

Dokument	SJZ 108/2012 S. 1
Autor	Hans Rainer Künzle
Titel	Interessenkollision im Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt
Publikation	Schweizerische Juristen-Zeitung
Herausgeber	Gaudenz G. Zindel
ISSN	0036-7613
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

SJZ 108/2012 S. 1

Interessenkollision im Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt¹

Prof. Dr. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich (Zürich)²

Bei der Abwicklung eines Nachlasses entstehen Interessenkollisionen, denen Willensvollstrecker, Notare und Anwälte als erbrechtliche Funktionsträger die gebotene Aufmerksamkeit schenken sollen. Anhand der in der Praxis entwickelten Grundsätze zur Entschärfung von Interessenkonflikten im Erbrecht analysiert der Autor zahlreiche Konfliktfelder und kollidierende Funktionen und ordnet diese den Schutzmechanismen zur Beherrschung der Kollisionslagen zu.

Zi.

Les exécuteurs testamentaires, les notaires et les avocats, en tant que personnes assumant une fonction dans une succession, se doivent de prêter une attention particulière aux conflits d'intérêts pouvant surgir lors d'une liquidation successorale. A l'aide des principes développés par la pratique pour atténuer les risques de conflits d'intérêts en droit des successions, l'auteur analyse de nombreux domaines de conflits potentiels et de fonctions incompatibles; pour chacun d'eux, il détermine les mécanismes de protection qui doivent s'appliquer pour résoudre ces situations de conflits potentiels.

P.P.

¹ Ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am St. Galler Erbrechtstag vom 11. November 2010 gehalten wurde.

² Partner KENDRIS AG, Zürich (www.kendris.com).



Vorbemerkung

Die Abwicklung eines Nachlasses ist die Kunst, unterschiedliche Interessen so "unter einen Hut" zu bringen, dass alle Parteien einer Lösung zustimmen können und einen Erbvertrag (Art. 634 ZGB) unterzeichnen. An sich schon bestehende Interessenkollisionen akzentuieren sind dann in besonderer Weise, wenn - auf Veranlassung des Erblassers oder durch Wahl der Beteiligten - einzelne Personen mehrere Funktionen ausüben, welche sich miteinander nicht vertragen. Im Mittelpunkt stehen die Funktionen des Willensvollstreckers, des Notars und des Anwalts. Nachfolgend wird untersucht, mit welchen Regeln das schweizerische Erbrecht diese Problemstellungen zu beherrschen versucht.

A. Interessenkollisionsregeln

1. Ausgangspunkt

a) Ein Blick in die *Gesetze* zeigt, dass *nur wenige Regeln für erbrechtliche Interessenkollisionen* vorhanden sind. Als Beispiel kann Art. 503 ZGB angeführt werden, welcher die Unvereinbarkeit der Funktion des Notars bzw. Testamentszeugen mit derjenigen des Erben/Vermächtnisnehmers regelt. Über weite Strecken fehlen allerdings Regeln, weshalb auf die Praxis (b) und allgemeine Grundsätze (c) zurückgegriffen werden muss.

b) Die *von der Praxis entwickelten Grundsätze* zum Willensvollstrecker lauten wie folgt: (1) Der *vom Erblasser geschaffene Interessenkonflikt* ist so lange hinzunehmen, als er (a) vom *Gesetz* nicht untersagt wird (*Unzulässigkeit*),³ als er (b) den Willensvollstrecker nicht vor eine unlösbare Aufgabe stellt (*Unvereinbarkeit*)⁴ und als (c) der Willensvollstrecker seine Stellung (Fähigkeiten) nicht missbraucht (*Missbrauch*).⁵ Ein Missbrauch liegt vor, wenn aufgrund des bisherigen Verhaltens des Willensvollstreckers nachtei-

SJZ 108/2012 S. 1, 2

lige Auswirkungen nicht nur möglich, sondern zu erwarten sind.⁶ (2) Die *vom Willensvollstrecker selbst geschaffene Interessenkollision* wird weit kritischer beurteilt, weil sie - aus der Sicht der Erben - unnötig und damit *grundsätzlich verpönt* ist.⁷ (3) Der Willensvollstrecker kann Interessenkollisionen *durch umfassende Information der*

³ Vgl. ZR 91 (1992) Nr. 46 Erw. 5b; es kann sich bei solchen Gesetzen nicht um kantonales Recht, sondern nur um Bundesrecht handeln, vgl. *Jean Carrard*, La désignation des exécuteurs testamentaires, JdT 75 (1927) 395.

⁴ Vgl. *Hans Rainer Künzle*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker (Art. 517-518 ZGB), Bern 2011, Art. 517-518 ZGB N 9: Strukturelle Interessenkollision.

⁵ Vgl. *Peter Breitschmid*, Willensvollstrecker: Disziplinarische Absetzung eines Rechtsanwaltes als Willensvollstrecker, der das Mandat zwar nicht niedergelegt, aber wechselnden Büromitarbeitern bzw. -partnern in eigener Verantwortung substituiert hatte (Entscheid-Besprechung), AJP 5 (1996) 91; hinter diesem Kriterium steht die Anforderung, dass der Willensvollstrecker vertrauenswürdig sein muss, vgl. ZR 91 (1992) Nr. 46 Erw. 5b.

⁶ Vgl. BGer. 5P/3412000 vom 6. Oktober 2000; *Martin Karrer*, Kommentar zu Art. 517 f. und Art. 551-559 ZGB, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, 3. A., Basel/Genf/München 2007, Art. 518 ZGB N 104: Die Interessenkollision muss sich "in anderen Umständen manifestieren".

⁷ Dies zeigte sich etwa im Falle BGE 132 III 305 und 315, wo ein Anwalt sich als Alleinerbe und Willensvollstrecker einsetzte und das Bundesgericht ihn u.a. für unfähig hielt, die Aufgabe des Willensvollstreckers wahrzunehmen; vgl. auch die Besprechung dieser Entscheide von *Peter Breitschmid*, successio 1 (2007) 50.



Erben bis zu einem gewissen Grad *bewältigen*.⁸ Es fragt sich, ob noch andere Schutzmechanismen vorhanden sind. Dazu wird im Folgenden auf vergleichbare Konstellationen ausserhalb des Erbrechts zurückgegriffen.⁹

2. Vergleich mit dem Obligationenrecht

Ein Vergleich mit den obligationen- und gesellschaftsrechtlichen *Regeln zum Selbstkontrahieren und zur Doppelvertretung*¹⁰ zeigt, dass noch andere Schutzmechanismen vorhanden sind: "Selbstkontrahieren und Doppelvertretung führen regelmässig zu Interessenkollisionen und sind deshalb grundsätzlich unzulässig. Anderes gilt nur, wenn die *Gefahr einer Benachteiligung* des Vertretenen nach der Natur des Geschäftes *ausgeschlossen* ist oder der Vertretene den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst *besonders ermächtigt* oder das Geschäft *nachträglich genehmigt* hat ... Im vorliegenden Fall hatte der Verwaltungsratspräsident das Insigengeschäft eines anderen Verwaltungsratsmitgliedes genehmigt ... Lediglich bei Einmann-Verwaltungsräten muss auf die Generalversammlung als übergeordnetem Organ zurückgegriffen werden ... BGE 127 III 332-336".¹¹

