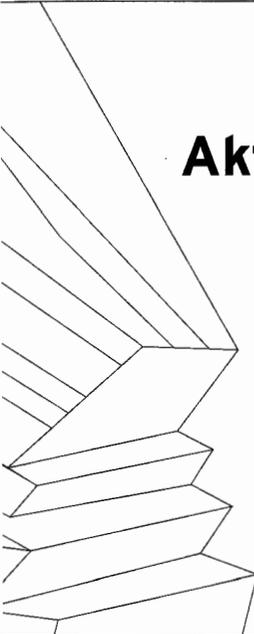


Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht
Schriftenreihe von KENDRIS private AG

Herausgegeben von
Prof. Dr. Margareta Baddeley, Prof. Dr. Peter Breitschmid,
Prof. Dr. Paul Eitel, Prof. Dr. Hans Rainer Künzle und Dr. Rudolf Roth

8



Willensvollstreckung - Aktuelle Rechtsprobleme (2)

**Referate der Weiterbildungsseminare
an der Universität St. Gallen
vom 7. September 2004
und 1. September 2005**

Herausgegeben von
Hans Rainer Künzle

KENDRIS
THE WEALTH OF
INDEPENDENCE

Schulthess § 2006

Zürich 2006

Bibliografische Information <Der Deutschen Bibliothek>

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2006
ISBN 10: 3 7255 5304 1 / ISBN 13: 978 3 7255 5304 4

www.schulthess.com

Stephan Wolf*

Willensvollstreckung und Notariat – insbesondere Ausstandsfragen

Inhaltsübersicht	Seite
A. Einleitung	88
B. Grundsätzliches zur Thematik	89
C. Ausstandsfragen	91
I. Grundsätzliches zur Ausstandspflicht der Urkundsperson	91
II. Verfügung von Todes wegen beurkundender Notar und Willensvollstrecker	93
1. Anwendbare Ausstandsvorschriften	93
2. Beurteilung	95
a. Kein ausstands begründendes Verhältnis zwischen Notar und Willensvollstrecker	95
b. Vorbehalte	96
aa. Der Notar darf in der Verfügung nicht „bedacht“ werden (Art. 503 Abs. 2 ZGB)	96
bb. Zum Verhalten des Notars	96
III. Willensvollstrecker und Inventarnotar	97
1. Anwendbare Ausstandsvorschriften	97
2. Konkrete Beurteilung	97
IV. Erbenschein	100
1. Anwendbare Ausstandsvorschriften	100
2. Beurteilung	100
V. Veräusserungsgeschäfte über Nachlassobjekte	100
1. Beispiel	100
2. Anwendbare Ausstandsvorschriften	101
3. Beurteilung	101
VI. Erbteilung	102
1. Anwendbare Ausstandsvorschriften	102
2. Beurteilung (für den Fall des Abschlusses in öffentlicher Urkunde)	103
D. Aufsicht	103
I. Willensvollstrecker	103
II. Notar	104
III. Doppelte Aufsicht	105
E. Honorar	106

* Prof. Dr. iur. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern, Direktor des Zivilistischen Seminars (www.ziv.unibe.ch) sowie des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis der Universität Bern (www.inr.unibe.ch), Schanzeneckstr. 1, Postfach 8573, 3001 Bern.
Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

A. Einleitung

Gemäss Art. 517 ZGB kann der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung eine oder mehrere Personen mit der Vollstreckung seines Willens beauftragen. Zum Willensvollstrecker ernannt werden kann jede handlungsfähige natürliche oder juristische Person.¹ Selbst ein gesetzlicher oder ein eingesetzter Erbe,² sogar der Alleinerbe,³ oder ein Vermächtnisnehmer⁴ können als Willensvollstrecker eingesetzt werden.⁵

Nach dem Gesagten ergibt sich aus zivilrechtlicher Sicht ohne weiteres, dass auch die Bezeichnung eines **Notars** oder der bei der öffentlichen Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen mitwirkenden Zeugen als Willensvollstrecker zulässig ist.⁶ Notare sind insbesondere unter zwei Gesichtspunkten für die Übernahme der Aufgabe eines Willensvollstreckers prädestiniert. Einerseits verfügen sie häufig über eine treue Klientenschaft, zu der ein jahrzehntelanges Vertrauensverhältnis besteht, welches mittels der Willensvollstreckung gewissermassen über den Tod hinaus fortzuwirken vermag. Andererseits besteht eine offensichtliche sachliche Nähe zwischen der Beurkundung von öffentlichen letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen sowie der Liquidation von Erbschaften; so vermittelt die Notariatsausbildung und -tätigkeit eine spezifische Qualifikation insbesondere im Bereich des Erbrechts und in der Regel auch Erfahrung in der Vermögensverwaltung und im Steuerrecht.⁷

¹ MARTIN KARRER, Kommentar zu Art. 517 f. und Art. 551-559 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 517 ZGB N 7.

² PETER TUOR, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 2. A., Bern 1964, Art. 517 ZGB N 4; ARNOLD ESCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. A., Zürich 1959, Art. 517 ZGB N 5; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8; PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Erbrecht, 2 Halbbände, Basel/Stuttgart 1978/81, SPR IV/1, S. 157.

³ So PIOTET (FN 2), S. 157; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8, m.w.N.; vgl. auch BGE 113 II 125. Diesbezüglich a.M. TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 4; ESCHER (FN 2), Art. 517 ZGB N 5.

⁴ TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 4; ESCHER (FN 2), Art. 517 ZGB N 5; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8; PIOTET (FN 2), S. 157.

⁵ Zum Ganzen KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8, m.w.N.

⁶ TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 4; TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 6; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8.

⁷ Dazu ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar der Willensvollstreckers – Anwendung von Anwalts- und Notariatstarifen, hinten, S. 206.

Im Folgenden sollen vorerst **grundsätzliche Bemerkungen** zur Thematik angebracht werden.⁸ Anschliessend sind **Ausstandsfragen** zu behandeln, die sich für den als Willensvollstrecker tätigen Notar angesichts dessen Urkundsbefugnis naturgemäss stellen können.⁹ Weiter ist auf Aspekte der **Aufsicht**¹⁰ und schliesslich kurz auf Fragen des **Honorars**¹¹ einzugehen. Die Ausführungen erfolgen vor dem Hintergrund der praktischen Relevanz vor allem aus der Optik des freiberuflichen Notariates¹² und dabei insbesondere aus derjenigen des Kantons Bern; Verweisungen auf Erlasse des bernischen Notariatsrechts beziehen sich auf die zur Zeit des Abschlusses des Manuskriptes noch in Kraft stehende Gesetzgebung, welche auf 1. Juli 2006 durch eine Neuordnung abgelöst werden wird.

