



Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2018–2019)¹

Hans Rainer Künzle²

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

Inhaltsverzeichnis

- A. Literatur
- B. Ernennung (Art. 517 Abs. 1 ZGB)
- C. Ersatz (Art. 517 Abs. 1 ZGB)
- D. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 Abs. 2 ZGB)
- E. Willensvollstreckerausweis (Art. 517 Abs. 2 ZGB)
- F. Honorar (Art. 517 Abs. 3 ZGB)
- G. Beendigung (Art. 517 ZGB)
- H. Befugnisse (Art. 518 Abs. 1 ZGB)
- I. Aufgaben (Art. 518 Abs. 2 ZGB)
- J. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB)
- K. Aufsicht über die Rechtsanwälte
- L. Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB)
- M. Auskunft (Art. 607 und 610 ZGB)
- N. Haftung (–)
- O. Grundbuch (Art. 656 ZGB)
- P. Internationales Privatrecht
- Q. Steuern
- R. Prozessrecht (BGG/ZPO)
- S. Strafrecht (StGB)

- 1 Ausführliche und ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am 14. Schweizerischen Erbrechtstag vom 29. August 2019 (organisiert vom Verein Successio [www.verein-successio.ch]) an der Universität Luzern gehalten wurde; zu früheren Updates siehe HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2017–2018), successio 13 (2019) 27–48; DERS., 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/person.html), Of Counsel von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8021 Zürich (www.kendris.com).

A. Literatur

In der Berichtsperiode sind viele Monografien³ und Aufsätze⁴ erschienen, welche sich mehr oder weniger mit dem Willensvollstrecker befassen und jeweils im Sachzusammenhang behandelt werden. Daneben wurde das Thema auch an Seminaren behandelt.⁵

-
- 3 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE (Hrsg.), 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckerkongress, Zürich 2018.
 - 4 Vgl. ACKERMANN JÜRGEN-BEAT/ZEHNDER STEPHANIE, Kommentar kriminelles Vermögen – kriminelle Organisationen, Band II: Einziehung – Kriminelle Organisation – Finanzierung des Terrorismus – Geldwäscherei, Zürich 2018; BREITSCHMID PETER, Interessenkollision oder Interessenkoordination? – Nützliches Heikles und unnützes Striktes ... und Risiken von Extravaganzen, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckerkongress, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018, S. 227 ff.; DAL MOLIN-KRÄNZLIN ALEXANDRA, Der Anwaltsvertrag – Berührungspunkte zwischen dem Privatrecht und dem Berufsrecht der Anwälte, in: Festschr. für Thomas Koller, hrsg. v. Susan Emmenegger et al., Bern 2018, S. 109 ff.; FASEL URS, Das Testament von Eugen Huber, *successio* 13 (2019) 165 ff.; GAURON-CARLIN SABRINA, Les conditions de la recevabilité du recours en matière successorale devant le Tribunal fédéral, in: Journée de droit successoral 2019, hrsg. v. Paul-Henri Steinauer et al., Bern 2019, S. 61 ff.; KÜNZLE HANS RAINER, Unternehmen im Nachlass – insbesondere Vollstreckung an Gesellschaftsanteilen: Länderbericht Schweiz, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckerkongress, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018, S. 47 ff., zit. KÜNZLE (Unternehmen); DERS., Schiedsfähigkeit von Erbsachen, in: Festschr. für Peter Breitschmid, hrsg. v. Ruth Arnet et al., Zürich 2019, S. 403 ff., zit. KÜNZLE (Schiedsfähigkeit); DERS., Der Willensvollstrecker und die Erbrechtsrevision, in: Festschr. für Benno Studer, hrsg. v. Paul Eitel et al., Zürich 2019, S. 153 ff., zit. KÜNZLE (Willensvollstreckung); DERS., Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, hrsg. v. Markus Müller-Chen et al., Zürich 2018, zit. ZK-KÜNZLE; LEU DANIEL, Haftung des Willensvollstreckers, inkl. Versicherung: Länderbericht Schweiz, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckerkongress, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018, S. 261 ff.; SCHMID JÜRGEN, Notariats- und grundbuchliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld, *successio* 12 (2018) 299 ff.; STRAZZER RENÉ, Der Umgang des Willensvollstreckers mit ganz oder teilweise unentgeltlichen Zuwendungen/ Verfügungen des Erblassers: Länderbericht Schweiz, in: 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckerkongress, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2018, S. 111 ff.
 - 5 Vgl. ROLAND BRUHIN, Der widerspenstige Willensvollstrecker, Weiterbildungstage des SAV im Stade de Suisse Bern vom 31.08. und 01.09.2018 (www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/06_bruhin_roland.pdf).

B. Ernennung (Art. 517 Abs. 1 ZGB)

a) Die Anwaltsaufsichtskommission Appenzell-Ausserrhodens hat im Urteil AK 162 vom 06.04.2017 zu Recht entschieden, dass die *Einsetzung* eines Willensvollstreckers auch *durch eine verbeiständete Person* angeordnet werden kann, indem sie ausführte: «Die Einsetzung von RA A durch C als Willensvollstrecker in ihrer öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 12. Oktober 2012 ... fällt ... unter die absolut höchstpersönlichen Rechte. In den genannten Punkten war die Mandatierung von RA A soweit zulässig» (E. 6.5). Dies entspricht der herrschenden Lehre,⁶ welche an die Ernennung eines Willensvollstreckers keine allzu hohen Anforderungen stellt.

b) Der Cours de Justice Genève hat sich im Urteil ACJC/430/2017 vom 07.04.2017 mit der *Einsetzung von mehreren Willensvollstreckern* befasst und festgehalten, dass diese gemeinsam handeln müssen, soweit der Erblasser den einzelnen Willensvollstreckern nicht besondere Aufgaben zugeteilt hat: «Selon l'art. 518 al. 3 CC, lorsque plusieurs exécuteurs testamentaires ont été désignés, ils sont réputés avoir reçu un mandat collectif. Le *de cuius* peut toutefois exclure l'action commune et spécifier les tâches de chaque exécuteur. Il peut ainsi charger l'exécuteur testamentaire de la liquidation d'une partie seulement de la succession, qui se trouve en Suisse ou à l'étranger ...» (E. 6.1.1). Dies entspricht der herrschenden Lehre.⁷

-
- 6 Vgl. PETER MAX GUTZWILLER, Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, *AJP* 17 (2008) 1227; 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 19; FIORENZO COTTI, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: *Commentaire du droit des successions*, hrsg. v. Antoine Eigenmann und Nicolas Rouiller, Bern 2012 (zit. CS-COTTI), Art. 517 ZGB N 5.
 - 7 Vgl. PETER MAX GUTZWILLER/ALEXANDRA HIRT, Das Willensvollstrecker-Kollegium, *successio* 8 (2014) 105; STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 816; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 11; MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, Kommentar zu Art. 517–518, Art. 551–559 und Art. 580–597 ZGB, in: *Basler Kommentar, ZGB II* (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 6. A., Basel 2019 (zit. BSK-KARRER/VOGT/LEU), Art. 518 ZGB N 91 ff.; BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 518 ZGB N 17 ff.; RICCARDO BRAZEROL, Der Erbe



C. Ersatz (Art. 517 Abs. 1 ZGB)

a) Das Kantonsgericht Waadt hat sich im Urteil HC/2016/845 vom 08.08.2016 zum *Weiterbestand der Einsetzung als Willensvollstrecker trotz Pensionierung und Ernennung zum notaire honoraire* geäußert: «Il en découle qu'un notaire honoraire est légitimé à porter le titre de notaire et à exercer les activités professionnelles licites, qui englobent les mandats d'exécuteurs testamentaires» (E. 3.1.2). Da es sich um einen nicht offiziellen Titel handelt, welcher von den Notar-Verbänden ehrenhalber verliehen wird⁸ und keine notarielle Tätigkeit mehr umfasst, ist die Verleihung dieses Titels m.E. kein valabler Grund für die Fortdauer des Amtes als Willensvollstrecker.⁹ Weiter hat das Gericht das Stillschweigen des Erblassers als Begründung angegeben: «En ne réagissant pas à cette annonce, le défunt aurait ainsi «confirmé» tacitement la désignation *ad personam* du recourant comme exécuteur testamentaire» (E. 3.2). Diese Begründung überzeugt mich nicht, weil der Fortbestand nicht von einer irgendwie gearteten nochmaligen Ernennung durch den Erblasser abhängt. Die dritte Begründung des Gerichts war dagegen zutreffend: «De plus, le recourant soutient que le défunt aurait eu des liens particuliers avec lui, en ce sens que le défunt avait été l'héritier unique d'une tante dont le recourant avait instrumenté le testament et exécuté la succession; enfin, le recourant avait été recommandé au défunt par l'ancien directeur du CHUV, ces liens particuliers étant censés justifier la désignation de l'exécuteur testamentaire indépendamment de sa qualité de notaire» (E. 3.2). Entscheidend für den Fortbestand des Willensvollstrecker-Amtes im Zusammenhang mit einer Pensionierung ist somit, ob die persönliche Beziehung des Erblassers zum Ernannten (Fortbestand) oder die Tatsache, dass der Ernannte Notar war (kein Fortbestand), der wichtigere Grund für seine Ernennung war.¹⁰

b) Mit Erstaunen nimmt man zur Kenntnis, dass *Eugen Huber*, der Redaktor des ZGB, sein *Testament* in einer Weise verfasst hat, welche nicht gültig

als Willensvollstrecker, Diss. Bern 2018, N 572; mehrere Willensvollstrecker haften solidarisch, vgl. LEU (Fn. 4), S. 276.

8 Vgl. ETIENNE JEANDIN, La profession de notaire, Zürich 2017, S. 55: «le titre honorifique de notaire honoraire n'est pas prévu par la loi mais dépend de l'usage des différentes associations cantonales de notaires».

9 Ebenso schon KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 28.

10 Ebenso Kantonsgericht Waadt HC/2016/802 vom 30.08.2016, mit Anmerkung KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 53 f.

war. Er schreibt: «13. Kann einer der Beiden (sc. Prof. Walter Burckhardt/Paul Mutzner) das Amt nicht übernehmen, so wünsche ich, dass der Bundesrat denselben aus dem Kreise meiner Freunde ersetze»¹¹ Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung muss der Erblasser den Ersatz-Willensvollstrecker selbst ernennen und kann dies nicht einem Dritten überlassen,¹² eine solche Erklärung ist anfechtbar oder sogar nichtig.¹³

c) Man kann sich allerdings die Frage stellen, ob diese eingeschränkte Weise, wie ein Willensvollstrecker oder sein Ersatz bestimmt werden kann, nämlich nur durch (höchstpersönliche) Ernennung durch den Erblasser, auch künftig noch gelten soll. Ich habe in der Festschrift für Benno Studer vorgeschlagen, dieses System leicht zu öffnen. Ausgangspunkt ist eine neue Sichtweise der Einsetzung eines Willensvollstreckers, welche an das deutsche Recht anlehnt: *Der Erblasser muss (nur noch) selbst bestimmen, dass er einen Willensvollstrecker haben möchte*, wer diese Person sein soll, kann er dagegen anderen überlassen. So habe ich – im Rahmen der Erbrechtsrevision – einen neuen Text von Art. 517 Abs. 1 ZGB vorgeschlagen: «Er kann die Bestimmung des Willensvollstreckers der Aufsichtsbehörde und die Ernennung eines Ersatzes dem ersten Willensvollstrecker überlassen».¹⁴

D. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 Abs. 2 ZGB)

In der Festschrift Benno Studer habe ich einen Vorschlag gemacht, wie im Rahmen der *Erbrechtsrevi-*

11 FASEL (Fn. 4), successio 13 (2019) 168.

12 Vgl. FASEL (Fn. 4), successio 13 (2019) 170: «Aus heutiger, theoretischer Sicht ist in der Tat fraglich, ob Ziffer 13 des Testaments von Eugen Huber einer kritischen rechtlichen Würdigung standhält. Nicht nur ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wer präzise «dem Kreise seiner Freunde» angehört, sondern es erfolgt eine materielle Wegdelegierung seines letzten Willens dadurch, dass der Bundesrat den Ersatzwillensvollstrecker, obwohl die Eidgenossenschaft Haupterin ist, selber bezeichnen soll»; weiter vgl. GÉGOIRE PILLER, Kommentar zur Art. 517–518 ZGB, in: Commentaire Romand, hrsg. v. Pascal Pichonnaz, Bénédicte Foëz und Denis Piotet, Basel 2016 (zit. CR-PILLER), Art. 517 ZGB N 9.

13 Vgl. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band IV/1: Erbrecht, 2. A., Basel 2012 (zit. SPR IV/1), S. 332: «Die Missachtung des Delegationsverbots führt zur Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB oder allenfalls gar zu deren Nichtigkeit».

14 KÜNZLE (Willensvollstreckung – Fn. 4), S. 159 und 161.

sion Art. 517 Abs. 2 ZGB ergänzt werden könnte: «Die Willensvollstrecker werden vom zuständigen Gericht von Amtes wegen über ihren Auftrag informiert ...».¹⁵ Dabei wird vorausgesetzt, dass die Aufsicht künftig ausschliesslich bei den Gerichten liegen wird.¹⁶

E. Willensvollstreckerausweis (Art. 517 Abs. 2 ZGB)

a) Der Regierungsrat Basel-Landschaft hat sich im Urteil 2019-58 vom 22.01.2019 (nicht publiziert) mit *Vorbehalten* im Willensvollstreckerausweis befasst. Das Erbschaftsamt schrieb in einen ersten Ausweis vom 03.04.2018: «Sobald eine Bestreitung der Vermögensaushändigung resp. eine Anfechtung der letztwilligen Verfügung eingegangen ist, darf der Willensvollstrecker nur noch die notwendigen Verwaltungshandlungen ausüben ...». Beide Vorbehalte trafen im Zeitpunkt der Ausstellung des Ausweises nicht zu,¹⁷ es war lediglich eine Beschwerde gegen die Testamentseröffnung hängig. Weil die Bank gestützt auf diesen Ausweis keine Verfügungen über die Konti der Erblasserin erlaubte, gelangte der Willensvollstrecker an das Erbschaftsamt, welches am 28.06.2018 ein neues Zeugnis mit folgendem Wortlaut ausstellte: «Am 25. September 2017 ist eine Einsprache nach Art. 559 ZGB gegen das Testament vom 14. Juli 2017 eingegangen». Dies entsprach nun zwar den Tatsachen, aber ein derartiger Vorbehalt gehört nicht in einen Willensvollstreckerausweis,¹⁸ weil er nur die Erben bzw. die Ausstellung der Erbbescheinigung und nicht den Willensvollstrecker bzw. dessen Ausweis betrifft.¹⁹ Es ist

allerdings zuzugeben, dass in der Literatur und Praxis wenig präzise zu lesen ist, welche Vorbehalte bzw. Einschränkungen genau in einen Willensvollstreckerausweis gehören: Allgemein formuliert kann man sagen, dass – ähnlich wie im BGB²⁰ – alle Abweichungen von der gesetzlich vorgesehenen Rechtsstellung anzugeben sind: Zu den wichtigsten Hinweisen/Vorbehalten zählen dabei Ungültigkeitsklagen und Besonderheiten bezüglich Aufgaben und Befugnissen.²¹ Für Erbbescheinigungen, in welchen Willensvollstrecker erwähnt sind, gilt entsprechendes.²² Weil die Bank im vorliegenden Fall weiterhin Zahlungen verweigerte, führte der Willensvollstrecker Beschwerde. Der Regierungsrat kam zum Schluss, dass eine Ungültigkeitsklage im Willensvollstreckerausweis erwähnt werden dürfe (mit Verweis auf BGE 91 II 177): «Üblich ist ein allgemeiner Vorbehalt: Der Willensvollstrecker ist ermächtigt und beauftragt, vorbehaltlich einer eventuellen Anfechtung der massgeblichen letztwilligen Verfügung, den Willen des Erblassers zu vertreten, die Erbschaft zu verwalten ...». Dies ist zwar richtig, aber im vorliegenden Fall lag im Zeitpunkt des Entscheids des Regierungsrates keine Ungültigkeitsklage vor, diese Ausführungen waren somit für die Beurteilung des konkreten Falles nicht relevant. Weiter erlaubte (auch) der Regierungsrat, dass der Vorbehalt einer Einsprache nach Art. 559 ZGB im Willensvollstreckerausweis erwähnt werde (E. 6e). Wie schon ausgeführt, gehört dieser Vorbehalt nicht in einen Willensvollstreckerausweis. Schliesslich führte der Regierungsrat aus: «Übertriebene Vorsicht der Bank, welche (ohne besonderen Anlass) die Übereinstimmung der Verfügungsbefugnis mit der letztwilligen Verfügung des Erblassers nicht prüfen muss» (E. 6e). Der Vorbehalt der Ein-

15 Vgl. KÜNZLE (Willensvollstreckung – Fn. 4), S. 179.

16 Vgl. dazu hinten, J. n).

17 Der Vorbehalt der Vermögensaushändigung war vorliegend nicht notwendig, weil keine Gefährdung vorlag, vgl. dazu BGER 5A_841/2013 vom 18.02.2014 E. 5.1; HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 551–559 und Art. 593–597 ZGB, in: Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, hrsg. v. Andrea Büchler et al., 2. A., Basel 2017, (zit. KuKo-KÜNZLE), Art. 559 ZGB N 12.

