

Willensvollstreckung

10 kleine Fälle aus der Praxis

HANS RAINER KÜNZLE

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	409
1. Einleitung	410
2. Auskunft-, Informations-, Beratungs- und Geheimhaltungspflicht	411
2.1 Wie soll der Willensvollstrecker bei der Aufnahme des Inventars vorgehen?	411
2.2 Welches ist der genaue Umfang der Auskunftspflicht des Willensvoll- streckers?	412
2.3 Wie steht es mit der Informations- und Beratungspflicht?	413
2.4 Kann sich der frühere Berater des Erblassers gegenüber den Erben auf die Geheimhaltungspflicht berufen?	416
2.5 Wie sollen die Erben/der Willensvollstrecker mit geheimen Daten des Erblassers umgehen?	417
3. Interessenkollision und unklare Nachlassgüter	419
3.1 Interessenkollision	419
3.1.1 Wie ist die Interessenkollision des Willensvollstreckers im vorliegenden Fall zu beurteilen?	419
3.1.2 Wie können Interessenkollisionen bewältigt werden?	420
3.1.3 Auf welchem Weg kann eine Absetzung des Willensvollstreckers wegen Interessenkollision verlangt werden?	421
3.2 Nachforschungspflicht?	422
3.2.1 Wie weit geht die Pflicht des Willensvollstreckers zur Nach- forschung nach potenziellen Aktiven/Passiven?	422
3.2.2 Muss der Willensvollstrecker potenzielle Aktiven/Passiven schätzen (lassen)?	424
3.3 Ersetzung des Willensvollstreckers durch einen Erbschaftsverwalter/ Erbenvertreter?	424
3.3.1 Kann ein Erbschaftsverwalter anstelle eines abgesetzten Willens- vollstreckers eingesetzt werden?	424
3.3.2 Kann ein Erbenvertreter anstelle eines abgesetzten Willensvoll- streckers eingesetzt werden?	425
4. Handeln bei unklarer Einsetzung	426
4.1 Ist die Ausstellung eines Willensvollstreckerausweises gerechtfertigt?	426
4.2 Beteiligt sich der Willensvollstrecker im Ungültigkeitsprozess?	426
4.2.1 Soll der Willensvollstrecker am Prozess teilnehmen oder sich dem Urteil unterziehen?	427

407

4.2.2	Darf sich der Willensvollstrecker, der Anwalt ist, durch einen Anwalt im Ungültigkeitsprozess vertreten lassen?	427
4.2.3	Wer trägt die Kosten, wenn die Willensvollstreckerklausel für ungültig erklärt wird?	428
4.2.4	Wann endet die Willensvollstreckung, wenn die Ungültigkeitsklage erfolgreich ist?	428
4.3	Handeln des Willensvollstreckers bei unklarer Einsetzung	428
4.3.1	Welche Regeln gelten für den Willensvollstrecker?	429
4.3.2	Welches sind die Aufgaben des Willensvollstreckers?	429
4.3.3	Kann der Willensvollstrecker Vorschüsse gewähren?	430
4.3.4	Soll der Willensvollstrecker Erbenversammlungen durchführen? ..	430
4.3.5	Haftet der Willensvollstrecker?	430
5.	Kündigungsrecht der Erben	431
5.1	Ist eine Kündigungsklausel gültig?	431
5.2	Ist eine Kündigungsklausel sinnvoll?	431
5.3	Gibt es Alternativen?	432
6.	Honorar: Rückforderung und Haftung	432
6.1	Honorarklage	433
6.1.1	Wer ist sächlich zuständig für Honorarklagen?	433
6.1.2	Wer ist örtlich zuständig für Honorarklagen?	433
6.1.3	Wer ist zur Honorarklage legitimiert?	434
6.1.4	Wie lautet das Begehren einer Honorarklage?	434
6.2	Haftungsklage	435
6.2.1	Ist die Haftungsklage eine Alternative zur Honorarklage?	435
6.2.2	Wer ist zuständig bzw. legitimiert?	435
7.	Beendigung der Willensvollstreckung	436
7.1	Wann hört die Willensvollstreckung bezüglich des Grundstücks auf?	436
7.2	War die Zustimmung des Willensvollstreckers zur Errichtung des Schuldbriefs notwendig?	437
8.	Besitz des Willensvollstreckers	437
8.1	Wie erlangt der Willensvollstrecker Besitz am Nachlass?	438
8.2	Wofür braucht der Willensvollstrecker Besitz am Nachlass?	438
8.3	Verhindert der Besitz des Willensvollstreckers Einreden der Erben?	439
9.	Teilungsklage der Erben	439
9.1	Kann der Willensvollstrecker seine Tätigkeit 7 Jahre nach dem Ableben des Erblassers aufnehmen?	440
9.2	Werden die Erben durch das Tätigwerden des Willensvollstreckers an der Teilungsklage gehindert?	440
9.3	Welches ist die Stellung des Willensvollstreckers nach Einreichung der Teilungsklage?	441
10.	Willensvollstreckerhonorar im Steuerrecht	441
10.1	Kann das Honorar des Willensvollstreckers von den Steuern abgezogen werden?	442
10.2	Können die Erben vom Willensvollstrecker verlangen, dass er sein Honorar nach steuerlichen Kriterien aufschlüsselt?	443
11.	Falsche Parteibezeichnung im Prozess	445
11.1	Weshalb war die Parteibezeichnung unrichtig?	445
11.2	Wie kann eine falsche Parteibezeichnung korrigiert werden?	446
11.3	Wie steht es mit der Prozessführungsbefugnis?	448

Literaturverzeichnis

Daniel Abt, Die Anfechtungsklage bei erbvertragswidrigen Verfügungen, *Anwaltsrevue* 2013; *derselbe*, Kommentierung zu Art. 519–521 ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 2. A., Basel 2011 (nachfolgend: *PraxKomm-Abt*); *Brigitte Berger Kurzen*, E-Health und Datenschutz, Zürich 2004; *René Biber*, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Grundstücken im Nachlass, in: *Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme*, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2004; *Hansjürg Bracher*, Der Willensvollstreckter, insbesondere im zürcherischen Zivilprozessrecht (Diss. Zürich 1965) Zürich 1966; *Peter Breitschmid*, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: *Praktische Probleme der Erbteilung*, hrsg. v. Jean Nicolas Druvey und Peter Breitschmid, St. Gallen 1997; *derselbe*, Vorsorgliche Massnahmen im Erbrecht: Art. 551–559 ZGB (Sicherungs-massregeln) und weitere Implikationen, *successio* 2009 (zit. *successio* 2009); *Christian Brückner/Thomas Weibel*, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A., 2012; *Bernhard Christ/Mark Eichner*, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 2. A., Basel 2011 (zit. *PraxKomm-Christ/Eichner*); *Fiorenzo Cotti*, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: *Commentaire du droit des succession*, Bern 2012; *Deutscher Anwaltverein*, Digitaler Nachlass: Wem gehören die Mails in der Cloud?, *AnwBl Online* 2013; *Bernhard Eccher*, Kommentar zu §§ 531–824 ABGB, in: *ABGB Praxiskommentar*, hrsg. v. Georg E. Kodek und Michael Schwimann, 4. A., Wien 2012; *Urs Engler*, Kommentar zu Art. 580–597 ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 2. A., Basel 2011 (zit. *PraxKomm-Engler*); *Arnold Escher*, Zürcher Kommentar zu Art. 457–536 ZGB, 3. A., Zürich 1959 (zit. *ZK-Escher*); *Walter Frei/Stefan Kaufmann/Felix Richner*, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999; *Sybille Früh-Pestalozzi*, Vorsorgliche Massnahmen und besondere Vorkehren im Erbrecht, *AJP* 2011; *Stephan Fuhrer*, Die Haftung des Willensvollstreckers und ihre Versicherung, in: *Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme*, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2004; *Balz Gross/Roger Zuber*, Kommentar zu Art. 70–73, in: *Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Bern 2012; *Matthias Häuptli*, Kommentar zu Art. 562–579 ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 2. A., Basel 2011 (zit. *PraxKomm-Häuptli*); *Stephanie Hrubesch-Millauer*, Kommentar zu Art. 522–533 ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 2. A., Basel 2011 (zit. *PraxKomm-Hrubesch-Millauer*); *Marc’Antonio Iten*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers (Diss. Luzern) Zürich 2012; *Arthur Jost*, Der Erbteilungsprozess im schweizerischen Recht, Bern 1960; *Martin Karrer/Nedim Peter Vogt/Daniel Leu*, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 4. A., Basel 2011 (zit. *BSK-Karrer/Vogt/Leu*); *Hans-Hermann Klumpp*, in: *Handbuch der Testamentsvollstreckung*, hrsg. v. Manfred Bengel und Wolfgang Reimann, München 2013; *Martin Karrer*, Aufsicht über den Willensvollstreckter (5A_414/2012), *successio* 2013; *Hans Rainer Künzle*, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstreckter (517–518 ZGB), Bern 2011 (zit. *BK-Künzle*); *derselbe*, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: *Kurzkommentar ZGB*, hrsg. v. Dominique Jakob und Andrea Büchler, Basel 2012 (zit. *KurzKomm-Künzle*); *derselbe*, Auskunftspflichten gegenüber Erben, *successio* 2012 (zit. *successio* 2012); *derselbe*, Interessenkollision im Erbrecht: Willensvollstreckter, Notar, Anwalt, *SJZ* 108/2012 S. 1 (zit. *SJZ* 108); *derselbe*, Der Willensvollstreckter im schweizerischen und amerikanischen Recht, Zürich 2000 (zit. *Willensvollstreckter*); *derselbe*, Kommentar zu 602–606 ZGB, in: *Kurzkommentar ZGB*, hrsg. v. Dominique Jakob und Andrea Büchler, Basel 2012 (zit. *KurzKomm-Künzle*); *derselbe*, Die Haftung des Willensvollstreckers, in: *Festschrift für Paul*

Henri Steinauer, hrsg. v. Alexandra Rumo-Jungo u.a., Freiburg 2013 (zit. FS Steinauer); *derselbe*, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2011–2012, successio 2013; *Gundula Maria Likar-Peer*, in: Erbrecht, hrsg. v. Susanne Ferrari und Gundula Maria Likar-Peer, Wien 2007; *Franco Lorandi*, Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG: Grundlegendes und ausgewählte Fragen, In: *Sviluppi e orientamenti del diritto esecutivo federale*, Lugano 2012; *Jörg Mayer*, Prozessführung durch den Testamentsvollstrecker, in: Testamentsvollstreckung, hrsg. v. Jörg Mayer und Michael Bonefeld, 3. A., Bonn 2011; *Ursula McCreight-Ernst*, Willensvollstreckerhonorar als abzugsfähige Vermögensverwaltungskosten, *Anwaltsrevue* 2013; *Dominique Naz/José-Miguel Rubido*, Questions pratiques en droit successoral France-Suisse et le règlement européen sur les successions, *Not@lex* 2013; *Markus Pichler*, «Familienunternehmen» im Nachlass – Aufgaben und Rechtsstellung des Willensvollstreckers, *Reprax* 2012; *derselbe*, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nichterbrechtlichen» Zivilprozessen – unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Erben (Diss. Zürich) Zürich 2011 (zit. Diss.); *Christian Rath*, Neues vom digitalen Tod: Gesetzgeber ist am Ende gefordert – DAV-Vorschlag, *AnwBl* 2013; *Markus Reich*, Steuerrecht, 2. A., Zürich 2012; *Wolfgang Reimann*, in: *Kommentar Staudinger zu §§ 2197–2264 BGB*, Neubearbeitung, Berlin 2003; *Ernst Stähelin/Silvia Schweizer*, *Kommentar zu Art. 66–77 ZPO*, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, hrsg. v. Paul Henri Steinauer, *Le droit des successions*, Bern 2005; *Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013; *Peter Tuor*, *Kommentar zu Art. 457–536 ZGB*, Berner Kommentar, Bern 1964; *Tamara Monika Völk*, Die Pflicht zur Einlieferung von Testamenten (Art. 556 ZGB) und Erbverträgen und ihre Missachtung (Diss. Zürich) Zürich 2002; *Thomas Weibel/Patrick Gerster*, *Schweizerische Zivilprozessordnung und Erbrecht – prozesuale Chancen und Alltagsfallen*, successio 2012; *Stefan Wolf/Gian Sandro Genna*, *Schweizerisches Privatrecht*, Band IV/1: Erbrecht, Basel 2012; *Alexander Zürcher*, *Kommentar zu Art. 59–60 ZPO*, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, hrsg. v. *Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger*, 2. A., Zürich 2013.

1. Einleitung

Die nachfolgenden Beispiele stammen aus der Praxis, wurden allerdings für den Zweck des Workshops bzw. der Publikation anonymisiert und teilweise auch verfremdet. Die nachfolgenden Ausführungen haben den Zweck, die im Berner Kommentar bereits gemachten Ausführungen¹ zu ergänzen, weshalb häufig auf diese verwiesen wird.

¹ Vgl. BK-Künzle.

2. Auskunfts-, Informations-, Beratungs- und Geheimhaltungspflicht

Sachverhalt: Der Erblasser Heinz Fehr war Arzt und hinterliess ein grosses Nachlassvermögen, welches neben seiner Praxis auch diverse Liegenschaften (selbst genutzte und vermietete) im In- und Ausland aufwies sowie ein von drei Schweizer Banken verwaltetes Wertschriftendepot. Die Erben erwarten vom Willensvollstrecker, welcher den Erblasser bei der Errichtung des Testaments beraten hat, dass er sie umfassend informiert.

2.1 Wie soll der Willensvollstrecker bei der Aufnahme des Inventars vorgehen?

a) Das Inventar des Willensvollstreckers ist eine Vermögensübersicht (Aktiven und Passiven), welche ausgehend von der letzten Steuererklärung des Erblassers, dem (unterjährigen) Steuerinventar des Nachlasses² und von allfälligen anderen Inventaren³ sowie aufgrund von Informationen der Erben (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB)⁴ erstellt wird.⁵ Beim *Geldvermögen* wird der Willensvollstrecker die bekannten Schuldner und Gläubiger anschreiben und von ihnen einen Auszug per Todestag (inkl. Marchzins) verlangen.⁶ Beim *Liegenschaftsvermögen* wird der Willensvollstrecker von den Liegenschaftsverwaltungen neben dem Auszug per Todestag auch einen Mieterspiegel verlangen,⁷ um die künftigen Einnahmen kontrollieren zu können. Soweit die Grundbuchauszüge nicht vorhanden oder veraltet sind, wird der Willensvollstrecker auch aktuelle Auszüge von den Grundbuchämtern bestellen, um eine zuverlässige Grundlage für die spätere Eigentumsübertragung zu besitzen. Beim *Mobilier* wird der Willens-

² Vgl. BK-Künzle, N. 236 ff. zu Art. 517–518 ZGB; BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 16 zu Art. 518 ZGB.

³ Dazu gehören das Sicherungsinventar nach Art. 490 Ziff. 1 ZGB (Nacherbschaft) und Art. 553 ZGB (minderjährige, abwesende und verbeiständete Erben), das öffentliche Inventar nach Art. 580 ZGB und vom kantonalen Recht vorgesehene Inventare, vgl. dazu KurzKomm-Künzle, N. 9 zu Art. 553 ZGB.

⁴ Zur Auskunftspflicht der Erben vgl. Künzle, successio 2012 p. 257.

