. 32), S. 347.

²¹¹ Klage auf Feststellung oder Aberkennung der Erbenqualität, vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 372 f.
²¹² Vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 372 ff.; ebenso für das deutsche Recht OLG Frankfurt 8 U 62/11 vom 04.05.2012 Rn. 59 (Unzulässigkeit einer Klage, weil die Frage der Erbenstellung Gegenstand der Schiedsklausel ist und sich der Beklagte auf diese berufen hat); ebenso für das österreichische Recht CHRISTIAN KOLLER, Die Schiedsvereinbarung, in: *Schiedsverfahrensrecht*, Band I, hrsg. v. Christoph Liebscher et al., Wien/New York 2016, Rn. 3/89: «Die Verlagerung der Entscheidung über das Erbrecht ins Ausserstreitverfahren ... 2003 steht der Schiedsfähigkeit des Erbrechtsstreits nicht entgegen»; DIETMAR CZERNICH, Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in: *Festschr. Bernhard Eccher*, hrsg. v. Francesco A. Schurr, Wien 2016, S. 285, der auf eine Besonderheit hinweist: Da es § 564 ABGB zulässt, dass ein Dritter den Erben bestimmt, schränkt dies die Kognitionsbefugnis des Schiedsgerichts ein; ebenso für das liechtensteinische Recht WALSER (Fn. 32), S. 270 (Klärung der Erbenstellung [Erbschaftsklage nach Art. 161 Auss-StrG]); a.M. JENS KLEINSCHMIDT, Delegation von Privatautonomie auf Dritte: Zulässigkeiten, Verfahren und Kontrolle von Inhaltsbestimmungen und Feststellungen Dritter im Schuld- und Erbrecht, *Habil. Hamburg, Tübingen* 2014, S. 816 ff.

²¹³ Ebenso für das deutsche Recht VINNEN/KRUG (Fn. 164), § 31 Rn. 10: «Dem Schiedsgericht kann der Erblasser Entscheidungskompetenz über folgende Regelungsmaterien zuweisen: die Erbenfeststellung im Falle eines Streites unter Erbprätendenten, gleichgültig, ob es sich um gesetzliche

ZGB). Die Bestimmung der Erben und was diese genau aus dem Nachlass erhalten, darf der Erblasser weder dem Willensvollstrecker²¹⁴ noch dem Schiedsgericht überlassen,²¹⁵ beides muss der Erblasser selbst bestimmen.²¹⁶ Ähnlich wie beim Nachfolger im Unternehmen²¹⁷ kann dies allerdings statt durch namentliche Nennung auch durch eine Beschreibung erfolgen.²¹⁸ Vermächtnisnehmer können ihre Eigenschaft nicht durch das Schiedsgericht feststellen lassen, sondern haben eine Vermächtnisklage (Leistungsklage) zu führen (hinten, D. II. c]). Die Feststellung der Eigenschaft als Erbe bzw. Willensvollstrecker ist im Sinne von Art. 354 ZPO schiedsfähig, weil «Streitigkeiten über den Bestand oder Nichtbestand eines Rechts oder Rechtsverhältnisses ... einvernehmlich durch richterlichen oder aussergerichtlichen Vergleich beigelegt werden können».²¹⁹ Die Schiedsfähigkeit im Sinne von Art. 177 IPRG ist gegeben, weil die Stellung als Erbe bzw. Willensvollstrecker ein vermögensrechtlicher Anspruch ist.²²⁰ Die Feststellung der Eigenschaft als Erbe bzw. Willensvollstrecker ist an sich auch die Grundlage für eine Erbbescheinigung bzw. einen Willensvollstreckerausweis.²²¹ Die vorzeitige Ausstellung einer Erb-

oder gewillkürte Erbfolge handelt»; WALTER KRUG, in: *Anwalt-Formulare Erbrecht*, hrsg. v. Walter Krug, 6. A., Angelbachtal 2018, Erbrecht § 23 N 5.

²¹⁴ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Vorbem. zu Art. 517-518 ZGB N 291, 333 und 345.

²¹⁵ In Deutschland wird dies in § 2065 BGB geregelt, vgl. dazu SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), *Hereditare* 2014, 51: «Der Erblasser kann ebenfalls nicht die Bestimmung desjenigen, der eine Zuwendung erhalten soll, oder die Festlegung des Gegenstands der Zuwendung dem Schiedsgericht überlassen»; ebenso für das österreichische Recht NUEBER (Fn. 63), *JEV* 2013, 119.

²¹⁶ Vgl. ALEXANDRA ZEITER, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 467 ZGB N 4; ebenso zum österreichischen Recht ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), *GesRZ* 2012, 83; zur Ausnahme im österreichischen Recht vgl. Fn. 212.

²¹⁷ Zum Einbezug des Willensvollstreckers bei der Bestimmung des Nachfolgers im Unternehmen vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 333.

²¹⁸ Ebenso für das österreichische Recht NUEBER (Fn. 63), *JEV* 2013, 119, welcher von «Ernennungsfällen» spricht.

²¹⁹ CHROBAK (Fn. 177), N 375.

²²⁰ Vgl. NICOLAS VON WERDT, *Die Beschwerde in Zivilsachen*, Bern 2010, N 207 und N 210: «Als vermögensrechtliche Ansprüche gelten namentlich ... der Streit um die Ausstellung einer Erbbescheinigung (Urteil 5A_162/2007) oder einer Willensvollstreckerbescheinigung (Urteil 5A_257/2009 E. 1.3); die Beschwerde gegen einen Willensvollstrecker (BGE 135 III 578 E. 6.3 S. 581 ...); MAUERHOFER (Fn. 46), *ZBJV* 2006, 382; wenn in BGer. 8A_810/2008 vom 05.05.2009 E. 1.2 ein erbrechtlicher Informationsanspruch als vermögensrechtlicher Anspruch qualifiziert wird, muss dies für die gesamte Erbenstellung umso mehr gelten.

Der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs wird weit gefasst und auch dann angenommen, wenn ein Anspruch mit einem vermögensrechtlichen Anspruch eng verbunden ist bzw. ein wirtschaftliches Ziel verfolgt wird, vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 376; GÖKSU (Fn. 168), N 378 ff.

²²¹ Das Urteil des ordentlichen Zivilrichters ist im Verfahren zur Ausstellung der Erbbescheinigung verbindlich, vgl. BGer. 5A_800/2013 vom 18.02.2014 E. 1.3; FRANK EMMEL, in: *Basler Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019 (zit. *PraxKomm-EMMEL*), Art.

scheinigung wird in der Schweiz allerdings nur dann verhindert, wenn eine Einsprache (gegen eingesetzte Erben)²²² erhoben wird (Art. 559 Abs. 1 ZGB) bzw. beim Willensvollstrecker ausweis, wenn die Gültigkeit der Einsetzung klar nicht gegeben ist.²²³ Ein bereits bestehender Ausweis wird durch ein anders lautendes, späteres Urteil eines staatlichen Gerichts oder Schiedsgerichts per se entkräftet.²²⁴ Dieser Mechanismus funktioniert allerdings nicht, wenn nicht alle Erben am Schiedsverfahren beteiligt sind,²²⁵ weil das Schiedsurteil nur unter den am Verfahren Beteiligten wirkt.²²⁶

b) Das Schiedsgericht darf – ähnlich wie ein Willensvollstrecker²²⁷ - ein **Testament auslegen** (Art. 467 ff. ZGB), es aber nicht ergänzen, womit die sog. authentische Interpretation nicht schiedsfähig ist.²²⁸ Das Schiedsgericht kann «nur aufgrund vom Erblasser im Sinn der Andeutungstheorie klar vorgegebener Richtlinien und objektiv nachvollziehbarer Kriterien entscheiden».²²⁹ Noch im Bereich der Auslegung bewegt sich das Schiedsgericht, wenn es einen vom Erblasser nicht namentlich, sondern nach Kriterien bestimmten Nachfolger im Unternehmen bestimmt.²³⁰ Nicht zulässig ist es dagegen, dass ein Schiedsrichter, welcher gleichzei-

559 ZGB N 33; in Deutschland ist dies umstritten, vgl. OLAF SCHERMANN, Überblick über die erbrechtliche Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2016, ErbStB 2016, 321.

²²² Gegen gesetzliche Erben gibt es keine Einsprachemöglichkeit, vgl. PraxKomm-EMMEL (Fn. 221), Art. 559 ZGB N 32.

²²³ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 42.

²²⁴ Zur Wirkung des Urteils eines staatlichen Gerichts (der Ausweis wird gegenstandlos, ohne dass er für nicht erklärt werden müsste), vgl. BGer. 5A_757/2016 vom 31.08.2017 E. 3.3.3; BGE 104 II 75 E. II.2; PraxKomm-EMMEL (Fn. 221), Art. 559 ZGB N 32.

²²⁵ Vgl. dazu BGH vom 14.04.2010, ErbR 2010, 271: «Dem steht nicht entgegen, dass ein Urteil im streitigen Verfahren nur zwischen den Parteien wirkt und keine Bindungswirkung für das Erbscheinsverfahren mit seinen weiteren Beteiligten, den im Testament genannten Erben, entfaltet»

²²⁶ Vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 382 f.

²²⁷ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Vorbem. zu Art. 517-518 ZGB N 345.

²²⁸ Ebenso für das deutsche Recht SCHWAB/WALTER (Fn. 201), Kap. 32, Rn. 26; ebenso für das österreichische Recht KOLLER (Fn. 212), Rn. 3/89; anders im Staaten-Recht der USA, vgl. THE AMERICAN COLLEGE OF TRUST AND ESTATE COUNSEL FOUNDATION (Fn. 101), S. 12: «Wait v. Huntington, 40 Conn. 9, 1873 WL 1382 (1873) (court upheld testator's power to condition devises with following provision: 'Should any questions arise as to the meaning of this instrument, I direct that the distribution of my estate shall be made to such persons and associations as my executors shall determine to be my intended legatees and devisees, and their construction of my will shall be binding on all parties interested')».

²²⁹ BREITSCHMID (Fn. 188), S. 73; ebenso für das deutsche Recht SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), Hereditare 2014, 51: «Das letztwillige Schiedsgericht darf lediglich den Willen des Erblassers nach den herkömmlichen Kriterien zur Auslegung einer letztwilligen Verfügung auslegen».

²³⁰ Vgl. PETER JUNG, Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Personengesellschafters – Zum notwendigen Zusammenspiel von Erbrecht und Gesellschaftsrecht, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII (2017) 179: «Die Bestimmung durch einen Dritten kollidiert ... nicht mit dem

tig Willensvollstrecker ist, das Testament bezüglich der Willensvollstreckung auslegt.²³¹

c) Die **Klage auf Vollziehung einer Auflage** (Art. 482 ZGB) ist grundsätzlich schiedsfähig.²³² Es gibt zwei Problembereiche: Die in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit geforderte freie Verfügbarkeit (Art. 354 ZPO) fehlt dann, wenn kein Berechtigter vorhanden ist (der vom Willensvollstrecker auszumachen ist²³³), welcher auf den Anspruch verzichten könnte. In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit scheitert ein vermögensrechtlicher Anspruch (Art. 177 IPRG) bei Auflagen häufig daran, dass diese einen idealen Inhalt haben (wie das Begräbnis oder die Durchführung der Trauerfeier).²³⁴ Der Willensvollstrecker, der legitimiert ist, den Vollzug einer Auflage zu verlangen,²³⁵ kann in ein solches Schiedsverfahren involviert sein.

d) Die **Ungültigkeitsklage** (Art. 519 ff. ZGB), welche auch vom Willensvollstrecker erhoben werden kann, wenn er in seiner Stellung betroffen ist,²³⁶ erfüllt die generellen Anforderungen²³⁷ und ist grundsätzlich schiedsfähig.²³⁸ Das Schiedsgericht darf somit über die Gültigkeit des Testaments und damit seine Zuständigkeit

Grundsatz der Höchstpersönlichkeit erbrechtlicher Verfügungen, da es sich um eine rein gesellschaftsrechtliche Regelung handelt»; ebenso für das deutsche Recht SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), *Hereditare* 2014, 51: «Zulässig ist aber, dass das Schiedsgericht aus einem – vom Erblasser aufgrund bestimmter Auswahlkriterien eng begrenzten Personenkreis von Erben – durch Konkretisierung des Erblasserwillens den Nachfolger im Unternehmen des Erblassers bezeichnet. Nach der Rechtsprechung besteht allerdings bei der Auswahl für das Schiedsgericht kein Beurteilungsspielraum», mit Verweis auf BGH IV ZR 152/54 vom 18.11.1954, NJW 1955, 100.²³¹ Ebenso für den (deutschen) Testamentsvollstrecker vgl. BGH V ZR 37/62 vom 22.01.1964, BGHZ 41, 23 (Ende der Testamentsvollstreckung); OLG Frankfurt 26 SchH 4/17 vom 21.02.2018 (Ausrichtung eines Vermächtnisses durch den Testamentsvollstrecker).

