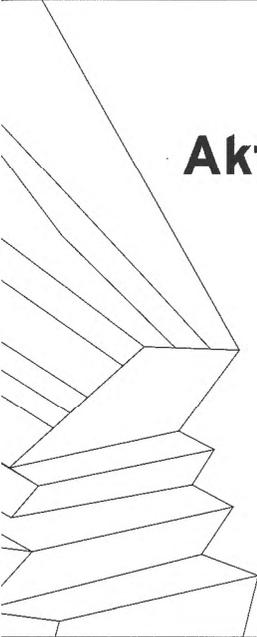


Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht  
Schriftenreihe von KENDRIS private AG

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](http://www.schulthess.com)

Stephan Wolf\*

## Die Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker

Inhaltsübersicht	Seite
A. Einleitung	108
B. Vorliegen einer Einigung unter den Erben	110
I. Ohne erblasserische Teilungsvorschriften	110
II. Mit erblasserischen Teilungsvorschriften	110
1. Zur Verbindlichkeit erblasserischer Teilungsvorschriften im Allgemeinen	110
2. Zur Verbindlichkeit erblasserischer Teilungsvorschriften bei gleichzeitiger Einsetzung eines Willensvollstreckers	111
C. Fehlen einer Einigung unter den Erben	113
I. Einleitende Bemerkungen	113
II. Die verschiedenen Auffassungen zur Teilungskompetenz des Willensvollstreckers	114
1. Die einzelnen, in unterschiedlichem Ausmass Teilungskompetenz des Willensvollstreckers bejahenden Auffassungen	114
a. Fristansetzung unter Androhung der Durchführung der Teilung	114
b. Befugnis des Willensvollstreckers zum Abschluss (subjektiv) partieller Erbteilungsverträge	115
c. Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage	115
2. Die Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers verneinende Auffassung	115
C. Beurteilung der verschiedenen Ansichten	115
I. Zur Fristansetzung unter Androhung der Durchführung der Teilung	115
II. Zur Befugnis des Willensvollstreckers zum Abschluss (subjektiv) partieller Erbteilungsverträge	119
III. Zur Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage	120
D. Zusammenfassung und Ergebnisse	121

---

\* 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](http://www.ziv.unibe.ch)) sowie des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis der Universität Bern ([www.inr.unibe.ch](http://www.inr.unibe.ch)), Schanzeneckstr. 1, Postfach 8573, 3001 Bern.  
Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

## A. Einleitung<sup>1</sup>

Zur Vornahme der Teilung der Erbschaft durch den Willensvollstrecker findet sich im Gesetz keine nähere Regelung. Zur Tätigkeit des Willensvollstreckers im Allgemeinen äussert sich Art. 518 ZGB. Dessen Abs. 2 sieht vor, dass der Willensvollstrecker den Willen des Erblassers zu vertreten hat und insbesondere als beauftragt gilt, „die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen“. Dieser Wortlaut ist offen und äussert sich zu den Befugnissen des Willensvollstreckers anlässlich der Erbteilung nicht konkret.

EUGEN HUBER, der Schöpfer des ZGB, hat das Institut der Willensvollstreckung seiner Funktion nach als eine Sicherungsmassregel im Sinne der Art. 554 ff. ZGB verstanden.<sup>2</sup> Der Willensvollstrecker wird denn insbesondere mit der Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 ZGB in Verbindung gebracht;<sup>3</sup> immerhin soll gegebenenfalls die Liquidation der Erbschaft nach Art. 596 ZGB – d.h. der ordentlichen amtlichen Liquidation – vorgenommen werden.<sup>4</sup> Die heutige Lehre und Praxis setzen demgegenüber – insofern mit der eben dargestellten Auffassung des Gesetzesredaktors nicht deckungsgleich – den Willensvollstrecker praktisch einhellig zu dem im Rahmen der amtlichen Liquidation auftretenden Erbschaftsliquidator (Art. 595 ff. ZGB) in Bezug.<sup>5</sup>

Unabhängig davon, ob der Willensvollstrecker funktionell als eine Sicherungsmassregel verstanden oder mit der amtlichen Liquidation in Verbindung gebracht wird, steht damit in jedem Fall von vornherein fest, dass ihm zumin-

dest dem Grundsatz nach keinerlei materielle Teilungsbefugnis zukommen kann. Denn Sicherungsmassregeln bezwecken immer nur die Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses, nicht aber dessen Liquidation und damit insbesondere auch nicht die Vornahme der Erbteilung. Die amtliche Liquidation ihrerseits dient der Abwicklung des Erbanges bis und mit Versilberung des Vermögens (vgl. Art. 596 Abs. 1 ZGB i.f.); weiter geht sie aber nicht, mithin wird die Erbteilung nicht von ihr erfasst.<sup>6</sup> Gesetzessystematisch befinden sich die Bestimmungen über die Willensvollstreckung (Art. 517 f. ZGB) im 14. Titel über „Die Verfügungen von Todes wegen“. Im 17. Titel über „Die Teilung der Erbschaft“ wird dagegen der Willensvollstrecker nicht mehr erwähnt.

Nach herrschender – und m.E. richtiger – Auffassung kann denn der Willensvollstrecker die Erbteilung nicht selbständig vornehmen. Die Teilung der Erbschaft wird vielmehr ausschliesslich den Erben selbst – als vertragliche Erbteilung – oder aber dem Richter – durch Erbteilungsurteil – vorbehalten.<sup>7</sup> Es besteht mithin ein **Dualismus zwischen privatautonomer und richterlicher Erbteilung**.

Dem Willensvollstrecker wird nun aber – und zwar gerade auch in der jüngeren Literatur – dennoch teilweise und zumindest für bestimmte Fälle Erbteilungsbefugnis zuerkannt. Darauf soll im Folgenden eingegangen werden. Dabei sind mehrere Situationen zu unterscheiden. Vorerst ist der Fall des Vorliegens einer **Einigung unter den Erben über die Teilung** zu betrachten.<sup>8</sup> Diese Situation lässt sich unterteilen in die beiden Varianten des Vorhandenseins von erblasserischen Teilungsvorschriften einerseits<sup>9</sup> und des Fehlens von solchen andererseits.<sup>10</sup> Alsdann ist der – mit Blick auf die Frage nach der Teilungskompetenz des Willensvollstreckers problematischere – Fall der **fehlenden Einigung der Erben** zu behandeln.<sup>11</sup> Schliesslich sind zusammenfassend die **Ergebnisse festzuhalten**.<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Vgl. zum Folgenden insgesamt STEPHAN WOLF, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2004, S. 220 ff.

