

Der widerspenstige Willensvollstrecker

Dr. Roland Bruhin, Fachanwalt SAV Erbrecht,
Weiterbildungstage des SAV im Stade de Suisse in Bern
vom 31. August und 1. September 2018

I. Ausgangslage und Beispiele aus der Praxis

A. Ausgangslage

- 1 Bei etlichen Erbteilungen wirken Willensvollstrecker mit. Es gibt denn auch viele gute Gründe, die es ratsam erscheinen lassen, einen Willensvollstrecker einzusetzen (vgl. dazu Hans Rainer Künzle, Berner Kommentar, Bern 2011, Art. 517-518 N 57). Die Tätigkeit des Willensvollstreckers führt häufig, dem Zweck der Willensvollstreckung entsprechend, zu einer korrekten und pünktlichen Ausführung der in den Verfügungen von Todes wegen enthaltenen Anordnungen. Das ist der Normalfall. Demgegenüber kommt es aber nicht selten vor, dass die am Nachlass Beteiligten nicht einverstanden sind mit der Tätigkeit des Willensvollstreckers. Die Erben, die Vermächtnisnehmer oder auch die Erbschaftsgläubiger ärgern sich darüber, dass der Willensvollstrecker nichts unternimmt oder alles zu spät oder gar falsch macht, die gebotene Neutralität gegenüber einzelnen Erben vermissen lässt, in Interessenkonflikte verwickelt ist, Nachlassaktiven und insbesondere Grundstücke unbesehen veräussert und am Schluss der Teilung auch noch ein unverschämtes Honorar in Rechnung stellt. Alle Interventionen der Beteiligten nützen nichts, und auch die Androhung rechtlicher Schritte hilft nicht weiter. In solchen Situationen stellt sich die Frage, was gegen einen widerspenstigen Willensvollstrecker gemacht werden kann.

B. Einige Beispiele aus der Praxis

a. Willensvollstrecker und Honorar

- 2 Sie vertreten in einer Erbteilung einen von drei Erben und stellen fest, dass der Willensvollstrecker bei einem Nachlassvermögen von CHF 13.8 Mio. ein Honorar von CHF 550'000 geltend gemacht und bereits bezogen hat. Auf Ihre Anfrage hin, wie sich das Honorar zusammensetze, erhalten Sie vom Willensvollstrecker die Antwort, er habe lediglich 4% des Nachlassvermögens in Rechnung gestellt, was sehr zurückhaltend sei. Weitere Auskünfte erteilt der Willensvollstrecker nicht und ist auch nicht bereit, einen Teil seines Honorars zurück zu zahlen.
- 3 Können Sie eine Rückforderungsklage oder eine Verantwortlichkeitsklage einreichen? Können Sie alleine, d.h. ohne die anderen Erben gegen den Willensvollstrecker vorgehen oder müssen die anderen drei Erben auch mitmachen? Hilft Ihnen eine Aufsichtsbeschwerde weiter?
- 4 Oder Sie vertreten die Vermächtnisnehmerin in einer Nachlassabwicklung mit Willensvollstreckung. Der Nettonachlass beträgt CHF 54 Mio. und das vom

Willensvollstrecker geltend gemachte Honorar beläuft sich auf CHF 600'000. Der Willensvollstrecker rechtfertigt sein Honorar damit, er habe dieses entsprechend dem prozentualen Tarif gemäss Basler Notariatsgebührentarif berechnet. Angaben zum Zeitaufwand oder Stundenansatz macht der Willensvollstrecker nicht. Der einzige Erbe genehmigt dieses Honorar.

- 5 Können Sie mit der Vermächtnisklage gegen den Willensvollstrecker vorgehen oder müssen Sie eine gegen den Willensvollstrecker persönlich gerichtete Forderungsklage erheben? Können Sie die Forderungsklage alleine, d.h. ohne den Erben erheben? Können Sie eine Verantwortlichkeitsklage erheben? Alleine, oder ist nur ein gemeinsames Vorgehen mit dem Erben zulässig? Was ist mit einer Aufsichtsbeschwerde?

b. Willensvollstrecker und Interessenkonflikte

- 6 Die Frage eines Interessenkonflikts stellte sich bei einem Willensvollstrecker, der vom Erblasser auch ein Legat, sprich eine Liegenschaft erhalten hatte. Zudem hatte der Erblasser ein Darlehen von CHF 600'000 in eine Leibrente umgewandelt. Als Vertreter eines Erben stellen Sie sich auf den Standpunkt, der Willensvollstrecker sei in einem erheblichen Interessenkonflikt und müsse abgesetzt werden. Dieser weigert sich aber beharrlich, sein Amt niederzulegen.
- 7 Reichen Sie eine Ungültigkeitsklage ein oder wenden Sie sich an die Aufsichtsbehörde? Können Sie den Willensvollstrecker mit Zustimmung aller Erben absetzen lassen?

II. Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers und Aufsicht

A. Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers

- 8 Die Möglichkeiten, einen Willensvollstrecker zur Verantwortung zu ziehen, sind vielfältig. Zu denken ist an die zivilrechtliche, die steuerrechtliche, die strafrechtliche und die aufsichtsrechtliche Verantwortlichkeit und Haftung des Willensvollstreckers. Zivilrechtlich stehen die Verantwortlichkeitsklage und die Klage zur Rückforderung von (zu viel bezogenem) Honorar im Vordergrund. Auf diese beiden Klagen wird nachfolgend punktuell eingegangen.
- 9 Die steuerrechtliche und die strafrechtliche Verantwortlichkeit werden im Folgenden nicht näher beleuchtet, auch wenn sie interessant und aktuell wären. Stichworte sind etwa die Haftung des Willensvollstreckers bei Vorliegen von Schwarzgeld oder die Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers bei Veruntreuung von Nachlasswerten. Strafrechtliche Verurteilungen wegen Veruntreuung oder ungetreuer Geschäftsbesorgung scheinen eher selten zu sein.
- 10 Vielfach wehren sich die Beteiligten aber über die aufsichtsrechtliche Schiene, weswegen heute der Fokus auch auf der Aufsichtsbeschwerde liegt.

B. Gesetzliche Grundlagen der Aufsichtsbeschwerde

- 11 Art. 518 Abs. 1 ZGB besagt, dass die Willensvollstrecker in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters stehen. Der amtliche Erbschaftsverwalter steht unter der Aufsicht der Behörde, und die Erben sind befugt, bei dieser gegen die von ihm beabsichtigten oder getroffenen Massregeln Beschwerde zu erheben (Art. 595 Abs. 3 ZGB). Aus diesen beiden Bestimmungen wird abgeleitet, dass der Willensvollstrecker einer Aufsicht untersteht (vgl. anstelle vieler Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518 N 515 mit weiteren Verweisen).

C. Modalitäten der Aufsichtsbeschwerde

a. Zwingendes Recht

- 12 Was nun die Aufsicht über den Willensvollstrecker anbelangt, ist diese zwingend. Der Erblasser kann den Willensvollstrecker nicht von der Aufsicht befreien. Umgekehrt sind die Erben nicht berechtigt, zur Selbsthilfe zu greifen, wenn der Willensvollstrecker seine Aufgaben nicht richtig erfüllt (Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518, N 515). Auch wenn alle Erben damit einverstanden sind oder dies gar wünschen, kann mit diesem Argument allein keine Absetzung des Willensvollstreckers herbeigeführt werden. Für eine Absetzung des Willensvollstreckers braucht es mehr, und ist eine solche gemäss Rechtsprechung und Lehre (vgl. Daniel Abt, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Anwaltsrevue 2013, 266ff.) etwa in folgenden Fällen gerechtfertigt:

- bei wiederholter Pflichtverletzung;
- bei grober Pflichtverletzung;
- bei fehlender Vertrauenswürdigkeit (etwa wenn „Mischgeschäfte“ getätigt werden);
- bei Unfähigkeit/fehlender Eignung i.S.v. Erbunwürdigkeit;
- bei lang dauernder Krankheit oder Abwesenheit;
- bei Gefährdung des Nachlassvermögens.

b. Zuständigkeiten

- 13 Wenn Sie eine Aufsichtsbeschwerde einreichen möchten, sind vorab die formellen Voraussetzungen zu beachten. Die örtliche Zuständigkeit der Behörde richtet sich nach Art. 28 Abs. 2 ZPO respektive nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers, und das Verfahren bestimmt sich nach kantonalem Recht (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 106). Die zuständige Behörde wird von den Kantonen bestimmt. Meistens finden Sie die Zuständigkeit im EG ZGB geregelt. Beispielsweise ist im Kanton Zürich das Einzelgericht zuständig. Im Kanton Zug haben Sie sich an den Gemeinderat zu wenden (§ 8 Ziff. 5 Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug, kurz EG ZGB). Im Kanton Bern ist zuständige Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker der Regierungsstatthalter.

c. Legitimationen

- 14 Zur Beschwerde aktivlegitimiert sind vorab die (gesetzlichen und eingesetzten) Erben. Passivlegitimiert ist in jedem Fall der Willensvollstrecker (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 99f.).

d. Fallstricke

- 15 Als Fallstrick zu beachten ist, dass es Kantone gibt, die Fristen vorsehen für die Erhebung einer Aufsichtsbeschwerde. Im Kanton Zug beispielsweise kann gemäss § 85 EG ZGB gegen die Tätigkeit des Willensvollstreckers (Art. 518 ZGB), des Erbschaftsverwalters (Art. 554 und 595 Abs. 3 ZGB) sowie der Erbschaftsbehörde (§ 10) innert 20 Tagen nach Kenntnis einer Handlung oder Unterlassung beim Gemeinderat Beschwerde geführt werden. Nun verhält es sich aber so, dass die Beschwerdeerhebung nach Bundesrecht an keine Frist gebunden ist. Die Beschwerde muss aber beförderlich erfolgen, damit sie ihren Zweck erreichen kann (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 N 34). Für die Praxis bedeutet dies, dass eine kantonale Beschwerdefrist bundesrechtswidrig und damit unbeachtlich ist. Doch muss die Beschwerde auch nach Bundesrecht beförderlich erhoben werden. Sie können mit andern Worten nicht unbeschränkt zuwarten mit der Einreichung einer Beschwerde, wenn sich der Willensvollstrecker seinen Pflichten trotzköpfig widersetzt.
- 16 Ein weiterer Stolperstein kann die Kognitionsbefugnis der Aufsichtsbehörde sein. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung beschränkt sich diese auf:
- das formelle Vorgehen des Willensvollstreckers,
 - Kompetenzüberschreitungen,
 - Pflichtverletzungen einschliesslich Mangel an Initiative,
 - Untätigkeit und Unfähigkeit,
 - Unangemessenheit einer Massnahme (Unzweckmässigkeit bis hin zur Willkür)
 - sowie Verletzung der Interessen der am Nachlass Beteiligten.
- 17 Oder wie es das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung formuliert:

Die Aufsichtsbehörde prüft lediglich, ob der Willensvollstrecker persönlich geeignet und formell richtig vorgegangen ist, ob er sein Amt pflichtgemäss ausgeübt hat und ob seine Massregeln zweckmässig sind. Die Beurteilung materiellrechtlicher Fragen, etwa die Auslegung letztwilliger Verfügungen, bleibt hingegen dem Zivilrichter überlassen (Urteil 5D_136/2015, E. 5.2).

e. Materiell-rechtliche Fragen

- 18 Die Aufsichtsbehörde prüft somit die Einhaltung der dem Willensvollstrecker obliegenden Sorgfaltspflichten, die unangemessene, unsachliche oder willkürliche Entscheidungen ausschliesst, nicht aber die Richtigkeit von Entscheidungen, die der Willensvollstrecker im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens getroffen oder unterlassen hat (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 98 und Art. 595 N 22; Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518 N 523; Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, 3. Aufl., Christ/Eichner, Art.

518 N 89; Schweizerisches Privatrecht, Basel 2012, IV/1 Erbrecht Band 1, S. 350; BGer 5P.209/2003 E.6). Wenn ein Entscheid getroffen werden soll, der in endgültiger und dauernder Weise ein zwischen den Parteien streitiges zivilrechtliches Verhältnis regelt, handelt es sich um eine materiell-rechtliche Frage, die in den Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Gerichte und nicht der Aufsichtsbehörde fällt (BGE 130 III 97 [101]; GVP ZG 1983/84, S. 197f.).

- 19 Für den Praktiker wichtig zu wissen ist, dass die Aufsichtsbehörde nicht anstelle des Willensvollstreckers entscheiden kann, sondern nur bei offenkundiger Unsachlichkeit oder gar Willkür eingreifen darf. Sie muss sich bei der Überprüfung Zurückhaltung auferlegen (beschränkte Kognition, Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518 N 530 mit weiteren Hinweisen).

f. Interessenkonflikte und Gabelung der Rechtswege

- 20 In der Praxis stellt sich vielfach die Frage, wie es sich mit Interessenkollisionen verhält. Interessenkonflikte eines Willensvollstreckers können vielfältiger Natur sein. Zu erwähnen ist etwa der Willensvollstrecker, der auch eingesetzt ist als Verwaltungsrat von Gesellschaften des Erblassers, als Stiftungsrat von Stiftungen, die der Erblasser ins Leben gerufen hat oder als Trustee von Trusts, die der Erblasser gegründet hat. Denkbar ist auch, dass der Willensvollstrecker vom Erblasser als Vermächtnisnehmer eingesetzt wurde. In solchen Konstellationen kann sehr schnell ein Interessenkonflikt entstehen. Ein Interessenkonflikt disqualifiziert den Willensvollstrecker aber nicht ohne weiteres, sondern nur in den Ausnahmefällen, in denen wegen des Interessenkonflikts eine gehörige Erfüllung wesentlicher Aufgaben der Willensvollstreckung verunmöglicht wird oder wegen deren eine grobe Pflichtverletzung drohend ist (Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, 3. Aufl., Christ/Eichner, Art. 518 N 98). Harmlose Interessenkonflikte führen sonach nicht ohne weiteres zu einer Absetzung des Willensvollstreckers. Harmlos ist ein Interessenkonflikt in der Regel dann, wenn sich der Notar oder die Notarin in der letztwilligen Verfügung als Willensvollstrecker einsetzt.
- 21 Umstritten ist die Frage, ob Interessenkollisionen einen Beschwerdegrund darstellen und damit Gegenstand einer Aufsichtsbeschwerde sein können, oder ob Interessenkonflikte ausschliesslich vom Zivilrichter zu behandeln sind (so Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518 N 532). Nicht restlos geklärt war lange auch die Frage, ob bei Interessenkonflikten zu unterscheiden ist zwischen ursprünglich vorliegenden (und mit Ungültigkeitsklage anzufechtenden) und später auftretenden (und mit Aufsichtsbeschwerde geltend zu machenden) Absetzungsgründen (Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, 3. Aufl., Christ/Eichner, Art. 518 N 98ff.). Vertreten wird schliesslich auch die Meinung, eine Absetzung des Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde müsse bei jeder Art von Interessenkollisionen möglich bleiben (Schweizerisches Privatrecht, Basel 2012, IV/1 Erbrecht Band 1, S. 348). Das Bundesgericht hat nun aber in einer neueren Entscheidung eine klare Unterscheidung getroffen: Bei ursprünglich vorliegenden Interessenkonflikten, die dem Erblasser bekannt waren, ist Ungültigkeitsklage zu erheben und die Testamentsklausel über die Einsetzung des Willensvollstreckers anzufechten. In diesen Fällen ist auf eine Aufsichtsbeschwerde nicht einzutreten (BGE 5A_414/2012, E. 4.3; Martin Karrer, Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Successio 3/13, 236ff.). Es kommt bei Interessenkonflikten mit andern Worten zu einer Gabelung der Rechtswege. Es ist

immer zu prüfen, ob die Gründe für den Konflikt von Anfang bestanden haben und dem Erblasser bei der Testamenterrichtung bekannt gewesen waren. Für diesen Fall ist innert Frist eine Ungültigkeitsklage zu erheben (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 105 mit weiteren Verweisen).