3. Schutzmechanismus für das Erbrecht

Aus diesen Missbrauchs-Regeln können für das Erbrecht folgende Schutzmechanismen entwickelt werden:¹² (1) Eine Interessenkollision bleibt ohne (nachteilige) Rechtsfolgen, wenn ein Missbrauch (von vornherein) ausgeschlossen werden kann ("*Ausschluss*"), etwa indem ein fragliches Geschäft at-armth's length (zu nachprüfaren Marktbedingungen) vollzogen wird. (2) Die Interessenkollision kann "bewältigt" werden, wenn ein Missbrauch durch eine Trennung von Aufgaben verhindert wird ("*Abschottung*"), etwa indem eine Willensvollstreckerin (juristische Person) Aufgaben personell trennt (z.B. durch Errichtung von Chinese Walls) oder im Einzelfall abgibt (durch Nichtmitwirkung beim fraglichen Geschäft). (3) Das Handeln eines erbrechtlichen Funktionsträgers kann sodann durch Ermächtigung/Genehmigung ("*Bewilligung*") sanktioniert werden, sei es, indem ein zweiter (allein zeichnungsberechtigter) Funktionsträger (etwa ein Mit-Willensvollstrecker) ermächtigt/genehmigt oder dass die Erben ermächtigen/genehmigen. Diese "Bewilligung" kann nicht von einem gesetzlichen Vertreter stammen: Sein Einsatz kommt auf der Seite eines Willensvollstreckers nicht in Frage, weil dieser Fachleute beiziehen darf¹³ bzw. auf seine Aufgabe verzichten kann¹⁴ und dann ein Ersatz bzw. die Erben seine Aufgabe übernehmen. Die Interessenkollision kann auch nicht dadurch behoben werden, dass auf der Gegenseite (etwa bei einem Erben oder Stiftungsrat) ein gesetzlicher Vertreter (Beistand) mitwirkt, denn die Interessenkollision wird dadurch noch verstärkt und der erbrechtliche Funktionsträger bleibt nach wie vor am Geschäft beteiligt. Die Interessenkollision kann nur durch eine Nichtmitwirkung am einzelnen Geschäft oder die Aufgabe einer Funktion behoben werden. (4) Wenn ein erbrechtlicher Funktionsträger (wie ein Willensvollstrecker) den *Interessenkonflikt nicht beherrscht*, erfolgt - auf Antrag der Betroffenen - seine *Absetzung*.¹⁵

⁸ Vgl. *Peter Breitschmid*, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, St. Gallen 1997, 155.

⁹ Ähnlich auch der Einstieg von *Stephani Adams*, Interessenkonflikte des Testamentsvollstreckers, (Diss. Bochum) Frankfurt am Main 1997, 25 ff.: Selbstbetroffenheit und Parteilichkeit.

¹⁰ Vgl. dazu *Roger Zäch*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung (Art. 32-40 OR), Bern 1990, Art. 33 OR N 78 ff.

¹¹ *Pierre Tercier/Walter Stoffel*, Das Gesellschaftsrecht 2000/2001, SZW 73 (2001) 290 (Hervorhebungen vom Verfasser).

¹² Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 10.

¹³ Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 63.

¹⁴ Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 382.

¹⁵ Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 454; vgl. dazu näher hinten, B. 1. c).

B. Willensvollstrecker

Für eine Mehrfachfunktion besonders "anfällig" ist der Willensvollstrecker. Er kann gleichzeitig verschiedenste

| SJZ 108/2012 S. 1, 3

Funktionen ausüben (2.)¹⁶ und dieser Konflikt zeigt sich auf verschiedenen Gebieten (1.).

1. Konfliktfelder

a) Die zuständige Behörde darf die *Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses* (Art. 517 ZGB) nicht verweigern, wenn sie zum Schluss kommt, dass die letztwillige Verfügung (bzw. [nur] die Einsetzung des Willensvollstreckers) möglicherweise ungültig oder anfechtbar ist.¹⁷ *Mögliche Interessenkonflikte* sind auch dann zu prüfen, wenn sich die als Willensvollstrecker vorgesehene Person vor Antritt ihres Amtes gegenüber den (späteren) Erben nicht neutral verhalten hat. Dies dürfte für den Nachweis eines Missbrauchs (und damit die Weigerung, den Willensvollstreckerausweis auszustellen) allerdings nicht genügen, weil grundsätzlich (nur) das Verhalten nach Amtsantritt massgebend ist.¹⁸ Der Richter wird davon absehen, den einmal ausgestellten Willensvollstreckerausweis wieder einzuziehen,¹⁹ wenn eine (später entstehende) Interessenkollision nicht offensichtlich ist.²⁰

b) Bei der *Einsetzung als Erbschaftsverwalter* (Art. 554 ZGB) handelt es sich um sog. *nichtstreitige Gerichtsbarkeit*,²¹ und zwar selbst dann, wenn der Willensvollstrecker wegen einer Interessenkollision nicht berücksichtigt wird,²² denn es geht nicht um seine Absetzung,²³ sondern um die Übertragung einer besonderen Aufgabe. Die *Praxis* hat Regeln erlassen, wonach der an sich zu berücksichtigende Willensvollstrecker (Art. 554 Abs. 2 ZGB) ausnahmsweise nicht als Erbschaftsverwalter eingesetzt werden muss, wenn er sich in einer Interessenkollision befindet.²⁴ Das ist etwa der Fall, wenn der Willensvollstrecker gleichzeitig Verwaltungsrat eines Unternehmens ist, mit welcher der Erblasser (als Direktor) vermögensrechtliche Auseinandersetzungen hatte²⁵ oder wenn der Willensvollstrecker früher als Rechtsanwalt für die Ehefrau tätig war, um Auskunft im Sinne von Art. 170 ZGB zu erhalten.²⁶ Unvereinbar ist es auch, wenn der Willensvollstrecker Erbe über den ganzen Nachlass,²⁷ eingesetzter Erbe über den ganzen Nachlass²⁸ oder wenn er der Ehemann der eingesetzten Erbin ist.²⁹ Nicht als unvereinbar sah das Zürcher Obergericht den Fall an, dass der Willensvollstrecker

¹⁶ Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 8.

¹⁷ Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 39 und 41; *Arnold Escher*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. A., Zürich 1960, Art. 559 ZGB N 9a.

¹⁸ Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 454.

¹⁹ Dies könnte etwa im Rahmen eines Absetzungsverfahrens (hinten, B. 1. c.) erfolgen.

²⁰ Vgl. etwa den Sachverhalt von BGer. 5P.352/2006 vom 19. Februar 2007.

²¹ Vgl. BGE 98 II 275; 84 II 327; 76 II 335.

²² Vgl. BGE 98 II 275 f.; 90 II 376 f.; ZR 89 (1990) 269 Erw. 3b Nr. 104.

²³ Vgl. *Claude Wetzel*, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, Zürich 1985 (Diss. Zürich 1984), N 322.

²⁴ Vgl. BGer. 5A_111/2008 vom 9. Dezember 2008 Erw. 3.2.

²⁵ Vgl. ZR 89 (1990) 269 Erw. 3b Nr. 104 (KassGer.).

²⁶ Vgl. PKG 1989, 213 Erw. 2.