<sup>2</sup> EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. I, 2. A., Bern 1914, S. 410 oben.

<sup>3</sup> HUBER (FN 2), S. 410.

<sup>4</sup> HUBER (FN 2), S. 411.

<sup>5</sup> BGE 48 II 310; BGE 66 II 150; PETER TUOR, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 2. A., Bern 1964, Art. 518 ZGB N 6; ARNOLD ESCHER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536 ZGB), 3. A., Zürich 1959, Art. 518 ZGB N 3; 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, Nedom Peter Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 518 ZGB N 1.

<sup>6</sup> Vgl. auch KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 1. Zur Aufgabe des Erbschaftsliquidators sodann neuerdings BGE 130 III 99.

<sup>7</sup> BGE 102 II 202; vgl. auch BGE 97 II 13 f.; PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Das Erbrecht, 2 Halbbände, Basel/Stuttgart 1978/81, S. 166 f.; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 14 N 68, § 16 N 6 und N 33 f.; KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 52.

<sup>8</sup> Vgl. hinten, B.

<sup>9</sup> Vgl. hinten, B. I.

<sup>10</sup> Vgl. hinten, B. II.

<sup>11</sup> Vgl. hinten, C.

<sup>12</sup> Vgl. hinten, D.

## B. Vorliegen einer Einigung unter den Erben

### I. Ohne erblasserische Teilungsvorschriften

Sind sich sämtliche Erben über die Teilung einig und fehlen Teilungsvorschriften des Erblassers, so **ist der Willensvollstrecker an die Willenseinigung der Erben gebunden**.<sup>13</sup> Es kommt diesfalls der für das Erbteilungsrecht zentrale Grundsatz der freien Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB) zum Tragen.<sup>14</sup> Danach können die Erben die Teilung frei vereinbaren. Sie bestimmen, ob, wann, wie und zu welchen Anrechnungswerten geteilt wird.<sup>15</sup> Sofern und soweit sich die Erben über die Erbteilung einig sind, ist für deren Abschluss und Durchführung ausschliesslich ihr Wille massgebend.<sup>16</sup>

### II. Mit erblasserischen Teilungsvorschriften

#### 1. Zur Verbindlichkeit erblasserischer Teilungsvorschriften im Allgemeinen

Gemäss Art. 608 Abs. 2 ZGB sind Teilungsvorschriften des Erblassers – unter Vorbehalt der Ausgleichung bei einer Ungleichheit der Teile – für die Erben **verbindlich**. Demnach kann jeder einzelne Erbe die Einhaltung der Teilungsvorschrift verlangen und diese falls erforderlich gerichtlich durchsetzen.<sup>17</sup> Der Teilungsvorschrift kommt in zweierlei Hinsicht verpflichtende Wirkung gegenüber den Erben zu: Einerseits hat der daraus berechnete Erbe Anspruch auf Durchsetzung gegenüber seinen Miterben; andererseits ist er aber gegenüber

<sup>13</sup> BGE 97 II 17; TUOR (FN 5), Art. 518 ZGB N 16; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/ JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, S. 545; KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 57; CAROLINE SCHULER-BUCHE, L'exécuteur testamentaire, l'administrateur officiel et le liquidateur officiel: étude et comparaison, Diss. Lausanne, Zürich 2003, S. 82 f.

<sup>14</sup> BGE 108 II 537.

<sup>15</sup> 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, S. 141 f.

<sup>16</sup> BGE 97 II 16.

<sup>17</sup> PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640 ZGB), 2. A., Bern 1966, Art. 608 ZGB N 9; ESCHER (FN 5), Art. 608 ZGB N 3; vgl. auch PETER C. SCHAUFELBERGER, Kommentierung von Art. 602-619 ZGB, in: Basler 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. 608 ZGB N 6.

seinen Miterben – bei zwingender Ausgestaltung der Teilungsvorschrift – auch zur Übernahme des ihm zugewiesenen Erbschaftsobjektes verpflichtet.<sup>18</sup>

Trotz der Bindungswirkung der Teilungsvorschrift **können die einstimmigen Erben** allerdings nach einhelliger Ansicht **den Nachlass anders teilen**, als es der Erblasser angeordnet hat.<sup>19</sup> Solchenfalls kommt dem Prinzip der freien Erbteilung absoluter Vorrang nicht nur gegenüber gesetzlichen, sondern auch gegenüber erblasserischen Teilungsvorschriften zu.<sup>20</sup> Verlangt allerdings nur einer der Erben die Respektierung einer Teilungsvorschrift, so ist und bleibt diese verbindlich.<sup>21</sup>

#### 2. Zur Verbindlichkeit erblasserischer Teilungsvorschriften bei gleichzeitiger Einsetzung eines Willensvollstreckers

Einzugehen ist nunmehr auf die weitere Frage, ob die einstimmigen Erben die Erbteilung auch dann in Abweichung von den Teilungsvorschriften des Erblassers vornehmen können, wenn dieser einen **Willensvollstrecker** eingesetzt hat. Die Frage war während langer Zeit umstritten.<sup>22</sup>

Die ältere Lehre ging davon aus, der Willensvollstrecker könne Teilungsvorschriften des Erblassers in der Erbteilung auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben durchsetzen.<sup>23</sup>

Die neuere und heute überwiegende Auffassung hält demgegenüber dafür, dass **die übereinstimmenden Erben** – unter Vorbehalt der Rechts- und Sittenwidrigkeit – **die Erbteilung selbst dann in Abweichung von erblasserischen Teilungsvorschriften vornehmen können, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist**.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Siehe MATTHIAS STEIN-WIGGER, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit erblasserischer Teilungsvorschriften, AJP 10 (2001) 1138 m.w.N.

<sup>19</sup> ESCHER (FN 5), Art. 608 ZGB N 3; TUOR/PICENONI (FN 17), Art. 608 ZGB N 9; SCHAUFELBERGER (FN 17), Vorbem. zu Art. 607-619 ZGB N 9, Art. 607 ZGB N 5 und Art. 608 ZGB N 10.

<sup>20</sup> Vgl. SCHAUFELBERGER (FN 17), Art. 607 ZGB N 5.

<sup>21</sup> Vgl. ESCHER (FN 5), Art. 607 ZGB N 1.

<sup>22</sup> Vgl. STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1139.

<sup>23</sup> ESCHER (FN 5), Art. 518 ZGB N 17 und Art. 608 ZGB N 3; TUOR (FN 5), Art. 518 ZGB N 1 und 16.

<sup>24</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (FN 13), S. 677; PIOTET (FN 7), S. 166 f. und 866; DRUEY (FN 7), § 16 N 61; BREITSCHMID (FN 15), S. 145; KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 57;

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Der Willensvollstrecker kann Teilungsvorschriften des Erblassers nicht gegen den übereinstimmenden Willen aller Erben durchsetzen. Das ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass unter den Erben über die Teilung Einigkeit besteht.<sup>25</sup> Diese Einigkeit ist denn im hier interessierenden Zusammenhang in mehrfacher Hinsicht von Relevanz.

Vorerst ist eine allgemeine Betrachtung anzustellen: Mit dem Erbgang sind die Erben zu den an der Erbschaft materiell berechtigten Personen geworden. Als solche sind sie bei Einstimmigkeit in der Lage, die Rechte der Erbschaft auszuüben (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB, wonach die Erben Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände werden und gemeinsam über die Rechte der Erbschaft verfügen). Kommen die Erben als die am Nachlass Berechtigten überein, die Erbteilung auf andere Weise vorzunehmen, als es der Erblasser angeordnet hat, so stellt das einen Akt der Ausübung ihrer eigenen – kraft Erbanges erworbenen – Rechte dar. Diese **eigene Rechtsausübung** seiner Erben vermag der Erblasser nicht mehr zu beeinflussen.

Ein Zweites kommt hinzu: Besteht unter den Erben Einstimmigkeit über die Vornahme der Teilung, so liegt damit immer auch ein **Verzicht des** aus der Teilungsvorschrift **berechtigten Miterben** auf seinen Anspruch vor. Verzichtet aber der mittels einer Teilungsvorschrift bedachte Erbe auf seine Berechtigung – und verlangt keiner seiner Miterben die Durchsetzung der entsprechenden Teilungsvorschrift –, so kann ihm diese Berechtigung nicht durch den Willensvollstrecker ausgerichtet werden, denn soweit das diesbezügliche Recht nicht überhaupt bereits untergegangen ist, fehlt es jedenfalls an dem dazu erforderlichen Akzept.

Schliesslich ist auf ein Drittes hinzuweisen: Würde – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon ausgegangen, der Willensvollstrecker könne erblasserische Teilungsvorschriften zwangsweise gegen den Willen sämtlicher Erben durchsetzen, so bliebe es den einstimmigen Erben dennoch unbenommen, die auf solche Weise ausgeführte Teilung wiederum **rückgängig zu machen**.

SCHAUFELBERGER (FN 17), Art. 608 ZGB N 11; HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Zürich 2000, S. 32 f., 65 und 283 f.; STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1139; SCHULER-BUCHE (FN 13), S. 86.

Für Bindung des Willensvollstreckers an einen vom Erblasserwillen abweichenden übereinstimmenden Willen der Erben in Zusammenhang mit einer angeordneten Enterbung auch BGE 85 II 603.

<sup>25</sup> Zum Folgenden ausführlicher WOLF (FN 1), S. 226 ff.

Damit könnten die Erben das ihrem übereinstimmenden Willen entsprechende Ergebnis letztlich doch herstellen. Das Beharren auf der zwangsweisen Durchsetzung von Teilungsvorschriften durch den Willensvollstrecker muss sich damit als unnützlich erweisen. Mit Blick auf die den Erben für die Rückabwicklung und Neuordnung der Verhältnisse entstehenden Kosten und Umtriebe lässt sich m.E. gar von einer Schikane sprechen.<sup>26</sup>

Damit gelangen wir zu folgendem **Ergebnis**: Der Erblasser vermag seine Vorschriften über die Teilung der Erbschaft gegenüber den Erben gegen deren anderslautende Willenseinigung auch dann nicht durchzusetzen, wenn er einen Willensvollstrecker einsetzt.<sup>27</sup> Gegen eine interne Willenseinigung unter den Erben kann somit eine Willensvollstreckung nicht erfolgen. Insgesamt kommt dem Willensvollstrecker eine dienende sowie im Hinblick auf die Erbteilung eine vorbereitende und vermittelnde Aufgabe zu, mit der keinerlei autoritative Teilungsbefugnis verbunden ist.<sup>28</sup>

## C. Fehlen einer Einigung unter den Erben

### I. Einleitende Bemerkungen

Sind sich die Erben über die Vornahme der Erbteilung uneinig, so bleibt der Weg zum Abschluss einer vertraglichen Teilung gemäss Art. 634 ZGB verschlossen.<sup>29</sup> Das ZGB sieht für diesen Fall die Möglichkeit der Erhebung einer Teilungsklage vor, welche jedem einzelnen Erben (vgl. Art. 604 Abs. 1 ZGB) gewährt wird. Der Erbteilungsanspruch stellt ein individuelles Erbenrecht dar, das jeder Miterbe für sich allein ausüben kann.<sup>30</sup> Die Erhebung der Teilungsklage führt – bei entsprechendem, umfassendem Rechtsbegehren des Klägers<sup>31</sup> – zur Vornahme der Erbteilung durch den **Richter**.

<sup>26</sup> Vgl. LIONEL HARALD SEEGER, *Die richterliche Erbteilung*, Diss. Freiburg 1992, S. 24 f.

