



# Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2019–2020)<sup>1</sup>

Hans Rainer Künzle<sup>2</sup>

Vorbemerkung: Die nachfolgend zitierten Gerichtsentscheide sind auch beim Verein successio ([www.verein-successio.ch](http://www.verein-successio.ch)), in der Rubrik «Rechtsprechung»/«Bundesgericht» bzw. «Kantonale Gerichte» abrufbar.

## Inhaltsverzeichnis

- A. Literatur
- B. Ernennung (Art. 517 Abs 1 ZGB)
- C. Ersatz (Art. 517 Abs 1 ZGB)
- D. Annahme (Art. 517 Abs. 2 ZGB)
- E. Willensvollstreckerausweis (Art. 517 Abs. 2 ZGB)
- F. «Auftrag» (Art. 517 ZGB)
- G. Honorar (Art. 517 Abs. 3 ZGB)
- H. Aufgaben (Art. 518 ZGB)
- I. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)
- J. Erbschaftsverwalter (Art. 554 und 556 ZGB)
- K. Erbbescheinigung (Art. 559 ZGB)
- L. Öffentliches Inventar (580 ff. ZGB)
- M. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB)
- N. Erbschaftsliquidation (Art. 595 ZGB)
- O. Auskunft (Art. 607 und 610 ZGB)
- P. Ende (–)
- Q. Besitz (Art. 919 ff. ZGB)
- R. Meldepflicht (Art. 697i OR)
- S. Internationales Privatrecht (IPRG)
- T. Steuern
- U. Prozessrecht (BGG/ZPO)
- V. Betreuung (SchKG)
- W. Strafrecht (StGB)
- X. Strafprozessrecht (StPO)
- Y. Sterbehilfe
- Z. Bitcoins

- 1 Ausführliche und ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am 15. Schweizerischen Erbrechtstag vom 27. August 2020 (organisiert vom Verein Successio [[www.verein-successio.ch](http://www.verein-successio.ch)]) an der Universität Luzern gehalten wurde; zu früheren Updates siehe Hans Rainer Künzle, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2018–2019), successio 14 (2020) 18–41; DERS., 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](http://www.ius.uzh.ch/de/staff/adjunct-professors/tit-kuenzle/person.html)), Of Counsel von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8021 Zürich ([www.kendris.com](http://www.kendris.com)).



## A. Literatur

a) In der Berichtsperiode sind viele *Monografien*<sup>3</sup> und *Aufsätze*<sup>4</sup> erschienen, welche sich mehr oder weniger mit dem Willensvollstrecker befassen und jeweils im Sachzusammenhang behandelt werden. Daneben ist auch ausländische Literatur zu beachten.<sup>5</sup>

3 Vgl. JOHANNES GASSER, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Bern 2019; MARC'ANTONIO ITEN, Die Willensvollstreckung in fünf Phasen, Zürich 2019; 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); SÉVERINE L'ÉPLATTENIER, Contraventions, délits et crimes fiscaux, Zürich 2019; MARC STEINER, Bitcoins verwahren und vererben – Ein praktischer Ratgeber, Rheinfelden 2020.

4 Vgl. DANIEL ABT, Willensvollstrecker-Absetzung durch Klage, dRSK vom 31.03.2020; PHILIP R. BORNHAUSER, Einfluss des Erbteilungsvertrags auf die Willensvollstreckung, in: Festschr. für Peter Breitschmid, hrsg. v. Ruth Arnet et al., Zürich 2019, S. 255–269; ANTOINE EIGENMANN, La demande de désignation d'un représentant de la communauté héréditaire lorsque le bénéficiaire d'inventaire a déjà été requis, Anwaltsrevue 2020, 56–62; ROBERTO FORNITO, Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen, AJP 28 (2019) 795–802; DIETER GERICKE/DANIEL KUHN, Radikalkur bei der Inhaberaktie und Neuerungen bei den gesellschaftlichen Meldepflichten, AJP 28 (2019) 1272–1288; NICOLAS GILLARD, Le conflit d'intérêts en matière successorale, in: Journée de droit successoral 2020, hrsg. v. Maryse Pradervand-Kernen et al., Bern 2020, S. 31–55; SABINE HERZOG, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A\_984/2018 vom 7. Januar 2020, A. gegen B., Klage auf Absetzung des Willensvollstreckers, AJP 29 (2020) 638–641; MARTIN KARRER, Absetzung des Willensvollstreckers – BGer 5A\_176/2019, successio 14 (2020) 64–69; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelles zur Willensvollstreckung, insbesondere mit Bezug zum Notariat, in: Aktuelles zur ehgüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats, hrsg. v. Stephan Wolf, Bern 2019, S. 119–147; MICHEL MOOSER, La succession insolvable, in: Journée de droit successoral 2020, hrsg. v. Maryse Pradervand-Kernen et al., Bern 2020, S. 91–122; BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation successorale, in: Journée de droit successoral 2020, hrsg. v. Maryse Pradervand-Kernen et al., Bern 2020, S. 123–150; IVO SCHWANDER, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 10. Februar 2020, BGer 5A\_638/2018 (zur amtlichen Publikation bestimmt), ZZZ 2020, 180–182; FABIAN TEICHMANN/ALICIA KÖB/CELINE HÜRLIMANN, Strafrechtliche Aspekte der Sterbehilfe – Fallen für Anwälte und Notare, Anwaltsrevue 2019, 401–405.

5 Vgl. NADJA MEDLER, Erben und Vererben von Kryptowährungen, ZEV 2020, 262–268.

b) Vorab einige Bemerkungen zur Anleitung von MARC'ANTONIO ITEN (Die Willensvollstreckung in fünf Phasen): Diese *Praxisanleitung* enthält viele wertvolle Checklisten und ist besonders nützlich für Willensvollstrecker, welche noch wenige oder nur kleinere Nachlässe abgewickelt haben. Von den vielen Empfehlungen hat mich eine besonders angesprochen: «... <Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat mithin eine ex-ante-Betrachtung stattzufinden> ... Die Gerichte sollten nach Möglichkeit versuchen, bei der Prüfung einer behaupteten Sorgfaltspflichtverletzung Rückschaufehler (<Hindsight Bias>) zu vermeiden – denn nachträglich sind wir alle klüger».<sup>6</sup> Leicht anders würde ich dagegen andere Empfehlungen formulieren, wie: «Es genügt nicht, den Erben Bankauszüge unkommentiert zuzustellen»<sup>7</sup> oder «Willensvollstrecker müssen ausgewiesene Nachlassschulden aus Mitteln der Erbschaft bezahlen, auch gegen den einstimmigen Willen der Erben».<sup>8</sup>

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

Das Zürcher Obergericht hat im Urteil LF190041 vom 08.08.2019 ausgeführt: «Über die Gültigkeit des Testamentsnachtrages hat im Streitfall der Zivilrichter zu entscheiden. Hinsichtlich der Rechtsgültigkeit der Einsetzung von Willensvollstreckern hat der Einzelrichter als Eröffnungsbehörde höchstens beschränkte Kognition, die eine nähere Prüfung des vorliegenden Testamentsnachtrages nicht zulässt ... *Wäre ernsthaft mit einer Testamentsungültigkeitsklage zu rechnen*, hätten sich die Willensvollstreckerinnen einstweilen auf sichernde und sonstige zur ordentlichen Verwaltung gehörende Massnahmen zu beschränken und Veräusserungen nur dann vorzunehmen, wenn dazu dringende Veranlassung bestände». Wie ich bereits im Zusammenhang mit einer Akontozahlung ausgeführt habe,<sup>9</sup> wirken die vom Gericht beschriebenen Ein-

6 ITEN (Fn. 3), N 53.

7 ITEN (Fn. 3), N 75; das ist grundsätzlich richtig, aber davon kann es Ausnahmen geben, etwa wenn alle Erben mit dem Nachlassvermögen vertraut und in hohem Mass geschäftsfähig sind und sie (aus ihrer Sicht unnötige) Kosten vermeiden wollen.

8 ITEN (Fn. 3), N 119; in einem solchen Fall würde ich es den Erben überlassen, sich mit den Gläubigern auseinanderzusetzen.

9 KÜNZLE (Fn. 4), S. 141, wo für den Fall, dass dem Willensvollstrecker eine Ungültigkeitsklage in Aussicht gestellt wird, ausgeführt wird: «Da eine ex tunc Wirkung nur für ausserordentliche Fälle vorgesehen ist,

schränkungen m.E. erst mit der Einreichung der Ungültigkeitsklage und nicht schon (wie vom Obergericht angenommen) ab dem Inaussichtstellen einer solchen Klage. Ansonsten könnte man jeden Willensvollstrecker bereits im Zeitpunkt seiner Einsetzung allzu leicht «aus dem Verkehr ziehen».

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

FORNITO beschreibt seine Erfahrungen wie folgt: «Während meiner Zeit im Vorstand des St.Galler Anwaltsverbandes wurden wir regelmässig aufgefordert, einen Ersatz-Willensvollstrecker zu bestimmen, weil der Erblasser diese Aufgabe an den Vorstand oder an den Präsidenten des Anwaltsverbandes delegiert hatte, was mit dem Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit nicht vereinbar ist».<sup>10</sup> Diese Beschreibung zeigt, dass ein gewisses Bedürfnis vorhanden ist, um den Ersatz des Willensvollstreckers auf andere Weise als durch den Erblasser zu bestimmen. Ich habe in der Festschrift für BENNO STUDER einen Vorschlag für eine entsprechende Bestimmung gemacht, welche wie folgt lauten könnte: «Er kann ... die Ernennung eines Ersatzes der *Aufsichtsbehörde* oder dem *ersten Willensvollstrecker* überlassen».<sup>11</sup> Eine Ernennung des Willensvollstrecker-Ersatzes durch (*andere*) *Dritte* erachte ich dagegen als nicht notwendig und unsicher und deshalb sollte darauf (anders als in § 2198 BGB)<sup>12</sup> auch künftig verzichtet werden.<sup>13</sup>

### D. Annahme (Art. 517 Abs. 2 ZGB)

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_940/2018 vom 23.08.2019<sup>14</sup> mit einem Fall befasst, in welchem

---

darf der Willensvollstrecker grundsätzlich von einer ex nunc Wirkung ausgehen. Dies bedeutet, dass seine heute vorgenommenen Handlungen gültig sind und auch bleiben werden. Aus diesem Grund muss sich der Willensvollstrecker m.E. in diesem Zeitpunkt noch nicht einschränken».

10 Vgl. FORNITO (Fn. 4), AJP 28 (2019) 795.

11 HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker und die Erbrechtsrevision, in: Festschr. für Benno Studer, hrsg. v. Paul Eitel et al., Zürich 2019, S. 159 und 161.

12 Vgl. WOLFGANG REIMANN, Kommentar zu §§ 2197–2228 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5: Erbrecht (§§ 2197–2264 – Testament 2), Neubearbeitung, Berlin 2016 (zit. STAUDINGER-REIMANN), § 2198 BGB Rn. 1 ff.

13 KÜNZLE (Fn. 11), S. 162.

14 Vgl. Not@lex 2020, 73; Vorinstanz: OGer. BE ZK 18 370 vom 12.10.2018.

die im Gesetz vorgesehene *Mitteilung an den Willensvollstrecker über seine Ernennung unterblieben* ist. Es stellte sich deshalb die Frage, welche Bedeutung diese Mitteilung für die darauffolgende Annahme durch den Willensvollstrecker hat. Das Bundesgericht führte dazu aus: «Die (deklaratorische) amtliche Mitteilung setzt lediglich das gesetzliche Annahmeverfahren in Gang ... Ist dem Zweck der behördlichen Mitteilung ... auf andere Weise Genüge getan, so kann die Mitteilung nach dem Gesagten entfallen» (E. 3.3). Auf den Fall bezogen präziserte es: Es ist nicht so, «dass die Eröffnung des Testaments (Art. 557 f. ZGB) eine Voraussetzung für die amtliche Mitteilung (Art. 517 Abs. 2 ZGB) sei» (E. 3.4). Es ist nicht notwendig, «dass die Behörde dem zur Willensvollstreckung Berufenen eine förmliche Verfügung eröffnet, die speziell als solche bezeichnet und eigens an ihn adressiert ist. Wie das Obergericht zutreffend bemerkt, schreibt das Gesetz insbesondere auch nicht vor, dass die Frist von 14 Tagen dem Berufenen ausdrücklich «gesetzt» werden muss». Weiter schreibt das Bundesgericht zur Annahme durch den Willensvollstrecker: «Erklärt sich die bezeichnete Person vor Ablauf dieser Frist gegenüber der zuständigen kantonalen Behörde über die Annahme des Auftrages, so ist diese Erklärung an keine Form gebunden ... sie kann mündlich oder schriftlich oder auch dadurch erfolgen, dass der Willensvollstrecker ... mit der Erfüllung seiner Aufgaben beginnt» (E. 3.3). Diesen Ausführungen kann ich ohne Einschränkung zustimmen.<sup>15</sup> In einfacher Form kann somit gesagt werden, dass eine über ihren Auftrag als Willensvollstrecker informierte Person die Annahme gegenüber der zuständigen Behörde auch ohne die in Art. 517 Abs. 2 ZGB vorgesehene Mitteilung gültig erklären kann. Da auch blosses Tätigwerden im Amt als Annahme angesehen wird,<sup>16</sup> dürfte diese Regel auch im Zusammenhang mit Laien nicht zu Problemen führen.

---

15 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker (Art. 517–518 ZGB), Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517–518 ZGB N 26: «Die Mitteilung dient der Information des Ernannten und hat keinen Einfluss auf das Bestehen/die Gültigkeit seiner Ernennung ..., sie kann somit auch unterbleiben, wenn der Willensvollstrecker die letztwillige Verfügung eingereicht hat.

16 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 21.



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

Das Bundesgericht führt im Urteil 5A\_804/2019 vom 18.03.2020 aus: «Es ist ... nicht zu beanstanden, wenn die Behörde in die Bescheinigung die Hinweise aufgenommen hat, dass eine Anfechtung der letztwilligen Verfügung noch möglich und eine Einsprache erfolgt ist ...» (E. 2.2). Wie ich schon im letztjährigen Bericht zum vorinstanzlichen Urteil<sup>17</sup> ausgeführt habe,<sup>18</sup> dürfen *Einsprachen* nicht erwähnt werden, weil sie die Bestellung der Erben und nicht die Bestellung des Willensvollstreckers betreffen<sup>19</sup> (BK-KÜNZLE wird insofern vom Bundesgericht falsch zitiert). Die *Ungültigkeitsklage* darf zwar grundsätzlich als Hinweis in den Willensvollstreckerausweis aufgenommen werden, ein solcher Hinweis war aber im vorliegenden Fall ausnahmsweise auch nicht mehr zulässig, weil (im Falle der Ungültigkeit des angefochtenen Testaments) das frühere Testament den gleichen Willensvollstreckers vorsah und das frühere Testament wegen Ablauf der Verwirklichungsfrist (Art. 521 ZGB) nicht mehr angefochten werden konnte.

### F. «Auftrag» (Art. 517 ZGB)

Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich im Urteil LA180032 vom 17.10.2019 mit folgender Konstellation befasst: Der Erblasser setzte eine Bank als Willensvollstreckerin ein, mit dem *Wunsch*, dass Herr X. (früherer Leiter Wealth Management, seit der Pensionierung durch Beratervertrag mit der Bank verbunden) die *Mandatsführung übernehme*. Die Bank stellte dem Nachlass CHF 200.00 pro Stunde in Rechnung und bezog CHF 1080000. X stellte seinerseits der Bank CHF 239215.60 und CHF 276287.20 in Rechnung. Die dritte Rechnung über CHF 296060.00 hat die Bank nicht mehr beglichen. X klagte gegen die Bank und argumentierte, es liege ein Arbeitsvertrag vor, weil er von der Bank ausgerüstet werde mit einem Arbeitsplatz, einem Parkplatz, Badge, Telefon, Mobile, E-Mail, Visitenkarten, Zugang zu Bankdaten und weil Erbensitzungen in der Bank stattgefunden hätten.

Das Obergericht kam zum Schluss, dass kein Arbeitsverhältnis vorliege, sondern ein Auftrag: «Es fehlt am für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses massgeblichen Subordinationsverhältnis, was in Kombination mit den übrigen zahlreichen Argumenten, die für ein Auftragsverhältnis sprechen, nur den Schluss zulässt, dass es sich um ein Auftragsverhältnis handelte» (E. 5.1). Hier geht es nicht um die Willensvollstreckung als solche, auf welche unbestritten (ergänzend) das Auftragsrecht zur Anwendung kommt,<sup>20</sup> sondern um die *interne Organisation der Willensvollstreckerin*. Der Beratervertrag erinnert an Of-Counsel-Verträge, welche auch bei Anwaltsfirmen häufig verwendet werden. Auch dort wird darüber diskutiert, ob es sich um einen Auftrag oder ein Arbeitsverhältnis handle.<sup>21</sup> Das vom Obergericht verwendete Kriterium des Subordinationsverhältnisses überzeugt und dürfte häufig auch im Innenverhältnis zum Auftragsrecht führen.

### G. Honorar (Art. 517 Abs. 3 ZGB)

a) Das Kantonsgericht Graubünden befasste sich im Urteil ZK1 19 45 vom 14.11.2019 mit dem Honorar: Die Aufsicht kann nur prüfen, «ob der Willensvollstreckers formell richtig abgerechnet hat» (E. 3.4); formelle Mängel können «bei disziplinarrechtlichen Sanktionen ... berücksichtigt werden» (E. 3.5). Das sind interessante (weil seltene) Aussagen, weil der Fokus meist auf der Höhe des Honorars liegt, welches vom ordentlichen Gericht festzulegen ist.<sup>22</sup> *Auch beim Honorar gibt es also begrenzt formale Aspekte*, welche von der Aufsichtsbehörde behandelt werden können, ähnlich wie bei der Auskunft.<sup>23</sup>

b) Das Kantonsgericht Tessin hat im Urteil 11.2018.76 vom 27.03.2019 zur Frage Stellung genommen, ob das Honorar des Willensvollstreckers im Aufsichtsverfahren festgelegt werden könne. Der Pretore wurde ersucht, das «richtige Honorar» festzulegen und das überschüssige zurückzulegen. Das Kantonsgericht führte aus, dass diese

17 Vorinstanz: Kantonsgericht Basel-Landschaft 810 19 26 vom 29.05.2019.

18 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 14 (2020) 21 f.

19 Siehe dazu gerade auch den vorangehenden Entscheid 5A\_940/2018 vom 23.08.2019 E. 3.4 (C.), wo das Bundesgericht ausführt, dass die Testamentseröffnung keine Voraussetzung für eine (gültige) Annahme des Willensvollstreckersmandats sei.

20 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 58.

21 Vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7. A., Zürich 2012, Art. 319 OR N 7 (Arbeitsverhältnis beim Legal Counsel einer Genfer Bank).

22 Vgl. dazu BGE 78 II 123 E. 1a; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 452.

23 Einfache Fälle und formale Aspekte können von der Aufsichtsbehörde behandelt werden, während komplexe bzw. materielle Fragen vom Richter im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind, vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 13 (2019) 34 Fn. 123 mit weiteren Verweisen.

Frage *im ordentlichen Verfahren* entschieden werden müsste: «... giurisprudenza e dottrina dominante ritengono che la controversia vada sottoposta al giudice civile ordinario» (E. 5). Es wies auf die Besonderheit hin, dass die Kantone nach Art. 54 Abs. 1 SchlT die Möglichkeit haben, auch das ordentliche Verfahren der Aufsichtsbehörde zuzuweisen, was im Kanton Tessin aber nicht gemacht worden sei: «Tutt'al più i Cantoni possono attribuire per legge la competenza in questione all'autorità di vigilanza valendosi dell'art. 54 cpv. 1 tit. fin. CC... Tale non è il caso in ogni modo del Cantone Ticino» (E. 5). Dies entspricht bewährter Lehre und Praxis.<sup>24</sup>

c) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2019/750 vom 13.08.2019 festgehalten, dass der Juge de paix als *Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker nicht zuständig sei für Honorarfragen* (Art. 125 Abs. 2 Code de droit privé judiciaire vaudois – CDPJ): «Cette disposition précise (art. 125 al. 2 2<sup>e</sup> phrase CC)<sup>25</sup> que la juridiction civile ordinaire statue sur les contestations relatives à ses honoraires» (E. 3.2.3).<sup>26</sup> Der Kanton Waadt hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 78 II 123 E. 1a) ins kantonale Recht aufgenommen.<sup>27</sup>

d) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2020/4 vom 10.12.2019 festgestellt, dass es *keine Frist für den Willensvollstrecker* gebe, das Honorar durch den Zivilrichter klären zu lassen: «Ainsi, il est clair, contrairement à ce que soutient la recourante, qu'il n'appartenait pas à la juge de paix de vérifier le bien-fondé des notes d'honoraires présentées et qu'il reviendra à ceux qui le jugent nécessaire, d'ouvrir une action au fond, sans qu'il y ait lieu d'impartir un délai aux exécuteurs testamentaires pour saisir la juridiction civile compétente d'une action en constatation des honoraires et frais auxquels ils prétendent pour eux-mêmes et leurs mandataires» (E. 3.2.3). Das Aufsichtsverfahren dient nicht dazu, die Rolle des Klägers, welche beim Willensvollstrecker-Honorar bei den Erben liegt, auf den Willensvollstrecker zu verschieben. Beim Lesen des Entscheides vermisste ich die Klarstellung, dass der Willensvollstrecker berechtigt ist,

sich Kostenvorschüsse bzw. Honorare selbst ausbezahlen.<sup>28</sup>

## H. Aufgaben (Art. 518 ZGB)

a) Der Sachverhalt des Bundesgerichtsurteils 5A\_516/2018 vom 03.12.2019 zeigt, dass die *Aussonderung aus einem Konkurs* (Art. 242 SchKG) zu den möglichen Aufgaben des Willensvollstreckers gehören kann.

b) Im Sachverhalt des Bundesgerichtsurteils 5A\_755/2019 vom 12.12.2019 ist zu lesen, dass der Willensvollstrecker darauf aufmerksam machte, dass der *Beistand eines gesetzlichen (auf den Pflichtteil gesetzten) Erben* gleichzeitig eingesetzter Erbe sei und sich somit *in einem Interessenkonflikt* befinde und durch einen anderen Beistand ersetzt werden sollte.<sup>29</sup> M.E. gehört es nicht zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, sich um die Handlungsfähigkeit der Erben zu kümmern oder (allgemeiner formuliert) um die Frage, wer genau Erbenstellung hat.<sup>30</sup>

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_1028/2018 vom 20.03.2020 mit der *Ausrichtung eines Vermächtnisses* befasst, bei welchem gemäss letztwilliger Verfügung die Steuern von den Erben zu übernehmen waren, der Willensvollstrecker aber die Steuern aus dem Verkaufserlös (CHF 63'000) einer zum Vermächtnis gehörenden Liegenschaft bezahlte: «La conclusion del primo giudice secondo cui l'inattività del qui ricorrente – ossia la mancata tempestiva vendita di beni della successione per pagare le imposte – aveva configurato una violazione del suo mandato meritava pertanto conferma» (E. 4.1). Die Ausführungen des Bundesgerichts erwähnen leider keine Rechtsgrundlage für die Zah-

24 Vgl. ZR 1969 Nr. 36 S. 346 f. (Bundesgericht vom 07.12.1960); BGE 86 I 330 S. 333; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 411.

25 Art. 125 al. 2 CDPJ (RSV 211.02): «L'exécuteur testamentaire est surveillé et, cas échéant, révoqué par le juge de paix. La juridiction civile ordinaire statue sur les contestations relatives à ses honoraires.»

26 Ebenso TC VD HC/2020/4 vom 10.12.2019 E. 3.2.2.

27 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 411.

28 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 408 und 410; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 32; GRÉGOIRE PILLER, in: Commentaire Romand, hrsg. v. Pascal Pichonnaz et al., Basel 2016 (zit. CR-PILLER), Art. 517 ZGB N 96.

29 Vgl. BGer. 5A\_755/2019 vom 12.12.2019 Sachverhalt C: «Par courrier du 1<sup>er</sup> mai 2019, Me C., en sa qualité d'exécuteur testamentaire, a attiré l'attention sur le conflit d'intérêts existant entre A. et B. dans le cadre de la succession de G.; il a suggéré que L., étudiante en master en droit et future stagiaire-notaire, soit désignée en tant que curatrice à la place de B.»

30 Vgl. etwa KÜNZLE (Fn. 1), successio 14 (2020) 26: «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.»



lung, zu welcher der Willensvollstrecker verpflichtet wurde (ob es Ausrichtung des Vermächtnisses oder Haftung des Willensvollstreckers war).

d) Im Sachverhalt des Bundesgerichtsurteils 5A\_1005/2018 vom 09.04.2020 ist zu lesen: «Par requête du 13 octobre 2010, B., agissant en sa qualité d'exécuteur testamentaire, a formé à l'encontre de F. une requête en désignation d'un liquidateur de la société simple formée par feu G.C. et F ...» (Sachverhalt A.j.). Der Antrag zur *Einsetzung eines Liquidators* im Zusammenhang mit der Auflösung einer einfachen Gesellschaft, an welcher der Erblasser beteiligt war, ist eine Verwaltungshandlung, welche zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehören kann, wenn dies dem Wunsch der Erben entspricht.<sup>31</sup>

e) Das Kantonsgericht Schwyz hat sich im Urteil SZ ZK2 2019 43 vom 28.04.2020 mit der *Errichtung einer Stiftung* durch den Willensvollstrecker befasst: «Textaufbau und Wortlaut des Testaments der Erblasserin legen wie gesagt ... nahe, dass der Willensvollstrecker zur Errichtung einer Stiftung erst im Zeitpunkt des Ablebens der gesetzlichen Erbin angewiesen ist. Das deutet vorläufig darauf hin, dass die Stiftung nicht direkt als Erbin, sondern als Nacherbin eingesetzt ist» (E. 2 b cc). Es gehört zu den anerkannten Aufgaben des Willensvollstreckers, eine Stiftung zu errichten und dabei – im Zusammenwirken mit der Aufsichtsbehörde – allenfalls auch Ergänzungen zur letztwilligen Verfügung vorzunehmen.<sup>32</sup>

Dieser Fall zeigt zudem, dass der gleiche Willensvollstrecker sowohl bei der Vorerbschaft als auch bei der Nacherbschaft als (*Abwicklungs-*)*Vollstrecker* eingesetzt werden kann.<sup>33</sup> Eine Dauer-Willensvollstreckung für die ganze Zeit der Vorerbschaft wird nur dann angenommen, wenn der Erblasser

dies klar angeordnet hat,<sup>34</sup> und sie ist nur zulässig, wenn damit keine Pflichtteile verletzt werden.<sup>35</sup> Zu beachten ist, dass möglicherweise Konflikte geschaffen werden, wenn der Vorerbe für seinen Nachlass einen (eigenen, anderen) Willensvollstrecker bestimmt.<sup>36</sup>

f) Das Obergericht Zürich hat sich im Fall PF190035 vom 04.07.2019 mit einer *Ausweisung aus einem Mietobjekt* befasst: «Am 12. April 2019 stellten die Rechtsmittelbeklagten, vertreten durch den Willensvollstrecker ... seinerseits vertreten durch Rechtsanwältin ... beim Bezirksgericht Horgen im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen ein Ausweisungsbegehren» (E. 1.2). Die Ausweisung aus einem Mietobjekt gehört zu den Aufgaben des Willensvollstreckers.<sup>37</sup> Leider wird der Willensvollstrecker beim Handeln für den Nachlass von den Parteien immer wieder als Vertreter bezeichnet («vertreten durch ...»), obwohl es sich um eine Prozessstandschaft handelt.<sup>38</sup>

g) FORNITO erwähnt ein Beispiel, in welchem ein Erblasser dem Willensvollstrecker *überschiessende Kompetenzen* zugewiesen hat: «Der Willensvollstrecker ist befugt, meinen Nachlass gemäss meinem letzten Willen und gemäss Gesetz nach seinem Ermessen zu teilen und allfällig ganz oder teilweise zu veräussern. Im Falle von Streitigkeiten über die Auslegung des Testaments oder im Zusammenhang mit der Teilung meines Nachlasses als Schiedsrichter nach bestem Wissen und Gewissen endgültig und letztinstanzlich. Demgegenüber weise ich meine Erben an, den ihnen vom Willensvollstrecker vor-

31 Ebenso BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 31: «Zur Verwaltung kann auch die Liquidation von ... Personengesellschaften gehören, sofern diese auf Wunsch der Erben nicht weitergeführt werden sollen oder durch den Tod des Erblassers aufgelöst werden»; weiter vgl. FIORENZO COTTI, in: Commentaire Stämpfli, Commentaire du droit des successions, hrsg. v. Antoine Eigenmann et al., Bern 2012 (zit. CS-COTTI), Art. 518 ZGB N 83.

32 Vgl. CS-COTTI (Fn. 31), Art. 518 ZGB N 91: «L'exécuteur testamentaire doit formuler des propositions à l'intention de l'autorité de surveillance».

33 Vgl. PETER BREITSCHMID, Willensvollstreckung und Nacherbschaft, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 67 ff.

34 Ebenso im deutschen Recht, wo in § 2222 BGB der Nacherbenvollstrecker eigens geregelt ist, vgl. BREITSCHMID (Fn. 33), S. 68: «Ohne besondere Anordnung ist das Mandat mit der ersten Phase abgeschlossen ... » und «Solche Lösungen sind nicht zu vermuten, sondern bedürfen expliziter Anordnung».

35 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 33), S. 71.

36 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 33), S. 69.

37 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 178, mit Verweis auf RBOG 1998 Nr. 3 und ZR 1990 Nr. 98; BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, in: Basler Praxis-Kommentar, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 518 ZGB N 53.

38 Vgl. CORDULA LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess – Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss. Basel 2016, N 1005 ff.; 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 ...».

gelegten Schiedsvertrag zu unterzeichnen. Für den Fall, dass sich die Erben nicht endgültig einigen, ist der Willensvollstrecker befugt, einen Teilungsplan zu verfassen, diesen den Erben unter angemessener Fristansetzung zuzustellen und, falls der Teilungsplan nicht innert Frist wegen Verstoß gegen das Gesetz oder dieses Testaments wegen gerichtlich angefochten wird, auch ohne Zustimmung sämtlicher Erben zu vollziehen ...».<sup>39</sup> Der Willensvollstrecker hat keine Kompetenz, die Erbteilung nach eigenem Ermessen vorzunehmen (alleine die Erben bestimmen über die Erbteilung),<sup>40</sup> auch nicht in der Variante, dass er den Erben zuerst einen Teilungsplan vorlegt (Zürcher Praxis).<sup>41</sup> Er darf zudem – von wenigen Ausnahmen abgesehen (Ausrichten von Vermächtnissen und Bezahlung von fälligen und ausgewiesenen Schulden)<sup>42</sup> – auch keine Nachlassgegenstände veräussern.<sup>43</sup> Seit 1. Januar 2021 darf der Willensvollstrecker mit einer testamentarischen Klausel (einseitig) als Schiedsrichter eingesetzt

werden (Art. 358 Abs. 2 ZPO bzw. Art. 178 Abs. 4 IPRG),<sup>44</sup> eine entsprechende Kontrahierungspflicht darf der Erblasser den Erben aber m.E. nicht auferlegen.<sup>45</sup> Dabei ist zu beachten, dass sich der Willensvollstrecker in dieser doppelten Funktion möglicherweise in einem Interessenkonflikt befindet<sup>46</sup> und dass die Schiedsfähigkeit in vielfältiger Weise eingeschränkt ist.<sup>47</sup>

h) GASSER führt im Kommentar zur FL-Stiftung bezüglich eines Antrags zu rechtsfürsorglichen *Aufsichtsmassnahmen* aus: «Dann sollte dem Willensvollstrecker einer solchen Person analog einem früheren Organmitglied eine hinreichende Nähe zur Treuhänderschaft zugestanden werden, um ihm

39 FORNITO (Fn. 4), AJP 28 (2019) 802.

40 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 37), Art. 518 ZGB N 72: «keine Befugnis des Willensvollstreckers ... die Teilung ... von sich aus ... vorzunehmen»; HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker in der Erbteilung, *successio* 7 (2013) 314: Selbst die Anweisung des Erblassers an den Willensvollstrecker, den Nachlass zu liquidieren, kann von den Erben (einstimmig) gestoppt werden.

41 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 62: «Der Willensvollstrecker kann jedoch in keinem Fall den Teilungsvorschlag – auch nicht nach Ansetzung und Ablauf einer angemessenen Frist – von sich aus als verbindlich erklären und gegen den Willen einzelner oder aller Erben in Rechtskraft setzen»; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 319 ff.

42 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 40: «Bei Verfügungen zur Geldbeschaffung bzw. Ausrichtung von Barvermächtnissen ist der Willensvollstrecker auch bei Liegenschaften grundsätzlich frei und benötigt keine Zustimmung der Erben; im Gegenteil kann er Werte des Nachlasses auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben verkaufen, soweit dies zur Bezahlung von Erbschaftsschulden objektiv notwendig ist (BGE 74 I 423, 424; 101 II 47, 55 ...»); STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. A., Bern 2020, N 844; STEFAN WOLF/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Basel 2012, S. 338: «Der Willensvollstrecker hat Schulden nur insoweit zu tilgen, als dies erforderlich ist. Er hat mithin nur ausgewiesene Verpflichtungen zu erfüllen».

43 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 41, wonach die Erben einen Verkauf in den übrigen Fällen genehmigen müssen und der Willensvollstrecker im Rahmen der Vorbereitung der Erbteilung lediglich die Art der Versteigerung bzw. die Art des Verkaufs bestimmen darf.

44 Vgl. AS 2000, 4187: Art. 358 Abs. 2 ZPO: «Für Schiedsklauseln, die in einseitigen Rechtsgeschäften und in Statuten vorgesehen sind, gelten die Bestimmungen dieses Teils sinngemäss»; AS 2000, 4180: Art. 178 Abs. 4 IPRG: «Für eine Schiedsklausel, die in einem einseitigen Rechtsgeschäft oder in Statuten vorgesehen ist, gelten die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss»; weiter vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Schiedsfähigkeit von und Schiedsverfahren in Erbsachen: Einleitung, *successio* 14 (2020) 70; anders noch nach altem Recht CS-COTTI (Fn. 31), Art. 518 ZGB N 104.

45 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/NICOLAS GUT, Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2010, S. 157: «Die Grenzen eines Kontrahierungszwanges resultieren aus den Persönlichkeitsrechten und der individuellen Freiheit. Unter diesem Blickwinkel ist eine Auflage, die einen Erben (oder Vermächtnisnehmer) gegen seinen Willen der Schiedsgerichtsbarkeit unterwirft und dem staatlichen Rechtsweg entzieht, als unzulässig zu qualifizieren»; anders PETER WEIMAR, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen (Art. 457–516 ZGB), Bern 2009, Art. 482 ZGB N 14, mit Verweis auf HANSJÖRG KISTLER, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, Zürich 1999, S. 21.

46 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Interessenkollision im Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt, *SJZ* 108 (2012) 8: «Das Amt des Willensvollstreckers verträgt sich nicht mit der gleichzeitigen Tätigkeit als Schiedsrichter in der Erbsache ... und schon gar nicht als Schiedsrichter, welcher den Nachlass nach eigenem Gutdünken teilen kann, weil dies gegen die materielle Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung und die freie Erbteilung verstossen würde».

47 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Schiedsfähigkeit von Erbsachen, in: Festschr. für Peter Breitschmid, hrsg. v. Ruth Arnet et al., Zürich 2019, S. 412 ff. (nicht schiedsfähige Erbsachen).



eine Antragslegitimation für rechtsfürsorgliche Massnahmen zu verschaffen (StGH 09.12.2008, StGH 2007/137, GE 2009, 364 in Bezug auf einen Treuhänderrat eines Trust reg, dessen Bestimmungen aber gem Art 552 Abs 4 PGR aF analog zumindest für Altstiftungen gelten). Davon scheinen aber die Höchstgerichte in Anwendung des neuen Stiftungsrechts wieder abzurücken.<sup>48</sup> In der Schweiz kann es zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehören, an die Stiftungsaufsicht zu gelangen, etwa wenn eine nach dem Ableben des Erblassers zu errichtende Stiftung vom Stiftungsrat nicht ins Handelsregister eingetragen wird.<sup>49</sup>

i) In der Praxis stellte sich die Frage, ob und wie der Erblasser die *Aufgaben des Willensvollstreckers beschränken* kann. Ausgangspunkt ist folgende testamentarische Klausel: «Vom Aufgabenbereich ausgenommen sind ausländische Steuern, dazu werden Fachleute beigezogen». Ausgangspunkt ist die Vermutung, dass der Willensvollstreckler ohne besondere Anordnung des Erblassers in der letztwilligen Verfügung (was in der Praxis am häufigsten vorkommt) als Generalexekutor für den weltweiten Nachlass eingesetzt wird.<sup>50</sup> Diese sind möglich, indem der Erblasser sowohl bezüglich des sachlichen Umfangs (sog. Speziallexekutor) als auch bezüglich des örtlichen oder zeitlichen Umfangs davon abweicht.<sup>51</sup> Diese müssen in der letztwilligen Verfügung enthalten sein, weil schon für die Einsetzung eines Willensvollstreckers die Form der letztwilligen Verfügung verlangt wird.<sup>52</sup> Das bedeutet allerdings nicht, dass Einschränkungen wörtlich im Testament enthalten sein müssen, sondern sie können sich auch aus dem Sachzusammenhang der testamentarischen Verfügungen, also *durch Auslegung*, ergeben.<sup>53</sup> Immerhin muss es aber im Sinne

der sog. Andeutungstheorie Anhaltspunkte für eine solche Auslegung im Testament geben.<sup>54</sup> Ausgangspunkt bildet somit die Tatsache, dass bei einer Beschreibung der Aufgaben des Willensvollstreckers in einem Testament zu vermuten ist, dass der Erblasser seine Stellung (gegenüber einem Generalexekutor) einschränken wollte, denn ansonsten müsste er im Testament keine Ausführungen machen. Teilweise werden den Willensvollstreckern von den Steuergesetzen gewisse Aufgaben auferlegt.<sup>55</sup> Diese Auferlegung von Aufgaben durch das Steuerrecht (inkl. Haftung und Bussen) ist grundsätzlich<sup>56</sup> zulässig.<sup>57</sup> Teilweise geht es um Steuersukzession (Nachfolge der Erben in die Position des Erblassers, z.B. bei der Einkommenssteuer) und teilweise um originäre Positionen der Erben (z.B. bei der Erbschaftssteuer).<sup>58</sup> Das Nebeneinander von Willensvollstreckler und Erben in diesen Bereichen (ist die Befugnis des Willensvollstreckers exklusiv?) ist uneinheitlich.<sup>59</sup> Wie bei den zivilrecht-

---

sserhalb des Testaments liegen, d. h. solche, die sich nicht auf Grund der Auslegung des Wortlautes der letztwilligen Verfügung ergeben, zu berücksichtigen. Solche Beweise können etwa in den persönlichen Beziehungen des Erblassers zu den Bedachten und zu den Erben bzw. in deren Änderung liegen. Ein solcher Beweis kann aber auch eine Äusserung oder eine Handlung des Erblassers darstellen (BGE 79 II 44 ...).

54 Vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 42), N 311.

55 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE/CHRISTIAN LYK, Die Stellung des Willensvollstreckers im Steuerverfahren, StR Nr. 12/2009, 1 ff.; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 235 ff.

56 Bei der Auferlegung von Aufgaben durch kantonale und ausländische Steuergesetze kann sich allenfalls die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit stellen, vgl. ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich 2016, S. 550: Die Staatsrechtspflege «gewährt den Rechtsschutz gegen die Verletzung verfassungsmässiger Rechte sowie von Staatsverträgen und von Verträgen der Kantone», und S. 191 ff., wo insbesondere Art. 5 BV (Rückwirkungsverbot), Art. 8 BV (Rechtsgleichheitsgebot), Art. 9 (Willkürverbot), Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) und Art. 127 BV (Steuerbelastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) genannt werden.

57 Vgl. JASMIN MALLA, Willensvollstreckler und Erben im Steuerrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2016, N 172: «die Aufgaben und Zuständigkeiten des Willensvollstreckers erfassen grundsätzlich sämtliche den Nachlass betreffende Rechtsverhältnisse, unabhängig von deren zivil- und öffentlichrechtlichem Charakter, mithin auch solche steuerrechtlicher Natur».

58 Vgl. MALLA (Fn. 57), N 93 ff. und 123 ff.

59 Vgl. CLAUDIA SUTER, Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, hrsg. v. Martin Zweifel et al., Zürich 2019, § 32 N 4.

---

48 GASSER (Fn. 3), Art. 552 PGR § 29 N 14.

49 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 357.

50 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 99, 195 und 197; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 14 («gesamten Nachlass in der Schweiz und im Ausland»).

51 Vgl. Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 196; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 14 («... soweit der Erblasser nicht anders verfügt hat»); zu den Grenzen dieser Einschränkungen vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 94: Aufnahme des Inventars über das zu verwaltende Erbgut, ordnungsgemässe Verwaltung, Auskunft und Rechnungslegung sowie Haftung für die zugewiesene Aufgabe.

52 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 17.

53 Vgl. ZR 1985 Nr. 12 E. 3: «Der Beweis für eine Ergänzung kann sich aus dem Wortlaut der neuen letztwilligen Verfügung ergeben. Da es um das Erforschen des Willens des Testators geht, sind auch Beweise, die au-



lichen Aufgaben ist es auch bei seinen steuerrechtlichen Aufgaben möglich, dass der Erblasser den Willensvollstrecker von seinen Aufgaben (und damit auch von den entsprechenden Haftungen) befreit, womit die entsprechenden Pflichten dann bei den Erben verbleiben.<sup>60</sup> Im Einzelfall ist abzuklären, inwieweit diese für das schweizerische Recht geltende Rechtslage auch im Ausland (nach dem dort anwendbaren [ausländischem] Steuerrecht) zum Tragen kommt.

j) In der Praxis stellte sich die Frage nach der *Anlagestrategie*. Der Erblasser hat seinen Vermögensverwalter zum Willensvollstrecker ernannt und diesen beauftragt, mit einem Grossteil des Vermögens eine zu gründende Stiftung zu alimentieren. Der Willensvollstrecker teilte den übrigen Erben die Höhe ihrer Erbanteile mit und dass er beabsichtige, sie bar abzufinden, worauf diese nicht reagierten. Nachdem die Kurse an der Börse gesunken waren und die Erbanteile an Wert verloren hatten, machten die Erben einen Schaden geltend. Der Willensvollstrecker sollte die Anlagestrategie wie folgt festlegen:<sup>61</sup> (1) Suchen einer Einigung mit den Erben, (2) Befolgung von Weisungen des Erblassers und (3) sorgfältiges Treffen einer eigenen Entscheidung. Eine Einigung der Erben über die Anlagestrategie ist mangels Existenz des Haupterben (der zu gründenden Stiftung) an sich nicht möglich, man hätte in einem solchen Fall aber m.E. dennoch versuchen können, mit den (übrigen) Erben eine Einigung zu erzielen (mit dem Willensvollstrecker als «Sprachrohr» für die Stiftung). Weisungen des Erblassers lagen nicht vor. Die Entscheidung des Willensvollstreckers sah so aus, dass er selbstständig eine Umstrukturierung des Depots vornahm (zur Reduzierung des Risikos im Hinblick auf die [risikoarme] Stiftung). Dies war eine Entscheidung, welche ihm wohl auch von einem (anderen) Vermögensverwalter (Fachmann) für die Stiftung empfohlen worden wäre, wenn er einen solchen beigezogen hätte. Die Problematik lag darin, dass der Willensvollstrecker das Risiko, welches eigentlich bei den Erben liegt,<sup>62</sup>

(unnötigerweise) auf sich genommen hat. Zu erwähnen bleibt allerdings, dass auch bei einem Kursverlust noch keineswegs klar ist, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, weil zuerst das Ergebnis der richtigen Verhaltensweise des Willensvollstreckers bestimmt werden muss (jedenfalls war das nicht mehr der Wert des Erbanteils im Todeszeitpunkt). Gerade dies ist ein Beispiel für den vorne erwähnte Fall (B. b)), dass kein Rückschaufehler gemacht werden darf: Das Schweigen der Erben deutet darauf hin, dass sie sich keine eigenständige Meinung zur Anlagestrategie gebildet haben und wohl einer Empfehlung des Willensvollstreckers zur Risikoreduzierung gefolgt wären, wenn er ihnen das konkret vorgeschlagen hätte, womit es fraglich ist, ob ein Schaden für die Erben entstanden ist.

k) Der Willensvollstrecker darf (und muss) *Vorschüsse* (A-Konto-Zahlungen) an die Erben leisten, wenn (1) Liquidität vorhanden und verfügbar ist, (2) sich die Auszahlung nicht negativ für Erbteilung auswirkt und (3) ein klarer Erbteil vorhanden ist. Bei grösseren Nachlässen (über 10 Mio.) darf max. 50% des Erbteils vorzeitig ausbezahlt werden, wobei dringende Bedürfnisse zu 100% abzudecken sind, gewöhnlich Bedürfnisse nach Möglichkeit und zweckfreie Zuwendungen soweit machbar.<sup>63</sup>

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

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_763/2018 vom 01.07.2019 zur *Passivlegitimation des Willensvollstreckers* Stellung bezogen: «Grundsätzlich ist der Willensvollstrecker in einem Ungültigkeitsprozess weder aktiv- noch passivlegitimiert ... Hingegen ist es denkbar, auf dem Weg der Ungültigkeitsklage (Art. 519/520 ZGB) die Einsetzung eines Willensvollstreckers für ungültig erklären zu lassen ... In einer solchen Situation kommt dem Willensvollstrecker ausnahmsweise Parteistellung zu» (E. 1.8). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>64</sup>

b) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_984 und 986/2018 vom 07.01.2020<sup>65</sup> = BGE 146 III 1 mit der *Rechtsstellung des Willensvollstreckers* im Rahmen

60 Vgl. MALLA (Fn. 57), N 173: «Hat der Erblasser etwa im Sinn einer Spezialexécution zivilrechtlich verbindlich angeordnet, der Willensvollstrecker habe sich lediglich um die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe zu kümmern, ist dieser weder dazu verpflichtet noch dazu berechtigt, sich mit Steuerfragen hinsichtlich des gesamten Nachlasses zu befassen».

61 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 133 ff., insbesondere N 165 ff.; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 29a.

62 Versehen mit den richtigen Informationen der Erben darf der Abwicklungs-Willensvollstrecker die Anlage-

strategie des Erblassers unberührt lassen, wenn es zu keiner Einigung unter den Erben kommt, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 166.

63 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4), S. 136 ff., wo weitere Details zu lesen sind.

64 Vgl. hinten, Fn. 66.

65 Vorinstanz: KGer. BL 400 18 58 vom 14.08.2018 = BJM 2019,351.



einer Ungültigkeitsklage befasst: «Wird die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung angefochten, ist der Willensvollstrecker passivlegitimiert ...» (E. 4.1). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>66</sup> Weiter heisst es: «Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts geht dahin, dass ein Urteil über eine Ungültigkeitsklage nur zwischen den Prozessparteien wirkt ... Von der Regel ... macht die Rechtsprechung dann eine Ausnahme, wenn der Gegenstand der angefochtenen Verfügung von Todes wegen eine *unteilbare Einheit* bildet ... Das von einem Erben gegen die Willensvollstrecker erstrittene Gerichtsurteil, mit dem die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung für ungültig erklärt wird, schliesst folglich ein Handeln der Willensvollstrecker nicht bloss gegenüber dem Kläger, sondern auch im Verhältnis zu allen anderen am Prozess nicht als Parteien beteiligten Erben und Bedachten aus» (E. 4.2.1–4.2.3). Dieses Urteil hat für Aufsehen gesorgt und ist sowohl auf Zustimmung<sup>67</sup> wie auch auf Ablehnung<sup>68</sup> gestossen. Eine erga-omnes-Wirkung ist bei der Ungültigkeitsklage ungewohnt.<sup>69</sup> Wie SEILER einleuchtend begründet, ist die Willensvollstreckung aber ein Sonderfall, indem diese als unteilbare Einheit behandelt werden muss, weil es sonst zu «unlösbaren Problemen in Bezug auf das Handeln des Willensvollstreckers gegenüber Dritten sowie in Bezug auf das Verhältnis des Willensvollstreckers zu den Erben»<sup>70</sup> käme. Dies ist umso mehr zu tolerieren,

als die erbrechtlichen Vermögensrechte der Erben nicht direkt betroffen sind, sondern nur ihre sekundären Rechte (Verwaltung und Verfügung über den Nachlass).<sup>71</sup> Nicht selbstverständlich ist sodann, dass die unteilbare Einheit auf der Klägerseite nicht zu einer notwendigen Streitgenossenschaft führt.<sup>72</sup> Die von SEILER angeführte Begründung, dass ansonsten gegen alle Miterben geklagt werden müsste und dies zwingend zur Beseitigung von weiteren Anordnungen in dieser Verfügung führen würde,<sup>73</sup> überzeugt nur teilweise. Zum einen muss auch bei einer notwendigen Streitgenossenschaft nur gegen diejenigen Miterben geklagt werden, welche sich der Klage weder anschliessen noch sich ihr unterziehen.<sup>74</sup> Und zum anderen führt das Geltendmachen einer Interessenkollision des Willensvollstreckers (was ein Hauptgrund für Ungültigkeitsklagen gegenüber einem Willensvollstrecker sein dürfte),<sup>75</sup> nicht zur Beschädigung von anderen Anordnungen in der letztwilligen Verfügung. Dennoch begrüsse ich das Ergebnis, dass jeder einzelne Erbe die Ungültigkeitsklage gegenüber dem Willensvollstrecker anheben kann, denn auch hier kann angeführt werden, dass es nur um Sekundärrechte der Erben geht und dass durch die Klage eines einzelnen Erben Klagen anderer Erben nicht beeinträchtigt werden.<sup>76</sup> HERZOG erwähnt daneben, dass sich die nicht am Prozess beteiligten Erben als Nebenintervenienten beteiligen und sich damit rechtliches

66 Vgl. etwa BGE 132 III 315; WOLF/GENNA (Fn. 42), S. 340 f.; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 482.

67 Vgl. HERZOG (Fn. 4), AJP 29 (2020) 638.

68 Vgl. ABT (Fn. 4), dRSK vom 31.03.2020; kritisch bereits DANIEL ABT, Der Willensvollstrecker aus der Sicht des Erben: «il buono, il brutto o il cattivo», AJP 27 (2018) 1319; weiter vgl. DANIEL ABT, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Praxis, Anwaltsrevue 2013, 267: «Damit hat das Urteil keine erga-omnes-Wirkung, sondern lediglich relative Wirkung, es besteht mithin Teilungültigkeit in personeller Hinsicht. Dies würde bedeuten, dass in Bezug auf den obsiegenden Kläger der Willensvollstrecker abgesetzt, in Bezug auf weitere Nachlassbeteiligte (wie Miterben, die sich am Streit nicht beteiligt haben, oder Dritte) jedoch weiterhin im Amt wäre».

69 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, successio 4 (2010) 170: «In allen Fällen hat der rechtskräftige Entscheid auf entsprechende Gestaltungsklage nur Wirkungen zwischen den Prozessparteien und nicht gegenüber Dritten, mithin keine sog. Erga-omnes-Wirkung».

70 BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Zürich 2017, N 320; ebenso schon THOMAS SUTTER-SOMM/MARCO CHEVALIER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, successio 1 (2007) 27; weiter vgl.

THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme, successio 8 (2014) 205.

71 Vgl. SEILER (Fn. 70), N 322.

72 So SUTTER-SOMM/SEILER (Fn. 70), successio 8 (2014) 205: «In konsequenter Anwendung der dargestellten Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Einsetzung eines Willensvollstreckers als «unteilbare Einheit» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufzufassen ist, womit von einer passiven (bzw. prozessrechtlich) notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen ist. Die Ungültigkeitsklage muss in diesem Fall also sowohl gegen den Willensvollstrecker als auch gegen alle übrigen, nicht bereits als Kläger teilnehmenden Miterben sowie allfällige Vermächtnisnehmer gerichtet werden, andernfalls die Klage mangels Sachlegitimation abzulehnen ist, soweit sie die Einsetzung des Willensvollstreckers betrifft».

73 Vgl. SEILER (Fn. 70), N 324.

74 Vgl. SEILER (Fn. 70), N 240: In Fällen der unteilbaren Einheit besteht grundsätzlich eine notwendige Streitgenossenschaft, was bedeutet, dass «alle Beteiligten am Prozess auf der Aktiv- oder Passivseite teilnehmen müssen».

75 Vgl. SUTTER-SOMM/CHEVALIER (Fn. 70), successio 1 (2007) 27.

76 Vgl. SEILER (Fn. 70), N 324 und 325.

Gehör verschaffen können.<sup>77</sup> Ob dies auch für Vermächtnisnehmer zutrifft, insbesondere ob sie ein genügendes Interesse dafür haben, wird teilweise bezweifelt,<sup>78</sup> ist m.E. aber klar zu bejahen.<sup>79</sup>

## J. Erbschaftsverwalter (Art. 554 und 556 ZGB)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_70/2020 vom 18.06.2020 zur *Suspendierung* des Willensvollstreckers während einer Erbschaftsverwaltung ausgeführt: «L'administration d'office constitue ainsi une institution sui generis de droit privé. Aussi longtemps qu'elle existe, les droits d'administration des héritiers, comme ceux d'un éventuel exécuteur testamentaire, sont suspendus ...» (E. 4). Diese Einschränkung gilt selbst dann, wenn der Willensvollstrecker selbst mit der Erbschaftsverwaltung beauftragt wird.<sup>80</sup>

b) Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF180094 vom 28.03.2019 ausgeführt: «Hat der Erblasser einen Willensvollstrecker bezeichnet, so ist diesem die Erbschaftsverwaltung zu übergeben (Art. 554 Abs. 2 ZGB). Dieser Anspruch besteht im Grundsatz auch dann, wenn die testamentarische Verfügung nach Ansicht der Behörde anfechtbar ist oder die *Ungültigkeitsklage* gegen das Testament bereits erhoben wurde» (E. 3.1). Dies entspricht der herrschenden Lehre und kantonalen Rechtsprechung, wurde vom Bundesgericht aber bisher offengelassen.<sup>81</sup>

Das Obergericht Zürich hat im gleichen Urteil ausgeführt: «Nach Art. 556 Abs. 3 ZGB hat die Testamentseröffnungsbehörde nach Einlieferung einer letztwilligen Verfügung *entweder die Erbschaft einstweilen den gesetzlichen Erben zu überlassen oder die Erbschaftsverwaltung anzuordnen*» (E. 2.2). M.E. erfasst diese Beschreibung den Fall nicht, dass

ein Willensvollstrecker vorhanden und diesem die Erbschaft ausgeliefert wird, denn dann ist ebenfalls kein Erbschaftsverwalter nach 556 Abs. 3 ZGB mehr einzusetzen.<sup>82</sup>

Im gleichen Entscheid wird zudem ausgeführt, dass der Willensvollstrecker nicht berechtigt ist, «gegen die Anordnung der Erbschaftsverwaltung ein *Rechtsmittel* einzulegen (vgl. ... BK ZGB II-KÜNZLE, Art. 517–518 N 102 und N 493) ... Der Berufungskläger kann hingegen die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters anfechten, weil seine Stellung als Willensvollstrecker betroffen ist» (E. 2.2). M.E. wird der Willensvollstrecker schon durch die Anordnung der Erbschaftsverwaltung verdrängt und er kann schon dagegen Beschwerde erheben. Das Zitat meines Kommentars im Urteil ist insofern unzutreffend, als dort nur der Regelfall beschrieben wird, in welchem der Willensvollstrecker von Sicherungsmassnahmen nicht betroffen ist, während er im vorliegenden Fall aber betroffen ist.

c) Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF190030 vom 19.06.2019 zur Übergabe der Erbschaftsverwaltung an den Willensvollstrecker ausgeführt: «Hat der Erblasser einen Willensvollstrecker bezeichnet, so ist diesem die Erbschaftsverwaltung zu übergeben (Art. 554 Abs. 2 ZGB) ... Dass dem Berufungsbeklagten die für das Amt des Erbschaftsverwalters erforderlichen Fähigkeiten fehlen würden, macht der Berufungskläger nicht geltend. Er zweifelt an der *Vertrauenswürdigkeit* des Berufungsbeklagten ...» (E. 3.2–3.3). Dabei liess das Obergericht 10 Jahre zurückliegende Schreiben an Drittpersonen, welche der Willensvollstrecker im Auftrag der Erblasserin verfasst hatte, nicht als Begründung zu. «Zudem ... sei eine *Interessenkollision* darin zu erblicken, dass der Berufungsbeklagte die Partikularinteressen der beiden Erbinnen vertrete ... und

77 Vgl. HERZOG (Fn. 4), AJP 29 (2020) 641.

78 Vgl. NICOLAI BRUGGER/SHQIPE BEHLULI, Passivlegitimation bei der Ungültigkeitsklage in Bezug auf die Einsetzung eines Willensvollstreckers, iusNet ErbR 25.2. 2020; HERZOG (Fn. 4), AJP 29 (2020) 641, bejaht das Interesse nur für Quotenvermächtnisnehmer.

79 Das sieht man u.a. daran, dass die Vermächtnisnehmer zur Aufsichtsbeschwerde befugt sind (BK-KÜNZLE [Fn. 15], Art. 517–518 ZGB N 519) und dass die Ausrichtung von Vermächtnissen eine wichtige Aufgabe des Willensvollstreckers ist (BK-KÜNZLE [Fn. 15], Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 7), welche mit der durch die Erbrechtsrevision (Reduzierung der Pflichtteile) zunehmenden Verfügungsfreiheit noch an Bedeutung gewinnen wird.

80 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 99.

81 BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 554 N 26.

82 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517-518 ZGB N 121; ANDREAS VON ERLACH/MICHAEL LÜDI, Die Einsprache gegen Ausstellung des Erbscheins als taugliches Mittel für die Anordnung der Erbschaftsverwaltung und (zwischenzeitliche) Absetzung des Willensvollstreckers?, *successio* 14 (2020) 375: «Es ist somit vorauszusetzen, dass bei Einsprachen gegen die Ausstellung des Erbscheins nur dann die Erbschaftsverwaltung angeordnet wird, wenn konkrete Gründe (für eine Gefährdung) zumindest glaubhaft gemacht werden. Ist ein Willensvollstrecker eingesetzt, dürften die Anforderungen dazu noch höher sein»; ähnlich auch OGer. ZH LF190067 vom 16.12.2019 E. 2.2: «Die Anordnung der Erbschaftsverwaltung erübrigt sich normalerweise jedoch, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist, der das Amt angenommen hat ... Dies gilt jedoch nur, solange beim Willensvollstrecker kein Interessenkonflikt besteht».



Zustellempfänger der eingesetzten Erbin (D.) sei» (E. 3.3). Auch dieses Vorbringen konnte nicht bewiesen werden. Dieser Fall zeigt, dass ernsthafte Gründe vorliegen müssen, um den Anspruch des Willensvollstreckers, als Erbschaftsverwalter bestellt zu werden, zu beseitigen, wobei in der Praxis Interessenkonflikte im Vordergrund stehen.<sup>83</sup>

### K. Erbbescheinigung (Art. 559 ZGB)

a) Das Kantonsgericht Waadt hat sich im Urteil HC/2019/849 vom 13.09.2019 zum *Interesse des Willensvollstreckers an der Erbbescheinigung* ausgesprochen: «En l'espèce, le recours a été formé en temps utile par l'exécuteur testamentaire, qui a qualité pour agir au nom de la succession ... et a un intérêt juridiquement protégé à remettre en cause la décision entreprise, soit le contenu du certificat d'héritier. Il est dès lors recevable» (E. 1.2). Diese Ansicht teile ich nicht. Meines Erachtens gehört es nicht zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, sich darum zu kümmern, welcher Erbe auf der Erbbescheinigung aufgeführt ist, er ist zu Rechtsmitteln nur dann berechtigt, wenn er selber betroffen ist, wenn es etwa um seine eigene Erwähnung auf der Erbbescheinigung geht.<sup>84</sup>

b) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2020/123 vom 23.01.2020 zum *Handeln von einem von mehreren Willensvollstreckern* ausgeführt: «Il ressort du dossier que deux exécuteurs testamentaires ont été désignés par la de cuius et que ceux-ci doivent agir conjointement. Selon la doctrine, chaque exécuteur testamentaire peut toutefois agir seul en justice pour faire exécuter les décisions des exécuteurs testamentaires prises ensemble ... Me G. a ainsi non seulement un intérêt à recourir pour contester les frais mis à la charge de la succession ... mais il peut également le faire seul, étant toutefois précisé que l'autre exécuteur testamentaire, interpellé durant la procédure de deuxième instance, a approuvé le recours» (E. 1.2). Es entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, dass die Handlungen eines Willensvollstreckers vom zweiten Willensvollstreckern genehmigt werden können.<sup>85</sup>

c) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2020/127 vom 23.01.2020 zu den *Kosten der Erbbescheinigung* ausgeführt: «Le recourant estime que les frais relatifs à la délivrance du certificat d'héritier ont été fixés en violation de l'art. 45 al. 1 TFJC. Il requiert que ces frais, arrêtés à 10000 fr., soient ramenés à 5290 francs ... A cet égard, il conteste uniquement le taux utilisé, invoquant l'application du taux de 0,5‰ en lieu et place du taux de 1‰ et requiert que ces frais, arrêtés à 19331 fr., soient ramenés à un montant de 3500 francs» (E. 3.1). Da es zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehört, die Kosten der Erbbescheinigung aus dem Nachlass zu bezahlen,<sup>86</sup> steht es ihm auch zu, gegen überhöhte Kosten Rechtsmittel zu ergreifen.<sup>87</sup>

### L. Öffentliches Inventar (580 ff. ZGB)

EIGENMANN führt in der Anwaltsrevue aus, dass der Willensvollstreckers *kein öffentliches Inventar verlangen* kann: «A contrario, les légataires, l'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel, ou tout autre tiers n'ont pas la faculté de requérir le bénéfice d'inventaire».<sup>88</sup> Das sehe ich genauso.<sup>89</sup>

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

a) Das Kantonsgericht Graubünden hat im Urteil ZK1 19 45 vom 14.11.2019 zum *Aufsichtsverfahren* ausgeführt, dass der Einzelrichter am Regionalgericht zur Aufsicht über den Willensvollstreckers zuständig sei (Art. 83 GR-EGZGB – E. 1.1), die ZPO als subsidiäres kantonales Recht angewendet werde (E. 1.2) und als Rechtsmittel die Berufung/Beschwerde nach Art. 308 ff./319 ff. ZPO an das Kantonsgericht (I. Zivilkammer nach Art. 6 Abs. 1 lit. a KGV) zur Verfügung stehe (E. 1.3) sowie ein Antrag für eine aufschiebende Wirkung nicht notwendig sei, weil sich diese aus dem Gesetz (Art. 315 ZPO) ergebe (E. 1.4). Diese Aussagen bestätigen die herrschende Lehre und Rechtsprechung.<sup>90</sup>

83 Vgl. dazu BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 554 ZGB N 25.

84 Vgl. TC VD JdT 130 (1982) III 66 (Nichtauslieferung der Erbbescheinigung nach Ablauf der Frist zur Einreichung der Ungültigkeitsklage); BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 48.

85 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 92; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 13;

PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 37), Art. 518 ZGB N 18; CR-PILLER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 154.

86 Vgl. CR-PILLER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 160 (les dettes de la succession).

87 Zu eigenen Betroffenheit vgl. vorne, Fn. 84.

88 EIGENMANN (Fn. 4), Anwaltsrevue 2020, 57 Fn. 27.

89 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 106.

90 Zum Aufsichtsverfahren vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstreckers, in: Festschr. für Thomas Sutter-Somm, hrsg. v. Roland Fankhauser et al., Zürich 2016, S. 941 ff.

b) Das Obergericht Thurgau führte im Urteil ZBR.2017.23 vom 24.04.2018<sup>91</sup> zu *Noven im Aufsichtsverfahren* aus: «Auch hinsichtlich der im Schreiben an die Aufsichtsbehörde über die Willensvollstrecker enthaltenen Ausführungen fehlt es an einer ausreichend substantiierten Begründung mit Bezug auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Novenrechts gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO» (E. 4 c aa). Noven sind im Berufungsverfahren nur zugelassen, wenn sich Tatsachen erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben oder diese unverschuldet erst danach bekannt geworden sind.<sup>92</sup>

c) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil *Réc-civile/2019/20* vom 07.06. 2019 zur Verschiebung der Zuständigkeit wegen möglicher *Befangenheit der Aufsichtsbehörde* ausgeführt: «vu le courrier du 20 mai 2019, par lequel la Première Juge de paix du district précité a demandé la récusation de son office en corps au motif que P. y occupe la fonction de juge assesseur ... qu'il est possible qu'un rapport d'amitié ou d'inimitié ait pu naître des relations professionnelles entre P. et les magistrats appelés à rendre des décisions à la suite du décès de S. ... qu'afin de garantir l'impartialité de l'autorité appelée à traiter la succession de feu S., la demande de récusation présentée par la Première Juge de paix du district de La Broye-Vully doit être admise». Es dürfte eher selten vorkommen, dass die Aufsichtsbehörde in den Ausstand tritt (Art. 48 ZPO), weil ein Berufskollege wegen kollegialer Verbundenheit (Art. 47 lit. f ZPO) befangen sein könnte.<sup>93</sup>

d) Der Gemeinderat Oberägeri (Kanton Zug) hat es im Verfahren E3.2/270156 mit Urteil vom 24.06. 2019 abgelehnt, von einem Willensvollstrecker nach Beendigung seines Amtes die *Aktenherausgabe an einen Ersatzwillensvollstrecker* zu verlangen mit der Begründung, dass die Aufsicht mit der Beendigung seines Amtes aufgehört habe<sup>94</sup> und der Ersatzwillensvollstrecker zivilrechtliche Klagen nach

Auftrags- und Datenschutzrecht geltend machen könne.<sup>95</sup> Der von der Aufsichtsbehörde zitierte BREITSCHMID (Fn. 95) erwähnt an der angegebenen Stelle auch, dass ein bereits ergangenes Urteil der Aufsichtsbehörde zur Herausgabe von Nachlassgütern und zur Abgabe des Schlussberichts auch nach Beendigung des Amtes noch vollstreckt werden könne.<sup>96</sup> Das zeigt, dass der Willensvollstrecker *nachwirkende Pflichten* zu erfüllen hat und diese können m.E. (ausnahmsweise) – was aber in der Literatur und Rechtsprechung leider nirgends festgehalten wird<sup>97</sup> – Gegenstand eines Aufsichtsverfahrens sein. Zu diesen nachwirkenden Pflichten gehören: dringende Verwaltungshandlungen, Rückgabe von Erbgut, Auskunft- und Informationspflichten, Herausgabe bzw. Archivierung von Nachlassakten.<sup>98</sup>

e) GILLARD macht einige Ausführungen zur Beurteilung von *Interessenkollisionen*: «l'existence dudit conflit en la personne désignée n'est pas en tant que telle un motif d'exclusion (annulation de la disposition testamentaire) ou de révocation, comme semble par exemple l'affirmer KÜNZLE».<sup>99</sup> Es ist nicht verboten, konfliktbeladene Personen als Willensvollstrecker einzusetzen, es geht nur allzu häufig schief und ist daher nicht zu empfehlen.

## N. Erbschaftsliquidation (Art. 595 ZGB)

MOOSER führte aus, dass *Notare als Willensvollstrecker keine Sonderbehandlung bei den Honoraren* im Rahmen einer Erbschaftsliquidation erfahren: «L'indemnité due à l'exécuteur testamentaire est une dette de la succession ... la succession est liquidée par l'office des faillites ... l'indemnité due à l'exécuteur pourrait ne pas être couverte. Lorsque le de cujus a désigné le notaire en qualité d'exécuteur testamentaire, il me semble douteux que l'on puisse

91 Vgl. auch RBOG 2018 Nr. 7; obere Instanz: BGer. 5A\_767/2018 vom 01.07.2019 (Beschwerde abgewiesen).

92 Vgl. MARTIN STERCHI, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150–352 und 400–406 ZPO, Bern 2012, Art. 317 ZPO N 4 und 7.

93 Vgl. dazu DAVID RÜETSCHI, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 47 ZPO N 55 ff. und Art. 48 ZPO N 13.

94 Ebenso PETER BREITSCHMID, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 247: «Nicht mehr aufsichtsrechtlich legitimiert ist der Willensvollstrecker nach Abschluss des Mandats».

95 Das Gericht verweist auf BREITSCHMID (Fn. 94), S. 247 Fn. 34, wo erwähnt wird, dass möglicherweise ein zivilrechtliches Verfahren zum Rechtsschutz in klaren Fällen angewendet werden könne.

96 Zu diesem Fall vgl. PKG 2003 Nr. 34 Erw. 2: «Der für die Aufsicht über den Willensvollstrecker zuständige Kreispräsident ist berechtigt, die Beendigung der Willensvollstreckung festzustellen und die daraus sich ergebenden Anordnungen (Vorlegung Schlussbericht, Herausgabe Nachlassakten, Übertragung Nachlassvermögen) zu treffen».

97 PETER BREITSCHMID vertritt auf Anfrage ebenfalls diese Ansicht.

98 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 381.

99 GILLARD (Fn. 4), N 113.



admettre que l'indemnité puisse être due par les héritiers répudiants ..., en se fondant sur la législation sur le notariat, du fait que la tâche d'exécuteur n'est pas imposée par la loi. La personne désignée n'aura d'autre choix, si elle veut éviter le risque que son activité ne soit pas rémunérée, que de refuser le mandat». <sup>100</sup> Dies entspricht der herrschenden Lehre. <sup>101</sup>

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

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_30/2020 vom 06.05.2020 festgehalten, dass die *Pflicht zum Einholen von Informationen bei den Erben begrenzt* ist: «Le recours a pour objet une demande en reddition de comptes, respectivement une demande de renseignements, formulée par un exécuteur testamentaire au sujet d'un trust constitué par la défunte ... l'exécuteur testamentaire ... ou l'autorité de partage ont aussi la faculté de réclamer les informations nécessaires à la réalisation de leurs tâches ... L'exécuteur testamentaire n'a cependant pas le pouvoir général d'agir comme représentant du défunt. Sa mission consiste uniquement à exécuter la volonté du défunt manifestée dans une disposition pour cause de mort ... excluant toutes les autres manifestations de volonté du défunt» (E. 3). Es gehört zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, die Erben auf mögliche Herabsetzungen oder Ausgleichungen hinzuweisen, nicht aber diese durchzusetzen bzw. die dazu notwendigen Informationen beizubringen (wie Zuwendungen zur Errichtung eines Trusts durch den Erblasser). <sup>102</sup> Darüber ist sich die Lehre – trotz teilweise unterschiedlicher Formulierungen – immer mehr einig. <sup>103</sup> In der 2019 erschienenen 6. Auflage des Basler Kommentars wird neu erwähnt, man könne es «insbesondere anwaltlich vertretenen

Erben überlassen, rechtliche Schlüsse daraus zu ziehen». <sup>104</sup> Den übrigen Erben sollte der Willensvollstrecker den Beizug eines Rechtsberaters empfehlen.

b) Zum *Berufsgeheimnis* führt GILLARD aus: «son devoir de sauvegarder de manière impartiale les intérêts des héritiers en qualité d'exécuteur, notamment son devoir d'information, peut en premier lieu le mettre en position d'avoir à abandonner son secret professionnel, secret dont il peut être libéré par son autorité de surveillance et elle seule; cet élément doit à n'en point douter être communiqué au de jure si l'éventualité de la désignation de l'avocat se pose». <sup>105</sup> Leider sind die kantonalen Regeln betreffend die Aufhebung des Berufsgeheimnisses von Rechtsanwälten uneinheitlich. <sup>106</sup> Die für den Kanton Zürich geltende Regel, wonach Rechtsanwälte keine Befreiung vom Berufsgeheimnis benötigen, um die Vorstellungen des Erblassers bezüglich der Erbteilung zum Durchbruch zu verhelfen, <sup>107</sup> sollte in allen Kantonen angewendet werden (dürfen). Daneben steht es einem Anwalt (und Willensvollstrecker) m.E. nicht zu, von sich aus (freiwillig) den Antrag auf Befreiung von der Geheimhaltungspflicht zu stellen.

### P. Ende (–)

a) Das Kantonsgericht Schwyz hat sich im Urteil ZK2 2019 37 vom 06.08.2019 mit der *Anfechtung der Niederlegung des Willensvollstreckeramtes* befasst: «Sinnemäss beantragt die Berufungsführerin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, indem sie ... ausführt, ihre Mandatsniederlegung sei auf massiven Druck seitens der heutigen Erbschaftsverwalterin hin erfolgt und leide somit an einem Willensmangel» (E. 3a). Weiter heisst es: «Die Tätigkeit des Willensvollstreckers wird unter anderem ... mit einer ... Kündigung ... beendet. Die Kündigung ist ... an die zuständige kantonale Behörde zu richten ... In analoger Anwendung des Auftragsrechts ... bedarf die Kündigung keiner Begründung. Sie ist formfrei sowie bedingungsfeind-

<sup>100</sup> MOOSER (Fn. 4), N 86-87.

<sup>101</sup> Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 595 ZGB N 13; MICHAEL NONN, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 595 ZGB N 14.

<sup>102</sup> Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 225, mit Verweis auf BGE 90 II 365: «Der Willensvollstrecker ist verpflichtet, die Erben über die für die Bestimmung ihrer Erbansprüche wesentlichen Tatsachen, soweit er dazu in der Lage ist, aufzuklären und sie auf die ihnen gegebenen Klagemöglichkeiten hinzuweisen».

<sup>103</sup> Enger sehen das insbesondere immer noch PraxKommCHRIST/EICHNER (Fn. 37), Art. 518 ZGB N 34, welche sich in ihrer Begründung immer noch am (überholten) Bild der Abwicklung des Nachlasses nach den Vorstellungen des Erblassers orientieren, obwohl heute klar ist, dass der Willensvollstrecker die (frei entscheidenden) Erben bei der Erbteilung (neutral) unterstützen soll, was die Autoren in Art. 517 ZGB N 2 selbst zugeben.

<sup>104</sup> BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB 17.

<sup>105</sup> GILLARD (Fn. 4), N 180.

<sup>106</sup> Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 132, mit Verweis auf FRANÇOIS BIANCHI, Demandes de renseignements dans le cadre d'une succession: l'avocat et le notaire peuvent ils opposer leur secret professionnel?, Not@lex 2012, 92.

<sup>107</sup> Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 14 (2020) 33; KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 132; KÜNZLE (Fn. 1), successio 6 (2012) 258.

lich ... Die Kündigung ist als rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht grundsätzlich endgültig und kann nachträglich nicht widerrufen werden .... Der Grundsatz der Unwiderruflichkeit ... erleidet Ausnahmen ... So kann eine solche Erklärung analog der Regel von Art. 9 OR zurückgenommen werden oder wegen Verstosses gegen Treu und Glauben ungültig sein. Möglich ist ferner, dass die Erklärung wegen eines Willensmangels unwirksam ist ... Die gesetzlichen Regeln über die Willensmängel finden auch auf einseitige Rechtsgeschäfte Anwendung ... Die zuständige Behörde ... steht es ... nicht zu, sich über materiellrechtliche Fragen auszusprechen ... handelt es sich bei der Feststellung des Bestandes des Willensvollstreckermandates um eine materiellrechtliche Frage, die vom Zivilrichter ... zu beantworten ist». Wie im letztjährigen Bericht ausgeführt, genügt eine Information der Erben über die Beendigung des Mandats durch die Aufsichtsbehörde, eine Verfügung ist weder notwendig noch zulässig,<sup>108</sup> denn das Ende der Willensvollstreckung kann nur durch den Richter festgestellt werden.<sup>109</sup>

b) BORNHAUSER befasst sich mit der Konfliktsituation, dass die Erben den Willensvollstrecker abschütteln wollen und (ohne seine Mitwirkung) einen Teilungsvertrag abschliessen (allenfalls auch nur, indem sie die Fortsetzung der Gemeinschaft als Einfache Gesellschaft statt als Erbengemeinschaft beschliessen). Dies führt «(selbst bei einer Realteilung) nicht automatisch zur Beendigung der Willensvollstreckung ... Es gilt jedoch zu bedenken, ... dass der Nachlass blockiert wird, wenn sich der Willensvollstrecker weigert, den ... Erbteilungsvertrag zu vollziehen ...».<sup>110</sup> Da aufsichtsrechtliche Beschwerden kaum geeignet sind, die verfahrenre Situation zu lösen,<sup>111</sup> kommt BORNHAUSER zu Recht zum Schluss, dass «ein friedlicher Kompromiss für alle Beteiligten die beste Lösung darstellt».<sup>112</sup>

## Q. Besitz (Art. 919 ff. ZGB)

Das Obergericht Zürich hat im Urteil SB1900010 vom 11.05.2019 zum Besitz des Willensvollstreckers (Zugang der Erben zur Wohnung des Erblassers) ausgeführt: «...es sei im Sinne von Art. 186 StGB zum Betreten einer Örtlichkeit berechtigt, wer die

rechtmässige Verfügungsgewalt über die Räume aus einem dinglichen oder obligatorischen Recht ableiten könne. Der Beschuldigte sei nicht alleine und exklusiv, sondern nur als Teil der Erbengemeinschaft und damit als gesamthänderischer Eigentümer an der fraglichen Wohnung berechtigt gewesen. Um als Teil der Erbengemeinschaft handeln zu dürfen, bedürfe es der Zustimmung sämtlicher Erben. Da die Privatklägerin zur Erbengemeinschaft gehöre und mit dem Betreten der Wohnung nicht einverstanden gewesen sei, fehle es an der nötigen Zustimmung aller, damit der Beschuldigte die Wohnung hätte betreten dürfen. Dies gelte umso mehr, als der Erblasser einen Willensvollstrecker eingesetzt habe, der im Zeitpunkt des Vorfalls noch geamtet habe. Die Rechte des Willensvollstreckers im Rahmen der Verwaltung der Erbmasse und der Erbteilung stünden diesem exklusiv zu, weshalb den Erben die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an der Erbmasse insoweit vollständig entzogen sei. Der Willensvollstrecker habe vorliegend von der Besichtigung der 3½-Zimmerwohnung keine Kenntnis gehabt und diese auch nicht bewilligt» (E. 3). Diese Ausführungen sind an sich richtig. In der Praxis wird m.E. häufig übersehen, dass der Willensvollstrecker den Besitz nur soweit beanspruchen sollte, als dies zur Führung seines Mandates auch wirklich notwendig ist.<sup>113</sup> Er kann den (unmittelbaren) Besitz (nach Aufnahme des Inventars) wenn möglich (übereinstimmend) den Erben überlassen, damit sie zum Beispiel ein Ferienhaus wieder benützen oder den Hausrat einvernehmlich unter sich aufteilen können.

## R. Meldepflicht (Art. 697i OR)

GERICKE/KUHN äussern sich zur *Meldepflicht des Willensvollstreckers nach Art. 697j OR*: «Wurde sodann durch den Erblasser ein Willensvollstrecker eingesetzt, entsteht die Meldepflicht erst, wenn dieser sein Amt angetreten hat. Der Willensvollstrecker hat zwar als Teil seiner Pflicht, die Erbschaft zu verwalten (Art. 518 Abs. 2 ZGB), die Meldepflicht für die Erben wahrzunehmen»<sup>114</sup> Damit übernehmen sie – ohne weitere Begründung – die schon früher geäusserte Meinung und erwähnen zwar, dass ich eine abweichende Meinung vertrete,<sup>115</sup> setzen sich damit aber nicht näher auseinander. Nachdem

108 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 14 (2020) 25.

109 Vgl. Kantonsgericht Schwyz ZK2 2017 55–56 vom 18.12.2017; KÜNZLE (Fn. 1), successio 14 (2020) 30 f.

110 BORNHAUSER (Fn. 4), S. 258.

111 Vgl. BORNHAUSER (Fn. 4), S. 259 ff.

112 BORNHAUSER (Fn. 4), S. 268.

113 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 81: «Soweit notwendig, kann der Willensvollstrecker auch den unmittelbaren Besitz beanspruchen ...».

114 Vgl. GERICKE/KUHN (Fn. 4), AJP 28 (2019) 1287.

115 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 6.



der Zweck dieser Meldung Transparenz ist,<sup>116</sup> kann diese nur verbessert werden, wenn man Vor- und Nachname sowie Adresse des Übernehmers in der Erbteilung meldet, nicht aber, dass die «Erbengemeinschaft» des bereits bekannten Erblassers neuer Eigentümer sei. Deshalb bleibe ich bei der Ansicht, dass die Meldepflicht erst im Zeitpunkt der Erbteilung (und nicht schon des Erbgangs) entsteht.

### S. Internationales Privatrecht (IPRG)

a) Der Bundesrat hat am 13.03.2020 den Entwurf zur Revision von Art. 86–96 IPRG publiziert (E-IPRG).<sup>117</sup> In Art. 92 Abs. 2 E-IPRG heisst es: «... Diesem Recht unterstehen namentlich die sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung, mit Einschluss der verfahrensrechtlichen Aspekte der Willensvollstreckung oder Nachlassverwaltung, sowie die Frage der Berechtigung des Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber».<sup>118</sup> Es besteht in der Lehre Einigkeit, dass der heutige Art. 92 IPRG zu weit gefasst ist und (hauptsächlich) die verfahrensrechtlichen Aspekte dem Eröffnungsstatut unterstellt werden sollen.<sup>119</sup> Mit dem Zusatz «oder Nachlassverwaltung» soll insbesondere der administrator des common law (vom Gericht eingesetzter Vollstrecker) erfasst werden.<sup>120</sup> Ebenfalls dem Eröffnungsstatut unterstellt wird die Berechtigung des Vollstreckers mit dem Ziel, die Kompetenzen eines ausländischen Vollstreckers den inländischen Verhältnissen anpassen zu können.<sup>121</sup> Dies halte ich nicht für die beste Lösung: Wie das Bundesgericht inzwischen im Urteil 4A\_488/2018 vom 10.05.2019 festgestellt hat, ist das in der Botschaft anvisierte Konzept der Erbschafts-

liquidation<sup>122</sup> für die ausländischen Vollstrecker nicht geeignet.<sup>123</sup> Ich hätte es bevorzugt, die Kompetenzen ähnlich wie in der EU-Erbrechtsverordnung dem Erbstatut zu unterstellen und an den länderspezifischen Umfang anzupassen (vgl. Art. 23 lit. f und Art. 29 Abs. 2 und 3 EuErbVO).

b) In der Praxis bin ich auf folgenden Fall des Testaments einer zuletzt in Lugano wohnhaften niederländischen Staatsangehörigen gestossen, in welchem ein *Vollstreckerausweis zur Verwendung in der Schweiz und in Deutschland* erstellt werden soll. Das Testament lautet wie folgt:<sup>124</sup> (1) Ich wähle für die Grundstücke und Gesellschaften in Stuttgart deutsches Recht. Für den restlichen Nachlass wähle ich soweit zulässig deutsches Recht (sc. Vermögen, welches ihr der verstorbene deutsche Ehemann hinterlassen hat). (2) Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Das Amt des Testamentsvollstreckers endet mit der Vollendung des 75. Lebensjahres. (3) Sollte eine Vakanz entstehen, hat der Präsident des OLG Stuttgart einen Ersatz-Testamentsvollstrecker zu benennen. (4) Testamentsvollstreckung wird für die Vor- und Nacherbschaft angeordnet und sie dauert 10 Jahre. (5) Für die Erben gilt Dauervollstreckung bis zur Vollendung von deren 30. Lebensjahr. (6) Der Testamentsvollstrecker ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. (7) Die Erben haben dem Testamentsvollstrecker für die Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse Vollmacht zu den erforderlichen Erklärungen zu erteilen. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet der Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter endgültig. (8) Zahlungen aus meinen Beteiligungen muss der Testamentsvollstrecker vorrangig zur Tilgung von Schulden verwenden. Die Grundstücke sind in guten Zustand zu halten und dürfen weder belastet noch verkauft werden. Der Testamentsvollstrecker hat den Gegenstand bis zur Vollendung zu verwalten.

(aa) Aus der *Sicht der schweizerischen Behörden und Gerichte* ist zur *Zuständigkeit* folgendes zu sagen: Die *Zuständigkeit* ist am letzten Wohnsitz der Erblasserin in Lugano gegeben (Art. 86 Abs. 1 IPRG).<sup>125</sup> Eine direkte ausländische *Zuständig-*

116 Vgl. STEPHAN DEKKER, in: Kommentar Aktienrecht, Zürich 2016, Art. 697j OR N 1: «OR 697j zielt darauf ab, die missbräuchliche Verwendung von «Strohmannaktionären» zu unterbinden. Das Gesetz verlangt deshalb die Offenlegung des hinter dem Aktionär, Erwerber oder Halter stehenden wirtschaftlich Berechtigten.»

117 Vgl. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), Änderung vom ... (zit. Entwurf), BBl. 2020, 3353.

118 Entwurf (Fn. 117), BBl. 2020, 3355.

119 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, hrsg. v. Markus Müller-Chen et al., 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-KÜNZLE), Art. 92 IPRG N 29.

120 Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Erbrecht), BBl. 2020, 3335.

121 Vgl. Botschaft (Fn. 120), BBl. 2020, 3336.

122 Vgl. Botschaft (Fn. 120), BBl. 2020, 3335.

123 Zustimmend KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 14 (2020) 36 f.

124 Die Angaben wurden etwas verfremdet, weil noch ein Gerichtsverfahren hängig ist.

125 Vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 119), Art. 86 IPRG N 2; auch die landesinterne Regelung in Art. 28 ZPO verweist für erbrechtliche Klagen (Abs. 1) und Massnahmen (Abs. 2) auf den letzten Wohnsitz des Erblassers, vgl. dazu ANNETTE SPYCHER, in: Berner Kommentar Schweizerische



keitswahl ist im Testament nicht erfolgt. Eine indirekte ausländische Zuständigkeitswahl (durch die Wahl des deutschen Rechts) ist erfolgt, aber sie ist ungültig, weil nur das niederländische Heimatrecht gewählt werden könnte (Art. 90 Abs. 2 IPRG).<sup>126</sup> Eine Teilzuständigkeitswahl für ausländische Grundstücke ist im Entwurf (Art. 88b Abs. 2 E-IPRG)<sup>127</sup> vorgesehen, aber noch nicht in Kraft. Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass der Pretore von Lugano zuständig ist, einen Willensvollstrecker ausweis auszustellen.

(bb) Wenn in diesem Nachlass beim Amtsgericht in Stuttgart der Antrag auf Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (für die Verwendung in Deutschland) gestellt wird, ist die Frage der *Zuständigkeit aus der Sicht des deutschen Richters* zu prüfen: Grundsätzlich ist (ebenfalls) der Pretore von Lugano zuständig, weil Art. 4 EuErbVO auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers abstellt,<sup>128</sup> welcher in Lugano war.<sup>129</sup> Subsidiär kann sich das Amtsgericht Stuttgart auf den Ort der gelegenen Sache (Grundstücke und Gesellschaftsanteile) stützen (Art. 10 Abs. 2 EuErbVO).<sup>130</sup> Die Frage, ob Deutschland auf eine Zuständigkeit verzichtet, weil ein gleiches Verfahren im Ausland bereits rechtsabhängig ist, wird von EuErbVO nicht geregelt<sup>131</sup> und ist in Rechtsprechung nicht geklärt.<sup>132</sup> Beim Testa-

mentsvollstreckerzeugnis kommt allerdings hinzu, dass Deutschland den schweizerischen Willensvollstrecker ausweis nicht anerkennt<sup>133</sup> und somit ein Fremdrechts-Testamentsvollstreckerzeugnis ausgestellt werden muss, wofür es nach innerstaatlichen Regeln eine Zuständigkeit am letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gibt (Art. 343 Abs. 2 FamFG), welcher – vor der Auswanderung in die Schweiz – in Stuttgart war. Nach DUTTA wird diese Zuständigkeit allerdings durch Art. 4 ff. EuErbVO gesperrt.<sup>134</sup>

(cc) Zum *anwendbaren Recht aus Schweizer Sicht*: Der Erbgang wird mit dem Tod des Erblassers (Art. 537 Abs. 1 ZGB) an dessen letztem Wohnsitz in der Schweiz eröffnet (Art. 538 Abs. 1 ZGB), was eine frühere Rechtshängigkeit an einem anderen Ort ausschliesst.<sup>135</sup> Der Willensvollstrecker ausweis gehört (nach geltendem und neuem Recht) zum Eröffnungsstatut (schweizerisches Erbrecht),<sup>136</sup> welches eine Rechtswahl ausschliesst (Art. 92 Abs. 2 IPRG).<sup>137</sup> Auf den Nachlass ist wegen des Wohnsitzes der Erblasserin in Lugano ebenfalls schweizeri-

Zivilprozessordnung, Band 1: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012, Art. 28 ZPO N 24 ff.

126 Vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 119), Art. 90 IPRG N 25.

127 Vgl. Entwurf (Fn. 117), BBl. 2020, 3354: Art. 88b Abs. 1 IPRG: «Die Zuständigkeit nach den Artikeln 86–88 ist zudem ausgeschlossen, soweit der Erblasser ein im Ausland gelegenes Grundstück durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag der Zuständigkeit des Lagestaates unterstellt hat und dessen Behörden sich damit befassen».

128 Vgl. ANATOL DUTTA, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 12. Internationales Privatrecht I: Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–26), 8. A., München 2020 (zit. MünchKomm-DUTTA), vor Art. 4 EuErbVO N 5 f.: Die Zuständigkeit nach Art. 4 ff. EuErbVO ist umfassend und gilt insbesondere auch für Testamentsvollstreckerzeugnisse; ebenso STAUDINGER-REIMANN (Fn. 12), Vorbem. zu §§ 2197 ff. BGB Rn. 195.

129 Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt sind oft (aber nicht immer) deckungsgleich, vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 119), Vorbem. zu Art. 86–96 IPRG N 89.

130 Vgl. MünchKomm-DUTTA (Fn. 128), Art. 10 EuErbVO N 16.

131 Vgl. MARK MAKOWSKY, Die Beschränkung des Nachlassverfahrens bei Vermögenswerten in Drittstaaten gemäss Art. 12 EuErbVO, IPRax 2019, 568

132 Vgl. ANDREA BONOMI/AZADI ÖZTÜRK, Auswirkungen der Europäischen Erbrechtsverordnung auf die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizeri-

scher Erbfälle, ZVglRWiss 2015, 12, welche darauf hinweisen, dass eine lis-pendens-Regel im Verhältnis zu Drittstaaten fehlt: «Die Art. 17 und 18 EuErbVO betreffend Rechtshängigkeit und im Zusammenhang stehende Verfahren gelten nur inter partes».

133 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Ausländische Vollstrecker in der Schweiz / der Willensvollstrecker im Ausland, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 64.

134 Vgl. MünchKomm-DUTTA (Fn. 128), vor Art. 4 EuErbVO N 5.

135 Vgl. IVO SCHWANDER, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, hrsg. v. Thomas Geiser et al., 6. A., Basel 2019, Art. 538 ZGB N 4; DANIEL ABT, in: Basler Praxis-Kommentar zum Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 537 ZGB N 5.

136 Vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 119), Art. 92 IPRG N 29; ebenso STÉPHANE ABBET, *Légitimation de l'héritier et exécuteur testamentaire: problèmes de droit international privé*, in: *Le droit des successions en Europe*, hrsg. v. Centre de droit comparé et européen de l'Université de Lausanne, Genève 2003, S. 281: «De façon analogue au certificat d'héritier, les questions liées à la procédure de délivrance du certificat d'exécuteur testamentaire seront également soumises à la lex fori ...».

137 Vgl. BGer. 5A\_763/2012 E. 2: «Selon l'art. 92 al. 2 LDIP, les mesures conservatoires prononcées par les autorités suisses, compétentes en raison du dernier domicile du défunt en Suisse (art. 86 al. 1 LDIP), sont régies par le droit suisse nonobstant la professio juris en faveur du droit anglais contenue dans le testament du 7 avril 1997 (art. 90 al. 2 LDIP)»; ANTON K. SCHNYDER/MANUEL LITOWITSCH/ANDREA DORJEE-GOOD, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 4. A., Basel 2021, Art. 92 IPRG N 1.



sches Erbrecht (Erbstatut) anwendbar (Art. 90 Abs. 1 IPRG),<sup>138</sup> denn die von der Erblasserin getroffene Rechtswahl (deutsches Recht) ist ungültig.<sup>139</sup>

(dd) *Anwendbares Recht aus deutscher Sicht:* Nach Art. 21 EuErbVO ist Erbstatut das schweizerische Erbrecht, weil auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt der Erblasserin abgestellt wird.<sup>140</sup> Das Erstellen des Testamentsvollstreckerzeugnisses wird von der EuErbVO nicht erfasst, bleibt nationalem Recht überlassen.<sup>141</sup> Die Wahl des deutschen Rechts für die Liegenschaften und Gesellschaftsanteile ist nicht ungültig und hat nach Art. 83 Abs. 2 EuErbVO i.V.m. Art. 6 Haager Erbrechtsübereinkommen die Bedeutung, dass deutsches Recht anwendbar ist, aber die zwingenden Bestimmungen des Haupt-Erbstatuts (schweizerisches Erbrecht) zu beachten sind.<sup>142</sup> In ähnlicher Weise sieht Art. 29 Abs. 3 EuErbVO vor, dass die Kompetenzen des Willensvollstreckers bei seinem Handeln in Deutschland an das deutsche Recht angepasst werden dürfen, wobei (ebenfalls) die zwingenden Be-

stimmungen des Ursprungslandes (schweizerisches Erbrecht) zu beachten sind.<sup>143</sup>

(ee) *Konkrete Prüfung der Gültigkeit* und Wirksamkeit der im Testament getroffenen Anordnungen der Erblasserin durch das deutsche Gericht: (1) Die *Vollstreckung einer Vor- und Nacherbschaft* sind nach schweizerischem Recht gültig und wirksam, soweit sie als (sukzessive) Abwicklungsvollstreckungen verstanden werden,<sup>144</sup> nicht aber soweit es sich – wie gemäss § 2222 BGB – um eine Dauervollstreckung handelt und diese Pflichtteile verletzt.<sup>145</sup> Dies hat zur Folge, dass in diesem Umfang keine Ausweitung der Befugnisse nach Art. 29 Abs. 3 EuErbVO erfolgen darf, weil es hier um den Schutz der Erben geht. Diese Einschränkung kann von den Erben nach Ablauf der Verwirkungsfrist von einem Jahr auch durch Einrede nach Art. 533 Abs. 3 ZGB geltend gemacht werden.<sup>146</sup> (2) *10-jährige Vollstreckung und Dauervollstreckung bis zum 30. Lebensjahr:* Diese testamentarischen Anordnungen sind nach schweizerischem Recht – im Gegensatz zu § 2210 BGB – ungültig, soweit sie Pflichtteile verletzen.<sup>147</sup> Dies hat zur Folge, dass in diesem Umfang keine Ausweitung der Befugnisse nach Art. 29 Abs. 3 EuErbVO erfolgen darf, weil es hier

138 Vgl. ZK-KÜNZLE (Fn. 119), Art. 92 IPRG N 1 ff. insbesondere N 20: Viele Fragen des Willensvollstreckers sind nach dem Erbstatut zu beurteilen, wie (a) Zulässigkeit der Willensvollstreckung, (b) Person des Ernennenden (Erblasser/Dritter), (c) Person des Vollstreckers, (d) Aufgaben des Vollstreckers (Rechte und Pflichten) inkl. sachlichen Umfangs seiner Befugnisse (gemäss Gesetz bzw. Anordnung des Erblassers), (e) zulässige Dauer der Vollstreckung, (f) Möglichkeit des Widerrufs, der Absetzung oder des Ersatzes des Vollstreckers und (g) Verhältnis zu den Erben.

139 Vgl. vorne, bei Fn. 126.

140 Vgl. MünchKomm-DUTTA (Fn. 128), Art. 21 EuErbVO Rn. 1.

141 Vgl. WALTER BÖHRINGER, Das Europäische Nachlasszeugnis im deutschen Grundbuchverfahren, NotBZ 2015, 281.

142 Vgl. TIM BRANDI, Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht, Berlin 1996, S. 310: «Auch wenn diese etwa missverständliche Vorschrift dem Erblasser auf den ersten Blick eine echte kollisionsrechtliche Teilrechtswahl zu erlauben scheint, soll nach dem Willen seiner Verfasser mit diesen Worten lediglich das Rechtsinstitut der materiellrechtlichen Verweisung umschrieben werden», und S. 313: «Es ist daher recht wahrscheinlich, dass die Vorschrift des Art. 6 bei vielen Anwendern falsche Hoffnungen hinsichtlich der Wählbarkeit der lex rei sitae wecken könnte, die später unweigerlich enttäuscht würden»; Art. 6 Satz 2 HERbÜ: «Diese Rechtswahl kann jedoch die Anwendung der zwingenden Vorschriften des nach Artikel 3 oder Artikel 5 Abs. 1 anzuwendenden Rechts nicht berühren».

143 Vgl. MünchKomm-DUTTA (Fn. 128), Art. 29 EuErbVO Rn. 16: «Sehr viel weitgehender ist der Spielraum des bestellenden Gerichts, wenn das allgemeine Erbstatut das Recht eines Drittstaats ... ist. Dann dürfen nach Abs. 3 UAbs. 1 ausnahmsweise dem Nachlassverwalter sämtliche Befugnisse übertragen werden, die nach der lex fori vorgesehen sind ...» und «zwingende Erbberechtigung».

144 Vgl. PETER BREITSCHMID, Willensvollstreckung und Nacherbschaft, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 67 ff.; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 51 und 56.

145 Zur Problematik der Dauervollstreckung vgl. hinten, bei Fn. 147.

146 Vgl. ROLAND FORNI/GIORGIO PIATTI, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Thomas Geiser et al., 6. A., Basel 2019, Art. 533 ZGB N 4.

147 Vgl. BGer. 5A\_914/2013 vom 04.04.2014 E. 3.4: «Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung für die Lebensdauer eines Erben ist zumindest bezüglich der frei verfügbaren Quote möglich, d.h. soweit sie die Pflichtteile nicht verletzt»; KÜNZLE (Fn. 1), successio 12 (2018) 60, mit Verweis auf BGer. 5A\_267/2016 vom 18.01.2017 E. 7.1; BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 53, mit Verweis auf BGer. C.171/67 vom 08.02.1968 (unveröffentlicht); BGE 87 II 355 E. 2b; BGE 51 II 49 E. 5; BGE 43 II 1 E. 1; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 9, mit zusätzlichem Verweis auf BGE 75 II 195; CR-PILLER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 58.

um den Schutz der Erben geht. (3) Die *Befreiung von § 181 BGB* ist nach schweizerischem Recht nicht wirksam, weil der Willensvollstrecker nicht von den Missbrauchsregeln im Umgang mit dem Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung bzw. von den Regeln beim Missbrauch einer Interessenkollision befreit werden kann, dies ist einzig den Erben vorbehalten.<sup>148</sup> Diese Befreiung sollte deshalb nicht ins Testamentsvollstreckerzeugnis aufgenommen werden. (4) Das *Erteilen einer Vollmacht an den Willensvollstrecker* ist nach schweizerischem Recht nicht notwendig.<sup>149</sup> Ich halte diese Anordnung der Erblasserin für ungültig, weil sie das Prinzip der freien Erbteilung verletzt.<sup>150</sup> Eine Anpassung nach Art. 29 Abs. 3 EuErbVO ist ausgeschlossen, weil (wiederum) der Schutz der Erben betroffen ist. (5) Die *einseitige Bestellung des Willensvollstreckers als Schiedsrichter* wurde lange für ungültig gehalten, ist seit dem 1.1.2021 aber gültig,<sup>151</sup> ebenso wie nach deutschem Recht (§ 1066 ZPO).<sup>152</sup> Weil das Testament mit dem Tod des Erblassers aber vor dem 1.1.2021 zur Anwendung kam, sollte m.E. keine Anpassung nach Art. 29 Abs. 3 EuErbVO erfolgen, weil es auch hier um den Schutz der Erben geht. (6) *Altersgrenze 75*: Diese testamentarische Anordnung ist nach schweizerischem Recht gültig und wirksam.<sup>153</sup> (7) *Bestimmung des Ersatz-Vollstreckers durch den Präsidenten des Obergerichts*: Diese testamentarische Anordnung ist nach schweizerischem Recht ungültig, weil nach dem geltendem Recht<sup>154</sup> – anders als nach deutschem Recht

(§§ 2198-2200 BGB) – nur der Erblasser den Ersatz-Willensvollstrecker bestimmen kann.<sup>155</sup> Eine Anpassung nach Art. 29 Abs. 3 EuErbVO ist ausgeschlossen, weil der Schutz der Erben betroffen ist. (8) *Verwaltung bis zum Ende der Testamentsvollstreckung*: Diese testamentarische Anordnung ist nach schweizerischem Recht ungültig, weil ein jederzeitiges Kündigungsrecht des Willensvollstreckers besteht,<sup>156</sup> ebenso wie im deutschen Recht (§ 2226 BGB).<sup>157</sup> (9) *Verwendung der Erträge zur Schuldentilgung*: Diese testamentarische Anordnung ist nach schweizerischem Recht gültig, weil der Erblasser Weisungen erteilen kann.<sup>158</sup> (10) *Erhalt von Immobilien in gutem Zustand und Belastungs- und Verkaufsverbot*: Diese testamentarische Anordnung ist nach schweizerischem Recht gültig, weil der Erblasser die Befugnisse des Willensvollstreckers beschränken kann.<sup>159</sup>

## T. Steuern

a) Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat im Sachverhalt des Urteils VD.2018.147 vom 18.01.2019 einen Fall geschildert, in welchem der Willensvollstrecker die *Anerkennung eines Pflegekindverhältnis bei der Erbschaftssteuer* beantragte: «Mit Schreiben vom 4. August 2016 ersuchte der von der Erblasserin eingesetzte Willensvollstrecker ... das Erbschaftsamt des Kantons Basel-Stadt ... darum, die Rekurrentin als Pflegekind der Erblasserin von der subjektiven Erbschaftssteuerpflicht befreit zu qualifizieren». Es ist wichtig, dass der Willensvoll-

148 Vgl. RICCARDO BRAZEROL, Der Erbe als Willensvollstrecker, Bern 2018, N 288: «Sollte die Gefahr einer Benachteiligung bestehen, so ist eine Selbstkontrahierung nur dann gestattet, wenn die anderen Miterben dem Geschäft vorgängig zustimmen oder es nachträglich genehmigen».

149 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 79 ff. (Besitz), 198 ff. (Verfügungsmacht) und 207 ff. (Vertretungsmacht).

150 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 31: «Nach Art. 607 Abs. 2 ZGB gilt der Grundsatz der freien Erbteilung, welcher auch vom Willensvollstrecker ... zu beachten ist».

151 Vgl. vorne, H. g).

152 Vgl. WALTER KRUG, Schiedsverfahren in Erbsachen: Länderbericht Deutschland, successio 14 (2020) 89: «Die Vorschrift des § 1066 ZPO sieht die Möglichkeit der Anordnung einer Schiedsgerichtsbarkeit durch Verfügung von Todes wegen vor (ausservertragliches Schiedsgericht)».

153 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 196: «Beispiele: nur 1 Jahr ...».

154 De lege ferenda habe ich einen Vorschlag für eine Öffnung gemacht (Art. 517 Abs. 1 ZGB: «Er kann die Bestimmung des Willensvollstreckers der Aufsichtsbe-

hörde und die Ernennung eines Ersatzes dem ersten Willensvollstrecker überlassen»), vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 14 (2020) 20

155 Vgl. etwa CR-PILLER (Fn. 28), Art. 517 ZGB N 9.

156 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 382: «Die Tätigkeit des Willensvollstreckers wird schliesslich mit einer (jederzeit während seiner Tätigkeit möglichen) Kündigung beendet».

157 Vgl. § 2226 BGB: «Der Testamentsvollstrecker kann das Amt jederzeit kündigen ...»; STAUDINGER-REIMANN (Fn. 12), § 2226 BGB Rn. 1: «Der Erblasser kann die Kündigung des Amtes durch den Testamentsvollstrecker nicht durch einseitige Verfügung ausschliessen ...».

158 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 61 (Weisungsrecht nach Art. 397 OR) und N 93 («Er kann dem Willensvollstrecker etwa Vorgaben für die Verwaltung des Nachlassvermögens machen»).

159 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 204: «Das Dürfen wird in der (internen) Verfügungsbefugnis umschrieben, welche häufig einen geringeren Umfang aufweist als die Verfügungsmacht ... (1) Beschränkungen der Verfügungsbefugnis sind häufig auf testamentarische Anordnungen zurückzuführen»; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 47.



strecker die Erben bei der Veranlagung der Erbschaftssteuer mit einbezieht, was nach meiner Erfahrung in der Praxis nicht immer geschieht, weil ihm derartige Informationen unter Umständen nicht bekannt sind.<sup>160</sup>

b) L'EPPLATTENIER führt zur vereinfachten Nachbesteuerung aus: «... l'administrateur et l'exécuteur testamentaire peuvent également demander le rappel d'impôt simplifié même sans l'accord des héritiers ... Selon la doctrine l'annonce faite par l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la succession bénéficie aussi aux héritiers même si ceux-ci n'étaient pas d'accord.<sup>161</sup> Weiter: «Si l'exécuteur testamentaire ... n'annonce pas des éléments non déclarés alors qu'il en connaissait l'existence, il risque d'être puni non seulement pour violation d'obligation de procédure (art. 174 LIFD) mais aussi pour dissimulation ou distraction de biens successoraux (Art. 178 LIFD ... En cas de conflit entre les héritiers et l'exécuteur testamentaire qui veut annoncer les éléments soustraits et qui en a le devoir (art. 157 al. 1 LIFD), ce dernier peut également prendre la décision de résilier son mandat ce qui le libère de l'obligation de l'art. 157 al. 1 lit. a LIFD».<sup>162</sup> Diese Ausführungen entsprechen der herrschenden Lehre.<sup>163</sup>

### U. Prozessrecht (BGG/ZPO)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_763/2018 vom 01.07.2019 zur Streitwertberechnung geäußert: «Hinsichtlich des Willensvollstreckermandats kann auf die im Zusammenhang mit aufsichtsrechtlichen Absetzungsverfahren entwickelten Grundsätze abgestellt werden ... Danach ist eine Streitwerterschätzung grundsätzlich anhand der (mutmasslichen) Vergütung und dem (mutmasslichen) Auslagensatz des Willensvollstreckers vorzunehmen» (E. 8.3.1.3.2). Zu dieser Thematik habe ich mich schon im letztjährigen Bericht geäußert: «Dem ist zuzustimmen, wengleich anzumerken ist, dass das Honorar in vielen Fällen nicht feststeht».<sup>164</sup> Deshalb sind unter Umständen auch andere Berechnungsweisen not-

wendig wie die (deutsche) Regel, dass 10% des Netto-Nachlass-Wertes als Anhaltspunkt verwendet wird.<sup>165</sup>

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_767/2018 vom 01.07.2019 zur *Parteienschädigung im Aufsichtsverfahren* geäußert: «Mithin kann die Bedeutung der Sache für den Willensvollstrecker nicht dem Nettowert des Nachlasses entsprechen. Vielmehr ist hinsichtlich des Willensvollstreckermandats auf die im Zusammenhang mit aufsichtsrechtlichen Absetzungsverfahren entwickelten Grundsätze abzustellen ... Danach ist eine Interessen- und folglich Streitwerterschätzung grundsätzlich anhand der (mutmasslichen) Vergütung und dem (mutmasslichen) Auslagensatz des Willensvollstreckers vorzunehmen» (E. 2.3). Wie bei der Streitwertberechnung<sup>166</sup> ist auch hier alternativ daran zu denken, dass 10% des Nachlasswertes als Basis verwendet wird.

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_940/2018 vom 23.08.2019 zur *vermögensrechtlichen Natur der Aufsichtsbeschwerde* geäußert: «Soweit eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker durch dessen Handeln in vermögensrechtlichen Angelegenheiten veranlasst ist, kommt der Streitigkeit vermögensrechtliche Natur zu ... Dasselbe gilt auch für Streitigkeiten darüber, wann die fragliche Person diesen Auftrag angenommen hat und von welchem Zeitpunkt an sie Rechenschaft über die Handlungen schuldet» (E. 1.2). Damit bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung,<sup>167</sup> welche auch von der Lehre gutgeheissen wurde.<sup>168</sup>

Im gleichen Entscheid hat das Bundesgericht zur *Rechtsanwendung von Amtes wegen im Aufsichtsverfahren* geäußert: «Unter Vorbehalt der Verletzung verfassungsmässiger Rechte wendet das Bundesgericht das Recht in diesem Bereich von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es kann eine Beschwerde daher auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht» (E. 2). Dies entspricht auch der herrschenden Lehre.<sup>169</sup>

160 Siehe zu dieser Problematik den Fall BGer. 4A\_393/2010 vom 07.10.2010 (Notar erfasst Pflegekindverhältnis bei der Aufnahme des Steuerinventars nicht) und VGer. BE VGE 100.2013.373 vom 04.02.2016 = BVR 2016, 261 (teilweiser Erlass der Steuer).

161 L'EPPLATTENIER (Fn. 3), N 99 und 101.

162 L'EPPLATTENIER (Fn. 3), N 101.

163 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 252 und 267.

164 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 14 (2020) 29.

165 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 12, mit Verweis auf § 65 GNotKG.

166 Vgl. vorne, U. a).

167 Vgl. etwa BGE 135 III 578 E. 6.3; BGer. 5A\_395/2010 vom 22.10.2010 E. 1.2; BGer. 5A\_794/2011 vom 16.02.2012 E. 1; BGer. 5A\_55/2016 vom 11.04.2016 E. 1.

168 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 5 (2011) 279.

169 Vgl. KÜNZLE (Fn. 90), S. 943: «Die Aufsichtsbehörde ist bei ihren Entscheiden nicht an die Parteianträge gebunden».

Demgegenüber ist das Bundesgericht grundsätzlich *an den Sachverhalt gebunden*, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann einzig vorgebracht werden, die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 97 Abs. 1 BGG). Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG ...)» (E. 2). Der Sachverhalt wird allerdings von Amtes wegen festgestellt (Art. 255 lit. b ZPO), und die Beteiligten haben Mitwirkungspflichten,<sup>170</sup> und auch nicht am Verfahren beteiligte Erben können einbezogen werden.<sup>171</sup>

d) Das Bundesgericht hat im Urteil 4A\_48/2019 vom 29.08.2019 zum *Eintritt des Willensvollstreckers in den Prozess des Erblassers* folgendes ausgeführt: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Willensvollstrecker in Prozessen um Aktiven und Passiven der Erbschaft Partei ... er ist befugt, Prozesse selbständig in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Nachlasses zu führen. Antragsgemäss ist daher statt des Verstorbenen dessen Willensvollstrecker als Beschwerdegegner 2 im Rubrum aufzunehmen» (E. 1). Der Erblasser war Kläger in einem Forderungsprozess (2004) wegen einer Honorarforderung aus einem Baukonsortium (1993). Dieser Fall zeigt, dass die behandelten Sachverhalte lange zurückliegen können. Das selbstständige Handeln des Willensvollstreckers kann einzig durch gemeinsame Beschlüsse der Erben beeinflusst werden: So ist es denkbar, dass die Erben dem Willensvollstrecker Weisungen erteilen<sup>172</sup> oder eine streitige Forderung oder einen streitigen Nachlassgegenstand einem einzelnen Erben zuweisen (objektiv partielle Erbteilung),<sup>173</sup> während sie streitige Schulden nicht ohne Mitwirkung der Gläubiger vollständig übertragen können.<sup>174</sup>

170 Vgl. THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen» Verfahrens, SJZ 113 (2017) 423: eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz.

171 Vgl. PETER BREITSCHMID, Willensvollstrecker: Disziplinarische Absetzung eines Rechtsanwaltes als Willensvollstrecker, der das Mandat zwar nicht niederlegt, aber wechselnden Büromitarbeitern bzw. -partnern in eigener Verantwortung substituiert hatte (Entscheid-Besprechung), AJP 5 (1996) 91; KÜNZLE (Fn. 90), S. 942.

172 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 97 («Mitwirken bei der Verwaltung des Nachlassvermögens»).

173 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 310 (Partielle Erbteilung).

174 Nach Art. 639 ZGB haften sämtliche Erben noch 5 Jahre solidarisch für die Schulden, wenn die Gläubiger einer Übernahme nicht zustimmen, vgl. RAMON

e) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_156/2020 vom 02.06.2020 zum *prozessrechtlichen Handeln des Willensvollstreckers* ausgeführt: «les recourantes ... reprennent ainsi l'argumentation subsidiaire qu'elles avaient présentée en instance cantonale: en résiliant le bail, l'exécuteur testamentaire n'aurait pas agi ès qualités mais comme mandataire des trois héritiers formant l'hoirie, soit en dehors de ses pouvoirs et du champ d'application de l'art. 518 al. 2 CC» (E. 3). Das Argument, dass der Willensvollstrecker nur als (gewillkürter) Vertreter gehandelt habe, drang im vorliegenden Fall aus prozessualen Gründen nicht durch. In der Praxis bereitet die korrekte Bezeichnung im Prozess («als Willensvollstrecker im Nachlass X.») und eben nicht als Vertreter der Erben) immer wieder Probleme.<sup>175</sup>

f) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_70/2020 vom 18.06.2020 zur *Rückweisung* im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen (Art. 76 Abs. 1 BGG) ausgeführt: Die Frage, wer Erbschaftsverwalter wird, ob der Willensvollstrecker oder eine andere Person, ist eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 BGG), welche vermögensrechtlicher Natur (BGer. 5A\_895/2016 vom 12.04.17 E. 1) und somit beschwerdefähig ist. Die Rückweisung ans Bezirksgericht zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen (nämlich: den Willensvollstrecker nicht als Erbschaftsverwalter einzusetzen) ist nicht ein Endentscheid (Art. 90 BGG/E. 3.1). Deshalb hätten besondere Bedingungen für die Anfechtung eines *Zwischenentscheids* (wie nicht wiedergutzumachender Nachteil etc.) dargetan werden müssen (Art. 93 Abs. 1 BGG), was aber nicht gemacht wurde (E. 3.2). Dieser Fall zeigt, dass die Abgrenzung von End- und Zwischenentscheiden in vielen Fällen nicht einfach ist.

g) Das Kantonsgericht Graubünden ist im Urteil GR ZK1 18 71 vom 09.09.2019 bei der *Parteischädigung im Aufsichtsverfahren* wie folgt vorgegangen: Das Rechtsbegehren lautete: Auskunft unter Androhung einer Ordnungsbusse oder einer Bestrafung nach Art. 292 StGB. Das Urteil gewährte Auskunft, allerdings ohne Androhung einer

MABILLARD/MANUELA BRENNEIS-HOBI, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt et al., 4. A., Basel 2019, Art. 639 ZGB N 5 ff.

175 Vgl. dazu die früheren Fälle: KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 42, mit Verweis auf BGer. 5A\_989/2015 vom 12.05.2016; KÜNZLE (Fn. 1), successio 7 (2013) 28; HANS RAINER KÜNZLE, 10 kleine Fälle aus der Praxis, in: Nachlassplanung und Nachlassenteilung, hrsg. v. Jörg Schmid, Zürich 2014, S. 445 ff.



Busse (weil nicht notwendig). Die Gerichtskosten (CHF 2000) wurden im Verhältnis von 90% zu 10% verteilt, bei der Parteientschädigung musste der Willensvollstrecker 80% der Kostennote des Beschwerdeführers übernehmen. Dieses Beispiel zeigt, dass die Aufsichtsbehörde zwar unabhängig von den Anträgen des Beschwerdeführers urteilt, dessen Antrag bei der Verteilung der Parteikosten aber dennoch berücksichtigt wird.

h) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2019/750 vom 13.08.2019 zum *Aufsichtsverfahren* ausgeführt: «Le droit vaudois prévoit que l'exécuteur testamentaire est surveillé, cas échéant révoqué, par le juge de paix (art. 5 ch. 3 et 125 al. 2 CDPJ ... La procédure applicable à l'exécution testamentaire est réglée par le droit cantonal (art. 54 al. 1 et 3 Titre final CC) ... Les art. 104 à 109 CDPJ sont également applicables, compte tenu du renvoi de l'art. 111 al. 1 CDPJ ... Aux termes de l'art. 109 al. 3 CDPJ, lorsque la procédure sommaire est applicable, seul le recours limité au droit est recevable contre le jugement de fond» (E. 1). Das Kantonsgericht stellt klar, dass im Kanton Waadt der Juge de paix die Aufsichtsbehörde ist (Art. 125 Abs. 2 CDPJ),<sup>176</sup> für das Aufsichtsverfahren das summarische Verfahren nach kantonalem Recht (Art. 104 ff. CDPJ) und ergänzt durch Art. 248 ff. ZPO anwendet wird<sup>177</sup> sowie Entscheide der Aufsichtsbehörde mit Rekurs nach kantonalem Recht (Art. 190 Abs. 2 CDPJ) und ergänzt durch Art. 319 ff. ZPO angefochten werden können. Die Einführung der ZPO hat zu Unklarheiten bezüglich der Abgrenzung bzw. des Ineinandergreifens von kantonalem und eidgenössischem Recht geführt.<sup>178</sup> Offenbar wendet nicht nur der Kanton Zürich (PF130013 vom 23.12.2013), sondern auch der Kanton Waadt grundsätzlich kantonales Recht an und sieht somit Art. 1 lit. b ZPO nicht als Hindernis dafür an, auch wenn eine gerichtliche Behörde die Aufsicht wahrnimmt.<sup>179</sup>

i) SAMBETH GLASNER befasst sich mit der *Mediation*: «De par leur rôle, fonction, responsabilité et posture, ni un exécuteur testamentaire, ni un notaire, ne peuvent agir comme Médiateur successoral»<sup>180</sup>. Mit der Mediation wird neben der Schiedsgerichtsbarkeit eine weitere Möglichkeit geschaffen, um Lösungen ausserhalb der staatlichen Gerichte zu finden. Obwohl der Willensvollstrecker auch eine vermittelnde Rolle einnimmt, kann er selber die Funktion des Mediators nicht übernehmen. Aber möglicherweise führt die zunehmende Weiterbildung<sup>181</sup> dazu, dass künftig vermehrt in der Mediation geschulte Anwälte zum Willensvollstrecker bestellt werden.

j) In der Praxis stellte sich die Frage, ob die *Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers exklusiv* sei. In einem Forderungs-Prozess mit der Alleinerbin machte der Schuldner geltend, nicht diese, sondern der Willensvollstrecker hätte den Prozess führen müssen (Aktivlegitimation). Ausgangspunkt ist, dass die Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers in dem Sinne exklusiv ist, als sie sowohl die Gesamtheit der Erben als auch die einzelnen Erben soweit von der Prozessführung ausschliesst, als diesen vom materiellen Recht die Verfügungsbefugnis entzogen und auf den Willensvollstrecker übertragen wurde.<sup>182</sup> Nun fragt es sich, wie die Erbteilung beim Alleinerben vor sich geht. Wenn der Alleinerbe gegenüber einem Dritten eine ursprünglich vom Erblasser begründete Forderung geltend macht, ist die Erbteilung vollzogen, es ist weder eine Abtretung noch eine Zustimmung des Willensvollstreckers erforderlich. Mit der Erbteilung (bezüglich der streitigen Forderung) wird auch die exklusive Prozessführungsbefugnis beendet.<sup>183</sup> Es kommt hinzu, dass der Willensvollstrecker sein exklusives Recht nicht zwingend ausüben muss, ähnlich wie er beim Besitz es etwa den Erben überlas-

176 Ebenso BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 516; bis 2011 war (nach dem früher anwendbaren Art. 530 Abs. 1 CD-CPC) die Justice de paix zuständig, was vom Kantonsgericht Waadt im Entscheid JdT 68 (1920) III S. 68 festgestellt wurde.

177 Vgl. KÜNZLE (Fn. 90), S. 941 f.

178 Vgl. etwa die Unklarheit über die Rechtsmittel im Kanton Zürich: KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 12 (2018) 62 f.

179 Anders MANUEL HÜSSER, *Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Zürich 2012, S. 106: «Da nach vorliegender Auffassung die von einem Gericht geführten Aufsichtsverfahren in den abschliessenden Anwendungsbereich des Bundesrechts fallen, bleibt kein Platz für ergänzendes kantonales Verfahrensrecht. Entsprechend sind im Kanton Zürich die Be-

stimmungen über die Aufsichtsbeschwerde gemäss § 82 ff. GOG/ZH nicht ergänzend anwendbar»

180 SAMBETH GLASNER (Fn. 4), N 82.

181 Der Schweizerische Anwaltsverband bietet ab 2022 einen Ausbildungslehrgang Mediation an, vgl. Ausbildung (sav-fsa.ch).