²⁷ Vgl. ZR 62 (1963) 65 Nr. 29 (OGer).

²⁸ Vgl. ZR 57 (1958) 268 Nr. 112 (OGer).

²⁹ Vgl. SJZ 34 (1937/38) 201 Nr. 147 (TC VD).

gleichzeitig Sohn einer eingesetzten Erbin war.³⁰ Diese Fälle zeigen, dass ein strengerer Massstab angelegt wird als bei einer Absetzung des Willensvollstreckers, welche im nächsten Abschnitt behandelt wird.

c) Die Absetzung des Willensvollstreckers aufgrund einer Interessenkollision erfolgt grundsätzlich durch den Richter.³¹ Dieser ist auch bei einem nachträglich auftretenden Interessenkonflikt zuständig.³² Da die zuständige Behörde vom ZGB nicht bestimmt wird, können die Kantone auch die Aufsichtsbehörde als zuständig erklären,³³ diese muss aber ein kontradiktorisches Verfahren durchzuführen.³⁴ Die Absetzung erfolgt wegen eines neben Art. 519 ZGB bestehenden, *selbständigen Ungültigkeits- oder Anfechtungsgrundes*.³⁵ Zur Absetzung des Willensvollstreckers kommt es, wenn die Erben "den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit"³⁶ nachweisen können (Missbrauch). Ein Absetzungsgrund liegt sodann vor, wenn die persönlichen Interessen dem Willensvollstrecker in der konkreten Konstellation die *notwendige Objektivität nehmen* und ihn wesentlich an der Erfüllung seiner Aufgabe behindern, etwa wenn der Willensvollstrecker Gläubiger im Nachlass ist, seine Forderungen von den Erben aber bestritten werden (Unvereinbarkeit).³⁷

d) Im Zusammenhang mit der *Auskunftspflicht* gegenüber den Erben spielt das *Anwaltsgeheimnis*³⁸ eine

SJZ 108/2012 S. 1, 4

besondere Rolle: Wenn dem Willensvollstrecker Tatsachen aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Anwalt des Erblassers bekannt sind, muss er diese nicht offenbaren, weil der Erblasser sich auf die Vertraulichkeit verlassen können muss,³⁹ es sei denn. ein höheres Interesse verlange die Offenbarung: "Das Interesse der Erben ist immer dann höher zu gewichten als der Geheimhaltungsanspruch des Erblassers, wenn durch die Verweigerung der Auskunft erbrechtliche Ansprüche nicht mehr durchsetzbar wären⁴⁰ ". Ein höheres Interesse ist etwa gegeben bei der Aufklärung eines Tötungsdelikts am Erblasser⁴¹ oder wenn die gerechte Verteilung der Erbschaft in Frage steht,⁴² womit insbesondere die Durchsetzung von Pflichtteilen gemeint ist. Bei dieser Konstellation ist eine *Bewilligung*⁴³ möglich. Die Problematik liegt allerdings darin, dass die Bewilligung nicht von den Erben erteilt werden kann, weil diese nicht Geheimnisherr

30 Vgl. ZR 47 (1948) 124 Nr. 55 (OGer).

31 Vgl. BGE 98 II 275 f.; BJM 1990 85 Erw. 1 (AB BS); *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 454.

32 A.M. *Jean Nicolas Druey*, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 14 N 73: Aufsichtsbehörde.

33 Vgl. Art. 54 Abs. 2 SchIT.

34 Vgl. BGE 90 II 385 f. Erw. 4, wo betont wird, dass das Verfahren den bundesrechtlichen Erfordernissen an einen Zivilprozess genügen müsse.

35 Vgl. BGE 90 II 384 f. Erw. 3; ZR 93 (1994) 72 f. Nr. 15 (KassGer.); RBOG 1989, 68 Nr. 4.

36 ZR 91/92 (1992/93) 119 Erw. 5 a Nr. 31 (OGer).

37 Vgl. BJM 1990 87 Erw. 2 b = ZBGR 73 (1992) 26 f. Nr. 1 (AB BS); zum BGB vgl. BayObLGZ 1985, 298: Nutzungsrecht des Testamentsvollstreckers steht einem Verkauf des Grundstücks durch die Erben entgegen.

38 Das Bundesgericht (BGE 135 III 597) trennt zwischen der "activité professionnelle" und "d'autres services qui pourraient aussi être fournis par des gérants de fortune, des fiduciaires ou des banquiers". S. a. *Nater/Zindel*, in: *Fellmann/Zindel*, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 13 N 64 f.

39 Vgl. RJN 2005, 299.

40 *Peter Breitschmid/Isabel Matt*, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung - Insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, *successio* 4 (2010) 100.

41 Vgl. ZR 81 (1982) Nr. 38 Erw. 2.

42 Vgl. ZR 71 (1972) 311 Erw. 2 Nr. 101; anders RJN 2005, 299.

43 Vgl. vorne, B. 2. f).



geworden sind,⁴⁴ denn höchstpersönliche Rechte können nicht vererbt werden.⁴⁵ Die Bewilligung kann somit (nur) von der Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte erteilt werden.⁴⁶ Die Praxis der Kantone ist allerdings uneinheitlich: Eine (ausdrückliche) Befreiung des Anwalts von der Schweigepflicht durch die Aufsichtsbehörde wird im Kanton Zürich dann nicht für notwendig erachtet, wenn die gerechte Erbteilung in Frage steht,⁴⁷ und im Kanton Basel dann nicht, wenn der Erblasser seinen Anwalt zum Willensvollstrecker bestimmt hat.⁴⁸ Der Kanton Neuenburg⁴⁹ macht keine derartigen Ausnahmen. Es ist in der Tat unbefriedigend, dass man die Erben beim Bankgeheimnis mit grosser Selbstverständlichkeit an die Informationen über den Nachlass heranlässt,⁵⁰ während dies bei Anwälten nur mit einer Sonderbewilligung geschehen soll, welche kantonal unterschiedlich gehandhabt wird.⁵¹ Das Bankgeheimnis wurde geschaffen, um Vermögenswerte zu schützen, das Berufsgeheimnis der Anwälte dagegen, um persönliche Informationen zu schützen. An beiden Orten können aber auch die jeweils anderen Güter eine Rolle spielen. Deshalb sollte der Banker für sich behalten, dass die Geldempfängerin die Geliebte des Kontoinhabers war und der Anwalt offenlegen müssen, wo sich Nachlassvermögen befindet. Die Offenlegung sollte somit nicht nur darauf abstellen, wer sie zu leisten hat (Bank bzw. Anwalt), sondern auch berücksichtigen, welchen Inhalt man preisgeben soll (Information über Vermögen bzw. Person).⁵² Diese Unterscheidung wird mittlerweile von mehreren Autoren gefordert.⁵³