<sup>27</sup> Siehe auch SCHULER-BUCHE (FN 13), S. 86 f.

<sup>28</sup> DRUEY (FN 7), § 14 N 68; § 16 N 33 f.; siehe auch SCHULER-BUCHE (FN 13), S. 86 f. Vgl. zur Umschreibung der Aufgabe des Willensvollstreckers neuerdings BGE 5P.440/2002 vom 23. Dezember 2002, II. Zivilabteilung, Erw. 2.2.: „Ziel der Willensvollstreckung ist die Vorbereitung der Erbteilung. Der Willensvollstrecker hat dabei die Teilungswünsche der Erben zu berücksichtigen ...“.

<sup>29</sup> Denkbar bleibt immerhin die Möglichkeit einer Erbanteilsabtretung i.S.v. Art. 635 ZGB; siehe dazu WOLF (FN 1), S. 232.

<sup>30</sup> Ausführlich zum Teilungsanspruch des Miterben WOLF (FN 1), S. 53 ff.

Wohl in der – gutgemeinten – Absicht, den Erben eine richterliche Erbteilung zu ersparen, sind für den Fall der Uneinigkeit der Erben über die Erbteilung in der Literatur sowie in der Praxis einzelner kantonaler Behörden verschiedene Vorschläge gemacht worden, welche in je unterschiedlicher Weise eine beschränkte Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers befürworten.

Im Einzelnen vertreten werden die folgenden drei Varianten: Fristansetzung unter Androhung der Durchführung der Teilung,<sup>32</sup> Abschluss (subjektiv) partieller Erbteilungsverträge<sup>33</sup> und Einräumung der Aktivlegitimation zur Erbteilungsklage.<sup>34</sup> Zu diesen drei dem Willensvollstrecker in unterschiedlichem Ausmass Teilungsbefugnisse zuerkennenden Meinungen gesellt sich schliesslich eine vierte, nämlich die Gegenansicht, wonach dem Willensvollstrecker keinerlei Teilungskompetenz zukommt.<sup>35</sup>

## II. Die verschiedenen Auffassungen zur Teilungskompetenz des Willensvollstreckers

### 1. Die einzelnen, in unterschiedlichem Ausmass Teilungskompetenz des Willensvollstreckers bejahenden Ansichten

#### a. Fristansetzung unter Androhung der Durchführung der Teilung

Gemäss mehreren Urteilen des Obergerichts des Kantons Zürich (sog. „Zürcher Praxis“) kann der Willensvollstrecker den Erben eine Frist zur Annahme seines Teilungsvorschlages oder – wenn sie damit nicht einverstanden sind – zur Erhebung der Teilungsklage ansetzen. Diese Fristansetzung kann er mit der Androhung verbinden, dass bei unbenutztem Fristablauf die Teilung seinem Plan gemäss ausgeführt werde.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Siehe BGE 101 II 41 und dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (FN 13), S. 678.

<sup>32</sup> Vgl. hinten, C. II. 1 a.

<sup>33</sup> Vgl. hinten, C. II. 1 b.

<sup>34</sup> Vgl. hinten, C. II. 1 c.

<sup>35</sup> Vgl. hinten, C. II. 2.

<sup>36</sup> Vgl. ZR 60 (1961) Nr. 84, S. 181 ff. (Obergericht Zürich, II. ZK). Vgl. ähnlich auch BJM 1968, S. 27 (Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt).

### b. Befugnis des Willensvollstreckers zum Abschluss (subjektiv) partieller Erbteilungsverträge

Nach einer weiteren Ansicht soll der Willensvollstrecker zum Abschluss subjektiv partieller Erbteilungsverträge mit denjenigen Erben befugt sein, die mit seinem Teilungsvorschlag einverstanden sind.<sup>37</sup>

### c. Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage

Eine dritte Auffassung schliesslich vertritt – in Wiederaufnahme einer in der älteren Literatur minderheitsweise vertretenen Ansicht – die Meinung, der Willensvollstrecker sei zur Erbteilungsklage aktivlegitimiert.<sup>38</sup>

## 2. Die Teilungsbefugnis des Willensvollstreckers verneinende Auffassung

Nach einer anderen Auffassung schliesslich steht dem Willensvollstrecker keinerlei Teilungskompetenz zu. Für den Fall, dass eine Einigung der Erben nicht zustandekommt, bleibt dem Willensvollstrecker nur die Wahl, sein Amt niederzulegen oder seine Teilungsbemühungen trotz ausbleibenden Erfolges fortzusetzen.<sup>39</sup>

## III. Beurteilung der verschiedenen Ansichten

### 1. Zur Fristansetzung unter Androhung der Durchführung der Teilung

Die Möglichkeit der Fristansetzung zur Annahme seines Teilungsvorschlages bzw. zur Erhebung der Teilungsklage mit selbständiger Befugnis des Willensvollstreckers zur Erbteilung nach unbenutztem Fristablauf (sog. „Zürcher

<sup>37</sup> ARMAND MAURICE PFAMMATTER, Erblasserische Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB), Diss. Zürich 1993, S. 23.

<sup>38</sup> KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 66; vgl. auch KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 84.

<sup>39</sup> VITO PICENONI, Probleme aus der Willensvollstreckung, ZBGR 50 (1969) 173 f.; PETER HAUSER, Der Erbteilungsvertrag, Diss. Zürich 1973, S. 65 ff., S. 70; DRUEY (FN 7), § 14 N 68, § 16 N 33; BREITSCHMID (FN 15), S. 149 ff.; STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1144 ff.

Praxis“) ist unter Berücksichtigung der Regelung der Erbteilung im ZGB zu prüfen.

Das Gesetz sieht vor, dass rechtsgeschäftlich die Erben (Art. 634 ZGB) oder im Zivilprozess der Richter (Art. 604 Abs. 1 ZGB) die Teilung vornehmen können. Eine dritte Möglichkeit, die Erbteilung zum Abschluss zu bringen, kennt das ZGB nicht.