g. Sanktionen

- 22 Was kann die Aufsichtsbehörde machen, wenn eine Pflichtverletzung vorliegt? Auf der einen Seite stehen der Aufsichtsbehörde sachbezogene Massnahmen zur Verfügung. Als sachbezogene Massnahmen gelten das Aussprechen einer Empfehlung, das Erteilen von Weisungen oder die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wie eine Grundbuchsperrung, die Sperrung eines Bankkontos etc.
- 23 Andererseits kann die Aufsichtsbehörde auch disziplinarische Massnahmen ergreifen und den Willensvollstrecker ermahnen, verwarnen, mit einer Ordnungsbusse belegen oder aber, wenn alles nichts genützt hat, absetzen. Die Absetzung des Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde ist im Gesetz nicht vorgesehen, wird von Lehre und Praxis aber grösstenteils anerkannt, obwohl der Willensvollstrecker durch den Willen des Erblassers eingesetzt wurde und die Absetzung als Eingriff in materielle Rechte betrachtet werden könnte. Die Absetzung ist ein schwerwiegender Eingriff in die persönliche Situation des Willensvollstreckers und eine radikale Massnahme für die Nachlassadministration; soweit kein Ersatzvollstrecker bezeichnet ist, führt sie zum Wegfall der Willensvollstreckung als solcher, da die Aufsichtsbehörde keinen Ersatz-Willensvollstrecker einsetzen kann. Die Behörde muss deshalb bei der Beurteilung der Umstände einen strengen Massstab anlegen und die Absetzung wirklich als ultima ratio betrachten, wenn sich in vorangegangenen Beschwerdeverfahren mildere Massnahmen als wirkungslos erwiesen haben (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 103 mit Verweisen; Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, 3. Aufl., Christ/Eichner, Art. 518 N 97; Schweizerisches Privatrecht, Basel 2012, IV/1 Erbrecht Band 1, S. 349).
- 24 Insofern ist in der Praxis bei jedem erhobenen Vorwurf zu prüfen, ob Pflichtverletzungen vorliegen, die aufgrund ihrer Schwere einzeln oder zusammen Anlass geben für die Anordnung einer Massnahme oder gar einen Absetzungsgrund darstellen. Typisch für viele Absetzungsverfahren ist, dass meist eine grosse Menge an kleineren Fehlern gerügt werden, die weder einzeln noch zusammen einen Absetzungsgrund ergeben, wohl aber eine Weisung nach sich ziehen können.

D. Spezifische Berufsaufsicht

- 25 Nicht zu vergessen oder gar zu unterschätzen ist, dass Anwälte und Notare auch bei der Ausübung von Willensvollstreckungen weiterhin der spezifischen Berufsaufsicht unterstehen (BGE 2C_1086/2016, E. 2.1). Bei Anwälten ist dies die kantonale Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, welche über die Einhaltung der Berufspflichten wacht.

E. Beispiele von Massnahmen gegen widerspenstige Willensvollstrecker

a. Grundstücke im Nachlass

26 Stellen Sie sich vor, im Nachlass befinden sich 12'000 m² Bauland an bester Lage in der Stadt Zürich und die drei Erben sind sich über das Schicksal des Grundstücks nicht einig. Einer verlangt die Zuweisung an sich, einer will eine Versteigerung und der dritte Erbe möchte das Land seinem Neffen, einem Architekten, verkaufen. Darf oder muss der Willensvollstrecker das Grundstück veräussern? Darf er es freihändig verkaufen oder muss er es versteigern? Was ist, wenn der Willensvollstrecker das Bauland beharrlich einer bekannten Generalunternehmung verkaufen möchte, weil der Willensvollstrecker als Anwalt beruflich viel mit diesem Generalunternehmer zusammenarbeitet?

27 Bevor wir uns der Beantwortung der Frage zuwenden, muss beim Ermessen des Willensvollstreckers eine wichtige Unterscheidung getroffen werden: Dieses ist umfassend bei der Verwaltung des Vermögens (inkl. dem Verkauf einer Liegenschaft zur Bezahlung von Schulden), aber nur eingeschränkt im Hinblick auf die Erbteilung (kein Verkauf von Liegenschaften (Hans Rainer Künzle, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2015-2016), successio 1/17, 26) mit Verweis auf Urteil 5D_136/2015). In diesem Urteil hat das Bundesgericht ausgeführt:

5.1. (...) Gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB hat er den Willen des Erblassers zu vertreten; er gilt insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen. Dabei hat der Willensvollstrecker immer im gemeinsamen Interesse aller Erben zu handeln (BGE 85 II 597 E. 3 S. 601). Hinsichtlich der Zweckmässigkeit der Massnahmen zur Ausübung seines Amtes verfügt der Willensvollstrecker über einen grossen Ermessensspielraum (Urteil 5A_522/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 4.3.1 [zur Publikation vorgesehen]; 5A_794/2011 vom 16. Februar 2012 E. 3.2, in: ZBGR 94/2013 S. 315). Dieser ist aber auf die Verwaltung der Erbschaft beschränkt (Urteil 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014 E. 3.2). In diesem Rahmen kann der Willensvollstrecker auch selbständig Vermögensgegenstände aus der Erbschaft veräussern, soweit dies erforderlich ist, um die Erbschaft zu erhalten, Schulden zu bezahlen oder Vermächtnisse auszurichten (Urteil 5A_522/2014 vom 16. Dezember 2015 a.a.O.). Schon vor längerer Zeit hat das Bundesgericht klargestellt, dass der Willensvollstrecker zu diesen Zwecken auch Liegenschaften ohne Zustimmung der Erben verkaufen kann (BGE 74 I 423 S. 424). Anders verhält es sich mit Verfügungen des Willensvollstreckers im Hinblick auf die Erbteilung. Allein hierzu darf der Willensvollstrecker einen bestimmten Vermögenswert nicht ohne Einverständnis der Erben veräussern (Urteil 5A_522/2014 vom 16. Dezember 2015 a.a.O.). Der Willensvollstrecker verletzt deshalb seine Pflichten, wenn er ein Grundstück gegen den Willen eines Erben veräussert (BGE 108 II 535 E. 3-5 S. 539 ff.) oder wenn er ein Grundstück freihändig verkauft, obwohl ein Erbe die Versteigerung verlangt hat (BGE 97 II 11 E. 3 ff. S. 15 ff.). 5.2.

28 Mit Blick auf die Erbteilung kann sonach gesagt werden, dass der Willensvollstrecker das Grundstück ohne Zustimmung der Erben nicht veräussern darf, sondern dem Nachlass soweit möglich in natura erhalten muss. Der Willensvollstrecker hat im Hinblick auf den Anspruch der Erben auf Naturalteilung gemäss Art. 610/611 ZGB den Nachlass nicht einfach zu versilbern (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 13). Wenn in unserem Beispiel das

Grundstück in Zürich ohne erhebliche Werteinbusse geteilt werden kann, ist ein Verkauf grundsätzlich unzulässig. Lässt sich umgekehrt das Grundstück nicht ohne erhebliche Werteinbusse teilen und kann das Grundstück wertmässig nicht in einem Los untergebracht werden, so kommt – wenn sich die Erben nicht einigen – Abs. 2 von Art. 612 ZGB als ultima ratio zum Zug: Das Grundstück ist zu verkaufen und der Erlös ist zu teilen (Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, 3. Aufl., Christ/Eichner, Art. 612 N 16ff.). Der Verkauf erfolgt durch Versteigerung und es ist am Willensvollstrecker zu entscheiden, ob die Versteigerung öffentlich oder nur unter den Erben stattfinden soll (Art. 612 Abs. 3 ZGB).

- 29 Denkbar ist in unserem Beispiel auch, dass der Erblasser Anordnungen zur Veräusserung des Grundstückes getroffen hat. Beispielsweise hat der Erblasser in seinem Testament verfügt, die sonnigen 3'000 m² im südlichen Teil seien abzutrennen und zu veräussern. Einer der drei Erben möchte aber genau diese 3'000 m² für sich. Der Willensvollstrecker ignoriert diesen Wunsch des Erben beharrlich und engagiert einen Grundstücksmakler für den Verkauf. Kann dieser Erbe den widerspenstigen Willensvollstrecker stoppen und den Verkauf verhindern? Hier gilt, dass Anordnungen des Erblassers zum Verkauf einer Liegenschaft als Teilungsvorschriften gemäss Art. 608 Abs. 1 ZGB gelten und den Grundsatz der Naturalteilung durchbrechen (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 610 N 6). Der Willensvollstrecker ist an Teilungsvorschriften grundsätzlich gebunden, da er gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen hat. Letzteres hat dann keine Geltung, wenn unter allen Erben Einigkeit über die Art der Teilung herrscht, sollen die Erben doch in diesem Fall weder durch die gesetzlichen noch erblasserischen Teilungsvorschriften gebunden sein. Wenn sich in unserem Beispiel alle Erben einig sind, dass die 3'000 m² nicht verkauft werden sollen, hat sich der Willensvollstrecker daran zu halten, auch wenn im Testament eine Veräusserung angeordnet wurde.

b. Willensvollstrecker mit Interessenkonflikt

- 30 Der Erblasser hat dem Willensvollstrecker ein Legat in Form einer Liegenschaft im Wert von CHF 40'000 vermacht und ein Darlehen von CHF 600'000 in eine Leibrente umgewandelt. Als Vertreter eines Erben stellen Sie sich auf den Standpunkt, der Willensvollstrecker sei in einem erheblichen Interessenkonflikt und müsse abgesetzt werden. Dieser weigert sich aber beharrlich, sein Amt niederzulegen.
- 31 Ein Willensvollstrecker kann auch als Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt werden, ohne dass automatisch ein Interessenkonflikt vorliegt (vgl. ausführlich zum Ganzen Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518 N 7ff.). Wenn letzteres aber der Fall ist, dann muss mit einer Ungültigkeitsklage gegen die Einsetzung des Willensvollstreckers und nicht mit einer Aufsichtsbeschwerde vorgegangen werden (BGE 5A_414/2012; Martin Karrer, a.a.O., 236ff.).

