

Die Aufsicht über den Willensvollstrecker

Verfahren und Rechtsmittel

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Zuständigkeit	934
II. Legitimation des Beschwerdeführers	935
III. Gegenstand der Beschwerde	937
IV. Inhalt der Beschwerde	937
V. Beschwerdefrist?	941
VI. Aufsichts-Verfahren	941
1. Summarisches Verfahren	941
2. Vorsorgliche Massnahmen	944
3. Aufsichtsrechtliche Massnahmen	945
4. Kostentragung	947
VII. Rechtsmittel	948
1. Kantonale Instanzen	948
2. Bundesinstanz	948
3. Kostentragung	950
VIII. Nachtrag: Erbrechtsrevision	950

Dieser Aufsatz ist eine nachgeführte Fassung meiner Ausführungen im Berner Kommentar. Das Aufsichtsverfahren hat mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung, an deren Entstehung der Jubilar massgebend mitgewirkt hat, neue Grundlagen erhalten und wird in naher Zukunft noch schärfere Konturen annehmen.

I. Zuständigkeit

- a) Der Willensvollstreckter untersteht *zwingend* einer Aufsicht, was aus Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB abgeleitet wird und in erster Linie bedeutet, dass der Erblasser den Willensvollstreckter nicht von der (behördlichen) Aufsicht befreien kann.¹
- b) Die *zuständige Behörde* wird von den Kantonen bestimmt (Art. 54 SchlT), meist im EG zum ZGB.² Eine aktualisierte Liste der zuständigen Behörden ist auf www.succeasio.ch/index.php?id=146 online einzusehen.³ Die Aufsichtsbehörde überprüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen.⁴ BRACHER fragt kritisch, ob bei allen kantonalen Behörden die notwendige Fachkompetenz vorhanden sei.⁵
- c) Ob die Erben mit dem Willensvollstreckter vereinbaren können, dass ein *Schiedsgericht* ihn beaufsichtigt, ist umstritten, weil die Schiedsfähigkeit der Aufsicht von der herrschenden Meinung bezweifelt wird.⁶ Ähnlich ist die Rechtslage in Deutschland: Während die Rechtsprechung die Schiedsfähigkeit verneint,⁷ hat MUSCHELER sie überzeugend bejaht.⁸ M.E. sind die vom Richter behandelten materiell-rechtlichen Fragen der Aufsicht⁹ ebenso schiedsfähig, wie die von der Aufsichtsbehörde behandelten formellen Fragen,¹⁰ soweit diese vermögensrechtlicher Natur sind.¹¹
- d) Die weitere Frage, ob der Erblasser einseitig verfügen könne, dass ein *Schiedsgericht* die Aufsicht über den Willensvollstreckter wahrnehmen soll, ist aus einem weiteren

1 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 515 m.w.N.

2 Vgl. SOG 1994, 33 Nr. 10 E. 1.

3 Vgl. www.succeasio.ch/index.php?id=146.

4 Vgl. IdT 79 (1931) III, S. 78 ff.

5 Vgl. HANSJÜRGEN BRACHER, Der Willensvollstreckter insbesondere im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1966, S. 149; siehe dazu hinten, VIII.

6 Zum Meinungsstand vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstreckter in der Erbteilung, successio 7/2013, S. 321, insbesondere Fn. 130.

7 Vgl. OLG Karlsruhe 11 Wx 94/07, ZEV 16 (2009) 466; zustimmend THOMAS STORZ, Kann ein Erblasser die Entlassung des Testamentsvollstreckers (§ 2227 BGB) testamentarisch einem Schiedsgericht übertragen?, SchiedsVZ 2010, S. 200 ff.

8 Vgl. KARLHEINZ MUSCHELER, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 16/2009, 319.

9 Vgl. dazu hinten, IV. e).

10 Vgl. dazu hinten, IV. a) – b).

11 Vgl. KÜNZLE, successio 2013 (Fn. 6), S. 321, wo allerdings die Einschränkung «soweit diese vermögensrechtlicher Natur sind» noch nicht gemacht wurde; das Bundesgericht bezeichnet die Aufsicht als «grundsätzlich vermögensrechtliche Angelegenheit» (BGer 5A_794/2011 E. 1).

Grund umstritten: Der Gesetzgeber hat vergessen, eine § 1066 der deutschen ZPO¹² entsprechende Regelung in die schweizerische ZPO aufzunehmen, welche die (einseitige) Anordnung eines Schiedsgerichts im Testament erlauben würde.¹³ Es ist geplant, eine entsprechende Gesetzesrevision zusammen mit dem Jubilar anzustossen.¹⁴ Bis es allerdings soweit ist, wird in der Praxis geraten, Schiedsgerichte in Erbsachen nur im Rahmen einer Vereinbarung (unter Lebenden oder von Todes wegen) vorzusehen.¹⁵

- e) Für das Aufsichtsverfahren *örtlich zuständig* ist die Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 2 ZPO¹⁶ bzw. Art. 86 Abs. 1 IPRG).¹⁷

II. Legitimation des Beschwerdeführers

- a) Weder der Erblasser noch der Willensvollstreckter können die Legitimation zur Beschwerdeführung beeinflussen. Zur Beschwerde *aktiv legitimiert* sind: (1) Jeder einzelne *Erbe* (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3),¹⁸ auch der provisorische und virtuelle Erbe,¹⁹ (2) jeder einzelne *Vermächtnisnehmer* (soweit es um die Ausrichtung seines Vermächtnisses geht),²⁰ (3) jeder einzelne *Erbschaftsgläubiger* (soweit es um die Bezahlung seiner Schuld geht),²¹ (4) jeder einzelne *Erbgangsgläubiger* (soweit es um

12 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Einleitung, in: HANS RAINER KÜNZLE (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2012, S. 4.

13 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/NICOLAS GUT, Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln, in: HANS RAINER KÜNZLE (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Zürich 2012, S. 150 ff.

14 Der Jubilar ist Präsident des Schweizerischen Vereins Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (www.schiedsgerichte-erbsachen.ch), dessen Vorstand sich eine Ergänzung der Zivilprozessordnung «auf die Fühne geschrieben» hat.

15 Vgl. SUBVILLE PESTALOZZI-FRÜH, Testamentarische Schiedsklauseln – ein risikoreiches Unterfangen, successio 5/2011, S. 170 ff.; DENIS PIOTET, la clause arbitrale fondée sur l'acte à cause de mort et la nouvelle procédure civile, successio 5/2011, S. 164 ff.; ebenso die Empfehlung des Schweizerischen Vereins Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen, vgl. www.schiedsgerichte-erbsachen.ch/22122/8464.html.

16 Vgl. ZÜRCHER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 28 ZPO N 30.

17 Vgl. PraxKomm Erbrecht- GRAHAM-SIEGENTHALER, Anhang IPR N 131.

18 Vgl. ATP 5/1996, S. 87, E. 2b; BJM 1963, 203: «jeden Erben».

19 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012, Rz. 314; zum Begriff der provisorischen und virtuellen Erben vgl. PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB N 21 und 22.

20 Vgl. BGE 90 II 376, E. 3 S. 383: «auf Antrag eines materiell an der Erbschaft Beteiligten»; Max. XI/1971 – 80, S. 75 Nr. 61: «auf Antrag eines materiell an der Erbschaft Beteiligten»; BJM 1963, S. 203: «jeden (...) Bedachten»; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 99.

21 Vgl. BYR 21/1996, S. 505, E. 3b: «Erbschaftsgläubiger»; SGGVP 1969, S. 179 Nr. 91, E. 1; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 99.

die Bezahlung seiner Schuld geht),²² und (5) jeder einzelne *Auflagebegünstigte* (soweit es um die Erfüllung der Auflage geht, für welche er begünstigt ist; Art. 482 Abs. 1 ZGB).

- b) Zur Beschwerde *nicht aktiv legitimiert* sind: (1) *Erwerber von Erbanteilen*,²³ (2) *Angehörige von Erben* (wie der geschiedene Ehemann der Erblasserin)²⁴ und (3) andere *Drittpersonen* «ohne näheren Bezug zur Erbschaft».²⁵
- c) Der *Willensvollstreckter* selbst ist nach herrschender Praxis *nicht legitimiert*, die Aufsichtsbehörde anzurufen, auch nicht, um von ihr Rat zu holen.²⁶ Angesichts der Tatsache, dass der executor im common law den Probate Court mit grosser Selbstverständlichkeit anrufen kann,²⁷ ist zu überlegen, ob dies nicht auch dem Willensvollstreckter zugestanden werden sollte.²⁸ Dagegen kann eingewendet werden, dies verleihe den Willensvollstreckern dazu, seine Verantwortung auf die Aufsichtsbehörde abzuschieben,²⁹ und es vielmehr die Aufgabe von Beratern, Hilfspersonen oder Delegierten sei, wenn der Willensvollstreckter mit den Verhältnissen des Erblassers oder der Materie (zu) wenig vertraut sei. Solche Einwände geben Anlass, den Zugang zur Aufsichtsbehörde de lege ferenda nur mit Zurückhaltung zu gewähren, nicht aber, ihn ganz auszuschliessen. Von einer solchen Legitimation darf man allerdings nicht allzu viel erwarten, weil die Aufsichtsbehörde – im Gegensatz zum Probate Court³⁰ – für materiell-rechtliche Fragen nicht zuständig ist.³¹

²² Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 99.

²³ Vgl. PKG 1964, S. 134 f. Nr. 55, E. 4: «(...) sonst könnte ein aussenstehender Dritter auf dem Wege der Zession sich in die Erbschaftsangelegenheiten einmischen (...)».

²⁴ Vgl. SGGVP 1969, S. 178 Nr. 91.

²⁵ Vgl. BVR 21/1996, S. 505, E. 3b; ähnlich OLG München ZErB 2005, S. 424 (Miterbe, dessen Anteil der Testamentensvollstreckung nicht unterliegt).

²⁶ Offengelassen in GR-KGE PZ 02 127 vom 1.4.2003, E. 1; umstritten nach BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 315.

²⁷ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstreckter im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 403 f.; EDMOND R. DAVIS, Instructions, in: VICTOR L. CHUAN ET AL. (Hrsg.), California Decedent Estate Administration, Bd. I, Oakland 2009, S. 749 ff.

²⁸ In diesem Sinne BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 101: «Der Willensvollstreckter selbst ist zu einer Anfrage bei der Aufsichtsbehörde aktivlegitimiert, um Rat oder Weisung einzuholen oder ein von ihm beabsichtigtes Geschäft genehmigen zu lassen»; ebenso BRACHER (Fn. 5), S. 141: Es steht dem Willensvollstreckter «frei, Weisungen zu verlangen oder nicht»; ebenso [bezüglich des Erbenvertreters] BGER 5A_806/2009 E. 3.1; weiter vgl. hinten, VIII.

²⁹ In diesem Sinne ROGER WEBER, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, AJP 6/1997 S. 561: «Der Beauftragte [sc. Willensvollstreckter, Erbschaftsverwalter usw.] selbst kann seine Verantwortung nicht durch Vorlage einer Frage an die Aufsichtsbehörde abschieben».

³⁰ Vgl. KÜNZLE (Fn. 27), S. 393 f.

³¹ Vgl. dazu hinten, IV.

- d) Schliesslich kann die Aufsichtsbehörde *von Amtes wegen* eingreifen.³² Dies wird sie häufig aufgrund einer Anzeige eines (nicht zur Beschwerde legitimierten)³³ Dritten tun.³⁴
- e) Im Aufsichtsverfahren ist der Willensvollstreckter *passiv legitimiert*.³⁵

III. Gegenstand der Beschwerde

Gegenstand der Beschwerde sind sowohl *durchgeführte*, als auch *unterlassene Handlungen* des Willensvollstreckers (Verpflichtungen, Verfügungen, Prozesshandlungen, Erteilung von Auskunft und Information). Denkbar ist es auch, dass bloss *beabsichtigte* (angekündigte) Handlungen des Willensvollstreckers von der Aufsichtsbehörde beurteilt werden.³⁶

IV. Inhalt der Beschwerde

- a) Die Aufsichtsbehörde *überprüft nur das (formelle) Vorgehen* des Willensvollstreckers³⁷ (in einem summarischen Verfahren).³⁸ Sie darf keine materiell-rechtlichen Fragen entscheiden,³⁹ und diese auch nicht vorfrageweise behandeln,⁴⁰ weil der Zivilrichter für diese (im ordentlichen Verfahren) zuständig ist.⁴¹
- b) Zum (formellen) Vorgehen, welches *Beschwerdegrund* sein kann, gehören: (1) Die *rechtliche Unfähigkeit* des Willensvollstreckers (von der Handlungsunfähigkeit über den Konkurs bis zum Tod),⁴² (2) die *tatsächliche Unfähigkeit* (von der länger dauern-

³² Vgl. BGER 5C.777/1988 (unveröffentlicht) S. 3 E. 2; LGVE 1978 III 34 Nr. 11, E. 1; Max. XI/1971 – 80, S. 75 Nr. 61; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 98.

³³ Vgl. dazu vorne, II. b).

³⁴ Vgl. BGE 90 II 376 383, E. 3; SGGVP 1969, S. 178 Nr. 91; Geschiedener Ehemann, welcher nicht gesetzlicher Vertreter des erbenden Kindes ist.

³⁵ Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 316; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 100.

³⁶ Vgl. OW-AbR 1984 – 1985, S. 51 Nr. 11, E. 1.

³⁷ Vgl. SGGVP 1983 – 84, S. 197 E. 3b: «Prüfung der formellen Richtigkeit und der Angemessenheit der Vorkehren des Willensvollstreckers»; WALTER SCHICKER, Die Rechtsstellung des nach Art. 602/III für eine Gemeinschaft ernannten Vertreters, Diss. Zürich 1951, S. 135 f.

³⁸ Vgl. dazu hinten, V. 1.

³⁹ Vgl. BRUNO DERREER, Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstreckter und den Erbschaftsliquidiator, Diss. Zürich 1985, S. 30 ff.; BRACHER (Fn. 5), S. 143.

⁴⁰ Vgl. MBVR 40/1942 S. 394 Nr. 194, E. 2: Weisung an einen Willensvollstreckter zum Vollzug einer letztwilligen Verfügung, deren Gültigkeit umstritten ist.

⁴¹ Vgl. dazu hinten, IV. d.

⁴² Vgl. BGE 90 II 376, E. 1 S. 379: «unfähigen»; ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 174 Nr. 46, E. 1a: «Unmöglichkeit gehöriger Erfüllung des Mandates (z. B. wegen (...) Konkurs (...))»; ZR 76/1977, S. 266 Nr. 101, E. 3; Max. XI/1971 – 80, S. 74 Nr. 61; ZBGR 27/1946, S. 174 und 237; da Handlungsfähigkeit vorausgesetzt wird (Art. 517 Abs. 1 ZGB), ist jede Einschränkung der Handlungsunfähigkeit des Willensvollstreckers Grund für seine Absetzung; Zahlungsunfähigkeit bzw. Konkurs des Willensvollstreckers nach dem Ableben des Erblassers ist ebenfalls ein Absetzungsgrund.

den Krankheit über die andauernde Überlastung bis zur länger dauernden Abwesenheit),⁴³ (3) die *fachliche Unfähigkeit* (welche vorliegt, wenn der Willensvollstrecker zusammen mit seinen Beratern, Hilfspersonen und Delegierten seine Aufgaben nicht beherrscht),⁴⁴ (4) *Untätigkeit* (von der schleppenden Abwicklung bis zur völligen Inaktivität),⁴⁵ (5) die *Unangemessenheit einer Handlung* (von der mangelhaftigkeit bis zur offensichtlichen Willkür),⁴⁶ (6) *fehlende Information* (von der mangelhaften bis zur vollständig fehlenden Information) in einfachen Fällen,⁴⁷ die *fehlende*

43 Vgl. ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 174 Nr. 46, E. 1a: «Unmöglichkeit gehöriger Erfüllung des Mandates (z.B. wegen Krankheit (...) oder Abwesenheit)»; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 104: «Landesabwesenheit; Krankheit und Abwesenheit schaden nur dann, wenn sie zur Folge haben, dass die Geschäfte des Willensvollstreckers stille stehen; Abwesenheit schadet z.B. dann nicht, wenn sich der Willensvollstrecker so organisieren kann (durch Delegation von Aufgaben, Auslagerung von Tätigkeiten und Tätigwerden aus dem Ausland über email und elektronische Netze), dass die Geschäfte weiter laufen; wie ein im Ausland wohnender Willensvollstrecker akzeptiert wird (BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 4), der in der Schweiz tätig wird, so muss auch ein in der Schweiz wohnender Willensvollstrecker akzeptiert werden, der sich vorübergehend im Ausland aufhält und die Geschäfte von dort aus weiter führt.

44 Vom Willensvollstrecker wird zwar nicht verlangt, dass er besondere Fähigkeiten aufweist (BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 4); wenn er aber z.B. das Gebiet des Erbrechts nicht beherrscht, ist er verpflichtet, sich beraten zu lassen, denn es wird vorausgesetzt, dass er (zusammen mit seinen Beratern, Hilfspersonen und Delegierten) seine Aufgabe beherrscht; entsprechendes gilt vom Steuerrecht und vom Führen einer Buchhaltung oder eines Unternehmens sowie von der Anlage des Vermögens.

45 Vgl. LGVE 2006 III 418 f. Nr. 10, E. 3: Verzögerung des Vollzugs der Erbteilung; LGVE 2002 I 102 Nr. 47: Verschleppung; Rep. 114/1981, S. 123, E. 4: «rifiuto di rendere conto dell'amministrazione ad un erede»; ZR 76/1977, S. 266 Nr. 101 E. 3: «bei grob saumseliger Amtsführung und Verschleppung»; Rep. 36/1913, S. 687: «negligenza»; in komplexen Nachlässen muss man dem Willensvollstrecker mehr Zeit einräumen als in einfachen Nachlässen; dann kann schon die Erstellung des Inventars mehrere Monate in Anspruch nehmen (§§ 8800 [b] Cal.Prob.Code: 4 und mehr Monate – «the court may allow such further time (...) as is reasonable under the circumstances of the particular case»); wenn der Erblasser einen Willensvollstrecker auswählt, von dem er weiss, dass er aufgrund seines Berufs nur einen Bruchteil seiner Zeit für die Willensvollstreckung einsetzen kann, ist dies beim Arbeitstempo ebenfalls zu berücksichtigen.

46 Vgl. BGE 97 II 11, E. 4, S. 20: Versteigerung einer Liegenschaft in der Erbteilung unter den Erben oder öffentlich; OW-ABR 1984 – 1985, S. 50 Nr. 11, E. 1: «willkürliche oder offenbar unsachgemässe Anordnungen»; Rep. 115/1982, S. 370, E. 1: «provvedimenti arbitrari e negligente amministrative»; LGVE 1979 III 39 Nr. 21, E. 2: «Angemessenheit der Massnahmen (z.B. Willkür)»/Baugesuch ohne Zustimmung der Erben; ZR 76/1977, S. 266 Nr. 101, E. 3: «willkürliche oder offenbar unsachliche Anordnungen»; SGGVP 1957, 181 Nr. 85 E. 1a: «willkürlichen oder offenbar unsachlichen Verfügungen»; PKG 1951, S. 142 Nr. 62, E. 2: «Angemessenheit der Massnahmen»; ZBGR 27/1946, S. 237: «willkürlichen oder offenbar unsachgemässen Verfügungen».

47 Vgl. RVJ 2005, S. 242, E. 1a: violer les devoirs de «renseigner les héritiers sur les affaires de la succession dans toute la mesure nécessaire à l'exercice de leurs droits».

Neutralität (von der Unausgewogenheit bis zur Parteilichkeit)⁴⁸ und *weitere Pflichtverletzungen*.⁴⁹

c) *Kein selbständiger Beschwerdegund* sind *Meinungsverschiedenheiten* zwischen dem Willensvollstrecker und den Erben.⁵⁰

d) Zu den *materiell-rechtlichen Fragen*, welche nicht von der Aufsichtsbehörde, sondern vom Richter (im ordentlichen Verfahren) zu beurteilen sind,⁵¹ gehören insbesondere: (1) die *Ungültigkeitsklage* (Ungültigkeit der Ernennung eines Willensvollstreckers)⁵², (2) die *Herabsetzungsklage* (Verletzung des Pflichtteils durch die Ernennung eines Willensvollstreckers: z.B. Dauervollstreckung),⁵³ (3) die *Teilungsklage* (schleppender Vollzug der Erbteilung),⁵⁴ (4) das *Honorar* des Willensvollstreckers (überhöhtes Honorar inkl. Rückforderung),⁵⁵ (5) *fehlende Information/Auskunft* in komplexen Fällen,⁵⁶ (6) die *Haftung* des Willensvollstreckers,⁵⁷ (7) der *Umfang der Verfügungsmacht* (Frage, ob Verfügungen des Willensvollstreckers durch die Anordnungen des Erblassers gedeckt sind)⁵⁸ und schliesslich (8) die Absetzung des Willensvollstreckers

48 Vgl. Rep. 36/1913, S. 687: «infedeltà»; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 104: «Voreingenommenheit oder fehlende Integrität».

49 Vgl. BGE 90 II 376, E. 1 S. 379: «pflichtvergessenen Willensvollstrecker»; ZR 76/1977, S. 266 Nr. 101, E. 3: fehlende Bildung von Rückstellungen für Schulden; WEBER, AJP 1997 (Fn. 29), S. 554: Verweigerung der Mitwirkung bei der Ermittlung der Erben.

50 Vgl. ZBGR 27/1946, S. 57 Nr. 10: Meinungsverschiedenheiten sind kein Grund für eine Absetzung des Willensvollstreckers; Rep. 36/1913, S. 685: «Ma tale misura [sc. revocarlo dalle sue funzioni] non sarebbe giustificata pel solo motivo di rapporti cattivi esistenti fra l'erede e l'esecutore testamentario»; MBVR 38/1940, S. 75 Nr. 34: «Der Umstand allein, dass die Erben die Absetzung übereinstimmend begehren, reicht aber zur Begründung eines solchen Begehrens nicht aus»; zu weit geht allerdings eine grobe Beleidigung der Erben, vgl. OLG München MDR 1988, S. 674.

51 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 451 ff.; SJZ 21/1924 – 25, S. 12 Nr. 2, E. 4; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, Bern 4. Aufl., 1997, § 14 Rz. 49 f.

52 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 16 ff. und N 482.

53 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 53 und N 483.

54 Vgl. LGVE 2006 III 419 Nr. 10, E. 3: «Verzögert der Willensvollstrecker den Vollzug, so können die Erben (...) beim ordentlichen Richter auf Ausrichtung der Erbteile klagen»; LGVE 1979 III 39 Nr. 21, E. 2: «Teilungsvorschlag, die Teilung selbst».

55 Vgl. BGE 78 II 123, E. 1a S. 125 f.: «Die Aufsichtsbehörde (...) ist nicht zuständig, da die Honorierung des Willensvollstreckers nicht mehr zur Willensvollstreckung gehört, sondern zur Liquidation des Mandatsverhältnisses nach deren Durchführung in Anwendung des Art. 517 und der einschlägigen Bestimmungen des Auftragsrechts»; ZGGVP 1983 – 84, S. 199; auch die Aufsichtsbehörde für Rechtsanwältinnen ist nicht zuständig, vgl. Rep. 109/1976, S. 72, E. 1.

56 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 452 und 221: «Der Anspruch der Erben auf Auskunft ist zivilrechtlicher Natur (...) und selbständig, d.h., er kann -ohne Rücksicht auf eine allfällige künftige Prozessführung- (82 II 555 E. 4 S. 564 [...]) geltend gemacht werden».

57 Vgl. SGGVP 1957, S. 183 Nr. 85, E. 1d.

58 Vgl. BGE 97 II 11, E. 1 S. 13 f.

wegen einer *Interessenkollision*.⁵⁹ Umstritten ist das Verfahren bei der Interessenkollision.⁶⁰ Deren komplexe Struktur verlangt m.E. immer ein ordentliches Verfahren, im summarischen Verfahren kann sie nicht bewältigt werden, ob sie nun ursprünglich oder nachträglich ist, vom Erblasser oder vom Willensvollstrecker verursacht.⁶¹ Anders liegt der Fall bei der Auskunft/Information: Der Auskunftsanspruch kann in einfachen und klaren Fällen im Rahmen eines (summarischen) Verfahrens durchgesetzt werden.⁶²

e) In der Praxis ist die *Abgrenzung* zwischen formellen und materiell-rechtlichen Fragen oft schwierig.⁶³ Als Beispiel mag die Auszahlung eines Vorschusses dienen: Diese kann im Verfahren vor der Aufsichtsbehörde behandelt werden, wenn sie die Erbteilung nicht präjudiziert,⁶⁴ ansonsten handelt es sich um eine materiell-rechtliche Frage, welche vom Richter zu beurteilen ist. Im Zweifel müssen vorsichtshalber beide Wege beschritten werden.⁶⁵

f) *De lege ferenda*: In Deutschland ist fast ausschliesslich der Zivilrichter zuständig,⁶⁶ das Nachlassgericht nur in den vom Gesetz genannten Fällen, insbesondere für die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 Abs. 1 BBG. Dieses Modell eignet sich nicht für eine Übernahme ins schweizerische Recht, weil die Aufsicht in Deutschland nur schwach ausgeprägt ist. Auch eine Zusammenführung der beiden Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörde und des Zivilrichters⁶⁷ nach dem Muster des Probate Court⁶⁸ behebt nicht alle Probleme, weil die Dualität des Verfahrens (summarisches und ordentliches Verfahren)⁶⁹ bestehen bleibt und wohl keine ausschliessliche Zuständigkeit geschaffen würde.⁷⁰ Deshalb kann man ebenso gut mit dem bestehenden System weiterfahren.

59 Vgl. BGE 90 II 376, E. 5 S. 386 ff.; LGVE 1978 III 35 Nr. 11, E. 2a; RVJ 2005, S. 242 E. 1a und 243 f. E. 2a; anders BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 104, welche die nachträgliche Interessenkollision bei der Aufsichtsbehörde ansiedeln.

60 Zu den kontroversen Meinungen vgl. etwa MARTIN KARRER, Aufsicht über den Willensvollstrecker – 5A_414/2012, successio 7/2013, S. 240; BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 7.

61 Vgl. BGE 90 II 376, E. 4 S. 385 f., wo betont wird, dass das Verfahren kontradiktorisch durchzuführen sei und den bundesrechtlichen Erfordernissen an einen Zivilprozess genügen müsse.

62 Vgl. vorne, IV. b) (6); JEAN NICOLAS DRUEY, Der Anspruch der Erben auf Information, BJM 1988, S. 118 f.

63 Vgl. WEBER (Fn. 29), AJP 1997, S. 561: «Bisweilen hätte man um das Resultat wohl geradesogut würfeln können (...).»

64 Vgl. ZGGVP 1983 – 84, S. 198 E. 3c; ZGGVP 1977 – 78, S. 132 f. E. 3 und 4.

65 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 105.

66 Vgl. FLORIAN DIETZ, Kapitel 1, in: MANFRED BENDEL/WOLFGANG REIMANN (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., München 2013, Rz. 117; BayObLGZ 1953, S. 357.

67 So schon mein Vorschlag in KÜNZLE (Fn. 27), S. 394.

68 Vgl. KÜNZLE (Fn. 27), S. 393.

69 Vgl. dazu vorne, IV. a) und c).

70 Auch der Probate Court geniesst keine ausschliessliche Zuständigkeit, vgl. KÜNZLE (Fn. 27), S. 393.

V. Beschwerdefrist

a) Die Beschwerdelegitimierten⁷¹ können die Beschwerde grundsätzlich vorbringen, *solange der gesetzswidrige Zustand andauert*.⁷² M. E. gibt es keine Fristen zu beachten, da der Willensvollstrecker keine förmlichen Entscheide trifft, welche er den Erben oder anderen Beteiligten eröffnet.⁷³ Es stellt sich einzig die Frage, ob das Zuwarten mit einer Beschwerde im Einzelfall missbräuchlich sei. Dies dürfte nur unter besonders ausgeprägten Umständen der Fall sein.

b) Der Willensvollstrecker kann das Beschwerderecht nicht beeinflussen, er kann insbesondere *keine eigene Frist setzen*, nach deren Ablauf die Beschwerde nicht mehr möglich wäre (Beschwerdeprovokation).⁷⁴

VI. Aufsichts-Verfahren

1. Summarisches Verfahren

a) Das Aufsichtsverfahren ist eine *Angelegenheit der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit*.⁷⁵ Wenn eine gerichtliche Behörde das Aufsichtsverfahren durchführt, richtet sich dieses nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 1 lit. b ZPO),⁷⁶ insbesondere Art. 248 ff. ZPO (*summarisches Verfahren*).⁷⁷ Wenn eine Verwaltungsbehörde das Aufsichtsverfahren durchführt, wird das Verfahren von den Kantonen bestimmt (Art. 54 Abs. 3 SchlT),⁷⁸ welche meist ebenfalls ein summarisches Verfahren durchführen.⁷⁹ Art. 248 ff. ZPO kommen in diesem Fall nicht direkt zur Anwendung,⁸⁰ wohl aber analog, um fehlende Regeln zu ergänzen.⁸¹ Nachfolgend werden einige

71 Vgl. vorne, II.

72 Vgl. SJZ 21/1924 – 25, S. 12 Nr. 2, E. 2: Die Beschwerde kann «jederzeit angebracht werden».

73 Anders BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 317, welche die für den Erbschaftsverwalter geltende Frist von 10 Tagen gegen dessen «Massregeln» (§ 139 Abs. 2 BS-EG ZGB) auf den Willensvollstrecker anwenden wollen.

74 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 34.

75 Vgl. BGE 98 II 272 S. 275; RVJ 2005, S. 242 E. 1a; IdT 138 (1990) III 31 E. a; Rep. 112/1979, S. 218 E. 3a; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 33.

76 Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 312a; CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUBENBERGER, ZPO Komm., Art. 248 ZPO N 23.

77 Vgl. Art. 248 lit. e ZPO; BSK-MAZAN, Art. 248 ZPO N 12.

78 Vgl. BVR 9/1984, S. 236 E. 6; BK-BERGER, Art. 1 ZPO N 36; DERRER (Fn. 39), S. 9.

79 Vgl. BGE 108 Ia 308, E. 2a S. 311; PKG 2002, S. 240 Nr. 44; BRÄCHER (Fn. 5), S. 144: die Amtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit «sind inquisitorischer Natur», zu Einzelheiten vgl. DERRER (Fn. 39), S. 71 ff.

80 Die Aufsicht über den Willensvollstrecker ist in der Aufzählung von Art. 249 ZPO nicht enthalten.

81 Vgl. VJS 32/1932, S. 7 Nr. 4, E. 3: «Mangels jeglicher Regelung dieses Verfahrens durch das ZGB oder das aarg. EinfG hierzu kommt daher weder das ordentliche noch ein bestimmtes der besonderen Verfahren der aarg. ZPO in Betracht (...) Das vor Bezirksgericht als Aufsichtsbehörde einzuschlagende Verfahren muss daher durch die Praxis bestimmt werden (...)».

Grundsätze erwähnt, welche für das Verfahren nach ZPO gelten, wegen fehlender Regeln aber regelmässig (analog) auch in kantonalen Verfahren angewendet werden dürften.

- b) Die Beschwerde muss ein *Rechtsbegehren* und Tatsachenbehauptungen enthalten.⁸² Im Verfahren nach ZPO sind auch die Beweismittel zu den Tatsachenbehauptungen anzugeben⁸³ (im kantonalen Verfahren teilweise nicht), eine rechtliche Begründung ist in beiden Verfahren fakultativ (Art. 252 ZPO).⁸⁴
- c) Im Aufsichts-Verfahren ist der *Sachverhalt von Amtes wegen* abzuklären (Art. 255 lit. b ZPO).⁸⁵ Soweit notwendig sind auch die nicht am Verfahren beteiligten Erben einzubeziehen.⁸⁶
- d) Den am Verfahren Beteiligten ist (im Rahmen von Art. 29 BV und Art. 6 EMRK) *rechtliches Gehör* zu gewähren.⁸⁷ So hat der Beschwerdeführer Anspruch auf sachliche Prüfung seiner Vorbringen⁸⁸ und der Willensvollstreckter muss – ausser bei besonderer Dringlichkeit (Art. 265 ZPO) – Gelegenheit erhalten, die Akten einzusehen und zu den Vorbringen des Beschwerdeführers Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO).⁸⁹ Üblicherweise erfolgt kein doppelter Schriftenwechsel.⁹⁰ Die Aufsichtsbehörde hat die

82 Vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. b und d; in Kalifornien benützt man Formulare, um die Entlassung des executor zu verlangen, vgl. LEONARD W. POLLARD II, *Action by and Against Representative*, in: California Decedent Estate Practice, Bd. 3, Oakland 2008, § 23.97; BRUCE S. ROSS/JACK W. SWINK, in: TERRENCE KINSMAN (Hrsg.), California Practice Guide Probate, Encino 1986, Rz. 14.490 und 14.129.

83 Vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e.

84 Vgl. CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 252 ZPO N 6 f., 8 f. und 12; zu Mustern für Rechtsbegehren vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 318 f.

85 Zur ZPO vgl. BK-GÜNGERICH, Art. 254 ZPO N 20 und Art. 255 ZPO N 5.
Zum kantonalen Verfahren vgl. LGVE 2008 I 83 Nr. 38, E. 7.9: Der Willensvollstreckter muss der Aufsichtsbehörde auch über Sachverhalte Auskunft geben, die in der Beschwerdeschrift nicht beanstandet wurden (Zahlung an Gesellschaft des Willensvollstreckers); EGVSZ 2002, S. 7 Nr. A.2.1, E. 2b; ZR 78/1979, S. 108 Nr. 53, E. 3b; VJS 32/1932, S. 7 Nr. 4, E. 4; PETER BREITSCHMID, Willensvollstreckter: Disziplinarische Absetzung eines Rechtsanwaltes als Willensvollstreckter, der das Mandat zwar nicht niederlegt, aber wechselnden Büromitarbeitern bzw. -partnern in eigener Verantwortung substituiert hatte (Entscheid.-Besprechung), AJP 5/1996, S. 91; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 33.

86 Vgl. ähnlich BREITSCHMID, AJP 1996 (Fn. 85), S. 91: «Das kann, muss aber nicht eine 'gesamthand-schaftliche' Beteiligung am Beschwerdeverfahren erfordern»; ebenso für Deutschland OLG Hamm 1994, S. 20.

87 Vgl. DERRER (Fn. 39), S. 67; zum deutschen Recht vgl. etwa BayObLG 1998, S. 43 mit Verweis auf Art. 103 Abs. 1 GG.

88 Vgl. ähnlich Art. 710 Abs. 2 CC it.: «l'autorità giudiziaria, prima di provvedere, deve sentire l'esecutore».

89 Vgl. Art. 253 ZPO.

90 Vgl. CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 253 ZPO N 11.

Schriftsätze der Gegenpartei zuzustellen und darauf kann (auch ohne Aufforderung) jede Partei replizieren, was so lange fortgesetzt wird, bis sich keine Partei mehr äussert.⁹¹ Die Fristen sind grundsätzlich eher kurz (10 Tage) und nicht erstreckbar; sie müssen aber in jedem Fall angemessen sein und somit in komplexeren Fällen länger angesetzt werden und erstreckbar sein.⁹²

- e) Der Beweis ist grundsätzlich mit Urkunden zu führen (Art. 254 Abs. 1 ZPO), aber es gibt keine Beweismittelbeschränkung (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO).⁹³ In der Hauptsache gibt es auch keine Beweismassbeschränkung (Regelbeweis der vollen Überzeugung), wohl aber bei vorsorglichen Massnahmen (Glaubhaftmachen).⁹⁴
- f) Eine *mündliche Verhandlung* ist an sich nicht vorgesehen,⁹⁵ aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK kann aber jede Partei eine solche verlangen (Art. 256 ZPO).⁹⁶
- g) Die Aufsichtsbehörde ist bei ihren *Entscheidungen* nicht an die Parteianträge gebunden.⁹⁷ Die Vorbringen der Beschwerdeführer sind «unter tatsächlichen wie rechtlichen Gesichtspunkten umfassend zu würdigen».⁹⁸ Aber die Aufsichtsbehörde darf nicht anstelle des Willensvollstreckers entscheiden, sondern nur bei offenkundiger Unsachlichkeit oder gar Willkür eingreifen. Sie muss sich bei der Überprüfung also Zurückhaltung auferlegen (*beschränkte Kognition*).⁹⁹ Eine summarische Begründung genügt.¹⁰⁰ Wenn sich Anordnungen im Nachhinein als unrichtig erweisen, können diese von der

91 Vgl. BK-GÜNGERICH, Art. 253 ZPO N 9 ff., welcher darauf hinweist, dass ohne Aufforderung innerhalb 10 Tagen repliziert werden sollte.

92 Vgl. CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 253 ZPO N 2 und 3.

93 Vgl. CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 248 ZPO N 24; BK-GÜNGERICH, Art. 254 ZPO N 19.

94 Vgl. BSK-MAZAN, Art. 248 ZPO N 14 und Art. 255 ZPO N 7; BSK-SPRECHER, Art. 261 ZPO N 50 ff.

95 Ebenso in Deutschland, vgl. OLG Köln 2005, S. 56: Eine Anhörung der Erben ist nicht zwingend.

96 Vgl. BK-GÜNGERICH, Art. 256 ZPO N 9 ff.

97 Vgl. EGVSZ 2002, S. 7 Nr. A.2.1, E. 2b; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 33; BRACHER (Fn. 5), S. 144.

98 Vgl. IdT 138 (1990) III 32 E. b: «la Chambre des recours peut revoir l'entier de la cause en fait et en droit»; BREITSCHMID, AJP 1996 (Fn. 85), S. 87.

99 Vgl. ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 176 Nr. 46, E. 1b; ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 116 f. Nr. 31, E. 2; BVR 9/1984, S. 236 f., E. 6: «Sie prüft nur die Zweckmässigkeit der vom Willensvollstreckter getroffenen oder geplanten Massnahmen und lässt ihm eine gewisse Ermessensfreiheit»; ZR 76/1977, S. 265 f. Nr. 101, E. 3: Die Aufsichtsbehörde darf sich «nicht an die Stelle des Willensvollstreckers setzen und das ihr zweckmässig erscheinende vorkehren»; PETER BREITSCHMID, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: JEAN NICOLAS DRUEY/PETER BREITSCHMID (Hrsg.), Praktische Probleme der Erbteilung, St. Gallen 1997, S. 124; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 22.

100 Vgl. BK-GÜNGERICH, Art. 256 ZPO N 13.

Aufsichtsbehörde (auf Antrag oder von Amtes wegen) in der Regel *abgeändert* oder *aufgehoben* werden,¹⁰¹ ohne dass ein Rechtsmittel ergriffen werden muss.¹⁰²

2. Vorsorgliche Massnahmen

- a) *Superprovisorische Massnahmen* setzen voraus, dass ein «nicht leicht wieder gutzumachender *Nachteil* droht», den es abzuwenden gilt (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).¹⁰³ Der Willensvollstreckter wird in diesem Fall erst nach Erlass dieser Massnahme angehört und die Aufsichtsbehörde entscheidet erst danach definitiv.¹⁰⁴
- b) Die Aufsichtsbehörde kann folgende vorsorgliche (*disziplinarische*) *Massnahmen* ergreifen:¹⁰⁵ Sie kann den Willensvollstreckter (*vorübergehend*) *suspendieren*, was etwa im Zusammenhang mit einem Absetzungsbegehren oder beim Einsatz eines Erbschaftsverwalters (Art. 554 ZGB) gemacht wird.¹⁰⁶ Eine solche Massnahme wird nur in klaren Fällen angeordnet und ist meist mit der Einziehung des Willensvollstreckerausweises verbunden.¹⁰⁷
- c) Die Aufsichtsbehörde kann etwa folgende vorsorgliche (*sachdienliche*) *Massnahmen* ergreifen: (1) Weisung erteilen, insbesondere ein *Verbot aussprechen* (allenfalls verbunden mit einer *Strafandrohung*),¹⁰⁸ (2) eine *Grundbuchsperr*¹⁰⁹ oder (3) die *Sperre eines Bankkontos* oder *-depots* anordnen.¹¹⁰

¹⁰¹ Vgl. Art. 256 ZPO, wo als weitere Voraussetzung genannt wird, dass das Gesetz oder die Rechtssicherheit dem nicht entgegenstehen darf; zur Änderung und Aufhebung von vorsorglichen Massnahmen vgl. Art. 268 ZPO.

¹⁰² Vgl. BK-GÜNGERICH, Art. 255 ZPO N 14; CHEVALIER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 256 ZPO N 9 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu BSK-SPRECHER, Vor Art. 261 – 269 ZPO N 3; BK-GÜNGERICH, Art. 261 ZPO N 27 ff. und Art. 261 ZPO N 25 ff.

¹⁰⁴ Vgl. HUBER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 265 ZPO N 15 ff.

¹⁰⁵ Zu den vorsorglichen Massnahmen allgemein vgl. Art. 261 ff. ZPO.

¹⁰⁶ Vgl. BGER 5A_574/2009 E. 1.1; LGVE 2008 I 86 Nr. 38 E. 7.6; Konkurs (Überschuldung von rund 23 Mio.) und Strafverfahren wegen Vermögensdelikten; ZR 78/1979, S. 258 Nr. 117, E. 6b; Rep. 106/1973, S. 98; SJZ 35/1938 – 39, S. 382 Nr. 63; «suspendu de son activité de notaire»; anders BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 102: «Eine vorläufige Amtseinstellung des Willensvollstreckers kommt kaum in Frage (...) Sie würde in der Verwaltung des Nachlasses ein Vakuum bewirken (...)».

¹⁰⁷ Vgl. den Sachverhalt von BGER 5P.352/2006: Wenn eine Interessenkollision nicht offensichtlich ist, wird der Richter davon absehen, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme den Willensvollstreckerausweis einzuziehen.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 262 lit. a ZPO; BK-GÜNGERICH, Art. 62 ZPO N 13 (Veränderungsverbot).

¹⁰⁹ Vgl. Art. 262 lit. c ZPO; BSK-SPRECHER, Art. 262 ZPO N 18; BK-GÜNGERICH, Art. 262 ZPO N 24.

¹¹⁰ Vgl. LGVE 2008 I 88 Nr. 38, E. 7.8: Darlehen an Gesellschaften, welche dem Willensvollstreckter nahe standen; ABSH 2008, S. 146: Gefahr, dass ein Willensvollstreckter sich weitere Vorschüsse für sein Honorar auszahlt; BK-GÜNGERICH, Art. 262 ZPO N 35 ff.

- d) Vorsorgliche Massnahmen *beschränken nur das künftige Handeln des Willensvollstreckers*.¹¹¹ Vom Willensvollstreckter bereits *vorgenommene Handlungen können von der Aufsichtsbehörde weder geändert noch rückgängig gemacht* werden,¹¹² diese können aber zur Haftung des Willensvollstreckers führen.¹¹³ Wenn sich vorsorgliche Massnahmen nachträglich als ungerechtfertigt erweisen, kann die Aufsichtsbehörde diese ändern oder aufheben (Art. 268 ZPO).¹¹⁴

3. Aufsichtsrechtliche Massnahmen

- a) Die Aufsichtsbehörde kann *sachbezogene Massnahmen* ergreifen und vom Willensvollstreckter (1) *Aufschluss* über seine Tätigkeit verlangen,¹¹⁵ (2) ihm (unverbindliche) *Empfehlungen* aussprechen¹¹⁶ oder (3) (verbindliche) *Weisungen* (Gebote oder Verbote) erteilen.¹¹⁷ Als Weisung formuliert wird etwa die Anordnung, (3a) ein Inventar zu erstellen,¹¹⁸ (3b) eine Forderung geltend zu machen,¹¹⁹ (3c) mit einem Verkauf

¹¹¹ Noch enger ist der Spielraum in Deutschland, wo das Nachlassgericht den Testamentsvollstreckter nur absetzen, aber nicht in sein Handeln eingreifen kann, vgl. OLG Karlsruhe 11 Wx 88/12 vom 24.8.2012.

¹¹² Vgl. OW-AbR 2002 – 2003 Nr. 5, E. 5b; DERRER (Fn. 39), S. 51 f.; anders SCHICKER (Fn. 37), S. 136.

¹¹³ Vgl. dazu eingehend HANS RAINER KÜNZLE, Die Haftung des Willensvollstreckers – Mögliche Rechtsgrundlage und ihre Anwendung, in: ALEXANDRA RUMO-JUNGO/PASCAL PICHONNAZ/BETTINA HÜRLIMANN-KAUF/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, FS Paul Henri Steinauer, Bern 2013, S. 369 ff.

¹¹⁴ Vgl. HUBER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 268 ZPO N 4 ff.: Die vorsorgliche Massnahme fällt üblicherweise mit dem Entscheid in der Hauptsache dahin.

¹¹⁵ Zum selbständigen Anspruch vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 308: Auskunftserteilung und Aktenedition.

¹¹⁶ Vgl. LGVE 1995 I 64 Nr. 46, E. 2; SOG 1994, S. 33 Nr. 10, E. 2; ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 176 Nr. 46, E. 1da: «Die Empfehlung ist in der Regel nur gegenüber dem nicht rechtskundigen oder in einem speziellen Belang nicht sachkundigen Willensvollstreckter in Betracht zu ziehen»; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 29: «unverbindliche Empfehlungen»; BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 308; DERRER (Fn. 39), S. 80, nennt folgende Beispiele: Ungesäumte Teilung des restlichen Nachlasses bzw. Orientierung der Erben über das weitere Vorgehen nach Abschluss des Inventars. Vgl. den Sachverhalt von BGER 5P.529/1994, AP 5/1996, S. 82 Nr. 3; LGVE 2006 III 420 Nr. 11, E. 8: «Dem Willensvollstreckter ist (...) die Weisung zu erteilen, den partiellen Teilungsvertrag innerhalb 10 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheides beim Grundbuchamt zur Eintragung anzumelden»; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 ZGB N 29: «verbindliche Weisungen, etwas zu tun oder zu unterlassen»; BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 308; DERRER (Fn. 39), S. 82.

¹¹⁷ Vgl. ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 246 Nr. 64, E. IV.5b: «Aufstellung von Aktiven und Passiven des Nachlasses» innert 45 Tagen; DERRER (Fn. 39), S. 82.

¹¹⁸ Vgl. ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 246 Nr. 64, E. IV.5b: «Aufstellung von Aktiven und Passiven des Nachlasses» innert 45 Tagen; DERRER (Fn. 39), S. 82.

¹¹⁹ Vgl. Rep. 114/1981, S. 122; vgl. weiter den Sachverhalt in SGGVP 3/1928 – 43, S. 324 Nr. 481, wo aber neben der Weisung, die Forderung ins Willensvollstreckter-Inventar aufzunehmen, ein Erbenvertreter eingesetzt wurde, um die Forderung gegenüber dem Erben geltend zu machen.

zuzuwarten,¹²⁰ (3d) den Erben einen Teilungsvorschlag zu unterbreiten,¹²¹ (3e) den Nachlass auszuliefern,¹²² (3f) Auskünfte zu erteilen,¹²³ (3g) eine Buchhaltung zu führen,¹²⁴ (3h) Rechenschaft abzulegen¹²⁵ oder (3i) eine Schlussabrechnung zu liefern.¹²⁶ Schliesslich kann die Aufsichtsbehörde (4) *andere sachdienliche Massnahmen* anordnen,¹²⁷ etwa eine Frist ansetzen. Im Allgemeinen empfiehlt sich ein stufenweises Vorgehen,¹²⁸ d.h. (je nach der Schwere des Falles) ein Beginnen mit leichteren Massnahmen. Nicht zulässig sind Massnahmen, welche materiell-rechtliche Auswirkungen haben, etwa die Erbteilung beeinflussen.¹²⁹

b) Als *disziplinarische Massnahme* kann die Aufsichtsbehörde dem Willensvollstrecker (1) einen *Verweis* erteilen,¹³⁰ (2) ihn *ermahnen*,¹³¹ (3) oder *verwarnen*.¹³² Unabhängig von weiteren Massnahmen kann die Aufsichtsbehörde den Willensvollstrecker (4) mit einer *Ordnungsbusse* belegen.¹³³ Wenn zu befürchten ist, dass der Willensvollstrecker sich nicht an Weisungen¹³⁴ halten wird, kann die Aufsichtsbehörde ihm (5) für den Wiederholungsfall die *Bestrafung nach Art. 292 StGB* (Haft oder Busse) an-

120 Vgl. Rep. 101/1968, S. 58; DERRER (Fn. 39), S. 82.

121 Vgl. DERRER (Fn. 39), S. 82.

122 Vgl. den Sachverhalt von BGER 5P.529/1994, AJP 5/1996, S. 82 Nr. 3; DERRER (Fn. 39), S. 82.

123 Vgl. den Sachverhalt von BGER 5P.529/1994, AJP 5/1996, S. 82 Nr. 3; DERRER (Fn. 39), S. 82.

124 Vgl. ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 247 Nr. 64, E. IV.5.cff: «binnen 75 Tagen (...) eine fachlich kompetente Treuhandgesellschaft mit der Erstellung einer Buchhaltung zu beauftragen oder eine solche selbst anhand zu nehmen».

125 Vgl. BGER 5P.529/1994, AJP 5/1996, S. 82 Nr. 3.

126 Vgl. Rep. 81/1948, S. 204: «presentare, entro dieci giorni, un rendiconto della sua gestione».

127 Vgl. BGE 90 II 376, 383, E. 3; ZR 93/1994, S. 72 Nr. 15, E. IV.3.4; LGVE 1979 III 39 Nr. 21, E. 2; LGVE 1978 III 34 Nr. 11, E. 1; Max. XI/1971 – 80, S. 75 Nr. 61; SGGVP 1969, S. 178 Nr. 91 S; MBVR 38/1940, S. 74 Nr. 34; BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N 29.

