

## Der Willensvollstrecker und Art. 28 ZPO

### Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>310</b>
<b>II.</b>	<b>Die von Art. 28 ZPO erfassten erbrechtlichen Klagen im Allgemeinen .....</b>	<b>310</b>
	1. Entstehungsgeschichte/Umfeld von Art. 28 Abs. 1 ZPO .....	310
	2. Einheitlichkeit bei der Auslegung .....	311
	3. Der Begriff der erbrechtlichen Klage .....	311
	4. Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung .....	312
<b>III.</b>	<b>Der Willensvollstrecker im Besonderen .....</b>	<b>314</b>
	1. Vorbemerkung.....	314
	2. Nicht erbrechtliche Klagen und Verfahren.....	314
	3. Erbrechtliche Klagen und Verfahren.....	315
	3.1 Im Allgemeinen .....	315
	3.2 Besondere erbrechtliche Rechtsbehelfe des Willensvollstreckers oder gegen den Willensvollstrecker .....	315
	a) Honorarstreitigkeiten .....	316
	b) Auskunftersuchen .....	317
	c) Die Verantwortlichkeitsklage .....	319
	d) Das Disziplinarverfahren gegen den Anwalt als Willensvollstrecker .....	321

---

\* Dr. iur., Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Erbrecht, Lehrbeauftragte an der Universität Zürich, Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich.

\*\* Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Präsident der Fachkommission Fachanwalt SAV Erbrecht des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV), Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich.

## I. Einleitung

BENNO STUDER ist einer der führenden Agrarrechtsanwälte in der Schweiz. Er ist aber auch Fachanwalt SAV Erbrecht der ersten Stunde, ein gewiefter Prozessanwalt und führt neben seiner Anwaltskanzlei eine auf Willensvollstreckungen spezialisierte Firma. Der nachfolgende Beitrag kombiniert diese Interessensgebiete des Jubilars, nämlich die erbrechtliche Prozessführung und die Willensvollstreckung, und geht der Frage nach, inwiefern Art. 28 ZPO für Klagen und Rechtsbehelfe, welche die Willensvollstreckung betreffen, massgebend ist (Ziff. III.). Vorangestellt wird dieser Frage ein Resümee zum Meinungsstand, insbesondere zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, darüber, welche Klagen als *erbrechtliche* Klagen gemäss Art. 28 Abs. 1 ZPO gelten, für die das Gericht am letzten Wohnsitz der Erblasserin oder des Erblassers, am sogenannten *forum hereditatis*, zuständig ist (Ziff. II.).

## II. Die von Art. 28 ZPO erfassten erbrechtlichen Klagen im Allgemeinen

### 1. Entstehungsgeschichte/Umfeld von Art. 28 Abs. 1 ZPO

Für das Verständnis von Art. 28 Abs. 1 ZPO ist es wichtig, die Norm in das Gefüge früherer Gesetzesbestimmungen zur örtlichen Zuständigkeit für Erbrechtssachen im nationalen Recht und im internationalen Recht einzubetten:

Vor der bundesrechtlichen Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts enthielt das ZGB in seinem Art. 538 Abs. 2 eine Bestimmung zur örtlichen Zuständigkeit. Sie lautete wie folgt:

*«Die Klagen auf Ungültigerklärung oder Herabsetzung einer Verfügung des Erblassers sowie auf Herausgabe oder Teilung der Erbschaft sind beim Richter dieses Wohnsitzes anzubringen.»*

Die Bestimmung regelte somit ausdrücklich nur gewisse erbrechtliche Klagen, wobei die Aufzählung nicht abschliessender Natur war.<sup>1</sup>

Am 1. Januar 2001 ist das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (Gerichtsstandsgesetz, GestG) in Kraft getreten. Gleichzeitig wurde Art. 538 Abs. 2 aZGB ersatzlos aufgehoben. Satz 1 von Art. 18 Abs. 1

---

<sup>1</sup> Vgl. hinten Ziff. II.4.

GestG lautete praktisch gleich wie heute Art. 28 Abs. 1 ZPO. Mit Inkrafttreten der ZPO per 1. Januar 2011 wurde auf den gleichen Tag hin das GestG aufgehoben.

Im internationalen Kontext ist Art. 86 Abs. 1 IPRG zu beachten. Hier ist die Rede von «*erbrechtlichen Streitigkeiten*», für welche die schweizerischen Gerichte am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig sind.

