



# Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2014–2015)<sup>1</sup>

Hans Rainer Künzle<sup>2</sup>

Vorbemerkung: Die nachfolgend zitierten Gerichtsentscheide sind auch bei successio online ([www.successio.ch](http://www.successio.ch)), in der Rubrik «Entscheide»/«Bundesgericht» bzw. «Kantonale Gerichte» abrufbar.

## Inhaltsverzeichnis

- A. Literatur
- B. Ausstand des Notars
- C. Gründe für die Einsetzung eines Willensvollstreckers
- D. Ernennung (Art. 517 ZGB)
- E. Ersatz
- F. Inventaraufnahme (Art. 517 ZGB)
- G. Aufgaben des Willensvollstreckers
- H. Verfügungsmacht (Art. 517 ZGB)
- I. Ende (-)
- J. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)
- K. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)
- L. Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB)
- M. Willensvollstrecker ausweis (Art. 559 ZGB)
- N. Erbschaftsliquidation (Art. 593 ZGB)
- O. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 und Art. 595 Abs. 3 ZGB)
- P. Erbteilung (Art. 634 ZGB)
- Q. Unternehmen in der Erbteilung
- R. Waffen in der Erbteilung
- S. Internationales Privatrecht (IPRG)
- T. Steuern
- U. Prozessrecht (ZPO)
- V. Betreuung (SchKG)
- W. Anwaltsrecht
- X. Strafrecht (StGB)

- 1 Ausführliche und ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am 10. Schweizerischen Erbrechtstag vom 27. August 2015 (organisiert vom Verein Successio [[www.verein-successio.ch](http://www.verein-successio.ch)]) an der Universität Zürich gehalten wurde; zu früheren Updates siehe HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2013–2014, successio 9 (2015) 123–137, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2012–2013, successio 8 (2014) 120–139; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2011–2012, successio 7 (2013) 23–34; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2010–2011, successio 5 (2011) 270–280; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2009–2010, successio 4 (2010) 281–293; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2008–2009, successio 3 (2009) 267–280; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2007–2008, successio 2 (2008) 299–308; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2006–2007, successio 1 (2007) 248–258; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung, successio 1 (2007) 42–48; DERS., Einleitung – Aktuelle Gerichtspraxis zur Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, 1–17; DERS., Einleitung – Aktuelle Gerichtspraxis zur Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zürich 2004, 1–17.
- 2 Prof. Dr. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich ([www.rwi.uzh.ch/lehre/for-schung/tp/tit-kuenzle.html](http://www.rwi.uzh.ch/lehre/for-schung/tp/tit-kuenzle.html)), Partner von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8004 Zürich ([www.kendris.com](http://www.kendris.com)).

## A. Literatur

In der Berichtsperiode sind viele Monografien<sup>3</sup> und Aufsätze<sup>4</sup> erschienen, welche sich mehr oder weniger mit dem Willensvollstrecker befassen und jeweils im Sachzusammenhang behandelt werden. Daneben haben sich auch eine Masterarbeit<sup>5</sup> und ein Seminarbeitrag<sup>6</sup> mit diesem Thema befasst. Die Beiträge des schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertags vom 17. April 2015 werden 2016 in

---

3 Vgl. BENEDIKT F. CHRIST, Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), in: Stämpflis Handkommentar, Bern 2015; MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: Basler Kommentar, ZGB II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell u.a., 5. A., Basel 2015 (nachfolgend BSK-KARRER/VOGT/LEU); MARINA SCHMID, Willensvollstreckung und Erbschutz, Zürich 2014; CHARLOTTE SCHODER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz – StAHiG), Zürich 2014; THOMAS A. STEININGER, Personengesellschaftsrecht (Art. 530–619 OR), in: Stämpflis Handkommentar, Bern 2015; ROGER ZÄCH/ALEXANDER KÜNZLER, Berner Kommentar zu Art. 32–40 OR (Stellvertretung), 2. A., Bern 2014.

4 Vgl. LORENZ BAUMANN, Geteilt – oder noch nicht geteilt?, *successio* 9 (2015) 96 ff.; PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiler» (10.3524 vom 17.6.2010), *successio* – not@lex 2014, 7 ff.; CHRISTIAN BUCK/MARKUS FÜLLSACK/WOLFGANG MAUTE, Erbschafts- und Schenkungssteuer nach deutschem Recht und im Verhältnis D–CH, *StR* 2014, 476 ff.; OLIVIER GAILLARD, Le droit des successions japonaises, *successio* 8 (2014) 328 ff.; DIETER GERICKE/DANIEL KUHN, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, *AJP* 24 (2015) 849 ff.; STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT, Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2014 im Bereich Erbrecht, *AJP* 24 (2015) 505 ff.; HANS RAINER KÜNZLE, Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht, *successio* 9 (2015) 35–50; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2013–2014), *successio* 9 (2015) 123 ff.; DENIS PIOTET, Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice, *successio* – not@lex 2014, 57 ff.; THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Die inter-partes Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme, *successio* 8 (2014) 198 ff.

5 Vgl. MATHYAS MEIER, Aspekte der Willensvollstreckung, Masterarbeit Universität Zürich 2014 (unpubliziert).

6 Vgl. DANIEL BADER, Steuerrechtliche Pflichten des Willensvollstreckers im Zusammenhang mit schweizerischen und ausländischen Vermögenswerten, *The 11<sup>th</sup> Zurich Annual Conference on International Trust and Inheritance Law Practice* vom 6.11.2014.

einem Tagungsband erscheinen und im nächsten Jahresbericht besprochen.<sup>7</sup>

## B. Ausstand des Notars

Die Notariatskommission des Kantons Aargau hat in einem Schreiben an die Urkundspersonen im Kanton Aargau vom 5. Juni 2015 festgehalten, dass Notare, welche als Willensvollstrecker eingesetzt sind, in diesem Nachlass keine Verträge über Nachlassgegenstände selbst beurkunden dürfen. Der Ausstand kann auch nicht dadurch vermieden werden, dass der Willensvollstrecker auf seine (exklusiven) Befugnisse im Einzelfall verzichtet, weil er nach wie vor ein Interesse am Geschäft hat. Anders die Beurteilung durch WOLF aufgrund des Notariatsrechts im Kanton Bern: «Treten am Kaufvertrag die Erben ... als Verkäufer im Beurkundungsverfahren auf, so bedarf es der Mitwirkung des Willensvollstreckers nicht. Wenn sich der Notar als Willensvollstrecker auf solche Weise jeder Mitwirkung am Veräusserungsgeschäft enthält, ist er formell nicht beteiligt und damit nicht von der Beurkundung ausgeschlossen.»<sup>8</sup>

## C. Gründe für die Einsetzung eines Willensvollstreckers

a) SCHMID schreibt in einer Abschlussarbeit der ZHAW School of Management and Law (Winterthur): «Meiner Ansicht nach könnte man ... sich fragen, ob nicht gänzlich auf das Institut der Willensvollstreckung verzichtet werden soll, da die Aufrechterhaltung des Instituts in Ermangelung eines tatsächlichen Bedarfs nicht zu rechtfertigen ist.»<sup>9</sup> Diese Ansicht deckt sich in keiner Weise mit

---

7 Vgl. MICHAEL BONEFELD, Erbteilung: Länderbericht Deutschland; PETER BREITSCHMID, Aufsicht: Länderbericht Schweiz; HANS RAINER KÜNZLE, Ausländische Vollstrecker in der Schweiz/der Willensvollstrecker im Ausland; DANIEL LEU, Erbteilung: Länderbericht Schweiz; KARLHEINZ MUSCHELER, Aufsicht: Länderbericht Deutschland; WOLFGANG REIMANN, Ausländische Vollstrecker in Deutschland/der Testamentsvollstrecker im Ausland; EBERHARD ROTT, Vergütung: Länderbericht Deutschland; RENÉ STRAZZER, Vergütung: Länderbericht Schweiz.

8 Vgl. STEPHAN WOLF, Willensvollstreckung und Notariat – insbesondere Ausstandsfragen, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, S. 102; ebenso DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, *Diss.* Bern 1991, Rz. 865.

9 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 117.



meiner praktischen Erfahrung, und sie ist zudem wenig fundiert: SCHMID geht davon aus, dass Erbenvertreter, Erbschaftsverwalter und Erbschaftsliquidator alle notwendigen Bedürfnisse abdecken.<sup>10</sup> Dies ist aber nicht der Fall, weil diese Figuren nur beim Vorliegen von besonderen Voraussetzungen zum Einsatz kommen,<sup>11</sup> während der Willensvollstrecker immer eingesetzt werden kann. Weiter führt SCHMID aus, der Willensvollstrecker verhindere die amtliche Mitwirkung der Behörden bei der Teilung, also die Mitwirkung einer «neutralen Partei».<sup>12</sup> Es ist richtig, dass die Willensvollstreckung die amtliche Mitwirkung verdrängt.<sup>13</sup> Aber eine Mitwirkung von Behörden ist wiederum nur beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen vorgesehen (Antrag eines Gläubigers – Art. 609 Abs. 1 ZGB). Kantonale Behörden, welche aufgrund von Art. 609 Abs. 2 ZGB tätig werden, haben zudem keine Mitsprache-, Entscheidungs- oder Teilungskompetenz.<sup>14</sup> Sie können somit die von SCHMID zugedachte Funktion gar nicht erfüllen.

b) Dass es zahlreiche gute Gründe gibt, weshalb der Einsatz eines Willensvollstreckers sogar besonders empfehlenswert ist, führt SCHLEIFENBAUM<sup>15</sup> in einem Aufsatz aus, welcher sich zwar auf deutsche Verhältnisse (den Testamentsvollstrecker) bezieht, aber in der Schweiz fast unverändert gilt: (1) Erben schützen (minderjährige, «lebensuntüchtige», behinderte und weltweit verstreute Erben sowie Patchwork-Familien und karitative Organisationen); (2) Vermögen schützen («untaugliche» und verschuldete Erben, Zusammenhalt des Vermögens, Ausschluss des Einflusses von Dritten [etwa im Scheidungsfall]); (3) Dritte schützen (Vereinfachung der Abwicklung, Vermächtnis, Vor- und Nacherbschaft).

### D. Ernennung (Art. 517 ZGB)

a) In der neuen Auflage des Basler Kommentars wird ausgeführt, dass der Willensvollstrecker «... nicht unter einer Mitwirkungs- oder umfassenden Beistandschaft stehen»<sup>16</sup> dürfe. Mit dieser neuen Formulierung wird eine Anpassung an das neue Erwachsenenschutzrecht vorgenommen, in welchem der Vormund durch den umfassenden Beistand (Art. 398 ZGB) ersetzt wurde.

b) SCHMID<sup>17</sup> macht verschiedene Vorschläge, um die Unabhängigkeit des Willensvollstreckers zu verbessern: (1) Übernahme der Regeln des Erbschaftsverwalters (Art. 554 ZGB); (2) Übernahme der Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR, ungültige Geschäfte) ins Mandatsrecht; (3) Ausdehnung von Berufspflichten auf alle Willensvollstrecker; (4) Anwendung von Art. 503 Abs. 2 ZGB auf vorgängige Nachlassberatung. Es ist zuzugeben, dass in der Praxis immer wieder Fälle von Interessenkollisionen vorkommen. Diese können m.E. aber mit den in der Praxis entwickelten Regeln<sup>18</sup> durchaus bewältigt werden, und es braucht deshalb keine zusätzlichen Regeln: (1) Beim Erbschaftsverwalter wendet die Praxis strengere Regeln an,<sup>19</sup> weil es sich um eine behördlich angeordnete Sicherstellungsmassnahme und nicht um eine vom Erblasser bestimmte Institution handelt (bei der bestehende Interessenkonflikte hingenommen werden).<sup>20</sup> Art. 554 ZGB enthält keine eigenen Unabhängigkeitsregeln, welche übernommen werden könnten.<sup>21</sup> (2) Eine Übernahme der

10 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 117 f.