⁵ Vgl. BK-Künzle, N. 10 zu Art. 517–518 ZGB.

⁶ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 43 zu Art. 518 ZGB; BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 16 zu Art. 518 ZGB.

⁷ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 43 zu Art. 518 ZGB.

vollstrecker einen Fachmann beiziehen,⁸ wenn möglicherweise wertvolles Mobiliar vorhanden ist, damit dieser die wertvollen Stücke bezeichnen kann. Wenn auf dem Hausrat keine Erbschaftssteuer zu entrichten ist und ein Erbe diesen vollständig übernimmt (häufig der überlebende Ehegatte nach Art. 612a ZGB), ist es üblich, dass der Hausrat als Pauschale⁹ oder sogar nur pro memoria ins Inventar aufgenommen wird. In der Regel wird *kein Rechnungsruf* durchgeführt.¹⁰

b) Das Inventar des Willensvollstreckers dient in erster Linie der Bestandesermittlung.¹¹ Dennoch kann es (insbesondere bei Liegenschaften, Kunst und sonst wertvollem Mobiliar) für die künftige Erbteilung notwendig sein, dass *Schätzungen* durchgeführt werden.¹² In einem ersten Schritt darf der Willensvollstrecker eigene Schätzungen vornehmen, er muss diese aber auch klar als solche deklarieren. Dabei kann er sich auf ältere Unterlagen (z.B. frühere Schätzungen) oder auf seine eigene Erfahrung stützen. Schätzungen durch Fachleute sind in der Regel teuer und sie sollten deshalb nur in Absprache mit den Erben durchgeführt werden,¹³ weil nicht einvernehmliche Schätzungen von den Erben regelmässig nicht akzeptiert werden und damit den vorgesehenen Zweck nicht erfüllen können. Selbst bei Liegenschaften und Kunstgegenständen ist es denkbar, dass sich die Erben ohne Einholung von Schätzungen über den Preis einigen. Neben Schätzungen sind auch (einvernehmliche) Auktionen (bei Kunst) oder (einvernehmliche) Verkäufe (von Liegenschaften) denkbar, um den Verkehrswert genau zu bestimmen.

2.2 Welches ist der genaue Umfang der Auskunftspflicht des Willensvollstreckers?

a) Gestützt auf Art. 518 i.V.m. Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB sowie Art. 400 OR hat der Willensvollstrecker den Erben (inkl. provisorischen und virtuellen Erben)¹⁴ auf ihr Begehren umfassend Auskunft über

⁸ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 43 zu Art. 518 ZGB.

⁹ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 43 zu Art. 518 ZGB.

¹⁰ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 16 zu Art. 518 ZGB; BK-Künzle, N. 109 zu Art. 517–518 ZGB.

¹¹ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 16 zu Art. 518 ZGB.

¹² Anders BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 16 zu Art. 518 ZGB: «so dass eine spätere Schätzung der Inventargegenstände nicht erforderlich ist».

¹³ Vgl. BK-Künzle, N. 108 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁴ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 33 zu Art. 518 ZGB.

die *laufende Erbteilung* zu geben, d.h. den Stand des Nachlasses, seine bisherige Tätigkeit und die ihm bekannten Tatsachen.¹⁵ Dazu gehören auch Vorbezüge von Erben und das bisher aufgelaufene Willensvollstreckerhonorar.¹⁶

b) *Treu und Glauben setzen den Anfragen der Erben allerdings Grenzen*, etwa wenn es sich um Wiederholungen handelt, wenn der Willensvollstrecker kostenintensive Ermittlungen vornehmen müsste¹⁷ oder wenn die Informationen vom Erben gar nicht benötigt werden (weil sie z.B. gar nicht den Nachlass betreffen).¹⁸

c) Ausnahmsweise muss der Willensvollstrecker auch über ihm nicht bekannte Tatsachen Auskunft geben, nämlich dann, wenn er die Information bei Dritten beschaffen kann, die Erben aber nicht. Beim deutschen Testamentsvollstrecker spricht man von einer sog. *Wissensverschaffungspflicht*. Diese kann etwa bestehen, wenn der Willensvollstrecker von einer Bank mit seinem Willensvollstrecker-Ausweis Informationen beschaffen kann, während die Erben (noch) keinen Erbschein haben, welcher sie gegenüber der Bank legitimiert.¹⁹ Zu beachten ist, dass der Willensvollstrecker seinen Auskunftsanspruch gegenüber Dritten einem Erben abtreten kann²⁰ und darf.²¹

2.3 Wie steht es mit der Informations- und Beratungspflicht?

a) Der Willensvollstrecker muss die Erben «laufend, unaufgefordert und gleichzeitig»²² über *vorgenommene und geplante Handlungen* und wichtige Ereignisse informieren.²³

¹⁵ Vgl. BK-Künzle, N. 217 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁶ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 17 zu Art. 518 ZGB.

¹⁷ Ebenso für das BGB Klumpp, S. 6 N. 99.

¹⁸ Ebenso für das BGB BGH NJW 1983 S. 2243, 2244; Klumpp, S. 6 N. 101.

¹⁹ Im BGB ist der auf den Pflichtteil gesetzte Noterbe (Pflichtteilsberechtigte) nicht mehr Mitglied der Erbengemeinschaft und deshalb darauf angewiesen, dass die Erben ihm Auskünfte gegenüber Dritten (insbesondere Banken) verschaffen, vgl. BGHZ 107 S. 104, 108.

²⁰ Dieses Vorgehen schlägt der Bundesgerichtshof in BGHZ 107 S. 104, 108 (vgl. FN 19), den Erben vor.

²¹ Vgl. Klumpp, S. 6 N. 103.

²² Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 17 zu Art. 518 ZGB.

²³ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 33 zu Art. 518 ZGB: «sein Vorgehen und die wesentlichen Stationen der Nachlassabwicklung».

b) Der Willensvollstrecker muss die Erben in allgemeiner Form *auf die Themen Herabsetzung (Art. 527 ff. ZGB) und Ausgleichung (Art. 626 ZGB) hinweisen*. Es gehört auch zu seinen Aufgaben, die Erben zu befragen, ob ihnen lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an Erben oder Dritte bekannt sind, und er wird die erhaltenen Informationen gegebenenfalls in seinen Teilungsplan aufnehmen. Der Willensvollstrecker kann (muss aber nicht) eine (unverbindliche) Einschätzung aufgrund der ihm bekannten Vorbezüge abgeben (ob es zur Herabsetzung bzw. Ausgleichung kommt), er darf diese Fragestellungen den Erben aber auch zur eigenen Bearbeitung und Entscheidung überlassen,²⁴ weil sie den von ihm verwalteten Nachlass nicht direkt betreffen.²⁵ In der Literatur gibt es zwar unterschiedliche Beschreibungen dieser Pflicht,²⁶ aber es scheint doch Einigkeit darüber zu herrschen, dass der Willensvollstrecker das Thema zwar «anschieben» muss (Informationspflicht), dass er aber keine eigentliche Beratungspflicht hat.

c) Bei der *Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB)* liegen die Verhältnisse anders: Im Rahmen der Inventaraufnahme wird der Willensvollstrecker die Erben befragen, ob ihnen noch weitere Nachlassgegenstände bekannt sind. Wenn sich solche noch bei Dritten befinden, wird er diese herausverlangen, notfalls mit einer Erbschaftsklage, zu welcher er selbst legitimiert ist.²⁷ Die Informationspflicht betrifft hier somit geplante Handlungen des Willensvollstreckers (Einreichung einer Erbschaftsklage).²⁸

d) Im Rahmen des Workshops kam die Frage auf, wie weit der Willensvollstrecker die Erben informieren müsse, dass der *Nachlass möglicherweise überschuldet* sei und die Erben sich eine Ausschlagung überlegen müssen. Grundsätzlich besteht diese Pflicht. Die Rechtsprechung ist bei der Hinweispflicht des Willensvollstreckers auf die Herabsetzung und Ausgleichung fokussiert²⁹ und hat sich soweit ersichtlich mit dieser Fragestel-

²⁴ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 17 zu Art. 518 ZGB.

²⁵ Vgl. BK-Künzle, N. 225 zu Art. 517–518 ZGB.

²⁶ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 17 zu Art. 518 ZGB; sehr dezidiert PraxKomm-Christ/Eichner, N. 34 zu Art. 518 ZGB: «Wenn der Willensvollstrecker ... die Pflicht hätte, allen Personen, die als potenzielle Kläger für Erbschafts-, Herabsetzungs- und Ausgleichsansprüche in Frage kämen, über ihre Klagemöglichkeiten, die für die Wahrnehmung ihrer Rechte erforderlichen tatbestandlichen und rechtlichen Hinweise von sich aus und ungefragt zu geben, würde das Institut der Willensvollstreckung in eine Richtung verschoben, die es letztlich unbrauchbar machen würde».

²⁷ Vgl. BK-Künzle, N. 367 zu Art. 517–518 ZGB.

²⁸ Mit Bezug auf die Erbschaftsklage teile ich die Ausführungen in PraxKomm-Christ/Eichner, N. 34 zu Art. 518 ZGB nicht.

²⁹ Vgl. vorne, 1.3. b).

lung noch nicht vertieft auseinandergesetzt. Im Basler Kommentar wird die Hinweispflicht wie folgt beschrieben: «Pflicht, bei drohender oder festgestellter Überschuldung des Nachlasses unverzüglich die Erben zu orientieren, damit diese ihre Rechte wahrnehmen können».³⁰ Hier spielt das zeitliche Element eine entscheidende Rolle. Häufig braucht der Willensvollstrecker einige Zeit, bis er sich einen ersten Überblick verschafft hat. Bis dahin mag die Frist zur Ausschlagung (3 Monate nach Art. 567 Abs. 1 ZGB, mit Verlängerungsmöglichkeiten nach Art. 576 ZGB) bereits abgelaufen sein. Meines Erachtens besteht eine Hinweispflicht des Willensvollstreckers nur dann, *wenn er von Anfang an begründeten Anlass* dazu hat. Das Bundesgericht hat dies schon in anderem Zusammenhang (Herabsetzungsklage) gesagt: «soweit er dazu in der Lage ist».³¹ Vielleicht muss man noch ergänzen: «... und sein muss», um auch die Fälle zu erfassen, in welchen der Willensvollstrecker seiner Aufgabe nur schleppend nachkommt. Wie das Beispiel der nachträglich eingereichten Verantwortlichkeitsklage zeigt,³² ist der Willensvollstrecker nicht immer in der Lage, Überschuldungen rechtzeitig zu erkennen. Wenn man die Hinweispflicht umfassender formulieren würde, führt dies nur dazu, dass der Willensvollstrecker im ersten Brief an die Erben standardmässig einen seitenlangen Hinweiskatalog beilegt, den niemand liest. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 566 Abs. 2 ZGB die Fälle der amtlich festgestellten, der offenkundigen und der offensichtlichen Überschuldung³³ bereits abfängt, indem eine Ausschlagung vermutet wird. Hinweise durch den Willensvollstrecker sind also vor allem in jenen Fällen gefragt, in welchen die Erben keine Kenntnis einer Überschuldung haben, während der Willensvollstrecker rechtzeitig Kenntnis von möglichen Anzeichen einer Überschuldung hat oder erlangt. Als Anzeichen für eine Überschuldung können dieselben verwendet werden, welche schon im Rahmen von Art. 566 ZGB zum Zug kommen: Abhängigkeit von Fürsorgeleistungen oder Sozialhilfe und eine Vielzahl offener Beteiligungen,³⁴ nicht aber die Vermögenslosigkeit des Erblassers, wenn er seinen Verpflichtungen regelmässig nachgekommen ist.³⁵ Weiter empfiehlt es sich, dass der Willensvollstrecker den Erben immer dann einen

³⁰ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 16 zu Art. 518 ZGB.

³¹ Vgl. BGE 90 II 365 E. 3b S. 373.

³² Vgl. BGE 123 III 89: Der Konkurs des Unternehmens erfolgte 1995, der Erblasser verstarb 1995 und die Verantwortlichkeitsklage wurde 1994 eingereicht.

³³ Nach BGE 88 II 299 E. 5 werden allerdings nur diejenigen Fälle der offensichtlichen Überschuldung abgefangen, in denen die Erben die Überschuldung gekannt haben.

³⁴ Vgl. PraxKomm-Häuptli, N. 12 zu Art. 566 ZGB.

³⁵ Vgl. BGE 96 V 72 E. 1 S. 74.

Hinweis gibt, wenn der Erblasser unbeschränkt haftender Unternehmer war oder Verwaltungsrats- oder Stiftungsratsmandate ausübte (und die Erben dies nicht wissen), weil diese Tätigkeiten zu einer persönlichen Haftung führen können.³⁶

2.4 Kann sich der frühere Berater des Erblassers gegenüber den Erben auf die Geheimhaltungspflicht berufen?

a) Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: «Der Willensvollstrecker kann sich für Tatsachen, die ihm als Willensvollstrecker bekannt geworden sind, nicht auf das Berufsgeheimnis stützen, weil diese Tätigkeit nicht der Geheimhaltungspflicht untersteht ... Wenn dem Willensvollstrecker dagegen Tatsachen aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Anwalt des Erblassers bekannt sind, muss er diese grundsätzlich nicht offenbaren, weil der Erblasser sich auf die Vertraulichkeit verlassen können muss.»³⁷ Das Bundesgericht hat sich in BGE 135 III 597 mit dieser Fragestellung befasst und betont, dass das Berufsgeheimnis der Anwälte unter besonderen Bestimmungen stehe und Anwälte nur dann Auskunft geben müssen, wenn die Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte ihre Zustimmung erteilt. Es ist allerdings nicht darauf eingegangen, dass die *Praxis in den Kantonen recht unterschiedlich* gehandhabt wird: Während im Kanton Zürich die gerechte Verteilung der Erbschaft Grund genug ist für die Aufhebung des Anwaltsgeheimnisses, und zwar ohne Bewilligungspflicht,³⁸ und im Kanton Basel-Stadt von der Bewilligungspflicht ebenfalls abgesehen wird, verlangt der Kanton Neuenburg in jedem Fall eine Bewilligung.³⁹

b) Bei der Diskussion um die vertrauliche Behandlung von persönlichen Daten sollte man *mehr auf den Inhalt der Information abstellen* als auf den Träger der Information: Das Bankgeheimnis wurde zum Schutz von Vermögenswerten geschaffen, das Anwaltsgeheimnis zum Schutz von persönlichen Informationen. An beiden Orten können aber auch die jeweils anderen Güter eine Rolle spielen: Dem Banker werden persönliche Infor-

³⁶ Vgl. etwa BGE 129 V 300: Die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG des präsumtiv haftenden Erblassers, der als Organ einer konkursiten juristischen Person wirkte, geht auf die Erben über; BGE 123 III 89: Verantwortlichkeitsklage.

³⁷ Vgl. BK-Künzle, N. 218 zu Art. 517–518 ZGB.

³⁸ Vgl. ZR 53/1954 Nr. 180.