128 Vgl. SOG 1994, S. 33 Nr. 10, E. 2; ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 176 Nr. 46, E. 1c; BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N 30.

129 Vgl. EGVSZ 2002, S. 7 Nr. A.2.1, E. 2c: Es steht der Aufsichtsbehörde nicht zu, «den Willensvollstrecker verbindlich anzuweisen, welcher Vermögenswert auf welchen Erben zu verteilen ist»; SJ 123/2001 I 520 E. 2c: «le Juge de paix n'était matériellement pas compétent pour décider d'un partage successoral».

130 Vgl. LGVE 1995 I 64 Nr. 46; ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 248 Nr. 64, E. 7.

131 Vgl. BGER 5P.199/2003 E. 1.2; BGER 5P.529/1994, AJP 5/1996, S. 82 Nr. 3; ZGRG 2010, S. 103 E. 3b; LGVE 1995 I Nr. 46, S. 64; ZR 93/1994 Nr. 15, E. IV.3.4, S. 72; BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N 30; diese Massnahme ist geeignet, wenn eine beabsichtigte Massnahme des Willensvollstreckers verhindert werden soll: In ZGRG 2010, S. 97, wurde mit einer Ermahnung (durch die Aufsichtsbehörde) dem Urteil (des Zivilrichters), welches die Anfechtung der Erbbescheinigung durch den Willensvollstrecker ablehnte, Nachachtung verschafft.

132 Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N 30; BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 309; BRÄCHER (Fn. 5), S. 142.

133 Vgl. BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N 30.

134 Vgl. vorne, VII. a. (3).

drohen.¹³⁵ Schliesslich – wenn alle angeordneten Massnahmen nicht zum Ziel führen – kann die Aufsichtsbehörde (6) *den Willensvollstrecker absetzen*.¹³⁶ Disziplinarische Massnahmen werden *gegenstandslos*, wenn der Willensvollstrecker sein Amt niederlegt.

4. Kostentragung

a) Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich *von den Beteiligten zu tragen*.¹³⁷ und ebenso die Parteikosten.¹³⁸ Bei einem unberechtigten Aufsichtsverfahren gegen den Willensvollstrecker kann dieser seinen Aufwand (im Umfang seines Obsiegens) dem Nachlass belasten, im Übrigen hat er ihn selbst zu tragen.¹³⁹ Wenn ein Erbe aus berechtigtem Anlass Beschwerde gegen den Willensvollstrecker führt, mit seinem Anliegen aber dennoch unterliegt, können die Kosten ausnahmsweise ebenfalls dem Nachlass in Rechnung gestellt werden.¹⁴⁰

b) Die Festsetzung der Verfahrens- und Parteikosten bereitet (insbesondere bei grösseren Nachlässen) Probleme, weil unklar ist, welches der *Streitwert* des Aufsichtsverfahrens ist. Das Bundesgericht hat in mehreren Fällen festgehalten,¹⁴¹ dass der Streitwert nicht mit dem Nachlasswert identisch ist.¹⁴² Eine positive Regel fehlt bisher. In Anlehn-

135 Vgl. ZR 91 – 92/1992 – 93, S. 176 Nr. 46, E. 1.dq; Max. XI/1971 – 80, S. 76 Nr. 61; BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N 30.

136 Vgl. BGE 90 II 376 E. 3, S. 383; BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 547 ff. m.w.N.; PraxKomm Erb-recht – CHRIST/EICHNER, Art. 518 ZGB N 97; BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 ZGB N 103: «ultima ratio».

137 Vgl. BGER 5A_815/2009 E. 3.2; BGER 5C.69/2006 2006 E. 5.1 = successio 2/2008, S. 150 (Anm. PAUL EITEL); GR-KGE PZ 06 6 vom 13.2.2006, E. 3; BSK-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N 37.

138 Vgl. BGER 5A_114+126+127/2008 E. 8.2 = successio 3/2009, S. 139 ff. (Anm. PAUL-HENRI STEIN-AUER); Dem Willensvollstrecker ist auch dann eine Parteientschädigung zu gewähren, wenn er selbst Anwalt ist und den Prozess führt; BGER 5C.69/2006 E. 6.1.

139 Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 317a.

140 Vgl. SJZ 21/1924 – 25, S. 13 Nr. 2, E. 7.

141 Vgl. BGER 5A_23/2009: Bei einem Nachlass von CHF 89 830,000 setzte die erste Instanz die Kosten auf CHF 584'888 fest und die Prozessentschädigung auf CHF 379 163 und die zweite kantonale Instanz die Gerichtsgebühr auf CHF 450 000. Das Bundesgericht erachtete diese Ansätze als willkürlich, weil die Erbteilung mit dem Aufsichtsverfahren noch nicht abgeschlossen sei (E. 6.5); es wendete die Gerichtsgebühren des Verwaltungsgerichts an, welches bei Streitwerten über 1 Mio. eine Gebühr von bis zu CHF 50 000 vorsieht, welche bei besonders aufwändigen Verfahren verdoppelt werden kann (E. 6.5); BGER 5A_646/2008: Bei einem Nachlass von CHF 50 Mio. hat das Bundesgericht die Gerichtsgebühr von CHF 210 000 auf CHF 25 000 reduziert; BGER 5A_44/2009: Im gleichen Fall hat das Bundesgericht die erstinstanzliche Parteientschädigung von CHF 320 000 als willkürlich bezeichnet (E. 4.4), weil der entstandene Aufwand eine Rolle spielen muss und bei grösserer Verantwortung der Stundensatz angehoben werden kann (E. 4.5).

142 Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 317a; anders wird in Kalifornien auf den Nachlasswert abgestellt, vgl. § 10810 Cal.Prob.Code; Estate of Getty, 143 Cal.App3d 455, 466 (1983).

nung an Deutschland (§ 65 KostO), schlage ich vor, von einem Streitwert von bis zu 10 % des Nachlasswertes auszugehen.¹⁴³

- c) Auch im Aufsichtsverfahren kann das Gericht einen **Kostenvorschuss** im vollen Umfang der voraussichtlichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO), für die Partei-entschädigung wird dies üblicherweise nicht verlangt.¹⁴⁴

VII. Rechtsmittel

1. Kantonale Instanzen

- a) Die Rechtsmittel zur Anfechtung eines Entscheids der Aufsichtsbehörde sind beschränkt: In den meisten Kantonen ist ein *Rechtsmittel* vorhanden,¹⁴⁵ in einigen Kantonen ist eine *zweite Rechtsmittelinstanz* vorhanden.¹⁴⁶ Eine aktualisierte Liste der Rechtsmittel findet man bei *successio* online.¹⁴⁷ Der Rechtsweg von Zwischenentscheiden folgt grundsätzlich demjenigen der Hauptsache.¹⁴⁸
- b) Die *Überprüfung* durch die Rechtsmittelinstanz ist *umfassend*: Sie kann den Entscheid der Aufsichtsbehörde ändern oder aufheben oder sie kann die Sache an die Vorinstanz zurückweisen, zur Ergänzung des Sachverhalts oder zu neuer Entscheidung.¹⁴⁹
- c) In dringenden Fällen kann der *Beschwerde gegen eine vorsorgliche Massnahme* die *aufschiebende Wirkung entzogen* werden,¹⁵⁰ weil diese sonst möglicherweise wirkungslos bleibt.¹⁵¹

2. Bundesinstanz

- a) Seit dem 1. 1. 2007 steht als einziges *Rechtsmittel gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide* die *Beschwerde in Zivilsachen* zur Verfügung: «Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden gegen Entscheide in Zivilsachen 5. Auf dem Gebiet der Aufsicht über (...) die Willensvollstrecker und Willensvollstreckerinnen (...)» (Art. 72 Abs. 2 lit. b

Ziff. 5 BGG).¹⁵² Damit kann zum Beispiel eine Rechtsverzögerung geltend gemacht werden.¹⁵³ Eine falsche Rechtsmittelbelehrung (der Vorinstanz) darf nicht schaden.¹⁵⁴

- b) Ob die Absetzung des Willensvollstreckers eine vermögensrechtliche Angelegenheit ist, hat das Bundesgericht 2009 noch offen gelassen,¹⁵⁵ 2010 dann aber grundsätzlich bejaht, soweit «sein Handeln in vermögensrechtlichen Angelegenheiten veranlasst ist».¹⁵⁶ Der massgebliche *Streitwert* von CHF 30'000 (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) muss somit gegeben sein.
- c) Gegen *Zwischenentscheide* (wie eine vorsorgliche Suspendierung des Willensvollstreckers für die Dauer der Aufsichtsbeschwerde) kann nur Beschwerde geführt werden, wenn *ein nicht wiedergutzumachender Nachteil* (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) eintreten würde.¹⁵⁷ Inhaltlich kann gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden (Art. 98 BGG), namentlich Willkür.¹⁵⁸ Der Beschwerdeführer muss aufzeigen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt sind.¹⁵⁹ Wenn er Willkür geltend macht, hat er darzutun, in welcher Hinsicht der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet,¹⁶⁰ inwiefern das Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder ein unumstrittener Rechtsgrundsatz krass verletzt wird oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider läuft.¹⁶¹ Das Bundesgericht stellt erhöhte Anforderungen, wenn die Sachverhaltsdarstellung bemängelt wird.¹⁶² Auf rein appellatorische Kritik wird nicht eingetreten.¹⁶³

¹⁵² BGR 5A_643/2007; weiter vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 19), Rz. 312a.