B. Grundsätzliches zur Thematik

Die Willensvollstreckung stellt nach heute wohl herrschender Ansicht ein **privatrechtliches Institut sui generis** dar.¹³ Der Willensvollstrecker verfügt über eine rein privatrechtliche, sehr selbständige Stellung eigenen Rechts, die sich aus der Verfügung von Todes wegen des Erblassers ableitet.¹⁴

Demgegenüber ist die Stellung des Notars weitgehend durch das **kantonale öffentliche Recht** geregelt. Innerhalb der bundesrechtlichen Minimal- und Maximalanforderungen bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 Abs. 1 SchlT).

Mit der Thematik „Willensvollstreckung und Notariat“ wird nun die privatrechtlich geregelte Aufgabe des Willensvollstreckers mit der zur Hauptsache

⁸ Vgl. hinten, B.

⁹ Vgl. hinten, C.

¹⁰ Vgl. hinten, D.

¹¹ Vgl. hinten, E.

¹² Elf Kantone kennen das freiberufliche Notariat (AG, BE, BS, FR, GE, JU, NE, TI, UR, VD, VS), vier das Amtsnotariat (AR, SH, TG, ZH) während in den verbleibenden elf Kantonen (AI, BL, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, ZG) unterschiedliche Mischformen anzutreffen sind.

¹³ KARRER (FN 1), Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB N 7; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, S. 625; HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 119.

¹⁴ Vgl. KARRER (FN 1), Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB N 8.

im kantonalen öffentlichen Recht geordneten Tätigkeit einer Urkundsperson verknüpft.

Die notarielle Tätigkeit lässt sich nun allerdings in hauptberufliche und nebenberufliche Aufgaben einteilen: In seinem **Hauptberuf** ist der Notar **Urkundsperson**. Im Bereich der Beurkundungstätigkeit kommt ihm grundsätzlich eine Monopolstellung zu.¹⁵ Der Notar nimmt mit der öffentlichen Beurkundung eine hoheitliche Aufgabe wahr, welche zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört.¹⁶

Ist eine Urkundsperson als Willensvollstrecker tätig, so handelt es sich dagegen um eine zur öffentlichen Beurkundung akzessorische Aktivität.¹⁷ Die **Willensvollstreckung** gehört nicht zum Hauptberuf, sondern sie stellt eine **nebenberufliche Tätigkeit** des Notars dar.¹⁸ Die nebenberuflichen Tätigkeiten sind privatwirtschaftliche Verrichtungen, welche nicht unter die dem Notar als Monopol vorbehaltene Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung fallen. Vielmehr steht der Notar im Rahmen der Willensvollstreckung in Konkurrenz zu anderen Anbietern wie Rechtsanwälten, Treuhändern und Banken. Dementsprechend besteht zwischen dem Notar, der im Sinne einer nebenberuflichen Tätigkeit die Funktion eines Willensvollstreckers ausübt, und seiner Klientschaft ein privatrechtliches Verhältnis. Meistens wird im Rahmen der nebenberuflichen Tätigkeit ein Auftrag vorliegen.¹⁹

Wir gelangen damit zu folgendem Zwischenergebnis: Handelt der Notar als Willensvollstrecker, so ist er nebenberuflich tätig und unterliegt für sein Wirken grundsätzlich dem Privatrecht.

¹⁵ Siehe dazu exemplarisch Art. 15 BE-NG, der unter der Marginalie „Hauptberufliche Tätigkeit“ ausführt: „Im Kanton Bern obliegt die öffentliche Beurkundung dem Notar.“

¹⁶ Vgl. HANS MARTI, *Bernisches Notariatsrecht*, Bern 1983, Art. 2 NG N 5.

¹⁷ Siehe MICHEL MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, Berne 2005, N 10.

¹⁸ Für Bern hält Art. 19 NG fest, dass der Notar unter Vorbehalt der Unvereinbarkeitsgründe berechtigt ist, neben seiner hauptberuflichen Tätigkeit Aufträge für Rechtsberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen und ähnliche Verrichtungen zu übernehmen.

¹⁹ Zum Ganzen MARTI (FN 16), Art. 19 NG N 1.

C. Ausstandsfragen

I. Grundsätzliches zur Ausstandspflicht der Urkundsperson

Im Bereich der hauptberuflichen Tätigkeit, nämlich der öffentlichen Beurkundung, ist der Notar – wie erwähnt²⁰ – ein hoheitliche Aufgaben wahrnehmendes Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit.²¹ Als solches hat er **Ausstandsgründe** zu beachten. Diese werden im Wesentlichen im **kantonalen Beurkundungsrecht** statuiert;²² für öffentlich beurkundete Verfügungen von Todes wegen finden sie sich allerdings im **Bundesrecht**, nämlich in Art. 503 ZGB.

Ausstandsgründe sollen im öffentlichen Interesse verhindern, dass ein Notar als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine dem Notariat vorbehaltene Berufshandlung vornimmt in Situationen, in welchen seine Unabhängigkeit und Objektivität in Zweifel gezogen werden könnten.²³ Die Ausstandsgründe führen zur **Ausstandspflicht** des Notars, d.h. er muss die Beurkundung ablehnen (vgl. Art. 503 ZGB und für Bern Art. 26 Abs. 1 lit. a BE-NG).

Für die Ausstandsregelung des Notars im kantonalen Recht ist vor allem die sog. **Beteiligung** von Bedeutung. Diese wird unterteilt in eine **formelle** und eine **materielle** Beteiligung. Auf diese beiden Schlüsselbegriffe der Ausstandsregelung ist hier kurz einzugehen, und zwar anhand der beispielhaft ausgewählten Regelung des bernischen Notariatsrechtes in Art. 27 BE-NG.²⁴ Die Bestimmung lautet auszugsweise wie folgt:

„Art. 27 Ausstandspflicht 1. Grundsatz

¹ Der Notar hat sich der Mitwirkung bei der Errichtung einer Urkunde und der damit im Zusammenhang stehenden Berufsfunktionen zu enthalten,

²⁰ Vgl. vorne, B.

²¹ MARTI (FN 16), Art. 2 NG N 5.

²² Siehe für einen Überblick über die Ausstandsregelungen in den Kantonen der französischsprachigen Schweiz sowie Bern und Tessin MOOSER (FN 17), N 152 ff.

²³ MARTI (FN 16), Art. 27 NG N 1.

²⁴ Die Verweisung bezieht sich auf das noch bis 1. Juli 2006 in Kraft stehende Notariatsrecht des Kantons Bern. Vgl. auch schon vorne, A. i.f.

- a Wenn er selbst beteiligt ist;
- b wenn sein Ehegatte, seine Verwandten in gerader Linie sowie seine Geschwister oder die Ehegatten dieser Verwandten beteiligt sind;
- c wenn eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft beteiligt ist, welcher er als unbeschränkt haftender Gesellschafter oder als Kommanditär angehört, oder
- d wenn bei der Beurkundung einer Willenserklärung eine juristische Person beteiligt ist, für welche er die Unterschrift führt.

