



Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017)¹

Hans Rainer Künzle²

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

Inhaltsübersicht

- A. Literatur
- B. Nacherbschaft (Art. 490 ff. ZGB)
- C. Ernennung (Art. 517 ZGB)
- D. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB)
- E. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)
- F. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)
- G. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)
- H. Herabsetzungsklage (Art. 527 ff. ZGB)
- I. Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB)
- J. Mitteilung der letztwilligen Verfügung (Art. 558 ZGB)
- K. Öffentliches Inventar (Art. 580 ff. ZGB)
- L. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 und 595 Abs. 3 ZGB)
- M. Aufsicht über Rechtsanwälte (Art. 12 f. BGFA)
- N. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)
- O. Schätzungsverfahren (Art. 618 ZGB)
- P. Erbteilung (Art. 634 ZGB)
- Q. Haftung (–)
- R. Besitz (Art. 919 ZGB)
- S. Internationales Privatrecht (IPRG)
- T. Steuern
- U. Prozessrecht (BGG/ZPO)
- V. Schiedsgerichtsbarkeit
- W. Betreuung (SchKG)
- X. Strafrecht (StGB)
- Y. Strafprozessrecht

-
- 1 Ausführliche und ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am 12. Schweizerischen Erbrechtstag vom 31. August 2017 (organisiert vom Verein Successio [www.verein-successio.ch]) an der Universität Zürich gehalten wurde; zu früheren Updates siehe Hans Rainer Künzle, 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.rwi.uzh.ch/lehre/forschung/tp/tit-kuenzle.html), Partner von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8004 Zürich (www.kendris.com).

A. Literatur

In der Berichtsperiode sind viele Monografien³ und Aufsätze⁴ erschienen, welche sich mehr oder

- 3 Vgl. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/STEFAN WOLF/MARC AMSTUTZ/ROLAND FANKHAUSER, Orell Füssli Kommentar zum ZGB, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Bearbeiter); Hans Rainer Künzle (Hrsg.), 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zürich 2017 (Band 13 Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht); JASMIN MALLA, Willensvollstrecker und Erben im Steuerrecht, Diss. Zürich, Zürich 2016; BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeitsklage, Zürich 2017; EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar zu Art. 919–941 ZGB, 4. A., Bern 2016; THOMAS SUTTER-SOMM/Franz Hasenböhler/CHRISTOPH LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016.
- 4 Vgl. BALTHASAR BESSENICH, Zur Bewertung von Nachlassregelungen – methodische Hinweise, *successio* 11 (2017) 143–147; PETER BREITSCHMID, Behördliche Aufsicht über Willensvollstrecker, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 235–277; BENOÎT CHAPPUIS, La profession d’avocat, in: Tome 1: Le cadre légal et les principes essentiels, 2. A., Zürich 2016; FABIENNE ELMIGER, Teilungsgrundsätze und Teilungsregeln – unter besonderer Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen, *successio* 11 (2017) 108–124; ANDREW G. GARBARSKI, Le lésé et la partie plaignante dans la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral, *SJ* 139 (2017) II 125–149; MARC’ANTONIO ITEN, Vom Schwarzen Peter im Erbrecht: Haftet der Nachlass, die überlebende Ehegattin, der Willensvollstrecker oder haften die Erben, *TREX* 2017, 76–81; MARTIN KARRER, Die Absetzung des Willensvollstreckers – 5D_136/2015, *successio* 10 (2016) 310–313; DERS., Willensvollstrecker, Haftung, *successio* 11 (2017) 54–64; DERS., Willensvollstreckerhonorar sowie Forderung, *successio* 11 (2017) 155–158; HANS RAINER KÜNZLE, Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Festschr. Thomas Sutter-Somm, hrsg. v. Roland Fankhauser et al., Zürich 2016, S. 933–950 (zit. Aufsicht); DERS., Ausländische Vollstrecker in der Schweiz / Der Willensvollstrecker im Ausland, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 37–66 (zit. Vollstrecker); DANIEL LEU, Aufgaben und Befugnisse des Willensvollstreckers in der Erbteilung: Länderbericht Schweiz, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 143–172; FRANÇOIS LOGOZ, La délivrance de legs par l’exécuteur testamentaire, in: *Journée de droit successoral* 2017, hrsg. v. Paul-Henri Steinauer et al., Bern 2017, S. 149–179; THOMAS M. MAYER, Trust und schweizerisches Erbrecht, *successio* 11 (2017) 159–173; ERNST STAEHELIN, Ausreisser? Ausreisser!, *Anwaltsrevue* 19 (2016) 393–396; RENÉ STRAZZER, Die Vergütung des Willensvollstreckers – Länderbericht Schweiz, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle Zürich 2017, S. 105–127; STEPHAN WOLF/SIBYLLE HOFER/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/REGINA

weniger mit dem Willensvollstrecker befassen und jeweils im Sachzusammenhang behandelt werden. Daneben wurde das Thema auch an Seminaren behandelt.⁵

B. Nacherbschaft (Art. 490 ff. ZGB)

a) Das Zürcher Obergericht hat sich im Urteil PF160029 vom 19.09.2016 mit den Kosten des Nacherbschaftsinventars befasst, welche vom Nachlass bezogen wurden und gegen welche eine Willensvollstreckerin Beschwerde führte (Reduktion von CHF 10000 auf CHF 7000). Das Gericht hat sich nicht zur Legitimation der Willensvollstreckerin geäußert. Da es sich um eine Nachlass-Schuld handelt,⁶ war die *Willensvollstreckerin berechtigt, Beschwerde zu führen*.⁷

C. Ernennung (Art. 517 ZGB)

a) Im Urteil HC/2016/802 des Kantonsgerichts Waadt vom 30.08.2016 war die *Ernennung von «Me. L., Notaire»* als Willensvollstrecker auszulegen. Die Ernennung wurde infrage gestellt, weil Herr L. im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers bereits pensioniert war. Das Gericht hielt die Ernennung aber für gültig mit der Begründung, Herr L. sei zum «notaire honoraire» ernannt worden.⁸ Im Ergebnis

AEBI-MÜLLER, Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorwurf des EJPD, *AJP* 25 (2016) 1419–1429; STEPHAN WOLF/RICARDO BRAZEROL, Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht, *AJP* 25 (2016) 1430–1443.

- 5 Vgl. INGRID JENT SØRENSEN/THOMAS ENGLER, Willensvollstreckeraufsicht, ZAV Fachgruppe vom 20.09.2016 (unveröffentlicht); HANS RAINER KÜNZLE, Nachlassverwaltung durch Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter und Erbenvertreter, St. Galler Erbrechtstag vom 29.6.2016 (unveröffentlicht; zit. Erbrechtstag); CHRISTINE ZEMP GSPONER, Überlegungen zur Dauerwillensvollstreckung (aus der Praxis), ZAV Fachgruppe Erbrecht vom 20.09.2016 (unveröffentlicht).
- 6 Vgl. MANUEL LIATOWITSCH, Kommentar zu Art. 487–492a ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. *PraxKomm-LIATOWITSCH*), Art. 490 ZGB N 11.
- 7 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 113 mit dem Hinweis auf die Kosten des amtlichen Inventars in *BJM* 1190, 329.
- 8 Vgl. *JdT* 2016 III 182 = *Not@lex* 2017, 77: «La désignation comme exécuteur testamentaire d’un notaire en



wird mit diesem Entscheid die von STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER⁹ und MIR¹⁰ vertretene Meinung unterstützt, dass die Pensionierung eines Notars nicht zur Ungültigkeit seiner Ernennung führe (Kritik an BGer. 5A_644/2015 vom 24.11.2015). Mit DENIS PIOTET ist allerdings anzufügen, dass die Begründung des Kantonsgerichts Waadt nicht überzeugt.¹¹ Der Notar ist nicht wegen seiner Ernennung als «notaire honoraire» weiter geeignet, eine Willensvollstreckung durchzuführen, sondern weil er seine beruflichen Fähigkeiten mit der Pensionierung nicht abgegeben hat und weil man bei einer Willensvollstrecker-Ernennung auch auf die Person und nicht nur auf die berufliche Position abstellt.

b) Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF150059 (60 und 61) vom 19.12.2016 die Tatsache, dass in einem späteren Testament, welches den ganzen Nachlass regelte und keine Willensvollstrecker-Ernennung enthielt, einen *Widerruf des im früheren Testament ernannten Willensvollstreckers* gesehen (E. 5.3). Diesem Entscheid ist zustimmen.¹² Zu bemerken ist, dass es in der Praxis oft nicht einfach zu beurteilen ist, ob ein späteres Testament das frühere vollständig oder nur teilweise ersetzt. In letzterem Fall muss durch Auslegung festgestellt werden, ob und in welchem Umfang ein Widerruf der (früher angeordneten) Willensvollstreckung vorliegt. Dazu der nachfolgende Fall.

c) Das Obergericht Zürich hatte im Urteil LF160073 vom 28.12.2016 die Einsetzung von *zwei Willensvollstreckern in zwei zeitlich sich folgenden letztwilligen Verfügungen* zu beurteilen: A wurde im Erbvertrag vom 20.07.2000 eingesetzt und B im Testament vom 26.07.2010, welches die Erbfolge teilweise neu regelte (E. 3.1). Zunächst wurden zwei beschränkte Willensvollstreckerbescheinigungen ausgestellt. Nachdem sich die Willensvollstrecker im Beschwerdeverfahren auf die gemeinsame Führung des Mandates geeinigt hatten, wurden zwei umfas-

sende Willensvollstreckerbescheinigungen für gemeinsames Handeln ausgestellt (Erw. 3.3). Das ist auf den ersten Blick eine pragmatisch gute Lösung des Falles. Ich habe allerdings Zweifel, ob sie mit dem geltenden Recht vereinbar ist.¹³ Die Ernennung des Willensvollstreckers kann nach geltendem Recht einzig vom Erblasser angeordnet und weder von der Aufsichtsbehörde noch von den Willensvollstreckern beeinflusst werden.¹⁴ Deshalb hätte m.E. das Gericht die beiden letztwilligen Verfügungen des Erblassers auslegen müssen. Zu welchem Ergebnis das geführt hätte, ob zu einer Tätigkeit der zwei Willensvollstrecker in zwei Teilbereichen oder zum Widerruf der Ernennung von A., kann mangels Sachverhaltsangaben nicht beurteilt werden.

d) In der Praxis wurde mir die Frage gestellt, ob es Sinn mache, einen *Willensvollstrecker nur unter der Bedingung einzusetzen*, dass die Erben den Nachlass innert einer bestimmten Frist (z.B. innert 6 oder 12 Monaten) nach dem Ableben des Erblassers nicht geteilt oder die von ihm angeordneten Vermächtnisse nicht ausbezahlt haben.¹⁵ Eine bedingte Einsetzung ist zulässig,¹⁶ m.E. aber wenig sinnvoll, weil der Willensvollstrecker den Vollzug eines Vermächtnisses nicht beschleunigen kann, wenn sich

indiquant sa qualité reste pertinente lorsque ce notaire cesse son activité ministérielle et reçoit le titre de notaire honoraire» (Leitsatz).

9 Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MÉLANIE BÜRKI, Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahre 2015, AJP 25 (2016) 515 ff.

10 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 22 f.

11 DENIS PIOTET/MATTHIEU VERNAZ, Chronique de jurisprudence civile, not@lex 2017, 77: Le titre de «notaire honoraire» n'a aucune portée officielle et ne fait que de témoigner d'un arrêt des fonctions notariales.

12 Ebenso BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 17, mit Verweis auf ZR 84 (1985) Nr. 12 und RBOG 1981 Nr. 6.

13 Im Rahmen der Erbrechtsrevision wird diskutiert, dass der Willensvollstrecker einen Nachfolger ernennen können soll (Vernehmlassung Kantone, Kanton St. Gallen, S. 6 f.). Die Ernennung eines Mit-Vollstreckers ist aber (anders als in § 2199 Abs. 2 BGB, siehe dazu WOLFGANG REIMANN, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Erbrecht, §§ 2197–2228 BGB [Testament 2 – Testamentsvollstreckung], Berlin 2016, § 2199 BGB N 12–15) – nicht vorgesehen, obwohl auch eine solche Öffnung ernsthaft zu überlegen wäre, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 22.

14 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 17 und 20.

15 Möglicher Text: «Der Willensvollstrecker tritt sein Amt innert 6 (12) Monaten nach meinem Ableben an, sofern meine Erben den Nachlass bis dann nicht geteilt und die von mir angeordneten Vermächtnisse ausbezahlt haben. Es ist an meinen Erben, der zuständigen Behörde gegenüber zu erklären, dass im vorbestimmten Zeitraum die Erbteilung erfolgt ist. Ansonsten soll die zuständige Behörde den von mir bezeichneten Willensvollstrecker einsetzen und ihm die dazu notwendigen Zeugnisse ausstellen».

