



Der Willensvollstrecker de lege ferenda¹

Hans Rainer Künzle²

Inhaltsverzeichnis

- A. Einseitige Bestellung (Art. 517 Abs. 1 ZGB)
- B. Ersatz-Willensvollstrecker (Art. 517 Abs. 1 ZGB)
 - 1. Wann braucht es einen Ersatz-Willensvollstrecker?
 - 2. Ernennung durch den Erblasser
 - 3. Ernennung durch den ersten Willensvollstrecker?
 - 4. Ernennung durch die Aufsichtsbehörde?
 - 5. Ernennung durch einen Dritten?
 - 6. Zusammenfassung
- C. Annahme (Art. 517 Abs. 2 VE-ZGB)
 - 1. Erster Schritt: Mitteilung an den Willensvollstrecker
 - 2. Zweiter Schritt: Stillschweigen des Willensvollstreckers
- D. Willensvollstrecker-Ausweis (Art. 517 Abs. 3 VE-ZGB)
- E. Vergütung (Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB)
 - 1. Vorentwurf
 - 2. Stundensatz
 - 3. Notwendiger Aufwand
 - 4. Vom Erblasser bestimmtes Honorar
 - 5. Rückforderung
 - 6. Zusammenfassung
- F. Erteilung von Weisungen (Art. 518 Abs. 1 ZGB)
- G. Umfang der Befugnisse (Art. 518 Abs. 2 ZGB)
 - 1. Besitz
 - 2. Bestimmung des Unternehmensnachfolgers (und andere gesellschaftsrechtliche Entscheide)
 - 3. Kapitalerhöhung
 - 4. Verfügung über Unternehmensanteile
 - 5. Vollzug von Teilungsvorschriften (Grundstücke, Unternehmensanteile)
 - 6. Teilungsklage
 - 7. Integralzuweisung eines Unternehmens
 - 8. Zusammenfassung

- H. Aufsicht (Art. 518 Abs. 4 VE-ZGB)
 - 1. Gericht als Aufsichtsbehörde
 - 2. Aufsichtsverfahren
 - 3. Rechtsmittel
- I. Internationales Privatrecht (Art. 92 Abs. 2 E-IPRG)
 - 1. Verfahrensrechtliche Aspekte
 - 2. Umfang der Ermächtigung

A. Einseitige Bestellung (Art. 517 Abs. 1 ZGB)

a) Gemäss herrschender Lehre gibt es *keine Bindung* bei der Ernennung des Willensvollstreckers, sowohl bei der Frage, ob eine Willensvollstreckung angeordnet wird, als auch bei der Frage, wer der Willensvollstrecker ist.³

-
- 1 Schriftliche Fassung des Vortrags vom 19. Oktober 2021 bei der Fachgruppe Erbrecht des Zürcher Anwaltsverbandes bzw. beim Verein Successio.
 - 2 Prof. Dr. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, em. Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich (www.ius.uzh.ch/de/staff/adjunct-professors/tit-kuenzle/person.html), Of Counsel von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8004 Zürich (www.kendris.com/de/ueber-uns/kontaktpersonen/hans-rainer-kuenzle/), Of Counsel bei Buis Bürgi AG, Mühlebachstrasse 8, 8008 Zürich (www.bblegal.ch/de/prof-dr-oec-hans-rainer-kunzle/).
 - 3 Vgl. BGer 5A_644/2015 vom 24.11.2015 E. 3.3.1: «La désignation d'un exécuteur testamentaire contenue dans un pacte successoral garde son caractère de disposition unilatérale, donc modifiable et révocable en tout temps»; DANIEL LEU, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 456–977 ZGB und Art. 1–161 SchlT ZGB), 7. A., Basel 2023 (zit. BSK-LEU), Art. 517 ZGB N 2; BERNHARD CHRIST/ MARK EICHNER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Praxiskommentar Erbrecht, 6. A., Basel 2023 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 517 ZGB N 9; HANS RAINER KÜNZLE, Berner Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517–518 ZGB N 17 m.w.N.; GRÉGOIRE PILLER, in: Pascal Pichonnaz



b) Ein Vergleich mit dem deutschen Recht zeigt, dass auch im BGB die Bestellung des Testamentsvollstreckers grundsätzlich eine einseitige Anordnung ist, welche nicht bindend ist (§ 2278 Abs. 2 BGB). Allerdings *kann eine nachträgliche Anordnung der Testamentsvollstreckung eine Erbeinsetzung belasten* (§ 2289 Abs. 1 BGB) und somit unzulässig sein, wie das OLG München festhält: «Die einseitige testamentarische Anordnung der Testamentsvollstreckung für vertragsmässig eingesetzte Erben stellt eine rechtliche Beeinträchtigung der bedachten Erben dar.»⁴

c) Ebenso *kann die Auswechslung des Testamentsvollstreckers eine Beeinträchtigung darstellen* (§ 2289 Abs. 1 BGB) und somit nicht (mehr) möglich sein, wie der BGH festhält: «Mithin verbleibt ihnen auch die Möglichkeit, die Rechtsstellung eines Vertragserben auf die Person des Testamentsvollstreckers so auszudehnen, dass bei einem Auswechseln dieser Person seine – vertraglich so festgelegten Rechte – beeinträchtigt werden können.»⁵

d) BREITSCHMID hat schon vor längerer Zeit bemerkt, dass die *fehlende Möglichkeit der Bindung* bei der Ernennung des Willensvollstreckers eine Ausnahme (ein Nischenprodukt) bilde.⁶ DUTTA erwähnt (für das BGB), dass die fehlende Möglichkeit einer Bindung bei der Unternehmensnachfolge vermisst werde.⁷

e) Auch wenn es Fälle geben mag, in welchen eine gewisse Bindung durchaus erwünscht wäre,⁸ ent-

spricht die jederzeitige freie Änderung der Anordnung einer Willensvollstreckung bzw. der Person des Willensvollstreckers (Widerruf) in einer letztwilligen Verfügung⁹ einem allgemeinen und vitalen Bedürfnis des Erblassers, welcher etwa auf veränderte Verhältnisse reagieren kann. Zudem muss vermieden werden, dass die Einsetzung des Willensvollstreckers durch Diskussionen über die Zulässigkeit seiner Einsetzung verzögert und damit weitgehend wirkungslos gemacht werden kann. Deshalb *drängt sich aus meiner Sicht keine Änderung auf*.

B. Ersatz-Willensvollstrecker (Art. 517 Abs. 1 ZGB)

1. Wann braucht es einen Ersatz-Willensvollstrecker?

a) Der Ersatz des Willensvollstreckers kommt zum Einsatz,¹⁰ wenn der (ursprüngliche/einzige)¹¹ Willensvollstrecker von Anfang an auf die Ausübung seines Amtes *verzichtet*,¹² sei es aus Gründen des Alters, der Arbeitsüberlastung, einer Interessenkollision oder eines möglichen Konflikts mit Erben.

b) Daneben kann der Ersatz-Willensvollstrecker zum Einsatz gelangen, wenn der erste Willensvollstrecker *kündigt* (von seinem Amt zurücktritt),¹³

et al. (Hrsg.), Commentaire Romand, Basel 2016 (zit. CR-PILLER), Art. 517 ZGB N 2 («le disposant doit pouvoir librement modifier sa décision, pour renoncer à la désignation d'un exécuteur testamentaire ou pour nommer un autre exécuteur testamentaire. Il est exclu que la désignation soit irrévocable»); FIORENZO COTTI, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: Antoine Eigenmann et al. (Hrsg.), Commentaire du droit des successions, Bern 2012 (zit. CS-COTTI), Art. 517 ZGB N 4 («La désignation de l'exécuteur testamentaire ... est donc unilatérale et librement révocable»).

4 OLG München 34 Wx 29/08 vom 03.06.2008.

5 BGH IV ZR 232/09 vom 06.04.2011 E. 2 b aa.

6 Vgl. PETER BREITSCHMID, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 102 (2006) 103.

7 Vgl. ANATOL DUTTA, Kommentar zu §§ 2197–2228 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5: Erbrecht (§§ 2197–2264 – Testament 2), Neubearbeitung, Berlin 2022 (zit. Staudinger-DUTTA), § 2197 BGB N 23.

8 BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 4, spricht sich zum Beispiel dafür aus, dass gegenüber Vertragserben eine

Bindung möglich sei «... sofern der Erblasser im Erbvertrag auf dieses Recht nicht ausdrücklich verzichtet hat».

9 Auch der Widerruf muss in der Form einer letztwilligen Verfügung erfolgen, vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 2; der Widerruf kann allerdings stillschweigend erfolgen, indem in einer späteren letztwilligen Verfügung, in welcher der ganze Nachlass geregelt wird, kein Willensvollstrecker ernannt wird, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 17 m.w.N.

10 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 26; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 385.

11 Bei mehreren Willensvollstreckern können die Geschäfte beim Ausscheiden eines Willensvollstreckers durch den oder die verbleibenden Willensvollstrecker fortgeführt werden, vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 96; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 14.

12 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 16 («ohne Nennung von Gründen»); PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 18; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 42; STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2. A., Bern 2020, N 834 («sein Amt nicht antreten kann oder will»).