² Beteiligt ist, wer eine ihn betreffende Beurkundung vornehmen lässt oder zu dessen Gunsten oder Lasten eine Verfügung getroffen wird sowie der bei der Beurkundung einer Willenserklärung mitwirkende Vertreter.

...“

Eine **formelle Beteiligung** liegt dann vor, wenn jemand als Urkundspartei am Beurkundungsverfahren teilnimmt und eigene Willenserklärungen abgibt. Unerheblich ist dabei, ob die Urkundspartei die Willenserklärung für sich selbst oder als Vertreter oder Organ für eine andere Person abgibt.²⁵ Die formelle Beteiligung bezieht sich auf die Teilnahme am Beurkundungsverfahren und spielt grundsätzlich nur eine Rolle bei der Beurkundung von Willenserklärungen, nicht aber bei sog. Sachbeurkundungen.²⁶

Materiell beteiligt ist bei der Beurkundung von **Willenserklärungen** derjenige, für den durch das zu beurkundende Rechtsgeschäft Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden.²⁷ Materiell beteiligt ist – in unserem Zusammenhang – beispielsweise ein in einer Verfügung von Todes wegen eingesetzter Erbe oder Vermächtnisnehmer.

Bei einer sog. **Sachbeurkundung** – hier werden nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärungen beurkundet, sondern Vorgänge und Zustände, wie z.B. bei einem Inventar – liegt eine materielle Beteiligung dann vor, wenn Tatsachen beurkundet werden, welche für die Rechtslage einer bestimmten Person unmittelbar von Bedeutung sind (in den Worten von Art. 27 Abs. 2 BE-NG eine „ihn

²⁵ PETER RUF, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, Rz. 755.

²⁶ Siehe RUF (FN 25), Rz. 758.

²⁷ RUF (FN 25), Rz. 759, m.w.N.

betreffende Beurkundung“). So ist bei der Ausstellung eines Erbenscheins der darin anerkannte Erbe beteiligt.²⁸

Ausstandspflichten beziehen sich nach dem Gesagten auf die **hauptberufliche Tätigkeit** der Urkundsperson. Als nebenberufliche Tätigkeit ist die Willensvollstreckung davon an sich nicht erfasst. Die Frage nach den Ausstandstatbeständen kann sich diesbezüglich und im Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Thematik freilich insbesondere in **fünf Situationen** stellen: Einmal fragt es sich, ob ein Notar die **Verfügung von Todes wegen** beurkunden darf, in der er selbst als dereinstiger Willensvollstrecker eingesetzt wird.²⁹ Sodann ist zu prüfen, ob der als Willensvollstrecker fungierende Notar ein **Nachlassinventar**³⁰ oder einen **Erbenschein**³¹ öffentlich beurkunden darf. Weiter ist der Frage nachzugehen, ob ein als Willensvollstrecker tätiger Notar **Rechtsgeschäfte**, an denen die Erben beteiligt sind – wie z.B. ein Veräusserungsgeschäft über eine Nachlasssache – zu beurkunden berechtigt ist.³² Schliesslich ist zu klären, ob der Willensvollstrecker-Notar einen **Erteilungsvvertrag** öffentlich beurkunden darf.³³

II. Verfügung von Todes wegen beurkundender Notar und Willensvollstrecker

1. Anwendbare Ausstandsvorschriften

Die Beurkundung von öffentlichen letztwilligen Verfügungen erfolgt nach den Vorschriften der Art. 499-504 ZGB, also nach **Bundesrecht** (sog. ZGB-Verfahren). Das Bundesrecht erlässt – neben seinen freilich schwer konkretisierbaren Minimal- und Maximalanforderungen an die kantonalrechtlichen Ausstandsvorschriften³⁴ – in Art. 503 ZGB eine **eigene Ausstandsregelung** für die Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen. Damit fragt sich, ob Art. 503 ZGB eine abschliessende Regelung der Ausstandspflicht der Urkundsperson für

²⁸ Vgl. RUF (FN 25), Rz. 762 f.

²⁹ Vgl. dazu hinten, C.II.

³⁰ Vgl. hinten, C. III.

³¹ Vgl. hinten, C. IV.

³² Vgl. hinten, C. V.

³³ Vgl. hinten, C. VI.

³⁴ JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, Rz. 167; DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Diss. Bern 1991, Rz. 496.

das bundesrechtlich geregelte ZGB-Verfahren enthält oder ob darüber hinaus auch die Ausstandsgründe des kantonalen Beurkundungsrechts anwendbar sind.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber mit seinen beurkundungsrechtlichen Vorschriften der Art. 499 ff. ZGB die Errichtung der Verfügungen von Todes wegen einheitlich, möglichst einfach und sicher gestalten wollte.³⁵ Dieses Vorhaben kann er hinsichtlich der Ausstandspflicht der Urkundsperson nur realisieren, wenn Art. 503 ZGB als abschliessende Regelung erlassen wird. Andernfalls bliebe die Möglichkeit bestehen, dass letztlich in jedem Kanton andere Ausstandsvorschriften gelten.³⁶

Art. 503 ZGB enthält nach neuerer und soweit ersichtlich einhelliger Ansicht denn auch eine **ausschliessliche und abschliessende Regelung der Ausstandsgründe** für die Urkundsperson im ZGB-Verfahren. Für ergänzendes kantonales Recht bleibt diesbezüglich – entgegen früherer Auffassung³⁷ – kein Raum, weil das ZGB keinen entsprechenden Vorbehalt anbringt.³⁸ Dabei hat es de lege lata zu bleiben, auch wenn es nicht als durchwegs unproblematisch erachtet werden kann, dass damit in den ZGB-Verfahren keine Ausstandspflicht besteht, wenn eine juristische Person beteiligt ist.³⁹

Die hier interessierende Frage, ob ein Notar eine Verfügung von Todes wegen⁴⁰ öffentlich beurkunden dürfe, in der er als Willensvollstrecker einge-

³⁵ PAUL MUTZNER, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht, ZSR 1921, 117a.

³⁶ SANTSCHI (FN 34), Rz. 500.

³⁷ Die Möglichkeit des Erlasses zusätzlicher ergänzender Bestimmungen des kantonalen Rechts zu Art. 503 ZGB wurde bejaht von: ERNST BLUMENSTEIN, Die öffentliche letztwillige Verfügung und das kantonale Notariatsrecht, MBVR 14 (1916) 104; TUOR (FN 2), Art. 503 ZGB N 2; ESCHER (FN 2), Art. 503 ZGB N 2.

³⁸ So HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Kommentar, Bern 1964, Art. 503 ZGB N 3; KURT SIDLER, Kurzkommentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975, § 21 BeurkG N 12; SANTSCHI (FN 34), Rz. 499 f., m.w.N.; RUF (FN 25), Rz. 739 und 1574, m.w.N.; PETER RUF, Kommentierung von Art. 499-504 und Art. 512 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, Basel/Genf/München 2003, Art. 503 ZGB N 16; ALEX DÉPRAZ, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Diss. Lausanne 2002, N 305; MOOSER (FN 17), N 673.

