



# Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2006–2007)\*

Hans Rainer Künzle\*\*

## A Literatur (Gesamtdarstellungen)

Im neuen Praxiskommentar «**Erbrecht**», herausgegeben von Daniel Abt und Thomas Weibel, welcher im Oktober 2007 erschienen ist und bereits grossen Zuspruch erfährt, kommentiert Bernhard Christ die Willensvollstreckung aus praktischer Sicht. Mit diesem Kommentar wird eine Lücke in der Literatur erfolgreich geschlossen. In nochmals kürzerer Version wird die Willensvollstreckung vom Schreibenden dargestellt im «**Handkommentar zum Privatrecht**», welcher im Dezember 2007 erscheinen wird und unter anderem von Peter Breitschmid und Alexandra Rumo-Jungo herausgegeben wird. Die Platzverhältnisse lassen es nicht zu, in einem Kurzkommentar neue Gesichtspunkte einzubringen. Weiter zu erwähnen ist ein Aufsatz von Nicolas Reichen, *L'exécution testamentaire*, STH 2006, 431–432.

## B Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung (Art. 467 ZGB)

Wie bereits in früheren Berichten erwähnt,<sup>1</sup> ist die **Delegation von Kompetenzen** vom Erblasser an den Willensvollstrecker problematisch. Im Sachverhalt des Bundesgerichtsentscheids vom 7. Juni 2007 (**5C.289/2006**) ist zu lesen: «Selon les instructions de la défunte, l'exécuteur testamentaire B, devait préalablement séparer de ces biens ceux qu'il considérait comme des pièces antiques de valeur, propres à un musée, et les attribuer à la Fondation X.» Die dem Willensvollstrecker zugewiesene Aufgabe einer Aufteilung der Nachlassgegenstände geht m.E. bereits zu weit, weil ihm ein (zu) umfangreiches Ermessen eingeräumt wurde.<sup>2</sup> Im vorliegen-

den Fall wurde die Frage der Höchstpersönlichkeit aber vor Gericht nicht thematisiert.

## C Einsetzung als Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB)

Peter Max Gutzwiller, vergleicht in seinem Aufsatz «**Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des <Versorgungsauftrages>**» (AJP 2007, 556–560) die Bestellung des Willensvollstreckers, dessen Ein-

\* Ausführliche Fassung des Vortrags, gehalten am 2. Schweizerischen Erbrechtstag, organisiert durch den Verein «Successio», an der Universität Zürich (zugleich Eröffnungsveranstaltung der Lehrgänge «Advanced Legal Studies [Erbrecht]» bzw. «Fachanwalt im Erbrecht»); zu früheren Updates siehe HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung, successio 2007, 47–54; 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.

\*\* Prof. Dr. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich (rwiweb.uzh.ch/tit\_kuenzle), Partner KENDRIS private AG, Badenerstr. 172, 8026 Zürich 4 (www.kendris.com).

1 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Einleitung – Aktuelle Gerichtspraxis zur Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zürich 2006, 2.

2 Vgl. dazu PETER BREITSCHMID, Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit letztwilliger Anordnungen – ein Diskussionsbeitrag, in: Festschr. für Heinz Hausheer, hrsg. v. Thomas Geiser, Thomas Koller, Ruth Reusser, Hans Peter Walter und Wolfgang Wiegand, Bern 2002, S. 490.

- 3 Vgl. dazu HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, 392 f. und 402 f.
- 4 Vgl. BBl. 2006, 7026.
- 5 Vgl. BGE 91 II 177: «Die Ausstellung eines <Willensvollstrecker-Zeugnisses> ist eine der Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 68 ff. OG unterliegende Zivilsache» und 181: «Es handelt sich ... um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die nicht auf dem Weg der Berufung vor das Bundesgericht gebracht werden kann, jedoch immerhin um eine Zivilsache, die den Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 68 ff. OG bilden kann ... Nicht Gegenteiliges folgt daraus, dass das ZGB die Ausstellung eines Ernennungsaufweises für den Willensvollstrecker nicht ausdrücklich vorschreibt ...».
- 6 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Anfang und Ende der Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, S. 26.
- 7 Vgl. Appenzell Ausserrhoden: Gemeinderat (Art. 3 Ziff. 11 AR-EGZGB; diese Kompetenz kann nach Art. 4 AR-EGZGB an eine Kommission delegiert werden); Jura: Notaire (Art. 56a JU-LICC); Thurgau: Notar (§ 8 Ziff. 7 TG-EGZGB und § 79 RRV vom 3. Dezember 1991 über das Grundbuch- und Notariatswesen, [TG-RB 211.431]); Zug: Erbschaftsbehörde (§ 10 Ziff. 3 ZG-EGZGB).
- 8 Vgl. Basel Landschaft: Erbschaftsamt (Bezirksschreiberei) (§ 105 lit. c BL-EGZGB [Mitteilung]); Bern: Einwohnergemeinderat (Art. 6 Abs. 1 BE-EGZGB [Art. 517]); Freiburg: Notar (bei mündlichem Testament: Bezirksgerichtsschreiber) (Art. 154 FR-EGZGB [Mitteilung]); Genf: Juge de paix (Art. 1 lit. d GE-LACC [Mitteilung]); Glarus: Vormundschaftsbehörde (Waisenamt) (Art. 110 Abs. 2 GL-EGZGB [Mitteilung]); Graubünden: Kreispräsident (Art. 9 Ziff. 4 GR-EGZGB [Mitteilung]); Luzern: Teilungsbehörde (§ 10 Abs. 2 lit. c LU-EGZGB [Mitteilung]); Neuenburg: Président du Tribunal de district (Art. 1 Abs. 4 NE-LICC [Art. 517]); Nidwalden: Kommunale Teilungsbehörde (Art. 8 Ziff. 1 NW-EGZGB [Art. 517]); Obwalden: Einwohnergemeinderat (Art. 78 OW-EGZGB [Mitteilung]); St. Gallen: Amtsnotariat (Art. 7 SG-EGZGB [Mitteilung]); Schwyz: Vormundschaftsbehörde (§ 41 Abs. 2 SZ-EGZGB [Mitteilung]); Solothurn: Amtsschreiberei (§ 196 Abs. 2 SO-EGZGB [Mitteilung]); Uri: Gemeinderat (Art. 3 Abs. 2 Ziff. 5 UR-EGZGB [Mitteilung]); Waadt: Juge de paix (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 12 et Art. 128 VD-LICC [Mitteilung]); Zürich: Einzelrichter des Bezirksgerichts (§ 215 Ziff. 19 ZH-ZPO [Mitteilung]).
- 9 Vgl. Schaffhausen: Erbschaftsbehörde (Art. 77 f. SH-EGZGB [Erbbescheinigung]); Tessin: Pretore (Art. 2 lit. a Ziff. 10 TI-LACC [Erbbescheinigung]).
- 10 Vgl. Basel Stadt: Vorsteher des Erbschaftsamts (§ 140 Abs. 2 BS-EGZGB [Eröffnung]); Wallis: Gemeinderichter/Juge de commune (Art. 90 Ziff. 6 VS-EGZGB / VS-LACC [Eröffnung]).
- 11 Vgl. Aargau: Bezirksgerichtspräsident (§ 72 AG-EGZGB [Erbgang]); Appenzell Innerrhoden: Erbschaftsbehörde (Art. 71 AI-EGZGB [Erbschaftswesen]).
- 12 Art. 56a JU-LICC wurde mit Gesetz vom 22. September 2004 (in Kraft seit 1.1.2005) eingefügt.
- 13 Vgl. HANSJÜRIG BRACHER, Der Willensvollstrecker, insbesondere im zürcherischen Zivilprozessrecht, Zürich 1966, 36; vgl. auch BGE 91 II 180.