13 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25 (Rücktritt); PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25 (Rücktritt); BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB

was er grundsätzlich jederzeit tun kann, indem er seinen Ausweis der einsetzenden Behörde zurücksendet¹⁴ und die Betroffenen (Erben, Vermächtnisnehmer und Dritte, denen der Ausweis vorgelegt wurde) darüber informiert.

c) Dritter Grund kann die *Absetzung* des Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde sein,¹⁵ wobei für den Zeitpunkt die Rechtskraft des Aufsichtsurteils massgebend ist. Kein Ersatzfall ist dagegen die blossе Suspendierung eines Willensvollstreckers (vorübergehende Einstellung seines Amtes), weil die Möglichkeit besteht, dass der Willensvollstrecker später wieder tätig wird.¹⁶

d) Vierter Grund kann die *Ungültigkeit* des einsetzenden Testaments sein,¹⁷ und zwar – trotz der rückwirkenden Kraft der Ungültigkeitsklage¹⁸ – im Zeitpunkt der Rechtskraft des richterlichen Urteils.

e) Schliesslich kann auch der *Tod* des (einzigen)¹⁹ Willensvollstreckers dazu führen, dass ein Ersatz zum Zug kommt.²⁰ Sobald der Tod dokumentiert ist (Todesschein), kann der Nachfolger der zuständigen Behörde mitteilen, dass er das Amt eines Ersatz-Willensvollstreckers annehme und einen Ausweis wünsche.

2. Ernennung durch den Erblasser

a) Im geltenden Recht ist die Frage des Ersatzes nicht geregelt.²¹ Nach *herrschender Lehre*²² und *ständiger Rechtsprechung*²³ kann (*nur*) der Erblasser einen Ersatzwillensvollstrecker bestimmen. Die Person des Ersatzes muss (wie der ursprüngliche Willensvollstrecker) bestimmt oder bestimmbar sein.²⁴ Als kritisch angesehen wurden in diesem Zusammenhang sog. Büronachfolgeklauseln, welche den Nachfolger teilweise zu ungenau bestimmen.²⁵ Auch der Nachfolger eines Willensvollstreckers kann eine natürliche oder eine juristische Person sein.²⁶ Es kommt häufig vor, dass hinter einer natürlichen (Vertrauens-)Person eine juristische Person als Ersatz-Willensvollstreckerin eingesetzt wird (Anwalts-, Treuhand- oder Steuerberatungsunternehmen, Bank etc.), um sicherzugehen, dass der Ersatz nicht ausfällt. Besondere Herausforderungen stellen sich für Nachfolgeregelungen von Amtsträgern, etwa von Notaren, wo Formulierungen wie «ou à son défaut son successeur» in der Vergangenheit zu Problemen führten.²⁷ Bei den juristischen Personen kommt es relativ häufig zu Umstrukturierungen, wobei der «share deal» einfacher zu handhaben ist (Bank A wird von Bank B übernommen durch Fusion) als der «asset deal» (X-AG verlagert die Willensvollstrecker-Tätigkeit in die Tochtergesellschaft Y-AG). Auch wenn die Willensvollstrecker-Klausel nichts ausdrücklich regelt (Stillschweigen), darf vermutet werden, dass ein Rechtsnachfolger (Amts-, Rechts-

N 382 (Kündigung); JEAN GUINAND/MARTIN STETTLER/AUDREY LEUBA, Droit des successions, 6. A., Zürich 2005, N 537 f. (démission).

14 Dies ist der entscheidende Schritt für die Kündigung, welche gegenüber der einsetzenden Behörde (und nicht gegenüber den Erben) zu erklären ist, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 382.

15 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 380; GUINAND/STETTLER/LEUBA (Fn. 13), N 537 f.

16 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker und die Erbrechtsrevision, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter (Hrsg.), Liber amicorum für Benno Studer, Zürich 2019, S. 155; BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 23 «(nicht aber beendet)»; zur Suspendierung vgl. BGer 5A_70/2020 vom 18.06.2020 E. 4 (Erbchaftsverwaltung); BGer 5A_589/2019 vom 11.05.2020 E. 2.2 (Erbchaftsliquidation).

17 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 380.

18 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 33 mit Verweis auf BGE 91 II 177 E. 3.

19 Zu mehreren Willensvollstreckern vgl. vorne, Fn. 11.

20 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 377.

21 Vgl. CS-COTTI (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 8.

22 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 15; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 12a; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 20.

23 Vgl. den Sachverhalt in BGE 102 II 313 A.6.c); offen gelassen in BGer 5P.529/1994 AJP 5 (1996) 85 E. 7; ZR 91/92 (1992/93) Nr. 64 E. III.2b.

24 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 5; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 1.

25 Vgl. BGer 5P.529/1994 AJP 5/1996 Nr. 3 E. 7 S. 85.

26 Zum ursprünglichen Willensvollstrecker vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 7; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 12; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 1; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, N 1165.

27 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2015–2016), successio 11 (2017) 22 f. mit Verweis auf BGer 5A_644/2015 vom 24.11.2015 E. 3.3.1; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017), successio 12 (2018) 52 f. mit Verweis auf KGer VD HC/2016/802 vom 30.08.2016; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelles zur Willensvollstreckung, insbesondere mit Bezug zum Notariat, in: Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (Hrsg.), Aktuelles zur ehgüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Bern 2019, S. 125 f.



und Geschäftsnachfolger) immer auch vom Erblasser mit gemeint ist.²⁸ Diese Beispiele zeigen, dass ein Ersatz auch stillschweigend bestellt werden kann.

b) In Deutschland wird unterschieden zwischen der *Anordnung der Testamentsvollstreckung als solcher*, welche vom Erblasser stammen muss (§ 2197 BGB),²⁹ und der *Bezeichnung der Person des Testamentsvollstreckers*, welche auch durch andere Personen erfolgen kann (§§ 2198–2200 BGB).³⁰ Dies scheint mir eine sinnvolle Aufteilung zu sein, welche auch ins schweizerische Recht übernommen werden könnte, zumal sie den Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung weitgehend beachtet.

c) Nicht vom Gesetzgeber, sondern vom Erblasser zu lösen ist die Problematik, dass *möglichst alle Fälle abgedeckt* sind, in denen ein Ersatz-Willensvollstrecker zum Einsatz kommen kann (Verzicht, Kündigung, Absetzung, Ungültigkeit, Tod).³¹ Dafür kann etwa die folgende Formulierung im Testament verwendet werden: «Sollte dieser das Amt nicht annehmen oder endet dieses vor Erledigung aller Aufgaben ...»

d) *Als neue Formulierung von Art. 517 Abs. 1 ZGB schlage ich de lege ferenda vor:* «Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung die Willensvollstreckung anordnen und eine oder mehrere handlungsfähige natürliche oder juristische Personen mit der Vollstreckung seines letzten Willens beauftragen. Er kann ausdrücklich oder stillschweigend eine Person als Ersatz bestimmen» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

3. Ernennung durch den ersten Willensvollstrecker?

a) Nach geltendem schweizerischem Recht ist die Ernennung eines Ersatz-Willensvollstreckers durch

den ersten Willensvollstrecker *gemäss herrschender Lehre und Gerichtspraxis unzulässig*.³²

b) *Anders* ist dagegen die *Rechtslage in Deutschland*, wo dies nach § 2199 Abs. 2 BGB zulässig ist: «Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen Nachfolger zu ernennen.» Auch *im italienischen Recht* ist dies nach Art. 700 Abs. 3 CC it. zulässig: «Il testatore può autorizzare l'esecutore testamentario a sostituire altri a se stesso, qualora egli non possa continuare nell'ufficio.» Im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge haben HÖSLY/FERHAT de lege ferenda einen Vorschlag in dieser Richtung gemacht: «Der Erblasser kann den Willensvollstrecker ermächtigen, einen bereits zu Lebzeiten des Erblassers begonnenen Unternehmensnachfolgeprozess fortzusetzen sowie dafür einen Ersatz-Willensvollstrecker zu bestimmen.»³³

c) Diese Ausführungen zeigen, dass offenbar ein gewisses Bedürfnis nach einer vielfältigeren Bestellung von Ersatz-Willensvollstreckern besteht. In der Vernehmlassung berichtet der Kanton St. Gallen, dass in zahlreichen Verfügungen von Todes wegen vorgesehen sei, dass der Willensvollstrecker einen Ersatz bestimmen dürfe.³⁴ Wenn man daran denkt, dass es zulässig ist, einen Amtsnachfolger (z.B. eines Notars oder Gerichtspräsidenten) als Ersatz zu bestellen, welcher noch gar nicht feststeht, ist es kein weiter Weg bis zum Auftrag des Erblassers an den Willensvollstrecker, seinen eigenen Nachfolger zu bestimmen. Die Höchstpersönlichkeit wird damit nur leicht geritzt. Wenn man weiter in Betracht zieht, dass das Bundesgericht in einem kürzlich gefällten Entscheid (in welchem der Willensvollstrecker einen Vermächtnisnehmer bestimmen sollte) auf die sich mehrenden Stimmen in der Literatur hingewiesen hat, welche den *Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit lockern* möchten,³⁵

28 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 25; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 12; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 1 und 21.

29 Vgl. Staudinger-DUTTA (Fn. 7), § 2197 BGB N 12: «Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist prinzipiell Sache des Erblassers selbst (§ 2065 Abs. 1). Eine Vertretung im Willen scheidet insoweit aus.»

30 Nach §§ 2198–2200 BGB kann ein Dritter, ein Testamentsvollstrecker oder das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker bestimmen.

31 Vgl. dazu vorne, B. 1.

32 Vgl. ZR 91/92 (1992/93) Nr. 64 E. III.2b; BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 6; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 20; CR-PILLER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 8; CS-COTTI (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 8.

33 BALZ HÖSLY/NADIRA FERHAT, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, successio 2 (2016) 126.

34 Vgl. Kanton St. Gallen, in: Stellungnahmen der Kantone (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-kantone.pdf.download.pdf/stgn-kantone.pdf [30.09.2023]), S. 6.