²³² Vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 362 ff.; MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 383: «Die Klage auf Vollzug einer Auflage nach Art. 482 ZGB kann durch Anerkennung oder Vergleich erledigt werden, weshalb die Schiedsfähigkeit in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit gegeben ist».

²³³ Vgl. HAROLD GRÜNINGER/MANUEL LIATOWITSCH, in: *Basler Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 482 ZGB N 23; BSK-STAEHELIN (Fn. 184), Art. 482 ZGB N 24 will den Begünstigten daneben auch durch den Beschwernten bestimmen lassen.

²³⁴ Vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 383: Typischerweise dienen Auflagen «allerdings Zwecken, die gerade nicht vermögensrechtlicher Natur sind»; PATRICK LOMBARDI, *La charge de droit privé*, *Not@lex* 2017, 43: «Son contenu peut même dépasser celui de l'obligation, la prestation due n'a en effet pas besoin de procurer un avantage économique; elle est alors dite quelconque».

²³⁵ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 471.

²³⁶ Vgl. DANIEL ABT, in: *Basler Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 519 ZGB N 62; BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 482.

²³⁷ Vgl. vorne, C. I. a) und b).

²³⁸ Vgl. GÖKSU (Fn. 168), N 369; MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 382; CHROBAK (Fn. 177), N 365; SCHLUMPF (Fn. 120), N 439 ff.; ebenso für da deutsche Recht SCHWAB/WALTER

entscheiden.²³⁹ Wenn das Schiedsgericht zum Schluss kommt, dass die letztwillige Verfügung, welche die Anordnung oder Vereinbarung des Schiedsgerichts enthält, ungültig sei, hat es die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (Schiedsvertrag bzw. Schiedsklausel) noch separat zu prüfen (Art. 357 Abs. 2 ZPO und Art. 178 Abs. 3 IPRG).²⁴⁰ Es ist in seltenen Fällen denkbar, dass trotz ungültiger letztwilliger Verfügung ein vertragliches Schiedsgericht gültig zustande kam (doctrine of separability).²⁴¹ Wenn die Schiedsvereinbarung auch ungültig ist, hat das Schiedsgericht jede weitere Tätigkeit einzustellen²⁴² und einen negativen Entscheid über seine Zuständigkeit (Art. 359 Abs. 1 ZPO und Art. 186 Abs. 1 und 3 IPRG) zu treffen.²⁴³ Es bestehen zwei weitere Problembereiche: Bei der Binnenschiedsgerichtsbarkeit kann das Schiedsgericht den Ungültigkeitsgrund der fehlenden Testierfähigkeit nur vorfrageweise behandeln,²⁴⁴ weil Statusfragen an sich nicht schiedsfähig sind.²⁴⁵ Bei internationalen Schiedsgerichten fällt die Ungültigkeit von Auflagen mit idealem Inhalt nicht unter die vermögensrechtlichen Ansprüche (vorne, C. II. c.) und ist somit nicht schiedsfähig.

(Fn. 201), Kap. 32 Rn. 26; SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), *Hereditare* 2014, 49.

²³⁹ Vgl. Art. 359 Abs. 1 ZPO und Art. 186 Abs. 1 und 3 IPRG; in Deutschland wurde dies erst 2005 (vgl. Beschluss vom 5. Dezember 2005, BGBl. I 3202 und 3354) in § 1040 ZPO aufgenommen: «Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden».

²⁴⁰ Vgl. GÖKSU (Fn. 168), N 693; CHROBAK (Fn. 177), N 371.

²⁴¹ Vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 371; ebenso für das deutsche Recht K. JAN SCHIFFER, *Erbrechtliche Gestaltung: Möglichkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit*, in: *Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten*, hrsg. v. Karl-Heinz Böckstiegel, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 79; ebenso für das österreichische Recht SCHAUER (Fn. 26), S. 5 ff.

²⁴² Ebenso für das deutsche Recht SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), *Hereditare* 2014, 52.

²⁴³ In der ZPO spricht man von Zwischenentscheid, im IPRG dagegen von Vorentscheid, obwohl ein negativer Entscheid in beiden Fällen die Wirkung eines Endentscheids hat, vgl. GÖKSU (Fn. 168), 1241 ff.; BSK-GIRSBERGER (Fn. 19), Art. 359 ZPO N 26; MARKUS SCHOTT/MAURICE COURVOISIER, in: *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 3.A., Basel 2013, Art. 186 IPRG N 117.

²⁴⁴ Ebenso für das deutsche Recht ANTON STEINER, *Schiedsklauseln im Testament*, *ErbStB* 2003, 306: «Insbesondere hat sich mittlerweile die Ansicht durchgesetzt, dass das Schiedsgericht auch über alle Fragen der Gültigkeit der Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung (beispielsweise Form und Testierfähigkeit) ... entscheidet ... Dies folgt auch aus § 1040 ZPO, nach dem das Schiedsgericht über ... die Vorfrage des Bestehens oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (bzw. Schiedsklausel) entscheidet»; ebenso für das österreichische Recht BURKOWSKI (Fn. 82), S. 71 ff.

²⁴⁵ Ebenso für das deutsche Recht HARDER (Fn. 56), S. 115 f.; ebenso in den USA, vgl. *Estate of O'Brien*, 13 Wn2d 581, 585; 126 P.2d 47, 49 (1942): «The executors named in a will and an additional executor named in a codicil, it has been held, cannot submit to arbitration the question whether the testator had sufficient mental capacity to execute the codicil ...»; DARDEL (Fn. 15), N 699; weiter vgl. hinten, E. III. a).

e) Die **Herabsetzungsklage** (Art. 522 ff. ZGB) erfüllt die generellen Anforderungen²⁴⁶ und ist an sich schiedsfähig.²⁴⁷ Die freie Verfügbarkeit ist gegeben, weil die Erben (gemeinsam) auf ihren Pflichtteil verzichten und darüber gerichtliche und aussergerichtliche Vergleiche abschliessen können.²⁴⁸ Umstritten ist allerdings die Schiedsfähigkeit bei einem einseitig vom Erblasser angeordneten Schiedsgericht. Dies hängt eng mit der Frage zusammen, ob ein einseitig angeordnetes Schiedsgericht über Pflichtteile befinden darf. Wenn dies – wie hier – bejaht wird,²⁴⁹ ist auch in diesem Fall die Schiedsfähigkeit der Herabsetzungsklage zu bejahen.²⁵⁰ Neben den pflichtteilsgeschützten Erben kann auch der Willensvollstrecker, der ein Vermächtnis herabsetzen möchte,²⁵¹ sowie eine Konkursverwaltung (Art. 524 Abs. 1 ZGB) an eine Schiedsklausel gebunden sein.²⁵²

f) Die **Vermächtnisklage** (Art. 562 und Art. 601 ZGB) erfüllt die generellen Anforderungen²⁵³ und ist grundsätzlich schiedsfähig.²⁵⁴ Ein Schiedsrichter kann allerdings dann nicht über die Ausrichtung eines Vermächtnisses befinden, wenn er dieses selbst als Willensvollstrecker ausrichten sollte.²⁵⁵ Da der Willensvollstrecker bei der Vermächtnisklage passivlegitimiert sein kann,²⁵⁶ ist es dankbar, dass er in ein solches Schiedsverfahren eingebunden wird.

g) Die **Erbschaftsklage** (Art. 598 ff. ZGB) erfüllt die generellen Anforderungen²⁵⁷ und ist somit grundsätzlich schiedsfähig.²⁵⁸ Da sich diese Klage gegen den

²⁴⁶ Vgl. vorne, C. I. a) und b).

²⁴⁷ Vgl. GÖKSU (Fn. 168), N 369; BSK-STAEHELIN (Fn. 184), Art. 470 ZGB N 11; CHROBAK (Fn. 177), N 377 ff.; SCHLUMPF (Fn. 120), N 444 ff.; ebenso für das deutsche Recht BGH I ZB 49/16 und 50/16 vom 16.03.2017 Rn. 17, SchiedsVZ 2018, 37 und 49: Pflichtteilsansprüche können «grundsätzlich Gegenstand einer zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten getroffenen Schiedsvereinbarung sein».

²⁴⁸ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 453; GÖKSU (Fn. 168), N 369; CHROBAK (Fn. 177), N 388; ebenso für das deutsche Recht OLG München 34 Sch 13/15 vom 25.04.2016, SchiedsVZ 2016, 234; ROLAND WENDT, Letztwillige Schiedsklauseln oder Schlimmeres? – Gewogen und zu leicht befunden!, ErbR 2016, 486.

²⁴⁹ Vgl. dazu eingehend hinten, D. IV.

²⁵⁰ Ebenso GÖKSU (Fn. 168), N 369.

²⁵¹ Vgl. zu dieser Legitimation BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 473.

²⁵² Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 447.

²⁵³ Vgl. vorne, C. I. a) und b).

²⁵⁴ Vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 405 ff.; SCHLUMPF (Fn. 120), N 458; DIETER GRÄNICHER, Swiss Rules, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2010, S. 119; ebenso für das österreichische Recht KOLLER (Fn. 212), Rn. 3/89; BURKOWSKI (Fn. 82), S. 103 ff.

²⁵⁵ Ebenso für das deutsche Recht OLG Frankfurt 26 SchH 4/17 vom 21.03.2018.

²⁵⁶ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 472.

²⁵⁷ Vgl. vorne, C. I. a) und b).

²⁵⁸ Vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 402 ff.

besitzenden Nicht-Erben (Dritte) richtet,²⁵⁹ wird man Dritten Schiedsvereinbarungen, an denen sie sich nicht beteiligt haben, und testamentarische Schiedsklauseln nicht entgegenhalten können.²⁶⁰ Soweit Schiedsverfahren möglich sind, ist es denkbar, dass der Willensvollstrecker eingebunden ist, da er bei der Erbschaftsklage aktivlegitimiert ist.²⁶¹

h) Die **Erbteilungsklage** (Art. 604 ZGB) erfüllt die generellen Anforderungen²⁶² und ist somit grundsätzlich schiedsfähig.²⁶³ Die freie Verfügbarkeit ergibt sich aus Art. 607 Abs. 2 ZGB (Freiheit der Erbteilung).²⁶⁴ Vereinzelt wird die Schiedsfähigkeit verneint, mit der Begründung, dass auch (nicht schiedsfähige) Pflichtteile von der Erbteilung betroffen sein können.²⁶⁵ Da ich es für zulässig halte, dass ein testamentarisch eingesetztes Schiedsgericht über Pflichtteile befindet,²⁶⁶ kann ich dieser Ansicht nicht folgen. Wichtig ist, dass alle Erben vom Schiedsverfahren erfasst werden.²⁶⁷ Neben den Erben kann auch eine mitwirkende Behörde (Art. 609 Abs. 1 ZGB) an eine Schiedsklausel gebunden sein,²⁶⁸ obwohl es sich bei der behördlichen Mitwirkung um eine nicht schiedsfähige erbrechtliche Massnahme darstellt.²⁶⁹ Der Willensvollstrecker ist von einem solchen Schiedsverfahren insofern betroffen, als er die Teilung durchführt,²⁷⁰ also das

²⁵⁹ Vgl. ABT (Fn. 236), Art. 598 ZGB N 9.

²⁶⁰ Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 459 ff.

²⁶¹ Zur Aktivlegitimation des Willensvollstreckers vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 475.

²⁶² Vgl. vorne, C. I. a) und b).

²⁶³ Vgl. STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft (Art. 606-619 ZGB), Bern 2014, Art. 604 ZGB N 57 ff.; GÖKSU (Fn. 168), N 369; CHROBAK (Fn. 177), N 408 ff.; SCHLUMPF (Fn. 120), N 450 ff.; ebenso für das deutsche 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»; SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), Hereditare 2014, 53 (Erbauseinandersetzung).

²⁶⁴ Vgl. dazu THOMAS WEIBEL, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art 607 ZGB N 3.