c. Abschlagszahlungen

- 32 Wie sieht es aus, wenn der Willensvollstrecker substantielle Abschlagszahlungen an die Erben oder an einzelne von ihnen in Aussicht stellt und Sie der Auffassung sind, es

werde dadurch die Teilung des Nachlasses präjudiziert? Können Sie als Vertreter eines Erben den widersetzlichen Willensvollstrecker zur Raison bringen?

- 33 In Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass der Willensvollstrecker den Erben Vorschüsse oder verzinsliche Darlehen gewähren kann (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 46). Da Abschlagszahlungen meist umstritten sind und nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgenommen werden dürfen, wird der Willensvollstrecker im Zweifelsfall verzinsliche Darlehen gewähren (Peter Breitschmid, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Druey/Breitschmid (Hrsg.), Willensvollstreckung, Bern 2001, S. 163f.). Nach Breitschmid hindert selbst bei Widerstand einzelner Erben oder einer Gruppe gegen (z.B.) eine Beteiligung der Erben an Nachlasserträgen den Willensvollstrecker nicht, so gegen ein „Aushungern“ schwächerer durch potentere Erben vorzugehen. Es handle sich dabei um einen Verwaltungsentscheid, welcher keiner Zustimmung der Erben bedürfe und sich bei pflichtgemässer Ermessensbetätigung seitens des Willensvollstreckers aufsichtsbehördlicher Kognition entziehe, welche nicht ihr Ermessen an Stelle des pflichtgemässen Ermessens des Willensvollstreckers stelle (Breitschmid, a.a.O., S. 164).

d. Untätiger oder langsamer Willensvollstrecker

- 34 Der Willensvollstrecker hat erst zweieinhalb Jahre nach dem Todestag das Nachlassinventar abgeliefert, die Jahresrechnungen 2015, 2016 und 2017 erst im Jahr 2018 erstellt und verspätet Kontakt mit den Banken aufgenommen. Zudem hat der Willensvollstrecker die Übertragung der Führung der Nachlassabrechnung an H übergeben. H war einziger Verwaltungsrat der G SA, welche dem Willensvollstrecker gehörte. Einer der Erben reicht deshalb eine Aufsichtsbeschwerde ein und verlangt die Absetzung des Willensvollstreckers. Innerhalb von sechs Wochen nach Einreichung der Beschwerde hat der Willensvollstrecker die Mängel behoben.
- 35 In erster Instanz hat die Aufsichtsbehörde den Willensvollstrecker unter anderem aufgrund dieser Pflichtverletzungen abgesetzt. Die obere kantonale Instanz hat die Absetzung aufgehoben. Das Bundesgericht hat den Entscheid der oberen kantonalen Instanz geschützt, weil die Mängel rasch behoben worden seien, der Beschwerdeführer keine Absetzung des Willensvollstreckers verlangt habe und eine Absetzung nur infrage komme, wenn eine konkrete Gefährdung der Nachlassaktiven vorliege und eine mildere Aufsichtsmassnahme nicht zum Ziel führen würde. Eine Absetzung habe schwerwiegende Folgen für die zukünftige Nachlassverwaltung, da die Aufsichtsbehörde nicht die Kompetenz zur Ernennung eines Nachfolgers habe und die Erben den Nachlass selbst liquidieren müssten (BGE 5A_414/2012; Martin Karrer, a.a.O., 236ff.).
- 36 Die Aufsichtsbehörde erachtete die Übertragung der Führung der Nachlassabrechnung auf eine dem Willensvollstrecker geschäftlich nahestehende Person als Interessenkonflikt. Demgegenüber vertrat die obere kantonale Instanz die Auffassung, der Nachlass müsse nicht geschützt werden vor Personen, mit welchen der Willensvollstrecker geschäftliche Beziehungen unterhält. Wenn der Willensvollstrecker die Nachlassabrechnung selbst führen kann, muss er auch berechtigt sein, sie einem

Dritten zu übertragen. Das Bundesgericht hat die Auffassung der oberen kantonalen Instanz geschützt (BGE 5A_414/2012; Martin Karrer, a.a.O., 236ff.).

e. Ausrichtung von Vermächtnissen

- 37 Sie vertreten einen Erben in einem Nachlass. Der Willensvollstrecker hat bereits erhebliche Vermächtnisse ausgerichtet und beabsichtigt, die letzten Legate ebenfalls auszurichten. Sie befürchten nun, dass durch die Ausrichtung aller Legate der Nachlass ausgehöhlt und die Erben geschädigt werden könnten. Doch findet Ihr Anliegen beim Willensvollstrecker kein Gehör.
- 38 Der Willensvollstrecker hat die Pflicht, die Vermächtnisse auszurichten und benötigt für die Ausrichtung der vom Erblasser verfügt Vermächtnisse keine Zustimmung der Erben. Er darf dies aber erst tun, wenn die Vermächtnisse fällig sind, was gewöhnlich nach Annahme der Erbschaft der Fall ist. Der Willensvollstrecker darf die Vermächtnisse nur auszahlen, wenn sie keine Pflichtteile verletzen und wenn daneben genügend Mittel zur Deckung von Erbschaftsschulden vorhanden sind. Er hat die Vermächtnisse auszurichten, bevor die Erbschaft verteilt wird (Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518 N 287ff.; Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 50f.).