35 Vgl. BGer 5A_1034/2021 vom 19.08.2022 E. 5.3.1: «In der Lehre äussern sich Stimmen, die für eine Lockerung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit eintreten ... So soll einem Dritten Entscheidungsbefugnis bei der Umsetzung einer Verfügung von Todes wegen eingeräumt werden können, sofern beim Erblasser sach-

komme ich zum Schluss, dass dem Willensvollstrecker de lege ferenda die Möglichkeit gegeben werden sollte, seinen eigenen Nachfolger zu bestimmen.³⁶ Der Willensvollstrecker hat die Ernennung seines Nachfolgers gegenüber der Aufsichtsbehörde schriftlich zu erklären und dies zu tun, solange er noch im Amt ist.³⁷

d) *Ich schlage de lege ferenda als Ergänzung von Art. 517 Abs. 1 ZGB – in Anlehnung an einen früher gemachten Vorschlag³⁸ – vor: «Er kann ausdrücklich oder stillschweigend eine Person als Ersatz bestimmen oder dies dem von ihm ernannten Willensvollstrecker ... überlassen»* (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

4. Ernennung durch die Aufsichtsbehörde?

a) In der Schweiz ist die Ernennung des Willensvollstrecker-Ersatzes durch die Aufsichtsbehörde im Gesetz nicht vorgesehen, und sie wird unter anderem deshalb von der herrschenden Lehre und Gerichtspraxis für unzulässig gehalten.³⁹

b) *Ein Blick nach Deutschland zeigt wiederum ein anderes Bild*, denn § 2200 BGB lautet: «Hat der Erblasser in dem Testament das Nachlassgericht ersucht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, so kann das Nachlassgericht die Ernennung vornehmen.» Für eine solche Möglichkeit in der Schweiz spricht sich auch ABRECHT aus: «Il paraîtrait ainsi judicieux, de lege ferenda, que le testateur puisse autoriser son exécuteur testamentaire et/ou l'autorité ... à nommer un exécuteur testamentaire de substitution.»⁴⁰ Ich unterstütze diesen Vorschlag, zumal die Aufsichtsbehörde geeignet ist, eine solche Auswahl vorzunehmen.

c) Weitergehend könnte man auch die *Bestellung des ersten Willensvollstreckers der Aufsichtsbehörde überlassen*.⁴¹ Dies würde dem Institut noch etwas Aufschwung verleihen, weil viele Erblasser nicht wissen, wen sie einsetzen sollen und deshalb auf eine Willensvollstreckung verzichten, während den zuständigen Behörden die dazu geeigneten Personen (wie Fachanwälte SAV Erbrecht) durchaus bekannt sind.

d) *Mein Vorschlag für eine (weitere) Ergänzung von Art. 517 Abs. 1 ZGB de lege ferenda lautet: «Der Erblasser kann ... eine oder mehrere handlungsfähige natürliche oder juristische Personen mit der Vollstreckung seines letzten Willens beauftragen oder dies der Aufsichtsbehörde überlassen. Er kann ausdrücklich oder stillschweigend eine Person als Ersatz bestimmen oder dies ... der Aufsichtsbehörde überlassen»* (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

5. Ernennung durch einen Dritten?

a) Nach herrschender Lehre und Gerichtspraxis kann der Erblasser die Bestimmung des Ersatz-Willensvollstreckers nach geltendem Recht nicht einem (beliebigen) Dritten überlassen; eine solche letztwillige Verfügung ist *ungültig*.

b) *Im deutschen Recht ist dies nach § 2198 BGB dagegen möglich*: «Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen.» Dafür spricht sich für die Schweiz auch ABRECHT aus: «Une telle possibilité ... nécessiterait en tous les cas une base légale expresse.»⁴² Und auch ROSSEL/MENTHA sehen kein Hindernis: «On ne voit pas pourquoi cette faculté lui serait refusée.»⁴³

c) Dies alles weist auf ein gewisses praktisches Bedürfnis hin. *Mir geht die Ernennung des Ersatz-Willensvollstreckers durch einen (beliebigen) Dritten allerdings zu weit*,⁴⁴ weil sie einerseits unsicher ist (nicht jeder Dritte ist geeignet) und weil sie (an-

liche Gründe vorliegen, die eine abschliessende Regelung der Verteilung des Nachlasses verunmöglichen, und der Dritte den Entscheid nach objektiven und sachlichen Kriterien bzw. Weisungen des Erblassers treffen kann.»

36 Ebenso in der Vernehmlassung der Kanton St. Gallen (Fn. 34), S. 7.

37 Nach § 2199 BGB ähnliche Vorschriften, allerdings strengere Formvorschriften (öffentliche Beglaubigung), vgl. Staudinger-DUTTA (Fn. 7), § 2199 BGB N 6–10.

38 Vgl. KÜNZLE (Fn. 16), S. 159.

39 Vgl. etwa SOG 1994 Nr. 10 S. 34; ZR 1992/93 Nr. 64 E. 2b; Extraits 1962, 25; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 20; BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 6; STEINAUER (Fn. 26), N 1165a.

40 BERNARD ABRECHT, Problèmes liés à la désignation d'un exécuteur testamentaire de substitution, successio 2 (2008) 183.

41 So bereits vorgeschlagen in meinem Aufsatz in der Festschrift Studer (Fn. 16), S. 161.

42 Vgl. ABRECHT (Fn. 40), successio 2 (2008) 183.

43 VIRGILE ROSSEL/F.-H. MENTHA, Manuel du Droit Civil Suisse, 3 Bände, 2. A., Lausanne/Genf 1922, S. 101.

44 Ebenso in der Vernehmlassung der Schweizer Notarenverband, in: Weitere Stellungnahmen (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf.download.pdf/stgn-organisationen.pdf [30.09.2023]), S. 4.



gesichts der gerade besprochenen erweiterten Möglichkeiten)⁴⁵ in diesem Umfang nicht notwendig ist.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend lautet der *Vorschlag für Art. 517 Abs. 1 ZGB de lege ferenda* wie folgt: «Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung die Willensvollstreckung anordnen und eine oder mehrere handlungsfähige natürliche oder juristische Personen mit der Vollstreckung seines letzten Willens beauftragen oder dies der Aufsichtsbehörde überlassen. Er kann ausdrücklich oder stillschweigend eine Person als Ersatz bestimmen oder dies dem von ihm ernannten Willensvollstrecker oder der Aufsichtsbehörde überlassen» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

C. Annahme (Art. 517 Abs. 2 VE-ZGB)

1. Erster Schritt: Mitteilung an den Willensvollstrecker

a) Im *Vorentwurf* ist eine Ergänzung des Gesetzestextes enthalten: «Die Willensvollstrecker werden von Amtes wegen über ihren Auftrag informiert...» (Art. 517 Abs. 2 VE-ZGB). Wie das Bundesgericht zu Recht entschieden hat, kommt dieser Mitteilung keine entscheidende (konstitutive) Bedeutung zu, weil der Willensvollstrecker sein Amt auch ohne diese Mitteilung antreten kann.⁴⁶

b) Falls künftig – wie vorgeschlagen⁴⁷ – einheitlich die Gerichte als Aufsichtsbehörde amten, fragt es sich, ob die *Mitteilung an den Willensvollstrecker* dann ebenfalls durch die Gerichte erfolgen wird, was m.E. nicht der Fall ist; es bleibt vielmehr bei der schon heute zuständigen Behörde (meistens das Erbschaftsamt),⁴⁸ ebenso wie die Ausstellung des Willensvollstrecker-Ausweises. Dies sollte im Gesetzestext klargestellt werden.⁴⁹

c) *Ich schlage de lege ferenda folgenden Gesetzestext für Art. 517 Abs. 2 VE-ZGB vor: «Die Willensvollstrecker werden von der zuständigen Behörde von Amtes wegen über ihren Auftrag informiert...» (Änderungen gegenüber dem Vorentwurf unterstrichen).*

2. Zweiter Schritt: Stillschweigen des Willensvollstreckers

a) Der *Vorentwurf* regelt diese Frage wie folgt: «... und sie haben sich nach dieser Mitteilung binnen 14 Tagen über die Annahme des Auftrags zu erklären; ihr Stillschweigen gilt als Annahme» (Art. 517 Abs. 2 VE-ZGB).

b) Schweigen als Zustimmung auszulegen, wird dem Willen des Erblassers am besten gerecht, zumal eine Beendigung der Willensvollstreckung einfach ist.⁵⁰ Wenn man die Frist überdenken möchte, müsste man diese m.E. eher auf 7 Tage verkürzen, als auf 21 Tage verlängern, sie kann aber gut beibehalten werden. Eine im Einzelfall notwendige Fristverlängerung muss nicht gesetzlich geregelt werden, sondern kann von den zuständigen Behörden im Einzelfall gehandhabt werden.⁵¹ Dies zeigt, dass der *Text des Vorentwurfs nicht geändert* oder ergänzt werden muss.

D. Willensvollstrecker-Ausweis (Art. 517 Abs. 3 VE-ZGB)

a) Der *Vorentwurf* sieht vor, dass der Willensvollstrecker-Ausweis neu im Gesetz geregelt werden soll: «Sie erhalten eine Bescheinigung über ihre

neue Norm sagt nichts darüber aus, wer den Willensvollstrecker über seinen Auftrag informiert.»

50 Vgl. dazu vorne, B.1.b) (jederzeitiger Widerruf); anders in der Vernehmlassung der Kanton Zürich, in: Stellungnahmen der Kantone (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-kantone.pdf.download.pdf/stgn-kantone.pdf [30.09.2023]), S. 6; es handelt sich allerdings um eine Ansicht, die nicht weiter geteilt wird.

51 Vgl. dazu den Fall BGer 5A_701/2016 vom 06.04.2017, wo das Management dieser Frist im Ergebnis allerdings misslang, weil der Vertreter entweder bevollmächtigt war (und dann sowohl die Frist verlängern als auch die Annahme aussprechen konnte) oder nicht bevollmächtigt war (und dann weder die Frist verlängern noch die Annahme aussprechen konnte) und in beiden Fällen eine Annahme (entweder ausdrücklich oder stillschweigend) das Resultat gewesen wäre, vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 27), successio 12 (2018) 55 f.; zur Möglichkeit der Fristverlängerung durch die Aufsichtsbehörde vgl. weiter PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 18.