²⁶⁵ Vgl. etwa BSK-STAEHELIN (Fn. 184), Art. 470 ZGB N 11; RIEMER (Fn. 124), S. 381; MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 393: «Somit hat für Pflichtteilserben die testamentarische Schiedsklausel nicht nur hinsichtlich der Klagen zur Herstellung von Pflichtteilen, 102 sondern auch für Klagen im Zusammenhang mit der Erbteilung keine Auswirkungen»; zur Schiedsfähigkeit der Pflichtteile vgl. hinten, D.

²⁶⁶ Vgl. hinten, D. IV.

²⁶⁷ Ebenso für das österreichische Recht BURKOWSKI (Fn. 82), S. 103.

²⁶⁸ Vgl. SCHLUMPF (Fn. 120), N 453.

²⁶⁹ Ebenso PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 41; zur fehlenden Schiedsfähigkeit dieser Massnahmen vgl. hinten, E. I.

²⁷⁰ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 476.

Schiedsurteil umzusetzen hat. Im Staat New York (USA) wurde die Schiedsfähigkeit in einigen Entscheiden verneint, weil die Zuständigkeit des Probate Court für zwingend und Schiedsgerichte somit ausschliessend gehalten wurde.²⁷¹ Andere Staaten sind dem allerdings nicht gefolgt.²⁷² In der Schweiz ist die Schiedsfähigkeit auch für weitere Klagen gegeben, welche im Zusammenhang mit der Erbteilung stehen: Vollziehung des Erbteilungsvertrags (Art. 634 ZGB), Abtretung angefallener Erbteile (Art. 635 ZGB) und Anfechtung des Erbteilungsvertrags (Art. 638 ZGB).²⁷³

i) Die **Auskunftsklage** (Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB) erfüllt die generellen Anforderungen²⁷⁴ und ist somit grundsätzlich schiedsfähig.²⁷⁵ Nicht selbstverständlich ist der vermögensrechtliche Charakter dieses Anspruchs, welcher aber in Rechtsprechung und Literatur gefestigt ist.²⁷⁶ Da der Willensvollstrecker aktivlegitimiert ist bei der Auskunftsklage,²⁷⁷ ist es denkbar, dass er in ein solches Schiedsverfahren involviert ist.

j) Die **Ausgleichsklage** (Art. 626 ZGB) erfüllt die grundsätzlichen Anforderungen²⁷⁸ und ist somit grundsätzlich schiedsfähig.²⁷⁹ Die freie Verfügbarkeit ergibt sich auch hier aus Art. 607 Abs. 2 ZGB.²⁸⁰ Da der Willensvollstrecker bei der Ausgleichsklage weder auf der aktiv- noch passivlegitimiert ist,²⁸¹ wird er nie in ein solches Schiedsverfahren involviert sein.

²⁷¹ Vgl. etwa *Swislocki v. Spiewak*, 273 A.D. 768 (N.Y. App. Div. 1947); *Matter of Kabinoff*, 163 N.Y.S. 2d 798, 799 (N.Y. Sup. Ct. 1957); *In re Will of Jacobovitz*, 295 N.Y.S.2d 527, 529 (1968); in diesen Entscheidungen wird die Zuweisung der Erbteilung an den Probate Court in der Gerichtsordnung als zwingend und Schiedsgerichte ausschliessend aufgefasst wird, vgl. THE AMERICAN COLLEGE OF TRUST AND ESTATE COUNSEL FOUNDATION (Fn. 101), S. 14 Fn. 9.

²⁷² Vgl. THE AMERICAN COLLEGE OF TRUST AND ESTATE COUNSEL FOUNDATION (Fn. 101), S. 12: «Because arbitration, in the abstract, is neither illegal nor contrary to public policy, courts have had little difficulty upholding testamentary arbitration clauses. ... They generally recited that agreements to arbitrate future disputes are enforceable and reasoned that, although a will is not a contract, parties who accept property under a will impliedly agree to be bound by all of its terms».

²⁷³ Vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 412.

²⁷⁴ Vgl. vorne, C. I. a) und b).

²⁷⁵ Vgl. CHROBAK (Fn. 177), N 412.

²⁷⁶ Vgl. BGer. 5A_695/2013 vom 15.07.2014 E. 1.1; CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 24.

²⁷⁷ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 469.

²⁷⁸ Vgl. vorne, C. I. a) und b).

²⁷⁹ Vgl. GÖKSU (Fn. 168), N 369; CHROBAK (Fn. 177), N 414 ff.; SCHLUMPF (Fn. 120), N 454 ff.

²⁸⁰ Vgl. dazu vorne, C. II. h).

²⁸¹ Zur Legitimation bei der Ausgleichsklage vgl. JACQUELINE BURCKHARDT BERTOSSA, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 626 ZGB N 96 f.

D. Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen

I. Rechtsvergleichung

1. Deutschland

a) Die deutsche **Rechtsprechung** hält Pflichtteile für schiedsfähig, wenn das Schiedsgericht durch Schiedsvereinbarung zustande gekommen ist.²⁸² Wenn das Schiedsgericht aber vom Erblasser einseitig angeordnet wurde, sind Pflichtteile nach überwiegender Ansicht nicht schiedsfähig. Als Gründe dafür werden angegeben: (1) fehlende Verfügungsmacht des Erblassers²⁸³; (2) fehlende Anordnungs-kompetenz im Gesetz, welche sich nicht schon aus § 1066 ZPO ergibt;²⁸⁴ (3) die Regeln der Schiedsfähigkeit in § 1030 ZPO gelten nur für vertragliche Schiedsgerichte, nicht aber für testamentarisch angeordnete Schiedsgerichte, weil der durch die staatlichen Gerichte gewährleistete Rechtsschutz dem Betroffenen einseitig entzogen wird;²⁸⁵ (4) die Gleichwertigkeit der Schiedsgerichte mit den staatlichen Gerichten gilt nur für Schiedsvereinbarungen und nicht für einseitig angeordnete Schiedsgerichte.²⁸⁶ Gründe, weshalb auch Pflichtteileansprüche schiedsfähig sind, werden ebenfalls erwähnt: (1) kein Ausschluss der Verfügungsmacht im Gesetz;²⁸⁷ (2) § 1066 ZPO enthält keine Einschränkung für Pflichtteile;²⁸⁸ (3) Pflichtteilsansprüche sind vermögensrechtliche Ansprüche;²⁸⁹ (4) Schiedsgerichte und staatliche Gerichte sind gleichwertig;²⁹⁰ (5) Wenn das Schiedsgericht darüber befinden kann,

²⁸² Vgl. BGH I ZB 49/16 und 50/16 vom 16.03.2017 Rn. 17, SchiedsVZ 2018, 37 und 49.

²⁸³ Vgl. BGH I ZB 49/16 und 50/16 vom 16.03.2017 Rn. 23, SchiedsVZ 2018, 37 und 49: «Die dem Erblasser eingeräumte Befugnis, in eine letztwillige Verfügung eine Schiedsklausel aufzunehmen, ist Ausfluss der Testierfreiheit»; OLG München 18 U 1202/17 vom 25.10.2017 Rn. 3, ErbR 2018, 99; LG München 13 O 5937/15 vom 24.02.2017 E. I., ZEV 2017, 275; OLG München 34 Sch 12/15 vom 25.04.2016 Rn. 27, FamRZ 2016, 1310.

²⁸⁴ Vgl. BGH I ZB 49/16 und 50/16 vom 16.03.2017 Rn. 24, SchiedsVZ 2018, 37 und 49: «Die Vorschrift des § 1066 ZPO begründet keine Verfügungsmacht des Erblassers, Streitigkeiten über den Nachlass einem Schiedsgericht zuzuweisen, sondern setzt eine solche Anordnungs-kompetenz voraus».

²⁸⁵ Vgl. BGH I ZB 49/16 und 50/16 vom 16.03.2017 Rn. 25, SchiedsVZ 2018, 37 und 49.

²⁸⁶ Vgl. BGH I ZB 49/16 und 50/16 vom 16.03.2017 Rn. 25, SchiedsVZ 2018, 37 und 49.

²⁸⁷ Vgl. LG Heidelberg 2 O 128/13 vom 22.10.2013 Rn. 1, ZErB 2014, 292: «Hätte der Gesetzgeber den Erblasser in seiner Verfügungsmacht auch bezüglich des Verfahrensrechts einschränken wollen, wäre ein klarer Ausschluss in der ZPO zu erwarten gewesen, z. B. in § 1066 ZPO».

²⁸⁸ Vgl. LG Heidelberg 2 O 128/13 vom 22.10.2013 Rn. 1, ZErB 2014, 292.

²⁸⁹ Vgl. OLG München 34 Sch 12/15 vom 25.04.2016 Rn. 25, FamRZ 2016, 1310: Der Pflichtteilsanspruch ist «als vermögensrechtlicher Anspruch zu qualifizieren und als solcher nach § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich objektiv schiedsfähig».

²⁹⁰ Vgl. OLG München 34 Sch 12/15 vom 25.04.2016 Rn. 26, FamRZ 2016, 1310: «Zutreffend ist auch, dass der Reformgesetzgeber des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes vom 22.12.1997

wer Erbe ist, muss es auch über Pflichtteile (als schwächerem) Recht urteilen können.²⁹¹

b) In der **Literatur** sind die Ansichten geteilt. Nach der herrschenden Meinung sind Pflichtteile bei testamentarisch angeordneten Schiedsgerichten nicht schiedsfähig.²⁹² Die Haupt-Begründung lautet, dass der Erblasser nicht über die Pflichtteile verfügen könne.²⁹³ Autoren, welche Pflichtteile für schiedsfähig halten,²⁹⁴ begründen dies hauptsächlich wie folgt: Die Schiedsklausel gehört zum Prozessrecht und deshalb kommen materiell-rechtliche Schranken nicht zum Zug.²⁹⁵ Zudem wird die Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens betont.²⁹⁶

2. Österreich

a) Es gibt keine publizierte **Rechtsprechung**: Der OGH hat sich zur Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen noch nicht geäußert.²⁹⁷

b) In der **Lehre** werden Pflichtteile bei testamentarischer Anordnung mehrheitlich als schiedsfähig angesehen.²⁹⁸ Als Begründung werden angegeben: (1) Streitige Ausserstreitverfahren sind grundsätzlich schiedsfähig.²⁹⁹ (2) Prozessuale

(BGBI I S. 3224) die Schiedsgerichtsbarkeit als eine der staatlichen Gerichtsbarkeit im Prinzip gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit angesehen ... hat»; LG Heidelberg 2 O 128/13 vom 22.10.2013 Rn. 1, ZErB 20114, 292.

²⁹¹ Vgl. LG Heidelberg 2 O 128/13 vom 22.10.2013 Rn. 1, ZErB 20114, 292.

²⁹² Vgl. etwa STEFAN BANDEL, Pflichtteilsstreitigkeiten im Schiedsverfahren – München locuta, causa finita?, SchiedsVZ 2017, 72 ff.; BANDEL (Fn. 16), NotBZ 2005, 386; SCHIFFER (Fn. 241), S. 77 und 80; SABINE HERZOG, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5: Erbrecht, §§ 2303-2345 BGB, Berlin 2014, § 2317 BGB Rn. 95.

²⁹³ Vgl. VINNEN/KRUG (Fn. 164), § 31 N 8.

²⁹⁴ Vgl. etwa HARDER (Fn. 56), S. 110 ff.; RICHARD ZÖLLER/REINHOLD GEIMER, Zivilprozessordnung: ZPO, 32. A., Köln 2018, § 1066 ZPO Rn 10; VINNEN/KRUG (Fn. 164), § 31 Rn. 10, allerdings nur in sehr kleinem Rahmen: «Im Pflichtteilsrecht nur solche Materien, in denen ausnahmsweise eine Regelungsbefugnis des Erblassers besteht, z.B. bezüglich der Verteilung einer Pflichtteilslast im Innenverhältnis unter Miterben bzw. Vermächtnisnehmern».

²⁹⁵ Vgl. etwa ZÖLLER/GEIMER (Fn. 294), § 1066 ZPO Rn. 18

²⁹⁶ Vgl. WERNER (Fn. 66), ZEV 2011, 508: «Der Verweis auf das Schiedsgericht stellt ... keine unzulässige Benachteiligung des Pflichtteilsberechtigten dar».

²⁹⁷ Vgl. BURKOWSKI (Fn. 82), S. 2; ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), GesRZ 2012, 83.

²⁹⁸ Vgl. ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), GesRZ 2012, 84 ff.; MICHAEL NUEBER, Schiedsfähigkeit, in: Private Client Arbitration, hrsg. v. Astrid Deixler-Hübner et al., Wien 2020, S. 48; anders SCHAUER (Fn. 96), S. 183.

