



Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2015–2016)¹

Hans Rainer Künzle²

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

Inhaltsverzeichnis

- A. Literatur
- B. Beurkundung (Art. 499 ff. ZGB)
- C. Wer wird Willensvollstrecker?
- D. Ernennung (Art. 517 ZGB)
- E. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB)
- F. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)
- G. Verfügungsmacht (Art. 517 ZGB)
- H. Dauer-Willensvollstreckung (Art. 517 ZGB)
- I. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)
- J. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)
- K. Herabsetzungsklage (Art. 527 ff. ZGB)
- L. Willensvollstreckerausweis (Art. 559 ZGB)
- M. Erbschaftsliquidation (Art. 593 ZGB)
- N. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 und Art. 595 Abs. 3 ZGB)
- O. Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB)
- P. Vermächtnisklage (Art. 601 ZGB)
- Q. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)
- R. Information (Art. 607 und 610 ZGB)
- S. Erbteilung (Art. 634 ZGB)
- T. Haftung
- U. Internationales Privatrecht
- V. Steuern
- W. Prozessrecht (ZPO)
- X. Anwaltsrecht
- Y. Betreibungsrecht (SchKG)
- Z. Strafrecht (StGB)
- Z1. Strafprozessrecht

- 1 Ausführliche und ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am 11. Schweizerischen Erbrechtstag vom 25. August 2016 (organisiert vom Verein Successio [www.ver-ein-successio.ch]) an der Universität Luzern gehalten wurde; zu früheren Updates siehe *Hans Rainer Künzle*, 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/for-schung/tp/tit-kuenzle.html), Partner von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8004 Zürich (www.kendris.com).



A. Literatur

In der Berichtsperiode sind viele Monographien³ und Aufsätze⁴ erschienen, welche sich mehr oder weniger mit dem Willensvollstrecker befassen und jeweils im Sachzusammenhang behandelt werden. Daneben wurde das Thema auch an Seminaren behandelt,⁵ und zwei Masterarbeiten⁶ haben sich mit

diesem Thema befasst. Schliesslich sind die Materialien des Bundesamtes für Justiz zu erwähnen, welche zum Vorentwurf für ein neues Erbrecht zur Verfügung gestellt wurden (Vorentwurf,⁷ Erläuternder Bericht,⁸ Vernehmlassung der Kantone,⁹ Vernehmlassung der politischen Parteien,¹⁰ Vernehmlassung von weiteren Personen und Institutionen¹¹).

B. Beurkundung (Art. 499 ff. ZGB)

a) Das Bundesgericht hatte im Urteil 5A_644/2015 vom 24.11.2015 auszulegen, was der Erblasser in seinem Testament meinte, als er für die Willensvollstreckereinsetzung schrieb «le notaire A. à U., à défaut son successeur». Zunächst hält es fest, dass auch die in einem Erbvertrag enthaltene Einsetzung eine einseitige letztwillige Verfügung sei (E. 3.3.1). Deshalb gehe es darum, den *wirklichen Willen des Erblassers in Erfahrung zu bringen* und nicht (wie die Vorinstanz meinte) einen vertraglichen Inhalt. Es schloss daraus, dass der Beschwerdeführer, der seine Stellung als Notar aufgegeben hatte, mit dieser Formulierung nicht (mehr) gemeint sein konnte (E. 3.3.3).¹² Da es nicht unüblich ist, dass auch pensionierte Berufsträger Willensvollstrecker-Mandate ausüben (notaire en retraite), ist das eine wohl (zu) strenge Auslegung,¹³ und man hätte gerade so gut auslegen können, dass ein Ersatz erst dann zum Zug kommt, wenn A. dieses Mandat nicht mehr ausführen will, wenngleich zuzugeben ist, dass der hier vorgekommene Fall bei der Formulierung übersehen wurde. Bei keinem Rechtsanwalt oder Banker, der in den Ruhestand geht, hätte man Zweifel, dass er das Mandat als Wil-

- 3 Vgl. LUKAS HOLZER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, Zürich 2015; MANFRED KÜNG/MARCEL AEBISCHER, Willensvollstreckung: Eine Einführung in das Recht der Willensvollstreckung und in die Aufgaben und Pflichten des Willensvollstreckers, Zürich 2015; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015; THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Erbrecht 2. Teil, in: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Basel 2015 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/2).
- 4 Vgl. SIBILLA G. CRETTI, Droits et obligations de l'exécuteur testamentaire dans la procédure fiscale, RDAF 71 (2015) II 197–223; PATRICK DELAS, L'exécuteur testamentaire en Angleterre et au Pays de Galles, in: Journée de droit successoral 2016, Bern 2016, S. 75–96; MARJORIE DEVISME, Les conséquences pratiques du règlement (UE) no 650/2012 du 4 juillet 2012 dans les successions franco-suissees, in: Journée de droit successoral 2015, Berne 2015, S. 115–139; BALZ HÖSLY/NADIRA FERHAT, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht, successio 10 (2016) 100–130; MARC'ANTONIO ITEN, Kommentar zu Art. 518 ZGB, in: Haftpflichtkommentar, hrsg. v. Willi Fischer et al., Zürich 2016; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2014–2015), successio 10 (2016) 26–43; DANIEL LEU, Die EU-Erbrechtsverordnung, in: Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten, eingetragenen Partnern und nicht-ehehlichen Lebenspartnern – EU-Erbrechtsverordnung, hrsg. v. Stephan Wolf, Bern 2015, S. 133–171; ROMAN MANSER/ESTHER JUTZELER, Mediation in der anwaltlichen Praxis (Erbrecht), Anwaltsrevue 2015, 377–380; AUDE PEYROT/SEVAN ANTREASYAN, Successions 2.0: les bien numériques, Not@lex 2016, 20–33; CHRISTIAN M. REISER/MICHEL VALTICOS, Les règles professionnelles et les activités atypiques de l'avocat inscrit au barreau, SJ 137 (2015) II 191–208; KURT SIEHR, Deutsch-schweizerische Erbfälle nach Inkrafttreten der EuErbVO, in: FS Isaak Meier, hrsg. v. Peter Breitschmid et al., Zürich 2015, S. 681–696.
- 5 Vgl. PETER BREITSCHMID, Was der Gesetzgeber bei der Willensvollstreckung besser machen könnte ... und was die Willensvollstrecker bereits heute besser machen könnten, St. Galler Erbrechtstag 2015 (unveröffentlicht); SABRINA GAURON-CARLIN, Analyse ausgewählter neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Erbrecht, St. Galler Erbrechtstag 2015 (unveröffentlicht).
- 6 Vgl. JULIET DIVO, Der kompetente Willensvollstrecker, Masterarbeit, MAS FH Treuhand und Unternehmensberatung, Kaleidos Fachhochschule Zürich, Zürich 2016 (unveröffentlicht); SOPHIE SCHMID, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers in erbrechtlichen

Klagen, Masterarbeit an der Universität Basel bei Prof. Dr. Thomas Sutter-Somm, Basel 2014 (unveröffentlicht).

- 7 <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf>.
- 8 <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf>.
- 9 <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-kantone.pdf>.
- 10 <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-parteien.pdf>.
- 11 <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-organisationen.pdf>.
- 12 Weiter vgl. ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2016, BN 2016, 386 f.; FELIX HORAT, Auslegung einer Willensvollstreckerklausel, in: digitaler Rechtsprechungskommentar dRSK, publiziert am 16.03.2016.
- 13 Ebenso STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MELANIE BÜRKI, Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahre 2015 zum Erbrecht, AJP 25 (2016) 515 ff.

lensvollstrecker auch nach seinem Ruhestand noch ausüben werde. Die Auslegung des Bundesgerichts sollte m.E. erst dann greifen, wenn z.B. formuliert wird, dass der «Notar des Bezirks X.» als Willensvollstrecker bestimmt wurde, denn der Bezug zur Person (die vorliegend genannt wurde) ist vermuthungsweise stärker als der Bezug zum Amt.¹⁴ Das kommt auch in einer häufig verwendeten Formulierung zum Ausdruck, welche etwa wie folgt lautet: «Für den Fall, dass der Willensvollstrecker sein Amt nicht annimmt oder aufgibt, bestimme ich als Ersatz-Willensvollstrecker ...» Durch die Auslegung des Bundesgerichts wurde der pensionierte Notar, der die Willensvollstreckung annehmen wollte, daran gehindert, und ein Nachfolger war nicht vorhanden. Das entspricht nicht bestmöglich dem Willen des Erblassers (*favor testamenti*), eine Willensvollstreckung anzuordnen.

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_635/2015 vom 21.06.2016 mit dem *Ersatz* gefasst und hatte die Frage zu entscheiden ob der Ausdruck «im Verhinderungsfall ...» auch den Fall der Aufgabe des Amtes umfasst. Es deutete an, dass auch die Aufgabe des Amtes als Verhinderungsfall ausgelegt werden kann, musste den Fall aber nicht entscheiden, weil die Annahme des Amtes nur durch eine kollektiv-zeichnungsberechtigte Person erfolgte und somit nicht gültig war, was zur Rückweisung an die Vorinstanz führte (E. 4). Dieser Fall zeigt, dass bei der Formulierung eines Willensvollstrecker-Ersatzes sorgfältig vorgegangen werden sollte.¹⁵

C. Wer wird Willensvollstrecker?

a) Divo hat in einer Masterarbeit an der Kaleidos Fachhochschule Zürich festgestellt, dass im Kanton Zürich in den Jahren 2010–2014 schätzungsweise in jedem 3. Nachlass ein Testament errichtet und etwa in jedem 6. Nachlass ein Willensvollstrecker eingesetzt wurde.¹⁶ Die Umfrage brachte weiter hervor,¹⁷ dass der Willensvollstrecker von Beruf am häufigsten

Jurist ist.¹⁸ Die befragten Willensvollstrecker hatten meist schon mehrere Mandate abgewickelt¹⁹ und das Mandat als natürliche Person erhalten.²⁰ Willensvollstreckung wird häufig in fortgeschrittenem Alter ausgeübt.²¹ Der Testator wird vom künftigen Willensvollstrecker in der Regel über verschiedene Themen informiert.²² Die Empfehlung zur Einsetzung eines Willensvollstreckers wird häufig abgegeben.²³ Die Ergebnisse entsprechen über weite Strecken den Erwartungen. Dass bei der Kundenberatung die Aufgaben des Willensvollstreckers nur wenig behandelt werden, kommt wohl daher, dass in der Regel eine Generalaufgabe erteilt wird und im Zeitpunkt der Testamentserrichtung häufig noch nicht absehbar ist, welches die genauen Aufgaben des künftigen Willensvollstreckers sein werden.

b) KÜNG/AEBISCHER erwähnen, die Person, welche als Willensvollstrecker bestimmt werde, könne «auch explizit beauftragt werden, die Witwe zu beraten und um ihr bei Behördengängen und der Auseinandersetzung mit den Kindern zu helfen».²⁴ M.E. geht diese Formulierung (Beratung der Witwe) zu weit und ist mit der Unparteilichkeit des Willensvollstreckers²⁵ nicht vereinbar.

D. Ernennung (Art. 517 ZGB)

a) Im Urteil LF160012 vom 10.03.2016 hat sich das Obergericht Zürich mit der *Auslegung einer Willensvollstrecker-Ernennung* zu befassen. A und E waren als Willensvollstrecker vorgesehen und D als Ersatz, wenn A oder E nicht zur Verfügung stehen. Tatsächlich ist E vorverstorben und hat D abgelehnt. Die Vorinstanz weigerte sich, das Willensvollstreckerzeugnis alleine auf A auszustellen, weil der Erblasser nach ihrer Auslegung immer zwei

14 Zur Vertrauensposition des Willensvollstreckers 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), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 53; a.M. GAURON-CARLIN (Fn. 5), S. 8: Die berufliche Qualifikation war in diesem Fall wichtiger als der persönliche Aspekt.

15 Zu einer möglichen Formulierung vgl. vorne, B. a).

16 Vgl. Divo (Fn. 6), S. 10 f.

17 Vgl. Divo (Fn. 6), S. 124.

18 Juristen: 59,38%, Treuhänder und Steuerberater: 3,13%, Andere: 37,5%.

19 1–5: 28,13%, 6–10: 25,0%, 11–15: 9,38%, 16–20: 0%, über 20: 37,5%.

20 Natürliche Person: 68,75%, juristische Person: 15,63%, juristische Person mit bestimmtem Mitarbeiter: 15,63%.

21 Alter 20–29: 6,25%, 30–39: 12,5%, 40–49: 15,63%, 50–59: 50%, 60–69: 9,38%, 70–79: 6,25%.

22 Honorar: 87,5%, Einschränkung der Aufgaben: 43,75%, Erweiterung der Aufgaben: 56,25%, keine Absetzung durch Erben: 34,38%, Rechte/Kompetenzen: 84,38%, Pflichten: 87,5%, keine Antwort trifft zu: 6,25%.

23 Immer: 3,13%, Manchmal: 78,13%, Nie: 18,75%.

24 Vgl. KÜNG/AEBISCHER (Fn. 3), S. 12.

25 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 297, mit Verweis auf BGE 85 II 597 E. 3, wo es heisst: «Zu diesem die Erbberechtigungen betreffenden Streit Partei zu ergreifen, steht der Willensvollstreckerin nicht zu.»



Willensvollstrecker ernennen wollte und bei der vorliegenden Konstellation (nur A ist alleine verblieben) keine gültige Ernennung mehr vorhanden sei. Das Obergericht urteilte dann aber zu Recht, dass A alleiniger Willensvollstrecker und ihm ein Zeugnis auszustellen sei. Der Grundsatz, dass beim Ausfall eines von mehreren Willensvollstreckern, der oder die übrigen Willensvollstrecker die Geschäfte weiterführen, ist anerkannt²⁶ und auch auf diesen Fall anwendbar.

b) In der Praxis kommt es offenbar immer wieder vor, dass Willensvollstreckern das Recht eingeräumt wird, einen *Nachfolger selbst zu bezeichnen*. Dies ist zwar in anderen Ländern (wie Deutschland)²⁷ möglich, in der Schweiz aber (wegen der Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung) nicht erlaubt.²⁸ Dies soll gemäss Vorentwurf für ein neues Erbrecht²⁹ auch nicht geändert werden. In der Vernehmlassung haben aber die Kantone Zürich und St. Gallen angeregt, dass der Willensvollstrecker oder sogar ein Dritter einen Ersatz bestimmen können soll.³⁰ HÖSLY/ FERHAT machen einen ähnlichen Vorschlag im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge: «Der Erblasser kann den Willensvollstrecker ermächtigen, einen bereits zu Lebzeiten des Erblassers begonnenen Unternehmensnachfolgeprozess fortzusetzen sowie dafür einen Ersatz-Willensvollstrecker zu bestimmen.»³¹ Eine (generelle) Möglichkeit, dass der Willensvollstrecker einen Mitvollstrecker oder Ersatz bestimmen kann, wäre zu begrüssen.³²

c) MANSER/JUTZLER³³ schlagen vor, dass im Falle von Streitigkeiten unter den Erben eine Erbteilung

durch den Willensvollstrecker erst vorgenommen werden sollte, wenn eine gütliche Einigung mit Hilfe einer *Mediation* nicht herbeigeführt werden konnte. Ein solcher Vorschlag tönt zwar gut und ist auch zulässig,³⁴ aber er berücksichtigt nicht, dass es zentrale Aufgabe des Willensvollstreckers ist, zwischen den Parteien zu vermitteln³⁵ und es deshalb gar keinen separaten Mediator braucht. Wenn die Erben erst einmal zerstritten sind, hilft oft nur noch der Richter. Die Mediation hat aber sehr wohl ihren Platz, nämlich in denjenigen (5 von 6) Fällen,³⁶ in welchen kein Willensvollstrecker eingesetzt wurde.

E. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_635/2015 vom 21.06.2016 bemerkt, dass die Prüfung der Annahme des Willensvollstrecker-Mandats durch das Bezirksgericht *ohne Hinweis* erfolgt sei, *es handle sich nur um eine vorläufige Auslegung*. Es schloss daraus, dass (trotz Vorbehalts durch das Obergericht) keine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG vorliege (gegen welche in der Beschwerde nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden kann), sondern ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid im Sinne von Art. 75 BGG (gegen welchen umfassend Beschwerde nach Art. 95 und 97 BGG geführt werden kann) (E. 2). Im vorne³⁷ behandelten BGer. 5A_644/2015 vom 24.11.2015, wo es um die Auslegung der Einsetzung eines Willensvollstreckers ging, hat das Bundesgericht betont, dass es nicht auf das gewählte Verfahren ankomme, sondern auf die Wirkung des Entscheids: «la qualification d'une décision comme jugement au fond ou mesure provisionnelle ne dépend pas de la procédure dont émane cette décision, mais bien de l'effet – provisoire ou définitif – que celle-ci revêt pour la prétention en cause (ATF 138 III 728 consid. 2.4 p. 731)» (E. 1.3). Dieser Entscheid ist wichtig, weil ein fehlender Vorbehalt des Erstrichters bei Entscheidungen, welche

26 Vgl. MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, Kommentar zu Art. 517–518 und Art. 580–597 ZGB, in: Basler Kommentar, ZGB II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell u.a., 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-KARRER/VOGT/LEU), Art. 518 ZGB N 96; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 14 mit Verweis auf § 2224 Abs. 1 BGB.

27 Vgl. § 2199 BGB: Ernennung eines Mitvollstreckers oder Nachfolgers.

28 Vgl. BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Kommentar zu Art. 517–518, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 517 ZGB N 12; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 20.

29 Vgl. vorne, Fn. 7.

30 Vgl. Vernehmlassung (Fn. 9), Kanton St. Gallen, S. 6 f., und Kanton Zürich, S. 4.

31 HÖSLY/ FERHAT (Fn. 4), *successio* 10 (2016) 126.

32 Ebenso schon BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 22.

33 Vgl. MANSER/JUTZLER (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 2015, 377.

34 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 517 ZGB N 4; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 17.

35 Vgl. PETER BREITSCHMID, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Peter Breitschmid – Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages, hrsg. v. Annasofia Kamp u.a., Zürich 2013, S. 365 ff.; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 72 ff.; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 52 ff.; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 302 ff. (Vermittlung zwischen den Erben).

36 Vgl. dazu vorne, C. a).

37 Vgl. zu diesem Entscheid vorne, B. a).

üblicherweise als vorsorgliche Massnahme erlassen werden (u.a. auch die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses³⁸), zur Folge hat, dass das Bundesgericht (ausnahmsweise) eine umfassende Prüfung vornimmt.

b) Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF150030 vom 21.09.2015 zu einer *bedingten Annahme* des Willensvollstreckeramtes (Annahme «unter der Bedingung ..., dass das Testament vom 30. März 2015 nicht beachtet werde») Stellung bezogen und diese für ungültig erklärt (E. 4). Dies entspricht der einhelligen Lehre³⁹ und sollte auch so beibehalten werden.

c) BREITSCHMID⁴⁰ hat am St.Galler Erbrechtstag 2015 die (inzwischen abgelehnte) Petition DROTSCHMANN-KEIL (11.2028)⁴¹ behandelt, welche eine *umfassendere Validierung des Willensvollstreckers* verlangte, nämlich eine Prüfung der Handlungsfähigkeit, Integrität und Verlässlichkeit, also ähnlich wie bei der Validierung des Vorsorgeauftrags. Ich halte ein solches Prozedere nicht für notwendig, weil – anders als beim Vorsorgeauftrag – mit den Erben jemand vorhanden ist, der eine Kontrolle ausüben kann (Aufsichtsverfahren) und weil man dem Willensvollstrecker den grossen Vorteil des raschen Eingreifens nach dem Tod des Erblassers wegnehmen würde. BREITSCHMID bezweifelt, ob die Überwachung durch die Erben in allen Fällen funktioniert. Solche Zweifel mögen da und dort berechtigt sein, das ist m.E. aber kein Grund, die staatliche Kontrolle derart massiv auszubauen. Die Erfahrungen in Deutschland, wo das Ausstellen des Testamentsvollstreckerzeugnisses in einem Verfahren erfolgt, das an die Ausstellung des Erbscheins (§ 2369 BGB) anlehnt und mit einer Validierung

vergleichbar ist,⁴³ sind nicht besonders gut, denn nach dem Tod des Erblassers muss regelmässig eine mehrmonatige Phase mit (unwiderruflichen) postmortalen Vollmachten überbrückt werden,⁴⁴ welche es in der Schweiz so gar nicht gibt.⁴⁵

d) Im Vorentwurf zur Erbrechtsrevision wird ein *neuer Wortlaut des Art. 517 Abs. 2 ZGB* vorgeschlagen: «Die Willensvollstrecker werden von Amtes wegen über ihren Auftrag informiert, und sie haben sich nach dieser Mitteilung binnen 14 Tagen über die Annahme des Auftrags zu erklären; ihr Stillschweigen gilt als Annahme.»⁴⁶ In der Vernehmlassung wird bemerkt, dass unklar bleibt, wer den Willensvollstrecker einsetzt (Kanton Luzern), und es wird vorgeschlagen, dass Stillschweigen als Ablehnung gelten solle (Kanton Zürich)⁴⁷. Der erste Punkt könnte durchaus eingebaut werden, während sich die stillschweigende Annahme in der Praxis bewährt hat⁴⁸ und beibehalten werden sollte. Ich schlage deshalb als neuen Text vor: «Die Willensvollstrecker werden von der zuständigen Behörde von Amtes wegen über ihren Auftrag informiert, ...»

F. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)

a) Zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehört der *Einzug von Forderungen*.⁴⁹ Das Bundesgericht hat dies im Urteil 4A_491/2015 vom 14.01.2016 (Sachverhalt) bestätigt, in welchem die Ungültigkeit eines mit der Erblasserin kurz vor deren Ableben geschlossenen Vertrags geltend gemacht und die Rückforderung von daraus erfolgten Zahlungen verlangt wurden (Sachverhalt B.). Um die gleiche

38 Vgl. dazu hinten, L.

39 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 517 ZGB N 17 und BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 32 m.w.N.; im Gegensatz dazu ist eine bedingte Einsetzung zulässig, vgl. vorne, D. c).

40 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 5), S. 15.

41 Vgl. Petition 11.2028 von BARBARA DROTSCHMANN-KEIL. Willensvollstrecker. Änderung der Artikel 517 und 518 ZGB (https://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2011/d_bericht_s_k25_0_20112028_0_20120618.htm): «Die Petentin verlangt eine Anpassung der Artikel 517 und 518 des Zivilgesetzbuches (ZGB) und dabei namentlich, dass sich Willensvollstrecker, die mit dem Erblasser nicht verwandt und nicht mehr berufstätig sind, über ihre Zurechnungsfähigkeit, Handlungsfähigkeit, Integrität und Verlässlichkeit ausweisen müssen.»

42 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 5), S. 15.

43 Vgl. MANFRED BENDEL/WOLFGANG REIMANN, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. A., München 2013, Rdnr. 2275 ff.; JÜRIG MAYER, § 7 Nachweis des Amtes, in: Testamentsvollstreckung, hrsg. v. Jörg Mayer und Michael Bonefeld, 3. A., Bonn 2011, § 7 N 1 ff.

44 Vgl. etwa MAXIMILIAN A. WERKMÜLLER, Vollmacht und Testamentsvollstreckung als Instrumente der Nachfolgegestaltung bei Bankkonten, ZEV 7 (2000) 305 ff.

45 Vgl. ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Berner Kommentar zu Art. 32–40 OR, 2. A., Bern 2014, Art. 34 OR N 17 ff.

46 Vgl. Vorentwurf (Fn. 7), S. 5.

47 Vgl. Vernehmlassung der Kantone (Fn. 9), Kanton Luzern, S. 2, und Kanton Zürich, S. 4.

48 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 30; es gibt keine Diskussion über diesen Punkt in der Lehre, vgl. etwa BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 517 ZGB N 17.

49 Vgl. STEINAUER (Fn. 3), N 1174.



Materie ging es im Urteil 5A_218/2016 vom 17.03.2016, wo eine provisorische Rechtsöffnung bezüglich einer Lohnforderung behandelt wurde, dessen Bezahlung dem Erblasser unterschriftlich bestätigt wurde. Der Willensvollstrecker muss je nach Art und Stand der Forderung die notwendigen Handlungen tätigen, unter Umständen auch Betreibungen oder Prozesse in Gang setzen.

b) Umgekehrt kann auch *Abwehr von Forderungen* eine Aufgabe des Willensvollstreckers sein:⁵⁰ So hat der Willensvollstrecker eines 2011 verstorbenen Playboys und Fotografen gegen dessen Muse, welche am Auktionserlös für ein Foto beteiligt werden wollte, vor dem Landgericht München gestritten.⁵¹

c) Die Aufgabe des Willensvollstreckers kann *auf einen Nachlassgegenstand, wie eine Liegenschaft, begrenzt* werden.⁵² Im Urteil des Bundesgerichts 5A_55/2016 vom 11.04.2016 heisst es: «l'institution d'exécuteur testamentaire de l'intimée ne portait que sur la propriété <...> à F». (E. 3.2). Eine solche Begrenzung hat etwa zur Folge – was die Erben im vorliegenden Fall nicht beachtet haben⁵³ – dass vom Willensvollstrecker weder ein umfassendes Inventar verlangt werden kann, noch ein umfassender Vorschlag für die Erbteilung.⁵⁴

d) Im Urteil 5D_136/2015 vom 06.04.2016 hat sich das Bundesgericht mit dem *Ermessen des Willensvollstreckers* befasst. Dieses ist umfassend bei der Verwaltung des Vermögens (inkl. dem Verkauf einer Liegenschaft zur Bezahlung von Schulden), aber nur eingeschränkt im Hinblick auf die Erbteilung (kein Verkauf von Liegenschaften) (E 5.1). Diese

Unterscheidung ist wichtig, weil der Gesetzgeber bei der Verwaltung des Nachlasses den «lead» dem Willensvollstrecker und bei der Erbteilung den Erben zugesprochen hat.⁵⁵

e) Das Obergericht Bern hat sich im Urteil ZK 15 415 vom 06.04.2016 mit der *Verwaltung einer Liegenschaft* durch den Willensvollstrecker befasst, mit der Besonderheit, dass ein Erbe Mieter und Hausverwalter war (E 4.5). Das Obergericht erteilte dem Willensvollstrecker die Weisung, die Vorzugsbehandlung des Erben, der keinen markgerechten Mietzins bezahlte und einen übermässigen Lohn für die Liegenschaftsverwaltung bezog, zu beenden, und zwar durch Anpassung des Mietzinses und Kündigung des Verwaltungsauftrags. Es ist nicht selten anzutreffen, dass Erblasser ihre Kinder ungleich behandeln und in diesen Fällen ist es für den Willensvollstrecker nicht einfach, diese Ungleichbehandlung nach dem Tod des Erblassers zu beenden. Der Willensvollstrecker gerät dabei in einen Interessenkonflikt, wenn er nicht wirksam eingreift.⁵⁶

f) In der Praxis kam die Anfrage zu mir, ob auch eine *Lärmsanierung* (Ersatz von Fenstern) zu den Aufgaben eines Willensvollstreckers gehören könne, und zwar um Subventionen des Kantons zu erhalten, welche nur innert einer bestimmten Frist erhältlich sind. Einer von drei Erben verweigerte die Zustimmung (ohne Begründung, nur mit Verweis auf das Einstimmigkeitsprinzip). An sich gehören Um- und Neubauten nicht zu den Aufgaben des Willensvollstreckers.⁵⁷ Ausnahmsweise – bei drohendem Verlust von Subventionen – kann eine Lärmsanierung aber zu seinen Aufgaben gehören.⁵⁸

50 Vgl. FIORENZO COTTI, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: Commentaire du droit des successions, hrsg. v. Antoine Eigenmann und Nicolas Rouiller, Bern 2012, Art. 518 ZGB N 64.

51 Vgl. LG München 21 O 22432/12 vom 03.01.2014.

52 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB 10 (Verwaltung/Veräusserung einer Liegenschaft); STEINAUER (Fn. 3), N 1179b; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 N 11 (Ausrichtung eines Vermächtnisses).

53 Vgl. dazu das Aufsichtsverfahren, hinten, N. a).

54 Zur allgemeinen Inventarpflicht bzw. zur allgemeinen Pflicht, den einen Teilungsvorschlag zu unterbreiten, vgl. etwa PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 43 ff. und N 76 ff.; weiter vgl. die Anmerkungen von ANDREAS FLÜCKIGER, Interessenkonflikte von Willensvollstreckern: Rechtsweg(e) und Bedeutung einer Beschränkung der Aufgaben, Ditaler Rechtsprechungskommentar dRSK, Kommentar zu Urteil des Bundesgerichts 5A_55/2016 vom 11. April 2016, publiziert am 25. August 2016.

55 Ersteres zeigt sich daran, dass die Befugnisse des Willensvollstreckers die Erben einschränken (vgl. etwa BK-KÜNZLE [Fn. 14], Art. 517–518 ZGB N 200 und 209: exklusive Vertretungs- und Verfügungsmacht) und Letzteres, dass ein von den Erben abgeschlossener Erbteilungsvertrag für den Willensvollstrecker verbindlich ist (vgl. etwa BSK-KARRER/VOGT/LEU [Fn. 26], Art. 518 ZGB 61).

56 Zur Gleichbehandlungspflicht vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 297.

57 Vgl. SGVP 1928–43 Nr. 333 S. 203 = ZBGR 1934 Nr. 65 S. 176 f. = ZBl. 1934 S. 384: Renovation und Umbau einer Liegenschaft; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 180.

58 Ähnlich LGVE 1979 III Nr. 21: Baugesuch – drohender Verlust von CHF 100,000 Ersatzleistungen der Gebäudevversicherung; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 130.

g) Die Umfrage von Divo⁵⁹ ergab, dass die Nachlässe zunehmend komplexer werden⁶⁰ und immer mehr Aufgaben des Willensvollstreckers auf *Beauftragte, Substitute und Hilfspersonen* übertragen werden. Ausgenommen ist davon einzig der Teilungsvertrag.⁶¹ Der Willensvollstrecker hat darauf zu achten, dass er das Mandat führt und die beigezogenen Arbeitskräfte unter seiner Leitung arbeiten.⁶²

h) PEYROT/ANTREASYAN⁶³ haben die Frage offengelassen, ob man dem Willensvollstrecker die *Triage der elektronischen Daten* überlassen könne «et de supprimer ceux qui ont, par exemple, un caractère confidentiel ou intime». M.E. kann der Erblasser dem Willensvollstrecker eine Weisung erteilen (Auflage),⁶⁴ wie er z.B. mit E-Mails umgehen soll,⁶⁵ gleich wie er früher das Zerstören der Liebesbriefe anordnen konnte.

G. Verfügungsmacht (Art. 517 ZGB)

Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil LF150021 vom 14.08.2015 mit einer *Kündigung* durch den Willensvollstrecker befasst. Der Erbe, dem gekündigt wurde, behauptete, dass die Haupterin und Nutzniesserin der Liegenschaft möchte, dass er im Haus bleiben könne. Da umstritten ist, ob eine Nutzniessung schon mit der letztwilligen Verfügung oder erst mit dem Grundbucheintrag entsteht, lag jedenfalls kein klares Recht vor, was eine Ausweisung aus der Liegenschaft unmöglich machte, die Sache wurde an die Vorinstanz zurückgewiesen. Der Willensvollstrecker kann über Liegenschaften des Erblassers verfügen und unter anderem auch eine Kündigung aussprechen.⁶⁶ Im vorliegenden Fall hinderte ihn eine auf der Liegenschaft befindli-

che Nutzniessung, und er wählte zudem das falsche Verfahren.