SJZ 108/2012 S. 1, 5

-
- 44 Vgl. *Andrea Dorjee-Good*, Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren - BGE 135 III 597, successio 4 (2010) 303; *Iole Fagnoli*, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 15. September 2009 (4A_15/2009), AJP 19 (2010) 382; *Nater/Zindel*, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 13 N 160 ff.
- 45 Gemeint sind abgeschlossene Mandate des Anwalts; wenn der Anwalt beim Ableben des Erblassers immer noch für diesen tätig war, sieht es anders aus, vgl. *Kaspar Schiller*, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 612: "Nur dann, wenn ein laufendes Mandat beim Tod des Klienten nicht erlischt, sondern auf die Erben übergeht, werden diese selber Geheimnisherrn aus abgeleitetem Recht und damit berechtigt, den Anwalt, die Anwältin von der Schweigepflicht zu entbinden. Der Persönlichkeitsschutz und ein abweichender Wille des verstorbenen Klienten können jedoch den Umfang der Stellung der Erben als Geheimnisherrn einschränken. ... Da der ... Willensvollstrecker für die Erbengemeinschaft handelt, kann ein solcher grundsätzlich auch die Einwilligung erteilen."
- 46 Vgl. BGE 135 III 597; vgl. auch den Fall EGVSZ 1992, 85.
- 47 Vgl. ZR 71 (1972) Nr. 101: Das Interesse des Staates an der richtigen Steuereinschätzung genügt nicht; Auskunft gestattet gestützt auf Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB; ZR 66 (1967) Nr. 92 Erw. 8: Auskunft gestattet gestützt auf Art. 610 Abs. 2 ZGB; ZR 55 (1956) Nr. 12: Auskunft gestattet gestützt auf § 232 EGZGB; ZR 53 (1954) Nr. 180: "Ein solches höheres Interesse ist nun aber allgemein im Interesse der Erben an einer gleichmässigen und gerechten Verteilung der Erbschaft zu erblicken ..."; das Geheimnis besteht nur insoweit, als der Erblasser Informationen nach seinem Tod vor seinen Erben geheim halten wollte; die Offenbarung erfolgt nur soweit, als die Erbteilung tatsächlich betroffen ist; auch im Kanton Luzern wird die gerechte Erbteilung als Grund für die Aufhebung des Berufsgeheimnisses durch die Aufsichtsbehörde angesehen, vgl. LGVE 2001 I 37.
- 48 Vgl. BJM 2002 281 (AK BS); ähnlich *Schiller* (Fn. 45), N 605: "Wenn der Klient den Anwalt, der ihn bei der Nachfolgeplanung beraten hat, als Willensvollstrecker einsetzt, ist eine Entbindung in dem Umfang zu vermuten, als eine Offenlegung nötig ist, um den authentischen Willen des Erblassers zu verwirklichen und den Nachlass nach dessen Vorstellungen zu teilen."
- 49 Vgl. RJN 2005 284.
- 50 Vgl. etwa BGE 89 II 93 E. 6: "Le droit au secret bancaire passe en effet aux héritiers"; ZR 109 (2010) Nr. 37 E. 2.4 S. 147.
- 51 Siehe die Hinweise von *Dorjee-Good* (Fn. 44), 305 ff.
- 52 Vgl. BK-Künzle, Art. 517-518 ZGB N 218.
- 53 Vgl. *Breitschmid/Matt* (Fn. 40), 105 ff.; *Jean Nicolas Druey*, Das Informationsrecht der Erben - die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, successio 5 (2011) 187; *Fagnoli* (Fn. 44) 384; *Andreas Schröder*, Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief ..., successio 5 (2011) 195.

e) Allerdings ist ein Vorbehalt zu machen für *Fälle sukzessiver Erbfolge*,⁵⁴ weil in diesen eine besondere Form der Interessenkollision vorkommt, in welchen eine *Offenlegung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses* im Einzelfall nicht (mehr) angebracht sein kann. Wenn die vorne⁵⁵ genannten Kriterien angewendet werden, ergibt sich folgendes Bild: Ein "Ausschluss" (der Interessenkollision) ist nicht möglich und eine "Bewilligung" (durch die Erben) entfällt. Eine "Abschottung" ist fallweise denkbar: Beim Arztgeheimnis (Erbstreit wegen Testierunfähigkeit, Klage gegen das Spital) werden z.B. Dritte ins Spiel gebracht, etwa durch die Einsicht eines Vertrauensarztes.⁵⁶ In unserem Fall (Alleinerbe) versagt aber auch dieses Instrument, weshalb es - im Ergebnis mit dem Bundesgericht - dabei bleiben muss, dass die Auskunft zu verweigern ist.

f) Bei der *Erteilung* kann der Willensvollstrecker nicht einen einzelnen Erben beim *Unterzeichnen* des Erbteilungsvertrags vertreten⁵⁷ (Unvereinbarkeit). Ähnliches gilt, wenn eine Mutter für ihre Kinder einen Erbschaftsvertrag abschliesst:⁵⁸ Ihr eigenes Interesse an der Verbesserung ihrer eigenen Lebenshaltung verträgt sich nicht mit dem langfristigen Interesse der Kinder an einer möglichst grossen Erbschaft.

g) Im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses gab es früher eine Interessenkollision zwischen den Erben und dem Willensvollstrecker, wenn die Erben nicht versteuertes Einkommen/Vermögen des Erblassers nicht der *Nachsteuer* unterstellen wollten.⁵⁹ Seit dem 1. Januar 2010 kann der Willensvollstrecker selbst ein *vereinfachtes Nachsteuerverfahren* verlangen (Art. 153a Abs. 4 DBG und Art. 53 Abs. 4 HG), womit sich der Konflikt weitgehend entschärft hat.⁶⁰

h) Der Grundbuchverwalter darf die Anmeldung im *Grundbuch* im Falle eines *Interessenkonflikts*⁶¹ oder eines *offenbaren Missbrauchs der Verfügungsmacht*⁶² ablehnen, weil in diesen Fällen die notwendige Verfügungsmacht fehlt.⁶³

2. Kollidierende Funktionen

a) Eine Interessenkollision ist bei (gewillkürten und) *gesetzlichen Vertretern* des Erblassers und der Erben häufig anzutreffen. Allein die Tatsache, dass der Willensvollstrecker gleichzeitig *Vormund des Erblassers* war, ist zwar kein Absetzungsgrund,⁶⁴ aber Grund für eine mögliche Interessenkollision (Unvereinbarkeit).⁶⁵ Ein Selbstkontrahieren kann auf der Seite des Willensvollstreckers

⁵⁴ Eine solche Konstellation lag BGE 135 III 597 zugrunde, diese Problematik wurde im publizierten Entscheid aber nicht aufgegriffen.

⁵⁵ Vgl. vorne, B. 2. f).

⁵⁶ Vgl. ZBl. 1990 265 (OGer. SH).

⁵⁷ Vgl. BGE 102 II 202 Erw. 2b.

⁵⁸ Vgl. BGE 118 II 104 Erw. 4a.

⁵⁹ Vgl. *Markus Bischof*, Die Stellung des Willensvollstreckers im Steuerrecht, STH 72 (1998) 1149.

⁶⁰ Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 254.

⁶¹ Vgl. *Rene Biber*, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Grundstücken im Nachlass, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2004, 60, Fn. 50; *Christian Brückner*, Sorgfaltspflichten der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausses, ZBGR 64 (1983) 73.

⁶² Vgl. *Arthur Homberger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919-977 ZGB, 2. A., Zürich 1938, Art. 965 ZGB N 74.

⁶³ Ebenso im BGB OLG München ZEV 18 (2011) 195; vgl. dazu hinten bei Fn. 93.