²⁹⁹ Vgl. OGH 6 Ob 16/84 vom 06.09.1984, RIS-Justiz RS 0045187; NUEBER (Fn. 140), § 582 ZPO

Anordnungen stellen keine materiell-rechtliche Belastung des Pflichtteils dar: «Durch die Einsetzung eines letztwilligen Schiedsgerichts verfügt der Erblasser nicht über den im materiellen Recht angesiedelten Pflichtteilsanspruch, sondern disponiert lediglich über die Art seiner Geltendmachung».³⁰⁰ Dem widerspricht allerdings SCHAUER,³⁰¹ welcher das Abweichen von der staatlichen Gerichtsbarkeit als Belastung betrachtet, deren Nachteil allerdings nicht messbar sei. (3) Sodann wird die Gleichwertigkeit der Rechtswege betont: «Bereits aus § 607 ZPO ergibt sich aber die Gleichwertigkeit von Gerichts- und Schiedsverfahren, indem diese Bestimmung einen Schiedsspruch einem rechtskräftigen Urteil eines staatlichen Gerichts gleichstellt. Durch die Anordnung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser kommt daher seitens des Pflichtteilsberechtigten zu keinem Minus».³⁰² (4) Der Nachteil der fehlenden Verfahrenshilfe kann dadurch behoben werden, dass der Kostenvorschuss vom Nachlass übernommen wird.³⁰³ Nach ZÖCHLING-JUD/KOGLER kann allerdings gerade damit eine (unzulässige) Belastung des Pflichtteils bewirkt werden.³⁰⁴

3. Liechtenstein

a) Bisher gibt es keine publizierte **Rechtsprechung**.

b) In der **Literatur** werden Pflichtteile für schiedsfähig gehalten.³⁰⁵ Es wird betont, dass (1) die Schiedsklausel prozessualer Natur sei und damit keine Belastung des Pflichtteils darstelle; (2) der Erbe auf den Pflichtteil verzichten könne; (3) der Erblasser durch eine Rechtswahl den Pflichtteil beseitigen könne, weil diesem

N 8; NUEBER (Fn. 298), S. 38; KOLLER (Fn. 212), Rn. 3/88: «Man wird ... die objektive Schiedsfähigkeit nur für solche Angelegenheiten bejahen können, die nicht in die funktionelle Zuständigkeit des Gerichtskommissärs, sondern in die des Verlassenschaftsgerichts fallen».

³⁰⁰ NUEBER (Fn. 63) § 25 N 14; weiter vgl. BURKOWSKI (Fn. 82), S. 90, welcher darauf hinweist, dass der nach dem ErbRÄG 2015 neue § 762 ABGB Bedingungen und Belastungen (wie Auflagen oder die Testamentsvollstreckung) nicht als Hindernis für die Pflichtteilsdeckung ansieht.

³⁰¹ Vgl. SCHAUER (Fn. 96), S. 182 f.

³⁰² NUEBER (Fn. 298), § 25 N 14; ebenso für das österreichische Recht SCHAUER (Fn. 96), S. 182; CZERNICH (Fn. 212), S. 286 f.

³⁰³ Vgl. dazu vorne, B. III. 4. b).

³⁰⁴ Vgl. ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), GesRZ 2012, 86: «Augenscheinlich ist etwa eine Belastung durch die letztwillige Schiedsklausel darin zu sehen, dass der Erblasser abweichend von § 609 ZPO den Kostenersatz dergestalt vorschreibt, dass ein Pflichtteilsberechtigter die Verfahrens- und oder Verteidigungskosten des Gegners zu tragen hätte, sodass sein Pflichtteil geschmälert würde».

³⁰⁵ Vgl. WALSER (Fn. 32), S. 277.

kein ordre public Charakter zukomme.³⁰⁶ (4) Die Bindung wird nicht durch § 774 ABGB (beschränkte Verfügungsmacht über den Pflichtteil) verhindert, weil der Erblasser nach § 598 Abs. 2 ZPO eine prozessuale Verfügungsmacht hat und zudem ist die Schiedsklausel durch den Erbantritt als «eigentliche ‘Schiedsvereinbarung’ im Sinne von Art. II Abs. 1 NYÜ anzusehen».³⁰⁷

II. Rechtsprechung

a) In **ZR 80 (1981) Nr. 10** E. 1 wird erwähnt, dass das Bezirksgericht die Schiedsfähigkeit wie folgt verneinte: «Da mit Bezug auf die Pflichtteilsrechte kein Verfügungsrecht des Erblassers bestehe, sei demnach die einseitige Einsetzung eines Schiedsgerichts ausgeschlossen, denn dies bedeute eine Verkürzung der Erbenrechte ...». Damit wird ähnlich argumentiert wie in Deutschland.³⁰⁸ Das Obergericht hat die Schiedsklauseln als prozessrechtliche Geschäfte angesehen, die keine privatrechtlichen Wirkungen entfalten, einseitige Schiedsklauseln aber per se als unzulässig angesehen, weil es dafür keine Grundlage in der zürcherischen ZPO gab und weil sie einseitig den allgemein zuständigen staatlichen Richter entziehen (E. 4).

b) In **ZR 88 (1989) Nr. 75** E. 3c. wird die Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen bei testamentarisch angeordnetem Schiedsgericht wie folgt verneint: «Andererseits wäre ein Pflichtteil durch eine einseitige Schiedsklausel, wie vorstehend ausgeführt, unzulässigerweise eingeschränkt». Damit wird die Belastung des Pflichtteils wieder aufgenommen. Weiter heisst es: «Würde ein Erblasser die Erbteilung einem Schiedsgericht überlassen, hätte dieses im Bereich des Pflichtteils nicht die Funktion eines verbindlich entscheidenden Gerichtes, sondern allenfalls diejenige eines Willensvollstreckers ... Der Staat hat ihm einen unentziehbaren Weg zur Erreichung dieses Zieles zur Verfügung zu stellen. Der Pflichtteilsanspruch könnte stark gefährdet werden, wenn nach korrekter Festsetzung der Pflichtteilsquote ein einseitiges Schiedsgericht über die definitive Teilung der Erbschaft entscheiden könnte». Damit wird die Gleichwertigkeit des Schiedsgerichts in Frage gestellt.³⁰⁹

³⁰⁶ Vgl. WALSER (Fn. 32), S. 277 f.

³⁰⁷ WALSER (Fn. 32), S. 279.

³⁰⁸ Vgl. vorne, E. I. a).

³⁰⁹ Vgl. dazu hinten, Fn. 319; zur Gleichwertigkeit im deutschen Recht vgl. vorne, E. I. a).

III. Lehre

a) In der Lehre gibt es hauptsächlich **Gegner**³¹⁰ **der Schiedsfähigkeit von Pflichtteilen** bei testamentarisch angeordneten Schiedsgerichten. Diese Autoren führen als Begründung folgendes an: (1) Die Schiedsklausel ist eine Auflage³¹¹ oder Bedingung;³¹² (2) es würde zu Unzulänglichkeiten führen, wenn in einem Nachlass gewisse Fragen vom staatlichen Richter und andere vom Schiedsgericht beurteilt werden;³¹³ (3) Garantie des Gerichtsstands von Art. 28 Abs. 1 ZPO.³¹⁴

b) Es gibt auch einige **Befürworter**,³¹⁵ nach denen testamentarisch angeordnete Schiedsgerichte über Pflichtteile urteilen dürfen. Diese führen als Begründung an: (1) Pflichtteile sind grundsätzlich schiedsfähig, weil sie vermögensrechtlicher Natur sind und die Erben über sie frei verfügen können;³¹⁶ (2) Schiedsklauseln sind prozessualer Natur und somit stellen sie keine materiell-rechtliche Belastung für die Pflichtteile dar;³¹⁷ (3) Pflichtteile haben keinen ordre public Charakter;³¹⁸ (4) Staatliche Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichte sind gleichwertige Wege;³¹⁹ (5) die ein-

³¹⁰ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32d; BREITSCHMID (Fn. 188), S. 70 f.; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 6. A., Bern 2011, § 16 N 81; RIEMER (Fn. 124), S. 381; PIOTET (Fn. 120), successio 2011, 166 f.; BSK-STAEHELIN (Fn. 184), Art. 470 ZGB N 11; MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 392 f.

³¹¹ Vgl. BSK-STAEHELIN (Fn. 184), Art. 470 ZGB N 11; MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 392 f.; BSK-MARTIN-SPÜHLER (Fn. 51), Art. 28 ZPO N 19; weiter dazu vorne, B. III. 2. c).

³¹² Vgl. PIOTET (Fn. 120), successio 2011, 167: «Comme la clause astreignant à l'arbitrage contenue dans un testament doit s'assimiler, selon la volonté du disposant, à une charge ou une condition successorale (supra III), cette question est régie par le droit successoral matériel, et non pas par le droit de procédure»; MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 393; BSK-MARTIN-SPÜHLER (Fn. 51), Art. 28 ZPO N 19.

³¹³ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32d; BSK-STAEHELIN (Fn. 184), Art. 470 ZGB N 11; m.E. ist dies nicht ganz zu vermeiden.

³¹⁴ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32d.

³¹⁵ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 456 f.; SCHLUMPF (Fn. 143), S. 224; BALTHASAR BESSENICH, Gestaltungsmittel in Verfügungen von Todes wegen, AJP 2016, 1090; BK-WEIMAR (Fn. 120), Art. 482 ZGB N 17.

³¹⁶ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 453 und 454: «Personne ne prétend que les héritiers réservataires ne peuvent pas valablement conclure un pacte successoral contenant une clause arbitrale, ou un compromis lorsqu'à pris naissance un litige relatif à leurs droits»; GÖKSU (Fn. 168), N 369; BK-WEIMAR (Fn. 120), Art. 482 ZGB N 17; vorne, C. II. e) (Herabsetzungsklage).

³¹⁷ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 454: «... il ne s'agit que d'une question de procédure. Les droits des héritiers réservataires ne sont pas «grevés ...»; SCHLUMPF (Fn. 120), N 341: «Aus der Feststellung der rein prozessualen Natur der testamentarischen Schiedsklausel sowie aus der (damit verbundenen) Erkenntnis, dass es sich dabei nicht um eine Auflage handelt, folgt nach der hier vertretenen Auffassung, dass eine solche Anordnung keine Belastung der Pflichtteile darstellt».

³¹⁸ Vgl. BGE 102 II 136 E. 4; TERCIER (Fn. 23), S. 453.

³¹⁹ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 454: «Dès lors que l'arbitrage est (aujourd'hui) pleinement reconnu au

seitige Schiedsklausel funktioniert bei Statuten im Wesentlichen gleich wie beim Testament und ist dort heute anerkannt;³²⁰ (6) die einseitige Schiedsklausel ist auch international im Bereich der Trusts im Vormarsch.³²¹

IV. Eigene Ansicht

a) Ich vertrete die Ansicht, dass Pflichtteile grundsätzlich **schiedsfähig** sind und im Wesentlichen **aus den Gründen, welche von den Befürwortern angegeben werden**: (1) *Pflichtteile sind vermögensrechtlicher Natur und die Erben können frei über sie verfügen* bzw. über sie (aussergerichtliche oder gerichtliche) Vergleiche abschliessen bzw. auf sie verzichten.³²² Bei diesem letzten Punkt liegt wohl «der Hund begraben», wenn man das so ausdrücken darf: Es ist richtig, dass der Erblasser über Pflichtteile nicht einseitig verfügen kann, wie die Gegner der Schiedsfähigkeit (und auch der BGH) betonen; das macht der Erblasser mit einer Schiedsklausel aber auch gar nicht. Zum einen sind Schiedsklauseln keine (materiell-rechtlichen) Verfügungen über das Vermögen, sondern (prozessrechtliche) Anordnungen über den Rechtsweg. Wegen der prozessrechtlichen Natur belasten Schiedsklauseln den Pflichtteil nicht. Zum anderen ist die Anordnung durch die Schiedsklausel nicht so einseitig, wie immer wieder betont wird, denn die Bindungswirkung tritt erst ein, wenn ein Erbe seine Erbschaft angetreten hat.³²³ (2) Eine *fehlende materiell-rechtliche Grundlage* ist ein Punkt, welcher m.E. zwar nicht gegeben ist, schon gar nicht mehr, nachdem ZPO und IPRG einseitige Schiedsklauseln erlauben, darüber kann man aber in guten Treuen verschiedener Meinung sein. Vielleicht müsste man diesen Punkt tatsächlich durch eine positiv-rechtliche Regel klären.³²⁴ (3) *Pflichtteile haben keinen ordre public Charakter*.³²⁵

même titre que les procédures étatiques ...».