³⁹ Vgl. SANTSCHI (FN 34), Rz. 499, 842, im Anschluss an ein Beispiel in Rz. 837; RUF (FN 25), Rz. 740; RUF (FN 38), Art. 503 ZGB N 14. Würde beispielsweise eine vom Notar beherrschte juristische Person als Erbin eingesetzt, läge nach dem Wortlaut des Gesetzes keine Ausstandspflicht vor. Zu prüfen wäre aber das Vorhandensein einer Umgehungsabsicht.

⁴⁰ Nach dem Wortlaut des Art. 517 Abs. 1 ZGB ist der Willensvollstrecker „in einer letztwilligen Verfügung“, also einem Testament, einzusetzen. Die mehrheitliche Lehre bejaht darüber hinaus

setzt wird, ist somit ausschliesslich nach der Ausstandsbestimmung von Art. 503 ZGB zu beantworten.⁴¹

2. Beurteilung

a. Kein ausstands begründendes Verhältnis zwischen Notar und Willensvollstrecker

Art. 503 ZGB sieht keinen Ausschlussgrund vor, wonach der die Verfügung beurkundende Notar in dieser selbst nicht zum Willensvollstrecker eingesetzt werden könnte. Es ist demnach mit der einhelligen Lehre davon auszugehen, dass die **Urkundsperson** in der von ihr beurkundeten Verfügung von Todes wegen **als Willensvollstreckerin eingesetzt werden kann**.⁴² Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, das kantonale Recht könne die Bezeichnung der Urkundsperson nicht ausschliessen und ihr auch nicht die Annahme des Amtes verbieten.^{43 44}

Obwohl die Frage nach der Ausstandspflicht von Notar und Willensvollstrecker eine bundesrechtliche ist, finden sich auch in einzelnen kantonalen Notariatsrechten Regelungen dazu.⁴⁵ Diese alle schliessen den Notar von der Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen, in der er selbst als Willensvollstrecker eingesetzt wird, nicht aus. Obschon sie insofern inhaltlich bundesrechtskonform sind, kann ihnen angesichts der ausschliesslichen Regelung der Ausstandstatbestände in Art. 503 ZGB keine selbständige Bedeutung zukommen.⁴⁶

richtigerweise die Möglichkeit der Einsetzung des Willensvollstreckers auch in einem Erbvertrag, wenn sie als einseitige und jederzeit frei widerrufbare testamentarische Klausel, die an der erbvertraglichen Bindungswirkung nicht teilhat, erlassen wird; vgl. TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 1; ESCHER (FN 2), Art. 517 ZGB N 1; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 2; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 10 N 18.

⁴¹ SANTSCHI (FN 34), Rz. 708 und – allgemein für die abschliessende Bedeutung des Art. 503 ZGB – Rz. 498-500, mit Hinweisen auch auf abweichende Meinungen.

⁴² TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 4; ESCHER (FN 2), Art. 517 ZGB N 6; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8; LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 117.

⁴³ TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 4.

⁴⁴ Nach h.L. können auch die von Bundesrechts wegen (Art. 499 ZGB) an der Beurkundung der Verfügung von Todes wegen mitwirkenden Zeugen sowie deren Verwandte i.S.v. Art. 503 Abs. 2 ZGB in der Verfügung von Todes wegen als Willensvollstrecker eingesetzt werden; vgl. TUOR (FN 2), Art. 517 ZGB N 4; ESCHER (FN 2), Art. 517 ZGB N 6; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8.

⁴⁵ Art. 9 Abs. 2 Satz 2 GE-LN; Art. 51 Abs. 2 NE-LN; Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 VD-LN.

⁴⁶ Zutreffend SANTSCHI (FN 34), Rz. 632.

b. Vorbehalte

aa. Der Notar darf in der Verfügung nicht „bedacht“ werden (Art. 503 Abs. 2 ZGB)

Die Urkundsperson darf in der von ihr beurkundeten Verfügung von Todes wegen **nicht bedacht** werden (Art. 503 Abs. 2 ZGB). Bedacht ist, wer aus der Verfügung eine Zuwendung im Sinne eines Vermögensvorteils erhält oder aus einer Auflage berechtigt ist.⁴⁷

Art. 517 Abs. 3 ZGB seinerseits sieht vor, dass dem Willensvollstrecker für seine Tätigkeit eine angemessene **Vergütung** zusteht. Dieses Entgelt macht den als Willensvollstrecker eingesetzten Notar aber nicht zum Bedachten i.S.v. Art. 503 Abs. 2 ZGB, schliesst ihn mithin von der Beurkundung nicht aus. Denn die Vergütung hängt ja nicht vom Willen des Erblassers ab, sondern ist vielmehr von Gesetzes wegen vorgesehen; sie ist insofern keine Zuwendung i.S.v. Art. 503 Abs. 2 ZGB.⁴⁸

TUOR hält sogar dafür, dass auch eine Zuwendung des Erblassers an den Willensvollstrecker für dessen Tätigkeit zuzulassen sei, solange sie den Charakter eines blossen Honorars für die zu leistenden Dienste hat.⁴⁹ Das ist m.E. abzulehnen, weil es praktisch unmöglich ist, eine den Berechtigten nicht zum Bedachten i.S.v. Art. 503 Abs. 2 ZGB machende Honorarzuwendung von einer diese Voraussetzung nicht erfüllenden Vermächtniszuführung abzugrenzen.⁵⁰

bb. Zum Verhalten des Notars

Obwohl sich die Urkundsperson in der von ihr beurkundeten Verfügung von Todes wegen als Willensvollstreckerin einsetzen lassen kann, wäre ein **aktives Anbieten unzulässig** und müsste als mit dem Ansehen des Notariates unvereinbares Verhalten qualifiziert werden.^{51 52} Ebenso nicht vereinbar mit dem

⁴⁷ RUF (FN 38), Art. 503 ZGB N 17.

⁴⁸ ESCHER (FN 2), Art. 517 ZGB N 6; SANTSCHI (FN 34), Rz. 631; RUF (FN 25), Rz. 794; RUF (FN 38), Art. 503 ZGB N 18; KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 8.

⁴⁹ TUOR (FN 2), Art. 503 ZGB N 11, Art. 517 ZGB N 4.

⁵⁰ Zutreffend SANTSCHI (FN 34), Rz. 631, mit weiteren Argumenten.

⁵¹ RUF (FN 25), Rz. 794.

⁵² Vgl. auch für das staatliche Notariat im Kanton Zürich § 134 NV ZH: „Bei öffentlichen Testamenten und Erbverträgen darf sich der Notar nicht als Willensvollstrecker empfehlen.“

Ansehen des Notariatsstandes wäre es, in jeder Verfügung von Todes wegen automatisch den Notar als Willensvollstrecker einzusetzen.⁵³

III. Willensvollstrecker und Inventarnotar

1. Anwendbare Ausstandsvorschriften

Eine weitere ausstandsrechtliche Frage ist diejenige, ob der als Willensvollstrecker eingesetzte Notar zugleich ein Inventar über den Nachlass des Erblassers (Erbschaftsinventar, Art. 553 ZGB; Öffentliches Inventar, Art. 580 ff. ZGB; Steuerinventar nach den Vorschriften des Steuerrechts) beurkunden darf. Dabei handelt es sich um eine öffentliche Beurkundung, die grundsätzlich – unter Vorbehalt der für das Steuerinventar bestehenden Vorgaben des Steuerrechts des Bundes und des entsprechenden Kantons – im kantonalrechtlichen Verfahren vorzunehmen ist. Dementsprechend sind für die Frage der Ausstandspflicht auch die Bestimmungen des **kantonalen Beurkundungsrechts** massgebend.

2. Konkrete Beurteilung

Ob der vom Erblasser als Willensvollstrecker eingesetzte Notar nach dem Ableben des Testators zugleich auch ein Nachlassinventar über dessen Vermögen errichten dürfe, ist **unterschiedlich beurteilt** worden. Die Frage wurde in der früheren bernischen Praxis während Jahrzehnten verneint.⁵⁴ Die bernischen Aufsichtsbehörden über das Notariat haben bis 1990 stets die Auffassung vertreten, der Notar bleibe – unabhängig davon, ob der Willensvollstrecker gewissermassen „aus eigenem Recht“ handle oder ob er bloss „Vertreter“ sei – „immer da zur Ausübung irgendwelcher notarieller Funktionen nicht zuständig, wo er zur Mitwirkung in seiner Eigenschaft als Willensvollstrecker verpflichtet sei“.⁵⁵ Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das erbrechtliche Inventar habe die authentische Feststellung des Nachlassvermögens zum Zweck. Bis zum Beweis des Gegenteils zählten die inventarisierten Objekte zum Nachlass und die nicht inventarisierten nicht. Das Inventarisationsorgan – im Kanton Bern also der Notar – habe zu entscheiden, was ins Inventar aufge-

⁵³ RUF (FN 25), Rz. 1134; MOOSER (FN 17), Rz. 341.

⁵⁴ Siehe MBVR 11 (1913) Nr. 213, S. 558; MBVR 15 (1917) Nr. 121, S. 404; BN 13 (1952) 35; BVR 1 (1976) 264 ff., 274 = BN 38 (1977) 189 ff., 198.

⁵⁵ BVR 1 (1976) 274 = BN 38 (1977) 198.

nommen werde und was nicht. Mithin übe der Inventarnotar eine „richterliche Funktion“ aus. Weil nun aber der Willensvollstrecker den Willen des Erblassers zu vollziehen habe, werde er geneigt sein, bei der Feststellung des Nachlasses möglichst den erblasserischen Willen zur Geltung zu bringen. Damit erfülle der Willensvollstrecker die Voraussetzung der virtuellen und effektiven Objektivität des Inventarorgans nicht.⁵⁶

Die Praxis, den als Willensvollstrecker eingesetzten Notar nicht zur Beurkundung eines Nachlassinventars zuzulassen, ist wiederholt kritisiert worden.⁵⁷ Die Justizdirektion des Kantons Bern hat in der Folge ihre Praxis geprüft und sie schliesslich aufgegeben; seit 1990 erachtet sie **keine Ausstandspflicht** des Notars als Willensvollstrecker für die Errichtung eines Nachlassinventars mehr als gegeben.⁵⁸ Dieser Praxis ist aus folgenden Gründen zuzustimmen:

Vorerst ist darauf hinzuweisen, dass dem **Inventar** nur die Funktion einer **vorläufigen Zusammenstellung** von Aktiven und allenfalls von Passiven zukommen kann.⁵⁹ Das Inventar begründet weder eine Vermutung dafür, dass die darin aufgeführten Aktiven zum Nachlass gehören, noch eine Vermutung dafür, dass nicht aufgeführte Aktiven nicht zum Nachlass gehören oder die im Inventar aufgenommenen Passiven nach Bestand und Umfang richtig sind.⁶⁰ Im Zweifelsfall ist der Richter dafür zuständig, über den Bestand solcher Rechte oder ihre Zugehörigkeit zum Inventarvermögen zu entscheiden.⁶¹ Aus dieser Perspektive muss die in der früheren Praxis dem Inventarnotar zugeschriebene „richterliche Funktion“⁶² doch stark relativiert werden.

Weiter stellt die Beurkundung eines Nachlassinventars nicht die Beurkundung einer Willenserklärung, sondern eine sog. **Sachbeurkundung** dar.⁶³ Anlässlich der Beurkundung von Feststellungen und Tatsachen sind – anders als bei Rechtsgeschäften – keine Parteien vorhanden, welche den Inhalt der Urkun-

⁵⁶ Siehe so die zusammenfassende Darstellung in der Meinungsäusserung der Justizdirektion vom 19. November 1990 zuhanden des Verbandes bernischer Notare, BN 51 (1990) 171.

⁵⁷ Vgl. schon früh (1943) THEO GUHL, Der Willensvollstrecker, BN 4 (1943) 25.

⁵⁸ Meinungsäusserung der Justizdirektion vom 19. November 1990 zuhanden des Verbandes bernischer Notare, BN 51 (1990) 171 f.

⁵⁹ MARTI (FN 16), Art. 23 NG N 14.

⁶⁰ Vgl. hinsichtlich des Erbschaftsinventars STEPHAN WOLF, Die Sicherungsmassregeln im Erbgang, ZBJV 135 (1999) 198.

⁶¹ Zum Ganzen MARTI (FN 16), Art. 23 NG N 14 f.

⁶² Siehe dazu vor FN 56.

⁶³ BN 51 (1990) 171; SANTSCHI (FN 34), Rz. 949; RUF (FN 25), Rz. 768.

de genehmigen müssten. Dementsprechend kennt das bernische Notariatsrecht keine formelle Beteiligung⁶⁴ für Sachbeurkundungen.⁶⁵

Ein Ausstandsgrund wäre – immer nach bernischem Recht – nur dann gegeben, wenn der Willensvollstrecker als Inventarnotar **materiell beteiligt** wäre. Bei einer Sachbeurkundung liegt eine materielle Beteiligung dann vor, wenn Tatsachen beurkundet werden, die für die Rechtslage einer bestimmten Person von unmittelbarer Bedeutung sind (vgl. Art. 27 Abs. 2 BE-NG: „... ihn betreffende Beurkundung“).⁶⁶ In diesem Sinne materiell beteiligt wäre der Notar dann, wenn er als Willensvollstrecker in seiner Rechtslage eine Bestätigung oder eine Veränderung erfahren oder ein neues Beweismittel erhalten würde.⁶⁷ Zu prüfen ist demnach, ob mit der Stellung eines Willensvollstreckers eine solche materielle Beteiligung verbunden ist.