45 Vgl. vorne, B.3. und 4.

46 Vgl. BGer 5A_940/2018 vom 23.08.2019 E. 3.4 (eine fehlende Mitteilung hindert die Annahme nicht); dem hat auch die Lehre zugestimmt, vgl. etwa HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2019–2020), successio 15 (2021) 23 f.; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 18.

47 Vgl. Art. 518 Abs. 4 VE-ZGB; hinten, H.

48 Ebenso in der Vernehmlassung der Kanton Luzern, in: Stellungnahmen der Kantone (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-kantone.pdf.download.pdf/stgn-kantone.pdf [30.09.2023]), S. 2.

49 Dies wird in der Vernehmlassung auch vom Kanton Luzern bemängelt, vgl. Kanton Luzern (Fn. 48), S. 2: «Die

Stellung als Willensvollstrecker» (Art. 517 Abs. 3 VE-ZGB). Dies entspricht der geltenden Praxis.⁵²

b) *Beurteilung*: (1) Nachdem sich die Erbbescheinigung (Art. 559 ZGB) als Begriff nicht durchsetzen konnte,⁵³ schlage ich vor, von Willensvollstrecker-Ausweis (statt von Willensvollstrecker-Bescheinigung) zu sprechen.⁵⁴ (2) Die Zuständigkeit wird von den Kantonen nur teilweise (ausdrücklich) geregelt;⁵⁵ das ZGB sollte die Kantone deshalb daran erinnern, dass dies (etwa in den Einführungsgesetzen zum ZGB) zu tun ist. (3) Zudem wird der Willensvollstrecker-Ausweis nach h.M. nur auf Antrag ausgestellt,⁵⁶ was im Gesetzestext ebenfalls zum Ausdruck kommen sollte.⁵⁷

c) *Mein Vorschlag de lege ferenda für Art. 517 Abs. 3 VE-ZGB lautet deshalb*: «Sie erhalten auf ihr Verlangen von der zuständigen Behörde einen Ausweis über ihre Stellung als Willensvollstrecker» (Änderungen gegenüber dem Vorentwurf sind unterstrichen).

E. Vergütung (Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB)

1. Vorentwurf

Der Vorentwurf sieht in Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB die *unveränderte Übernahme des Textes von Art. 517 Abs. 3 ZGB* vor: «Sie haben Anspruch auf angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit.» Der Verein Successio bemängelte in der Vernehmlassung zu Recht, dass man mit dieser Formulierung nicht ausreichend substantiiert habe und übersetzte Honorare nicht in den Griff bekomme.⁵⁸ Seit BGE 129 I 330 E. 3.3 ist klar, dass damit die nach Aufwand berechnete Vergütung gemeint ist, also der notwendige Aufwand (3.) multipliziert mit einem angemessenen Stundensatz (2.).⁵⁹ Dies bedeutet gleichzeitig, dass pauschale Abrechnungen/Tarife⁶⁰ (per se) nicht verwendbar sind bzw. nur dann, wenn sie aufgrund einer Schattenrechnung mit der nach Aufwand berechneten Vergütung zum gleichen Ergebnis führen.⁶¹ Der Gesetzestext erwähnt die beiden Elemente (Aufwand und Stundensatz) nicht, welche nachfolgend näher betrachtet werden.

2. Stundensatz

a) Die Höhe des Stundensatzes richtet sich gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung nach der Qualifikation des Willensvollstreckers, nach der Komplexität des Falles und nach der Verantwortung.⁶² In Zahlen bedeutet dies, dass ein Stundensatz von CHF 300–500 für selbständige Anwälte mit eigener Kanzlei und Infrastruktur sicher ange-

52 Vgl. die Vernehmlassung des Kantons Solothurn, in: Stellungnahmen der Kantone (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-kantone.pdf.download.pdf/stgn-kantone.%20pdf [30.09.2023]), S. 4.

53 Vgl. DANIEL LEU/DANIEL GABRIELI, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 456–977 ZGB und Art. 1–161 SchlT ZGB), 7. A., Basel 2023 (zit. BSK-LEU/GABRIELI), Art. 559 ZGB N 2: «Neben Erbbescheinigung ... wird v.a. auch der aus dem dt. Recht stammende Begriff Erbschein verwendet ... In Anlehnung an den Gesetzestext wird nachfolgend der Begriff Erbbescheinigung verwendet, der auch in der Literatur am häufigsten vorkommt»; ein aktueller Blick in Swisslex zeigt, dass die beiden Begriffe in Literatur und Rechtsprechung etwa gleich häufig verwendet werden, in der Literatur der Begriff Erbschein gar häufiger verwendet wird.

54 Vereinzelt wird auch von Willensvollstrecker-Zeugnis gesprochen, etwa von WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 12), N 836.

55 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 35 mit Hinweis, dass das Bundesgericht in BGE 91 II 177 E. 1 auch die Ausstellung von Amtes wegen erwähnte; diese Möglichkeit wurde soweit ersichtlich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung weiterverfolgt. Das Bundesrecht regelt nur die örtliche Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 2 ZPO), vgl. CR-PILLER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 48.

56 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 36.

57 Ebenso in der Vernehmlassung der Kanton St. Gallen (Fn. 34), S. 6.

58 Vgl. Verein Successio, in: Weitere Stellungnahmen (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf.download.pdf/stgn-organisationen.pdf [30.09.2023]), S. 9.

59 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 27; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 30; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 389.

60 In der Schweiz wurde früher eine Pauschale von bis zu 3% als angemessen angesehen, und daneben wurden Anwalts- und Notariatstarife verwendet, vgl. ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar des Willensvollstreckers – Anwendung von Anwalts- und Notariatstarifen, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2008, S. 202 ff.; CS-COTTI (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 68 schlägt einen gestaffelten Tarif vor, ähnlich wie er in Deutschland verwendet wird, heute vor allem in Form der Rheinischen Tabelle, s. dazu Staudinger-DUTTA, Art. 2221 BGB N 44 ff.

61 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 29; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 30; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 390.

62 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 27; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 32 ff.; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 392 ff.



messen ist.⁶³ Der Schweizerische Bäuerinnen- und Landfrauenverband (SBLV) schlägt folgende Ergänzung des Gesetzestextes vor: «Die Vergütung soll sich nach einer marktüblichen Vergütung ... richten.»⁶⁴ Ähnlich der Bauernverband: «Sie haben Anspruch auf eine marktübliche Vergütung der geleisteten Arbeit ...»⁶⁵ Ich halte eine Ergänzung mit Bezug auf den zur Anwendung gelangenden Stundensatz für sinnvoll. Die *Anwendung eines üblichen Stundensatzes* ist bei Anwälten, Steuerberatern oder Treuhändern zu empfehlen, ein solcher ist aber nicht bei jedem Willensvollstrecker vorhanden, weshalb eine offene Formulierung verwendet werden sollte.

b) *Ich schlage de lege ferenda folgende Ergänzung von Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB vor:* «Sie haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Diese ist aufgrund ... eines nach den Umständen üblichen Stundensatzes zu berechnen» (Änderungen gegenüber dem Vorentwurf/heutigen Gesetzestext unterstrichen).

3. Notwendiger Aufwand

a) Wie viel Aufwand der Willensvollstrecker in Rechnung stellen darf, wird vom Gesetzestext nicht erwähnt. Nach h.M. darf nur der notwendige Aufwand vergütet werden.⁶⁶ Sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung nehmen häufig auf die tatsäch-

lich geleistete Arbeit Bezug,⁶⁷ ich vermisste aber die *konsequente Anwendung des Grundsatzes der Notwendigkeit*, welcher das Honorar in vielen Fällen weit stärker beschränken würde als eine Anpassung des Stundensatzes. Ein am letzten Schweizerischen Erbrechtstag vorgestelltes Beispiel, in welchem ein Willensvollstrecker einen nicht komplexen Nachlass in der Grössenordnung von CHF 2 Mio. verwaltete und über CHF 100 000 Honorar verlangte, zeigt, dass schon bei einer Abschätzung aufgrund von Erfahrungswerten (welche mangels Einsicht in das gesamte Dossier in einem ersten Schritt vorgenommen wurde) etwa ein Drittel der Kosten als nicht notwendig anzusehen waren.⁶⁸ Welche tatsächlich geleisteten Dienste kann denn ein Willensvollstrecker nicht in Rechnung stellen, weil sie nicht notwendig sind? Neben einer zu langen Zeit für das Verfassen eines einfachen Briefes oder einer simplen E-Mail, für das Führen eines kurzen Telefongesprächs oder die Kenntnisnahme eintreffender Post seien als Beispiele erwähnt, dass ein Anwalt nicht parallel neben seinem Treuhänder die Räumung der Wohnung des Erblassers während eines ganzen Tages beaufsichtigen darf, dass er nicht ohne besonderen Grund wiederholt Aktenstudium betreiben darf (das ist durch die Kenntnisnahme der Post abgedeckt) und dass er nicht jede einfache Rechtsfrage kostenpflichtig abklären kann (Grundkenntnisse sind in seinem Stundensatz inbegriffen) oder dass er die Dokumentenverwaltung nicht in Rechnung stellen darf (diese ist in seinem Stundensatz inbegriffen). Wenn wir nochmals den Vorschlag des SBLV betrachten, wird dort zum Stundenaufwand Folgendes gesagt: «Die Vergütung soll sich nach ... der geleisteten Arbeit nach Stundenaufwand richten.» Auch hier fehlt leider das Element der Notwendigkeit, welche im künftigen Gesetzestext erwähnt werden sollte.

b) *Ich schlage de lege ferenda folgende Ergänzung von Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB vor:* «Sie haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung ... Diese ist aufgrund des notwendigen Aufwandes ... zu berechnen» (Änderungen gegenüber dem Vorentwurf/heutigen Gesetzestext unterstrichen).