H. Dauer-Willensvollstreckung (Art. 517 ZGB)

Wie im Bericht 2013–2014 dargestellt, hat sich das Bundesgericht im Urteil 5A_920/2013 mit der Dauer-Willensvollstreckung befasst. In einer Urteilsbesprechung qualifiziert ZEMP GSPONER⁶⁷ die Dauer-Willensvollstreckung als *Auflage* mit Verweis auf den Entscheid BO.2013.14 des Kantonsgerichts St.Gallen vom 20.06.2014. In diesem Entscheid wurde die besondere Art der Verwaltung (durch den Willensvollstrecker) als *Auflage* qualifiziert und nicht die Willensvollstreckung als solche. Die Art und Weise der Vermögensverwaltung kann tatsächlich als Auflage formuliert sein, während die Willensvollstreckung ein Institut eigener Art ist.⁶⁸

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

a) Im Urteil 5A_705/2015 vom 21.06.2016 hat sich das Bundesgericht mit der Rückforderung von Willensvollstrecker-Honorar durch einen Quoten-Vermächtnisnehmer befasst und festgehalten, dass bei der (tatsächlich eingereichten) *Vermächtnisklage* der Willensvollstrecker nur so lange passiv legitimiert sei, wie noch Nachlassvermögen vorhanden sei (E. 5.1). Wenn der Willensvollstrecker die Schlussabrechnung vorgelegt habe und von den Erben entlastet worden sei, gebe es kein Nachlassvermögen mehr und gehe diese Klage somit ins Leere. Der Vermächtnisnehmer müsse die Vermächtnisklage nun gegen die Erben – die Schuldner des Vermächtnisses – richten. Weiter führt das Bundesgericht aus, dass die Rückforderung zu viel bezogenen Honorars ein *Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung* sei (E. 6.2–6.3). Dies entspricht dem Stand der Praxis und Lehre.⁶⁹ Diese Rückforderungsklage steht – was das Bundesgericht nicht so deutlich ausspricht – nur den Erben gemeinsam

59 Vgl. Divo (Fn. 6), S. 134 und 139.

60 Ja: 83,87%, Nein: 16,13%.

61 Persönliche Ausführung: Administration: 70,97%, Erstellen Inventar: 87,10%, einfache Vermögensverwaltung: 74,19%, komplexe Vermögensverwaltung: 29,03%, Schätzungen: 3,23%, Unternehmensbewertungen: 6,45%, Führung von nichterbrechtlichen Prozessen: 41,94%, Steuererklärung des Erblassers: 48,39%, Erbschaftssteuern: 64,52%, Teilungsvertrag: 100%

62 Zu den Grenzen der Substitution vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 63.

63 Vgl. PEYROT/ANTREASYAN (Fn. 4), Not@lex 2016, 31.

64 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 14), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 12 ff., insbesondere N 17 f.

65 Zum Umgang mit E-Mails vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der digitale Nachlass, successio 9 (2015) 43 ff.

66 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 53.

67 Vgl. CHRISTINE ZEMP GSPONER, Testamentsauslegung und Dauer-Willensvollstreckung, successio 9 (2015) 304 ff., 307.

68 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 62; ebenso zum BGB vgl. DIETER LEIPOLD, Kommentar zu §§ 1922–1966 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Erbrecht, 6. A., München 2013, § 1941 BGB N 7.

69 Vgl. BGER 5A_881/2012 vom 26.04.2013 E. 4.1; KÜNZLE (Fn. 1), successio 9 (2015) 129.



zu.⁷⁰ Schliesslich befasst sich das Bundesgericht mit der Verantwortlichkeitsklage, bei welcher der Vermächtnisnehmer aktivlegitimiert und der Willensvollstrecker passivlegitimiert ist,⁷¹ und wies die Sache an die Vorinstanz zurück, welche sich mit dieser Klage zu wenig auseinandergesetzt hatte (E. 7). Im Ergebnis ist zu bemerken, dass der Bezug einer Pauschalsumme bei hohen Nachlässen, unabhängig von der geleisteten Arbeit (CHF 600 000 bei einem Nachlass von CHF 54 Mio., gestützt auf den Basler Notariatsgebührentarif), eigentlich der Vergangenheit angehören sollte⁷² und die Gutheissung der Beschwerde deshalb zu begrüssen ist.

b) Im Urteil des 5A_522, 569 und 573/2014 vom 16.12.2015 (= BGE 142 III 9 = SJ 138 [2016] I 289 = SJZ 112 [2016] 304) ging es um die teilweise *Rückforderung eines pauschal abgerechneten Willensvollstreckerhonorars* von CHF 550 960.80 (4% von CHF 13 727 831), mit dem Hinweis «vu le temps consacré, la complexité des affaires de la défunte, la durée de la liquidation et la responsabilité», aber ohne Abrechnung über die geleisteten Stunden. Die erste Instanz reduzierte die Vergütung auf CHF 150 000. Das Bundesgericht hat die Sache zu Recht an die Vorinstanz zurückgewiesen zur Neufestsetzung des Honorars auf Stundenbasis (E 9.5).⁷³ Dabei bestätigte es (richtigerweise), dass alle Erben die Klage gemeinsam führen müssen (E. 9.4)⁷⁴ und dass nicht gleichzeitig das Honorar gekürzt und Schadenersatz verlangt werden könne (E. 9.3.2).

c) Divo⁷⁵ hat in der *Umfrage* herausgebunden, dass Willensvollstrecker immer häufiger Vereinbarungen mit den Erben treffen.⁷⁶ Als Honoraransatz wird fast durchwegs der Zeitaufwand verwendet.⁷⁷ Zu einem Honorarstreit kommt es nach der Umfrage

nur in wenigen Fällen.⁷⁸ Die oben erwähnten zwei Fälle, welche das Bundesgericht zu behandeln hatte (a und b), dürften somit Ausnahmen sein.

d) BREITSCHMID wies in seinem Vortrag am St. Galler Erbrechtstag⁷⁹ auf das (inzwischen abgelehnte) *Postulat DROTSCHMANN-KEIL* (11.2028) hin, welches eine präzisere Bestimmung des Willensvollstrecker-Honorars verlangte.⁸⁰ Er ging auch nochmals auf meinen Vorschlag ein,⁸¹ die Überweisung erst nach Zustimmung der Erben oder der Aufsichtsbehörden durchzuführen, was aber nicht praktikabel ist. Eine etwas präzisere Gesetzesbestimmung wäre aber durchaus zu begrüssen.⁸²

e) Im *Vorentwurf* wird dieses Anliegen (scheinbar) aufgenommen und in Art. 517 Abs. 4 ZGB formuliert: «Sie haben Anspruch auf angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit.» Damit wird aber nur der alte Abs. 3 nach hinten verschoben. In der Vernehmlassung wird vorgebracht, dass zusätzlich erwähnt werden sollte, dass nach Arbeitsaufwand abzurechnen ist⁸³ bzw. dass ein Erfolgshonorar verboten werden sollte.⁸⁴ Dieses berechnete Anliegen könnte man im Gesetzestext wie folgt aufnehmen (Abs. 4 Satz 1): «Sie haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung, welche aufgrund des notwendigen Aufwands multipliziert mit einem üblichen Stundensatz zu berechnen ist ...» Weiter ist unbefriedigend, dass ein einzelner Erbe seinen Anteil nicht selbstständig geltend machen kann,⁸⁵ zumal die Rückforderungsklage üblicherweise nach Abschluss der Erbteilung geführt wird und die Ansichten der Erben häufig auseinan-

70 Vgl. BGer 5A_881/2012 vom 26.04.2013 E. 4.1; KÜNZLE (Fn. 1), successio 9 (2015) 129.

71 Vgl. DANIEL ABT, Kommentar zu Art. 598–601 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015, Art. 601 ZGB N 8; HOLZER (Fn. 3), S. 36 f.

72 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 517 ZGB N 28; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517/518 ZGB N 389; hinten, I. e).

73 Dies entspricht der Praxis und Lehre, vgl. vorne, Fn. 72.

74 Vgl. vorne, Fn. 70.

75 Vgl. Divo (Fn. 6), S. 135–137.

76 Bestimmung durch den Erblasser: 12,5%, Vereinbarung mit den Erben: 34,38%, keine explizite Regelung: 28,13%, andere: 25%.

77 Zeitaufwand: 96,77%, Pauschale: 0%, Mischform: 3,23%, höherer Ansatz beim komplexen Mandaten: 29,0%, Erfolgsprämie: 0%

78 Nein: 93,65%, Ja (Stunden): 3,23%, Ja (Stundenansatz): 3,23%.

79 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 5), S. 8.

80 Vgl. Petition 11.2028 von BARBARA DROTSCHMANN-KEIL (Fn. 41): «Zuletzt sei die in Artikel 517 Absatz 3 ZGB festgehaltene Vergütung des Willensvollstreckers im Gesetz zu präzisieren.»

81 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 417 ff. und 451 f.

82 Siehe dazu hinten, I. e).

83 Vgl. Vernehmlassung von weiteren Personen und Institutionen (Fn. 11), Schweizerischer Bäuerinnen und Landfrauenverband (SBLV), S. 3.

84 Vgl. Vernehmlassung von weiteren Personen und Institutionen (Fn. 11), Schweizerischer Bauernverband, S. 4.

85 Vgl. Vernehmlassung von weiteren Personen und Institutionen (Fn. 11), Verein Successio, S. 9; zur Rechtslage vgl. vorne, Fn. 70.

der gehen.⁸⁶ Dies könnte man im Gesetzestext wie folgt berücksichtigen (Abs. 4 Satz 2): «... Nach Abschluss der Erbteilung kann jeder einzelne Erbe seinen Anteil am Rückforderungsanspruch selbstständig geltend machen».

J. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_55/2016 vom 11.04.2016 mit einem Interessenkonflikt befasst und bestätigt, dass der vom Erblasser herbeigeführte oder wenigstens tolerierte Interessenkonflikt («une action en révocation de l'exécuteur testamentaire à cause d'une situation double créée par le testateur – ou du moins connue de lui – et d'un grave conflit d'intérêts qui en résulte» – E. 3.1) nicht von der Aufsichtsbehörde behandelt werden könne, sondern vom ordentlichen Richter behandelt werden müsse (Ungültigkeitsklage). Diese Formulierung ist insofern unglücklich, als m.E. alle Interessenkonflikte vor den ordentlichen Richter gehören und nicht nur die vom Erblasser geschaffenen.⁸⁷ Dies entspricht auch dem Vorentwurf zum neuen Erbrecht (Art. 518 Abs. 4 ZGB)⁸⁸, welcher alle Aufsichtsverfahren durch den Richter abwickeln lässt.

b) HOLZER und SCHMID führen aus, dass der (virtuelle) Willensvollstrecker bei der Ungültigkeitsklage dann (ausnahmsweise) *aktiv legitimiert* sei, wenn seine Einsetzung durch ein späteres Testament widerrufen oder beschränkt werde.⁸⁹ Das entspricht der herrschenden Praxis und Lehre.⁹⁰ SCHMID erwähnt weiter, dass der Willensvollstrecker keine Prozessführungsbefugnis besitze, um anstelle der Erben eine Ungültigkeitsklage zu führen, weil er die Interessen des Erblassers wahren müsse und es seine Aufgabe sei, dessen Willen zu vollstrecken.⁹¹ Es ist wichtig, Sachlegitimation und Prozessfüh-

rungsbefugnis getrennt zu betrachten,⁹² und es ist richtig, dass die Erben die Ungültigkeitsklage selbst führen müssen (keine aktive Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers),⁹³ während der Willensvollstrecker in einem eng begrenzten Bereich seine eigenen Interessen verfolgen kann (betreffend seine eigene Einsetzung). Weiter erwähnt SCHMID⁹⁴ (zu Recht)⁹⁵, dass auf der Seite der Klagen keine notwendige Streitgenossenschaft vorliege, der Willensvollstrecker also alleine klagen kann. Wichtig ist aber auch, zu erwähnen, dass sämtliche Erben am Prozess beteiligt sein müssen (auf der Seite der Kläger oder Beklagten), wenn die Stellung des Willensvollstreckers betroffen ist, weil es nicht sein kann, dass der Willensvollstrecker nicht gegenüber allen Erben die gleiche Stellung hat.

c) HOLZER und SCHMID führen aus, dass der Willensvollstrecker bei der Ungültigkeitsklage (ausnahmsweise) *passiv legitimiert* sei, wenn seine Stellung bzw. seine Befugnisse betroffen seien (Anfechtung des einsetzenden Testaments oder Interessenkollision).⁹⁶ Das entspricht der herrschenden Praxis und Lehre.⁹⁷ Während SCHMID⁹⁸ nur den Grundsatz erwähnt, dass keine notwendige Streitgenossenschaft gegeben sei, vertritt HOLZER (zu Recht)⁹⁹ die Auffassung, dass eine notwendige Streitgenossenschaft unter den Erben gegeben (d.h. alle Erben im Prozess einzubinden seien) bzw. eine erga-omnes-Wirkung notwendig sei, wenn die Stellung des Willensvollstreckers betroffen ist, damit dieser gegenüber allen Erben die gleiche Stellung habe.¹⁰⁰ Es ist nicht

86 Entweder müssen alle Erben dem klagenden Erben eine Vollmacht erteilen, oder dann ist ein Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) zu bestellen.

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

88 Vgl. dazu hinten, N. g).

89 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 12 ff.; SCHMID (Fn. 6), S. 15.

90 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 62; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 81; MARKUS PICHLER, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nichterbrechtlichen» Zivilprozessen unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Erben, Zürich 2011, S. 128; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 482.

91 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 15 f.

92 In der Regel decken sich Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis, das Recht über einen strittigen Anspruch einen Prozess zu führen; in bestimmten Konstellationen – wie beim Willensvollstrecker – wird die Prozessführungsbefugnis den an sich Legitimierten (Erben) weggenommen und einem Dritten (dem Willensvollstrecker) übertragen, vgl. dazu ALEXANDER ZÜRCHER, Kommentar zu Art. 59 ZPO, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016, Art. 59 ZPO N 67.

93 Ebenso PICHLER (Fn. 90), S. 129.

94 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 15.

95 Vgl. DANIEL ABT, Kommentar zu Art. 519–521 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015, Art. 519 ZGB N 56.

96 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 15 ff.; SCHMID (Fn. 6), S. 16.

97 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 67; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 81; PICHLER (Fn. 90), S. 130; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 482.

98 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 16

99 Vgl. vorne, I. b).

100 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 15 f.; vgl. auch vorne, I. b).



denkbar, dass der Willensvollstrecker für die Erben passive Prozessführungsbefugnis besitzt,¹⁰¹ er kann nur seine eigenen Interessen vertreten.¹⁰²

K. Herabsetzungsklage (Art. 527 ff. ZGB)

a) SCHMID erwähnt nur den Grundsatz, dass der Willensvollstrecker bei der Herabsetzungsklage nicht *aktiv legitimiert* sei, während HOLZER (zu Recht)¹⁰³ ausführt, dass der Willensvollstrecker (ausnahmsweise) zur Herabsetzung eines bereits ausbezahlten Vermächnisses aktiv legitimiert sei.¹⁰⁴ Konsequenterweise verneint SCHMID auch die Prozessführungsbefugnis,¹⁰⁵ welche aber ausnahmsweise (zur Herabsetzung eines ausbezahlten Vermächnisses) gegeben ist.¹⁰⁶

b) Nach HOLZER und SCHMID ist der Willensvollstrecker bei der Herabsetzungsklage *passiv legitimiert*, wenn ein Pflichtteilserbe gegen eine Dauer-Willensvollstreckung klagt.¹⁰⁷ Dies entspricht der herrschenden Praxis und Lehre.¹⁰⁸ Der Willensvollstrecker besitzt keine Prozessführungsbefugnis für die Pflichtteilserven,¹⁰⁹ er verteidigt nur seine eigenen Rechte.¹¹⁰ Es ist in diesem Falle nicht notwendig, dass alle Erben am Prozess beteiligt sind, weil nur die in ihrem Pflichtteil verletzten Erben betroffen sind und es denkbar ist, dass ein Erbe die Pflichtteilsverletzung geltend macht und der andere sie toleriert.