Wird nun dennoch zusätzlich auch dem Willensvollstrecker die Befugnis zum Abschluss der Teilung eingeräumt, so hat das zur Folge, dass er gewissermassen entweder anstelle der Erben das **Rechtsgeschäft** der Erbteilung herstellen oder aber die Teilung aus eigenem Recht, mithin **autoritativ**, vornehmen kann.<sup>40</sup>

Damit fragt sich vorerst, ob der Willensvollstrecker in der Lage ist, den Rechtsgrund der Erbteilung herzustellen. Das ist offensichtlich nicht der Fall. Denn die von Art. 634 ZGB für die vertragliche Teilung verlangten Willenserklärungen der Erben als der materiell am Nachlass berechtigten Personen und die dafür einzuhaltenden Formen lassen sich nicht durch blossen Fristablauf ersetzen.<sup>41</sup> Art. 634 ZGB verlangt für den rechtsgeschäftlichen Abschluss der Teilung eine Willenseinigung aller Erben und die Wahrung der Formen des schriftlichen Teilungsvertrages oder einer Realteilung. In Anbetracht dieser Voraussetzungen muss sich eine Fiktion der stillschweigenden Zustimmung der Erben zum Teilungsentwurf des Willensvollstreckers durch blossen unbenützten Ablauf der Frist als unhaltbar erweisen.<sup>42</sup>

Im Weiteren würde eine Befugnis des Willensvollstreckers zur Fristansetzung mit Androhung der Ausführung der Teilung auch mehreren erbrechtlichen Grundsätzen widersprechen, nämlich dem jederzeitigen Teilungsanspruch der Miterben (Art. 604 Abs. 1 ZGB) und dem Prinzip der freien Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB).<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Siehe WOLF (FN 1), S. 234 m.w.N.

<sup>41</sup> DRUEY (FN 7), § 16 N 34; SEEBERGER (FN 26), S. 29; PFAMMATTER (FN 37), S. 19 f.; BREITSCHMID (FN 15), S. 149. Vgl. so wohl auch BGE 102 II 202.

<sup>42</sup> HAUSER (FN 39), S. 70.

<sup>43</sup> SEEBERGER (FN 26), S. 29; vgl. auch HAUSER (FN 39), S. 69; STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1145 f. m.w.N.

Im Immobiliarsachenrecht findet sich denn auch bezeichnenderweise eine positivrechtliche Bestimmung, welche die Vornahme der Erbteilung durch den Willensvollstrecker ohne Zustimmung der Erben explizit ausschliesst. Art. 18 Abs. 1 lit. b GBV verlangt nämlich als Rechtsgrundaussweis für die Erbteilung gemäss Art. 634 ZGB eine schriftliche Zustimmungserklärung aller Miterben oder einen schriftlichen Teilungsvertrag.<sup>44</sup> Diese Bestimmung der Grundbuchverordnung statuiert nicht eine Sondervorschrift für Grundstücke, sondern gibt m.E. die bestehende Rechtslage zutreffend wieder. Im Unterschied zu der ihm versagten Erbteilung kann dagegen der Willensvollstrecker richtigerweise im Falle eines Vermächtnisses über Grundstücke verfügen (Art. 18 Abs. 1 lit. c GBV), denn hier geht es um die Liquidation der Erbschaft gegenüber einem Dritten – nämlich eben dem Legataren –, und dazu ist der Willensvollstrecker in der Lage.

Bedenken gegenüber einer Fristansetzung mit Androhung der zwangsweisen Durchführung der Teilung müssen auch aus prozessrechtlicher Optik erhoben werden. Das vorgeschlagene Vorgehen verstösst nämlich insofern, als es die dem Teilungsvorschlag des Willensvollstreckers nicht zustimmenden Erben auf die Erhebung einer Klage oder Beschwerde innert der gesetzten Frist verweist, gegen das Verbot der Klageprovokation.<sup>45</sup>

Zu prüfen bleibt damit die Frage, ob dem Willensvollstrecker autoritative Teilungsbefugnis zukommt. Dem Willensvollstrecker müsste insofern eine gleiche Stellung wie dem Richter eingeräumt werden.

Eine solche Befugnis des Willensvollstreckers, die Erbteilung aus eigenem Recht – mithin ohne bzw. gegen den Willen der Erben – vorzunehmen, ist ebenfalls zu verneinen. Die autoritative Erbteilungskompetenz steht nach dem System des ZGB ausschliesslich dem Zivilrichter zu (vgl. Art. 604 ZGB).<sup>46</sup> Die Tätigkeit des Willensvollstreckers ist – im Gegensatz zu jener des Zivilrichters – nicht der streitigen Gerichtsbarkeit zuzuordnen.

<sup>44</sup> Für die alternativ bestehende Möglichkeit der Vornahme der Teilung durch Urteil des Erbteilungsrichters ist demgegenüber Art. 18 Abs. 2 lit. d GBV massgebend. Siehe dazu auch ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Diss. St. Gallen 1999, S. 82.

<sup>45</sup> HAUSER (FN 39), S. 70; ablehend auch STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1145 f. A.M. CLAUDE WETZEL, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers unter besonderer Berücksichtigung seines Anspruchs auf Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB, Diss. Zürich 1985, S. 28 N 69.

<sup>46</sup> Siehe auch SCHULER-BUCHE (FN 13), S. 87.

Fragen kann sich schliesslich noch, ob der Testator den Willensvollstrecker zum Schiedsrichter unter seinen Erben einsetzen kann. Auch das ist nicht der Fall. Denn damit würde dem Testator erlaubt, Dritte – eben seine dereinstigen Erben – durch einseitige Erklärung dem ordentlichen Richter zu entziehen. Das aber verstösst gegen den Grundsatz der freien Parteidisposition im Schiedsverfahren.<sup>47</sup>