³⁹ Vgl. RJN 2005 S. 284.

mationen aus der Familie des Erblassers anvertraut und der Anwalt befasst sich mit der Strukturierung von Vermögen des Erblassers. Die Offenlegung sollte also nicht nur darauf abstellen, wer sie zu leisten hat, sondern vermehrt berücksichtigen, um welche Art von Information es geht (Information über das Vermögen oder über die Person).⁴⁰ Wenn man dies konsequent tut, kommt man zum Schluss, dass gegenüber den Erben für Informationen über den Nachlass weder das Bankgeheimnis noch das Anwaltsgeheimnis eine wirksame Barriere darstellt. Dies zeigt auch ein Blick in die Rechtsprechung: Gegenüber der Bank sind die Erben Geheimnisherren geworden,⁴¹ weil es um Vermögenswerte geht. Die Bank muss den Erben selbst Auskunft über Bareinzahlungen in eine Stiftung gewähren,⁴² weil die Bank mit dem Erblasser einen entsprechenden Auftrag abgeschlossen hat. Der Anwalt muss den Erben Auskunft über die Errichtung eines Trusts für den Erblasser geben,⁴³ weil er vom Erblasser einen entsprechenden Auftrag erhielt. Diese Grundsätze sind auch konsequent auf den Willensvollstrecker anzuwenden mit dem Ergebnis, dass er persönliche Informationen vertraulich behandeln darf, während er Informationen über Nachlassgüter immer an die Erben weiterzugeben hat.

2.5 Wie sollen die Erben/der Willensvollstrecker mit geheimen Daten des Erblassers umgehen?

a) Bei einem Arzt als Erblasser können sich Restriktionen im Umgang mit seinen Daten ergeben (Arztgeheimnis).⁴⁴ Das Datenschutzgesetz (DSG) regelt den Umgang mit dem *Patientendossier* eines verstorbenen Arztes nicht, aber die Kantone haben dazu Vorschriften erlassen.⁴⁵ Die Erben sind

⁴⁰ Künzle, SJZ 108/2012 S. 4; Künzle, *successio* 2012 S. 261.

⁴¹ Vgl. ZR 109/2010 Nr. 37.

⁴² Vgl. BGE 133 III 664.

⁴³ Vgl. BGer. 5A_620/2007 = ZBGR 93/2011 S. 57.

⁴⁴ Vgl. BK-Künzle, N. 17 Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB und N. 218, 220 und 227 zu Art. 517–518 ZGB; ähnlich liegen die Verhältnisse in Bezug auf Handakten eines Rechtsanwalts, vgl. Deutscher Anwaltverein, AnwBl Online 2013 S. 235.

⁴⁵ Vgl. *Berger Kurzen*, S. 85 FN 286: «Im Kanton Genf ist es z.B. für die Erben verstorbener Ärzte Pflicht, die Patientendossiers bei der kantonalen Ärztesgesellschaft oder beim Kantonsarzt zu hinterlegen. Im Kanton Bern werden Krankenunterlagen verstorbener Ärzte und stillgelegter Röntgeninstitute am gerichtsmedizinischen Institut aufbewahrt. Im Kanton Zürich bewahrt die kantonale Ärztesgesellschaft im Notfall Krankengeschichten verstorbener Ärzte unentgeltlich auf. Im Kanton St.Gallen können Krankengeschichten im Staatsarchiv unentgeltlich hinterlegt werden. Die Kantone Obwalden und Solo-

zwar Eigentümer des Patientendossiers geworden, diese Daten sind jedoch weiter geschützt.⁴⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen die Erben die Patientendossiers einem Arzt verkaufen, allerdings nur zum Zweck, dass dieser mit den Patienten Kontakt aufzunehmen und die Daten nach deren Instruktion verwenden kann.⁴⁷ Derartige Goodwill-Vereinbarungen sind auf Kritik gestossen.⁴⁸ Der Willensvollstrecker darf das Patientendossier den Erben aushändigen, weil diese nicht nur das Eigentum daran, sondern auch die Pflicht zum Schutz der Interessen Dritter geerbt haben. Wenn der Willensvollstrecker ein Patientendossier an einen Dritten verkauft, hat er mit geeigneten Verträgen dafür zu sorgen, dass der Käufer den Datenschutz beachtet.

b) Erblasser halten ihre *Daten* zunehmend *in elektronischer Form*. Die Form der Datenaufbewahrung hat keinen Einfluss auf den Umgang mit den Daten: Es spielt keine Rolle, ob die Patientendossiers des Erblassers auf Papier, auf einem eigenen Speichermedium (PC) oder bei einem Provider (Cloud) aufbewahrt wurden. Den Erben wird das Eigentum an den Akten bzw. am PC übertragen bzw. sie erben den Vertrag mit dem Provider über die Datenaufbewahrung.⁴⁹ Wenn die Daten Geheimnisse (zum Schutz Dritter) enthalten, gelten die vorne⁵⁰ geschilderten Einschränkungen, welche auch vom Willensvollstrecker zu beachten sind.

c) Abzugrenzen ist, dass bei *elektronischen Daten des Erblassers*, welche sich etwa auf sozialen Netzwerken (Google, Facebook, Twitter, Yahoo, LinkedIn, Xing usw.) oder bei Providern befinden (z.B. Foto- oder Videosammlungen in Clouds), Angehörige (welche keine Erben sind) gewisse Abwehrrechte (aus Persönlichkeits- oder Datenschutz) haben können, welche die Verwendung dieser Daten durch die Erben einschränken kann.⁵¹ Der Wil-

thum sehen für die Aufbewahrung der Unterlagen das zuständige Departement vor. In den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Waadt und Tessin ist keine Möglichkeit zur Hinterlegung der Patientendossiers vorgesehen.»

⁴⁶ Dieser Schutz zeigt sich zum Beispiel darin, dass das Bundesgericht in einem Urteil vom 26. April 1995 festgehalten hat, dass die Einsicht in die medizinischen Akten eines Verstorbenen seinem eigenen Sohn nur über einen Arzt zu gewähren sei, vgl. 3. Tätigkeitsbericht 1995/1996 des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten, Bern o.J., S. 50; die Herausgabe der Kopie eines Arztzeugnisses hat der Eidg. Datenschutzbeauftragte dagegen an gleicher Stelle als zulässig angesehen.

⁴⁷ Vgl. BGE 119 II 222.

⁴⁸ Vgl. AJP 1994 S. 968 ff.

⁴⁹ Vgl. Rath, AnwBl 2013 S. 534 ff.

⁵⁰ Vgl. vorne, 1.5. a).

⁵¹ Vgl. Deutscher Anwaltverband, AnwBl Online 2013 S. 233: Totenfürsorge, Achtung der Persönlichkeit über den Tod hinaus.

Willensvollstrecker hat keine Pflicht, die elektronischen Daten des Erblassers zu durchforsten und höchstpersönliche Daten zum Schutz von nahen Angehörigen (von Liebesbriefen über Tagebücher bis zu Fotosammlungen) auszuscheiden. Es ist allerdings denkbar, dass der Erblasser dem Willensvollstrecker in seiner letztwilligen Verfügung Weisungen für den Umgang mit seinem digitalen Nachlass erteilt⁵² (ähnlich wie General Guisan seinen Willensvollstreckern die Weisung gab, seine Dienstakten zu vernichten).⁵³

3. Interessenkollision und unklare Nachlassgüter

Sachverhalt: Der Erblasser, Richard Berger, ein in der Schweiz lebender Ausländer, war Unternehmer und tätigte seine Geschäfte im In- und Ausland. Der Willensvollstrecker hat ihm zu seinen Lebzeiten sein Vermögen verwaltet und ihn steuerlich beraten. Ein Erbe macht nun geltend, dass die Steuerberatung nicht optimal gewesen sei und die Gefahr bestehe, dass aus dem Nachlass umfangreiche Nachsteuern im In- und Ausland zu bezahlen seien. Weiter ist das Unternehmen des Erblassers in Konkurs gefallen und es besteht die Gefahr, dass Gläubiger (insbesondere Banken, von welchen Kredite ausstehend sind) die Verwaltungsräte haftbar machen, unter anderem auch den Erblasser. Schliesslich hat der Erblasser aus einem Aktionärbindungsvertrag mit seinem Bruder im Zusammenhang mit einem Familienunternehmen mögliche Forderungen sowie im ungeteilten Nachlass seines im Ausland verstorbenen Vaters ungeklärte Erbansprüche.

3.1 Interessenkollision

3.1.1 Wie ist die Interessenkollision des Willensvollstreckers im vorliegenden Fall zu beurteilen?

a) In ZR 91 (1992) Nr. 46 E. 5a wird die «*Gefahr einer Interessenkollision*» wie folgt umschrieben: «... wenn sich Nachlassinteressen oder solche einzelner Erben und die Interessen Dritter, zu denen der Willensvollstrecker

⁵² Vgl. Deutscher Anwaltverband, AnwBl Online 2013 S. 237.

⁵³ Vgl. dazu BK-Künzle, N. 18 Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB mit Verweis auf VPB 40 (1976) I Nr. 12 S. 48: Aus übergeordnetem Interesse wurden die Dienstakten von General Guisan von den Willensvollstreckern nicht vernichtet, sondern dem Bundesarchiv zur Aufbewahrung übergeben.

in Beziehung steht oder stand, in einer Weise ausschliessen, dass objektiv begründete Zweifel an der Unparteilichkeit des Willensvollstreckers hervorgerufen werden». Im vorliegenden Fall besteht die Gefahr einer Interessenskollision, weil die frühere Tätigkeit des Willensvollstreckers als Steuerberater des Erblassers möglicherweise zu Haftungsansprüchen der Erben führen kann und der Willensvollstrecker somit im Extremfall gegen sich selbst Haftungsansprüche geltend machen müsste.

b) Die Interessenskollision wurde vorliegend *durch den Erblasser geschaffen* (er hat seinen Steuerberater zum Willensvollstrecker eingesetzt) und sie ist deshalb milder zu beurteilen, als wenn sie vom Willensvollstrecker selbst geschaffen worden wäre. Die Interessenskollision ist so lange zu tolerieren, als sie (1) weder vom Gesetz untersagt, (2) noch vom Willensvollstrecker missbraucht und (3) auch nicht «strukturell unlösbar» ist.⁵⁴ Das Gesetz untersagt es nicht, den Steuerberater zum Willensvollstrecker einzusetzen.⁵⁵ Ein Missbrauch würde vorliegen, wenn der Willensvollstrecker nicht kooperieren würde, um die mögliche Steuerforderungen abzuklären. Wenn es sich herausstellen sollte, dass dem Willensvollstrecker grobe Verstösse gegen die Regeln der Steuerberatungskunst vorgeworfen werden können, wird die Interessenskollision strukturell unlösbar.

3.1.2 Wie können Interessenskollisionen bewältigt werden?

a) Die *Information der Erben* gehört zur Aufgabe des Willensvollstreckers,⁵⁶ sie kann Interessenskollisionen bis zu einem gewissen Grad bewältigen,⁵⁷ sie aber nicht verhindern.⁵⁸ Im vorliegenden Fall kann der Willensvollstrecker mit einer eingehenden Information über seine frühere Tätigkeit den Vorwurf der suboptimalen Steuerberatung möglicherweise bereits entkräften.

b) Als *Schutzmassnahmen gegen Interessenskollisionen* dienen folgende drei Instrumente:⁵⁹ (1) Ausschluss (etwa durch die Anwendung von objektiven Kriterien bzw. nachprüfbaren Marktbedingungen), (2) Abschottung (etwa durch Trennung von Aufgabenbereichen innerhalb einer juristischen Per-

⁵⁴ Vgl. BK-Künzle, N. 9 zu Art. 517–518 ZGB; Künzle, SJZ 108/2012 S. 1, 2.

⁵⁵ Unvereinbarkeiten gibt es beispielweise bei Notaren oder Erbschaftsbehörden, vgl. BK-Künzle, N. 6 zu Art. 517–518 ZGB.

⁵⁶ Vgl. dazu vorne, I. 3.

⁵⁷ Vgl. Breitschmid, S. 155.

⁵⁸ Vgl. Künzle, SJZ 108/2012 S. 1, 2.

⁵⁹ Vgl. BK-Künzle, N. 9 zu Art. 517–518 ZGB; Künzle, SJZ 108/2012 S. 1, 2.

son); (3) Bewilligung (etwa durch Genehmigung der Erben). Im vorliegenden Fall kann eine Interessenkollision bis zu einem gewissen Grad ausgeschlossen werden durch das Beibringen von früheren Steuerveranlagungen und allenfalls den gutachterlichen Nachweis, dass aufgrund von Verjährungen nicht mehr auf diese zurückgekommen werden kann. Zu überlegen ist sodann, ob die Steuerberatung künftig ausgelagert werden soll, um eine gewisse Abschottungswirkung zu erzielen. Eine Genehmigung durch die Erben behebt die Interessenkollision, sie dürfte vorliegend aber nicht zu erhalten sein.

3.1.3 Auf welchem Weg kann eine Absetzung des Willensvollstreckers wegen Interessenkollision verlangt werden?

a) Nach herrschender Lehre kann die Absetzung des Willensvollstreckers wegen Interessenkollision *nur im ordentlichen Verfahren vor dem Zivilrichter* und nicht durch ein summarisches Verfahren vor der Aufsichtsbehörde erfolgen.⁶⁰ Nach Auffassung des Bundesgerichts handelt es sich um einen (neben den in Art. 519 ZGB erwähnten) besonderen Ungültigkeits- oder Anfechtungsgrund, mit welchem die Einsetzung des Willensvollstreckers im Testament angefochten wird.⁶¹ Die Aufsichtsbehörde kann diese Frage auch nicht vorfrageweise behandeln.⁶² Diese Zweigleisigkeit in der Aufsicht über den Willensvollstrecker wird von Abt kritisiert.⁶³ Sie ist tatsächlich nicht befriedigend, aber *de lege lata* vorgegeben und könnte nur durch ein ausgebautes Aufsichtsverfahren ersetzt werden, welches auch die Anwendung des ordentlichen Verfahrens ermöglichen würde.⁶⁴

b) Zu beachten ist, dass die Interessenkollision regelmässig seit dem Tod des Erblassers besteht. Dies bedeutet, dass sie *innerhalb eines Jahres* nach dem Ableben des Erblassers geltend gemacht werden muss, weil Art. 521 ZGB (mindestens analog) angewendet wird.

⁶⁰ Vgl. BK-Künzle, N. 454 zu Art. 517–518 ZGB.

⁶¹ Vgl. BGE 90 II 376 Erw. 3.

⁶² Vgl. BK-Künzle, N. 532 zu Art. 517–518 ZGB.

⁶³ Vgl. Abt, Anwaltsrevue 2013 S. 478 ff.

⁶⁴ Eine Aufwertung der Aufsichtsbehörde habe ich schon vor längerer Zeit angeregt, vgl. Künzle, Willensvollstrecker, S. 446.

