



Der Willensvollstrecker aus Sicht des Erben: «*il buono, il brutto o il cattivo*»

Ein praxisnaher Überblick zu Aufsicht, Absetzung,
Verantwortlichkeit und Honorarrückforderung

DANIEL ABT*

Bei Willensvollstreckungen ist die Rechtslage in Bezug auf die Aufsicht, Absetzung, Verantwortlichkeit und Honorarrückforderung – bei genauer Betrachtung – unübersichtlich. Im vorliegenden Beitrag werden die bestehenden Mittel bzw. Ansprüche systematisch dargelegt und abgegrenzt, wobei auch Anregungen für die Praxis und die bundesgerichtliche Rechtsprechung gegeben werden.

Pour les exécutions testamentaires, la situation juridique concernant la surveillance, la révocation, la responsabilité et le remboursement des honoraires est – à bien y regarder – peu claire. Dans la présente contribution, les droits et moyens existants sont exposés et délimités de manière systématique, et des suggestions pour la pratique et la jurisprudence du Tribunal fédéral sont également formulées.

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
- II. Aufsicht im Allgemeinen
- III. Absetzung im Besonderen
- IV. Verantwortlichkeit
- V. Honorarrückforderung
- VI. Weitere «Instrumente» aus der Praxis
- VII. Ausblick: Erbrechtsrevision
- VIII. Zusammenfassung und Fazit

I. Vorbemerkungen

Der Titel der vorliegenden Publikation orientiert sich (mit einer bewussten kleinen Abwandlung) am Italowestern-Klassiker von Sergio Leone «*Il buono, il brutto, il cattivo*» (1966). Dieser leicht modifizierte Titel resümiert prägnant Erkenntnisse aus der Erbrechtspraxis in Bezug auf Willensvollstreckungen:

Oftmals übt der eingesetzte Willensvollstrecker seine Tätigkeit professionell-adäquat und einwandfrei aus, sodass die Erben innert angemessener Zeit und mit vernünftigen Kostenfolgen in den Genuss der geteilten Erbschaft kommen (aus Sicht des Erben: «*il buono*»).

Allzu oft muss jedoch (auch von den Erben) festgestellt werden, dass Willensvollstrecker ihr Amt teilweise gar nicht oder verspätet, trölerisch-schleppend oder laienhaft-schadhaft ausüben bzw. den Nachlass weitgehend ohne Information der Erben, in Missachtung von gesetz-

lichen oder erblasserischen Vorschriften sowie entgegen dem Willen der Erben und/oder unter Geltendmachung bzw. eigenmächtigem Bezug von übersetzten Honoraren für sich und Hilfspersonen (u.U. ohne nachvollziehbare, detaillierte Abrechnung resp. gar ohne Orientierung der Erben) abwickeln (aus Sicht des Erben: «*il brutto*» oder «*il cattivo*», wobei zugegebenermassen noch keine exakte Abgrenzung besteht).

Bei derartigen Sachlagen stellen sich Fragen betreffend aufsichtsrechtliche Massnahmen, Absetzung, Haftung bzw. Honorarrückforderung etc. In manchen Fällen möchten betroffene Erben diesbezüglich (allenfalls etwas voreilig) aktiv werden.

Die Rechtslage erscheint jedoch – bei genauer Betrachtung – als unübersichtlich. Es ist demnach angezeigt, die bestehenden Mittel bzw. Ansprüche systematisch darzulegen und abzugrenzen, wobei auch Anregungen für die Praxis und die bundesgerichtliche Rechtsprechung gegeben werden sollen.

Zwecks Vermeidung einer allzu ausufernden Abhandlung – auch auf Grund der Komplexität der Materie, insbesondere in haftpflichtrechtlicher Hinsicht – wird nachfolgend nur ein kritischer Überblick mit Denkanstössen bzw. Lösungsansätzen gegeben, wie mit einer teilweise unbefriedigenden und unklaren Rechtslage in adäquater Weise umgegangen werden kann. Es wird dabei ersichtlich, dass – zumindest in Einzelpunkten – eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erforderlich erscheint.

II. Aufsicht im Allgemeinen

1. Der Willensvollstrecker untersteht – während seiner Amtsdauer – einer behördlichen Aufsicht (Art. 518 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB). Diese Behördenauf-

* DANIEL ABT, Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, ThomannFischer, Rechtsanwälte und Notare, Basel. Schriftliche und ergänzte Fassung des entsprechenden Referats am St. Galler Erbrechtstag 2018 (gehalten am 6. Juni 2018 in Zürich und am 28. August 2018 in Luzern; die PowerPoint-Präsentation ist verfügbar unter <https://www.thomannfischer.ch> [Abruf 20.10.2018]).

sicht ist *zwingendes Recht*;¹ sie kann somit auch nicht durch den Erblasser in der Verfügung von Todes wegen negiert bzw. wegbedungen werden.

2. Die *Zuständigkeit* für das Aufsichtsverfahren liegt – je nach kantonaler Ausgestaltung – bei einer gerichtlichen Behörde (etwa im Kanton ZH [Einzelgericht], AG [Bezirksgerichtspräsident] oder SG [Kreisgerichtspräsident]) oder einer Verwaltungsbehörde (so in den Kantonen BS [Zivilgericht als Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt], BL [Zivilrechtsverwaltung], BE [Regierungsstatthalter], LU [Teilungsbehörde] oder ZG [Gemeinderat]).²

Die örtliche Zuständigkeit ist beim zuständigen Gericht resp. bei der zuständigen Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers gegeben.³

3. Das Verfahren wird i.d.R. auf *Beschwerde* hin eingeleitet. Von Amtes wegen erfolgt ein Aufsichtsverfahren nur ausnahmsweise, in krassen Fällen bzw. wenn die Behörde von einer nichtlegitimierten Person oder Amsstelle orientiert wurde.⁴ Meines Erachtens ist auch in Fällen, bei denen möglicherweise die «Beschwerdefrist» nicht eingehalten wurde, eine Verfahrenseinleitung von Amtes wegen zu prüfen.⁵
4. Praktisch relevant ist die Frage, ob es bei der Anhebung der Willensvollstrecker-Aufsichtsbeschwerde eine *Beschwerdefrist* zu beachten gilt. Festgehalten werden kann, dass vom Willensvollstrecker selbst

keine Fristen zur Anhebung der Beschwerde gesetzt werden können, welche die Beschwerdemöglichkeit ausschliessen würden, mithin Verwirkungsfolgen hätten; der Willensvollstrecker hat keine Kompetenz, die gesetzlich zwingend geregelte Aufsicht in irgendeiner Weise zu normieren oder zu beschneiden.⁶ Gemäss einem Teil der Doktrin soll – gestützt auf kantonale Bestimmungen – eine zehntägige Frist zu beachten sein.⁷ Diese Auffassung ist m.E. abzulehnen, zumal es nicht angehen kann, dass kantonale Vorschriften (die allenfalls nur analog anzuwenden sind) eine bundesrechtlich vorgesehene Aufsicht einschränken oder gar ausschliessen. Im ZGB finden sich keine Normen in Bezug auf eine Beschwerdefrist betreffend die Willensvollstrecker-Aufsicht. Zudem ist zu beachten, dass Aufsichtsbeschwerden i.d.R. dann (erfolgreich) ergriffen werden, wenn der Willensvollstrecker andauernd bzw. wiederholt seine Pflichten verletzt, mithin nicht etwa bei einer bzw. jeder groben Verfehlung (was letztlich zu einer unerwünschten Beschwerdeflut führen würde). Die präzise Ermittlung einer zehn- oder zwanzigtägigen⁸ Frist ist damit i.d.R. kaum realisierbar. Immerhin könnte in der Praxis bei Einwendung des Ablaufs der Beschwerdefrist argumentiert werden, dass die Behörde von Amtes wegen tätig werden müsste.

Es ist demnach nach hier vertretener Ansicht festzuhalten, dass für die Aufsichtsbeschwerde keine Beschwerdefrist besteht und damit eine Beschwerde so lange erhoben werden kann, als ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse besteht.⁹

5. Zur Beschwerde *aktivlegitimiert* sind Personen, die am fraglichen Nachlass materiell beteiligt sind und über ein entsprechendes Interesse verfügen, mithin Erben (auch provisorische und virtuelle Erben) und Vermächtnisnehmer. Daneben sind auch Erbschafts- und Erbgangsgläubiger zur Beschwerde legitimiert.

¹ Vgl. BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Art. 518 ZGB N 88, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm Erbrecht-Verfasser); RAINER KÜNZLE, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Willensvollstrecker, Art. 517–518 ZGB, Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517/518 ZGB N 515.

² Vgl. etwa die Übersicht bei BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 516.

³ Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Die Aufsicht über den Willensvollstrecker – Verfahren und Rechtsmittel, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 933 ff., 935; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 88; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 N 106, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

⁴ Vgl. DANIEL ABT, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, AnwaltsRevue 2013, 266 ff.; THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen» Verfahrens, SJZ 2017, 421 ff., 429; KÜNZLE (FN 3), 937; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 90; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, Erbrecht, Basel 2012, 348; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 521 m.w.H.

⁵ Vgl. dazu sogleich sub Ziffer II./4.

⁶ Vgl. in diesem Sinne KÜNZLE (FN 3), 941; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 101.

⁷ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, Zürich 2012, N 317, in analoger Anwendung einer kantonalen Frist betreffend Massregeln des Erbschaftsverwalters (§ 139 Abs. 2 EG ZGB BS); vgl. in diesem Sinne auch PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 90.