Ein Weiteres spricht gegen die Zuerkennung autoritativer Teilungsbefugnis an den Willensvollstrecker: Der Willensvollstrecker ist – und zwar gerade dann, wenn Uneinigkeit unter den Erben besteht – kraft seiner Aufgabe immer bereits in die Nachlassabwicklung involviert. Könnte ihn der Erblasser zugleich zum Schiedsrichter bestellen, würde den Erben die Möglichkeit der Überprüfung durch den ordentlichen Zivilrichter entzogen. Der Willensvollstrecker seinerseits würde damit, da jeweils seine eigene Position oder jedenfalls seine eigene Tätigkeit stets auch mit in Frage stünde, zum Richter in eigener Sache erhoben.<sup>48</sup> Unter dem Aspekt des Richtens in eigener Sache ganz besonders krass erschiene dabei der Fall, in dem ein Miterbe als Willensvollstrecker eingesetzt wäre, was nach einhelliger – und richtiger – Auffassung<sup>49</sup> zulässig ist. Der als Willensvollstrecker eingesetzte Miterbe könnte damit die anderen Erben bei der Teilung nach Belieben dominieren. Ein solches Richten in eigener Sache verstösst aber gegen das Erfordernis der Unbefangenheit und der Unabhängigkeit des Schiedsrichters.<sup>50</sup> Es muss deshalb ausgeschlossen sein.<sup>51</sup>

Damit gelangen wir zu folgendem **Ergebnis**: Der Willensvollstrecker kann weder anstelle der Erben durch Rechtsgeschäft die Erbteilung zum Abschluss bringen noch stehen ihm aus eigenem Recht autoritative Teilungsbefugnisse zu. Der Willensvollstrecker hat bloss jene Aufgaben – nämlich Vorbereitungshandlungen zur Teilung wie insbesondere die Bildung der Lose gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB – zu erfüllen, die bei seinem Fehlen der Teilungsbehörde oblägen.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Vgl. WETZEL (FN 45), S. 25 N 61.

<sup>48</sup> HANSJÜRIG BRACHER, Der Willensvollstrecker, insbesondere im zürcherischen Zivilprozessrecht, Zürich 1966 (Diss. Zürich 1965), S. 38; WETZEL (FN 45), S. 48 N 133.

<sup>49</sup> ESCHER (FN 5), Art. 517 ZGB N 5; TUOR (FN 5), Art. 517 ZGB N 4; PIOTET (FN 7), S. 157; DRUEY (FN 7), § 14 N 73; KARRER (FN 5), Art. 517 ZGB N 8.

<sup>50</sup> BGE 92 I 275 f.; dazu auch: WETZEL (FN 45), S. 48 N 133 m.w.N.

<sup>51</sup> BRACHER (FN 48), S. 38; WETZEL (FN 45), S. 48 N 133. Gegen die Möglichkeit der testamentarischen Einsetzung des Willensvollstreckers als Schiedsrichter auch: PIOTET (FN 7), S. 168; KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 11. A.M. TUOR (FN 5), Art. 518 ZGB N 19. Vgl. dazu auch WOLF (FN 1), S. 242 m.w.N. in Anm. 1389.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 108 II 538; 102 II 202 f.; 97 II 17.

## 2. Zur Befugnis des Willensvollstreckers zum Abschluss (subjektiv) partieller Erbteilungsverträge

Nach diesem Vorschlag soll der Willensvollstrecker als Vertreter sämtlicher Erben anstelle der Erbengemeinschaft über die dem oder den teilungswilligen Miterben zuzuweisenden Erbschaftssachen verfügen können.<sup>53</sup> Der Teilungsvertrag wird dadurch abgeschlossen, dass der Willensvollstrecker „nur auf seiten der Erbengemeinschaft handelt und den Konsens des oder der einzelnen ausscheidenden Erben braucht“.<sup>54</sup>

Diese Auffassung beruht auf nicht zutreffenden Annahmen.<sup>55</sup> Der Willensvollstrecker ist gerade **nicht Vertreter der Gesamtheit der Erben**.<sup>56</sup> Er ist von Gesetzes wegen nicht ermächtigt,<sup>57</sup> für die Erbengemeinschaft einen Vertrag mit einem einzelnen teilungswilligen Erben abzuschliessen.<sup>58</sup>

Ohnehin lässt sich die Erbteilung nicht als ein Geschäft zwischen der Erbengemeinschaft und den einzelnen Erben qualifizieren.<sup>59</sup> Vielmehr ergibt sich aus der nunmehr herrschenden Auffassung über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand eine andere Konzeption: Die Erbengemeinschaft ist als solche kein Rechtssubjekt. Subjekte sind einzig die mehreren Miterben. Deshalb stellt die Erbteilung ein **ausschliesslich unter den einzelnen Miterben als den beteiligten Parteien abzuschliessendes Rechtsgeschäft** dar.<sup>60</sup>

Die Einräumung der Kompetenz zur Vornahme partieller Erbteilungen an den Willensvollstrecker kommt im Weiteren einer **Missachtung mehrerer grundlegender Rechte der nicht teilungswilligen Erben** gleich. Kann der Willensvollstrecker den im Sinne seines Vorschlages teilungswilligen Erben Nachlassobjekte zuweisen, so steht nämlich den am Teilungsvorgang nicht be-

<sup>53</sup> PETER WEIMAR, Die Erbschaftsteilung als Erfüllungs- und Verfügungsgeschäft, in: Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, S. 456; PFAMMATTER (FN 37), S. 23.

<sup>54</sup> WEIMAR (FN 53), S. 456.

<sup>55</sup> Vgl. schon für begrifflich-konstruktive Schwierigkeiten des Vorschlages WOLF (FN 1), S. 243 ff.

<sup>56</sup> Siehe auch KARRER (FN 5), Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB N 8.

<sup>57</sup> Nicht ausgeschlossen ist demgegenüber natürlich, dass der Willensvollstrecker mit einer Vollmacht sämtlicher Erben ausgestattet würde. Diese Situation bestünde allerdings vollkommen unabhängig von der Willensvollstreckung, eben allein gestützt auf die Vollmachtserteilung.

<sup>58</sup> BGE 102 II 202; KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 65. Ablehnend ebenfalls: BREITSCHMID (FN 15), S. 150 f.; STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1145; KÜNZLE (FN 24), S. 289.

<sup>59</sup> So aber WEIMAR (FN 53), S. 456, und PFAMMATTER (FN 37), S. 23.