L. Willensvollstreckerausweis (Art. 559 ZGB)

a) Im Urteil 5A_716/2015 vom 04.04.2016 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der *Weigerung des Juge de paix, den Willensvollstrecker ausweis auszustellen* (im Falle einer Nacherbschaft, in welchem ein Sicherungsinventar aufgenommen, aber

keine Erbschaftsverwaltung angeordnet wurde) eine Beschwerde gegen das Urteil der zweiten Instanz zu beurteilen, welche die Sache an den Erstrichter zur Entscheidung zurückzuwies. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass weder ein Endentscheid (Art. 90 BGG), noch ein Teilentscheid (Art. 91 BGG), noch ein Vor- oder Zwischenentscheid über die Zuständigkeit und den Ausstand (Art. 92 BGG) gegeben sei und es sich deshalb nur um einen anderen Vor- und Zwischenentscheid (Art. 93 BGG) handeln könne. Weil die dafür notwendigen, besonderen Voraussetzungen nach lit. a und b nicht gegeben waren, war die Beschwerde nicht zulässig (E. 1). Dieser Fall, in welchem die Parteien die Rechtslage falsch einschätzten, zeigt, dass die Chancen für einen Erfolg vor dem Bundesgericht steigen, wenn Endentscheide der kantonalen Behörden (Art. 90 BGG) angefochten werden, die Beschwerde im vorliegenden Fall also verfrüht geführt wurde. In den übrigen Fällen sind häufig (Art. 91 und 93 BGG) zusätzliche Voraussetzungen nachzuweisen, welche sich nicht selten als Hindernisse erweisen.

b) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC 2015/762 vom 01.09.2015 zur Praxis Stellung genommen, dass der Juge de paix auf Antrag des Steueramtes (zur Sicherstellung der Erbschaftsteuer) ohne Weiteres das ganze Nachlassvermögen blockiert, dem Willensvollstrecker seine *Befugnisse entzieht und den Willensvollstrecker ausweis entsprechend anpasst* (Sachverhalt C. 11.). Der Beschwerdeführer schilderte, der Juge de paix «a agi comme une <subordonnée> à l'ACI» (E. 4). Das Kantonsgericht hat die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil dem Willensvollstrecker das rechtliche Gehör verweigert wurde (E. 5 und 6). Ich habe schon in einem früheren Jahresbericht die Ansicht vertreten, dass das Steuerrecht das Zivilrecht nicht aushebeln dürfe.¹¹¹ Das Kantonsgericht hat leider die Chance verpasst, dies vorliegend klar zum Ausdruck zu bringen.

c) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC 2015/906 vom 14.09.2015 zugelassen, dass ein Willensvollstrecker gegen einen *Erbenruf* (Art. 555 ZGB) Beschwerde erhoben hat mit der Begründung, er sei betroffen (E. 1b). Da der Erbenruf immer von einer Erbschaftsverwaltung begleitet sein muss (E. 3)¹¹² und diese den Willensvollstrecker

101 Vgl. PICHLER (Fn. 90), S. 131.

102 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 18.

103 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 111.

104 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 17 f.; SCHMID (Fn. 6), S. 17.

105 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 18.

106 Vgl. dazu PICHLER (Fn. 90), S. 132.

107 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 19.; SCHMID (Fn. 6), S. 18.

108 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 82; PICHLER (Fn. 90), S. 132 f.; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 483.

109 Vgl. PICHLER (Fn. 90), S. 133.

110 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 18.

111 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 5 (2011) 277.

112 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: Basler Kurzkommentar zum ZGB, hrsg. v. Andrea Büchler und Dominique Jakob, Basel 2012, Art. 555 ZGB N 1.

verdrängt (Art. 554 Abs. 2 ZGB), ist dieser Beurteilung zuzustimmen. Zu erwähnen ist, dass der Willensvollstrecker umgekehrt nicht berechtigt ist, einen Erbenruf zu beantragen.¹¹³

d) Gemäss *Vorentwurf* zur Erbrechtsrevision wird neu ein Art. 517 Abs. 3 ZGB eingefügt mit folgendem Wortlaut: «Sie erhalten eine Bescheinigung über ihre Stellung als Willensvollstrecker.» In der Vernehmlassung hat der Kanton St. Gallen¹¹⁴ (zu Recht) bemerkt, dass noch ergänzt werden könnte, dass die Bescheinigung nur auf entsprechenden Antrag hin ausgestellt wird. Der Wortlaut könnte demnach wie folgt lauten: «Sie erhalten auf entsprechenden Antrag hin eine Bescheinigung über ihre Stellung als Willensvollstrecker.»

M. Erbschaftsliquidation (Art. 593 ZGB)

a) Im Urteil 5D_63/2014 des Bundesgerichts vom 25.09.2014 zur *Verteilung des Überschusses einer Erbschaftsliquidation* ist nachzulesen, dass der Juge de paix diese vorgenommen hat. In einer Anmerkung schreibt FORNITO¹¹⁵ dazu: «Konkret wäre zu überlegen, die Verwertung solcher Aktiven nach Abschluss des Liquidationsverfahrens dem Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter oder Erbenvertreter zu überlassen.» Diese Ansicht teile ich, denn es gehört zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, die Verteilung vorzunehmen,¹¹⁶ sofern er bis dann sein Amt nicht beendet hat.

b) Das Kantonsgericht Graubünden hat sich im Urteil KSK 15 28 vom 13.08.2015 mit einer *Beschwerde des Willensvollstreckers* gegen eine Erbschaftsliquidation durch das Konkursamt zu befassen. Das Gericht befasste sich nicht mit der Aktivlegitimation, wohl aber im parallelen Verfahren KSK 15 59, auf welches Bezug genommen wird. In jenem Verfahren ging es um die Ausschlagung und die Erbscheinigung. Dort wurde erklärt, dass der Willensvollstrecker von der Qualifikation der im Testament

Begünstigten an sich nicht betroffen sei (und damit nicht zur Beschwerde aktivlegitimiert wäre), wohl aber, wenn es wie vorliegend darum geht, ob überhaupt (eingesetzte) Erben vorhanden seien, weil es in diesem Falle zu keiner Erbschaftsliquidation käme, während welcher der Willensvollstrecker von seinem Amt suspendiert wird (E. 3a). Deshalb wurde wohl auch im oben erwähnten Verfahren die Beschwerdelegitimation des Willensvollstreckers als gegeben angesehen. Dem ist zuzustimmen.¹¹⁷

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

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_55/2016 vom 11.04.2016 mit einer *Absetzung* befasst. Zunächst hat es bestätigt, dass es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, und festgestellt, dass der Wert aufgrund der umstrittenen Handlungen bzw. Unterlassungen zu bestimmen sei (E. 1). Weiter hat es festgehalten, dass die verletzten verfassungsrechtlichen Bestimmungen in der Beschwerde genau anzugeben (E. 2.1) und inwiefern Tatsachen rechtswidrig oder unhaltbar dargestellt seien (E. 2.2). Wichtig ist in diesem Fall, dass die Aufgabe der Willensvollstreckerin auf eine Liegenschaft beschränkt war. Der 1. Vorwurf betraf die Auskunft über frühere Schenkungen an die Willensvollstreckerin. Dies betraf nicht ihre Funktion als Willensvollstreckerin, und es konnte keine willkürliche Feststellung (Art. 9 BV; E. 4.1) und keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; E. 4.2) festgestellt werden. Zudem wurde festgehalten, dass bei der gegebenen Konstellation (gemeint: durch den Erblasser geschaffener Interessenkonflikt) der ordentliche Richter für Interessenkonflikte (Art. 519 f. ZGB) zuständig sei (E. 4.3).¹¹⁸ Der 2. Vorwurf betraf die fehlende Mitwirkung der Willensvollstreckerin beim Erstellen des Inventars. Das lag ausserhalb der (auf die Liegenschaft begrenzten) Aufgabe der Willensvollstreckerin (E. 5). Der 3. Vorwurf, bei der Vorlage von Dokumenten an die Erben zur Unterzeichnung im Zusammenhang mit der Liegenschaft sei ein Betrug begangen worden, konnte nicht nachgewiesen werden, und eine Erbunwürdigkeit (Art. 540 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) wäre

113 Vgl. Kantonsgericht Graubünden ERZ 10 51 vom 03.05.2010 E. 2c/cc; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 486.

114 Vgl. Vernehmlassung der Kantone (Fn. 9), Kanton St. Gallen, S. 6.

115 Vgl. ROBERTO FORNITO, Die konkursamtliche Liquidation eines Nachlasses, *successio* 10 (2016) 156 ff., 160.

116 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 593–597 ZGB, in: Basler Kurzkommentar zum ZGB, hrsg. v. Andrea Büchler und Dominique Jakob, Basel 2012, Art. 596 ZGB N 13.

117 Vgl. KÜNZLE (Fn. 116), Art. 593 ZGB N 13 (Sistierung des Willensvollstreckers).

118 Hier sei nur kurz das Bedauern wiederholt, dass das Bundesgericht noch immer nicht alle Interessenkonflikte (auch die nachträglich vom Willensvollstrecker geschaffenen) dem ordentlichen Richter zuweist, vgl. vorne, Fn. 87.



sowieso vom Zivilrichter zu beurteilen (E. 6). Für den 4. Vorwurf, die Willensvollstreckerin halte mehrere Millionen zurück, gilt das zum Interessenkonflikt gesagte (Zuständigkeit des Zivilrichters) und zur fehlenden Information ebenfalls (betrifft nicht die Aufgabe der Willensvollstreckerin) (E. 7). Der 5. Vorwurf betraf die Verweigerung des Zutritts zum Haus. Das war keine so grobe Verletzung, dass eine Absetzung der Willensvollstreckerin gerechtfertigt gewesen wäre (E. 8). Der 6. Vorwurf, ein Interessenkonflikt zwischen Willensvollstreckung und dem Wohnrecht in der Liegenschaft, ist vom Zivilrichter zu beurteilen (E. 9). Der 7. Vorwurf der Neuausstellung von Rechnungen, um Kunstwerke als ihre eigenen auszuweisen, betraf wiederum nicht die Tätigkeit als Willensvollstreckerin (E. 10). Dieser Fall zeigt exemplarisch, dass ein unpräzises Vorgehen im Aufsichtsverfahren wenig Erfolg bringt. Die Dualität des Verfahrens (Aufsichtsbehörde und Zivilrichter) bringt gewisse Schwierigkeiten mit sich, welche auch dann nicht beseitigt wären, wenn man – wie in der Erbrechtsrevision vorgeschlagen¹¹⁹ – den Richter als Aufsichtsbehörde einsetzen würde, weil immer noch zwei Verfahren (ein summarisches Aufsichtsverfahren und ein ordentliches Verfahren über erbrechtliche Ansprüche) nebeneinander laufen würden und die Erben das richtige Verfahren wählen müssten. Der Einsatz eines im Erbrecht versierten Anwalts (eines Fachanwalts SAV Erbrecht) ist in solchen Fällen sehr zu empfehlen.

b) Im Urteil 5D_136/2016 vom 06.04.2016 bestätigte das Bundesgericht, dass materielle Fragen, wie das *Honorar des Willensvollstreckers*, vom Zivilrichter zu beurteilen sind. Es hat offengelassen, ob ein krass übersetztes Honorar daneben zu aufsichtsrechtlichen Disziplinarmaßnahmen führen könne. Es hat betont, dass ein solches Verfahren jedenfalls nicht dazu da sei, um Grundlagen für die Rückforderung oder Schadenersatzansprüche zu liefern (E. 5.2). In casu wurden aufsichtsrechtliche Massnahmen abgelehnt. Ich kann dieser Haltung nur zustimmen, denn es besteht die Gefahr, dass straf- oder aufsichtsrechtliche Verfahren missbraucht werden, um Grundlagen für die Rückforderung von Honoraransprüchen zu beschaffen.

c) Das Obergericht Bern hat im Urteil ZK 15 415 vom 10.12.2015 (= TREX 2016, 184) zum *Beschwerdeweg* Stellung genommen (E. II. 2): Nach Art. 7 BE-EGZGB ist die erste Aufsichtsinstanz das Regierungsverwaltungsamt und nach Art. 74a BE-EGZGB

die zweite Aufsichtsinstanz das Obergericht (bis 2008 der Regierungsrat). Das *Verfahren* richtet sich (weiter) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VRPG), insbesondere Art. 74–84a VRPG (Beschwerdeverfahren) und Art. 65–73 VRPG (verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren).¹²⁰

d) Das Obergericht Zürich hat im Urteil PF160007 vom 31.03.2016 die *Absetzung* eines Willensvollstreckers zu beurteilen, welchem die Weisung zur Lieferung einer detaillierten Nachlassabrechnung und eines Teilungsvorschlags innert 30 Tagen erteilt wurde mit der Androhung der Entlassung bei Nichterfüllung. Nachdem er die Frist nicht eingehalten hatte, wurde er abgesetzt. Der Willensvollstrecker verlangte eine zweite Fristverlängerung und argumentierte, dass eine komplexe Abwicklung in Australien (Liegenschaften/Konto) vorliege und er mehr Zeit brauche. Das Obergericht befand, es setze nur den rechtskräftigen Entscheid um, in welchem ausdrücklich nur eine einmalige Fristverlängerung vorgesehen war. Ohne die Details des Falles genau zu kennen, ist eine Beurteilung immer schwierig. Aber es scheint aufgrund des vom Gericht geschilderten Prozessverlaufs so zu sein, dass der Willensvollstrecker laufend Pflichtverletzungen beging und die eigentliche Funktion des Willensvollstreckers nicht erkannte: Statt einen Service zu bieten, war er ein Hindernis. Aus dieser Perspektive erfolgte die Absetzung zu Recht.

e) Im Urteil PF150068 vom 29.01.2016 hat sich das Obergericht Zürich in einem Absetzungsverfahren mit dem Vorwurf der *langen Verfahrensdauer* (8 Monate) befasst, insbesondere angesichts der Tatsache, dass die Erben nur 1 Jahr Zeit für Ungültigkeitsklage haben. Das Gericht befand, dass das Verfahren ohne Unterbrüche vorangetrieben und die Willensvollstrecker nach Vorlage der Stellungnahmen rasch entschieden hätten (E. 4.2). Für die Erben sind die Jahresfristen tatsächlich häufig ein Problem. Auf der anderen Seite warten die Willensvollstrecker in vielen einfacheren Nachlässen die Jahresfrist ab, bevor sie an die Verteilung des Nachlasses gehen,¹²¹ und eine Verlängerung dieser Frist durch den Gesetzgeber würde in der Mehrzahl der Fälle zu Verzögerungen führen. Es bietet sich deshalb im Rahmen der Erbrechtsrevision höchstens an, über Fristverlängerungsmöglichkeiten nachzudenken (z.B. durch Vereinbarung

119 Vgl. hinten, N. g).

120 Siehe Kreisschreiben Nr. 3 des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. August 2014.

121 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 343.

unter den Erben), die Frist aber nicht generell zu verlängern.