⁸ Im Kanton ZG besteht gemäss § 85 EG ZGB eine zwanzigtägige Frist (ab Kenntnis einer Handlung oder Unterlassung) für die Anhebung der Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker.

⁹ Vgl. in diesem Sinne auch KÜNZLE (FN 3), 941, der treffend ausführt, dass eine Beschwerde grundsätzlich erhoben werden kann, solange der gesetzeswidrige Zustand andauert.

- Eine Aktivlegitimation des Willensvollstreckers wird ganz überwiegend abgelehnt.¹⁰
6. Die *Passivlegitimation* erstreckt sich auf den oder die Willensvollstrecker (während der Amtsdauer, wobei mehrere Willensvollstrecker nach hier vertretener Ansicht nicht zwingend gemeinschaftlich in das Beschwerdeverfahren eingebunden werden müssen¹¹).
 7. *Gegenstand* der Willensvollstreckerbeschwerde sind ganz grundsätzlich Handlungen des Willensvollstreckers, mithin beabsichtigte, getroffene und/oder unterlassene Handlungen.¹²
 8. Als *Beschwerdegrund* können vorgebracht werden: die Unfähigkeit (etwa infolge Handlungsunfähigkeit, Konkurs, Krankheit, Überlastung, Abwesenheit oder Unfähigkeit in fachlicher Hinsicht, auch betreffend allfällige Hilfspersonen), Untätigkeit oder Vertrauensunwürdigkeit des Willensvollstreckers, die Unangemessenheit seiner Massnahmen, die fehlende/mangelhafte Information sowie sonstige Pflichtverletzungen wie Parteilichkeit.¹³ Grundsätzlich kann auch der Beschwerdegrund der Interessenkollision vorgebracht werden; in der Praxis sind indes sehr hohe Anforderungen bzw. schwerwiegende Umstände für eine Absetzung auf Grund einer Interessenkollision erforderlich.¹⁴
 9. Die *Kognition* der zuständigen Behörde beschränkt sich damit nur – aber immerhin – auf das formelle Vorgehen und die persönliche Eignung des Willensvollstreckers; geprüft kann überdies die pflichtgemässe und zweckmässige Amtsausübung sowie das Vorliegen von administrativen Pflichtverletzungen.¹⁵ Die Behörde verfügt diesbezüglich über einen grossen Ermessensspielraum und überprüft demnach keine materiell-rechtlichen Fragen.¹⁶
 10. Auf Grund der einschlägigen Rechtsprechung sind für die Anwendung von Aufsichtsmaßnahmen einige *Grundregeln* zu beachten, wobei die folgenden Prinzipien hervorgehoben werden sollen (sog. Grundsatz der Stufenfolge):¹⁷
 - Prävention geht vor Sanktion. Folglich sind primär Empfehlungen, Weisungen und/oder Mahnungen zu ergreifen; Verweis und Absetzungen stehen nicht im Vordergrund.
 - Die mildere Anordnung geht der schärferen Anordnung vor.
 - Die Massnahme muss notwendig und verhältnismässig sein.
 11. Das Aufsichtsverfahren ist ein summarisches *Verfahren*, in welchem der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt wird (Untersuchungsmaxime). Es erfolgt meist kein doppelter Schriftenwechsel, wobei die Parteien sich auf Grund der Rechtsprechung zum sog. «Replikrecht»¹⁸ auch ohne Aufforderung weiter schriftlich äussern können. Die Beweisführung erfolgt grundsätzlich mittels Urkunden, eine mündliche Verhandlung wird i.d.R. nicht abgehalten. Das rechtliche Gehör – auch das Akteneinsichtsrecht umfassend – ist zu gewähren. Falls erforderlich, können provisorische bzw. superprovisorische Massnahmen angeordnet werden. Die Aufsichtsbehörde ist nicht an die Anträge gebunden (es können somit grundsätzlich

¹⁰ Vgl. PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 91; KÜNZLE (FN 3), 935 f.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 99; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 519 f.

¹¹ Vgl. in diesem Sinne auch PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 92; KÜNZLE (FN 3), 937; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 100.

¹² Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (FN 7), N 304; ABT (FN 4), 266; KÜNZLE (FN 3), 937.

¹³ Vgl. KÜNZLE (FN 3), 937 ff.; ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 429 f.; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 523 ff.

¹⁴ Vgl. dazu unten sub Ziffer III./2.; ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 430; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 98 f. m.w.H.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 104 f.; a.M. BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 532, wonach diese vom Richter zu behandeln seien (ebenso KGer BL, 810 17 35, 11.8.2017, E. 7.1, in: BJM 2018, 311 ff.).

¹⁵ Vgl. etwa BGer, 5A_195/2013, 9.7.2013, E. 2.2.6 m.w.H.; 5D_136/2015, 6./18.4.2016, E. 5.2, mit Bemerkungen von MARTIN KARRER, successio 2016, 310 ff.; ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 429; KÜNZLE (FN 3), 937 f.; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 89 m.w.H.; BSK ZGB II-KARRER/

VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 98 m.w.H.; KGer BL, 810 17 43, 13.9.2017, E. 4.1, in: BJM 2018, 306 ff.

¹⁶ Demgemäss ist die Aufsichtsbehörde nicht zuständig, zu prüfen, ob ein Willensvollstreckermandat (noch) Bestand hat, vgl. BGer, 5A_195/2013, 9.7.2013, E. 2.2.6; teilweise a.M. PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 97; vgl. im Übrigen auch KÜNZLE (FN 3), 937; ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 429.

¹⁷ Vgl. BGer, 5A_794/2011, 16.2.2012, E. 3.1, mit Bemerkungen von MARTIN KARRER, successio 2013, 63 ff.; BGer, 5D_136/2015, 6./18.4.2016, E. 5.3, mit Bemerkungen von MARTIN KARRER, successio 2016, 310 ff.; ABT (FN 4), 266 f.; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 93; KGer BL, 810 17 43, 13.9.2017, E. 4.3, in: BJM 2018, 306 ff.; KGer BL, 810 17 35, 11.8.2017, E. 6.2 und 6.4, in: BJM 2018, 311 ff.

¹⁸ Vgl. insbesondere BGE 139 I 189 E. 3.2; 138 I 484 E. 2; 137 I 195; gemäss der einschlägigen Rechtsprechung muss grundsätzlich eine Frist von 10 Tagen beachtet werden (zur Beantragung einer Frist für die Einreichung einer Stellungnahme bzw. zur Einreichung der Stellungnahme).

auch während des Verfahrens weitere bzw. andere Anträge gestellt werden).¹⁹

12. Als *konkrete Massnahmen oder Sanktionen* kommen im Aufsichtsverfahren demnach in Betracht:²⁰

- Aufschluss über die Tätigkeit (Auskunft und/oder Aktenedition);
- Empfehlungen/Weisungen (Gebote und Verbote, etwa die Erstellung eines Inventars);
- Anordnung von konkreten Massnahmen, auch vorsorglicher Art (wie vorsorgliche Suspendierung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens)²¹;
- Verweise/Ermahnung/Verwarnung;
- Ordnungsbussen;
- Bestrafung nach Art. 292 StGB (Androhung bzw. Verzeigung);
- Absetzung (in der Regel im Sinne einer *ultima ratio*).²²

Demgemäss sind Honorarfragen kein (bzw. nur sehr beschränkt²³) Themenbereich der Aufsichtsbeschwerde, vielmehr ist dafür der Zivilrichter zuständig.²⁴ Sodann können Massnahmen, die materiell-rechtliche Auswirkungen haben (und damit etwa die Erbteilung beeinflussen), nicht Gegenstand des Aufsichtsverfahrens sein.²⁵

13. Die *Kosten des Verfahrens* richten sich grundsätzlich nach dem Streitwert, wobei dieser i.d.R. nicht dem Wert des Nachlasses entspricht.²⁶ Als mögliche Anhaltspunkte werden in der Doktrin die (mögliche) Honorarforderung des Willensvollstreckers genannt,²⁷ was m.E. nicht überzeugend erscheint. Relevanter und in der Praxis eher tauglich und verbreitet ist eine «Faustregel», wonach der Streitwert auf 10% des Nachlasswertes festzusetzen ist.²⁸ Nach hier vertretener Auffassung ist festzuhalten, dass damit grundsätzlich – wie etwa bei der Erbteilungsklage²⁹ – auf den Nettonachlass abzustellen ist. Bei konkreten Streitpunkten sollte m.E. indes bzw. nach Möglichkeit auf die konkrete Streitfrage abgestellt werden (etwa wenn es darum geht, ob in einem Nachlass-Mehrfamilienhaus der Aufzug ersetzt werden muss und diesbezüglich bereits Offerten vorliegen).

14. Festzuhalten ist, dass der Willensvollstrecker nach verbreiteter Auffassung *keine Anfragen* bei der Aufsichtsbehörde (betreffend Rat oder Weisungen etc.) machen kann; der Willensvollstrecker soll die von ihm zu treffenden Entscheide bzw. seine diesbezügliche Verantwortung nicht delegieren können.³⁰

III. Absetzung im Besonderen

Im Zusammenhang mit Absetzungsverfahren gegen Willensvollstrecker ist aufgrund der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung unklar, ob die Absetzung durch ein Aufsichtsverfahren oder durch ein zivilrechtliches Klageverfahren zu erfolgen hat (sog. Gabelung oder Spaltung des Rechtswegs³¹), mithin welche Behörde unter welchen Umständen zuständig ist.

¹⁹ Vgl. KÜNZLE (FN 3), 941 ff.; ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 428, 430; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 554 ff.; KGer BL, 810 17 43, 13.9.2017, E. 4.3, in: BJM 2018, 306 ff.