³²⁰ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 456: «Quoi qu'on en dise, c'est bien ce qui se produit lorsqu'une personne décide d'adhérer à une association ou une institution dont les statuts contiennent une clause arbitrale. La solution est admissible précisément parce que l'arbitrage est aujourd'hui pleinement reconnu comme une méthode de résolution des disputes présentant en tous points des garanties équivalentes».

³²¹ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 456, mit Verweis auf die ICC Clause for Trust and Trustees (vgl. dazu Fn. 13).

³²² Im Rahmen von vertraglich und erbvertraglich vereinbarten Schiedsgerichten sind Pflichtteile unbestritten schiedsfähig, vgl. HANSJÖRG KISTLER, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, Zürich 1999, S. 5 f. m.w.N.

³²³ Vgl. vorne, B. III. 2. g).

³²⁴ Vgl. dazu meinen Vorschlag, vorne, B. III. 3. a).

³²⁵ Vgl. vorne, Fn. 318.

b) Was kann man den **Gründen der Gegner** entgegen? (1) Wie schon vorne³²⁶ gezeigt, sind Schiedsklauseln keine *Auflagen* oder *Bedingungen*. (2) Es ist richtig, dass es zu *Unzulänglichkeiten führen würde, wenn in einem Nachlass gewisse Fragen vom staatlichen Richter und andere vom Schiedsgericht beurteilt werden*; das ist m.E. aber weit besser gelöst, wenn Pflichtteile schiedsfähig sind als im umgekehrten Fall. (3) Weiter fragt es sich, ob der *Gerichtsstand von Art. 28 Abs. 1 ZPO einseitig beseitigt* werden darf. Zunächst ist daran zu erinnern, dass es keine «Garantie» für die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers gibt. Zunächst erklärt Art. 28 Abs. 1 ZPO den Wohnsitz für Klagen (im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 2 ZPO für erbrechtliche Massnahmen) nicht als zwingenden Gerichtsstand.³²⁷ Sodann lässt es Art. 87 IPRG zu, dass der Erblasser die Zuständigkeit einseitig von seinem Wohnsitz an seinen Heimatort verschieben kann.³²⁸ Wenn es also eine gesetzliche Grundlage für eine einseitige Veränderung der Zuständigkeit gibt, ist diese durchaus zulässig. Die künftigen Art. 358 Abs. 2 ZPO und Art. 178 Abs. 4 IPRG³²⁹ sind m.E. eine genügende Grundlage, um eine einseitige Änderung der Zuständigkeit (und des Rechtsweges) anzuordnen.³³⁰ (4) Die *fehlende Gleichwertigkeit der Schiedsgerichte mit den staatlichen Gerichten* bei einseitig angeordneten Schiedsgerichten ist ernst zu nehmen. Meines Erachtens liegt das Misstrauen gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen darin, dass sich (anders als bei Handelssachen, wo man auch aufgrund von einseitig in Statuten enthaltenen Schiedsklauseln entscheidet) bisher noch keine etablierte Community gebildet hat.³³¹ Aus diesem Grund bemüht sich der SVSiE, eine solche Community aufzubauen. Wie man bei Schiedsklauseln in Trusturkunden, Stiftungs-Statuten und Satzungen sieht, braucht es dafür Zeit und – wenn notwendig – auch das Bekenntnis des Gesetzgebers für diesen Weg, nämlich eine materiell-rechtliche Grundlage.

³²⁶ Vgl. vorne, B. III. 2. d).

³²⁷ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 17 ff.

³²⁸ Vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 57), Art. 87 IPRG N 18 ff.

³²⁹ Vgl. vorne, B. III. 2. b).

³³⁰ Anders PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 18, welche allerdings (nur) sagen, dass Art. 17 Abs. 1 ZPO (Gerichtsstandsvereinbarung) keine genügende Grundlage für die einseitige Verschiebung der Zuständigkeit weg vom letzten Wohnsitz des Erblassers ist, was richtig ist.

³³¹ Das kommt etwa zum Ausdruck bei LG Heidelberg 2 O 128/13 vom 22.10.2013 Rn. 1, ZErB 20114, 292: «Gegen die Möglichkeit, Pflichtteilsansprüche der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, spricht, dass der Erblasser das Pflichtteilsrecht entwerten könnte, wenn er eine Streitigkeit einer Schiedsstelle zuweist. Dies gilt im besonderen Masse, wenn der Erblasser glaubt, die Schiedsstelle sei ideologisch gefärbt, z. B. pflichtteilsfeindlich eingestellt».

c) Was verbleibt, ist das Problem einer **ungenügenden unentgeltlichen Rechtspflege im Schiedsverfahren**. Dieses sollte durch eine Regelung in der Schiedsklausel oder Schiedsordnung abgefangen werden, indem der Nachlass verpflichtet wird, die Verfahrenskosten zu übernehmen.³³² Weil der Pflichtteil vom Nettonachlass berechnet wird (bei dem auch etwa Willensvollstreckerkosten schon abgezogen sind)³³³, stellt dies auch keine Verkürzung des Pflichtteils dar.

E. Nicht-schiedsfähige Erbstreitigkeiten

I. Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit

a) Die sichernden Massnahmen des Erbrechts (hinten, E. I. b]-c]) bezwecken den Schutz der öffentlichen Ordnung und unterstehen dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie sind grundsätzlich nicht schiedsfähig,³³⁴ weil **Art. 28 Abs. 2 ZPO** eine **zwingende Zuständigkeit der Behörden** vorsieht.³³⁵ Ähnliches gilt in Österreich und Liechtenstein für Materien, welche dem Verlassenschaftsverfahren unterliegen.³³⁶

b) Nicht schiedsfähig, weil den staatlichen Behörden vorbehalten, sind die **sichernde Massnahmen nach Art. 551 ff. ZGB**: Siegelung, Aufnahme eines Inventars, Erbenruf, Anordnung der Erbschaftsverwaltung inkl. Beschwerden gegen ihn, Testamentseröffnung, Ausstellung einer Erbescheinigung und eines Willensvollstreckerausweises.³³⁷ Zu letzterem vgl. hinten, E. II.

³³² Vgl. dazu die Vorschläge vorne, B. I. g) und B. II. f).

³³³ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 413.

³³⁴ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 456: «Notons que la solution n'est possible que dans le domaine de la juridiction contentieuse et qu'il ne serait pas admissible à des actes de juridiction gracieuse».

³³⁵ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 30; PraxKomm-EMMEL (Fn. 221), Vorbem zu Art. 551 ff. ZGB N 1; SCHLUMPF (Fn. 120), N 463 ff.

³³⁶ Vgl. NUEBER (Fn. 63), JEV 2013, 121, welcher die Schiedsfähigkeit jedenfalls ausschliesst «für jene Materien, die der Zuständigkeit des Gerichtskommissärs obliegen»; ebenso KOLLER (Fn. 228), Rn. 3/88; ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), GesRZ 2012, 81 f., spricht von «'Kerntätigkeiten' des Nachlassgerichts, welche teilweise durch den Gerichtskommissär verwirklicht werden»; zum öffentlichen Interesse am Verlassenschaftsverfahren vgl. VOIT (Fn. 31), S. 50.

³³⁷ Vgl. GÖKSU (Fn. 168), N 369; SCHLUMPF (Fn. 120), N 469 ff.

c) Zu **weiteren sichernden Massnahmen**, welche ebenfalls nicht schiedsfähig sind, gehören:³³⁸

- Inventar bei Nacherbschaft (Art. 490 ZGB)
- Beurkundung eines Nottestaments (Art. 507 ZGB)
- Entgegennahme/Protokollierung der Ausschlagung (Art. 570 ZGB)
- Öffentliches Inventar (Art. 580 ff. ZGB)
- Amtliche Liquidation (Art. 593 ff. ZGB), inkl. Beschwerden gegen ihn
- Vorsorgliche Massnahmen bei Erbschaftsklagen (Art. 598 ff. ZGB)³³⁹
- Erbenvertretung (Art. 602 Abs. 3 ZGB), inkl. Beschwerden gegen ihn
- Mitwirkung bei der Teilung und Losbildung (Art. 609 und 611 ZGB)
- Versteigerungs- und Teilungsart (Art. 612 f. ZGB)
- Sachverständigenbestellung (Art. 618 ZGB)

d) Es fragt sich, ob die Durchführung des **Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit** per se zum Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit führt, wie das häufig vertreten wird.³⁴⁰ Wenn man dieses Verfahren genauer betrachtet, gibt es neben den (häufigen) verwaltungsrechtlichen Verfahren, welche «fürsorgenden und verlaublichen Charakter»³⁴¹ haben, auch privatrechtliche Streitigkeiten, welche diesem Verfahren unterworfen wurden. Letztere sind sehr wohl schiedsfähig, was einige Autoren hervorheben: So sind etwa friendly trust disputes schiedsfähig.³⁴²

e) Bei **vorsorglichen Massnahmen** ist das Zusammenspiel zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht (Art. 374 ZPO) zu beachten. Dazu das Kantonsgericht Freiburg: «Aufgrund der konkurrierenden Zuständigkeit von Art. 374 Abs. 1 ZPO kann das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen auf Antrag der gesuchstellenden Partei treffen, auch wenn eine gültige Schiedsklausel besteht».³⁴³

³³⁸ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 41 f.; GÖKSU (Fn. 168), N 369; PERRIN (Fn. 124), ASA Bulletin 2006, 421 f.; zu den vergleichbaren Handlungen im deutschen Recht vgl. VON BARY (Fn. 39), S. 195 f.

³³⁹ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 41 verweisen auf Art. 261 f. i.V.m. Art. 13 ZPO bzw. Art. 28 Abs. 2 ZPO.

³⁴⁰ Vgl. etwa BK-PFISTERER (Fn. 21), Art. 354 ZPO N 20; URS WEBER-STECHER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Karl Spühler et al., Basel 2010 (zit. BSK-WEBER-STECHER), Art. 354 ZPO N 41; FELIX DASSER, in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Paul Oberhammer et al., 2. A., Basel 2014, Art. 354 ZPO N 18.

³⁴¹ VON BARY (Fn. 39), S. 195, beschreibt das deutsche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit diesen Worten.

³⁴² Vgl. DARDEL (Fn. 15), N 719 ff.

³⁴³ Kantonsgericht Freiburg vom 101 2015 185 vom 27.10.2015, FZR 2015, 259.

f) Schliesslich ist zu erwähnen, dass die **staatlichen Behörden an Urteile der Schiedsgerichte**, welche diese im schiedsfähigen Raum gefällt haben, **gebunden** sind.³⁴⁴

II. Insbesondere Erbbescheinigung und Willensvollstreckerausweis

a) Die Testamentseröffnung (Art. 556 ff. ZGB) und **Ausstellung der Erbbescheinigung** (Art. 559 ZGB) sind Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit³⁴⁵ und können nur durch staatliche Behörden/Gerichte durchgeführt werden (Art. 28 Abs. 2 ZPO).³⁴⁶ Wenn unklar ist, wer Erbe ist, wird die ausstellende Behörde dies vorfrageweise prüfen und wenn keine Einsprache vorliegt, eine Erbbescheinigung ausstellen.³⁴⁷ Der Inhalt der Erbbescheinigung liegt nicht in der Verfügungsbefugnis der Beteiligten.³⁴⁸ Gegen die Erwähnung der Erbanteile in der Erbbescheinigung kann keine Beschwerde geführt werden, weil es sich nicht um eine notwendige Angabe handelt und diese keine rechtliche Bedeutung hat.³⁴⁹

b) Die Ausstellung des **Willensvollstreckerausweises** ist gesetzlich nicht geregelt, soll aber gemäss Erbrechts-Revision künftig in Art. 517 Abs. 3 ZGB geregelt werden.³⁵⁰ Auch hier kann es (ähnlich wie bei der Erbbescheinigung)³⁵¹ unklar sein, wer der Willensvollstrecker ist, wie lange die Willensvollstreckung dauert bzw. ob

³⁴⁴ Ebenso für das österreichische Recht ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), GesRZ 2012, 82: Die Einantwortung ist auszusetzen, bis das Schiedsgericht die Erbenstellung geklärt hat; KOLLER (Fn. 228), Rn. 3/89.

³⁴⁵ Vgl. BGer. 5A_757/2016 vom 31.08.2017 E. 1.1; BGE 118 II 108 E. 1.