setzung dem Erblasser überlassen ist und wo **nur in Extremfällen eingegriffen** wird (etwa bei Unfähigkeit und Interessenkollision),<sup>3</sup> mit der Wahl des Vorsorgebeauftragten, welche er dem Betroffenen überlassen will und zwar gestützt auf das Selbstbestimmungsrecht und ohne umfassende Kontrolle durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 E-ZGB). Obwohl dieser Bezug auch in der Botschaft gemacht wird,<sup>4</sup> besteht m.E. beim Vorsorgebeauftragten eine doch signifikant andere Rechtslage, weil der Betroffene in einem sensiblen Bereich (persönliche Angelegenheiten) geschützt werden muss, während die Erben in der Regel für sich selber sorgen können bzw. durch andere Schutzmechanismen (Beistandschaft etc.) geschützt werden.

## D Willensvollstreckerzeugnis (ZGB)

a) **Vorbemerkung:** Das Ausstellen des Willensvollstreckerzeugnisses wird in der Literatur nicht sehr ausführlich behandelt, weshalb dieses Thema im vorliegenden Jahresbericht als Schwerpunkt vertieft behandelt werden soll.

b) Das Willensvollstreckerzeugnis wird vom **Gesetz (ZGB)** nicht behandelt, weshalb auf die Rechtsprechung<sup>5</sup> und Lehre<sup>6</sup> zurückgegriffen werden muss.

c) **Zuständig** ist gewöhnlich die gleiche kantonale Behörde, welche auch die Erbbescheinigung ausstellt. Eine ausdrückliche Regelung besteht nur in vier Kantonen.<sup>7</sup> Weitere 16 Kantone regeln wenigstens die Mitteilung der Einsetzung (nicht aber ausdrücklich die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses).<sup>8</sup> In je zwei Kantonen muss die Zuständigkeit gar von der Ausstellung des Erbscheins,<sup>9</sup> von der Eröffnung der letztwilligen Verfügung<sup>10</sup> bzw. aus einer allgemeinen Zuständigkeit<sup>11</sup> abgeleitet werden. Bei letzteren wäre eine gelegentliche Klärung der Zuständigkeit, wie sie kürzlich vom Kanton Jura vorgenommen wurde,<sup>12</sup> sehr zu begrüssen.

d) Für das **Verfahren** ist grundsätzlich von Art. 559 ZGB auszugehen.<sup>13</sup> Der Bezug zur Erbbescheinigung (Art. 559 ZGB) ist naheliegend, weil der Willensvollstrecker auch auf der Erbbescheinigung genannt sein kann und weil er seine Legitimation in vielen Fällen auf die Erbbescheinigung abstützt. Das Verfahren zur Erlangung einer Erbbescheinigung (Einsprache-Verfahren) darf allerdings nicht unbesehen auf das Verfahren zur Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnis übertragen werden, weil die Erbbescheinigung eine ganz andere Aufgabe erfüllt (Legitimation der materiell Berechtigten) als



das Willensvollstreckerzeugnis (Legitimation des formell Berechtigten). Die Rechtsprechung hat diese Frage aber bisher soweit ersichtlich noch nicht behandelt.

- Ein Willensvollstreckerzeugnis wird (wie eine Erbescheinigung)<sup>14</sup> in der Regel<sup>15</sup> **nur auf Antrag** ausgestellt.
- Während die Erbescheinigung erst ausgestellt wird, nachdem die Einsprachefrist von einem Monat gegen die Testamentseröffnung verstrichen ist (Art. 559 Abs. 1 ZGB), kann das Willensvollstreckerzeugnis **schon vor der Eröffnung der letztwilligen Verfügung ausgestellt** werden.<sup>16</sup> Dieses zügige Vorgehen ist für das Institut der Willensvollstreckung von vitaler Bedeutung, ist es doch gerade der Vorzug des Willensvollstreckers, dass er nach dem Tod des Erblassers ohne Verzug zu seinem Ausweis kommt.
- Das Willensvollstreckerzeugnis kann **solange noch ausgestellt** werden, **als es überhaupt (noch) eingesetzt werden kann**, insbesondere solange die Erbteilung nicht schon erledigt ist,<sup>17</sup> während sich diese Frage bei der Erbescheinigung kaum stellt.
- Beim Ausstellen des Willensvollstreckerzeugnisses handelt es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>18</sup> und damit (wie bei der Erbescheinigung)<sup>19</sup> um ein **summarisches Verfahren**. Nach Karrer steht der zuständigen Behörde im Rahmen der Ausstellung der Erbescheinigung «eine gewisse Kognitionsbefugnis zu»,<sup>20</sup> während dies bei der Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses nicht der Fall sein soll.<sup>21</sup> Diese Ungleichbehandlung ist m.E. nicht gerechtfertigt, weil die Möglichkeit des Zivilrichters zum Eingreifen (vorsorgliche Massnahmen) eine summarische Prüfung durch die zuständige Behörde nicht ausschliesst und auch bei der Erbescheinigung vorhanden ist.
- Das Bundesgericht gesteht der zuständigen Behörde in BGE 91 II 183 ausdrücklich **eine gewisse Kognition** zu, indem diese im Bestreitungsfall einen Vermerk anzubringen hat, und drückt dies wie folgt aus: «Unter diesen Umständen kann nicht davon die Rede sein, dass die durch den angefochtenen Entscheid getroffene Anordnung in den Zuständigkeitsbereich des Richters eingreife».

e) **Voraussetzungen** für die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses sind (1) das Vorliegen einer gültigen letztwilligen Verfügung (Art. 517 Abs. 1 ZGB), (2) die Annahme des Amtes durch die ernannte Person (Art. 517 Abs. 2 ZGB) und (3) die Fähigkeit des Willensvollstreckers, dieses Amt anzu-

treten, was im Wesentlichen seine Handlungsfähigkeit voraussetzt.<sup>22</sup>

f) Der **Inhalt** des Willensvollstreckerzeugnisses wird vom kantonalen Recht bestimmt und deshalb sehen die Ausweise sehr unterschiedlich aus.<sup>23</sup> Die zuständige Behörde kann

- das Willensvollstreckerzeugnis vorbehaltlos ausstellen,
- das Willensvollstreckerzeugnis ausstellen und einen Hinweis/Vermerk (etwa die Anhängigkeit einer Ungültigkeitsklage)<sup>24</sup> anbringen,
- die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses verweigern oder
- das Willensvollstreckerzeugnis wieder zurückrufen.

Die Fälle 1–3 werden vom Bundesgericht in BGE 91 II 182 angedeutet mit den Worten: «Wird ihm (sc. dem Willensvollstrecker) ausser der Testamentsabschrift ein besonderer Ausweis über seine Er-

14 Vgl. MARTIN KARRER, Kommentar zu Art. 517 f. und Art. 551–559 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlIT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 559 ZGB N 33; PETER TUOR/VITO PICENONI, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), Bern 1973, Art. 559 ZGB N 3.