11 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, Art. 593–597 ZGB und Art. 602–606 ZGB, in: Basler Kurzkomentar zum ZGB, hrsg. v. Andrea Büchler und Dominique Jakob, Basel 2012, Art. 554 ZGB N 4–8, Art. 593 ZGB N 3 und Art. 602 ZGB N 27.

12 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 76 f.

13 Vgl. SGGVP 1957 Nr. 85 Erw. 5 S. 185.

14 Vgl. THOMAS WEIBEL, Kommentar zu Art. 602–618 ZGB, in: Praxiskomentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015, Art. 609 ZGB N 19.

15 Vgl. THEKLA SCHLEIFENBAUM, Wann sollte ich Testamentsvollstreckung anordnen?, ErbR 10 (2015) 169 ff.

16 BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 7.

17 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 103 ff.

18 Vgl. 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, Art. 517–518 ZGB N 7–10 (nachfolgend zitiert als BK-KÜNZLE).

19 Vgl. MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: Basler Kommentar, ZGB II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell u.a., 5. A., Basel 2015, Art. 554 ZGB N 25.

20 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 9.

21 SCHMID (Fn. 3), S. 104 f., geht (unter Verweis auf BGE 98 II 276 Erw. 4) davon aus, dass mangelnde Vertrauenswürdigkeit die Einsetzung als Erbschaftsverwalter verhindere, während sie beim Willensvollstrecker toleriert werde; das ist aber nicht der Fall (wird vom Bundesgericht im angegebenen Entscheid auch nicht gesagt), denn ein nicht vertrauenswürdiger Willensvollstrecker kann abgesetzt werden, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 548; weiter geht SCHMID ([Fn. 3], S. 104 f., unter Verweis auf ZR 89 [1990] Nr. 104 Erw. 6b und ZR 57 [1958] Nr. 112 S. 271) davon aus, dass in

Rechtsprechung zu unsittlichen (Art. 20 OR) letztwilligen Verfügungen auf Interessenkonflikte beim Willensvollstrecker<sup>22</sup> ist insofern nicht notwendig, weil die Praxis (neben Art. 519 ZGB) einen selbstständigen Anfechtungs- bzw. Ungültigkeitsgrund entwickelt hat, welcher gegebenenfalls zur Absetzung des Willensvollstreckers führt.<sup>23</sup> Das in den Entwürfen zum ZGB vorhandene Verbot von letztwilligen Verfügungen zugunsten des Willensvollstreckers<sup>24</sup> wurde nicht Gesetz, weil man nicht wollte, dass die Willensvollstreckung aus dem Kreis der Familie ausgeschlossen wird.<sup>25</sup> (3) Berufspflichten werden auf diejenigen Willensvollstrecker angewendet, welche aus der betreffenden Berufsgattung stammen (z.B. Rechtsanwälte). Diese Regeln können nicht unbesehen auf Willensvollstrecker anderer Berufsgattungen oder auf Laien ausgedehnt werden, weil sie weder passen, noch notwendig sind. (4) Art. 503 Abs. 2 ZGB schliesst nur aus, dass Urkundspersonen und Zeugen Vermächtnisnehmer werden können, nicht aber, dass diese Personen Willensvollstrecker werden.<sup>26</sup> Diese Bestimmung eignet sich deshalb nicht als Muster für eine Unabhängigkeitsregel des Willensvollstreckers.

c) Im Basler Kommentar wird zur Annahme durch den Willensvollstrecker (neu) ausgeführt: «... Eine Annahme zu Lebzeiten des Erblassers ist stets unwirksam, hingegen ist die Annahmeerklärung nach

dem Tod des Erblassers aber vor Entgegennahme der amtlichen Mitteilung zulässig.»<sup>27</sup> Diese Änderung gegenüber der Voraufgabe (farbig) ist ebenso zu begrüssen wie die weitere Änderung betreffend die Form (farbig): «Adressat der Annahmeerklärung ist die Behörde, welche die Mitteilung erlassen hatte. Das kant. Recht sieht teilweise eine bestimmte Form der Annahmeerklärung vor, während das hier massgebende Bundesrecht keine Form vorsieht. Die Bedeutung der Form ist aber insofern irrelevant, als das Amt gem. Art. 517 Abs. 2 als angenommen gilt, wenn der Ernannte innert 14 Tagen ab Erhalt der Mitteilung nicht mitteilt, dass er das Amt nicht annimmt...»<sup>28</sup>

## E. Ersatz

In der Praxis wurde vorgeschlagen, mit einer Ersatzlösung beim Willensvollstrecker das Eingreifen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) bei Urteilsunfähigkeit des überlebenden Ehegatten zu vermeiden. Der Vorschlag lautet wie folgt: Es «...setzen sich die Parteien hiermit gegenseitig für den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten als Willensvollstrecker mit dem Recht zur Substitution ein. Sollte der überlebende Ehegatte nicht willens oder in der Lage sein, das Amt zu übernehmen, so soll an seiner bzw. ihrer Stelle ersatzweise XY mit der Willensvollstreckung beauftragt werden...».<sup>29</sup> Die Verwaltung des Nachlasses durch den Ersatz-Willensvollstrecker mag dazu führen, dass das Tätigwerden der KESB weniger dringend ist, aber letztlich sollte der überlebende Ehegatte als Erbe den Willensvollstrecker kontrollieren, und deshalb kann längerfristig der Einsatz eines Vorsorgebeauftragten oder Beistands nicht vermieden werden. Ein pflichtbewusster Willensvollstrecker wird unter Umständen (je nach Konstellation unter den Erben) sogar dafür besorgt sein, dass der Erwachsenenschutz aktiviert wird, weil er nicht darauf verzichten möchte, dass die Erben seinen Handlungen zustimmen und ihn damit von der Haftung befreien.<sup>30</sup>

---

Sachen Unparteilichkeit vom Erbschaftsverwalter mehr verlangt werden könne als vom Willensvollstrecker; das ist m.E. nicht der Fall: in ZR 89 (1990) Nr. 104 Erw. 6b wird der Willensvollstrecker mit dem Richter (und nicht mit dem Erbschaftsverwalter) verglichen; in ZR 57 (1958) Nr. 112 S. 271 ging es um den Streit zwischen gesetzlichen Erben und dem eingesetzten Alleinerben und Willensvollstrecker, welcher nicht als Erbschaftsverwalter eingesetzt wurde, weil er sich (als Erbschaftsverwalter) in einem unlösbaren Interessenkonflikt befand, bis die Frage der Gültigkeit des Testaments geklärt war; auch Willensvollstrecker werden abgesetzt, wenn sie sich in einem unlösbaren Interessenkonflikt befinden, vgl. FIORENZO COTTI, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: Commentaire du droit des successions, hrsg. v. Antoine Eigenmann und Nicolas Rouiller, Bern 2012 (zit. CS-COTTI), Art. 517 ZGB N 22; BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 7.

22 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 106 f., mit Verweis auf BGE 132 III 455 Erw. 4.1.

23 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 7.

24 Vgl. dazu CLAUDE WETZEL, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, Zürich 1985 (Diss. Zürich 1984), S. 101 Fn. 485.

25 Vgl. WETZEL (Fn. 24), S. 101 N 281.

26 Vgl. MARTIN LENZ, Kommentar zu Art. 498–511 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015, Art. 503 ZGB N 7.

27 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 15.

28 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 17; ebenso BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 30.

29 Vorschlag von Tobias Somary im Successio Forum 2015.

30 Vgl. zu diesem Zusammenhang HANS RAINER KÜNZLE, Die Haftung des Willensvollstreckers, in: Festschr. Paul-Henri Steinauer, hrsg. v. Alexandra Rumo-Jungo u.a., Bern 2013, S. 381.



### F. Inventaraufnahme (Art. 517 ZGB)

In einem praktischen Fall ist die Frage aufgekommen, wie lange der Willensvollstrecker sich Zeit nehmen darf, um ein Inventar zu erstellen. Dazu besteht – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung in der Schweiz. Je nach Zusammensetzung des Nachlasses (Vermögen im Ausland, Unternehmen, pendente Klagen gegen Erblasser etc.) kann die Inventaraufnahme mehrere Monate in Anspruch nehmen. Dabei kann auf die Rechtsprechung zum BGB zurückgegriffen werden: Obwohl §§ 2215 BGB nach dem Wortlaut verlangt, dass das Inventar «unverzüglich» zu erstellen sei, erlaubt die Rechtsprechung<sup>31</sup> unter gegebenen Umständen eine Dauer von mehreren Monaten. Im konkreten Fall haben eine grosse Anzahl nicht kotierter Unternehmensanteile im Ausland sowie mehrere gegen diese Unternehmen und den Erblasser (als Verwaltungsrat) im Ausland hängige Klagen (mit unbekannter Schadenssumme) die Inventarisierung erschwert. Bei einer ersten Version des Inventars darf der Willensvollstrecker von einer Bewertung absehen und wenigstens die Art und Anzahl der Vermögenswerte auflisten, was den Erben in vielen Fällen aber auch nicht wirklich weiterhilft. Eine Mitwirkung der Erben ist dann erschwert, wenn sie (wie im vorliegenden Fall) eine Ausschlagung (Art. 566 ZGB) ins Auge fassen müssen, weil die Höhe der Schulden unklar ist.

### G. Aufgaben des Willensvollstreckers

a) Einzug einer Forderung: Im Urteil BGer 4A\_23/2015 vom 20.5.2015 hat das Bundesgericht sich mit dem Einzug einer Forderung befasst: Der Willensvollstrecker hat ein Gerichtsverfahren angestrengt, um Gelder zurückzufordern (CHF 774'000), welche von einer Pflegerin für sich abgezweigt wurden. Das Gericht erlaubte ein Pflegehonorar von CHF 170'000 und gewährte die Rückforderungsklage im Umfang von CHF 604'000.

b) In der Praxis ergab sich die Frage, ob die Entgegennahme eines Vermächtnisses durch den Willensvollstrecker des Vermächtnisnehmers erfolgen könne, wenn letzterer verstorben sei, bevor er das Vermächtnis entgegennehmen konnte. In casu ver-

langte das Grundbuchamt die Unterschrift aller Erben, allerdings zu Unrecht,<sup>32</sup> weil die Kompetenzen des Willensvollstreckers exklusiver Natur sind.<sup>33</sup>

c) Zu den Aufgaben des Willensvollstreckers kann unter anderem auch die Einsprache gegen ein Bauvorhaben gehören,<sup>34</sup> wenn dies notwendig ist, um im Nachlass befindliche Liegenschaften zu schützen. Dies entspricht bewährter Rechtsprechung.<sup>35</sup>

d) Das Kantonsgericht St. Gallen<sup>36</sup> bestätigte, dass eine Dauerwillensvollstreckung eingerichtet werden könne, um – im Rahmen der verfügbaren Quote gegenüber einer Tochter (2/8) – eine Auflage durchzusetzen mit dem Inhalt, Vermögen bei einer bestimmten Bank mit einer bestimmter Anlagestrategie anzulegen und Auszahlungen an die Tochter im Alter von 40–55 vorzunehmen. Die Durchsetzung dieser Auflage kann auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben erfolgen und entspricht der herrschenden Lehre.<sup>37</sup>

e) Das OLG Köln hat im Urteil 2 Wx 28/14 vom 24. März 2014<sup>38</sup> entschieden, dass das Nachlassgericht dem Pfleger nicht vorschreiben könne, bei welcher Bank er die Nachlassgelder anzulegen hat. Entsprechendes gilt auch für den Willensvollstrecker: Dieser entscheidet selbstständig, welche Bank das Vermögen des Erblassers für die Dauer seiner Tätigkeit verwalten soll.<sup>39</sup> Üblicherweise wird er die gleiche Bank beauftragen, welche bereits der Erblasser ausgewählt hat.<sup>40</sup> Jedenfalls steht es der Aufsichtsbehörde nicht zu, dem Willensvollstrecker vorzuschreiben, bei welcher Bank das Vermögen zu verwalten ist, weil dies eine Ermessensentschei-

31 Vgl. BayObLG München 1Z BG 83/97 vom 18.7.1997, ZEV 1997, 381. Grund für die Verzögerung können z.B. ungeklärte Rechtsverhältnisse sein (OLG Köln 2 Wx 26/91 vom 25.11.1991, FamRZ 1992, 723 = OLGZ 1992, 192).