Zur *fehlenden Auskunftserteilung* führte das Obergericht aus, dass die Willensvollstrecker suspendiert und durch einen Erbschaftsverwalter ersetzt worden seien und im Zeitpunkt des Begehrens deshalb bereits keine Auskunft mehr geben mussten (E. 4.4.2). Für die Zeit davor wurde ihnen ein gewisser «organisatorischer Spielraum» eingeräumt, und es wurde als genügend angesehen, dass sie ein provisorisches Inventar vorgelegt haben (E. 4.4.3). Die Vorinstanz befasste sich weiter mit der Frage, wie weit das Auskunftsrecht einer Vermächtnisnehmerin und virtuellen Erbin gehe, und hielt fest, dass diese nur soweit Auskunft verlangen könne, als es um den wertmässigen Anspruch gehe (E. 2.3), nicht aber z.B. über den Kauf eines Privatjets durch den Erblasser und dessen Vermietung. Wenn der Erblasser einen gesetzlichen Erben enterbt und ihm stattdessen ein Vermächtnis zuweist, kann dieser (sog. virtuelle) Erbe so lange nicht die gleichen Rechte (insbesondere Auskunftsrechte) wie die Erben beanspruchen, als er keine Herabsetzung geltend macht.¹²² Die Herabsetzungsklage war im vorliegenden Falle insofern nicht attraktiv, als das Vermächtnis betragsmässig höher lag als der Pflichtteil. Zudem ist zu beachten, dass die Auskunft ein Thema ist, welches (mindestens in komplexeren Fällen) vom Zivilrichter zu entscheiden ist.¹²³

Die Beschwerdeführerin warf den Willensvollstreckern weiter mehrere Pflichtverletzungen vor, welche alle von beiden Gerichten abgewiesen wurden: 1. *Nichteinlieferung aller letztwilligen Verfügungen*: Die Beschwerdeführerin brachte vor, es sei unglaubwürdig, dass ein Erblasser im Alter von 79 Jahren nicht mehrere Testamente verfasst habe. Die Willensvollstrecker machten geltend, frühere Testamente seien vernichtet worden. Das Bezirksgericht erachtete den Vorwurf als nicht bewiesen (E. 2.3). Das Obergericht betonte sodann, dass Unterlagen über die Entstehung der Testamente nicht zur Willensvollstreckung gehören und der Erblasser sich darauf verlassen können muss, dass diese

vertraulich behandelt werden (E. 4.4). Der Schutz der Privatsphäre des Erblassers ist wichtig, denn auch sein Vertrauensanwalt muss die Möglichkeit haben, Willensvollstrecker zu werden, ohne dass dies zum Nachteil führt, dass er eine umfassendere Auskunftspflicht hat.¹²⁴

2. *Übertragung von Aktien der O-AG* an einen Dritten: Da der Übertrag durch den Verwaltungsrat der X-AG auf der Grundlage eines vom Erblasser abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrags erfolgt ist, betraf es die Willensvollstreckung nicht (E. 4.5).

3. *Verkauf der Aktien der N-AG*: Weil dieser Vorgang 1 Jahr vor dem Ableben des Erblassers stattfand, betraf es die Willensvollstreckung nicht (E. 4.6).

4. *Auszahlung des Volljährigkeitskontos*: Die Willensvollstrecker betrachteten dieses Konto als Teil des Nachlasses und zahlten es nicht aus, weil aus ihrer Sicht kein Schenkungsversprechen vorlag. Das Gericht sah darin keine Pflichtverletzung (E. 4.7).

5. *Motorboot*: Die Willensvollstrecker wiesen darauf hin, dass sie das Motorboot im Inventar mit dem Wert 0 ausgewiesen haben, mit Hinweis auf den Schenkungsvertrag des Erblassers mit einem Willensvollstrecker. Das Gericht sah darin keine Pflichtverletzung (E. 4.8).

6. *Fehlende Wohnungskündigung*: Die Willensvollstrecker wiesen darauf hin, dass keine unmittelbare Kündigung erfolgt sei, weil eine Stellungnahme der Erben eingeholt wurde und die Einrichtung eines Museums geprüft werde. Das Gericht sah darin keine Pflichtverletzung (E. 4.9).

Das Bezirksgericht entschied, dass die ursprüngliche *Interessenkollision* (ein Willensvollstrecker war früher der Anwalt des Erblassers) beim ordentlichen Richter und nicht bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen sei (E. 2.2), während das Obergericht diesen Punkt mangels genügender Rüge gar nicht mehr behandelte (E. 4.3).¹²⁵

Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Pflichtverletzungen waren zwar umfassend, die Verhältnisse hätten aber zum grossen Teil bereits auf dem Korrespondenzwege geklärt werden können bzw. soweit sie allenfalls einer näheren Prüfung bedurften (Interessenkollision und Auskunft) hätten sie beim Zivilrichter anhängig gemacht werden müssen.

122 Zum Auskunftsrecht des Vermächtnisnehmers/virtuellen Erben vgl. THOMAS WEIBEL, Kommentar zu Art. 602–618 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-WEIBEL), Art. 607 ZGB N 22: «insoweit informationsberechtigt, als dies für die Geltendmachung ihrer Rechtsposition erforderlich ist»; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 222.

123 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 221, 452 und 469; es handelt sich um eine selbstständige Klage, vgl. PraxKomm-WEIBEL (Fn. 122), Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB N 40 ff.

124 Zum Schutz der Privatsphäre des Erblassers vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 17; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 218.

125 Vgl. dazu meine Bemerkung vorne, Fn. 87.



f) Divo¹²⁶ wollte in ihrer Umfrage wissen, wie Willensvollstrecker mit Konflikten umgehen, welche Mittel sie verwenden. Am geeignetsten scheint – nicht ganz überraschend – die (aktive) *Kommunikation* zu sein.¹²⁷

g) BREITSCHMID hat sich am St. Galler Erbrechtstag mit dem Postulat von Ständerätin Fetz (15.3213)¹²⁸ befasst,¹²⁹ welches vom Ständerat angenommen wurde¹³⁰ und welches die *Dualität des Verfahrens* (formelle Verfahren durch Aufsichtsbehörde und materielle Fragen durch Richter) zum Thema hat: «Der Bundesrat wird beauftragt, die Ausgestaltung der Aufsicht über die Willensvollstrecker auf Zeitgemässheit zu prüfen und darüber zu berichten.» BREITSCHMID verweist darauf, dass ich bereits 2000 vorgeschlagen habe, die Aufsicht dem Richter zuzuweisen.¹³¹ Im Vorentwurf zur Erbrechtsrevision (Art. 518 Abs. 4 ZGB) wird dieser Vorschlag aufgenommen und der Willensvollstrecker der Aufsicht des Gerichts unterstellt. Die Vernehmlassung hat gemischte Stellungnahmen hervorgebracht. Der Vorschlag wird begrüsst (Kanton Solothurn),¹³² als unklar bezeichnet (Kanton Freiburg),¹³³ als Vorschlag, welcher die Probleme nicht löst (Universität Bern)¹³⁴ oder abgelehnt (Kanton Luzern,¹³⁵ und Advokatenkammer Basel¹³⁶). Eine Aufwertung des Aufsichtsverfahrens ist an sich zu begrüßen. Die Dualität des Verfahrens (summarisches Verfahren für Aufsicht und ordentliches Verfahren für materielle Fragen) lässt sich durch den Einsatz des Rich-

ters aber nicht vermeiden, und damit ist das Problem tatsächlich nicht ganz gelöst. Der Vorschlag sollte aber dennoch weiterverfolgt werden.

O. Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB)

a) Die *Aktivlegitimation* des Willensvollstreckers bei der Erbschaftsklage ist umstritten: Nach der h.M. ist er aktiv legitimiert bei der Klage gegenüber Dritten (inkl. Vermächtnisnehmer), nicht aber gegenüber einzelnen Erben, gegenüber welchen er aber Besitzschutz (Art. 926–928 ZGB) geltend machen kann.¹³⁷ HOLZER erwähnt, dass es Lehrmeinungen gibt, wonach der Willensvollstrecker auch gegenüber Erben aktiv legitimiert sei, nach einem Teil der Lehrmeinungen aber keine Chance auf Gutheissung der Klage habe.¹³⁸ Weder das Ergebnis (keine Herausgabe) noch die Begründungen (Vergleich mit Sonderklagen) dieser Lehrmeinungen überzeugen mich. Einigkeit besteht darüber, dass der Willensvollstrecker Prozessführungsbefugnis hat und anstelle der Erben (Art. 602 Abs. 2 ZGB) die Erbschaftsklage (gegen Dritte) führen kann (Prozessstandschaft).¹³⁹

b) Nach SCHMID kann die *Passivlegitimation* des Willensvollstreckers bei der Erbschaftsklage gegeben sein, die klagenden Erben haben aber schlechte Aussichten auf Erfolg, wenn sich der Willensvollstrecker auf seinen Besitz (ein besseres Recht) beruft, es sei denn, dass die Erben ihm nachweisen können, dass er den Besitz gar nicht braucht.¹⁴⁰ HOLZER erwähnt darüber hinaus den Fall, dass die Erben nachweisen können, dass der Gegenstand gar nicht zum Nachlass gehört.¹⁴¹ Dies deckt sich mit der herrschenden Praxis und Lehre.¹⁴² Der Willensvollstrecker hat keine Prozessführungsbefugnis für die klagenden Erben.¹⁴³

126 Vgl. Divo (Fn. 6), S. 146.

127 Keine: 25%, Kommunikation: 81,25%, Niederlegung des Mandats: 9,38%, Abschottung: 12,5%, Mediation: 12,5%, Gericht: 3,13%.

128 Vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?t?AffairId=20153213>: «Der Bundesrat wird beauftragt, die Ausgestaltung der Aufsicht über die Willensvollstrecker auf Zeitgemässheit zu prüfen und darüber zu berichten.»

129 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 5), S. 16.

130 Vgl. AB 2015 S 498.

131 Vgl. KÜNZLE (Fn. 81), S. 417 ff., 451 f.

132 Vgl. Vernehmlassung der Kantone (Fn. 9), Kanton Solothurn, S. 4.

133 Vgl. Vernehmlassung der Kantone (Fn. 9), Kanton Freiburg, S. 1.

134 Vgl. Vernehmlassung von weiteren Personen und Institutionen (Fn. 11), Universität Bern, S. 14 f.

135 Vgl. Vernehmlassung der Kantone (Fn. 9), Kanton Luzern, S. 2.

136 Vgl. Vernehmlassung von weiteren Personen und Institutionen (Fn. 11), Advokatenkammer Basel, S. 10 ff.; die Begründung, dass das ordentliche Verfahren zu lange dauere, halte ich nicht für richtig, weil auch der Richter das summarische Verfahren anwenden kann; dann bleibt es allerdings bei zwei unterschiedlichen Verfahren.

137 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 24 ff.; ebenso BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 83; WOLF/GENNA SPR IV/2 (Fn. 3), S. 141.

138 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 21 ff.

139 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 26; WOLF/GENNA SPR IV/2 (Fn. 3), S. 137; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 12; PICHLER (Fn. 90), S. 134.

140 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 27; ebenso PICHLER (Fn. 90), S. 136 f.

141 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 24

142 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 83.

143 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 27; ebenso PICHLER (Fn. 90), S. 137.

P. Vermächtnisklage (Art. 601 ZGB)

a) Nach HOLZER ist der Willensvollstrecker bei der Vermächtnisklage *nicht aktiv legitimiert*.¹⁴⁴ Dies entspricht der herrschenden Lehre.¹⁴⁵ Der Willensvollstrecker kann den schuldenden Erben weder eine Frist ansetzen noch besitzt er Prozessführungsbefugnis, um an ihrer Stelle mit dem Vermächtnisnehmer über den Bestand und die Höhe des Vermächtnisses zu streiten.¹⁴⁶

b) Weiter führt HOLZER aus, dass der Willensvollstrecker bei der Vermächtnisklage *passiv legitimiert* sei, soweit er aus dem Nachlassvermögen erfüllen muss/kann.¹⁴⁷ Dies entspricht der Praxis und Lehre¹⁴⁸ und kann damit begründet werden, dass die Ausrichtung der Vermächtnisse zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehört (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Nach PICHLER besitzt der Willensvollstrecker passive Prozessführungsbefugnis für die Erben, solange der Nachlass nicht verteilt ist.¹⁴⁹ M.E. besitzt der Willensvollstrecker keine Prozessführungsbefugnis, weil die Erben alleine über Bestand und Höhe des Vermächtnisses entscheiden, nicht nur im Aktivprozess,¹⁵⁰ auch im Passivprozess.

Q. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)

a) Der Willensvollstrecker ist nach h.M. nicht *aktiv* zur Erbteilungsklage *legitimiert*, weil er dadurch seine neutrale Stellung verlieren würde, und dementsprechend hat er auch keine Prozessführungsbefugnis.¹⁵¹ Nach einer Mindermeinung ist der Willensvollstrecker *aktivlegitimiert*, weil Art. 518 Abs. 2 ZGB ihm den Vollzug der Erbteilung als Aufgabe zuordnet und in Art. 604 ZGB eine Lücke geschlossen werden sollte.¹⁵² Mit SUTTER-SOMM/

AMMANN¹⁵³ halte ich eine Klärung dieser Frage (Entscheidung durch das Bundesgericht oder ausdrückliche Regelung durch den Gesetzgeber) für wünschenswert. Ob die Zulassung zu begrüssen wäre, beurteile ich zurückhaltend. Es ist unschön, dass der Willensvollstrecker seine neutrale Position verlässt und aktiv in den Verteilungsprozess eingreift und dabei (gezwungenermassen) Partei ergreift (Verletzung der Neutralität). Die Entscheidung der Erben, keine Klage einreichen zu wollen, was für den Familienfrieden durchaus besser sein kann, wird damit nicht respektiert (Verletzung der Freiheit der Erben in der Erbteilung). Zudem erhält der Willensvollstrecker damit massive Kompetenzen vom Erblasser delegiert, welche dieser eigentlich selbst ausüben müsste (unzulässige Delegation, Verletzung der Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung). Die Erbteilungsklage kann von jedem einzelnen Erben eingereicht werden, der Willensvollstrecker hat keine Prozessführungsbefugnis für die Erben.¹⁵⁴

b) Nach SCHMID ist der Willensvollstrecker bei der Erbteilungsklage nur dann *passiv legitimiert*, wenn er anstelle des Erblassers handelt, welcher in einem Drittnachlass beteiligt war, in welchem ein Erbe die Teilungsklage erhebt,¹⁵⁵ bzw. nach HOLZER darüber hinaus, wenn es um die Durchführung der Teilung geht.¹⁵⁶ Der Willensvollstrecker hat in diesem Fall auch Prozessführungsbefugnis.¹⁵⁷

c) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil LB160008 vom 16.03.2015 mit einer im Rahmen der Erbteilungsklage vorsorglich verhängten *Verfügungssperre* befasst. Der Willensvollstrecker hat offenbar den Tresorinhalt von der Credit Suisse zur Bank Julius Bär verschoben (in Absprache mit der Erblasserin). Da er aber die Differenz von CHF 100'000 zwischen dem Steuerinventar (angeblich noch gemäss Tresor Credit Suisse) und dem heutigem Stand nicht erklären konnte und auch keine Rechenschaft über sein Honorar gab, hat das Obergericht als Auf-

144 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 35 f.

145 Vgl. PICHLER (Fn. 90), S. 140 f.; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 494.

146 Ähnlich PICHLER (Fn. 90), S. 141.

147 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 36 f.

148 Vgl. dazu vorne, H. a); BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 472; a.M. PICHLER (Fn. 90), S. 141: keine Aktivlegitimation.

149 Vgl. PICHLER (Fn. 90), S. 141 f.

150 Vgl. vorne, P. a).

151 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 35), 365 ff.; WOLF/GENNA SPR IV/2 (Fn. 3), S. 210 f.; WEIBEL (Fn. 122), Art. 604 ZGB N 8; HOLZER (Fn. 3), S. 26 ff.; SCHMID (Fn. 6), S. 20 f.