15 In BGE 91 II 180 erwähnt das Bundesgericht, dass es auch möglich ist, das Zeugnis von Amtes wegen auszustellen: «... erweist sich die Ausstellung eines solchen Zeugnisses, gleichgültig ob sie von Amtes wegen erfolgt oder von einem Beteiligten, insbesondere vom (wirklichen oder vermeintlichen) Willensvollstrecker selbst, verlangt wird, als Zivilsache».

16 Vgl. ROGER WEBER, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, AJP 6 (1997) 554; anders aber offenbar die Praxis in der Stadt Bern, vgl. [http://www.bern.ch/leben\\_in\\_bern/persoennes/sterben/testament](http://www.bern.ch/leben_in_bern/persoennes/sterben/testament) (8.10.2007).

17 Vgl. Rep. 123 (1990) 188: «Il rilascio del certificato di esecutore testamentario presuppone non solo che il richiedente sia validamente designato quale esecutore e non abbia rinunciato alla carica, ma anche che l'opera dell'esecutore sia ancora oggettivamente necessaria. Salvo particolari disposizioni testamentarie, la necessità oggettiva dell'esecutore testamentario più non sussiste una volta ultimata la divisione ereditaria».

18 Vgl. BGE 91 II 180.

19 Vgl. ZR 87 (1988) Nr. 28 und 83 (1984) Nr. 17.

20 KARRER (Fn. 14), Art. 559 ZGB N 32.

21 Vgl. KARRER (Fn. 14), Art. 517 ZGB N 11; ebenso mit Referenz auf Karrer AGVE 2002, 34 Erw. 3a.

22 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 137 m.w.N.

23 Vgl. CLAUDE WETZEL, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, Zürich 1985, N 122.

24 Vgl. BGE 91 II 182.

nennung ausgestellt, so ist es angezeigt, darin die Bestreitung der Gültigkeit des Testaments und gegebenenfalls im besondern der darin vorgesehenen Willensvollstreckung zu vermerken». Eine Nicht-Ausstellung des Ausweises kam in JdT 1979 III 87 vor. Die Beschränkung der Kompetenz des Willensvollstreckers in seinem Ausweis ist dagegen alleinige Sache des Zivilrichters,<sup>25</sup> dies steht der zuständigen Behörde nicht zu. In der Regel wird der Rückruf des Willensvollstreckerzeugnisses vom Zivilrichter angeordnet,<sup>26</sup> seltener von der zuständigen Behörde.

In beschränktem Umfang können auch das Original bzw. beglaubigte Kopien von letztwilligen Verfügungen als Ausweis benützt werden.<sup>27</sup>

g) **Bestreitung:** Wie verhält es sich mit dem Willensvollstreckerzeugnis, wenn die Willensvollstreckung in irgendeiner Weise angefochten oder für ungültig gehalten wird? Aus der Literatur und Rechtsprechung sind die folgenden Aussagen bekannt (und werden entsprechend auch immer wieder zitiert): Ein Willensvollstreckerzeugnis ist grundsätzlich auch dann auszustellen, wenn

- eine **Einsprache** nach Art. 559 ZGB erfolgt ist,<sup>28</sup>
- ein **Auslegungstreit** besteht,
- eine **Ungültigkeitsklage** hängig ist<sup>29</sup> oder
- **Gegenstandslosigkeit** (Erledigung) geltend gemacht wird.<sup>30</sup>

Diese Aussagen sind vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Erben, welche den Willensvollstrecker nicht abwählen oder widerrufen können<sup>31</sup> und am Anfang einer Willensvollstreckung auch nur selten einen Grund für eine Absetzung finden,<sup>32</sup> nicht

durch beliebige Rechtsstreitigkeiten bewirken können sollen, dass man dem Willensvollstrecker sein Zeugnis verweigert und ihn damit faktisch lahm legt.<sup>33</sup>

#### h) Die zuständige Behörde prüft

- die Gültigkeit der Einsetzung des Willensvollstreckers in der letztwilligen Verfügung,
- die Annahme des Amtes durch den Willensvollstrecker sowie vorfrageweise
- die Auswirkungen von Auseinandersetzungen unter den Erben auf das Willensvollstreckerzeugnis.

Die Prüfung erfolgt **in provisorischer Weise**,<sup>34</sup> d.h. sie hat nur Bedeutung für die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses, nicht aber für die Gültigkeit der Willensvollstreckung, somit also keine materielle Bedeutung. Eine solche provisorische Prüfung erfolgt etwa in selbstverständlicher Weise, wenn zwei verschiedene Willensvollstreckereinsetzungen vorhanden sind und das Gericht die zeitlich letzte als die massgebende bestimmt.<sup>35</sup>

Die Betroffenen haben (jederzeit) die Möglichkeit, sich an die zuständige Behörde zu wenden und ihr Tatsachen **mitzuteilen**, welche die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses verhindern. Zu den Betroffenen gehören wie in Art. 559 ZGB die gesetzlichen Erben<sup>36</sup> und die in früheren letztwilligen Verfügungen eingesetzten Willensvollstrecker,<sup>37</sup> darüber hinaus aber auch die eingesetzten Erben und sogar Vermächtnisnehmer, weil diese den Ansprechpartner für ihre Forderung kennen wollen. Es können also nicht nur diejenigen Personen Eingaben an die zuständige Behörde machen, welche den Nachlass verwalten würden, wenn die Willensvollstreckung ungültig verfügt worden wäre.

Weiter ist es nicht notwendig, dass die Erben (oder andere Betroffene) Widerspruch erheben, damit die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses verweigert werden darf, denn die zuständige Behörde darf auch von sich aus (**von Amtes wegen**) einen Ausweis verweigern, wenn sie aufgrund von ihr bekannten Tatsachen zum Schluss kommt, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Bei dieser Entscheidung sollte sie sich allerdings äusserste Zurückhaltung auferlegen, weil dafür klare Verhältnisse notwendig sind. Unklare Verhältnisse werden vom Zivilrichter entschieden und in diesen Fällen ist von der zuständigen Behörde ein Willensvollstreckerzeugnis auszustellen.

Wenn die Gründe, welche gegen die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses vorgebracht werden, nicht genügen, um dieses zu verhindern, kann die zuständige Behörde einen **Vermerk** anbringen.<sup>38</sup>

25 Vgl. KÜNZLE (Fn. 6), 25.

26 Vgl. KÜNZLE (Fn. 6), 27.

27 Vgl. KÜNZLE (Fn. 6), 26.

28 Vgl. KARRER (Fn. 14), Art. 517 ZGB N 19.

29 Vgl. CAROLINE SCHULER-BUCHE, l'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel: étude et comparaison, Zürich 2003, 18.

30 Vgl. KÜNZLE (Fn. 6), 27 m.w.N.

31 Vgl. KÜNZLE (Fn. 6), 34 f.

32 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 402.

33 Anders allerdings BJM 1965, 83; dieser Entscheid wurde aber vom Verwaltungsgericht korrigiert und dieses Urteil wiederum von BGE 91 II 178 bestätigt.

