

## B. Erbrecht

- 2 Art. 517 Abs. 1 ZGB, Art. 398 Abs. 3 OR; Willensvollstrecker  
Der Erblasser muss die Bezeichnung des Willensvollstreckers selbst vornehmen. Zulässig ist die Ernennung eines Ersatzwillensvollstreckers durch den Erblasser für den Fall, dass der erstgenannte Kandidat das Amt nicht übernehmen kann oder will bzw. vor Beendigung ausscheidet. Die fragliche Person muss klar bestimmt oder bestimmbar sein (Erw. 1a). Die Substitution der Mandatsführung an einen Dritten i.S.v. Art. 398 Abs. 3 OR ist zulässig, wenn der Willensvollstrecker durch die Umstände dazu genötigt ist. Eine Abtretung der Willensvollstreckerstellung ist hingegen nicht statthaft (Erw. 1b).

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 26. März 2001 i.S. C.S. gegen Verfügung des Gerichtspräsidiums X.

### *Aus den Erwägungen*

1. a) Gemäss Art. 517 Abs. 1 ZGB kann der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines Willens beauftragen. Der Erblasser muss die Bezeichnung des Willensvollstreckers selbst vornehmen; er kann nicht nur die Willensvollstreckung als solche anordnen und die Bezeichnung der Person einem Dritten übertragen. Eine solche Delegation widerspricht dem Prinzip der höchstpersönlichen Natur der Testamentsabfassung und damit der erforderlichen Selbständigkeit des erblasserischen Willens (Karrer, Basler Kommentar, Basel 1998, N 5 zu Art. 517 mit Hinweis auf BGE 81 II 28, 100 II 102 [= Pra 1975 Nr. 8]; ZR 1992/93 238; Piconi, ZBGR 1969 S. 165; Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1 Basel/Stuttgart 1978, S. 156; Wetzel, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, Zürich 1985, N 42 bis 46; Hux, Die Anwendbarkeit des Auftragsrechts auf die Willensvollstreckung..., Zürich 1985, S. 26; Druey, Grundriss des

Erbrechts, 4. A., Bern 1997, N 23 f. zu § 8; a.M. Jost, Der Willensvollstrecker, Zürich 1953, N 12). Nicht erforderlich ist, dass eine bestimmte Person namentlich bezeichnet wird; sie muss aber klar bestimmbar sein. So ist es z.B. zulässig, den „Anwalt (...) oder seinen Büronachfolger“ zu ernennen, sofern dieser Nachfolger eindeutig bestimmbar ist (Karrer, a.a.O. mit Hinweis auf BGE 91 II 182; ZR 1990 163, 1992/93 237).

Zulässig ist die Ernennung eines oder mehrerer Ersatzwillensvollstrecker durch den Erblasser für den Fall, dass der erstgenannte Kandidat das Amt nicht übernehmen kann oder will bzw. vor Beendigung ausscheidet. Auch hier gilt aber das Prinzip der klaren Bestimmung bzw. Bestimmbarkeit der fraglichen Person oder Personen (Künzle, Der Willensvollstrecker, Zürich 2000, S. 147; Karrer, a.a.O., N 6 zu Art. 517 ZGB mit Hinweis auf BGE 91 II 182; ZR 1992/93 237; Jost, a.a.O., N 14, Piotet, a.a.O., S. 156).