32 Vorliegend geht es um das Geltendmachen einer Forderung, vgl. dazu BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 112.

33 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 200.

34 Vgl. VGer SG B 2012/239 vom 16.4.2014 Sachverhalt.

35 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 130.

36 Vgl. KGer SG BO.2013.14 vom 20.6.2014.

37 Vgl. PETER BREITSCHMID, Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. v. Jean-Nicolas Druey und Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 146; BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 311.

38 Vgl. ZEV 2014, 357 = ErbR 2014, 396.

39 Vgl. CS-COTTI (Fn. 21), Art. 518 N 72.

40 Vgl. BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Kommentar zu Art. 517–518, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 518 ZGB N 50; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 N 27a und 29a; BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 154.

dung ist.<sup>41</sup> Denkbar wäre bloss, dass die Aufsichtsbehörde den Willensvollstrecker anhält, eine von ihm gewählte Bank zu verlassen, wenn begründete Zweifel über deren Bonität bestehen.

f) Aus der Praxis wurde mir der Fall geschildert, dass der Willensvollstrecker (anstelle der Erben des Sohnes) den Erbteilungsvertrag im Nachlass der Mutter des Erblassers unterzeichnen wollte, was vom Grundbuchamt abgelehnt wurde. Der Willensvollstrecker kann einen Erbteilungsvertrag (als Vermögensverwaltungshandlung seines Nachlasses) selbst unterzeichnen,<sup>42</sup> sollte aber möglichst die Zustimmung seiner Erben einholen.<sup>43</sup> Das Grundbuchamt darf nur seine formelle Legitimation prüfen, nicht aber seine materielle Legitimation.<sup>44</sup> Art. 64 lit. b GBV steht dem nicht entgegen.

g) Zu den Aufgaben des Willensvollstreckers kann auch eine Dereliktion (Löschung des Eigentums im Grundbuch gemäss Art. 666 ZGB) gehören. Im Fall, der mir aus der Praxis geschildert wurde, ging es um eine wertlose Geröllhalde. Es stellt sich die Frage, ob der Willensvollstrecker die Dereliktion alleine vornehmen kann oder ob dazu die Unterschriften aller Erben benötigt werden (so die Ansicht des Grundbuchamts im geschilderten Fall). Nach STAUDINGER-GURSKY<sup>45</sup> muss der (deutsche) Testamentsvollstrecker anstelle der Erben handeln, weil diesen die Verfügungsbefugnis entzogen ist. Im schweizerischen Recht muss man sich fragen, ob es sich um einen partiellen Erbteilungsvertrag handelt (Unterschrift aller Erben notwendig)<sup>46</sup> oder um eine Verwaltungshandlung (Unterschrift der Erben nicht notwendig). Die Dereliktion ist vergleichbar mit der Räumung einer Wohnung, welche durch den Willensvollstrecker selbstständig erfolgen kann. Es ist daran zu erinnern, dass Erben auch an wertlosen Gegenständen im Nachlass Interesse haben

können, weshalb die Entscheidung des Willensvollstreckers über die Entsorgung von Nachlassgegenständen mit den Erben (intern) abzustimmen ist. Dies gilt sowohl bei Erinnerungsfotos als auch bei der Geröllhalde. Das Grundbuchamt darf wiederum nur die formelle Legitimation des Willensvollstreckers prüfen, nicht aber seine materielle Legitimation.<sup>47</sup>

h) Im Basler Kommentar<sup>48</sup> wird die Ansicht vertreten, dass der Willensvollstrecker eine Leitwährung festzulegen habe, die je nach Wohnort der Erben nicht notwendigerweise der Schweizer Franken sein müsse. Dabei wird auf meine abweichende Meinung im Berner Kommentar<sup>49</sup> hingewiesen. Die Leitwährung des Erblassers (im Zweifel die Landeswährung) ist m.E. beizubehalten, ausser die Erben beschliessen übereinstimmend einen Wechsel.<sup>50</sup> Ein solcher wird etwa in Aussicht genommen, wenn alle (oder wenigstens die meisten) Erben im Ausland wohnen bzw. ihr eigenes Vermögen an einer anderen Währung ausrichten. M.E. darf der Willensvollstrecker den Währungswechsel nicht selbst vornehmen, weil dieser mit einem neuen Risiko verbunden ist (Kursschwankung der Währungen), welches er zu vertreten hat, während das alte Risiko vom Erblasser geschaffen wurde und der Willensvollstrecker dieses nicht tragen muss (sondern die Erben).

i) Im Basler Kommentar<sup>51</sup> wird weiter ausgeführt, dass die Anlagevorschriften der Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft vom 4.7.2012 (VBVV) nicht direkt anwendbar sind, dem Willensvollstrecker bei gewöhnlichen Vermögensverhältnissen aber als Orientierung dienen können. Die VBVV ersetzt die früheren Richtlinien der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK).<sup>52</sup>

j) Seit dem 1.7.2015 muss eine Meldung von Inhaberaktien des Erblassers an die Gesellschaft innert der Frist von 1 Monat erfolgen (Art. 697i Abs. 1 und Art. 697j Abs. 1 OR). Nach GERICKE/KUHN beginnt

41 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 518 ZGB N 39; BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 530.

42 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 N 29; BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 128 (Beendigung von laufenden Geschäften).

43 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 518 ZGB N 54; BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 97.

44 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 N 45; BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 351.

45 Vgl. KARL-HEINZ GURSKY, Kommentierung des § 875 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3: Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht: §§ 854–882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), Auflage 2012, § 875 BGB N 40.

46 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 518 ZGB N 79; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 N 61.

47 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 N 45; BK-KÜNZLE, Art. 517–518 ZGB N 351.

48 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 29.

49 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 167.

50 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 154: «Selbst extreme Verhältnisse ... geben nur Anlass zur Information an die Erben, nicht aber zur selbständigen Korrektur...».

51 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 29.

52 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 144 f.



diese Frist, «wenn für die Erben klar ist, wem die Inhaberaktien zufallen bzw., falls seitens Erblasser ein Willensvollstrecker eingesetzt wurde, wenn dieser sein Amt angetreten hat».<sup>53</sup> M.E. muss dies wie folgt präzisiert werden: Bezüglich der Erben läuft die Zeit ab dem Zeitpunkt der Übertragung der Aktien auf die einzelnen Erben, und der Willensvollstrecker hat in diesem Fall keine Meldepflicht. Begründung: Das Gesetz stellt auf den Erwerb (und nicht eine Verpflichtung) ab. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Erblasser der Gesellschaft bekannt ist und eine Meldung der Erbengemeinschaft keinen Erkenntnisgewinn bringt, weshalb erst die Übertragung auf den einzelnen Erben gemeldet werden muss.

k) Der Willensvollstrecker hat auch den digitalen Nachlass zu verwalten.<sup>54</sup> Dazu gehören die Verwaltung von Zugangsdaten durch den Willensvollstrecker (allenfalls einen separaten Willensvollstrecker), der allenfalls auch Auflagen durchzusetzen hat (Verwaltung von Persönlichkeitsrechten). Daneben kann auch ein digitaler Dienst (wie Ziggur.me) für diese Aufgabe eingesetzt werden. Der Zugang zu den Sozialen Netzwerken (wie Google, Twitter und Facebook, welche ihren Hauptsitz in Kalifornien haben), erfolgt grundsätzlich durch den personal representative (Willensvollstrecker). Allerdings ist die Gesetzgebung in diesem Bereich gerade im Staat Kalifornien noch etwas rückständig und der Zugang durch den Willensvollstrecker bzw. die Erben deshalb ungesichert.<sup>55</sup>

l) ZÄCH/KÜNZLER führen in der neuen Auflage des Berner Kommentars über die Stellvertretung aus, dass der Willensvollstrecker bestehende Vollmachten (bei Banken etc.) widerrufen kann (Art. 34 OR) und der Erblasser dem Willensvollstrecker eine postmortale Vollmacht erteilen kann.<sup>56</sup> «Ob eine derartige Vollmacht als Umgehung der strengen Pflichtbindung gegenüber den Erben anzusehen ist, muss im Einzelfall entschieden werden. Da auch der postmortal Bevollmächtigte die Interessen der

Erben zu wahren hat ..., ist dies nicht ohne Weiteres anzunehmen.»<sup>57</sup>

m) GAILLARD<sup>58</sup> befasst sich mit dem japanischen Testamentsvollstrecker (igonshikkôsha – art. 1006 à 1021 CCJ) und dessen Aufgaben. Er hat (ebenfalls) ein Inventar zu erstellen (mokuroku – art. 1011 CCJ), den Nachlass zu verwalten (art. 1012 CCJ) und die Erben zu vertreten (art. 1015 CCJ).

### H. Verfügungsmacht (Art. 517 ZGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_813/2014 vom 24.11.2014 mit der Delegation von Befugnissen befasst und (zu Recht) festgestellt, dass eine solche grundsätzlich zulässig ist und nur die Delegation der ganzen Stellung zu weit geht (Erw. 4). Der Willensvollstrecker ist berechtigt, Bevollmächtigte und Hilfspersonen zu ernennen.<sup>59</sup>

b) Das Bundesgericht hätte sich im Urteil 5A\_595/2013 vom 20.3.2014 mit der Beschränkung der Befugnisse des Willensvollstreckers durch den Juge de paix (Beschränkung auf bewahrende Tätigkeiten unter Ausschluss von Liquidationen) befassen müssen, wegen Rückzugs des Rechtsmittels kam es aber nicht dazu.

c) Im Urteil 4A\_499/2013 hat sich das Bundesgericht mit der Kündigung einer Geschäftsliegenschaft befasst. Nachdem die 3 Erben (Erbengemeinschaft) die Kündigung wegen Nichtzahlung ausgesprochen hatten, brachte der Mieter die Rüge vor, die Kündigung hätte durch den Willensvollstrecker erfolgen müssen, weil dieser eine exklusive Verfügungsmacht besitze. Das Bundesgericht ging davon aus, dass der 1910 geborene Willensvollstrecker im Jahre 2011 wohl nicht mehr gelebt habe (Erw. 3.3.3).

d) SCHMID schlägt de lege ferenda vor, die Machtbefugnisse des Willensvollstreckers einzuschränken: Er soll «... nur in diesem Rahmen und betreffend jener Belange, in welchen eine derart starke und selbständige Stellung des Willensvollstreckers zur Erfüllung der Aufgaben tatsächlich notwendig ist...»<sup>60</sup> Befugnisse ausüben können. Dieser Vor-

53 GERICKE/KUHN (Fn. 4), AJP 24 (2015) 854; noch enger PHILIP SPOERLE, Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, Expert Focus 2015, 735: Die Frist läuft ab Beginn der Ausschlagungsfrist.

54 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4), successio 9 (2015) 45 ff.

55 Zu einer Übersicht über die Gesetzgebung vgl. Uniform Law Commission [www.uni-formlaws.org/Legislation.aspx?title=Fiduciary Access to Digital Assets \(1.1.2016\)](http://www.uni-formlaws.org/Legislation.aspx?title=Fiduciary+Access+to+Digital+Assets+(1.1.2016)).

56 Vgl. ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 3), Art. 34 OR N 6 und Art. 35 OR N 56.

57 ZÄCH/KÜNZLER (Fn. 3), Art. 35 OR N 56.

58 Vgl. GAILLARD (Fn. 4), successio 8 (2014) 340.

59 Vgl. CS-COTTI (Fn. 21), Art. 518 ZGB N 116; Prax-Komm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 518 ZGB N 13.