152 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/MARCO CHEVALIER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, *successio* 1 (2007) 38 ff.; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 66 und 84.

153 Vgl. SUTTER-SOMM/AMMANN (Fn. 3), N 113 ff.

154 Vgl. PICHLER (Fn. 90), S. 140 f.

155 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 22; zu einem solchen Fall vgl. Obergericht Zürich RB140025 vom 04.08.2014 E. 2.

156 Vgl. HOLZER (Fn. 3), S. 34 f.; ebenso PICHLER (Fn. 90), S. 141; zu einem solchen Fall vgl. Obergericht Zürich RV150005 vom 22.09.2015 E. 3.1: «Allerdings ist der Willensvollstrecker passivlegitimiert... wenn der Willensvollstrecker den Vollzug der Teilung verzögert», mit Verweis auf BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 67.

157 Vgl. SCHMID (Fn. 6), S. 23.



sichtsbehörde die Verfügungssperre nicht aufgehoben.

d) Im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge machen HÖSLY/FERHAT¹⁵⁸ den Vorschlag, dass der Willensvollstrecker immer dann, wenn unter den Erben Uneinigkeit besteht, ob das Unternehmen weitergeführt werden soll, zur *Sicherung der Unternehmensnachfolge die Erbteilungsklage einreichen* kann, um die integrale Zuweisung des Unternehmens oder eines Mehrheitsanteils daran an einen Nachfolger zu beantragen. Ich halte eine solche Regelung für problematisch, weil nicht einsehbar ist, weshalb bei der Unternehmensnachfolge machbar sein sollte, was sonst nicht geht. Wenn man dem Willensvollstrecker die Erbteilungsklage als Teil seiner Aufgabe zugestehen will, sollte man dies für alles Erbgut gleichermaßen tun.¹⁵⁹

e) Am St. Galler Erbrechtstag hat BREITSCHMID auf das Postulat DROTSCHMANN-KEIL (11.2028) hingewiesen, welches unter anderem eine zeitliche Beschränkung der Willensvollstreckung vorschlug.¹⁶⁰ Er wies auch darauf hin, dass ich 2000 geschrieben habe, dass ich mir eine Begrenzung auf 18 Monate vorstellen könne.¹⁶¹ Nach meiner seitherigen Erfahrung in der Praxis sollte eine Abwicklung in der Regel 1–3 Jahre dauern,¹⁶² was inzwischen auch vom Bundesgericht übernommen wurde.¹⁶³ Angesichts der Unterschiedlichkeit der Fälle, genügen m.E. die bestehenden Möglichkeiten der Aufsicht,¹⁶⁴ um die Willensvollstreckung zeitlich zu begrenzen. Die Nachteile einer gesetzlichen Begrenzung dürften die Vorzüge übersteigen.

R. Information (Art. 607 und 610 ZGB)

Divo¹⁶⁵ hat die Willensvollstrecker in ihrer Umfrage angefragt, welche *Informationen* die Willensvollstrecker den Erben zukommen lassen. Dabei

kommt neben dem Auskunftsrecht und der Auskunftspflicht der Erben (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB) auch die Freiheit in der Erbteilung regelmässig vor.¹⁶⁶ Eine eigentliche Strategie des Vorgehens ist dabei allerdings nicht zu erkennen.¹⁶⁷

S. Erbteilung (Art. 634 ZGB)

Divo¹⁶⁸ hat die Willensvollstrecker in ihrer Umfrage darauf angesprochen, wie sie Konflikte unter den Erben bewältigen. Dabei stehen neben der transparenten Information der rasche Übergang zur Teilung im Vordergrund.¹⁶⁹

T. Haftung

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil BGer. 5A_522, 569 und 573/2014 vom 16.12.2015 (= BGE 142 III 9)¹⁷⁰ vertieft mit der Haftung des Willensvollstreckers befasst. 3 Willensvollstrecker (ein Treuhänder, Notar und Vermögensverwalter) haben nach dem Ableben des Erblassers (25.9.2000) den Nachlass zur Teilung gebracht (Schlussabrechnung vom 22.11.2005). Das Portfeuille von CHF 11 151 528.65 (30.9.2000) wurde zwischen 2001 und 2003 verkauft für insgesamt CHF 10270982.50. Die Erben machen einen Schaden von CHF 2029439 geltend, das Tribunal de première instance bestimmte den Schaden mit CHF 1 515 445. Die zweite Instanz (Cour de justice) hat unter anderem folgenden Schadenersatz zugesprochen: CHF 870000 (schlechte Portfolioverwaltung), CHF 165070 (Kosten der Steueranwälte) und CHF 49570 (Verzugszins Erbschaftssteuer).

Zunächst befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob man hätte *Aktien verkaufen* müssen, und weist auf die Notwendigkeit hin, sich *Liquidität* für die Bezahlung von Schulden (wie Steuern) zu beschaffen (E. 5.1). Wie weit eine Verkaufspflicht be-

158 Vgl. HÖSLY/FERHAT (Fn. 4), *successio* 10 (2016) 126.

159 Zu meinen Bedenken, dem Willensvollstrecker zu ermöglichen, die Teilungsklage einzureichen, vgl. vorne, Q. a).

160 Vgl. Petition 11.2028 von BARBARA DROTSCHMANN-KEIL (Fn. 41): «Zudem seien Fristen für die Nachlastteilung sowie eine Prioritätenliste bzw. ein Aktionsplan zur Festlegung der wirklich notwendigen vergütbaren Vorkehrungen zu erstellen.»

161 Vgl. KÜNZLE (Fn. 81), 451 f.

162 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 305.

163 Vgl. BGE 142 III 9 E. 5.2.1; hinten, T. a).

164 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 28), Art. 518 ZGB N 88 ff. (Behördenaufsicht).

165 Vgl. Divo (Fn. 6), S. 143 f.

166 Freiheit in der Erbteilung: 70,97%, Recht auf Auskunft und Information durch WV: 93,55%, Pflicht der Erben zur Auskunft: 80,65%, keine Antwort trifft zu: 3,23%.

167 Ja (Informationsschreiben): 16,67%, Ja (Erbenversammlung): 13,33%, situativ: 66,67%, Nein: 3,33%.

168 Vgl. Divo (Fn. 6), S. 147.

169 Nie: 3,33%, Mandat niedergelegt: 3,33%, transparente Information: 83,33%, WV auf Verwaltung beschränken, bis Streit bewältigt ist: 23,33%, Teilungsvorschlag machen: 70%, Beizug von Dritten (Mediation): 20%, Empfehlung, die Erbschaftsklage (gemeint wohl: Teilungsklage) einzureichen: 13,33%.

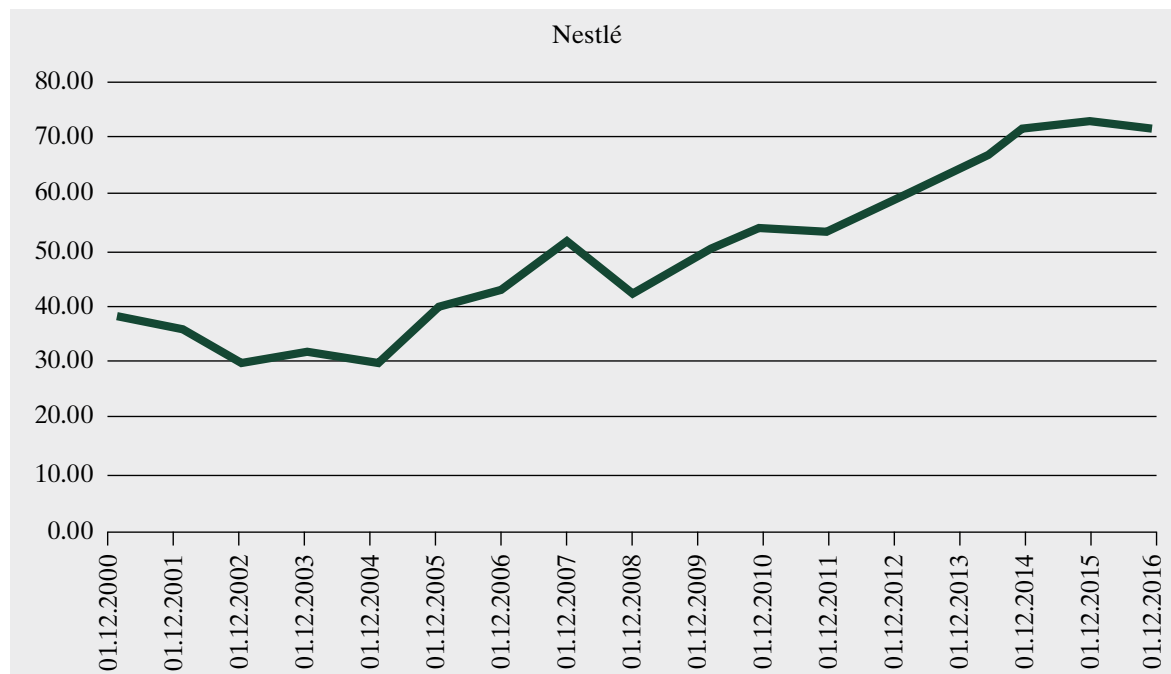
170 Weitervgl. die Anmerkungen von HRUBESCH-MILLAUER/BÜRKI (Fn. 13), AJP 25 (2016) 516 ff.

steht, bleibt allerdings unklar: Les exécuteurs testamentaire «ont manqué à leur devoir de diligence et à celui de conserver, dans l'intérêt de l'ensemble des héritiers, la substance de la succession». Im vorliegenden Fall konnte ein Schaden entstehen, den die Willensvollstrecker zu ersetzen haben, wenn sie (was aus dem Entscheid nicht klar hervorgeht) möglicherweise das Thema des Klumpenrisikos mit den Erben nicht oder zu wenig rasch behandelt haben, sie die Erben nicht zu einer Entscheidung über den Verkauf/Nichtverkauf der Aktien «geführt» haben. Wenn sie dies allerdings getan haben und die Erben keine gemeinsame Haltung fanden, durften sie die Aktien vorläufig behalten¹⁷¹ bzw. mussten sie nur so viel Aktien verkaufen, wie sie selbst an Liquidität brauchten,¹⁷² denn es bestand die Gefahr, dass die Erben sie bei einer Hausse für einen nicht erzielten Gewinn haften lassen würden. Die Gefahr des Kursverlustes müssen die Erben in Kauf nehmen, weil das Risiko vom Erblasser gesetzt wurde. Man darf nicht vergessen: Der Erblasser hat das grosse Vermögen, welches er den Erben überlässt, u.a. deshalb erwirtschaftet, weil er ein grösseres Risiko als der durchschnittliche Anleger eingegangen ist. Die Erben übernehmen also nicht nur das Risiko, sondern auch die Früchte des erblasserischen Han-

delns. Das nachfolgende Bild zeigt, dass es sich bei den Nestlé-Aktien nicht um einen hoch volatilen Titel handelt, wie das der Experte und die Vorinstanz glauben machen wollten, sondern um einen der besten Werte des schweizerischen Aktienindexes SMI.

Das Bundesgericht führt aus, dass der Willensvollstrecker die *Anlage-Strategie selbst bestimmen* müsse, wenn der Erblasser keine Vorgaben mache und die Erben sich nicht einigen, und dass er die *Erteilung in 1–3 Jahren abschliessen* sollte (E. 5.2). Ersteres entspricht der herrschenden Meinung,¹⁷³ während das Letztere vom Bundesgericht erstmals in dieser Form ausgesprochen wurde.¹⁷⁴

Das Bundesgericht rügt, dass sich die Vorinstanz nicht zum *Verschulden* und zur Verantwortlichkeit des Vermögensverwalters geäussert habe. Die Feststellung der Vorinstanz, dass die Erben die fraglichen Wertschriften verkaufen und den Erlös teilen wollten, ist für Bundesgericht bindend. Aber es ist unklar, wann dieser übereinstimmende Wunsch der Erben geäussert wurde (E. 5.3). Diese Feststellung wäre wichtig, weil für die Willensvollstrecker ansonsten die Regel der Naturalteilung gilt¹⁷⁵ und sie die Wertschriften nicht verkaufen müssen.



171 Ebenso HRUBESCH-MILLAUER/BÜRKI (Fn. 13), AJP 25 (2016) 519: «Er ist aber nicht verpflichtet, ein in weitgehend soliden Aktien angelegtes Vermögen in konservative Anlagen umzuschichten.»

172 Zur Anpassung der Anlagestrategie an die Liquiditätsplanung des Nachlasses vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 168.

173 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 165 ff.; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 ZGB N 27a.

174 Dies erfolgte in Anlehnung an BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 305.

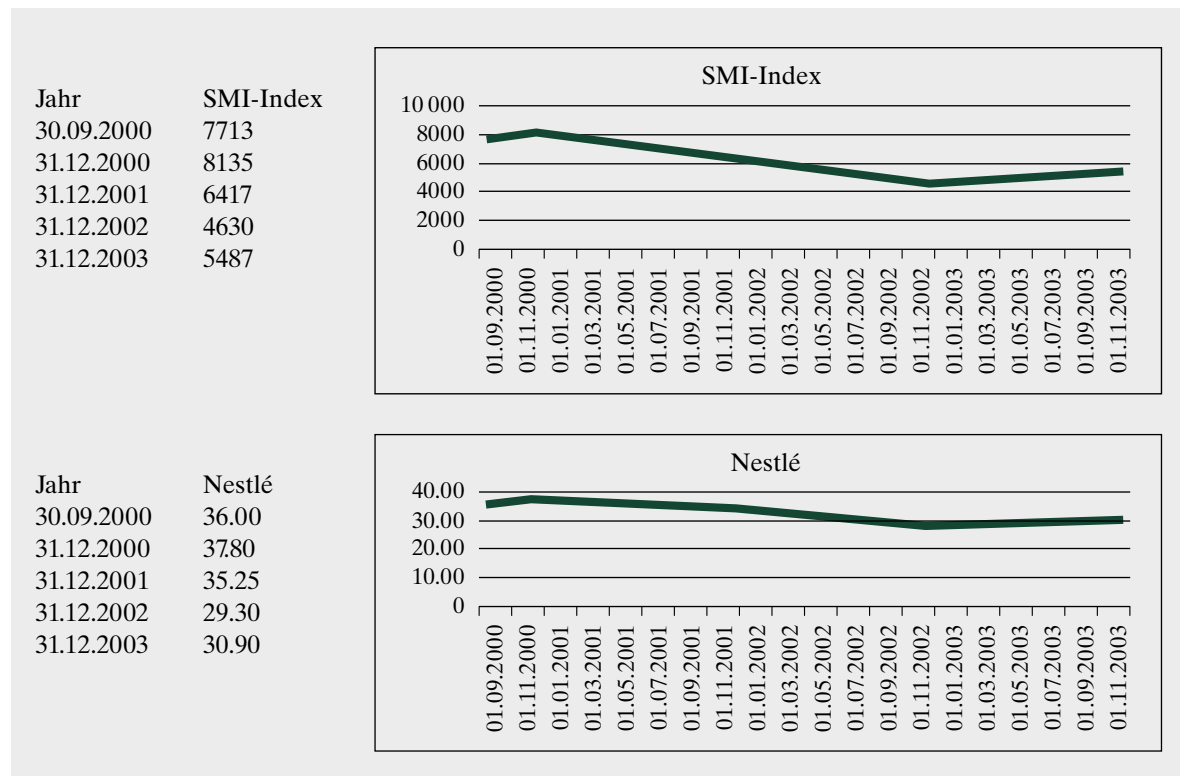
175 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 125.