⁶⁴ Vgl. PKG 1965, 126 Nr. 59; ähnlich *Wolfgang Reimann*, Kommentar zu § 2197-2228 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetzen, Band V: Erbrecht, §§ 2197-2264 (Testament 2), 14. A., Berlin 2003 (zit. Staudinger-Reimann), § 2227 BGB N 17: "Ein Interessengegensatz von geringer Bedeutung ist kein wichtiger Grund zur Entlassung."

⁶⁵ Ebenso zum BGB *Jürgen Damrau*, Auswirkungen des Testamentsvollstreckeramtes auf elterliche Sorge, Vormundschaft und Betreuung, ZEV 1 (1994) 1 ff.

durch die Erben bewilligt oder einem Mit-Willensvollstrecker überlassen⁶⁶ werden, während auf der Seite des Vormunds im Einzelfall ein Beistand zu bestellen ist.⁶⁷ Im Sachverhalt von BGE 85 III 73 handelte der *Beistand eines minderjährigen Erben*, welcher gleichzeitig als Willensvollstrecker eingesetzt war. Die Frage der Interessenskollision (Unvereinbarkeit) wurde vom Bundesgericht aber nicht behandelt. Wenn Minderjährigen die Verwaltung des Vermögens entzogen wird, kann diese einem *Beistand* übertragen werden (Art. 325 ZGB). Das kann die gleiche Person wie der Willensvollstrecker sein. Daraus dürften sich in der Praxis Abgrenzungsschwierigkeiten und Interessenkonflikte (Unvereinbarkeit) ergeben. Wenn der Sohn als Willensvollstrecker eingesetzt wird, der gleichzeitig Erbe und *Beistand der überlebenden Ehefrau* ist, führt eine derart geballte Ladung von Interessenskollisionen früher oder später zu Fragestellungen, welche von einem Laien nur schwer zu bewältigen sind (Un-

SJZ 108/2012 S. 1, 6

vereinbarkeit). Im Zusammenhang mit beabsichtigten Liegenschaftsverkäufen kam es in diesem Fall⁶⁸ denn auch zu Pflichtverletzungen (Missbrauch), welche von der Aufsichtsbehörde mit einem Verweis und fünf Ermahnungen geahndet wurden. Überfordert sein können auch *Eltern* als gesetzliche Vertreter (ohne Vertretungsbeistand), wenn ihr Interesse an einer Ausschlagung oder an der Aufnahme eines öffentlichen Inventars sich mit dem Interesse der Kinder daran nicht deckt (Unvereinbarkeit).⁶⁹

b) Der *Rechtsberater* des Erblassers kann grundsätzlich als Willensvollstrecker eingesetzt werden, weil Personen, welche bei der Nachlassplanung mitgewirkt haben, sich *nicht per se in einem Interessenkonflikt* befinden.⁷⁰ Ein Interessenkonflikt (Unvereinbarkeit) kann sich etwa aus einer Planung ergeben, die sich im Grenzbereich des Zulässigen bewegt.⁷¹

c) Der *Testamentszeuge* kann als Willensvollstrecker eingesetzt werden,⁷² denn das Willensvollstreckermandat stellt weder ein Vermächtnis⁷³ noch eine Zuwendung im Sinne von Art. 503 Abs. 2 dar.⁷⁴

d) Der für Erbsachen zuständige *Richter* ist als Willensvollstrecker ausgeschlossen (Unzulässigkeit).⁷⁵ Das gilt sowohl für den Eröffnungsrichter⁷⁶ als auch den Zivilrichter (der u.a. für die Erbteilung zuständig ist), aber auch für die Aufsichtsbehörde des Willensvollstreckers.⁷⁷

66 Ebenso zum BGB *Michael Bonefeld*, Betreuer oder gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker, ZErB 2007 2 ff.

67 Zum BGB vgl. BGH ZEV 14 (2008) 330: Ergänzungspfleger bei Mitgesellschafterstellung des Vaters und Testamentsvollstreckers; OLG Zweibrücken ZErB, 2007 188 = ZEV 14 (2007) 333: Ergänzungspflegschaft; Schleswig-Holsteinisches OLG ZErB, 2007 264: Ergänzungspflegschaft; OLGZ 1993 392: Ergänzungspfleger; *Manfred Bengel*, Das Amt des Testamentsvollstreckers, in: Handbuch der Testamentsvollstreckung, hrsg. v. Manfred Bengel und Wolfgang Reimann, 4. A., München 2010, 1 N 29.

68 Vgl. BGer. 5P.199/2003 vom 12. August 2003.

69 Vgl. *Bernhard Schnyder*, Vormundschaft und Erbrecht, ZWV 1996 96.

70 Vgl. den Sachverhalt in AR-GVP 1994, 74 f. Nr. 591 (SRK).

71 Vgl. ZR 91 (1992) 183 Nr. 46.

72 Vgl. ZR 13 (1914) 200 Nr. 91.

73 Vgl. SJZ 11 (1914/15) 275 Nr. 220 (JD AG).

74 Vgl. *Paul Piotet*, Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht, Halbband IV/1, Basel/Stuttgart 1978, § 24 II B.

75 Vgl. *Wetzel* (Fn. 23), N 235.

76 Vgl. SJZ 20 (1923/24) Nr. 3, 11.

77 Vgl. Künzle (FN 4), Art. 517-518 ZGB N 6.



e) *Erben* können grundsätzlich als Willensvollstrecker eingesetzt werden.⁷⁸ Gewisse Bedenken bestehen beim *Ehegatten*, welcher in der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine besondere Stellung einnimmt, weil er sowohl Teil der Erbengemeinschaft als auch Gegenpartei ist (Unvereinbarkeit). So schreibt Biber: "In der Praxis wird sehr häufig, wenn nicht sogar standardmässig und vielfach unüberlegt, der überlebende Ehegatte als Willensvollstrecker eingesetzt."⁷⁹

f) An sich können auch *Vor- und Nacherben*⁸⁰ als Willensvollstrecker eingesetzt werden. Bei dieser Konstellation ist darauf zu achten, dass durch die Anordnung der Willensvollstreckung die Kontrollrechte des Nacherben⁸¹ nicht durch die Ernennung des einzigen Vorerben zum Willensvollstrecker unterlaufen werden (Missbrauch). Die Rechtsprechung zum BGB⁸² hat den Grundsatz entwickelt, dass der einzige Vorerbe nicht zum alleinigen Testamentsvollstrecker eingesetzt werden sollte, dass gewisse Kombinationen (z.B. Mitvorerbe, Mittestamentsvollstrecker, Vermächtnisvollstreckung) aber erlaubt sind.⁸³

g) In der Schweiz wird nicht bestritten, dass auch der *Alleinerbe* Willensvollstrecker werden kann.⁸⁴ Nach Karrer⁸⁵ kann dies "bei unklaren oder bestrittenen Situationen *durchaus sinnvoll sein ...*". Im BGB wird dies dagegen abgelehnt mit der Begründung, dass der Alleinerbe durch die Ernennung zum Testamentsvollstrecker nicht mehr Rechte erlangen könne, als er schon habe⁸⁶ bzw. weil die Testamentsvollstreckung zu einer Beschränkung des Erben führe.⁸⁷ In beiden Rechtsordnungen ist jedenfalls anerkannt, dass der Alleinerbe einer von mehreren Vollstreckern sein kann⁸⁸ und dass

| SJZ 108/2012 S. 1, 7

er mit dem Vollzug von Vermächtnissen beauftragt werden kann.⁸⁹

h) *Vermächtnisnehmer* können als Willensvollstrecker eingesetzt werden.⁹⁰ Das Konfliktpotenzial hängt unter anderem von der Art und Grösse des Vermächtnisses ab:⁹¹ Wer ein *grosses Quotenvermächtnis* erhält, befindet sich eher in einem Interessenkonflikt (eine Pflichtteilverletzung ist möglich und der genaue Betrag kann

78 Vgl. EGVSZ 1979, 76 (RK); ZR 70 (1971) 221 Nr. 72 (AK); dies deckt sich mit Art. 701 Abs. 2 CC it., wonach Erben ausdrücklich als Testamentsvollstrecker ernannt werden können.