²⁰ Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 430 f. m.w.H.; KÜNZLE (FN 3), 945 ff.; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 93 ff.; WOLF/GENNA (FN 4), 348 ff.; ABT (FN 4), 266; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 535 ff.; RICCARDO BRAZEROL, Der Erbe als Willensvollstrecker, Diss. Bern, Bern 2018, N 122 ff.

²¹ Vgl. dazu etwa KÜNZLE (FN 3), 944 f.

²² Vgl. etwa BGer, 5A_195/2013, 9.7.2013, E. 2.2.6 m.w.H.; WOLF/GENNA (FN 4), 348 f.; BRÜCKNER/WEIBEL (FN 7), N 308 f.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 103 ff.; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 535 ff. und 547 ff.; KÜNZLE (FN 3), 946 f.; ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 430 f.; kritisch PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 97 m.w.H.

²³ Vgl. BGer, 5D_136/2015, 6./18.4.2016, E. 8.3, wo festgehalten wurde, dass im Aufsichtsverfahren nur – aber immerhin – geprüft werden könne, «ob der Willensvollstrecker formell richtig abgerechnet habe, ob die behaupteten Tätigkeiten für den Nachlass in den Abrechnungen vollständig aufgeführt sind etc., während Auseinandersetzungen über die Höhe des Stundenansatzes oder die Notwendigkeit des Aufwands grundsätzlich vom ordentlichen Zivilrichter zu beurteilen seien»; vgl. zu diesem Entscheid die Bemerkungen von MARTIN KARRER, *successio* 2016, 310 ff.

²⁴ Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 430; KÜNZLE (FN 3), 939.

²⁵ Vgl. in diesem Sinne BGer, 5A_195/2013, 9.7.2013, E. 2.2.6 m.w.H.; KÜNZLE (FN 3), 946.

²⁶ Vgl. WOLF/GENNA (FN 4), 350; KÜNZLE (FN 3), 947 f. Gemäss BGE 135 III 578 E. 6 wäre es gar willkürlich, den Streitwert der Willensvollstreckerbeschwerde mit dem Nachlasswert gleichzusetzen.

²⁷ Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 429.

²⁸ Vgl. WOLF/GENNA (FN 4), 350 f.; in diesem Sinne auch KÜNZLE (FN 3), 947 f.

²⁹ Vgl. etwa PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (FN 1), Art. 604 ZGB N 25a.

³⁰ Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (FN 4), 428; BRAZEROL (FN 20), N 116; a.M. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 101, und FRANÇOIS LOGOZ, *La délivrance de legs par l'exécuteur testamentaire*, in: Paul-Henri Steinauer/Michel Mooser/Antoine Eigenmann (Hrsg.), *Journée de droit successor* 2017, Bern 2017, 149 ff., N 79; kritisch auch KÜNZLE (FN 3), 936 mit Verweisen auf den Executor im Common Law.

³¹ Vgl. dazu unten sub Ziffer III./2./c.

1. Wie bereits ausgeführt, stellt die Absetzung eine mögliche Massnahme dar, die in einem *Aufsichtsverfahren* behördlich verfügt werden kann. Die Absetzung des Willensvollstreckers ist damit grundsätzlich eine aufsichtsrechtliche Massnahme, für die mittels Einreichung einer Beschwerde ein Aufsichtsverfahren eingeleitet werden muss. Die Absetzung im Aufsichtsverfahren ist vorwiegend die ultima ratio der möglichen Massnahmen.³²

Gründe für die Absetzung im Aufsichtsverfahren können gemäss Rechtsprechung und Doktrin die wiederholte Pflichtverletzung des Willensvollstreckers oder die grobe Pflichtverletzung (etwa wenn er Mischgeschäfte tätigt³³) sein; überdies die Unfähigkeit bzw. fehlende Eignung (im Sinne einer Erbunwürdigkeit³⁴), langandauernde Krankheit oder Abwesenheit (mithin u.U. ohne Verschulden des Willensvollstreckers) resp. die Gefährdung des Nachlassvermögens.³⁵

Die Absetzung des Willensvollstreckers im Aufsichtsverfahren ist wie erwähnt in der Regel die ultima ratio. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist u.U. auch eine «direkte Absetzung» – mithin eine Absetzung ohne die vorgängige Anordnung von mildereren Massnahmen – möglich. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn «Mischgeschäfte» zu einer Interessenkollision führen, mithin eine grobe Pflichtverletzung gegeben ist, wobei der Eintritt eines Schadens gar nicht erforderlich ist.³⁶

Auch die Absetzung mittels Aufsichtsverfahren gilt als vermögensrechtliche Streitigkeit, weshalb sie streitwertabhängig ist. Streitgegenstand ist jedoch nicht der Nachlass an sich, sondern die Thematik der Willensvollstrecker-Absetzung. In der einschlägigen Literatur wird zu Recht auf die 10%-Faustregel hingewiesen.³⁷

Allfällige Kosten des aufsichtsrechtlichen Absetzungsverfahrens sind von den Beteiligten zu tragen, also unter Umständen auch vom Willensvollstrecker,

der – im Falle des Unterliegens – diese Kosten dann in aller Regel nicht dem Nachlass belasten darf.³⁸

2. Der Absetzungsgrund der Interessenkollision wird in der Rechtsprechung regelmässig als «*besonderer Absetzungsgrund*»³⁹ bezeichnet. Gemäss einer (fragwürdigen⁴⁰) jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴¹ soll die Absetzung eines Willensvollstreckers ausnahmsweise – bei Vorliegen einer besonderen Konstellation einer Interessenkollision, mithin bei ursprünglich vorliegenden Gründen – durch ein *zivilrechtliches Klageverfahren* erfolgen:

a) Dieses Vorgehen soll gemäss Rechtsprechung in Fällen erforderlich sein, in denen sich eine Interessenkollision des Willensvollstreckers ergibt, weil sie vom *Erblasser selbst geschaffen* wurde oder ihm jedenfalls bekannt und von ihm als fortbestehend qualifiziert wurde.⁴²

b) Das Bundesgericht hat jüngst in den Entscheiden BGer, 5A_414/2012, sowie auch in BGer, 5A_55/2016, festgehalten, dass das fragliche Rechtsmittel eine «Ungültigkeitsklage» gemäss «Art. 519 und 520 ZGB» («*une action en nullité [...] art. 519 et 520 CC*») sei; dabei hat das Bundesgericht jeweils auf BGE 90 II 376 E. 3 verwiesen.⁴³

c) Mit Blick auf diese Rechtsprechung ist damit bei Verfahren auf Absetzung des Willensvollstreckers

³² Vgl. dazu oben sub Ziffer II./8. und 12.

³³ Vgl. BGer, 5A_794/2011, 16.2.2012, E. 5.2, mit Bemerkungen von MARTIN KARRER, *successio* 2013, 63 ff.; ABT (FN 4), 267.

³⁴ Vgl. BGE 132 III 305 E. 6.5.

³⁵ Vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 103 f. m.w.H.; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 547 ff. m.w.H.; ABT (FN 4), 267.

³⁶ Vgl. BGer, 5A_794/2011, 16.2.2012, E. 5.2, mit Bemerkungen von MARTIN KARRER, *successio* 2013, 63 ff.; ABT (FN 4), 267.

³⁷ Vgl. WOLF/GENNA (FN 4), 350 f.; KÜNZLE (FN 3), 947 f.

³⁸ Vgl. in diesem Sinne im Ergebnis auch BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 558; KÜNZLE (FN 3), 947.

³⁹ BGE 90 II 376 E. 3.; BJM 1990, 83, 85.

⁴⁰ Vgl. dazu unten sub lit. e.

⁴¹ Vgl. BGer, 5A_414/2012, 19.10.2012, sowie BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016, je mit Verweis auf BGE 90 II 376 E. 3.; vgl. dazu auch SABRINA GAURON-CARLIN, *Rechtsprechungs-panorama Erbrecht*, AJP 2016, 1368 ff., insb. 1371 ff. – Gemäss KGer BL, 810 17 35, 11.8.2017, E. 7.1, in: BJM 2018, 311 ff., sollen Interessenkollisionen nicht Gegenstand einer Aufsichtsbeschwerde sein können, weil sie in einem Zivilprozess zu behandeln seien. Diese (apodiktische, nicht differenzierende) Auffassung ist m.E. nicht überzeugend, sind doch auch Fälle denkbar, in denen eine Interessenkollision nicht gleich zu einer Absetzung führen muss, sondern etwa eine konkrete Anordnung oder Unterlassung einer (möglichen) Amtshandlung (z.B. bei Abstimmungen oder Wahlen in einer Gesellschaft) beantragt bzw. angeordnet werden kann – derartige Fragen können bzw. sollen ohne weiteres von der Aufsichtsbehörde behandelt werden.

⁴² Vgl. BGE 90 II 376 E. 3.; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 100; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 104 f. m.w.H.