³⁴⁶ Vgl. vorne, E. I. a); ebenso für das deutsche Recht KG Berlin 6 W 107/15 vom 19.01.2016: Die Erteilung eines Erbscheins ist dem Nachlassgericht vorbehalten (testamentarische Schiedsklausel); BayObLG 1Z BR 116/99 vom 19.10.2000 Rn. 32: «In den sogenannten Fürsorgeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu denen die Nachlasssachen und insbesondere das Erbscheinsverfahren zählen, ist Schiedsgerichtsbarkeit nicht zulässig».

³⁴⁷ Vgl. vorne, C. II. a); in Österreich kann die Einantwortung nicht erfolgen, bis das Schiedsgericht die Erbenstellung geklärt hat, vgl. dazu vorne, Fn. 344.

³⁴⁸ Ebenso für das deutsche Recht BayObLG 1Z BR 116/99 vom 19.10.2000 Rn. 32.

³⁴⁹ BGE 118 II 108 E. 2c: «Die Angabe der Erbteile in der Erbbescheinigung ist rechtlich nicht von Bedeutung. Ficht ein Erbe lediglich diese Angabe an, so ist auf dessen Nichtigkeitsbeschwerde mangels schutzwürdigen Interesses nicht einzutreten».

³⁵⁰ 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 (29.02.2020), S. 5.

³⁵¹ Vgl. vorne, E. II. a).

es sonstige Einschränkungen gibt, welche in den Ausweis gehören.³⁵² In der Schweiz befindet die ausstellende Behörde über diese Fragen vorfrageweise³⁵³ und stellt in den meisten Fällen einen Willensvollstrecker ausweis aus.³⁵⁴

III. Weitere Gegenstände

a) **Statusfragen**, wie die Rechts- und Handlungsfähigkeit (inkl. Testierfähigkeit, Art. 467 ZGB), die Verwandtschaft und Schwägerschaft, der Bestand einer eingetragenen Partnerschaft, der Wohnsitz und der Heimatort, sowie Anfang und Ende der Persönlichkeit (Tod – Art. 31 ff. ZGB) sind nicht schiedsfähig, weil über sie kein Vergleich abgeschlossen werden kann (Binnenschiedsgerichtsbarkeit) und es sich nicht um vermögensrechtliche Angelegenheiten handelt (internationale Schiedsgerichtsbarkeit).³⁵⁵

b) Fragen rund um den **Umfang des Nachlasses** sind nicht schiedsfähig, weil Dritte betroffen sind.³⁵⁶

³⁵² Zum Inhalt des Willensvollstrecker ausweises BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 38; zu Vorbehalten in Willensvollstrecker ausweisen vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis 2018-2019, successio 2020, 21.

³⁵³ Ähnlich für das deutsche Recht BayObLG 1Z BR 116/99 vom 19.10.2000 Rn. 33: «Solange weder ein Rechtsstreit vor einem staatlichen Gericht noch ein Schiedsgerichtsverfahren zwischen den Beteiligten zur Feststellung des umstrittenen Erbrechts anhängig ist, hat das Nachlassgericht nach den oben dargestellten Grundsätzen selbst die zur Entscheidung dieser Vorfrage nötigen Ermittlungen durchzuführen und über diese Vorfrage zu entscheiden».

³⁵⁴ Anders im deutschen Recht BayObLG 1Z BR 116/99 vom 19.10.2000 Rn 32: «Nur bei einem schon anhängigen Erbrechtsstreit ist das Nachlassgericht befugt, das Erbscheinsverfahren bis zur Beendigung des Prozesses auszusetzen»; OLG Celle 6 W 204/15 vom 10.12.2015 Rn. 6: «Die Erteilung eines Erbscheins durch die staatlichen Gerichte unterliefe, solange das Schiedsgericht nicht entschieden hat, die wirksame Schiedsgerichtsklausel in dem Testament».

³⁵⁵ Vgl. BSK-WEBER-STECHER (Fn. 340), Art. 354 ZPO N 39 f.; ebenso für das liechtensteinische Recht WALSER (Fn. 32), S. 280; ebenso für das österreichische Recht ZÖCHLING-JUD/KOGLER (Fn. 84), GesRZ 2012, 81.

³⁵⁶ Ebenso für das deutsche Recht SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), Hereditare 2014, 50; ebenso für das österreichische Recht BURKOWSKI (Fn. 82), S. 107 f.

F. Schiedsfähigkeit der Aufsicht über den Willensvollstrecker

I. Deutschland

a) Der **BGH** hält die Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht für schiedsfähig, weil § 1066 ZPO keine materiell-rechtliche Bewilligung enthalte und eine solche fehle, da § 2220 BGB dem Erblasser verbiete, den Testamentsvollstrecker von der pflichtgemässen Erfüllung seiner Aufgaben zu befreien.³⁵⁷ Sodann handle es sich nicht um eine echte Streitsache der freiwilligen Gerichtsbarkeit, weil nicht nur die am Verfahren Beteiligten davon betroffen seien.³⁵⁸ Weiter führt der BGH zur sog. «negativen Erbfreiheit» an, mit der Annahme des Erbes müssten die Erben nicht alle Bestimmungen einer letztwilligen Verfügung hinnehmen, sondern sie werden durch Normen wie § 2220 BGB geschützt.³⁵⁹

b) Auch das **Reichsgericht** hat im Urteil vom 23. Juni 1931 die Entlassung des Testamentsvollstreckers als nicht schiedsfähig angesehen, weil das Verbot an den Erblasser, den Testamentsvollstrecker von der pflichtgemässen Ausübung des Amtes zu befreien (§ 2220 BGB), auch die Übertragung der Gerichtsbarkeit vom Nachlassgericht an ein Schiedsgericht umfasse.³⁶⁰ Als Gestaltungsmittel gab es an, dass ein Schiedsgericht versuchen könne, die klagenden Erben zum Rückzug ihres Antrags auf Entlassung des Testamentsvollstreckers zu bewegen oder sie zu verurteilen, eine solche Erklärung abzugeben.³⁶¹

³⁵⁷ Vgl. BGH IV ZB 25/16 vom 17.05.2017 Rn. 12; so schon OLG Stuttgart 8 W 166/16 vom 07.11.2016 E. 1.

³⁵⁸ Vgl. BGH IV ZB 25/16 vom 17.05.2017 Rn. 14; diese Ansicht wurde von GERHARD OTTE, Die Zulässigkeit testamentarischer Schiedsgerichte, in: Festschr. des Rheinischen Notariats, Köln 1998, S. 253, entwickelt; sie wird auch von STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2227 BGB N 29 vertreten.

³⁵⁹ Vgl. BGH IV ZB 25/16 vom 17.05.2017 Rn. 16.

³⁶⁰ Dieser Begründung hat sich das OLG Karlsruhe 11 Wx 94/07 vom 28.07.2009 Rn. 18 ff., angeschlossen.

³⁶¹ Vgl. RGZ 133, 128 E. 6: «Für die Tragweite einer etwaigen Entscheidung dieses Schiedsgerichts verbliebe demnach nur der Gesichtspunkt, ob sie den Kläger zur Zurücknahme seines Antrags vom 16. August 1926 nötigen könnte, die an sich zweifellos zulässig wäre. Die von den Beklagten vor dem Schiedsgericht gestellten Anträge umfassen auch dieses Verlangen. Denkbar wäre eine Verurteilung des Klägers zur Abgabe der Zurücknahmeerklärung und die Vollstreckung einer solchen Entscheidung ...».

c) **Autoren**, welche die Entlassung des Testamentsvollstreckers für schiedsfähig halten,³⁶² begründen dies unter anderem damit, (1) dass die Zuweisung der Kompetenz an das Nachlassgericht in § 2227 BGB *nicht zwingend* sei³⁶³ und (2) dass nicht ersichtlich sei, «dass die Entscheidung eines *Schiedsgerichts eine geringere 'Richtigkeitsgewähr'* böte als die eines staatlichen Gerichtes». ³⁶⁴ (3) Hauptargument ist, dass es sich um eine *echte Streitsache* handle.³⁶⁵ (4) MUSCHELER erwähnt als Gestaltungsmittel, dass die Entscheidung des Schiedsgerichts in der Schiedsklausel als auflösende Bedingung für die Testamentsvollstreckung ausgestaltet werden könne.³⁶⁶

II. Rechtsprechung

In der Schweiz hat sich die Rechtsprechung zur Schiedsfähigkeit des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker bisher soweit ersichtlich nicht ausgesprochen. Das Bundesgericht hat lediglich entschieden, dass es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handle,³⁶⁷ womit eine Voraussetzung für die Schiedsfähigkeit gegeben ist.³⁶⁸

III. Lehre

a) In der Literatur ist eine **Mehrheit** der Auffassung, dass das Aufsichtsverfahren über den Willensvollstrecker **nicht schiedsfähig** sei. Begründet wird dies

³⁶² Vgl. etwa KARLHEINZ MUSCHELER, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 2009, 317; JÖRN-CHRISTIAN SCHULZE, Letztwillig eingesetzte Schiedsgerichte, MDR 2000, 314; ZÖLLER/GEIMER (Fn. 294), § 1066 ZPO N 21; SCHWAB/WALTER (Fn. 201), Kap. 32 Rn. 26.

³⁶³ Vgl. SCHULZE (Fn. 362), MDR 2000, 318: «Auch die in § 2227 BGB enthaltene Bestimmung der Zuständigkeit des Nachlassgerichtes ändert an diesem gefundenen Ergebnis nichts, da es sich hierbei um eine blosser Organisationsvorschrift innerhalb der staatlichen Gerichtszweige handelt, deren Sinn nicht dahingehet, die Schiedsgerichtsbarkeit schlechthin auszuschliessen».

³⁶⁴ SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), Hereditare 2014, 52; zur Gleichwertigkeit des Rechtsweges vgl. auch oben, D. III. b) und D. IV. b).

³⁶⁵ Diese Ansicht geht zurück auf WALTHER J. HABSCHIED, Schiedsverfahren und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 1953, 187 ff.; weiter vgl. HARDER (Fn. 56), S. 142.

³⁶⁶ Vgl. MUSCHELER (Fn. 362), ZEV 2009, 317.

³⁶⁷ Vgl. BGer 5A_794/2011 vom 16.2.2012 E. 1.

³⁶⁸ Zur vermögensrechtlichen Natur als Voraussetzung der Schiedsfähigkeit vgl. vorne, C. I. b).

wie folgt: (1) Das Verfahren ist zwingend staatlichen Behörden zugewiesen,³⁶⁹ (2) das Verfahren ist verwaltungsrechtlicher Natur.³⁷⁰

b) Eine **Minderheit** in der Literatur vertritt die Auffassung, dass das Aufsichtsverfahren über den Willensvollstrecker **schiedsfähig** sei.³⁷¹ Soweit dies begründet wird, werden etwa folgende Gründe genannt: (1) Das Verfahren ist zivilrechtlicher Natur;³⁷² (2) das Verfahren hat keinen ordre public Charakter.³⁷³

IV. Eigene Ansicht

a) Die **vermögensrechtliche Natur**³⁷⁴ des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker ist klar, seit sich das Bundesgericht dazu positiv geäußert hat.³⁷⁵

b) Die **freie Verfügbarkeit**³⁷⁶ des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker ist gegeben, weil der Willensvollstrecker frei darin ist, sein Amt anzunehmen oder es später wieder aufzugeben.³⁷⁷

c) Dem Argument, das Aufsichtsverfahren sei **zwingend staatlichen Behörden zugewiesen**,³⁷⁸ kann ich nicht folgen: Der Verweis von MAUERHOFER auf Art. 595 ZGB ist nicht zwingend, weil der Verweis in Art. 518 Abs. 1 ZGB schon unklar

³⁶⁹ Vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 384, dem Verweis auf Art. 595 ZGB und Art. 18 Abs. 2 GestG.

³⁷⁰ Vgl. PESTALOZZI-FRÜH (Fn. 47), S. 200; PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 30: «Dem kann u.E. nicht gefolgt werden, da das Verfahren einen stark verwaltungsrechtlichen Einschlag hat»; Mauerhofer (Fn. 46), ZBJV 2006, 384.

³⁷¹ Vgl. GÖKSU (Fn. 168), N 369; PIERRE JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984, Art. 5 KSG N 422; THOMAS RÜEDE/REIMER HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. A., Zürich 1993, S. 52; BSK-WEBER-STECHER (Fn. 340), Art. 354 ZPO N 33.

³⁷² Vgl. ALFRED SCHREIBER, L'exécuteur testamentaire peut-il être révoqué par des arbitres?, SJZ 1948, 58.