63 Vgl. RENÉ STRAZZER, Die Vergütung des Willensvollstreckers – Länderbericht Schweiz, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zürich 2017, S. 115 f.; weiter vgl. BGE 142 III 9: CHF 375 für Steuerberater/Notar/Vermögensverwalter, welche allerdings materiell nicht beurteilt wurden; BGE 138 III 419: CHF 350 für Anwalt, welcher allerdings materiell nicht beurteilt wurde.

64 Vgl. Schweizerischer Bäuerinnen- und Landfrauenverband, in: Weitere Stellungnahmen (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf.download.pdf/stgn-organisationen.pdf [30.09.2023]), S. 3.

65 Vgl. Schweizer Bauernverband, in: Weitere Stellungnahmen (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf.download.pdf/stgn-organisationen.pdf [30.09.2023]), S. 4.

66 Vgl. BGE 129 I 330 E. 3.1 («il doit tenir compte du temps employé, de la complexité des opérations effectuées, de l'étendue et de la durée de la mission»); BGE 78 II 123 E. 2 («gemessen am notwendigen Zeitaufwand»); OGER ZH LB120074 vom 22.05.2013 («der sachliche gebotene Aufwand»); ZR 1976 Nr. 14 E. 3 («Mühe, gemessen am Zeitaufwand»); BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 396 ff.; BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 29.

67 Vgl. etwa GUINAND/STETTLER/LEUBA (Fn. 13), N 539: «en tenant compte du temps consacré à l'exécution de la tâche».

68 Zu diesem Fall siehe meinen Bericht in *successio* 1 (2024).

4. Vom Erblasser bestimmtes Honorar

a) In gewissen Fällen legt der Erblasser das Honorar selber fest. Wenn sich dieses als zu tief erweist, fragt es sich, ob der Willensvollstrecker immer noch das angemessene Honorar verlangen könne. LEU/GABRIELI vertreten die Ansicht, dass der *Willensvollstrecker an das vom Erblasser festgelegte Honorar gebunden* sei,⁶⁹ zumal er auf die Annahme des Mandats verzichten könne, wenn ihm dieses nicht genüge, und sie schlagen vor, dies im Gesetzestext festzuhalten: «Sie haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung, sofern der Erblasser die Vergütung nicht tiefer festgesetzt oder ausgeschlossen hat.»⁷⁰ Vorweg ist festzuhalten, dass der Erblasser eine Vergütung nicht völlig ausschliessen kann, weil dies der gesetzlichen Regelung widerspricht.⁷¹ Einer Bindung an die Vorgabe des Erblassers kann ich ansonsten aber zustimmen. Ich habe allerdings in der Praxis auch schon einen Willensvollstrecker erlebt, der das vom Erblasser festgelegte Honorar von CHF 100 000 freudig zur Kenntnis nahm und mit seiner Arbeit begann. Später stellte er aber fest, dass das Honorar seine Kosten bei Weitem nicht decken wird, weil er einen weit verzweigten Künstlernachlass zu betreuen hatte. Trotz solcher Ausreisser dürfte es sinnvoll sein, die Bindung an die Vorgabe des Erblassers im Gesetzestext festzuhalten, zumal der Willensvollstrecker nach dem Verbrauch des festgelegten Honorars seine Tätigkeit (jederzeit) beenden kann,⁷² denn beim Mandat gibt es keine Pflicht zur Ablieferung eines bestimmten Ergebnisses (etwa einer abgeschlossenen Erbteilung), sondern es wird nur Tätigwerden verlangt, welches jederzeit beendet werden kann.⁷³ Ich würde den Text aber offener formulieren als LEU/GABRIELI dies tun. Damit werden dann auch zu hohe Vergütungen erfasst, in welchen eine Vermächtniskomponente steckt.⁷⁴

69 Vgl. DANIEL LEU/DANIEL GABRIELI, Privatautonomie und Willensvollstreckerhonorar, in: Jörg Schmid et al. (Hrsg.), Festschr. für Paul Eitel, Zürich 2022, S. 425; anders etwa STEINAUER (Fn. 26), N 1166a und 1166b: «Mais, si la rémunération ainsi prévue n'est pas équitable ... aussi bien l'exécuteur que les héritiers pourront la remettre en cause»; CR-PILLER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 94: «si l'exécuteur testamentaire trouve trop basse celle prévue par le disposant, il peut exiger une rémunération supérieure».

70 LEU/GABRIELI (Fn. 69), S. 435.

71 Ebenso WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 12), N 853.

72 Vgl. vorne, B.1.b).

73 Vgl. vorne, BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 69 mit Verweis auf Art. 404 OR.

74 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 16), S. 170: «Es ist richtig, dass beim Willensvollstrecker ein Erfolgshonorar nicht erlaubt ist, es sei denn, die formgültige Verfügung des

b) *Ich schlage de lege ferenda folgende Ergänzung von Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB vor:* «Sie haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung, sofern der Erblasser die Vergütung nicht selber festgesetzt. ...» (Änderungen gegenüber dem Vorentwurf/heutigen Gesetzestext unterstrichen).

5. Rückforderung

a) Eine Honorar-Rückforderung – ein Bereicherungsanspruch – kann nur von der Erbgemeinschaft als notwendiger Streitgenossenschaft geltend gemacht werden.⁷⁵ Dies bildet in der Praxis häufig ein grosses Hindernis, weil einzelne Erben nicht bereit sind, eine Rückforderung gerichtlich geltend zu machen oder den anderen Erben eine entsprechende Vollmacht zu erteilen.⁷⁶ Zwar kann ein Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB) eingesetzt werden, um eine Klage für die Erbgemeinschaft zu führen,⁷⁷ dies ist aber mit viel Aufwand und Kosten verbunden sowie mit erheblichen Risiken. *Nach Abschluss der Erbteilung kann auch ein einzelner Erbe* seinen Anteil an der Rückforderung selbständig geltend machen,⁷⁸ soweit die Erben diesen (latenten) Anspruch nicht ausdrücklich einzelnen Erben zugewiesen haben. Dies sollte im Gesetzestext zum Ausdruck kommen, weil es in Fällen, die den Rückforderungsanspruch in der Erbteilung nicht

Erblassers könne als Vermächtnis ausgelegt werden», mit Verweis auf AppGer BS BS1 AZ-2006-28 vom 07.09.2007 E. 2.2 (Kostendach und kein Vermächtnis); DIDIER KOHLI, L'exécuteur testamentaire – Les questions les plus fréquentes, ST 2008, 1058, welcher die Frage stellt, ob das Vermächtnis anstelle oder neben der Vergütung geschuldet ist.

75 Vgl. BGer 5A_881/2012 vom 26.04.2013 und die Besprechung von HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2012–2013), successio 8 (2014) 124 f., weiter vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2013–2014), successio 9 (2015) 121, und HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2017–2018), successio 13 (2019) 34. Ebenso die Rechtsprechung in Deutschland, vgl. LG Freiburg im Breisgau 11 O 138/17 vom 12.01.2018, ZErB 2018, 96 (Klage einer Alleinerbin).

76 Die Problematik der Gesamthandsklagen wird in der Vernehmlassung vom Verein Successio erwähnt (Fn. 58), S. 9.

77 Vgl. dazu HANS RAINER KÜNZLE, in: Dominique Jakob/Andrea Büchler (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. A., Zürich 2017, Art. 602 ZGB N 29: «Führen eines Prozesses»; weiter vgl. KGer SZ ZK2 2018 16 vom 21.11.2018 E. 3 (Geltendmachung einer Pflichtteilsverletzung durch den Erbenvertreter).

78 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2019–2020), successio 14 (2020) 24 Fn. 43.



ausdrücklich behandeln, nicht selbstverständlich ist. Ein weitergehendes Aufbrechen des Gesamthandsprinzips scheint mir dagegen nicht sinnvoll zu sein, da sonst umgekehrt die Gefahr besteht, dass jeder Erbe den Willensvollstrecker blockieren kann.

b) *Ich schlage de lege ferenda folgende Ergänzung von Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB vor: «... Nach Abschluss der Erbteilung kann jeder einzelne Erbe seinen Anteil an einem Honorar-Rückforderungsanspruch selbständig geltend machen»* (Änderungen gegenüber dem Vorentwurf/heutigen Gesetzestext unterstrichen).

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend lautet der *Vorschlag für Art. 517 Abs. 4 VE-ZGB de lege ferenda* wie folgt: «Sie haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung, sofern der Erblasser die Vergütung nicht selber festgesetzt hat. Die angemessene Vergütung ist aufgrund des notwendigen Aufwandes und eines nach den Umständen üblichen Stundensatzes zu berechnen. Nach Abschluss der Erbteilung kann jeder einzelne Erbe seinen Anteil an einem Honorar-Rückforderungsanspruch selbständig geltend machen» (Änderungen gegenüber dem Vorentwurf/heutigen Gesetzestext unterstrichen).