⁴³ Vgl. BGer, 5A_414/2012, 19.10.2012, E. 4.1, mit Besprechung von MARTIN KARRER in *successio* 2013, 236 ff.; BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016, E. 3.1; ANDREAS FLÜCKIGER, *Interessenkonflikte von Willensvollstreckern: Rechtsweg(e) und Bedeutung einer Beschränkung der Aufgaben*, dRSK vom 25.8.2016, N 23 in Bezug auf BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016.

auf Grund einer Interessenkollision eine Gabelung bzw. *Spaltung des Rechtswegs* zu beachten. Grundsätzlich sind – wie erwähnt – Massnahmen gegen den Willensvollstrecker (wie die Absetzung etc.) bei der Aufsichtsbehörde zu beantragen.⁴⁴ Jedoch soll in jenen Fällen, in denen sich eine Interessenkollision des Willensvollstreckers ergibt, weil sie vom Erblasser selbst geschaffen wurde oder ihm jedenfalls bekannt und von ihm als fortbestehend qualifiziert wurde, das Absetzungsbegehren auf die Geltendmachung eines Ungültigkeitsgrundes hinauslaufen, der vom Zivilrichter in einem konträktorisches Verfahren zu entscheiden ist, wobei dem Willensvollstrecker Parteistellung zukommen soll.⁴⁵

- d) Gemäss der erwähnten Rechtsprechung ist demzufolge zwischen ursprünglich vorliegenden und später auftretenden Absetzungsgründen *zu unterscheiden*.

Ursprünglich vorliegende Gründe sollen gemäss Rechtsprechung einen Ungültigkeitsgrund betreffend die letztwillige Einsetzung des Willensvollstreckers darstellen. Hier ist der ordentliche Zivilprozess zu beschreiten (Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde [Art. 202 ff. ZPO], alsdann Klage beim ordentlichen Richter [Art. 220 ff. ZPO]; sog. *révocation*).⁴⁶

Liegt jedoch ein später auftretender Absetzungsgrund vor (wenn etwa die Interessenkollision dem Erblasser nicht bekannt war oder sie erst nach seinem Ableben aufgetreten ist), soll dieser im Beschwerdeverfahren geltend zu machen sein (sog. *destitution*).⁴⁷

Für die Praxis bedeutet dies, dass der Berechtigte bei unklaren Verhältnissen u.U. gehalten ist, gleichzeitig beim ordentlichen Richter eine Ungültigkeitsklage (unter Wahrung der Verwirkungsfrist gemäss Art. 521 ZGB) und bei der Aufsichtsbehörde eine Aufsichtsbeschwerde einzureichen.⁴⁸ Es

liegt auf der Hand, dass eine derartige Rechtslage weder für den Rechtssuchenden noch für den Rechtsanwender befriedigend ist.

- e) Festzuhalten ist, dass die einschlägige (jüngere) bundesgerichtliche Rechtsprechung m.E. *in keiner Weise überzeugend*, eigentlich gar falsch ist.

Es gilt zu konstatieren, dass in BGer, 5A_414/2012, sowie in BGer, 5A_55/2016, der Entscheid BGE 90 II 376 ff. unpräzise wiedergegeben bzw. analysiert wurde; dies gilt namentlich betreffend die Frage, ob es eine Klage gemäss Art. 519/520 ZGB ist oder eben nicht und mit Blick auf die Schaffung eines gesetzlich nicht geregelten Ungültigkeitsgrundes der sog. «ursprünglichen Interessenkollision».⁴⁹

Der vom Bundesgericht zur Begründung dieser Rechtsprechung herangezogene Entscheid BGE 90 II 376 ff. hielt vielmehr genau das Gegenteil fest: In E. 3 wurde erläutert, dass die Absetzungsklage bei einer sog. ursprünglichen Interessenkollision keine Klage gemäss Art. 519/520 ZGB sei. In E. 4 wurde überdies ausgeführt, dass für derartige Streitigkeiten keine gerichtliche Zuständigkeit vorgeschrieben sei, weshalb Entscheide von Verwaltungsbehörden nicht verpönt seien.⁵⁰

Festzustellen ist demnach, dass die unglückliche Rechtsprechung von BGer, 5A_414/2012, in BGer, 5A_55/2016, unglücklicherweise perpetuiert wurde. Es ist somit bei Lichte betrachtet nicht verständlich, aufgrund welcher juristischen Überlegungen eine derartige Rechtsprechung (die – wie erwähnt – im Widerspruch zu BGE 90 II 376 ff. steht) ergehen konnte. Ersichtlich ist immerhin, dass die Entscheide BGer, 5A_414/2012, und BGer, 5A_55/2016, in französischer Sprache ergangen sind, während BGE 90 II 376 ff. in deutscher Sprache verfasst und publiziert wurde.

Zu bedenken ist sodann, dass allein die Tatsache, dass ein gewisser ursprünglich vorliegender Interessenkonflikt zwar gegeben, die Amtsausübung indes nicht zu beanstanden ist, i.d.R. für eine Ab-

⁴⁴ Vgl. dazu oben sub Ziffer II.

⁴⁵ Vgl. ABT (FN 4), 267; BGer, 5A_414/2012, 19.10.2012, E. 4.1, mit Besprechung von MARTIN KARRER in *successio* 2013, 236 ff.; BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016, E. 3.1.

⁴⁶ Vgl. BGer, 5A_414/2012, 19.10.2012, E. 4.1, mit Besprechung von MARTIN KARRER in *successio* 2013, 236 ff.; BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016, E. 3.1; ABT (FN 4), 267; vgl. zur französischen Terminologie GAURON-CARLIN (FN 41), AJP 2016, 1371.

⁴⁷ Vgl. zur französischen Terminologie GAURON-CARLIN (FN 41), AJP 2016, 1371.

⁴⁸ Vgl. die entsprechende Feststellung bei BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 105 m.w.H.

⁴⁹ Vgl. in diesem Sinne bereits ABT (FN 4), 267 f.; FLÜCKIGER (FN 43), N 18 ff. in Bezug auf BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016.

⁵⁰ Vgl. in diesem Sinne bereits ABT (FN 4), 267 f., wo darauf hingewiesen wurde, dass die E. 4 im Entscheid BGE 90 II 376 – mit der das Bundesgericht seine vorangehende Erwägung relativiert und im Ergebnis auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage hinweist – im unpublizierten Entscheid BGer, 5A_414/2012, 19.10.2012, E. 4.1, schlicht übergangen wurde; vgl. auch FLÜCKIGER (FN 43), N 20 in Bezug auf BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016; vgl. zu diesen Entscheiden auch BRAZEROL (FN 20), N 454 ff. und 509 ff.

setzung nicht ausreichen wird (solange keine weiteren, qualifizierenden Umstände vorliegen). Der Erblasser, der den Willensvollstrecker im Wissen um einen derartigen Interessenkonflikt trotzdem eingesetzt hat, hat diese Situation akzeptiert, womit der «Mangel» gleichsam geheilt ist (vgl. Art. 469 Abs. 2 ZGB analog). Die Sach- und Rechtslage ist m.E. insofern vergleichbar mit Fällen, in denen der Erblasser einen Erben (oder den überlebenden Ehegatten) als Willensvollstrecker einsetzt.⁵¹

f) Für den Fall, dass gestützt auf die erwähnte Rechtsprechung die Willensvollstrecker-Absetzung in einem zivilrechtlichen Klageverfahren zu erfolgen hat, mithin mittels «Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519/520 ZGB», ist nachfolgend auf eine praktisch bedeutsame *Sonderproblematik* von erheblicher Tragweite hinzuweisen.

Gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist (offenbar) bei gewissen Konstellationen eine Ungültigkeitsklage gegen den Willensvollstrecker zu erheben. Zu prüfen ist damit insbesondere, wer letztlich gegen wen zu klagen hat, ob eine Streitgenossenschaft besteht und wie es um die Inter-partes-Wirkung bzw. die relative Wirkung des Ungültigkeitsurteils bestellt ist.

i. Vorab ist in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass bei der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 ff. ZGB zwei (unbestrittene) Grundsätze gelten: Es besteht zum einen weder auf der Aktiv- noch auf der Passivseite eine notwendige Streitgenossenschaft; jeder kann allein – ohne Miterben – klagen, wobei nicht notwendigerweise alle möglichen Beklagten einbezogen werden müssen. Zum andern besteht bei der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage eine sog. Inter-partes-Wirkung, wonach die Ungültigerklärung nur zwischen den Prozessparteien und damit nicht umfassend (*erga omnes*) wirkt.⁵²

ii. Mit Blick auf die allfällige Absetzung durch ein zivilrechtliches Klageverfahren ist demnach zu hinterfragen, ob einer von mehreren Miterben allein auf Absetzung des Willensvollstreckers klagen kann, mithin ob dann die (erfolgrei-

che) Absetzung nur gegenüber den klagenden Erben wirkt (im Sinne einer «anteilmässigen Absetzung»⁵³) oder ob sie auch gegenüber den Miterben Wirkung entfaltet. Zu bedenken wird dann auch sein, wie sich Banken etc. bei derartigen Konstellationen zu verhalten haben und was dies letztlich für die Willensvollstreckerbescheinigung bedeutet.

iii. Im Zusammenhang mit diesen Fragen ist die erbrechtliche Rechtsprechung zur sog. «unteilbaren Einheit» zu beachten, insbesondere BGE 97 II 201 E. 3. Gemäss dieser Rechtsprechung besteht bei gewissen Konstellationen eine passive (bzw. prozessrechtlich) notwendige Streitgenossenschaft: Demnach wären nebst dem Willensvollstrecker auch sämtliche Miterben und Vermächtnisnehmer einzuklagen, sofern diese nicht auf der Klägerseite beteiligt sind oder eine Erklärung abgegeben haben, sie würden sich dem Urteil unterziehen, wie auch immer es ausfalle.⁵⁴

In der Literatur ist umstritten, ob die Einsetzung eines Willensvollstreckers als «unteilbare Einheit» i.S.v. BGE 97 II 211 E. 3 zu betrachten ist. Zustimmend äussern sich namentlich Autoren wie SUTTER-SOMM/SEILER, BRÜCKNER/WEIBEL, KÜNZLE, ABT und HOLZER.⁵⁵ Im Gegensatz zu diesen Autoren vertritt SEILER die Auffassung, dass bei der Einsetzung eines Willensvollstreckers keine unteilbare Einheit gegeben sei.⁵⁶ Dies hätte bei Gutheissung der Ungültigkeitsklage auch nur eines Miterben zur Folge, dass die Willensvollstreckereinsetzung

⁵¹ Vgl. dazu BRAZEROL (FN 20), *passim*.

⁵² Vgl. etwa PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 1), Art. 519 ZGB N 56 und 74; THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – ausgewählte Probleme, *successio* 2014, 198 ff., 200 ff.

⁵³ Vgl. die entsprechende Terminologie bei SUTTER-SOMM/SEILER (FN 52), 205.

⁵⁴ Vgl. PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 1), Art. 519 ZGB N 67a m.H. auf SUTTER-SOMM/SEILER (FN 52), 205. – Zu beachten ist, dass diese Rechtsprechung nur auf das gerichtliche Verfahren (eingeleitet durch eine Ungültigkeitsklage) Anwendung findet, nicht aber in Bezug auf das Aufsichtsverfahren.

⁵⁵ Vgl. SUTTER-SOMM/SEILER (FN 52), 205; BRÜCKNER/WEIBEL (FN 7), N 324; KÜNZLE (FN 3), 950; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2014–2015), *successio* 2016, 26 ff., 34; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2015–2016), *successio* 2017, 21 ff., 29; HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017), *successio* 2018, 52 ff., 60; PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 1), Art. 519 ZGB N 67a; ABT (FN 4), 268; LUKAS HOLZER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, Zürich 2015, N 37.

⁵⁶ Vgl. BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Habil. Basel, Zürich 2017, N 209 ff. und 323 f.; vgl. dazu die Rezension von DANIEL ABT, *successio* 2018, 90 ff.

auch mit Wirkung gegenüber allen Miterben dahinfallen würde (was im Ergebnis eine Erga-omnes-Wirkung bedeuten würde).

- iv. Diese bedeutsame Frage – mithin ob die Einsetzung eines Willensvollstreckers als «unteilbare Einheit» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufzufassen ist – wurde bislang höchststrichterlich noch nicht entschieden.

Festzuhalten ist, dass gemäss einem kürzlich ergangenen und noch nicht rechtskräftigen kantonalen Entscheid betreffend ein zivilrechtliches Verfahren im Kanton Basel-Landschaft auf Absetzung des Willensvollstreckers (i.S.v. Art. 519/520 ZGB) das Vorliegen einer unteilbaren Einheit bejaht wurde.⁵⁷ Gemäss dieser Rechtsprechung müssen im Ergebnis alle Erben am Prozess beteiligt sein, sei es auf der Aktiv- oder der Passivseite (es sei denn, die Miterben hätten erklärt, dass man sich dem Urteil unterziehen werde). Offengelassen wurde in der fraglichen kantonalen Rechtsprechung, ob auch die Vermächtnisnehmer einbezogen werden müssen.

Die von einem von mehreren Miterben erhobene Klage gegen die beiden Willensvollstrecker wurde erstinstanzlich mangels Legitimation, mithin ohne Klärung des geltend gemachten Ungültigkeitsgrundes abgewiesen, wobei das Gericht den Streitwert (mit Verweis auf WOLF/GENNA⁵⁸) auf 10% des Nachlasswerts beziffert hat.

3. Im Sinne eines *Fazits* ist demnach in Bezug auf die Absetzung des Willensvollstreckers festzuhalten, dass die von der jüngeren Rechtsprechung unglücklich konstruierte Spaltung des Rechtsweges fallen gelassen werden sollte, womit für die Absetzung des Willensvollstreckers bei Interessenkollision (ungeachtet der Frage, ob ursprünglich vorliegende oder nachträglich auftretende Gründe gegeben sind) ausschliesslich die Aufsichtsbehörde zuständig sein sollte;⁵⁹ in diesem Sinne äussern sich auch WOLF/GENNA, BRÜCKNER/WEIBEL, FLÜCKIGER und jüngst auch

BRAZEROL,⁶⁰ derweil sich KÜNZLE und CHRIST/EICHNER für die Zuständigkeit des Gerichts aussprechen.⁶¹

IV. Verantwortlichkeit

1. Der Willensvollstrecker untersteht für seine Amtsausübung einer zivilrechtlichen, strafrechtlichen und standesrechtlichen Verantwortlichkeit.⁶² Im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit sind in der Praxis insbesondere die nachfolgenden Punkte bedeutsam.
2. Bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit handelt es sich um eine *vertragsähnliche Verschuldenshaftung* (Art. 398 ff. i.V.m. Art. 97 OR analog).⁶³ Für die Bejahung einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit müssen demnach die Tatbestandselemente Vertragsverletzung, Schaden, Kausalität sowie Verschulden gegeben sein.⁶⁴
 - a) Im Zusammenhang mit der Vertragsverletzung im Sinne einer Schlechterfüllung bzw. *Pflichtverletzung* ist es angezeigt, auf die Pflichtverletzungen im Allgemeinen (nachfolgend i.) sowie auf die möglichen Pflichtverletzungen bei Wertschriften/Anlagen im Besonderen (nachfolgend ii.) hinzuweisen.
 - i. Eine *Pflichtverletzung im Allgemeinen* ist gegeben, wenn vom Willensvollstrecker gegen gesetzliche oder erblasserische Bestimmun-

⁵⁷ Vgl. Entscheid des ZKG BL West vom 23. November 2017; vgl. im Zusammenhang mit diesem Verfahren bereits die Entscheide BGer, 5A_52/2017, 11.8.2017, und BGer, 5A_54/2017, 10.8.2017.

⁵⁸ Vgl. WOLF/GENNA (FN 4), 350 f.

⁵⁹ Vgl. in diesem Sinne bereits ABT (FN 4), 268.

⁶⁰ Vgl. WOLF/GENNA (FN 4), 347 f.; BRÜCKNER/WEIBEL (FN 7), Fn 615; FLÜCKIGER (FN 43), N 26 in Bezug auf BGer, 5A_55/2016, 11.4.2016; BRAZEROL (FN 20), N 535 ff.

⁶¹ Vgl. BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 454, und KÜNZLE (FN 3), 940 (wobei KÜNZLE sich nunmehr dahingehend äussert, dass klare Fälle durchaus von der Aufsichtsbehörde behandelt werden können, vgl. KÜNZLE [FN 55], *successio* 2018, 52 ff., 61 f.); PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 517 ZGB N 14 bzw. Art. 518 ZGB N 97.

⁶² Vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 109; STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Bern 2017, N 845 ff.

⁶³ Vgl. etwa PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 102 m.w.H.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 ZGB N 109; WOLF/GENNA (FN 4), 351; HANS RAINER KÜNZLE, *Die Haftung des Willensvollstreckers, Mögliche Rechtsgrundlagen und ihre Anwendung*, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, 369 ff., 370 ff.

⁶⁴ Vgl. statt vieler BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 5 ff. m.w.H., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

gen verstossen wird.⁶⁵ Im Sinne eines Leitgedankens ist darauf hinzuweisen, dass der Willensvollstrecker gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB die Erbschaft zu verwalten, die Vermächtnisse gemäss den Anordnungen des Erblassers auszurichten und die Teilung vorzubereiten und auszuführen hat.

Er muss seine Tätigkeit ohne Verzug aufnehmen, sie rasch und ohne Unterbruch zu Ende führen. Er muss die dringendsten Geschäfte an die Hand nehmen und alle erforderlichen Erhaltungsmassnahmen treffen, um die Rechte der Erben bestmöglich zu wahren. Er ist gehalten, ein Inventar der Aktiven und Passiven des Nachlasses zu erstellen. Zudem muss er das Nachlassvermögen verwalten, mithin alle zweckmässigen Massnahmen zu seinem Schutz und im Hinblick auf die Liquidation treffen. Schliesslich muss der Willensvollstrecker bestmöglich im Interesse des Nachlasses handeln; er verfügt diesbezüglich über ein weites Ermessen, begrenzt einerseits durch das Recht der Erben zur Beschwerde an die Aufsichtsbehörde, andererseits durch die gegenüber den Erben mit Haftung sanktionierte Sorgfaltspflicht.⁶⁶

- ii. In Bezug auf eine mögliche *Pflichtverletzung bei Wertschriften/Anlagen im Besonderen* kann die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst werden:

Grundsätzlich ist der Willensvollstrecker gehalten, die vom Erblasser gewählte Anlagestrategie (bis zur baldigen Teilung, mithin bei einer Abwicklungs-Willensvollstreckung) fortzusetzen.⁶⁷

Ausnahmsweise darf bzw. muss der Willensvollstrecker jedoch die Anlagestrategie ändern, mithin eine konservative Strategie wählen, etwa bei Optionen oder wenn eine Neuanlage

oder eine Liquidation gewisser Vermögensbestandteile erforderlich ist.⁶⁸

Festzuhalten ist, dass je nach konkretem Fall ein passives Verhalten oder ein aktives Handeln des Willensvollstreckers erforderlich ist. Grundsätzlich ist auf seine allgemeine Informationspflicht hinzuweisen, welche (selbstverständlich) auch in Bezug auf Wertschriften/Anlagen gilt.⁶⁹

Erfahrungsgemäss tut der Willensvollstrecker gut daran, die Erben zu informieren bzw. in die relevanten Fragen einzubeziehen (im Sinne eines «rechtlichen Gehörs»⁷⁰) und eine klare, zeitgleiche Kommunikation mit sämtlichen Erben zu pflegen.