34 Vgl. KARRER (Fn. 14), Art. 559 ZGB N 32; TUOR/PICENONI (Fn. 14), Art. 559 ZGB N 3.

35 Vgl. PKG 2004 Nr. 23: zwei verschiedene Testamente und Entscheid über die Erbberechtigung.

36 Vgl. TUOR/PICENONI (Fn. 14), Art. 559 ZGB N 4.

37 Vgl. TUOR/PICENONI (Fn. 14), Art. 559 ZGB N 4: die früher Bedachten.

38 Vgl. BGE 91 II 182; AGVE 2000, 34 Erw. 3b.



i) Die zuständige Behörde darf die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses **nicht verweigern, wenn sie zum Schluss kommt**, dass die letztwillige Verfügung bzw. die Einsetzung **möglicherweise ungültig oder anfechtbar** ist.<sup>39</sup> Beispiele:

■ Wenn bei der Auslegung eines Testaments **zwei verschiedene Auslegungen denkbar** sind, ist diese Frage vom Richter zu entscheiden, der auch über das vorsorgliche Einziehen eines Willensvollstreckerzeugnisses entscheiden kann.

■ Wenn beim Willensvollstrecker **Interessenkonflikte** zu erwarten sind, muss der Richter über die Absetzung befinden.<sup>40</sup> Mögliche Interessenkonflikte liegen etwa dann vor, wenn sich die als Willensvollstrecker vorgesehene Person schon vor Antritt ihres Amtes gegenüber den (späteren) Erben nicht neutral verhalten hat. Da für die Beurteilung des Willensvollstreckers aber nur auf Handlungen nach dem Tod des Erblassers abzustellen ist,<sup>41</sup> liegt (da das Willensvollstreckerzeugnis meist ganz zu Beginn der Tätigkeit verlangt wird) in vielen Fällen noch kein Verhalten vor, welches die Unparteilichkeit verletzen würde.

Die **mangelnde Akzeptierung** eines Willensvollstreckers durch (einige oder alle) Erben stellt keine Anfechtung im obigen Sinne dar, weil der Erblasser den Willensvollstrecker nur selbst bestimmen kann und muss<sup>42</sup> und die Erben den Willensvollstrecker nicht von sich aus beseitigen können.<sup>43</sup>

k) Wenn die **Gültigkeit der Einsetzung** des Willensvollstreckers nicht nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (Beispiele: sprachlich mangelhafte oder unklare Schreibweise im Testament, falsch geschriebener Name des Willensvollstreckers, Kopie einer letztwilligen Verfügung, unklare Büronachfolgeklause), sondern **in klarer Weise nicht gegeben** ist, **darf kein Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt werden**. Beispiele für klare Ungültigkeit sind:

■ Die letztwillige Verfügung, in welcher der Willensvollstrecker eingesetzt wurde, ist **offenbar formungültig** (Schreibmaschinenschrift ohne Unterschrift).

■ Die **Testierfähigkeit** des Erblassers hat **in klarer Weise gefehlt**. Der Beweis für die Testierunfähigkeit ist mit medizinischen Gutachten zu erbringen.<sup>44</sup> Dabei ist der Frage besondere Aufmerksamkeit zu schenken, ob der grundsätzlich demente Erblasser einen «lichten Moment» gehabt haben könnte.<sup>45</sup> Zu beachten ist weiter die sog. abgestufte Testierfähigkeit (Fähigkeit, einfache Verfügungen zu beurteilen).<sup>46</sup>

■ Der Willensvollstrecker ist **unbestritten nicht handlungsfähig** (er steht zum Beispiel unter Vormundschaft).<sup>47</sup>

■ Der Willensvollstrecker hat die **Annahme** in einem Schreiben an die zuständige Behörde **eindeutig abgelehnt** oder seine Tätigkeit bereits beendet.

Entscheidend ist mit anderen Worten weniger die Art und Weise des Mangels als die Frage, ob die zuständige Behörde auch mit ihrer beschränkten Kognition (summarischen Prüfung) im Einzelfall zum Schluss kommt, dass eine Voraussetzung für die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses in klarer Weise fehlt.

l) Eine **Sistierung** des bereits ausgestellten Willensvollstreckerzeugnisses muss beim Zivilrichter beantragt und von ihm ausgesprochen werden.<sup>48</sup> Die Tatsache, dass eine Ungültigkeitsklage anhängig gemacht wurde, ist per se nicht ein Grund, die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses zu verweigern, denn der Richter kann eine Korrektur vornehmen, zum Beispiel die Kompetenzen des Willensvollstreckers einschränken oder das Willensvollstreckerzeugnis später wieder einziehen. Es kann aber sein, dass die zuständige Behörde zum Schluss kommt, dass die Tatsache, welche Grundlage der Ungültigkeitsklage bildet, so klar vorliegt und so schwerwiegend ist, dass sie auch der Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses entgegensteht.

m) Welches sind die **Auswirkungen der Anordnung einer Erbschaftsverwaltung** auf die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses? In AGVE 2000, 21 führte die Einsprache (Zweifel an der Gültigkeit

39 Vgl. ARNOLD ESCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640), 3. A., Zürich 1960, Art. 559 ZGB N 9a).

40 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 392.

41 Interessenkonflikte, welche vom Erblasser bewusst in Kauf genommen werden, führen so lange nicht zur Absetzung des Willensvollstreckers, als keine konkreten Verfehlungen vorliegen, vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 392.

42 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 145 ff.

43 Vgl. KÜNZLE (Fn. 6), 34 f.

44 Vgl. PETER BREITSCHMID, Kommentar zu Art. 467–469 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 467/468 ZGB N 17.

45 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 44), Art. 467/468 ZGB N 12.

46 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 44), Art. 467/468 ZGB N 13.

47 Vgl. BGE 113 II 125: tutuelle volontaire.

48 Vgl. KÜNZLE (Fn. 6), 25 Fn. 45 mit Verweis auf BJM 1965, 81.

der letztwilligen Verfügung) dazu, dass die Erbscheinigung nicht ausgestellt und dem Willensvollstrecker, der bereits ein Willensvollstreckerzeugnis besass, neu die Erbschaftsverwaltung übertragen wurde (wozu wohl ein neuer Ausweis ausgestellt wurde). Wenn die zuständige Behörde die Kompetenzen des Willensvollstreckers einschränken will, kann sie diesem (bei Vorliegen der Voraussetzungen) die Erbschaftsverwaltung übertragen, nicht aber seine Kompetenzen im Zeugnis einschränken. Weil das Amt des Willensvollstreckers während einer Erbschaftsverwaltung ruht,<sup>49</sup> kommt die Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses in dieser Zeit nicht in Frage, weil ja dem Erbschaftsverwalter ein eigener Ausweis ausgestellt wird. Ob ein bereits ausgestelltes Willensvollstreckerzeugnis von der zuständigen Behörde wieder eingezogen werden muss, ist im Einzelfall zu entscheiden. Wenn keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch bestehen, wird in der Praxis darauf verzichtet. Weiter ist zu erwähnen, dass Interessenkonflikte im Zusammenhang mit einer Erbschaftsverwaltung eine stärkere Bedeutung haben als beim Willensvollstrecker, nämlich die Einsetzung als Erbschaftsverwalter verhindern.<sup>50</sup>