F. Erteilung von Weisungen (Art. 518 Abs. 1 ZGB)

a) Art. 518 Abs. 1 ZGB lautet: «Die Willensvollstrecker stehen, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters.» Der Erblasser kann Weisungen (i.S.v. Art. 397 OR) erteilen, zum Beispiel wer als Verwaltungsrat in der Gesellschaft des Erblassers zu wählen ist. Dabei handelt es sich um Präzisierungen der Aufgabenstellung des Willensvollstreckers, welche nicht häufig vorkommen.⁷⁹ Weisungen müssen gleich wie die (grundsätzliche) Beauftragung des Willensvollstreckers in der *Form einer letztwilligen Verfügung* erfolgen.⁸⁰ STRAZZER vertritt eine andere Meinung mit der Begründung, dass es nicht um Verfügungen von Todes wegen gehe, sondern um gesellschaftsrechtliche Vorkehrungen.⁸¹ M.E. bestimmt

das betroffene Geschäft die Form der Weisung nicht, sonst könnte die Weisung, einen 10-jährigen Mietvertrag abzuschliessen, mündlich erteilt werden, was sicher nicht der Fall ist, denn mündliche Anordnungen des Erblassers sind unbestritten unbeachtlich.⁸²

b) Die geschilderte Diskussion zeigt eine Unsicherheit, welche m.E. vom Gesetzgeber geklärt werden sollte. *Ich schlage deshalb vor, de lege ferenda Art. 518 Abs. 1 ZGB wie folgt zu ergänzen:* «Die Willensvollstrecker stehen, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters. Der Erblasser kann die Aufgaben des Willensvollstreckers in einer letztwilligen Verfügung präzisieren und ihm darin Weisungen erteilen» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

G. Umfang der Aufgaben und Ermächtigungen (Art. 518 Abs. 2 ZGB)

Der Umfang der Aufgaben und Ermächtigungen ist vor allem *im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge* in einigen Punkten kritisch sowie bei der Übertragung von Grundstücken. Diese werden deshalb nachfolgend näher betrachtet.

1. Besitz

a) Art. 518 Abs. 1 ZGB lautet: «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten ...» Der Willensvollstrecker sollte den Besitz an Nachlassgegenständen wie einem Haus, einer Wohnung oder einem Zimmer, am Hausrat, an Aktien etc. *nur insoweit ausüben, als dies für die Durchführung seiner Aufgaben notwendig ist.*⁸³ Diese Einschränkung gilt für die ganze Verwaltung des Nachlasses und

ner Künzle (Hrsg.), 3. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zürich 2020, S. 137.

⁸² Vgl. BJM 1990, 86 E. 2a (AB BS).

⁸³ Vgl. BGE 77 II 122 E. 6 = JdT 100 (1952) I 170: Es ist nicht einzusehen, «wieso der Willensvollstrecker, um den ihm erteilten Auftrag ausführen zu können, die ganze Erbschaft in seine Verfügungsgewalt bekommen muss ...»; ZR 15 (1916) Nr. 122 S. 227 = ZBGR 27 (1946) 265 Nr. 81; BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 23; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 81 und 83; PETER BREITSCHMID, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid (Hrsg.), Praktische Probleme der Erbteilung, St. Gallen 1997, S. 116; CS-COTTI (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 4 («l'exécuteur peut si nécessaire en revendiquer la possession immédiate»); JEAN CARRARD, Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, Yverdon 1923 (Thèse Lausanne 1923),

⁷⁹ Vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 12), N 842.

⁸⁰ Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 94.

⁸¹ RENÉ STRAZZER, Geschäftsführungs- und Kontrollpflichten bei der vorübergehenden oder dauernden Verwaltung von Mehrheits- und Minderheitsanteilen durch den Vollstrecker: Länderbericht Schweiz, in: Hans Rai-

wird von Willensvollstreckern in der Praxis oft nicht eingehalten:⁸⁴ So kann der Willensvollstrecker beispielsweise nach Aufnahme des Inventars den damit einverstandenen Erben den Hausrat (welcher mit wenigen Ausnahmen nur minimalen Wert aufweist) zur einvernehmlichen Teilung oder das Ferienhaus zur Benützung überlassen. Die angebrachte Zurückhaltung des Willensvollstreckers wird in der Literatur zu wenig thematisiert⁸⁵ und sollte deshalb in den Gesetzestext eingebaut werden.

b) *Ich schlage de lege ferenda folgenden Text von Art. 518 Abs. 1 ZGB vor:* «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft soweit notwendig und sinnvoll zu verwalten ...» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

2. Bestimmung eines Unternehmensnachfolgers (und andere gesellschaftsrechtliche Entscheide)

Auszugehen ist wiederum vom gleichen Wortlaut in Art. 518 Abs. 1 ZGB: «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten ...» Bei der (vorläufigen) Verwaltung des Nachlasses hat der Willensvollstrecker Weisungen des Erblassers (Wahl in den Verwaltungsrat) zu beachten.⁸⁶ Wenn keine Weisung des Erblassers vorliegt, kann der Willensvollstrecker (im Rahmen der Verwaltung, soweit notwendig, selbständig [nach pflichtgemäßem Ermessen]) z.B. einen (vorläufigen) Geschäftsführer bestimmen,⁸⁷ während er die Mitgliedschaftsrechte selbst ausüben⁸⁸ und nur bei Verhinderung (etwa

bei einer Interessenkollision) den Erben (bzw. einem Vertreter der Erben) überlassen sollte. Diese *Verwaltungstätigkeit wird durch den heutigen Gesetzestext genügend abgebildet*.

3. Kapitalerhöhung

Ausgangspunkt bildet wiederum der Gesetzestext von Art. 518 Abs. 1 ZGB: «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, ... die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen ...» Nach dem BGH kann der Testamentsvollstrecker nur mit Zustimmung der Erben bei einer Kapitalerhöhung mitmachen, weil er (neue) Schulden für die Erben begründet (anders nur, wenn durch Umbuchung von Rücklagen oder Darlehenskonten die Schuld beglichen werden kann).⁸⁹ Entsprechendes gilt auch im schweizerischen Recht, zumal die Kompetenz zur Begründung neuer Schulden durch den Willensvollstrecker begrenzt ist,⁹⁰ weil das Gestalten der Zukunft über die «Verwaltung des Nachlasses» hinausgeht. Dies bedeutet, dass der Willensvollstrecker eine Kapitalerhöhung nicht in jedem Fall selbständig vornehmen kann. Eine *Anpassung des Gesetzestextes ist aber nicht notwendig*, weil derartige Geschäft den Erben vorbehalten sind und auch sein sollen.

4. Verfügung über Unternehmensanteile

a) Auch hier bildet der Gesetzestext von Art. 518 Abs. 1 ZGB den Ausgangspunkt: «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, ... die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen.» Eine Verfügung über Unternehmensanteile (der Erblasser hatte eine bedeutende Beteiligung oder war alleiniger Eigentümer und nicht bloss Streubesitzer von Aktien) geht – ausser im Notfall (wie der Bezahlung von Steuern, welche die Erben anders nicht aufbringen können)⁹¹ – zu weit, weil sie die Erbteilung präjudi-

N 99: «la saisine de l'exécuteur ne porte que sur les biens de la succession qui lui sont nécessaires»).

84 Vgl. KÜNZLE (Fn. 46), successio 15 (2021) 35: «In der Praxis wird m.E. häufig übersehen, dass der Willensvollstrecker den Besitz nur soweit beanspruchen sollte, als dies zur Führung seines Mandates auch wirklich notwendig ist.»

85 Die Zurückhaltung des Willensvollstreckers beim Besitz wird zum Beispiel auch im Basler Praxiskommentar nicht erwähnt, vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 23.

86 Vgl. CS-COTTI (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 80; zu den Weisungen vgl. vorne, F.

87 Der Willensvollstrecker sollte wenn möglich nicht sich selber als Geschäftsführer bestimmen, weil dies regelmässig Interessenkonflikte mit sich bringt, vgl. CS-COTTI (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 81.

88 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 32; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 52; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 185; CS-COTTI (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 79 f.

89 Vgl. BGH vom 03.07.1989, BGHZ 108, 187, 198; BGH vom 14.02.2012, DSR 2012, 866, 867.

90 Vgl. dazu BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 34 («zur Erfüllung der Aufgabe des Willensvollstreckers erforderlich»); BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 127 («etwa wenn dies zur Erhaltung des Nachlasses notwendig ist»); BREITSCHMID (Fn. 83), S. 126.

91 Vgl. BGE 101 II 47 E. 2b = JdT 124 (1976) I 158 = ZBGR 57 (1976) 376 Nr. 73 = SJ 98 (1976) 201 f.; BSK-LEU (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 40; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 126.



ziert, welche allein Sache der Erben ist.⁹² Diese Schilderung zeigt, dass die *Einigung der Erben im Gesetzestext fehlt* und ergänzt werden sollte. Die Einigung stand bei der Schaffung des ZGB 1912 noch nicht im Vordergrund und erlangte in der Lehre und Rechtsprechung erst im Laufe der Jahre Vorrang.

b) *Ich schlage de lege ferenda folgenden Text für Art. 518 Abs. 1 ZGB vor:* «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, ... die Teilung nach der Vereinbarung der Erben, den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

5. Vollzug von Teilungsvorschriften (Grundstücke, Unternehmensanteile)

a) Ausgangspunkt bildet derselbe Ausschnitt des Gesetzestextes von Art. 518 Abs. 1 ZGB: «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, ... die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen.» Teilungsvorschriften können von den Erben gemeinsam beseitigt werden. Sie sind für den Willensvollstrecker nur so weit verbindlich, als auch ein Anrechnungswert vom Erblasser bestimmt wurde.⁹³ Entsprechendes gilt für das Zuteilungsrecht, welches einem Erben vom Erblasser zugesprochen wurde.⁹⁴ Auch hier *fehlt der Vorrang einer Vereinbarung unter den Erben*.⁹⁵

b) Der *Gesetzestext ist* wie bereits vorne⁹⁶ vorgeschlagen *zu ergänzen*.

6. Teilungsklage

Ausgangspunkt bildet nochmals derselbe Ausschnitt des Gesetzestextes von Art. 518 Abs. 1 ZGB: «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, ... die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen.» Zur Frage, ob der Willensvollstrecker eine Teilungs-

klage erheben kann, gibt es in der Lehre *verschiedene Ansichten*.⁹⁷ Das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht prüfen müssen, hat sich aber immerhin in einem Obiter Dictum⁹⁸ der herrschenden Lehre angeschlossen, welche die Aktivlegitimation ablehnt. Zwar gibt es ein gewisses Bedürfnis, die Unternehmensnachfolge voranzubringen,⁹⁹ m.E. muss es aber Sache der Erben bleiben, ob sie klagen wollen oder nicht, denn die Pflicht zur Neutralität verbietet dem Willensvollstrecker das Einreichen einer Teilungsklage.¹⁰⁰ Trotz dieser Unklarheit *denke ich nicht, dass man diesen Fall eigens im Gesetzestext aufführen muss*,¹⁰¹ eine Bemerkung in der Botschaft zum neuen Erbrecht würde m.E. genügen.

97 Die herrschende Lehre lehnt die Aktivlegitimation ab, vgl. etwa PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 72; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 324; FELIX SCHÖBI, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Erbteilung, *successio* 15 (2021) 112; PAUL EITEL, Prozessführung durch den Willensvollstrecker, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, S. 153 f.; STEPHAN WOLF, Grundfragen zur Auflösung der Erben-gemeinschaft, Bern 2004, S. 249. Für eine Aktivlegitimation sprechen sich aus: BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 66; THOMAS SUTTER-SOMM/MARCO CHEVALIER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, *successio* 1 (2007) 32 ff.; CS-COTTI (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 173 ff.

98 Vgl. BGE 5A_707/2020 vom 16.03.2021 E. 6.1. Die kantonale Rechtsprechung lehnt die Aktivlegitimation des Willensvollstreckers ebenfalls ab, vgl. ZR 27 (1928) Nr. 14 S. 35; ZR 60 (1961) Nr. 84 E. 3 und 7; KGer VD SJZ 92 (1996) 242 Nr. 3; BJM 2005, 79 E. 3.

99 Aus diesem Grund befürwortet etwa DARDEL die Aktivlegitimation, vgl. DANIELA DARDEL, Die Unternehmensnachfolge de lege lata et ferenda – unter besonderer Berücksichtigung der Rolle des Willensvollstreckers, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Festschr. für Hans Rainer Künzle, Zürich 2021, S. 64.

100 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2021–2022), *successio* 17 (2023) 51; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2020–2021), *successio* 16 (2022) 62; KÜNZLE (Fn. 27), *successio* 12 (2018) 64; ebenso neustens DANIEL ANTOGNINI, Die Teilungsklage des schweizerischen Erbrechts, Diss. Zürich, Zürich 2022, N 1144 ff., mit der Begründung, dass das Gesetz (Art. 604 und 518 ZGB) keine Klagebefugnis des Willensvollstreckers vorsehe, und dass Art. 611–613 ZGB dem Willensvollstrecker eine vermittelnde Funktion zuweise (mit Verweis auf BGE 102 II 197).

101 Ebenso ANTOGNINI (Fn. 100), N 1172; CYRILLE PIGUET, L'action en partage ou le partage en action, in: Maryse Pradervand-Kernen et al. (Hrsg.), *Journée de droit successoral* 2022, Bern 2022, S. 163 ff. N 71.

92 Vgl. BGE 108 II 535 E. 2c = JdT 131 (1983) I 593 = Pra. 72 (1983) Nr. 177 = ZBGR 66 (1985) 247 Nr. 51; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 310 und 342.

93 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 311.

94 Vgl. RENÉ BIBER, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Grundstücken im Nachlass, ZBGR 2005, 12.

95 Vgl. vorne, G.4.a).

96 Vgl. vorne, G.4.b).

7. Integralzuweisung eines Unternehmens

Die Integralzuweisung eines Unternehmens ist bei einem Streit unter den Erben vom Gericht zu entscheiden (Art. 617 Abs. 2 VE-ZGB) und kann vom Willensvollstrecker nicht vollzogen werden. Aus diesem Grund besteht *kein Grund, den Gesetzestext von Art. 518 Abs. 1 ZGB anzupassen*.

8. Zusammenfassung

Zusammenfassend lautet der *Vorschlag für Art. 518 Abs. 1 ZGB de lege ferenda* wie folgt: «Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft soweit notwendig und sinnvoll zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach der Vereinbarung der Erben, den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

H. Aufsicht (Art. 518 Abs. 4 VE-ZGB)

1. Gericht als Aufsichtsbehörde

a) Der *Vorentwurf* schlägt folgenden Text für einen neuen Art. 518 Abs. 4 ZGB vor: «Sie sind der Aufsicht des Gerichts unterstellt.»

b) *Heute gibt es folgende Aufteilung*: Formelle Fragen werden von der kantonalen Aufsichtsbehörde behandelt,¹⁰² welche in der Regel eine Verwaltungsbehörde und nur vereinzelt ein Gericht ist,¹⁰³ während materiell-rechtliche Fragestellungen wie Honorar, Haftung, die Erbteilung und sonstige erbrechtliche Klagen vom Gericht im ordentlichen Verfahren zu entscheiden sind.¹⁰⁴ Bei gewissen Gegenständen gibt es unterschiedliche Ansichten: M.E. müssen komplexe Fälle der Auskunft und der Interessenkollision, welche auch materiell-rechtliche Fragestellungen mit sich bringen, vom ordentlichen Gericht

entschieden werden,¹⁰⁵ während nach anderer Ansicht nur nachträgliche Interessenkollisionen vom Gericht zu beurteilen sind¹⁰⁶ bzw. in allen Fällen die Aufsichtsbehörde zuständig sein soll.¹⁰⁷

c) Die *Vernehmlassungen* zur Beaufsichtigung der Aufsichtsbehörden durch Gerichte waren sehr uneinheitlich: Die Kantone Solothurn und Freiburg haben sich dahingehend geäußert, dass die Kantone das Gericht (und das Verfahren) bestimmen können sollten.¹⁰⁸ Dies trifft insofern nicht zu, als für ein summarisches Verfahren (hinten, H.2.) das Einzelgericht zuständig ist. Die Universität Genf bemerkte, dass nur wenige Zuständigkeiten etwa bei der Auskunft unklar seien und dies keine neue Regelung rechtfertige.¹⁰⁹ Dies übersieht die vorne (H.1.) geschilderte Kontroverse bei den häufig vorkommenden Interessenkollisionen. Der Verband Bernischer Notare betont, es gebe «kantonal gewachsene, bewährte Strukturen».¹¹⁰ Dies übersieht, dass es Kantone gibt, in denen die Aufsichten teilweise offenbar überfordert sind und einen Rechtsbeistand beiziehen. Die Universität Bern gibt zu bedenken, dass der Dualismus (summarisches und ordentliches Verfahren) bleiben wird.¹¹¹ Dies ist zwar richtig, aber wenigstens ist in beiden Fällen das gleiche Gericht zuständig (zwar in unterschiedlicher Zusammensetzung), und eine Überweisung wird damit einfacher als bisher.

102 Vgl. BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 98; PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 89; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 523; CS-COTTI (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 138.

103 Vgl. www.verein-successio.ch/willensvollstrecker.shtml [30.09.2023]; die zuständige Behörde wird von den Kantonen bestimmt, viele Kantone kennen allerdings keine ausdrückliche Regelung, vgl. CR-PILLER (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 165.

104 Vgl. Fn. 102.

105 Vgl. KÜNZLE (Fn. 100), successio 17 (2023) 46; KÜNZLE (Fn. 100), successio 16 (2022) 57; KÜNZLE (Fn. 78), successio 14 (2021) 28.

106 Vgl. etwa BSK-LEU (Fn. 3), Art. 518 ZGB N 105; diese Lehre stützt sich im Wesentlichen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche in BGE 97 II 201 E. 3 begründet wurde.

107 Vgl. etwa DANIEL ABT, Der Willensvollstrecker aus Sicht des Erben: «il buono, il brutto o il cattivo», AJP 27 (2018) 1317 ff., und RICCARDO BRAZEROL, Der Erbe als Willensvollstrecker, Diss. Bern, Bern 2018, N 535 ff.

108 Vgl. Kanton Solothurn (Fn. 52), S. 4; Kanton Freiburg, in: Stellungnahmen der Kantone (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-kantone.pdf [30.09.2023]), S. 1.

109 Vgl. Universität de Genève, in: Weitere Stellungnahmen (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf [30.09.2023]), S. 12.

110 Vgl. Verband Bernischer Notare, in: Weitere Stellungnahmen (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf [30.09.2023]), S. 2.

111 Vgl. Universität Bern, in: Weitere Stellungnahmen (www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf [30.09.2023]), S. 14 f.



d) Aus meiner Sicht ist der *vorgeschlagene Schritt* trotz verbleibender Schwierigkeiten in der Abgrenzung der Zuständigkeiten (summarisches Verfahren beim Einzelgericht und ordentliches Verfahren beim Gesamtgericht) *richtig* und auch dringend notwendig; die Vorteile zeigen sich insbesondere beim vereinheitlichten Verfahren (hinten, H.2.). Ich habe die Aufwertung der Aufsichtsbehörde schon in meiner Habilitationsschrift empfohlen.¹¹²

2. Aufsichtsverfahren

a) Art. 518 Abs. 4 VE-ZGB sagt nichts zum anwendbaren Verfahren. *Heute gilt kantonales Verfahrensrecht*, welches häufig aber gar nicht existiert und deshalb durch die analog anwendbaren Bestimmungen der (schweizerischen) ZPO ersetzt wird.¹¹³ Dies führt beispielsweise dazu, dass von den Kantonen unterschiedliche Rechtsmittel (kantonale bzw. eidgenössische) angewendet werden (hinten, H.3.), was nicht sehr sinnvoll ist. Eine Verlagerung der Aufsicht zu den Gerichten würde künftig eine einheitliche und direkte Anwendung der ZPO ermöglichen, und zwar des summarischen Verfahrens (Art. 248 lit. e ZPO),¹¹⁴ was sicher ein grosser Vorteil wäre, weil damit die Gerichte das gleiche Verfahren anwenden, die gleichen Rechtsmittel kennen und die Aufsichtspraxis anderer Kantone einfacher übernehmen können. Zudem würde die Auswahl der Rechtsvertreter erleichtert, weil keine Kenntnisse von kantonalem Recht mehr vorausgesetzt werden. Diese Änderung sollte m.E. auch im Gesetz erwähnt werden.

b) *Ich schlage de lege ferenda folgende Ergänzung von Art. 518 Abs. 4 VE-ZGB vor:* «Sie sind der Aufsicht des Gerichts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 248 lit. e ZPO) unterstellt» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen).