3.2 Nachforschungspflicht?

3.2.1 Wie weit geht die Pflicht des Willensvollstreckers zur Nachforschung nach potenziellen Aktiven/Passiven?

a) Wenn (nur) *potenzielle Passiven (Verpflichtungen)* bestehen (im vorliegenden Fall: potenzielle Steuern und eine mögliche Haftung), wird der Willensvollstrecker die verfügbaren Informationen sammeln, welche eine erste Einschätzung ermöglichen. Dabei darf er Fachleute beiziehen.⁶⁵ Der Willensvollstrecker wird potenzielle Verpflichtungen in sein Inventar aufnehmen.⁶⁶ Genauere Abklärungen kann der Willensvollstrecker den Erben überlassen: Die Erben können durch Ausschlagung (Art. 566 ff. ZGB) bzw. öffentliches Inventar (Art. 580 ff. ZGB) ihre Haftung begrenzen. Wenn sie dies unterlassen (die Erbschaft also ohne Einschränkung angetreten) haben, haften sie solidarisch (Art. 603 ZGB) und müssen sich selbst um potenzielle Passiven kümmern. Ein einzelner Erbe wird durch die unter den Erben bestehende Gesamthandschaft⁶⁷ nicht gehindert, selbständig Abklärungen vorzunehmen, wenn die übrigen Erben diese etwa nicht für notwendig halten, denn die Solidarhaftung (Art. 603 Abs. 1 ZGB) sorgt über weite Strecken⁶⁸ dafür, dass ein einzelner Erbe alleine handeln kann und Auskünfte kann sowieso jeder Erbe alleine einholen.⁶⁹ Die Erben können den Willensvollstrecker gemeinsam beauftragen, weitere Abklärungen für sie vorzunehmen. Ohne einen solchen besonderen, gemeinsamen Auftrag der Erben gibt es für den Willensvollstrecker *keine gesetzliche Grundlage, von sich aus Abklärungen über potenzielle Passiven des Nachlasses vorzunehmen*. Die Inventarpflicht⁷⁰ deckt umfangreiche Nachforschungen nicht. Die Erben dürften ohne besonderen, gemeinsamen Auftrag auch gar nicht bereit sein, die Auslagen und das Honorar des Willensvollstreckers für sol-

⁶⁵ Vgl. BK-Künzle, N. 63 zu Art. 517–518 ZGB.

⁶⁶ Vgl. dazu vorne, I. 1.

⁶⁷ Vgl. BK-Künzle, N. 74 zu Art. 517–518 ZGB.

⁶⁸ Die Solidarhaftung gilt für den Bereich der Erbschaftsschulden, nicht aber für Erbgangsschulden, vgl. BGer. 5A_881/2012 vom 26. April 2013 Erw. 5.2 (Rückforderung von Willensvollstrecker-Honorar).

⁶⁹ Vgl. Künzle, *successio* 2012 S. 260; der Willensvollstrecker kann allenfalls in der Anfangsphase, in welcher die Erben über keinen Ausweis (Erbbescheinigung) verfügen, verpflichtet sein, anstelle der Erben Informationen zu sammeln, vgl. dazu vorne, I.2. c): Wissensverschaffungspflicht.

⁷⁰ Vgl. vorne, 11.

che Tätigkeiten zu übernehmen.⁷¹ Beim Umgang mit potenziellen Passiven spielt es keine Rolle, wer der mögliche Schuldner ist, ob ein Privater (Haftung) oder der Staat (Steuern).

b) *Bei potenziellen Aktiven* (im vorliegenden Fall Forderungen aus einem Aktionärbindungsvertrag mit dem Bruder des Erblassers und ungeklärte Erbansprüche im ungeteilten Nachlass des im Ausland verstorbenen Vaters des Erblassers) liegen die Verhältnisse etwas anders, weil es nicht nur um die Sammlung von Informationen, sondern um das Geltendmachen von Ansprüchen geht, weil der Willensvollstrecker die Aufgabe hat, den Nachlass zu sammeln⁷² und weil ihm Mittel zur Verfügung stehen, über welche die Erben (wegen der Gesamthandschaft) nicht oder wenigstens nicht in gleichem Masse verfügen:⁷³ (1) Den (exklusiven) Besitz (Art. 926 ff. ZGB), (2) das (exklusive) Verwaltungsrecht (Art. 518 Abs. 2 ZGB) und (3) die Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB). Auch hier gilt allerdings die Devise, dass Aufwand und Ertrag in einem sinnvollen Verhältnis bleiben müssen. Im Zweifel⁷⁴ wird der Willensvollstrecker die Erben fragen, ob er den potenziellen Aktiven nachgehen soll. Wenn sich die Erben nicht einigen können, kann der Willensvollstrecker versuchen, im Rahmen einer partiellen Erteilung dieses Aktivums einem einzelnen Erben zuteilen zu lassen, damit dieser den Anspruch alleine weiterverfolgen kann. Dies ist allerdings mit der Schwierigkeit verbunden, das so zuteilte Erbgut (potenzielle Aktiven) bewerten zu müssen.⁷⁵ Wenn alle gemeinsam getragenen Lösungen scheitern, darf der Willensvollstrecker aufgrund seiner eigenen Einschätzung (seines eigenen Ermessens)⁷⁶ eine Entscheidung fällen, ob er den potenziellen Aktiven nachgehen will oder nicht. Dabei wird er seine Entscheidung auf die Einschätzung von Fachleuten (eines Prozessanwalts, je nach Sachlage im In-

⁷¹ Das Honorar des Willensvollstreckers beschränkt sich auf Tätigkeiten, die notwendig sind, vgl. BK-Künzle, N. 396 zu Art. 517–518 ZGB.

⁷² Vgl. BK-Künzle, N. 112 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

⁷³ Vgl. BK-Künzle, N. 80 f. und N. 83 zu Art. 517–518 ZGB.

⁷⁴ Da der Wert von potenziellen Aktiven (insbesondere auch wegen der Prozessrisiken) häufig nur schwer eingeschätzt werden kann, dürfte der Willensvollstrecker die Erben häufig angehen.

⁷⁵ Bei der betriebsrechtlichen Abtretung nach Art. 260 SchKG wird nur die Prozessführungsbefugnis abgetreten und nicht (wie hier) der Anspruch als solcher, weshalb die Abtretung auch unentgeltlich erfolgt; deshalb lassen sich die dort verwendeten Grundsätze nicht auf den vorliegenden Fall übertragen; zu Art. 260 SchKG vgl. *Lorandi*, S. 63–89.

⁷⁶ Das Ermessen des Willensvollstreckers bei der Verwaltung des Nachlasses ist gross, vgl. BK-Künzle, N. 98 zu Art. 517–518 ZGB.

und/oder Ausland) stützen. Auch potenzielle Aktiven sind (in jedem Fall) ins Inventar⁷⁷ aufzunehmen.

3.2.2 Muss der Willensvollstrecker potenzielle Aktiven/Passiven schätzen (lassen)?

Wie gesehen,⁷⁸ gehört es zur Aufgabe des Willensvollstreckers, die potenziellen Aktiven und Passiven ins Inventar aufzunehmen. Nun fragt sich, ob dies bloss *pro memoria* erfolgen soll (weil der Wert unklar ist), oder ob der Willensvollstrecker diese Posten selbst bewerten oder allenfalls von Fachleuten bewerten (schätzen) lassen müsse. Da die Bewertung der Aktiven und Passiven sowie deren Verteilung (Erbteilungsvertrag) ausschliesslich Sache der Erben ist,⁷⁹ kann der Willensvollstrecker potenzielle Aktiven und Passiven *pro memoria* auführen, soweit sich die Erben nicht auf einen anderen Wert geeinigt haben. In Absprache mit den Erben kann der Willensvollstrecker den Umfang von potenziellen Aktiven/Passiven genauer schätzen lassen, und zwar durch Fachleute (im vorliegenden Fall durch Steuerberater, Haftpflichtspezialisten bzw. Fachanwälte im Erbrecht). Die Erbteilung erfolgt, wenn die Erben den Eindruck haben, dass sie über genügend Informationen verfügen, um den Erbteilungsvertrag abschliessen zu können.

3.3 Ersetzung des Willensvollstreckers durch einen Erbschaftsverwalter/Erbenvertreter?

Vorbemerkung: Wenn der Willensvollstrecker nicht willens oder fähig ist, die für die Erben notwendigen Informationen zu sammeln bzw. herauszugeben und er abgesetzt wird, fragt es sich, ob an seiner Stelle andere «Vertreter» der Erbschaft diese Informationen für die Erben «beschaffen» können.

3.3.1 Kann ein Erbschaftsverwalter anstelle eines abgesetzten Willensvollstreckers eingesetzt werden?

Abgesehen von den in Art. 554 Ziff. 1–3 ZGB geregelten Fällen verweist Art. 554 Ziff. 4 ZGB (unter anderem) auf Art. 556 Abs. 3 ZGB. Diese Mass-

((Klammer
oder Punkt?))

⁷⁷ Vgl. vorne, 1.1.

⁷⁸ Vgl. vorne, 2.2.1 a) und b. ■prüfen■

⁷⁹ Vgl. BK-Künzle, N. 307 ff. zu Art. 517–518 ZGB; vorne, 1.1 b). ■prüfen■

nahme (der Einsetzung eines Erbschaftsverwalters) wird unverzüglich nach Einlieferung der letztwilligen Verfügung angeordnet. Sie ist nicht mehr möglich bzw. entfällt, wenn keine Einsprache gegen das Ausstellen der Erbbescheinigung erhoben oder wenn innert eines Jahres nach der Einsprache keine Klage erhoben wurde.⁸⁰ Der Anwendungsbereich für die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters ist mit anderen Worten sehr eng. Sollte ein Erbschaftsverwalter dennoch eingesetzt werden, ist zu beachten, dass die Aufgabe des Erbschaftsverwalters nicht weiter geht als diejenige des Willensvollstreckers: Somit gehört es nicht zu den Aufgaben eines Erbschaftsverwalters, nach potenziellen Passiven zu forschen,⁸¹ während er potenziellen Aktiven möglicherweise nachgehen muss.⁸²

3.3.2 Kann ein Erbenvertreter anstelle eines abgesetzten Willensvollstreckers eingesetzt werden?

Wenn kein Grund für die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters gegeben ist,⁸³ die Erben aber (etwa mangels Einstimmigkeit) nicht handeln können, ist es *denkbar*, dass ein Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) eingesetzt wird,⁸⁴ welcher potenziellen Aktiven⁸⁵ nachgehen kann. Vorliegend könnte er beispielsweise für die Erben einen Prozess gegen den Bruder des Erblassers führen oder die Erben in der Erbteilung des Vaters des Erblassers vertreten. Bei potenziellen Passiven gehe ich davon aus, dass ein Erbenvertreter erst dann eingesetzt wird, wenn die Forderung gegen den Nachlass konkret wird (eine Forderung etwa in einem Prozess geltend gemacht wird oder durch Verfügung einer Steuerbehörde).⁸⁶

⁸⁰ Vgl. *Früh-Pestalozzi*, AJP 2011 S. 601.

⁸¹ Zum Willensvollstrecker vgl. vorne, 2.2 a. a). ■prüfen■

⁸² Zum Willensvollstrecker vgl. vorne, 2.2 a. b). ■prüfen■

⁸³ Vgl. vorne, II. 3. a.

⁸⁴ Nach *Breitschmid*, *successio* 2009 S. 111, kann auch der Willensvollstrecker im Rahmen einer geordneten Mandatsniederlegung den Erbenvertreter beantragen.

⁸⁵ Vgl. dazu vorne, 2.2. a. b). ■prüfen■

⁸⁶ Zu den Voraussetzungen für die Einsetzung eines Erbenvertreters vgl. *KurzKomm-Künzle*, N. 27 zu Art. 602 ZGB.

4. Handeln bei unklarer Einsetzung

Sachverhalt: Der Erblasser, Herbert Graf, hat 1995 ein Testament errichtet und in diesem «den Notar des Notariats Zürich-Aussersihl oder seinen Sohn Hans» als Willensvollstrecker eingesetzt. 2005 hat der Erblasser in einem zweiten Testament seinen ganzen Nachlass neu verteilt, ohne in diesem Testament eine Willensvollstreckerklausel aufzunehmen. Auf Antrag des Notars Zürich-Aussersihl stellt das Erbschaftsamt Basel einen Willensvollstreckerausweis aus. Danach erhebt der zweite Sohn des Erblassers, Eugen, eine Ungültigkeitsklage mit dem Argument, sein Vater sei 2005 nicht mehr testierfähig gewesen.

4.1 Ist die Ausstellung eines Willensvollstreckerausweises gerechtfertigt?

Im vorliegenden Fall (Einsetzung des Notars oder des Sohnes) erfolgt die Ernennung zum Willensvollstrecker zu wenig bestimmt⁸⁷ und sie ist somit (möglicherweise) ungültig. Die Auslegung, dass es sich bei der Ernennung des Sohnes Hans um einen Ersatz-Willensvollstrecker handle, trifft ohne besondere Umstände, die auf eine andere Auslegung schliessen lassen, nicht zu. Es kommt hinzu, dass im Testament von 2005 der ganze Nachlass neu verteilt wurde. Damit ersetzt dieses Testament dasjenige von 1995 vollständig, auch wenn dies im Text nicht ausdrücklich gesagt wird. Dies hat zur Folge, dass auch die frühere Willensvollstreckerklausel widerrufen wurde. Bei dieser Interpretation gibt es m.E. keinen Ermessensspielraum und deshalb darf auch *kein Willensvollstrecker ausweis ausgestellt* werden.⁸⁸

4.2 Beteiligt sich der Willensvollstrecker im Ungültigkeitsprozess?

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass dennoch ein Willensvollstrecker ausweis ausgestellt wurde, aber eine Ungültigkeitsklage gegen die letztwillige Verfügung hängig ist.

⁸⁷ Vgl. BK-Künzle, N. 1 zu Art. 517–518 ZGB.

⁸⁸ Ein Willensvollstreckerzeugnis wird dann nicht ausgestellt, wenn die Gültigkeit der Einsetzung in klarer Weise nicht gegeben ist, vgl. BK-Künzle, N. 42 zu Art. 517–518 ZGB.

4.2.1 Soll der Willensvollstrecker am Prozess teilnehmen oder sich dem Urteil unterziehen?

Wenn der Willensvollstrecker jegliches Kostenrisiko vermeiden will, kann er das Urteil im Prozess der Erben über die Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung vorbehaltlos anerkennen.⁸⁹ Er kann dem Gericht eine entsprechende Erklärung abgeben.⁹⁰ Da er ein eigenes Interesse hat, dass die Ungültigkeitsklage abgewiesen wird und er seine vom Erblasser verfügte Tätigkeit aufnehmen kann, *darf er am Prozess teilnehmen*.⁹¹ In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an den Willensvollstrecker oder Testamentsberatung durch den Willensvollstrecker zum Nachteil von Erben keine Ungültigkeit im Sinne von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB begründen⁹² und der Willensvollstrecker in diesen und vergleichbaren Fällen (etwa Interessenkollision)⁹³ durchaus ein Interesse hat, selbst am Prozess teilzunehmen.

4.2.2 Darf sich der Willensvollstrecker, der Anwalt ist, durch einen Anwalt im Ungültigkeitsprozess vertreten lassen?

Das Bundesgericht hat in anderem Zusammenhang festgehalten, dass der Willensvollstrecker einen *Rechtsbeistand bestellen darf*, und zwar selbst dann, wenn er selbst von Beruf Anwalt ist.⁹⁴ Dieser Grundsatz kommt auch hier zur Anwendung.

⁸⁹ Zu einer entsprechenden Erklärung der Erben vgl. *Stähelin/Schweizer*, N. 45 zu Art. 70 ZPO, mit Verweis auf BGE BGer. 5C.197/2000 E. 1 und BGE 136 III 123; *Gross/Zuber*, N. 20 zu Art. 70 ZPO.

⁹⁰ Vgl. GBP 1977 Nr. 11: «Erst nach Anhebung der Klage kann sich ein Miterbe bewusst dem Urteil unterwerfen. Solange aber die Klage nicht angehoben ist, kann eine antizipierte Abstandserklärung rechtsgenügend nicht abgegeben werden. Einer Zustimmungserklärung einzig dem Bezirksamman gegenüber kann deshalb die Wirkung einer solchen Erklärung nicht zukommen.»