Das Bundesgericht führt aus, dass eine *Weiterführung der Strategie des Erblassers* im Ermessen der Willensvollstrecker liegt und an sich keine Pflichtverletzung darstelle (E. 5.4.3). Dies entspricht der herrschenden Praxis und Lehre.¹⁷⁶ Das Bundesgericht widerspricht damit der Vorinstanz, welche gestützt auf einen Experten (welcher das erbrechtliche Umfeld völlig ignorierte) ausgeführt hatte, dass die Willensvollstrecker die Aktien umgehend hätten verkaufen müssen, weil sie volatil seien. Unklar bleibt allerdings, wie weit die Transaktionen des Vermögensverwalters das Risiko beeinflusst haben (erhöht/vermindert/gleich belassen). Das müsste allenfalls geklärt werden.

Das Bundesgericht führt weiter aus, dass die Willensvollstrecker die Erben *nicht über die gewählte Strategie orientiert* haben, was eine Pflichtverletzung darstelle, aber alleine noch nicht zur Haftung führe (E. 5.4.3).

Heikler ist die (an sich richtige) Aussage des Bundesgerichts, dass *Verluste und Gewinne berücksichtigt* werden müssen (E. 5.4.3). Es gibt keine «richtige» Strategie, an der man die Performance der Willensvollstrecker messen und im Vergleich mit welcher man Gewinne und Verluste errechnen kann. Es gibt auch keine Strategie, den Aktienanteil «etwas» zu verringern. Der Vorwurf der Erben, man habe ein Klumpenrisiko (43,75% Nestlé-Aktien) gehabt und dieses habe sich nun verwirklicht, trifft in dieser Form nicht zu. Wenn man den Zeitraum vom 30.9.2000 bis Ende 2003 vergleicht, so ist der SMI (an welchem man eine «ausgewogene» Strategie wohl ausrichten würde) um 28,86% gesunken, während die Nestlé-Aktien nur 14,16% verloren haben. Bei einer solchen Betrachtungsweise müsste man den Willensvollstreckern ja sogar noch eine Entschädigung bezahlen, denn das «Klumpenrisiko» hat sich nicht negativ ausgewirkt.



Ein Schaden, den die Willensvollstrecker zu ersetzen haben, konnte entstehen, wenn die Willensvollstrecker eine *Vereinbarung der Erben, die Wertschriften zu verkaufen, nicht zeitnah umgesetzt* haben (ob das der Fall ist, muss die Vorinstanz abklären; E. 5.4.2). Der Wert der Wertschriften an demjenigen Tag, als die Willensvollstrecker die Verkaufs-Vereinbarung bei sorgfältigem Vorgehen umgesetzt hätten, ist der Nullpunkt (und nicht der

176 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 166.

Wert am Todestag). Der vorne erwähnte Schadenposten von CHF 870000 (Portefeuille) dürfte auf einem falschen Vergleich beruhen und wurde deshalb wohl zu Recht an die Vorinstanz zur Neuentscheidung zurückgewiesen. Die Willensvollstrecker haften für eine allfällige Kursschwankung wegen schleppenden Verkaufs der Wertschriften (Wertdifferenz zwischen dem Tag der ordentlichen Verwertung und dem Tag der verspäteten Verwertung). Sollten die Erben eine solche Vereinbarung bzw. deren Mitteilung an die Willensvollstrecker nicht nachweisen können, hätten die Willensvollstrecker den Erben keinen Schadenersatz wegen der Wertschwankungen bei den Wertschriften zu bezahlen.

Der Schadenersatz im Umfang von CHF 165070 für *Kosten der Steueranwälte* und von CHF 49570 für Verzugszins bei der Erbschaftssteuer kann nicht beanstandet werden, weil er dadurch entstanden ist, dass die Willensvollstrecker einen falschen Verwandtschaftsgrad bei den Erben angegeben haben, weil also ein Verschulden vorlag.

b) In der Praxis wurde mir der Fall einer unterlassenen Wohnungskündigung zugetragen. Der Erblasser war im August verstorben und der Willensvollstrecker hat die Wohnung bis zum folgenden März ohne ersichtlichen Grund noch nicht gekündigt. Die Erben fragten sich, was sie in dieser Situation tun könnten. Neben einem Aufsichtsverfahren (Weisung an den Willensvollstrecker, die Wohnung umgehend zu kündigen) und dem Geltendmachen von Schadenersatz (Haftung des Willensvollstreckers), sollten sich die Erben überlegen, den Schaden zu mindern, indem sie mit dem Vermieter direkt Kontakt aufnehmen und versuchen, durch eigenes Handeln die Miete baldmöglichst zu beenden. Wie weit eine solche Schadenminderungspflicht geht, kann nur im Einzelfall beurteilt werden.¹⁷⁷

c) ITEN hat in der Kommentierung von Art. 518 im Haftpflichtkommentar einige Ausführungen zur vertragsähnlichen Haftung gemacht, von denen nachfolgend nur diejenigen erwähnt werden, bei denen es unterschiedliche Ansichten gibt. Nach ITEN ist die primäre *Haftungsgrundlage* für den Willensvollstrecker Art. 518 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR analog (N 24) bzw. i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR (direkt) (N 27 f.). Diese Ausführungen entsprechen der Ansicht, welche ITEN in der Dissertation vertreten

177 Ein allfälliges Mitverschulden der Erben kann zu einer Reduzierung des Schadenersatzes führen, vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Haftung des Willensvollstreckers, in: Festschr. für Paul-Henri Steinauer, hrsg. v. Alexandra Rumo-Jungo u.a., Bern 2013, S. 375.

hat.¹⁷⁸ Ich habe meine Bedenken dagegen (m.E. nur analoge Anwendung von Art. 97 OR) schon früher angemeldet.¹⁷⁹

Weiter führt ITEN aus, dass die *Haftung* mit dem tatsächlichen Amtsantritt (Kenntnis, keine Ablehnung) *beginnt* und nicht mit dem Ausstellen des Zeugnisses durch die Behörde (N 29 f.). In der Fussnote 50 werde ich zitiert, und es wird erwähnt, dass ich eine andere Meinung vertrete, weil ich auf den Zeitpunkt des Eintreffens der Annahmeerklärung bei der zuständigen kantonalen Behörde abstelle.¹⁸⁰ Da es sich beim dem von mir beschriebenen Zeitpunkt um den (tatsächlichen) Beginn des Willensvollstreckeramtes handelt, kann ich keine Meinungsdifferenz feststellen. Die Beschreibung von ITEN zielt einfach auf den Fall der stillschweigenden Annahme, während ich den Fall der ausdrücklichen Annahme vor den Augen hatte.

Der Willensvollstrecker hat nach ITEN keinen Schadenersatz zu leisten, wenn die *Erben einwilligen*. Er erwähnt, dass nach der Basler Praxis der Beschwerdeprovokation (wer keine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde erhebt, hat konkludent zugestimmt) die Erben keinen Schadenersatz mehr verlangen können, wenn sie gegen eine vom Willensvollstrecker angekündigte Massnahme keine Beschwerde erhoben haben (N 77 f.). M.E. ist Beschwerdeprovokation im Aufsichtsverfahren unzulässig,¹⁸¹ und deshalb darf auch keine Einwilligung angenommen werden, wenn die Erben gegen eine beabsichtigte Handlung des Willensvollstreckers nicht vorgehen.

Die *Aktivlegitimation* steht gemäss ITEN nur allen Erben gemeinsam zu (N 86). M.E. kann dagegen ein einzelner Erbe auf Zahlung an die Erben-gemeinschaft klagen¹⁸² Nach ITEN sind Nachlassgläubiger aktivlegitimiert (N 94 ff.). Dies wird in der Lehre nicht geteilt.¹⁸³

178 Vgl. MARC'ANTONIO ITEN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers. Sorgfaltspflichten und andere ausgewählte Rechtsprobleme, Zürich 2012, N 219.

179 Vgl. KÜNZLE (Fn. 177), S. 371.

180 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 33.

181 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstrecker – Verfahren und Rechtsmittel, in: Festschr. für Thomas Sutter-Somm, hrsg. v. Roland Fankhauser u.a., Zürich 2016, S. 941; mit Verweis auf BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 595 ZGB N 34.

182 Vgl. PETER BREITSCHMID/ANNASOFIA KAMP, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 110 (2014) 131 f.; BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 422.

183 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 422 und 437: nur Vertrauenshaftung; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 26), Art. 518 N 113: nur Haftung nach Art. 41 OR.



U. Internationales Privatrecht

a) LEU berichtet, dass in der Schweiz die verfahrensmässigen Aspekte der Willensvollstreckung dem *Eröffnungsstatut* unterstehen (Art. 92 Abs. 2 IPRG), während die EU-ErbVO das Eröffnungsstatut gar nicht kennt und den Testamentsvollstrecker dem Erbstatut unterstellt (Art. 23 EU-ErbVO)¹⁸⁴ und nur ausnahmsweise das Recht am Ort des zuständigen Gerichts zur Anwendung kommt (Art. 29 EU-ErbVO).¹⁸⁵ Dieser und weitere Unterschiede zwischen dem IPRG und EU-ErbVO sind Grund für das Bundesamt für Justiz, eine Anpassung von Art. 86 ff. IPRG an die EU-ErbVO zu prüfen. Dabei dürfte der Text zwar an die heutige Praxis angepasst werden,¹⁸⁶ eine Aufgabe des Eröffnungsinstituts ist dagegen nicht zu erwarten.

b) Noch unter dem alten Recht abgewickelt wurde der Fall des LG München 21 O 22432/12 vom 03.01.2014 (Klage einer Muse gegen den Willensvollstrecker auf Beteiligung am Auktionserlös für ein Photo des schweizerischen Erblassers). Das Gericht wendete auf den Willensvollstrecker schweizerisches Erbrecht (Erbstatut, Art. 90 Abs. 1 IPRG) an (N 37), was man auch aus schweizerischer Sicht getan hätte (Eröffnungs- und Erbstatut, Art. 90 Abs. 1 und 2), wenn auch aus jeweils anderen Gründen.

c) DELAS¹⁸⁷ macht allgemeine Ausführungen zum *englischen personal representative*, leider ohne genaue Quellenangaben.¹⁸⁸

V. Steuern

a) Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Entscheid BVG A-7010/2015 vom 19.05.2016 mit Ziff. 162 der Wegleitung IQG (*Internationale Quellenbesteuerung*) befasst. Danach kann der Willensvollstrecker entscheiden, ob eine Einmalzahlung geleistet wer-

den soll oder eine freiwillige Meldung durchgeführt wird (E. 5.4).

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_687/2014 vom 28.08.2015 (Sachverhalt) mit der *Handänderungssteuer* befasst. In diesem Verfahren hat ein Willensvollstrecker Rechtsmittel ergriffen gegen die Handänderungssteuer auf dem Verkauf einer Liegenschaft durch die Erbengemeinschaft. Dies entspricht den bekannten Regeln.¹⁸⁹

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_874/2015 vom 29.10.2015 mit der *Erbschaftssteuer* befasst. Die Veranlagung wurde vom Steueramt dem Willensvollstrecker gesandt, welcher Rechtsmittel (Einsprache und Beschwerde) ergriff. Die Legitimation des Willensvollstreckers zur Beschwerde wird als gegeben angesehen (E. 2.1). Die vom Bundesgericht angegebenen Entscheide beziehen sich nicht auf Steuern bzw. nicht auf das Steuergesetz des Kantons Solothurn. Gemäss meinen eigenen Abklärungen gibt es im Steuergesetz des Kantons Solothurn keine Grundlage für eine Legitimation des Willensvollstreckers bei den Erbschaftsteuern (nur bei der Nachlasssteuer).¹⁹⁰ Eine Legitimation wurde wohl angenommen, weil das Steueramt die Veranlagung dem Willensvollstrecker zustellte und weil er im Einsprache- und Rekursverfahren von den Vorinstanzen als legitimiert angesehen wurde.

d) CRETTE¹⁹¹ macht umfassende Ausführungen zur Stellung des Willensvollstreckers im Steuerverfahren, welche sich im Ergebnis weitgehend mit meinen Ausführungen im Berner Kommentar decken.¹⁹² Sie weist auf den (unpublizierten) Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg vom 30.03.2000 hin, in welchem es zur *Einsicht in die Steuerunterlagen des Erblassers* unter anderem heisst: «A défaut de circonstances particulières, il faut reconnaître un droit des héritiers ou de l'exécuteur testamentaire à consulter les pièces signées ou produites par le défunt avant l'écoulement du délai de répudiation... En l'espèce, le droit de consulter les pièces remises par la défunte devait être reconnu à l'exécuteur testamentaire au jour de la première demande, tout comme pour la dernière taxation signifiée à la défunte.»¹⁹³ Damit wird die (restriktive) Praxis des

184 Vgl. auch SIEHR (Fn. 4), S. 687 f.; darauf weist auch DEVISME (Fn. 4), N 62 ff., hin.

185 Vgl. LEU (Fn. 44), S. 158 f.

186 Art. 92 Abs. 2 IPRG unterstellt den Willensvollstrecker ganz dem Eröffnungsstatut, nach herrschender Lehre gilt das aber inzwischen nur mehr für die verfahrensrechtlichen Aspekte des Willensvollstreckers, vgl. vorne, Fn. 184.

187 Vgl. DELAS (Fn. 4), 85 ff.

188 Zu näheren Ausführungen über den englischen Executor vgl. TINA WÜSTEMANN/DANIEL BADER/FILIPPO NOSEDA, *The Swiss-English Succession, successio 9* (2015) 259 ff.

189 Der Willensvollstrecker ist legitimiert, wenn die Handänderung einen Verkauf der Erbengemeinschaft betrifft, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB, Art. 517–518 ZGB N 278.

190 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 265.

191 Vgl. CRETTE (Fn. 4), RDAF 71 (2015) II 197 ff.

192 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 236 ff.

193 CRETTE (Fn. 4), RDAF 71 (2015) II 207.

Bundesgerichts,¹⁹⁴ welche ein Einsichtsrecht ablehnt und dem Willensvollstrecker gelegentlich Probleme bereitet,¹⁹⁵ im Kanton Neuenburg wesentlich gelockert. Weiter weist CRETTEI darauf hin, dass der Willensvollstrecker, welcher gleichzeitig Trustee ist, von den neuen Regeln des Informationsaustauschs betroffen sei.¹⁹⁶

W. Prozessrecht (ZPO)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_716/2015 vom 04.04.2015 die *Verweigerung, einen Willensvollstrecker-Ausweis auszustellen*, als *Zwischenentscheid* im Sinne von Art. 93 BGG behandelt (E. 1.2). Dies entspricht der üblichen Qualifikation.¹⁹⁷ Die besonderen Voraussetzungen für eine Beschwerde konnten im vorliegenden Fall nicht dargelegt werden (E. 1.3–1.4).

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_644/2015 vom 24.11.2015 = Not@lex 2016, 65 bestätigt, dass das Ausstellen eines Willensvollstreckerausweises oder die Aufsicht über den Willensvollstrecker Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG sind (E. 1.2), während die Verweigerung, einen Willensvollstrecker auszustellen, eine *vorsorgliche Massnahme* im Sinne von Art. 98 BGG sei, gegen welche grundsätzlich nur beschränkte Beschwerdemöglichkeiten gegeben sind (Verletzung verfassungsmässiger Rechte), es sei denn, es fehle ein Vorbehalt der vorläufigen Auslegung (E. 1.3). Dies entspricht der Rechtsprechung zur Erbbescheinigung.¹⁹⁸

b) Das Bundesgericht befasste sich im Urteil 5A_594/2015 vom 31.08.2015 mit einem *vorsorglichen Verfügungsverbot*, welches die Aufsichtsbehörde gegenüber einem Willensvollstrecker erlassen hat.¹⁹⁹ Dabei handelt es sich um einen *Zwischenentscheid* im Sinne von Art. 93 BGG, welcher unter anderem nur dann angefochten werden kann, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil

dargelegt werden kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a. BGG). Dies gelang im vorliegenden Fall nicht (E. 2).