16 Vgl. MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, Kommentar zu Art. 517–518, Art. 551–559 und Art. 580–597 ZGB, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-KARRER/VOGT/LEU), Art. 517 ZGB N 4; BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 17 mit Verweis auf ZR 66 (1967) Nr. 100.

die (schuldenden) Erben und der Vermächtnisnehmer streiten,¹⁷ und weil der Willensvollstrecker die Erben nicht zur Teilung zwingen kann¹⁸ und diese – um seinen Einsatz zu verhindern – die Erben-gemeinschaft in eine einfache Gesellschaft über-führen können.¹⁹

e) ZEMP GSPONER behandelte in einer Weiterbil-dungsveranstaltung des Zürcher Anwaltsverbandes die Dauer-Vollstreckung und die *Willensvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft*. Sie führt aus, dass die Willensvollstreckung «nach – umstritte-ner – Lehre (ZK-ESCHER, PIOTET) nur für eine Erbengeneration möglich, somit bei Vor- Nacherben-einsetzung nur zulässig für Vorerbschaft»²⁰ sei. Die Aussage, dass eine Dauervollstreckung maximal so lange dauern dürfe, wie ein (davon betroffener) Erbe lebt, ist herrschende Meinung.²¹ Wenn der Erblasser den Vorerben (statt mit einer Abwick-lungs-Vollstreckung) (soweit zulässig)²² mit einer Dauervollstreckung belastet, kann er damit sicher-stellen, dass von der Vorerbschaft auch noch etwas für den Nacherben übrig bleibt. Wie die Nacherb-schaft eine zweite letztwillige Verfügung des Erb-lassers ist, ist die Willensvollstreckung bezüglich der Nacherbschaft auch eine separate Ernennung (und keine [unzulässige] Fortsetzung der Willens-vollstreckung über die Vorerbschaft),²³ selbst wenn man die gleiche Person dafür einsetzt. Deshalb ist die Willensvollstreckung über eine Nacherbschaft (wie im deutschen Recht²⁴ und anders als oben an-gegeben) zulässig.²⁵ In der Praxis äussert sich der Erblasser häufig nicht klar dazu, ob er den Willens-vollstrecker (welcher ohne besondere Anordnung

ein Abwicklungs-Vollstrecker ist)²⁶ nur für die Vor-erbschaft oder auch für die Nacherbschaft ernenen will.²⁷ In solchen Fällen schlägt BREITSCHMID vor, dass die Ernennung nur für die Vorerbschaft gelten soll, weil eine Ernennung für die Nacherb-schaft leicht zu Konflikten mit dem Willensvollstreck-er des Nacherben führen kann.²⁸ Ich habe diese Ansicht im Berner Kommentar übernommen.²⁹ Wenn man allerdings bedenkt, dass der Vorerbe nicht über diesen Teil seines Vermögens verfügen kann, und der Willensvollstrecker des Vorerben für das Nacherbschaftsvermögen nicht zuständig ist und sich die Nacherben somit selbst um dieses Ver-mögen kümmern müssen, entspricht dies kaum dem (vermutlichen) Willen des (ursprünglichen) Erb-lassers. Er hat den Willensvollstrecker vielmehr für alle seine Verfügungen eingesetzt und nicht nur für einen Teil davon. Deshalb schlage ich vor, dass ohne besondere Anordnung des Erblassers in einem Tes-tament, welches Vor- und Nacherbschaft vorsieht, der Willensvollstrecker sowohl die Abwicklung der Vorerbschaft als auch der Nacherbschaft durchfüh-ren soll.³⁰

D. Annahme durch den Willens-vollstrecker (Art. 517 ZGB)

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_701/2016 vom 06.04.2017³¹ mit der Annahme des Mandates durch den Willensvollstrecker befasst. H hat für die B GmbH am 06.12.2015 um *Fristverlängerung* ge-beten, weil er seinen Mit-Gesellschafter zuerst fra-gen möchte, bevor er sich äussere. Am 23.12.2015 erklärte H im Namen der B GmbH die Annahme. Das Bundesgericht bemängelte, dass H nur kollek-tiv zeichnungsberechtigt sei und deshalb seine An-nahme nicht gültig erfolgt sei (E. 3.3). Es hielt zu-dem fest, dass (anders als nach Gesetz vorgesehen)

17 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 291 f.; vgl. zu dieser Problematik auch hinten, E. g).

18 Der Willensvollstrecker kann weder die Teilungsklage einreichen, noch einen eigenen Teilungsplan vollziehen, sondern den Erben nur Teilungsvorschläge machen, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 319 ff., 322 ff. und 302 ff.

19 Vgl. dazu LORENZ BAUMANN, *Geteilt – oder noch nicht geteilt?*, *successio* 9 (2015) 105; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 10 (2016) 33.

20 ZEMP GSPONER (Fn. 5), Folie 6.

21 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 51 mit Verweis auf BGE 51 II 49.

22 Vgl. dazu BGer. 5A_914/2013 vom 04.04.2014; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 128.

23 Ebenso KGer. SG BE.2014.1 vom 12.06.2014.

24 Vgl. dazu REIMANN (Fn. 13), § 2205 BGB N 225 ff.

25 Ebenso PETER BREITSCHMID, *Willensvollstreckung und Nacherbschaft*, in: *Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme* (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, S. 67 ff.

26 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 2 und Art. 517–518 ZGB N 55.

27 Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Erblasser einen Vorerben und einen Nacherben bestimmt und anschliessend (wie üblich) schreibt: «Als Willensvollstreck-er ernenne ich X.»

28 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 25), S. 68.

29 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 56.

30 Im BGB unterscheidet man anders die Testamentsvoll-streckung bezüglich der Nacherbschaft, welche schon mit dem Vorerbfall, und diejenige, welche erst mit dem Nacherbfall beginnt (§ 2222 BGB; siehe dazu REIMANN [Fn. 13], § 2222 BGB N 9).

31 Fallgeschichte: OGer. ZH LF150005 vom 13.07.2015, BGer. 5A_635/2016 vom 21.06.2016 (Rückweisung), OGer. ZH LF160045 vom 15.08.2016.



eine *ausdrückliche Erklärung erwartet* werden durfte, nachdem H um eine Fristverlängerung ersucht habe (E. 3.2). Dagegen ist an sich nichts einzuwenden. Allerdings gehe ich mit der kantonalen Vorinstanz davon aus, dass beide Erklärungen von H ungültig waren und dieser Fall deshalb gar nicht vorlag, es kam deshalb – anders als nach dem Bundesgericht – zu einer stillschweigenden Annahme. Auch wenn man das alleinige Handeln von A in beiden Fällen akzeptieren würde, käme man zum Schluss, dass die Annahme gültig erfolgt sei. Das Ergebnis dieses Bundesgerichtsurteils befriedigt deshalb nicht.

E. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)

a) Zu den Aufgaben des Willensvollstreckers kann es auch gehören, den *Ort der Bestattung durchzusetzen*.³² Das zeigt das Urteil des Bundesgerichts 5A_906/2016 vom 28.04.2017. Der König von Burundi Mwambutsa IV lebte in der Schweiz im Exil und wurde 1977 in Meyrin beigesetzt, entsprechend seinem Wunsch im Testament, damals umgesetzt von seiner Lebenspartnerin, welche auch Willensvollstreckerin war. Da sich im Laufe der Zeit die politischen Verhältnisse in seinem Heimatland änderten, hatten seine Angehörigen den Wunsch, ihn im Heimatland zu bestatten. Der Erblasser kann seinen Bestattungsort selbst bestimmen (E. 3.3.1),³³ und dieser Wunsch geht dem Wunsch der Angehörigen vor (E. 3.3.2).³⁴ Deshalb wurde eine Bestattung im Heimatland abgelehnt.

b) In einem *Steuerschätzungsverfahren* betreffend zwei Liegenschaften tauchte der Willensvollstreckter erst im Zusammenhang mit einer Beschwerde auf. Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_999/2015 vom 29.05.2017 entschieden, dass der Willensvollstreckter grundsätzlich anstelle der Erben auftreten könne, weil seine Ermächtigung exklusiver Natur sei, dass er im vorliegenden Fall aber nur vom Vater und nicht auch von der (ebenfalls verstobenen) Mutter zum Willensvollstreckter eingesetzt worden

sei,³⁵ weshalb im Nachlass der Mutter nur die Erben selbst handeln können (E. 2).³⁶

c) Im Urteil ZL.2016.00053 vom 15.06.2016 hat sich das Sozialversicherungsgericht Zürich mit der *Rückerstattung zu Unrecht bezogener Zusatzleistungen* befasst. Weil der Erblasser die Meldung einer Reduktion der Heimtaxe unterlassen hatte (E. 2), wurde dem Willensvollstreckter eine Verfügung auf Rückforderung zugestellt. Der Willensvollstreckter haftet nur mit dem im Nachlass vorhandenen Vermögen (E. 4.4). Die Erben, welche nach Art. 603 ZGB solidarisch (mit ihrem ganzen Vermögen) haften, wurden nicht in das Verfahren einbezogen und sie haften nicht, weil ihnen gegenüber der Rückforderungsanspruch verwirkt ist (E. 6). Es entspricht der herrschenden Lehre und Praxis, dass das Haftungssubstrat auf die Nachlassaktiven beschränkt ist, wenn der Willensvollstreckter eingeklagt wird.³⁷ In allen Fällen, in denen es nicht klar ist, ob Rückforderungsansprüche aus dem Nachlass befriedigt werden können, müssen Gläubiger (daneben) auch von Anfang an die Erben ins Verfahren einbeziehen, weil Verjährungs- und Verwirkungsfristen sonst zum Verlust des Anspruchs führen können.

d) Der Regierungsrat Nidwalden hat im Urteil Nr. 259 vom 12.04.2016 entschieden, dass der Willensvollstreckter nicht legitimiert sei, *Beschwerde gegen eine Erbbescheinigung* zu erheben, dass also «... die Feststellung der Erbberechtigung nicht in den Geschäftsbereich des Willensvollstreckers fallen und somit auch nicht Objekt eines durch ihn zu erledigenden Prozesses sein könne». Der Willensvollstreckter kann die Erbbescheinigung nur anfechten, soweit er davon selber betroffen ist,³⁸ was bei einer streitigen Erbberechtigung nicht der Fall ist.³⁹

e) SUTTER-SOMM/GRIEDER⁴⁰ haben sich mit der Frage befasst, ob der Willensvollstreckter eine *Ver-*

32 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 15.

33 «Chaque personne a, dans les limites de la loi, de l'ordre public et des bonnes moeurs, le droit de disposer de son propre cadavre (ATF 129 I 173 consid. 4 ...). Ce droit permet ainsi à une personne de déterminer la forme des funérailles ainsi que le mode et le lieu d'inhumation.»

34 Ebenso schon BGer. 1C_430/2009 vom 04.02.2010; HANS RAINER KÜNZLE, Einleitung; in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-KÜNZLE), Einl N 156.

35 «... le mandat de l'exécuteur testamentaire confié par le père ne s'étend pas aux droits que les hoirs ont acquis dans la succession de leur mère» (E. 2).

36 In einem parallelen Verfahren, 2C_1124/2015 vom 31.05.2017, E. 1.2, hat sich das Bundesgericht mit der Rechtsstellung des Willensvollstreckers nicht näher befasst, weil die Parteien sich im bisherigen Verfahren nicht damit auseinandergesetzt hatten (E. 1.2).

37 Vgl. BGE 116 II 131 E. 3b; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 77.

38 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 486.

39 Ebenso KGer. GR ERZ 10 51 vom 03.05.2010 (E. 2 c/cc).

40 Vgl. SUTTER-SOMM/GRIEDER (Fn. 3), Art. 21 ZPO N 6.

schollenenerklärung beantragen könne. Das Bundesgericht hat diese Frage offengelassen⁴¹ und BSK-WEBER hat sie verneint.⁴² SUTTER-SOMM/GRIEDER lassen die Frage ebenfalls offen. Wie schon in einem früheren Jahresbericht erwähnt,⁴³ hat der Willensvollstrecker, der sein Amt nach einer Verschollenenerklärung beginnen kann, ein eigenes Interesse an diesem Verfahren und sollte deshalb legitimiert sein.

f) HRUBESCH-MILLAUER befasst sich mit der Frage, *ob der Willensvollstrecker die Erben bestimmen dürfe*.⁴⁴ Sie führt aus, dass dem Willensvollstrecker nicht die Aufgabe zugewiesen werden könne, die Erben auszuwählen (mit Verweis auf BGE 81 II 22),⁴⁵ dass ihm aber die Bestimmung des am besten geeigneten (vom Erblasser bestimmten) Begünstigten überlassen werden dürfe (mit Verweis auf BGE 100 II 98).⁴⁶ Sie erwähnt auch, dass dieser Fall vom Bundesgericht als Grenzfall bezeichnet wurde. Der Umfang des Ermessens des Willensvollstreckers bei der Erbteilung ist (im Gegensatz zur Verwaltung der Erbschaft)⁴⁷ gering, dürfte sich im Lauf der Zeit aber vergrössern.⁴⁸ Vor allem im Rahmen der Unternehmensnachfolge ist die Bestimmung des geeignetsten Nachfolgers durch den Willensvollstrecker, welcher unter Umständen erst Jahre nach dem Tod des Erblassers bestimmt werden kann, ein grosses Bedürfnis.

g) LOGOZ befasst sich mit der Aufgabe des Willensvollstreckers, *Vermächtnisse auszurichten*.⁴⁹ Er listet dabei verschiedene Problemfälle auf: (1) So lange der Kreis der Erben nicht feststeht (unbekannte Erben), darf der Willensvollstrecker das Vermächtnis nicht ausrichten, weil es nicht fällig ist

(Art. 562 Abs. 2 ZGB).⁵⁰ Umstritten⁵¹ ist, ob der Erblasser eine frühere Ausrichtung anordnen kann⁵² oder nicht.⁵³ (2) Wenn der Inhalt des Vermächtnisses umstritten ist oder die letztwillige Verfügung angefochten wird, welche das Vermächtnis anordnet, darf der Willensvollstrecker die Ausrichtung ablehnen.⁵⁴ (3) Wenn alle Schuldner die Einwilligung zur Auslieferung verweigern, wird der Willensvollstrecker auf die Ausrichtung verzichten, wenn dagegen nur einzelne Schuldner die Einwilligung zur Auslieferung des Vermächtnisses verweigern, kann der Willensvollstrecker diesen eine Frist (von 10–14 Tagen) zur Einreichung einer Klage oder Aufsichtsbeschwerde ansetzen und (bei Untätigkeit) danach das Vermächtnis ausrichten.⁵⁵ (4) Der Willensvollstrecker muss sicherstellen, dass die Schulden des Nachlasses (welche nach Art. 564 Abs. 1 ZGB Vorrang haben)⁵⁶, bezahlt werden (können), bevor die Vermächtnisse ausgerichtet werden. Dabei ist zu beachten, dass eine spätere Rückzahlung nur erschwert möglich ist, wenn für den Vermächtnisnehmer eine Versicherungsleistung gekauft wird.⁵⁷ (5) Wenn aus der Sicht des Willensvollstreckers möglicherweise Pflichtteile verletzt sind, muss er die Erben darauf hinweisen (Informations- und keine Beratungspflicht). Wenn ein unteilbares Vermächtnis auszuliefern ist, kann der Willensvollstrecker den Vermächtnisnehmer wählen lassen, ob er das (unteilbare) Vermächtnis erhalten und eine Ausgleichszahlung im Umfang der Pflichtteilsverletzung leisten möchte oder ob die verfügbare Quote ausgerichtet werden soll. Wenn das Vermächtnis aus einer Rentenleistung besteht, können die schuldenden Erben wählen, ob sie die Rente kürzen oder ob sie die verfügbare Quote auszahlen wollen.⁵⁸

41 Vgl. BGE 90 II 376, E. 6.

42 Vgl. MAX WEBER, Kommentar zu Art. 20–22 ZPO, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Karl Spühler, Luca Tencchio und Dominik Infanger, Basel 2010 (zit. BSK-WEBER), Art. 21 ZPO N 4.