³⁷³ Vgl. SCHREIBER (Fn. 372), SJZ 1948, 58.

³⁷⁴ Ebenso für das deutsche Recht HARDER (Fn. 56), S. 144: «Bei der Entlassung des Testamentsvollstreckers handelt es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch ..., da er sich unmittelbar auf das Vermögen der durch die Testamentsvollstreckung Betroffenen auswirkt»; zur vermögensrechtlichen Natur als Voraussetzung der Schiedsfähigkeit vgl. vorne, C. I. b).

³⁷⁵ Vgl. vorne, F. II.

³⁷⁶ Zur freien Verfügbarkeit als Voraussetzung der Schiedsfähigkeit vgl. vorne, C. I. a).

³⁷⁷ Zur Freiheit der Annahme einer Willensvollstreckung vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 32; zur jederzeit möglichen Kündigung einer Willensvollstreckung vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 382.

³⁷⁸ Vgl. vorne, E. III. a).

ist und eine Anwendung von Art. 593 ff. ZGB auf den Willensvollstrecker nur analog erfolgt.³⁷⁹ Der Verweis von MAUERHOFER auf Art. 18 GestG, welcher in den heutigen Art. 28 ZPO überführt wurde, ist ebenso nicht zwingend, wie schon vorne³⁸⁰ dargelegt wurde.³⁸¹

d) Das Argument, das **Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit** passe nicht zum Verfahren eines Schiedsgerichts, ist genauer zu betrachten: (1) Das Aufsichtsverfahren über den Willensvollstrecker kann – je nach Kanton - privatrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Natur sein.³⁸² Der Kern ist ein kontradiktorisches Verfahren, welches auch von Schiedsgerichten abgebildet werden kann.³⁸³ Ein verwaltungsrechtliches Verfahren passt allerdings nicht zum Schiedsgericht. Hier dürfte die mit der Erbrechts-Revision geplante Änderung, dass künftig nur noch Gerichte für das Aufsichtsverfahren zuständig sind,³⁸⁴ helfen. (2) Ein zweites Problem ist, dass das Urteil des Aufsichtsverfahrens (z.B. eine Absetzung des Willensvollstreckers) auch für nicht am Verfahren Beteiligte eine Wirkung haben kann. Dieses Phänomen tritt allerdings auch dann auf, wenn die Absetzung aufgrund einer Ungültigkeitsklage erfolgt³⁸⁵ und hindert dort die Einsetzung eines Schiedsgerichts nicht.³⁸⁶ Somit hindert die besondere Wirkung des Urteils für Dritte auch im summarischen Verfahren nicht, dass dieses durch ein Schiedsgericht durchgeführt wird.³⁸⁷ (3) Die Aufsichtsbehörde kann neben den sachdienlichen Massnahmen

³⁷⁹ Vgl. dazu MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Thomas Geiser et al., 6. A., Basel 2019, Art. 518 ZGB N 1 f.; während die Aufsicht über den Erbschaftsliquidator nicht schiedsfähig ist (vgl. vorne, E. I. c)], ist die Aufsicht über den Willensvollstrecker schiedsfähig.

³⁸⁰ Vgl. vorne, D. IV. b).

³⁸¹ Ähnlich begründet in Deutschland § 2227 BGB keine Zuständigkeit, welche Schiedsgerichte ausschliesst, vgl. vorne, F. I. c).

³⁸² Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Festschr. Thomas Sutter-Somm, hrsg. v. Roland Fankhauser et al., Zürich 2016, S. 941.

³⁸³ Darauf weist insbesondere KARLHEINZ MUSCHELER, Die Entscheidung des BGH zur testamentarischen Schiedsklausel für die Entlassung des Testamentsvollstreckers, ZEV 2018, 120 f., für das deutsche Recht hin; es gilt aber auch für das schweizerische Recht.

³⁸⁴ Vgl. vorne, Fn. 350.

³⁸⁵ Zur Wirkung der Absetzung aufgrund einer Ungültigkeitsklage eines Erben gegen den Willensvollstrecker vgl. BGer. 5A_984/2018 vom 07.01.2020 E. 4.2.3: «Das von einem Erben gegen die Willensvollstrecker erstrittene Gerichtsurteil, mit dem die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung für ungültig erklärt wird, schliesst folglich ein Handeln der Willensvollstrecker nicht bloss gegenüber dem Kläger, sondern auch im Verhältnis zu allen anderen am Prozess nicht als Parteien beteiligten Erben und Bedachten aus».

³⁸⁶ Zur Schiedsfähigkeit der Ungültigkeitsklage vgl. vorne, C. II. d).

³⁸⁷ Ebenso für das deutsche Recht HARDER (Fn. 56), S. 144: «Mit Rechtskraft der Entscheidung des Schiedsgerichts tritt die Gestaltungswirkung, nämlich die Entlassung des Testamentsvollstreckers,

auch *disziplinarische Massnahmen* anordnen. Wie Schreiber³⁸⁸ zu Recht bemerkt, sind diese nicht schiedsfähig. (3) CHROBAK weist zu Recht darauf hin, dass «die staatliche Aufsichtsbehörde in jedem Fall für *Aufsichtsanzeigen* gegen den Willensvollstrecker zuständig»³⁸⁹ bleibt. Nicht zur Beschwerde legitimierte Personen können bei der Aufsichtsbehörde eine Anzeige machen und diese wird von Amtes wegen tätig, wenn sie dies für angemessen hält,³⁹⁰ was aber offenbar praktisch nie vorkommt.³⁹¹

e) Der nächste Schritt bei der Prüfung der Schiedsfähigkeit ist die Prüfung des Vorhandenseins einer **materiell-rechtlichen Berechtigung**, sei es eine Bewilligung oder ein Verbot (*ordre public* oder eine spezifische Regel).³⁹² (1) In der Schweiz gibt es keine Bestimmung mit einem ähnlichen Wortlaut wie § 2220 BGB, aber das Prinzip, dass der Erblasser den Willensvollstrecker nicht von der pflichtgemässen Erfüllung seiner Pflichten befreien kann, gilt auch hier.³⁹³ Dieser Grundsatz wird allerdings durch eine prozessrechtliche Anordnung, ein einseitig angeordnetes Schiedsgericht, nicht verletzt.³⁹⁴ Oder anders gesagt: Wenn man zwingenden Bestimmungen des materiellen Rechts zugestehen würde, dass sie einseitig angeordnete Schiedsverfahren verhindern können, dürften Schiedsgerichte aufgrund von statutarischen Schiedsklauseln auch nicht mehr über die Haftung von Gesellschaften entscheiden, weil es zwingende Grenzen der Haftung gibt. (2) Zum Argument, es liege nicht in der Verfügungsfähigkeit des Erblassers, einseitig ein Schiedsverfahren zur Beaufsichtigung des Willensvollstreckers anzuordnen, kann Vergleichbares angeführt werden wie bei den Pflichtteilen,³⁹⁵ nämlich dass der Einbezug des Willensvollstreckers berücksichtigt werden muss. Es mutet eigenartig an, dass der Erblasser den Erben zwar einen Willensvollstrecker zumuten darf, dass er

ein. Auch im FG-Verfahren tritt diese Wirkung bei Antragstellung nur eines Antragsberechtigten sein».

³⁸⁸ Vgl. SCHREIBER (Fn. 372), SJZ 1948, 58.

³⁸⁹ CHROBAK (Fn. 177), N 437.

³⁹⁰ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 521.

³⁹¹ Dies berichten THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines ‘eigenartigen’ Verfahrens, SJZ 113 (2017) 429 Fn. 108, von der Aufsichtsbehörde im Kanton Zürich.

³⁹² Zum *ordre public* als Regulator der Schiedsfähigkeit vgl. vorne, C. I. d).

³⁹³ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 427.

³⁹⁴ Anders RGZ 133, 128 E. 6 (S. 135): Die Übertragung an ein Schiedsgericht wird als «Erschwerung des Vorgehens» bezeichnet und als Bindung an die Vorentscheidung eines Dritten. Beides ist nicht berechtigt, weil die Verfahren gleichwertig und das Schiedsgericht kein Dritter ist.

³⁹⁵ Vgl. vorne, E. IV. a).

aber nicht bestimmen können sollte, welches von zwei gleichwertigen Kontrollsystemen (staatliches Gericht oder Schiedsgericht) zur Anwendung kommt.³⁹⁶

f) Nach HARDER ist die Entlassung des Testamentsvollstreckers durchaus schiedsfähig, wenn die Schiedsklausel vertraglich zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker vereinbart wurde, nicht aber wenn sie vom Erblasser einseitig angeordnet wurde. Für die Ansicht, das **einseitige Anordnen eines Schiedsgerichts strenger zu beurteilen** als die Vereinbarung eines Schiedsgerichts,³⁹⁷ mag es gute Gründe geben. Dem ist entgegen zu halten, dass man sich bei Statuten, Stiftungen und Trusts auch langsam daran gewöhnen musste, dass aufgrund der besonderen Verhältnisse (man kann nicht mit jedem neuen Betroffenen eine Vereinbarung schliessen) die einseitige Anordnung genügt, wenn neu Betroffene auf andere Weise einbezogen werden.³⁹⁸ Beim Willensvollstrecker kommt dazu, dass dieser gar nicht anders als einseitig durch den Erblasser eingesetzt werden kann³⁹⁹ und neben der testamentarischen Schiedsklausel auch die Schiedsklausel im Erbvertrag ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers zustande kam.

g) Weiter fragt es sich, welches die **Wirkung der Einbeziehung des Willensvollstreckers** ist. Wenn Erben in einem Erbvertrag eine Schiedsklausel vereinbaren, ist diese nach der (zu begrüssenden) Rechtsprechung des Bundesgerichts auch für den Willensvollstrecker, welcher sein Amt angenommen hat, gültig und verbindlich.⁴⁰⁰ Er wird damit an die Ergebnisse von Schiedsverfahren unter den Erben gebunden, aber die Erben können ihm gegenüber z.B. auch eine Haftungs- oder eine Ungültigkeitsklage (Absetzung wegen Interessenkollision) in einem Schiedsverfahren führen.⁴⁰¹ Es ist nicht einzusehen, weshalb nun plötzlich, wenn es um die

³⁹⁶ Ähnlich SCHIFFER/SCHÜRMAN (Fn. 208), *Hereditare* 2014, 52: «Für die hier vertretene Ansicht, dass das Schiedsgericht auch für die Entlassung eines Testamentsvollstreckers zuständig ist, spricht auch, dass eben grundsätzlich der Erblasser den Testamentsvollstrecker einsetzt und damit der «actus contrarius», d.h. die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach allgemeinen Rechtsregeln auch ihm obläge, d.h. sie muss, da er als Verstorbener naturgemäss nicht mehr handeln kann, zumindest in seinem Einflussbereich liegen. Vorsorglich sollte er insoweit die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ausdrücklich letztwillig festlegen».

³⁹⁷ Weiter vgl. vorne, B. III. 3. (materiell-rechtliche Zulassung).

³⁹⁸ Zur materiell-rechtlichen Erlaubnis bei den Statuten, vgl. vorne, B. III. 2. b): Ergänzung von Art. 358 ZPO und Art. 178 IPRG im Rahmen der Revision; zum Einbezug der Begünstigten von Trusts vgl. DARDEL (Fn. 15), N 165 ff.; zum Einbezug von Begünstigten von Stiftungen vgl. WALSER (Fn. 32), S. 238 ff.

³⁹⁹ Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 17 f.

⁴⁰⁰ Vgl. dazu vorne, B. I. b).

⁴⁰¹ Vgl. dazu hinten, C. II. d).

Erteilung von Weisungen bzw. die Absetzung in einem einfacheren Verfahren geht, das Schiedsverfahren nicht mehr gültig sein soll.

h) Für **vorsorgliche Massnahmen** müssen (wie üblich) staatliche Behörden beigezogen werden.⁴⁰²

i) **Komplexe Fälle** betreffend Auskunft, Interessenkollision, Honorar, Verantwortlichkeit etc. werden im ordentlichen Verfahren durchgeführt.⁴⁰³ Alle diese Klagen sind – unbestritten – schiedsfähig.⁴⁰⁴

G. Die Stellung des Willensvollstreckers im Schiedsverfahren

I. Willensvollstrecker als Schiedsrichter

a) TERCIER erinnert daran, dass der Willensvollstrecker vor einem ähnlichen **Hintergrund** steht wie der Schiedsrichter, nämlich einer privaten Institution, dessen Akteure von Privaten und nicht vom Staat bestimmt werden, die sich mit einer gewissen Flexibilität an die Bedürfnisse anpassen können, die auf Vertrauen basieren und welche die notwendigen fachlichen Qualifikationen mitbringen.⁴⁰⁵

b) Der Willensvollstrecker **kann gleichzeitig als Schiedsrichter eingesetzt** werden.⁴⁰⁶ In der Literatur zum BGB wird dies teilweise für zweckmässig gehalten,

⁴⁰² Zu Einzelheiten vgl. vorne, E. I. e).