b) Der Willensvollstrecker ist in der Regel zur persönlichen Erfüllung der Aufgabe verpflichtet. Wegen der Zulässigkeit eines bestimmbaren Willensvollstreckers, den der Erblasser nicht notwendigerweise zu kennen braucht, kann die Aufgabe aber nicht als höchstpersönlich gelten. In analoger Anwendung von Art. 398 Abs. 3 OR kann der Willensvollstrecker - solange das Willensvollstreckermanandat andauert - bei Bedarf Hilfspersonen beiziehen, wenn er Fachleute benötigt, oder Dritte mit der Erledigung von Routinearbeiten beauftragen. Nach Art. 398 Abs. 3 OR ist grundsätzlich auch die Substitution der konkreten Mandatsführung an einen eigenverantwortlichen Dritten zulässig. Mit Hinblick auf die Vertrauensstellung des Willensvollstreckers kann dieses Substitutionsrecht aber nicht „übungsgemäss als zulässig“ (Art. 398 Abs. 3 OR) betrachtet werden, sondern kommt nur in Frage, wenn der Willensvollstrecker aus objektiven Gründen zur Substitution „durch die Umstände genötigt“ ist, z.B. wegen allgemein ungenügender Fachkenntnis, Krankheit oder Arbeitsüberlastung. Das Recht zum Beizug von Fachleuten und Hilfspersonen bzw. zur Substitution ergibt sich aus Art. 398 OR und gilt auch dann, wenn der Erblasser in der letztwilligen Verfügung weder dieses Recht erwähnt noch einen möglichen Ersatzvollstrecker bezeichnet hat (Karrer, a.a.O., N 15 zu Art. 518 ZGB mit Hinwei-

sen). Bei befugter Übertragung der Geschäftsbesorgung haftet der Willensvollstrecker einzig für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Substituten (Art. 399 Abs. 2 OR). Jener kann hingegen, solange er Substitut bleibt, nur von seinem Auftraggeber, dem eingesetzten Willensvollstrecker, Vergütung (Art. 394 Abs. 3 OR) sowie Auslagenersatz und Befreiung von Schadenersatz (Art. 402 OR) fordern (Gautschi, Berner Kommentar, 1971, N 45d zu Art. 398 OR).

Von der Substitution nach Art. 398 Abs. 3 OR zu unterscheiden ist die Abtretung der Willensvollstreckerfunktion als solcher, d.h. die Ernennung eines Nachfolgers durch den Willensvollstrecker selbst und die Übertragung der gesamten Funktion auf diesen. Eine solche „Abtretung“ der Willensvollstreckerstellung ist nicht möglich, weder nach Art. 517 ZGB noch nach Art. 398 OR. Die Ernennung des Ersatzwillensvollstreckers hat durch den Erblasser zu erfolgen und kann von diesem nicht an einen Dritten delegiert werden, auch nicht an den ernannten Willensvollstrecker. Will oder muss der ernannte Willensvollstrecker ausscheiden, so tritt er zurück und sein Mandat erlischt. Ist kein Ersatzvollstrecker bezeichnet, so hat der Erblasser von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht; der ernannte Willensvollstrecker hat kein eigenständiges Recht, selbständig einen Nachfolger zu bezeichnen und ihm diese Aufgabe zu übertragen (Karrer, a.a.O., N 15 zu Art. 518 ZGB; Urteil des Bundesgerichts vom 13. März 1995 i.S. X./Y. c. F, in: AJP 1996 S. 84 f.; Breitschmid, in: AJP 1996 S. 89; a.M. Giger, in Festschrift für Anton Heini, Zürich 1995, S. 140).

2. a) Es ist unbestritten, dass der von der Erblasserin eingesetzte Willensvollstrecker das Willensvollstreckermandat aufgrund der gegebenen Umstände nicht persönlich ausüben kann. Damit wäre eine Substitution des Mandates - sofern und solange der Willensvollstrecker dieses (noch) innehat - gestützt auf Art. 398 Abs. 3 OR grundsätzlich möglich. Im vorliegenden Verfahren geht es indes nicht um die Frage der Zulässigkeit der Substitution, mithin um die blossе Befugnis des Beschwerdeführers zur Mandatsbesorgung für den eingesetzten Willensvollstrecker. Der Beschwerdeführer verlangt vielmehr die Anerkennung als neuer Willensvollstrecker an Stelle des