¹⁵³ Vgl. BGR 5A_643/2007: Der Beschwerdeführer unterbreitete dem Bezirksgericht Meilen als (un-terer) Aufsichtsbehörde eine 189 Seiten lange Rechtsschrift mit 183 Beilagen. Statt der vom Gericht empfohlenen Kürzung erfolgten weitere Eingaben mit Anträgen, welche vom Gericht abgelehnt wurden. Das Bundesgericht verneinte das Rechtsschutzinteresse an der Rechtsverzögerungsbeschwerde, weil im Zeitpunkt des Urteils in Lausanne die Beschwerdeantwort des Willensvollstreckers inzwischen in Meilen eingegangen sein dürfte.

¹⁵⁴ Deshalb wurde in BGR 5A_574/2009 E. 1.2 eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als Beschwerde in Zivilsachen entgegengenommen.

¹⁵⁵ Vgl. BGR 5A_574/2009 E. 1.2 (wie schon in BGE 90 II 386, E. 4).

¹⁵⁶ BGR 5A_395/2010 E. 1.2.2.

¹⁵⁷ Vgl. BGR 5A_574/2009 E. 1.1; dies entspricht der Praxis zur früheren staatsrechtlichen Beschwerde, vgl. SHK-von WERDT, Art. 93 BGG N 7 ff.

¹⁵⁸ Vgl. BGR 5A_574/2009 E. 1.3; SHK-von WERDT, Art. 98 BGG N 14 ff.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 393, 397, E. 6.

¹⁶⁰ Vgl. BGE 134 III 244, 246, E. 2.2.

¹⁶¹ Vgl. BGE 134 II 124, 133, E. 4.1.

¹⁶² Vgl. BGE 133 II 249, 255, E. 1.4.3.

¹⁶³ Vgl. BGE 133 III 396, 399, E. 3.1.

¹⁴³ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2012 – 2013), *successio* 8/2014, S. 129.

¹⁴⁴ Vgl. BSK-MAZAN, Art. 253 ZPO N 6 f.

¹⁴⁵ Zu Einzelheiten vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 561; DERRER (Fn. 39), S. 114 ff.

¹⁴⁶ Zu Einzelheiten vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517 – 518 ZGB N 562.

¹⁴⁷ Vgl. www.successio.ch/index.php?id=147 und www.successio.ch/index.php?id=148.

¹⁴⁸ Vgl. BGR 5A_574/2009 E. 1.2.

¹⁴⁹ Vgl. JdT 138 (1990) III 32 E. C.

¹⁵⁰ Vgl. LGVE 2008 I 84 Nr. 38, E. 7.3; ABSH 1997, S. 150 Nr. 2, E. 6c; ebenso OLG Hamm Zerb 12/2010, S. 262.

¹⁵¹ Vgl. BGR 5A_502/2008, wo der fehlende Einzug des Willensvollstreckerausweises dazu führte, dass der (suspendierte) Willensvollstrecker die Erbteilung vollzogen hatte, bevor über die Rechtmässigkeit der Suspendierung entschieden wurde.

3. Kostentragung

Die für das Aufsichtsverfahren gemachten Ausführungen¹⁶⁴ gelten für das Rechtsmittelverfahren sinngemäss.

VIII. Nachtrag: Erbrechtsrevision

Nach Abgabe des Manuskripts hat der Bundesrat im März 2016 den Entwurf zur Revision des Erbrechts veröffentlicht, in welchem ein neuer Art. 518 Abs. 4 ZGB vorgeschlagen wird, mit dem Wortlaut: «Die Willensvollstrecker sind der Aufsicht des Gerichts unterstellt».

Damit wird eine Antwort auf die angezweifelte Fachkompetenz der Aufsichtsbehörden¹⁶⁵ gegeben. Die Problematik der Zweigleisigkeit des Verfahrens für formelle und materielle rechtliche Fragen¹⁶⁶ (heute: Aufsichtsbehörde und Richter, künftig: summarisches und ordentliches Verfahren des Richters) ist damit allerdings noch nicht gelöst.

Zu betonen ist, dass Aufsichtsthemen, welche im ordentlichen Verfahren behandelt werden,¹⁶⁷ insbesondere die Interessenkollision, grundsätzlich verlangen, dass alle Erben am Verfahren (in irgendeiner Weise: als Kläger, Beklagte, sich dem Urteil Unterziehende – notwendige Streitgenossenschaft) beteiligt sind, weil z.B. eine Absetzung des Willensvollstreckers gegenüber allen Erben wirken muss. Ausnahme bildet etwa die Klage auf Auskunft, welche ein einzelner Erbe geltend machen kann.

¹⁶⁴ Vgl. vorne, VI. 4.

¹⁶⁵ Vgl. vorne, I. a).

¹⁶⁶ Vgl. vorne, II. a) und d).

¹⁶⁷ Vgl. vorne, II. d).

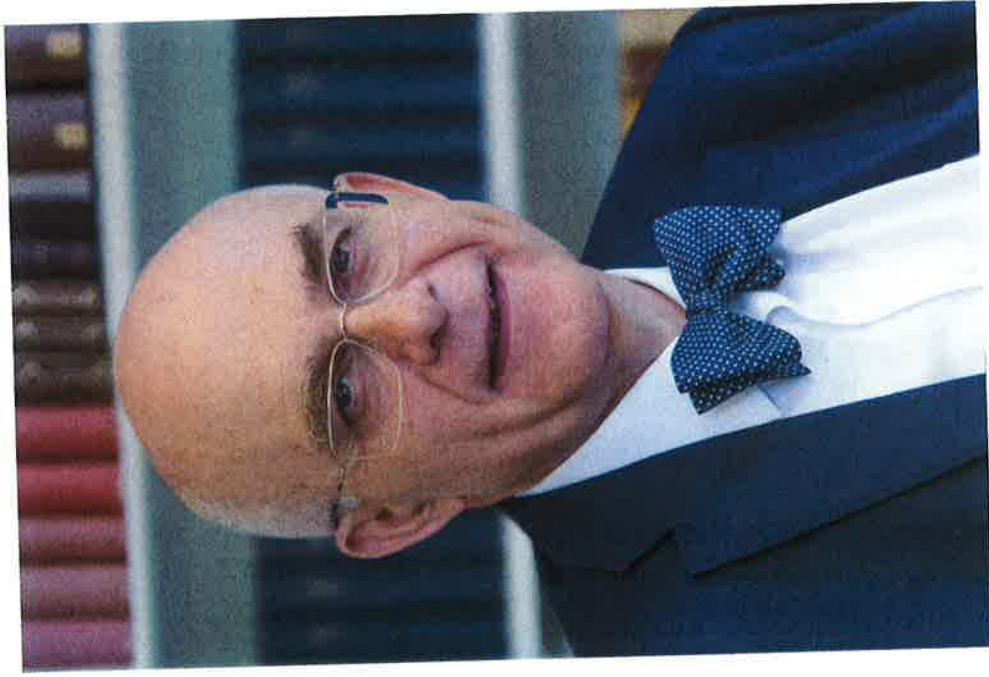


Foto: Pedro Santos/Sonya Haksar

Thomas Sutter

Das Zivilrecht und seine Durchsetzung

—

*Festschrift für Professor
Thomas Sutter-Somm*

—

Herausgegeben von

Roland Fankhauser

Corinne Widmer Lüchinger

Rafael Klingler

Benedikt Seiler

Schulthess § 2016