- b) Das Erfordernis des *Schadens* ist gemäss Rechtsprechung und Doktrin gegeben, wenn eine unfreiwillige Verminderung des Nettovermögens eingetreten ist. Abzustellen ist auf die Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand des Vermögens, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Der Schaden kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Zunahme der Passiven, der Nichtzunahme der Aktiven bzw. der Nichtverminderung von Passiven bestehen (mithin etwa auch in entgangenem Gewinn wie Dividenden, die in Folge eines nicht angezeigten Verkaufs von Aktien nicht realisiert werden konnten).⁷¹
- c) Das Tatbestandsmerkmal der *Kausalität* ist erfüllt, wenn zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang vorliegen.⁷² Zu beachten ist, dass der Kausalzusammenhang durch ein grobes Selbstverschulden (etwa die Zustimmung der Erben zu gewissen Handlungen des Willensvollstreckers, selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass

⁶⁵ Vgl. einlässlich BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 424 m.w.H.; KÜNZLE (FN 63), 372 ff.

⁶⁶ Vgl. etwa BGE 142 III 9 E. 4.3.1, in: Pra 2017, Nr. 11, m.w.H.

⁶⁷ Vgl. BGE 142 III 9 E. 5.2.1, in: Pra 2017, Nr. 11; vgl. zu diesem Entscheid u.a. PETER BREITSCHMID/ANNINA VÖGELI, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 2017, 113 ff., 114, sowie KÜNZLE (FN 55), successio 2017, 21 ff., 36 ff., und MARTIN KARRER, Urteilsbesprechung, successio 2017, 54 ff. – Vgl. diesbezüglich im Übrigen auch THOMAS GEISER, Sorgfalt in der Vermögensverwaltung durch den Willensvollstrecker, successio 2007, 178 ff., sowie HANS RAINER KÜNZLE, Die Anlagestrategie des Willensvollstreckers, successio 2009, 51 ff.

⁶⁸ Vgl. BGer, 4A_280/2016, 10.10.2016, E. 3.1, wobei dieser Entscheid mit Blick auf den Sachverhalt sich nur auf einen Dauer-Willensvollstrecker beziehen kann, vgl. in diesem Sinne zutreffend KÜNZLE (FN 55), successio 2018, 52 ff., 65.

⁶⁹ Vgl. BGE 142 III 9 E. 4.3.2 und 5.2.2, in: Pra 2017, Nr. 11; BGE 90 II 365 E. 3a und 3b, in: Pra 54, Nr. 19; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 215 ff.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 ZGB N 17 m.w.H.

⁷⁰ Vgl. in diesem Sinne BREITSCHMID/VÖGELI (FN 67), 114.

⁷¹ Vgl. BGE 142 III 9 E. 4.4, in: Pra 2017, Nr. 11; BGE 133 III 462 E. 4.4.2, in: Pra 2008, Nr. 27; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 425; KÜNZLE (FN 63), 374.

⁷² Vgl. ganz grundsätzlich und statt vieler BSK OR I-WIEGAND (FN 64), Art. 97 N 41 m.w.H.; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 426; BGE 142 III 9 E. 4.5, in: Pra 2017, Nr. 11.

der Willensvollstrecker seiner jeweiligen Informationspflicht nachgekommen ist), bei schwerem Drittverschulden oder bei höherer Gewalt unterbrochen werden kann.⁷³

- d) Mit Blick auf Art. 97 OR ist das *Verschulden* grundsätzlich zu vermuten; der Willensvollstrecker muss sich mithin exkulpieren, wenn er der Haftung entgehen will.⁷⁴ Die Haftung besteht für eine mangelnde Sorgfalt, wobei leichtes Verschulden bereits genügt. Bei Berufspersonen wie Anwälten, Notaren etc. gelten höhere Anforderungen.⁷⁵
3. Ein *Rechtfertigungsgrund* bzw. ein Ausschluss der Haftung kann Platz greifen, wenn seitens des oder der Erben die Zustimmung zur Handlung des Willensvollstreckers erteilt wurde (Art. 43 OR analog, wobei der Willensvollstrecker wieder seiner umfassenden Informationspflicht nachgekommen sein muss⁷⁶).
4. In Bezug auf die *Modalitäten der Verantwortlichkeitsklage* sind folgende relevante Umstände hervorzuheben:
- a) Schon in Bezug auf die *örtliche Zuständigkeit* besteht eine praktisch bedeutsame Unsicherheit. Gemäss einem Teil der Doktrin ist die örtliche Zuständigkeit am Wohnsitz bzw. Sitz des Willensvollstreckers (Art. 10 ZPO) gegeben.⁷⁷ Gemäss einer anderen Auffassung ist das Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 ZPO) örtlich zuständig.⁷⁸
- Die Zuständigkeit am Wohnsitz bzw. Sitz des Willensvollstreckers ist abzulehnen, insbesondere wenn man sich vor Augen führt, dass in einem

schweizerischen Nachlass ein ausländischer Willensvollstrecker tätig sein könnte und Verantwortlichkeitsansprüche erhoben werden müssten; zu denken ist auch an die praktischen Probleme, wenn mehrere Willensvollstrecker vorhanden sind, die in unterschiedlichen Kantonen Wohnsitz haben bzw. ansässig sind. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb Verantwortlichkeitsansprüche am Wohnsitz bzw. Sitz des Willensvollstreckers geklärt werden sollten, während Honorarstreitigkeiten am letzten Wohnsitz des Erblassers⁷⁹ zu beurteilen sind.

- b) Die *Aktivlegitimation* kommt gemäss verbreiteter Auffassung jedem Erben einzeln zu, wobei auf Leistung an die Erbengemeinschaft zu klagen ist.⁸⁰ Eine andere Auffassung vertritt ITEN, wonach alle Erben gemeinsam zu klagen haben bzw. auf die Rechtssphäre abzustellen ist, wo der Schaden eingetreten sein soll.⁸¹ Unklar ist auch die Position des Obergerichts des Kantons Zürich im Urteil UE140265 vom 16. Februar 2015, wonach im Ergebnis alle Erben klagen müssten, wenn der Schaden im unverteilten Nachlass eingetreten sei.⁸²
- Gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der (Quoten-)Vermächtnisnehmer nicht zu einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Willensvollstrecker aktivlegitimiert;⁸³ er muss bzw. kann sich nur an den resp. die Erben halten (Art. 562 ZGB), was rechtsdogmatisch allenfalls richtig, im praktischen Ergebnis jedoch höchst unbefriedigend ist.
- c) Der Schadenersatzanspruch gegen den verantwortlichen Willensvollstrecker ist bei Lichte betrachtet ein *Nachlassaktivum*, welches im Rahmen der *Erbteilung* von einem Erben übernommen und dann geltend gemacht werden kann.

⁷³ Vgl. KÜNZLE (FN 63), 376; ganz grundsätzlich statt vieler BSK OR I-KESSLER (FN 64), Art. 41 N 20 ff.

⁷⁴ Vgl. BGE 142 III 9 E. 4.6, in: Pra 2017, Nr. 11; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 427; KÜNZLE (FN 63), 375 f.

⁷⁵ Vgl. etwa PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 104; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 109.

⁷⁶ Vgl. BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 428; BGE 142 III 9 E. 4.7, in: Pra 2017, Nr. 11; zu den Auskunftspflichten des Willensvollstreckers vgl. etwa BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 217 ff.; KÜNZLE (FN 63), 381.

⁷⁷ Vgl. etwa KÜNZLE (FN 63), 378; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 421; PraxKomm Erbrecht-SCHWEIZER (FN 1), Anhang ZPO N 12; BRÜCKNER/WEIBEL (FN 7), N 325. Dies entspricht auch – soweit ersichtlich – der Gerichtspraxis, vgl. etwa OGer ZH, LB160054, 23.2.2017, E. 4.4.1.

⁷⁸ Vgl. in diesem Sinne BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 114; DANIEL ABT, Ansprüche der Erben bezüglich Willensvollstreckerhonorar werden (sehr) kritisch beurteilt, dRSK vom 8.7.2013, N 16 in Bezug auf BGer, 5A_881/2012, 26.4.2013; MARKUS PICHLER, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nicht-erbrechtlichen» Zivilprozessen, Diss. Zürich, Zürich 2011, 156.

⁷⁹ Vgl. dazu unten sub FN 86 bzw. BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 412.

⁸⁰ Vgl. BGE 101 II 47 E. 1; BGer, 5A_705/2015, 21.6.2016, E. 7.2; KÜNZLE (FN 63), 378 f.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 113; WOLF/GENNA (FN 4), 351; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 104a ff. m.w.H.; BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 422; PETER BREITSCHMID/ANNASOFIA KAMP, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 2014, 130 ff., 131.

⁸¹ Vgl. MARC'ANTONIO ITEN, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 518 ZGB N 86; vgl. dazu KÜNZLE (FN 55), successio 2017, 21 ff., 39; siehe dazu KÜNZLE (FN 63), 378.

⁸² Vgl. dazu KÜNZLE (FN 55), successio 2018, 52 ff., 66.

⁸³ Vgl. BGE 144 III 217 E. 5.2.

Die Übernahme kann mit oder ohne Anrechnungswert erfolgen, wobei – wie bei sämtlichen Nachlassaktiven – die Erben auch frei sind, einen lediglich symbolischen Wert beizumessen, etwa CHF 1.00. Unter praktischen Gesichtspunkten sind bei der Übernahme bzw. Zuweisung von Aktiven separate Vollzugserklärungen sinnvoll. Dergestalt kann der ganze Schadenersatzanspruch von einem Erben übernommen werden.