60 SCHMID (Fn. 3), S. 113.

schlag ist m.E. nicht geeignet, weil er den Geschäftsverkehr gefährdet.<sup>61</sup>

## I. Ende (-)

a) Das Kantonsgericht Graubünden hat im Urteil GR ZK1 12 31 vom 12.12.2013 zu einer Nichtteilungs-Vereinbarung ausgeführt: «Am 10. März 2009 begründeten Y. und Z. eine fortgesetzte Erbengemeinschaft und schlossen eine Nichtteilungs-Vereinbarung ab, mit der sie auf eine Teilung des Nachlasses ihres verstorbenen Vaters verzichteten. Dem Willensvollstrecker wurde dies am 11. März 2009 beigebracht und mitgeteilt, dass sein Mandat damit beendet sei und er dieses abschliessen solle». Die fortgesetzte Erbengemeinschaft ist ebenfalls eine Gesamthandsgemeinschaft.<sup>62</sup>

b) In der neuen Auflage des Basler Kommentars<sup>63</sup> wird ausgeführt, dass die Frage, ob das Amt des Willensvollstreckers wieder auflebt, wenn die Erben eine fortgesetzte Erbengemeinschaft, u.U. nach vielen Jahren, auflösen wollen,<sup>64</sup> von den konkreten Umständen abhängt. Dies ist jedenfalls nur dann der Fall, wenn die fortgesetzte Erbengemeinschaft in der Zwischenzeit nicht als einfache Gesellschaft zu qualifizieren ist. Dazu führt BAUMANN aus: «Die Umwandlung (sc. der Erbengemeinschaft) in eine einfache Gesellschaft zeitigt zunächst die (erb-)rechtliche Folge, dass der Nachlass geteilt ist, weshalb unter anderem das Mandat des Willensvollstreckers endet, weil es gegenstandslos wird.»<sup>65</sup> Die Frage, ob eine Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft überführt wurde, ist aus steuerlicher Sicht von grosser Bedeutung, weil nur dann ein Steueraufschub gewährt wird, wenn es sich (noch) um eine Erbengemeinschaft handelt.<sup>66</sup>

c) Durch die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft (früher: Vormundschaft) über den Willensvollstrecker endet dessen Amt.<sup>67</sup> Bei dieser

Neuformulierung des Basler Kommentars handelt es sich um eine Anpassung an das neue Erwachsenenschutzrecht.<sup>68</sup>

## J. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)

a) Der Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt AZ.2010.30 vom 27.12.2012 ist der vorinstanzliche Entscheid des bundesgerichtlichen Urteils 5A\_881/2012 vom 26.12.2013, welches von mir bereits im letztjährigen Bericht besprochen wurde.<sup>69</sup> Es ging um ein Pauschalhonorar des Willensvollstreckers in einem Nachlass von CHF 100 Mio. im Umfang von CHF 339'918.40, welches von den Erben akzeptiert wurde (Décharge). Das Stundenhonorar hätte CHF 44'168.50 betragen. Die Feststellungsklage wurde abgewiesen, weil eine Leistungsklage zur Verfügung stand. Die Klage einzelner Erben wurde abgewiesen, weil in einer notwendigen Streitgenossenschaft (Erbengemeinschaft) immer alle Erben zusammen klagen müssen.

b) Die Aufsichtsbehörde Neuenburg über den Erbenvertreter ist gemäss Urteil ARMC 2014.2 vom 26.5.2014<sup>70</sup> (ebenso wie beim Willensvollstrecker)<sup>71</sup> nicht zuständig, sich zum Honorar des Erbenvertreters zu äussern, das ist vielmehr Sache des Zivilrichters.

c) In der neuen Auflage des Basler Kommentars wird ausgeführt, dass eine Einigung des Willensvollstreckers mit den Erben über die Höhe des Honorars oder deren Bemessungsgrundlagen der Parteiautonomie unterliegt und durch den Richter grundsätzlich nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden kann.<sup>72</sup> Dabei handelt es sich um die Übernahme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 III 449).

d) MATHYAS MEIER hat sich in einer Masterarbeit an der Universität Zürich unter anderem mit dem Thema Mediation befasst. Dabei vertritt er die Ansicht, dass die Kosten einer Mediation von den Verursachern (und nicht vom Nachlass) zu tragen

61 Der Geschäftsverkehr darf darauf vertrauen, dass der Willensvollstrecker eine grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht besitzt, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 210.

62 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 310.

63 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 24.

64 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker in der Erbteilung, *successio* 7 (2013) 310 ff.

65 BAUMANN (Fn. 4), *successio* 9 (2015) 105.

66 Vgl. BAUMANN (Fn. 4), *successio* 9 (2015) 105 ff.

67 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25.

68 Vgl. dazu vorne, D. a).

69 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 8 (2014) 124.

70 Vgl. RJN 2014, 210.

71 Vgl. STEFAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Basel 2013, § 13 XI. 5; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 517 ZGB N 39.

72 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 30a.





sei, wenn eine Mediation notwendig werde.<sup>73</sup> M.E. gehörte es zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, Meinungsverschiedenheiten unter den Erben zu bewältigen, weshalb auch die Kosten einer Mediation vom Nachlass zu tragen sind, auch wenn nur einzelne Erben diese verursacht haben.

e) SCHMID erwähnt verschiedene Vorschläge, wie das Honorar des Willensvollstreckers de lege ferenda besser kontrolliert werden könnte:<sup>74</sup> (1) Bezahlung erst nach Zustimmung der Erben/Aufsichtsbehörde; (2) Gesetzliche Frist für die Willensvollstreckung; (3) Pflicht zur Ablehnung des Mandats, wenn die Willensvollstreckung unnötig ist. Diese Vorschläge erweisen sich bei näherer Betrachtung nicht als zielführend: (1) Der Willensvollstrecker sollte die Frage des Honorars zwar mit den Erben besprechen<sup>75</sup> und allenfalls versuchen, eine Einigung mit ihnen zu erzielen (zum Beispiel über die Grundsätze der Honorarberechnung),<sup>76</sup> die Bezahlung von der Zustimmung der Erben abhängig zu machen, geht jedoch zu weit.<sup>77</sup> Da im Streitfall der Richter zuständig ist,<sup>78</sup> käme es nur infrage, dessen Zustimmung einzuholen, solange der Aufsichtsbehörde nicht zusätzliche Kompetenzen zugewiesen werden. (2) Die im Ausland teilweise übliche zeitliche Begrenzung der Vollstreckung<sup>79</sup> ist wenig geeignet als Kostenkontrolle, sie verursacht im Gegenteil zusätzliche Kosten, weil die Nachlässe häufig (schon wegen der noch nicht erledigten Steuern) nicht innert der kurzen Frist abgeschlossen werden können und somit eine Verlängerung beantragt werden muss. (3) Die Ablehnung des Willensvollstreckermandats in Fällen, in denen die Höhe des Nachlasses ein Honorar nicht verträgt, muss m.E. nicht von Gesetzes wegen angeordnet werden, sondern dürfte sich aus naheliegenden Gründen selbst regeln.

73 Vgl. MEIER (Fn. 5), S. 12.

74 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 112 f. mit Verweis auf frühere Vorschläge von Peter Breitschmid und mir.

75 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 517 ZGB N 36 (Zwischenabrechnungen).

76 Vgl. den Fall BGE 138 III 449 und meine Besprechung (HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung [2012–2013], successio 8 [2014] 125) sowie vorne J. a) und c).

77 Nach PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 517 ZGB N 36, und BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 32, darf der Willensvollstrecker selbstständig Akontozahlungen vornehmen; m.E. gilt dies auch für die Bezahlung der Honorarrechnung.

78 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 411.

79 Das gilt etwa für Belgien, Frankreich, Italien und Spanien, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 128, 130, 132 und 134.

### K. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_452/2014 vom 17.9.2014 mit einer Interessenkollision befasst. Der Vorwurf der falschen Beratung und der Verletzung von Aufklärungs- und Abmahnpflichten (Unvereinbarkeit mit früheren letztwilligen Verfügungen) konnte mit dem Vorweisen der alten letztwilligen Verfügung nicht dargetan werden (Erw. 3) und ebenso konnte nicht bewiesen werden, dass die Erblasserin zu Verfügungen zu Gunsten von X. beeinflusst wurde. Nicht als Interessenkollision angesehen wurde ferner, dass der Willensvollstrecker früher den Ehemann der Erblasserin in Prozessen vertreten hat (3.2). Dieser Entscheidung ist zuzustimmen. Sie zeigt, dass die Interessenkollision nicht dazu da, um ungeliebte Entscheidungen des Erblassers zu hinterfragen oder zu beseitigen.

b) SUTTER-SOMM/SEILER<sup>80</sup> befassen sich mit der Klageligitimation bei der Ungültigkeitsklage. Sie stellen klar, dass die Einsetzung eines Willensvollstreckers «als ‹unteilbare Einheit› im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufzufassen ist, womit von einer passiven (bzw. prozessrechtlich) notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen ist. Die Ungültigkeitsklage muss in diesem Fall also sowohl gegen den Willensvollstrecker als auch gegen alle übrigen, nicht bereits als Kläger teilnehmenden Miterben sowie allfällige Vermächtnisnehmer gerichtet werden, andernfalls die Klage mangels Sachlegitimation abzuweisen ist, soweit sie die Einsetzung des Willensvollstreckers betrifft.» Besonders hervorzuheben ist, dass es nicht genügt, alle Erben in den Prozess einzubeziehen, sondern auch allfällige Vermächtnisnehmer müssen in die Klage einbezogen werden, denen man den sie beschützenden Willensvollstrecker wegnimmt.<sup>81</sup>

### L. Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB)

Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil LF140040 vom 29.8.2014 mit der Einsetzung eines Erbschaftsverwalters (Notar) zu befassen. Das Bezirksgericht ordnete diese Massnahme an, nachdem die KESB Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin anmeldete und Anhaltspunkte für die Erbuwürdig-

80 Vgl. SUTTER-SOMM/SEILER (Fn. 4), successio 8 (2014) 198 ff.

81 Zu dieser Funktion vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 7.

keit der Alleinerbin und Willensvollstreckerin vorbrachte. Die Alleinerbin und Willensvollstreckerin wurde vor der Einsetzung des Erbschaftsverwalters nicht angehört, was einen Verfahrensmangel darstellte, der aber im obergerichtlichen Verfahren korrigiert werden konnte, weil die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme erhielt und der vorinstanzliche Entscheid rechtlich und tatsächlich frei überprüft werden konnte (Erw. 2.2). In ähnlicher Weise hat bereits das Bundesgericht im Urteil 5P.322/2004 vom 6. April 2005 entschieden, dass ausnahmsweise auf die Anhörung der Erben verzichtet werden könne (Erw. 3.2), weil deren Bedenken bezüglich Interessenkonflikten des Willensvollstreckers und Erbschaftsverwalters ja vor der Aufsichtsbehörde geltend gemacht werden konnten. Wie im Aufsichtsverfahren<sup>82</sup> ist m.E. das rechtliche Gehör zu wahren, und es sollte nur bei Dringlichkeit eingeschränkt werden.

### **M. Willensvollstrecker ausweis (Art. 559 ZGB)**

a) Das Obergericht des Kantons Zürich hat im Urteil LF140002 vom 7.5.2014<sup>83</sup> festgehalten, die Eröffnungsbehörden (Bezirksgerichte) sollten bei den Formulierungen in den Testamentseröffnungsverfahren darauf Rücksicht nehmen, dass der Willensvollstrecker nicht aus eigenem Recht teilen könne (Erw. 3.4).

b) Das Kantonsgericht Schwyz hat sich im Urteil ZK2 2013 29 vom 6.8.2013 zur Zuständigkeit für das Ausstellen des Willensvollstreckerzeugnisses geäußert: Dafür «besteht im Kanton Schwyz keine ausdrückliche Regelung, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass der Vorderrichter (sc. Einzelrichter am Bezirksgericht) das Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt hat, zumal er auch für das Ausstellen der Erbbescheinigung oder (allgemeiner) für die Testamentseröffnung zuständig ist.»<sup>84</sup> Einmal mehr sei erwähnt, dass es wünschenswert wäre, dass die Zuständigkeiten für den Willensvollstrecker und seinen Ausweis im kantonalen Recht ausdrücklich geregelt würden.<sup>85</sup>

82 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 556.

83 Vgl. SJZ 110 (2014) 590.

84 Vgl. EGZ SZ 2013, 14 Erw. 2c.

85 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 35 am Ende.

### **N. Erbschaftsliquidation (Art. 593 ZGB)**

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5D\_63/2014 vom 25.9.2014 mit der Verteilung des Überschusses der Erbschaftsliquidation befasst. Im Sachverhalt wird erwähnt, dass der Erbschaftsliquidator den Überschuss dem Willensvollstrecker zur Verteilung übergibt bzw. hier (wegen des Verschwindens eines Erben) an den Erbschaftsverwalter.

### **O. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 und Art. 595 Abs. 3 ZGB)**

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_893/2014 vom 5.3.2015 mit einem Fall befasst, welcher bereits im Vorjahr zur Sprache kam (BGer 5A\_55/2014: Klärung der internationalen Zuständigkeit durch Einlassung).<sup>86</sup> Am 29.1.2014 verlangte die Willensvollstreckerin die Blockierung von Bankkonti. Am 31.1.2014 weist das Tribunal de première instance superprovisorische Massnahmen ab und am 13.5.2014 auch provisorische Massnahmen. Am 10.10.2014 bestätigte die Cour de Justice den vorinstanzlichen Entscheid. Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgelehnt, weil die Willensvollstreckerin die Notwendigkeit, über diese Bankkonti zu verfügen, nicht genügend nachweisen konnte (Erw. 5.1). Im Ergebnis stimme ich dieser Entscheidung zu. Aufgrund des Sachverhalts hätte ich auch Ausführungen zur Frage erwartet, ob die Bankkonti aufgrund der partiellen Erbteilung zum bereits geteilten Erbe (Liegenschaften) oder zum noch ungeteilten, übrigen Nachlass gehören.

b) Die Aufsichtsbehörde über die Anwälte im Kanton Luzern hat im Urteil LU AR 11 25 vom 8.10.2014 die Zuständigkeiten der erbrechtlichen und der anwaltlichen Aufsichtsbehörde abgegrenzt: «Die dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Pflichtverletzungen betreffen dessen Amt als Willensvollstrecker einer in Luzern verstorbenen Erblasserin. Die Abwicklung des Nachlasses fällt in die Zuständigkeit des Teilungsamts Luzern, welches auch die Aufsicht über die Willensvollstrecker ausübt (§ 9 lit. d des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [EGZGB; SRL Nr. 200]). Die Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Luzern ist daher zuständig zur Beurteilung behaupteter Berufspflichtverletzungen, die im Zusammenhang mit diesem Willensvollstrecker-

86 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 9 (2015) 126.



mandat stehen.»<sup>87</sup> Die beiden Behörden beurteilen den Sachverhalt unabhängig voneinander.

c) Das Kantonsgericht St.Gallen hat im Urteil BE.2014.1 vom 12.6.2014 festgehalten, dass der Nacherbe nicht legitimiert sei, eine Aufsichtsbeschwerde zu führen (Erw. III.6.b.aa). Dasselbe gilt für virtuelle Erben (völlig übergangene Pflichtteilerben) nach Ablauf der Anfechtungsfrist (Erw. III.6.b.bb). Beides entspricht der herrschenden Lehre und Praxis.<sup>88</sup>

d) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil PF140001 vom 20.1.2014 mit der Zulässigkeit einer superprovisorischen Massnahme befasst. Nachdem der Willensvollstrecker einen Maklervertrag für Verkauf einer Liegenschaft abgeschlossen hat, verlangte ein Erbe superprovisorisch eine Weisung an den Willensvollstrecker, die Liegenschaft nicht zu verkaufen, und den Eintrag einer Grundbuchsperrung. Dieser Antrag drang nicht durch, weil ein drohender, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) nicht ersichtlich war und die Dringlichkeit (Art. 265 Abs. 1 ZPO) fehlte. Dieser Entscheid zeigt, dass an vorsorgliche Massnahmen erhöhte Anforderungen gestellt werden.

e) In der Neuauflage des Basler Kommentars wurde ergänzt, dass der Nacherbe auf den Überrest nicht zur Aufsichtsbeschwerde legitimiert sei.<sup>89</sup> Dies wurde von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übernommen (BGer vom 2.2.2012, 5A\_713/2011). Neu wird eine vorläufige Amtseinstellung des Willensvollstreckers (Suspendierung) für möglich gehalten.<sup>90</sup> Dabei folgt die Kommentierung ebenfalls der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer vom 4.12.2009 5A\_574/2009).<sup>91</sup> Schliesslich wird präzisiert, dass eine Absetzung nur angesichts einer drohenden Gefährdung der ordnungsgemässen Abwicklung des Nachlasses gerechtfertigt sei,<sup>92</sup> auch hier in Anlehnung an das Bundesgericht (BGer vom 19.12.2012, 5A\_414/2012).

f) Das Bundesgericht hat in BGer 5A\_672/2013 vom 24.2.2013 erwähnt, dass man sich fragen könne, ob «Unzulänglichkeiten in formeller Hinsicht oder krass übersetzte Honorarforderungen Anhalts-

punkte zur disziplinarischen Beurteilung der Mandatsführung geben» (Erw. 6.4) könnten, im konkreten Fall aber mangels geeigneter Rüge nicht geprüft. In der Entscheid-Besprechung vertreten HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHART<sup>93</sup> die Ansicht, dass die Aufsichtsbehörde in solchen Fällen disziplinarisch eingreifen müsse.<sup>94</sup> M.E. ist Vorsicht geboten, weil leicht eine Themendurchmischung stattfindet. Der Aufsichtsbehörde steht es nicht zu, die Angemessenheit des Honorars zu beurteilen, das macht vielmehr der Zivilrichter,<sup>95</sup> der auch vorsorgliche Massnahmen erlassen kann und damit besteht kaum mehr Raum für ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde. Nachdem die Aufsichtsbehörde auch von Amtes wegen eingreifen kann,<sup>96</sup> wäre es übrigens nicht notwendig, dass eine geeignete Rüge vorliegt.

g) PETER BREITSCHMID macht sich im Gutachten zur Erbrechtsreform Gedanken über die künftige Ausgestaltung der Aufsicht: «Glättend» könnte wirken, wenn die Aufsicht eher (auch) Supervision wäre, die repressive Aufsicht ist allerdings – über das gesamte Spektrum der erbrechtlichen Mandate – unverzichtbar...<sup>97</sup> Es wäre tatsächlich zu begrüssen, wenn die Aufsicht neben Beschwerden auch Anfragen von Willensvollstreckern oder Erben entgegennehmen würde.<sup>98</sup> Die Problematik liegt wohl darin, den Zugang dennoch auf sinnvolle Weise zu begrenzen. Weiter spricht PETER BREITSCHMID das Aufsichtsverfahren an: «Nur am Rande angesprochen sei im vorliegenden Kontext das Fehlen einer bundeseinheitlichen Ordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.»<sup>99</sup> Das Aufsichtsverfahren untersteht der ZPO, soweit ein Gericht als Aufsichtsbehörde arbeitet,<sup>100</sup> ansonsten aber dem kantonalen Recht,<sup>101</sup> welches ebenfalls über weite Strecken keine klaren Regeln

87 LGVE 2014 V Nr. 4.

88 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 518 ZGB N 91.

89 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 99.

90 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB 102.

91 Ebenso BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 550.

92 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB 103.

93 Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHART, Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2014 im Bereich Erbrecht, AJP 2015, 512.

94 Ebenso BREITSCHMID (Fn. 37), S. 131.

95 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 411.

96 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 521; einschränkender PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 40), Art. 518 ZGB N 90 (nur in krassen Fällen).

97 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 4), *successio – not@lex* 2014, Rz. 46.

98 So schon HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Zürich 2000, S. 444.

99 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 4), *successio – not@lex* 2014, Rz. 49.

100 Vgl. MANUEL HÜSSER, *Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2012.

101 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 554.

bietet. Eine einheitliche Regelung auf Bundesebene wäre deshalb sehr zu begrüssen.<sup>102</sup>

h) DENIS PIOTET macht in seinem Gutachten zur Erbrechtsreform zwei Vorschläge de lege ferenda: «l'art. 518 CC: le double renvoi en matière de surveillance de l'exécuteur testamentaire à l'administration officielle et par là la liquidation officielle, devrait être simplifié et exposé de façon séparée pour l'exécuteur testamentaire. l'art. 559 CC: ... l'on peut saisir l'occasion de réviser cette disposition pour consacrer expressément le certificat d'exécution testamentaire».<sup>103</sup> Diese beiden Korrekturen kann man durchaus vornehmen, obwohl es sich nicht um dringende Anliegen handelt und sich materiell nichts ändern wird.

i) SCHMID macht verschiedene Vorschläge, wie die Aufsicht de lege ferenda neu geregelt werden könnte: Die Zuständigkeit sollte in der kantonalen Gesetzgebung ausdrücklich geregelt werden.<sup>104</sup> Leider ist dies erst bei wenigen Kantonen der Fall<sup>105</sup> und sollte dringend verbessert werden.<sup>106</sup> Der von mir gemachte Vorschlag, die Aufsicht über den Willensvollstrecker auf den Richter zu übertragen,<sup>107</sup> würde zwar alle Fragen bei der gleichen Instanz vereinen, ändert aber nichts an der Dualität des Verfahrens (ordentliches und summarisches) und löst somit nicht alle Probleme. SCHMID schlägt sodann eine stärkere Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde vor, was insbesondere «aus Sicht des Erblassers wünschenswert»<sup>108</sup> sei. Hier ist klarzustellen, dass nach der neueren Lehre die Umsetzung der letztwilligen Verfügung nicht mehr gegen den einvernehmlichen Willen der Erben erfolgen darf.<sup>109</sup> SCHMID schlägt vor, das Kostenrisiko zu verringern, indem die Kosten nicht auf der Grundlage des Streitwerts, sondern des Willensvollstreckerhonorars berechnet werden.<sup>110</sup> Diese Problematik ist bekannt: Das Bundesgericht hat das Willensvollstreckerhonorar als alleinige Berechnungsgrundlage bereits abge-

lehnt,<sup>111</sup> aber keine klare Alternative angeboten.<sup>112</sup> In der Literatur wird ein Wert von 10% des Nachlasses genannt,<sup>113</sup> welcher auch in Deutschland (§ 65 GNotKG) verwendet wird<sup>114</sup> und durchaus als Grundlage verwendet werden kann.<sup>115</sup> SCHMID möchte zudem die Wirkung von Strafklauseln einschränken.<sup>116</sup> Wegen des zwingenden Charakters der Aufsicht<sup>117</sup> sind solche Klauseln m.E. ungültig, soweit sie die Aufsicht verhindern wollen.<sup>118</sup>

## P. Erbteilung (Art. 634 ZGB)

a) GEISER befasst sich mit der Grundstücksübertragung: Die Erbbescheinigung «ist für die Verfügung über Grundstücke auch notwendig, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist... Der Willensvollstrecker muss aber seine Berechtigung auch nachweisen können».<sup>119</sup> Die Erbbescheinigung ist not-

102 Zu einigen Ansätzen vgl. hinten, U. f).

103 Vgl. PIOTET (Fn. 4), successio – not@lex 2014, 90.

104 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 94 ff.

105 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 516.

106 Vgl. vorne, M. b).

107 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 95; KÜNZLE (Fn. 98), S. 445 f.

108 SCHMID (Fn. 3), S. 98.

109 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 9.

110 SCHMID (Fn. 3), S. 96.

111 Vgl. BGer 5A\_599/2012 vom 16. November 2012 Erw. 3.2.2: «Interesse der Erbinnen ... mittels Durchführung ihres Erbteilungsvertrages über diesen Nachlass verfügen zu können»; zurückhaltender noch BGer 5A\_395/2010 vom 22.10.2010 Erw. 1.2.2: «Denkbar erscheint, das Interesse an der Absetzung bzw. den dahinter stehenden Vertrauensverlust in den Vordergrund zu rücken. Diesfalls wäre eine Streitwertschätzung anhand von Vergütung und Auslagenersatz des Willensvollstreckers (Art. 517 Abs. 3 ZGB) in Analogie zur Abberufung der Verwaltung einer Stockwerkeigentümergemeinschaft ... nicht ausgeschlossen. Stehen hinter den Anträgen auf Absetzung oder Anweisung indes weitergehende ökonomische Zwecke, so muss sich ein Beschwerdeführer darauf behaften lassen. Eine Berücksichtigung dieses wirtschaftlichen Interesses bei der Streitwertbemessung ist möglich ...».

112 Vgl. BGer 5A\_414/2012 vom 19. Oktober 2012 Erw. 1.1: la valeur litigieuse «se détermine au regard de la valeur des actes accomplis ou devant être accomplis par l'exécuteur testamentaire contesté».

113 Vgl. WOLF/GENNA (Fn. 71), § 13 XI. 7 (10% des Nachlasswertes); ANDREAS BAUMANN, Gebühren und Kosten im erbrechtlichen Mandat, successio 7 (2013) 12 (10–25% der betroffenen Vermögenswerte).

114 Nach § 65 Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586; Gerichts- und Notarkostengesetz – GNotK) beträgt der Streitwert «10 Prozent des Wertes des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls, wobei Nachlassverbindlichkeiten nicht abgezogen werden».

115 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 129.

116 Vgl. SCHMID (Fn. 3), S. 97.

117 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 515.

118 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 306: «Der Erblasser hat keine wirksamen Möglichkeiten, die Durchsetzungsfähigkeit des Willensvollstreckers zu verstärken.»

119 Vgl. THOMAS GEISER, Liegenschaftsabtretungen, AJP 2014, 1047.



wendig für die Übertragung der Liegenschaft auf die Erbengemeinschaft, der Willensvollstrecker ausweis muss bei der Übertragung von der Erbengemeinschaft auf einen einzelnen Erben vorgewiesen werden.<sup>120</sup>

b) BAUMANN befasst sich mit dem Zeitpunkt der Erbteilung: Missverständnisse werden oftmals auch von Willensvollstreckern ... verursacht, die ... unklare Dokumente erstellen ... und dabei Formulierungen verwenden wie: «Die Erben beschliessen...». Damit werden bei den Erben Erwartungen geweckt an die Verbindlichkeit solcher «Vereinbarungen», die in der Praxis aber regelmässig nicht durchsetzbar sind.»<sup>121</sup> Der Willensvollstrecker sollte die Erben darauf hinzuweisen, «dass für die einzelnen Erben vor Abschluss des definitiven Erbteilungsvertrags in der Regel keine Bindungswirkung entsteht». Ein solcher Hinweis sollte spätestens in der ersten Erbenversammlung<sup>122</sup> gemacht werden. Er führt regelmässig zu einer Entspannung und erleichtert das Finden von Lösungen.

### Q. Unternehmen in der Erbteilung

a) CHRIST führt aus, dass die Anmeldung der Löschung einer Kollektivgesellschaft (Art. 574 OR) durch alle Erben bzw. den Willensvollstrecker (unter Vorlage einer Erbbescheinigung) unterzeichnet werden müsse.<sup>123</sup> Wenn ein Willensvollstrecker vorhanden ist, genügt dessen alleinige Unterschrift, solange es um eine Verwaltungshandlung geht, für welche der Willensvollstrecker eine exklusive Vertretungs- und Verfügungsmacht besitzt.<sup>124</sup> Wenn die Löschung im Rahmen der Erbteilung erfolgt, kann der Willensvollstrecker alleine unterzeichnen unter Vorlage des (von den Erben unterzeichneten) Erbteilungsvertrags.

b) Die Erben eines Gesellschafters haben für die Liquidation einer Kollektivgesellschaft einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen (Art. 584 OR). Steininger führt aus, dass diese Wahl dann nicht zum Zug komme, wenn der Erblasser einen Willensvollstrecker bestimmt habe.<sup>125</sup> Dies ist (wiede-

rum) darauf zurückzuführen, dass der Willensvollstrecker exklusive Kompetenzen hat.<sup>126</sup>

c) In der Praxis stellte sich die Frage, was im Zusammenhang mit der Übertragung von Aktien alles zum Vollzug der Erbteilung gehöre: Während der Eintrag der Erben ins Aktienbuch und die Umsetzung von Vorkaufsrechten klar zur Erbteilung gehören und somit vom Willensvollstrecker zu vollziehen sind, weil sie untrennbar mit den Aktien verbunden sind, kann die Abwicklung von Kaufangeboten der bisherigen Aktionäre den Erben als neuen Aktionären überlassen werden.

### R. Waffen in der Erbteilung

a) MATHYAS MEIER befasste sich in einer Masterarbeit an der Universität Zürich mit Waffen in der Erbteilung. Der Besitz an den Waffen des Erblassers durch die Erben ist grundsätzlich während einer Karenzfrist von 6 Monaten zulässig, selbst wenn der Erblasser keine Bewilligung besass.<sup>127</sup>

b) Es sind drei Kategorien von Waffen zu unterscheiden: Seriefewaffen,<sup>128</sup> bewilligungspflichtige Waffen<sup>129</sup> und privilegierte Waffen.<sup>130</sup> (1) Da für Seriefewaffen eine Sonderbewilligung notwendig ist (auf welche kein Anspruch besteht) und die Erben am ehesten eine solche erhalten,<sup>131</sup> entfällt regelmässig eine «Zwischenbewilligung» durch den Willensvollstrecker. Die Sonderbewilligung kann auf einen Vertreter lauten, welcher nicht der Erbengemeinschaft angehören muss (Art. 11 Abs. 1 WV).

120 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 87 f.

121 Vgl. BAUMANN (Fn. 4), successio 9 (2015) 98.

122 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 304.

123 Vgl. CHRIST (Fn. 3), Art. 574 OR N 11.

124 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 200 und 209.

125 Vgl. STEININGER (Fn. 3), Art. 584 OR N 7.

126 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB 22; BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 200 und 209.

127 Vgl. MEIER (Fn. 5).

128 Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a WG gehören dazu Waffen, die bei einmaligem Betätigen des Abzugs automatisch mehrere Schüsse oder Feuerstösse abgeben bis der Abzug wieder losgelassen wird, sowie auf Einzelfeuer umgebaute Seriefewaffen, vgl. MEIER (Fn. 5), S. 36.

129 Dazu gehören Selbstladepistolen wie die Armeepistole, Revolver, Selbstladebüchsen, Unterhebel-Repetierer, Vorderschaft-Repetierer, ausländische Ordonanz-Repetierer, Selbstladeffinten und halbautomatische Waffen, vgl. MEIER (Fn. 5), S. 36.

130 Dazu gehören Jagdwaffen, Handrepetiergewehre (Gewehre, die durch manuelle Manipulation eine weitere Schussabgabe ermöglichen), schweizerische Ordonanzrepetiergewehre (wie Langgewehr 1889, Karabiner 11, Karabiner 31), vgl. MEIER (Fn. 5), S. 37.

131 MEIER (Fn. 5), S. 39, berichtet von einer Praxis im Kanton Zürich, wonach die Erben eines Waffensammlers, der über eine entsprechende Bewilligung verfügte, gute Chancen haben, ebenfalls eine Sonderbewilligung zu erhalten.

Wenn ein Erbe Interesse an den Waffen hat, kann dieser eine Sonderbewilligung beantragen (innert 6 Monaten, Art. 6a Abs. 1 WG und Art. 11 Abs. 2 WV).<sup>132</sup> Zuständig sind die Behörden am Wohnort des Inhabers der Bewilligung (Art. 11 Abs. 6 WV; nicht: des Erblassers). Der Willensvollstrecker, der an Erbsachen kein Eigentum hat, aber den Besitz verlangen kann,<sup>133</sup> sollte jeden Besitz an Seriefirewaffen vermeiden und diese durch den Inhaber einer Waffenhandelsbewilligung (Art. 17 WG) abholen lassen zur Aufbewahrung, bis eine Sonderbewilligung vorliegt oder die Waffen veräussert werden. Auch der Transport sollte nicht durch den Willensvollstrecker erfolgen.<sup>134</sup> Bei den Waffenhändlern sind kantonale Unterschiede zu beachten (Waffenhändler in den Kantonen Thurgau und Baselland erhalten eine Generalbewilligung, nicht aber Waffenhändler im Kanton Zürich).<sup>135</sup> Der Willensvollstrecker darf Seriefirewaffen erst dann auf einen Erben übertragen, wenn dieser eine Sonderbewilligung vorlegen kann.<sup>136</sup> Erblasser sollten daran denken, dass das Vermächtnis einer Waffensammlung problematisch sein kann. (2) Bei der zweiten Kategorie von Waffen, den bewilligungspflichtigen Waffen (wie der Armeepistole) besteht ein Anspruch auf eine Bewilligung (Waffenerwerbsschein – WES; Art. 8 WG). Ein Erbe, der Interesse an den Waffen des Erblassers hat, sollte innerhalb von 6 Monaten eine Bewilligung einholen (Art. 8 Abs. 2<sup>bis</sup> WG).<sup>137</sup> Wenn kein Erbe eine Bewilligung einholen möchte, kann der Willensvollstrecker eine eigene Bewilligung beantragen und die Waffen fiduziarisch übernehmen.<sup>138</sup> (3) Bei den privilegierten Waffen (wie einem Karabiner) ist innerhalb von 6 Monaten eine Meldung zu erstatten (Art. 11 Abs. 4 WG/Art. 22 Abs. 1 WV).<sup>139</sup> Wenn kein Erbe eine Meldung vor-

nehmen möchte, kann der Willensvollstrecker dies tun und die Waffen fiduziarisch übernehmen.

c) **Aufbewahrung:** (1) Der Verschluss von Seriefirewaffen muss gesondert aufbewahrt werden (Art. 47 Abs. 1 WV). (2) Wenn der Willensvollstrecker die Waffen im Haus des Erblassers belässt, muss er sicherstellen, dass keine Nichtberechtigten (unmündige, unter umfassender Beistandschaft stehende oder vorbestrafte Personen) Zugang haben.<sup>140</sup> (3) Die Aufbewahrung der Waffen in einem Panzerschrank ist nach der Rechtsprechung<sup>141</sup> dann eine **unsorgfältige Aufbewahrung**, wenn sich dieser in einer verlassenen Liegenschaft des Erblassers befindet in einem Gebiet mit einer hohen Einbruchsrate. Wenn die Liegenschaft des Erblassers nicht weiter bewohnt wird, tut der Willensvollstrecker gut daran, sämtliche Waffen bei einem Waffenhändler einzulagern.

d) Eine korrekte Übertragung der Waffen an einen einzelnen Erben oder Vermächtnisnehmer erfolgt in der Form eines schriftlichen Vertrags (Art. 11 WG), in welchem Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnadresse und Unterschrift beider Personen, Waffenart, Hersteller, Bezeichnung der Waffe, Kaliber, Waffenummer, Ort und Datum der Übertragung, Art und Nummer des amtlichen Ausweises des Erwerbers anzugeben sind und der 10 Jahre aufzubewahren ist.

e) **Rückgabe:** Im Kanton Zürich können nicht mehr benötigte Waffen in allen Polizeiposten, Verkehrsstützpunkten oder bei der Fachstelle Waffen/Sprengstoff abgegeben werden.<sup>142</sup> Dabei ist allerdings Straffreiheit nicht garantiert (etwa bei Rückgabe nach Ablauf der Karenzfrist von 6 Monaten).<sup>143</sup> Da es sich um ein **Offizialdelikt** handelt,<sup>144</sup> besteht die Gefahr, dass ein Strafverfahren eröffnet wird. Dem Willensvollstrecker ist deshalb zu empfehlen, dass er die Erben anhält, welche sicher von der Karenzfrist profitieren,<sup>145</sup> die Waffen innert 6 Monaten nach dem Ableben des Erblassers abzugeben.

132 Vgl. HANS WÜST, *Erbrecht und Waffengesetzrevision – was muss der Erbrechtspraktiker wissen?*, successio 3 (2009) 137; für die Berechnung der 6 Monate ist nicht die zivilrechtliche Erbteilung, sondern die tatsächliche Verfügungsgewalt massgebend, vgl. MEIER (Fn. 5), S. 38, mit Verweis auf BBl. 2006, 2732.

133 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 73 und N 79.

134 Vgl. MEIER (Fn. 5), S. 40 und 46.

135 Einem Waffenhändler aus dem Kanton Thurgau oder Baselland ist es aufgrund der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV) erlaubt, auch aus dem Kanton Zürich Waffen abzuholen, vgl. MEIER (Fn. 5), S. 40.

136 Vgl. WÜST (Fn. 132), successio 3 (2009) 138.

137 Vgl. WÜST (Fn. 132), successio 3 (2009) 137.

138 Im Kanton Zürich ist die Wohnsitzgemeinde zuständig bzw. in Zürich und Winterthur die Stadtpolizei, vgl. MEIER (Fn. 5), S. 42, mit Verweis auf § 1 Abs. 1 WafVO.

139 Vgl. WÜST (Fn. 132), successio 3 (2009) 138.

140 Vgl. HANS WÜST, *Schweizer Waffenrecht*, Zürich 1999,

141 Vgl. OGer ZH SB120410 vom 26.2.2013 Erw. 3.

142 Vgl. <http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/faq/waffen.html> (1.1. 2016).

143 Strafbar macht sich, wer als Erbe oder Willensvollstrecker die Pflichten aus Art. 6a, Art. 8 Abs. 2<sup>bis</sup> oder Art. 11 Abs. 4 WG (Bewilligung bzw. Meldung) verletzt.

144 Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 302 Abs. 1 StPO.

145 Vgl. vorne, R. a).



f) Vergleich mit Kalifornien:<sup>146</sup> Die Erben haben 1 Jahr Zeit, um Waffen zu verkaufen.<sup>147</sup> Dabei wird der Einsatz eines Händlers mit Federal Firearm Licence (FFL) and California Licence empfohlen, um den Empfänger nicht selbst prüfen zu müssen.<sup>148</sup> Übertragungen innerhalb der unmittelbaren Familie (intra-family transactions) sind dagegen ohne Weiteres erlaubt, wobei allerdings der Ehegatte nicht eingeschlossen ist.<sup>149</sup> Eine dritte Möglichkeit für die Übertragung von Waffen sind gun trusts, das sind besondere, für Waffen errichtete Trusts.<sup>150</sup> Bei sog. assault weapons (Serienfeuerwaffen) muss der Erbe innert 90 Tagen eine Bewilligung einholen.<sup>151</sup> Weil diese Frist oft knapp ist, kann der executor (welcher in Kalifornien ebenfalls kein Eigentümer ist)<sup>152</sup> den Besitz an den Waffen durch eine Verlängerung des Probate verlängern und damit den Beginn der 90-Tage-Frist hinauszögern.<sup>153</sup> Während in der Schweiz der Willensvollstrecker den Besitz den Erben «zuschiebt», geht Kalifornien genau den umgekehrten Weg und benützt den executor, um den Besitz an den Waffen in der Zwischenphase bis zur Erbteilung zuzuordnen. Diese Lösung scheint mir auch für die Schweiz überlegenswert.

### S. Internationales Privatrecht (IPRG)

a) In der neuen Auflage des Basler Kommentars wird unter anderem erwähnt, dass unter das Erbstatut Fragen fallen wie: Wer kann den Willensvollstrecker oder dessen Nachfolger ernennen?<sup>154</sup> Damit erfolgt eine Anpassung an die sich entwickelnde Lehre, welche immer weitere Bereiche der Willens-

vollstreckung vom Eröffnungsstatut wegführt, welches in Art. 90 Abs. 2 IPRG als einziges genannt wird.<sup>155</sup>

b) Im Urteil 4A\_604/2014 des Bundesgerichts vom 30.3.2015 ging es um ein Exequaturverfahren (Art. 29 IPRG), in welchem sich die Willensvollstrecker B. und C. («représentants de la successio A.A....») – im Rahmen einer Erbschaftsklage – gegen die Anerkennung von Urteilen aus dem Fürstentum Liechtenstein zur Wehr setzten (Erw. 2.3.1). Ihr Argument, es handle sich nicht um die gleichen Parteien, drang nicht durch.

### T. Steuern

a) In der Praxis stellte sich die Frage, ob der Willensvollstrecker vom Steueramt die Herausgabe der letzten Steuererklärung des Erblassers verlangen könne, welche als Grundlage für die Annahme des Erbes dienen soll. Dies wurde vom Steueramt mit Hinweis auf eine interne Weisung verweigert, und zwar mit der Begründung, man wolle verhindern, dass Vermögen versteckt werde. Eine Überprüfung ergab, dass dies der Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht,<sup>156</sup> welches ansonsten den Kontrollzweck des amtlichen Inventars gefährdet sieht. Diese Lösung ist in Fällen, in denen der Erblasser über zu wenige Informationen verfügt, und angesichts von ablaufenden Fristen für ein öffentliches Inventar (Art. 580 Abs. 2 ZGB: 1 Monat) bzw. für die Ausschlagung (Art. 567 Abs. 1 ZGB: 3 Monate) unter zeitlichem Druck steht, unbefriedigend, aber wohl hinzunehmen.

b) Im Falle 5A\_51/2013 des Bundesgerichts vom 10.11.2014 ging es um die Frage, ob der Willensvollstrecker aus dem Nachlass bezahlte Erbschaftssteuern von der Vermächtnisnehmerin zurückfordern könne. Zur Klärung dieser Frage kam es allerdings nicht, weil der Fall wegen Verfahrensmängeln zurück an die Vorinstanz gewiesen wurde.

c) SCHODER führt zum Steueramtshilfegesetz aus: «Im Zusammenhang mit einem ausländischen Erbfall können nach Art. 157 f. DBG die Erben ... der Willensvollstrecker ... zur Auskunfterteilung über die steuerlichen Verhältnisse des Erblassers und zur

146 Vgl. ROBERT GORINI/RICHARD GORINI, Gun Laws: A Guide to Laws Affecting the Transfer of Firearms in California from Estates and Trusts, 19 California Trusts and Estates Quarterly (Cal Tr & Est Q), issue 4, 5 ff. (2014)

147 Vgl. GORINI/GORINI (Fn. 146), 19 Cal Tr & Est Q, issue 4, 6 (2014) mit Verweis auf Cal.Pen.Code § 17710.

148 Vgl. GORINI/GORINI (Fn. 146), 19 Cal Tr & Est Q, issue 4, 10 f. (2014).

149 Vgl. GORINI/GORINI (Fn. 146), 19 Cal Tr & Est Q, issue 4, 11 f. (2014), mit Verweis auf Cal.Pen.Code § 27875.

150 Vgl. GORINI/GORINI (Fn. 146), 19 Cal Tr & Est Q, issue 4, 15 (2014): Ziel solcher Trusts ist es, Personen als Begünstigte fernzuhalten, welche keine Waffen besitzen dürfen.

151 Vgl. Cal.Pen.Code § 30915.

152 Vgl. KÜNZLE (Fn. 98), S. 51 und 54, mit Verweis auf Cal. Prob.Code § 44 (Erben) und § 34 (Vermächtnisnehmer).

153 Vgl. GORINI/GORINI (Fn. 146), 19 Cal Tr & Est Q, issue 4, 14 (2014).

154 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Vor Art. 517–518 ZGB N 14.

155 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 72–75.

156 Vgl. BGer vom 10.2.1999 ASA 69 (2000/2001) 290 = StE 2000 B 92.52 Nr. 3 (Inventaraufnahme durch Notar B).

Herausgabe von Unterlagen über den Nachlass aufgefördert werden.»<sup>157</sup>

d) BUCK/FÜLLSACK/MAUTE, beschreiben die Pflichten des deutschen Testamentsvollstreckers wie folgt: «Der Testamentsvollstrecker ist ... verpflichtet, die Erbschaftsteuererklärung im Rahmen seines durch zivilrechtliche Vorschriften bestimmten Aufgabebereiches abzugeben ... Darüber hinaus ist der Testamentsvollstrecker bei Erkennung von Unrichtigkeiten zur Anzeige und Berichtigung der vom Erblasser erstellten Steuererklärungen oder – soweit noch keine Steuererklärungen abgegeben wurden – zur Erstellung der Steuererklärungen verpflichtet.»<sup>158</sup> Diese Pflichten sind vergleichbar mit denjenigen des Willensvollstreckers,<sup>159</sup> wenngleich die höhere Komplexität des deutschen Steuerrechts<sup>160</sup> zu ungleich höheren Anforderungen führt.

e) DANIEL BADER<sup>161</sup> untersuchte in einer Seminar-Präsentation die Stellung des Vollstreckers im Steuerrecht verschiedener Ländern: Argentinien, Belgien, Brasilien, Channel Islands, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Hong Kong, Indien, Italien, Kanada, Liechtenstein, Luxemburg, Mexiko, Niederlande, Österreich, Portugal, Russland, Südafrika, Spanien, Vereinigte Staaten. Diese Thematik ist noch weitgehend unerforscht und eine eigene Publikation wert.

## U. Prozessrecht (ZPO)

a) Das Bundesgericht hat in zwei Urteilen bestätigt,<sup>162</sup> dass Angelegenheiten betreffend den Willensvollstrecker vermögensrechtlicher Natur sind: «Angelegenheiten betreffend Willensvollstrecker ... sind grundsätzlich vermögensrechtlicher Natur ... sodass ein Mindestwert von CHF 30000 vorliegen muss» (BGer 5A\_518/2014 vom 24.11.2014 Erw. 1). Die Beschwerde gegen die Abweisung des Antrags

des Willensvollstreckers auf Sperrung eines Bankkontos (vorsorgliche Massnahme) ist vermögensrechtlicher Natur (BGer 5A\_893/2014 vom 5.3.2015 Erw. 1).

b) Das Zürcher Obergericht hat sich in drei Urteilen mit dem Prozesseintritt befasst: Der Willensvollstrecker «ist regelmässig bei Ansprüchen des Nachlasses aus unerledigten Geschäften oder Prozessen des Erblassers aktiv legitimiert ... Demzufolge ist im Rubrum als Kläger und Berufungskläger der Willensvollstrecker im Nachlass des B.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_, aufzuführen.» (OGer ZH LA110039 vom 19.9.2013 Erw. 2). «Seine Befugnisse namentlich zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses, darunter das Recht, die notwendigen Prozesse zu führen bzw. in hängige Prozesse einzutreten, die den Nachlass betreffen..., setzen ebenso wenig die Zustimmung eines, mehrerer oder gar aller Erben voraus» (OGer ZH LB140014 vom 3.6.2014 Erw. 3.3.2). «Soweit ein Erbe mit der Mandatsführung des Willensvollstreckers nicht einverstanden ist (sc. Interessenkollision und Pflichtverletzung) ... stehen ihm aufsichtsrechtliche Mittel zur Verfügung; die vorliegende Beschwerde (sc. gegen eine prozessleitende Verfügung des Bezirksgerichts im Erteilungsprozess) ist dazu untauglich» (OGer ZH RB140025 vom 4.8.2015 Erw. 2d). Diese Urteile entsprechen der herrschenden Lehre und Praxis.<sup>163</sup>

c) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil LA110039 vom 19.9.2013 zu den Kosten geäussert: «Das Kostendispositiv lautet auf den Namen des Willensvollstreckers, auch wenn die Prozesskosten bei Nachlassstreitigkeiten zulasten des Nachlasses gehen und somit grundsätzlich von den Erben zu bezahlen sind.» Dies hat mit der Besonderheit der Prozessstandschaft zu tun.<sup>164</sup>

d) Das Zürcher Obergericht hat sich in drei Urteilen mit der Streitwertberechnung befasst: «Das Interesse des Willensvollstreckers daran, als solcher (weiter) tätig zu werden (sc. CHF 300000), ist nicht mit dem Wert gleichzusetzen, welcher für die Klägerin auf dem Spiel steht, je nach dem welches Testament massgebend ist (sc. CHF 1,85 Mio.). Nahe liegend ist das Abstellen auf das mutmassliche Honorar des Willensvollstreckers. Auf dieser Basis sind die Entscheidgebühren und die Parteientschädigung zu bemessen» (OGer ZH LB140070 vom

157 Vgl. SCHODER (Fn. 3), Art. 10 StAhiG N 122.

158 Vgl. BUCK/FÜLLSACK/MAUTE (Fn. 4), StR 2014, 487.

159 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 242 ff., 250 ff. und 257 ff.

160 So muss der Testamentsvollstrecker bezüglich der Erbschaftssteuer vier verschiedene Arten beachten: unbeschränkte Erbschaftssteuerpflicht, erweitert unbeschränkte Erbschaftssteuerpflicht, beschränkte Erbschaftssteuerpflicht und erweitert beschränkte Erbschaftssteuerpflicht, vgl. BUCK/FÜLLSACK/MAUTE (Fn. 4), StR 2014, 487.

161 Vgl. BADER (Fn. 6), 1 ff.

162 Zu früheren Entscheiden vgl. BGer 5A\_794/2012 vom 16.2.2012 Erw. 1; BGer 5A\_395 vom 22.10.2010 Erw. 1.2.

163 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 464 ff. m.w.N.

164 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 18), Art. 517–518 ZGB N 464.





21.1.2015 Erw. 4). Wie schon vorne<sup>165</sup> erwähnt, lehnte das Bundesgericht dieses Kriterium ab (ebenfalls in einem Fall des Zürcher Obergerichts, in welchem statt auf das Honorar auf das Interesse der Erben abgestellt wurde). Im zweiten Entscheid, in welchem es um das Honorar des Erbenvertreters ging, wird BGer 5A\_395/2010 vom 22.10.2010 Erw. 1.2.3 erwähnt, in welchem eine Streitwert-schätzung anhand von Vergütung und Auslagenersatz des Willensvollstreckers nicht ausgeschlossen wird, aber weitergehende ökonomische Interessen der Erben berücksichtigt werden (OGer ZH PF140018 vom 3.6.2014 Erw. 3.5). Dieses Kriterium ist wenig greifbar. Allenfalls ist zu überlegen, das Honorar des Willensvollstreckers als minimalen Streitwert zu betrachten. Schliesslich wird in einem weiteren Fall zum Erbenvertreter ausgeführt: Die Streitwertberechnung «darf analog der Situation bei der Aufsicht über Willensvollstrecker nicht ohne weiteres nach Massgabe der Nachlasshöhe erfolgen (BGE 135 III 578). Praxisgemäss wird ... auf das subjektive Streitinteresse des Beschwerdeführers bzw. der Beschwerdeführer abgestellt» (OGer ZH PF140009 vom 2.4.2014 Erw. 3.1). Konkret wurde das Interesse an der Pferdeunterbringung (kapitalisiert auf 7 Jahre), einem Darlehen und am Inventar auf CHF 200000 festgesetzt (Erw. 3.2). Diese Berechnungen mögen zu angemessenen Ergebnissen im Einzelfall führen, aber langfristig ist eine pauschale Lösung (wie 10% des Nachlasses)<sup>166</sup> zu bevorzugen. Ähnlich wie in Deutschland (§ 65 GNotKG) ist vom Bruttonachlass im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers auszugehen. Im Ergebnis schlage ich vor, den Streitwert auf 10% des Bruttonachlasswerts im Todesfall festzusetzen, mindestens aber der Höhe des Willensvollstreckerhonorars entsprechend (soweit das überhaupt bestimmbar ist).

e) Das Zürcher Obergericht hat sich im Urteil PF140001 vom 20.1.2014 zum Aufsichtsverfahren geäussert: «Die Aufsichtsbehörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (§ 83 Abs. 3 GOG). Indessen gilt über den Verweis in § 84 GOG auch die Bestimmung von Art. 326 ZPO, wonach Noven vor zweiter Instanz ausgeschlossen sind. Der Untersuchungsgrundsatz ändert daran nichts... Im Beschwerdeverfahren sind deshalb neue Tatsachenbehauptungen der beschwerdeführenden Partei zu den Vorgängen, welche zum vorinstanzlichen Verfahren bzw. Entscheid geführt haben, nicht zu hören...» (Erw. II. 1).

f) Weil das Aufsichtsverfahren noch wenig geklärt ist, seien nachfolgend einige Ausführungen dazu gemacht: (1) Soweit notwendig sind auch die nicht am Verfahren beteiligten Erben einzubeziehen.<sup>167</sup> (2) Den am Verfahren Beteiligten ist (im Rahmen von Art. 29 BV und Art. 6 EMRK) rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>168</sup> So hat der Beschwerdeführer Anspruch auf sachliche Prüfung seiner Vorbringen,<sup>169</sup> und der Willensvollstrecker muss – ausser bei besonderer Dringlichkeit (Art. 265 ZPO) – Gelegenheit erhalten, die Akten einzusehen und zu den Vorbringen des Beschwerdeführers Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO).<sup>170</sup> Üblicherweise erfolgt kein doppelter Schriftenwechsel.<sup>171</sup> Die Aufsichtsbehörde hat die Schriftsätze der Gegenpartei zuzustellen, und darauf kann jede Partei (auch ohne Aufforderung) replizieren, was so lange fortgesetzt wird, bis sich keine Partei mehr äussert.<sup>172</sup> Die Fristen sind grundsätzlich eher kurz (10 Tage) und nicht erstreckbar; sie müssen aber in jedem Fall angemessen sein und somit in komplexeren Fällen länger angesetzt werden und erstreckbar sein.<sup>173</sup> (3) Der Beweis ist grundsätzlich mit Urkunden zu führen (Art. 254 Abs. 1 ZPO), aber es gibt keine Beweismittelbeschränkung (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO).

167 Vgl. ähnlich PETER BREITSCHMID, Willensvollstrecker: Disziplinarische Absetzung eines Rechtsanwaltes als Willensvollstrecker, der das Mandat zwar nicht niederlegt, aber wechselnden Büromitarbeitern bzw. -partnern in eigener Verantwortung substituiert hatte (Entscheid-Besprechung), AJP 5 (1996) 91: «Das kann, muss aber nicht eine <gesamtschaftliche> Beteiligung am Beschwerdeverfahren erfordern»; ebenso für Deutschland OLGR Hamm 1994, 20.

168 Vgl. BRUNO DERRER, Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstrecker und den Erbschaftsliquidator, Zürich 1985 (Diss. Zürich 1985), S. 67; zum deutschen Recht vgl. etwa BayObLGR 1998, 43 mit Verweis auf Art. 103 Abs. 1 GG.

169 Vgl. ähnlich Art. 710 Abs. 2 CC it.: «L'autorità giudiziaria, prima di provvedere, deve sentire l'esecutore».

170 Vgl. Art. 253 ZPO.

171 Vgl. MARCO CHEVALIER, Kommentar zu Art. 248–256 ZPO, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. v. Thomas Sutter-Somm u.a., 2. A., Zürich 2013, Art. 253 ZPO N 11.

172 Vgl. ANDREAS GÜNGERICH, Kommentar zu Art. 248–270 ZPO, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 253 ZPO N 9 ff., welcher darauf hinweist, dass ohne Aufforderung innert 10 Tagen repliziert werden sollte.

173 Vgl. CHEVALIER (Fn. 171), Art. 253 ZPO N 2 und 3.

165 Vgl. vorne, Fn. 111.

166 Vgl. vorne, Fn. 115.

## V. Betreuung (SchKG)

Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil RT120191 vom 30.5.2013 mit einer ungültigen Gläubigerbezeichnung in einem Zahlungsbefehl befasst: «Erbengemeinschaft D. bestehend aus...» statt X «als Willensvollstrecker im Nachlass D.» (Erw. 2 und 4.1). Wie schon im Prozess<sup>174</sup> stellt sich die Frage, ob nicht eine Korrektur der Parteibezeichnung hätte erfolgen sollen, was im vorliegenden Verfahren aber nicht verlangt wurde.

## W. Anwaltsrecht

In der neuen Auflage des Basler Kommentars wird ausgeführt, dass der Willensvollstrecker auch im Monopolbereich gem. Art. 68 Abs. 2 ZPO zur Prozessführung legitimiert ist, unabhängig davon, ob er die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt oder berufsmässig als Willensvollstrecker tätig sei (a.M. PICHLER, S. 111 ff.).<sup>175</sup> Ich teile diese Ansicht.<sup>176</sup>

## X. Strafrecht (StGB)

a) Im Sachverhalt des bundesgerichtlichen Urteils 1B\_109/2015 vom 3.6.2015 wird eine ungetreue Geschäftsführung angesprochen (unter anderem ist 1 Picasso verschwunden), welcher vom Bundesgericht aber nicht geprüft werden musste. Im Urteil 6B\_82/2014 vom 8.8.2014 wird der Vorwurf an den Willensvollstrecker erwähnt, dieser habe 2012 eine Liegenschaft des Nachlasses an die Gesellschaft B (welche ebenfalls zum Nachlass gehört) verkauft, obwohl er (1977 eingesetzt) schon lange nicht mehr Willensvollstrecker gewesen sei. Es wurde kein Verfahren eröffnet.

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B\_582/2014 vom 7.1.2015 mit dem Vorwurf der Veruntreuung (Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) befasst, welcher durch Bezüge zur Deckung der Willensvollstreckerkosten (unter anderem auch Abwehrkosten) begangen worden sei. Es führte aus, dass der Willensvollstrecker befugt sei, «das Honorar ge-

stützt auf Zwischenabrechnungen über seine Tätigkeit als Vorschuss direkt dem Nachlass zu belasten...» (2.1.3). Trotz einer gewissen Vermischung hat es einen Vorsatz verneint.<sup>177</sup> Dieser Entscheid erscheint mir wichtig, weil Meinungsverschiedenheiten über das Honorar (ausser in krassen Fällen) auf der zivilrechtlichen Schiene geführt werden sollen.

c) Im Urteil 6B\_642/2014 des Bundesgerichts vom 24.7.2014 wirft eine Erbin den 2 Willensvollstreckern Ehrverletzung vor: Verleumdung und üble Nachrede in Stellungnahmen zuhanden des Bezirksgerichts. Es wurde kein Verfahren eröffnet. Das Bundesgericht hat die Beschwerde abgelehnt, weil keine Zivilforderung geltend gemacht wurde. Da strafrechtliche Verfahren für den Willensvollstrecker sehr brisant sein können, ist es wichtig, dass schon die Strafverfolgungsbehörden die Ernsthaftigkeit einer Eingabe genau prüfen.

d) Das Kantonsgericht Baselland hat sich im Urteil 470 13 219 vom 5.11.2013 unter anderem mit einer Nötigung (Art. 181 StGB) befasst (BL 2013-11-05): Der Vorwurf, C. habe den Ehemann der Beschwerdeführerin genötigt, das Amt des Willensvollstreckers aufzugeben, war insofern nicht tauglich, als keine Rechtsgüter der Beschwerdeführerin betroffen waren.

e) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil UE130316 vom 4.2.2014<sup>178</sup> mit dem Ort der strafbaren Handlung befasst. Beteiligt waren ein in Norwegen lebender Willensvollstrecker in einem Nachlass eines im Kanton AI verstorbenen Erblassers und Erben in Südafrika sowie ein Zustellungsempfänger in Zürich. Der Vorwurf (unzulässige Verweigerung von vollständigen Auskünften zum Nachlass) wurde begangen durch den (Nicht-)Versand von E-Mails an die E-Mail-Adresse des Zustellungsempfängers in Zürich. Das Obergericht führte dazu aus: «Der Handlungseffekt falle zeitlich mit der Aktivität des Beschwerdegegners 1 zusammen, sodass Zürich als eigentlicher Handlungs-ort zu betrachten sei.»

174 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 136, mit Verweis auf BGer 5A\_533/2013 vom 27.3.2014 Erw. 1.2.

175 BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 71.

176 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 7 (2013) 29.

177 Zur Vorinstanz vgl. OGer ZH SB130137 vom 31.3.2014.

178 Vgl. ZR 113 (2014) Nr. 20.