



# Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2017–2018)<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.

## Inhaltsübersicht

- A. Literatur
- B. Ernennung (Art. 517 ZGB)
- C. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB)
- D. Willensvollstrecker ausweis (Art. 517 ZGB)
- E. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)
- F. Ende (–)
- G. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)
- H. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 und Art. 595 Abs. 3 ZGB)
- I. Aufsicht über Rechtsanwälte (Art. 12 f. BGFA)
- J. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)
- K. Auskunft (Art. 607 und 610 ZGB)
- L. Haftung (–)
- M. Internationales Privatrecht (IPRG)
- N. Steuern
- O. Prozessrecht (BGG/ZPO)
- P. Schiedsgerichtsbarkeit
- Q. Betreuung (SchKG)
- R. Strafrecht (StGB)
- S. Strafprozessrecht
- T. Sozialversicherungsrecht

1 Ausführliche und ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am 13. Schweizerischen Erbrechtstag vom 30. August 2018 (organisiert vom Verein Successio [[www.verein-successio.ch](http://www.verein-successio.ch)]) an der Universität Luzern gehalten wurde; zu früheren Updates siehe HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017), *successio* 12 (2018), 52–72; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2015–2016), *successio* 11 (2017) 21–44; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2014–2015), *successio* 10 (2016) 26–43; DERS., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2013–2014), *successio* 9 (2015) 123–137; DERS., 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.ius.uzh.ch/de/staff/adjunct-professors/tit-kuenzle.html](http://www.ius.uzh.ch/de/staff/adjunct-professors/tit-kuenzle.html)), Of Counsel von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8021 Zürich ([www.kendris.com](http://www.kendris.com)).



## A. Literatur

In der Berichtsperiode sind viele Monographien<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 wurde das Thema auch an Seminaren behandelt.<sup>5</sup>

## B. Ernennung (Art. 517 ZGB)

a) ZEMP GSPONER<sup>6</sup> befasst sich in einer Urteilsbesprechung mit dem Ersatzwillensvollstrecker, genauer mit dem *Nachfolger eines Notars*. Im Kanton Waadt können Notare nach Art. 37 Abs. 2 NotG «für den Fall des Todes, des Verzichts auf das Notariatspatent oder des Erreichens der Altersgrenzen als Akt unter Lebenden oder als Verfügung von Todes wegen einen Nachfolger bezeichnen ... Nimmt der Nachfolger diese Funktion an, hat das zuständige Departement eine Genehmigungsverfügung zu erlassen. Der «notaire successeur» ist daher im betreffenden Kanton einwandfrei bestimmbar». <sup>7</sup> Wenn kein derart bestimmter Nachfolger vorhanden ist, wird der Nachlass nach ZEMP GSPONER «willensvollstreckerlos», obwohl der pensionierte Notar noch bereit wäre, das Mandat zu übernehmen. Dies entspricht aber häufig nicht dem Willen des Erblassers. Um dies zu vermeiden, ist zu überlegen, die Nachfolgeklauseln spezifischer zu formulieren. Das könnte etwa so lauten: «Als Ersatz bestimme ich den Amts-

Nachfolger des Notars und für den Fall, dass kein solcher existiert, den bisherigen, im Ruhestand befindlichen Notar». <sup>8</sup>

b) JEANDIN befasst sich ebenfalls mit dem Ersatzwillensvollstrecker bei Notaren und bemerkt dazu: «le titre honorifique de notaire honoraire n'est pas prévu par la loi mais dépend de l'usage des différentes associations cantonales de notaires». <sup>9</sup> Aus diesem Grund verdrängt eine Nachfolgeklausel grundsätzlich den ursprünglich eingesetzten Notar, der jetzt «notaire honoraire» ist. <sup>10</sup> Leider geht JEANDIN nicht auf den (unter a) behandelten) kritischen Fall ein, dass die Nachfolgeklausel ins Leere läuft, weil gar kein Nachfolger vorhanden ist.

c) MOOSER<sup>11</sup> befasst sich mit der *Unwürdigkeit eines Ersatzwillensvollstreckers*: «l'art. 540 prévoit les cas dans lesquels une personne est indigne d'être héritière ou d'acquérir par disposition pour cause de mort; cela concerne l'héritier et le légataire; la règle devrait être étendue à l'exécuteur testamentaire». Das Bundesgericht hat in BGE 135 III 305 festgestellt, dass ein erbunwürdiger Erbe nicht fähig sei, das Amt eines Willensvollstreckers auszuüben. <sup>12</sup> Wenn der Willensvollstrecker aber nicht gleichzeitig Erbe ist, kann man Art. 540 ZGB m.E. nicht (analog) auf den Willensvollstrecker anwenden, zumal dies vom Gesetzestext nicht gedeckt ist <sup>13</sup> und

3 Vgl. RICCARDO BRAZEROL, *Der Erbe als Willensvollstrecker*, Bern 2018.

4 Vgl. CHRISTOPH DÖBEREINER, *Introduction au droit successoral allemand*, in: *Journée de droit successoral 2018*, hrsg. v. Paul-Henri Steinauer et al., Bern 2018, S. 79–131; MICHEL MOOSER, *La substitution légale et la substitution vulgaire*, in: *Journée de droit successoral 2018*, hrsg. v. Paul-Henri Steinauer et al., Bern 2018, S. 43–77; DENIS PIOTET, *Problèmes pratiques d'assimilation des trusts anglosaxons au décès*, Not@lex 2017, 96–111; GABRIELA RIEMER-KAFKA, *Stellung der Erben und des Willensvollstreckers im Sozialversicherungsrecht*, in: *Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem ZGB*, hrsg. v. Gabriela Riemer-Kafka, Zürich 2016, S. 145–182; CHRISTINE ZEMP GSPONER, *Auslegung von Ersatzwillensvollstrecker-Klauseln – BGE 5A\_644/2015 und 5A\_635/2015*, *successio* 2017, 244–247.

5 Vgl. DANIEL ABT, *Der Willensvollstrecker aus Sicht des Erben: «il buono, il brutto o il cattivo»*, St. Galler Erbrechtstag 2018; diese Unterlagen sind aufgegangen im folgenden Aufsatz: DANIEL ABT, *Der Willensvollstrecker aus Sicht des Erben: «il buono, il brutto o il cattivo»*, *AJP* 27 (2018) 1313 ff.

6 Vgl. ZEMP GSPONER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 246 f.

7 ZEMP GSPONER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 246.

8 Wie im nachfolgenden Abschnitt b) zu lesen ist, wird von den im Ruhestand lebenden Notaren teilweise der Titel «notaire honoraire» verwendet.

9 ETIENNE JEANDIN, *La profession de notaire*, Zürich 2017, S. 55.

10 Eine andere Auslegung der Nachfolgeklausel wäre nur dann möglich, wenn zum ursprünglichen Notar eine persönliche Beziehung bestand, vgl. JEANDIN (Fn. 9), S. 55 f.: «Seuls des liens personnels particuliers du notaire honoraire avec le testateur pourraient permettre une autre interprétation de sa volonté, et par la même empêcher la clause de substitution de déployer ses effets».

11 MICHEL MOOSER (Fn. 4), S. 45 f.

12 Dieser Fall, der ein Einzelfall bleiben dürfte, fällt unter Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (die Ernennung darf nicht unsittlich sein), 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 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517–518 ZGB N 3; in diesem Fall ist die Ungültigkeit vor dem Richter (und nicht im Aufsichtsverfahren) geltend zu machen, vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 31 f.

13 Der Tatbestand «aus einer Verfügung von Todes wegen irgendetwas zu erwerben» (Art. 540 Abs. 1 ZGB) ist beim Willensvollstrecker (trotz seines Honorars) nicht

eine analoge Anwendung von Art. 540 ZGB auch nicht notwendig ist, weil in diesen Fällen Art. 519 ZGB angewendet werden kann, der insbesondere auch die Rechtsfolge der Nichtigkeit abdeckt.<sup>14</sup>

d) WOLF empfiehlt die Einsetzung eines Willensvollstreckers zur Übertragung eines landwirtschaftlichen Kleinbetriebs wegen der Komplexität des Geschäfts: «Dieser kann insbesondere das Sachvermächtnis am Hof ausrichten (Art. 518 Abs. 2 ZGB), ohne dass dazu die Zustimmung der Miterben erforderlich wäre (Art. 50 lit. b)».<sup>15</sup> In der Praxis versucht der Willensvollstrecker dennoch in jedem Fall, die Zustimmung der Erben zur Ausrichtung eines Vermächtnisses zu erhalten.<sup>16</sup>

e) Von einer *mangelhaften Beurkundung* der Einsetzung des Willensvollstreckers berichtet der Fall VD.2017.200 des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 22.02.2018. So ist im Sachverhalt zu lesen: «Aufgrund der körperlichen Schwäche des Testators musste die Einsetzung von B als Willensvollstrecker tatsächlich öffentlich beurkundet werden. Dabei machte B den Notar vergebens darauf aufmerksam, dass der Entwurf nicht dem erteilten Auftrag entspreche. A hatte insbesondere die Einsetzung von sich selbst als Ersatz-Willensvollstrecker ... aufgenommen. Trotz dieser Änderungen las A den Anwesenden die Urkunde nicht vollständig vor. Ferner veranlasste er, dass zwei Zeugen mit ihrer Unterschrift auf einem bis auf Ort, Datum und Unterschrift von A unbeschriebenen Blatt Papier bestätigten, dass der Testator die Urkunde vor ihnen unterzeichnet und dabei erklärt habe, sie gelesen zu haben». Der beurkundende Notar wurde mit einer Disziplinarbusse belegt und wegen Urkundenfälschung verurteilt. Dieser Fall zeigt, dass

---

gegeben, was sich etwa bei Art. 503 ZGB (Ausschlussgründe für Zeugen beim Erbvertrag) zeigt, wo der Willensvollstrecker als «in der Verfügung nicht bedacht» gilt, vgl. MARTIN LENZ, Kommentar zu Art. 498–511 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-LENZ), Art. 503 ZGB N 7.

14 Vgl. vorne, Fn. 12, und zur Nichtigkeit in Art. 519 ZGB: DANIEL ABT, Kommentar zu 519–521 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-ABT), Art. 519 ZGB N 2 ff.

15 Vgl. FRANZ A. WOLF, Zuweisungsrechte und Nachlassplanung im bäuerlichen Erbrecht, BIAR 2017, 234; BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 518 ZGB N 67.

16 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 57 f.

der Notar den letzten Willen des Erblassers genau zu erfassen hat und nicht manipulieren darf.

### C. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB)

Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil LF170018 vom 29.05.2017 mit der *Vormerknahme der Annahme des Willensvollstreckers* im Verfahren der Testamentseröffnung befasst. Es lag ein Antrag auf Feststellung vor, dass der Erblasser seine erste letztwillige Verfügung ... durch spätere letztwillige Verfügungen aufgehoben habe und dass die Vormerknahme der Annahme der Willensvollstreckung deshalb zu Unrecht erfolgt sei (E. 2.1). Das Gericht beschloss Eintreten, weil die Vormerknahme zur Folge hat, dass auf erstes Verlangen ein Willensvollstrecker-Zeugnis ausgestellt wird (E. 4.4.2). Der Widerruf des ersten Testaments (18.02.2008) wurde im 2. Testament (06.10.2008) und im 3. Testament (01.08.2014) nicht ausdrücklich erklärt. Das Gericht kam zum Schluss, dass die beiden späteren Testamente nur Teilaspekte regelten und kein Widerruf des ursprünglichen Testaments vorliege (E. 4.4.3–4.4.4). Es entschied deshalb, dass das Bezirksgericht die Vormerknahme zu Recht gemacht habe. Wenn man diesen Entscheid so liest, erscheint er als folgerichtig. Leider wurde der Wortlaut der späteren Testamente im Urteil nicht angegeben. Das letzte Testament lautet wie folgt: «Mein letzter Wille. Ich X Y setze die Kinder als Erben auf den Pflichtteil. Der Rest geht an Z. Meine Überresten gehen ins Gemeinschaftsgrab». Obwohl dieser Text sehr kurz ist,<sup>17</sup> wird damit über den ganzen Nachlass verfügt. M.E. war die Vormerknahme deshalb nicht berechtigt, weil mit dem späteren Testament auch die Willensvollstreckerklausel des ersten Testaments (implizit) widerrufen wurde. Dieser Fall zeigt exemplarisch, dass bei späteren Testamenten, welche das Verhältnis zu den früheren nicht ausdrücklich regeln, immer darauf zu achten ist, ob über den ganzen Nachlass verfügt wurde (dann liegt

---

17 Das Gericht beschrieb es folgendermassen: «Im Weiteren enthält das Testament vom 18. Februar 2008 unter sieben Ziffern relativ detaillierte letztwillige Anordnungen, während die beiden späteren von eher rudimentärem bzw. punktuellen Inhalt sind, was auf ihren bloss zusätzlichen bzw. – im Falle der Anordnung betreffend den Pflichtteil der Kinder sowie die Erbeneinsetzung – bekräftigenden Charakter hindeutet» (E. 4.4.4).



ein stillschweigender Widerruf vor)<sup>18</sup> oder nicht (dann können mehrere Testamente nebeneinander bestehen).