Erdenklich ist m.E. auch, dass jeder Erbe seinen (quotalen) Schaden geltend macht, mithin keine Leistung an die Erbengemeinschaft verlangen muss; diesbezüglich ist jedoch eine vorgängige partielle Erbteilung in Bezug auf diesen Anspruch erforderlich.

Für den Fall, dass ein gesamthänderisches Vorgehen nötig sein sollte, jedoch keine Einstimmigkeit gefunden werden kann, ist gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB ein Erbenvertreter zu bestellen, der dann darüber zu befinden hat, ob der Anspruch sinnvollerweise geltend gemacht werden soll.⁸⁴

- d) Die *Verjährung* der Verantwortlichkeitsklage gegen den Willensvollstrecker richtet sich (völlig unbestrittenermassen) nach Art. 127 OR, womit eine zehnjährige Verjährungsfrist gilt.⁸⁵

V. Honorarrückforderung

Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist von der Verantwortlichkeit die Honorarrückforderung zu unterscheiden. Beim Honorarrückforderungsanspruch soll es sich gleichsam um einen *eigenständigen bzw. gesonderten Anspruch* handeln, weshalb nachfolgend darauf einzugehen ist.

Der sog. Honorarrückforderungsanspruch gegen den Willensvollstrecker wurde erstmalig thematisiert in BGer, 5A_881/2012, 26.4.2013, E. 4.1.⁸⁶ Der Honorarrückforde-

rungsanspruch wurde sodann erneut thematisiert im Entscheid BGer, 5A_705/2015, 21.6.2016, E. 6.2 und 6.3.⁸⁷ Bemerkenswert ist, dass in der einschlägigen Literatur zur Willensvollstreckung eine derartige Abgrenzung nicht zu finden ist. Thematisiert werden – m.E. zu Recht – Verantwortlichkeitsansprüche aus vertragsähnlicher Haftung, culpa in contrahendo, Vertrauens- oder Deliktshaftung. Ein «Anspruch auf Honorarrückforderung» wurde – soweit ersichtlich – im Willensvollstreckungsrecht nirgends thematisiert.⁸⁸

Gemäss der erwähnten Rechtsprechung handelt es sich beim Honorarrückforderungsanspruch um einen *Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung*.⁸⁹ Zur Geltendmachung des Anspruchs sind nur alle Erben gemeinsam aktivlegitimiert.⁹⁰ Für den Fall, dass nicht alle Erben bei einem aktiven Vorgehen mitwirken möchten, ist gestützt auf Art. 602 Abs. 3 ZGB ein Erbenvertreter zu bestellen (wobei diesfalls jeweils unklar ist, ob der bestellte Erbenvertreter dann wirklich aktiv klagen wird, zumal er nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet⁹¹). Bemerkenswert ist, dass sich die *Doktrin* bislang zu diesem neu in Erscheinung getretenen Honorarrückforderungsanspruch zurückhaltend bzw. unkritisch geäussert hat.⁹²

Meines Erachtens ist festzuhalten, dass diese jüngere Rechtsprechung (aus Basel bzw. Lausanne) überraschend anmutet bzw. gleichsam als ein *Novum* bezeichnet werden muss. Sie ist nach hier vertretener Auffassung abzulehnen, dies insbesondere aus praktischer Sicht. Ein Blick in den (teilweise ernüchternden) Rechtsalltag im Zusammenhang mit Willensvollstreckern resp. deren Honorierungsvorstellungen (bzw. deren eigenmächtigen Honorarbezügen) zeigt auf, dass es dem einzelnen Erben möglich sein muss, selbstständig Ansprüche betreffend das Willensvollstreckerhonorar zu erheben; andernfalls kann der

⁸⁴ Vgl. statt vieler PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (FN 1), Art. 602 ZGB N 56 ff.

⁸⁵ Vgl. statt vieler BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 114; KÜNZLE (FN 63), 382. – Der Hinweis in BGE 144 III 217 E. 5.3.3 betreffend eine mögliche Fünfjahresfrist beim «langjährigen Hausanwalt» ist juristisch abwegig; es ist überdies unverständlich, dass Derartiges überhaupt in den Entscheid aufgenommen bzw. (auch in der amtlichen Fassung) publiziert wurde.

⁸⁶ Vgl. dazu ABT (FN 78), N 16; vgl. allgemein zum Willensvollstreckerhonorar BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 388 ff., wo – in N 411 f. – u.a. festgehalten wird, dass es um eine Zivilstreitigkeit geht, die beim Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers zu entscheiden ist.

⁸⁷ Vgl. dazu ALEXANDRA HIRT, Honorar-Rückforderung durch Vermächtnisnehmerin vom Willensvollstrecker, dRSK vom 21.9.2016, sowie die Urteilsbesprechung von MARTIN KARRER, *successio* 2017, 155 ff.; vgl. zum Ganzen auch RENÉ STRAZZER, Die Vergütung des Willensvollstreckers – Länderbericht Schweiz, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), 1. Schweizerisch-deutscher Testamentvollstreckertag, Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Band 13, Zürich/Basel/Genf 2017, 105 ff., 121 ff.

⁸⁸ Vgl. BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 421 ff.; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER (FN 1), Art. 518 ZGB N 102 ff.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 109; WOLF/GENNA (FN 4), 351.

⁸⁹ Vgl. BGer, 5A_881/2012, 26.4.2013, E. 4.1; 5A_705/2015, 21.6.2016, E. 7.2.

⁹⁰ Vgl. BGer, 5A_881/2012, 26.4.2013, E. 5.2.

⁹¹ Vgl. etwa PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (FN 1), Art. 602 ZGB N 56 ff., 71 ff.; STRAZZER (FN 87), 122 f.

⁹² Vgl. KÜNZLE (FN 55), *successio* 2017, 21 ff., 27 f.

Willensvollstrecker bei (grösseren) Erbengemeinschaften auf mangelnde Einstimmigkeit spekulieren oder durch eine intrigante Amtsausübung Differenzen schüren, sodass er darauf vertrauen kann, dass bei oder nach Beendigung des Amtes innerhalb der Erbengemeinschaft ohnehin keine Einstimmigkeit zu einem aktiven Vorgehen gefunden wird.⁹³ Es verbleibt diesfalls – wie erwähnt – einzig die (unbefriedigende) Möglichkeit der Bestellung eines Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB.

Bei der geschilderten Sach- und Rechtslage bietet sich für die *Praxis* die folgende Lösungsmöglichkeit an (unter der Prämisse, dass die Miterben weder eine Prozessvollmacht erteilen noch eine Verzichtserklärung abgeben⁹⁴):

- Der Anspruch gegen den Willensvollstrecker ist ein Aktivum in der Erbteilung. Als solches kann es im Rahmen der Erbteilung von einem Erben übernommen (entgeltlich, unentgeltlich oder zu einem symbolischen Betrag⁹⁵) und alsdann (allein und vollumfänglich) geltend gemacht werden.
- Für den Fall, dass eine derartige Übernahme des integralen Anspruchs nicht realisiert werden kann, ist mit den Miterben eine (vorgängige) partielle Teilung in Bezug auf diesen Anspruch anzustreben, sodass anschliessend der jeweilige Erbe den (quotalen) Schaden geltend machen kann.
- Festzuhalten ist zudem in Bezug auf zu viel bezogenes Honorar, dass neben diesem Honorarrückforderungsanspruch m.E. auch eine *Verantwortlichkeitsklage* erhoben werden könnte.⁹⁶ Damit würde eine vertragsähnliche Haftung (und nicht eine Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung) geltend gemacht.⁹⁷
- Die Pflichtverletzung ist in der Beanspruchung eines übermässigen Honorars zu sehen, was als Verstoss gegen Art. 517 Abs. 3 ZGB zu qualifizieren ist. Der Schaden besteht aus den dadurch erhöhten Erbgangschulden bzw. Passiven. Es ist davon auszugehen, dass der Kausalzusammenhang i.d.R. ohne Weiteres dargelegt werden kann. Das Verschulden wird gemäss Art. 97 OR vermutet.
- Zu einer derartigen Verantwortlichkeitsklage ist – wie erwähnt – jeder Erbe einzeln legitimiert.⁹⁸ Die vom Kläger geltend gemachte Leistung hat jedoch an die Erbengemeinschaft zu erfolgen,⁹⁹ wenn nicht die Übernahme des Anspruchs im Rahmen der Erbteilung erfolgt ist oder eine vorgängige partielle Erbteilung stattgefunden hat.¹⁰⁰
- Gemäss der einschlägigen Rechtsprechung schliesst eine Honorarrückforderungsklage (und/oder Vermächtnisklage) eine gleichzeitige Verantwortlichkeitsklage nicht aus; es besteht vielmehr *Anspruchskonkurrenz*.¹⁰¹
- Höchsttrichterlich nicht geklärt erscheint die Sonderfrage, wie sich die Erteilung einer *Décharge* an den Willensvollstrecker (mithin die Genehmigung seiner Abrechnung) auf den Klageanspruch auswirkt. In der erbrechtlichen Praxis des Bundesgerichts wurde diese Frage jüngst offengelassen.¹⁰² Im Aktienrecht hat die Erteilung der *Décharge* bzw. der Entlastungsbeschluss i.S.v. Art. 758 Abs. 1 OR zur Folge, dass diejenigen Aktionäre, die der Entlastung zustimmten, für das betreffende Geschäftsjahr und in Bezug auf bekannt gegebene Tatsachen ihr Klagerecht gegenüber dem Verwaltungsrat verlieren.¹⁰³
- Es ist naheliegend, dass auch im Erbrecht eine analoge Rechtslage nach *Décharge*-Erteilung bzw. Genehmigung der Schlussabrechnung eintritt.¹⁰⁴ Dieser Verlust des Klagerechts kann nach hier vertretener Auffassung jedoch nur dann Platz greifen, wenn der Willensvollstrecker seiner Rechenschaftspflicht nachgegangen ist und detailliert abgerechnet hat.¹⁰⁵

⁹³ Vgl. in diesem Sinne auch die Vernehmlassung des Vereins *successio* vom 20. Juni 2016, N 25, Internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (Abruf 20.10.2018). Es ist – allenfalls etwas plakativ – festzuhalten, dass das Willensvollstreckerhonorar nicht die vierte Säule der Altersvorsorge ist; vgl. dazu in diesem Sinne bereits ABT (FN 78), N 13 ff.