f. Schwarzgeld

- 39 Der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger und ist zwei Jahre vor seinem Tod in die Schweiz gezogen. Es bestehen Anzeichen dafür, dass der Erblasser einen Grossteil seines Vermögens in Deutschland nicht versteuert hat und Ihr Klient, ein in Deutschland lebender Nachkomme, befürchtet massive Konsequenzen. Der Willensvollstrecker weigert sich beharrlich, Abklärungen zur deutschen Steuersituation zu treffen respektive Rückstellungen zu machen. Demgegenüber sind Sie als Vertreter eines Erbens überzeugt, dass der Willensvollstrecker tätig werden müsste.
- 40 Der Willensvollstrecker hat die Pflicht, den gesamten Umfang des Nachlasses zu ermitteln und nicht nur einfach das zu verwalten, was offensichtlich vorhanden ist (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 16). Welchen Grad an Aufwendungen der Willensvollstrecker zu betreiben hat zur Ermittlung der Aktiven und Passiven, ist dem Gesetz direkt nicht zu entnehmen. Peter Breitschmid geht davon aus, aufsichtsrechtlich vorwerfbar seien unzulängliche Bemühungen um vollständige Sichtung und Sicherung des Nachlasses, indem gebotene Nachforschungen oder eine gehörige Inventierung unterlassen würden (Peter Breitschmid, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Willensvollstreckung, Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid [Herausgeber], St. Gallen/Zürich 2000, S. 162). Im Praxiskommentar wird verlangt, der Willensvollstrecker habe bei den Erben und Dritten aktiv die erforderlichen Erkundigungen einzuziehen (Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, 3. Aufl., Christ/Eichner, Art. 518 N 31). Gemäss Hans Rainer Künzle wird die Frage, ob der Willensvollstrecker potentiellen Passiven (und Aktiven) nachgehen, sie „aufspüren“ muss, in der Literatur soweit ersichtlich nicht behandelt. Für umfassende Nachforschungspflichten des Willensvollstreckers gibt es seiner Meinung nach keine gesetzliche Grundlage, sie gehören nicht zu seiner Aufgabe. Der Willensvollstrecker

muss vorhandenen Hinweisen zwar nachgehen, umfassende Abklärungen über potentielle Verpflichtungen kann der Willensvollstrecker aber den Erben überlassen (Hans Rainer Künzle, Der Willensvollstrecker in der Erbteilung, in: Successio 4/13, 315). Mit andern Worten muss wohl situativ entschieden werden, was eine hinreichende Abklärung, Einschätzung und Berücksichtigung von Aktiven und Passiven ist.

- 41 Mit Blick auf die eingeschränkte Kognition der Aufsichtsbehörde wird eine Unterscheidung zu machen sein zwischen der Abklärung beispielsweise von steuerlichen Forderungen einerseits und der Berücksichtigung solcher Haftungsrisiken andererseits. Das vollständige Unterlassen von Abklärungen dürfte aufsichtsrechtlich relevant sein. Wenn demgegenüber einzig der Umfang der Rückstellungen umstritten ist, kann die Aufsichtsbehörde darauf nicht eintreten. Wenn unter den Erben Uneinigkeit herrscht über den Umfang der Rückstellungen für Steuerforderungen, wäre es Sache des ordentlichen Richters, für die zu erwartenden Steuerforderungen angemessene Rückstellungen festzusetzen, falls er eine Teilung des Nachlasses vor Abschluss des Steuerverfahrens als zweckmässig erachten würde. Es würde den Rahmen der aufsichtsrechtlichen Tätigkeiten bei weitem sprengen, wenn die Behörde materiell zu prüfen hätte, ob und welche Steuerforderungen geltend gemacht werden, und ob diese zu Recht bestehen (GVP 1983/84 S. 199).