### D. Willensvollstrecker ausweis (Art. 517 ZGB)

a) Das Appellationsgericht Basel-Stadt befasste sich im Urteil ZB.2017.11 vom 10.10.2017 mit dem Verbot, ein Willensvollstreckerzeugnis auszustellen (im Sinne einer Sicherungsmassnahme). Ein Willensvollstrecker ausweis ist grundsätzlich auch auszustellen, wenn eine Ungültigkeitsklage hängig ist.<sup>19</sup> Im vorliegenden Fall *verbietet das Zivilgericht dem Erbschaftsamt superprovisorisch* bzw. definitiv, einen Willensvollstrecker ausweis auszustellen (klare Ungültigkeit wegen fehlender Testierfähigkeit; E. 6) und setzt Frist zur Prosekution. Die Frage, ob ein Schlichtungsverfahren bei Einreichung der Ungültigkeitsklage notwendig gewesen wäre, wird verneint, weil das vorsorgliche Verbot prosequiert wird (Art. 198 lit. h ZPO). Das Verbot bleibt bei rechtzeitiger Einreichung der Klage ohne gegenteilige Anordnung des Hauptsachegerichts bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ungültigkeitsprozesses gültig. Im Falle der rechtskräftigen Gutheissung der Ungültigkeitsklage ist die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses definitiv ausgeschlossen.<sup>20</sup> Eine Definitivklärung des vorsorglichen Verbots der Ausstellung eines Willensvollstrecker ausweises ist dagegen nicht erforderlich, weil die vorsorgliche Massnahme von Gesetzes wegen mit dem Entscheid in der Hauptsache dahinfällt (Art. 268 Abs. 2 ZPO; E. 6 und 7). Dieser Entscheid klärt das Zusammenspiel zwischen vorsorglichen Massnahmen und definitivem Entscheid im Zusammenhang mit der Ausstellung eines Willensvollstrecker ausweises. Dem Gericht ist sowohl in seiner Entscheidung zuzustimmen, dass die Einreichung einer Ungültigkeitsklage der Prosekution diene (und damit kein Sühneverfahren notwendig sei), als auch darin, dass der *Entscheid der Ungültigkeits-*

*klage anstelle der vorsorglichen Massnahme* trete (und damit die vorsorgliche Massnahme nicht als definitiv zu erklären sei).

b) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_757/2017 vom 31.08.2017 bestätigt: «Die Erbenbescheinigung muss ausserdem allfällige Willensvollstrecker ... erwähnen» (E. 3.3.2). Dies entspricht der herrschenden Lehre.<sup>21</sup>

### E. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)

a) Nach dem Urteil 4A\_689/2016 des Bundesgerichts vom 28.08.2017, kann *sich jeder Erbe, der eine Nachlassliegenschaft mietet, selbständig gegen eine Aufhebung des Mietvertrags zur Wehr setzen* (E. 4.2). Während das Cour de Justice de Genève ausschliesslich die Willensvollstreckerin als zur Handlung legitimiert ansah: «Examinant uniquement si la contestation de la résiliation entraine dans les pouvoirs de gestion conservatoire de l'exécutrice testamentaire, elle a admis que tel est le cas; une action des héritiers serait donc exclue» (Sachverhalt C.b.), sprach das Bundesgericht dem Mieter (zu Recht) die Legitimation zu, sich gegen eine Aufhebung der Miete zur Wehr zu setzen: «Dès lors que l'héritier demandeur, qui est au demeurant l'occupant des locaux et l'exploitant du café qui fait partie de la succession, a la qualité pour ouvrir action seul, il importe peu que la succession du père soit administrée ou non par un exécuteur testamentaire». Wenn einer der Erben Mieter einer Nachlassliegenschaft ist, kann er selbstständig seine Rechte geltend machen, während auf der Seite des vermietenden Nachlasses der Willensvollstrecker (alleine) legitimiert ist.<sup>22</sup>

b) Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil C-501/2016 vom 01.09.2017 die Aufgaben des Willensvollstreckers wie folgt abgegrenzt: «Im Weiteren ist dem Einwand, wonach die finanzielle Unterstützung der Beschwerdeführerin ... in den Tätigkeitsbereich des Willensvollstreckers falle, zu entgegnen, dass dem öffentlichen Testament vom 19. November 2012 kein diesbezüglicher Wille des Erblassers

18 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 15), Art. 517 ZGB N 10: «Für den Widerruf einer Willensvollstrecker einsetzung gelten die allgemeinen Bestimmungen der Art. 509 und 510».

19 Vgl. MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, Kommentar zu Art. 517–518 und Art. 580–597 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 (zit. BSK-KARRER/VOGT/LEU), Art. 517 ZGB N 18.

20 Mit Verweis auf BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 42.

21 Vgl. FRANK EMMEL, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB; in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015, Art. 559 ZGB N 22; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 559 ZGB N 9.

22 Zur exklusiven Zuständigkeit auf der Seite des vermietenden Nachlasses vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 6.

zu entnehmen ist ... Soweit die Beschwerdeführerin ins Recht führt, der Willensvollstrecker habe *dem Erblasser zu Lebzeiten versprochen*, die Familie in Brasilien finanziell zu unterstützen, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Aufgabe des Willensvollstreckers darin besteht, den letzten Willen und nicht jeden irgendwann zu Lebzeiten geäußerten Willen des Erblassers zu vollstrecken» (E. 3.3.2). Dem kann ich nur beipflichten.

c) Zu den Aufgaben des Willensvollstreckers kann nach dem Urteil 810 17 35 des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 11.08.2017 die *Verwaltung eines Bewirtschaftungsvertrags* über 100 Mietobjekte gehören (E. 7). Im Rahmen des Beizug von Fachleuten und Hilfspersonen<sup>23</sup> kann der Willensvollstrecker einen bestehenden Immobilien-Bewirtschaftungs-Vertrag kündigen und einen neuen Vertrag abschliessen. Es liegt keine missbräuchliche Ermessensausübung vor, wenn der Willensvollstrecker einen Erben vorher nicht anhört und auch keine (öffentliche) Ausschreibung durchführt, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass dieser Erbe als Bewirtschafter (verdeckt; kein schriftlicher Vertrag) ein höheres Honorar bezog als zu Lebzeiten des Erblassers (was einen Vertrauensbruch darstellt – E. 7.3.1) und dass «die Qualität der erbrachten Dienstleistung zu wünschen übrig» liess (E. 7.3.2).<sup>24</sup> Ins Bild dieses Falles passt die Feststellung des Gerichts: «Daneben fällt der teilweise rüde Umgangston des Beschwerdeführers mit den Willensvollstreckern auf...». Es ist zuzugeben, dass der Willensvollstrecker seine Pläne üblicherweise mit den Erben bespricht, bevor er sie umsetzt,<sup>25</sup> aber im vorliegenden Fall machte dies offenbar (ausnahmsweise) keinen Sinn (E. 7.3.1) bzw. war angesichts der Involvierung des Erben auch gar nicht notwendig. Zu erwähnen ist weiter, dass eine Neuorganisation der Liegenschaftsverwaltung natürlich nur dann sinnvoll ist, wenn dies für die Erben auch langfristig stimmt. Vorliegend scheinen die (weiteren) Erben ein grosses Interesse daran zu haben, dass die von ihnen in der Erbteilung übernommenen Liegenschaften von einer neutralen Person (und nicht von einem Erben) bewirtschaftet werden. Die Mass-

nahme diene somit der Vorbereitung der Erbteilung.<sup>26</sup>

d) Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF170066 vom 21.11.2017 festgehalten, dass die *Ausweisung eines Mieters* zu den Aufgaben eines Willensvollstreckers gehören kann. Die Mutter als Willensvollstreckerin im Nachlass des Vaters des Mieters und Erben ist berechtigt, die Rückgabe der Mietsache an die Erbengemeinschaft zu verlangen (sei es als Eigentümerin oder als Vermieterin; E. 4.2). Dies entspricht der geltenden Rechtsprechung.<sup>27</sup>

e) Im Urteil des Bundesgerichts 4A\_180/2017 vom 31.10.2017 wird ein Sachverhalt geschildert, in welchem der Willensvollstrecker 10% der Aktienstimmen für eine Vermächtnisnehmerin vertritt. Es kommt immer häufiger vor, dass das *vom Willensvollstrecker verwaltete Vermögen nicht direkt gehalten* wird, sondern über ein «Vehicle», insbesondere Gesellschaften. In diesen Fällen wird die Verantwortung und die Haftung komplizierter, weil man sich immer fragen muss, inwieweit der Willensvollstrecker die Verhältnisse selbst beeinflussen konnte. Im vorliegenden Fall mit drei Aktionären, bei denen der Willensvollstrecker «das Zünglein an der Waage» bildete, konnte er immer dann direkt Einfluss auf die Entscheidungen nehmen, wenn die beiden anderen Aktionäre nicht gleich stimmten.

f) Nach BARBEY gehört auch die *Kündigung eines Vermögensverwaltungsvertrags* zu den Aufgaben eines Willensvollstreckers: «Dans le cadre d'une succession non partagée lorsque la révocation est exercée par l'exécuteur testamentaire».<sup>28</sup> Dies entspricht der herrschenden Lehre<sup>29</sup> und Rechtsprechung.<sup>30</sup> Ein einzelner Erbe kann den Vermögensverwaltungsvertrag nicht kündigen, nach MEREGALLI DO DUC<sup>31</sup>

23 Vgl. dazu PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 15), Art. 518 ZGB N 13 ff.

24 Zum grossen Ermessen des Willensvollstreckers bei der Verwaltung des Nachlasses vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 98.

25 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 224 (Information über beabsichtigte Handlungen).

26 Zur Vorbereitung der Erbteilung vgl. etwa BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 52.

27 Vgl. RBOG 1998 Nr. 3 E. 2b S. 85; Sachverhalt in ZR 89/1990 Nr. 98 S. 258: Ausweisung des enterbten überlebenden Ehegatten aus der ehelichen Wohnung.

28 MICHEL BARBEY, Le mandat de gestion, Zürich 2017, S. 410.

29 Zur Anlagestrategie, welche der Abwicklungsvollstrecker umzusetzen hat, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 165 ff.

30 Vgl. etwa BGE 125 III 221 und die Besprechung dieses Entscheids durch BERNHARD SCHNYDER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahre 1999, ZBJV 136 (2000) 418 ff.

31 Vgl. SAMANTHA MEREGALLI DO DUC, Chapitre 13: L'obligation de rendre compte, in: Le mandat de gestion de fortune, hrsg. v. Alessandro Bizozero et al., 2. A., Zürich 2017, S. 367.



aber wohl die Kündigung durch einen Vermögensverwalter entgegennemen: «La nomination d'un exécuteur testamentaire n'empêche pas les héritiers d'obtenir des renseignements du mandataire». Dies entspricht nicht der herrschenden Lehre<sup>32</sup> und ist abzulehnen.<sup>33</sup>

g) JUNG behandelt die Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag und führt aus, dass ein *Nachfolger in einer Personengesellschaft* auch vom Willensvollstrecker bestimmt werden darf: «Die Bestimmung der Eintrittskandidaten ... kann auch dem Erblasser, den verbleibenden Gesellschaftern oder einem Dritten (z.B. Willensvollstrecker, Berater, Schiedsgericht) überlassen werden. Die Bestimmung durch einen Dritten kollidiert ... nicht mit dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit erbrechtlicher Verfügungen, da es sich um eine rein gesellschaftsrechtliche Regelung handelt».<sup>34</sup> Dem ist insofern zuzustimmen, als de lege ferenda die Klauseln in Gesellschaftsverträgen noch besser vom Erbrecht getrennt werden sollen.<sup>35</sup> Nicht betroffen davon ist die Ausübung der Gesellschaftsrechte, welche vom Willensvollstrecker wahrzunehmen sind: «Bis zur Teilung übt ein vom Erblasser ernannter Willensvollstrecker zudem die Gesellschafterrechte der Miterben aus. Die

Willensvollstreckung kann vom Erblasser auch nur auf den Gesellschaftsanteil beschränkt werden».<sup>36</sup>

h) PIOTET macht in einem Aufsatz einen *Vergleich des englischen trustee mit dem Willensvollstrecker* und führt aus: «Demgegenüber bieten die schweizerischen Regeln eine Institution an, welche der Stellung des <Trustee> im Todesfall gleich kommt, nämlich die verlängerte oder erweiterte Willensvollstreckung – eine Funktion, die kein Eigentum des <Trustee> an der Erbschaft voraussetzt und die aus diesem Grunde die Übertragung von deren Werten erleichtert».<sup>37</sup> Neben dem fehlenden Eigentum weist die Dauervollstreckung noch einen weiteren wichtigen – von PIOTET nicht erwähnten – Unterschied auf: Der trustee trifft selbstständige Entscheidungen, während der Willensvollstrecker nur die Entscheidungen des Erblassers vollzieht.<sup>38</sup> In diesem Zusammenhang sei der Hinweis erlaubt, dass das Bundesamt für Justiz, ausgehend von der Parlamentarischen Initiative von Fabio Regazzi 16.488 (Aufnahme des Rechtsinstituts des Trusts in die schweizerische Gesetzgebung) an einem Schweizer Trustrecht arbeitet.<sup>39</sup> Dieses wird derartige Unterschiede zu berücksichtigen haben.

i) PFISTER zeigt, dass es zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehören kann, *einen Stiftungszweck zu klären*: «Le but de la fondation doit être clair. Si tel n'est pas le cas, l'autorité de surveillance devrait être en mesure, sur la base de son pouvoir d'instruction de l'art. 81 al. 2 CC, de le corriger ou de le compléter pour le rendre compréhensible. Une demande de clarification à l'autorité compétente peut émaner de l'exécuteur testamentaire».<sup>40</sup> Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>41</sup> In ähnlicher Weise kann es nach GWELESIANI/SCHINDLER zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehören, den *ersten Stiftungsrat zu be-*

32 Vgl. STEPHAN WOLF, Berner Kommentar zu Art. 602–619 ZGB: Die Teilung der Erbschaft, Bern 2014, Art. 603 ZGB N 38 («So müsste etwa die Kündigung eines Pachtverhältnisses an die ganze Erbengemeinschaft gerichtet werden und nicht nur an einen einzelnen Erben»), mit Verweis auf PETER TUOR/VITO PICENONI, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), Bern 1973, Art. 603 ZGB N 7; ARNOLD ESCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640), 3. A., Zürich 1960, Art. 603 ZGB N 7.

33 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 209: «Von der Exklusivität sind auch kleinere, zur ordentlichen Verwaltung gehörende Geschäfte nicht ausgenommen, können also von einem einzelnen Erben nicht vorgenommen werden».

34 Vgl. PETER JUNG, Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Personengeschafters – Zum notwendigen Zusammenspiel von Erbrecht und Gesellschaftsrecht, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII (2017) 179.

35 Vgl. dazu den Vorschlag von BALZ HÖSLY/NADIRA FERHAT, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, successio 10 (2016) 123: «Erbrechtliche Klauseln, welche Teil sind von Gesellschaftsverträgen oder Verträgen unter Gesellschaftern, können schriftlich vereinbart werden, wenn sie die Rechte der Erben eines Gesellschaftern nicht ungewöhnlich oder übermäßig einschränken».

36 JUNG (Fn. 34), S. 193.

37 DENIS PIOTET, Problèmes pratiques d'assimilation des trusts anglosaxons au décès, Not@lex 2017, 96.

38 Zur fehlenden Delegationsmöglichkeit vgl. STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, Rn. 290: «Beispiel: Der Erblasser kann nicht verfügen, der Willensvollstrecker, das Gericht oder ein anderer Dritter sollte bestimmen, wer was aus seinem Nachlass erhalte».

39 Wie dieses Trustrecht etwa aussehen könnte, skizziert LUC THÉVENOZ, Propositions pour un trust suisse, SZW 2018, 99 ff.

40 LOÏC PFISTER, La fondation, Zürich 2017, Rn. 106.

41 Vgl. BGer. 5A\_29/2005 E. 3.2; HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 493 ZGB, in: Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, hrsg. v. Peter Breitschmid et al., 3. A., Zürich 2016, Art. 493 ZGB N 5.