3. Rechtsmittel

Die Kantone wenden im Aufsichtsverfahren über den Willensvollstrecker uneinheitlich Rechtsmittel an, einmal nach kantonalem Recht (zum Beispiel Zürich) und das andere Mal nach der ZPO (zum

Beispiel St. Gallen).¹¹⁵ Die geschilderte Verlagerung zu den Gerichten (vorne, H.1.) und die direkte Anwendung der ZPO (vorne, H.2.) führen dazu, dass *künftig Beschwerden nach Art. 319 ZPO* (bis CHF 10000) *bzw. die Berufung nach Art. 308 ZPO* (über CHF 10000) *möglich* sind. Eine besondere Regelung in Art. 518 Abs. 4 VE-ZGB ist dafür nicht notwendig.

I. Internationales Privatrecht (Art. 92 Abs. 2 E-IPRG)

1. Verfahrensrechtliche Aspekte

a) Im Rahmen der Revision von Art. 86–96 IPRG (Geschäft 20.0034) wird auch die Bestimmung über den Willensvollstrecker ergänzt. Der *Entwurf* des Bundesrats lautet wie folgt: «... Diesem Recht unterstehen namentlich ... die Nachlassabwicklung, mit Einschluss der verfahrensrechtlichen Aspekte der Willensvollstreckung oder Nachlassverwaltung ...» (Art. 92 Abs. 2 E-IPRG).¹¹⁶ Dieser Text ist inzwischen ohne Änderung von beiden Kammern des Parlaments gutgeheissen worden.¹¹⁷ Es wird erwartet, dass die Revision in der Wintersession 2023/2024 abgeschlossen werden kann, da seit dem 12.09.2023 nur noch kleine Differenzen bestehen.¹¹⁸ Mit einem Inkrafttreten ist somit vor dem 01.01.2025 nicht zu rechnen.

b) Während der heute geltende Art. 92 Abs. 2 IPRG die ganze Willensvollstreckung dem Eröffnungsstatut unterstellt, genügt es nach der von HEINI¹¹⁹ begründeten und vielen weiteren Autoren weitergeführten *Lehre*, wenn die verfahrensrechtlichen Aspekte (wie Form und Frist der Annahme, Ausstellung des Willensvollstrecker-Ausweises, Aufsicht, örtlicher Umfang der Befugnisse, Verhältnis zu Gläubigern und Dritten, vorsorgliche Massnahmen) dem Eröffnungsstatut unterstehen¹²⁰ und die

112 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 445 f. (Aufwertung der Aufsichtsbehörde).

113 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Roland Fankhauser et al. (Hrsg.), Festschr. für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 941 ff.

114 So auch der Kanton Luzern (Fn. 48), S. 2.

115 Zu einer Übersicht vgl. www.verein-successio.ch/willensvollstrecker.shtml [30.09.2023].

116 BBl 2020, 3355 (Entwurf).

117 Vgl. Nationalrat vom 15.06.2021 (AB 2021 NR 1340) und Ständerat vom 15.12.2022 (AB 2022 SR 1361).

118 Vgl. Ständerat vom 12.09.2023 (www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=61557).

119 ANTON HEINI, Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2003, Art. 92 IPRG N 21–23.

120 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, in: Markus Müller-Chen et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich 2018 (zit. ZK-KÜNZLE), Art. 92 IPRG N 29 m.w.N.

übrigen Fragen dem Erbstatut.¹²¹ Dies wird mit dem ergänzten Text nun im Gesetz abgebildet. Mit «Nachlassverwaltung» soll neu auch der «administrator» (vom Probate Court eingesetzter «personal representative») erfasst werden,¹²² was sicher richtig ist.

2. Umfang der Ermächtigung

a) Art. 92 Abs. 2 E-IPRG lautet weiter: «... Diesem Recht unterstehen namentlich ... die Frage der Berechtigung des Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber.»¹²³ Mit dieser Formulierung soll klargestellt werden, dass der ausländische «executor» bzw. «administrator» in der Schweiz kein (formelles) Eigentum am Nachlass haben kann, sondern nur eine Verfügungsmacht, insbesondere an Grundstücken.¹²⁴ Eigentum und Verfügungsmacht sind somit Fragen des *Eröffnungsstatuts*. Anders sieht es in der EU-Erbrechtsverordnung aus: Nach Art. 23 Abs. 2 lit. f EuErbVO richten sich sämtliche Rechte des Testamentsvollstreckers nach dem Erbstatut.

b) M.E. ist das Eröffnungsstatut nicht geeignet, die Anpassung der Berechtigung eines ausländischen Vollstreckers sinnvoll zu regeln, wenn dieser die Landesgrenze überschreitet.¹²⁵ Dazu kann man entweder die (allgemein gültige) Wirkungserstreckung einsetzen¹²⁶ oder es braucht Sondervorschriften wie

Art. 29 EuErbVO («Befugnisse eines Nachlassverwalters in bestimmten Situationen»),¹²⁷ welche eine *Anpassung an den Wirkungsort* vorsehen. In Art. 29 EuErbVO werden leider nur die Befugnisse der Nachlassverwalter (nicht auch der Testamentsvollstreckers) angepasst,¹²⁸ weshalb diese Bestimmung nicht direkt als Vorbild dienen kann. Der Wirkungsort bestimmt sich nach dem Statut, welches auf das jeweilige Nachlassgut anzuwenden ist; bei Grundstücken ist es die *lex rei sitae*, bei Unternehmensanteilen das Gesellschaftsstatut und bei Mobilien knüpft man am Recht des Wohnsitzes des Erblassers an.¹²⁹

c) *Ich schlage de lege ferenda folgende Anpassung von Art. 92 Abs. 2 E-IPRG vor:* «... Diesem Recht unterstehen namentlich ... die Nachlassabwicklung ... sowie die Frage der Berechtigung des Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber. Die Rechtsstellung eines ausländischen Willensvollstreckers oder Nachlassverwalters ist für seine Tätigkeit in der Schweiz soweit notwendig dem schweizerischen Recht anzupassen» (Änderungen gegenüber dem heutigen Gesetzestext unterstrichen bzw. durchgestrichen).

121 Vgl. ZK- KÜNZLE (Fn. 120), Art. 92 IPRG N 20.

122 Vgl. Botschaft, BBl 2020, 3335.

123 BBl 2020, 3355 (Entwurf).

124 Vgl. Botschaft, BBl 2020, 3336; vgl. dazu auch THOMAS MAYER, Die Stellung eines personal representative in der Schweiz, *successio* 16 (2022) 82.

125 Ebenso KINGA A. WEISS/VANGELIS KALAITZIDAKIS, Berechtigung der ausländischen Willensvollstrecker am Nachlass und seine Verfügungsmacht darüber, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), *Festschr. für Hans Rainer Künzle*, Zürich 2021, S. 404 f., welche darauf hinweisen, dass auch ausländische Vollstrecker, welche keine oder geringe Verfügungsbefugnis besitzen, eine umfassende Verfügungsmacht (nach schweizerischem Recht) erhalten, was nicht gewollt ist.

126 Vgl. BGer ZBGR 57 (1976) Nr. 35 S. 153: «Des raisons juridiques s'opposeraient en droit suisse à ce que l'exécuteur testamentaire d'une succession régie par le droit anglais soit considéré comme propriétaire fiduciaire ...»; VPB 38 (1974) Nr. 42 S. 28: «Il conviendra au surplus d'assimiler l'exécuteur testamentaire, quant à ses pouvoirs, à un exécuteur selon le droit suisse»; VPB 37 (1973) Nr. 57 S. 68: «Angesichts dieser Rechts- und Sachlage wird man in der Schweiz mit Rücksicht auf die dem englischen Erbstatut immanenten Zwecke, im Interesse des Erblasserwillens und zum Schutz der Erben davon ausgehen müssen, dass die gemäss englischem Recht ernannten «executors and trustees» in der Schweiz und

gegenüber den in der Schweiz gelegenen Nachlassgegenständen insbesondere gegenüber der schweizerischen Liegenschaft nur die Stellung von schweizerischen Willensvollstreckern einnehmen können (Art. 517–518 ZGB)»; BK-KÜNZLE (Fn. 3), Art. 517–518 ZGB N 144.

127 Der neue vorgeschlagene Art. 92 Abs. 2 IPRG ist nicht kompatibel mit Art. 29 EuErbVO, vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Unternehmen im Nachlass – insbesondere Vollstreckung an Gesellschaftsanteilen: Länderbericht Schweiz, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), 2. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zürich 2018, S. 50.

128 Vgl. ANATOL DUTTA, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 12: Internationales Privatrecht 1, 8. A., München 2020 (zit. MünchKomm-DUTTA), Art. 29 EuErbVO N 12.

129 Mit Art. 29 EuErbVO möchte man insbesondere am Ort der gelegenen Sache anknüpfen, vgl. MünchKomm-DUTTA (Fn. 128), Art. 29 EuErbVO N 4.