⁹¹ Zur formellen Berechtigung vgl. *BK-Künzle*, N. 452 und 482 zu Art. 517–518 ZGB mit Verweis auf BGE 132 III 315.

⁹² Vgl. BGer. 5C.81/2003 vom 21. Januar 2004 E. 2.4.

⁹³ Vgl. dazu *BK-Künzle*, N. 7 zu Art. 517–518 ZGB mit Verweis auf BGE 90 II 376 E. 3 S. 384 f.

⁹⁴ Vgl. BGer. A-1571/2006 (gesonderte Entschädigung für Anwalts-Tätigkeit); BGer. 5A_114+126+127/2008 Erw. 8 (der Willensvollstrecker ist befugt, einen Dritten mit der Prozessführung zu bevollmächtigen); weiter vgl. *BK-Künzle*, N. 504 zu Art. 517–518 ZGB.

4.2.3 Wer trägt die Kosten, wenn die Willensvollstreckerklausel für ungültig erklärt wird?

Es gehört zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, seine Position zu verteidigen, unter anderem auch in einem Ungültigkeitsprozess.⁹⁵ Deshalb trägt der Nachlass die Kosten, wenn der Willensvollstrecker den Prozess verliert.⁹⁶ Dies ist insofern gerechtfertigt, als der Erblasser mit seiner letztwilligen Verfügung die unklare Situation (ungültige letztwillige Verfügung) geschaffen hat, welche durch den Richter geklärt werden muss.

4.2.4 Wann endet die Willensvollstreckung, wenn die Ungültigkeitsklage erfolgreich ist?

Es stellt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Willensvollstreckung endet, wenn der Richter eine letztwillige Verfügung (oder allenfalls nur die darin enthaltene Willensvollstreckerklausel) für ungültig erklärt, ob von Anfang an (ex tunc) oder erst vom Zeitpunkt der Rechtskraft des richterlichen Urteils an (ex nunc). Wenn die Einsetzung eines Willensvollstreckers für ungültig erklärt wird, endet die Willensvollstreckung *ex nunc*.⁹⁷ Eine Wirkung ex tunc ist nur dann gegeben, wenn die letztwillige Verfügung bzw. Willensvollstreckerklausel vom Richter nicht nur als ungültig, sondern als nichtig qualifiziert wird.⁹⁸

4.3 Handeln des Willensvollstreckers bei unklarer Einsetzung

Da die Ungültigkeit (wie vorne⁹⁹ ausgeführt) in der Regel erst mit dem Urteil des Richters (ex nunc) einsetzt, kann der Willensvollstrecker bis zu

⁹⁵ Anders liegt die Situation etwa, wenn der Willensvollstrecker einen Prozess führt, welcher nicht im Interesse des Nachlasses liegt, vgl. BGer. 1B_348/2012 vom 3.10.2012 E. 2.2: Der Willensvollstrecker erhebt ein offensichtlich unbegründetes Rechtsmittel.

⁹⁶ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 73 zu Art. 518 ZGB; BGer. 1B_348/2012 vom 3.10.2012 E. 2.2: «Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehen die Verfahrenskosten in Prozessen, die der Willensvollstrecker für die Erbschaft führt, grundsätzlich zulasten des Nachlasses (BGE 129 V 113 E. 4.3 S. 118).»

⁹⁷ Vgl. PraxKomm-Abt, N. 1 zu Art. 519 ZGB; BK-Künzle, N. 380 zu Art. 517–518 ZGB; anders BK-Tuor, N. 16 zu Art. 519 ZGB: ex tunc; diese von mir in BK-Künzle, Art. 517–518 ZGB erwähnte Lehrmeinung wird somit nicht geteilt.

⁹⁸ Vgl. PraxKomm-Abt, N. 2 zu Art. 519 ZGB.

⁹⁹ Vgl. vorne, 3. 2 d).

diesem Zeitpunkt für den Nachlass handeln. Dabei stellt sich die Frage, in welchem Umfang er dies tun darf bzw. muss.

4.3.1 Welche Regeln gelten für den Willensvollstrecker?

a) Wenn das Gericht eine letztwillige Verfügung (nachträglich) als ungültig erklärt, ist das Handeln des Willensvollstreckers bis zu diesem Zeitpunkt von einer gültigen Einsetzung gedeckt. Somit kann und darf er für den Nachlass tätig werden und auf sein Handeln sind die *Bestimmungen über den Auftrag* (Art. 394 ff. OR) analog anwendbar.¹⁰⁰

b) Sollte (sogar) Nichtigkeit festgestellt werden, ist das Handeln des Willensvollstreckers nach den *Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag* (Art. 419 ff. OR) zu beurteilen.¹⁰¹ Wenn ihm die zuständige Behörde¹⁰² einen Willensvollstrecker ausweis ausgestellt hat, erachte ich es als legitim, dass er seine Tätigkeit aufnimmt, andernfalls nicht.

4.3.2 Welches sind die Aufgaben des Willensvollstreckers?

Wenn eine Ungültigkeitsklage hängig ist, welche auch die Einsetzung des Willensvollstreckers erfasst, schränkt dies den Aufgabenbereich des Willensvollstreckers ein: Der Willensvollstrecker muss sich bis zum Zeitpunkt, in welchem ein rechtskräftiger Entscheid über die Ungültigkeitsklage vorliegt, auf das Verwalten des Nachlasses beschränken (*notwendige Verwaltungshandlungen*)¹⁰³ und Verfügungen möglichst vermeiden.¹⁰⁴ Eine solche Einschränkung sollte auch auf dem Willensvollstrecker ausweis zum Ausdruck kommen mit einem Vermerk über die Ungültigkeitsklage.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Vgl. dazu BK-Künzle, N. 58 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁰¹ Vgl. Iten, S. 113 f.

¹⁰² Vgl. dazu BK-Künzle, N. 35 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁰³ Vgl. BK-Künzle, N. 33 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁰⁴ Vgl. BGE 91 II 177 E. 3 S. 181 f.: Immerhin soll er in diesem Falle nur sichernde und sonstige zur ordentlichen Verwaltung gehörende Massnahmen treffen und Veräusserungen nur dann vornehmen, wenn dazu eine dringende Veranlassung besteht (BGE 74 I 423 ff.).

¹⁰⁵ Vgl. BGE 91 II 177 E. 3 S. 182.

4.3.3 Kann der Willensvollstrecker Vorschüsse gewähren?

Wenn sich der Prozess über die Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung über längere Zeit hinzieht, kann der Willensvollstrecker sehr wohl mit dem Anliegen von Erben konfrontiert sein, ihnen einen Vorschuss zu gewähren. Dies ist etwa der Fall, wenn der Erblasser bisher für den Lebensunterhalt der Erben (ganz oder teilweise) aufgekommen ist (etwa bei minderjährigen Kindern oder beim Ehegatten) oder wenn die Erben Mittel für die Bezahlung von Erbschaftssteuern benötigen. Der Willensvollstrecker wird versuchen, eine einvernehmliche Lösung unter den Erben (Beschluss der Erben)¹⁰⁶ herbeizuführen. Wenn dies nicht möglich ist, wird er selbst nach den üblichen Kriterien (Gleichbehandlung der Erben, keine Präjudizwirkung für die Erbteilung, Notwendigkeit der Zahlung, Abschluss einer Vereinbarung mit dem betroffenen Erben etc.)¹⁰⁷ eine Entscheidung treffen, wobei er die Auszahlung von Vorschüssen *auf ein notwendiges Minimum*¹⁰⁸ beschränken wird.

4.3.4 Soll der Willensvollstrecker Erbenversammlungen durchführen?

Die Durchführung von Erbenversammlungen gehört grundsätzlich zu den Aufgaben des Willensvollstreckers.¹⁰⁹ Dieser wird Erbenversammlungen auch dann durchführen, wenn seine Einsetzung durch eine Ungültigkeitsklage gefährdet ist. Allerdings sind die *zu behandelnden Themen in diesem Falle beschränkt*, etwa auf die Inventaraufnahme, das Steuerinventar und die Verwaltung des Vermögens, während die Vorbereitung und die Durchführung der Erbteilung nicht zu behandeln sind.

4.3.5 Haftet der Willensvollstrecker?

Wenn der Willensvollstrecker trotz einer hängigen Ungültigkeitsklage für den Nachlass tätig wird, haftet er grundsätzlich nicht, weil seine Tätigkeit (wie gesehen)¹¹⁰ nach den Bestimmungen von Art. 394 ff. OR beurteilt wird.

¹⁰⁶ Vgl. BK-Künzle, N. 97 und 310 zu Art. 517–518 ZGB: Je nach Inhalt der Vereinbarung über den Vorbezug geht es (nur) um die Verwaltung des Nachlasses oder (bereits) um eine endgültige Verteilung des Nachlasses.

¹⁰⁷ Vgl. BK-Künzle, N. 300 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁰⁸ Vgl. dazu vorne, 3.3 b).

¹⁰⁹ Vgl. BK-Künzle, N. 304 zu Art. 517–518 ZGB.

¹¹⁰ Vgl. vorne, 3.3.1 a).

Zu einer Haftung kann es ausnahmsweise kommen, wenn der Willensvollstrecker seine Aufgaben zu grosszügig auslegt.¹¹¹

5. Kündigungsrecht der Erben

Sachverhalt: Der Erblasser, Rolf Bösch, verfügte folgende Willensvollstreckerklausel: «Als Willensvollstrecker setze ich meinen Scheidungsanwalt Franz Habersatter (Adresse) ein. Ich räume den Erben das Recht ein, dieses Mandat gemeinsam zu kündigen.»

5.1 Ist eine Kündigungsklausel gültig?

Das Gesetz regelt diese Frage nicht und auch die Rechtsprechung hat sich bisher mit dieser Frage nicht befasst. Anerkannt ist das Recht des Willensvollstreckers, seine Aufgabe jederzeit zu beenden, und dies wird in der Literatur meist als Widerruf (Art. 404 OR) bezeichnet,¹¹² teilweise aber auch als «Kündigung».¹¹³ Ein (einseitiger) Widerruf der Willensvollstreckung durch die Erben ist nicht möglich,¹¹⁴ aber der Erblasser kann die Einsetzung eines Willensvollstreckers an Bedingungen knüpfen (z.B. dass sich die Erben nicht einigen).¹¹⁵ Die «gemeinsame Kündigung durch die Erben» kann in weiter Auslegung als Bedingung ausgelegt werden und deshalb halte ich eine Kündigungsklausel für *zulässig*.

5.2 Ist eine Kündigungsklausel sinnvoll?

Bevor diese Frage beantwortet wird, soll ein Blick über die Grenze gemacht werden. Im (österreichischen) ABGB hat der Testamentsvollstrecker primär Überwachungs- und Betreuungsaufgaben.¹¹⁶ Darüber hinaus kann ihm

¹¹¹ Zu den Einschränkungen siehe vorne, 3.3.2–3.3.4.

¹¹² Vgl. BK-Künzle, N. 69 zu Art. 517–518 ZGB.

¹¹³ Vgl. Pichler, Reprax 2012 S. 23.

¹¹⁴ Vgl. BGE 90 II 376 E. 2 S. 380; Naz/Rubido, Questions pratiques en droit successoral France-Suisse et le règlement européen sur les successions, Not@lex 2013 S. 77; BK-Künzle, N. 383 zu Art. 517–518 ZGB.

¹¹⁵ Vgl. BK-Künzle, N. 17 zu Art. 517–518 ZGB.

¹¹⁶ Vgl. Eccher, N. 5 f. zu § 816 ABGB; Likar-Peer, S. 242 ff.

der Erblasser Verwaltungsfunktionen zuordnen, welche ihm aber von den Erben gemeinsam wieder entzogen werden können.¹¹⁷ Mit anderen Worten besteht im österreichischen Recht in beschränktem Umfang ein solches Kündigungsrecht der Erben. Dieses lässt sich m.E. auch nicht sinnvoll auf die schweizerischen Verhältnisse übertragen. Ein Kündigungsrecht der Erben ist m.E. *nicht sinnvoll*, weil es die Stellung des Willensvollstreckers völlig aushöhlt.

5.3 Gibt es Alternativen?

Hinter dem Kündigungsrecht der Erben steht deren Bedürfnis, dass die Willensvollstreckung eines Tages auch wieder endet. Im französischen Code civil (CC fr) gibt es eine *zeitliche Beschränkung*: Nach Art. 1031 CC fr dauert die Willensvollstreckung zwei bis drei Jahre: «Les habilitations mentionnées aux articles 1030 et 1030-1 sont données par le testateur pour une durée qui ne peut excéder deux années à compter de l'ouverture du testament. Une prorogation d'une année au plus peut être accordée par le juge.» Nach altem Recht (Art. 1026 Abs. 1 CC fr, gültig bis 31.12.2006) betrug die Dauer sogar nur 1 Jahr.¹¹⁸ In der Schweiz kann der Erblasser die Willensvollstreckung in der letztwilligen Verfügung zeitlich beschränken.¹¹⁹ Dies stellt m.E. eine sinnvolle Alternative zum Kündigungsrecht der Erben dar.

6. Honorar: Rückforderung und Haftung

Sachverhalt: Rechtsanwalt Alfred Niederhuber verlangt für seine Bemühungen im Nachlass Max Schmutz ein offenbar «überrissenes» Honorar. Während viele der Erben dies hinnehmen wollen, ist der Erbe Emil Schmutz nicht einverstanden. Da der Willensvollstreckter nicht freiwillig bereit ist,

¹¹⁷ Vgl. OGH 2 Ob 1/08y; 1 Ob 3/13t vom 14.2.2008 = SZ 2008 S. 25: «Nur die dem Testamentsvollstreckter nach dem Willen des Erblassers zukommenden Verwaltungsfunktionen können ihm die Erben entziehen, nicht aber sein Amt schlechthin; dies kann nur das Abhandlungsgericht aus wichtigem Grund.»

¹¹⁸ Alter Art. 1026 Abs. 1 CC fr (bis 31.12.2006): «... mais elle ne pourra durer au-delà de l'an et jour à compter de son décès», was übersetzt heisst gemäss Murad Ferid, Frankreich, in: Internationales Erbrecht, hrsg. v. Murad Ferid, Karl Fiersching, Heinrich Dörner und Rainer Hausmann, Band II, München 2013, Texte B: «... aber dieser Zustand kann nicht länger als Jahr und Tag, von dessen Ableben an gerechnet, dauern».

¹¹⁹ Vgl. BK-Künzle, N. 379 zu Art. 517–518 ZGB.

einen Teil des Honorars zurückzuerstatten, wird eine gerichtliche Auseinandersetzung notwendig.

6.1 Honorarklage

6.1.1 Wer ist sächlich zuständig für Honorarklagen?

a) Honorarklagen der Erben gegen den Willensvollstrecker oder umgekehrt sind Zivilstreitigkeiten, für welche grundsätzlich der *ordentliche Richter* (Zivilrichter) zuständig ist.¹²⁰

b) Nach Art. 54 SchlT können die Kantone Zivilstreitigkeiten auch einer *Verwaltungsbehörde* übertragen, soweit das Bundesrecht die Zuständigkeit nicht selbst regelt. Diese Voraussetzung ist beim Honorar des Willensvollstreckers erfüllt und deshalb können die Kantone auch vorsehen, dass Honorarstreitigkeiten durch die Aufsichtsbehörde des Willensvollstreckers beurteilt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die vom Kanton bestimmte Behörde die Grundsätze des rechtlichen Gehörs wahrt¹²¹ und ein ordentliches Verfahren anwendet.