⁴⁰³ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 452.

⁴⁰⁴ Vgl. MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 375 und 395 f.; ebenso für die Testamentsvollstreckervergütung WOLFGANG REIMANN, in: Handbuch der Testamentsvollstreckung, hrsg. v. Manfred Bengel und Wolfgang Reimann, 6. A., München 2017, § 2 Rn. 135.

⁴⁰⁵ Vgl. TERCIER (Fn. 23), S. 451.

⁴⁰⁶ Ähnlich für das deutsche Recht: Im Rahmen von § 2203 BGB ist eine Schiedsrichterfunktion des Testamentsvollstreckers grundsätzlich zulässig, vgl. BGH vom I ZB 21/18 vom 18.11.2018 Rn. 27: Soweit der Testamentsvollstrecker in Streitigkeiten der Erben, Ersatzerben, Vermächtnisnehmer und Ersatz-Vermächtnisnehmer untereinander nicht selbst Partei ist, kann er als Einzelschiedsrichter tätig werden, so dass die Schiedsklausel in Nr. 16 des Testaments in diesem Umfang wirksam ist»; RGZ 100, 78 f.; HS. TH. SOERGEL/JÜRGEN DAMRAU, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 22: Erbrecht 2: §§ 2064–2273 BGB und §§ 1–35 BeurkG, 13. A., Stuttgart 2003, § 2203 BGB Rn. 4; HAAS (Fn. 66), S. 356; SCHWAB/WALTER (Fn. 201), Kap. 32 Rn. 26.

insbesondere bei Unternehmensnachfolgen,⁴⁰⁷ während in der Schweiz eher zurückhaltend mit solchen Doppel-Funktionen umgegangen wird. Bei dieser Aufgabe als Schiedsrichter handelt es sich nicht um eine Ausdehnung der materiell-rechtlichen Kompetenzen des Willensvollstreckers, sondern um eine prozessuale Aufgabe.⁴⁰⁸

c) Die Einsetzung kann durch die Erben nach Eintritt des Erbfalls in einem **Schiedsvertrag** oder vor dem Ableben des Erblassers in einem **Erbvertrag** erfolgen.⁴⁰⁹ Die **testamentarische Anordnung** durch den Erblasser ist wegen der regelmässig auftretenden Interessenkonflikte heikel⁴¹⁰ und kann leicht (insbesondere wenn er in einen Rechtsstreit involviert ist)⁴¹¹ zu einer Ungültigkeitsklage gegen den Willensvollstrecker und/oder zu einer Ablehnung des Schiedsrichters wegen fehlender Unparteilichkeit (Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO) führen.⁴¹² Wenn eine Ungültigkeitsklage geltend gemacht wird,⁴¹³ ist nach der vorne⁴¹⁴ beschriebenen Weise vorzugehen. Zu betonen ist, dass eine Doppel-Funktion nur dann denkbar ist, wenn der Willensvollstrecker unabhängig und nicht noch gleichzeitig Erbe oder Vermächtnisnehmer ist.⁴¹⁵

⁴⁰⁷ Vgl. STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2197 BGB N 97: «Vor allem, wenn Unternehmerrechte in einen Nachlass fallen, wird es in vielen Fällen geradezu geboten sein, die Position des Testamentsvollstreckers dadurch zu verstärken, dass ihm Rechte als Schiedsgutachter und Schiedsrichter eingeräumt werden»; HARDER (Fn. 56), S. 170 m.w.N.

⁴⁰⁸ Vgl. PIOTET (Fn. 120), *successio* 2011, 168.

⁴⁰⁹ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32j und N 50b: «Auch hier empfiehlt es sich, die Erben im Rahmen eines Erbvertrags einzubinden und die Ernennung des Willensvollstreckers übereinstimmend zu beschliessen»; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 379), Art. 518 N 58; KÜNZLE (Fn. 10), S. 13.

⁴¹⁰ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32j und N 50b: «Auch wenn der Willensvollstrecker grundsätzlich als Schiedsrichter amten darf, muss im konkreten Fall jeweils geprüft werden, ob er die Anforderungen an einen unabhängigen und unparteiischen Richter erfüllt»; BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 331.

Ebenso das deutsche Recht STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2197 BGB Rn. 97: Der Testamentsvollstrecker wird im Einzelfall als Schiedsrichter ausgeschlossen, soweit Interessenkonflikte bestehen.

⁴¹¹ Vgl. PraxKomm-STRAZZER/SCHWEIZER (Fn. 22), Anhang ZPO N 32k; BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt, 4. A., Basel 2019, Art. 518 ZGB N 75.

⁴¹² Ebenso für das deutsche Recht STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2203 BGB N 16; HAAS (Fn. 66), S. 356.

⁴¹³ Zu den möglichen Fällen vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 16 ff., 482 und 524.

⁴¹⁴ Vgl. vorne, C. II. d).

⁴¹⁵ Ebenso für das deutsche Recht HARDER (Fn. 56), S. 172.

d) Ausgeschlossen ist, dass der Willensvollstrecker über **Streitfragen bezüglich seines eigenen Amtes** als Schiedsrichter entscheidet.⁴¹⁶ Dies gilt sowohl für Streitigkeiten des Willensvollstreckers mit den Erben als auch für Streitigkeiten unter mehreren Willensvollstreckern.⁴¹⁷ Es ist regelmässig zu empfehlen, die beiden Funktionen des Willensvollstreckers und Schiedsrichters zu trennen und für beide einen Ersatz vorzusehen.⁴¹⁸ Weitere Unverträglichkeiten mag es geben, wenn der frühere Berater, Anwalt oder Notar vom Erblasser als Schiedsrichter eingesetzt wird,⁴¹⁹ ähnlich wie deren Einsatz als Willensvollstrecker zu Interessenkollisionen führen kann.⁴²⁰

e) Ausgeschlossen ist auch, dass der Willensvollstrecker als Schiedsrichter tätig wird, wenn er in einem Verfahren **gleichzeitig Partei** ist.⁴²¹

f) In Deutschland wird die Frage diskutiert, ob der Erblasser es einem (Testamentsvollstreckergerium oder) Schiedsgericht überlassen dürfe, zu bestimmen, wann die Testamentsvollstreckung enden soll.⁴²² Diese Frage stellt sich in der Schweiz häufig nicht, weil die jederzeit mögliche Kündigung durch den Willensvollstrecker dazu führt, dass auch das Amt endet, weil kein Ersatz bestellt wurde. Weil die Bestimmung eines Ersatzes höchstpersönlicher Natur ist,⁴²³ kann der Erblasser es **nicht einem Willensvollstrecker oder Schiedsrichter überlassen, das Ende der Willensvollstreckung zu bestimmen.**

⁴¹⁶ Ebenso für das deutsche Recht BGH IZB 21/18 vom 08.11.2018: «Unwirksamkeit einer in einem Testament angeordneten Schiedsklausel, soweit ein Testamentsvollstrecker als Einzelschiedsrichter auch über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entscheiden soll»; REIMANN (Fn. 404), § 2 Rn. 136 nennt folgende Geschäfte: Ob ein Testamentsvollstrecker richtig bestellt wurde, ob die Testamentsvollstreckung beendet ist, Entlassung des Testamentsvollstreckers; weiter vgl. WERNER (Fn. 66), ZEV 2011, 511.

⁴¹⁷ Ebenso für das deutsche Recht HARDER (Fn. 56), S. 144 f.

⁴¹⁸ Vgl. dazu OLG Frankfurt 26 SchH 4/17 vom 21.03.2018: Beendigung eines Schiedsrichteramtes und Bestellung eines Ersatzschiedsrichters; in casu war die testamentarische Schiedsklausel unwirksam, weil der jeweilige Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter eingesetzt wurde.

⁴¹⁹ Ebenso zum deutschen Recht VON BARY (Fn. 39), S. 300 f.: «... im Falle einer Unwirksamkeit der von ihm angeratenen Regelungen ist er Haftungsrisiken ausgesetzt ...».

⁴²⁰ Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 6 und 8.

⁴²¹ Ebenso für das deutsche Recht STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2197 BGB Rn. 97: «Ein dennoch ergangener Schiedsspruch könnte nach § 1059 Abs 2 Nr 1d ZPO aufgehoben werden»; zur Parteistellung vgl. hinten, G. II. b).

⁴²² Vgl. dazu STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2210 BGB N 18: «... ein Schiedsrichter kann über das Ende der Testamentsvollstreckung nur entscheiden, wenn die Entscheidungskriterien hierfür vom Erblasser selbst hinreichend bestimmt sind».

⁴²³ Vgl. vorne, Fn. 198.

g) KLUMPP offeriert ein **Muster-Klausel** für die testamentarische Anordnung eines Testamentsvollstreckers als Schiedsrichter.⁴²⁴

II. Willensvollstrecker als «Partei/Betroffener» im Schiedsverfahren

a) Zur **Einbindung** des Willensvollstreckers in eine erbvertragliche Schiedsklausel vgl. vorne, B. III. 2. i).⁴²⁵

b) Ob der Willensvollstrecker **Partei** oder nur vom Schiedsverfahren **Betroffener** ist, muss im Einzelfall aufgrund der Interessenlage entschieden werden und verläuft parallel zur Stellung als Kläger und Beklagter im staatlichen Gerichtsverfahren.⁴²⁶ Mindestens betroffen ist der Willensvollstrecker bei Streitigkeiten über die Gültigkeit des Testaments.⁴²⁷

c) Ein **Schiedsspruch gegen einen Erben** kann nicht gegen den Nachlass, **vollstreckt** werden, insbesondere auch dann, wenn der Nachlass von einem Willensvollstrecker verwaltet wird,⁴²⁸ der Schuldner hat vielmehr zu warten, bis der Liquidationsanteil ausgerichtet wird.⁴²⁹

⁴²⁴ Vgl. HANS-HERMANN KLUMPP, in: Handbuch der Testamentsvollstreckung, hrsg. v. Manfred Bengel und Wolfgang Reimann, 6. A., München 2017, § 5 Rn. 485: «Streitigkeiten der Erben, Vermächtnisnehmer und sonstiger Begünstigten untereinander, welche sich bei der Durchführung der letztwilligen Anordnung ergeben, sind unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsrichter als Einzelschiedsrichter zu entscheiden. Soweit es um die Feststellung einzelner Tatsachen geht, kann der Schiedsrichter auch ohne Schiedsverfahren als Schiedsgutachter eine Feststellung treffen. Soweit keine zwingenden Gesetze entgegenstehen, entscheidet der Schiedsrichter, und zwar auch in seiner Funktion als Schiedsgutachter, prozess- und materiellrechtlich nach freiem Ermessen. Schiedsrichter und -gutachter ist der jeweils eingesetzte Testamentsvollstrecker für die Dauer seines Amtes. Der Schiedsrichter erhält für jeden Streitfall eine Pauschale in Höhe einer 15/10 Gebühr nach Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Damit sind sämtliche Ansprüche, ausschliesslich der entstandenen und nachgewiesenen Spesen und Auslagen, abgegolten. Diese Auflage bindet sämtliche Beteiligten».

⁴²⁵ Auf diesen Einbezug weisen, PIOTET (Fn. 120), successio 2011, 168, und MAUERHOFER (Fn. 46), ZBJV 2006, 396, hin.

⁴²⁶ Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 24), Art. 517-518 ZGB N 468 ff.

⁴²⁷ Ebenso für das deutsche Recht STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2197 BGB Rn. 97.

⁴²⁸ Ebenso für das deutsche Recht STAUDINGER/REIMANN (Fn. 25), § 2213 BGB N 27.

⁴²⁹ Vgl. Art. 1 VVAG: «Hat der betriebene Schuldner am Vermögen einer ungeteilten Erbschaft ... Anteil, so kann sich die Pfändung des Anteilsrechtes nur auf den ihm bei der Liquidation der Gemeinschaft zufallenden Liquidationsanteil erstrecken, und zwar auch dann, wenn das gemeinschaftliche Vermögen aus einem einzigen Gegenstand besteht».