## 2. Einheitlichkeit bei der Auslegung

Aufgrund der geschilderten Entstehungsgeschichte bzw. des Umfelds von Art. 28 Abs. 1 ZPO ist unbestritten, dass bei der Auslegung dieser Bestimmung die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 538 Abs. 2 aZGB und Art. 18 Abs. 1 GestG hinzugezogen werden dürfen.<sup>2</sup> Das Bundesgericht hat sodann in BGE 137 III 369 entschieden, dass im Sinne einer systematischen, auf die Einheit der Rechtsordnung bedachten Rechtsprechung die Doktrin zu Art. 18 GestG bzw. Art. 28 ZPO zur Auslegung des IPRG beigezogen werden kann.<sup>3</sup> Dies gilt auch im umgekehrten Verhältnis. Für die Auslegung von Art. 28 Abs. 1 ZPO kann somit auch auf Literatur und Judikatur zu Art. 86 Abs. 1 IPRG zurückgegriffen werden.<sup>4</sup>

## 3. Der Begriff der erbrechtlichen Klage

Eine erbrechtliche Klage im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZPO liegt immer dann vor, wenn sie im Erbrecht wurzelt, d.h. ihren Rechtsgrund im Erbrecht hat. Dabei ist eine Klage erbrechtlicher Natur, wenn sich die Parteien auf einen erbrechtlichen Titel berufen, um einen Teil ihrer Erbschaft zu fordern und die Existenz ihrer Rechte feststellen zu lassen. Erbrechtliche Streitigkeiten betreffen demnach Klagen, mit denen Bestand oder Höhe erbrechtlicher Ansprüche geltend gemacht oder bestritten werden. Daneben fallen Rechtsstreitigkeiten unter

---

<sup>2</sup> Vgl. z.B. ZÜRCHER JOHANN, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 28 ZPO N 3.

<sup>3</sup> BGE 137 III 369 E. 4.3.

<sup>4</sup> MARTIN-SPÜHLER CLAUDIA, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Basel 2017, Art. 28 ZPO N 4.

Art. 28 Abs. 1 ZPO, welche einen genügend engen Bezug zu einem Erbgang bzw. zu einer erbrechtlichen Auseinandersetzung haben.<sup>5</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist von der Tendenz gezeichnet, den Begriff der erbrechtlichen Klage extensiv auszulegen. So hat das Bundesgericht, wie nachfolgend anhand einiger Entscheidungen dargestellt wird, verschiedentlich Streitigkeiten unter Art. 28 ZPO subsumiert, bei welchen nicht sogleich augenfällig ist, dass sie unter das *forum hereditatis* fallen, wie das z.B. bei einer Ungültigkeitsklage, Herabsetzungsklage oder Erbteilungsklage der Fall ist.

#### 4. Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Bereits unter der Geltung von *Art. 538 Abs. 2 aZGB* bestand Einigkeit darüber, dass die Aufzählung der erbrechtlichen Klagen in dieser Norm nicht abschliessend war.<sup>6</sup> Einschlägig war im Wesentlichen BGE 117 II 26. Dabei ging es um eine Klage auf Errichtung einer Dienstbarkeit, wobei die entsprechende Verpflichtung vom verpflichteten Erben zwar anlässlich der Erbteilung eingegangen worden war, jedoch keinen direkten Bezug zur fraglichen Erbschaft aufwies. Das Bundesgericht verneinte in diesem Urteil die Anwendbarkeit von Art. 538 Abs. 2 aZGB.

Unter der Geltung von *Art. 18 Abs. 1 aGestG* verneinte das Bundesgericht in BGer 5A\_230/2007 die örtliche Zuständigkeit und damit eine erbrechtliche Klage im Sinne von Art. 18 Abs. 1 GestG. Hier ging es um eine Streitigkeit im Nachgang einer Erbteilung, und zwar konkret um eine Ausgleichszahlung (*soulte*). Die fragliche Forderung war indessen auf einen separaten Kaufvertrag über bereits vor der Erbteilung zugeteilte Gesellschaftsanteile zurückzuführen, und sie diente gemäss dem Bundesgericht nicht dem Ausgleich in der Erbteilung selber.

Anders präsentierten sich dagegen die Verhältnisse im (bereits erwähnten) BGE 137 III 369, einem Urteil zu *Art. 86 Abs. 1* bzw. *Art. 87 Abs. 2 IPRG*. Hier stand

---

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen z.B. HAAS ULRICH/STRAUB YAEL, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, 2. A., Basel 2014, Art. 28 ZPO N 2 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

<sup>6</sup> GRÜNINGER HAROLD, in: Müller Thomas/Würth Markus (Hrsg.), *Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, Zürich 2001, Art. 18 GestG N 6.

eine Klage auf Zahlung einer in einem Erbteilungsvertrag vereinbarten Ausgleichsleistung zur Beurteilung. Diese Klage ist gemäss Bundesgericht erbrechtlicher Natur, womit das Gericht am letzten Wohnsitz bzw. gemäss Art. 87 Abs. 2 IPRG am Heimatgerichtsstand des Erblassers zuständig war. Die gegenteilige Entscheidung der Vorinstanz (Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt) hob das Bundesgericht auf.