6.1.2 Wer ist örtlich zuständig für Honorarklagen?

a) Für *Honorarklagen der Erben* gegen den Willensvollstrecker ist das Gericht bzw. die Behörde am *Wohnort des Erblassers* zuständig (Art. 28 ZPO).¹²² Einzelne Autoren vertreten abweichend die Ansicht, dass die Zuständigkeit am Wohnort des Willensvollstreckers gegeben sei.¹²³

b) Wenn eine Klage der Erben am Wohnort des Erblassers hängig ist,¹²⁴ kann der Willensvollstrecker am gleichen Ort eine *Widerklage* einreichen.¹²⁵

c) Eine *Klage des Willensvollstreckers* gegen die Erben dürfte eher selten sein, weil er den Nachlass verwaltet und sich sein Honorar selbst auszahlen

¹²⁰ Vgl. BGE 78 II 123 E. 1a S. 125; BK-Künzle, N. 411 zu Art. 517–518 ZGB.

¹²¹ Vgl. BGE 86 I 330 S. 333.

¹²² Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 72 zu Art. 518 ZGB; BK-Künzle, N. 412 zu Art. 517–518 ZGB.

¹²³ Vgl. Bracher, S. 132.

¹²⁴ Vgl. dazu vorne, 5.1.2 a).

¹²⁵ Vgl. BGE 87 I 126 E. 3 S. 130.

kann und auch ein Retentionsrecht an den Erbschaftssachen hat.¹²⁶ Wenn er dennoch einmal Klage erheben muss (etwa weil er nach Aushändigung des Nachlassguts nachträglich nochmals für den Nachlass tätig werden muss), kann auch der Willensvollstrecker seine Honorarklage am *Wohnort des Erblassers* erheben.¹²⁷

6.1.3 Wer ist zur Honorarklage legitimiert?

Alle Erben bilden zusammen eine notwendige Streitgenossenschaft. Zwar sieht Art. 603 ZGB eine Solidarhaft vor, diese gilt aber nur für die Erbschaftsschulden. Beim Honorar handelt es sich um Erbgangsschuld,¹²⁸ bei welcher die Solidarität nicht allgemein anerkannt ist.¹²⁹ Deshalb müssen sich *alle Erben* an der Honorarklage *beteiligen*. Dies kann auf verschiedene Art geschehen: Als Partei (zusammen mit den übrigen Erben) oder durch vorbehaltlose Anerkennung des Urteils.¹³⁰ Im vorliegenden Fall muss Emil Schmutz somit seine Miterben davon überzeugen, dass sie sich an der Honorarklage beteiligen, indem sie eine Vollmacht erteilen oder das Urteil anerkennen. Wenn dies nicht gelingt, muss Emil Schmutz einen Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) einsetzen lassen,¹³¹ welcher den Prozess führt.

6.1.4 Wie lautet das Begehren einer Honorarklage?

Das *Begehren der Erben* um Rückzahlung des Honorars durch den Willensvollstrecker kann wie folgt lauten: «Es sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern betreffend Nachlass von Max Schmutz Fr. x sowie 5% Zins seit (Datum) an zu viel bezogenem Willensvollstrecker-Honorar zu bezahlen.»

¹²⁶ Vgl. BK-Künzle, N. 420 zu Art. 517–518 ZGB.

¹²⁷ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 72 zu Art. 518 ZGB: «Der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers ... gilt für alle vom bzw. gegen den Willensvollstrecker geführten erbrechtlichen Klagen ... handelt der Willensvollstrecker stets in Nachlassangelegenheiten, und zwar auch im Streit um sein Honorar».

¹²⁸ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 37 zu Art. 517 ZGB N 37.

¹²⁹ Vgl. BGE 101 II 218.

¹³⁰ Vgl. dazu vorne, 3.2.1.

¹³¹ Vgl. dazu vorne, 2.3.1.

6.2 Haftungsklage

6.2.1 Ist die Haftungsklage eine Alternative zur Honorarklage?

a) Wenn die Erben Teile des Honorars zurückfordern wollen, können sie anstelle einer Honorarklage¹³² auch eine Haftungsklage gegen den Willensvollstrecker anstrengen.¹³³ Die *Voraussetzungen* der Haftungsklage sind allerdings *erschwert*, insbesondere bezüglich des Beweises, muss doch etwa das Verschulden des Willensvollstreckers nachgewiesen werden.¹³⁴

b) Die Erben können *nicht gleichzeitig* eine Honorarklage und eine Haftungsklage einreichen, weil die Honorarklage eine gleichzeitige Haftung ausschliesst.¹³⁵

6.2.2 Wer ist zuständig bzw. legitimiert?

a) Die Haftung ist eine persönliche Ansprache. Deshalb ist die Zuständigkeit am *Wohnsitz des Willensvollstreckers* (und nicht am Wohnsitz des Erblassers) gegeben.¹³⁶ Die (abweichende) Meinung im Basler Kommentar (Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers)¹³⁷ teile ich nicht, weil sich die Klage gegen den Willensvollstrecker als Person richtet und nicht gegen sein Amt.¹³⁸

b) Zur Haftungsklage legitimiert sind die (einzelnen) *Erben*¹³⁹ und die *Vermächtnisnehmer*,¹⁴⁰ nicht aber Dritte.¹⁴¹

¹³² Vgl. vorne, 4.1.

¹³³ Vgl. dazu *Künzle*, FS Steinauer, S. ■■ ff.; BK-*Künzle*, N. 421 ff. zu Art. 517–518.

¹³⁴ Vgl. BGer. 5A_881/2012 vom 25.4.2013 E. 4.2.3.

¹³⁵ Vgl. BGer. 5A_881/2012 vom 25.4.2013 E. 4.

¹³⁶ Vgl. *Brückner/Weibel*, N. 325; ebenso (für den Erbschaftsliquidator); *PraxKomm-Engler*, N. 43 zu Art. 595 ZGB.

¹³⁷ Vgl. ohne besondere Begründung BSK-*Karrer/Vogt/Leu*, N. 114 zu Art. 518 ZGB.

¹³⁸ Ebenso (für das BGB) *Reimann*, N. 33 zu § 2219 BGB.

¹³⁹ Vgl. *Künzle*, FS Steinauer, I. 10. a. mit Verweis auf BGE 101 II 47 E. 1 S. 52 f. und PKG 2008 Nr. 3.

¹⁴⁰ Vgl. BSK-*Karrer/Vogt/Leu*, N. 113 zu Art. 518 ZGB; PKG 1991 Nr. 2 E. I.3. S. 17; Rep. 123/1990 S. 188 E. 2.1.

¹⁴¹ Vgl. *Fuhrer*, S. 129.

7. Beendigung der Willensvollstreckung

Sachverhalt: Mit Zustimmung des Willensvollstreckers wird im Nachlass Walter Bruggisser das Grundstück Kat. Nr. 111 im Grundbuch Zürich-Hottingen auf den Alleinerben übertragen. Anschliessend soll ein Schuldbrief errichtet werden. Das Grundbuchamt lehnt dies ab mit der Begründung, der Willensvollstreckter müsse dieser Errichtung zustimmen.

7.1 Wann hört die Willensvollstreckung bezüglich des Grundstücks auf?

a) Insgesamt hört die Willensvollstreckung regelmässig mit der «Erledigung der Aufgabe» auf.¹⁴² In der Praxis ist die Schlussabrechnung¹⁴³ oder eine haftungsbefreiende Erklärung durch die Erben der letzte Akt.¹⁴⁴ Bezüglich eines einzelnen Nachlassgegenstands hört die Willensvollstreckung aber bereits früher auf, und zwar mit der *Übertragung des Eigentums im Grundbuch auf einen einzelnen Erben* gestützt auf den Erbteilungsvertrag (Art. 64 Abs. 1 lit. b GBV),¹⁴⁵ welche der Willensvollstreckter selbständig anmelden kann (Art. 50 Abs. 1 lit. c GBV). Das Ende der Willensvollstreckung ergibt sich aus «der Natur der Sache», dafür braucht es keine Erklärung des Willensvollstreckers.

b) Üblicherweise geht der Übertragung des Eigentums auf einen einzelnen Erben die Eintragung der Erbengemeinschaft gestützt auf die Erbbescheinigung voraus (Art. 65 Abs. 1 lit. a GBV), welche von einem einzelnen Erben oder vom Willensvollstreckter angemeldet werden kann.¹⁴⁶ Beim *Alleinerben* werden diese zwei Vorgänge durch einen einzigen ersetzt: Der Alleinerbe wird gestützt auf die Erbbescheinigung im Grundbuch eingetragen. In der Diskussion mit den an der Tagung teilnehmenden Notaren zeigte sich, dass die Sorge besteht, dass der Alleinerbe am Willensvollstreckter vorbei die Liegenschaft erwerben und danach frei über sie verfügen kann. Weil die Eintragung des Alleinerben gleichzeitig auch die Erbteilung vollzieht, bin ich der Ansicht, dass der *Willensvollstreckter die Grundbuchanmeldung unterzeichnen* (wenigstens mitunterzeichnen) muss, denn der Vollzug der

¹⁴² Vgl. BK-Künzle, N. 381 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁴³ Vgl. Cotti, N. 73 zu Art. 517 ZGB; BGer. 5A_414/2012 vom 19.10.2012 E. 3.3.

¹⁴⁴ Vgl. BK-Künzle, N. 381 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁴⁵ Vgl. dazu Biber, S. 67.

¹⁴⁶ Vgl. Biber, S. 61.

Erbteilung gehört zu seinen Aufgaben.¹⁴⁷ Dieses Erfordernis ist gerechtfertigt, weil dem Willensvollstrecker die Absicherung fehlt, welche ihm bei der Eintragung einer Erbengemeinschaft im Grundbuch durch die Anmerkung der Willensvollstreckung (Art. 962a ZGB) gewährt wird. Das Erfordernis der (Mit-)Unterzeichnung durch den Willensvollstrecker stellt sicher, dass der Willensvollstrecker die Kontrolle über den Nachlass behält: Dies ist etwa notwendig, wenn der Willensvollstrecker durchsetzen muss, dass der Alleinerbe Vermächtnisse ausrichtet, sei es, dass die betroffene Liegenschaft Gegenstand eines Vermächtnisses ist¹⁴⁸ oder dass der Willensvollstrecker nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um ein Vermächtnis auszurichten oder Schulden zu bezahlen.¹⁴⁹

7.2 War die Zustimmung des Willensvollstreckers zur Errichtung des Schuldbriefs notwendig?

Für die Errichtung eines Schuldbriefs ist eine Zustimmung des Willensvollstreckers nicht mehr notwendig, weil mit dem Eintrag des Alleinerben im Grundbuch die Übertragung des Eigentums am Grundstück formell abgeschlossen ist und der neue Eigentümer (Alleinerbe) den Schuldbrief ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers errichten kann.

8. Besitz des Willensvollstreckers

Sachverhalt: Im Nachlass Martin Manz wurde ein Willensvollstrecker eingesetzt. Zu klären ist die Abgrenzung des Besitzes des Willensvollstreckers von demjenigen der Erben.

¹⁴⁷ Vgl. BK-Künzle, N. 342 ff. zu Art. 517–518 ZGB; Art. 50 Abs. 1 lit. c GBV.

¹⁴⁸ Nach Art. 50 Abs. 1 lit. b GBV kann der Willensvollstrecker Vermächtnisse alleine (ohne die Erben) im Grundbuch anmelden.

¹⁴⁹ Nach Art. 50 Abs. 1 lit. a GBV kann der Willensvollstrecker die Veräußerung alleine (ohne die Erben) im Grundbuch anmelden.

8.1 Wie erlangt der Willensvollstrecker Besitz am Nachlass?

Der Willensvollstrecker hat von Gesetzes wegen Anspruch auf den Besitz an den Nachlassgegenständen.¹⁵⁰ Er erlangt einen unselbständigen (Art. 920 Abs. 2 ZGB)¹⁵¹ und mittelbaren Besitz. Wenn er *unmittelbaren Besitz* benötigt, muss er sich diesen zuerst *verschaffen*,¹⁵² indem er den Besitz an spezifischen Nachlassgegenständen von Erben, Vermächtnisnehmern oder Dritten herausverlangt.¹⁵³ Als Mittel zur Durchsetzung dieses Anspruchs stehen ihm der Besitzschutz (Art. 926 ff. ZGB),¹⁵⁴ die Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB)¹⁵⁵ und sein Verwaltungsrecht (Art. 518 Abs. 2 ZGB)¹⁵⁶ zur Verfügung.¹⁵⁷

8.2 Wofür braucht der Willensvollstrecker Besitz am Nachlass?

Über weite Strecken kann der Willensvollstrecker den unmittelbaren Besitz am *Nachlass den Erben überlassen*, insbesondere wenn sich diese über die Teilung des Mobiliars (womöglich noch ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers) einigen. Der Willensvollstrecker sollte den unmittelbaren Besitz nicht weiter als notwendig in Anspruch nehmen.¹⁵⁸ Notwendig kann unmittelbarer Besitz sein, wenn der Willensvollstrecker den Erbteilungsvertrag vollzieht und dabei etwa Nachlassgegenstände den Erben aushändigen muss.¹⁵⁹

¹⁵⁰ Vgl. Max IX (1941-50) Nr. 246 S. 215; BSK-*Karrer/Vogt/Leu*, N. 22 zu Art. 518 ZGB.

¹⁵¹ Vgl. BGE 86 II 355 E. 3 S. 359.

¹⁵² Vgl. BK-*Künzle*, N. 80 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁵³ Vgl. Max IX (1941-50) Nr. 272 S. 242.

¹⁵⁴ Vgl. BGE 86 II 355 E. 3 S. 359.

¹⁵⁵ Vgl. SJ 103/1981 S. 63 E. 2.

¹⁵⁶ Vgl. BGE 86 II 355 E. 3 S. 359.

¹⁵⁷ Vgl. BK-*Künzle*, N. 83 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁵⁸ Vgl. BGE 77 II 122 E. 6 S. 126: Es ist nicht einzusehen, «wieso der Willensvollstrecker, um den ihm erteilten Auftrag ausführen zu können, die ganze Erbschaft in seine Verfügungsgewalt bekommen muss ...».

¹⁵⁹ Vgl. BK-*Künzle*, N. 347 zu Art. 517–518 ZGB.