<sup>60</sup> WOLF (FN 1), S. 245 f.

teiligten übrigen Erben nur noch die verbleibende Erbschaft zur späteren Liquidation zur Verfügung. Damit aber wird einerseits der **Grundsatz der Gleichbehandlung der Erben** (Art. 607 Abs. 1 und Art. 610 Abs. 1 ZGB)<sup>61</sup> und andererseits der **Naturalteilungsanspruch** der nicht teilungswilligen Erben verletzt.<sup>62</sup>

Demnach gelangen wir zum **Ergebnis**, dass dem Willensvollstrecker keinerlei Befugnis zum Abschluss partieller Teilungsverträge mit einzelnen Miterben zustehen kann.

Damit ist aber nicht etwa zugleich auch gesagt, dass der Willensvollstrecker nicht versuchen soll, auf dem Wege der partiellen Teilung eine Lösung zu suchen.<sup>63</sup> Es kann durchaus angezeigt sein, den Erben eine Teil-Teilung vorzuschlagen. Partielle Teilungen können aber eben nicht zwangsweise ausgeführt, sondern nur unverbindlich vorgeschlagen werden. Möglicherweise lässt sich auf diese Weise eine festgefahrene Erbschaftsliquidation deblockieren und in der Folge – unter Umständen – mittels mehrerer Teil-Teilungen eine Gesamteinigung erzielen.<sup>64</sup> Die Realisierung des Vorschlages ist aber freilich immer nur mit dem Konsens der Erben möglich.<sup>65</sup>

### 3. Zur Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage

Wird die Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage bejaht, so kommt das einem **Aufzwingen der Erbteilung** gegenüber den Erben gleich.

Der Abschluss der Erbteilung als Rechtsgeschäft kann den Erben nicht von einem Dritten, und zwar auch nicht vom Willensvollstrecker, aufgezwungen

<sup>61</sup> Gl.M. KÜNZLE (FN 24), S. 289 FN 157.

<sup>62</sup> Vgl. BREITSCHMID (FN 15), S. 151. Zum Anspruch auf naturale Zuweisung im Allgemeinen DRUEY (FN 7), § 16 N 50 ff.

<sup>63</sup> Siehe auch allgemein DRUEY (FN 7), § 16 N 33, wonach der Willensvollstrecker, obgleich zur Teilung selber nicht befugt, diese doch durch einen Teilungsvorschlag „ins Rollen zu bringen“ hat.

<sup>64</sup> Vgl. BREITSCHMID (FN 15), S. 150 f.

<sup>65</sup> WOLF (FN 1), S. 248 f.

werden.<sup>66</sup> Dies ist bereits aus allgemeinen privatrechtlichen Grundüberlegungen ausgeschlossen. Im Übrigen kann es durchaus sein, dass die Erben – vielleicht gar aus guten Gründen – die Auseinandersetzung auf einen späteren Zeitpunkt verschieben wollen.<sup>67</sup> Es ist allein an ihnen als den materiell am Nachlass Berechtigten, darüber zu befinden, wann sie teilen wollen.

Die Zuerkennung der Aktivlegitimation zur Erhebung der Erbteilungsklage an den Willensvollstrecker verstösst denn auch gegen den individuellen und – solange Nachlassvermögen vorhanden ist – unverjähren Teilungsanspruch jedes Miterben (Art. 604 Abs. 1 ZGB) sowie gegen den Grundsatz der freien Erbteilung (Art. 607 ZGB). Ausserdem erweist sich eine Aktivlegitimation des Willensvollstreckers als mit den rechtsgeschäftlichen Abschlussmöglichkeiten der Erbteilung (Art. 634 ZGB) nicht vereinbar.

Wir gelangen zu folgendem **Ergebnis**: Ein Zwang der Erben zum Abschluss der Erbteilung seitens Dritter, wozu auch der Willensvollstrecker gehört, muss als privatrechtswidriger Eingriff in die Autonomie der Erben verworfen werden. Die Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage lässt sich weder aus dem Gesetz noch aus den „Grundprinzipien der Willensvollstreckung“ ableiten.<sup>68</sup> Sie erweist sich letztlich als mit dem System der Erbteilung, wie es im ZGB zum Ausdruck gelangt, unvereinbar. Mit der h.L.<sup>69</sup> ist deshalb die Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage zu verneinen.

## D. Zusammenfassung und Ergebnisse

Der Willensvollstrecker kann – das ist unbestritten und hier liegt seine eigentliche Aufgabe – die Erbteilung vorbereiten<sup>70</sup> und sie gestützt auf ein Rechtsgeschäft der Erben oder ein Urteil des Richters vollziehen.

<sup>66</sup> ESCHER (FN 5), Art. 518 ZGB N 17 i.f.; TUOR (FN 5), Art. 518 ZGB N 17 i.f.; SCHAUFELBERGER (FN 17), Art. 604 ZGB N 20. Siehe auch BGE 102 II 202 f.

<sup>67</sup> Vgl. WOLF (FN 1), S. 250.

<sup>68</sup> So aber KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 66. Dazu kritisch WOLF (FN 1), S. 249 f.

<sup>69</sup> ESCHER (FN 5), Art. 518 ZGB N 30a; TUOR/PICENONI (FN 17), Art. 604 ZGB N 2; PIOTET (FN 7), S. 864; DRUEY (FN 7), § 14 N 69; BRACHER (FN 48), S. 82; WETZEL (FN 45), S. 41 N 113; SCHAUFELBERGER (FN 17), Art. 604 ZGB N 20; KÜNZLE (FN 24), S. 289; STEINWIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1145; SCHULER-BUCHE (FN 13), S. 118.

<sup>70</sup> Vgl. neuerdings auch BGE 5P.440/2002 vom 23. Dezember 2002, II. ZK, Erw. 2.2.: „Ziel der Willensvollstreckung ist die Vorbereitung der Erbteilung“.

An eine Willenseinigung unter den Erben ist er gebunden, dies selbst dann, wenn sie von gesetzlichen oder erblasserischen Teilungsvorschriften abweichen sollte.