In einem genügend engen Bezug zu einem Nachlass steht gemäss BGer 5A\_627/2012 auch eine Streitigkeit, die aus einem Gewinnbeteiligungsrecht herrührt, das die Erben bezüglich nachlasszugehörigen Grundstücken im Zuge der erbrechtlichen Auseinandersetzung vereinbart haben. Das Bundesgericht qualifizierte eine entsprechende Klage auf Abrechnung des Gewinns und auf Zahlung als erbrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 86 Abs. 1 IPRG.

Des Weiteren weist eine Klage, mit welcher Verzugszinsen aus einem Vermächtnis gefordert wurden, gemäss BGer 5A\_313/2015 einen genügenden Zusammenhang mit einem Erbgang auf und stellt deshalb eine erbrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 86 Abs. 1 IPRG dar. Weil der Erblasser *in casu* seinen letzten Wohnsitz in Monaco hatte, traten das Bezirksgericht Luzern und ihm folgend das Kantonsgericht Luzern zu Recht auf die Klage nicht ein.

Erbrechtlicher Natur sind auch Auskunftsklagen von Erben, die sich gegen Dritte richten, die mit den Erben möglicherweise erbrechtlich verbunden sind. Zu denken ist an Empfänger von Leistungen des Erblassers, die, weil womöglich pflichtteilsverletzend, mit der Herabsetzungsklage angefochten werden können, oder an Besitzer von Vermögenswerten, bezüglich welcher sich nach der Auskunftserteilung ergibt, dass sie nachlasszugehörig sind und daher mit der Erbschaftsklage in den Nachlass zurückgeführt werden können. Wiederum im Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 1 IPRG hat das Bundesgericht die Geltendmachung eines derartigen Auskunftsanspruchs kürzlich in BGer 5A\_681/2017 (E. 4.1.2. und E. 4.2.) als erbrechtliche Klage qualifiziert.

Im Anwendungsbereich von *Art. 28 Abs. 1 ZPO* ist schliesslich auf BGer 5A\_92/2012 hinzuweisen. Zu beurteilen war eine Klage einer überlebenden Ehefrau, die festgestellt haben wollte, dass eine Bestimmung in einem Erbvertrag, den sie und ihr erstverstorbenen Ehemann abgeschlossen hatten, durch ein von ihr nach dem Tode des Ehemannes errichtetes Testament gültig widerrufen worden sei. Mithin stand die Wirksamkeit eines Testaments zu einem Zeitpunkt auf dem Prüfstand, in welchem es mit Bezug auf dieses Testament noch gar keinen Erblasser bzw. keine Erblasserin gab. Die Witwe klagte in Genf am letzten Wohnsitz des verstorbenen Ehemannes. Weil sie ihre Klage damit begründete, dass der seinerzeitige Erbvertrag an einem Willensmangel leide, zog das

Bundesgericht Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB heran. Damit lag eine erbrechtliche Klage in einem eröffneten Erbgang vor, und das Bundesgericht bejahte die örtliche Zuständigkeit der Gerichte im Kanton Genf für die Feststellungsklage der Witwe.<sup>7</sup>

### III. Der Willensvollstrecker im Besonderen

#### 1. Vorbemerkung

Ein vom Erblasser ins Amt berufener Willensvollstrecker kann in verschiedener Hinsicht mit Zivilprozessen und Verfahren konfrontiert sein. Mit Bezug auf seine prozessuale Stellung ist dabei die Unterscheidung in nicht erbrechtliche und erbrechtliche Verfahren gebräuchlich.<sup>8</sup> Diese Unterscheidung soll auch nachfolgend aufrechterhalten werden, wobei innerhalb der erbrechtlichen Verfahren der Fokus auf einige besondere erbrechtliche Rechtsbehelfe des Willensvollstreckers oder gegen den Willensvollstrecker gerichtet ist.

#### 2. Nicht erbrechtliche Klagen und Verfahren

Der Willensvollstrecker verfügt kraft seines Amtes über eine umfassende Prozessführungsbefugnis mit Bezug auf streitige und nicht streitige Angelegenheiten, die den Nachlass betreffen. Er handelt dabei in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung. Was vorliegt, ist ein Anwendungsfall einer Prozessstandschaft. Der Willensvollstrecker ist daher in solchen nicht erbrechtlichen Angele-

---

<sup>7</sup> Vgl. zu dieser Entscheidung z.B. GÖKSU TARKAN, Feststellung des Widerrufs einer Erbeinsetzung, in: dRSK, publiziert am 18. Oktober 2017. Wenn auch nicht das Thema des vorliegenden Beitrags beschlagend, ist doch erwähnenswert, dass das Bundesgericht in einem zweiten Rechtsgang in demselben Fall ein Feststellungsinteresse der Witwe mit Bezug auf ihre Klage im Sinne von Art. 88 ZPO bejaht hat. Gemäss Bundesgericht kann die Witwe *nota bene* zu ihren Lebzeiten auf Feststellung klagen, dass durch ihr Testament die Klauseln im Erbvertrag gültig widerrufen worden seien (vgl. BGer 5A\_408/2016 und dazu nochmals GÖKSU, a.a.O.).

<sup>8</sup> Vgl. statt aller EITEL PAUL, Prozessführung durch den Willensvollstrecker, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Band 8 der Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Zürich 2006, S. 125 ff., insbesondere 130.

genheiten aktiv- und passivlegitimiert in Prozessen um Ansprüche des Nachlasses gegen Dritte oder von Dritten gegen den Nachlass.<sup>9</sup>

Immerhin ist vorausgesetzt, dass der Gegenstand des Prozesses vom konkreten Willensvollstreckermandat und damit von der Verwaltungsbefugnis des Willensvollstreckers umfasst ist.<sup>10</sup> Ordnet bspw. der Erblasser eine Willensvollstreckung nur bezüglich seiner Immobilien an, was durchaus zulässig ist,<sup>11</sup> hat der Willensvollstrecker keine Prozessführungsbefugnis bezüglich eines Zivilprozesses, mit welchem der Nachlass eine Bank auf Schadenersatz wegen unsorgfältiger Vermögensverwaltung verklagen will.

### 3. Erbrechtliche Klagen und Verfahren

#### 3.1 *Im Allgemeinen*

Mit Bezug auf die «klassischen» erbrechtlichen Klagen (Ungültigkeitsklage, Herabsetzungsklage, Erbschaftsklage, Erbteilungsklage, Ausgleichungsklage, Vermächtnisklage, Klage wegen Erbvertragswidrigkeit) kann eine gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichts konstatiert werden in dem Sinne, als der Willensvollstrecker in verschiedenen Konstellationen zu einzelnen dieser Klagen aktiv- und passivlegitimiert ist oder eben nicht oder nur unter besonderen Umständen. Hierauf soll im vorliegenden Beitrag nicht näher eingetreten werden.<sup>12</sup> Im Fokus stehen nachfolgend vielmehr Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Willensvollstrecker und den Erben.

#### 3.2 *Besondere erbrechtliche Rechtsbehelfe des Willensvollstreckers oder gegen den Willensvollstrecker*

Rechtsstreitigkeiten im Verhältnis zwischen den Erben und dem Willensvollstrecker entzünden sich erfahrungsgemäss am ehesten an Honorarfragen, an der

<sup>9</sup> Vgl. dazu im Einzelnen PICHLER MARKUS, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nichterbrechtlichen» Zivilprozessen, Diss. Zürich 2011 (ZSPR Band 235), S. 56 ff., und als Anwendungsfall BGer 4A\_290/2008.

<sup>10</sup> Vgl. KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 5. A., Basel 2015, Art. 518 ZGB N 69, und BGer 5A\_1036/2017 E. 1.2.1.

<sup>11</sup> Vgl. zu derartigen Einschränkungen etwa CHRIST BERNHARD/EICHNER MARK, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), PraxKomm, 3. A., Basel 2015, Art. 517 ZGB N 11.

<sup>12</sup> Vgl. dazu eingehend etwa EITEL (Fn. 8), S. 150 ff.

Auskunftspflicht des Willensvollstreckers oder der Erben oder der Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers. Diese Streitigkeiten sollen nunmehr unter dem Blickwinkel von Art. 28 ZPO etwas näher beleuchtet werden.