⁹⁴ Vgl. dazu namentlich STRAZZER (FN 87), 121.

⁹⁵ Vgl. dazu oben sub Ziffer IV./4./c.

⁹⁶ Vgl. in diesem Sinne bereits ABT (FN 78), N 16.

⁹⁷ Vgl. zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage die Ausführungen oben sub Ziffer IV./2.

⁹⁸ Vgl. dazu oben sub Ziffer IV./4./b. sowie BGer, 5A_705/2015, 21.6.2016, E. 7.2; vgl. dazu die Urteilsbesprechungen von HIRT (FN 87) und MARTIN KARRER, *successio* 2017, 155 ff.

⁹⁹ Vgl. BK-KÜNZLE (FN 1), Art. 517/518 ZGB N 422 m.w.H.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (FN 3), Art. 518 N 113; WOLF/GENNA (FN 4), 351.

¹⁰⁰ Vgl. dazu die Ausführungen oben sub Ziffer IV./4./b. und c.

¹⁰¹ Vgl. BGer, 5A_705/2015, 21.6.2016, E. 7; vgl. dazu HIRT (FN 87), N 11.

¹⁰² Vgl. BGer, 5A_705/2015, 21.6.2016, E. 6.3; vgl. dazu auch BGer, 5A_881/2012, 26.4.2013.

¹⁰³ Vgl. dazu etwa BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 758 N 2 ff. m.w.H., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Obligationenrecht II*, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015. – Dies entspricht auch der Regelung im Aktienrecht, wo in Art. 758 Abs. 1 OR explizit festgehalten ist, dass sich der Entlastungsbeschluss nur auf «bekanntgegebene Tatsachen» erstreckt.

¹⁰⁴ Vgl. BGer, 5A_705/2015, 21.6.2016, E. 4.1, wo auf die entsprechende Rechtsauffassung der Vorinstanz verwiesen wird.

¹⁰⁵ Vgl. in diesem Sinne auch STRAZZER (FN 87), 125.

VI. Weitere «Instrumente» aus der Praxis

In der Praxis ist festzustellen, dass im Zusammenhang mit Willensvollstreckungen hin und wieder die folgenden weiteren «Instrumente» angedroht oder gar angewendet werden: Anzeigen an die Aufsichtscommission über Anwälte bzw. Ständesorganisationen; Schikanebetreibungen; Strafanzeigen; Medien etc. Meines Erachtens sind diese Massnahmen mit Bedacht bzw. (grosser) Zurückhaltung einzusetzen.

VII. Ausblick: Erbrechtsrevision

Gemäss derzeitigem Sachstand ist davon auszugehen, dass nach der anstehenden Erbrechtsrevision die *Willensvollstreckeraufsicht durch die Gerichte* wahrgenommen werden wird, wie dies Art. 518 Abs. 4 VE vorsieht. Zustimmend äusserten sich dazu Autoren aus Zürich,¹⁰⁶ währenddessen sich Autoren aus Bern eher ablehnend zeigten;¹⁰⁷ kritisch äusserte sich auch die Advokatenkammer Basel-Stadt.¹⁰⁸

Es ist zu erwarten, dass die Problematik des geschilderten Dualismus bzw. der Zweigleisigkeit wohl aber bestehen bleiben wird, zumal formelle Fragen im summarischen, materielle Fragen jedoch im ordentlichen Verfahren geklärt werden, wobei je nach Themenbereich im Vorfeld u.U. unklar ist, ob es sich um rein formelle oder materielle Fragen bzw. um ein summarisches oder ordentliches Verfahren handeln wird.¹⁰⁹

Die Willensvollstrecker-Thematik wird gemäss der vorliegenden einschlägigen Botschaft (über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches) auf Grund der vom Bundesrat am 10. Mai 2017 beschlossenen etappenweisen Revision des Erbrechts erst «zu einem späteren Zeitpunkt» – mithin wohl erst ab dem Jahr 2020 und gemeinsam mit weiteren «eher technischen Revisionsanliegen» – behandelt.¹¹⁰

¹⁰⁶ Vgl. PETER BREITSCHMID, Behördliche Aufsicht über Willensvollstrecker, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zürich 2017, 235 ff.; in diesem Sinne tendenziell auch KÜNZLE (FN 55), *successio* 2018, 52 ff., 61 f.

¹⁰⁷ Vgl. STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/SIBYLLE HOFER/REGINA AEBI-MÜLLER, Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorentwurf des EJP, AJP 2016, 1419 ff., 1426.

¹⁰⁸ Vgl. die Vernehmlassung der Advokatenkammer BS vom 20. Juli 2016, 10 ff., Internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (Abruf 20.10.2018).

¹⁰⁹ Vgl. in diesem Sinne KÜNZLE (FN 3), 950.

¹¹⁰ Vgl. Botschaft vom 29. August 2018 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), BBl 2018 5813 ff., 5826 und 5877.

VIII. Zusammenfassung und Fazit

Die obigen Ausführungen resp. die Erfahrungen zur Willensvollstreckeraufsicht und -absetzung, zur Willensvollstreckerverantwortlichkeit bzw. zur Honorarrückforderung können wie folgt resümiert werden:

1. Bei blosser Unmut gegenüber einem Willensvollstrecker oder bei eher untergeordneten Verstössen des Willensvollstreckers gegen seine Amtspflichten ist ein *Beschwerdeverfahren* bei der Willensvollstreckeraufsichtsbehörde i.d.R. wenig ergiebig und daher selten sinnvoll.

Ein Beschwerdeverfahren ist jedoch ggf. unumgänglich, wenn Informationen bzw. die Herausgabe von Akten gefordert werden müssen (wobei der Willensvollstrecker u.U. der Forderung vor Erlass einer Massnahme nachkommt, was für den Beschwerdeführer mit Blick auf den geleisteten Aufwand unbefriedigend ist) oder unter den gegebenen Umständen eine Absetzung beantragt werden muss.

2. Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur *Absetzung* des Willensvollstreckers basiert auf einem offensichtlich falschen Verständnis von BGE 90 II 376 ff.; die sog. Gabelung bzw. Spaltung des Rechtsweges ist demnach abzulehnen.

Für die Absetzung sollte nach hier vertretener Auffassung konsequenterweise ausschliesslich die Aufsichtsbehörde zuständig sein.

Wenn jedoch gestützt auf die jüngste Rechtsprechung eine Klage auf Absetzung (mithin offenbar eine «Un-gültigkeitsklage gemäss Art. 519/520 ZGB») angehoben wird, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur «unteilbaren Einheit» gemäss BGE 97 II 201 E. 3 zu beachten.

3. Nach hier vertretener Auffassung sind *Verantwortlichkeitsansprüche* am letzten Wohnsitz des Erblassers anhängig zu machen (Art. 28 ZPO) und nicht etwa am Wohnsitz/Sitz des Willensvollstreckers.

Jeder Erbe ist einzeln zur Erhebung von Verantwortlichkeitsansprüchen legitimiert, wobei – je nach Fall – die Leistung an die Erbengemeinschaft oder an den Kläger selbst (ganzer oder quotaler Anspruch) zu erfolgen hat.

Der Verantwortlichkeitsanspruch ist ein Aktivum des Nachlasses, welches im Rahmen der Erbteilung von einem Erben vollumfänglich übernommen oder unter den Erben aufgeteilt werden kann.

4. Festzuhalten ist zudem, dass die jüngst kreierte Rechtsprechung zum *Honorarrückforderungsanspruch* für die Praxis sehr problematisch erscheint; dies trotz der

bestehenden Anspruchskonkurrenz zur Verantwortlichkeit. In der Praxis besteht erfahrungsgemäss das klare Bedürfnis, dass sich ein Erbe allein gegen ein ungemessenes Willensvollstreckerhonorar wehren kann.

Auch der Honorarrückforderungsanspruch ist ein Aktivum des Nachlasses, welches im Rahmen der Erbteilung von einem Erben vollumfänglich übernommen oder unter den Erben aufgeteilt werden kann.

Aufgrund der oben ausgeführten Darlegungen ist ersichtlich, dass ein Vorgehen eines Erben bzw. der Erben gegen einen fragwürdig agierenden Willensvollstrecker in der Praxis mit hohen Hürden verbunden ist.

In den einschlägigen, professionellen Fachkreisen besteht mittlerweile ein verbreitetes Verständnis, wie eine angemessene Amtsausübung bzw. Willensvollstreckerhonorierung zu erfolgen hat.

Dennoch sind in der täglichen Praxis bedauerlicherweise immer wieder resp. immer noch (zu viele) «schwarze Schafe» (*«il brutto»* bzw. *«il cattivo»*) anzutreffen, welche letztlich dem Institut der Willensvollstreckung schaden.