Dem Willensvollstrecker kommt hinsichtlich des Nachlassvermögens eine in jeder Hinsicht **unabhängige Stellung** zu.⁶⁸ Diese gelangt insbesondere im eigenen und selbständigen Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Nachlassvermögen zum Ausdruck. Dabei wird der Willensvollstrecker aber nicht in eigenem, sondern in fremdem Interesse und für **fremdes Vermögen** tätig.⁶⁹ Eine ausstandsrechtlich relevante materielle Beteiligung am Nachlass läge nur dann vor, wenn der Willensvollstrecker zugleich auch Erbe wäre.⁷⁰ Der Notar nimmt somit im Rahmen der Errichtung eines Nachlassinventars keine ihn betreffende Beurkundung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 BE-NG vor.

Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass der Notar als Willensvollstrecker **nicht** davon **ausgeschlossen** ist, ein Nachlassinventar zu errichten.⁷¹

⁶⁴ Eine formelle Beteiligung ist dann gegeben, wenn jemand als Urkundspartei am Beurkundungsverfahren teilnimmt, sei es in eigener Sache oder als Vertreter; vgl. C. I. hievor.

⁶⁵ SANTSCHI (FN 34), Rz. 949.

⁶⁶ Siehe RUF (FN 25), Rz. 762.

⁶⁷ MARTI (FN 16), Art. 27 NG N 6; RUF (FN 25), Rz. 768.

⁶⁸ CLAUDE WETZEL, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, Zürich 1985 (Diss. Zürich 1984), S. 22, Rz. 52.

⁶⁹ WETZEL (FN 68), S. 22, FN 93.

⁷⁰ BGE 90 II 383; WETZEL (FN 68), S. 33, FN 163.

⁷¹ Zum Ganzen Meinungsäusserung der Justizdirektion des Kantons Bern vom 19. November 1990, BN 51 (1990) 172; SANTSCHI (FN 34), Rz. 946 ff., bes. 954 und FN 1227; RUF (FN 25), Rz. 769.

A.M. KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 19, wonach kein Recht eines zum Willensvollstrecker eingesetzten Notars besteht, das vom kantonalen Recht vorgesehene notarielle Erbschaftsins-

IV. Erbenschein

1. Anwendbare Ausstandsvorschriften

Die Beurkundung eines Erbenscheins erfolgt im kantonalen Verfahren. Damit sind die Ausstandsvorschriften des **kantonalen Rechts** anwendbar.

2. Beurteilung

Der Erbenschein gehört – wie das Inventar⁷² – zu den sog. **Sachbeurkundungen**. Ausstandsgründe können sich insofern nur aus der **materiellen Beteiligung** ergeben.⁷³ Eine materielle Beteiligung des Notars hinsichtlich des Nachlasses besteht aber nicht.⁷⁴

Die Beurkundung eines Erbenscheins in einem Nachlass, in dem der Notar als Willensvollstrecker fungiert, ist damit grundsätzlich zulässig.⁷⁵ Nur wenn im gleichen Erbenschein der Willensvollstrecker selbst – etwa im Sinne der Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses – ebenfalls aufgeführt würde, wäre die Urkundsperson materiell beteiligt und damit von der Beurkundung ausgeschlossen.

V. Veräußerungsgeschäfte über Nachlassobjekte

1. Beispiel

Notar N wird rogiert, einen Grundstückkaufvertrag zwischen den Erben des E – A, B und C – als Verkäufer und K als Käufer zu beurkunden. N ist Willensvollstrecker im Erbfall des E. Darf N den Kaufvertrag beurkunden?

ventar aufzunehmen; der dafür angerufene Entscheid BVR 1 (1976) 264 ff., 272, ist allerdings der alten bernischen Praxis entsprungen und nunmehr – wie dargelegt – überholt.

⁷² Vgl. dazu vorne, C.III.

⁷³ Siehe vorne, C. I. und C. III. 2.

⁷⁴ Vgl. schon die Ausführungen zum Nachlassinventar, vorne, C. III. 2., welche mutatis mutandis auch für den Erbenschein zutreffen.

⁷⁵ So schon GUHL (FN 57), S. 25.

2. Anwendbare Ausstandsvorschriften

Die Beurkundung von Veräußerungsgeschäften, insbesondere von Kaufverträgen, ist im kantonalen Verfahren vorzunehmen. Damit sind – unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Minimalanforderungen – die Ausstandsgründe des **kantonalen Notariatsrechts** maßgebend. Für Bern richtet sich die Ausstandspflicht nach Art. 27 BE-NG.⁷⁶

3. Beurteilung

Formell beteiligt am Abschluss des Kaufvertrages sind die am Beurkundungsverfahren teilnehmenden Parteien. Materiell beteiligt sind auf Seiten des Nachlassvermögens die Erben, und zwar unabhängig davon, ob sie selber an der Beurkundung mitwirken oder sich vertreten lassen.

Der Notar ist als **Willensvollstrecker** am Beurkundungsgegenstand **materiell nicht beteiligt**.⁷⁷ Es steht ihm als Willensvollstrecker zwar ein eigenes Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich des Nachlasses zu; dieser bleibt jedoch für ihn – sofern er nicht zugleich Erbe ist – ein **fremdes Vermögen**.⁷⁸ Der Kaufvertrag um ein Erbschaftsgrundstück betrifft also nicht Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers, sondern vielmehr solche der Erben.⁷⁹

Nach Ansicht der Kommentatoren sind nun aber die dem Willensvollstrecker zukommenden **Befugnisse den Erben entzogen**.⁸⁰ Das gilt dem Grundsatz nach insbesondere auch für das Verfügungsrecht über Nachlassobjekte.⁸¹ Bezogen auf die hier interessierende Fragestellung könnte das bedeuten, dass der Willensvollstrecker als Verfügungsberechtigter von Bundesrechts wegen an der Beurkundung des Veräußerungsgeschäftes teilnehmen müsste. Damit wäre er **formell beteiligt**,⁸² was für den Notar die Ausstandspflicht begründen würde.

⁷⁶ SANTSCHI (FN 34), Rz. 854.

⁷⁷ SANTSCHI (FN 34), Rz. 858, mit Hinweisen auf a.M. in FN 1200.

⁷⁸ WETZEL (FN 68), S. 22 und 33.

⁷⁹ Vgl. SANTSCHI (FN 34), Rz. 858.

⁸⁰ TUOR (FN 2), Art. 518 ZGB N 20; ESCHER (FN 2), Art. 518 ZGB N 11; KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 6 und 88.

⁸¹ Vgl. KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 6 und 88.

⁸² SANTSCHI (FN 34), Rz. 859.