#### a) Honorarstreitigkeiten

Der Willensvollstrecker hat gemäss Art. 517 Abs. 3 ZGB einen bundesrechtlichen Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Dieser Anspruch ist zwingender Natur.<sup>13</sup> Der Willensvollstrecker ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung berechtigt, sein Honorar direkt dem Nachlass zu belasten und vom zu teilenden Nachlass vorweg in Abzug zu bringen.<sup>14</sup> Insoweit hat die Honorarklage des Willensvollstreckers in der Erbrechtspraxis eine geringere praktische Bedeutung. Ist der Willensvollstrecker dagegen darauf angewiesen, sein Honorar oder sein Resthonorar klageweise gegen die Erben geltend zu machen, handelt es sich um eine erbrechtliche Streitigkeit, die unter Art. 28 Abs. 1 ZPO fällt.<sup>15</sup>

Grössere praktische Bedeutung hat die Honorarrückforderungsklage der Erben gegen den Willensvollstrecker. Sie ist für die Erben vor allem deshalb anspruchsvoll, weil das Bundesgericht in BGer 5A\_881/2012 entschieden hat, dass ein solcher Anspruch den Erben zur gesamten Hand zusteht. Mithin liegt ein Anwendungsfall einer aktiven notwendigen Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO vor.<sup>16</sup> Der Gerichtsstand dieser Honorarrückforderungsklage der Erben gegen den Willensvollstrecker liegt als Spiegelbild zur Honorarklage des Willensvollstreckers ebenfalls am letzten Wohnsitz des Erblassers und fällt mithin unter Art. 28 Abs. 1 ZPO.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Vgl. ausführlich zum Willensvollstreckerhonorar STRAZZER RENÉ, Die Vergütung des Willensvollstreckers, Länderbericht Schweiz, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Band 13 der Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 105 ff., *passim*.

<sup>14</sup> Vgl. z.B. BGer 6B\_582/2014 E. 2.1.3.

<sup>15</sup> Vgl. STRAZZER (Fn. 13), S. 119; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 10), Art. 517 ZGB N 34 i.V.m. Art. 518 ZGB N 72.

<sup>16</sup> Vgl. STRAZZER (Fn. 13), S. 121.

<sup>17</sup> Vgl. STRAZZER (Fn. 13), S. 123; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 10), Art. 517 ZGB N 34 i.V.m. Art. 518 ZGB N 72.



**b) Auskunftersuchen**

Aus Art. 607 Abs. 3 ZGB bzw. Art. 610 Abs. 2 ZGB resultiert ein umfassender Anspruch unter den Erben, sich mit Bezug auf sämtliche nachlass- bzw. erbrechtlich relevanten Vorgänge gegenseitig Auskunft zu erteilen. Der Gerichtsstand für derartige auskunftsrechtliche Streitigkeiten unter den Erben ist unbestrittenermassen der letzte Wohnsitz des Erblassers gemäss Art. 28 Abs. 1 ZPO.<sup>18</sup>

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat ein Willensvollstrecker dieselben Auskunftsansprüche wie ein Erbe.<sup>19</sup> Entsprechend ist auch eine Auskunftsklage eines Willensvollstreckers gegen einen oder mehrere Erben am *forum hereditatis* gemäss Art. 28 Abs. 1 ZPO auszufechten. Auskunftsklagen eines Willensvollstreckers gegen einen Erben sind in der Praxis freilich selten, denn der Willensvollstrecker prozessiert auf Kosten des Nachlasses, weshalb er triftige Gründe für ein derartiges Vorgehen haben muss. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auf ein Urteil aus dem Jahr 1994 hingewiesen werden, in welchem das Bundesgericht eine Klage eines Willensvollstreckers gegen eine renitente Witwe auf Auskunft in Bezug auf Kontobewegungen von total CHF 4.7 Mio. gutgeheissen hat.<sup>20</sup>

Von grösserer praktischer Relevanz sind Informationsansprüche der Erben gegenüber dem nicht auskunftswilligen Willensvollstrecker. Hier ist mit Bezug auf die Rechtsbehelfe zu differenzieren. Die Erben haben einen zivilrechtlichen und damit einklagbaren Auskunftsanspruch gegenüber dem Willensvollstrecker. Sie können ihn mithin gestützt auf Art. 28 Abs. 1 ZPO beim Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers verklagen, denn auch hierbei handelt es sich um eine erbrechtliche Klage, weil der Willensvollstrecker in Nachlassangelegenheiten handelt oder aber gerade untätig ist.<sup>21</sup> In liquiden Verhältnissen, die bei erbrechtlichen Streitigkeiten an sich kaum je gegeben, bezüglich Auskunftsklagen aber sehr wohl vorstellbar sind, kann das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO beschränkt werden.

---

<sup>18</sup> Vgl. statt aller BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Nr. 32.

<sup>19</sup> Vgl. BGE 132 III 677.

<sup>20</sup> Vgl. BGer 5C\_157/1993.

<sup>21</sup> Vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 10), Art. 518 ZGB N 17 und 72; KÜNZLE HANS RAINER, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 517-518 ZGB, Bern 2011, Art. 517-518 ZGB N 221, 452 und 455.

Im Vordergrund für die Durchsetzung von Informationsansprüchen der Erben gegenüber dem Willensvollstrecker steht in der Praxis aber das Beschwerdeverfahren. Für dieses gilt gemäss Art. 28 Abs. 2 ZPO zwingend der Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers. Verletzungen der Informations- und Einsichtsrechte der Erben durch den Willensvollstrecker sind denn auch regelmässig Gegenstand von Beschwerdeverfahren.<sup>22</sup> Das Beschwerdeverfahren kann freilich nur beschränkt werden, soweit der Willensvollstrecker tatsächlich noch seines Amtes waltet. Diese Frage nach der Beendigung der Willensvollstrecker-tätigkeit kann strittig sein.<sup>23</sup> Sie hängt nicht selten mit der Fragestellung zusammen, unter welchen Voraussetzungen eine Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft überführt wird, was einen Akt der Erbteilung darstellt und zur Beendigung des Willensvollstreckermandats führt.<sup>24</sup> Will ein Erbe Auskunft von einem Willensvollstrecker nach der Beendigung seines Mandats,<sup>25</sup> ist das Beschwerdeverfahren verschlossen, und der Erbe muss bei ungerechtfertigter Reni-

---

<sup>22</sup> Vgl. ENGLER THOMAS/JENT-SØRENSEN INGRID, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen» Verfahrens, SJZ 2017, S. 421 ff., insbesondere 430, sowie als geradezu klassischen Anwendungsfall BGer 5A\_628/2017.

<sup>23</sup> Vgl. dazu illustrativ ein (nicht publiziertes) Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Februar 2013 (abrufbar unter Angabe der Geschäftsnummer PF120062 auf [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)). Hier wurde Beschwerde gegen eine Handlung erhoben, die ein Willensvollstrecker 35 Jahre nach dem Tod der Erblasserin vorgenommen hatte. Das erstinstanzlich über die Beschwerde befindende Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich trat auf die Beschwerde mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein, weil gemäss seiner Beurteilung im Zeitpunkt der beanstandeten Handlung keine Erbengemeinschaft mehr bestanden habe, womit auch das Willensvollstreckermandat beendet sei. Das Obergericht des Kantons Zürich schützte den Entscheid der Vorinstanz, und das Bundesgericht wies in BGer 5A\_195/2013 eine Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts ab.

<sup>24</sup> Es fällt auf, dass sich das Bundesgericht mit dieser Frage in der jüngeren Vergangenheit gleich mehrmals auseinandersetzen hatte, nämlich in BGer 5A\_304/2015, BGer 5A\_392/2017 und in BGer 5A\_927/2017.

<sup>25</sup> So wie ein Erbe ein Rechtsschutzinteresse an einem Informationsanspruch gegenüber den (seinerzeitigen) Miterben auch nach der Erbteilung haben kann (vgl. z.B. WEIBEL THOMAS, in: Abt Daniel/Weibel Thomas [Hrsg.], Prax-Komm, 3. A., Basel 2015, Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB N 42), kann ein Erbe auch ein Interesse an einem Anspruch auf Auskunft oder z.B. Einsicht in die Erbteilungsakten gegenüber einem vormaligen Willensvollstrecker haben.

tenz des früheren Willensvollstreckers beim ordentlichen Gericht gemäss Art. 28 Abs. 1 ZPO klagen.

### c) Die Verantwortlichkeitsklage

Das Bundesgericht hat sich bis heute, soweit ersichtlich, noch nicht zum Gerichtsstand für die Verantwortlichkeitsklage gegen den Willensvollstrecker geäussert. Das Obergericht des Kantons Zürich hat sich in einem Urteil vom 23. Februar 2017 (Geschäfts-Nr. LB160054), allerdings ohne sich mit der Problematik auseinander zu setzen, für den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Willensvollstreckers ausgesprochen, da es die Verantwortlichkeitsklage als eine Klage nicht erbrechtlicher Natur qualifiziert hat. In der Literatur wird die Frage kontrovers behandelt. So sprechen sich z.B. KÜNZLE<sup>26</sup>, BRÜCKNER/WEIBEL<sup>27</sup>, JUNGO<sup>28</sup>, STEINAUER<sup>29</sup>, ZÜRCHER<sup>30</sup>, SCHWEIZER<sup>31</sup> und HAAS/STRAUB<sup>32</sup> für den ordentlichen Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz des Willensvollstreckers aus und halten Art. 28 Abs. 1 ZPO nicht für anwendbar. Demgegenüber fällt gemäss KARRER/VOGT/LEU<sup>33</sup>, ABT<sup>34</sup> und ITEN<sup>35</sup> die Ver-

<sup>26</sup> Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 21), Art. 517-518 ZGB N 421.

<sup>27</sup> Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 18), Nr. 325.

<sup>28</sup> Vgl. JUNGO ALEXANDRA, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2017, S. 93 f., Fn. 18.

<sup>29</sup> Vgl. STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, Nr. 1186a.

<sup>30</sup> Vgl. Komm ZPO-ZÜRCHER (Fn. 2), Art. 28 ZPO N 10.

<sup>31</sup> Vgl. SCHWEIZER SILVIA, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), PraxKomm., 3. A., Basel 2015, Anhang ZPO N 12.

<sup>32</sup> Vgl. KUKO ZPO-HAAS/STRAUB (Fn. 5), Art. 28 ZPO N 2.

<sup>33</sup> Vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 10), Art. 518 ZGB N 114.

<sup>34</sup> Vgl. ABT DANIEL, Ansprüche der Erben bezüglich Willensvollstreckerhonorar werden (sehr) kritisch beurteilt, in: dRSK, publiziert am 8. Juli 2013, Fn. 12.

<sup>35</sup> Vgl. ITEN MARC‘ANTONIO, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers, Band 11 der Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Nr. 465. ITEN führt an dieser Stelle aus, dass «GRÜNINGERS Kommentar zum einschlägigen Art. 18 GestG diese Frage» seines Erachtens geklärt und «zu Gunsten des Richters am letzten Wohnsitz des Erblassers entschieden» habe. GRÜNINGER seinerseits führt in N 24 seines Kommentars zu Art. 18 GestG (vgl. GRÜNINGER, Fn. 6) «die Klage

antwortlichkeitsklage unter Art. 28 Abs. 1 ZPO und ist entsprechend am letzten Wohnsitz des Erblassers zu erheben. MARTIN-SPÜHLER<sup>36</sup> und SCHWANDER<sup>37</sup> bezeichnen schliesslich allgemein Klagen gegen den Willensvollstrecker als erbrechtliche Klagen im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZPO, ohne dass sie sich indessen ausdrücklich zur Verantwortlichkeitsklage äussern.

U.E. fällt auch die Verantwortlichkeitsklage unter Art. 28 Abs. 1 ZPO. Sie richtet sich zwar materiell nach Auftragsrecht und nach Art. 97 OR,<sup>38</sup> doch weil es keinen Vertrag zwischen den Erben und dem Willensvollstrecker gibt, kann Auftragsrecht nur sinngemäss bzw. analog zur Anwendung gelangen. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers gründet stets darauf, dass dieser kraft seines Amtes in einer Nachlassangelegenheit sorgfaltswidrig handelt oder zu handeln unterlässt. Es liegt daher ein genügender Bezug zum Erbrecht vor, der es rechtfertigt, die Verantwortlichkeitsklage unter Art. 28 Abs. 1 ZPO zu subsumieren, zumal das Bundesgericht die Bestimmung bekanntlich extensiv auslegt.<sup>39</sup> Hierfür sprechen überdies auch praktische Gründe:

Die Abgrenzung einer Honorarrückforderungsklage von einer Verantwortlichkeitsklage kann erhebliche Schwierigkeiten bereiten.<sup>40</sup> Eine innere Rechtferti-

---

*gegen den Willensvollstrecker»* unter den Klagen auf, die am letzten Wohnsitz des Erblassers zu erheben sind.

<sup>36</sup> Vgl. BSK ZPO-MARTIN-SPÜHLER (Fn. 4), Art. 28 ZPO N 4.

<sup>37</sup> Vgl. SCHWANDER IVO, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 28 ZPO N 3.

<sup>38</sup> Vgl. z.B. BGer 5A\_363/2017 E. 5.2.2. und BGer 5A\_705/2015 E. 7.2., je m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>39</sup> Vgl. vorn Ziff. II.3.