43 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 8 (2014) 18.

44 Vgl. OFK-HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 3), Art. 539 ZGB N 5.

45 Vgl. BGE 81 II 22: Heranbildung katholischer Priesteramtskandidaten; ebenso BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 291: der Willensvollstrecker darf die Vermächtnisnehmer nicht bestimmen, mit Verweis auf BGE 89 II 278 E. 4.

46 Vgl. BGE 100 II 98: Zuwendung an die Leprakranken.

47 Vgl. dazu BGer. 5D_136/2015 vom 06.04.2016 E. 4; KARRER (Fn. 4), *successio* 10 (2016) 310 ff.; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 26.

48 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 94.

49 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 149 ff.

50 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 158 f.

51 Vgl. PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2. A., Bern 2015, N 1083b.

52 So BRUNO HUWILER, Kommentar zu Art. 562 ZGB, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-HUWILER), Art. 562 ZGB N 6.

53 So PETER TUOR/VITO PICENONI, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), Bern 1973 (zit. BK-TUOR/PICENONI), Art. 562 ZGB N 9.

54 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 159 f.

55 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 160 f.

56 Vgl. dazu PETER BREITSCHMID, Kommentar zu Art. 563–565 ZGB, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell u. a., 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-BREITSCHMID), Art. 564 ZGB N 2 ff.

57 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 161 f.

58 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 162 f.



(6) Verfügt der Erblasser ein zu hohes Vermächtnis im Sinne vom Art. 486 Abs. 1 ZGB, muss der Willensvollstrecker darauf achten, dass dieses gekürzt wird.⁵⁹ (7) Der Willensvollstrecker muss daneben für die Bezahlung der Erbschaftssteuer sorgen, indem er nur den Nettobetrag des Vermächtnisses ausrichtet.⁶⁰ Es ist sehr wertvoll, dass sich LOGOZ mit dieser in der Praxis immer wieder vorkommenden Problematik eingehend auseinandersetzt und die möglichen Problemfälle näher beleuchtet. In strittigen Fällen muss der Willensvollstrecker mit dem Schuldner (einzelnen oder allen Erben) und dem Gläubiger des Vermächtnisses (einem oder mehreren Vermächtnisnehmer[n]) eine Lösung suchen, diese Parteien gegebenenfalls auch auffordern, die Rechtslage durch den Richter klären zu lassen. Wenn es endgültig nicht gelingt, den Umfang des Vermächtnisses zu klären, kann der Willensvollstrecker die Auslieferung des Vermächtnisses verweigern, allenfalls wird er den nicht bestrittenen Umfang des Vermächtnisses ausrichten oder – nach erfolgloser Aufforderung zur Klage – den aus seiner Sicht richtigen Umfang ausrichten.⁶¹ Für den Willensvollstrecker besteht die Schwierigkeit in der Praxis häufig darin, mögliche Problemfälle frühzeitig zu erkennen und die Auslieferung (mindestens vorläufig) zu verweigern.

h) Der *Umgang mit Waffen* wurde bereits in einem früheren Jahresbericht behandelt.⁶² Dabei wurde bereits auf die unterschiedliche Rechtslage in den USA hingewiesen.⁶³ DEAN befasst sich erneut mit diesem Thema.⁶⁴ In den USA wird empfohlen, den Empfänger der Waffe im Testament namentlich zu bezeichnen, gleichzeitig aber auch vorzusorgen für den Fall, dass der Begünstigte die notwendige Bewilligung nicht besitzt. Dafür wird folgende Formulierung vorgeschlagen: «... any beneficiary who would inherit a firearm considered illegal in their state should be treated as predeceasing the testator».⁶⁵

i) Am St.Galler Erbrechtstag habe ich die *Ausübung des Aktienstimmrechts* durch den Willens-

vollstrecker behandelt.⁶⁶ Der Willensvollstrecker handelt anstelle der Erben.⁶⁷ Der Erblasser kann dem Willensvollstrecker Weisungen für die Ausübung des Aktienstimmrechts erteilen. Im übrigen stimmt der Willensvollstrecker nach seinem Ermessen (im Interesse der Erben). Der Nachfolger sollte – soweit der Erblasser ihn nicht selbst bestimmt hat – von den Erben gemeinsam bestimmt werden.⁶⁸ Wenn der Willensvollstrecker selbst auch am Unternehmen beteiligt ist, befindet er sich in einer Interessenkollision, insbesondere beim Entscheid über die Dividendenausschüttung und beim Verkauf der Gesellschaft.⁶⁹ Wenn der Erblasser 100% der Aktien besass, kann sich der Willensvollstrecker keine Décharge erteilen.⁷⁰

j) Eine weitere Aufgabe des Willensvollstreckers ist das «Handling» von *Verantwortlichkeitsansprüchen* gegen den Erblasser. Der Willensvollstrecker setzt den gegen den Erblasser eingeleiteten Prozess fort.⁷¹ Da Verantwortlichkeitsklagen wegen der solidarischen Haftung der Erben (Art. 603 ZGB) auch gegen jeden einzelnen Erben angehoben oder fortgesetzt werden können,⁷² sollte der Willensvollstrecker die Erben bei entsprechender Konstellation auf die Möglichkeit des öffentlichen Inventars (Art. 580 ff. ZGB) hinweisen. Besonderheiten sind zu beachten, wenn der Erblasser bei US-Gesellschaften als director tätig war: Bei dieser Konstellation ist das öffentliche Inventar insofern wirkungslos, als in den USA eigene Regeln für die Haftung des executor bzw. der Erben gelten: Der Anspruch richtet sich nach dem Tod des Erblassers in der Regel zunächst gegen den executor. In Kalifornien geht der Anspruch nur dann auf die Erben über, wenn der Kläger eine entsprechende Erklärung gegenüber dem Gericht abgibt.⁷³ Ansonsten ist die Haftung auf das im jeweiligen Staat gelegene Vermögen beschränkt.⁷⁴ Da die Klagesumme nicht von Anfang an feststeht, empfiehlt es sich für die Erben,

59 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 163 f.

60 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 164 ff.

61 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 292.

62 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 38 ff.

63 Im Gegensatz zur Schweiz darf der executor Waffen besitzen (27 CFR § 479.90a Estates: «The executor ... may possess a firearm registered to a decedent during the term of probate ...»).

64 Vgl. DEAN, 51 Real Prop T&E Law J 543–558 (2016).

65 Vgl. DEAN, 51 Real Prop T&E Law J 530 (2016).

66 Vgl. KÜNZLE (Fn. 5), S. 7 ff.

67 Ebenso für den Erbenvertreter OGer. ZH LF130072 vom 31.07.2014 E. 6.

68 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 333.

69 Vgl. KÜNZLE (Fn. 5), S. 8.

70 BGE 118 II 496 (Erbengemeinschaft).

71 BGE 99 II 176 E. 4.

72 Vgl. BGE 123 III 89 E. 3e.

73 Zum entsprechenden Verfahren vgl. Federal Rule of Civil Procedure 25.

74 Vgl. dazu etwa HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich, 2000, S. 206 und 208 (Kalifornien kennt das öffentliche Inventar nicht; die Haftung der Erben ist beschränkt auf den Nachlass in Kalifornien).

die Frist für die Annahme der Erbschaft zu verlängern (Art. 576 ZGB), bis die Klagesumme und das Haftungssubstrat feststehen.

F. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)

a) Im Urteil 4A_552/2016 vom 24.05.2017 hat das Bundesgericht bei der Berechnung des Willensvollstrecker-Honorars *zwischen zwei Expertisen zu wählen* und dazu ausgeführt: «aux pages 35 à 37, la cour cantonale a relaté soigneusement les raisons pour lesquelles elle a privilégié les conclusions de l'expert judiciaire N. A l'instar des premiers juges, elle a mis en exergue le caractère précis et détaillé du rapport d'expertise du prénommé, alors que celui du premier expert judiciaire M. prenait appui sur l'expertise privée sans expliquer son raisonnement et sans examiner de manière détaillée les nombreux problèmes qu'a rencontrés l'exécuteur testamentaire dans sa mission. En outre l'expert N. a lui-même expliqué clairement pourquoi il convenait de se distancer tant de l'expertise privée que de l'expertise judiciaire M. On cherche vainement en quoi ce raisonnement de l'autorité cantonale serait arbitraire» (E. 4.3.1). Wenn die Gerichte zwischen mehreren Gutachten zu wählen haben, werden sie (wie vorliegend) auf dasjenige Gutachten abstellen, welches eine klare, umfassende und widerspruchsfreie Begründung liefert und die Fragen am klarsten beantwortet.⁷⁵

b) STRAZZER zeigt die *Entwicklung auf vom reinen Pauschalhonorar über das Zeithonorar mit Pauschalzuschlag zum heute allgemein angewandten reinen Zeithonorar*.⁷⁶ Die Höhe des Stundensatzes richtet sich nach der Erfahrung des Willensvollstreckers, nach der Struktur des Nachlasses und seiner Kompliziertheit, wobei Auslandsbezug und Dringlichkeit besondere Anforderungen stellen und einen höheren Stundensatz rechtfertigen; der Stundensatz, welcher schon bei einer Tätigkeit zu Lebzeiten des Erblassers verrechnet wurde, gilt sicher

als angemessen.⁷⁷ Die Gerichtspraxis zeigt folgendes Bild:⁷⁸ Das Bezirksgericht Zürich hat den Stundensatz von CHF 200 für einen Rechtsanwalt in den Jahren 1986–1995 als bescheiden bezeichnet und nicht beanstandet.⁷⁹ Das Bundesgericht erwähnt in BGE 138 III 419 das Honorar eines Rechtsanwalts in den Jahren 2004–2006 von CHF 350/Stunde und einer Mitarbeiterin von CHF 300/Stunde sowie eines Zuschlags von +0,5% auf den Bruttoaktiven, ohne dieses Honorar aber materiell zu beurteilen. Das Obergericht Zürich⁸⁰ hat das Honorar eines pensionierten Leiters der Abteilung Willensvollstreckung einer Bank in den Jahren 1995–2009 von CHF 370/Stunde um 20% reduziert wegen der Ausführung von untergeordneten Arbeiten und um weitere 30% nach Wegfall der professionellen Infrastruktur. Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_582/2014 vom 07.01.2015 das Honorar eines selbstständigen Treuhänders von CHF 230 erwähnt, aber materiell nicht beurteilt. Im Urteil BGE 142 III 9⁸¹ wird erwähnt, dass das Cour de Justice Genève den Stundensatz für drei Willensvollstrecker (einen Notar, einen Steuerberater und einen Vermögensverwalter) von CHF 375 als angemessen angesehen hat. Das Bundesgericht äusserte sich dazu nicht. STRAZZER folgert aus dieser Praxis, dass ein Stundensatz von CHF 300–500 für Anwälte mit eigener Praxis im Kanton Zürich angemessen sei. Gemäss der Praxis der Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbands (ZAV) dürfen Stundensätze von CHF 250–370 + 50% Zuschlag, also maximal von CHF 375–555 in Rechnung gestellt werden.⁸² Es ist zu begrüssen, dass ein Rahmen für die Honorierung des Willensvollstreckers erarbeitet wurde. Für Regionen in der Schweiz mit tieferen Mietkosten als Zürich dürfte dieser Rahmen noch etwas tiefer anzusetzen sein.⁸³ Im übrigen ist zu empfehlen, den üblichen (oder allenfalls den bei vergleichbaren Fällen üblicherweise angewendeten) Stundensatz zu verwenden. Mit einem solchen muss der Erblasser rechnen.

75 Zum Umgang mit mehreren Gutachten vgl. auch KGer. VD HC/2016/627 vom 03.05.2016 E. 3.1: «En vertu de l'art. 243 CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, aujourd'hui abrogé), le juge apprécie librement la valeur et la portée des expertises, mais s'il statue contrairement aux conclusions de l'expert, il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction. Selon la jurisprudence, le juge ne saurait en outre, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert...».

76 Vgl. STRAZZER (Fn. 4), S. 108 ff.

77 Vgl. STRAZZER (Fn. 4), S. 110 ff.

78 Vgl. STRAZZER (Fn. 4), S. 114 ff.

79 Bezirksgericht Zürich vom 14.09.2000, E. 2, abgedruckt bei ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar des Willensvollstreckers, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, S. 246 ff.

80 Vgl. OGer. ZH LB 120074 vom 22. Mai 2013.

81 Vgl. dazu MARTIN KARRER, Willensvollstrecker, Haftung, BGE 142 III 9, successio 11 (2017) 54 ff.

82 Vgl. ZAV-Info 2/2012, Juli 2012.

83 Ebenso STRAZZER (Fn. 4), S. 116.



c) BÜRGI führt im OFK-Kommentar aus: «Die Klage gegen den Willensvollstrecker auf Rückerstattung von zu viel bezogenem Honorar basiert auf *ungerechtfertigter Bereicherung* und ist von allen Erben gemeinsam anzustrengen.»⁸⁴ Dies entspricht der Praxis⁸⁵ und herrschenden Lehre.⁸⁶

G. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)

a) Das Kantonsgericht Baselland befasst sich im Urteil 400 16 265 vom 22.11.2016⁸⁷ mit einer Ungültigkeitsklage gegen den Willensvollstrecker und einer damit zusammenhängenden *vorsorglichen Massnahme*. Wenn der Grund für die Absetzung des Willensvollstreckers vom Richter zu beurteilen ist (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), ist dieser (richtigerweise) auch für vorsorgliche Massnahmen zuständig (E. 5). Das Kantonsgericht behandelte den seltenen Fall eines *Irrtums*: Der Erblasser setzte zwei Willensvollstrecker als Interessenvertreter ein, und er befand sich im Irrtum über künftige Ereignisse, weil er den Fall nicht regelte, dass einer der Willensvollstrecker sein Mandat niederlegte. Die Klage scheiterte daran, dass sich nicht alle Erben am Verfahren beteiligten, denn es liegt eine *notwendige Streitgenossenschaft* vor (E. 6).⁸⁸ Eine dagegen eingereichte Beschwerde an das Bundesgericht wurde mit Urteil 5A_54/2017 vom 10.08.2017 abgewiesen, weil der Kläger keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil der vorsorglichen Massnahme darlegen konnte (E. 2.1–2.3).

b) SEILER⁸⁹ führt zur *Aktivlegitimation* des Willensvollstreckers bei der Ungültigkeitsklage aus, dass dieser nur gegen die spätere, ihn absetzende (z.B. ihn nicht mehr erwähnende) oder einschränkende letztwillige Verfügung (z.B. Einsetzung eines zweiten Willensvollstreckers) vorgehen kann,⁹⁰ nicht aber gegen die ihn ernennende,⁹¹ denn er kann die Willensvollstreckung ja ohne Weiteres ablehnen.

Dieser Hinweis ist wichtig, schränkt er doch die Klagemöglichkeiten des Willensvollstreckers ein.⁹² Zur *Passivlegitimation* führt SEILER aus: «Die Ungültigkeitsklage ist insbesondere gegen den Willensvollstrecker zu richten, wenn es um seine Ernennung als Willensvollstrecker, um den Inhalt, den Umfang oder die Dauer seines Amtes geht oder wenn weitere vom Erblasser dem Willensvollstrecker erteilte Befugnisse wegen einer Ungültigerklärung in Frage stehen.»⁹³ Wenn Erben eine Ungültigkeitsklage gegen die letztwillige Verfügung erheben, den Willensvollstrecker aber nicht als Beklagten einbeziehen, bleibt seine Einsetzung bestehen.⁹⁴ Es ist wichtig, dass im Falle der Anordnung einer Willensvollstreckung auch der Willensvollstrecker in den Prozess einbezogen wird.⁹⁵

H. Herabsetzungsklage (Art. 527 ff. ZGB)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_267/2016 vom 18.01.2017 wiederholt, dass sich die *Dauer-Willensvollstreckung* auf die verfügbare Quote beschränkt und sonst herabsetzbar ist.⁹⁶

I. Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB)

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_895/2016 vom 12.04.2017 bestätigt, dass der Willensvollstrecker beim Vorhandensein eines *Interessenkonflikts* nicht als Erbschaftsverwalter eingesetzt wird (Art. 554 Abs. 2 ZGB). Das ist insbesondere der Fall, wenn er Erbe ist und zwischen den Erben ein Konflikt besteht (E. 3.2). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Praxis.⁹⁷

ordnet, ist der Willensvollstrecker nicht zur Ungültigkeitsklage aktivlegitimiert.»

84 Vgl. OFK-BÜRGI (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 7.

85 Vgl. BGer. 5A_705/2015 vom 21.06.2016 E. 6.2–6.3; dazu KARRER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 155 ff.

86 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 27 Fn. 69 m.w.N.

87 Ebenfalls abgedruckt in CAN 2017 Nr. 28.

88 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 29.

89 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 209 ff.

90 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 210: «Die Aktivlegitimation ist generell dann anzunehmen, wenn seine eigene Stellung als Willensvollstrecker durch die mangelhafte Verfügung betroffen ist.»

91 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 212: «Hinsichtlich der Verfügung, welche die Einsetzung des Willensvollstreckers erst an-

92 Vgl. dazu auch KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 29.

93 SEILER (Fn. 3), N 231.

94 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 232.

95 Zur notwendigen Streitgenossenschaft der Erben vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 29.

96 «Es verhält sich nicht anders als im Fall der Anordnung einer Willensvollstreckung auf Lebenszeit des Erben (Urteil 5A_914/2013 vom 4. April 2014 E. 3.4)» (E. 7.1); vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 128.

97 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, hrsg. v. Andrea Büchler und Dominique Jakob, 2. A., Basel 2017 (zit. KUKO ZGB-KÜNZLE), Art. 554 ZGB N 10.

J. Mitteilung der letztwilligen Verfügung (Art. 558 ZGB)

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_839/2016 vom 05.07.2016 entschieden, der Willensvollstrecker sei *nicht berechtigt, Beschwerde* gegen die Anordnung *zu erheben*, dass den Erben alle letztwilligen Verfügungen mitzuteilen seien (E. 2). Es ist zwar richtig, dass nach Art. 557 Abs. 3 ZGB alle letztwilligen Verfügungen zu eröffnen sind und nach Art. 558 Abs. 1 ZGB somit auch den Erben bzw. Vermächtnisnehmern mitzuteilen und dass der Willensvollstrecker kein Beschwerderecht hat, weil ihm dazu das (eigene) Interesse fehlt.⁹⁸ Nicht verständlich ist allerdings, weshalb der Juge de paix als zuständige Eröffnungsbehörde die Mitteilung an den Willensvollstrecker delegieren durfte, zumal das nach herrschender Lehre nicht zulässig ist.⁹⁹

K. Öffentliches Inventar (Art. 580 ff. ZGB)

Im Sachverhalt (A.) des Urteils 5A_548/2016 des Bundesgerichts vom 23.12.2016 ist zu lesen, dass der Willensvollstrecker den *Antrag stellte, einen Nachtrag zum öffentlichen Inventar vorzunehmen*, welcher dann vom zuständigen Notariat auch tatsächlich vorgenommen wurde. Dieses Vorgehen widerspricht sowohl der Praxis¹⁰⁰ als auch der Lehre,¹⁰¹ denn es gehört nicht zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, Forderungen beim öffentlichen Inventar anzumelden.

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

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_298/2016 vom 18.07.2016 eine Beschwerde gegen ein *vorsorgliches Verfügungsverbot* abgewiesen, da kein Nachweis eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils

erbracht wurde (E. 4). Dieser Fall ist die Fortsetzung des Urteils 5A_594/2015 vom 31.08.2015.¹⁰²

b) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2016/1003 vom 19.10.2016 die Verzögerung bei der Inventarerstellung (nacktes Eigentum an einem Schloss), insbesondere hervorgerufen durch den Experten, nicht als Grund für die *Absetzung* eines Willensvollstreckers gesehen. Dieser Entscheid ist nachvollziehbar, da keine grobe Pflichtverletzung vorlag.¹⁰³

c) In der Revision des Erbrechts werden nach *Art. 518 Abs. 4 Vorentwurf* «die Willensvollstrecker der Aufsicht des Gerichts unterstellt». Die Professoren der Universität Bern (WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER)¹⁰⁴ lehnen diesen Vorschlag ab, weil die Dualität des Verfahrens nicht behoben wird (was richtig ist) und weil ein Eingriff in die kantonale Kompetenz ohne triftige Gründe erfolge. Das letzte Argument teile ich nicht, weil die heutige Situation nicht befriedigt, in welcher Behörden, die von komplexen Rechtsfragen überfordert sind, die Entscheidungsfindung und Begründung an einen Rechtsanwalt auslagern.¹⁰⁵ Weiter wird argumentiert, Art. 518 Abs. 1 ZGB verweise auf den Erbschaftsverwalter. M.E. ist beim Willensvollstrecker eine andere Behandlung gerechtfertigt, weil sich bei ihm häufiger komplexere Rechtsfragen stellen als beim Erbschaftsverwalter. Unterstützt wird der Vorschlag von BREITSCHMID¹⁰⁶ mit den Argumenten, der Eingriff in die föderalistische Behördenorganisation sei minimal und er gewährleiste, dass die in der ZPO enthaltenen prozessualen Grundsätze einheitlich angewendet werden. Er hält auch den Dualismus des Verfahrens weiterhin für sinnvoll: «im Grunde geht es darum, Fälle «klaren Rechts» im niederschwelligeren Aufsichtsverfahren zu identifizieren und rasch einer Lösung zuzuführen, was etwa auch bei offensichtlichen Interessenkollisionen wichtig ist, die sich u.U. ja erst in der Art der Mandatsausübung konkretisieren und gar nicht mehr im Wege einer Anfechtungsklage namhaft gemacht werden

98 Zur Notwendigkeit eines Interesses vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 557 ZGB N 17.

99 Vgl. FRANK EMMEL, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-EMMEL), Art. 558 ZGB N 13; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 558 ZGB N 7; KUKO ZGB-KÜNZLE (Fn. 97), Art. 558 ZGB N 7.

100 Vgl. BGE 110 II 228 E. 2.

101 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 106.

102 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 41.

103 Die Absetzung setzt eine grobe Pflichtverletzung voraus, vgl. BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 518 ZGB N 97.

104 Vgl. WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER (Fn. 4), AJP 25 (2016) 1426.

105 Dies trifft etwa auf den in verschiedenen Kantonen zuständigen Gemeinderat zu.

106 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 4), S. 235 ff.



können». Dieser Ansicht stimme ich zu. Schon nach heutigem Recht muss es möglich sein, dass die Aufsichtsbehörde, welche sich mit Pflichtverletzungen des Willensvollstreckers befasst, auch offensichtliche (klare) Interessenkollisionen behandelt. Dies stellt eine Differenzierung gegenüber meiner bisher vertretenen Ansicht dar, wonach nicht nur die vom Erblasser geschaffene, sondern auch die vom Willensvollstreckter verursachte Interessenkollisionen vom Gericht zu behandeln sind.¹⁰⁷ JENT-SØRENSEN/ENGLER drücken es etwas anders aus: «Die tatsächliche konkrete Tätigkeit des Willensvollstreckers kann im aufsichtsrechtlichen Verfahren immer geprüft werden»¹⁰⁸ mit Verweis auf PF130013¹⁰⁹ und PF150068.¹¹⁰ Eine vergleichbare Abstufung wird übrigens bei der Auskunft gemacht, wo einfache Fälle im summarischen Verfahren (von der Aufsichtsbehörde), komplexe Fragestellungen dagegen im ordentlichen Verfahren (vom Gericht) zu behandeln sind.¹¹¹

d) JENT-SØRENSEN/ENGLER¹¹² berichteten an einer Weiterbildungsveranstaltung des Zürcher Anwaltsverbandes über die Praxis des Zürcher Obergerichts als Aufsichtsbehörde über den Willensvollstreckter und publizierten diese Erkenntnisse danach.¹¹³

Zum *Verfahren* führen sie aus, dass im Kanton Zürich in erster Instanz das Einzelgericht im summarischen Verfahren zuständig ist (Art. 139 und Art. 142a GOG). Dieses führt kein «eigentliches» Beschwerdeverfahren durch. In zweiter Instanz ist das Obergericht zuständig und zwar die II. Zivilkammer (Art. 48 GOG). Seit 2011 wurden beim Obergericht 18 Rechtsmittelverfahren anhängig gemacht. Anzeigen, welche nicht zur Beschwerde legitimierte Personen einreichen könnten (Art. 139 Abs. 2 GOG), gibt es in der Praxis keine.¹¹⁴ Bei Be-

schwerdeanträgen werden für Laien herabgesetzte Anforderungen gestellt,¹¹⁵ was richtig ist, häufig aber dennoch nicht zum Erfolg führt. Die Ermittlung des Sachverhalts erfolgt grundsätzlich von Amtes wegen (Art. 83 Abs. 2 GOG), aber die Beteiligten haben weitgehende Mitwirkungspflichten (Art. 55 Abs. 2, Art. 247 Abs. 2 und Art. 255 ZPO).¹¹⁶ Es handelt sich um einen vermögensrechtlichen Streit,¹¹⁷ dessen Streitwert sich am Nachlasswert und an der Höhe des Willensvollstreckterhonorars orientiert, häufig aber nicht konkret festgelegt wird.¹¹⁸ Vom Spektrum der möglichen Massnahmen, welche die Aufsichtsbehörde unabhängig von Anträgen anordnen kann,¹¹⁹ kommen Ermahnung, Weisungen und Verweis, aber auch die Absetzung häufiger vor, während die Androhung einer Bestrafung (Art. 292 StGB) selten ist¹²⁰ und eine Ordnungsbusse offenbar kaum je ausgesprochen wird.¹²¹ Die Aufsichtsbehörde darf auch materiell-rechtliche Vorfragen behandeln,¹²² diese Ergebnisse sind allerdings für den Richter nicht bindend.¹²³ Die Rechtsmittel werden im Entscheid PF130013¹²⁴ näher behandelt: Trotz Anwendung der ZPO handelt es sich um kantonales Verfahrensrecht,¹²⁵ und der Rechtsweg richtet sich deshalb nicht nach der ZPO (Art. 308 und 319), sondern nach dem GOG

107 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 454 und 532; anders das Bundesgericht (BGer. 5A_414/2012 vom 19.10.2012; BGE 90 II 376 E. 5), welches nur die vom Erblasser verursachte Interessenkollision vom Gericht beurteilen lassen will; nochmals anders BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 104, welche für alle Verfahren die Aufsichtsbehörde für zuständig halten.

108 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 6.

109 Vgl. OGer. ZH PF130013 vom 23.12.2013 E. 7.

110 Vgl. OGer. ZH PF150068 vom 29.01.2016 E. 2.3 und 4.3.

111 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 221.

112 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 1 ff.

113 Vgl. THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen Verfahrens», SJZ 113 (2017) 421 ff.

114 Die Aufsichtsbehörde kann in diesen Fällen von Amtes wegen tätig werden, vgl. dazu BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 98.

115 Vgl. etwa OGer. ZH PF14001 vom 20.01.2014 mit Verweis auf PF110034 vom 22.08.2011.

116 Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 423: eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz.

117 Vgl. BGE 135 III 578 E. 6.

118 Vgl. OGer. ZH PF140001 vom 20.01.2014 E. IV. 1 («jedenfalls bedeutend») Dispositiv Ziff. 6 («übersteigt CHF 30000»).

119 Vgl. OGer. ZH NL100014 vom 01.03.2010.

120 Vgl. OGer. ZH PF160007 vom 31.05.2016.

121 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 8.

122 Vgl. OGer. ZH PF120062 vom 05.02.2013 E. 2.4 (Beendigung der Willensvollstreckung).

123 Ebenso BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 595 ZGB N 22.

124 Vgl. OGer. ZH PF130013 vom 23.12.2013 E. II. 2.–7.; bestätigt für den Erbenvertreter durch OGer. ZH LF160043 vom 21.09.2016 E. II. 2.

125 Vgl. OGer. ZH PF130013 vom 23.12.2013 E. II. 5.2 mit Verweis auf Art. 595 Abs. 3 i.V.m. Art. 54 SchlT; a.M. 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 Bestimmungen über die Aufsichtsbeschwerde gemäss § 82 ff. GOG/ZH nicht ergänzend anwendbar.»

(§ 84 GOG),¹²⁶ und somit steht eine Beschwerde und keine Berufung als Rechtsmittel zur Verfügung. Diese Begründung ist einleuchtend¹²⁷ und meine frühere Kritik¹²⁸ somit hinfällig. Es wäre allerdings zu wünschen, dass sich die Rechtsmittel für derart wichtige Verfahren aus dem Gesetzestext ergeben und nicht durch komplizierte Überlegungen erarbeitet werden müssen. Vor der zweiten Instanz (dem Obergericht) gilt ein Novenverbot.¹²⁹

Praktisch relevante *Themen der Aufsichtsbeschwerden* sind die Information und Dokumentation sowie Interessenkonflikte.¹³⁰ Bei längeren Mandaten darf ein jährlicher Rechenschaftsbericht erwartet werden.¹³¹ Dass höhere Anforderungen an die periodische Rechenschaft gestellt werden können, wenn der Willensvollstrecker Erbe ist,¹³² kann ich nicht unterstützen. «Die Schwelle für einen beachtlichen Interessenkonflikt ist in der Praxis sehr hoch.»¹³³

e) Seit vielen Jahren wird diskutiert, ob der Willensvollstrecker bei der Aufsichtsbehörde *Anfragen* durchführen könne. LOGOZ¹³⁴ schreibt dazu: «Pour certains auteurs, l'exécuteur testamentaire peut lui-même saisir l'autorité pour lui demander des instructions ... Son principe a été indirectement admis par le Tribunal fédéral qui a reconnu qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'exécuteur testamentaire qui, placé devant un choix délicat, sollicite l'accord de l'autorité de surveillance et exécute ponctuellement les instructions de cette autorité» (mit Verweis auf BGE 101 II 47 E. 3). ENGLER/JENT-SØRENSEN sind anderer Ansicht, nämlich dass der Willensvollstrecker die Entscheide selber treffen müsse und die Verantwortung nicht auf die Aufsichtsbehörde abschieben könne.¹³⁵ Es ist somit zu be-

fürchten, dass solche Anfragen von den Aufsichtsbehörden nicht beantwortet werden.

f) Im Aufsichtsverfahren über den Willensvollstrecker gibt es nach STAEHELIN/SCHWEIZER¹³⁶ *keine Nebenintervention*: Während die materiell berechtigte Person (der Erbe) im Prozess des Prozessstandschafters (Willensvollstreckers) als Nebenintervenient auftreten kann, gilt dies im Aufsichtsverfahren nicht, «da kein Zivilprozess vorliegt und deshalb die ZPO nicht anwendbar ist». Eine Nebenintervention ist insofern nicht notwendig, als die Aufsichtsbehörde die Erben im summarischen Aufsichtsverfahren regelmässig einbindet.

M. Aufsicht über Rechtsanwälte (Art. 12 f. BGFA)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_1086/2016 vom 10.05.2017¹³⁷ entschieden, dass die *Willensvollstrecker-Tätigkeit eines Anwalts der anwaltlichen Aufsicht unterstehe* (E. 2.1).¹³⁸ Es stellt eine Pflichtverletzung dar, wenn ein Anwalt innert 7 Monaten nach einem rechtskräftigen Urteil keine freiwillige Rückzahlung von zu Unrecht aus dem Nachlass bezogenen Kosten und Willensvollstreckerhonoraren leistet (E. 2.2). Die Einwendungen gegen weitere Pflichtverletzungen (die Auskunft müsste in der Kanzlei geltend gemacht werden und es gebe keine unterjährige Rechenschaftspflicht) waren untauglich (E. 4.3).

b) Das Bundesgericht hat im Urteil BGE 142 III 307 (2C_586/2015 vom 09.05.2016) im Zusammenhang mit einem Honorarstreit eines verstorbenen Rechtsanwalts ausgeführt, dass eine *Entbindung des Willensvollstreckers und Rechtsanwalts vom Anwaltsgeheimnis* nur dann erfolgen dürfe, wenn der Willensvollstrecker einen Kostenvorschuss verlangt habe oder darlege, warum es nicht möglich war, einen Kostenvorschuss zu verlangen (E. 4.3.3). STAEHELIN bestätigt, dass es in diesem Fall sinnvoll sei, einen Rechtsanwalt als Willensvollstrecker einzusetzen (vgl. E. 3.2.2), weil der Anspruch sonst nicht weiter verfolgt werden kann,¹³⁹ er kritisiert aber zu Recht,

126 Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 423.

127 Ebenso PETER REETZ, Kommentar zu Art. 309 ZPO, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 309 ZPO N 53.

128 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 137 und *successio* 8 (2014) 137.

129 Vgl. OGer. ZH PF 130006 vom 22.04.2013 E. 2 (mit Verweis auf PS110019 vom 21.02.2011) und PF130013 vom 23.12.2013 E. 8.3.

130 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 2 ff.

131 Vgl. OGer. ZH NL 070078 vom 04.10.2007.

132 So offenbar Bezirksgericht Bülach EA120001 vom 11.01.2013 (unpubliziert).

133 ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 430, mit Verweis auf OGer. ZH NL 070078 vom 04.10.2007 E. III. 3.6.

134 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), N 79.

135 Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 428.

136 Vgl. STAEHELIN/SCHWEIZER (Fn. 4), Art. 74 ZPO N 28.

137 Vorinstanz: VGer. Zürich VB.2016.00288 vom 06.10.2016.

138 Siehe auch CHAPPUIS (Fn. 4), S. 187.

139 Vgl. STAEHELIN (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 19 (2016) 396.



dass es für Anwälte keine Pflicht zur Erhebung eines Kostenvorschusses gebe.¹⁴⁰

N. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)

a) WOLF/BRAZEROL¹⁴¹ äussern sich zu der seit Längerem diskutierten Frage, ob der *Willensvollstrecker zur Teilungsklage legitimiert* sei und *verneinen* dies. Zur Begründung geben sie an, dass im Gesetz und in den Materialien keine Basis dafür vorhanden sei. Zudem widerspreche es dem individuellen Teilungsanspruch jedes Erben nach Art. 604 Abs. 1 ZGB. Der Willensvollstrecker solle den nicht teilungswilligen Erben keine (kostspielige) Erbteilung aufzwingen können (*nemo invitus agere cogitur*), auch nicht *de lege ferenda*.¹⁴² Eine Ausnahme besteht nur, wenn der Erblasser Erbe in einem anderen Nachlass war, dann kann der Willensvollstrecker in diesem Nachlass (quasi als Erbe) die Erbteilung verlangen. Ich stimme dieser Ansicht zu, obwohl ich in früheren Stellungnahmen *de lege ferenda* die Aktivlegitimation bejaht habe,¹⁴³ weil der Willensvollstrecker nicht Partei für die teilungswilligen Erben ergreifen sollte (damit verletzt er seine Neutralität)¹⁴⁴ und weil das Primat¹⁴⁵ für den Entscheid über die Teilung oder Nichtteilung bei den Erben liegt und nicht beim Erblasser (dessen letzten Willen der Willensvollstrecker umsetzt).

O. Schätzungsverfahren (Art. 618 ZGB)

a) Das Kantonsgericht Luzern hat im Urteil 1B 15 62 vom 04.07.2016¹⁴⁶ festgehalten, dass der Willensvollstrecker befugt sei, Nachlassliegenschaften durch die in Art. 618 ZGB vorgesehene Amtsstelle vor-

prozessual schätzen zu lassen.¹⁴⁷ Dieses Gutachten ist «als verbindliches Gutachten gemäss Art. 618 ZGB zu qualifizieren. Dieses unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung» (E. 5.1.2).¹⁴⁸

b) Nach dem Verwaltungsgericht Graubünden (Urteil U 16 7 vom 26.04.2016) ist der Erbe, welcher berechtigt ist, eine Liegenschaft aus dem Nachlass zu übernehmen, nicht (allein) zur *Beschwerde gegen die vom Willensvollstrecker veranlasste Schätzung* legitimiert, sondern nur alle Erben gemeinsam (E. 3c). Angesichts der Tatsache, dass ein Erbe, welcher berechtigt ist, die Liegenschaft zu übernehmen, selbstständig eine solche Schätzung beantragen kann,¹⁴⁹ ist nicht einzusehen, weshalb man ihm (dem künftigen Eigentümer) durch eine wörtliche Auslegung des Ausdrucks «Eigentümer» in Art. 13 Schätzungsgesetz die Beschwerde verweigern sollte. Dieser Entscheid befriedigt nicht.

P. Erbteilung (Art. 634 ZGB)

a) Das Bundesgericht führt im Urteil 5A_37/2016 vom 12.9.2016 aus, wenn ein Erbe *eine vom Willensvollstrecker vorbereitete Erklärung unterzeichne*, wonach eine Testamentsklausel eine Teilungsvorschrift darstelle, so sei das noch kein Erbteilungsvertrag, und schon gar kein Verzicht auf ein Legat (E. 3).¹⁵⁰ Es empfiehlt sich für den Willensvollstrecker, immer klarzustellen, dass Erklärungen der Erben erst dann verbindlich sind, wenn alle Erben den als solchen bezeichneten Erbteilungsvertrag unterzeichnet haben.¹⁵¹

140 Vgl. STAEHELIN (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 19 (2016) 393; ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, *Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Kostenvorschuss* AJP 26 (2017) 621 ff., weist darauf hin, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung in zwei späteren Entscheiden (BGer. 2C_215/2015 vom 16.06.2016 und BGer. 2C_704/2016 vom 06.01.2017) etwas abgeschwächt hat; die grundsätzliche Kritik aber bleibt (623 ff. m.w.N. in Fn. 4).

141 Vgl. WOLF/BRAZEROL (Fn. 4), AJP 25 (2016) 1432.

142 Anders LEU (Fn. 4), S. 168.

143 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 324.

144 Zur Neutralität des Willensvollstreckers vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7) Art. 517–518 ZGB N 302 mit Verweis auf Rep. 1943, 467: «un gestore imparziale».

145 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 310 f.

146 KGer. LU 1B 15 62 vom 04.07.2016 = CAN 2017 Nr. 23 = LGVE 2016 I Nr. 18.

147 KGer. LU 1B 15 62 vom 04.07.2016 E. 5.1.2: «Nach § 81 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB; SRL 200) erfolgt diese Schätzung nach den Vorschriften des kantonalen Schätzungsgesetzes vom 27. Juni 1961 (SchG; SRL 626). Dafür zuständig ist nach § 29 SchG die Abteilung Immobilienbewertung der Dienststelle Steuern des Kantons Luzern.»

148 Ebenso THOMAS WEIBEL, *Kommentar zu Art. 602–628 ZGB*, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. *Prax-Komm-WEIBEL*), Art. 618 ZGB N 9.

149 Vgl. *PraxKomm-WEIBEL* (Fn. 148), Art. 618 ZGB N 5; OGer. ZH ZR 1973 Nr. 43 E. 3.

150 Im Originalwortlaut: «basti considerare che una dichiarazione redatta dall'esecutore testamentario e firmata dagli eredi secondo la quale una determinata clausola testamentaria vada intesa come semplice norma di divisione non costituisce ancora un contratto di divisione, ed ancor meno una rinuncia al legato».

151 Vgl. dazu LORENZ BAUMANN, *Geteilt – oder noch nicht geteilt?*, *successio* 9 (2015) 96 ff.

b) Das Obergericht Zürich hat im (strafrechtlichen) Entscheid UE140265 vom 16.02.2015 festgehalten, dass der Willensvollstrecker nicht befugt sei, die Teilung selbstständig zu verfügen, d.h. ohne die Zustimmung sämtlicher Erben durch einseitigen Realakt verbindlich zum Abschluss zu bringen (E. 2.1. b). Die sog. «neue Zürcher Praxis» gibt es nicht mehr.¹⁵²

c) LEU¹⁵³ empfiehlt, die *Schätzer* wenn möglich mit schriftlichem Einverständnis aller Erben zu bestimmen, allenfalls ein Schiedsgutachten einzuholen. Dieser Hinweis ist für die Praxis sehr wichtig. Wenn es gelingt, die Zustimmung aller Erben für das einzuhaltende Verfahren zu erhalten, stehen die Chancen gut, dass die Schätzung von ihnen auch akzeptiert wird. LEU¹⁵⁴ weist darauf hin, dass für bestimmte Gegenstände nur eine beschränkte Anzahl Schätzer vorhanden sind (z.B. für die Echtheit von Kunstwerken oder Altlasten bei Grundstücken). Diese sollten mit Vorsicht eingesetzt werden, weil sie sonst bei späterem Gerichtsverfahren nicht mehr zur Verfügung stehen.

d) ELMIGER schreibt: «Teilungsvorschriften des Erblassers treten hingegen hinter der Einigung der Erben zurück, wobei Letzteres bei Einsetzung eines Willensvollstreckers umstritten ist (von der herrschenden Lehre jedoch bejaht wird).»¹⁵⁵ Ich würde dies eher so beschreiben, dass die ältere Lehre noch anderer Ansicht war, während die jüngere Lehre fast einstimmig den Erben zugesteht, dass sie Teilungsvorschriften des Erblassers durch eine nachfolgende Einigung der Erben beseitigen können, auch bei Vorhandensein eines Willensvollstreckers. Weiter führt ELMIGER aus: «Die Behörde, welche auf Verlangen eines Erben die Losbildung nach Art. 611 Abs. 2 ZGB vorzunehmen hat, und der Willensvollstrecker haben nach herrschender Lehre keine hoheitlichen Teilungskompetenzen».¹⁵⁶ Dieser Aussage kann ich zustimmen.¹⁵⁷

Q. Haftung (-)

a) Der wichtigste Entscheid des Bundesgerichts in der Berichtsperiode ist das Urteil 4A_280/2016

152 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 319.

153 Vgl. LEU (Fn. 4), S. 143 ff.

154 Vgl. LEU (Fn. 4), S. 148 f.

155 Vgl. ELMIGER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 109.

156 Vgl. ELMIGER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 114.

157 Die «neue Zürcher Praxis» gilt nicht mehr, vgl. dazu vorne, Fn. 152.

vom 10.10.2016,¹⁵⁸ in welchem es um die Haftung für *pflichtwidrige Anlage in Optionen* ging. Das Bundesgericht führte aus: Der Willensvollstrecker muss «nach den Umständen eine andere Anlagestrategie wählen, als sie der Erblasser verfolgte» (E. 3.1). Diese Aussage ist richtig, sie gilt aber nur (was das Bundesgericht nicht erwähnt), weil es sich vorliegend um eine Dauerwillensvollstreckung handelt (bei der Abwicklungs-Willensvollstreckung könnte man die Strategie des Erblassers bis zur [baldigen] Verteilung fortsetzen).¹⁵⁹ Man stellt mit Erstaunen fest, dass das Bundesgericht (entgegen seiner sonstigen Praxis) auf jegliches Literaturzitat verzichtet und nur eigene Entscheide zitiert, obwohl gerade diese Fragestellung von ihm in der bisherigen Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht behandelt wurde. Zum Inhalt der Anlagestrategie führt das Bundesgericht aus: «Namentlich wenn eine Neuanlage oder die Liquidation gewisser Bestandteile des Vermögens erforderlich ist, muss der Willensvollstrecker eine konservative Anlagestrategie wählen» (E. 3.1).¹⁶⁰ Diese Ausführungen sind im vorliegenden Fall zutreffend, aber nur (was nicht erwähnt wird), weil es sich um die Anlage für einen minderjährigen Erben handelt. Allgemein kann gesagt werden, dass sich die Anlagestrategie an der Risikofähigkeit des jeweiligen Erben ausrichten muss.¹⁶¹ Eine Pflichtverletzung lag vor, da sogar ein höheres Risiko eingegangen wurde als seinerzeit bei der Verwaltung des Vermögens für den Erblasser.¹⁶² Ein Haftungsausschluss im Vertrag mit der Erblasserin wird nach dem Bundesgericht nicht auf die Willensvollstreckung übertragen (E. 3.3). Die Begründung liegt darin, dass dieser Vertrag zwar auf die Erben übertragen wurde (Art. 560 ZGB), die Verwaltung des Vermögens durch den externen Vermögensverwalter aber durch die Willensvollstreckung abgelöst wurde, bei welcher sich die Haftung (analog) nach Art. 398 ff. OR richtet.¹⁶³

158 Auch abgedruckt in HAVE 2017, 85; Vorinstanz: OGer. ZH LB150026 vom 15.03.2016; weiter vgl. SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/THIRZA DÖBELI/LEANDRO LEPORI, *Das schweizerische Bankprivatrecht* 2016, SZW 89 (2017) 233 f.

159 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 176 ff. und 165 ff.

160 Ähnlich heisst es in E. 3.2: «grundsätzlich im Rahmen der Willensvollstreckung ohnehin gebotenen konservativen Anlagestrategie».

161 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 177.

162 Vgl. die Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid, OGer. ZH LB150026 vom 15.03.2016 E. 8.

163 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 103), Art. 518 ZGB N 102.



b) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_290/2016 vom 30.03.2017¹⁶⁴ zur Haftung des Willensvollstreckers für eine *fehlende Partizipation der Erben an der Wertsteigerung* eines Nachlassgutes Stellung bezogen¹⁶⁵ und dies als Pflichtverletzung beurteilt (E. 2.4.3). Wenn mehrere Begünstigte (Erben und Vermächtnisnehmer) an einem Nachlassgut beteiligt sind, hat der Willensvollstrecker bei der Ausrichtung des Vermächtnisses dafür zu sorgen, dass der Mehrwert verteilt wird¹⁶⁶ und nicht nur den Vermächtnisnehmern zukommt.¹⁶⁷ Bei dieser Haftung gilt die übliche Beweislastverteilung.¹⁶⁸

c) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil UE140265 vom 16.02.2015 mit der Frage befasst, ob *ein einzelner Erbe legitimiert* sei, die Haftung des Willensvollstreckers geltend zu machen, und kommt zum Schluss, dass diese Frage noch nicht abschliessend geklärt sei: «In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht diese Frage offen gelassen (BGer vom 26. April 2013 [5A_881/2012], E. 4.3.). ... In der Literatur wird diese Frage kontrovers diskutiert ... Während ein Teil der Lehre die Auffassung vertritt, jeder Erbe sei einzeln zur Geltendmachung des Anspruchs legitimiert, die Klage müsse indessen auf Leistung an die Erbengemeinschaft gerichtet werden (KARRER... KÜNZLE...), befürwortet die herrschende Lehre ... eine differenzierende Betrachtung, je nachdem in wessen Rechtssphäre sich der Schaden realisiert hat (...), sie verlangt also eine gemeinsame Klage der Erben, wenn der Schaden im noch unverteilten Nachlass eingetreten ist. Diese Darstellung, welche sich hauptsächlich auf Literatur zu Art. 602 ZGB stützt, übersieht, dass sowohl

BREITSCHMID/KAMP¹⁶⁹ als auch WOLF/GENNA¹⁷⁰ sich klar für eine Klagelegitimation des einzelnen Erben ausgesprochen haben, jeweils mit dem Hinweis, dass kein gesamthandschaftlicher Anspruch vorliege. Das Bundesgericht hat die Klagelegitimation in BGE 101 II 47 E. 1 untersucht und dabei ebenfalls die einzelnen Erben betrachtet, ohne auf eine notwendige Streitgenossenschaft hinzuweisen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Klagelegitimation der einzelnen Erben herrschende Meinung in Lehre und Praxis ist. Noch nicht restlos geklärt ist, ob (vor Durchführung der Erbteilung) an den Erben oder an die Erbengemeinschaft¹⁷¹ zu zahlen ist.

d) Das Bezirksgericht Winterthur hat im (nicht veröffentlichten) Entscheid FV160015 vom 10.03.2017 zur *Legitimation von mehreren Vermächtnisnehmern* Stellung genommen: Wenn ein Vermächtnis an mehrere Personen gemeinsam ausgerichtet wird, bilden diese eine Streitgenossenschaft und können nur gemeinsam vom Willensvollstrecker Schadenersatz verlangen (E. 1–4; Streit zwischen zwei Vermächtnisnehmern über einzelne Gegenstände). Diesem Entscheid kann ich nicht zustimmen: Nicht nur (wie gerade gesehen) jeder Erbe,¹⁷² sondern auch jeder Vermächtnisnehmer kann einzeln den Willensvollstrecker haftbar machen.¹⁷³

e) ITEN beschreibt die Haftung des Willensvollstreckers gegenüber Erben, Vermächtnisnehmern und Erbschaftsgläubigern: Wenn der Willensvollstrecker gegenüber *Vermächtnisnehmern und Nachlassgläubigern* Pflichtverletzungen begeht, können diese den Willensvollstrecker erst belangen, nachdem sie erfolglos versucht haben, ihren Anspruch gegen-

164 Siehe dazu auch ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2017, BN 2017, 146.

165 «Nella fattispecie, è litigiosa esclusivamente la questione della violazione dei doveri di esecutrice testamentaria da parte della ricorrente, per avere escluso gli oppositori (eredi di E.) dall'aumento di valore della successione intervenuto dopo l'apertura della stessa» (E. 2.3).

166 Zum Vorgehen bei unklaren Situationen vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 293.

167 Die Haftung basiert unter anderem darauf, dass der Willensvollstrecker bei der Ausrichtung der Vermächtnisse selbstständig handelt und keine Zustimmung der Erben benötigt, vgl. dazu PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 103), Art. 518 ZGB N 67.

168 «Spetta agli eredi che si reputano lesi dimostrare che l'esecutore testamentario ha disatteso i propri doveri, nonché comprovare l'esistenza del danno e del nesso causale. Incombe per contro all'esecutore testamentario dimostrare l'assenza di una sua colpa» (E. 2.2).

169 Vgl. PETER BREITSCHMID/ANNASOFIA KAMP, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 110 (2014) 131, mit der Begründung: «da bzgl. der Geltendmachung etwa von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen einen erbrechtlichen Mandatsträger nicht mehr ein gesamthandschaftlich zu verachtender erbrechtlicher Anspruch im Streit liegt».

170 Vgl. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1: Erbrecht, 1. Teil, Basel 2012, S. 351: «Jeder Erbe ... ist je einzeln zur Verfolgung des Haftungsanspruchs aus der vertragsanalogen Verschuldenshaftung gegen den Willensvollstrecker aktiv legitimiert. Der entsprechende Anspruch steht mithin nicht dem Nachlass als solchem zu, sondern nur den konkret geschädigten Erben...».

171 Dieser Ansicht hat sich auch DANIEL ABT, Ansprüche der Erben bezüglich Willensvollstreckerhonorar werden (sehr) kritisch beurteilt, dRSK publiziert am 08. Juli 2013, N 15, angeschlossen.

172 Vgl. vorne, Q. c).

173 Ebenso WOLF/GENNA (Fn. 170), S. 351; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 113.

über den Erben durchzusetzen, weil der Schaden erst dann feststeht.¹⁷⁴

R. Besitz (Art. 919 ZGB)

STARK-LINDENMANN¹⁷⁵ befassen sich mit der *Herausgabe von Nachlassgegenständen*: «Bei Streit zwischen dem Willensvollstrecker und den Erben kann der Erstere die Erbschaftssachen nach ZR 15 Nr. 122 nicht direkt vom unselbständigen unmittelbaren Besitzer herausverlangen, sondern muss seinen Anspruch gegen die Erben durchsetzen. Er richtet sich auf Einräumung des unselbständigen Besitzes».¹⁷⁶ In der Praxis ist es allerdings so, dass der Willensvollstrecker den Besitz häufig nicht braucht, um seine Aufgaben erfüllen zu können, und ihn den Erben überlassen kann.¹⁷⁷

S. Internationales Privatrecht (IPRG)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_612/2016 vom 01.03.2017 mit einer *stillschweigenden Rechtswahl* befasst, diese im vorliegenden Fall aber verneint, obwohl das Testament in der Schweiz erstellt wurde und schweizerische Institute (u.a. die Willensvollstreckung) erwähnt werden, «pour le motif déjà que le testament a été rédigé à une époque où son auteure était domiciliée en Suisse (1989), situation qui rendait inconcevable l'hypothèse d'une «élection» de for et de droit» (E. 4.3; Art. 87 und Art. 90 IPRG). Heute gehört es zur «guten Ordnung», dass der Erblasser auch bei einem schweizerischen Wohnsitz die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in der letztwilligen Verfügung bestimmt, insbesondere wenn aufgrund des Nachlassgutes (oder der Staatsangehörigkeit) ein Auslandsbezug besteht, welcher nach anderen Rechtsordnungen (insbesondere Art. 10 EU-ErbVO) zu Anknüpfungen im Ausland führen kann.¹⁷⁸

b) Das Obergericht Zug hat sich im Urteil vom 12.02.2016¹⁷⁹ mit der *vorfrageweisen Klärung der Aktivlegitimation des Willensvollstreckers* bei einer Vertragsklage zu befassen: Der Erblasser hatte schwedisches Recht gewählt (Art. 90 Abs. 2 IPRG), der Nachlass wurde in Schweden eröffnet und ein Nachlassverwalter eingesetzt, welchem in der Schweiz ein Willensvollstreckerzeugnis aufgestellt wurde (E. 3.2). Nachdem der Nachlassverwalter des Amtes enthoben wurde, erfolgte auch ein Widerruf des Willensvollstreckerzeugnisses (E. 3.2). Die Anwendung des schwedischen Erbrechts auf diese Vorfrage¹⁸⁰ ist nicht zu beanstanden.

c) Im Rahmen der Revision von Art. 86–96 IPRG¹⁸¹ wird Art. 92 Abs. 2 IPRG geändert werden. Nach jetzigem Stand der Revisionsarbeiten lautet der Text wie folgt: «Die Durchführung der einzelnen Massnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde. Diesem Recht unterstehen namentlich die sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung mit Einschluss der verfahrensrechtlichen Aspekte der Nachlassverwaltung oder Willensvollstreckung sowie der Frage der Berechtigung des Nachlassverwalters oder Willensvollstreckers am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber.» (Unterstreichung = Änderung). Die Anwendung des Eröffnungsstatuts auf den Willensvollstrecker soll damit auf die verfahrensrechtlichen Aspekte eingeschränkt werden, wie das in der Lehre vorgeschlagen wird.¹⁸² Zu Einzelheiten vgl. den nächsten Abschnitt.

174 Vgl. ITEN (Fn. 4), TREX 2017, 79.

175 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN (Fn. 3), Art. 919 ZGB N 138.

176 Ebenso PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 103), Art. 518 ZGB N 23.

177 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 23.

178 Zu Einzelheiten vgl. den Mitte 2018 erscheinenden Zürcher Kommentar: HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, Zürich 2018, Vorbem. zu Art. 86–96 IPRG N 166, Art. 87 IPRG N 24 und Art. 90 IPRG N 16 ff.

179 Vgl. ZGGVP 2016, 232.

180 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 92 ff.

181 Das Bundesamt für Justiz arbeitet an einem Vorentwurf für Art. 86–96 IPRG und wird dabei begleitet von einer Expertengruppe, bestehend aus Prof. Andrea Bonomi (Universität Lausanne), Dr. Alessandra Ceresoli (Erbschaftsamt Basel), Prof. Barbara Graham-Siegenthaler (Universität Luzern), Dr. Kinga M. Weiss (Walder Wyss AG; Zürich) und dem Autor.

182 Ausgangspunkt dieser Entwicklung war ANTON HEINI, Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 92 IPRG N 10 und 22; ihm folgten unter anderem ANDREAS BUCHER, Das neue internationale Erbrecht, ZBGR 69 (1988) 154, ANTON SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt, Anton Schnyder und Stephen Berti, 3 A., Basel, 2013, Art. 92 IPRG N 5 und 8 sowie BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 14; ich habe diese Idee weiter entwickelt, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 74 f.



d) Im Rahmen des 1. schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertags an der Universität Zürich¹⁸³ habe ich mich mit der *Abgrenzung des Erb- und Eröffnungsstatuts* beim Willensvollstrecker befasst: Zum Eröffnungsstatut (Art. 92 Abs. 2 IPRG) gehören (1) Form und Frist der Annahme durch den Vollstrecker, (2) Entgegennahme der Annahme durch die Behörde und Ausstellung des Vollstreckerzeugnisses, (3) Aufsicht (Art. 518 i.V.m. Art. 554 und 595 ZGB) inkl. Verfahren der Absetzung und des Ersatzes, (4) Örtlicher Umfang der Befugnisse (In- und Ausland), (5) Verhältnis zu den Gläubigern und zu anderen Dritten und (6) Vorsorgliche Massnahmen. Zum Erbstatut gehören (1) Zulässigkeit (ob überhaupt ein Vollstrecker ernannt werden kann), (2) Person des Ernennenden (Erblasser/Dritter), (3) Person des Vollstreckers, (4) Form der Ernennung (in der letztwilligen Verfügung/im Erbvertrag), (5) Inhalt und Wirkung der Annahme der Vollstreckung, (6) Aufgaben des Vollstreckers (Rechte und Pflichten), (7) Zulässige Dauer der Vollstreckung, (8) Möglichkeit des Widerrufs/der Absetzung/des Ersatzes des Vollstreckers.

e) MAYER¹⁸⁴ befasst sich mit dem *Zusammenspiel des auf einen Trust anwendbaren Rechts* (welcher vom HTÜ bzw. Art. 149a ff. IPRG geregelt wird) mit dem auf das Testament anwendbaren Recht, welches seine Errichtung letztwillig verfügt (und Art. 86 ff. IPRG untersteht). Das auf den Trust anwendbare Recht kommt selbst dann zur Anwendung, wenn ein Trustee eingesetzt wird, welcher Funktionen eines Willensvollstreckers erfüllt. Soweit dies aber als unzulässige Umgehung des materiellen Erbrechts angesehen wird, kann die letztwillige Verfügung in eine Willensvollstreckung umgedeutet werden.¹⁸⁵

T. Steuern

a) Das Bundesgericht hat in mehreren Urteilen¹⁸⁶ zugelassen, dass der Willensvollstrecker in *Sachen Staats- und Gemeindesteuern Beschwerde* erhob. Dabei handelte es sich um eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG i.V.m. Art. 73 StHG). Der Willensvollstrecker handelte dabei als Prozess-

standschafter.¹⁸⁷ Offengelassen wurde, wie weit eine Beschwerde des Willensvollstreckers eine selbstständige Beschwerde der Erben verdrängt.¹⁸⁸

b) Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-977/2016 vom 28.06.2016 die *Beschwerde* eines Willensvollstreckers in Sachen *Mehrwertsteuer* (Einfuhr von geerbten Kunstwerken) entgegengenommen. Dies entspricht der bisherigen Praxis¹⁸⁹ und Lehre.¹⁹⁰

c) MALLA¹⁹¹ befasst sich mit der Rechtsstellung des Willensvollstreckers im Steuerrecht. Sie kommt zu folgendem Schluss: «Bei der Bestimmung der Aufgaben und Kompetenzen des Willensvollstreckers im Steuerrecht ist, soweit das Steuerrecht selbst keine Besonderheiten vorsieht, von dem Tätigkeitsbereich auszugehen, den ihm das Privatrecht verleiht.»¹⁹² «Die Behandlung von *Erbschaftssteuern* liegt im Kompetenzbereich des Willensvollstreckers, soweit sie aus dem Nachlass zu bezahlen sind.»¹⁹³ Diese Aussage ist richtig, darüber hinaus ist der Willensvollstrecker aber in vielen Kantonen am Verfahren beteiligt bzw. er wird haftbar gemacht, auch wenn einzig die Erben die Erbschaftsteuer schulden.¹⁹⁴

U. Prozessrecht (BGG/ZPO)

a) Das Bundesgericht ist im Urteil 5A_16/2017 vom 15.02.2017 auf eine Beschwerde gegen eine *prozessleitende Verfügung* nicht eingetreten: Das Bezirksgericht beschränkte das Verfahren auf Auskunft und Absetzung des Willensvollstreckers (daneben wurde eine Erbteilungsklage eingereicht) (Art. 125 lit. a ZPO).¹⁹⁵ Auf den Antrag zur Beschränkung des Verfahrens auf Auskunft wurde nicht eingetreten, weil kein nicht wiedergutzumachender Nachteil rechtlicher Natur drohte (E. 2).

183 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4 – Vollstrecker), 37 ff.

184 Vgl. MAYER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 161 f.

185 Vgl. MAYER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 164.

186 Vgl. BGer. 2C_485/2016 vom 24.05.2017, E. 1.1/1.2; 2C_509/2016 vom 24.05.2017, E. 1.1; 2C_687/2015 vom 17.11.2016, E. 1.2.

187 Vgl. BGer. 2C_509/2016 vom 24.5.2017, E. 1.2; 2C_687/2015, E. 1.2.1.

188 Vgl. BGer. 2C_687/2015, E. 1.2.1.

189 Vgl. BGer. 1C_290/2007 vom 28.01.2008 E. 1; BVG A-1571/2006 vom 21.01.2010 E. 1.2.

190 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 275 m.w.N.

191 Vgl. MALLA (Fn. 3), S. 1 ff.

192 Vgl. MALLA (Fn. 3), S. 240.

193 Vgl. MALLA (Fn. 3), S. 240 f.

194 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 265.

195 Zu einem früheren Entscheid in dieser Angelegenheit vgl. OGer. ZH LB160015 vom 25.05.2016.

b) Das Cour de Justice Genève hat sich im Urteil ACJC/1065/2015 vom 11.09.2015 mit dem *Streitwert* befasst: «Est également de nature pécuniaire le litige portant sur l'institution d'un exécuteur testamentaire, la valeur litigieuse se déterminant au regard de la valeur des biens successoraux soumis à la gestion de l'exécuteur testamentaire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_55/2014 du 19 mai 2014 consid. 1.1).» Diese Ausführungen sind wenig konkret. Ein Verweis auf BGer. 5A_635/2015 vom 21.06.2016¹⁹⁶ hätte hier mehr geholfen.

c) Ich habe mich in der Festschrift für Thomas Sutter-Somm mit dem *Aufsichtsverfahren* befasst:¹⁹⁷ Der Inhalt der Beschwerde umfasst ein Rechtsbegehren, Tatsachenbehauptungen und Beweismittel. Die Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen schliesst eine Mitwirkungspflicht der Erben nicht aus. Ausser bei Dringlichkeit muss der Willensvollstrecker die Gelegenheit erhalten, die Akten einzusehen und Stellung zu beziehen. Üblicherweise gibt es keinen doppelten Schriftenwechsel. Die Parteien können (auch ohne Aufforderung) auf Zustellung von Schriftsätzen der Gegenpartei replizieren, was so lange fortgesetzt wird, bis sich keine Partei mehr äussert. Es gibt keine Beweismittelbeschränkung. Eine mündliche Verhandlung ist nicht vorgesehen, kann von einer Partei aber verlangt werden. Beim Entscheid ist die Aufsichtsbehörde nicht an Parteianträge gebunden.

d) SCHWANDER führt aus, dass die *Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers* (Art. 28 ZPO) allgemein für Klagen gegen den Willensvollstrecker¹⁹⁸ und für Beschwerden gegen den Willensvollstrecker¹⁹⁹ gilt. Ich teile diese Ansicht, auch im Zusammenhang mit der Haftung, trotz anderer Meinung im Basler Kommentar,²⁰⁰ weil bei einem ausländischen Willensvollstrecker und bei mehreren Willensvollstreckern keine ausländische oder unklare Zuständigkeit bestehen sollte.

e) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_692/2016 vom 24.04.2017 mit der *Kostenverteilung und Ent-*

schädigung im Aufsichtsverfahren befasst. Da der Willensvollstrecker in seiner Beschwerde, welche reformatorischer Natur ist, keinen konkreten Antrag gestellt hat, weder für die Kostenverteilung noch für die Entschädigung, ist das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht eingetreten (E. 2.1–2.2).

f) Das Bundesgericht hat im Urteil 5D_76/2017 vom 11.05.2017 festgehalten, dass auf eine Anfechtung des Willensvollstreckerhonorars nicht eingetreten werde, wenn *kein klarer Antrag* vorliege, wie das angefochtene Urteil (Zahlung von Fr. 16000 von A an B und C) zu ändern sei (E. 3) und wenn *keine genügende Begründung* vorliege, weshalb der Entscheid zu ändern sei (E. 4).

V. Schiedsgerichtsbarkeit

a) Im Rahmen der Revision von Art. 176-193 IPRG ist geplant, Art. 178 Abs. 2 IPRG wie folgt zu ändern: «Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss.» Ab Inkrafttreten der Revision werden auch in der Schweiz²⁰¹ *Schiedsklauseln in Testamenten* zulässig sein.²⁰² Ein Schiedsrichter kann dann – wie ein Willensvollstrecker – im voraus namentlich bestimmt werden. Der Schweizerische Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE)²⁰³ ist dabei, seine Schiedsklauseln und Einführungsbestimmungen anzupassen und noch besser auf das Mehrparteienverfahren auszurichten.

b) In der Festschrift für Thomas Sutter-Somm habe ich mich auch mit der *Schiedsfähigkeit des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker* befasst.²⁰⁴ M.E. sind die vom Richter behandelten materiell-rechtlichen Fragen der Aufsicht ebenso schiedsfähig, wie die von der Aufsichtsbehörde behandelten formellen Fragen, soweit diese vermögensrechtlicher Natur sind. Auszugehen ist davon, dass Aufsichtsverfahren «grundsätzlich vermögens-

196 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 41 f.

197 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4 – Aufsicht), S. 941 ff.

198 Vgl. Ivo Schwander, Kommentar zu Art. 28 ZPO, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Alexander Brunner, Dominik Gasser und Ivo Schwander, 2.A., Zürich 2016, Art. 28 ZPO N 3; ebenso ALEXANDER ZÜRCHER, Kommentar zu Art. 28 ZPO, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 28 ZPO N 10.

199 Vgl. SCHWANDER (Fn. 198), Art. 28 ZPO N 13.

200 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 14: Wohnsitz des Willensvollstreckers.

201 In Deutschland ist die Grundlage für Schiedsklauseln in Testamenten § 1066 ZPO, in Österreich § 581 Abs. 2 ZPO und in Liechtenstein § 598 Abs. 2 ZPO.

202 Zu Schiedsklauseln in Verträgen unter den Erben sowie Erbverträgen vgl. SIBYLLE FRÜH-PESTALOZZI, Erbvertragliche Schiedsklauseln/Schiedsverträge im Bereich des Erbrechts/Kollisionsrechtliche Aspekte bei solchen Schiedsgerichtsverfahren, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2012, S. 201 ff.

203 Vgl. www.schiedsgerichte-erbsachen.ch.

204 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4 – Aufsicht), S. 934.



rechtlicher Natur»²⁰⁵ sind. In Deutschland ist die Schiedsfähigkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers umstritten und wird von den Gerichten mehrheitlich verneint.²⁰⁶

c) In den USA wurde im case Moschke v. Timber Ridge Assisted Living Inc. die Klage des personal representative bezüglich «elder abuse and *wrongful death*» vom Schiedsgericht abgelehnt mit der Begründung: «... there was the possibility of conflicting rulings if this action is split between claims that can be forced into arbitration and those that cannot ... recovery in wrongful death action belongs to the heirs, not to the decedent or the estate...».²⁰⁷ Vergleichbar kann der Willensvollstrecker in der Schweiz auch keine Genugtuungsansprüche von Angehörigen des Erblassers (vor einem Schiedsgericht) geltend machen, weil diese nicht in den Nachlass fallen.²⁰⁸

W. Betreuung (SchKG)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_741/2016 vom 06.12.2016 mit der *Wissenszurechnung vom Willensvollstrecker an die Erben* und mit dem Fristenlauf befasst. Das Grundbuchamt meldete die Aufhebung des Eintrags «faillite sur la part de BA», welcher zur Erbengemeinschaft gehörte, am 24.05.2016 an den Willensvollstrecker. Die betriebsrechtliche Beschwerde erfolgte am 01.07.2016 (nach Ablauf der 10-tägigen Frist) und war verspätet, weil das Wissen des Willensvollstreckers den Erben anzurechnen war (E. 3).

b) Die Aufsichtsbehörde Bern hat im Urteil 16 273 vom 23.11.2016 zur *Betreibung gegen eine unverteilter Erbschaft* Folgendes ausgeführt: Der Gläubiger muss sich erkundigen, ob ein Willensvollstrecker

vorhanden ist, bevor er gegen die unverteilter Erbschaft vorgeht (E. 15.1). Er darf die Betreuung grundsätzlich an einzelne Erben zustellen, aber er handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er die Betreuung an diejenigen Erben richtet, von dem er ausgeht, dass er keinen Rechtsvorschlag macht, nicht aber an einen Erben, von dem er annehmen muss, dass er Rechtsvorschlag machen würde. Eine solche Betreuung ist nichtig (E. 15.3.3).

c) Das Kantonsgericht Luzern hat sich im Urteil 2C 16 12 vom 27.05.2016²⁰⁹ mit einer *Betreibung durch den Willensvollstrecker* befasst. Die Betreuung erfolgte durch die «Erbengemeinschaft A., bestehend aus: B., vertreten durch Willensvollstreckerin C AG...». Wenn nur noch ein Erbe vorhanden ist, gibt es keine Erbengemeinschaft mehr und somit endet auch die Willensvollstreckung (E. 4.2). In dieser dezidierten Form würde ich dieser Aussage nicht zustimmen. Die Willensvollstreckung endet, wenn die Erbteilung abgeschlossen²¹⁰ ist und nicht, wenn nur noch ein Erbe vorhanden ist, denn sonst gäbe es keine Willensvollstreckung bei einem Alleinerben.²¹¹ Entscheidend war vorliegend die (unnötige) Bezeichnung «vertreten durch...» ohne Vorliegen einer Vollmacht, weshalb ich dem Ergebnis des Entscheids zustimmen kann.

X. Strafrecht (StGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_1162/2016 vom 27.04.2016²¹² mit dem Vorwurf der *Veruntreuung, ungetreuen Geschäftsbesorgung und Urkundenfälschung* gegenüber einem Willensvollstrecker befasst. Während auf kantonaler Ebene ein einzelner Erbe Beschwerde führen kann,²¹³ gilt dies

205 BGer. 5A_794/2011 vom 16.02.2012 E. 1.

206 Vgl. BGH IV ZB 25/16 vom 17.05.2017; OLG Stuttgart 8 W 166/16 vom 07.11.2016, ZEV 2017, 269; OLG Karlsruhe 11 Wx 94/07 vom 28.07.2009, ZEV 2009, 466.

MANZUR ESSKANDARI/DANIELA BLICK, Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht, ErbStB 2017, 275 f.; PETER BECKER, Keine testamentarische Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung des Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht, NotBZ 2017, 257 ff.; KARLHEINZ MUSCHELER, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 2009, 317 ff.

207 Vgl. Moschke v. Timber Ridge Assisted Living Inc., 244 CA4th 583 (2016).

208 Vgl. dazu etwa ANGELA HENSCH, Tod des Arbeitnehmers, AJP 25 (2016) 168.

209 Ebenfalls abgedruckt in: CAN 2017 Nr. 24 und LGVE 2016 I Nr. 15.

210 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (FN. 16), Art. 517 ZGB N 24: «Die Willensvollstreckung endet mit ... der vollständigen Erledigung der unter sie fallenden Aufgaben...».

211 Vgl. BGE 142 V 233: Die Ernennung als Alleinerbe und Willensvollstrecker kann nicht als Begünstigung im Sinne des BVG ausgelegt werden; GABRIELA RIEMER-KAFKA, Rechtsprechung des Bundesgerichts 2016 im Bereich der beruflichen Vorsorge, SZS 61 (2017) 74 f.; weiter vgl. BK-KÜNZLE (FN. 7), Art. 517–518 ZGB N 8, mit Verweis auf BGE 96 II 79, wo der Alleinerbe selbst Willensvollstrecker war.

212 Vorinstanz: OGer. ZH UE150336 vom 05.09.2016; gleicher Fall wie im Vorjahr: BGer. 6B_309 und 314/2015 vom 19.11.2015.

213 Vgl. Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO, Art. 310 Abs. 2 und Art. 322 Abs. 2 StPO.

auf Bundesebene nicht, dort ist nur die *Erben-gemeinschaft zur Beschwerde legitimiert*²¹⁴ (E. 1.2).

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_417/2016 vom 05.08.2016 mit dem Vorwurf *der Veruntreuung, der ungetreuen Geschäftsbesorgung und der Urkundenfälschung* gegenüber dem Willensvollstrecker befasst. Nach der Einstellung des Verfahrens *führen die Erben Beschwerde* mit der Begründung, ihr rechtliches Gehör sei verletzt. Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde ein, weist sie aber ab, weil keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt (E. 2 und 3).

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_828/2016 vom 29.08.2016 mit dem Vorwurf *des Betrugs, der Veruntreuung und der ungetreuen Geschäftsbesorgung* gegenüber einem Willensvollstrecker befasst. Die Erben brachten vor, der Willensvollstrecker habe den Nachlass um CHF 3 000 000 geschädigt und die Vermächtnisnehmer unvollständig informiert. Das Verfahren wurde eingestellt. Der Privatkläger ist nicht zur *Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung* legitimiert, wenn sich der Entscheid nicht auf seine Zivilansprüche auswirkt. Dies ist umso weniger der Fall, wenn die Erben gestützt auf den gleichen Sachverhalt ein Zivilverfahren rechts-hängig gemacht haben (E. 2).

d) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_1311/2016 vom 30.12.2016 mit *Urkundenfälschung* befasst, genauer mit falschen Angaben über die Anwesenheit in einem Kaufvertrag. Wenn die *Erben auf eine Strafverfolgung* des Notars *verzichten*, kann der Willensvollstrecker nicht an einer solchen festhalten (E. 3.1).²¹⁵

e) Das Bundesgericht hat sich im Urteil BGer. 6B_1337/2016 vom 02.06.2017 mit *Urkundenfälschung* befasst, genauer mit der Fälschung von Unterschriften auf einer Vollmacht zur Liegenschafts-schenkung. Der Willensvollstrecker und Erbe der Vollmachtgeberin wehrt sich gegen die Einstellung des Verfahrens. Im Erbfall gehen nur diejenigen Verfahrensrechte über, die sich auf die Durchset-zung der adhäsionsweise geltend gemachten privat-rechtlichen Ansprüche beziehen (E. 2.1.3). Der *Willensvollstrecker* ist deshalb *nicht zur Beschwerde legitimiert*.

f) Das Kantonsgericht Baselland hat sich im Urteil 470 16 79 vom 13.09.2016 mit einer Beschwerde gegen die *Einstellung eines Strafverfahrens* befasst. Ein Erbe machte Strafanzeige wegen Schädigung der Erblasserin. Nach Einstellung des Strafverfahrens erhob der *Willensvollstrecker Beschwerde*. Nach Art. 382 Abs. 3 StPO sind zwar die Angehörigen dazu legitimiert, nicht aber der Willensvollstrecker, zumal keine Forderungen adhäsionsweise geltend gemacht wurden (E. 1.6–1.10).

g) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil UE150260 vom 15.07.2016 mit einer *ungetreuen Geschäftsbesorgung* befasst. Es führte aus, «... dass sich ein Willensvollstrecker dann in einer (straf-) rechtlichen Grenzzone bewegt, wenn er sich ohne Einwilligung der Erben laufend aus den Erbschafts-mitteln eine selbst festgelegte Entschädigung aus-bezahlt» (E. 8c). Diese Aussage, welche von WOLF/GENNA²¹⁶ übernommen wurde, habe ich schon in einem früheren Bericht als zu streng bezeichnet.²¹⁷ Die Aussage stimmt nur, wenn das bezogene Honorar (darüber hinaus) völlig unangemessen ist, denn der Willensvollstrecker braucht keine Einwilligung der Erben zur Auszahlung des Honorars. Im kon-kreten Fall lag keine strafrechtliche Handlung vor, zumal zwei Erbinnen dem Vorgehen des Willens-vollstreckers ausdrücklich zugestimmt hatten (E. 8c). Wie das Gericht schliesslich (zu Recht) ausführt, gehören Streitigkeiten über die Angemessenheit des Willensvollstreckerhonorars ins Zivilverfahren (E. 8c).

h) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil UE150336 vom 05.09.2016²¹⁸ mit dem Vorwurf *der Veruntreuung, der ungetreuen Geschäftsbesorgung und der Urkundenfälschung* gegenüber dem Wil-lensvollstrecker befasst.²¹⁹ Da die Untersuchung ergab, dass keine strafbare Handlung vorlag, wurde das Verfahren eingestellt.

216 Vgl. WOLF/GENNA (Fn. 170), S. 344.

217 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 8.

218 Zur Fallgeschichte: OGer. ZH UE140265 vom 16.02.2015; BGer. 6B_309/2015 vom 19.11.2015.

219 Die Vorwürfe lauteten: Der Willensvollstrecker «habe pflichtwidrig nicht dafür gesorgt, dass Vermögenswerte des Nachlasses zum bestmöglichen Preis veräussert worden seien. Sodann sei wegen seines pflichtwidrigen Verhaltens der Nachlass nicht mehr in natura vorhanden. Zudem seien wertvolle Nachlassgegenstände – wie Stiche und ein Teppich – dem Nachlass ohne jede Gegenleistung unterschlagen worden» (E. 3.2).

214 Vgl. Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG.

215 «L'exécuteur testamentaire auquel l'administration des biens successoraux a été confiée ne fait pas valoir, pour autant, son propre droit matériel» (E. 3.1).



i) BESSENICH²²⁰ macht Überlegungen zum *Umgang des Willensvollstreckers mit Kinderpronographie* und weist darauf hin, dass bereits der Besitz strafbar sei. Der Willensvollstrecker muss – ähnlich wie bei Waffen²²¹ – dafür sorgen, dass Personen, welche solche Objekte besitzen dürfen (Strafverfolgungsbehörden), die Objekte aus dem Nachlass «entfernen».

diese vom Bundesgericht offengelassen wurde.²²³ Selbst führt er aus: «C'est donc *a priori* uniquement à l'aune de l'art. 121 CPP que la qualité de partie plaignante pourrait lui être éventuellement reconnue, mais au vu de l'interprétation très restrictive qui est faite de cette disposition par la jurisprudence, la situation est tout sauf évidente.» M.E. ist eine Klagelegitimation abzulehnen.²²⁴

Y. Strafprozessrecht

a) GARBARSKI²²² führt zur Klagelegitimation des Willensvollstreckers im Strafverfahren aus, dass

220 Vgl. BESSENICH, *successio* 11 (2017) 143 ff.

221 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 10 (2016) 38 ff.

222 Vgl. GARBARSKI (Fn. 4), SJ 139 (2017) II 125 ff.

223 Zuletzt BGer. 1B_348/2012 vom 03.10.2012.

224 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 496.