18 Anders allerdings BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 517 ZGB N 19; der von ihnen zitierte BGE 91 II 182 erfasst allerdings nur die Ungültigkeit und auch die Literaturzitate von Wetzel und Berther beziehen sich nur auf diesen Bundesgerichtsentscheid.

19 Das Bestreitungsverfahren betrifft nur die Erben, der Willensvollstrecker ist davon ausgeschlossen, vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 559 ZGB N 10; FRANK EMMEL, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: Praxis-Kommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm-EMMEL),

Art. 559 ZGB N 9; die Wirkung des Bestreitungsverfahrens ist im Wesentlichen, dass die Erbbescheinigung vorläufig nicht ausgestellt werden kann, vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 559 ZGB N 13.

20 Vgl. Fn. 21.

21 Ebenso für das BGB vgl. STEPHANIE HERZOG, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Erbrecht, §§ 2346–2385 BGB [Erbverzicht, Erbschein, Erbschaftskauf], Berlin 2016, § 2368 BGB N 7 ff.; Beispiele: Beschränkung der Willensvollstreckung auf einen Teil des Nachlasses oder auf eine Nacherbschaft, die Ausrichtung eines einzelnen Vermächtnisses, die Vollziehung einer Auflage, die Verwaltung des Nachlasses, die Überwachung der Erbteilung oder eine zeitliche Begrenzung der Tätigkeit; Erweiterung der Befugnisse zur Dauervollstreckung, zum Verkauf einer Liegenschaft, zum alleinigen Handeln bei mehreren Willensvollstreckern, zum Selbstkontrahieren oder bei einer Tätigkeit im Ausland.

22 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 50.



sprache hat nichts mit der Vertretungsbefugnis des Willensvollstreckers zu tun,²³ und eine Ungültigkeitsklage lag nicht vor, weshalb diese Bemerkungen unpassend waren.

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft bestätigte im Urteil 810 19 26 vom 29.05.2019 (unpubliziert) die Ergebnisse des Regierungsrates: «... dass jeder Umstand, der eine gerichtliche Entscheidung über die Erbschaft erwarten lässt, so insbesondere eine Einsprache oder allfällige Klage, ... im Legitimationsausweis ... vorzubehalten ist» (E. 5–6). Wie schon ausgeführt, darf ein Vorbehalt der Einsprache nach Art. 559 ZGB nicht in den Willensvollstreckerausweis aufgenommen werden. Aber auch der Vorbehalt der Ungültigkeitsklage durfte m.E. im konkreten Fall nicht angebracht werden: Eine Ungültigkeitsklage lag im Zeitpunkt des kantongerichtlichen Urteils nun zwar tatsächlich vor, allerdings nur gegen das letzte Testament der Erblasserin, nicht aber gegen ein früheres Testament (welches durch das spätere aufgehoben wurde) und die Ungültigkeitsklage gegen das frühere Testament war verwirkt. Da der gleiche Willensvollstrecker in beiden Testamenten vorgesehen war, konnte es im konkreten Fall gar nicht vorkommen, dass der Willensvollstrecker sein Amt verlieren würde: Bei erfolgreicher Geltendmachung der Ungültigkeit des zweiten Testaments, würde seine (nicht angefochtene) gültige Einsetzung aufgrund des ersten Testaments erfolgen. Somit war (ausnahmsweise, aufgrund der besonderen Umstände) auch dieser Vorbehalt nicht gerechtfertigt.

b) Das Appellationsgericht Tessin hat sich im Urteil 11.2017.93 vom 21.11.2017 ebenfalls mit *Vorbehalten* in Willensvollstreckerausweisen befasst. Wegen einer Ungültigkeitsklage wurde unter anderem Folgendes beantragt:

- «il testamento su cui si fonda la nomina è stato impugnato con un'azione di nullità promossa anche contro l'esecutore stesso.
- il presente attestato ha natura provvisoria.
- l'esecutore è legittimato unicamente alla raccolta di informazioni e al pagamento di fatture correnti, ad eccezione di fatture per prestazioni legali/d'avvocato (in subordine: in favore dell'avv. P), come pure ad altre misure strettamente conservative secondo legge» (Sachverhalt, D.).

23 Die Einsprache nach Art. 559 ZGB betrifft nur die Erbenstellung (vgl. Fn. 19) und hat keinen Einfluss auf die Vertretungsbefugnis, einzig die Ungültigkeitsklage würde die Vertretungsbefugnis einschränken, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 213, eine solche war vorliegend aber nicht gegeben.

Weil der Willensvollstreckerausweis noch nicht ausgestellt war, konnte das Gericht zum Inhalt nichts sagen, es wollte dem Pretore (zu Recht) auch keine Vorgaben machen (E. 2). Der erste Vorbehalt (Ungültigkeitsklage) ist in Ordnung, die weiteren Punkte dagegen sind überflüssig bzw. sie gehen zu weit: Die provisorische Natur des Willensvollstreckerausweises²⁴ und die Beschränkung auf notwendige Verwaltungshandlungen nach Einreichung einer Ungültigkeitsklage²⁵ verstehen sich von selbst, stellen somit keine Besonderheit dar und müssen deshalb – wie soeben ausgeführt²⁶ – im Ausweis nicht erwähnt werden. Soweit noch stärkere Einschränkungen gemacht werden (dass nur noch laufende Rechnungen bezahlt werden dürfen etc.), sind diese nicht berechtigt, denn allfällige Verstösse gegen die Beschränkung auf notwendige Verwaltungshandlungen können bei der Aufsicht vorgebracht werden (so auch die Argumentation des Gerichts in E. 2), und zudem bestimmt sich der Umfang der Befugnisse nach letztwilliger Verfügung und Gesetz und nicht nach der Formulierung im Willensvollstreckerausweis.²⁷ Es steht der ausstellenden Behörde mit anderen Worten nicht zu, den Umfang der Befugnisse festzulegen.²⁸ Dies gilt übrigens auch im Zusammenhang mit Verfügungsverboten bis zur Inventaraufnahme (vgl. etwa Art. 156 Abs. 1 DBG²⁹). Zu weit geht deshalb die im Kanton Waadt gestützte auf Art. 212 LIVD³⁰ offenbar häufig durch den Juge de paix angeordnete vollständige Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Willensvollstreckers,³¹ denn diese ist unnötig (da vom Steuergesetz in gewissem Umfang für jeden Erbfall vorgesehen) und darüber

24 Die Prüfung erfolgt in provisorischer Weise, vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 559 ZGB N 32; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 40.

25 Vgl. BGE 91 II 77 E. 3; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 7), Art. 517 N 28.

26 Vgl. vorne, E. a).

27 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 517 ZGB N 18.

28 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 7), Art. 517 N 19.

29 «Die Erben und die Personen, die das Nachlassvermögen verwalten oder verwahren, dürfen über dieses vor Aufnahme des Inventars nur mit Zustimmung der Inventarbehörde verfügen» (Art. 156 Abs. 1 DBG).

30 Art. 212 Steuergesetz Waadt (loi du 4 juillet 2000 sur les impôts directs cantonaux, LIVD – RSV 9.4) lautet: «Les héritiers et les personnes qui administrent ou ont la garde des biens successoraux ne peuvent pas en disposer, avant l'inventaire, sans l'assentiment de l'autorité compétente».

31 So hat der Juge de paix du district de Morges im Willensvollstreckerausweis vom 17. Juli 2011 des Nachlasses No. 104300 formuliert: «Toute acte de disposition portant sur les biens successoraux devra être soumis préalablement à l'autorisation de l'Administration cantonale des impôts».

hinaus gehend bundesrechtswidrig und damit ungültig.

Zum Vorgehen bei der Ungültigkeitsklage führt das Appellationsgericht aus, dass der Willensvollstreckerausweis üblicherweise ausgestellt werden müsse, weil die ausstellende Behörde sonst (faktisch) eine aufschiebende Wirkung gewähre, was bei vorsorglichen Massnahmen nach Art. 315 Abs. 4 ZPO nicht vorgesehen sei (E. 3). Dies deckt sich mit der herrschenden Meinung,³² welche nur in krassen Ausnahmefällen (nichtiges Testament) die Ausstellung des Willensvollstreckerausweises verweigert.³³

c) Das Kantonsgericht Waadt hat sich im Urteil HC/2018/138 vom 31.01.2018 mit einer Beschränkung des Willensvollstreckerausweises befasst, welche auf ein Testament bezüglich eines Teilnachlasses zurückging: «Je soussignée, S. ... en relation à la part des biens immeubles à Verdasio (Centovalli) ... dispose de ma succession comme suit ... Comme exécuteur testamentaire, je désigne ... » (Sachverhalt C.2.). Das Gericht bestätigte den örtlich beschränkten Willensvollstreckerausweis schon deswegen, weil die Anfechtung verspätet erfolgt ist.³⁴ Die Anfechtung wäre aber auch inhaltlich nicht berechtigt gewesen.

d) Ich habe in der Festschrift für Benno Studer angeregt, im Rahmen der Erbrechtsrevision den Wortlaut des neu vorgeschlagenen Art. 517 Abs. 3 ZGB wie folgt zu ergänzen: «Sie erhalten auf ihr Verlangen von der zuständigen Behörde einen Ausweis über ihre Stellung als Willensvollstrecker».³⁵ Dies entspricht dem üblichen Vorgehen.³⁶

F. Honorar (Art. 517 Abs. 3 ZGB)

a) Das Cour de Justice Genève hat sich im Urteil ACJC/430/2017 vom 07.04.2017 zur *Verrechenbarkeit* des Honorars geäussert und diese wie folgt verneint: *L'exécutrice testamentaire n'est «pas le mandataire direct des héritiers ... Elle ne peut dès lors tirer aucune prétention de l'absence d'un tel avis suite à l'envoi des notes d'honoraires, dont la réception est contestée pour le surplus ... aucune compensation n'est possible»* (E. 8.2). Nach herrschender Praxis und Lehre kommt man zu einem anderen Ergebnis: Das Willensvollstreckerhonorar ist eine Erbgangsschuld,³⁷ und der Willensvollstrecker darf von sich aus Vorschüsse aus dem Nachlass beziehen.³⁸ Damit liegen sowohl gleiche Parteien als auch

32 Der Willensvollstreckerausweis wird üblicherweise (wenn der Zivilrichter, bei welchem die Ungültigkeitsklage anhängig ist, keine vorsorgliche Massnahme getroffen hat) auch dann ausgestellt, wenn eine Ungültigkeitsklage anhängig ist, vgl. BGE 91 II 177 E. 3; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 559 ZGB N 32.

33 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 42; kein Willensvollstreckerausweis wird sodann bei der Ausschlagung durch alle Erben ausgestellt, weil der Willensvollstrecker dann suspendiert ist, der Ausweis wird aber nachträglich ausgestellt, wenn der Willensvollstrecker einen Überschuss verteilen muss, vgl. Rep. 1994, 311: «Durante la procedura di liquidazione le funzioni dell'esecutore testamentario sono sospese e riprendono unicamente qualora rimanga un saldo attivo dopo il pagamento dei debiti. Donde l'impossibilità di ottenere il certificato di esecutore testamentario, la quale viene meno soltanto ove la liquidazione dovesse concludersi con un saldo attivo».

34 «En l'occurrence, le recourant prétend ... que l'attestation d'exécuteur testamentaire délivrée le 4 octobre 2017 concernait la totalité des biens de la succession et non uniquement la part des biens immobiliers de la défunte à Verdasio ... Le recours contre le certificat d'héritier du 15 janvier 2018, lequel comprend la désignation de l'exécuteur testamentaire selon l'attestation délivrée le 4 octobre 2017, est donc irrecevable en tant que le recourant entend revenir sur la question de l'étendue de son mandat qu'il a omis de contester en temps utile» (Kantonsgericht Waadt HC/2018/138 vom 31.01.2018 E. 1.3).

35 KÜNZLE (Willensvollstreckung – Fn. 4), S. 169.

36 Vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 7), N 819; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2. A. Freiburg 2015, N 1165 f.; CR-PILLER (Fn. 12), Art. 517 ZGB N 27; CS-COTTI (Fn. 6), Art. 517 ZGB N 38.

37 Vgl. BGer 5A_672/2013 vom 24.02.2014 E. 6.1; BGer 5A_881/2012 vom 26.04.2013 E. 5.1; RENÉ STRAZZER, *Die Vergütung des Willensvollstreckers – Länderbericht Schweiz*, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 117; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 517 ZGB N 33; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 7), Art. 517 N 37; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 413; STEINAUER (Fn. 36), N 1166, welcher präzisiert, dass es (ausnahmsweise) eine persönliche Schuld eines einzelnen Erben sein könne, wenn sich die Willensvollstreckung nur auf einen Erbteil beziehe; CR-PILLER (Fn. 12), Art. 517 ZGB N 80, welcher ergänzt, dass bei einer persönlichen Schuld von mehreren Erben eine Solidarität bestehe.

38 Mit Ausnahme von WOLF/GENNA (SPR IV/1), S. 344, welche von einer «(straf-)rechtlichen Grauzone» sprechen, wird dieses Recht soweit ersichtlich von allen massgebenden Autoren anerkannt, vgl. etwa STRAZZER (Fn. 37), S. 117: «Er hat ein Recht auf Akonto-Zahlungen. Hiervon soll er auch tatsächlich Gebrauch machen, denn es stellt für die Erben ein Ärgernis dar, wenn der Willensvollstrecker erst nach Jahr und Tag und womöglich kurz vor Abschluss der Erbteilung die erste (hohe) Honorarrechnung präsentiert»; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 517 ZGB N 32: «der Willensvollstrecker hat das Recht, selbständig zu Lasten des Nachlasses Akontozahlungen zu beziehen», mit Verweis auf ZR 1995,



eine fällige Forderung vor, und die Verrechenbarkeit ist somit gegeben.

b) Im Rahmen der *Erbrechtsrevision* wird Art. 517 Abs. 3 ZGB nach hinten verschoben, weil ein neuer Abs. 3 (Willensvollstreckerausweis) eingefügt wird. Der Text des Vorentwurfs lautet: «Sie haben Anspruch auf angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit». ³⁹ Wenn diese Bestimmung schon neu gefasst wird, gibt es Gelegenheit, die zwei wichtigsten Komponenten (notwendiger Aufwand ⁴⁰ und angemessener Stundensatz ⁴¹) in den Text aufzunehmen. Ich habe in der Festschrift für Benno Studer folgenden Vorschlag gemacht: «Sie haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung, welche aufgrund des notwendigen Aufwandes und eines nach den Umständen üblichen Stundensatzes zu berechnen ist». ⁴² Gleichzeitig könnte man die leidige Frage, wer die Honorar-Rückforderung geltend machen kann (nur die ganze Erbengemeinschaft oder auch der einzelne Erbe), ⁴³ im Gesetzestext festhalten. Dafür habe ich an gleicher Stelle den folgenden Vorschlag gemacht: «Nach Abschluss der Erbteilung kann jeder einzelne Erbe seinen Anteil an

einem Honorar-Rückforderungsanspruch selbständig geltend machen». ⁴⁴

G. Beendigung (Art. 517 ZGB)

a) Das Kantonsgericht Waadt hatte im Urteil HC/2017/828 vom 25.08.2017 die Einigung der Erben zu beurteilen, sich nicht an das Testament des Erblassers zu halten, welches eine Nutznießung durch die überlebende Ehefrau vorsah, sondern auf die Erbteilung zu verzichten, bis die überlebende Ehefrau ablebt. Hintergrund war eine Demenz der überlebenden Ehefrau und Mutter der übrigen Erben. Es fragte sich, welche Auswirkung diese Vereinbarung der Erben auf die Einsetzung eines Sohnes des Erblassers als Willensvollstrecker hatte. Das Gericht befand: «Au vu de la durée (quatre ans) de la dissimulation du testament après la mort du de cujus et du choix choquant de substituer un arrangement familial aux dernières volontés du de cujus, la faute commise constitue un manquement grave aux devoirs fondamentaux et élémentaires ... justifiant la révocation de l'exécuteur testamentaire» (E. 3.3). Obwohl ich dem Ergebnis zustimme, dass die Willensvollstreckung beendet wurde, überzeugt mich die Begründung nicht, weil ein Widerruf nur durch den Erblasser erfolgen kann und nicht durch die Erben. ⁴⁵ Der als Willensvollstrecker eingesetzte Sohn hat m.E. *auf seine Einsetzung verzichtet*. Ein solcher Verzicht kann nach dem Tod des Erblassers, aber vor der Testamentseröffnung erklärt werden. ⁴⁶ Der einzige Mangel war, dass der Verzicht nicht gegenüber der Aufsichtsbehörde erklärt wurde, ⁴⁷ was aber angesichts der Vereinbarung, das Testament der zuständigen Behörde nicht einzureichen, naheliegend war. Der Verzicht wurde stillschweigend erklärt, ⁴⁸ indem die vier Kinder sich über die Verwaltung des Nachlasses einigten und

Nr. 64 E. 3b und SG-GVP 1957, 185: «bei längerer Dauer der Vollstreckung kann er auch Vorschüsse beanspruchen»; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 408.

39 www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf.

40 Zum notwendigen Aufwand vgl. BGE 129 I 330 E. 3.1: «il doit tenir compte du temps employé, de la complexité des opérations effectuées, de l'étendue et de la durée de la mission»; BGE 78 II 123 E. 2: «gemessen am notwendigen Zeitaufwand»; OGer ZH LB120074 vom 22.05.2013: «der sachliche gebotene Aufwand»; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 7), N 837.

41 Zum angemessenen Stundensatz vgl. BGE 142 III 9: CHF 375 für Steuerberater/Notar/Vermögensverwalter, welche allerdings materiell nicht beurteilt wurden; BGE 138 III 419: Fr. 350.00 für Anwalt, welcher allerdings materiell nicht beurteilt wurde; STRAZZER (Fn. 37), S. 115 f.: «im Rahmen eines Stundenansatzes von CHF 300.00 bis CHF 500.00 für selbständige Anwälte mit eigener Kanzlei und eigener Infrastruktur».

42 KÜNZLE (Willensvollstreckung – Fn. 4), S. 171.

43 M.E. kann nach geltendem Recht bis zum Abschluss der Erbteilung nur die Erbengemeinschaft als Ganzes eine Honorar-Rückforderung geltend machen, vgl. BGER 5A_881/2012 vom 26.04.2013 und die Besprechung von KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 124 f., KÜNZLE (Fn. 1), successio 9 (2015) 121 und KÜNZLE (Fn. 1), successio 13 (2019) 34; ein einzelner Erbe kann die Forderung geltend machen, wenn er sich die Forderung abtreten lässt, wenn er eine Vollmacht von allen anderen Erben erhält, wenn er sich als Erbenvertreter einsetzen lässt oder wenn die Erbteilung abgeschlossen ist und die Forderung (ganz oder teilweise) einem Erben zugewiesen wurde.

44 KÜNZLE (Willensvollstreckung – Fn. 4), S. 172.

45 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 17 und 383, mit Verweis auf BJM 1972, 80 E. 4 (Widerruf durch den Erblasser) und BGER 5P.59/2000 vom 07.04.2000 E. 3b (gegenwärtige Ablehnung der Teilung durch die Erben bedeutet keinen Widerruf); der Widerruf durch den Erblasser kann auch stillschweigend erfolgen, indem in einem späteren Testament kein Willensvollstrecker mehr erwähnt wird, vgl. ZR 84 (1985) Nr. 12 E. 4 S. 43; RBOG 1981 Nr. 6 S. 53 = SJZ 78 (1982) Nr. 63 S. 379.

46 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 31.

47 Der Verzicht ist gegenüber der Aufsichtsbehörde zu erklären, vgl. CR-PILLER (Fn. 12), Art. 517 ZGB N 74; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 29.

48 Die Annahme ist formfrei gültig, vgl. CAROLINE SCHULER-BUCHE, L'exécuteur testamentaire, l'administrateur

anstelle des Willensvollstreckers u.a. eine professionelle Immobilienverwaltung einsetzen. Ich halte eine solche Erklärung gegenüber allen Erben ausnahmsweise dann für gleichwertig und somit gültig, wenn noch keine Annahme der Willensvollstreckung gegenüber der Aufsichtsbehörde erfolgt ist.⁴⁹ Fragen könnte man sich allenfalls noch, ob die Tatsache, dass die Mutter dement war, die Gültigkeit des Verzichtes verhindert hat. Da der Verzicht nur zur Kenntnis genommen und nicht angenommen werden muss,⁵⁰ ändert die Demenz der Mutter m.E. nichts am Ergebnis, dass der Sohn gültig auf sein Willensvollstrecker-Mandat verzichtet hat.

b) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil PF180003 vom 20.03.2018 mit einer *Dauervollstreckung* befasst: 4/5 des Erbanspruchs sind bis zur Vollendung des 35. Lebensjahres der Erbin zu verwalten. Das Gericht hielt fest, dass die Dauervollstreckung im Gesetz nicht geregelt, aber gemäss Rechtsprechung und Literatur zulässig sei (E. 4.3).⁵¹ Dass die Willensvollstreckung im Fall der Dauervollstreckung nicht mit der Erbteilung endet, sondern mit der vom Erblasser bestimmten Frist, ist folgerichtig.

c) Das Bezirksgericht Winterthur hat im Entscheid EN190053 vom 28.03.2019 (nicht publiziert) nach *Rückgabe des Willensvollstreckerausweises* folgende Verfügung erlassen: «Von der Niederlegung des Mandates von AB als Willensvollstreckerin im Nachlass CD wird Vormerk genommen. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf ... Schriftliche Mitteilung an ... Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an ». Das Gericht wollte offenbar Rechtssicherheit bezüglich der Beendigung erreichen, zumal es um ein bedeutendes Willensvollstrecker-Mandat ging. Da der Rücktritt ab Eintreffen bei der Behörde

officiel et le liquidateur officiel: étude et comparaison, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 16.

49 Nach BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 517 ZGB N 25, ist der Rücktritt «an die Aufsichtsbehörde und an die Erben zu richten»; m.E. kann die Information an die Erben sowohl durch den Willensvollstrecker erfolgen, als auch durch die Aufsichtsbehörde (vgl. dazu CR-PILLER [Fn. 12], Art. 517 ZGB N 74), sie hat m.E. aber neben der Erklärung an die Aufsichtsbehörde keine selbstständige Bedeutung; ausnahmsweise (wenn noch keine Annahme gegenüber der Aufsichtsbehörde erfolgte) kann eine Erklärung an alle Erben aber für einen gültigen Verzicht genügen.

50 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 33: Zugang der Erklärung genügt.

51 Zur Zulässigkeit und zu den Grenzen der Dauer-Willensvollstreckung vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 51 ff.

wirkt,⁵² genügt es m.E., wenn die Behörde die Erben schriftlich über das Ende der Willensvollstreckung informiert (ähnlich wie sie den Willensvollstrecker über seine Einsetzung informiert),⁵³ und es ist keine Verfügung notwendig.

H. Befugnisse (Art. 518 Abs. 1 ZGB)

Das Kantonsgericht Waadt hat sich im Urteil HC/2018/836 vom 24.08.2018 mit der *Legitimation des Willensvollstreckers im Passiv-Prozess* auseinandergesetzt und ausgeführt: «Dès lors, conformément aux principes énoncés ... il convient tout d'abord de déterminer si les héritiers sont connus et de trancher la question de la répudiation de la succession, car tant que cela n'est pas fait, le procès opposant N. Sàrl au défunt est suspendu de plein droit ... Ce n'est que lorsque la question de la détermination des héritiers et de la répudiation, le cas échéant, de la succession aura été éclaircie qu'il pourra être déterminé si le recourant, en sa qualité d'exécuteur testamentaire et pour autant que la mission et les pouvoirs conférés par le défunt le permettent, endossera exclusivement ou non la légitimation passive dans ce procès, en interpellant, le cas échéant, les héritiers concernés ainsi que N. Sàrl directement ou, le cas échéant, son nouveau mandataire» (E. 4.4). Dies entspricht der herrschenden Lehre, dass Passiv-Prozesse wegen der persönlichen Haftung der Erben (Art. 560 Abs. 2 ZGB) durch den Willensvollstrecker erst fortgesetzt werden können, wenn alle Erben feststehen.⁵⁴

I. Aufgaben (Art. 518 Abs. 2 ZGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_388/2018 vom 03.04.2019 mit einem Fall befasst, in welchem der Willensvollstrecker die *Haftung des früheren Beistands* geltend machte (Sachverhalt B.b.). Es gehört zu den Aufgaben eines Willensvollstreckers, Forderungen des Erblassers einzutreiben, wozu auch die Haftung des früheren Beistands für Schlecht-

52 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 517 ZGB N 25: «Der Rücktritt gilt ab Eintreffen bei der Behörde, sofern er nicht auf einen späteren Zeitpunkt ausgesprochen wird».

53 Die Mitteilung an den Willensvollstrecker ist formlos gültig, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 26 und 382; RENÉ JUCHLER, Anfang und Ende der Willensvollstreckung, Zürich 1998 (Diss. Zürich), S. 123.

54 Vgl. MARKUS PICHLER, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nichterbrechtlichen» Zivilprozessen, Zürich 2011, S. 85.



erfüllung seiner Vermögensverwaltung gehört.⁵⁵ Der Beistand haftet nach ähnlichen Kriterien wie der Willensvollstrecker (E. 5, insbesondere 5.5.3.2. und 5.5.3.3.2.).

b) Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_600/2018 vom 01.04.2019 festgehalten, dass es zu den Aufgaben des Willensvollstreckers (hier: des Vollstreckers nach neuseeländischem Recht) gehört, *Darlehen einzutreiben*, und zwar im eigenen Namen, in sog. Prozessstandschaft (E. 4.2). Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre.⁵⁶

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_735/2018 vom 15.02.2019 (Vorinstanz: Kantonsgericht Schwyz ZK2 2017 91 vom 02.08.2018) mit der *Errichtung einer Erbstiftung* befasst. Die *Eröffnungsverfügung* wurde vom Willensvollstrecker angefochten, weil er der Ansicht war, dass die Stiftung nicht auf der Erbbescheinigung erscheinen solle. Das Bundesgericht entschied, dass der Willensvollstrecker nicht legitimiert sei, die Eröffnungsverfügung anzufechten: «Weshalb er zur «richtigen Nachlassabwicklung» zwingend auf eine Erbscheinprognose angewiesen ist, die seiner Lesart der letztwilligen Verfügungen der Erblasserin entspricht, mag der Beschwerdeführer 1 nicht erklären. Was den Beschwerdeführer 1 angeht, ist deshalb mangels eines aktuellen und praktischen Interesses auf die Beschwerde nicht einzutreten». (E. 3.2). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Praxis.⁵⁷ Etwas allgemeiner könnte

man formulieren, dass der Streit, wer genau die Erben sind, alleine unter den Erben auszutragen ist und dem Willensvollstrecker dabei keine Parteistellung zukommt.⁵⁸

d) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 4A_404/2018 vom 12.02.2019 (Vorinstanz: Obergericht Zürich LB180007 vom 06.07.2018) mit dem *Verkauf einer Liegenschaft* durch den Willensvollstrecker befasst. Die Erben beauftragten den Willensvollstrecker mit dem Verkauf, worauf dieser einen Mäklervertrag mit einem Dritten (einer vom Willensvollstrecker geleiteten und mehrheitlich gehaltenen AG) abschloss. Ein Erbe hielt dies für eine unzulässige *Substitution*, das Bundesgericht gesteht dagegen auch einem Willensvollstrecker zu, der Immobilienfachmann ist, dass er einen Mäkler beizieht. In casu wird das hohe Alter des Willensvollstreckers (72) und sein Ermessen betont, sowie die Tatsache, dass es eine aufwendige Aufgabe war, bei welcher sinnvollerweise die Infrastruktur einer Immobiliengesellschaft in Anspruch genommen wird (E. 3.3.2.2.). Dies ist ein wichtiger Entscheid, der auch dann gilt, wenn ein Willensvollstrecker Rechtsanwalt ist und einen Anwalt beizieht bzw. Steuerberater ist und einen Steuerberater beizieht oder Vermögensverwalter ist und einen Vermögensverwalter beizieht etc. Das Bundesgericht hat mit diesem wichtigen Entscheid, der sehr zu begrüssen ist, festgehalten, dass nicht nur fehlende Fachkenntnisse, Alter, Krankheit oder Arbeitsüberlastung, sondern auch reine Zweckmässigkeit Anlass zur Substitution geben können. Es ist anzumerken, dass die Substitution Grenzen hat, weil der Erblasser regelmässig davon ausgeht, dass der Willensvollstrecker die Aufgaben, welche sich in seinem eigenen Fachbereich befinden, in der Regel selber durchführen wird, wenigstens dann, wenn sie nicht überdurchschnittlich umfangreich oder komplex sind. Grenzen der Substitution zeigt ein Entscheid des Kantonsgerichts Waadt (HC/2019/223 vom 01.03.2019) auf: «Une substitution dans l'exécution du mandat ne

55 Vgl. BGE 105 II 104 Sachverhalt A. und B.; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 112; STEINAUER (Fn. 36), N 1173b: «encaissement des créances».

56 Zur Geltendmachung einer Forderung durch den Willensvollstrecker vgl. Fn. 55.
Zur Prozessstandschaft des Willensvollstreckers vgl. BGE 129 V 113 E. 4.2: «Es handelt sich dabei um eine Prozessstandschaft ...welche dem Willensvollstrecker kraft Bundesprivatrechts zusteht (BGE 94 II 142 Erw. 1 ...); CORDULA LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess – Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel 2016, N 1005 ff. Zum Handeln im eigenen Namen vgl. BGer 2A_300/2004 E. 1.1: «Als Willensvollstrecker ist der Beschwerdeführer zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde im eigenen Namen legitimiert»; BGE 126 IV 42 E. 4; BGE 116 II 131: «Sofern der Willensvollstrecker mit der Verwaltung der Erbschaft im Sinne von Art. 518 ZGB betraut ist, steht ihm an Stelle des materiell Berechtigten die aktive oder passive Prozessführungsbefugnis im eigenen Namen und als Partei zu»; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 465.

57 Das Erbbescheinigungsverfahren (Art. 559 ZGB) betrifft den Willensvollstrecker insoweit nicht, als es um die Bestimmung der Erben geht, vgl. ZGRG 2010,

S. 100 f. E. 2c/aa; ZR 68 (1969) Nr. 131 S. 326: «Die Willensvollstreckerin hat daher kein rechtliches Interesse an einer Anfechtung der vorläufigen Beurteilung der letztwilligen Verfügung durch den Einzelrichter auf dem Rekurswege»; AGVE 2000 Nr. 3 S. 30: «Der Willensvollstrecker ist ... zur Beschwerdeführung nur insoweit legitimiert, als es um seine Einsetzung, Stellung oder Funktion geht»; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Vor Art. 551–559 ZGB N 11 und Art. 559 ZGB N 10.

58 Eine Ausnahme bildet die Ausschlagung in denjenigen Fällen, in denen es auch um die Frage geht, ob der Willensvollstrecker überhaupt tätig werden muss, vgl. hinten, I. f).

peut intervenir que lorsque le défunt savait ou aurait dû savoir que l'exécuteur testamentaire ne serait pas en mesure d'exécuter ses tâches personnellement, soit en raison de connaissances spécialisées qui sont nécessaires, soit par exemple en raison d'une absence à l'étranger ou pour des raisons d'âge ou alors pour des raisons objectives qui rendent une telle substitution nécessaire» (E. 4.2). Zwei Notare und ein im Erbrecht spezialisierter Anwalt dürfen keinen Anwalt einschalten, um dem Juge de paix einen Schlussbericht abzuliefern bzw. eine einfache Eingabe in einer Bausache zu machen. Während Ersteres ohne Weiteres nachvollziehbar ist, kann die einfache Eingabe in einer Bausache nicht beurteilt werden, weil genauere Sachverhaltsangaben fehlen.

Der Mäklervertrag zwischen dem Willensvollstrecker und seiner X. AG (dessen Verwaltungsratspräsident und Mehrheitsaktionär er war), war gültig, weil auf der Seite der AG die Regeln eingehalten wurden, indem nicht der Willensvollstrecker, sondern F und E unterzeichneten und weil darüber hinaus keine Gefahr der Benachteiligung bestand (E. 3.4). Diesem Ergebnis stimme ich zu, das Bundesgericht hätte allerdings noch klarer sagen können, dass es sich hier nicht um ein Selbstkontrahieren, sondern um eine *Doppelvertretung* gehandelt hat, weil der Mäklervertrag (trotz Handeln in eigenem Namen)⁵⁹ für die Erbengemeinschaft abgeschlossen wurde (und nicht für sich selbst).

e) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 4A_286/2018 vom 05.12.2018 mit dem *Verkauf einer Liegenschaft* durch den Willensvollstrecker befasst. Dieser versuchte nach gescheiterter Baubewilligung für ein Projekt erfolglos, eine Rückabwicklung unter verschiedenen Titeln zu erreichen: unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR), ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR), Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR), absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) (E. 2-4). Dies scheiterte aber daran, dass die Erben dem Willensvollstrecker den klaren Auftrag gegeben hatten, die Liegenschaft zu verkaufen.

f) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_349/2018 vom 18.06.2018 (ebenso wie schon die Vorinstanz: Kantonsgericht Waadt HC/2018/298 vom 26.02.2018) die Beschwerde eines Willensvollstreckers gegen die *Ausschlagung* der Erben (welche zu einer Liquidation des Nachlasses führen würde) zugelassen mit der Begründung, der Willensvollstrecker sei davon betroffen (E. 3⁶⁰; zum Kantonsgericht vgl.

E. 1.2.1.⁶¹). Wie schon früher ausgeführt, ist der Willensvollstrecker nur dann ausnahmsweise berechtigt, die Ausschlagung durch die Erben anzufechten, wenn er ein eigenes Interesse an einem solchen Streit hat, weil es (auch) um die Frage geht, ob er tätig werden müsse/dürfe oder suspendiert sei (und die kantonal zuständige Behörde⁶² den Nachlass abwickle).⁶³ Umgekehrt wird die Ausschlagung der Erben durch die Einsetzung eines Willensvollstreckers nicht beeinflusst.⁶⁴

g) Das Kantonsgericht Schwyz hat im Urteil ZK2 2018 19 vom 12.04.2018 die *Geltendmachung einer Forderung* (Klage gegen einen vormaligen Geschäftspartner auf Rückzahlung an eine ehemals diesen beiden gehörende Aktiengesellschaft) als Aufgaben des Willensvollstreckers betrachtet. Dies entspricht der geltenden Praxis und Rechtsprechung.⁶⁵ In casu gab es allerdings ein Problem mit der Legitimation des Willensvollstreckers, welcher das Aktienzertifikat der Inhaberaktie nicht vorweisen konnte und deshalb ein Kraftloserklärungsverfahren anstrengen musste.

h) Im Urteil OGBES.2018.4 des Obergerichts Solothurn ist (im Zusammenhang mit der *Erstreckung der Ausschlagungsfrist*) zu lesen: «Erbengemeinschaft A. vertreten durch den Willensvollstrecker Rechtsanwalt ... ». Wie soeben ausgeführt,⁶⁶ ist der Willensvollstrecker grundsätzlich nicht berechtigt,

base de l'art. 76 al. 1 LTF, dès lors que celui-ci est touché dans sa mission d'exécuteur testamentaire, partant, dans ses intérêts pécuniaires».