79 Vgl. Biber (Fn. 61), 55 f. Fn. 22 = ZBGR 86 (2005) 18 Fn. 55.

80 Vgl. Wetzel (Fn. 23), N 287 ff.

81 Vgl. dazu Georg Schürmann, Kommentar zu Art. 487-492, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 2. A., Basel 2011, Art. 492 ZGB N 2.

82 Vgl. RGZ 77, 177; BGH IV ZR 296/03 vom 26. Januar 2005 ZEV 12 (2005) 101; BayObLG NJW 12 (1959) 1920; BayObLG NJW 29 (1976) 1692; OLG Karlsruhe MDR 35 (1981) 941; BayObLGZ 1989, 183 = DNotZ 41 (1990) 56; OLG Jena ZEV 16 (2009) 244; OLG Thüringen ErbR 4 (2009) 196.

83 Vgl. etwa Jörg Mayer, Testamentsvollstreckung und Nacherbschaft, in: Testamentsvollstreckung, hrsg. v. Jörg Mayer und Michael Bonefeld, 3. A., Bonn 2011, § 22 N 29; Eberhard Rott/Michael Stephan Kornau/Rainer Zimmermann, Testamentsvollstreckung, Wiesbaden 2008, 5 N 18.

84 Vgl. KGer. GR ZF-08-21-25 vom 19. Mai 2008; in BGE 96 II 82 Pt. C wurde die Frage nicht aufgeworfen.

85 Karrer (Fn. 6), Art. 517 ZGB N 8.

86 Vgl. RGZ 163, 57.

87 Vgl. Jürgen Damrau, Kommentar zu §§ 2197-2228 BGB, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 22: Erbrecht 2: §§ 2064-2273 und §§ 1-35 BeurkG, hrsg. v. Hs. Th. Soergel, W. Siebert u.a., 13. A., Stuttgart 2003 (zit. Soergel-Damrau), § 2197 BGB N 10.

88 Vgl. Caroline Schuler-Buche, L'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel, Zürich/Basel/Genf 2003 (Diss. Lausanne 2002), 4; RGZ 163, 58 f.; Staudinger-Reimann (Fn. 64), § 2197 BGB Rn 53.

89 Vgl. Schuler-Buche (Fn. 88), 4: "comme exécuteur testamentaire il a aussi l'obligation d'exiger l'exécution d'une charge due par un légataire, alors que, comme héritier, il en a simplement le droit"; BGH ZEV 12 (2005) 204 = ZErB 2005 160 = ZEV 12 (2005) 204; Soergel-Damrau (Fn. 87), § 2197 BGB Rz 10; Manfred Bengel/Wolfgang Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. A., München 2009, N 2 183.

90 Ebenso Art. 701 Abs. 2 CC it., wonach Vermächtnisnehmer ausdrücklich als Testamentsvollstrecker ernannt werden können.

91 Vgl. Wetzel (Fn. 23), N 294.



strittig sein) als derjenige, der ein kleines, summenmässig festgelegtes Vermächtnis erhält.⁹² Ein Interessenkonflikt (Unvereinbarkeit) liegt auch vor, wenn die Erben die Testierfähigkeit des Erblassers (und damit die Gültigkeit des Vermächtnisses) bestreiten.⁹³ In dieser Konstellation kann der Vermächtnisnehmer (nicht aber der Willensvollstrecker)⁹⁴ den Umfang des Vermächtnisses gerichtlich feststellen lassen.

i) Auch ein *Stiftungsrat* einer vom Erblasser errichteten Stiftung, sogar das einzige Stiftungsorgan,⁹⁵ kann grundsätzlich Willensvollstrecker werden,⁹⁶ während dies beim *Trustee* (Protector usw.) eines vom Erblasser errichteten Trusts praktisch ausgeschlossen ist.⁹⁷

j) Der *Aktionär* einer Gesellschaft, an welcher der Erblasser beteiligt war, kann grundsätzlich Willensvollstrecker werden. Bei Inhaberaktien ergibt sich die Stimmberechtigung des Willensvollstreckers aus seinem Aktien-Besitz, bei Namenaktien aus seiner exklusiven Vertretungs- und Verfügungsmacht,⁹⁸ wobei anstelle des Erblassers die Erben als Eigentümer ins Aktienregister einzutragen sind.⁹⁹ Soweit eine konkrete Nachfolgeplanung fehlt, hat sich der Willensvollstrecker bei der Ausübung des Stimmrechts nach den Interessen der Erben zu richten (ihre Meinung - nicht: Instruktion - einzuholen).¹⁰⁰ Wenn der Willensvollstrecker selbst auch Aktionär ist, kann dies allerdings zu einer Interessenkollision (Unvereinbarkeit) führen.¹⁰¹ Der Willensvollstrecker kann entweder die (einstimmige) Zustimmung der Erben einholen (Bewilligung) oder auf das Stimmrecht an den eigenen Aktien (während der Dauer der Willensvollstreckung) verzichten (Abschottung), soweit dies im konkreten Fall (etwa als Minderheitsaktionär) zu verantworten ist.

k) Der *Mitgesellschafter* einer Gesellschaft, an welcher der Erblasser beteiligt war, kann grundsätzlich Willensvollstrecker werden. Wenn die Fortführung einer Personengesellschaft nicht vereinbart wurde oder wird, hat der Willensvollstrecker im Falle der Auflösung (wie bei der Fortführung) die Mitgliedschaftsrechte wahrzunehmen (Art. 584 und Art. 619 Abs. 1 OR).¹⁰² Zudem nimmt er den Liquidationsanteil für die Erben entgegen.¹⁰³ Wenn der Willensvollstrecker gleichzeitig *einzigster Mitgesellschafter* war, liegt ein (unlösbarer) Interessenkonflikt (Unvereinbarkeit) vor, welcher einen Einsatz als Willensvollstrecker verhindert,¹⁰⁴

92 Zum BGB vgl. BayObLGZ 2001 167 = ZEV 9 (2002) 155: Testamentsvollstrecker legt Testament für ihn als Vermächtnisnehmer günstig aus.