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

a) In **BJM 2007, 128** (Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt vom 17. November 2006) wurde die Beschwerde eines Willensvollstreckers gegen ein **Pauschalhonorar** des Erbschaftsamts beurteilt. Zwar ging es hier nicht um das Willensvollstreckerhonorar, aber um die gleiche Problematik, nämlich dass die unbesehene Anwendung von amtlichen Tarifen zu unadäquaten Ergebnissen führen kann, gleich wie dies bei der Anwendung der Notariats- und Anwaltstarife auf die Willensvollstreckertätigkeit geschehen kann.<sup>51</sup> Die Aufsichtsbehörde beschränkte die Gebühr auf die Maximalgebühr von Fr. 30000.– und liess eine separate Behandlung (eine separate Gebühr) für die Vorempfänge und das Vermögen des überlebenden Ehegatten nicht zu. Das Vorhandensein eines Maximaltarifs hat das Erbschaftsamt dazu verleitet, den Pauschaltarif mehrfach anzuwenden. Bei den auf den Willensvollstrecker angewendeten Notariats- und Anwaltstarifen ist häufiger das Fehlen eines ausgedehnten Tarifs (mit Pauscha-

len für höhere Nachlässe) und das Fehlen eines Maximaltarifs zu bemängeln.

b) In **LGVE 2006 I 12 Nr. 9** (Obergericht Luzern vom 21. Januar 2006) wurde zur Frage der **Verjährung** von Vorschüssen Stellung bezogen. Die Verjährung des Willensvollstreckerhonorars ist bisher weder in der Literatur noch in der Praxis eingehend behandelt worden, weshalb dieser Entscheid sehr zu begrüssen ist. Das Obergericht hat gestützt auf BGE 126 III 119 entschieden, dass Vorschüsse nicht dem Bereicherungsrecht, sondern dem Vertragsrecht unterstehen und deshalb grundsätzlich in zehn Jahren verjähren bzw. wenn ein Anwalt tätig ist, in fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 3 OR) (Erw. 3.3). Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht am 23. Mai 2006 (**5C.69/2006**) bestätigt.

c) In Erw. 5.1 des Bundesgerichtsentscheids vom 23. Mai 2006 (**5C.69/2006**) wurde darüber hinaus ausgeführt, dass der Willensvollstrecker die **Kosten eines verlorenen Aufsichtsverfahrens** selber zu tragen habe (und nicht der Nachlass). Dieser selbstverständliche Grundsatz wird in der Praxis oft übersehen. In Erw. 6.1 wurde Entsprechendes für die Parteikosten ausgeführt. Da der Willensvollstrecker das Verfahren nicht vollständig, sondern nur zu  $\frac{3}{4}$  verloren hat, muss diese Aussage aber hinterfragt werden. Bei den Verfahrenskosten wurden dem mehrheitlich unterliegenden Willensvollstrecker  $\frac{3}{4}$  der Kosten auferlegt, welche er auch selbst zu tragen hatte (und nicht dem Nachlass belasten durfte) und der restliche  $\frac{1}{4}$  wurde den mehrheitlich obsiegenden Erben in Rechnung gestellt. Bei den Parteikosten erhält der Willensvollstrecker in vielen Fällen seinen effektiven Aufwand nicht oder nicht vollumfänglich ersetzt, sei es, weil die Parteien im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren «nach Meinung des Gesetzgebers ... ihre Partei- und Anwaltskosten ... grundsätzlich selbst zu tragen» (Erw. 6.1) haben oder dass der Willensvollstrecker das Verfahren nur teilweise gewonnen bzw. verloren hat. M.E. darf der Willensvollstrecker seinen notwendigen Aufwand für das Aufsichtsverfahren (zum angemessenen Stundensatz) zu demjenigen Bruchteil dem Nachlass belasten, in welchem er obsiegt hat, in unserem Fall als zu  $\frac{1}{4}$ .

## F Prozessführungsbefugnis (Art. 518 ZGB)

a) Die Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers wird in der zweiten Auflage des Buches «**Die erbrechtlichen Klagen**» von Christian Brückner und Thomas Weibel (Basel 2006) ausführlich beschrie-

49 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 158.

50 Vgl. KARRER (Fn. 14), Art. 554 ZGB N 25 m.w.N.; SCHULER-BUCHE (Fn. 29), 36; PKG 1989, 213; vgl. auch den Sachverhalt in ZR 93 Nr. 15 S. 70.

51 Vgl. dazu KÜNZLE (\*), successio 2007, 49 f.



ben. Dieses Werk ist für den Praktiker längst ein unentbehrliches Hilfsmittel geworden und kann uneingeschränkt empfohlen werden. Einige wichtige Grundsätze: Der Willensvollstrecker ist zur Ungültigkeitsklage passiv legitimiert, wenn seine Position in Frage gestellt wird (14). Er kann Auskunftsbegehren auch bei bloss provisorischer Stellung geltend machen (ähnlich wie man dies den provisorischen Erben zugesteht) (27). Der Willensvollstrecker hat keine Zuteilungskompetenz (80). Er ist **nicht zur Erbteilungsklage legitimiert** (92), kann aber den Vollzug von Auflagen verlangen (115). Bei der Vermächtnisklage ist er passiv legitimiert (106).

b) Wie schon in meinem letztjährigen Bericht erwähnt,<sup>52</sup> wurde von Thomas Sutter-Somm/Marco Chevalier in ihrem nun publizierten Beitrag **«Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers»** (successio 2007, 20 ff.) zum ersten Mal von prominenter Stimme die Ansicht vertreten, dass die **Erbteilungsklage dem Willensvollstrecker schon de lege lata zustehe** (35 ff.). Eine Stellungnahme des Bundesgerichts zu dieser Frage wird mit Spannung erwartet und ist aus meiner Sicht offen, zumal sich die Stimmen mehren, welche dem Willensvollstrecker diese Kompetenz zumindest de lege ferenda einräumen wollen.

c) Im Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2007 (**4A\_28/2007**) ging es um eine Schenkung (u.a. des Bildes «Fête au village» von Pierre Breughel le jeune) des Erblassers an die Stadt Genf, welche von den Erben und vom Willensvollstrecker (im Namen der Erben) erfolglos widerrufen wurde. Da es um den Bestand des Nachlasses ging, führte das Bundesgericht aus, dass sowohl die Erben als auch die Willensvollstrecker legitimiert seien: «il suffit donc de retenir, pour entrer en matière, que les six défendeurs ont pris part à l'instance précédente ... et qu'il n'y a pas à opérer de distinction entre les héritiers et les exécuteurs testamentaires» (Erw. 1.1) ...il n'est pas nécessaire d'examiner si la qualité pour résister à l'action de la demanderesse appartenait aux héritiers ou aux exécuteurs testamentaires» (Erw. 6). Es ist auffällig, dass die Legitimation des Willensvollstreckers immer wieder zu Fragen Anlass gibt, insbesondere die Frage, ob der Willensvollstrecker nun die Erben vertrete oder kraft seines Amtes tätig werde. Den Anwälten ist zu raten, die Beschreibung der Parteien mit besonderer Sorgfalt vorzunehmen, denn sonst kann der Erfolg des ganzen Prozesses gefährdet sein.