Nun ist allerdings der Willensvollstrecker im Rahmen der ihm von Gesetzes wegen zustehenden Kompetenzen, in deren Bereich eigenes Handeln der Erben ausgeschlossen ist, nur beschränkt zur Veräusserung von Grundstücken berechtigt.⁸³ Ein Verfügungsrecht ohne Erfordernis der Zustimmung der Erben wird dem Willensvollstrecker für Grundstücke nur zur Geldbeschaffung, d.h. für die Erfüllung von Schulden bzw. die Ausrichtung von Barvermächtnissen, zuerkannt.⁸⁴ Ausserhalb dieser Fälle hat der Willensvollstrecker die Meinung der Erben einzuholen und kann mithin nicht frei handeln.⁸⁵ Sowohl in diesem letzten Fall als m.E. auch dann, wenn dem Willensvollstrecker eigene Verfügungsberechtigung zukommt, ist es möglich, dass er die **Verfügung durch die Erben oder eine Drittperson** wahrnehmen lässt.⁸⁶ Der Willensvollstrecker kann ausdrücklich oder konkludent auf einen Teil seiner Befugnisse verzichten, womit insoweit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis den Erben zusteht.⁸⁷

Treten am Kaufvertrag die Erben – oder von diesen bevollmächtigte Dritte – als Verkäufer im Beurkundungsverfahren auf, so bedarf es der Mitwirkung des Willensvollstreckers nicht. Wenn sich der Notar als Willensvollstrecker auf solche Weise jeder Mitwirkung am Veräusserungsgeschäft enthält, ist er formell nicht beteiligt und damit **nicht** von der Beurkundung **ausgeschlossen**.^{88 89}

VI. Erbteilung

1. Anwendbare Ausstandsvorschriften

Die Erbteilung ist Abschluss eines Rechtsgeschäftes und somit – wenn sie öffentlich beurkundet wird⁹⁰ – Beurkundung einer Willenserklärung. Die Ausstandspflichten der Urkundsperson richten sich deshalb unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Minimalanforderungen nach **kantonalem Recht**.

⁸³ Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (FN 13), S. 626.

⁸⁴ KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 40.

⁸⁵ KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 41.

⁸⁶ So SANTSCHI (FN 34), Rz. 859.

⁸⁷ Vgl. KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 6.

⁸⁸ Siehe im Ergebnis SANTSCHI (FN 34), Rz. 865.

⁸⁹ Wenn dagegen die Mitwirkung des Willensvollstreckers bei der Verfügung über Erbschaftssachen als erforderlich erachtet wird, wäre der als Verfügender mitwirkende Notar formell beteiligt, was eine Beurkundung durch ihn selbst ausschliessen würde.

⁹⁰ Gemäss Art. 634 ZGB genügt als Form die Schriftlichkeit, sofern nicht eine formlose Realteilung vorgenommen wird; siehe sogleich im Text.

Der Abschluss der Erbteilung ist allerdings auch als **formlose Realteilung** oder durch **schriftlichen Teilungsvertrag** möglich.⁹¹ In diesen Fällen bestehen **keine Ausstandspflichten** i.e.S., da keine öffentliche Beurkundung vorliegt. Notariatsrechtlich denkbar wäre höchstens, dass die Mitwirkung durch den Notar gegebenenfalls mit dem Ansehen des Berufsstandes nicht vereinbar wäre. Zivilrechtlich zu beachten ist auch beim Abschluss der Erbteilung in Schriftform, dass Selbstkontrahieren und Doppelvertretung grundsätzlich unzulässig sind.⁹²

2. Beurteilung (für den Fall des Abschlusses in öffentlicher Urkunde)

Wenn der Willensvollstrecker zugleich auch Notar ist, kann er einen Erbteilungsvertrag öffentlich beurkunden, sofern er dabei nicht Vertragspartei ist und nicht als Vertreter der Erben auftritt,⁹³ mithin also weder materiell noch formell beteiligt ist.

D. Aufsicht

I. Willensvollstrecker

Der Willensvollstrecker untersteht **behördlicher Aufsicht**. Das ergibt sich nicht direkt aus Art. 517 f. ZGB, wohl aber aus der Verweisung auf den amtlichen Erbschaftsverwalter und damit aus Art. 595 ZGB.⁹⁴ Zweck dieser Behördenaufsicht ist vor allem die Klärung von Fragen der Zweckmässigkeit des Vorgehens, des Vorwurfs der Inaktivität oder der Parteilichkeit des Willensvollstreckers.⁹⁵

⁹¹ Vgl. statt vieler PETER C. SCHAUFELBERGER, Kommentar zu Art. 634-640 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT), hrsg. v. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 634 ZGB N 1. Öffentliche Beurkundung ist nicht verlangt, und zwar auch dann nicht, wenn sich Grundstücke im Nachlass befinden, siehe BGE 118 II 397.

⁹² KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 48.

⁹³ Vgl. KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 19, mit Hinweis auf Rep. 1985, 176, 178

⁹⁴ TUOR (FN 2), Art. 518 ZGB N 27; ESCHER (FN 2), Art. 518 ZGB N 4; KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 2 und 97, m.w.N.

⁹⁵ DRUEY (FN 40), § 14 N 50.

Die Aufsicht über Willensvollstrecker bedeutet nicht ständige Überwachung. Vielmehr erschöpft sie sich im Einschreiten gegen willkürliche oder offensichtlich sachwidrige Anordnungen sowie gegen nachlässige Geschäftsführung. Die Behörde greift sodann in der Regel nur auf Beschwerde eines Beteiligten – d.h. insbesondere eines Erben oder eines anderweitig Bedachten – hin ein.⁹⁶ Die Aufsichtsbehörde ist dabei nur dafür zuständig, das formelle Vorgehen des Willensvollstreckers und die Angemessenheit seiner getroffenen Massnahmen zu prüfen. Fragen des materiellen Rechts – z.B. über die Gültigkeit oder die Auslegung einer Verfügung von Todes wegen, über Pflichtteile, Ausgleichung usw. – sind demgegenüber dem ordentlichen Zivilrichter zur Entscheidung übertragen.⁹⁷

Die Regelung der Aufsicht über die Willensvollstrecker und des Beschwerdeverfahrens ist Sache der **Kantone** (vgl. Art. 54 SchlT).⁹⁸ Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Bundesrecht (Art. 18 Abs. 2 GestG).⁹⁹

II. Notar

Der Notar seinerseits unterliegt als Urkundsperson der **staatlichen Notariatsaufsicht**.¹⁰⁰ Die Notariatsaufsicht findet insbesondere im Disziplinarrecht Ausdruck. Zweck desselben ist es, das ordnungsgemässe Funktionieren der öffentlichen Beurkundung und der dem Notariat übertragenen Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu sichern sowie das Vertrauen, das die Öffentlichkeit in das Notariat setzt, zu erhalten.¹⁰¹

In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Disziplinarrecht nicht nur auf die **hauptberufliche Tätigkeit** der Urkundsperson, sondern auch auf deren **nebenberufliche Tätigkeit**.¹⁰² Mithin ist die dem nebenberuflichen Aufgabenkreis des Notars zuzurechnende Willensvollstreckung ebenfalls davon erfasst. Allerdings

⁹⁶ ESCHER (FN 2), Art. 518 ZGB N 24; TUOR (FN 2), Art. 518 ZGB N 27 f.