*stimmen*: «La nomination des membres de l'organe suprême de la fondation peut prendre la forme d'une disposition pour cause de mort par laquelle l'exécuteur testamentaire est chargé de nommer cet organe».42 Auch dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.43

j) Nach RIEMER-KAFKA gehört es zu den Aufgaben der Erben, auch nach dem Tod des Erblassers diesen gegebenenfalls für Sozialversicherungsleistungen anzumelden. Sie führt dazu aus: «Weder Art. 67 Abs. 1 AHVV noch Art. 66 Abs. 1 IVV noch Art. 20 Abs. 1 ELV ... führen die Erben unter den zur Anmeldung Befugten auf ... Da die Erben kraft Universalsukzession in den Nachlass eintreten, können sie m.E. gestützt auf ein vorhandenes schützenswertes Interesse die fälligen, aber noch nicht angemeldeten Leistungsansprüche der verstorbenen Person innerhalb der gemäss Art. 24 Abs. 1 ATSG oder einzelgesetzlich statuierten Verjährungsfristen anmelden oder Ansprüche auf Nachzahlung höherer als der bislang bezogenen Leistungen geltend machen».44 Was im Beitrag nicht gesagt wird: Es kann (gegebenenfalls) auch zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehören, den Erblasser betreffende Sozialversicherungsleistungen geltend zu machen.45

k) EIGENMANN/FANTI erwähnen, dass der Willensvollstreckter auch zur Aufgabe haben kann, *die digitalen Daten des Erblassers zu verwalten*: «Enfin, il est également possible ... de nommer un exécuteur testamentaire (spécifique) aux questions numériques».46 Der Willensvollstreckter bzw. die Erben können sodann Inhaber der Datensammlung des Erblassers werden, verbunden mit den entsprechenden Pflichten: «En principe, les personnes concernées, soit les nouveaux maîtres du fichier, sont l'exécuteur testamentaire ... ou les héritiers du maître du fichier. En effet, ils deviennent possesseurs des documents détenus par le maître du fichier décédé et reprennent le cas échéant le mandat. De ce fait, ils deviennent eux-mêmes maîtres du fichier au sens de l'art. 3 let. i LPD ... Les héritiers ou l'exécuteur testamentaire

... ont ... l'obligation de préserver la confidentialité de ces données».47

l) VISCHER/GALLI befassen sich mit der *GAFI-Meldepflicht* und stellen sich die Frage, in welchem Zeitpunkt der Transfer der Aktien auf die Erben zu melden sei, ob schon beim Erbgang oder erst bei der Erbteilung. Sie vertreten die Ansicht, dass die Meldung schon beim Erbgang vorzunehmen sei, weil der Eigentümer ändere und weil das Aktienrecht in Art. 685 Abs. 4 OR die Unterscheidung in Erbgang und Erbteilung nicht mache.48 Dagegen spricht allerdings, dass Erbschaften keine Gefahr für die Geldwäscherei darstellen (wie schon im GWG),49 und vor allem, dass eine solche Meldung keinerlei Erkenntnisgewinn bringt, weil nun statt «A.» die «Erbengemeinschaft A.» als Aktionär aufgeführt wird (diese Bezeichnung genügt nach h.M.).50 Ich bleibe deshalb bei meiner Mindermeinung, dass es genügt, wenn der *Willensvollstreckter die GAFI-Meldung nach erfolgter Erbteilung macht*.51

m) VÖGELI fragt sich, ob eine *Vollmacht als Ersatz für eine Willensvollstreckung* verwendet werden könne. Sie führt aus, dass die Ansicht, «wonach postmortale Vollmachten nicht für Angelegenheiten eingesetzt werden dürfen, welche typischerweise dem Willensvollstreckter obliegen», als überholt gilt.52 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass der Willensvollstreckter exklusive Fähigkeiten hat,53 welche nicht nur die Erben, sondern auch einen postmortal Bevollmächtigten verdrängen können. Weiter führt VÖGELI aus, dass mit postmortalen Vollmachten das Bedürfnis, unentgeltliche Zuwendungen zu machen, nicht sinnvoll abgedeckt werden kann und der Erblasser besser ein Vermächtnis ausspricht oder eine Weisung an den Willensvollstreckter.54 Diese Einschätzung teile ich un-

42 MICHAEL GWELESSIANI/NIELS SCHINDLER, Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce, 2. A., Bern 2017, Art. 94 HRegV N 371.

43 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 354 f.

44 RIEMER-KAFKA (Fn. 4), S. 162 f.

45 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 112, mit Verweis auf EGVE 1963, 25.

46 ANTOINE EIGENMANN/SÉBASTIEN FANTI, Successions, données personnelles, numériques et renseignements, SJ 2017 II 202.

47 EIGENMANN/FANTI (Fn. 46), SJ 2017 II 216 f.

48 Vgl. MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, GAFI-Meldepflicht(en) beim Aktienerwerb zufolge Erbgangs?, ExpertFocus 2017, 507.

49 So auch VISCHER/GALLI (Fn. 48), ExpertFocus 2017, 507.

50 Vgl. VISCHER/GALLI (Fn. 48), ExpertFocus 2017, 508.

51 Ebenso schon KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 31 f.

52 Vgl. ANNINA VÖGELI, Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?, successio 12 (2018) 33 f.; neustens a.M. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht, 1. Teil, Basel 2015, S. 168.

53 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 200 und 209; vorne, FN 22 und 33.

54 Vgl. VÖGELI (Fn. 52), successio 12 (2018) 43.



eingeschränkt.<sup>55</sup> Schliesslich befasst sich VÖGELI mit der Frage, ob die (formfreie) postmortale Vollmacht eine Umgehung der (durch letztwillige Verfügung zu erfolgenden) Bestellung eines Willensvollstreckers darstelle. Dies ist grundsätzlich zu verneinen, kann aber immer nur im Einzelfall entschieden werden.<sup>56</sup> In der Praxis stellt sich diese Frage kaum, weil Vollmachten von den Erben leicht widerrufen werden können.<sup>57</sup>

n) WOLF/KERNEN untersuchen, ob es zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehören könne, *Stockwerkeigentum zu begründen*: «Der Erblasser plant in einer Verfügung von Todes wegen die auf sein Ableben hin vorzunehmende Begründung von Stockwerkeigentum in allen Details voraus, mithin namentlich unter Festlegung der Stockwerkeinheiten mit ihrer Aufteilung (Aufteilungsplan) und ihren Wertquoten». <sup>58</sup> Unter dieser Voraussetzung kann der Willensvollstrecker die Stockwerkeigentumsbegründung unter Beilegung der Verfügung von Todes wegen als Rechtsgrund beim Grundbuchamt anmelden.<sup>59</sup> Dieser mutige Vorschlag von WOLF/KERNEN kann dann erfolgreich umgesetzt werden, wenn der Wortlaut vorgängig vom Grundbuchamt geprüft wurde.

o) TALBOT hält fest, dass der Willensvollstrecker nicht zur *Anzeige der Überschuldung* einer Gesellschaft (etwa nach Art. 725 OR) legitimiert sei.<sup>60</sup> Dies entspricht der herrschenden Praxis.<sup>61</sup>

### F. Ende (-)

a) Im Urteil 5A\_325/2017 des Bundesgerichts vom 18.10.2017 ist ein Beispiel zu lesen, wie eine *Willensvollstrecker-Ernenennung widerrufen* wurde: «elle ne doit pas être mon exécutive testamentaire ni l'autre qu'elle m'a fait désigner» (Sachverhalt A.r.). Dieser Widerruf war allerdings nicht gültig, weil die Erblasserin nicht (mehr) testierfähig war (E. 5.3.2).

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

a) ABT vertritt die Ansicht, dass *jeder einzelne Erbe* den Anspruch auf Honorarrückforderung alleine geltend machen können sollte.<sup>62</sup> Dies ist wegen der Rechtsnatur der Forderung (ungerechtfertigte Bereicherung) aber nicht der Fall,<sup>63</sup> wenigstens so lange nicht, als der Anspruch nicht unter den Erben aufgeteilt wurde<sup>64</sup> oder alle nicht klagenden Erben erklären, dass sie sich dem Urteil vorbehaltlos unterziehen. Der wegen der Anspruchskonkurrenz weiter zur Verfügung stehende Anspruch aus Haftung, welcher von einem einzelnen Erben geltend gemacht werden kann,<sup>65</sup> erweist sich wegen der Verteilung der Beweislast regelmässig als weniger günstig.<sup>66</sup>

b) Im Nachgang zum Entscheid 5A\_705/2015 des Bundesgerichts vom 21.06.2016 (Abweisung der Vermächtnisklage)<sup>67</sup> hat sich das Appellationsgericht Basel-Stadt im Urteil ZB.2014.15 vom 10.04.2017 erneut mit der Klage eines Quotenvermächtnisnehmers betreffend *Reduktion des Willensvollstrecker-Honorars* befasst, welche nun als Verantwortlichkeitsklage behandelt wurde. Das Appellationsgericht stellte fest, dass das Honorar zwischen den Erben und dem Willensvollstrecker vereinbart worden sei und der Vermächtnisnehmer diese Verein-

55 Zur fehlenden Kompetenz des Willensvollstreckers, unentgeltliche Zuwendungen zu machen, vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 47; zu den Weisungen des Erblassers, welche in der Form einer letztwilligen Verfügung erfolgen müssen, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 93.

56 Vgl. VÖGELI (Fn. 52), *successio* 12 (2018) 44.

57 Vgl. VÖGELI (Fn. 52), *successio* 12 (2018) 46.

58 Vgl. STEPHAN WOLF/ALEXANDER KERNEN, Begründung von Stockwerkeigentum und nachträgliche Änderungen, in: *Aktuelles zum Stockwerkeigentum*, hrsg. v. Stephan Wolf, Bern 2017, S. 34.

59 Vgl. WOLF/KERNEN (Fn. 58), S. 35.

60 Vgl. PHILIP TALBOT, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. v. Jolanta Kren Kostkiewicz et al., 4. A., Bern 2017, Art. 192 SchKG N 14.

61 Vgl. Obergericht Zürich VB 160025 vom 22.11.2017 E. 8.2: «Nicht zur Überschuldungsanzeige legitimiert sind hingegen die Generalversammlung, einzelne Aktionäre, Gläubiger, Dritte wie Willensvollstrecker...».

62 Vgl. ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1323 f.

63 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 121 und *successio* 8 (2014) 124 f. und der dort behandelte BGer. 5A\_881/2012 vom 26.04.2013; dies entspricht auch der Rechtsprechung in Deutschland, siehe dazu jüngst LG Freiburg im Breisgau 11 O 138/17 vom 12.01.2018, ZErB 2018, 96 (Klage einer Alleinerbin).

64 Diese Lösungsmöglichkeit erwähnt auch ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1324.

65 Vgl. BGer. 5A\_705/2015 E. 7.2; weiter vgl. hinten, L. c).

66 Es ist regelmässig einfacher, die Unangemessenheit eines Honorars nachzuweisen als eine damit verbundene Pflichtverletzung, vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 24.

67 Zu Besprechungen dieses Falles vgl. MARTIN KARRER, Willensvollstreckerhonorar sowie Forderung, *successio* 11 (2017) 155 ff.; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 10 (2016) 27 f.



barung nicht überprüfen könne. Wenn ein übersetztes Honorar bezahlt wurde, muss sich der Vermächtnisnehmer an die Erben wenden (E. 3.3). Dieser Beurteilung kann ich zustimmen, weil der Vermächtnisnehmer vom Willensvollstrecker (allenfalls) nur indirekt geschädigt wurde.<sup>68</sup>

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

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_628/2017 vom 10.04.2018 mit der Auskunftspflicht des Willensvollstreckers befasst. Ihm wurde die Weisung erteilt, innert 10 Tagen die Steuererklärung per 31.12.2015 und die unterjährige Steuererklärung per 17.01.2016 zugänglich zu machen. Der Willensvollstrecker wollte sich der Auskunftspflicht mit allen möglichen Argumenten entziehen: Er verwies den Erben an die Steuerverwaltung; er behauptete, die Steuererklärung habe keinen Wert, weil sie nur eine Tatsachenbehauptung darstelle; er brachte vor, der Anspruch sei jedenfalls untergegangen, weil der Erbe an einer Erbenversammlung nicht teilgenommen habe; er gab zu bedenken, dass er einen Erben bevorzuge, wenn er nur ihm die Auskunft erteile; sodann sei die angesetzte Frist von 10 Tagen zu kurz und der Anspruch noch nicht fällig. Alle diese Vorbringen sind untauglich (E. 4). Dieser Fall zeigt exemplarisch, dass es in der Praxis immer noch Willensvollstrecker gibt, welche ihre Aufgabe zur Schaffung von Transparenz als Grundlage der Erbteilung nicht wahr haben wollen. Wer die Spielregeln derart nachhaltig nicht begreifen will, sollte eigentlich aus dem Amt entfernt werden.<sup>69</sup>

b) Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat sich im Urteil 810 17 43 vom 13.09.2017 mit der *Auszahlung von Vorschüssen* befasst. Es lagen Begehren von

zwei Erben für einen Vorschuss von CHF 600000 zur Bezahlung der Steuern 2014–2016 vor. Ein dritter Erbe (A) «untersagte» dem Willensvollstrecker die Auszahlung (Sachverhalt D.). Die Aufsichtsbehörde ordnete die Zahlung von CHF 1 Mio. an alle 3 Erben an. In der Beschwerde von Erbe A an den Regierungsrat, verlangte A eine Reduktion des Betrags auf CHF 300000/Erbe, in der Beschwerde an das Kantonsgericht auf CHF 433500/Erbe. Das Kantonsgericht stellte (zu Recht) fest, dass *der Willensvollstrecker zuerst sein Ermessen ausüben* dürfe bzw. müsse.<sup>70</sup> Wenn er dies (pflichtwidrig) nicht tue, müsse die Aufsichtsbehörde ihn zur Auszahlung anhalten, oder wenn er sein Ermessen überschreite (z.B. nicht an sachlich vertretbaren Gesichtspunkten orientiere), könne sie ihm Weisungen erteilen (E. 4). Diese Entscheidung ist sehr zu begrüssen, weil sie sowohl dem unanständig agierenden Erben A, als auch der zu gutmütigen Aufsichtsbehörde aufzeigt, dass der Willensvollstrecker die Entscheidung über Vorschüsse zu treffen hat.<sup>71</sup>

c) Der Gemeinderat Oberägeri hat im Entscheid E3.2/218166 vom 16.10.2017 mit einer *Frist zur Aufsichtsbeschwerde* zu befassen. Nach § 85 des Zuger EGZGB<sup>72</sup> kann gegen die Tätigkeit des Willensvollstreckers innert 20 Tagen nach Kenntnis einer Handlung oder Unterlassung beim Gemeinderat Beschwerde gegen den Willensvollstrecker erhoben werden. Im Entscheid ist dazu zu lesen: «Die Aufsichtsbehörde ist ... der Auffassung, dass bei der Beurteilung einer Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker, wenn – wie in casu – nicht eine einzelne grobe Verfehlung, sondern verschiedene Beanstandungen erhoben werden, eine Gesamtwürdigung der dargestellten Vorgänge zu erfolgen hat. Es kommt hinzu, dass die Erben ansonsten bei jeder möglichen Pflichtverletzung sofort Beschwerde erheben müssten, was u.U. eine Beschwerdeflut generieren würde» (E. 4). Dieser Fall, der von der Aufsichtsbehörde elegant gelöst wurde, führt vor Augen, dass eine solche Frist wenig Sinn macht, insbesondere bei länger andauerndem Fehlverhalten.

68 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Haftung des Willensvollstreckers – Mögliche Rechtsgrundlagen und ihre Anwendung, in: Festschr. für Paul-Henri Steinauer, hrsg. v. Alexandra Rumo-Jungo et al., Bern 2013, S. 374: «Erben sind meist direkt geschädigt, Vermächtnisnehmer oft indirekt (Reflexschaden).»

69 Zur Absetzung kam es im Falle BES.2016.195 des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 26.07.2017, wo in E. 4.4 festgehalten wurde: «Das Bezirksgericht Höfe hat sich in der Aufsichtsbeschwerde einlässlich mit den Auskunftspflichten des Beschwerdegegners sowohl als Miterbe als auch als Willensvollstrecker auseinandergesetzt und festgehalten, dass sowohl nach deutschem als auch nach Schweizer Recht kein Anlass bestand, den Beschwerdeführenden die entsprechenden Auskünfte zu verweigern».

70 Die Auszahlung von Vorschüssen gehört zur Erbschaftsverwaltung, bei welcher der Willensvollstrecker selbst entscheiden kann und wo ihm ein grosser Ermessensspielraum zusteht vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 98.

71 Vgl. dazu BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 46.

72 Vgl. Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug, BGS 211.1.



ten des Willensvollstreckers.<sup>73</sup> Ob eine solche Frist nun bundesrechtswidrig ist<sup>74</sup> oder nur unnötig (weil die Behörde ja auch von Amtes wegen tätig werden kann),<sup>75</sup> kann hier offengelassen werden. Wenn nach der Revision des Erbrechts (hoffentlich) die Gerichte alleine als Aufsichtsbehörde wirken,<sup>76</sup> wird die ZPO zur Anwendung kommen, welche keine derartige Frist kennt.

d) Im gleichen Entscheid E3.2/218166 vom 16.10.2017 hat sich der Gemeinderat Oberägeri auch mit der *Suspendierung des Willensvollstreckers* befasst. Dazu führt er aus: «Es ist umstritten, ob die Aufsichtsbehörde den Willensvollstreckter vorsorglich in seinem Amt suspendieren kann ... Die Aufsichtsbehörde geht vorliegend davon aus, dass eine Absetzung des Willensvollstreckers bei Vorliegen genügend gewichtiger Gründe geboten sein kann» (E. 5). Die Suspendierung war früher umstritten, ist heute aber in der Lehre und Rechtsprechung anerkannt.<sup>77</sup> Allerdings gibt es kaum Ausführungen über die Auswirkungen einer Suspendierung. Vorliegend ging es darum, dass der Dauer-Willensvollstreckter die für die Mehrheitsfindung entscheidenden Aktienstimmen einer minderjährigen Vermächtnisnehmerin bis auf Weiteres nicht mehr

ausübt. Es stellte sich die Frage, wer an seiner Stelle das Aktienstimmrecht ausübt. Der Gemeinderat hat diese Aufgabe an den Ersatz-Willensvollstreckter übertragen (E. 9). Das war m.E. nicht richtig, weil der Ersatz-Willensvollstreckter erst zum Zug kommt, wenn der (erste) Willensvollstreckter (definitiv) nicht mehr vorhanden ist.<sup>78</sup> Dies konnte die Aufsichtsbehörde aber in der Literatur so nicht finden. Im vorliegenden Fall hätte der (bereits vorhandene) Beistand der minderjährigen Vermächtnisnehmerin diese Aufgabe vorübergehend übernehmen müssen.

e) Das Bezirksgericht Meilen befasste sich im Urteil 160007-G vom 29.08.2017 mit *nachträglichen Eingaben im Aufsichtsverfahren*: «Das Verfahren ist durch die Offizialmaxime und die Untersuchung des Sachverhaltes von Amtes wegen geprägt (vgl. § 83 Abs. 3 GOG ...). Dies hat namentlich zur Folge, dass die Aufsichtsbehörde hinsichtlich der aufsichtsrechtlich anzuordnenden Massnahmen nicht an die Parteianträge gebunden ist und neue Tatsachen sowie neue Anträge jederzeit zu berücksichtigen sind» (E. III. 2.). Dies entspricht der herrschenden Lehre: Obwohl kein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt wird, können die Parteien (auch ohne Aufforderung) replizieren, was fortgesetzt wird, bis sich niemand mehr äussert.<sup>79</sup> Einzuschränken ist, dass diese Möglichkeit nicht zur Verzögerung missbraucht werden darf.

f) Im gleichen Entscheid 160007-G vom 29.08.2017 nimmt das Bezirksgericht Meilen zur *Interessenkollision* Stellung: Der Frage der Abgrenzung zwischen gerichtlicher und aufsichtsbehördlicher Zuständigkeit darf «keine zu grosse Bedeutung zugemessen werden. Wie das Bundesgericht ausführt, ist bei der Prüfung der Absetzung eines Willensvollstreckers für die Geltendmachung <derartiger> — im ZGB nicht vorgesehener — Testamentsmängel die gerichtliche Zuständigkeit nicht vorgeschrieben, weshalb Entscheide der Verwaltungsbehörde nicht verpönt seien (BGE 90 II 385)» (E. 3.3). Diesen Ausführungen kann ich zustimmen.<sup>80</sup> Im konkreten Fall war der Willensvollstreckter Gläubiger einer umstrittenen Nachlassforderung, was einen

73 Ebenso ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1314; HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstreckter, in: Festschr. Thomas Sutter-Somm, hrsg. v. Roland Fankhauser et al., Zürich 2016, S. 941: «M.E. gibt es keine Fristen zu beachten, da der Willensvollstreckter keine förmlichen Entscheidungen trifft, welche er den Erben oder anderen Beteiligten eröffnet».

74 So ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1314.

75 Zum Tätigwerden der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen vgl. BGer. 5C.77/1988 vom 2. September 1988 (unveröffentlicht) S. 3 E. 2: «Il s'agit au contraire d'une procédure où l'autorité compétente pour surveiller l'exécuteur testamentaire intervient en vertu de son pouvoir de surveillance, d'office ou sur dénonciation ...»; LGVE 1978 III 34 Nr. 11 E. 1: «Diese kann ... auch von Amtes wegen ... einschreiten»; Max. XI (1971–80) 75 Nr. 61: «Die Behörde kann auf Antrag eines materiell Berechtigten oder auch von Amtes wegen einschreiten ...»; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 98.

76 Vgl. Art. 518 Abs. 4 E-ZGB (Vorentwurf), [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf).

77 Vgl. BGer. 5A\_574/2009 vom 4.12.2009 E. 1.3 (die Suspendierung des Willensvollstreckers stellt eine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 98 BGG dar); PETER BREITSCHMID, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstreckter, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 242; BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 ZGB N 550; seit der 4. Auflage auch BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 102.

78 Das wird angedeutet von BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 517 ZGB N 23, wonach die Willensvollstreckter bei einer gesetzlich vorgesehenen Sistierung nicht endet, sondern nach Abweisung der Klage oder Beendigung der Massnahme wieder auflebt; entsprechendes gilt für die behördlich angeordnete Sistierung.

79 Vgl. KÜNZLE (Fn. 73), S. 942 f.

80 Ebenso KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 2018, 61: Klare Fälle können von der Aufsichtsbehörde behandelt werden (neben Pflichtverletzungen).

unbeherrschbaren Interessenkonflikt darstellt (E. 3.2.2). Zudem machte er «Geheimhaltungsinteresse» am Teppichlager geltend (E. 3.3.1) und verteilte ungleiche und ungesicherte Vorschüsse, was belegte, dass er den Konflikt nicht beherrschte (E. 3.3.2).

g) ABT vertritt die Ansicht, dass die *Spaltung des Rechtswegs bei der Interessenskollision* (Aufsichtsbehörde und Zivilgericht) aufgegeben werden sollte und nur noch die Aufsichtsbehörde zuständig sein soll.<sup>81</sup> Die gleiche Ansicht vertritt BRAZEROL,<sup>82</sup> wenn auch aus anderen Gründen.<sup>83</sup> Ich habe lange (insbesondere auch im Berner Kommentar) die Ansicht vertreten, dass (allein) die Gerichte zuständig seien.<sup>84</sup> Neu vertrete ich die Ansicht, dass die Aufsichtsbehörde klare Verstösse behandeln kann (insbesondere auch im Zusammenhang mit weiteren Vorwürfen wie grober Pflichtverletzung).<sup>85</sup> Wenn die Revision des Erbrechts die Gerichte als alleinige Aufsichtsbehörden bringt,<sup>86</sup> könnte die gleiche Instanz alle Fälle entscheiden, allerdings weiterhin in zwei verschiedenen Verfahren, nämlich die klaren Fälle im summarischen Verfahren und die übrigen Fälle im ordentlichen Verfahren.<sup>87</sup>

h) ABT befasst sich sodann mit der Frage, ob der Willensvollstrecker im ordentlichem Absetzungsverfahren als «unteilbare Einheit» gelte<sup>88</sup> mit der Folge, dass eine Absetzung für alle Erben wirke. Während die herrschende Lehre davon ausgeht,<sup>89</sup>

wird dies von SEILER verneint.<sup>90</sup> Das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft-West hat dies in einem kürzlichen Entscheid bejaht: Im Absetzungs-Prozess gestützt auf Art. 519 f. ZGB müssen alle Erben (auf der Aktiv- oder Passivseite) eingebunden sein (als Partei, oder als jemand, der sich dem Urteil unterzieht).<sup>91</sup> Offen gelassen wurde, ob auch die Vermächtnisnehmer eingebunden werden müssen.<sup>92</sup> M.E. müssen auch alle Vermächtnisnehmer eingebunden werden.<sup>93</sup> Es ist nur im summarischen Verfahren (der freiwilligen Gerichtsbarkeit) möglich, dass nicht alle Erben und Vermächtnisnehmer ins Verfahren einbezogen sind und der Entscheid dennoch gegenüber allen Betroffenen wirkt (erga omnes-Wirkung),<sup>94</sup> wobei die Aufsichtsbehörden in solchen Fällen allerdings in der Regel die übrigen Erben bzw. Vermächtnisnehmer ins Verfahren einbeziehen.<sup>95</sup>

i) Wenn ein Gericht als Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker tätig ist, *kommt* nach überwiegender Meinung *die ZPO als kantonales Recht zur Anwendung*.<sup>96</sup> BRAZEROL vertritt dagegen die Ansicht, dass die ZPO direkt zur Anwendung komme, weil Art. 54 Abs. 2 SchlT das kantonale Recht ver-

81 Vgl. ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1317 ff.; ebenso BRAZEROL (Fn. 3), N 535 ff.

82 Vgl. BRAZEROL (Fn. 3), N 535 ff.

83 Die vier vorgebrachten Gründe (N 536–538) überzeugen mich nicht: (1) Eingriff in die letztwillige Verfügung des Erblassers (materielles Recht soll aber gerade vom Richter behandelt werden); (2) Interessenskollision hat grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit des Willensvollstreckers zur Folge (ich habe nichts dagegen, wenn klare Fälle von der Aufsichtsbehörde behandelt werden); (3) Umstände des Einzelfalles sind zu berücksichtigen (gerade das kann der Richter im ordentlichen Verfahren besser); (4) Die Aufsichtsbehörde wird beschnitten (das stimmt nur zum Teil, weil einfache Fälle bei ihr bleiben).

84 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 454.

85 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 61.

86 Vgl. vorne, Fn. 76.

87 So auch ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1325.

88 Zur Begründung der Rechtsprechung vgl. BGE 97 II 201 E. 3.

89 Vgl. etwa die von ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1319 zitierten Autoren: THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – ausgewählte Probleme, successio 8 (2014) 205; CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erb-

rechtlichen Klagen, Zürich 2012, N 324; KÜNZLE (Fn. 73), S. 950; KÜNZLE (Fn. 1), successio 2016, 26 ff., 34; KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 29; KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 60; ABT (Fn. 14), Art. 519 ZGB N 67a; DANIEL ABT, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, AnwaltsRevue 2013, 268; LUKAS HOLZER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, Zürich 2015, N 37.

90 Vgl. BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Habil. Basel, Zürich 2017, N 209 ff. und 323 f.

91 Vgl. Entscheid des ZKG BL West vom 23. November 2017, zitiert von ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1320 Fn. 57.

92 Vgl. ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1320.

93 Ebenso schon BGE 97 II 201 E. 3; KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 34; auch das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat dies im Urteil 400 18 58 vom 14.08.2018 E. 7 bestätigt, in welchem der Entscheid des ZKG BL West (Fn. 91) beurteilt wurde; gegen dieses Urteil ist allerdings noch eine Beschwerde beim Bundesgericht hängig (Verfahren 5A\_984/2018).

94 Auf diesen Zusammenhang weist die Advokatenkammer Basel hin im Vernehmlassungsverfahren zur Erbrechtsrevision ([www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-organisationen.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-organisationen.pdf)), S. 21.