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_161/2015 vom 06.10.2015 mit einer *fehlenden Rechtsmittelinstanz im Kanton Solothurn* befasst. Nach Art. 75 Abs. 2 BGG können nur Urteile einer letzten kantonalen Instanz beim Bundesgericht angefochten werden.²⁰⁰ Da der Kanton Solothurn seit dem 1.1.2011 (Inkrafttreten der ZPO) nur noch eine einzige Instanz für die Aufsicht über den Willensvollstrecker vorsieht, hat das Bundesgericht entschieden, dass das Obergericht bis zur Schaffung einer Rechtsmittelinstanz durch den Kanton (Gesetzgeber) in anderer Zusammensetzung als Rechtsmittelinstanz ein Urteil fällen müsse. Die Liste der Rechtsmittelinstanzen auf www.successio.ch (Rubrik «successio online»/«Zuständigkeiten») wurde entsprechend nachgeführt.

d) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_304/2015 vom 23.11.2015 bestätigt, dass es zulässig sei, dass das Gericht *nur die umstrittenen Fragen der Erbteilung* (sc. Zeitpunkt der Teilung und Bewertung des Eigentumsviertels) *behandle* und den Willensvollstrecker anweise, diese zu vollziehen, ohne dass die Erbteilung damit vollständig abgeschlossen sei, sofern die Parteien diesem Vorgehen zustimmten, weil sie ohne Weiteres in der Lage seien, die restlichen Punkte der Erbteilung selbst umzusetzen (E. 10).

e) Im Urteil 5D_136/2015 vom 06.04.2016 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Absetzung eines Willensvollstreckers nur mit einer *Verfassungsbeschwerde* (Art. 113 ff. BGG) angefochten werden könne, wenn der Streitwert von CHF 30000 (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) nicht erreicht werde (E. 1), und dass in diesem Falle nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 116 BGG) geltend gemacht werden könnten (E. 2).

f) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_635/2015 vom 21.06.2016 entschieden, dass beim Streit um die Einsetzung eines Willensvollstreckers der Nachlasswert nicht den *Streitwert* darstelle,²⁰¹ sondern (sinngemäss) das wirtschaftliche Interesse des Willensvollstreckers am Ausüben des Mandates (E. 1.2). Mit dieser Formulierung soll ein alleiniges Abstel-

194 Vgl. BGer vom 10.2.1999 ASA 69 (2000/2001) 290 = StE 2000 B 92.52 Nr. 3 = RDAF 56 (2000) 46 (Inventaraufnahme durch Notar B).

195 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 10 (2016) 40.

196 Vgl. CRETTEI (Fn. 4), RDAF 71 (2015) II 219 ff.

197 Weiter vgl. vorne, E. a), wonach ein Endentscheid vorliegen kann, wenn die das Willensvollstreckerzeugnis ausstellende Behörde keinen Vorbehalt der vorläufigen Auslegung anbringt.

198 Vgl. BGer. 5A_533/2015 vom 7.12.2015 E. 2; weiter vgl. vorne, E. a).

199 Vgl. zu den vorsorglichen Massnahmen BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB, Art. 517–518 ZGB N 540.

200 Zum Prinzip des doppelten Instanzenzugs vgl. ANDREAS GÜNGERICH, Kommentar zu Art. 75 BGG, in: Bundesgerichtsgesetz, hrsg. v. Nicolas von Werdt und Andreas Güngerich, Bern 2007, Art. 75 BGG N 5 ff.

201 Ebenso schon BGer. 5A_518/2014 vom 24.11.2014 E. 1.



len auf das Honorar des Willensvollstreckers vermieden werden.²⁰²

g) Das Bundesgericht führt im Urteil 5A_989/2015 vom 12.05.2016 als Partei «Erbengemeinschaft A... alle vertreten durch die Willensvollstreckerin B...» auf. Ich habe mich vor einiger Zeit dafür ausgesprochen,²⁰³ dass ein Prozessstandschafter sich nicht als «Vertreter» ausgeben sollte, weil das unterschiedliche Rechtsstellungen sind, und ich wiederhole diese Ansicht hiermit.

h) Das Obergericht Zürich hat im Urteil RB140025 vom 04.08.2014 nach dem Ableben der Ehefrau (als Klägerin) ihren Willensvollstrecker *in den Erbteilungsprozess eintreten* lassen. Dies entspricht den Aufgaben des Willensvollstreckers.²⁰⁴

i) Der Regierungsrat des Kantons Nidwalden hat im Urteil Nr. 259 vom 12.04.2016 betreffend die Ausstellung der Erbbescheinigung entschieden, dass der Nachlass beim Streit um die Legitimation des Willensvollstreckers zur Anfechtung der Erbbescheinigung die Kosten nicht übernimmt, weil die *Anfechtung der Erbbescheinigung* nicht zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehört. Dem ist zuzustimmen, mindestens so lange wie es nicht um den Vermerk über die Willensvollstreckung auf der Erbbescheinigung geht.

X. Anwaltsrecht

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_586/2015 vom 9.5.2016 mit der Befreiung vom Amtsgeheimnis befasst und zuerst festgestellt, dass eine falsche Parteibezeichnung (RA Dr. C. statt ... als Willensvollstrecker im Nachlass D.) korrigiert werden kann (E. 1.4).²⁰⁵ Weiter hält das Bundesgericht fest, dass eine frühere Tätigkeit des Erblassers als Anwalt (offene Honorarrechnung für Anwaltsleistungen an Dritte) unter das Anwaltsgeheimnis fällt (E. 3.2). Die Pflicht des Willensvollstreckers zur Eintreibung von offenen Forderungen führt zu einem eigenen Interesse an der Aufhebung des Amtsgeheim-

nisses (E. 3.3). Der Beschwerdeführer kann keine triftigen Gründe darlegen, welche gegen eine Aufhebung sprechen (E. 4–6). Dieser Fall zeigt, dass der Willensvollstrecker beim Nachlass eines Geheimnisträgers besondere Vorsicht walten lassen muss.²⁰⁶

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_560/2015 mit einer GmbH befasst, welche einen Rechtsanwalt als einzigen Gesellschafter hatte und deren Zweck es ist, *Dienstleistungen in den Bereichen «Willensvollstreckung, Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Erwachsenenschutz, Erbschaftsverwaltung, Erbenvertretung, Nachlassliquidation sowie Nachlass- und Erbschaftsberatung»* zu erbringen. Das Bundesgericht bestätigte die Vorinstanz, welche verlangte, dass diese Gesellschaft den Vorgaben einer Anwaltsgesellschaft im Sinne von Art. 8 BGFA (strukturelle Unabhängigkeit) anzupassen sei. Da die GmbH nicht aufzeigen konnte, dass sie sich ausschliesslich ausserhalb des Monopolbereichs bewegt, ist diese Entscheidung nachvollziehbar.

c) Das Kantonsgericht St. Gallen (Aufsichtsbehörde über Rechtsanwälte) hat im Urteil AW.2015.48 vom 29.10.2015 das Nichtbeachten einer gerichtlichen Aufforderung behandelt. Rechtsanwälte unterstehen dem BGFA auch bei Tätigkeit ausserhalb des Monopolbereichs, unter anderem wenn sie als Willensvollstrecker tätig sind.²⁰⁷ Konkret ging es darum, dass ein Rechtsanwalt und Willensvollstrecker Unterlagen für ein öffentliches Inventar hätte liefern sollen und die *Weisung der Aufsichtsbehörde nicht befolgt* hat. Er erhielt eine Busse von CHF 1000.

d) Das Obergericht Zürich (Aufsichtskommission über Rechtsanwälte) prüfte im Urteil KG150033 vom 05.11.2015 (= ZR 115 [2016] Nr. 15), ob die Beratung eines Willensvollstreckers zulässig sei: «Gegenüber der Willensvollstreckerin habe [der Beschuldigte] zugesichert, dass er den Prozess ohne Kostenpflicht seitens Frau [G.] wie auch der Konkursmasse weiterführen würde, sein Honorar jedoch mit einem allfälligen Prozessserfolg verrechnen würde.» Diese Formulierung zeigt, dass es sich nicht um ein pro bono-Mandat handelt, sondern um ein (verbotenes) Erfolgshonorar. Wegen Verstosses gegen Art. 12 lit. c BGFA wurde ein Verweis ausgesprochen (E. 4).

202 Vgl. dazu den Bericht des letzten Jahres, KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 37 bei Fn. 111 und 41 f. (U. d).

203 Vgl. KÜNZLE (Fn. 2), successio 7 (2013) 28; HANS RAINER KÜNZLE, 10 kleine Fälle aus der Praxis, in: Nachlassplanung und Nachlassteilung, hrsg. v. Jörg Schmid, Zürich 2014, S. 445 ff.

204 Vgl. PICHLER (Fn. 90), S. 137.

205 Ebenso schon BGer. 5A_533/2013 vom 27.03.2014 Erw. 1.2, erwähnt in: KÜNZLE (Fn. 1), successio 9 (2015) 136.

206 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 14), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 17.

207 Ebenso REISER/VALTICOS, SJ 137 (2015) II 205.

Y. Betreuungsrcht (SchKG)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_768/2014 vom 02.11.2015 (= SJ 138 [2016] I 210) bemerkt, der Willensvollstrecker habe gehandelt «en qualité d'exécuteur testamentaire de la succession de feu C.C.», obwohl er diese Position gar nie besass (er war Willensvollstrecker der Mutter von CC, FC; E. 1.2). Damit fehlte seine Legitimation.

b) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil ML 2014/5 vom 23.1.2014 (= BLSchK 2015, 195 = AJP 24 [2015] 1715) festgehalten, dass alleine der Willensvollstrecker betreiben und betrieben werden könne, wenn es um Nachlassvermögen gehe. Die Quittung für einen Erbvorbezug ist nicht zwingend ein Rechtsöffnungstitel.

Z. Strafrecht (StGB)

a) Das Bundesgericht hat sich in mehreren Entscheidungen mit strafrechtlichen Themen befassen müssen, allerdings meistens, ohne näher darauf einzugehen und häufig ohne Beweis für die Vorwürfe an die Willensvollstrecker:

Im Urteil 1B_44/2016 vom 09.02.2016 ging es um die *Herausgabe von Schmuck* durch den Willensvollstrecker an die erbende Stiftung (E. 2.5). Der Vorwurf lautete: Veruntreuung (Art. 138 StGB) und Betrug (Art. 146 StGB) (Sachverhalt). Der Willensvollstrecker brachte vor, dass zuerst die Bezahlung der Erbschaftssteuer geklärt sein müsse (E. 2.5). Die Gerichte ordneten die Herausgabe des Schmuckes an.

Im Urteil 1B_109/2015 vom 03.06.2015 ging es um 2 *Gemälde*, welche nach dem Tod des Erblassers an einen anderen Ort gebracht wurden. Der Vorwurf lautete: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) (Sachverhalt). Der Willensvollstrecker behauptete, die Bilder seien ihm vom Erblasser zugewendet worden. Die Strafverfolgungsbehörden lehnten Untersuchungen in Monaco ab.

Im Urteil 6B_309 und 314/2015 vom 19.11.2015 ging es darum, dass der «Nachlass von I. sel. ohne Information und Einwilligung der Erben unter Wert versilbert, Nachlassgegenstände unter der Hand an Bekannte verkauft bzw. verschenkt» wurden (Sachverhalt A.). Der Vorwurf lautete: Veruntreuung (Art. 138 StGB), ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) und Urkundenfälschung (Art. 251 StGB). Das Verfahren wurde eingestellt.

Im Urteil 6B_542/2015 vom 09.12.2015 ging es um «... notamment d'avoir donné des instructions à la société W. – en charge de la sécurité du domaine –

visant à y interdire l'accès à toute personne les accompagnant». Der Vorwurf lautete: Nötigung (Art. 181 StGB) und Begünstigung (Art. 305 StGB); (Sachverhalt). Das Verfahren wurde eingestellt.

Im Urteil 6B_1043/2015 vom 09.12.2015 ging es unter anderem um die Verwaltung von Liegenschaften, die Rückgabe von drei Fahrzeugen und Vorschüsse. Der Vorwurf lautete: Unrechtmässige Aneignung (Art. 137 StGB), Diebstahl (Art. 139 StGB), Erpressung (Art. 156 StGB), ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) und Nötigung (Art. 181 StGB). Ein strafbares Verhalten konnte nicht nachgewiesen werden.

b) Im Urteil 470 15 222 des Kantonsgerichts Basellandschaft vom 17.11.2015 ging es um eine *Überweisung von CHF 70000*, welche nicht gemäss Testament, sondern gemäss dem mutmasslichen Willen der Erblasserin erfolgt ist. Der Vorwurf lautete: Unrechtmässige Aneignung (Art. 137 StGB) und Urkundenfälschung (Art. 251 StGB). Das Gericht hat ein strafbares Verhalten verneint (E. 5.4). Der im Urteil erwähnte grosse Ermessensspielraum (E. 5.3) gilt allerdings nur für die Erbschaftsverwaltung, nicht für die hier infrage stehende Erbteilung.²⁰⁸

c) Im Urteil SB150101 des Obergerichts Zürich vom 09.12.2015 ging es um *E-Mails*, die ein Erbe im Zusammenhang mit der Handänderung einer Liegenschaft verfasste und auch dem Willensvollstrecker sandte. Der Vorwurf lautete: Üble Nachrede (Art. 173 StGB) und Beschimpfung (Art. 177 StGB). Der Erbe wurde schuldig gesprochen, aber nicht bestraft.

d) Im Urteil SB150026 des Obergerichts Zürich vom 22.09.2015 ging es um das Honorar des Willensvollstreckers. Der Vorwurf lautete: Veruntreuung (Art. 138 StGB). Das Gericht stellte fest, dass kein Vorsatz vorliege, der Willensvollstrecker überfordert sei (E. III.), und sprach ihn frei, entsprechend den Vorgaben von BGer. 6B_582/2014 vom 7.1.2015.²⁰⁹

Z1. Strafprozessrecht

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_309 und 314/2015 vom 19.11.2015 festgehalten, dass es zulässig

208 Vgl. dazu vorne, F. d); BK-KÜNZLE (Fn. 14), Art. 517–518 ZGB N 98 und 345.

209 Dieser Entscheidung wurde im letztjährigen Bericht behandelt, vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 43.



sig sei, dass *einzelne Erben Beschwerde gegen die Einstellung eines Strafverfahrens gegen den Willensvollstrecker* erheben: «Da die Erbengemeinschaft selber nicht rechtsfähig ist und somit nicht Trägerin des durch die verletzte Strafnorm geschützten Rechtsgutes sein kann, gelten bei strafbaren Handlungen zum Nachteil der Erbengemeinschaft nach der unter der StPO ergangenen Rechtsprechung die einzelnen Erben als Geschädigte im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO...» (E. 3.3). Im Strafverfahren besteht somit unter den Erben keine notwendige Streitgenossenschaft.

b) Im Urteil 6B_827/2014 des Bundesgerichts vom 01.02.2016 (= BGE 141 IV 82) lauteten die Vorwürfe gemäss Sachverhalt Veruntreuung (Art. 138 StGB), Betrug (Art. 146 StGB) und Unterdrückung von Urkunden (Art. 254 StGB). Da der Erbe sich schon als Privatkläger konstituieren konnte, brauchte das Bundesgericht nicht mehr über seine *Legitimation als Willensvollstrecker* zu urteilen: «Damit kann die Frage, inwieweit der Beschwerdeführer allenfalls auch aufgrund seiner Eigenschaft als Willensvollstrecker zur Beschwerde befugt wäre, offengelassen werden» (E. 3.4).