g. Willensvollstrecker und Auskunft

- 42 Der Willensvollstrecker ist gleichzeitig Stiftungsrat einer ausländischen Stiftung und ein Erbe möchte Auskunft von ihm über Vorgänge in der Stiftung. Der Willensvollstrecker weigert sich hartnäckig, Auskunft zu geben mit der Begründung, nach ausländischem Recht sei es ihm verboten, Dritten Auskünfte zu erteilen.
- 43 Es ist umstritten, ob Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Willensvollstrecker und den Erben über den Umfang der Informations- und Auskunftspflicht in komplexen Situationen materiell-rechtliche Fragen darstellen und nicht von der Aufsichtsbehörde zu beurteilen, sondern im ordentlichen Zivilverfahren auszutragen sind (so Hans Rainer Künzle, a.a.O., Art. 517-518 N 451f.; a.M. Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, 3. Aufl., Christ/Eichner, Art. 518 N 89).
- 44 Unabhängig von der Gabelung des Rechtsweges darf aber nicht übersehen werden, dass gemäss Rechtsprechung und Lehre die Pflicht des Willensvollstreckers zur Auskunftserteilung umfassend ist, soweit nicht schützenswerte Interessen des Erblassers oder Dritter entgegenstehen (Basler Kommentar, Basel/Zürich/Bern 2015, 5. Aufl., Zivilgesetzbuch II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 17). In BGE 90 II 365 führte das Bundesgericht in einem Auskunftsverfahren der Erben gegen die Willensvollstreckerin, welche gleichzeitig einziges Vorstandsmitglied einer liechtensteinischen Familienstiftung war, aus, der Willensvollstrecker habe auch seinerseits die Erben über die für die Bestimmung ihrer Erbansprüche wesentlichen Tatsachen, soweit er dazu in der Lage sei, aufzuklären. Die Beklagte sei eben nicht bloss Stiftungsorgan, sondern zugleich Willensvollstreckerin und in dieser Eigenschaft zur Auskunftserteilung und zur Gewährung von Akteneinsicht gegenüber den Erben verpflichtet.

h. Willensvollstrecker und Honorar

45 Streitigkeiten über das Willensvollstreckerhonorar gelten als Zivilrechtsstreitigkeiten, die durch das ordentliche Gericht und nicht durch die Aufsichtsbehörde zu beurteilen sind (BGE 5A_672/2013, E. 6.4 mit weiteren Verweisen). Gemäss diesem Entscheid könnte sich immerhin fragen, ob Honorarbezüge des Willensvollstreckers während des laufenden Mandats insoweit im Beschwerdeverfahren geprüft werden dürfen, als Unzulänglichkeiten in formeller Hinsicht oder krass übersetzte Honorarforderungen Anhaltspunkte zur disziplinarischen Beurteilung der Mandatsführung geben. Diese Frage wird in der Lehre wohl mehrheitlich bejaht (anstelle vieler: Martin Karrer, Aufgaben des Willensvollstreckers, successio 4/14, 327; kritisch aber Hans Rainer Künzle, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2014-2015), successio 1/16, 36). Wenn Sie folglich Honorarbezüge des Willensvollstreckers rügen möchten, müssen sie dies im zivilgerichtlichen Verfahren tun. Denn das Aufsichtsbeschwerdeverfahren bezweckt nicht, die Grundlage für einen Honorarstreit oder einen Verantwortlichkeitsprozess zu schaffen.

46 Dass es bei Honorarstreitigkeiten dennoch zu vorsorglichen Massnahmen im Aufsichtsverfahren kommen kann, zeigt das Urteil 5A_45/2014. Die Erben warfen dem Willensvollstrecker teilweise Untätigkeit, unkorrektes Handeln, Auskunftsverweigerung, weitgehend fehlende persönliche Ausführung des Mandates sowie eine massive Kostenüberschreitung vor. Der Erblasser hatte ein maximales Honorar von CHF 25'000 vorgesehen. Demgegenüber hatte der Willensvollstrecker bereits ein Honorar von CHF 56'000 geltend gemacht, Dritthonorare von über CHF 100'000 generiert und für die ganze Erbteilung geschätzte Aufwendungen von CHF 450'000 vorgesehen.

Das Obergericht des Kantons Solothurn verbot als Aufsichtsbehörde dem Willensvollstrecker vorsorglich für die Dauer des Beschwerdeverfahrens, ohne Zustimmung sämtlicher Erben Verfügungen über das Nachlassvermögen zu treffen, insbesondere dem Nachlass ohne Zustimmung sämtlicher Erben weitere Akontozahlungen für das Willensvollstreckermandat (einschliesslich Auslagen für Leistungen von Hilfspersonen) zu belasten. Es drohe die Gefahr, dass der Wille des Erblassers missachtet werde.

47 Dieses generelle Zahlungsverbot geht zwar etwas weit und es hätte auch ein Verbot gereicht, keine weiteren Vorschüsse mehr zu beziehen (vgl. Hans Rainer Künzle, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2013/2014), successio 2/15, 132). Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Honorarrückforderungen nur von allen Erben gemeinsam eingeklagt werden können, ist die Massnahme sicher pragmatisch. Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Willensvollstrecker grundsätzlich befugt ist, gestützt auf Zwischenabrechnungen Vorschüsse vom Nachlass zu beziehen, ohne die Zustimmung der Erben einholen zu müssen.

F. Fazit

48 Als Fazit kann gesagt werden, dass auch widerspenstige Willensvollstrecker gezähmt werden können. Nicht jede Unfähigkeit oder Untätigkeit des Willensvollstreckers und

nicht jede Unangemessenheit seiner Massnahmen führen aber zu einer Massregelung oder gar zu einer Absetzung durch die Aufsichtsbehörde. Bei Interessenkollisionen ist die Gabelung des Rechtsweges zu beachten. Liegen Pflichtverletzungen vor, sind in erster Linie sachdienliche Massnahmen verbunden mit disziplinarischen Massnahmen anzuordnen, um die Nachlassabwicklung wieder in Schwung zu bringen und zu einem guten Ende zu führen. Die Absetzung des Willensvollstreckers ist lediglich ultima ratio.