95 Vgl. Kantonsgericht Basel-Landschaft 400 18 58 vom 14.08.2018, E. 8.3.

96 Vgl. RAFAEL KLINGLER, Kommentar zu Art. 1 ZPO, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. v. Thomas Sutter-Somm et al., 3. A., Zürich 2016, Art. 1 ZPO N 7; KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 62 f.



dränge (mit Verweis auf Art. 1 lit. b ZPO).<sup>97</sup> Davon gibt es allerdings nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Ausnahme, nämlich wenn der Kanton die Behörde bezeichnet,<sup>98</sup> was bei der Aufsicht über den Willensvollstrecker der Fall ist.<sup>99</sup> Wenn die Revision des Erbrechts aufgrund von Art. 518 Abs. 4 E-ZGB die alleinige Zuständigkeit der Gerichte bringt,<sup>100</sup> wird künftig die ZPO unbestrittenermassen direkt zur Anwendung kommen.<sup>101</sup>

j) BRAZEROL befasst sich mit der Beurteilung von *Interessenkollisionen* und *kategorisiert die Sachverhalte*:<sup>102</sup> (1) Unzulässigkeit (Selbstkontrahieren,<sup>103</sup> wenn eine Benachteiligung nicht ausgeschlossen oder Geschäfte von Erben bewilligt/genehmigt<sup>104</sup> werden können, oder gleichzeitiges Vorliegen von besonderen Funktionen, wie Notar, Rechtsanwalt oder Beistand), (2) Unvereinbarkeit (struktureller Interessenkonflikt ohne Verhaltensprüfung, wie z.B. Haftung aus früherer Tätigkeit als Steuerberater) und (3) Missbrauch (Einsetzung von Willensvollstreckerbefugnissen, um Erbeninteressen zu verfolgen, oder Instrumentalisierung von Erbenbefugnissen, um persönliche, in der Willensvoll-

streckerstellung begründete Interessen durchzusetzen). Die Aufarbeitung des Materials ist sehr wertvoll, die Kategorisierung entspricht der bisher bekannten.<sup>105</sup>

k) BRAZEROL befasst sich sodann mit möglichen *Massnahmen bei Interessenkollisionen*: Die Aufsichtsbehörde kann den Willensvollstrecker absetzen, insbesondere bei schwerem Strukturkonflikt oder schwererem Missbrauch. Er bezeichnet die *Absetzung* als Aufhebung der Ernennungsklausel,<sup>106</sup> was m.E. aber nicht der Fall ist, weil durchaus ein Ersatz-Willensvollstrecker nachrücken kann.<sup>107</sup> Weiter befasst er sich mit der Natur der Absetzung und qualifiziert sie – je nach Verschulden – als administrative bzw. disziplinarische Massnahme.<sup>108</sup> Dies gibt Anlass, die Qualifikation, welche in der Literatur meist beiläufig erfolgt, zu hinterfragen. Ich habe die Absetzung bisher als disziplinarische Massnahme behandelt.<sup>109</sup> Im Zusammenhang mit der Schiedsfähigkeit des Aufsichtsverfahrens musste ich mir die Rechtsnatur genauer überlegen, weil etwa die disziplinarische Massnahme Strafandrohung nach Art. 292 StGB aufgrund des *ordre public*<sup>110</sup> den staatlichen Gerichten vorbehalten<sup>111</sup> und den Schiedsgerichten somit nicht zugänglich ist. Wenn man es

97 Vgl. BRAZEROL (Fn. 3), N 112: «Weist der Kanton im Rahmen der bundesrechtlich vorgegebenen Wahlmöglichkeit die Aufsicht einem Gericht zu, so stellen aufsichtsrechtliche Massnahmen dieses Gerichts «gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit» i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO dar. Die direkte Anwendbarkeit der ZPO als Bundesrecht drängt sich besonders unter dem Aspekt auf, die ZPO möglichst umfassend auf zivilrechtliche Verfahren anzuwenden».

98 Vgl. BGE 139 III 225: «Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet die ZPO nur dort direkte Anwendung, wo das Bundesrecht selbst eine gerichtliche Behörde vorschreibt. Soweit der Kanton die zuständige Behörde bezeichnet, regelt er auch das Verfahrensrecht; erklärt er die ZPO als anwendbar, stellt diese kantonales Recht dar (E. 2)».

99 Zu einer ständig aktuell gehaltenen Aufstellung über die Zuständigkeiten vgl. die Aufstellung bei *successio* online: [www.successio.ch/index.php?id=146](http://www.successio.ch/index.php?id=146).

100 Vgl. vorne, Fn. 76.

101 Vgl. BRAZEROL (Fn. 3), Fn. 285, mit Verweis auf STEPHAN WOLF/SIBYLLE HOFER/STEPHANIE HRUBESCHMILLAUER/REGINA AEBI-MÜLLER, *Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorentwurf des EJPD*, *AJP* 25 (2016) 1426.

102 Vgl. BRAZEROL (Fn. 3), N 264 ff.

103 BRAZEROL (Fn. 3), N 279 ff., spricht von einem Selbstkontrahierungsverbot; ein solches ist zwar in Deutschland vorhanden, liegt in der Schweiz aber m.E. nicht vor (sondern eine Missbrauchsgesetzgebung), zumal gezeigt werden kann, dass keine Benachteiligung vorliegt oder eine Bewilligung oder Genehmigung, vgl. den in Fn. 104 zitierten BGE.

104 Vgl. BGE 127 III 333 E. 2a.

105 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, *Interessenkollision im Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt*, *SJZ* 108 (2012) 1.

106 Vgl. BRAZEROL (Fn. 3), N 536, mit Verweis auf PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 15), Art. 517 ZGB N 14; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 103, wo dies allerdings so nicht ausdrücklich ausgeführt wird.

107 So etwa BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 103.

108 Vgl. BRAZEROL (Fn. 3), N 125 und N 127; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 15), Art. 518 N 97. ähnlich (zum Erbschaftsliquidator) BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 595 ZGB N 29 und N 30.

109 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 547 ff.; ähnlich PETER BREITSCHMID, *Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker*, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckerkongress, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 242.

110 Vgl. BGE 118 II 353 E. 3c; Urteil des Einzelschiedsrichters (Douglas Hornung, Genf) vom 19.07.2005, *ASA Bull* 2008, S. 476 f. E. A.; RAMON MABILLARD/ROBERT BRINER, *Kommentar zu Art. 177 IPRG*, in: *Basler Kommentar zum Internationales Privatrecht*, 3. A., Basel 2013, Art. 177 IPRG N 13.

111 Zur Unzulässigkeit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB durch Schiedsgerichte vgl. etwa HANS REISER, *Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB durch Schiedsgerichte?*, in: *Festschr. für Karl Spühler*, hrsg. v. Hans Michael Riemer et al., Zürich 2005, S. 265 ff.; DIETER A. HOFMANN/ANJA FUCHS, *5 Jahre ZPO – 5 Jahre ZPO aus der Sicht des internationalen Zivilprozesses und der Schiedsgerichtsbarkeit*, in: *Schriften des Praxisinstituts*

genau betrachtet, hindert die Absetzung den Willensvollstrecker zwar an seiner weiteren Tätigkeit, es liegt aber – wie das Bundesgericht selbst sagt – nur «eine Ordnungsmassnahme administrativer Natur» vor,<sup>112</sup> also eine administrative und keine disziplinarische Massnahme. Zu Letzteren gehören (nur) Verweis, Ermahnung, Verwarnung, Ordnungsbusse und Strafandrohung nach Art. 292 StGB.<sup>113</sup>

l) Ich habe am 2. Schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertag ausgeführt, dass der Willensvollstrecker im Rahmen der Unternehmensnachfolge die primäre Aufgabe hat, das *Aktienstimmrecht auszuüben*.<sup>114</sup> Der Willensvollstrecker kann damit bei einer Mehrheitsbeteiligung das Unternehmen kontrollieren, sollte sich aber wenn möglich nicht selbst in den Verwaltungsrat wählen.<sup>115</sup>

## I. Aufsicht über Rechtsanwälte (Art. 12 f. BGFA)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C\_280/2017 vom 04.12.2017 mit der *Aufsicht über Rechtsanwälte* im Zusammenhang mit einer Willensvollstreckung befasst: «Les avocats y sont également soumis lorsqu'ils agissent dans le cadre d'un contrat de fiducie, comme exécuteurs testamentaires, gérants de fortune ou mandataires à l'encaissement ou encore comme membres d'un conseil d'administration...» (E. 3.1). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>116</sup>

b) Die Anwaltskammer Solothurn hat sich im Urteil GER 2017 Nr. 7 vom 31.08.2017 mit der *Zuständigkeit für die berufliche Disziplinar-massnahme* befasst: «Die dem Anwalt vorgeworfenen Pflichtverletzungen als Willensvollstrecker betreffen einen im Kanton x abgewickelten Erbgang, wofür die dortige Anwaltsaufsichtsbehörde örtlich zuständig ist» (Leitsatz). Anwälte, welche Nachlässe in anderen Kantonen verwalten, sollten sich bewusst sein, dass sie der anwaltlichen Aufsichtsbehörde dieses Kantons unterstehen. Fraglich ist allenfalls, wie weit die

---

für Zivilprozess und Vollstreckung, hrsg. v. Annette Dolge, Zürich 2016, S. 128.

112 BGE 90 II 376 E. 3.

113 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 542 ff.

114 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Unternehmen im Nachlass – insbesondere Vollstreckung an Gesellschaftsan-teilen, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018, S. 55.

115 Vgl. KÜNZLE (Fn. 114), S. 58 f.

116 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 553.

Tätigkeit eines Anwalts als Willensvollstrecker überhaupt dem Berufsgeheimnis unterstellt ist. Nach ISENRING ist dies immer dann der Fall, wenn ein Anwalt als Willensvollstrecker im Nachlass eines (anderen) Anwaltes tätig wird.<sup>117</sup> Im übrigen werden unterschiedliche Kriterien für die Abgrenzung angewendet.<sup>118</sup>

c) Das Verwaltungsgericht Graubünden hat sich im Urteil U 17 5 vom 09.03.2017 mit der *Entbindung vom Anwaltsgeheimnis* im Zusammenhang mit der rechtlichen Durchsetzung des Honorars befasst. Es hat den (in der Literatur kritisierten)<sup>119</sup> Entscheid des Bundesgerichts BGE 142 III 307 E. 4.3.3, wonach der Willensvollstrecker gehalten sei, einen Vorschuss zu verlangen, in einen Gesamtzusammenhang gestellt und betont, dass in erster Linie eine Abwägung sämtlicher Interessen durchzuführen sei (E. 6).

## J. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)

HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT/KOCHER äussern sich zur Aktivlegitimation bei der Erbteilungsklage: «Zur Erbteilungsklage nicht aktivlegitimiert sind der Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB) ...».<sup>120</sup> Sie bestätigten damit die herrschende Lehre.<sup>121</sup>

## K. Auskunft (Art. 607 und 610 ZGB)

a) RAVEANE konkretisiert die *Pflicht* des Willensvollstreckers, die Erben *auf Klagemöglichkeiten hinzuweisen* (nur naheliegende Möglichkeiten, ohne Abklärung von Chancen).<sup>122</sup> Die zutreffend dargestellte Pflicht wird in der Literatur aber teilweise bestritten, mit dem Argument, sonst «würde das Institut der Willensvollstreckung in eine Richtung verschoben, die es letztlich unbrauchbar machen

---

117 Vgl. BERNHARD ISENRING, Kommentar zu Art. 321 StGB, Orell Füssli Kommentar, 20. A., Zürich 2018, Art. 321 StGB N 9b, mit Verweis auf BGE 114 III 105 etc.

118 Vgl. MARTIN RAUBER/HANS NATER, Anwaltsrubrik, SJZ 110 (2014) 556 ff.

119 Vgl. etwa ERNST STAEHELIN, Ausreisser? Ausreisser!, Anwaltsrevue 19 (2016) 396.

120 STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT/MORITZ B. KOCHER, Rechtsbegehren im Erbrecht, successio 12 (2018) 23.

121 Die bestehende Kontroverse wurde in den früheren Jahresberichten schon mehrfach dargestellt, vgl. etwa KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 64.

122 Vgl. ZENO RAVEANE, Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung, Zürich 2017, N 31.



würde».<sup>123</sup> M.E. gibt es zwischen schwarz (keine Informationspflicht) und weiss (umfassende Beratung), noch einen Grauton, nämlich die Pflicht, Erben auf bestehende Klagemöglichkeiten hinzuweisen, was ich schon wie folgt ausgedrückt habe: «Diese Informationspflicht ist keine Beratungspflicht».<sup>124</sup> Das weitere Argument gegen eine Informationspflicht, dass der Willensvollstrecker nicht primär Treuhänder der Erben sei, sondern den Willen des Erblassers umzusetzen habe,<sup>125</sup> ist überholt, seit anerkannt ist, dass der gemeinsame Wille der Erben (der Lebenden) denjenigen des (nicht mehr existierenden) Erblassers verdrängen kann.<sup>126</sup> Nach RAVEANE muss der Willensvollstrecker den Erben ihm bekannte lebzeitige Zuwendungen mitteilen (ausser sie liegen mehr als 5 Jahre zurück bzw. sie sind nicht ausgleichspflichtig).<sup>127</sup> Dieser Filter ist für mich zu eng, weil er bereits eine vorweggenommene Beurteilung (Beratung) enthält. M.E muss der Erbe selbst beurteilen, welche Vorbezüge rechtlich noch relevant sind und welche nicht. Schliesslich spezifiziert RAVEANE, dass Spontanauskünfte mündlich erfolgen können, während Antwort auf Anfragen oder auf Verlangen schriftlich zu erfolgen habe.<sup>128</sup> Das ist eine praktikable Lösung.

b) STRAZZER gibt praktische Tips für die Mitwirkung des Willensvollstreckers bei der *Erfassung von lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers*: Der Willensvollstrecker kann die Erben anhalten, ihm Auskunft zu geben und zwar mittels eines Fragebogens.<sup>129</sup> Weiter kann er im Erbteilungsvertrag eine Zusicherungsklausel einbauen, in welcher sich

die Erben gegenseitig bestätigen, dass sie vollständig und wahrheitsgemäss Auskunft erteilt haben.<sup>130</sup>

### L. Haftung (-)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_363/2017 vom 22.02.2018<sup>131</sup> mit der Haftung befasst und festgestellt, dass der *Quotenvermächtnisnehmer nicht direkt geschädigt ist durch ein zu hohes Honorar des Willensvollstreckers* (E. 5). Im einzelnen führt das Bundesgericht aus, dass Vermächtnisnehmer nur dann zur Klage legitimiert sind, wenn es um die Ausrichtung der Vermächtnisse geht (E. 5.2.5). Schädigt der Willensvollstrecker das Nachlassvermögen, liegt nur indirekt eine Schädigung des Vermächtnisnehmers vor (E. 5.2.6 und 5.3), welche nicht direkt gegenüber dem Willensvollstrecker geltend gemacht werden kann. Dieser Beurteilung kann ich zustimmen.<sup>132</sup> Das Bundesgericht führte weiter aus, die Klage wäre allenfalls gegen den Erben zu richten, welcher das (übersetzte) Honorar genehmigt hat. Nachdem diese Haftungsklage bereits der zweite erfolglose Anlauf des Vermächtnisnehmers war (zuerst reichte er eine Vermächtnisklage ein),<sup>133</sup> darf man gespannt sein auf Runde 3.

b) Das Züricher Obergericht hat sich im Urteil LB160054 vom 23.02.2017 mit dem *Gerichtsstand für die Haftungsklage* befasst und festgehalten: «Nicht erbrechtlicher Natur sind Klagen der Erben gegen den Willensvollstrecker zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Verantwortlichkeit. Solche Klagen sind am allgemeinem Gerichtsstand geltend zu machen (Art. 10 ZPO), d.h. am Wohnsitz des Beklagten ...» (E. 4.4.1). Die gegenteilige Ansicht, dass die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers gegeben sei, wird im Basler Kommentar<sup>134</sup> vertreten mit der Begründung, dass es sich um eine erbrechtliche Klage i.S.v. Art. 28 ZPO handle. Zum gleichen Ergebnis kommt ABT mit einer anderen Begründung: Es sei unerwünscht, ausländische Willensvollstrecker im Ausland ein-

123 PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 15), Art. 518 ZGB N 34.

124 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 225.

125 PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 15), Art. 518 ZGB N 34.

126 Der Willensvollstrecker ist an den gemeinsamen Willen der Erben gebunden, vgl. BGE 108 II 535 E. 2c; BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 310.

127 Vgl. RAVEANE (Fn. 122), N 34; enger (wohl zu eng) ALEXANDER BRUNNER/ALEXANDRA DAL MOL-KRÄNZLIN, Neues aus der Praxis der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich, SJZ 113 (2017) 487: «Die Auskunftspflicht gegenüber den Erben als Willensvollstrecker erstreckt sich jedoch nicht auf Tatsachen, die er aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Anwalt des Erblassers erfahren hat».

128 Vgl. RAVEANE (Fn. 122), N 36 ff.

129 Vgl. RENÉ STRAZZER, Der Umgang des Willensvollstreckers mit ganz oder teilweise unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen/Verfügungen des Erblassers: Länderbericht Schweiz, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckerkongress, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018, S. 134.

130 Vgl. STRAZZER (Fn. 129), S. 135.

131 Vorinstanz: AppGer BS ZB.2014.15 vom 10.04.2017, siehe vorne, G. b); frühere Verfahren: BGer. 5A\_705/2015 vom 21.06.2016 E. 4–6; Abweisung einer Vermächtnisklage; zu einer Besprechung dieses Falles vgl. OLIVIER RISKE, La responsabilité de l'exécuteur testamentaire, HAVE 2018, 275 ff.

132 Ebenso KÜNZLE (Fn. 68), S. 374.

133 Zur Abweisung der Vermächtnisklage vgl. BGer. 5A\_705/2015 vom 21.06.2016 E. 4–6.

134 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 72.

klagen zu müssen und die Klageführung könne bei mehreren Willensvollstreckern schwierig werden.<sup>135</sup> Das sind gewichtige Argumente, welche darauf hinweisen, dass es sich (eben doch) um eine erbrechtliche Klage handelt. Angesichts der Tatsache, dass es nicht ungewöhnlich ist, dass gleichzeitig Honorar zurückgefordert und Haftung geltend gemacht wird,<sup>136</sup> könnten mit einer Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers noch weitere Probleme gelöst werden. Ich schliesse mich deshalb diesen Autoren an und halte – in Abweichung von der bisher vertretenen Ansicht – eine Zuständigkeit für die Haftung des Willensvollstreckers am letzten Wohnsitz des Erblassers für sinnvoll.<sup>137</sup>

c) ABT spricht eine weitere Unsicherheit an, nämlich die Modalität, wie eine Haftungsklage durchzuführen ist: Erstens *ob jeder einzelne Erbe klagen* kann und zweitens *an wen die Zahlung zu leisten* ist. Nach ABT kann jeder einzelne Erbe klagen und dabei die Zahlung seines Anteils am Schaden an sich selber verlangen.<sup>138</sup> Am anderen Ende des Spektrums ist ITEN der Ansicht, dass bis zum Abschluss der Erbteilung nur alle Erben gemeinsam klagen können und Zahlung an die Erbengemeinschaft verlangen müssen.<sup>139</sup> Ich habe den einzelnen Erben die Klagebefugnis zugesprochen, bin aber der Ansicht, dass bis zur Erbteilung die Zahlung an die Erbengemeinschaft erfolgen müsse.<sup>140</sup> Wie im letztjährigen Bericht dargestellt, darf die Klagelegitimation des einzelnen Erben als herrschende Meinung angesehen werden.<sup>141</sup> Die Frage, ob der einzelne Erbe bis zum Abschluss der Erbteilung seinen Anteil am Schaden und damit eine Zahlung an sich selbst geltend machen könne oder ob er Zahlung an die Erbengemeinschaft verlangen müsse, ist nach wie vor nicht gelöst.

d) Schliesslich thematisiert ABT die *Verjährung*, welche grundsätzlich 10 Jahre beträgt.<sup>142</sup> Das Bundesgericht hat in BGE 144 III 217 E. 5.3.3. offen gelassen, ob bei der Ernennung des «Hausanwalts» die verkürzte 5-jährige Frist zur Anwendung komme. Das war eine (im Zusammenhang mit der Entscheidung) unnötige Aussage, welche darüber hinaus missverstanden werden kann, weil nicht die Person des Willensvollstreckers, sondern seine Tätigkeit (als Anwalt oder als Verwalter des Nachlasses) entscheidend ist.<sup>143</sup>

e) LEU macht Ausführungen, wie der *Schaden zu berechnen* ist.<sup>144</sup> Es ist die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und dem hypothetischen Vermögensstand, wie er vorhanden wäre, wenn der Willensvollstrecker seine Pflichten nicht verletzt hätte. Wenn der Willensvollstrecker durch spekulative Anlagen Geld verliert, kann nicht nur der Endstand des Vermögens angegeben werden, sondern es muss auch aufgezeigt werden, wie hoch das Vermögen bei sorgfältiger Anlage gewesen wäre. Zum Schaden gehören auch Kosten der Schadensminderung, wie etwa der Beizug eines Steuerberaters.

## M. Internationales Privatrecht (IPRG)

Im Rahmen der Revision von Art. 86–96 IPRG wurden vom Bundesamt für Justiz nach Abschluss der Vernehmlassung,<sup>145</sup> in Absprache mit der Expertenkommission weitere Änderungen am Text und den dazugehörigen Erläuterungen vorgenommen. Der aktuell diskutierte Text von *Art. 92 Abs. 2 VE-IPRG* (welcher möglicherweise weitere Änderungen erfährt) lautet (unverändert gegenüber dem Vorentwurf) wie folgt: «<sup>2</sup>Die Durchführung der einzelnen Massnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde. Diesem Recht unterstehen namentlich die sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung mit Einschluss der verfahrensrechtlichen Aspekte der Nachlassverwaltung oder Willensvollstreckung sowie die Frage der Berechnung

135 Vgl. ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1322.

136 Das Honorar muss am letzten Wohnsitz des Erblassers zurückgefordert werden (RENÉ STRAZZER, Die Vergütung des Willensvollstreckers – Länderbericht Schweiz, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstrecker-tag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 119), während die Haftung nach der herrschenden Lehre am Wohnsitz des Willensvollstreckers geltend gemacht werden muss.

137 Ebenso MARC'ANTONIO ITEN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2012, N 465.

138 Vgl. ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1322.

139 Vgl. ITEN (Fn. 137), N 242.

140 Vgl. KÜNZLE (Fn. 68), 378 f.

141 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 66.

142 Vgl. ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1322.

143 Anders als ABT (Fn. 142) halte ich die Anwendung der 5-jährigen Verjährungsfrist für möglich, wenn eine anwaltliche Tätigkeit infrage steht, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 423.

144 Vgl. DANIEL LEU, Haftung des Willensvollstreckers inkl. Versicherung: Länderbericht Schweiz, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstrecker-tag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018, S. 263 f.

145 Zum Vorentwurf und erläuternden Bericht vgl. [www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-02-14.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-02-14.html).



gung des Nachlassverwalters oder Willensvollstreckers am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber».<sup>146</sup> In der Expertenkommission wurde wiederholt die Frage diskutiert, ob neben den verfahrensrechtlichen Fragen (welche unbestritten sind) tatsächlich auch die Berechtigung des Willensvollstreckers dem Eröffnungsstatut unterstellt werden sollen, worüber keine einheitliche Meinung bestand.<sup>147</sup>

### N. Steuern

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C\_225/2018 vom 28.06.2018 mit der Erbschaftssteuer befasst. Nach Art. 147 Abs. 3 StG/VS gelten *die mit der Liquidation der Erbschaft Beauftragten vermungsweise als bevollmächtigte Vertreter* aller Erben und Vermächtnisnehmer. In diesem Sinn gilt der Willensvollstrecker vermungsweise als bevollmächtigt. Es ist zulässig, dass das kantonale Recht Regeln abweichend von Art. 32 ff. OR erlässt (E.5). Meine Ausführungen im Berner Kommentar sind entsprechend zu ändern.<sup>148</sup>

b) Im Sachverhalt des Urteils 2C\_807/2017 des Bundesgerichts vom 30.05.2018 ist zu lesen, dass der Willensvollstrecker ein *vereinfachtes Nachsteuerungsverfahren* beantragt hat. Seit 2010 kann der Willensvollstrecker ein solches Verfahren selbstständig beantragen.<sup>149</sup>

c) Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A-5442/2016 und A-5774/2016 vom 11.12.2017 zur Verwirkung des Rückforderungsanspruchs der Verrechnungssteuer geäußert. Eine *verpasste Frist* wurde *nicht wiederhergestellt*, obwohl das Einrichten der Willensvollstreckung eine gewisse Zeit braucht und der Willensvollstrecker teilweise arbeitsunfähig war, weil der wirkliche Grund für die Verspätung in der von Dritten zu besorgenden Aufarbeitung der Buchhaltung lag (E. 4.2.2.). Dieser Fall zeigt, dass sich der Willensvollstrecker gut organisieren und die notwendigen Fachleute und

Hilfspersonen rechtzeitig beiziehen muss.<sup>150</sup> Er bleibt für deren Handlungen verantwortlich und muss sie überwachen.<sup>151</sup>

d) Das Verwaltungsgericht Graubünden hat im Urteil A 16 58 vom 26.04.2017, zur *Vertretung in Steuer-sachen* ausgeführt: «Der eingesetzte Willensvollstrecker im Nachlass von B. ist im vorliegenden Verfahren als Partei zu betrachten, da er ... in eigenem Namen Beschwerde gegen den Revisionsentscheid vom 21. November 2016 erhoben hat .... Somit tritt er in der vorliegenden Angelegenheit in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Nachlasses als Partei auf ...» (E. 1c). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>152</sup>

### O. Prozessrecht (BGG/ZPO)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 4A\_255/2017 vom 27.07.2017 zur Fortführung eines Prozesses durch Willensvollstrecker wie folgt vernehmen lassen: «dass der Willensvollstrecker nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts *in Prozessen* um Aktiven und Passiven der Erbschaft *Partei ist*, soweit ihm gemäss Art. 518 ZGB die Verwaltung der betreffenden Erbschaftswerte zusteht». Die Prozessstandschaft ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt.<sup>153</sup>

b) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_52/2017 vom 10.08.2017 zur *Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahme* ausgeführt: «Gegen vorsorgliche Massnahmen ist die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ... Dabei muss es sich um einen *Nachteil rechtlicher Natur* handeln» (E. 2.1). Vorliegend macht der Erbe in einem Verfahren gegen den Willensvollstrecker einen wirtschaftlichen Nachteil geltend, welcher nicht ausreicht: Er behauptete, der Willensvollstrecker leite

146 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 114), S. 49 f.

147 Dies widerspricht dem Vorgehen der EuErbVO, wo die zusätzlichen Bestimmungen die Berechtigung des Vollstreckers (abweichend vom grundsätzlich anwendbaren Erbstatut – Art. 23 EuErbVO) nach dem Zielland richten (Art. 29 EuErbVO) und nicht nach dem Ursprungsland (Eröffnungsstatut) wie im Vorentwurf von Art. 92 Abs. 2 IPRG.

148 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 265.

149 Vgl. Art. 153a Abs. 4 DBG und Art. 53 Abs. 4 StHG.

150 Zum Beizug von Fachleuten und Hilfspersonen vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 63.

151 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 15), Art. 518 ZGB N 15.

152 Im Entscheid wird auf BGer. 2C\_874/2015 vom 29.10.2015, E. 2.1, verwiesen, welcher allerdings nicht gut begründet war, vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 40; weiter vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 464 f., mit Verweis auf BGE 116 II 131 E. 3a («l'exécuteur testamentaire est partie au procès») bzw. BGE 84 II 241, 245 («l'exécuteur testamentaire peut intenter en son nom une poursuite»).

153 Vgl. etwa BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 76.



gegen sein Unternehmen H. AG grundlos Betreibungen ein, er strebe grundlos danach, die Verwaltung der Nachlassliegenschaften von der H. AG auf eine andere Firma zu übertragen, und er beziehe Unsummen von Honorar. Der bereits vorne (E. c)) geschilderte Fall<sup>154</sup> zeigt zudem auf, dass die Massnahmen des Willensvollstreckers nicht «grundlos» waren, sondern er sehr wohl nachvollziehbare Gründe für sein Handeln hatte.

c) Im gleichen Fall<sup>155</sup> hat das Bundesgericht im Urteil 5A\_859/2017 vom 17.11.2017 im umgekehrten Verfahren des Willensvollstreckers gegen den Erben (Auskunft von der C AG)<sup>156</sup> dasselbe geschrieben: «Gegen solche *Zwischenentscheide* ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Dabei muss es sich um einen *Nachteil rechtlicher Natur* handeln ...» (E. 3). Auch hier wurde keine hinreichende Begründung für einen rechtlichen Nachteil geliefert: Der Willensvollstrecker kündigte den Bewirtschaftungsvertrag mit C AG über 100 Mietobjekte. Der Erbe F (Verwaltungsratspräsident der der C AG) reichte Aufsichtsbeschwerde ein, welche abgewiesen wurde. Die C AG gab die Unterlagen nicht heraus. Der Willensvollstrecker verlangte eine vorsorgliche Massnahme gegen C AG, welche vom Zivilgericht gutgeheissen, vom Appellationsgericht aber abgelehnt wurde. Dieser Fall zeigt, dass das Verfahren um Auskunfterteilung oft komplexer Natur ist und nicht nur mit vorsorglichen Massnahmen erledigt werden kann, sondern häufig ein ordentliches Verfahren notwendig ist.<sup>157</sup>

d) Mit dem gleichen Thema befasste sich das Bundesgericht auch im Urteil 5A\_978/2017 vom 11.12.2017 bei einer Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen, in welcher es um die Bezeichnung eines Experten und die Bestimmung seines Auftrags im Rahmen einer Haftungsklage gegen den Willensvollstrecker ging: «Un préjudice ne peut être qualifié d'irréparable que s'il cause un *inconvenient de nature juridique* ...» (E. 4.2). Das Bundesgericht

kam zum Schluss, dass kein Grund für die Bestellung eines neuen Experten gegeben sei, zumal die Beschwerdeführer nicht darlegen konnten, worin für sie ein rechtlicher Nachteil liegen würde.