59 Vgl. vorne, I. b).

60 «En tant que le présent recours est formé au nom et pour le compte de A., sa recevabilité doit être admise sur la

61 «En effet, la décision du 12 décembre 2017 considère notamment que la succession doit être liquidée par l'Office des faillites, suite à la répudiation de celle-ci par l'héritier légal et institué, et touche ainsi la fonction de l'exécuteur testamentaire qui, pour accomplir sa mission, a, en principe, le pouvoir de disposer des biens successoraux ... et s'en trouve privé par la décision attaquée».

62 Vgl. dazu MICHAEL NONN, Kommentar zu Art. 580–597 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 4. A., Basel 2019, Art. 593 ZGB N 11 und Art. 580 ZGB N 14 f.; KuKo-KÜNZLE (Fn. 17), Art. 593 ZGB N 14.

63 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 31: Besprechung von Kantonsgericht Graubünden ZK1 15 59 vom 13.08.2015; zum Vorgehen bei einer Ausschlagung vgl. Rep. 1994, 311: «Se tutti gli eredi legittimi del prossimo grado rinunciano all'eredità, il pretore ne ordina la liquidazione a cura dell'Ufficio dei fallimenti, quand'anche la successione sia in attivo».

64 Vgl. ZR 83 (1984) Nr. 15 E. III.1c S. 48; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 518–518 ZGB N 200.

65 Zur Geltendmachung einer Forderung durch den Willensvollstrecker vgl. Fn. 55.

66 Vgl. vorne, I. f).



sich beim Thema Ausschlagung am Verfahren zu beteiligen. Wegen eines möglichen Interessenkonflikts sollte sich der Willensvollstrecker auch nicht als Vertreter eines Erben zur Verfügung stellen.⁶⁷ M.E. hätte im vorliegenden Fall für den minderjährigen Erben ein Beistand eingesetzt werden sollen, zumal sich auch die Mutter als übergangene Pflichtteilserbin in einem Interessenkonflikt befand.

i) Aus der Praxis wurde der Fall der *Ausrichtung eines Vermächtnisses* an mich herangetragen, ein (im Verhältnis zum Gesamtnachlass) grosses Vermächtnis an einen Haus-Arzt. Der Willensvollstrecker weiss, dass Art. 38 Standesordnung FMH⁶⁸ solche Zuwendungen grundsätzlich als unzulässig erklärt, und fragt sich, wie er sich verhalten soll. M.E. sollte der Willensvollstrecker die Erben über die Rechtslage aufklären und es ihnen überlassen, ob sie das Vermächtnis ausrichten möchten. Sollte eine übereinstimmende Stellungnahme ausbleiben, würde ich die Ausrichtung des Vermächtnisses als Willensvollstrecker ablehnen. Weil die erst nach dem Tod des Erblassers bekannt gewordene Zuwendung Entscheide des Arztes nicht mehr beeinflussen kann, gibt es m.E. aber keine Bedenken, eine von den Erben gutgeheissene Zuwendung auszurichten.

j) RENÉ STRAZZER nimmt im Rahmen des 2. Schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertags zum Umgang des Willensvollstreckers mit der *Ausgleichung und Herabsetzung* Stellung: «Das Bundesgericht hat 1964 entschieden, dass der Willensvollstrecker, um die Erbteilung richtig ausführen zu können, sich auch über Ausgleichungsansprüche erkundigen muss ... Auf der anderen Seite der Skala gilt m.E., dass es keine Pflicht des Willensvollstreckers gibt, nach *Tatbeständen der Ausgleichung und/oder Herabsetzung gleichsam von sich aus zu forschen*, zumindest nicht ohne sachliche Anhaltspunkte ... All dies kulminiert im Fazit, dass Ausgleichung und Herabsetzung nach schweizerischem Recht primär Sache der Erben und nicht des Wil-

lensvollstreckers sind.»⁶⁹ Diese Aussagen beschreiben die geltende Rechtslage höchst treffend.⁷⁰

J. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_176/2019 vom 26.06.2019 (Vorinstanz: Kantonsgericht Waadt HC/2018/91 vom 19.01.2018 und HC/2019/76 vom 21.01.2019) mit einer *Absetzung* befasst: EUR 600 000, welche der Erblasser vom Schwiegervater erhalten hat, blieben im Nachlass unauffindbar, der Vater des Erblassers und Willensvollstrecker, welcher vor dem Tod des Erblassers bei der Verwaltung dieser Gelder involviert war, befand sich in einem (unlösbaren) Interessenkonflikt und wurde abgesetzt (E. 4). Dem Ergebnis kann ich zustimmen. M.E. hätte dieser Fall wegen seiner Komplexität nicht von der Aufsichtsbehörde, sondern vom ordentlichen Richter behandelt werden sollen.⁷¹ Dass die Aufsichtsbehörde mit ihren Mitteln im summarischen Verfahren ansteht, zeigen etwa die wenig klaren Ausführungen, was der Willensvollstrecker genau falsch gemacht hat.

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_50/2019 vom 20.06.2019 (Vorinstanz: Cours administrative Jura ADM 39/2018 vom 11.12.2018) mit einem Aufsichtsfall befasst, in welchem der Willensvollstrecker Mühe hatte, das Inventar zu erstellen und die

⁶⁹ STRAZZER (Fn. 4), S. 124 f.

⁷⁰ Vgl. etwa PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 31: «insb. auch nach Vorempfängen zu fragen, die für die Ausgleichung unter den Erben relevant sind»; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 16: «Pflicht, Schenkungen und Erbvorbezüge zu Lebzeiten des Erblassers abzuklären».

⁷¹ Komplexe Fälle der Interessenkollision gehören m.E. vor den Richter, während klare Fälle auch von der Aufsichtsbehörde behandelt werden können, insbesondere auch im Zusammenhang mit weiteren Vorwürfen wie Pflichtverletzungen, vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 13 (2019) 37; ein Grossteil der Lehre möchte nur die Fälle von nachträglicher Interessenkollision vor dem ordentlichen Richter abhandeln, vgl. etwa THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – ausgewählte Probleme, *successio* 8 (2014) 205; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 105; diese Lehre stützt sich im Wesentlichen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche in BGE 97 II 201 E. 3 begründet wurde; neustens plädieren DANIEL ABT, AJP 27 (2018) 1317 ff., Der Willensvollstrecker aus Sicht des Erben: «il buono, il brutto o il cattivo», AJP 27 (2018) 1317 ff., und BRAZEROL (Fn. 7), N 535 ff., dafür, dass nur noch die Aufsichtsbehörde zuständig sein soll.

⁶⁷ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Interessenkollision im Erbrecht – Willensvollstrecker, Notar, Anwalt, SJZ 208 (2012) 8, mit Verweis auf ZR 70 (1971) Nr. 72 S. 221.

⁶⁸ Vgl. Art. 38 Standesordnung der FMH vom 12. Dezember 1996 (Stand: 9. Mai 2019; www.fmh.ch/files/pdf23/standesordnung-september-2019_de.pdf): «Die Annahme von Geschenken, Verfügungen von Todes wegen oder von anderen Vorteilen, sei es von Patienten, Patientinnen oder von Dritten, die den Arzt oder die Ärztin in ihren ärztlichen Entscheidungen beeinflussen können und das übliche Mass kleiner Anerkennungen übersteigen, ist unzulässig».

Pflichtteile zu berechnen. Die Erben verweigerten klare Aussagen über Immobilienempfänge, Lebensversicherungen zugunsten der Kinder, vom Erblasser bezahlte Saläre zu Lebzeiten sowie Schenkungen in den letzten 5 Jahren. Dem Willensvollstrecker wurde die *Weisung* erteilt, innert 10 Tagen eine Liste zu erstellen mit den von den Erben notwendigen Informationen und diesen eine Frist zur Lieferung der Informationen anzusetzen, ohne eine Sanktion anzuzurechnen (E. 5). Dies ist eine verhältnismässige Massnahme.⁷²

c) Die Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt Basel-Stadt hat sich im Urteil AB.2017.3 vom 19.06.2017⁷³ zum *Streitwert* im Aufsichtsverfahren geäussert und festgehalten, dass nicht auf den Nachlasswert abzustellen sei und eine Streitwertschätzung anhand des Willensvollstrecker-Honorars (in Analogie zur Stockwerkeigentümergeinschaft) nicht ausgeschlossen sei (E. 6). Dem ist zuzustimmen,⁷⁴ wengleich anzumerken ist, dass das Honorar in vielen Fällen nicht feststeht (in casu haben sich Erben und Willensvollstrecker auf ein Honorar von CHF 20000 geeinigt) und auch nur schwer geschätzt werden kann, da es unter anderem auch vom Verhalten der Erben abhängt. Im gleichen Entscheid wurde *wiederholte Untätigkeit als Absetzungsgrund* angesehen: Trotz Zusicherung und Mahnungen erfolgte keine Ablieferung von Akten an das Erbschaftsamt, auch nicht nach einer Instruktionverhandlung. Eine qualifizierte (mehrfache) Untä-

tigkeit ist nach der Lehre und Praxis ein Absetzungsgrund.⁷⁵

d) Die Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt Basel-Stadt hat im Urteil AB.2015.85 vom 20.03.2017⁷⁶ festgehalten, dass im Kanton Basel-Stadt für ein Aufsichtsverfahren über den Willensvollstrecker örtlich die *Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers* und sachlich die Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt zuständig ist (E. 1.2). Dies deckt sich mit der herrschenden Meinung.⁷⁷

Weiter wird in diesem Urteil ausgeführt: «Die ZPO ist anwendbar ... aufgrund des *kantonalen Rechts*» (E. 1.3). Die Eigenheiten des kantonalen Verfahrens⁷⁸ erweisen sich in der Praxis als komplex, und sie sind oft nur schwer zu bewältigen. Sodann wird in diesem Urteil auf die *Beschwerdefrist von 10 Tagen* hingewiesen (§ 139 Abs. 2 EG ZGB), und diese wird wie folgt begründet: Die Willensvollstrecker «sollen, weil sie ihre Aufgabe beförderlich abzuwickeln haben, nach Bekanntgabe ihrer Anordnungen bald einmal wissen dürfen, ob diese von den am Nachlass Beteiligten akzeptiert werden ...» (E. 1.4). Dies ist zwar richtig, geht aber oft an der Realität vorbei, weil in Problemfällen häufig weder informiert, noch gehandelt wird. Ganz abgesehen davon sind diese kantonalen Beschwerdefristen⁷⁹ bundesrechtswidrig.⁸⁰ Nachdem dies ein Richter be-

72 Zur Weisung als präventive Aufsichtsmassnahme vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 595 ZGB N 29 und Art. 518 N 102; CR-PILLER (Fn. 12), Art. 518 ZGB N 174.

73 Vgl. BJM 2018, 287 ff.

74 Der Streitwert entspricht nicht dem Nachlasswert, vgl. BGE 135 III 578: «Es erweist sich aber als willkürlich, den Streitwert der Willensvollstreckerbeschwerde mit dem Nachlasswert gleichzusetzen»; der Streitwert orientiert sich am Nachlasswert bzw. Wert eines Erbteils und am Honorar des Willensvollstreckers, vgl. OGer Zürich PF140001 vom 20.01.2014 E. IV.1: Der Streitwert ... «ist – ausgehend von einem Erbanteil des Beschwerdeführers von einem Drittel an vorliegend betroffener Liegenschaft – auf jeden Fall bedeutend»; THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen Verfahrens», SJZ 113 (2017) 429: Der Streitwert darf «nicht unbesehen mit dem Wert des Nachlasses gleichgesetzt werden ... Die wirtschaftlichen Interessen, die mit einer Beschwerde verfolgt werden, sind trotzdem angemessen zu würdigen. Ein Kriterium kann die Honorarforderung des Willensvollstreckers bzw. des Beauftragten sein, wenn seine Amtsführung bzw. Absetzung zur Diskussion steht».

75 Vgl. CR-PILLER (Fn. 12), Art. 518 ZGB N 141 (Untätigkeit) und N 179 (wiederholte Pflichtverletzung); BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 103: «wenn sich in vorangegangenen Beschwerdeverfahren mildere Massnahmen als wirkungslos erwiesen haben»; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 526 (Untätigkeit) und N 548 (wiederholte Pflichtverletzung).

76 Vgl. BJM 2018, 285 ff.

77 Diese Zuständigkeit stützt sich auf Art. 28 Abs. 2 ZPO, vgl. RENÉ STRAZZER/ALEXANDRA ZEITER, Der Willensvollstrecker und Art. 28 ZPO, in: Festschrift für Benno Studer, hrsg. v. Paul Eitel et al., Zürich 2019, S. 318; STEINAUER (Fn. 36), N 1185a; CR-PILLER (Fn. 12), Art. 518 ZGB N 164.

78 Vgl. dazu HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Festschr. für Thomas Sutter-Somm, hrsg. v. Roland Fankhauser et al., Zürich 2016, S. 941: «Wenn eine Verwaltungsbehörde das Aufsichtsverfahren durchführt, wird das Verfahren von den Kantonen bestimmt (Art. 54 Abs. 3 SchlT) ... Art. 248 ff. ZPO kommen in diesem Fall nicht direkt zur Anwendung, wohl aber analog, um fehlende Regeln zu ergänzen».

79 Im Kanton Zug gibt es eine Beschwerdefrist von 20 Tagen, vgl. § 85 Gesetz vom 17.08.2011 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug (EG ZGB – BGS 211.1).

80 Darauf habe ich schon mehrfach hingewiesen, vgl. zuletzt KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 13 (2019) 35 f.; ebenso BRUHIN (Fn. 5), S. 4.



reits 1921 festgestellt hat,⁸¹ ergeht ein Appell an die kantonalen Gesetzgeber, diese bundesrechtswidrigen Fristen nun endlich in den EG ZGB aufzuheben. Sie ersparen damit den Aufsichtsbehörden umständliche Begründungen, warum die Beschwerdefrist in casu gerade nicht greift. Wenn die Aufsicht gemäss Erbrechtsrevision den Gerichten übertragen wird,⁸² kommt die ZPO direkt zur Anwendung, und damit würden die kantonalen Besonderheiten im Aufsichtsverfahren (inkl. Beschwerdefristen) verschwinden.

In diesem Urteil wird der Willensvollstrecker aufgrund einer *Interessenkollision* abgesetzt: Aus dem Tresor des Willensvollstreckers wurde Schmuck gestohlen, der nicht versichert war; ein allfälliger Ersatzanspruch der Erben gegen ihn bringt ihn in einen unlösbaren Interessenkonflikt (E. 4.4). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.⁸³

e) Das Kantonsgericht Graubünden hat im Urteil ZK1 15 47 vom 10.06.2015 eine *Absetzung* abgelehnt: Auf den Vorwurf, der Willensvollstrecker habe kein Inventar errichtet, entgegnete er, dass ein öffentliches Inventar errichtet worden sei, weshalb nach dem Gericht keine Pflichtverletzung vorlag (E. 3). Das ist richtig, weil der Willensvollstrecker in erster Linie die (physisch) vorhandenen Nachlassgegenstände zu erfassen hat.⁸⁴

Zum Vorwurf der *ungenügenden Rechenschaftsablegung* führte das Gericht aus, dass zwar keine professionelle Zusammenstellung vorhanden sei, der Willensvollstrecker den Erben aber akribische Informationen über seine Tätigkeiten abgegeben habe; da der Nachlass schliesslich nur noch aus einem Bankkonto bestand, konnten die Erben sämtliche Vermögensbewegungen aus diesem Konto ablesen; es lag keine Pflichtverletzung vor, welche eine

Absetzung rechtfertigen würde. Dabei berücksichtigte das Gericht, dass in casu die Aufgabe des Willensvollstreckers weder einfach noch angenehm war, denn er hatte Mieter auszuweisen und Liegenschaften zu räumen, wobei eine kaum vorstellbare Unordnung in den Räumen herrschte (E. 4). Der Beurteilung des Gerichts ist zuzustimmen, aber auch anzufügen, dass es möglicherweise hilfreich gewesen wäre, wenn dem Willensvollstrecker bezüglich seiner (künftigen) Rechenschaftsablage eine Empfehlung erteilt worden wäre.⁸⁵

Schliesslich hat das Gericht den Vorwurf des zu hohen *Honorars* auf den Zivilweg verwiesen (E. 5), was herrschender Lehre und Rechtsprechung entspricht.⁸⁶

f) Das Kantonsgericht Schwyz hat im Urteil ZK2 2017 55–56 vom 18.12.2017 E. 3 zur Frage Stellung bezogen, ob das *Ende der Willensvollstreckung* von der Aufsichtsbehörde *festgestellt* werden könne und lehnte dies ab, weil materiell-rechtliche Fragen nur vom ordentlichen Richter entschieden werden können (E. 3a). Es besprach das Urteil des Bundesgerichts 5A_195/2013 vom 07.07.2013 E. 2.2.6, in welchem diese Frage offengelassen wurde, weil je nach den Umständen eine materiell-rechtliche Frage vorliege, welche vom ordentlichen Richter zu beantworten sei, oder eine Vorfrage, welche von der Aufsichtsbehörde beantwortet werden dürfe (E. 3b). Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid wurde vorfrageweise festgestellt, dass die Willensvollstreckung (inzwischen) beendet worden war.⁸⁷ Im Fall des Kantonsgerichts Schwyz wurde der Willensvollstrecker angehalten, den Schlussbericht einzureichen und Nachlassgegenstände zu übergeben. Damit hat es vorfrageweise entschieden, dass die Willensvollstreckung noch nicht abgeschlossen sei. Ich habe bereits früher in einer Besprechung des erwähnten Bundesgerichtsentscheids ausgeführt,⁸⁸ dass es der Aufsichtsbehörde nicht zustehe, eine Feststellungsklage gutzuheissen, weil es sich um eine materiell-rechtliche Frage handle, man müsste hier vielleicht noch hinzufügen: in der Regel.⁸⁹ Die Aufsichtsbe-

81 Vgl. Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich, SJZ 21 (1924/25) 112: «die in Art. 595 Abs. 3 ZGB den Erben eingeräumte Beschwerde ist nicht an eine Verwirkungsfrist gebunden, sondern sie kann zu rechtswirksamer Wahrung des Rechts jederzeit angebracht werden».