⁹⁷ BGE 48 II 310; 49 II 15; TUOR (FN 2), Art. 518 ZGB N 30; ESCHER (FN 2), Art. 518 ZGB N 25.

⁹⁸ TUOR (FN 2), Art. 518 ZGB N 28; ESCHER (FN 2), Art. 518 ZGB N 26; KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 107.

⁹⁹ KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 106.

¹⁰⁰ Siehe RUF (FN 25), Rz. 294.

¹⁰¹ RUF (FN 25), Rz. 1119.

¹⁰² MARTI (FN 16), Art. 40 NG N 5. Vgl. auch RUF (FN 25), Rz. 1125.

untersteht nur der praktizierende Notar, d.h. die Urkundsperson mit Berufsausübungsbewilligung, der Notariatsaufsicht.¹⁰³

Die Aufsicht über das Notariat steht in der Kompetenz der **Kantone**.

III. Doppelte Aufsicht

Nach dem Gesagten untersteht der als Willensvollstrecker tätige Notar sowohl der Aufsicht über die Willensvollstrecker als auch derjenigen über das Notariat.^{104 105}

Die **Ansatzpunkte** der beiden Arten der Aufsicht sind **verschieden**: Die Willensvollstreckeraufsicht will das ordnungsgemässe Funktionieren der Tätigkeiten des Vollstreckers sicherstellen; das Disziplinarrecht für die Notare will die einwandfreie Berufsausübung der Urkundspersonen gewährleisten.¹⁰⁶ Die Aufsicht über die Willensvollstrecker erfasst somit die notarielle Berufstätigkeit dem Grundsatz nach nicht. Umgekehrt hat sich die Aufsichtsbehörde über das Notariat grundsätzlich nicht mit der materiell-rechtlichen Seite einer Willensvollstreckung und mit deren Ausführung im engeren Sinne zu befassen.¹⁰⁷

Der Notar, der zugleich als Willensvollstrecker tätig ist, hat mithin bei seiner Tätigkeit immer auch seine **allgemeinen Berufs- und Standespflichten** zu beachten.¹⁰⁸ Das könnte als Benachteiligung des Notars gegenüber Vertretern anderer Berufsgattungen, welche Willensvollstreckungen vornehmen, aber die sich aus der Berufsausübung als Notar ergebenden Regeln nicht zu beachten haben, erscheinen. Indessen zieht der Notar andererseits aus seiner zusätzlichen Unterstellung unter die Notariatsaufsicht insofern Nutzen, als dadurch das Vertrauen des Publikums in ihn erhöht wird.¹⁰⁹

¹⁰³ MARTI (FN 16), Art. 40 NG N 4; RUF (FN 25), Rz. 1124.

¹⁰⁴ KARRER (FN 1), Art. 518 ZGB N 97 und 111. Siehe auch für Rechtsanwälte Max. 1972 Nr. 61, S. 75 f.

¹⁰⁵ In aller Regel wird dabei nicht dieselbe Behörde zur Aufsicht über die Willensvollstrecker und zur Aufsicht über die Notare zuständig sein.

¹⁰⁶ MARTI (FN 16), Art. 40 NG N 1.

¹⁰⁷ Siehe ebenso für die Aufsichtsbehörde über Rechtsanwälte LGVE 1994 I Nr. 30, S. 37.

¹⁰⁸ Dabei im Vordergrund stehen dürfte die Generalklausel des Verbotes, gegen das Ansehen des Notariatsstandes zu verstossen. Vgl. dazu BVR 23 (1998) 82 f.

¹⁰⁹ Vgl. so auch für Anwälte JEAN-CLAUDE WENGER, Der Anwalt als Willensvollstrecker, in: Das Anwaltsgeheimnis, hrsg. v. Jürg Dubs, Lucas David und Jean-Claude Wenger, Zürich 1997,

E. Honorar

Der Willensvollstrecker hat einen Anspruch auf angemessene Vergütung (Art. 517 Abs. 3 ZGB). Der Anspruch ist bundesrechtlicher Natur. Kantonalrechtliche Gebühren sind für hauptberufliche Beurkundungstätigkeiten geschuldet und müssen für die Willensvollstreckung als eine dem Privatrecht unterworfenen nebenberuflichen Tätigkeit des Notars von vornherein entfallen.

Aber auch kantonale Honorarordnungen von Anwalts-, Notariats- oder anderen Berufsverbänden sind wegen der bundesrechtlichen Natur des Anspruches nicht verbindlich,¹¹⁰ sondern können höchstens als Anhaltspunkte beigezogen werden.¹¹¹

Das Bundesgericht hat in einem neuen, das zuhanden der Steuerbehörde vorgenommene Ausfüllen einer Erbschaftsanzeige durch einen Genfer Notar und Willensvollstrecker betreffenden Entscheid¹¹² bestätigt, dass die **Vergütung** des Willensvollstreckers **ausschliesslich nach den Bestimmungen des Bundesrechts** zu erfolgen hat. Demnach ist sie objektiv im Verhältnis zu den erbrachten Leistungen zu ermitteln und darf weder pauschal allein nach Massgabe des Wertes der Erbschaft bestimmt werden, noch nach dem Kriterium, ob der Willensvollstrecker Notar ist oder nicht. Wird für die Vergütung eines Notars betreffend die Ausfertigung einer Erbschaftsanzeige, welche dieser in seiner Eigenschaft als Willensvollstrecker erstellt hat, ohne weitere Prüfung der Tarif ad valorem – wie er vom kantonalen Reglement über die Entschädigung der Notare vorgesehen ist – angewendet, so verletzt dies den Vorrang des Bundesrechts.¹¹³

Ist der Notar – oder Anwalt – in seiner beruflichen Stellung als Willensvollstrecker tätig geworden, gilt für den Honoraranspruch – statt der üblichen Zehnjahresfrist (Art. 127 OR) – die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR.¹¹⁴

S. 60, mit Hinweis in FN 17 auf Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, hrsg. v. Verein Zürcherischer Rechtsanwälte, S. 15.

¹¹⁰ BGE 117 II 282, 284.

¹¹¹ Zum Ganzen KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 27 und 30, m.w.N.

¹¹² BGE 129 I 330 ff.

¹¹³ Vgl. zu diesem Entscheid auch die Ausführungen von ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar des Willensvollstreckers, hinten, S. 203 f.

¹¹⁴ KARRER (FN 1), Art. 517 ZGB N 34.