93 Zum BGB vgl. OLG München ZEV 18 (2011) 195.

94 Wenn der Willensvollstrecker mit dem Vermächtnisnehmer nicht identisch ist, kann er vor einer unlösbaren Aufgabe stehen, wenn der (belastete) Erbe und der (begünstigte) Vermächtnisnehmer sich über das Vermächtnis uneinig sind, aber keiner von beiden die gerichtliche Klärung verlangt, denn der Willensvollstrecker kann diese Klärung (de lege lata) nicht selbst verlangen, vgl. *Hans Rainer Künzle*, Willensvollstreckung - Aktuelle Praxis 2010-2011, successio 5 (2011) 273.

95 Vgl. BGE 90 II 389 Erw. 5, wo die Interessenkollision - im Gegensatz zur Vorinstanz (PKG 1964 142 Nr. 55) - verneint wurde.

96 Keinen Interessenkonflikt sah das LG Stuttgart ZErB 2009 306 = ZEV 16 (2009) 396 bei den Testamentsvollstreckern, welche zugleich einzige Stiftungsräte der Alleinerbin Stiftung waren.

97 Zur duty of loyalty und zum Verbot des selfdealing vgl. *Alexander Schmitz*, Interessenkollision bei der Anlage von Nachlassvermögen durch Kreditinstitute bei Testamentsvollstreckung, ZErB 2005 76.

98 Vgl. *Wetzel* (Fn 23), N 585.

99 Vgl. *Hansjürg Bracher*, Der Willensvollstrecker, insbesondere im zürcherischen Zivilprozessrecht, Zürich 1966 (Diss. Zürich 1965), 80 f.

100 Vgl. *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 303.

101 Vgl. *Wetzel* (Fn. 23), N 381.

102 Vgl. *Karrer* (Fn. 6), Art. 518 ZGB N 31; *Daniel Staehelin*, Kommentar zu Art. 545-551 OR und Art. 574-593 OR, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR, hrsg. von Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Wolfgang Wiegand, 3. A., Basel/Genf/München 2008, Art. 584 OR N 1.

103 Vgl. *Paul Straehl*, Die Erbschaftsverwaltung nach Art. 554 f. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Basel 1953 (MaschSchr.), 100.

104 Vgl. *Wetzel* (Fn. 23), N 387 ff.



wenn ihm die Erben nicht ihre (einstimmige) Zustimmung geben (Bevollmächtigung), weil er sich auf der Seite der Gesellschaft nicht zurückziehen kann.

l) Der *Verwaltungsrat* (oder das Mitglied der Unternehmensleitung) einer Gesellschaft des Erblassers kann grundsätzlich als Willensvollstrecker eingesetzt werden. Das Zürcher Ober-

SJZ 108/2012 S. 1, 8

gericht tolerierte in einem Fall, dass der Willensvollstrecker zugleich Verwaltungsratspräsident einer zum Nachlass gehörenden Firmengruppe war, bis über den Eintritt der Söhne in die Firma entschieden wurde.¹⁰⁵ Der Erblasser kann den Willensvollstrecker für die Übernahme der Unternehmensleitung vorsehen; ohne entsprechende Weisung des Erblassers wäre dies allerdings problematisch, weil die Interessenkollision dann vom Willensvollstrecker selbst herbeigeführt wurde.¹⁰⁶ In diesem Sinne BGHZ 51, 209, wonach die Wahl des Testamentsvollstreckers wegen Selbstkontrahierens unzulässig ist, wenn weder ein Auftrag des Erblassers noch eine Ermächtigung der Erben vorliegt.

m) Die *Bank* bzw. der *Vermögensverwalter* kann als Willensvollstrecker eingesetzt werden. Es ist allerdings darauf zu achten, dass die Tätigkeiten Willensvollstreckung und Vermögensverwaltung *personell getrennt* werden (Chinese Walls), um Interessenkonflikte zu vermeiden (Abschottung). Ähnliches gilt bei gleichzeitiger Kontoführung, Kreditgewährung, Anlageberatung, Vorsorgeberatung etc.¹⁰⁷ Als Gegenmassnahme sind diese Aufgaben von der Willensvollstreckung intern zu trennen.¹⁰⁸

n) Der *Rechtsanwalt*, welcher als *Vertreter von Erben* eingesetzt ist, kann nicht gleichzeitig Willensvollstrecker sein. Nach ZR 70 (1971) 221 Nr. 72 kann der Anwalt eines Miterben das Amt eines Willensvollstreckers dann (gültig) antreten, wenn er sich aller Handlungen enthält, welche den Erbteil seines Klienten betreffen; in casu hat der Anwalt (weitergehend) auf eine weitere Anwaltstätigkeit für den Erben verzichtet, was m.E. die einzig tragbare Lösung ist.

o) Das Amt des Willensvollstreckers verträgt sich nicht mit der gleichzeitigen Tätigkeit als *Schiedsrichter in der Erbsache* (welche noch selten vorkommt),¹⁰⁹ und schon gar nicht als Schiedsrichter, welcher den Nachlass nach eigenem Gutdünken teilen kann,¹¹⁰ weil dies gegen die materielle Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung und die freie Erbteilung verstossen würde.¹¹¹ Etwas anders ist die Rechtslage im BGB: Im Rahmen von § 2203 BGB ist eine Schiedsrichterfunktion des (deutschen) Testamentsvollstreckers zulässig,¹¹² wengleich nicht zu übersehen ist, dass leicht Interessenkollisionen entstehen können und gewisse Fragestellungen (wie der Bestand der Testamentsvollstreckung) von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen sind.¹¹³

¹⁰⁵ Vgl. dazu *Peter Breitschmid*, Willensvollstrecker: Disziplinarische Absetzung eines Rechtsanwaltes als Willensvollstrecker, der das Mandat zwar nicht niedergelegt, aber wechselnden Büromitarbeitern bzw. -partnern in eigener Verantwortung substituiert hatte (Entscheid-Besprechung), AJP 5 (1996) 91.

¹⁰⁶ Vgl. zu dieser Unterscheidung vorne, B. 2. b).

¹⁰⁷ Zum BGB vgl. *Schmitz* (Fn. 97), ZErB 2005 74 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Gian Sandro Genna*, Die Bank als Willensvollstreckerin, Jusletter vom 16. Januar 2006, S. 8.

¹⁰⁹ Vgl. dazu meine Bemerkungen am 5. Schweizerischen Erbrechtstag: *Hans Rainer Künzle*, Aktuelles zur Willensvollstreckung 2009-2010, *successio* 4 (2010) 286 ff.; nach einer am 29. Juni 2011 an der Universität Zürich (zusammen mit deutschen Kollegen) durchgeführten Tagung zu diesem Thema, besteht Hoffnung, dass von dieser Form der Streiterledigung künftig mehr Gebrauch gemacht wird; es ist ein Tagungsband in Vorbereitung, welcher voraussichtlich als Band 10 der Schweizer Schriften zur Vermögensverwaltung und zum Vermögensrecht erscheinen wird.

¹¹⁰ Vgl. *Karrer* (Fn. 6), Art. 518 ZGB N 11.

¹¹¹ Vgl. dazu *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 95.

¹¹² Vgl. *Soergel-Damrau* (Fn. 87), § 2203 BGB N 4.

¹¹³ Vgl. *Staudinger-Reimann* (Fn. 88), § 2203 BGB Rn 16.