82 Vgl. dazu hinten, I. n).

83 Zum unlösbaren (strukturellen) Interessenkonflikt vgl. BRAZEROL (Fn. 7), N 295 ff.; KÜNZLE (Fn. 67), SJZ 108 (2012) 1.

84 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 16: «Es wird als genügend erachtet, wenn sich der Willensvollstrecker auf das Sicherungsinventar nach Art. 553, das öffentliche Inventar nach Art. 580 ff. oder das Steuerinventar nach Art. 154 ff. DBG abstützt, mit Hinweis auf verschiedene Autoren, so etwa PETER BREITSCHMID, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. v. Jean Nicolas Druey et al., Bern 1997, S. 114 f.».

85 Bei länger dauernden Mandaten hat der Willensvollstrecker regelmässig (z.B. jährlich) Rechenschaft abzugeben, vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 37.

86 Vgl. CR-PILLER (Fn. 12), Art. 517 ZGB N 79.

87 Ebenso Obergericht Zürich PF120062 vom 05.02.2013 E. 2.4.

88 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 129 f. und die dortigen Verweise; anders PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 97.

89 Materiell-rechtliche Fragen sind zu klären, wenn die Gültigkeit eines Testaments (vgl. dazu BGer 5A_195/

hörde kann aber vorfrageweise feststellen,⁹⁰ dass die Willensvollstreckung (z.B. wegen erfolgter Erbteilung gegenstandslos geworden und damit) beendet sei, und daran Weisungen knüpfen, wie etwa die vollständige Erledigung von Vollzugshandlungen oder die Rückgabe aller Exemplare des Willensvollstreckerausweises. Insofern ist der Entscheid im Nachlass von Herbert von Karajan,⁹¹ in welchem der Willensvollstrecker die Musikrechte, auch 10 Jahre nach erfolgter Erbteilung immer noch verwalten wollte und das Ende der Willensvollstreckung festgestellt wurde, so zu ergänzen, dass das Ende der Willensvollstreckung nur vorfrageweise hätte beurteilt werden sollen, und der Willensvollstrecker hätte angewiesen werden sollen, seinen Ausweis an die Aufsichtsbehörde zurückzusenden.⁹²

g) Das Appellationsgericht Tessin hat im Urteil 11.2017.94 vom 20.12.2017 eine *Absetzung* abgelehnt: Der Vorwurf, zwischen dem Willensvollstrecker und einem Erben bestehe «una profunda ostilità», genügt nicht zur Absetzung (E. 4), was längst anerkannt ist.⁹³ Als ungeeignet hat das Gericht auch die Anschuldigung qualifiziert, der Willensvollstrecker sei dem Hinweis eines Erben zu wenig nachgegangen, sein Bruder (und Miterbe) habe zu Lebzeiten vom Geld des Erblassers gelebt (E. 5). Herabsetzung ist – wie oben ausgeführt⁹⁴ – primär Sache der Erben.⁹⁵ Als untauglich wurde auch der Vorwurf eines Erben angesehen, sein Bruder habe ein Auto mit Geld aus dem Nachlass gekauft (E. 6), sowie, der Erbe wolle den Nachlass lieber selber verwalten (E. 7). Hier lagen nicht einmal Pflichtverletzungen vor.

h) Das Kantonsgericht Waadt hat sich im Urteil HC/2017/1154 vom 30.01.2018 zum *Aufsichtsver-*

fahren geäußert: Angewendet wird das kantonale Recht, welches das summarische Verfahren nicht ausdrücklich vorsieht.⁹⁶ Bereits vorne⁹⁷ wurde auf die Problematik des kantonalen Verfahrens aufmerksam gemacht. Weiter wurde zum zweifachen Schriftenwechsel ausgeführt: «La partie recourante dispose du droit à la réplique ... Lorsqu'un deuxième échange d'écritures n'est pas ordonné, l'appelant conserve la faculté de se déterminer immédiatement et spontanément sur la réponse de l'intimé ... L'appelant ne peut toutefois pas utiliser la réplique spontanée pour compléter ou améliorer son appel, mais uniquement pour faire valoir des moyens qui ont été suscités par la réponse» (E. 1.1.2). Dies entspricht der herrschenden Lehre.⁹⁸

Das Gericht zeigte auf, dass die Vorwürfe schlecht begründet waren und nicht für eine Absetzung reichten: (1) «Les exécuteurs testamentaires ont violé leurs devoirs en n'établissant aucun inventaire successoral détaillé des biens mobiliers ... l'exécuteur testamentaire ne devrait pas établir un inventaire, mais contribuer à l'établissement de l'inventaire officiel» (E. 3.3.1). (2) «L'inventaire n'aurait pas été établi à la date du décès du *de cuius* ... le patrimoine successoral n'est pas figé au jour du décès; il évolue par accroissement ou réduction, ou se modifie en intégrant des emplois de biens successoraux» (E. 3.3.2). (3) *Das Inventar sei unvollständig, weil der Erblasser von einer Tante verschiedene Gegenstände geerbt habe ... unklare Angabe, weil der Erblasser Gegenstände veräußert oder verschenkt haben kann* (E. 3.3.3). (4) «les exécuteurs testamentaires auraient fourni de fausses informations relatives à la société O. ... cette erreur a été rectifiée» (E. 3.3.3.4) (5) «Le recourant reproche aux exécuteurs testamentaires de n'être pas intervenus dans la succession de leur oncle Y.N. pour y faire valoir les droits de leur père Z.N. ... le décès d'Y.N. est survenu près de deux ans avant le décès de Z.N., si bien que le mandat d'exécuteurs testamentaires de B.N. et d'A.N. a débuté alors que la succession de leur oncle était déjà ouverte depuis un tel laps de temps» (E. 3.3.3.6).

2013 vom 07.07.2013 E. 2.2.6) oder die Gültigkeit oder Bedeutung eines Erbteilungsvertrags Grund für die Beendigung einer Willensvollstreckung sind; von der Aufsichtsbehörde zu behandelnde formelle Fragen sind zu klären, wenn ein Willensvollstrecker gegenüber den Erben erklärt, er werde sein Amt beenden, ohne dass er die Aufsichtsbehörde benachrichtigt oder den Willensvollstreckerausweis zurückgibt.

90 Ebenso ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 74), SJZ 113 (2017) 428.

91 Vgl. Kantonsgericht Graubünden PZ 03 144 vom 19.01.2003, PKG 2003, 173 Nr. 34.

92 Die Aufsichtsbehörde ist bei ihren Entscheiden nicht an die Anträge der Beschwerdeführer gebunden, vgl. KÜNZLE (Fn. 78), S. 943 m.w.N.

93 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 518 ZGB N 531 m.w.N.

94 Vgl. vorne, I. j).

95 Vgl. zu diesem Thema auch das hinten, J. I), behandelte Urteil PF180017 des Obergerichts Zürich vom 18.10.2018.

96 «La procédure applicable à l'exécution testamentaire est régie par le droit cantonal (art. 54 al. 1 et 3 Titre final CC ... Le CDPJ ne prévoit pas expressément l'application de la procédure sommaire en matière d'exécution testamentaire ...» (E. 1.1.1).

97 Vgl. vorne, J. d).

98 Vgl. KÜNZLE (Fn. 78), S. 942 f.: «Üblicherweise erfolgt kein doppelter Schriftenwechsel. 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».



i) Das Kantonsgericht Waadt hat sich im Urteil HC/2018/77 vom 30.01.2018 nochmals zur *Absetzung* geäußert. Vorgeworfen wurde dem Willensvollstrecker, dass er Vorbezüge nicht erfasst habe.⁹⁹ Das Gericht hielt dazu fest: «Les exécuteurs testamentaires ont confirmé que les biens meubles situés en [...] non listés dans l'expertise ... du 4 juin 2014 appartenaient soit à L.J., soit à d'autres membres de la succession, soit à des tiers à la succession» (E. 3.3.1). Wie schon oben¹⁰⁰ ausgeführt, sind Ausgleichung und Herabsetzung primär Aufgabe der Erben und nicht des Willensvollstreckers, zudem gehören Vorbezüge nicht primär zum Inventar, sondern zur Erbteilung.¹⁰¹

j) Das Kantonsgericht Waadt hat im Entscheid HC/2018/560 vom 05.06.2018 zur Absetzung im Zusammenhang mit einer *Interessenkollision* ausgeführt: «lorsque le testateur a lui-même créé cette double situation ... il s'agit alors tout au plus d'un motif de nullité ou d'annulation du testament au sujet de la nomination de l'exécuteur testamentaire. Lorsqu'en revanche, la collision d'intérêts était inconnue du testateur ou qu'elle n'a surgi qu'après sa mort, alors les héritiers peuvent s'en plaindre auprès de l'autorité de surveillance» (E. 3.1). «Comme le relève à juste titre le premier juge, c'est le défunt ... qui a créé cette double situation ...» (E. 3.3) Diese Rechtsprechung, welche ursprüngliche und nachträgliche Interessenkollisionen unterscheidet, entspricht derjenigen des Bundesgerichts, welche auch in der Lehre weitgehend mitgetragen wird, während ich dafür plädiere, dass klare Fälle vor die Aufsichtsbehörde und komplexe Fälle vor das Gericht gehören.¹⁰²

k) Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich im Urteil PF180017 vom 18.10.2018¹⁰³ zu einer *Absetzung* aufgrund einer *Interessenkollision* geäußert. Die Erbin und Willensvollstreckerin hat Vorbezüge von CHF 100 000 im Sicherungs-Inventar und im (steuerlichen) Inventarbogen nicht deklariert. Das Bezirksgericht sah darin einen Absetzungsgrund, das Obergericht dagegen nicht (E. 6.2). Es stellt sich die Frage, ob die Auskunftspflicht eines Erben betreffend Vorbezüge (passiv) zur Informationspflicht

(aktiv) wird, wenn er gleichzeitig Willensvollstrecker ist. Abgesehen von der Tatsache, dass dies ein ziemlich ungeschicktes Verhalten der Willensvollstreckerin war, teile ich die Ansicht des Obergerichts, dass das Sicherungs-Inventar den (vorhandenen) Nachlass festhält, während Ausgleichung und Herabsetzung (noch) keine Themen sind, sondern vielmehr – wie oben ausgeführt¹⁰⁴ – (erst) bei der Erbteilung eingefügt werden.¹⁰⁵

l) PETER BREITSCHMID hat sich am 2. Schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertag zur *Interessenkollision* geäußert und zeigt die *Grenze* des Zulässigen auf: «Es ist nicht vorwerfbar, die Interessen des Erblassers zu kennen und im Rahmen der gesetzlichen Ordnung auch zu vertreten, aber es widerspricht der Unabhängigkeit und Interessenneutralität, in einer den Nachlassinteressen verpflichteten Position eine Ordnung zu stützen (und sei es nur durch Intransparenz, «dosierte» Information usw.), die zumindest teilweise den objektiven Interessen Einzelner, die *allesamt* korrekt und neutral zu behandeln sind, zuwiderläuft».¹⁰⁶ BREITSCHMID würde es zudem begrüßen, wenn die Aufsichtsbehörde auch vom Willensvollstrecker aktiv angegangen werden könnte, was ja gerade in Fällen von Interessenkollision besonders hilfreich wäre: «Es wäre wünschbar, wenn Modelle entwickelt würden, welche eher vorsorglich die Erarbeitung eines Rulings als die nachträgliche Rüge anstreben würden».¹⁰⁷ Das kann ich nur unterstützen.¹⁰⁸

m) In der Festschrift Benno Studer habe ich einen Vorschlag gemacht, wie im Rahmen der *Erbrechtsrevision Art. 518 Abs. 4 ZGB* ergänzt werden könnte. Der Vorentwurf lautet: «Die Willensvollstrecker sind der Aufsicht des Gerichts unterstellt».¹⁰⁹ Dieser könnte wie folgt ergänzt werden: «Die Willensvollstrecker sind der Aufsicht des Gerichts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 248 lit. e ZPO) unterstellt».¹¹⁰ Mit dieser Ergänzung würde Klarheit über das bei der Aufsicht anwendbare Verfahren geschaffen.

99 «Les exécuteurs testamentaires n'auraient pas transmis la moindre information sur les donations entre vifs que leur père aurait réalisées» (E. 3.3.1).

100 Vgl. vorne, I. j).

101 Vgl. STRAZZER (Fn. 4), S. 123: «Der Willensvollstrecker ist verpflichtet, in seinen Teilungsvorschlag auch die ausgleichspflichtigen Zuwendungen aufzunehmen».

102 Vgl. vorne, Fn. 71.

103 Vgl. auch iusNet ErbR 14.05.2019.

104 Vgl. vorne, I. j).

105 Ebenso PraxKomm-EMMEL (Fn. 19), Art. 553 ZGB N 3.

106 BREITSCHMID (Fn. 4), S. 232 f.

107 BREITSCHMID (Fn. 4), S. 237.

108 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), 9 (2016) 36; ebenso FRANÇOIS LOGOZ, La délivrance de legs par l'exécuteur testamentaire, in: Journée de droit successoral 2017, hrsg. v. Paul-Henri Steinauer et al., Bern 2017, N 79; anders ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 74), SJZ 113 (2017) 428.

109 www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf

110 KÜNZLE (Willensvollstreckung – Fn. 4), S. 178.

K. Aufsicht über die Rechtsanwälte

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_933/2018 vom 25.03.2019 (Vorinstanz: Verwaltungsgericht Zürich VB.2017.00552 vom 23.08.2018) mit einem *Interessenkonflikt* befasst. Ein Rechtsanwalt berät den Willensvollstrecker (die ganze Kommunikation läuft über ihn), vertritt den Willensvollstrecker in zwei Zivil-Prozessen, ist Stiftungsrat in der Stiftung des Erblassers und Verteidiger in einem Strafverfahren gegen den Willensvollstrecker. Das Gericht führte aus: «Vorliegend besteht die besondere Konstellation, dass das Strafverfahren, in welchem der Beschwerdeführer den Willensvollstrecker vertritt, im Zusammenhang mit der Nachlassverwaltung steht und durch eine der Erbsinnen initiiert wurde, deren Interessen der Beschwerdeführer als Hilfsperson seines Klienten ebenfalls zu berücksichtigen hatte. Unter diesen Umständen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es dem Beschwerdeführer an der für die Vertretung des Willensvollstreckers nötigen Unabhängigkeit gegenüber den Töchtern des Erblassers fehlte» (E. 5.5.2). Dem ist nichts hinzuzufügen.

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 1B_486/2017 vom 10.04.2018 zum *Berufsgeheimnis eines Anwalts* geäußert, welcher vom Erblasser zum Willensvollstrecker ernannt wurde: «Il s'ensuit que, dans la mesure où le courrier du 24 avril 2013 a été adressé par feu X. au recourant dans le cadre d'un mandat relatif à l'organisation de la succession du premier, il bénéficie de la pleine protection du secret de l'avocat» (E. 3.3). Der Schutz der Erbschaftsplanung wird auch von der herrschenden Lehre befürwortet.¹¹¹

c) DAL MOLIN-KRÄNZLIN hat (unter Bezugnahme auf das Urteil KG120004 der Anwaltskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zürich vom 12.04.2012) ausgeführt, dass ein Honorar von pauschal CHF 31 000 (= vereinbarte 2%) + CHF 25 000 auf Stundenbasis zu einem effektiven Stundensatz von CHF 540 führe. «Ein solcher Stundensatz ist im Quervergleich für ein durchschnittlich komplexes Willensvollstreckermandat zwar eher hoch, in der Anwaltspraxis aber dennoch anzutreffen und aus

disziplinarrechtlicher Sicht zumindest nicht als krass übersetzt zu qualifizieren».¹¹² Dies deckt sich mit den obigen Ausführungen von STRAZZER.¹¹³

d) THÉVOZ geht davon aus, dass ein Erblasser, der seinen Anwalt als Willensvollstrecker einsetzt, eine stillschweigende Befreiung vom *Berufsgeheimnis* bezüglich des Nachlasses erteilt: «Partant, le fait d'instituer son avocat exécuteur testamentaire – qui aura alors des obligations de renseigner les héritiers et les autorités fiscales – pourrait, selon les circonstances, être interprété comme une levée partielle de son secret professionnel ... Partant et dans ce type de situation, le secret de l'avocat est levé pour ce qui touche aux actifs et passifs successoraux. Il n'en va évidemment pas de même des confidences que l'avocat a reçues du vivant de son client, qui restent pleinement protégées par le secret professionnel».¹¹⁴ In gleicher Art und Weise gehen einige kantonale Aufsichtsbehörden davon aus, dass keine Befreiung vom Anwaltsgeheimnis notwendig sei, soweit es um eine gerechte Verteilung des Nachlasses geht.¹¹⁵

L. Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_811/2018 vom 23.10.2018 (Vorinstanz: Appellationsgericht Tessin 11.2018.66 vom 22.08.2018 E. 5) zur *Einsetzung eines Willensvollstreckers als Erbschaftsverwalter* geäußert und festgehalten, dass dieser grundsätzlich als Erbschaftsverwalter einzusetzen sei: «Per i Giudici cantonali, ... se il defunto ha nominato un esecutore testamentario, l'amministrazione dell'eredità è affidata ad esso (art. 554 cpv. 2 CC): non è infatti stato dimostrato che B. sarebbe incapace di ottemperare agli obblighi di un'amministratrice né che ella verserebbe in un oggettivo conflitto di interessi, mentre il solo fatto che l'esecutrice testamentaria non goda della fiducia degli eredi o che sussistano tensioni tra l'esecutrice testamentaria e gli eredi non basta per affidare l'incarico ad un terzo ... In altre parole, la ricorrente non si premura di dimostrare l'arbitrio e non soddisfa pertanto i severi requisiti di motivazione per una siffatta censura» (E. 4.2). Wie schon in früheren Entscheiden¹¹⁶

111 Vgl. etwa ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRESI, *Anwaltsrecht*, Zürich 2015, S. 189: «Wird der Anwalt im Hinblick auf seine besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse als Anwalt mit dem Willensvollstreckermandat betraut oder sind ihm die fraglichen Tatsachen aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Anwalt des Erblassers bekannt, untersteht er dem Berufsgeheimnis».

112 DAL MOLIN-KRÄNZLIN (Fn. 4), S. 116.

113 Vgl. vorne, Fn. 41.

114 OLIVIER THÉVOZ, *Règles professionnelles applicables aux activités atypiques*, *Anwaltsrevue* 2018, 453.

115 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 8 (2014) 132; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 6 (2012) 258.

116 Vgl. BGE 98 II 276; Obergericht Zürich LF 120069 vom 17.04.2013, E. 5.



festgehalten, genügt *Misstrauen der Erben* (allein) nicht, um den Willensvollstrecker von seinem Anspruch nach Art. 554 Abs. 2 ZGB auszuschliessen.¹¹⁷

b) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2018/674 vom 05.07.2018 zur *Einsetzung des Willensvollstreckers als Erbschaftsverwalter* ausgeführt, dass die gleichzeitige Stellung als Erbe oder Vermächtnisnehmer mit dieser Aufgabe unvereinbar sei (*Interessenkollision*): «À cet égard, l'existence d'un conflit d'intérêts objectif s'oppose à ce qu'un exécuteur testamentaire soit désigné comme administrateur d'office; cette situation se présente, notamment, lorsque celui-là revêt au surplus la position d'héritier (ou de légataire)» (E. 2.1.2). Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre.¹¹⁸

M. Auskunft (Art. 607 und 610 ZGB)

a) Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat im Urteil 400 17 305 vom 30.01.2018 zur *Auskunft der Erben gegenüber dem Willensvollstrecker* im Zusammenhang mit der Bezahlung des Kaufpreises eines Aktienkaufs ausgeführt, die Erben hätten die Informationen auch dann zu liefern, wenn möglicherweise ein Ausgleichsdispens bestehe (E. 3). «Mithin ist die Frage, wie es aufgrund der allenfalls erhaltenen Informationen um die Erfolgsaussichten auf Durchsetzung allfälliger erbrechtlicher Ansprüche steht, nicht Prozessthema einer Informationsklage nach Art. 607 und 610 ZGB» (E. 3.1). Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre.¹¹⁹

b) Das Zivilgericht Basel-Stadt hat im Urteil K5.2013.12 vom 25.03.2015¹²⁰ zur *Klage eines Willensvollstreckers gegen eine Bank auf Auskunft* über ein Depot, an welchem der Erblasser wirtschaftlich

Berechtigter war, ausgeführt, dass die Übertragung auf ein Depot, an welchem der Erblasser wirtschaftlich berechtigt blieb, als vertragliche Beziehung anzusehen sei. Damit ist nur die Überweisung als solche (nicht aber der aktuelle Stand des Depots) abgedeckt. Die Bank muss dem Willensvollstrecker somit den Depot-Inhaber offenlegen (E. 3.2–3.3). Dies deckt sich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹²¹

c) Das Appellationsgericht Tessin 11.2017.39 vom 29.01.2019 hat zur Frage, ob auf Auskunftsbegehren das ordentliche oder das summarische Verfahren angewendet werde, ausgeführt, es komme darauf an, ob es um formale oder materielle Aspekte gehe: «L'appellante fa valere in primo luogo che la distinzione tra *Informationspflicht* e *Auskunftsspflicht* non è netta come ritiene il Pretore. Che gli eredi possano avviare un'azione di rendiconto a norma dell'art. 400 CO non significa, a mente sua, che ogni richiesta di informazioni o di documenti a un esecutore testamentario vada rivolta al giudice ordinario» (E. 4). «In giurisprudenza si trovano precedenti che demandano la decisione sul diritto di accesso agli atti e sul relativo obbligo di edizione da parte di un esecutore testamentario tanto al giudice ordinario (per esempio: DTF 90 II 365 e 82 II 555) quanto all'autorità di vigilanza (ZR 91/1992 pag. 241 ...)» (E. 6). «Il criterio è, piuttosto, quello tra aspetti formali e aspetti sostanziali dell'esecuzione testamentaria» (E. 6). Es ist richtig, dass zwischen formellen Aspekten im Rahmen des Aufsichtsverfahrens und materiell-rechtlichen Ansprüchen im ordentlichen Verfahren unterschieden werden muss,¹²² m.E. sollte die Wahl des Verfahrens aber davon abhängen, ob die Auskunft in einem einfachen oder einem komplexen Fall verlangt wird.¹²³

N. Haftung (–)

a) Das Appellationsgericht Tessin hat sich im Urteil 11.2013.60 vom 29.02.2016 mit der Haftung des Willensvollstreckers befasst und zunächst ausgeführt, das *Auftragsrecht sei analog anwendbar*: «Egli ha

117 Vgl. KuKo-KÜNZLE (Fn. 17), Art. 554 ZGB N 10.

118 Vgl. BGer 5A_895/2016 vom 12.04.2017 E. 3.1; zustimmend Anmerkungen von MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, AJP 27 (2018) 505; MARTIN KARRER, Erbschaftsverwaltung (Art. 554 Abs. 2 ZGB) – 5A_895/2016, successio 11 (2017) 310; KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 60.

119 Der in BGE 90 II 365 E. 3b begründete Grundsatz der Auskunfterteilung wurde vom Bundesgericht präzisiert in BGer 5C.15/1993 vom 20.04.1994 (abgedruckt bei BREITSCHMID [Fn. 84], 164 ff.) E. 2b: «Gegenstand jenes Verfahrens bildet zudem nicht die Frage, ob dieses Verhältnis eines Erben zum Erblasser die Teilung tatsächlich beeinflusse ..., sondern ob dies allenfalls möglich wäre».

120 Vgl. BJM 2018, 321.

121 Vgl. vor allem den vom Gericht zitierten BGE 133 III 664; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 226.

122 Vgl. etwa CR-PILLER (Fn. 12), Art. 518 ZGB N 170: «L'autorité de surveillance est habilitée à examiner les questions de droit formel ... En revanche, l'examen du droit matériel ... est de la seule compétence du juge ordinaire».

123 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 62; KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 33; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 221, 452 und 469.

ricordato che la responsabilità di un esecutore testamentario è disciplinata per analogia dalle norme sul contratto di mandato (art. 398 segg. CO)» (E. 2). Dies ist allgemein anerkannt.¹²⁴ Zu möglichen *Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Erbteilung* heisst es: «Ora, fra i doveri di un esecutore testamentario rientra quello di dividere correttamente l'eredità. Ove stimi erroneamente il valore di un attivo o un passivo della successione, consegna un legato non ancora esigibile, dimentichi di integrare un bene nel progetto di divisione oppure proceda d'ufficio alla spartizione ereditaria sulla base di una sua decisione senza il consenso degli eredi o senza autorizzazione giudiziaria, egli viene meno ai propri doveri di diligenza e di fedeltà» (E. 5).

b) DANIEL LEU¹²⁵ schildert zunächst die Entwicklung der *Aktivlegitimation der Erben* in der *Rechtsprechung*: «In BGE 52 II 195 entschied das Bundesgericht, dass einzelnen Erben die Legitimation nicht zukomme ... 2008 hielt das Kantonsgericht Graubünden fest: <...wobei der Haftungsanspruch den Beteiligten je einzeln zusteht> ... Das Obergericht Zürich entschied 2015, dass es darauf ankomme, ob sich der Schaden in der Rechtssphäre der Erbengemeinschaft oder derjenigen eines einzelnen Erben realisiert habe».¹²⁶ Sodann wird der Stand der Lehre dargestellt: «Die herrschende *Lehre* geht davon aus, dass jede an der Erbschaft materiell beteiligte Person, u.a. die gesetzlichen Erben sowie auch eingesetzte Erben berechtigt sind, einzeln gegen den Willensvollstrecker vorzugehen ... Aus prozessualer Sicht stellt sich die Frage, ob ein einzelner Erbe, der gegen den Willensvollstrecker auf Leistung an die Erbengemeinschaft klagt, als Prozessstandschafter handelt ... ».¹²⁷ Schliesslich macht er folgenden *Vorschlag*: «M.E. sollte ... jedem Erben im Umfang seiner eigenen Erbquote je ein individueller Schadenersatzanspruch zugestanden werden».¹²⁸ Die Aktivlegitimation des einzelnen Erben ist anerkannt.¹²⁹ Nach geltendem Recht gehe ich

davon aus, dass der (volle) Schadenersatz an die Erbengemeinschaft zu zahlen ist,¹³⁰ es sei denn, nur ein Erbe sei geschädigt worden oder die Erben haben die Forderung einem oder mehreren Erben vor der Erbteilung abgetreten oder im Rahmen der Erbteilung zugewiesen.¹³¹ Problematisch ist, dass die Erben den Nachteil tragen müssen, wenn der klagende Erbe «versagt». Auf der anderen Seite hat auch die von LEU vorgeschlagene Aufteilung des Schadenersatzes einen Nachteil, indem nämlich die Anteile unklar sind, solange die Erben nicht feststehen, was immer wieder einmal vorkommt.

O. Grundbuch (Art. 656 ZGB)

a) Das Obergericht Solothurn hat sich im Urteil OBGES.2017.2 vom 23.05.2017 mit einem Fall befasst, in welchem eine Witwe mehrere Liegenschaften bereits auf sich ins Alleineigentum übertragen und einige davon später verkauft hatte, für welche eigentlich eine Dauervollstreckung vorgesehen gewesen wäre. Es fragte sich, ob die *Dauervollstreckung (nachträglich) noch als Anmerkung im Grundbuch eingetragen* werden kann. Das Gericht führte aus: Nach Art. 962a Ziff. 2 ZGB «kann der Willensvollstrecker auf Begehren desselben im Grundbuch angemerkt werden. Der Grundeigentümer ist dabei nicht Beteiligter am Grundbucheintragungsverfahren» (E 1.2). «Gemäss Art. 969 Abs. 1 ZGB hat der Grundbuchverwalter den Beteiligten von den grundbuchlichen Verfügungen, die ohne ihr Wissen erfolgen, Anzeige zu machen» (E. 2.1). «Nach Art. 976a ZGB kann der durch einen Eintrag im Grundbuch Belastete beim Grundbuchamt einen Antrag auf Löschung der ihn belastenden Eintragung stellen» (E. 3.1). Im vorliegenden Fall wurden die Anmerkungen auf Antrag des Willensvollstreckers im Grundbuch eingetragen. Die Witwe beantragte darauf wieder deren Löschung. Das Gericht wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück, weil diese die Voraussetzungen einer Löschung nicht geprüft hatte. Es ging somit offenbar auch davon aus, dass die Eintragung (trotz er-

124 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. 370: «M.E. bilden die (analog anwendbaren) Art. 97 ff. OR die eigentliche Grundlage für die Haftung, die (ebenfalls analog anwendbaren) Art. 394 ff. OR bestimmen (nur) den Umfang der Pflichten des Willensvollstreckers und sind deshalb für den Umfang der Haftung massgebend».

125 Vgl. LEU (Fn. 4), S. 261 ff.

126 LEU (Fn. 4), S. 274.

127 LEU (Fn. 4), S. 275.

128 LEU (Fn. 4), S. 276.

129 Vgl. KÜNZLE (Fn. 124), S. 378.

130 Ebenso für das BGB WOLFGANG REIMANN, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Erbrecht, §§ 2197–2228 BGB (Testament 2 – Testamentsvollstreckung), Berlin 2016, § 2219 BGB N 33.

131 Wenn der klagende Erbe von allen Erben bevollmächtigt oder als Erbenvertreter eingesetzt war, ändert sich nichts am Ergebnis, dass Zahlung an die Erbengemeinschaft erfolgen muss.



folgter Erbteilung) im Falle einer Dauervollstreckung noch möglich sei. Dem ist zuzustimmen.¹³²

b) JÜRGEN SCHMID beschreibt, wie ein Willensvollstrecker die *Erbengemeinschaft ins Grundbuch eintragen* lassen kann (als Grundlage für eigene Verfügungen), *solange die Erben noch nicht feststehen*: Das Bundesgericht hat «bereits in BGE 61 I 382 ... Erw. 2 a.E. darauf hingewiesen, dass im Hauptbuch die Eintragung «Erbengemeinschaft des X» genüge, wenn noch nicht alle Erben bekannt sind. Als Rechtsgrundaussage für die Eintragung der Erbfolge in das Grundbuch dient eine (Erb-)Bescheinigung der für die Ausstellung der Erbescheinigung zuständigen Behörde mit dem Hinweis, dass noch nicht alle Erben ermittelt sind, oder woraus sich ergibt, dass die im Grundbuch eingetragene Person verstorben ist, und weshalb eine Erbescheinigung mit Angabe der Erben noch nicht ausgestellt werden kann».¹³³ Möglicherweise kann der Willensvollstrecker die Eintragung der «Erbengemeinschaft des X» auch mithilfe eines Todesscheins erreichen.¹³⁴

c) JÜRGEN SCHMID schreibt zur *Bedeutung der Anmerkung im Grundbuch* (Art. 962a ZGB): «Die Anmeldung für die Eintragung der Erben erfolgt entweder durch die Erben oder durch den Willensvollstrecker... Mit der letzten Immobiliarsachenrechtsrevision wurde die Möglichkeit geschaffen, den Willensvollstrecker im Grundbuch anzumerken. Zur Anmeldung legitimiert ist der Willensvollstrecker, ein Erbe oder die Erbschaftsbehörde. Mit der Anmerkung wird das Vertretungsverhältnis zum Ausdruck gebracht und kundgetan, dass die Erben nicht befugt sind, ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers über das Grundstück zu verfügen. Andererseits kann aus dem Fehlen einer Anmerkung nicht der Schluss gezogen werden, dass kein Willensvollstrecker eingesetzt ist. Eine Anmerkung wird in jenen Fällen sinnvoll sein, in welchen die Erbteilung für eine längere Dauer aufgeschoben wird».¹³⁵

132 In der Lehre wird dieser Fall (nachträgliche Eintragung einer Dauervollstreckung nach erfolgter Erbteilung), soweit ersichtlich, nicht explizit behandelt.

133 SCHMID (Fn. 4), *successio* 12 (2018) 308.

134 Diese Variante ist zwar bei ROLAND PFÄFFLI, *Der Ausweis für die Eigentumsübertragung im Grundbuch beim Erbgang*, AJP 9 (2000) 421 ff., nicht zu finden, wurde von ihm aber an der Tagung der Berner Notare vom 24./25. Oktober 2019 in Bern bestätigt.

135 SCHMID (Fn. 4), *successio* 12 (2018) 307.

P. Internationales Privatrecht

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_973/2017 vom 04.06.2019 mit der Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht für Klagen gegen einen Willensvollstrecker befasst. Es führte aus: «Das neue monegassische IPR-Gesetz vom 28. Juni 2017 ... sieht in Art. 6 Ziff. 4 vor, dass die monegassischen Gerichte für Erbschaftssachen unter anderem dann *zuständig* sind, wenn die *Erbschaft im Fürstentum eröffnet* wurde, was regelmässig der Fall ist, wenn der Erblasser ... daselbst seinen letzten Wohnsitz hatte Diese Zuständigkeit erstreckt sich auf Klagen von Drittpersonen gegen einen Erben oder einen Willensvollstrecker ... Anwendbar ist alsdann, gemäss Art. 56 des neuen monegassischen IPR-Gesetzes, gesamthaft das *monegassische Erbrecht* ...» (E. 7.2). Mit dem neuen IPRG-Gesetz erfolgten in Monaco gewisse Anpassungen an die EuErbVO,¹³⁶ indem die frühere Nachlass-Spaltung (Sonderanknüpfung für Immobilien)¹³⁷ verlassen wurde und nun einheitlich angeknüpft wird. Das neue IPRG-Gesetz von Monaco sieht eine Rückwirkung vor, welche das Bundesgericht wie folgt beschreibt: «Es sei schliesslich noch angemerkt, dass das neue Recht in Anwendung der herkömmlichen intertemporalen Regeln des Fürstentums und in Abwesenheit von abweichenden Bestimmungen am Tag nach seiner Veröffentlichung in Kraft getreten ist und auch auf hängige Verfahren Anwendung findet» (E. 7.2). Dies widerspricht den sonst üblichen Regeln.¹³⁸

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 4A_488/2018 vom 10.05.2019 mit einem *administrator nach englischem Recht* befasst und diesen rechtlich eingeordnet. Eine Partei beantragte, den administrator wie einen Erbschaftsliquidator zu behandeln, weil beide für die Bezahlung der Schulden verantwort-

136 Während die EuErbVO für die Zuständigkeit und das anwendbare Recht an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft (Art. 4 und 20 EuErbVO), ist es in der Schweiz der Wohnsitz (Art. 86 und 90 IPRG), vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 4), Vorbem. zu Art. 86–96 IPRG N 89 und 97, Art. 86 IPRG N 1 und Art. 90 IPRG N 2.

137 Vgl. dazu ZK-KÜNZLE (Fn. 4), Vorbem. zu Art. 86–96 IPRG N 10 ff.

138 Im Vorentwurf zum neuen Internationalen Erbrecht, welcher von der Expertenkommission bearbeitet wird (unpubliziert), heisst es in Art. 199b IPRG: «Änderungen der Bestimmungen des 6. Kapitels über das anwendbare Recht gelten für Erbfälle, die nach ihrem Inkrafttreten eingetreten sind»; die EuErbVO, welche am 27.07.2012 erlassen wurde, gilt für Nachlässe von Personen, die am oder nach dem 17.8.2015 verstorben sind (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO).

lich seien.¹³⁹ Das Bundesgericht entschied dagegen, dass der administrator *dem Willensvollstrecker näherstehe*, weil er sich nicht nur um die Schulden kümmere, sondern eine umfassende Aufgabe habe.¹⁴⁰ Diese Argumentation des Bundesgerichts überzeugt. Ich gebe meine früher geäußerte Ansicht (Anlehnung an den Erbschaftsliquidator)¹⁴¹ hiermit auf, insbesondere auch deshalb, weil die Besonderheit, dass die personal representatives des common law zuerst die Schulden bezahlen müssen, bevor sie das Erbe verteilen, auch beim executor besteht¹⁴² und dort nicht dazu führt, dass man ihn den Regeln des Erbschaftsliquidators unterstellt.¹⁴³ Die Besonderheiten bei der Bestellung des administrator muss man bei der Transformation ins schweizerische Recht gebührend berücksichtigen, es kommt zu erheblichen Anpassungen.¹⁴⁴

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 4A_600/2018 vom 01.04.2019 (Vorinstanz: Cour de Justice Genève ACJC/1222/2018 vom 11.09.2018) mit einem *administrator nach neuseeländischem Recht* befasst. Das Legitimationsdokument wurde am letzten Wohnsitz des Erblassers in Neuseeland aus-

gestellt und nach Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG anerkannt (E. 3.1). Einer von drei administrators handelte mit Vollmacht der beiden übrigen, um die Rückzahlung eines Darlehens zu verlangen. Dabei *handelte er im eigenen Namen* (E. 3.2.3), ebenso wie das ein Willensvollstrecker in der Schweiz macht.¹⁴⁵

d) In meiner Kommentierung des 2018 erschienenen Zürcher Kommentars habe ich die Abgrenzung zwischen der Anwendung des nach Art. 92 Abs. 2 IPRG geltenden Eröffnungsstatuts und des (in der Lehre entwickelten) ausnahmsweise geltenden Erbstatuts auf den Willensvollstrecker noch präziser definiert. «Zum Eröffnungsstatut gehören:

- Verfahren bezüglich des Willensvollstreckers (Art. 517 f. ZGB ...);
 - Sicherungsmassnahmen (Art. 551 ff. ZGB ...), insbesondere Siegelung der Erbschaft (Art. 552 ZGB), Sicherungsinventar (Art. 553 ZGB), Erbschaftsverwaltung (Art. 554 f. ZGB), Testamentseröffnung (Art. 556 ff. ZGB) und Verfahren zur Ausstellung der Erbbescheinigung (Art. 559 ZGB), während Voraussetzungen, Inhalt und Wirkungen der Erbbescheinigung zum Erbstatut gehören ...;
 - Art und Weise (Form) der Ausschlagung (Art. 566 ff. ZGB) ...;
 - Verfahren zur Errichtung eines öffentlichen Inventars (Art. 580 ff. ZGB);
 - Verfahren der amtlichen Liquidation (Art. 593 ff. ZGB);
 - Verfahren für die Klagen auf Ungültigkeit (Art. 519 ff. ZGB), Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB) und Erbteilung (Art. 598 ff. ZGB)».¹⁴⁶
- «Im Einzelnen fallen folgende Fragen unter das Erbstatut:
- Zulässigkeit der Willensvollstreckung (ob überhaupt ein Vollstrecker ernannt werden kann);
 - Person des Ernennenden (Erblasser/Dritter);
 - Person des Vollstreckers;
 - Form der Ernennung (in der letztwilligen Verfügung/im Erbvertrag);
 - Inhalt und Wirkung der Annahme der Vollstreckung;
 - Aufgaben des Vollstreckers (Rechte und Pflichten) inkl. sachlicher Umfang seiner Befugnisse (gemäss Gesetz bzw. Anordnung des Erblassers) ...;
 - zulässige Dauer der Vollstreckung;

139 «Faisant valoir que sa désignation en qualité d' administrateur de la succession était assimilable à celle d'un liquidateur officiel» (Sachverhalt B.); dies entspricht der bis zu diesem Entscheid üblichen Beurteilung, vgl. BK-KÜNZLE, (Fn. 6), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 154 und ZK-KÜNZLE, (Fn. 4), Art. 92 IPRG N 16 und 23 m.w.N.

140 «Certes, s'agissant de la nomination de l'administrateur (par une autorité, dans une succession ab intestat), celle-ci se rapproche de la désignation d'un liquidateur officiel. Cependant, la désignation d'un administrateur en droit anglais est prévue pour toute succession, quel que soit l'état financier de la succession et la situation des héritiers; elle est justifiée uniquement par la double dévolution consécutive anglaise, non pour un motif supplémentaire. A ce titre, l'intervention d'un administrateur dans les affaires de la succession, notamment dans le règlement des dettes, se rapproche de l'institution de l'exécuteur testamentaire – qui peut, s'il est désigné, intervenir dans toute succession –, non de celle d'un liquidateur officiel qui ne peut être nommé que dans un contexte d'incertitude sur les forces de la succession, en cas de doutes de l'héritier sur l'état de la succession ou de craintes des créanciers ...» (E. 4.4.5).

141 Vgl. vorne, Fn. 139.

142 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Zürich 2000, S. 213.

143 Zum executor von USA, England und Kanada vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 144, 146 und 148: geringe Anpassungen zum Willensvollstrecker.

144 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 6), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 154.

145 Zum Handeln im eigenen Namen vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 7), N 829; CR-PILLER (Fn. 12), Art. 518 ZGB N 118.

146 ZK-KÜNZLE (Fn. 4), Art. 92 IPRG N 29.



- Möglichkeit des Widerrufs, der Absetzung oder des Ersatzes des Vollstreckers;
- Verhältnis zu den Erben («Auftrag») inkl. Honorar und Verantwortlichkeit;
- Informationsanspruch gegenüber Dritten».¹⁴⁷

e) Im Rahmen der Revision von Art. 86–96 IPRG wird diese von der Lehre entwickelten Zweiteilung im *Vorentwurf von Art. 92 Abs. 2 IPRG* berücksichtigt: «Diesem Recht unterstehen namentlich die sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung, mit Einschluss der verfahrensrechtlichen Aspekte der Willensvollstreckung oder Nachlassverwaltung ...». ¹⁴⁸ Ein Vergleich mit der EuErbVO zeigt eine interessante Entwicklung: «In der Schweiz hat der Gesetzgeber für den Willensvollstrecker die Anwendung des Eröffnungsstatuts statuiert (Art. 92 Abs. 2), die Lehre wendet aber hauptsächlich das Erbstatut an ... In der EU wendet man auf den Testamentsvollstrecker grundsätzlich das Erbstatut an (Art. 23 Abs. 2 lit. f EuErbVO), lässt aber auch das Eröffnungsstatut zu, um dem Nachlassverwalter eines Drittstaats die im Mitgliedstaat vorgesehenen Verwaltungsbefugnisse zu übertragen (Art. 29 Abs. 1 EuErbVO) ... Obwohl jeweils der umgekehrte Weg gewählt wurde, sollten diese beiden Vorgehensweisen zu ähnlichen Ergebnissen führen». ¹⁴⁹

f) Am 2. Schweizerisch-deutschen Erbrechtstag habe ich mich mit dem *Vorentwurf für einen neuen Art. 92 Abs. 2 IPRG* befasst und diesen kritisch beleuchtet. Gemäss dieser Bestimmung wird das Eröffnungsstatut (wie soeben erwähnt) ¹⁵⁰ auf verfahrensrechtliche Aspekte angewendet «sowie die Frage der Berechtigung des Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber». ¹⁵¹ Letzteres «ist mit modernen Regelungen wie derjenigen von Art. 29 EuErbVO ... nicht kompatibel». ¹⁵² Nach Art. 29 Abs. 1 EuErbVO «...können die Gerichte dieses Mitgliedstaats, wenn sie angerufen werden, einen oder mehrere Nachlassverwalter nach ihrem eigenen Recht unter den in diesem Artikel festgelegten Bedingungen bestellen». Damit möchte man den Umfang der Vollstreckerbefugnisse (neben dem

Erbstatut) vor allem durch das Recht am Ort einer gelegenen Sache bestimmen. ¹⁵³

Q. Steuern

a) Die Steuerrekurskommission Basel-Stadt hat im Urteil STRK.2018.93 vom 29.11.2018 ¹⁵⁴ zur Verweigerung der Einsicht des Willensvollstreckers in die Steuerakten Folgendes aufgeführt: «Die Steuerverwaltung ist jedoch gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts 2A_276/1998 vom 10.2.1999 der Ansicht, eine zeitlich begrenzte Verweigerung des Akteneinsichtsrechts sei entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes zulässig ... Das basel-städtische Steuergesetz sieht in § 180 ebenfalls vor, dass ein amtliches Inventar innerhalb von zwei Wochen nach dem Tod der steuerpflichtigen Person aufgenommen wird. Eine zweiwöchige Verweigerung der Akteneinsicht wäre den Erben bzw. dem Willensvollstrecker zumutbar ... Dass das hierzu zuständige Erbschaftsamt offenbar deutlich länger benötigt als im Gesetz vorgesehen, kann nicht dazu führen, dass die Verweigerung der Akteneinsicht sich damit ausdehnt» (E. 3). Dieser Entscheid schränkt die in vielen Kantonen herrschende Praxis ein, wonach der Willensvollstrecker erst nach Abgabe des Inventars per Todestag in die Steuerunterlagen des Erblassers Einblick erhält, ¹⁵⁵ was aus zivilrechtlicher Sicht sicher zu begrüssen ist, vor allem in Fällen, in welchen der Willensvollstrecker ungenügende Kenntnis über die Vermögensverhältnisse des Erblassers hat.

b) Das Verwaltungsgericht Zürich hat im Urteil SR.2017.00009 vom 04.07.2018 zur *Stellung des Willensvollstreckers und der Erben im Nachsteuerverfahren* Stellung bezogen. Es ging um den schon zivilrechtlich behandelten Fall BGer 5A_701/2016 vom 06.04.2017 (B GmbH – ungültige Annahme). ¹⁵⁶ Das Verwaltungsgericht führte aus: «Die Auffas-

147 ZK-KÜNZLE (Fn. 4), Art. 92 IPRG N 20.

148 Nicht publizierter, in der Expertenkommission diskutierter Text.

149 ZK-KÜNZLE (Fn. 4), Vorbem. zu Art. 86–96 IPRG N 136.

150 Vgl. vorne, P. e).

151 Nicht publizierter, in der Expertenkommission diskutierter Text.

152 KÜNZLE (Unternehmen – Fn. 4), S. 50.

153 Vgl. ANATOL DUTTA, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10: Internationales Privatrecht 1, 6. A., München 2015, Art. 29 EuErbVO N 4, mit Verweis auf Art. 10 und 11 ErbVO.

154 Vgl. BJM 2019, 261 = BStP 2019 Nr. 7.

155 Diese Praxis stützt sich u.a. auf BGer vom 10.2.1999 ASA 69 (2000/2001) 290 = StE 2000 B 92.52 Nr. 3 = RDAF 56 (2000) 46 (Inventaraufnahme durch Notar B); anders allerdings schon ein Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg vom 30.03.2000, auf welchen SIBILLA G. CRETTEI, Droits et obligations de l'exécuteur testamentaire dans la procédure fiscale, RDAF 71 (2015) II 207, hinweist, vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2017) 40 f.

156 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 55 f.

sung, den Erbinnen kämen nebst dem Willensvollstrecker keine (Verfahrens-)Rechte zu, erweist sich im vorliegenden Fall nicht als sachgerecht ... Denn zum einen war die rechtsgültige Annahme des Willensvollstreckermandats während der vorliegenden Nachsteuerverfahren von Anfang an umstritten, weshalb fraglich ist, ob die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse der Erbinnen überhaupt je beschränkt worden sind ... Zum anderen räumen § 162a ... StG und Art. 153a ... DBG den Erben unabhängig voneinander (Abs. 1) – und ausdrücklich neben und auch gegen den Willen eines Willensvollstreckers (Abs. 4) – Anspruch auf eine vereinfachte Nachbesteuerung der vom Erblasser zu Unrecht nicht deklarierten Bestandteile von Vermögen und Einkommen ein. Von diesem Recht hat die Rekurrentin Nr. 1 ... Gebrauch gemacht» (E 4.2). Die im Zivilrecht geltende Exklusivität der Willensvollstreckung¹⁵⁷ wird von steuerlichen Regeln teilweise durchbrochen.

R. Prozessrecht (BGG/ZPO)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_7/2019 vom 21.03.2019 zum *Einbezug eines ausländischen Vollstreckers in eine Schiedsklausel* Stellung bezogen. Ein in Monaco verstorbener Erblasser hat in einem in Genf abgeschlossenen Erbvertrag eine Schiedsklausel aufgenommen mit folgendem Wortlaut: «Tous litiges survenant au sujet du présent pacte successoral ou en rapport avec lui seront tranchés définitivement par un arbitre unique suivant le règlement de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève. Le siège du Tribunal arbitral sera Genève. La langue de l'arbitrage sera le français» (Sachverhalt A.). Die überlebende Ehefrau CX hat gegen die Kinder aus einer früheren Ehe AX und BX sowie den Willensvollstrecker ein internationales Schiedsgericht eingeleitet. Der Willensvollstrecker bestritt die Zuständigkeit: «Les défendeurs ont soulevé une exception d'incompétence dans leur réponse du 12 juillet 2018, en soutenant que la convention d'arbitrage n'était pas opposable l'exécuteur testamentaire et que les conclusions de la demande n'étaient développées qu'à son encontre» (E. 2.3). Das Bundesgericht begründete den Einbezug des Willensvollstreckers in die Schiedsklausel wie folgt: «...l'arbitre a retenu en substance que la clause compromissoire figurant dans le pacte successoral était opposable à l'exécuteur testamentaire, qui en ac-

ceptant et en exécutant sa mission sans élever la moindre réserve, avait adopté un comportement permettant de considérer qu'il avait adhéré à la convention d'arbitrage» (E. 2.4). Dabei handelt es sich um den klassischen Einbezug von Dritten, welche ein Erbe angenommen,¹⁵⁸ die Auszahlung einer Begünstigung durch eine Stiftung oder einen Trust akzeptiert¹⁵⁹ oder eben (wie hier) das Vollstreckermandat angenommen haben. Diese Klarstellung durch das Bundesgericht ist sehr zu begrüßen.

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 9C_446/2017 vom 21.07.2018¹⁶⁰ zur *Weiterführung eines Verfahrens/Prozesses durch den Willensvollstrecker* geäußert. Vorliegend hat der Beschwerdegegner den Prozess bis zum Tod des Erblassers als dessen Rechtsvertreter geführt. Danach führte er ihn als Willensvollstrecker im eigenen Namen und als Partei weiter. «Der als Rechtsanwalt tätige Beschwerdegegner, der den Prozess vor Bundesgericht als Willensvollstrecker zwar in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Nachlasses führt, hat grundsätzlich Anspruch auf Parteientschädigung (BGE 129 V 113 E. 4 S. 116 ff. ... Da er jedoch zugleich (Mit-) Erbe der Verstorbenen ist, hat er ein nicht unerhebliches persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens und prozessiert damit auch in eigener

158 Die Annahme des Erbes ist besonders wichtig bei einseitigen Schiedsklauseln, wenn Schiedssprüche mithilfe des New Yorker Übereinkommens (UNÜ – SR 0.277.12) vollstreckt werden müssen, vgl. dazu ULRICH HAAS, Schiedsgerichte in Erbsachen und das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2012, S. 171 f.

159 Vgl. etwa HANS MICHAEL RIEMER, Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB, in: Festschr. Hans Ulrich Walder, hrsg. v. Isaak Meier et al., Zürich 1994, S. 378: Eine schiedsgerichtliche Unterwerfungsbedingung in den Statuten zur Erlangung der Begünstigtenstellung ist zulässig.

Gesetzliche Regelungen wie § 598 Abs. 2 der liechtensteinischen ZPO, welche einseitige Schiedsklauseln erlauben, führen dazu, dass Begünstigte auch ohne schriftliche Zustimmung in eine Schiedsklausel einer Stiftung einbezogen werden, vgl. DIETMAR CZERNICH, Der Begünstigte und der Gesellschafter im Schiedsverfahren, in: Handbuch des Vermögensschutzes, hrsg. v. Francesco A. Schurr, Wien/Bern 2015, S. 385 f.; zur Einführung der einseitigen Schiedsklausel in der Schweiz vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 13 (2019) 45 f.

Für den Trust-Begünstigten vgl. TINA WÜSTEMANN, Arbitration of Trust Disputes, in: *New developments in international commercial arbitration 2007*, hrsg. v. Christoph Müller, Zürich 2007, S. 45 ff.

160 Vgl. BGE 144 V 280.

157 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 6), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 200 (Verfügungsmacht) und N 209 (Vertretungsmacht).



Sache. Vor dem Hintergrund, dass die Aktenlage sich als sehr umfangreich erweist und die Angelegenheit als komplex zu bezeichnen ist, rechtfertigt es sich, ihm für das letztinstanzliche Verfahren ebenfalls einen Parteikostenersatz zuzusprechen» (E. 8.2.2). Dieser Entscheid ist sehr zu begrüßen, würde es doch sonst den Willensvollstrecker zwingen, in jedem Fall einen aussenstehenden Anwalt beizuziehen.

c) Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat sich im Urteil 400 18 110 vom 28.08.2018 mit der *Sicherstellung von Nachlass-Schulden* befasst. In einem Nachlass mit Aktiven von CHF 80 Mio. und Passiven von CHF 32 Mio. beantragte ein Erbe die Blockierung von diversen Depots, unter anderem auch von 2 Depots, deren (partielle) Teilung vom Gericht gerade beschlossen wurde. Das Gericht lehnte die Blockierung der Depots mangels klarer Rechtslage (Art. 257 ZPO) ab (E. 2.1). Grund für die unklare Rechtslage war unter anderem die Möglichkeit, dass die Blockierung des Willensvollstreckers beim Vollzug der vom Gericht gerade angeordneten Teilung und bei der Verwaltung des Nachlasses als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei (E. 3.1). Es ist zu begrüßen, dass das Gericht das Gesuch dieses uneinsichtigen Erben abgelehnt hat, zumal es hauptsächlich um Hypothekarschulden ging, welche ja schon durch die Liegenschaften, auf denen sie lasten, abgesichert waren.

d) Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hat im Urteil 400 17 305 vom 30.01.2018 indirekt zum *Streitwert eines Auskunftsanspruchs* Stellung bezogen. Die Vorinstanz führte aus: «wobei der Streitwert bei 15% der mit den Auskunftsbegehren zu ergründenden angestrebten Vermögenswerte anzunehmen sei». Der Berufungsentscheid bestätigte den vorinstanzlichen Entscheid, ohne allerdings zur Frage des Streitwertes ausdrücklich Stellung zu beziehen. Zum Vergleich sei erwähnt, dass der (deutsche) Bundesgerichtshof einen Bereich von 10–25% vorsieht¹⁶¹ und das Kantonsgericht St. Gallen in einem Fall von 20% ausging.¹⁶² In diesem Licht betrachtet, erscheint der angenommene Wert von 15% als angemessen.

161 BGH IX ZB 62/17 vom 19.04.2018 E. 2b: «... beträgt der Wert des Auskunftsanspruchs in der Regel einen Bruchteil, nämlich 1/10 bis 1/4 des Leistungsanspruchs und ist umso höher anzusetzen, je geringer die Kenntnisse des Anspruchsstellers von den zur Begründung des Leistungsanspruchs massgeblichen Tatsachen sind».

162 Vgl. Einzelrichterin am Kantonsgericht St. Gallen vom 11.03.2012, GVP 2012 Nr. 55.

e) GAURON-CARLIN hat sich mit *verfahrensrechtlichen Fragen* befasst. Sie führt zu Art. 72 BGG aus: «Certaines décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil sont, en vertu de l'art. 72 al. 2 let. b LTF, également susceptibles de recours en matière civile. En matière successorale, cet alinéa vise les décisions relatives à la surveillance des exécuteurs testamentaires ... (Art. 72 al. 2 let. ch. 5 b LTF)».¹⁶³ Dies entspricht bisheriger Rechtsprechung und Lehre.¹⁶⁴ Unter Bezugnahme auf BGer 5A_55/2016¹⁶⁵ schreibt sie: «Seule la surveillance de l'exécuteur testamentaire – notamment la destitution de l'exécuteur testamentaire pour cause d'incapacité ou de violation grossière de ses devoirs, dans le cadre de l'activité déployée par celui-ci et prononcée à titre de mesure disciplinaire par l'autorité de surveillance – est visée par le chiffre 5 de cette disposition...».¹⁶⁶ Ziff. 5 lässt Beschwerden bezüglich aller Fragen zu, welche sich im Zusammenhang mit einer Aufsichtsbeschwerde gegen einen Willensvollstrecker stellen können.¹⁶⁷ Unter Bezugnahme auf BGer 5A_414/2012 schreibt GAURON-CARLIN: «Il ne faut pas la confondre avec une action en révocation d'un exécuteur testamentaire qui n'intervient pas dans le contexte de la surveillance ... car la révocation ne peut être obtenue que par une action en nullité de la disposition à cause de mort instituant l'exécuteur testamentaire (art. 519 et 520 CC) ... et partant une affaire de nature civile ordinaire au sens de l'art. 72 al. 1 LTF».¹⁶⁸ Es ist richtig, dass Ungültigkeitsklagen aufgrund von Interessenkollisionen des Willensvollstreckers vom ordentlichen Richter behandelt werden;¹⁶⁹ leider nimmt GAURON-CARLIN nicht Stellung dazu, inwieweit auch die Aufsichtsbehörde Fragen der Interessenkollision behandeln darf.

Zu Art. 93 BGG schreibt GAURON-CARLIN: «L'attribution d'exécuteur testamentaire ... et ... doivent également être qualifiées d'autres décisions préjudicielles ou incidentes au sens de l'art. 93 LTF».¹⁷⁰ Wie schon früher besprochen,¹⁷¹ können sich die

163 GAURON-CARLIN (Fn. 4), S. 73, mit Verweis auf BGer 5A_1036/2017 vom 23.03.2018 E. 1.1 und 5A_55/2016 vom 11.04.2016 E. 1.

164 Vgl. BGer 5A_574/2009 vom 04.12.2009 E. 1.2; PICHLER (Fn. 54), S. 33.

165 Vgl. BGer 5A_55/2016 vom 11.04.2016.

166 GAURON-CARLIN (Fn. 4), S. 73.

167 Vgl. dazu BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 108; BK-KÜNZLE (Fn. 6), Art. 517–518 ZGB N 564.

168 GAURON-CARLIN (Fn. 4), S. 73.

169 Vgl. vorne, J. k).

170 Vgl. GAURON-CARLIN (Fn. 4), S. 67 f., mit Verweis auf BGer 5A_716/2015 vom 04.04.2016 E. 1.2

171 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 30.

besonderen Voraussetzungen von Art. 93 lit. a/b BGG als hohes Hindernis in solchen Beschwerden erweisen.

f) In der Festschrift für Peter Breitschmid habe ich mich mit der *Schiedsfähigkeit des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker* befasst. Diese Fragestellung wurde bisher in der Schweiz von den Gerichten noch nicht entschieden, in Deutschland allerdings im negativen Sinne.¹⁷² In der Literatur gibt es einige Befürworter (GÖKSU, JOLIDON, RÜDE/HADENFELDT UND SCHREIBER), aber auch einige Gegner (PESTALOZZI UND MAUERHOFER).¹⁷³ Die eigene Ansicht ist, dass die Schiedsfähigkeit fehlt, soweit Verwaltungsbehörden gemäss kantonalem Recht eingesetzt werden, dass sie aber gegeben ist, soweit Gerichte die Aufsicht durchführen.¹⁷⁴ Wenn ein Schiedsgericht auf die Tätigkeit des Willensvollstreckers beschränkt wird (was selten der Fall sein dürfte), muss sie – wie seine Bestellung¹⁷⁵ – einseitig angeordnet werden.¹⁷⁶

S. Strafrecht (StGB)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_489/2018 vom 31.10.2018 (Vorinstanz: Obergericht Zürich SB170033 vom 13.02.2018) zur *Urkundenfälschung* (Art. 251 StGB) Stellung genommen. Der Beschuldigte hat ein Testament mit Alleinerbeneinsetzung mittels Pausverfahren (Nachzeichnen) hergestellt, unter Weglassung des Willensvollstreckers. «Nach dem Gutachten (sc. Schriftgutachten des Forensischen Instituts Zürich) wirke die Handschrift auf dem strittigen Dokument vielerorts verlangsamt und unsicher, mitunter sei die Strichführung unterbrochen und der Strich neu angesetzt worden. Im Gutachten werde die Möglichkeit, dass das strittige Testament durch eine natürliche Schreibung aus der Hand der Erblasserin entstanden sei, weitestgehend ausgeschlossen» (E. 4). Zunächst erstaunt etwas, dass die Einsetzung eines Willensvollstreckers als derart negativ empfunden wird, dass es Anlass zur Fälschung eines Testaments gibt, obwohl man

doch als Alleinerbe eingesetzt ist. Sodann ist daran zu erinnern, dass die heutige Technik Fälschungen mit ziemlicher Sicherheit aufdecken kann.

b) Das Kantonsgericht Bern hat sich im Urteil SK 18 226 vom 01.04.2019¹⁷⁷ mit einer *ungetreuen Geschäftsbesorgung* (Art. 158 StGB) befasst. Es handelt sich dabei um einen bereits behandelten Fall,¹⁷⁸ in welchem der Willensvollstrecker von der Aufsichtsbehörde angewiesen wurde, Mieten anzupassen und einen Lohn zu reduzieren, was schliesslich zur Niederlegung seines Amtes führte. Der Vorwurf im Strafverfahren lautete: Nichtanpassung der Miete (der Erbe bezahlte keine Miete) und Umwandlung einer Schenkung (CHF 30000/Jahr) in Lohn. Fraglich war vor allem das subjektive Element. Das Gericht bejahte eventualvorsätzliches Handeln, weil der Willensvollstrecker spätestens seit Kenntnisnahme des Entscheids des Regierungstatthalters im Aufsichtsverfahren (13.07.2015) damit rechnen musste, dass sein Verhalten falsch war. Dieses Verfahren zeigt deutlich, dass mit einer Niederlegung des Amtes – zumal wenn sie verspätet erfolgt – nicht alle Probleme gelöst sind.

c) Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat sich im Urteil BES.2018.122 vom 15.05.2019 mit *Veruntreuung, ungetreuer Geschäftsbesorgung und Falschbeurkundung* befasst. Dem Beschwerdeführer wurde vorgeworfen, er «habe seine am 1. April 2013 verstorbene Mutter F dazu veranlasst, ihre bei der ... in Zürich angelegten Vermögenswerte in Höhe von über 34 Millionen Franken per 22. Dezember 2011 zur ...in Basel zu transferieren und ihm Vollmacht in Bezug auf die neue Kontobeziehung einzuräumen, worauf er im April 2012 fast das gesamte mütterliche Vermögen in den durch die ... verwalteten ... verschoben habe und der Beschwerdegegnerschaft in Verletzung seiner Pflichten als Willensvollstrecker im Nachlass von F sowie als Miterbe jegliche Auskunft über den Verbleib dieser Vermögenswerte verweigere, was den Verdacht nahelege, er habe sie sich bereits zu Lebzeiten der Verstorbenen unrechtmässig angeeignet» (Sachverhalt; Gelder in Trust transferiert). Das Gericht stellte fest, dass auf den Pflichtteil gesetzte Geschwister nach deutschem Erbrecht kein Recht auf Auskunft ge-

172 Vgl. KÜNZLE (Schiedsfähigkeit – Fn. 4), S. 418.

173 Vgl. KÜNZLE (Schiedsfähigkeit – Fn. 4), S. 418 f.

174 Vgl. KÜNZLE (Schiedsfähigkeit – Fn. 4), S. 420.

175 Vgl. BGer 5A_644/2015 vom 24.11.2015 E. 3.3.1 und die Anmerkungen von REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016 – Personenrecht und Erbrecht, ZBJV 153 (2017) 622; vgl. dazu auch KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 22 f.; weiter vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 7), N 554.

176 Vgl. KÜNZLE (Schiedsfähigkeit – Fn. 4), S. 420 f.

177 Vgl. iusNet ErbR 12.06.2019.

178 Vgl. Obergericht Bern ZK 15 415 vom 06.04.2016 = KÜNZLE (Fn. 4), successio 11 (2017) 26.



genüber dem Testamentsvollstrecker haben und deshalb keine Pflichtverletzung vorlag (E. 3.4). Es ist tatsächlich so, dass Pflichtteilsberechtigte nach deutschem Recht ihre Erbenstellung verlieren und deshalb nur von den ihnen obligatorisch verpflichteten Erben Informationen beziehen können.¹⁷⁹

d) Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat sich im Urteil BES.2018.89 vom 17.10.2018 mit *übler Nachrede* (Art. 173 StGB) befasst. Dem Rechtsvertreter von zwei Erben wird von der A AG folgender Vorwurf gemacht: «Der Beschwerdegegner habe den Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin, C, bezichtigt, durch falsche Angaben über die bisherigen Konditionen des Bewirtschaftungsmandates ... die Willensvollstrecker ... getäuscht zu haben, und zwar in der Absicht, sich bzw. der Beschwerdeführerin zum Schaden der beiden Miterben einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen» (3.2). Für das Gericht war nicht ersichtlich, inwiefern die Ehre der A AG verletzt sein sollte, zumal der Vorwurf an C gerichtet war (E. 3.5). Ergebnislose Strafverfahren sind leider immer wieder Nebenerscheinungen bei Auseinandersetzungen zwischen Erben und Willensvollstreckern.

e) Im Urteil PF180003 vom 20.03.2018 hat das Obergericht Zürich festgehalten, dass der Willens-

vollstrecker nicht der *Geldwäscherei* (GWG) untersteht: «So sind vom GwG-Geltungsbereich Tätigkeiten ausgenommen, welche durch eine explizite gesetzliche Grundlage, einen Hoheitsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag übertragen oder erlaubt worden sind. Darunter fällt unter anderem der Willensvollstrecker». Dies ist – nach anfänglicher Unsicherheit – heute allgemein anerkannt.¹⁸⁰

f) ACKERMANN/ZEHNDER führen zur *Geldwäscherei* aus: «Eine Pflicht, das Willensvollstreckermandat sogleich niederzulegen, wenn der Willensvollstrecker von der verbrecherischen Herkunft zumindest eines Teils des Nachlasses erfährt, besteht ... nicht. Ebenso wenig hat er die Pflicht, einen Vergleich von Nachlassinventar und Vermögenssteuererklärung anzustellen. Sorgfaltswidriges Nichterkennen führt infolge der Ausgestaltung von Art. 305^{bis} StGB als (Eventual-)Vorsatzdelikt nicht zur Strafbarkeit wegen Geldwäscherei ... Macht er trotzdem Meldung, stellt sich die Frage, ob der Willensvollstrecker gegenüber den Erben eine Informations- und Belehrungspflicht hat».¹⁸¹ Der Willensvollstrecker ist nicht dem Geldwäschereigesetz unterstellt,¹⁸² aber er hat im Falle einer Meldung gegenüber den Erben eine Informationspflicht, dagegen – wie üblich¹⁸³ – keine Belehrungspflicht.

179 Vgl. den grundlegenden Entscheid BGH XI ZR 91/88 vom 28.02.1989, BGHZ 107, 104 = NJW 1989, 1601: «Der dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber zur Auskunft verpflichtete Erbe (§ 2314 BGB), muss auch von seinem Auskunftsanspruch gegenüber dem Kreditinstitut (§ 666 BGB i.V.m. § 1922 BGB) Gebrauch machen».

180 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 12a.

181 ACKERMANN/ZEHNDER (Fn. 4), Art. 305^{bis} StGB N 197 f.

182 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 12a.

183 Es verhält sich ähnlich wie bei anderen Themen: Der Willensvollstrecker muss die Erben auf die Themen Ausschlagung, öffentliches Inventar, Ausgleichung, Herabsetzung etc. aufmerksam machen, sie aber diesbezüglich nicht beraten, vgl. etwa HANS RAINER KÜNZLE, Willensvollstreckung – 10 kleine Fälle aus der Praxis, in: Nachlassplanung und Nachlassenteilung, hrsg. v. Jürg Schmid, Zürich 2014, 413 ff. (Wie steht es mit der Informations- und Beratungspflicht?).