Liegt umgekehrt eine Einigung unter den Erben nicht vor, so ist der Willensvollstrecker nicht in der Lage, anstelle der Miterben den Rechtsgrund der Erbteilung herzustellen oder diese aus eigenem Recht autoritativ durchzusetzen. Ebenso kann er keine Fristen unter Androhung der Durchführung der Teilung ansetzen. Der Willensvollstrecker ist auch nicht befugt, mit einzelnen Miterben partielle Erbteilungsverträge abzuschliessen oder eine Erbteilungsklage zu erheben.<sup>71</sup>

Bei Untätigkeit oder Uneinigkeit der Erben kann somit der Willensvollstrecker bloss vermitteln. Er kann beispielsweise die Erben einladen, innerhalb einer bestimmten Frist ihre Zustimmung zu seinem Teilungsvorschlag zu erteilen oder die Erbteilungsklage zu erheben. Gehen die Zustimmungen der Erben nicht vollständig ein und erhebt keiner von ihnen eine Erbteilungsklage, bestehen demgegenüber keinerlei Teilungsbefugnisse des Willensvollstreckers. Er kann in solchen Fällen entweder sein Mandat niederlegen oder weiterhin den Nachlass verwalten und zuwarten bis zur Einigung der Erben oder der Erhebung der Erbteilungsklage durch einen Erben.<sup>72</sup>

Anders gesagt gilt – mit den Worten von JEAN NICOLAS DRUEY – in der Erbteilung: „Die Erben können alles, wenn sie einig sind“.<sup>73</sup> Das gilt auch dann, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist.

Ist das nun so schlimm? Meines Erachtens nicht. Der Willensvollstrecker soll den Erben helfend beistehen, nicht aber gegen ihren Willen die Erbteilung vornehmen können.

Die Erben ihrerseits – sie sind ja die „Schmiede ihres eigenen Glücks“ – können gemeinsam durch Rechtsgeschäft oder aber je einzeln durch Anrufung des Richters die Erbteilung herbeiführen. Dagegen kann es nicht angehen, dass

<sup>71</sup> WOLF (FN 1), S. 253.

<sup>72</sup> Vgl. KARRER (FN 5), Art. 518 ZGB N 62; SEEBERGER (FN 26), S. 29; BREITSCHMID (FN 15), S. 147 f.

<sup>73</sup> JEAN NICOLAS DRUEY, Die erbrechtliche Teilung – Übersichtsreferat, in: Praktische Probleme der Erbteilung, hrsg. v. Jean Nicolas Druey und Peter Breitschmid, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 19 ff., S. 44.

ihnen die Teilung in inhaltlicher oder auch nur in zeitlicher Hinsicht vom Willensvollstrecker als einem Dritten aufgezwungen wird.

Die dem Willensvollstrecker eine Teilungsbefugnis einräumenden Auffassungen wollen letztlich dessen eigener, angesichts der teilungsunwilligen oder uneinigen Erben unbefriedigender Situation ein Ende setzen.<sup>74</sup> Das ist aber kein Argument. Ziel der Willensvollstreckung ist nicht, durch zwangsweise Ermöglichung der Erbteilung den Interessen des Willensvollstreckers zu dienen. Das ist auch gar nicht erforderlich. Denn der Willensvollstrecker kann in dieser Situation sein Amt niederlegen oder – natürlich unter Honorarfolgen – die Erbschaft weiterverwalten bis die Erben dann teilen wollen.

An diesem Ergebnis nichts zu ändern vermag schliesslich auch das bisweilen vorgebrachte Argument, dass eine Teilungsvorschrift in Verbindung mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers dem Schutz eines schwachen Erben diene. Denn der Schutz eines schwachen Erben im Rahmen der Erbteilung ist nicht durch Institute des Erbrechts, sondern über die entsprechenden Institute des Obligationenrechts – wie Übervorteilung, Willensmangel – oder im Extremfall durch Massnahmen des Vormundschaftsrechts zu verwirklichen.<sup>75</sup>

Wenn wir mit der h.L. eine Teilungskompetenz des Willensvollstreckers ablehnen, so steht damit auch fest, dass die Einsetzung eines Willensvollstreckers in Verbindung mit dem Erlass von Teilungsvorschriften kein geeignetes Mittel zur Durchsetzung des Erblasserwillens gegenüber den Erben bildet. Der Erblasser, der seine Anordnungen à tout prix durchgesetzt haben will, muss demnach zu anderen Mitteln greifen. Zu denken ist z.B. an die Erbeinsetzung unter der Suspensivbedingung der vorherigen Erfüllung von Teilungsanordnungen oder der Resolutivbedingung der Abweichung von diesen.<sup>76</sup> Der Erlass solcher Bedingungen ist allerdings nicht etwa generell zu befürworten, sondern es ist in der Regel eher davon abzuraten. Entsprechende Anordnungen sind denn auch von vornherein nur im Rahmen der verfügbaren Quote zulässig und ihre Durchsetzbarkeit könnte an Art. 482 Abs. 2 und 3 ZGB, gegebenenfalls auch an Art. 2 Abs. 2 ZGB, scheitern.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> Siehe ähnlich die Beurteilung von SCHULER-BUCHE (FN 13), S. 87.

<sup>75</sup> STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1140.

<sup>76</sup> Siehe auch PFAMMATTER (FN 37), S. 17.

<sup>77</sup> Vgl. schon WOLF (FN 1), S. 231 FN 1335.

Dass der Erblasser letztlich seinen Willen mittels Teilungsvorschriften und Willensvollstrecker gegen den übereinstimmenden Willen der Erben durchsetzen will, muss ein ungutes Gefühl erzeugen und sollte in der Rechtsgeschäftsplanung vermieden werden. Ausschliesslich den eigenen Willen des Erblassers durchzusetzen, kann m.E. kein Ziel der Nachlassplanung sein. Der Erblasser hat es zu akzeptieren, dass – jedenfalls bei Einigkeit der Erben – seinem Einfluss auf die Teilung des Nachlasses Grenzen gesetzt sind. Er kann letztlich nicht verhindern, dass das Dispositionsrecht über seine Erbschaft an seine Erben übergeht.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> STEIN-WIGGER (FN 18), AJP 10 (2001) 1147.