Die Erben können den Willensvollstrecker allerdings durch einstimmigen Beschluss zum Schiedsrichter bestimmen.¹¹⁴

p) *Gläubiger* des Erblassers sollten nicht als Willensvollstrecker eingesetzt werden, das Ausmass des Interessenkonflikts (Unvereinbarkeit/Missbrauch) hängt von der Solvenz und Liquidität des Nachlasses ab und davon, ob die Forderung bestritten oder unbestritten ist.¹¹⁵

C. Notar

a) Der *beurkundende Notar* ist vom Amt des Willensvollstreckers nicht ausgeschlossen.¹¹⁶ Dies im Gegensatz zu Deutschland, wo §§ 7 und § 27 BeurkG, dies nicht zulassen, weil das Honorar als (zu vermeidender) Vorteil gilt.¹¹⁷ Wenn der Notar für seine Dienstleistung marktgerecht entschädigt wird (Ausschluss), liegt (in der Schweiz) keine Interessenkollision vor. Aber es stellt sich zugegebenermassen die (andere) Frage, ob es erstrebenswert sei, dass ein staatlicher Funktionsträger im Nebenberuf die Funktion eines (privaten) Willensvollstreckers übernimmt.¹¹⁸ Dies ist vom Notariatsrecht zu beantworten.¹¹⁹

| SJZ 108/2012 S. 1, 9

b) Der Willensvollstrecker kann als *Sicherungsinventar-Notar* eingesetzt werden, wenn er die vom kantonalen Recht gestellten Anforderungen für die Aufnahme des Sicherungsinventars erfüllt.¹²⁰ Entgegen einer früheren Praxis¹²¹ steht dem keine Interessenkollision entgegen,¹²² weil diese beiden Tätigkeiten keine wesentlichen Berührungspunkte haben.¹²³

c) Im Entscheid 2C_407/2008 des Bundesgerichts vom 23. Oktober 2008 wurde ein Ehe- und Erbvertrag beurkundet. Der beurkundende Notar übernahm später die *Vertretung des Ehemannes im Eheschutz- und Scheidungsverfahren*. Damit ergab sich eine Interessenkollision (Unzulässigkeit) bezüglich der güterrechtlichen Auseinandersetzung: Wenn der Notar gleichzeitig als Fürsprecher praktiziert, darf er in einer streitigen Angelegenheit, die einen von ihm zuvor öffentlich verkündeten Sachverhalt betrifft, keine der beteiligten Parteien vertreten (Art. 12 lit. c BGFA).¹²⁴

d) Der Willensvollstrecker kann nicht gleichzeitig als Notar einen *Kaufvertrag über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück beurkunden*.¹²⁵ Der Interessenkonflikt ist unlösbar (Unvereinbarkeit), soweit nicht auf eine Mitwirkung des Willensvollstreckers (seitens aller Beteiligten) verzichtet wird.¹²⁶

¹¹⁴ Vgl. BJM 2005 81 Erw. 3 (VGer. BS); *Karrer* (Fn. 6), Art. 518 ZGB N 58.

¹¹⁵ Vgl. BJM 1990 87 Erw. 2b (AB BS): Willensvollstrecker als Hauptgläubiger des Nachlasses mit einer bestrittenen Forderung.

¹¹⁶ Vgl. ZBGR 24 (1943) 317 (JD AG).

¹¹⁷ Auch der Notar-Sozius wird nicht zugelassen, vgl. *Klaus Moritz*, Der Notar-Sozius als Testamentsvollstrecker?, NJW 1992 3215.

¹¹⁸ Vgl. *Stefan Wolf*, Willensvollstreckung und Notariat - insbesondere Ausstandsfragen, in: Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, 90.

¹¹⁹ Vgl. etwa Art. 88^{bis} SG-EGZGB.

¹²⁰ Vgl. zum Beispiel: Art. 5 Dekret über die Errichtung des Inventars (BSG 214.431).

¹²¹ Vgl. BVR 1 (1976) 274 Erw. 11 = BN 38 (1977) 198 (RR).

¹²² Vgl. BN 52 (1991) 271 Nr. 4 (JD BE); BN 51 (1990) 171 f. (JD BE).

¹²³ Vgl. dazu *Künzle* (Fn. 4), Art. 517-518 ZGB N 102 ff.

¹²⁴ Vgl. weiter Bundesgericht 2C_518/2009 vom 9. Februar 2010, hinten, D. a).

¹²⁵ Vgl. ZBGR 22 (1941) 50 Nr. 8 (NK AG); bestätigt von ZBGR 22 (1941) 252 Nr. 3 (D AG).

¹²⁶ Ein Vollzug ohne Willensvollstrecker ist denkbar (*Künzle*, FN 4, Art. 517-518 ZGB N 375), das Grundbuchamt kann allerdings seine Mitwirkung verlangen.



D. Anwalt

a) Das Bundesgericht hatte im Urteil 2C_518/2009 vom 9. Februar 2010 jemanden zu beurteilen, welcher gleichzeitig *drei Funktionen (Notar, Willensvollstrecker, Anwalt)* ausübte: Notar X. beurkundete das Testament von A., in welchem P. und Q. als Erben und er selbst als Willensvollstrecker eingesetzt wurden. Ein Jahr später errichtete A. ein neues Testament, in welchem B. als Erbin und C. als Willensvollstrecker eingesetzt wurden. Nach dem Ableben der Erblasserin focht X. als Anwalt im Namen von P. und Q. das zweite Testament wegen Ungültigkeit an. Daran hatte er - wegen seiner "Absetzung" als Willensvollstrecker - auch ein eigenes Interesse. Nach dem Bundesgericht versties dieses Vorgehen gegen das (anwaltliche) Verbot der Doppelvertretung (Erw. 4.1; Unvereinbarkeit).¹²⁷ Erschwerend kam hinzu, dass der Anwalt zur Begründung der Testierunfähigkeit der Erblasserin Informationen verwendete, welche er im Rahmen früherer Mandate der Erblasserin erfahren hatte (vormundschaftliche Verfahren), womit die Interessenkollision konkret vorhanden war (Erw. 4.2; Missbrauch). Die Lösung dieses Falles wäre eine "Abschottung" gewesen, indem sich der Anwalt den klagenden Vermächtnisnehmern als Zeuge zur Verfügung gestellt hätte (Erw. 4.2).

b) In ZR 94 (1995) 282 Nr. 89 hat Anwältin X. die Erblasserin *bei der Ausarbeitung des Testaments beraten*. Ein Bankangestellter bedrängte die Erblasserin, welche im letzten Moment das Testament nochmals änderte und den Bankangestellten bedachte. Auf Anregung einer Erbin möchte die Anwältin Anzeige bei der Bankenkommission machen. Das Zürcher Obergericht erachtete dieses *Interesse* aber *nicht als genügend*.

E. Schlussfolgerung

Die häufigen Fälle von Interessenkollisionen im Erbrecht zeigen, dass Willensvollstrecker, Notare und Anwälte sich der besonderen Brisanz dieser Konstellation nicht immer bewusst sind. Auf der anderen Seite wurde aufgezeigt, dass in vielen Situationen Instrumente zur Beherrschung der Lage vorhanden sind.

¹²⁷ Zum BGB vgl. *Andreas Frieser*, Interessenkollision und Berufspflichten im erbrechtlichen Mandat, ZEV 8 (2001) 158 ff.