182 Vgl. BGE 116 II 131.

183 Ähnlich bei der Übertragung eines Grundstücks im Grundbuch, vgl. KÜNZLE (Fn. 40), *successio* 7 (2013) 313: «... wenn es sich um einen Alleinerben handelt, ist aber mit der Eintragung des Alleinerben die Erbteilung bereits abgeschlossen und der Willensvollstrecker gar nicht mehr Verfügungsberechtigter. Dies führt dazu, dass der Vermächtnisnehmer seinen Anspruch in diesem Fall gegenüber dem oder den belasteten Erben geltend machen muss».

sen kann, den Hausrat selbstständig (einvernehmlich) zu teilen.<sup>184</sup>

## V. Betreuung (SchKG)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_638/2018 vom 10.02.2020 (E. 3) bestimmt, dass die *Betreibung des Willensvollstreckers am Ort der unverteiltten Erbschaft* stattfinden müsse: Bis zum Abschluss der Erbteilung (bis zur Bildung einer Gemeinschaft oder bis zur amtlichen Liquidation) kann eine Betreuung einzig am Betreuungsort nach Art. 49 SchKG eingeleitet werden, auch wenn ein Willensvollstrecker vorhanden ist (und nicht etwa am Wohnort des Willensvollstreckers). Art der Betreuung und Betreuungsort richten sich nach dem Erblasser. Das Haftungssubstrat ist der Nachlass (weder das Privatvermögen des Willensvollstreckers noch dasjenige der Erben). Diesen Ausführungen kann ich zustimmen,<sup>185</sup> weil der Zusammenhang mit dem Nachlass grösser ist als derjenige mit dem Willensvollstrecker. Das Zürcher Obergericht als Vorinstanz kam zu einem anderen Ergebnis.<sup>186</sup>

b) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_589/2019 vom 11.05.2020 zur fehlenden Passivlegitimation zur *Betreibung eines Willensvollstreckers nach Ausschlagung der Erbschaft* ausgeführt: «Der Beschwerdeführer ... scheint ... davon auszugehen, die Beschwerdegegnerin könne als Willensvollstreckerin für Schulden des Nachlasses belangt werden ... Die Beschwerdegegnerin war entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht berechtigt und schon gar nicht verpflichtet, gewisse Aktiven oder Passiven aus Mandatsverhältnissen ihres verstorbenen Ehemannes zurückzubehalten. Denn das Mandat als Willensvollstreckerin wurde durch die konkursamtliche Liquidation suspendiert» (E. 2.2). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung.<sup>187</sup>

c) Das Kantonsgericht Graubünden hat im Urteil ZK1 19 58 vom 18.12.2019 zur *Parteibezeichnung im Arresteinspracheverfahren* Stellung bezogen: «Nicht als willkürlich erachtet es das Bundesgericht, wenn die Vorinstanz die Erben, vertreten durch den Willensvollstrecker, als Parteien im Arresteinspracheverfahren betrachtete, obwohl die Bezeichnung <X, Willensvollstrecker im Nachlass Y>, richtig gewesen wäre (... Urteil des Bundesgerichts 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 3)» (E. 5.3.2). Es ist üblich, dass bei Parteibezeichnungen im SchKG-Bereich grosszügiger umgegangen wird als im Zivilprozess.<sup>188</sup>

d) Das Obergericht Zürich hat im Urteil RT180215 vom 31.07.2019 zu einem *Zahlungsbefehl ohne Bezeichnung «als Willensvollstrecker»* ausgeführt: «In ihrer Hauptbegründung verneinte sie die Identität zwischen dem Schuldner gemäss Rechtsöffnungstitel (Erblasser) und dem Betriebenen (Gesuchsgegner) aufgrund des fehlenden Hinweises auf die Funktion des Willensvollstreckers bei der Schuldnerbezeichnung im Zahlungsbefehl ... Da bei gesamtheitlicher Betrachtung des Zahlungsbefehls ohne Weiteres ersichtlich ist, dass der Gesuchsgegner nicht persönlich, sondern in seiner Funktion als Willensvollstrecker betrieben wird, besteht denn auch ... keine Ungewissheit darüber, ob die Vollstreckung in sein Privat- bzw. Geschäftsvermögen oder in die Erbmasse geht» (E. 2 und 3.4.2). Auch hier ist wiederum der grosszügigere Umgang mit den Parteibezeichnungen anzuführen.<sup>189</sup>

e) Das Obergericht des Kantons Zürich hat im Urteil PS190010 vom 01.11.2019 zu einem *Arrest* ausgeführt: «Gemäss Art. 91 Abs. 4 SchKG seien Dritte, die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahrten, im gleichen Umfang auskunftspflichtig wie der Schuldner. Es sei demnach nicht zu beanstanden, wenn das Betreibungsamt die Vorlage einer Willensvollstreckerbescheinigung verlange und den Erbanteil abfrage. Es handle sich dabei nicht um eine unzulässige Ausforschung» (E. 3.6.2). Dieser Entscheid ist nicht selbstverständlich, wenn man bedenkt, dass Dritte gestützt auf Art. 91 Abs. 4 SchKG nicht verpflichtet werden können, einen Nachweis ihrer Auskünfte zu erbringen.<sup>190</sup>

184 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 1 (2007) 256: «Der Willensvollstrecker wirkt nur soweit am Vollzug der Erbteilung mit, als sich der Nachlass überhaupt in seinem Besitz befindet und er diesen aushändigen muss. Nicht selten wird die Erbteilung real durch die Erben vorgenommen, so wird typischerweise der ganze Hausrat ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers einvernehmlich geteilt».

185 Ebenso SCHWANDER (Fn. 4), ZZZ 2020, 182.

186 Vgl. OGer. ZH PS180049 vom 11.07.2018 E. III.2.–3.

187 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 123, mit Verweis auf Rep. 127 (1994) 312.

188 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 13 (2019) 47 Fn. 190: «Die Grenze ist dann überschritten, wenn Bezeichnungen unklar sind» mit Verweis auf LGVE 2016 I Nr. 15.

189 Vgl. vorne, V. c).

190 Vgl. KONRAD ZIMMERMANN, *Zwangsvollstreckung von Liquidationsanteilen an Erbschaften im Schuldbetreibungsverfahren*, *successio* 11 (2018) 138: Gestützt auf Art. 91 Abs. 4 SchKG können Dritte jedoch nicht ver-



### W. Strafrecht (StGB)

a) Das Obergericht Appenzell-Ausserrhodan hat sich im Urteil O2S 18 13 vom 20.08.2019 mit *Sachentziehung* (Art. 141 StGB) und *Veruntreuung* (Art. 138 StGB) befasst: Der Willensvollstrecker durfte eine Rückforderung der Sozialhilfeleistungen abwarten und die Auszahlung vom Ausgang des Verfahrens bei der Gemeinde wegen Verletzung der Mitteilungspflicht abhängig machen. Eine Sachentziehung scheiterte daran, dass es nicht um bewegliche Sachen ging, sondern um Forderungen (E. 2.1) Eine Veruntreuung scheiterte daran, dass dem Willensvollstrecker das Geld nicht anvertraut war (E. 2.2). Bevor der Willensvollstrecker Vermögenswerte verteilt, muss er darauf achten, dass Schulden gegenüber den Sozialversicherungen gedeckt sind.

b) Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat sich im Urteil BES.2018.132 vom 15.07.2019 mit *Ungetreuer Geschäftsführung* und *Unterdrückung von Urkunden* befasst: Der Willensvollstrecker soll einen grösseren Geldbetrag aus dem Nachlass zugunsten seiner Ehefrau abdisponiert haben. Dieser Vorwurf wurde wegen Verjährung der inkriminierten Sachverhalte nicht weiter verfolgt. Weiter wurde ihm vorgeworfen, als ehemaliger Beistand müsse er Unterlagen haben; es sei unglaubhaft, dass diese nicht existierten. Das Gericht hielt es für glaubhaft, dass Akten 15 Jahre später anlässlich eines Umzugs entsorgt wurden (E. 2). Einmal mehr wurde versucht, vorhandene Beweisprobleme mit einem Strafverfahren zu beheben, und einmal mehr ist es misslungen.

### X. Strafprozessrecht (StPO)

Das Obergericht Glarus hat im Urteil OG.2018.00068 und 00069 vom 13.09.2019 zur *Stellung des Willensvollstreckers im Strafprozess* Stellung genommen: «Die verfahrensrechtliche Stellung des Willensvollstreckers ist in der Strafprozessordnung nicht explizit geregelt ... Das Bundesgericht hat sich bis heute, soweit ersichtlich, noch nie explizit zur Frage geäussert, ob der Willensvollstrecker in einer Konstellation wie der vorliegenden beschwerdeberechtigt ist ... Hingegen haben das Obergericht Zürich sowie das Kantonsgericht Basel-Landschaft

---

pflichtet werden, für ihre Auskunft einen Nachweis zu erbringen. D.h., es besteht keine Verpflichtung Dritter zur Vorlage und Einsichtsgewährung in ihre Geschäftsbücher», mit Verweis auf BGE 51 III 37 E. 2.

eine entsprechende Beschwerdelegitimation verneint ... Dieser Ansicht ist zu folgen. Dies nicht zuletzt auch mit Blick auf Art. 121 Abs. 2 StPO, wonach selbst eingesetzte Erben keine Verfahrensrechte besitzen, soweit einzig der Strafpunkt in Frage steht .... In diesem Sinne ist daher der Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als Willensvollstreckerin die Beschwerdebefugnis abzusprechen» (E. 1.3.5). Diesem Urteil kann ich zustimmen.<sup>191</sup>

### Y. Sterbehilfe

TEICHMANN/KÖB/HÜRLIMANN empfehlen den Willensvollstreckern, eine *Doppelstellung zu vermeiden*: «Grundsätzlich ist Anwälten und Notaren davon abzuraten, Klienten den Wunsch nach Sterbehilfe zu erfüllen. Dies gilt umso mehr in Fällen, in denen der Anwalt oder Notar ein Mandat als Willensvollstrecker des Klienten hat ... Dieser Interessenkonflikt erscheint eklatant und mit den Berufsregeln unvereinbar».<sup>192</sup> Auch wenn zuzugeben ist, dass Interessenkollisionen auftreten können und diese auch möglichst zu vermeiden sind, erscheint mir die absolute Form der Aussage (Verbot) nicht gerechtfertigt. Wenn man argumentiert, dass der Anwalt mit dem Tod des Klienten kein Geld verdienen dürfe,<sup>193</sup> müsste man konsequenterweise auch die Testamentsberatung verbieten. Sodann läuft der Rat der Autoren, den Sterbewilligen «an geeignete Spezialisten zu verweisen»<sup>194</sup> in der Praxis doch ziemlich ins Leere: Der Hausarzt und der Arzt einer Sterbehilfeorganisation sind üblicherweise in einen solchen Prozess involviert, sie sind allerdings nur passive Teilnehmer. Es ist nach meiner Erfahrung häufig so, dass der betagte Sterbewillige selbst nicht in der Lage ist, diesen Prozess in Gang zu bringen bzw. am Laufen zu halten, denn er weiss nicht, wie es genau abläuft und muss (üblicherweise von Angehörigen) unterstützt werden. Wenn Angehörige fehlen (was immer wieder vorkommt), sind Sterbewillige auf das Mitwirken einer

---

191 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 15), Art. 517–518 ZGB N 496 (Einlegung von Rechtsmitteln im Strafverfahren).

192 TEICHMANN/KÖB/HÜRLIMANN (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 2019, 405.

193 Vgl. TEICHMANN/KÖB/HÜRLIMANN (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 2019, 405: «Falls der Anwalt oder Notar in diesen Fällen einen Beitrag zur Sterbehilfe leisten würde, indem er diese organisiert oder anderweitig erleichtert, könnte er damit Umsatz für seine Kanzlei generieren. Schliesslich verdient ein Willensvollstrecker nur, wenn der Klient auch tatsächlich verstirbt».

194 TEICHMANN/KÖB/HÜRLIMANN (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 2019, 405.



Vertrauensperson angewiesen (unter anderem auch als Zeuge), zu denen auch der spätere Willensvollstrecker gehören kann. Ein absolutes Verbot der Tätigkeit für spätere Willensvollstrecker käme in manchen Fällen einer Verweigerung des Sterbewunsches gleich. Deshalb ist eine Einzelfallbetrachtung (Verhinderung des Missbrauchs) notwendig.

## Z. Bitcoins

a) MEDLER<sup>195</sup> zeigt auf, dass Bitcoins *grundsätzlich wie sonstige digitale Nachlässe vererbt* werden: Zur Vererbung führt sie aus, dass Kryptowährungen vererblich sind, indem der private key<sup>196</sup> vererbt wird, sei dies auf Stick, auf Papier oder auf PC oder Handy (App), mit Verweis auf das Facebook-Urteil des BGH.<sup>197</sup> Ebenso gehen Verträge mit einer Online-Wallet,<sup>198</sup> mit welcher private keys erzeugt werden, auf die Erben über (AGB schliessen allerdings den Zugang bei Verlust des Passwortes teilweise aus).

b) Die *Vererbung von Bitcoins ist allerdings weit komplizierter* als die digitale Vererbung von Mails, elektronischen Daten auf Computern und in Clouds etc. Die Problematik liegt darin, dass diejenige Person (das kann einer von mehreren Erben oder auch der Willensvollstrecker sein), welche alle für einen Transfer notwendigen Daten (Codes) besitzt und weiss, wie man damit umgeht, unkontrolliert über die Bitcoins des Erblassers verfügen kann. Die Erben wissen unter Umständen nicht einmal, wieviel Bitcoin-Vermögen beim Erblasser vorhanden war.<sup>199</sup> Ganz anders bei Bankvermögen: Indem die Bank einen Erbschein und eine Erteilung verlangt und diese kontrolliert, wird ein Missbrauch weitgehend verhindert.

c) STEINER empfiehlt, einen *Nachlassplan* zu erstellen, der Schritt für Schritt erklärt, was zu tun ist, um Bitcoins zu übertragen:<sup>200</sup> «Informationen zum

Aufbewahrungsort deines Nachlassplanes kannst du den Erben auch über dein «analoges» Testament zukommen lassen. Wichtig ist nur, dass du keine kritischen Daten ... hineinschreibst».<sup>201</sup> Der Willensvollstrecker/die Vertrauensperson hat «keinen Zugriff auf deinen Nachlassplan. Am besten sollte sie gar nicht wissen, wo sich dieser befindet ...».<sup>202</sup> die Grundidee dieser Konzeption ist eine Trennung von Nachlassplan und Zugangscodes.

d) Vereinfacht ausgedrückt wird der *Zugang zu den Bitcoins* durch zwei Codes gewährt, den public key (vergleichbar mit einer IBAN-Nummer) und den private key (vergleichbar mit einem Passwort).<sup>203</sup> Der private key wird nicht offen aufbewahrt, sondern bei Gebrauch erstellt, indem eine Wortfolge von 12 oder 24 Wörtern (sog. seed phrase)<sup>204</sup> umgewandelt wird. Für die Umwandlung braucht man ein Programm oder einen Dienst (sog. Wallet), ein hot wallet (App) für den täglichen Gebrauch oder eine cold wallet (stick, paper, brain) für grosse Vermögen. Der Schutz kann verstärkt werden, indem eine Multi-Signatur verwendet wird (der Empfang oder die Übertragung von Bitcoins verlangt z.B. die Signatur von 3 der 5 Erben) oder indem der Seed-Phrase aufgeteilt wird (3 Erben erhalten z.B. je einen Teil, welcher zudem verschlüsselt ist).<sup>205</sup>

e) Als mögliche *Aufgaben für den Willensvollstrecker* sieht STEINER die Übergabe von Teilmformationen wie «den Schlüssel zum Safe oder das Masterpasswort für die Entschlüsselung der digitalen Datei ...».<sup>206</sup> Weiter kann der Willensvollstrecker ein Konto bei einer Bank (z.B. Sygnum) einrichten, welche Bitcoins in Schweizerfranken umtauscht.<sup>207</sup> Neu an der Aufgabe ist, dass dem Willensvollstrecker nicht (wie gewohnt) die ganze Verwaltung des Bitcoin-Vermögens überlassen wird, sondern dass er mit anderen Personen (die Erben sein können oder Drittpersonen) zusammenarbeiten muss.

195 Vgl. MEDLER (Fn. 5), ZEV 2020, 262 ff.1

196 Vgl. dazu hinten, Z. d).

197 Vgl. BGH ZEV 2018, 582.

198 Vgl. dazu hinten, Z. d).

199 Das zeigt das von MEDLER, (Fn. 5), ZEV 2020, 262, genannte Beispiel: Matthew Mellon hinterliess angeblich 250 Mio. USD in Bitcoins. Weil die Erben keine private keys hatten, kamen sie nicht an das Geld, denn der Erblasser hat die notwendigen Angaben auf Speicherkarten aufbewahrt, welche in nicht bekannten Schliessfächern im ganzen Land verteilt waren, teilweise unter falschem Namen.

200 Vgl. STEINER (Fn. 4), S. 17.

201 STEINER (Fn. 4), S. 107.

202 STEINER (Fn. 4), S. 104.

203 Beispiel für einen private code: L3LXzUcZzw9hvj65fTpMCVfwwzt4EAc9xHJcw4Q mbL9F6L380n9G.

204 Beispiel für einen 12-stelligen seed phrase: genius confirm cart wale picture season choice struggle diagram drill raven nominee.

205 Vgl. STEINER (Fn. 4), S. 108.

206 STEINER (Fn. 4), S. 104.

207 STEINER (Fn. 4), S. 145.