8.3 Verhindert der Besitz des Willensvollstreckers Einreden der Erben?

Die Erben können während eines Jahres Ungültigkeit (Art. 519 ZGB) oder Herabsetzung (Art. 527 ZGB) durch Klage geltend machen, eine entsprechende Einrede dagegen ohne zeitliche Grenze (Art. 521 Abs. 3 und Art. 533 Abs. 3 ZGB). Die Einrede setzt allerdings voraus, dass der Erbe mindestens (Mit-)Besitz am Nachlassvermögen hat.¹⁶⁰ Der Besitz des Willensvollstreckers¹⁶¹ «stört» den (Mit)Besitz der Erben nicht und hindert diese nicht daran, eine Einrede zu erheben.¹⁶² Wolf/Genna¹⁶³ vertreten eine andere Meinung, weil sie davon ausgehen, dass der Willensvollstrecker alleinigen Besitz habe, was aber m.E. nicht zutrifft.¹⁶⁴

9. Teilungsklage der Erben

Sachverhalt: Der Erblasser, Hans Fankhauser, machte verschiedene lebzeitige Zuwendungen von Liegenschaften an seine Kinder, ohne die Frage des Ausgleichs ausdrücklich zu regeln. 2005 verstirbt er. Die Nachkommen (Erben) beschliessen, die Teilung bis zum Ableben ihrer Mutter zu verschieben. Der Willensvollstrecker beendet sein Mandat. 2009 verstirbt auch die Mutter, Sieglinde Fankhauser. Nach längerem Verhandeln können sich die Kinder nicht einigen und ein Kind reicht 2012 die Teilungsklage ein. In diesem Augenblick nimmt der Willensvollstrecker seine Tätigkeit auf und erhält einen Willensvollstrecker-Ausweis. Anschliessend kündigt er das Inventar an. Er vertritt die Meinung, dass keine Schätzungen der Liegenschaften notwendig seien und keine Ausgleichung stattfinde. Sodann setzt er eine Erbenversammlung an.

¹⁶⁰ Vgl. PraxKomm-Hrubesch-Millauer, N. 9 zu Art. 533 ZGB; PraxKomm-Abt, N. 22 zu Art. 521 ZGB mit Verweis auf BGE 120 II 417 E. 2 S. 419.

¹⁶¹ Vgl. dazu vorne, 7.1.

¹⁶² Vgl. Weibel/Gerster, successio 2012 S. 42 f.

¹⁶³ Vgl. Wolf/Genna, S. 509.

¹⁶⁴ Als Beleg für den alleinigen Besitz geben Wolf/Genna und BK-Künzle, N. 77 und 80 zu Art. 517–518 ZGB an; dort ist zu lesen, dass der Besitz des Willensvollstreckers «ausschliesslicher» Natur sei; das bedeutet aber nur, dass der Willensvollstrecker den Erben den unmittelbaren Besitz wegnehmen kann (soweit dies für die Ausübung seines Amtes notwendig ist); die Erben behalten in jedem Fall den selbständigen und mittelbaren Besitz (sie sind also nicht ohne Besitz); dies genügt für die Erhebung der Einreden.

9.1 Kann der Willensvollstrecker seine Tätigkeit 7 Jahre nach dem Ableben des Erblassers aufnehmen?

a) *Grundlagen:* Aufgrund der Pflicht zur Einlieferung von letztwilligen Verfügungen (Art. 556 Abs. 1 ZGB),¹⁶⁵ muss der Willensvollstrecker jeweils schon kurz nach dem Ableben des Erblassers die Annahme seines Amtes erklären (Art. 517 Abs. 2 ZGB).¹⁶⁶ Ein Ausweis wird in der Regel nur auf Antrag des Willensvollstreckers ausgestellt.¹⁶⁷ Ob der Willensvollstrecker seine Tätigkeit tatsächlich aufnimmt, ist mit der Annahme seines Amtes nicht sichergestellt. Wenn der Willensvollstrecker nicht tätig wird, gibt es keine Verjährung oder Verwirkung seines Amtes, die Erben können lediglich mit einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde seine Absetzung verlangen.¹⁶⁸

b) Im vorliegenden Fall haben die Erben kein Aufsichtsverfahren in Gang gesetzt, weshalb der Willensvollstrecker seine *Tätigkeit grundsätzlich aufnehmen* kann, zumal tatsächlich auch ein Willensvollstrecker-Ausweis ausgestellt wurde.

9.2 Werden die Erben durch das Tätigwerden des Willensvollstreckers an der Teilungsklage gehindert?

Eine allfällige «*Wartefrist*» für das Einreichen der Teilungsklage, welche m.E. 1–3 Jahre beträgt und über welche noch keine einstimmige Meinung herrscht,¹⁶⁹ ist in diesem Fall (7 Jahre nach dem Ableben des Erblassers) sicher *abgelaufen*. Dies bedeutet, dass es keinen Sinn mehr macht, dass der Willensvollstrecker einen Teilungsplan erstellt.

¹⁶⁵ Vgl. dazu *Völk*, S. 22 ff.

¹⁶⁶ Vgl. dazu *PraxKomm-Christl/Eichner*, N. 17 f. zu Art. 517 ZGB; *BK-Künzle*, N. 29 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁶⁷ Vgl. *BK-Künzle*, N. 36 zu Art. 517–518 ZGB N 36.

¹⁶⁸ Vgl. *BK-Künzle*, N. 526 zu Art. 517–518 ZGB; *Karrer*, *successio* 2013 S. 241.

¹⁶⁹ Vgl. dazu *BK-Künzle*, N. 305 zu Art. 517–518 ZGB.

9.3 Welches ist die Stellung des Willensvollstreckers nach Einreichung der Teilungsklage?

Vorliegend verbleiben dem Willensvollstrecker nur noch wenige Aufgaben: Die Feststellung des Nachlasses (Inventar)¹⁷⁰ dürfte abgeschlossen sein und bei der Erbteilung hat der *Richter alle wesentlichen Aufgaben übernommen*¹⁷¹ inklusive der Frage, ob es zur Ausgleichung komme und wie Nachlassgegenstände zu bewerten sind. Denkbar ist einzig, dass bei der Verwaltung des Nachlasses noch gewisse Aufgaben verblieben sind. Die Erben, welche den Nachlass jahrelang selbst verwaltet haben, können sich mit einer Aufsichtsbeschwerde (wegen der jahrelangen Untätigkeit) wehren,¹⁷² wenn der Willensvollstrecker nun unvermittelt die Exklusivität der Verwaltung des Nachlasses¹⁷³ geltend macht. Aus diesem Grund dürfte es auch kaum genügend Inhalte geben, welche die Einberufung einer Erbenversammlung (Erbenkonferenz)¹⁷⁴ rechtfertigten. Dies kann allerdings nur im Einzelfall abschliessend beurteilt werden. Der Willensvollstrecker kann später das richterliche Urteil vollstrecken.¹⁷⁵ Der reduzierte Aufgabenbereich ist auch bei der Honorierung zu berücksichtigen, denn die Erben haben ihn nur so weit zu honorieren, als seine Tätigkeit notwendig ist.¹⁷⁶

10. Willensvollstreckerhonorar im Steuerrecht

Sachverhalt: Nach den Regeln des Bundes¹⁷⁷ und vieler kantonalen Steuergesetze¹⁷⁸ können die Kosten der Verwaltung von beweglichem Privatvermögen von der Einkommenssteuer abgezogen werden. Dabei kommen Pau-

¹⁷⁰ Vgl. dazu PraxKomm-Christ/Eichner, N. 34 ff. zu Art. 518 ZGB; BK-Künzle, N. 102 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁷¹ Vgl. BK-Künzle, N. 318 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁷² Vgl. dazu BK-Künzle, N. 515 ff., insbesondere N. 526 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁷³ Vgl. dazu BK-Künzle, N. 200 und 209 zu Art. 517–518 ZGB; Steinauer, N. 1183.

¹⁷⁴ Vgl. dazu BK-Künzle, N. 304 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁷⁵ Vgl. Jost, S. 110.

¹⁷⁶ Vgl. BK-Künzle, N. 396 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁷⁷ Vgl. Art. 32 Abs. 1 DBG: «Bei beweglichen Privatvermögen können die Kosten der Verwaltung durch Dritte ... abgezogen werden».

¹⁷⁸ Zum Beispiel § 39 Abs. 1 AG-StG: «Bei beweglichen Privatvermögen können die Kosten der Verwaltung durch Dritte ... abgezogen werden»; § 19 Abs. 1 lit. c ESchG: «Vor Festlegung der Anteile der Erben und Vermächtnisnehmer werden von der Erbschaft abgezogen c. die Kosten der Testamentsvollstreckung».

schalen zur Anwendung (3 Promille im Kanton Zürich, maximal CHF 6000; 3 Promille im Kanton Zug, maximal CHF 9000). Höhere Abzüge müssen genau belegt werden. Es fragt sich, inwieweit die Tätigkeit des Willensvollstreckers von diesen Bestimmungen erfasst wird.

10.1 Kann das Honorar des Willensvollstreckers von den Steuern abgezogen werden?

a) Das *Honorar* des Willensvollstreckers kann in den meisten Kantonen bei der Berechnung des steuerbaren Betrags von der *Erbschaftssteuer* abgezogen werden.¹⁷⁹

b) Wegen des Abzugs bei der Erbschaftssteuer¹⁸⁰ steht das Honorar des Willensvollstreckers bei der *Einkommenssteuer* für einen Abzug grundsätzlich nicht mehr zur Verfügung.¹⁸¹ Das Honorar des Willensvollstreckers kann (wie die Aufwendungen der Banken/Vermögensverwalter) nur in jenem Umfang als «Kosten für die Verwaltung des beweglichen Privatvermögens» vom Einkommen abgezogen werden, als es einen *unmittelbaren Zusammenhang mit der Erzielung des Nachlasseinkommens* aufweist.¹⁸² Meines Erachtens entstehen die abzugsfähigen Vermögensverwaltungskosten

¹⁷⁹ Vgl. RB 2004 Nr. 110 E. 2.1 S. 210: «Die Kosten der Testamentsvollstreckung sind von Gesetzes wegen abzugsfähig (§ 19 Abs. 1 lit. c ESchG), ungeachtet der Art der durch sie abgeholzten Leistungen. Obgleich sie – wie die Teilungskosten – erst nach der Eröffnung des Erbgangs entstehen, gehen sie auf den Entschluss des Erblassers zurück, einen Willensvollstrecker zu bestellen und mit gewissen Aufgaben zu betrauen. Auf dem Nachlass wird damit gleichsam eine Rückstellung gebildet für künftige Testamentsvollstreckungskosten, deren Umfang freilich noch ungewiss ist»; AGVE 1996 Nr. 5 S. 412: «Hingegen ist das Honorar für die Testamentsvollstreckung als Nachlasspassivum bei der Veranlagung der Erbschaftssteuer anrechenbar und muss folglich bei der Einkommenssteuer unbeachtlich bleiben»; SR.2000.00001 E. 2a; AGVE 1996 Nr. 5 S. 412: «Hingegen ist das Honorar für die Testamentsvollstreckung als Nachlasspassivum bei der Veranlagung der Erbschaftssteuer anrechenbar ...»; ZR 67/1968 Nr. 7 E. 1 S. 28: «Ausserdem ist das Honorar eines testamentarisch bestellten Willensvollstreckers abzugsfähig»; nicht so im Kanton Genf vgl. StR 48/1993 S. 592: «Sous rubrique «dettes non admises», on trouve ...exécuteur testamentaire ...».

¹⁸⁰ Vgl. vorne, 9.1. a).

¹⁸¹ Vgl. AGVE 1996 Nr. 5 S. 412: «Hingegen ist das Honorar für die Testamentsvollstreckung als Nachlasspassivum bei der Veranlagung der Erbschaftssteuer anrechenbar und muss folglich bei der Einkommenssteuer unbeachtlich bleiben.»

¹⁸² Vgl. AGVE 1996 Nr. 5 S. 412: «Honoraransprüche eines Willensvollstreckers, die die Vermögensverwaltung betreffen, können als Kosten für die Verwaltung des beweglichen Vermögens vom Roheinkommen abgezogen werden.»

praktisch ausschliesslich bei den Banken/Vermögensverwaltern, welche die (beweglichen) Vermögenswerte des Nachlasses im Auftrag des Willensvollstreckers verwahren und verwalten, und nur ausnahmsweise beim Willensvollstrecker selbst, denn nur ein kleiner Teil dessen, was zivilrechtlich unter «Verwaltung der Nachlassgegenstände»¹⁸³ subsumiert werden kann, gehört steuerrechtlich zu den abzugsfähigen Vermögensverwaltungskosten.¹⁸⁴ Das ist etwa der Fall, wenn der Willensvollstrecker Aufwand generiert, um die Anlagestrategie bei einem Wertschriftendepot festzulegen, die Einhaltung der Anlagestrategie zu überprüfen (Monitoring) oder (ausnahmsweise) die Titelselektion vorzunehmen.¹⁸⁵ Die übrige Tätigkeit des Willensvollstreckers ist auf die Erhaltung des Nachlasses gerichtet (und auf die Erbteilung) und nicht auf die Erzielung von Nachlasseinkommen.

10.2 Können die Erben vom Willensvollstrecker verlangen, dass er sein Honorar nach steuerlichen Kriterien aufschlüsselt?

a) Wenn die Erben bei der Einkommenssteuer einen Teil des Willensvollstreckerhonorars als Vermögensverwaltungskosten abziehen wollen, muss der Willensvollstrecker in seiner Honorarrechnung die abzugsfähigen Vermögens-

¹⁸³ Vgl. BK-Künzle, N. 116 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁸⁴ So steht das Inkasso von Forderungen (z.B. des Depots im Altersheim) oder das Bezahlen von offenen Rechnungen (z.B. der Krankenkasse oder von Beerdigungskosten) nicht «mit der Erzielung des Vermögensertrags in unmittelbarem Zusammenhang» (Reich, § 13 N. 185); weiter vgl. BGer. vom 28.8.1997, ASA 67, 477: «Bei der Wertschriftenverwaltung können Ausgaben für die Tresormiete, für die Verwahrung oder Aufwendungen, die der Sicherung oder Einforderung von beweglichem Vermögen dienen, als ordentliche Verwaltungskosten in Abzug gebracht werden. Die Kosten für die Beratung im Zusammenhang mit dem Erwerb oder Verkauf von Wertschriften stellen dagegen Kosten der Lebenshaltung oder der Anschaffung von Vermögensgegenständen dar und können nicht abgezogen werden. Dies gilt auch für die für die Vermögensverwaltung anfallenden Sekretariatskosten, selbst wenn diese Arbeiten gegen Entgelt auf Dritte übertragen werden»; Steuergericht Baselland 510 10 13 vom 13.8.2010 (Verwaltung durch X Treuhand AG); Steuergericht Baselland 510 10 12 vom 2.7.2010: «Die Verwaltung im steuerrechtlichen Sinne umfasst nicht alle Tätigkeiten, welche unter dem Titel «Vermögensverwaltung» ausgeübt werden, sondern nur jene, welche der Ertragserzielung dienen»; Steuergericht Baselland 510 09 11 vom 26.9.2009 (Verwaltung durch A. Vermögensverwaltung AG).