<sup>40</sup> Überaus illustrativ ist in diesem Zusammenhang BGer 5A\_705/2015. In diesem Urteil hatte das Bundesgericht gleich drei mögliche Klagen abzuhandeln, nämlich die Vermächtnisklage, die Klage auf Rückforderung zu viel bezahlter Willensvollstreckerhonorare und die Verantwortlichkeitsklage. Das Bundesgericht hob den Entscheid der Vorinstanz, des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, auf und wies die Sache zur weiteren Behandlung als Verantwortlichkeitsklage an die Vorinstanz zurück. Diese bestätigte im zweiten Rechtsgang das die Klage abweisende Urteil der ersten Instanz. Das erneut angerufene Bundesgericht schützte diesen Entscheid der Vorinstanz im Urteil BGer 5A\_363/2017.

gung dafür, dass die Honorarrückforderungsklage am *forum hereditatis*,<sup>41</sup> die Verantwortlichkeitsklage demgegenüber am Wohnsitz bzw. Sitz des Willensvollstreckers zu erheben ist, gibt es aber nicht. Die Einheit der Rechtsordnung verlangt deshalb auch für die Verantwortlichkeitsklage den Gerichtsstand am letzten Wohnsitz des Erblassers; sie fällt unter Art. 28 Abs. 1 ZPO bzw. im internationalen Verhältnis unter Art. 86 Abs. 1 IPRG.<sup>42</sup>

#### d) Das Disziplinarverfahren gegen den Anwalt als Willensvollstrecker

Abschliessend soll noch kurz auf die örtliche Zuständigkeit im Zusammenhang mit der Disziplinaraufsicht über die Anwälte hingewiesen werden.

Ein Anwalt, der ein Willensvollstreckermandat ausübt, hat mit Bezug auf diese Tätigkeit die anwaltsrechtlichen Berufsregeln gemäss Art. 12 BGFA zu wahren.<sup>43</sup> Er untersteht deshalb auch mit Bezug auf diese Tätigkeit der disziplinarrechtlichen Aufsicht. Daraus folgt, dass z.B. auch ein krass übersetztes Honorar ein «Fall» für die Aufsichtsbehörde sein kann.<sup>44</sup>

Mit Bezug auf die örtliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 14 BGFA kann Art. 28 ZPO als Norm des Zivilprozessrechts nicht einschlägig sein, weil es sich bei diesem Aufsichtsverfahren um ein öffentlich-rechtliches Verwaltungsverfahren handelt. Während bei einer forensischen Tätigkeit eines Anwalts diejenige kantonale Aufsichtsbehörde am Gerichtsort zuständig ist, ist bei einer nicht forensischen Tätigkeit, worunter auch die Ausübung des Willensvollstreckermandats fällt, der Ort massgebend, an dem sich die Tätigkeit hauptsächlich ihrem Schwerpunkte nach zugetragen hat.<sup>45</sup> Das ist mithin der Geschäftssitz des betreffenden Anwalts. Amtet somit beispielsweise ein Rechtsanwalt im Kanton Aargau, wo auch BENNO STUDER seinen Geschäftssitz hat, als Willensvollstrecker in einem Nachlass eines Erblassers mit

<sup>41</sup> Vgl. vorn Ziff. III.3.2. a).

<sup>42</sup> So neuerdings nun auch KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016-2017), *successio* 2018, S. 52 ff., insbesondere 69, mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass bei einem ausländischen Willensvollstrecker und bei mehreren Willensvollstreckern keine ausländische oder unklare Zuständigkeit bestehen sollte.

<sup>43</sup> Vgl. BGer 2C\_1086/2016 E. 2.1.

<sup>44</sup> Vgl. BGer 5A\_672/2013 E. 6.4.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. BRUNNER ALEXANDER/HENN MATTHIAS-CHRISTOPH/KRIESI KATHRIN, *Anwaltsrecht*, litera B, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 234 f.

letztem Wohnsitz in Zürich, so ist zwar für eine Willensvollstreckerbeschwerde gemäss Art. 28 Abs. 2 ZPO das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich örtlich und sachlich zuständig.<sup>46</sup> Für eine Verzeigung und gegebenenfalls Disziplinierung dieses Anwalts ist jedoch die Aufsichtskommission des Kantons Aargau zuständig<sup>47</sup>. Ist hingegen bereits eine Willensvollstreckerbeschwerde am letzten Wohnsitz des Erblassers, d.h. bei unserem Beispiel im Kanton Zürich, anhängig gemacht worden, und betrifft die Verzeigung dieselbe Sache, ist für das Disziplinarverfahren ebenfalls der Kanton Zürich zuständig.<sup>48</sup> Wir sind allerdings *sehr* zuversichtlich, dass es für unseren Jubilar nie dazu kommen wird!

---

<sup>46</sup> Vgl. § 139 Abs. 2 GOG ZH.

<sup>47</sup> Vgl. § 6 Abs. 1 des aargauischen Einführungsgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (EG BGFA) vom 2. November 2004.

<sup>48</sup> Vgl. Entscheid der Anwaltskammer des Kantons Solothurn vom 31. August 2017 (GER 2017 Nr. 7).