e) Im Urteil 5A\_91/2017 des Bundesgerichts vom 26.07.2017 kam es zu einer *Abschreibung des Falles*: Der Willensvollstrecker bezog ein Honorar von insgesamt CHF 200'000. Das Bezirksgericht hat ihn angewiesen, über seine Bezüge Rechenschaft abzulegen. Wenige Monate später legte er die vom Bezirksgericht angeordnete Rechenschaft von sich aus ab, indem er einen Pauschalanspruch von 1,75% (CHF 109'516) geltend machte und sich bereit erklärte, den Restbetrag zurückzuerstatten. Das Kantonsgericht schrieb das Verfahren ab, auferlegte dem Willensvollstrecker die Kosten (CHF 800) und verpflichtete ihn zur Bezahlung einer Parteischädigung (CHF 2'000). Der Willensvollstrecker erhob dagegen Beschwerde, welche vom Bundesgericht abgewiesen wurde: Mit der Rechenschaftsablage «wurde das Rechtsmittelverfahren gegenstandslos und es war abzuschreiben. ... weshalb ihm die Prozesskosten auferlegt werden können» (E. 2.2 und 3.3). Der Willensvollstrecker wusste es offenbar nicht zu schätzen, dass seine (immer noch unzureichende) Rechenschaftsablage<sup>158</sup> von den Erben akzeptiert wurde und setzte seine Uneinsichtigkeit mit der unnötigen Beschwerde ans Bundesgericht fort.

f) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5G\_3/2017 vom 05.09.2017 mit der *Auslegung von drei eigenen Entscheiden* (BGer. 5A\_522, 569 und 573/2014 vom 16.12.2015 in Sachen Haftung) befasst. Die Beschwerdeführer brachten folgendes vor: «Les requérants soutiennent qu'il «existe une équivoque» entre le dispositif et les considérants de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 décembre 2015, en particulier quant à la portée du renvoi de la cause relatif à la question de la responsabilité des exécuteurs testamentaires en lien avec la gestion du portefeuille de titres» (E. 4.1). Demgegenüber war das Bundesgericht der Auffassung: Le «dispositif de l'arrêt du Tribunal fédéral est clair ... la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision» (E. 4.2). Dieser Beurteilung kann ich mich anschliessen.

g) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_265/2017 vom 20.09.2017 festgehalten, dass nach dem Ableben der Beschwerdeführerin, «das Verfahren mit Rechtsanwalt C. als Willensvollstrecker in ihrem

154 Vgl. BGer. 4A\_689/2016 vom 28.08.2017.

155 Vorinstanz war das Kantonsgericht Basel-Landschaft 810 17 35 vom 11.08.2017 (hinten, O. i)); zu weiteren Verfahren im gleichen Fall vor Bundesgericht vgl. 4A\_689/2016 vom 28.08.2017 (vorne, E. a)); Fn. 154) und 5A\_52/2017 vom 10.08.2017 (hinten, O. b)) sowie KGer. BL 810 17 43 vom 13.09.2017 (hinten, O. j)).

156 Diese Gesellschaft wird im Verfahren 4A\_255/2017 vom 27.07.2017 als H AG bezeichnet.

157 Zum Verfahren bei der Auskunfterteilung vgl. etwa BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 215 f. und N 452.

158 Reine Pauschalhonorare sind nicht mehr zeitgemäss, vgl. etwa STRAZZER (Fn. 136), S. 108 f.



Nachlass als Beschwerdeführer weiterzuführen» sei (E. 2).<sup>159</sup> Dies entspricht dem üblichen Vorgehen,<sup>160</sup> allenfalls unterbrochen durch eine Sistierung.<sup>161</sup>

h) Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A-3539/2016 vom 08.06.2017 mit der *Prozessentschädigung* befasst. Nach konstanter Rechtsprechung hat der in eigener Sache prozessierende Rechtsanwalt nur in Ausnahmefällen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der vom Willensvollstrecker für den Nachlass geführte Prozess wirkt zwar formell nur für oder gegen ihn. Da sein Tätigwerden aber auf fremde Rechnung erfolgt, d.h. allein zugunsten oder zulasten des Nachlasses, prozessiert er insoweit nicht im eigenen Interesse und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (E. 10.3). Dies entspricht der gängigen Lehre und Rechtsprechung.<sup>162</sup>

i) Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat sich im Urteil 810 17 35 vom 11.08.2017 mit einem (ersten) Aufsichtsverfahren (in Sachen Bewirtschaftungsvertrag) befasst. Der Beschwerde führende Erbe rügte, dass keine *öffentliche Verhandlung* stattfand. Das Kantonsgericht kam zum Schluss, dass der Anspruch auf öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zur Anwendung kommt, weil kein zivilrechtliches Verfahren vorliegt, sondern ein verwaltungsrechtliches Verfahren<sup>163</sup> (E. 1.4). Wenn eine Verwaltungsbehörde das Aufsichtsverfahren durchführt, bestimmen tatsächlich die Kantone das Verfahren (Art. 54 Abs. 3 SchlT).<sup>164</sup> Weil die ZPO häufig ergänzend und analog angewendet wird,<sup>165</sup> ist der Ausschluss einer öffentlichen Verhandlung eher ungewöhnlich. Weiter entschied das Kantonsgericht, dass das Gesuch um vorsorgliche

Massnahmen im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat nicht zum Hauptbegehren «mutieren» könne (keine *Ausweitung des Rechtsbegehrens* im Beschwerdeverfahren – E. 2). Diese Aussage überrascht angesichts der Tatsache, dass die Aufsichtsbehörde nicht an die Anträge der Beschwerdeführer gebunden ist.<sup>166</sup> Auf den Vorwurf, die Eingabe der Gegenpartei sei nicht zugestellt worden und man habe nicht dazu Stellung nehmen können (Rechtliches Gehör, Art. 29 BV), entschied das Kantonsgericht, das *Recht auf Replik* bestehe nur, «soweit die darin vorgebrachten Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 138 I 154 E. 2.3.2 ...) unabhängig davon, ob die Behörde eine gerichtliche oder eine verwaltungsinterne ist. Demgegenüber besteht nur in Verfahren vor gerichtlichen Behörden ein unbedingtes Replikrecht» (E. 4.2). Auch dieses Recht wird im Aufsichtsverfahren üblicherweise grosszügiger gehandhabt.<sup>167</sup> Zum Vorwurf der ungenügenden Begründung schrieb das Kantonsgericht: «Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken» (E. 4.3.1). Dies entspricht der üblichen Sichtweise.<sup>168</sup> Dieser Fall, in welchem auf ein summarisches Aufsichtsverfahren die Regeln des verwaltungsrechtlichen Verfahrens angewendet wurden, zeigt deutlich, dass es wünschbar wäre, dass mit der Revision des Erbrechts die Gerichte als zuständig erklärt werden<sup>169</sup> und damit (einheitlich) die Regeln über das summarische Verfahren der ZPO zur Anwendung kommen.

j) Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat sich im gleichen Erbfall,<sup>170</sup> im Urteil 810 17 43 vom 13.09.2017, mit einem Vorschuss befasst. Das Kantonsgericht stellte fest, dass beide Vorinstanzen es versäumt haben, die *Willensvollstrecker* zu den Vorbringen in der Eingabe vom 6. Juni 2016 *anzuhören*. Sie wurden im gesamten Verfahren nie eingeladen,

159 Mit Verweis auf BGE 129 V 113.

160 Vgl. MARKUS PICHLER, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nichterbrechtlichen» Zivilprozessen unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Erben, Diss. Zürich 2011, S. 84 ff.

161 Im Fall 4A\_255/2017 vom 27.07.2017 war eine solche Sistierung nicht notwendig, weil das Verfahren entscheidungsreif war und von den Erben nicht mehr beeinflusst werden konnte.

162 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 12), Art. 517–518 N 504 und 558 mit Verweis auf BGer. 5A\_114/2008 vom 7. August 2008 E. 8.2.1 und 8.2.3 und BGer. 5C.69/2006 vom 23. Mai 2006 E. 6.1; im besprochenen Entscheid wird BGE 129 V 113 E. 4.2 f. erwähnt.

163 Der Rechtsweg verläuft im Kanton BL wie folgt: Zivilrechtsverwaltung – Regierungsrat – Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

164 Vgl. KÜNZLE (Fn. 73), S. 941.

165 Bei analoger Anwendung der ZPO könnten die Parteien eine mündliche Verhandlung verlangen, vgl. KÜNZLE (Fn. 73), S. 943.

166 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 595 N 33; EGVSZ 2002, S. 7 Nr. A.2.1 E. 2b.

167 Vgl. KÜNZLE (Fn. 73), S. 942: «Die Aufsichtsbehörde hat die Schriftsätze der Gegenpartei zuzustellen und darauf kann (auch ohne Aufforderung) jede Partei replizieren, was so lange fortgesetzt wird, bis sich keine Partei mehr äussert».

168 Vgl. KÜNZLE (Fn. 68), S. 943: «Eine summarische Begründung genügt».

169 Vgl. Art. 518 Abs. 4 Vorentwurf ([www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf)).

170 Zu weiteren Verfahren vgl. Fn. 155.

ihre Beweggründe für die in der Eingabe beanstandete Amtsführung zu erläutern und den eigenen Standpunkt in das Verfahren einzubringen. Weiter ist festzustellen, dass der angefochtene *Entscheid den Willensvollstreckern nicht zugestellt* worden ist, was zur Rückweisung des Verfahrens führte (E. 3.1). Auch hier ist wieder festzustellen, dass offenbar unklar ist, welches die Verfahrensgrundsätze des vom kantonalen Recht beherrschten Verfahrens<sup>171</sup> sind, und ein Wechsel zum summarischen Verfahren der ZPO wäre deshalb sehr zu begrüssen.

k) Das Kantonsgericht Zug hat sich im Verfahren V 2017 86 vom 29.08.2017<sup>172</sup> mit superprovisorischen Massnahmen befasst. Es wurde beantragt, es sei dem Willensvollstrecker einstweilen zu untersagen, gewisse, genau bezeichnete Vermögenswerte aus dem Nachlass von Q. zu versteigern. Das Gericht hielt fest, dass *gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide Beschwerde* nur dann geführt werden könne, «wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG)» (E. 2a/aa). Steuerschulden und Darlehensschulden könnten auch später bezahlt werden und erfüllten diese Voraussetzung nicht (E. 2a/cc). Das Kantonsgericht führte weiter aus, dass *superprovisorische Massnahmen* (bei denen die Anhörung des Willensvollstreckers erst nach Erlass der Massnahme erfolgt), welche aus dem Zivilprozessrecht stammen, auch in einem verwaltungsrechtlichen Aufsichtsverfahren erlassen werden können (E. 2b/dd). Dem ist zuzustimmen.<sup>173</sup> Diese Massnahme, welche nicht häufig zur Anwendung kommt,<sup>174</sup> weil die in Art. 265 ZPO geforderte Dringlichkeit häufig nicht nachgewiesen werden kann,<sup>175</sup> zeigt ebenfalls, dass die Vereinheitlichung der Zuständigkeit durch die Revision des Erbrechts<sup>176</sup> und damit des Verfahrens (direkte Anwendung der ZPO) sehr zu begrüssen wäre.

l) LÖTSCHER stellt fest, dass beim Willensvollstrecker eine *ausschliessliche Prozessstandschaft* vor-

liegt (im Gegensatz zu einer parallelen),<sup>177</sup> welche eine Vollstreckungsbefugnis mit sich bringt: «Die Prozessführungsbefugnis beinhaltet mit anderen Worten auch die Befugnis zur Vornahme von Vollstreckungshandlungen».<sup>178</sup> Dies wurde – wie LÖTSCHER zu Recht bemerkt<sup>179</sup> – in der Literatur noch kaum behandelt.

## P. Schiedsgerichtsbarkeit

PICHT/CHROBAK behandeln die Neuerung der *einseitigen Schiedsklausel*, welche mit der Revision des 12. Kapitels des IPRG<sup>180</sup> eingeführt werden wird und neu auch in einem Testament eingesetzt werden kann: «Die Möglichkeit des Erblassers, den Willensvollstrecker durch eine Schiedsklausel der Beurteilungskompetenz eines Schiedsgerichts zu unterstellen, wird im Schrifttum verschiedentlich befürwortet, jedenfalls soweit der Willensvollstrecker der Übernahme seines Amtes zustimmt».<sup>181</sup> Dazu zwei Bemerkungen: Wie die Bestellung des Willensvollstreckers<sup>182</sup> kann auch eine ihn betreffende Schiedsklausel nur einseitig durch den Erblasser angeordnet werden (Schiedsklauseln in Erbverträgen sind entsprechend zu interpretieren). Die Frage, ob die Aufsicht über den Willensvollstrecker schiedsfähig ist, wurde von der Rechtsprechung in der Schweiz noch nicht behandelt,<sup>183</sup> sie wird in der Li-

171 Vgl. dazu vorne, Fn. 164.

172 Vgl. ZGGVP 2017, 17.

173 Ebenso ABT (Fn. 5), AJP 27 (2018) 1315.

174 Zu einem weiteren Fall vgl. das superprovisorische Verbot, eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen, vorne, D. (AppGer. BS ZB.2017.11).

175 Verneint wurde die Dringlichkeit vom Kantonsgericht Basel-Landschaft im Urteil 400 18 12 vom 13.03.2018 Sachverhalt F. (Sperrung von Bankkonten zur Sicherstellung fällig werdender Hypothekarschulden).

176 Vgl. vorne, O. i).

177 Vgl. CORDULA LÖTSCHER, Prozessführung und Vollstreckung durch die Eltern im Lichte des Betreuungsunterhalts, FamPra.ch 2017, 626.

178 LÖTSCHER (Fn. 177), FamPra.ch 2017, 639.

179 Vgl. LÖTSCHER (Fn. 177), FamPra.ch 2017, 639 Fn. 85, mit dem Hinweis auf die deutsche Rechtsprechungs-Literatur, wo auch von Vollstreckungsstandschaft gesprochen wird.

180 Vgl. Art. 178 Abs. 2 E-IPRG und Art. 358 Abs. 2 E-ZPO des Vorentwurfs: «Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss» ([www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vorentw-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vorentw-d.pdf)).

181 PETER GEORG PICHT/LENNART CHROBAK, Einseitige Schiedsklauseln in der Schweizer Schiedsgerichtsrevision, SJZ 114 (2018) 207.

182 Vgl. dazu HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker in der Erbteilung, successio 7 (2013) 14.

183 In der deutschen Rechtsprechung wird sie abgelehnt, vgl. BGH IV ZB 25/16 vom 17.05.2017, ZEV 2017, 412; vgl. dazu MANFRED BIRKENHEIER, Pflichtteilsrecht: Zuweisung des Streits über Pflichtteilsanspruch an Schiedsgericht durch letztwillige Verfügung, jurisPR-FamR 18/2017 Anm. 8; MANZUR ESSKANDARI/DANIELA BICK, Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht, ErbStB 2017, 275 f.; weiter vgl. RGZ 133, 132 f.; OLG Stuttgart



teratur kontrovers behandelt.<sup>184</sup> Ich halte die Aufsicht über den Willensvollstrecker grundsätzlich für schiedsfähig,<sup>185</sup> ausgeschlossen sind m.E. lediglich gewisse, dem Staat vorbehaltene disziplinarische Massnahmen.<sup>186</sup>

---

8 W 166/16 vom 07.11.2016, ZEV 2017, 269; OLG Karlsruhe 11 Wx 94/07 vom 28.07.2009, ZEV 2009, 46.

184 Vgl. Ablehnend: 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 2010, S. 200; MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Schiedsgerichtliche Zuständigkeit in Erbstreitigkeiten aufgrund Parteivereinbarung und erblasserischer Anordnung, ZBJV 2006, 384; MAURICE COURVOISIER/WERNER WENGER, Kommentar zu Art. 353–356, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, hrsg. v. Thomas Summter-Somm et al., 3. A., Zürich 2016, Art. 354 ZPO N 12; DIETER GRÄNICH, Swiss Rules, in: *Schiedsgerichte in Erbsachen*, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2012, S. 119; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 19), Art. 518 ZGB N 108; HANS MICHAEL RIEMER, Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: *Festschr. Hans Ulrich Walder*, hrsg. v. Isaak Meier, Zürich 1994, S. 380 f.

Zustimmend: MAUERHOFER (Fn. 184), ZBJV 2006, 395 f. (für Aufsichtsverfahren, welche im ordentlichen Verfahren durchzuführen sind); TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014, 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; ALFRED SCHREIBER, *l'exécuteur testamentaire peut-il être révoqué par des arbitres?*, SJZ 44 (1948) 58.

185 Zu Einzelheiten verweise ich auf einen demnächst publizierten Aufsatz; diese Ansicht deckt sich mit gewichtigen Stimmen in der deutschen Literatur, vgl. KARLHEINZ MUSCHELER, Die Entscheidung des BGH zur testamentarischen Schiedsklausel für die Entlassung des Testamentsvollstreckers, ZEV 2018, 120, ff.; KARLHEINZ MUSCHELER, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 2009, 317 ff.; WALTER KRUG, in: *AnwaltFormulare Erbrecht*, hrsg. v. Walter Krug, 5. A., Angelbachtal 2014, Erbrecht § 23 N 5; ULRICH HAAS, Letztwillige Schiedsverfügungen i.S. des § 1066 ZPO, ZEV 2007 50; GREGOR GEIMER, Nichtvertragliche Schiedsgerichte, in: *Festschr. Peter Schlosser*, hrsg. v. Birgit Bachmann et al., Tübingen 2005, S. 207; KARL HEINZ SCHWAB/GERHARD WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. A., München 2005, Kap. 32 N 26; ROLF A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 5. A., München 2012, N 335.

186 Ebenso SCHREIBER (Fn. 184), SJZ 44 (1948) 58: «aucune convention entre particuliers ne saurait priver l'autorité de surveillance de son pouvoir «disciplinaire», car il est d'ordre public».

### Q. Betreuung (SchKG)

a) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil PS180049 vom 11.07.2018 zum *Betreibungsort* geäußert und ausgeführt, dass nach Art. 46 SchKG der Betreuungsort für eine gegen den Willensvollstrecker gerichtete Betreuung sein Wohnort sei (E. 2). Es ist angesichts der Umstände im vorliegenden Fall (der Erblasser wohnte in Monaco, wo eine Betreuung nicht möglich war, während der Willensvollstrecker in der Schweiz wohnte, wo man sehr gut betreiben kann), verständlich, dass ein solches Resultat angestrebt wurde. Es ist offensichtlich, dass nicht die gleichen Argumente vorgebracht worden wären, wenn der Erblasser in der Schweiz wohnhaft gewesen und der Willensvollstrecker in Monaco gelebt hätte. Diese Auslegung entspricht nicht der gängigen Auslegung von Art. 49 und Art. 65 Abs. 3 SchKG.<sup>187</sup> Der Betreuungsort für Ansprüche gegen den Nachlass ist am letzten Wohnsitz des Erblassers (und nicht des Willensvollstreckers) und hat eine Parallele im Prozessort für erbrechtliche Klagen, welcher sich ebenfalls am letzten Wohnsitz des Erblassers befindet (Art. 28 ZPO). Es sollte auch nicht so sein, dass der Betreuungsort für Forderungen gegenüber dem Nachlass ändert, je nachdem ob ein Willensvollstrecker vorhanden ist oder nicht. Im vorliegenden Fall (bei dem Sachverhaltsangaben fehlen) hatte der Erblasser in der Schweiz wohl keinen ordentlichen Betreibungsstand.<sup>188</sup> Der Gläubiger hätte z.B. auf einen Arrest ausweichen müssen.

---

187 In ZBJV 73 (1937) 66 hat die SchKG-Aufsichtsbehörde Bern entschieden, dass der Willensvollstrecker wie ein Vertreter nach Art. 65 Abs. 3 SchKG zu behandeln sei (der Betreuungsort ist somit am letzten Wohnsitz des Erblassers); auch das Obergericht Bern geht im Urteil ABS 16 273 vom 23.11.2016 davon aus, dass beim Vorhandensein eines Willensvollstreckers Art. 49 und Art. 65 Abs. 3 SchKG zur Anwendung kommen; ebenso PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2015, N 1183a: «Seul l'exécuteur a qualité de partie dans les poursuites relatives à la liquidation de la succession. Il a ... la légitimation passive pour recevoir les actes de poursuites contre la succession au sens de l'art. 49 LP»; JEAN-LUC TSCHUMY, *Droit des successions de droit de la poursuite pour dettes et de la faillite: considérations pratiques*, successio 11 (2017) 214; STÉPHANE ABBET, *La mainlevée de l'opposition – Commentaire des articles 79–84 LP (Stämpfli Handkommentar)*, Bern 2017, Art. 84 LP N 22; PICHLER (Fn. 160), S. 177; CAROLINE SCHULER-BUCHE, *L'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel: étude et comparaison*, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 125.

188 Vgl. DANIEL STAEHELIN, *Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, AJP 4 (1995) 272.

b) Im gleichen Urteil<sup>189</sup> sagt das Obergericht, dass aufgrund von Art. 69 SchKG die Funktion des Betriebenen als Willensvollstrecker jedenfalls dann nicht zwingend anzugeben sei, wenn sie sich aus dem Betreibungsbegehren und den anderen Angaben im Zahlungsbefehl zweifelsfrei ergebe (E. 3). Es entspricht gängiger Rechtsprechung und Lehre, dass die *Anforderungen an die Parteibezeichnung* im Betreibungsverfahren weniger streng sind als im Zivilprozess.<sup>190</sup>

c) PENON/WOHLGEMUTH befassen sich mit der *Zustellung der Betreibung an den Willensvollstrecker*: «Als Vertreter der Erbschaft gilt nicht bloss ein von den Erben eingesetzter Vertreter, sondern insb. auch der Willensvollstrecker ... (BGE 101 III 1 E. 1). Hat der Erblasser mehrere Willensvollstrecker eingesetzt, so kann die Zustellung nach der Wahl des Gläubigers an jeden einzelnen von ihnen erfolgen ... Ist dem Gläubiger die Einsetzung eines ... Willensvollstreckers bekannt, so ist die Zustellung an einen Erben unzulässig, da der ... Willensvollstrecker eine exklusive Vertretungs- und Verfügungsmacht besitzt ...».<sup>191</sup> Dies entspricht – wie soeben gezeigt<sup>192</sup> – der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>193</sup> Wie schon in einem früheren Beitrag bemerkt,<sup>194</sup> ist der Willensvollstrecker ein Prozessstandschafter, den man allenfalls als «Vertreter im Sinne von Art. 65 Abs. 3 SchKG» bezeichnen kann.

## R. Strafrecht (StGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B\_1100/2017 vom 09.03.2018 mit Betrug, Wucher, Urkundenfälschung etc. befasst. Zur Chronologie des

Falles: 15.3.2007: Der Ehemann einer Erbin erhebt nach Abschluss der Erbteilung Strafanzeige gegen den Willensvollstrecker wegen Betrugs etc., weil dieser ein zu hohes Honorar bezogen habe. 21.10.2008: Abweisung durch das Bundesgericht (Urteil 6B\_684/2008). 21.11.2008: Strafanzeige wegen Urkundenfälschung, mit der Begründung, der Willensvollstrecker habe zu viele Stunden aufgeschrieben. 15.11.2011: Einstellung durch die Staatsanwaltschaft. 08.02.2016: Wiederaufnahme-Antrag. Es ging um eine sog. «Zeitaufwandsreserve» (welche dann später offenbar nicht mehr zum Tragen kam). Das Bundesgericht hielt fest, dass kein Straftatbestand erfüllt sei (E. 2.8). Dieser Fall zeigt, wie wichtig die Genehmigung des Willensvollstrecker-Honorars durch die Erben ist. Dies kann ausdrücklich oder im Rahmen der Erbteilung bzw. Schlussabrechnung erfolgen.<sup>195</sup>

b) Das Kantonsgericht Graubünden hat sich im Urteil SK2 16 20 vom 27.04.2017 mit der Unterdrückung von Urkunden, Urkundenfälschung, *Veruntreuung*, Betrugsversuch und ungetreuer Geschäftsführung befasst. Es ging unter anderem darum, dass die Willensvollstreckerin ihrer Tochter Benzin aus dem Nachlass bezahlte. Das Kantonsgericht führte aus, dass das Verfahren betreffend Veruntreuung einzustellen sei, weil die Erblasserin dies so angeordnet habe («plus Benzin für 5 Jahre gegen Quittungen») und die Strafbarkeit auch dann fehle, wenn diese Anordnung nicht gültig erfolgt sei – E. 5g). Wie so oft war auch in diesem Fall das Einreichen einer Strafanzeige nicht erfolgreich.

c) Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat sich im Urteil BES.2017.28-31 vom 12.09.2017 mit der *Verletzung des Berufsgeheimnisses von Anwälten* befasst. Dabei macht es folgende, interessante Aussagen: «Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Willensvollstrecker Rechte und Pflichten zu vertreten hat, welche aufgrund der Universalsukzession beim Erbgang vom Erblasser auf den Nachlass übertragen wurden ... In diesem Zusammenhang ist der Willensvollstrecker auch gehalten, seine Rechtsposition gegenüber Angriffen ... zu verteidigen. Demgemäss erfolgte die Nennung früherer, zur Beschwerdeführerin bestehender Mandatsbeziehungen unter dem Titel der Wahrung berechtigter Interessen, womit ein zusätzlicher Rechtfertigungsgrund gegeben ist» (E. 4.4). Daneben sah das Appellationsgericht das Vorgehen des klagenden Erben als rechtsmissbräuchlich an: «Mit der Behauptung,

189 Vgl. Obergericht Zürich PS180049 vom 11.07.2018.

190 Die Grenze ist dann überschritten, wenn Bezeichnungen unklar sind, vgl. etwa LGVE 2016 I Nr. 15 (Erbengemeinschaft A, noch bestehend aus B, vertreten durch Willensvollstreckerin C AG, und diese wiederum vertreten durch Rechtsanwalt D), vgl. dazu Künzle (Fn. 1), *successio* 12 (2018) 70.

191 ILIJA PENON/MARC WOHLGEMUTH, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 2017, Art. 65 N 20.

192 Vgl. Fn. 187.

193 Die ausschliessliche Zustellung an den Willensvollstrecker, welche von PAUL ANGST, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art. 1–158 SchKG), hrsg. v. Adrian Staehelin et al., 2. A., Basel 2017, Art. 65 SchKG N 11, bestritten wird, wurde vom Kantonsgericht Waadt im Urteil ML 2014/5 vom 23.1.2014, BLSchK 2015, 195 = AJP 24 (2015) 1715, bestätigt.

194 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 8 (2014) 19.

195 STRAZZER (Fn. 136), S. 126, empfiehlt Honorarvereinbarungen.



dass dieser als Anwalt und Notar für seinen Bruder E und seine Schwester F tätig gewesen sei, weshalb er nicht als unparteiischer Willensvollstrecker akzeptiert werden könne, hat er den Beschuldigten 1 dazu provoziert, zur Widerlegung dieser Behauptung darzutun und zu belegen, dass er auch für die vom Beschwerdeführer beherrschte A tätig gewesen ist. Der Beschwerdeführer hat den Beschuldigten 1 geradezu in eine Falle gelockt. Das ist ein klassischer Fall eines venire contra factum proprium bzw. eines rechtsmissbräuchlichen Geltendmachens einer Verletzung des Berufsgeheimnisses» (E. 4.5). Auf die Beschwerde gegen dieses Urteil trat das Bundesgericht nicht ein.<sup>196</sup>

d) Dass bei vielen Strafverfahren *Uneinsichtigkeit* im Spiel ist, zeigt exemplarisch das Urteil 1F\_34/2017 des Bundesgerichts vom 05.09.2017, in welchem eine Revision des bundesgerichtlichen Urteils 1B\_190/2017 vom 08.06.2017 verlangt wurde. Die Behauptung, es seien in den Akten liegende erhebliche Tatsachen aus Versehen nicht berücksichtigt worden (Art. 121 lit. d BGG), konnte in keiner Weise dargelegt werden (E. 2.3).

### S. Strafprozessrecht

Das Kantonsgericht Freiburg hat im Urteil 502 2017 41 vom 11.06.2018 zum *Beschwerderecht* ausgeführt: «En sa qualité d'exécuteur testamentaire de la succession de feu B., le recourant était au moment du dépôt du pourvoi légitimé à recourir (art. 382 al. 1 CPP)» (E. 1.3). Dies entspricht der bestehenden Praxis.<sup>197</sup>

### T. Sozialversicherungsrecht

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil C-501/2016 vom 01.09.2017 entschieden, dass Hinterlassenleistungen der Witwe *nicht an den Willensvollstrecker ausbezahlt* werden dürfen, weil Abtretungen nach Art. 22 Abs. 2 ATSG unzulässig seien. Das ist richtig, weil diese Ansprüche nicht zum Nachlass gehören.

---

<sup>196</sup> Vgl. BGer. 6B\_1314/2017 vom 15.08.2018.

---

<sup>197</sup> Vgl. BGer. 6B\_309 und 314/2015 vom 19.11.2015 E. 3.3.; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 44.