¹⁸⁵ Vgl. BK-Künzle, N. 165 ff., 172 und 173 zu Art. 517–518 ZGB; weiter vgl. *FreilKaufmann/Richner*, § 30 N. 12: «die Anlageberatung und Vermögensverwaltung von Behörden und Willensvollstreckern» und N. 13 (Aufzählung der nicht abzugsfähigen Verwaltungskosten).

verwaltungskosten ausscheiden.¹⁸⁶ McCreight-Ernst geht davon aus, dass eine solche Aufteilung in jedem Fall gemacht werden müsse: Sie argumentiert unter anderem, dass in allen Nachlässen, welche noch keine Teilung zulassen, sämtliche Kosten des Willensvollstreckers notwendigerweise zu den Vermögensverwaltungskosten gehören.¹⁸⁷ Dies ist aber, wie vorne¹⁸⁸ aufgezeigt wurde, nicht der Fall. Deshalb genügt es regelmässig, wenn nur die Kosten der Banken/Vermögensverwalter als Vermögensverwaltungskosten vom Einkommen abgezogen werden (und dies wegen der auch dort vorhandenen Abgrenzungsprobleme häufig mittels der Pauschale),¹⁸⁹ während das Honorar des Willensvollstreckers einzig bei der Erbschaftssteuer zum Abzug kommt,¹⁹⁰ denn seine Tätigkeit steht höchstens am Rande in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erzielung von Einkommen auf dem beweglichen Nachlassvermögen¹⁹¹ und der Aufwand für die Ausscheidung der abzugsfähigen Vermögensverwaltungskosten übersteigt eine mögliche Steuerersparnis regelmässig. Eine *Ausscheidung* der abzugsfähigen Vermögensverwaltungskosten in der Honorarnote des Willensvollstreckers ist deshalb regelmässig *nicht sinnvoll*. In einem St. Galler Entscheid wird darauf hingewiesen, dass die abzugsfähigen Vermögensverwaltungskosten *allenfalls geschätzt* werden können: «Sind in den Aufwendungen für einen Willensvollstrecker Vermögensverwaltungskosten enthalten, so ist deren Höhe, wenn die genaue zahlenmässige Ausscheidung nicht möglich ist, nach pflichtgemässigem Ermessen zu schätzen.»¹⁹²

b) Wenn der *Pauschalabzug* geltend gemacht wird, ist darauf zu achten, dass die Kantone unterschiedliche Ansätze kennen¹⁹³ und so in einem *Nachlass mit Erben aus mehreren Kantonen unterschiedliche Abzüge* gemacht werden müssen.

¹⁸⁶ Vgl. vorne, 9.1. b).

¹⁸⁷ Vgl. *McCreight-Ernst*, Anwaltsrevue 2013 S. 266.

¹⁸⁸ Vgl. vorne, 9.1. b): Abzugsfähig sind nur Vermögensverwaltungskosten, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erzielung des Nachlasseinkommens stehen.

¹⁸⁹ Weil die Abgrenzung der abzugsfähigen Kosten schon bei den Banken/Vermögensverwaltern/Treuhändern zu Schwierigkeiten führt, wird häufig der pauschale Abzug verwendet, vgl. *Reich*, § 13 N. 187.

¹⁹⁰ Vgl. vorne, 9.1 a).

¹⁹¹ Vgl. dazu vorne, FN 184.

¹⁹² Vgl. GVP 2007 Nr. 38.

¹⁹³ Vgl. *McCreight-Ernst*, Anwaltsrevue 2013 S. 265: Der Kanton Zug erlaubt (gemäss Wegleitung Ziff. 16.5/Code 255 «Kosten für die Vermögensverwaltung») 3‰ oder maximal CHF 9000, der Kanton Zürich (gemäss Weisung des kantonalen Steueramtes über die Abzugsfähigkeit der Kosten für die Verwaltung von Wertschriften des Privatvermögens vom 8. August 2002) 3‰ oder maximal CHF 6000.

11. Falsche Parteibezeichnung im Prozess

Sachverhalt: Im Nachlass «René Rick» führt der Willensvollstrecker eine Klage gegen einen Gläubiger unter der Bezeichnung «Erbengemeinschaft René Rick, bestehend aus Erbe 1, Erbe 2 und Erbe 3, diese vertreten durch den Willensvollstrecker Erbe 1, und dieser wiederum vertreten durch Rechtsanwalt Peter Bitterli». Das Bezirksgericht weist die Klage ab, weil die Bezeichnung der Klägerin («vertreten durch den Willensvollstrecker») unrichtig war.

11.1 Weshalb war die Parteibezeichnung unrichtig?

- a) Der Willensvollstrecker handelt im Prozess *als Partei*, er ist ein *Prozessstandschafter* und tritt *im eigenen Namen* auf.¹⁹⁴
- b) Zu den anerkannten Parteibezeichnungen für den Willensvollstrecker im Prozess gehören «*als Willensvollstrecker im Nachlass X*» oder dergleichen.¹⁹⁵ Die Namen der Erben müssen dabei nicht erwähnt werden,¹⁹⁶ eine Erwähnung schadet aber auch nicht.
- c) Welche Parteibezeichnungen genau zulässig sind, wird in der Literatur und Praxis noch nicht ganz einheitlich beurteilt: So spricht sich Pichler dafür aus, dass (entgegen der heutigen Rechtsprechung) «Nachlass X, vertreten durch Willensvollstrecker ...» zulässig sein soll.¹⁹⁷ Dies habe ich bereits abgelehnt, weil «der Willensvollstrecker nicht die Erben vertritt, sondern in Prozessstandschaft handelt».¹⁹⁸ Auch folgende Formulierungen sollten nicht verwendet werden: «Erben X und Y, vertreten durch Willensvollstrecker W»¹⁹⁹ und «Erben des X, vertreten durch Willensvollstrecker W».²⁰⁰ Auch im Basler Kommentar gibt es einen Formulierungsvorschlag, welcher der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht ganz entspricht: «XX als Wil-

¹⁹⁴ Vgl. PraxKomm-Christ/Eichner, N. 105 zu Art. 518; BK-Künzle, N. 464–466 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁹⁵ Vgl. BK-Künzle, N. 465 zu Art. 517–518 ZGB mit Verweis auf BGE 94 II 141 E. I S. 144: «als Willensvollstrecker des Luigi Costa».

¹⁹⁶ Vgl. BK-Künzle, N. 465 zu Art. 517–518 ZGB.

¹⁹⁷ Vgl. Pichler, Diss., S. 61 f.

¹⁹⁸ Künzle, successio 2013 S. 28.

¹⁹⁹ A.M. Pichler, Diss., S. 60.

²⁰⁰ Ebenso Pichler, Diss., S. 60.

lensvollstrecker ... für die Erben Y».²⁰¹ Diese Bezeichnung tönt ebenfalls ein Vertretungsverhältnis an und sollte deshalb nicht verwendet werden.²⁰² Das Luzerner Obergericht schreibt in einem Entscheid: «Um Schwierigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich jedoch, bei der Erbengemeinschaft jeweils die Erben einzeln, vertreten durch den ... Willensvollstrecker ... als Partei aufzuführen».²⁰³ Wie schon vorne²⁰⁴ ausgeführt, müssen die Erben nicht angegeben werden, weil der Willensvollstrecker sich auf seine gesetzliche Stellung stützt und seine Berechtigung nicht von den Erben ableitet.²⁰⁵

d) Die im Sachverhalt geschilderte Parteibezeichnung («Nachlass René Rick, bestehend aus Erbe 1, Erbe 2 und Erbe 3, diese vertreten durch den Willensvollstrecker Erbe 1, und dieser wiederum vertreten durch Rechtsanwalt Peter Bitterli») ist nicht korrekt, weil sie *den vom Bundesgericht anerkannten Regeln*²⁰⁶ nicht entspricht.

11.2 Wie kann eine falsche Parteibezeichnung korrigiert werden?

a) Es stellt sich die Frage, ob die Änderung der Parteibezeichnung nur auf dem Wege des *Parteiwechsels* (Art. 83 ZPO)²⁰⁷ oder auch auf dem Wege der *Berichtigung der Parteibezeichnung* vorgenommen werden kann. «Letztere kann vom Gericht von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei vorgenommen werden, wenn die Parteibezeichnung zwar mit einem Irrtum behaftet und nicht eindeutig ist, aber dennoch keine Gefahr der Verwechslung der Partei mit einer Drittperson besteht.»²⁰⁸

b) *Im vorliegenden Fall* wurde in der Bezeichnung der Kläger erwähnt, (1) dass 3 Erben eine Erbengemeinschaft bilden. Das ist nicht notwendig, aber auch nicht schädlich. Sodann wurde (2) mit dem Ausdruck «diese vertreten durch den Willensvollstrecker ...» angezeigt, dass der Willensvollstrecker für die Erben handeln will. Das wurde zwar (unrichtig) als Vertretung beschrieben, während richtigerweise der Willensvollstrecker «auf Rech-

²⁰¹ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 70 zu Art. 518 ZGB.

²⁰² Vgl. Künzle, *successio* 2013 S. 28 FN 54.

²⁰³ LGVE 1982 I Nr. 18 S. 42.

²⁰⁴ Vgl. vorne, 10.1 a).

²⁰⁵ Vgl. BGE 94 II 141 E. 1 S. 144.

²⁰⁶ Vgl. vorne, 10.1 b).

²⁰⁷ Vgl. Zürcher, N. 70 ff. zu Art. 59 ZPO.

²⁰⁸ Pichler, Diss., S. 92, mit Verweis auf BGE 131 I 157 E. 2.2 S. 63.

nung der Erben handelt»²⁰⁹ und ein Prozessstandschafter ist.²¹⁰ Es besteht aber kein Zweifel, dass der Willensvollstrecker gehandelt hat und der Nachlass (d.h. genau: die Erbengemeinschaft bestehend aus den drei genannten Erben) betroffen werden soll. Alle an der Erbengemeinschaft beteiligten Personen wollten den Prozess führen und haben sich an diesem beteiligt, inklusive dem Willensvollstrecker. Die Beteiligung der einzelnen Erben war zwar überflüssig, aber nicht schädlich, weil der Willensvollstrecker im eigenen Namen handeln kann.²¹¹ Es existieren keine Personen, welche sich zusätzlich am Prozess hätten beteiligen sollen, und es gibt auch keine Personen, mit denen die prozessführenden Personen verwechselt werden könnten. Sodann wurde (3) mit dem Ausdruck «Erbengemeinschaft René Rick» angegeben, dass für die Erbengemeinschaft gehandelt wird. Damit wurde zum Ausdruck gebracht, dass die Wirkungen den unverteilter Nachlass und nicht die einzelnen Erben betreffen sollen. Das ist genau die Wirkung, welche erzielt wird, wenn der Willensvollstrecker einen Prozess in Prozessstandschaft führt.²¹² Pichler führt aus: «Solange aus der Klage und ihrer Begründung insgesamt klar hervorgeht, dass sich die Klage auf die durch den Willensvollstrecker vertretenen Rechte und Pflichten aller Erben am unverteilter Nachlass bezieht, sollte ihr nicht die Parteibezeichnung zum Verhängnis werden.»²¹³ Etwas anderes wäre überspitzter Formalismus.²¹⁴ Aus diesem Grund kann auch im vorliegenden Fall eine Berichtigung der Parteibezeichnung vorgenommen werden. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgericht, denn dieses hat in seinem Urteil 5P.355/2006 vom 8.11.2006 festgehalten, dass es die Vertretertheorie zwar verwirft, aber es hat den Entscheid des Obergerichts, in welchem diese Theorie vertreten wurde, nicht umgestossen.²¹⁵ Rechtsvergleichend sei erwähnt, dass im deutschen Recht ein im Prozess gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Leistungsurteil «über ein seiner Verwaltung unterliegendes Nachlassrecht ... jederzeit gegen den Erben umgeschrieben werden (kann), sofern der Titel gegen ihn nach § 327 Abs. 2 ZPO wirkt ...».²¹⁶

²⁰⁹ Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 70 zu Art. 518 ZGB.

²¹⁰ Vgl. vorne, 10.1 a).

²¹¹ Vgl. vorne, 10.1 a).

²¹² Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, N. 78 zu Art. 518 ZGB.

²¹³ Pichler, Diss., S. 63.

²¹⁴ Ebenso Pichler, Diss., S. 63 f.

²¹⁵ Vgl. BGer. 5P.355/2006 vom 8. November 2006 E. 3.2: «Das Obergericht ist damit der sog. Vertretertheorie gefolgt, die das Bundesgericht abgelehnt hat Sein Entscheid ist nicht bereits deshalb willkürlich, wie das die Beschwerdeführerin annimmt».

²¹⁶ Mayer, § 11 N. 41.

11.3 Wie steht es mit der Prozessführungsbefugnis?

a) Die unverteilte Erbschaft ist im Prozess grundsätzlich parteifähig.²¹⁷ Wenn allerdings ein Willensvollstrecker vorhanden ist, ist dieser Partei und die *Prozessführungsbefugnis* liegt von Gesetzes wegen bei ihm²¹⁸ und somit nicht mehr bei der Erbengemeinschaft.²¹⁹ Vorliegend ist somit die Prozessführungsbefugnis beim Willensvollstrecker gegeben, und zwar *umfassend*.²²⁰ Er kann sich mit dem Willensvollstrecker ausweis²²¹ legitimieren oder einer Erbbescheinigung, auf welcher der Willensvollstrecker erwähnt ist.²²²

b) Der Willensvollstrecker kann *im Einzelfall auf die Ausübung seiner exklusiven Prozessführungsbefugnis verzichten* und diese z.B. den Erben zur Ausübung überlassen.²²³ Ähnlich ist die Rechtslage des Testamentsvollstreckers im BGB.²²⁴ Es kann hier offengelassen werden, ob der Willensvollstrecker im vorliegenden Fall zur Prozessführung befugt gewesen sei oder ob er konkludent auf seine exklusive Prozessführungsbefugnis zugunsten einer «Vertretung der Erben» verzichtet habe. Die notwendige Prozessführungsbefugnis war jedenfalls vorhanden.

²¹⁷ Vgl. *Zürcher*, N. 23 zu Art. 59 ZPO; er verweist auf BGE 102 II 385, wo allerdings nur festgehalten wird, dass die unverteilte Erbschaft betrieben werden kann (Art. 49 SchKG) und offengelassen wurde, ob die unverteilte Erbschaft im Aberkennungsprozess parteifähig sei.

²¹⁸ Vgl. *Zürcher*, N. 67 f. zu Art. 59 ZPO.

²¹⁹ Vgl. *BSK-Karrer/Vogt/Leu*, N. 69 zu Art. 518 ZGB; *PraxKomm-Christ/Eichner*, N. 107 zu Art. 518; *BK-Künzle*, N. 467 zu Art. 517–518 ZGB.

²²⁰ Vgl. *BSK-Karrer/Vogt/Leu*, N. 71 zu Art. 518 ZGB.

²²¹ Vgl. dazu *PraxKomm-Christ/Eichner*, N. 19 f. zu Art. 517 ZGB; *BK-Künzle*, N. 34 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

²²² Vgl. *PraxKomm-Christ/Eichner*, N. 21 zu Art. 517; *BK-Künzle*, N. 48 ff. zu Art. 517–518 ZGB.

²²³ Vgl. *ZK-Escher*, N. 31 zu Art. 518 ZGB (Die Prozessführungsbefugnis ist an die Verwaltung gebunden) und N. 7 zu Art. 518 ZGB (Der Willensvollstrecker kann seine Verwaltungsbefugnis teilweise aufgeben, indem er Nachlassgegenstände vorzeitig den Erben überlässt).

²²⁴ Zur Prozessführungsbefugnis des Testamentsvollstreckers vgl. BGHZ 38 S. 281, 286: Überlassung der Prozessführung an die Erben; *Walter Zimmermann*, Kommentar zu §§ 2197–2228 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Erbrecht, München 2010, § 2212 BGB N. 18 («Der Erbe als Prozessstandschafter des Testamentsvollstreckers») und § 2212 BGB N. 3 (die Prozessführungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht zwingend ist); wie der Testamentsvollstrecker sein Verwaltungsrecht an Nachlassgut aufgeben kann (§ 2217 BGB), kann er auch die Prozessführung den Erben überlassen, vgl. *Wolfgang Reimann*, Kommentar von §§ 2197–2228 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 5: Erbrecht, Berlin 2003, § 2212 BGB N. 9.