d) Im Entscheid vom 8. November 2006 (**5P.355/2006** = BR 2007, 69 mit Bemerkungen von Peter Reetz) hat das Bundesgericht zu den verschiedenen The-

orien über den Willensvollstrecker Stellung bezogen, um die Frage zu beantworten, ob er «selber als Partei auftreten muss oder als Vertreter der Erben handeln kann» (Erw. 3). Dabei wird die Vertretertheorie (Guldener, Habscheid), die Sondervermögenstheorie (D. Staehelin) und die **Amtstheorie** (Bundesgericht, BGE 129 V 113 E. 4.2) dargelegt. Es wird näher ausgeführt: «Die obergerichtliche Auffassung (sc. Vertretertheorie) erscheint somit rechtlich nicht als derart klar falsch wie die als willkürlich beurteilte Annahme, der Erbschaftsliquidator ... handle als Stellvertreter der Erbschaftsbehörde bzw. des Gemeinwesens» (Erw. 3.3) und «Gerichte und mit der Willensvollstreckung befasste Privatpersonen und Behörden haben sie (sc. Amtstheorie) verinnerlicht» (Erw. 3.3). Zu diesen Ausführungen möchte ich beifügen, dass ich nicht – wie im Entscheid aufgeführt – ein Anhänger der Vertretertheorie bin, sondern die Amtstheorie für richtig halte. Gleichzeitig versuche ich aber auch immer wieder zu betonen (und daher wohl das Missverständnis), dass der Willensvollstrecker – welche Theorie man auch anwendet – nicht «im eigenen Namen» handelt, sondern eben für den Nachlass (**«als Willensvollstrecker im Nachlass X.»**). Da der genaue Wortlaut der Eingaben nicht angegeben ist, kann ich nicht beurteilen, ob die Parteiangaben richtig oder falsch waren, es scheint aber so, dass die Gerichte mit viel Wohlwollen ungenaue Parteibezeichnungen durchgehen liessen. Das Problem im vorliegenden Fall lag wohl darin, dass der Willensvollstrecker erstinstanzlich als Vertreter der Erben auftrat, dann dessen Vollmacht nicht beibringen konnte (wegen Auslandsaufenthalts) und schliesslich ein Parteiwechsel in zweiter Instanz misslang. Wenn es um eine Forderung gegenüber dem Nachlass geht, sind sowohl der Willensvollstrecker (in seiner Amtsstellung) als auch die Erben legitimiert, Beschwerde gegen einen Arrest zu erheben, denn es geht um den Bestand des Nachlasses.<sup>53</sup> Der Willensvollstrecker hätte also von Anfang an «als Willensvollstrecker» auftreten können.

e) Im Entscheid vom 14. März 2006 (**5C.273/2005**) wird zu Recht entschieden, dass der Willensvollstrecker **bei der Ungültigkeitsklage nicht passiv legitimiert** ist (Erw. 1.2), weil es nur um (angeblich übermässige) Vergabungen und nicht um die Stellung des Willensvollstreckers ging.

52 Vgl. KÜNZLE (\*), successio 2007, 52.

53 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 209 ff.

## G Informationspflicht (Art. 518 ZGB)

Im Entscheid vom 26. September 2006 (**5C.95/2006**) hat das Bundesgericht zum Vorbringen des Klägers, der Willensvollstrecker habe die Vorerbin nicht darauf hingewiesen, dass sie über die Vorerbschaft nicht verfügen dürfe, keine Stellung bezogen, weil es sich um ein Novum handelte (Erw. 4). Die Tätigkeit des Willensvollstreckers und damit auch seine Informationspflicht kann sich nur auf einen einzigen Nachlass beziehen und **nicht auf letztwillige Verfügungen im nachfolgenden Nachlass ausgedehnt** werden. Die Argumentation des Klägers hätte somit auch dann zurückgewiesen werden müssen, wenn kein prozessuales Hindernis vorhanden gewesen wäre.

## H Aufsicht (Art. 518 ZGB)

Das Kantonsgericht Graubünden hat mit Entscheid vom 13. Februar 2006 (**PZ 06 6**) über die Aufteilung der gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten eines Aufsichtsverfahrens gegen den Willensvollstrecker zu entscheiden, in welchem Vergleichsverhandlungen gescheitert waren und eine verspätete Eingabe gemacht wurde. Es hat den **voraussichtlichen Prozessausgang als Massstab für die Kostenteilung verwendet**. Weiter hat es betont, dass allfällige Kosten vom Willensvollstrecker und nicht vom Nachlass zu tragen sind (Erw. 3), was schon vorne (E. c) behandelt wurde.

## I Ungültigkeitsklage (Art. 519 ZGB)

In einer **Besprechung** des Falles Stauffacher (5C.121/2005 [BGE 132 III 305] und 5C.161/2005 vom 6.2.06 sowie 5C.120/2005 [BGE 132 III 315] und 5C.160/2005 vom 1.3.06) hat Peter Breitschmid in successio 2007, 55 ff. bemerkt: «Was ... den Honoraraspekt betrifft, sei etwas ketzerisch die Frage in den Raum gestellt, ob nun im Nachhinein oder jedenfalls künftig alle Willensvollstrecker, die einen grosszügigen, nicht mit den Erblassern konkret abgesprochenen Stundenansatz verrechnen, nun amtfähig werden?» (60). Die Antwort darauf lautet, dass es nicht empfehlenswert ist, das Honorar in der letztwilligen Verfügung zu regeln<sup>54</sup> und dass in jedem Fall ein angemessenes Honorar geschuldet ist.

<sup>54</sup> Vgl. KÜNZLE (\*), successio 2007, 52.

<sup>55</sup> Zu den Prinzipien der freien Erbschaftsverwaltung und der freien Erbteilung vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 31 ff.

## J Erbschaftsverwaltung (Art. 554 und Art. 556 Abs. 3 ZGB)

a) Mit Urteil vom 19. Februar 2007 (**5P.352/2006**) hatte das Bundesgericht über eine «vorläufige» Erbschaftsverwaltung (Art. 556 Abs. 3 ZGB) zu entscheiden und diese abgelehnt. Zur Geschichte des Prozesses: Die erste Instanz hat den Willensvollstrecker wegen Interessenkollision (gleichzeitig Stiftungsrat der Haupterbin) abgesetzt und eine Erbschaftsverwaltung nach Art. 556 Abs. 3 ZGB angeordnet. Nach Einreichung eines Rekurses wurde das Willensvollstreckerzeugnis aber nicht eingezogen und kein Erbschaftsverwalter bestimmt. Die zweite Instanz hob das Urteil der ersten Instanz auf, weil es objektiverweise keinen Interessenkonflikt sehen konnte (Erw. 5). Bis zum Bundesgerichtsurteil haben die Kläger auf den Vorwurf des Interessenkonflikts verzichtet und war der Nachlass geteilt, eine «vorläufige» Erbschaftsverwaltung nicht mehr aktuell. Dieser Fall zeigt, dass es in der Praxis nicht einfach ist, in unstrittenen Verhältnissen zu entscheiden, wer die Geschäfte des Nachlasses vorläufig führen soll, der sich möglicherweise in einem Interessenkonflikt befindliche Willensvollstrecker oder die Erben. Bei langer Prozessdauer (vorliegend immerhin 2 Jahre) kann es leicht vorkommen, dass die Erbteilung bereits vor dem letztinstanzlichen Entscheid erledigt ist und somit das **provisorische Regime** das einzige ist, welches je zur Anwendung kommt.

b) Im Urteil vom 3. Juli 2006 (**PZ 06 83**) hat das Kantonsgericht Graubünden entschieden, dass die Demission der drei Willensvollstrecker kurz nach Übernahme ihres Amtes kein Grund für die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters ist, weder nach Art. 554 ZGB (die Gründe waren nicht gegeben) noch nach Art. 556 Abs. 3 ZGB. **Wenn der Nachlass schon an den oder die Willensvollstrecker ausgeliefert wurde, kommt eine Erbschaftsverwaltung nach Art. 556 Abs. 3 ZGB nicht mehr in Frage** (Erw. 1c). Der Nachlass ist (wieder) von den Erben zu verwalten und diese haben sich auch selbst um die Erbteilung zu kümmern.<sup>55</sup>

## K Testamentseröffnung (Art. 558 ZGB)

In **LGVE 2006 III 421 Nr. 11** (Regierungsstatthalter des Amtes Luzern vom 18. August 2006) wurde festgehalten (Erw. 4), dass der **gesamte Text der letztwilligen Verfügung** (den Erben und) dem Willensvollstrecker mitzuteilen sei. Das schliesst bedingte Erbeinsetzungen und Vermächtnisse ein. Die Behörde hat eine vorläufige Kognitionsbefugnis bei der Eröffnung, nicht aber bei der Mitteilung; es ist



alles mitzuteilen, was eröffnet wurde. Da der Originaltext mit allen Schreib- und Orthografiefehlern, Streichungen, Einschiebungen, Anmerkungen, Fussnoten usw. mitzuteilen ist, wird zweckmässigerweise eine Fotokopie zugestellt, welche auch Rückschlüsse auf die Testierfähigkeit und die Echtheit der Urkunde zulässt.

### L Erbescheinigung (Art. 559 ZGB)

Im Urteil vom 23. August 2006 (**5C.126/2006 = BGE 133 III 1**) entschied das Bundesgericht (Erw. 3.3.2), dass der **Antrag der Willensvollstreckerin** (und gleichzeitigen Erbin) zur Ausstellung einer Erbescheinigung **keine Einmischung in die Erbschaft** bedeute, welche eine Ausschlagung verunmöglichen würde (Art. 571 Abs. 2 ZGB).<sup>56</sup> Es übernahm damit die neueren Lehrmeinungen und begründete das Ergebnis im Wesentlichen damit, dass die Willensvollstreckerin die Erbescheinigung zwingend zur Übertragung von Grundstücken benötige. Dem Ergebnis ist zuzustimmen, den Willensvollstreckern, die gleichzeitig Erben sind, ist allerdings zu raten, sich vorsichtigerweise zunächst einen Willensvollstreckerausweis ausstellen zu lassen und die Erbescheinigung erst im Rahmen der Erbteilung zu bestellen.

### M Erbenvertreter (Art. 602 ZGB)

Im Urteil des Bundesgerichts vom 13. März 2007 (**5P.466/2006**) wurde der Nachlass gesiegelt und anschliessend der Willensvollstreckter mit der Erbschaftsverwaltung beauftragt. Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht aufgehoben, weil die Nacherbin bei der Bestellung der Erbschaftsverwalterin nicht ins Verfahren einbezogen war. Der parallel eingereichte Antrag der Nacherbin auf Einsetzung eines Erbenvertreters wurde im vorliegenden Entscheid abgelehnt, weil es dafür **bei Vorhandensein eines Willensvollstreckers bzw. Erbschaftsverwalters keinen Platz** hat (Erw. 5). Das Instrument des Erbenvertreters ist nicht einfach einzuordnen, hat aber jedenfalls keine Berechtigung, wenn ein Willensvollstreckter vorhanden ist.

### N Erbteilung (Art. 634 ZGB)

a) Der Willensvollstreckter hat unter anderem die Aufgabe, die Erbteilung zu vollziehen.<sup>57</sup> Im Sachverhalt der Bundesgerichtsurteile vom 6. Juni 2007 (**5C.46/2007, 5C.47/2007**) ist zu lesen, dass das Kreisgericht und das Kantonsgericht die Willensvollstre-

ckerin angewiesen hätten, das jeweilige Urteil zu vollziehen. In der Praxis ist oft unklar, was damit genau gemeint ist. Der Willensvollstreckter wirkt nur soweit am **Vollzug der Erbteilung** mit, als sich der Nachlass überhaupt in seinem Besitz befindet und er diesen aushändigen muss.<sup>58</sup> Nicht selten wird die Erbteilung real durch die Erben vorgenommen, so wird typischerweise der ganze Hausrat ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers einvernehmlich geteilt. Eine fehlende Mitwirkung des Willensvollstreckers hindert die Gültigkeit einer derartigen Teilung nicht. Weiter ist es denkbar, dass sich Nachlassgegenstände im Besitz von Dritten befinden und direkt den Erben übergeben werden, die Teilung somit ebenfalls ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers abgeschlossen werden kann. Auch diese Art der Teilung ist gültig. Schliesslich kommt es vor, dass der Willensvollstreckter seine Aufgabe als beendet betrachtet und deshalb kann eine Jahre später durchgeführte Grundbuchmutation ohne seine Mitwirkung gültig vollzogen werden.

b) Im Sachverhalt des Urteils des Kassationsgerichts Zürich vom 14. Juli 2006 (**AA060101**)<sup>59</sup> ist zu lesen, dass der Willensvollstreckter die Vormundschaftsbehörde um Prüfung ersuchte, ob für einen minderjährigen Erben ein Teilungsbeistand zu bestellen sei. Später legte er ein Rechtsmittel gegen den ablehnenden Entscheid der Vormundschaftsbehörde ein und bekam Recht. Dieser Fall zeigt, dass es auch zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehört, für eine rechtsgenügende Vertretung von minderjährigen Erben zu sorgen.

c) In **LGVE 2006 III 416 Nr. 10** (Regierungsstatthalter des Amtes Hochdorf vom 24. Mai 2006) wurde festgehalten, dass die Erben einen schriftlichen Erbteilungsvertrag abschliessen können und dieser auch ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers gültig ist.<sup>60</sup> Behindert der Willensvollstreckter den raschen Vollzug, kann sowohl bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde erhoben als auch beim Zivilrichter Klage (auf Erbteilung) eingereicht werden. Vorliegend hat die Aufsichtsbehörde eine **Weisung zum Vollzug der**

56 Vgl. dazu DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL, Ausgewählte Stolperdrähte im schweizerischen Erbrecht, *Anwaltsrevue* 2007, 273 f.)

57 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 304 ff.

58 Vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 306 f.

59 Dieser Entscheid ist zu finden unter [http://entscheide.gerichte-zh.ch/zrp/entscheide/entogweb.nsf/\\$\\$search\(8.10.2007\)](http://entscheide.gerichte-zh.ch/zrp/entscheide/entogweb.nsf/$$search(8.10.2007)) und bei Swisslex.

60 Ebenso KARRER (Fn. 14), Art. 518 ZGB N 61; diese Regelung kann sich auf die Freiheit der Erbteilung stützen, vgl. KÜNZLE (Fn. 3), 32 ff.

**Erteilung** erteilt (Erw. 8). In der Praxis kommt es leider immer wieder vor, dass der Willensvollstrecker, der vom Gesetzgeber als Beschleuniger gedacht war, die Erbteilung verzögert.

## O Steuern

a) Im Urteil vom 6. Juli 2007 (**2P.39/2007**) ging das Bundesgericht der kniffligen Frage nach, wann ein Grundstücksgewinn anfällt. In einem Gerichtsurteil von 1993 wurde entschieden, dass die Zuweisung der Liegenschaft als Teilungsvorschrift (und nicht als Vermächtnis) auszulegen ist. Wenn der Willensvollstrecker die Liegenschaft 1994 (gestützt auf eine alleine vom ihm unterzeichnete Teilungsrechnung [acte de partage]) übertragen lässt und der Zivilrichter diese Übertragung schliesslich 2004 bestätigt, wird der Grundstücksgewinn nach dem Recht von 1994 bestimmt (Erw. 3). Im Wesentlichen ging es um die Wirkung einer (nachträglichen) **Genehmigung der Handlungen des Willensvollstreckers**, welcher möglicherweise seine Befugnisse überschritten hatte, durch die Erben bzw. das Gericht. Die rückwirkende Kraft der Genehmigung ist schon in Art. 38 OR allgemein geregelt und das Ergebnis im vorliegenden Fall deshalb durchaus angemessen. Zum gleichen Ergebnis wäre man übrigens gekommen, wenn man das Gerichtsurteil, welches die Teilungsvorschrift feststellte, (neben der Grundbuchanmeldung durch den Willensvollstrecker) als Grundbuchbeleg verwendet hätte.

b) Im Urteil vom 29. März 2007 (**2A.29/2007**) hat das Bundesgericht entschieden, dass der Willensvollstrecker nicht kraft seines Amtes im Rechtsmittelverfahren auftreten könne, wenn der Nachsteuerbescheid den Erben zugestellt worden ist (an die Adresse des Willensvollstreckers als ihrem Vertreter), weil sonst ein **unerlaubter Parteiwechsel** vorliegen würde. Das Bundesgericht führt weiter aus: Es «ist unerheblich, dass dem Willensvollstrecker – kraft seines Amtes – an sich auch selber Parteistellung zukommen könnte» (Erw. 3; mit Verweis auf BGE 116 II 131 E. 3). So richtig die Argumentation des Bundesgerichts ist, so unbefriedigend ist es, dass die Steuerbehörden ohne Weiteres dem Wil-

lensvollstrecker als Vertreter der Erben behandeln können sollen, um eine Steuerverfügung zuzustellen (obwohl er zivilrechtlich keine solche Vollmacht hat), wenn der Willensvollstrecker sich aber auf die zivilrechtlich vorhandene gesetzliche Ermächtigung beruft, man ihn wegen Parteiwechsels aus formellen Gründen ins Leere laufen lässt. Wenn man einem Willensvollstrecker Steuersachen des Erblassers zusendet, sollte dies nach Möglichkeit so ausgelegt werden, dass man den Willensvollstrecker in seinem Amt anschreibt (es geht um eine Nachlassschuld und er ist dafür zuständig).

c) Das Verwaltungsgericht Zürich hat im Urteil vom 13. Dezember 2006 (**SB.2006.00026**)<sup>61</sup> entschieden, dass die **Kosten einer Beschwerde**, welche von der Ehefrau und vom Willensvollstrecker erfolglos gegen die Steuerveranlagung erhoben wurden, je zur Hälfte zu tragen sind (Erw. 4.1). Der Willensvollstrecker kann diese Kosten dem Nachlass belasten, wenn er sich nicht vorwerfen lassen muss, ein aussichtsloses Verfahren geführt zu haben.

## P Strafrecht

Im Urteil vom 12. August 2007 (**6B\_348/2007**) hat das Bundesgericht entschieden, dass nach der Einstellung eines Strafverfahrens gegen den Willensvollstrecker wegen Veruntreuung, ungetreuer Geschäftsführung, Erschleichung einer Falschbeurkundung die Erben nicht legitimiert seien, gegen diesen Entscheid ein Rechtsmittel zu ergreifen. Ihre Motivation, dass **bei einer Verurteilung des Willensvollstreckers sein Honorar gekürzt werden könnte**, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich.

## Q International

a) Im Urteil vom 5. Oktober 2006 (**4C.263/2005**) hatte das Bundesgericht die seltene Gelegenheit, sich zu internationalen Fragen des Erbrechts zu äussern. Im Sachverhalt dieses Entscheids wird von einem Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 19. Februar 2002 berichtet, in welchem festgehalten wird, dass der Willensvollstrecker (und protector des X Trust) das Erbe nicht herausverlangen kann, weil das **französische Erbrecht** am Wohnsitz des Erblassers massgebend (Erw. 2.2) und damit seine «**power**» **ungenügend** ist.<sup>62</sup> Bei der Anwendung ausländischen Rechts wird von den zuständigen Behörden häufig übersehen, dass auch der Vollstrecker nicht mehr ein solcher schweizerischen Rechts ist (Willensvollstrecker), sondern ebenfalls dem ausländischen Erbrecht untersteht, was in vielen Fällen

61 Dieses Urteil ist zu finden unter [www.vgrzh.ch/rechtssprechung/index.html](http://www.vgrzh.ch/rechtssprechung/index.html) (8.10.2007) und bei Swisslex.

62 Zum Umfang der Befugnisse des französischen exécuteur testamentaire vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Internationale Nachlässe: Tätigkeit ausländischer Vollstrecker in der Schweiz, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, 310; zur neusten Gesetzgebung in Frankreich vgl. hinten, R.



dazu führt, dass er bedeutend geringere Befugnisse hat als nach schweizerischem Recht, auch wenn er in der Schweiz tätig wird.<sup>63</sup>

b) Mit Urteil vom 6. Juli 2006 (**5C.299/2005**) hat sich das Bundesgericht zur internationalen Zuständigkeit geäußert. Für die Frage, ob eine (konkludente) Rechtswahl vorlag, stützte sich das Bundesgericht unter anderem darauf, dass ein **Willensvollstrecker ohne jeglichen Bezug zur Schweiz eingesetzt** wurde und dass die schweizerische Nationalität der Erblasserin nicht erwähnt wurde (Erw. 3.1). Aus dem Wohnsitz in Monaco folgt nach Art. 87 IPRG die dortige Zuständigkeit. Einmal mehr muss geraten werden die Frage der Zuständigkeit und des geltenden Rechts (soweit im Ausland möglich und anerkannt) in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich zu regeln.

c) Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 2. Mai 2006 (5C.261/2005 = **BGE 132 III 677** SJ 2007 I 228) entschieden, dass die **Erbschafts- und die damit verbundene Auskunftsklage des Willensvollstreckers am Wohnort des Erblassers** eingereicht werden kann (Art. 86 Abs. 1 IPRG), auch gegen Anstalten liechtensteinischen Rechts mit Sitz im Fürstentum Liechtenstein. Angesichts der Schwierigkeiten, schweizerische Urteile in Liechtenstein zu vollstrecken,<sup>64</sup> ist

mit diesem Urteil allerdings nicht die ganze Problematik des Falles erfasst worden.

### R Ausland

Im Aufsatz «Présentation synthétique de la réforme du droit des successions en France» von Marjorie Devisme in ZBGR 88 (2007) 253–262 wird auf die erweiterten Befugnisse des französischen Willensvollstreckers («exécuteur testamentaire») hingewiesen. Ohne Pflichtteilserven ist es neu möglich, den exécuteur testamentaire zu ermächtigen, «à disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l'attribution ou au partage des biens substantiels entre les héritier et les légataires (art. 1030-1 CC)». Diese neue Regelung gilt seit dem 1.1.2007 und macht das Institut des Willensvollstreckers für internationale Erbfälle wesentlich attraktiver.

---

63 Vgl. KÜNZLE (Fn. 62), 307 ff.

64 Vgl. Abkommen zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen in Zivilsachen (SR 0.276.195.141)