von der Erblasserin ernannten und die Ausstellung des entsprechenden Legitimationsausweises. Er stützt sich dabei auf ein Schreiben des eingesetzten Willensvollstreckers vom 20. Juni 2000, worin dieser mitteilt, dass er sämtliche zukünftigen Willensvollstreckermandate bis auf schriftlichen Widerruf an den Beschwerdeführer abgetreten habe, und dieser damit ermächtigt sei, diese Mandate auf eigenen Namen und eigene Rechnung eigenständig auszuführen. Damit liegt aber eine Abtretung der Willensvollstreckerstellung durch den Willensvollstrecker selbst vor, welche nach dem zuvor Ausgeführten (Erw. 1b, in fine) aufgrund der höchstpersönlichen Natur der letztwilligen Verfügung nicht statthaft ist.

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei als Büronachfolger des Willensvollstreckers zur Ausübung des Willensvollstreckermandates berechtigt. Zutreffend ist, dass die Erblasserin für den Verhinderungsfall des eingesetzten Willensvollstreckers den Eintritt des Büronachfolgers in dessen Funktion verfügt hat. Es handelt sich hierbei um die Einsetzung eines Ersatzvollstreckers durch den Erblasser selbst, welche zulässig ist, sofern die fragliche Person klar bestimmbar ist. Je nach den konkreten Umständen kann der „Büronachfolger“ als genügend eindeutig bestimmt gelten (Erw. 1a hievor; kritisch das Urteil des Bundesgerichts vom 13. März 1995, in AJP 1996 S. 85; ebenso Künzle, a.a.O., S. 147). Der Beschwerdeführer hat allerdings laut eigener Angabe vom eingesetzten Willensvollstrecker lediglich die Willensvollstreckermandate übertragen erhalten. Damit fehlt es aber an der für die Bestimmbarkeit des Ersatzvollstreckers vorweg erforderlichen Rechtsnachfolge im Betrieb.

**3 Art. 570 ZGB; Ausschlagung der Erbschaft**

**Die Protokollierung der Ausschlagungserklärung verfolgt Informationszwecke und entfaltet keine rechtsbegründende Wirkung. Der zuständige Richter ist nur ausnahmsweise befugt, die Gültigkeit der Ausschlagungserklärung zu prüfen, wenn die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis offensichtlich oder anerkannt ist bzw. wenn sich an die Ausschlagungserklärung weitere Massnahmen anschliessen. Aus der Protokollierung oder Nichtprotokollierung der Ausschlagungserklärung kann nicht auf deren bestehende oder fehlende Rechtsbeständigkeit geschlossen werden.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 22. Januar 2001 i.S. S.H. und S.H. gegen Verfügung des Gerichtspräsidiums X.

*Aus den Erwägungen*

2. Mit dem Tode des Erblassers erwerben die Erben die Erbschaft als Ganzes. Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers gehen unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen ohne weiteres auf sie über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben (Art. 560 ZGB). Sowohl die gesetzlichen wie auch die eingesetzten Erben haben jedoch die Befugnis, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Die Ausschlagung ist dabei innert drei Monaten seit Kenntnis des Todesfalls bzw. - bei den eingesetzten Erben - seit Zustellung der amtlichen Mitteilung von der Verfügung des Erblassers zu erklären (Art. 567 ZGB).

Gemäss Art. 570 Abs. 3 ZGB hat die zuständige Behörde über die Ausschlagungen ein Protokoll zu führen. Die Protokollierung verfolgt Informationszwecke, ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit und entfaltet keine rechtsbegründende Wirkung. Gemäss einhelliger Lehre hat der zuständige Richter nach Art. 570 ZGB die Ausschlagserklärung entgegenzunehmen und zu protokollieren, ohne dass er befugt wäre, die Gültigkeit - und namentlich die Rechtzeitigkeit - der ihm eingereichten Ausschlagserklärung zu prüfen. Nur ausnahmsweise, wenn die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis