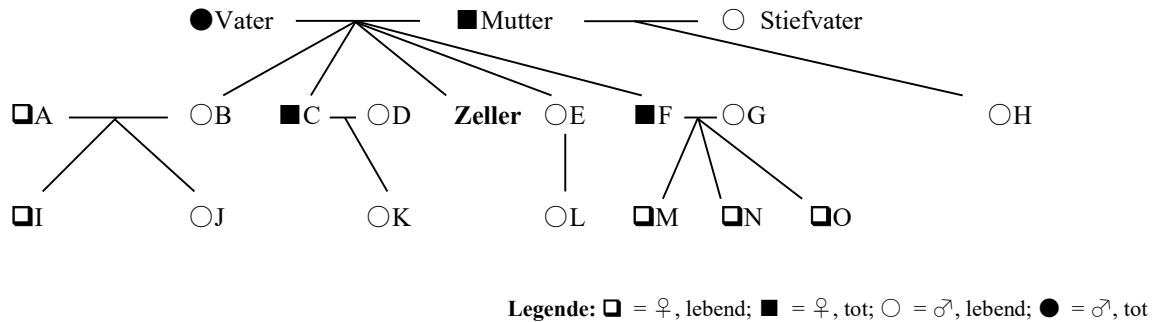


### Zellers Erbe

Zeller stirbt am 1. Januar 2020. Seine Verwandtschaft sieht wie folgt aus:



1. Wer erbt wie viel bei der Intestaterbfolge? Geben Sie bitte die Anteile mit Brüchen an. Gibt es Pflichtteile?

2. Gleich nach dem Tod Zellers zeigt sich, dass a) das Dach eines seiner Häuser dringend repariert werden muss, um einen Schaden der Wohnung zu verhindern und dass b) bei einer leerstehenden Wohnung der unterschriftsreife Mietvertrag, den Zeller vor seinem Tod noch abschliessen wollte, der Unterzeichnung harret. Wer ist dafür zuständig?

3. Unmittelbar nach dem Tod Zellers taucht ein formgültiges Testament auf, das I, J, K, L, M, N, O als Erben zu gleichen Teilen einsetzt und Tanner zum Willensvollstrecker ernennt, der dieses Amt am 1. März 2020 annimmt. Zeller hat im Testament zur Verteilung seines Erbes, das aus drei Häusern und wenig Bargeld besteht, nichts angeordnet. Die Erben können sich über die Verteilung der Häuser und des Geldes nicht einigen. Die Erben sind sich nur darüber einig, dass G, der in einem der Häuser lebt, dieses für Fr. 500'000 erhalten soll und der Erlös daraus sofort an die sieben Erben ausbezahlt werden soll. Tanner ist dagegen, weil er sich sicher ist, dass er bei einer Veräusserung an einen Dritten einen um Fr. 50'000 höheren Betrag erzielen könnte. Was muss Tanner tun?

4. G kauft das Haus wie vorgesehen. Am 1. Juli 2020 tritt Tanner in Verhandlungen mit Alder, der Interesse an einem der beiden übrigen Häuser hat. Erbe K ist damit gar nicht einverstanden, weil er den vorgesehenen Preis als zu niedrig erachtet. Was kann K tun?

5. Auch das zweite Haus kann veräussert und der Erlös mitsamt dem übrigen Geld in Minne verteilt werden. Jetzt haben die drei Erben M, N, O eine Idee. Sie wollen das dritte Haus gemeinsam als Restaurant führen und die übrigen vier Erben dafür endgültig entschädigen. Die sieben Erben sind sich darüber ausnahmsweise mal einig, unterzeichnen ein entsprechendes Dokument, zahlen die Ausgleichssumme und setzen Tanner darüber in Kenntnis. Am nächsten Tag erfahren sie, dass Tanner trotzdem mit einem Interessenten über den Verkauf des Hauses weiterverhandelt und sind alarmiert. Was können die Erben tun?

6. Die Erben können ihre Vereinbarung durchsetzen. Nach einem Monat zeigt sich aufgrund des ärztlichen Attests für alle Erben überraschend, dass die Liegenschaft die Erben M, N und O wegen eines Sporenbefalls krank gemacht hat. Sie mussten das Restaurant für Fr. 7'000 sanieren und Arztkosten in der Höhe von Fr. 700 tragen. Dies alles haben sie den anderen Erben jeweils sofort mitgeteilt und verlangt, dass sie dafür einstehen. Welche Möglichkeiten haben M, N und O?

1. Wer erbt wie viel bei der Intestaterbfolge? Geben Sie bitte die Anteile mit Brüchen an. Gibt es Pflichtteile?

Zeller hat keine Nachkommen. Diese wären die nächsten Erben (Art. 457 Abs. 1 ZGB). Die Erbschaft gelangt deshalb an den Stamm der Eltern, die beide hälftig erben würden (Art. 458 Abs. 1 und 2 ZGB). Der Stiefvater hat keine erbrechtliche Bedeutung. Zellers Eltern sind vorverstorben. An ihre Stelle treten folglich die Nachkommen seiner Eltern, wiederum nach Stämmen (Art. 458 Abs. 3 ZGB). Der *hälftige Anteil des Vaters* teilt sich folglich auf seine Nachkommen B, C, E und F auf. Die *Hälfte der Mutter* teilt sich auf ihre Nachkommen B, C, E, F und H auf. Die Kinder beerben unter sich die Eltern nach dem Gleichheitsprinzip. Jeder Elternteil wird einzeln beerbt.<sup>1</sup> Dies ergibt folgende Rechnung: Die Stämme bzw. Personen B, C, E, F erhalten väterlicherseits je  $\frac{1}{4}$  von  $\frac{1}{2}$ , was  $\frac{1}{8}$  oder  $\frac{5}{40}$  ergibt. Zusätzlich erhalten sie mütterlicherseits  $\frac{1}{5}$  von  $\frac{1}{2}$ , was  $\frac{1}{10}$  oder  $\frac{4}{40}$  ergibt. Die Summe beträgt  $\frac{9}{40}$ . C ist jedoch vorverstorben – der Anteil von C geht deshalb vollumfänglich an K, wobei D als Ehegattin des C leer ausgeht – es gilt das *Eintrittsprinzip*.<sup>2</sup> F ist ebenfalls vorverstorben, hat jedoch drei Kinder. Sie erhalten je  $\frac{1}{3}$  von  $\frac{9}{40}$ , also  $\frac{3}{40}$ . Stiefbruder H erhält  $\frac{1}{5}$  von  $\frac{1}{2}$ , also  $\frac{1}{10}$ . Da B und E noch leben, gehen ihre Kinder leer aus. Die Ehegatten von Zellers vorverstorbenen Geschwistern (D und G) gehen leer aus – es gilt das Eintrittsprinzip. Es ergeben sich folgende Erbquoten:

B, E und K: je $\frac{9}{40}$	$\frac{27}{40}$
M, N, O: je $\frac{3}{40}$	$\frac{09}{40}$
H erhält $\frac{1}{10}$	$\frac{04}{40}$
Total	$\frac{40}{40}$

Geschwister haben keine Pflichtteile (Art. 471 ZGB *e contrario*). Zeller hat keine Nachkommen und keine Ehegattin (zu deren Pflichtteil vgl. Art. 471 Ziff. 1 und 3 ZGB). Die Eltern hätten einen Pflichtteilsanspruch gehabt (Art. 471 Ziff. 2 ZGB), doch waren sie zum Zeitpunkt von Zellers Tod bereits vorverstorben. Zeller hatte also die volle Verfügungsfreiheit über sein Erbe.

2. Wer ist dafür zuständig?

In der Erbengemeinschaft gilt das Einstimmigkeitsprinzip, was auch aus Art. 602 Abs. 2 ZGB hervorgeht:<sup>3</sup> „Das Mehrheitsprinzip ist ausgeschlossen, es ist Einstimmigkeit erforderlich.“<sup>4</sup> Ausnahmen bestehen nur in dringenden Fällen<sup>5</sup> oder wenn die Voraussetzungen der GoA erfüllt sind – was meist deckungsgleich ist.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Vgl. BSK ZGB II-Staehelin, Art. 457 N 5.

<sup>2</sup> Die Position eines vorverstorbenen Erben wird nicht vererbt, sondern mittels Eintritts besetzt – dies ist nur durch Nachkommen möglich, vgl. Druey, Grundriss des Erbrechts, § 5 N 33-39; vgl. BSK ZGB II-Staehelin, Art. 457-466 N 4.

<sup>3</sup> BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 11.

<sup>4</sup> BK-Escher, ZGB 602 N 12.

<sup>5</sup> BGer, 5A\_512/2019, 28.10.2019, E. 4.1.2.2; BGE 144 III 277 E. 3.3: «Selon la jurisprudence, il y a toutefois exception au principe de l'indivision dans les cas urgents, où l'intérêt d'une communauté héréditaire exige une action rapide. Chaque héritier est alors habilité à agir comme représentant de cette communauté, en vertu de pouvoirs légaux qui lui sont alors conférés (ATF 125 III 219 consid. 1a et les références; 58 II 195 consid. 2; dans le même sens, parmi plusieurs: CHRISTINA GAIST, La communauté héréditaire: sa composition, ses biens et ses dettes en droit suisse, 2015, p. 224; SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, vol. II, 5e éd. 2015, n° 18 ad art. 602 CC; STEPHAN WOLF, in Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 602-619 CC, 2014, nos 92 s. ad art. 602 CC; critiques: ANDRÉ BAUMGARTNER, La communauté héréditaire dans le procès civil, 1933, p. 133 ss; MARIE-FRANÇOISE SCHAAD, La consorité en procédure civile, 1993, p. 345, qui nie l'existence d'un véritable pouvoir de représentation; prône, même en cas d'urgence, l'application des dispositions régissant la gestion d'affaires sans mandat; PAUL PIOTET, Le principe de l'action commune des membres d'une hoirie [...], in Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebzigsten Geburtstages, 1964, p. 391-395; sur les différentes controverses relatives au fondement juridique de ce pouvoir de représentation, voir notamment SANDRA LAYDU MOLINARI, La poursuite pour les dettes successorales, 1999, p. 36 s.).»

<sup>6</sup> BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 18: „Wegen der in N 13 beschriebenen Unzukömmlichkeiten anerkennt die Praxis Ausnahmen vom Prinzip des gemeinsamen Handelns (...). Mithin kann ein einzelner Erbe ausnahmsweise allein rechtsverbindlich für die Erbengemeinschaft handeln, wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) vorliegen oder in dringenden Fällen zur Wahrung der Interessen der Erbengemeinschaft oder Erhaltung von Erbschaftsgegenständen oder Rechten (...).“; die Voraussetzungen der echten, berechtigten GoA sind die fehlende Handlungspflicht („Auftragslosigkeit“), die Fremdheit des Geschäfts, der Fremdgeschäftsführungswille, die Gebotenheit (vgl. CHK-Jenny/Maissen/Huguenin, OR 419 N 11). Die Gebotenheit setzt die Dringlichkeit auch voraus, vgl. CHK-Jenny/Maissen/Huguenin, OR 419 N 16; vgl. auch BSK ZGB II-Wichtermann, Art. 653 N 10: „Adäquat scheint für solche Situationen die analoge Anwendung von Art. 648 Abs. 1, wonach dem gemeinschaftlichen Eigentümer die Vertretung der Sache zugestanden wird, soweit dies mit den Rechten der anderen Gemeinschafter verträglich ist (...).“ Eigentlich wäre eher die analoge Anwendung des Art. 647 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB angezeigt, einer miteigentumsrechtlichen Norm.

Somit kann auch ein Erbe alleine aufgrund der Dringlichkeit die Dachreparatur vornehmen. Den Mietvertrag unterzeichnen müssen aber mangels Dringlichkeit sämtliche Erben.

### 3. Was muss Tanner tun?

Vorfrageweise ist die Legitimation des Willensvollstreckers zu prüfen. Es ist möglich, einen Willensvollstrecker mittels Testaments zu ernennen (Art. 517 ZGB; auch ein Erbe kann Willensvollstrecker sein<sup>7</sup>). Der Willensvollstrecker vertritt den Willen des Erblassers, verwaltet die Erbschaft und nimmt die Teilung vor (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Der Willensvollstrecker führt die Teilung anhand einer Teilungsvereinbarung der Erben durch, aufgrund eines Urteils im Rahmen einer Teilungsklage (Art. 604 ZGB) oder durch Vollzug einer letztwilligen Verfügung.<sup>8</sup> Die Gerichte geben ihm Zeit, einen Teilungsplan auszuarbeiten und weisen verfrühte Teilungsklagen „zur Zeit“ ab.<sup>9</sup>

Gemäss Sachverhalt gibt es keine Teilungsanordnungen des Erblassers, so dass die Teilung nach den Vorschriften des Gesetzes erfolgt (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Die Teilungsvorschriften befinden sich in Art. 610 ff. ZGB. Dies bedeutet nicht, dass der Willensvollstrecker die Teilung *autoritativ festsetzen* dürfte und im Rahmen des Art. 612 Abs. 2 ZGB ein Haus verkaufen dürfte, weil die Erben sich nicht einig sind. Der Willensvollstrecker kann bei Uneinigkeit der Erben lediglich *Vorschläge machen*, wie das Erbe zu teilen ist, wenn der Erblasser keine Teilungsvorschriften erlassen hat. Nehmen die Erben diese nicht an, bleibt das Erbe ungeteilt, bis ein Erbe die Teilungsklage erhebt (vgl. Art. 604 ZGB). Dem Willensvollstrecker bleibt, wenn die Erben seine Vorschläge nicht annehmen, nur die Möglichkeit, das Mandat niederzulegen oder sich bis zum gerichtlichen Erbteilungsurteil auf die reine Verwaltung des Erbes zu beschränken.<sup>10</sup>

#### *Einschub: Wann darf der Willensvollstrecker eigentlich ein Haus verkaufen?*

Willensvollstrecker Tanner darf ein Haus nicht einfach so veräussern. Der Willensvollstrecker ist zur freihändigen Veräusserung nur im Rahmen der Verwaltung befugt, um Vermächtnisse auszurichten und Erbschaftsschulden zu begleichen.<sup>11</sup> Der Willensvollstrecker kann die Teilung vorbereiten, indem er den Verkauf vorbereitet.<sup>12</sup> Damit Tanner dies aber tun kann, müssen sich die Erben zumindest auf eine Veräusserung der Nachlassgegenstände geeignet haben oder ein Richter muss dies aufgrund der Teilungsklage angeordnet haben – oder der Erblasser muss Anordnungen im Testament getroffen haben, was vorliegend gemäss Sachverhalt nicht der Fall ist – ansonsten bleibt die Erbengemeinschaft weiter bestehen.<sup>13</sup> Ohne diese

<sup>7</sup> Vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 517 N 8.

<sup>8</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 342.

<sup>9</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 305: „Vor Ablauf eines Jahres kann die Teilungsklage nur dann ohne weiteres eingereicht werden, wenn der Willensvollstrecker seine Bemühungen freiwillig einstellt.“

<sup>10</sup> BGer, 5A\_672/2013, 24.2.2014, E. 3.3: „Im vorliegenden Fall stellt sich insbesondere die Frage, wie sich der Willensvollstrecker verhalten soll, wenn die Erben derart zerstritten sind, dass jeder seiner Schritte bei der Aufsichtsbehörde verzeigt wird und keine Aussichten auf Annahme eines Teilungsvorschlags bestehen, und wenn nicht einmal zwei Jahre nach Annahme des Willensvollstreckerauftrags der Erbteilungsprozess rechthängig ist. Da der Willensvollstrecker die Teilung lediglich vorbereiten und ohne Zustimmung sämtlicher Erben nicht selbst verbindlich zum Abschluss bringen kann (BGE 102 II 197 E. 2c S. 202), bleibt ihm nur übrig, entweder sein Mandat niederzulegen oder sich auf die Verwaltung der Erbschaft zu beschränken, bis die Erben eine gütliche Einigung finden oder das gerichtliche Erbteilungsurteil vorliegt (...).“

<sup>11</sup> BSK ZGB II-Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 23; BK-Künzle, ZGB 517-518 N 203; als milderer Mittel (im Vergleich zur Veräusserung des Hauses) kann der Willensvollstrecker auch zur Schuldentilgung ein Darlehen aufnehmen und dieses mit einem Grundpfandrecht sichern lassen, vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 34, m.w.H.; a.M. Biber, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Liegenschaften im Nachlass, ZBGR 86/2005, 1 ff., 16.

<sup>12</sup> BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 56 und BGE 97 II 11 ff., 17: „Für einen Willensvollstrecker, der die Erbteilung mangels besonderer Anordnungen des Erblassers nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen hat, bedeuten diese Regeln in erster Linie, dass er in allen Punkten, über welche die Erben einig sind, deren Willen zu respektieren hat (...). Soweit eine Einigung der Erben (um die er sich bemühen soll) nicht zustande kommt, hat der Willensvollstrecker kraft seines gesetzlichen Auftrags unter Vorbehalt des Beschwerderechts der Erben und der gerichtlichen Klage wegen Verletzung materiellen Rechts die Aufgaben zu erfüllen, die beim Fehlen eines Willensvollstreckers der zuständigen Behörde obliegen (...). Insbesondere hat er in einem solchen Falle wenn möglich gemäss Art. 611 Abs. 2 ZGB Lose zu bilden. Dabei hat er gegebenenfalls zu prüfen, ob eine zum Nachlass gehörende Liegenschaft ohne wesentliche Werteinbusse parzelliert und demgemäss auf die verschiedenen Lose verteilt werden könne oder ob sie sich, wenn das ausgeschlossen ist, einem einzelnen Lose zuweisen lasse. Nur wenn weder das eine noch das andere möglich ist, darf der Willensvollstrecker den Verkauf der Sache und die Teilung des Erlöses ins Auge fassen. Dass eine Erbschaftssache im Sinne von Art. 612 Abs. 1 durch Teilung an ihrem Wert wesentlich verlieren würde, ist schon dann anzunehmen, wenn der zu erwartende Verlust einen beträchtlichen Teil des Wertes der Sache selbst ausmacht; es ist nicht erforderlich, dass er auch im Verhältnis zum Wert der ganzen Erbschaft erheblich sei (...).“

<sup>13</sup> Vgl. Künzle, Erbengemeinschaft und Willensvollstrecker, Internet: [https://www.kendris.com/sites/default/files/erbengemeinschaft\\_und\\_willensvollstrecker\\_de.pdf](https://www.kendris.com/sites/default/files/erbengemeinschaft_und_willensvollstrecker_de.pdf) (168): „Wie steht es nun aber, wenn eine solche Einigung über die Erbteilung nicht zustande kommt. Auch in diesem Fall darf der Willensvollstrecker Teilungsvorschriften nach herrschender Lehre nicht eigenständig vollziehen, was höchst unbefriedigend ist,

Voraussetzungen macht sich der Willensvollstrecker einer Pflichtverletzung schuldig, die ihn nach Auftragsrecht analog (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR) gegenüber den Erben haftbar macht<sup>14</sup> (im vorliegenden Fall gibt es aber keinen Schaden) und auch aufsichtsrechtliche Sanktionen (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB, in Zürich gemäss § 139 Abs. 2 GOG das Einzelgericht, gemäss § 142a GOG im *summarischen* Verfahren) gegen ihn ermöglicht. Die Anrufung der Aufsicht über den Willensvollstrecker kann auch durch einen einzelnen Erben erfolgen.<sup>15</sup>

Die Teilung gestaltet sich vorliegend nicht so einfach, weil sieben Erben, aber nur drei Häuser und wenig Bargeld zu verteilen sind. Es besteht schon über den Wert der Häuser keine Einigkeit. Der primäre Anspruch auf Naturalteilung (Art. 610 Abs. 1 ZGB) muss also zwingend scheitern.<sup>16</sup> Auch gleichwertige Lose kann der Willensvollstrecker so nicht bilden. Die Teilung eines Hauses kommt nicht in Frage (vgl. Art. 612 Abs. 1 ZGB). In diesem Falle steht nur noch die Möglichkeit offen, die Häuser zu verkaufen und das Geld zu teilen.<sup>17</sup> Der Willensvollstrecker sollte dies schon bei der Ausarbeitung des Teilungsplans berücksichtigen.<sup>18</sup> Es stellt sich die Frage, wie sich der Willensvollstrecker gegenüber den Wünschen der Erbengesamtheit zu verhalten hat. Wenn die Erben einen Konsens gefunden haben, hat der Willensvollstrecker diesen zu akzeptieren.<sup>19</sup> Dies gilt ungeachtet des Prinzips, dass die Einigung der Erben im vorliegenden Fall bloss einen einzigen

---

*weil die Teilungsvorschriften damit praktisch wirkungslos werden und weil der Willensvollstrecker im Rahmen der Erbteilung zu einem reinen Mediator wird. (...) Der Nachlass bleibt (vorläufig) ungeteilt, bis sich ein Erbe doch noch entschliesst, die Teilungsklage anzuheben, oder bis nach erneuten Verhandlungen doch noch eine Einigung zustande kommt. Dies ist die Lösung nach herrschender Meinung, welche allgemein als unbefriedigend angesehen wird, weil das Problem nicht gelöst, sondern nur aufgeschoben wird. Für den Willensvollstrecker stellt sich die schwierige Frage, ob er sein Amt auf unbeschränkte Zeit fortführen soll, oder ob er es niederlegen soll, weil die Erbteilung gescheitert ist.“; vgl. BGer, 5A\_672/2013, 24.2.2014, E. 3.2 und 3.3; vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 52: „Der Auftrag an den Willensvollstrecker in Art. 518 Abs. 2, die Teilung auszuführen, bezieht sich auf die Erbteilung, d.h. auf die Teilung des Netto-Nachlasses nach durchgeführter güterrechtlicher Auseinandersetzung, (...). Nach der einhelligen Lehre und Praxis bedeutet die Teilung ausführen aber nicht, dass der Willensvollstrecker die Erbteilung ohne Zutun der Erben selbständig/autoritativ vornehmen und rechtskräftig abschliessen kann. Vielmehr hat der Willensvollstrecker lediglich die Erbteilung vorzubereiten und nach Abschluss des Teilungsvertrages zu vollziehen, aber die Erbteilung selbst ist Sache der Erben bzw. des Richters (...).“; vgl. Praxiskommentar Erbrecht-Christ/Eichner, ZGB 518 N 54: „Gehen die Interessen der einzelnen Erben auseinander und lässt sich keine Einigung herbeiführen, obliegt der Entscheid dem Willensvollstrecker, unter Vorbehalt einer Beschwerde an die zuständige Aufsichtsbehörde“ (BGE 108 II 535, E. 2b). Die Doktrin versteht diesen Satz des Bundesgerichts als eine allgemeine Regel, wonach der Willensvollstrecker bei Uneinigkeit die Teilung vorbehaltlich einer Beschwerde an die Aufsichtsbehörde verfügen könne (...). Diese Annahme beruht (leider) auf einer Überinterpretation. Die Bemerkung des Bundesgerichts im zitierten Entscheid steht unter dem Vorzeichen, dass der Willensvollstrecker die Teilungsart muss festlegen können. Es geht hier somit nur um die Vorbereitung oder Umsetzung des Teilungsvertrages, um die Entscheidung, wie die Liegenschaft zu veräussern ist.“; vgl. BGE 102 II 197 ff., 202 f.: „Gelegentlich wird zwar die Ansicht vertreten, der Willensvollstrecker sei befugt, die Teilung ohne Zustimmung sämtlicher Erben durch einseitigen Rechtsakt verbindlich zum Abschluss zu bringen (...). Diese Ansicht ist jedoch mit dem Gesetz nicht vereinbar. Nach Art. 634 ZGB kann die Teilung nur durch Abschluss eines schriftlichen Teilungsvertrages oder in Form der Realteilung durch Entgegennahme der Lose vollzogen werden. Eine Teilung durch Verfügung des Willensvollstreckers gibt es nicht. Wohl gehört zu dessen Aufgaben nach Art. 518 Abs. 2 ZGB auch die Vornahme der Teilung. Dabei amtet er jedoch nicht als Teilungsrichter, sondern er übt lediglich die Befugnisse der Teilungsbehörde aus. Er hat also z.B. die Losbildung vorzunehmen, wenn sich die Erben nicht einigen können (...). Sowenig die Teilungsbehörde befugt ist, einzelne Nachlassgegenstände verbindlich bestimmten Erben zuzuweisen (...), sowenig ist es der Willensvollstrecker (...).“*

<sup>14</sup> Das Willensvollstreckeramt ist ein Institut *sui generis*, vgl. CHK-Künzle, ZGB 517-518 N 70 und N 2: „Er ist ein Institut eigener Art (privatrechtliches Amt), welches vom BGer als Sicherungsmassnahme iSv ZGB 551 ff qualifiziert wurde (...). Im Verhältnis zu den Erben steht das Auftragsverhältnis (...) im Vordergrund, im Verhältnis zu Dritten die Regeln über die gesetzliche Vertretung (...) und im Verhältnis zu den Vermächtnisnehmern die Regeln der Treuhand.“; vgl. BGer, 5C.311/2001, 6.3.2002, E. 2b: „La responsabilité de l'exécuteur testamentaire à l'égard des héritiers s'apprécie comme celle d'un mandataire, auquel on l'assimile; l'exécuteur testamentaire étant responsable de la bonne et fidèle exécution des tâches qui lui sont confiées (cf. art. 398 al. 2 CO), il appartient aux héritiers qui s'estiment lésés de prouver la violation de ses devoirs par l'exécuteur testamentaire, le dommage et la relation de causalité entre ces deux faits; la faute de l'exécuteur testamentaire est alors présumée (cf. art. 97 CO) et il lui appartient d'établir qu'il n'a pas commis de faute pour échapper à sa responsabilité (...).“; BGer, 5A\_522/2014, 16.12.2015, E. 4.3: „L'exécuteur testamentaire est responsable de la bonne et fidèle exécution des tâches qui lui sont confiées (art. 398 al. 2 CO par analogie; arrêt 5A\_414/2012 du 19 octobre 2012 consid. 8.2.2). La première condition de la responsabilité de l'exécuteur testamentaire est ainsi la violation de ses devoirs.“

<sup>15</sup> BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 N 25; BK-Künzle, ZGB 518 N 519.

<sup>16</sup> Allenfalls wäre es möglich, Häuser in Stockwerkeigentum aufzuteilen; vgl. dazu BK-Künzle, ZGB 517-518 N 171, 202.

<sup>17</sup> BSK ZGB II-Schauaufelberger/Keller Lüscher, Art. 612 N 6: „Begehren indes mehrere Erben eine bestimmte Sache, die sich wegen ihres erheblichen Wertes nicht in einem Los unterbringen lässt, und können sich die Erben über die Person des Übernehmers und/oder deren Anrechnungswert nicht einigen, weicht die ungeteilte Zuweisung der Veräusserungspflicht gem. Abs. 2 (...).“

<sup>18</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 297.

<sup>19</sup> Künzle, Erbengemeinschaft und Willensvollstrecker (FN 13), 167 f.: „Der Willensvollstrecker muss vielmehr die Ausrichtung der Vermächtnisse, die Erfüllung der Auflagen und die Bezahlung der Schulden sicherstellen und ist (in diesem Rahmen) nicht an den gemeinsamen Willen der Erben gebunden. Im Übrigen hat er eine Einigung der Erben aber zu beachten, nämlich zu vollziehen. Das Bundesgericht drückte dies im Zusammenhang mit einer Enterbung sehr schön aus: „Im übrigen können sich die Erben über eine angefochtene Enterbung gütlich verständigen und so die jedem zustehende Erbberechtigung in einer auch vom Willensvollstrecker zu beachtenden Weise festlegen“. Der Vollzug von Teilungsvorschriften wird somit durch eine abweichende Einigung der Erben verhindert.“

Nachlassgegenstand betrifft.<sup>20</sup> Fügt sich Tanner dem Konsens der Erben nicht, können sie ihn als Willensvollstrecker absetzen lassen.<sup>21</sup>

Die Lehre bejaht die Möglichkeit des Willensvollstreckers, an die Erben *Vorschüsse* zu leisten.<sup>22</sup> Er muss dies sogar tun, wenn die Erben beispielsweise Erbschaftssteuern bezahlen müssen, dies aber mangels eigener Mittel nicht tun können.<sup>23</sup> Wenn die Erben einen Vorschuss einstimmig wünschen, hat er sich diesem Wunsch ohnehin zu fügen. Hier geht es nicht um Vorschüsse, sondern um eine Verteilung des Erlöses und damit um eine *partielle Teilung*, weil die Erben nicht bloss den Verkauf wollten, sondern gleich die Verteilung des dadurch erzielten Erlöses.<sup>24</sup> Dies ist die *objektiv-partielle* Teilung, die auch neben der *subjektiv-partiellen* Teilung möglich ist (einer oder mehrere Erben erhalten etwas und scheiden aus der Erbengemeinschaft aus).<sup>25</sup> Auch dieser einstimmige Wunsch ist für Tanner Befehl. Tanner müsste sich sogar daran halten, wenn Zeller im Testament andere Teilungsanordnungen getroffen hätte (strittig).<sup>26</sup>

*Exkurs:* In der Stunde kam folgende Frage auf: Kann der Erblasser im Testament anordnen, dass der Willensvollstrecker die Teilung nach eigenem Gusto durchführen kann? Nein. Die h.L. schliesst dies aus, vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 11: „Der Erblasser kann nicht testamentarisch anordnen, dass der Willensvollstrecker (...) i.S. einer Kompetenzdelegation das Recht hat, Materielles zur Erteilung selbst zu bestimmen oder nach eigenem Ermessen vorzugehen, z.B. aus mehreren alternativen Vermächtnisnehmern einen zu bestimmen (BGE 81 II 28), die Höhe eines Vermächtnisses festzulegen oder Nachlassgegenstände verbindlich einzelnen Erben zuzuweisen (...).“

#### 4. Was kann K tun?

Der Willensvollstrecker darf, wie oben beschrieben, ein Haus nur verkaufen, wenn

- diesbezüglich ein Konsens unter den Erben besteht,
- die Verwaltung oder die Tilgung von Schulden es notwendig macht,
- der Erblasser es so angeordnet hat oder
- der Richter die Teilung durch Verkauf des Hauses angeordnet hat.

Das liegt alles nicht vor, weshalb die oben beschriebenen haftungs- und aufsichtsrechtlichen Behelfe zur Verfügung stehen würden. Dennoch muss man sich als vernünftiger Erbe eingestehen, dass der Verkauf die einzige Möglichkeit bildet, die Teilung vorzunehmen. Ein Richter würde im Rahmen einer Teilungsklage gleich entscheiden. *Wie kann also K seinem eigentlichen Anliegen effizient Gehör verschaffen?* Eine

<sup>20</sup> Künzle, Erbengemeinschaft und Willensvollstrecker (FN 13), 168: „Teil-Lösungen können höchstens als objektiv-partielle Erteilungen ausgestaltet sein, also eine Einigung sämtlicher Erben über einzelne Nachlassgegenstände zum Gegenstand haben.“; vgl. BK-Künzle, ZGB 517-518 N 298: „Zur Vorbereitung der Teilung darf der Willensvollstrecker nur dann einzelne Liquidationshandlungen durchführen (...) wenn alle Erben damit einverstanden sind (...).“; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, ZGB 518 N 57: „Bei Einstimmigkeit der Erben hat der Willensvollstrecker diese Wünsche der Erben – unter Vorbehalt der Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit – zu berücksichtigen.“

<sup>21</sup> Vgl. BGer, 5A\_794/2011, 16.2.2012, E. 4.

<sup>22</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 300.

<sup>23</sup> ZR 1992/1993, Nr. 46, 181; BK-Künzle, ZGB 517-518 N 300.

<sup>24</sup> Künzle, Erbengemeinschaft und Willensvollstrecker (FN 13), 168: „Teil-Lösungen können höchstens als objektiv-partielle Erteilungen ausgestaltet sein, also eine Einigung sämtlicher Erben über einzelne Nachlassgegenstände zum Gegenstand haben.“; vgl. BGE 100 II 440 ff., 440; vgl. BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 34: „Eine objektiv partielle Teilung der Erbschaft liegt vor, wenn nur ein Teil des Nachlasses unter den Erben aufgeteilt wird und die Erbengemeinschaft für die restlichen Erbschaftssachen weiter bestehen bleibt (...).“

<sup>25</sup> Vgl. zur objektiv partiellen Teilung BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 34 und N 35 zur subjektiv partiellen Teilung: «Von subjektiv partieller Teilung spricht man, wenn einzelne Erben von den übrigen Erben abgefunden werden und alsdann aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, welche von den übrigen Erben fortgesetzt wird (BGE 96 II 325, 329 und 116 Ib 447, 450).»

<sup>26</sup> BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 608 N 11: «Kontrovers ist, ob der Erblasser eine Teilungsvorschrift durch Ernennung eines Willensvollstreckers durchsetzen kann. Fest steht, dass der Willensvollstrecker dann den Willen der Erben zu befolgen hat, wenn der Erblasser keine Teilungsvorschriften angeordnet hat (BGE 102 II 197, 202; 108 II 535, 537; vgl. auch Art. 607 N 9). Vor allem die Kommentatoren sind der Auffassung, dass der Willensvollstrecker Teilungsvorschriften des Erblassers auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben durchzusetzen habe (ZK-Escher, N 3 und Art. 518 N 17 sowie BK-Tuor/Picenoni, Art. 518 N 1). Dagegen wird in der neueren Literatur zu Recht die Auffassung vertreten, dass der übereinstimmende Wille der Erben auch für den Willensvollstrecker verbindlich ist (Tuor/Schwyder/Schmid/Jungo, § 83 Rz 7; Wolf/Hrubesch-Millauer, § 29 Rz 1664; Seeberger, 27 f., je m. w. H.; ZR 1990, 270; s. a. Hauser, 64; Pfammatter, 18 ff.; Weimar, 455 ff.; Künzle, 314.). Diese Meinung verdient schon deshalb den Vorzug, weil nicht ersichtlich ist, warum der Willensvollstrecker sich gegen den übereinstimmenden Willen der Erben durchsetzen soll, nachdem der Erblasser selbst dies nicht kann, wenn er keinen Willensvollstrecker einsetzt (vgl. auch Breitschmid, Willensvollstrecker, 147).»

Möglichkeit, gegen einen unerwünschten Verkauf durch den Willensvollstrecker *an eine bestimmte Person* vorzugehen, bildet das in Art. 612 Abs. 3 ZGB eingeräumte Recht, eine Versteigerung zu verlangen: „Der Willensvollstrecker darf die Liegenschaft nur dann freihändig verkaufen, wenn kein Erbe die Versteigerung verlangt (...).“<sup>27</sup> Tut dies der Willensvollstrecker nicht, kann der Erbe die Aufsichtsbehörde anrufen. Es steht sodann – mangels Einigung der Erben – im Ermessen des Willensvollstreckers, die Versteigerung *unter den Erben* oder *öffentlich* durchzuführen.<sup>28</sup>

##### 5. Was können die Erben tun?

Wie ist der einstimmige Beschluss der Erben zu werten, dass drei Erben das Haus übernehmen sollen und die anderen Erben dafür entschädigen? Es stellt sich die Frage, ob damit die Erbengemeinschaft nur noch von drei Personen fortgesetzt wird, oder ob die ganze Erbengemeinschaft infolge Teilung oder Überführung in eine andere Rechtsform ein Ende gefunden hat. Hat nämlich die Erbengemeinschaft ein Ende gefunden, agiert der Willensvollstrecker *ohne Mandat*. Hat er noch ein Mandat, muss er sich dem Willen der verbleibenden Erben fügen. Er hat also in beiden Fällen keine *Vertretungsbefugnis*. Aufgrund des meist vorliegenden, nach wie vor in seinem Besitze befindlichen Willensvollstreckerzeugnisses hat er aber die *Vertretungsmacht*, Grundstücke zu veräussern und den Erwerber im Grundbuch anzumelden.<sup>29</sup>

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine subjektiv partielle Teilung vorliegt. Eine solche liegt vor, wenn „... wenn einzelne Erben von den übrigen Erben abgefunden werden und alsdann aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, welche von den übrigen Erben fortgesetzt wird (...).“<sup>30</sup> Dass vier der sieben Erben ausscheiden und die Erbengemeinschaft dennoch fortgeführt wird, ist also möglich.

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die verbleibenden drei Erben die Erbengemeinschaft fortführen oder die Erbengemeinschaft durch Überführung in eine andere Gesellschaftsform geteilt haben.

Vom Ende des Willensvollstreckeramts und von der Umwandlung in eine andere Form des Zusammenschlusses handelt BGer, 5D\_133/2010, E. 4.3.2: „Grundsätzlich berechtigt ist der Einwand des Beschwerdeführers (...), dass eine Erbenvertretung nicht mehr angeordnet werden kann, wenn die Erben die Erbengemeinschaft zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zwecks – hier dem Verkauf der Grundstücke – in eine einfache Gesellschaft umgewandelt haben, und dass die Erbengemeinschaft formlos aufgrund einer entsprechenden, allenfalls stillschweigenden Vereinbarung in eine einfache Gesellschaft überführt werden kann (...). Eine derartige Überführung wird indessen nicht vermutet, solange noch nennenswerte Nachlassgegenstände – wie hier das Hauptaktivum – unverteilt geblieben sind (...).“

Vorliegend sind bereits zwei der drei Häuser verkauft und das Bargeld schon verteilt. Die oben erwähnte bundesgerichtliche Vermutung, wonach keine Überführung in eine einfache Gesellschaft stattgefunden hat, greift also nicht zwingend. Diese Konstellation hat sich schon in BGE 96 II 325 ff., 335 gezeigt – aufgrund des geänderten Zwecks der weiterführenden Gemeinschaft kann sich dennoch die Auflösung der

<sup>27</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 299.

<sup>28</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 299; BGE 97 II 11 ff., 20: „Die Wahl zwischen dem Freihandverkauf und der Versteigerung ist dem Ermessen des Willensvollstreckers mangels einer Einigung der Erben über diesen Punkt nur dann überlassen, wenn kein Erbe die Versteigerung verlangt. Kommt es zur Versteigerung, so hat der Willensvollstrecker, wenn die Erben sich nicht verständigen, anstelle der in Art. 612 Abs. 3 ZGB genannten Behörde nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob die Versteigerung öffentlich oder nur unter den Erben stattfinden soll. Seine Ermessensentscheide unterliegen der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde.“

<sup>29</sup> Vgl. Art. 50 GBV: „Wer sich mit einer Bestätigung der zuständigen Behörde als Willensvollstrecker oder Willensvollstreckerin ausweist, ist ohne die Mitwirkung der Erbinnen und Erben befugt, die folgenden Vorgänge anzumelden: a. die Veräusserung oder Belastung eines Grundstücks oder eines dinglichen Rechts, das zum Nachlass gehört (...).“

<sup>30</sup> BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 35; vgl. BGE 96 II 325 ff., 329; vgl. OGer ZH, LB010016, 6.11.2001, E. 2.2.c: „In einem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (ZGBR 64 (1983) 134 ff.), auf welchen sich die Parteien sowie die Vorinstanz beziehen, ging es um einen öffentlich beurkundeten Vertrag der Erben über die „Ausscheidung aus der Erbengemeinschaft und Änderung des Gesellschaftsverhältnisses“, worin die Gebrüder nach Ausscheidung ihrer Schwester die reduzierte Erbengemeinschaft bezüglich des Nachlasses ihrer Mutter aufgehoben und die ihnen zustehenden Gesamthandanteile an der Liegenschaft in eine neu begründete einfache Gesellschaft eingebracht hatten. Unter Hinweis auf die Lehre befand das Verwaltungsgericht, mit diesen Rechtsvorgängen sei die Erbteilung zivilrechtlich vollzogen und die Erbengemeinschaft zwischen den Gebrüdern zumindest hinsichtlich des Nachlassgrundstücks beendet worden. Der Wille, die Erbengemeinschaft aufzulösen und die Anteile an der Nachlassliegenschaft in eine neu begründete einfache Gesellschaft einzubringen, komme in der Vereinbarung unmissverständlich zum Ausdruck.“; vgl. BGer, 5A\_304/2015, 23.11.2015, E. 3.2-3.5.

Erbengemeinschaft ergeben. Die Geschwister und die Witwe haben sich geeinigt, dass die Miterben Geld bekommen und zwei Brüder den landwirtschaftlichen Betrieb führen: „*Schon der mit der Übernahme des väterlichen Gewerbes unzweifelhaft verfolgte Zweck des Zusammenschlusses zu dauernder gemeinsamer Bewirtschaftung dieses Bauernhofes spricht also dafür, dass durch die Vereinbarung vom 1. Oktober 1927 die Erbschaft auch im Verhältnis unter Josef und Alfred Böbner vollständig geteilt und zwischen ihnen anstelle der Erbengemeinschaft ein Gesellschaftsverhältnis begründet werden sollte. Dazu kommt, dass der letzte Satz der Vereinbarung vom 1. Oktober 1927 ausdrücklich sagt: "In diesem Sinne wird über die ganze Erbschaft ein Aukauf getroffen, womit die Erbschaft erledigt ist". Diese Bestimmung konnte angesichts ihres Wortlauts und des Zusammenhangs, in dem sie steht, nach Treu und Glauben nur in dem Sinne verstanden werden, dass mit der Abfindung der Miterben von Josef und Alfred Böbner (...) die Erbschaft unter allen Erben vollständig geteilt sei. Ergäben sich die Beendigung der Erbengemeinschaft und die Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen Josef und Alfred Böbner nicht schon aus der Vereinbarung von 1927 und den damaligen Umständen, so wären sie nach Treu und Glauben daraus zu erschliessen, dass die beiden Brüder den Hof von 1927 an jahrzehntelang gemeinsam bewirtschafteten (...). Mit diesem Verhalten gaben sie einander den Willen kund, sich im Sinne von Art. 530 OR zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (d.h. zum Betrieb des ihnen gemeinsam gehörenden Hofes) mit gemeinsamen Kräften und Mitteln (insbesondere mit ihrer vereinten Arbeitskraft) zu verbinden. Die Regeln über die Erbengemeinschaft, die ihrem Wesen nach ein auf die Liquidation angelegtes Übergangsgebilde ist (...), und über die Auflösung dieser Gemeinschaft werden den Beziehungen unter zwei Erben, die während Jahrzehnten miteinander ein landwirtschaftliches oder ein sonstiges Gewerbe betreiben, nicht gerecht. Zwischen Josef und Alfred Böbner bestand also auf jeden Fall zur Zeit des Todes von Alfred nicht mehr eine Erbengemeinschaft (auch nicht eine sog. fortgesetzte Erbengemeinschaft, für welche übrigens die Vorschriften über die gesetzliche Erbengemeinschaft nicht ohne weiteres gelten; [...]), sondern das im Grundbuch eingetragene Gesamteigentum der Brüder Böbner beruhte auf einer einfachen Gesellschaft.“*

Es ist also richtig, die vorliegende Vereinbarung als Teilung anzusehen.<sup>31</sup> Die Erben haben diese schriftlich abgeschlossen, wie es Art. 634 Abs. 2 ZGB verlangt. Dies gilt auch für Verträge, die *Grundstücke* zuweisen.<sup>32</sup> Wie ist der Vertrag zu würdigen, dass drei Erben zusammen ein Restaurant führen möchten? Die drei Erben tun sich zusammen, um ein Restaurant zu führen. Dies stellt ein *kaufmännisches Gewerbe* dar, weil es sich dabei um eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit handelt (Art. 552 Abs. 1, 934 Abs. 1 OR, Art. 2 Ziff. b HRegV). Es geht folglich um eine Kollektivgesellschaft, nicht bloss um eine einfache Gesellschaft. Durch Überführung der durch subjektiv-partiellen Teilung reduzierten Erbengemeinschaft in eine Kollektivgesellschaft hat die Erbengemeinschaft ein Ende gefunden.<sup>33</sup>

Ist die Erbengemeinschaft aufgelöst, endet auch das Mandat des Willensvollstreckers.<sup>34</sup> Er agiert als *falsus procurator*, wenn er jetzt noch für die Erbengemeinschaft tätig ist. Hier gibt es aber einen Vertrauensschutz,

<sup>31</sup> Vgl. auch BGer, 5A\_392/2017, 24.8.2017, E. 2.2-2.5.

<sup>32</sup> Vgl. BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 634 N 17; vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. b GBV; vgl. BGE 86 II 347 ff., 351, BGE 100 Ib 121 ff., 123 und BGE 118 II 395 ff., 397.

<sup>33</sup> Vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 527 N 24: «*Enthält das Testament keine näheren Bestimmungen, so dauert die Willensvollstreckung gem. Art. 518 Abs. 2 bis zum Vollzug der Realteilung, des Erbteilungsvertrages oder Teilungsurteiles bzw. Überführung des Nachlasses in eine fortgesetzte Erbengemeinschaft oder eine andere Rechtsform, vgl. Art. 518 N 67 (...).*»; BGer, 5A\_304/2015, 23.11.2015, E. 3.3: «*Gleichwohl kann danach die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft nur angenommen werden, wenn klar feststeht, dass die Betroffenen die fortgesetzte Erbengemeinschaft aufheben und als einfache Gesellschaft weiterführen wollen (...). Fehlen ausdrückliche Willenserklärungen der Erben muss zur Einigung auf einen gemeinsamen Zweck eine rechtsgeschäftliche Förderungspflicht hinzukommen. Da bereits eine gesetzliche Bindung unter den Erben besteht, darf nicht allein aus der Tatsache ihres Zusammenwirkens und der Bedeutung des Projekts auf eine rechtsgeschäftliche Bindung geschlossen werden. Hinzukommen muss vielmehr eine die einfache Gesellschaft kennzeichnende, über die Erbengemeinschaft hinausgehende und sich von ihr unterscheidende Beziehung (...). Die Zweckänderung - fort von der blossen Liquidation hin zu einem weitergehenden Zweck - muss von allen Erben gewollt sein (...), und die Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führen, wenn aus bloss objektiven Umständen der Umwandlungswille hergeleitet werden soll (...).*»; vgl. dazu René Strazzer/Alexandra Zeiter, Erbengemeinschaft oder einfache Gesellschaft: was jetzt?, in: Ruth Arnet et al. (Hrsg.), *Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid*, Zürich/Basel/Genf 2019, 531 ff., Internet:

[http://szlaw.ch/files/cto\\_layout/pdf/publikationen/publikationen\\_strazzer/Erbengemeinschaft-oder-einfache-Gesellschaft.pdf](http://szlaw.ch/files/cto_layout/pdf/publikationen/publikationen_strazzer/Erbengemeinschaft-oder-einfache-Gesellschaft.pdf) (15.3.2021).

<sup>34</sup> BGer, 5A\_195/2013, 9.7.2013, E. 2.1: «*Die Erstinstanz ist zum Schluss gekommen, dass die Erbengemeinschaft D. inzwischen in eine einfache Gesellschaft übergeführt worden sei. Das Mandat des Willensvollstreckers sei damit beendet und es bestehe kein Raum mehr für eine Behördenaufsicht. Daher könne auf die Beschwerde gegen den Willensvollstrecker mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten werden.*»; BK-Künzle, ZGB 517-518 N 381; vgl. Künzle, *Der Willensvollstrecker in der Erbteilung*, successio 2013, 309 ff., 312: «*Diese Rechtsgemeinschaften sind auf Dauer angelegt und verfolgen nicht wie die Erbengemeinschaft den Zweck der Liquidation, sondern andere Zwecke,*

durch den die Erben grossen Schaden erleiden könnten: „Überschreitet der Willensvollstrecker die Vertretungsbefugnis oder missbraucht er die Vertretungsmacht, kann dies gutgläubigen Dritten (ähnlich wie nach Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR, analog angewendet) nicht entgegengehalten werden, aber er wird gegenüber den Erben schadenersatzpflichtig.“<sup>35</sup> Da der Willensvollstrecker häufig über ein Willensvollstreckerzeugnis verfügt, wäre es an den Erben, diesen Rechtsschein zu zerstören, weil sich sonst eine Bindungswirkung ergeben könnte (Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 OR analog).<sup>36</sup> Das Beschwerdeverfahren gegen den Willensvollstrecker steht dazu nicht offen, weil er seit der Teilung gar kein Willensvollstrecker mehr ist.<sup>37</sup> Nach den Prinzipien des Stellvertretungsrechts könnte dies durch Mitteilung an potentielle Vertragspartner erfolgen, um deren guten Glauben zu zerstören (Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 OR analog). Ebenso müssten sie aber auch den Willensvollstrecker anhalten, die Urkunde zurückzugeben (vgl. Art. 36 Abs. 2 OR analog) und weitere Vertretungshandlungen im summarischen Verfahren zu untersagen.<sup>38</sup>

Es bestünde noch die Möglichkeit, den als *falsus procurator* agierenden Willensvollstrecker auf *Schadenersatz zu belangen*. Anspruchsgrundlage wäre die Geschäftsführung ohne Auftrag, da der Auftrag und damit die vertragsähnliche Haftung durch die Teilung ein Ende gefunden hat. Da die Erben ihm mitgeteilt haben, dass die Teilung geglückt ist, hätte er merken müssen, dass er kein Mandat mehr hat. Es wäre somit die echte, unberechtigte GoA, bei der sich die Ansprüche der Geschäftsherren nach Deliktsrecht richten. Aufgrund des Einmischungsverbots sind solche Handlungen widerrechtlich und decken auch reine Vermögensschäden ab.<sup>39</sup> Die Erben dürften an dieser Haftung des Willensvollstreckers ihnen gegenüber nur sekundär ein Interesse haben – der Fokus richtet sich vielmehr auf die Verhinderung des Schadenseintritts. Die Erben wollen verhindern, dass überhaupt ein Schaden durch den Verkauf als bindendes Verpflichtungsgeschäft entsteht.

Können die Erben den Kauf nicht durch Zerstörung des guten Glaubens des Erwerbers verhindern, sollten sie wenigstens die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch verunmöglichen. Dies könnten sie erreichen, indem sie die drei übernehmenden Erben sofort im Grundbuch als neue Eigentümer der Liegenschaft anmelden.<sup>40</sup> Der Tagebucheintrag bewirkt im Ergebnis eine Vormerkung und lässt einen späteren Erwerber aufgrund des Prinzips der Alterspriorität leer ausgehen (Art. 948, 972 ZGB).<sup>41</sup> Ein Grundbuchauszug enthält zusätzlich die pendenten, aber noch nicht eingetragenen Tagebucheinträge (Art. 31 Abs. 4 lit. e GBV), so dass ein allfälliger Erwerber über den früheren Erwerber gewarnt wäre. Eine Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (der Erbteilungsvertrag schafft einen obligatorischen Anspruch, nicht einen dinglichen, weshalb Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nicht anwendbar ist) ist deshalb nicht nötig, denn diese zeitigt ihre Wirkung auch nur wegen der Alterspriorität (Art. 960 Abs. 2 ZGB).

---

wie etwa das dauernde Halten einer Liegenschaft. Sobald die Erbteilung umfassend durchgeführt wurde und Nachlassgut in einer anderen Form als in einer (fortgesetzten) Erbengemeinschaft gehalten wird, verliert der Willensvollstrecker sein Tätigkeitsfeld, sein Mandat wird gegenstandslos.“

<sup>35</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 213; Künzle, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, 15, m.w.H. in Fn. 113 f., 22; Jost, Fragen aus dem Gebiet der Willensvollstreckung, in: Festgabe des Luzernischen Anwaltsverbandes zum Schweizerischen Anwaltstag, 81 ff., 94, N 51.

<sup>36</sup> BK-Künzle, ZGB 517-518 N 213.

<sup>37</sup> Vgl. das Zitat in FN 34.

<sup>38</sup> Vgl. BSK OR I-Watter, Art. 36 N 7; BK-Zäch, OR 36 N 42 ff.

<sup>39</sup> Vgl. ZK-Schmid, OR 420 N 62.

<sup>40</sup> Die Erben können dies tun, indem sie den Erbteilungsvertrag als Rechtsgrundaussweis und die Erbenbescheinigung als Verfügungsausweis einreichen, vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. b, 65 Abs. 1 lit. a GBV (zum Veräusserungskonzept der Erbteilung vgl. Urs Fasel, Kommentar GBV, GBV 64 N 144); vgl. auch BK-Künzle, ZGB 517-518 N 348: „Verwaltungshandlungen der Erben sind grundsätzlich ungültig, soweit sie sich mit der (exklusiven) Kompetenz des Willensvollstreckers (...) nicht vertragen (...). Im Bereich der Erbteilung können die Erben dagegen frei verfügen (Art. 607 Abs. 2), sie können auch durch einen Willensvollstrecker nicht gehindert werden (...). An sich ist der Erbteilungsvertrag bzw. das Teilungsurteil (...) durch den Willensvollstrecker zu vollziehen (Art. 518 Abs. 2 ...). Die Tatsache, dass die Erben (alleine) eine Realteilung vollziehen können (Art. 611 und Art. 634; ...), führt m.E. dazu, dass eine fehlende Unterschrift des Willensvollstreckers auf einem Verfügungsgeschäft die von den Erben (gemeinsam) tatsächlich vollzogene Erbteilung (z.B. durch einen erfolgten Grundbucheintrag oder die Übertragung eines Bankdepots auf einen einzelnen Erben) nicht an der Gültigkeit hindert (...).“, bestätigt bei BK-Künzle, ZGB 517-518 N 349: „Zu betonen ist, dass eine Eintragung im Grundbuch, welche gestützt auf einen Erbteilungsvertrag, aber ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers erfolgt ist, dennoch gültig ist (...).“

<sup>41</sup> BGE 115 II 221 ff., 230 f.: „Wie dargelegt, wird mit dem Rückbezug der Wirkung der Eintragung im Hauptbuch auf den Zeitpunkt der Einschreibung im Tagebuch auf alle Fälle die Rangfolge sämtlicher dinglichen Rechte festgelegt, die auch bis zum Vollzug der Einschreibung im Hauptbuch noch begründet, dem im Tagebuch bereits eingetragenen Erwerber indessen nicht entgegengehalten werden können (...). Diese Wirkung der Tagebucheinschreibung entspricht derjenigen einer Vormerkung nach Art. 960 ZGB, die eine Verfügungsbeschränkung nach sich zieht (...).“



## 6. Welche Möglichkeiten haben M, N und O?

Gemäss Art. 637 Abs. 1 ZGB haften die Miterben für Erbschaftssachen wie Käufer und Verkäufer. Das Haus weist wegen des Sporenbefalls einen Mangel auf. Dieser Mangel muss im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorliegen – für die Belange des Art. 637 Abs. 1 ZGB ist deshalb der Zeitpunkt des Teilungsvertragsabschlusses massgebend.<sup>42</sup> Die Prüfungs- und Rügeobliegenheit, die auch hier gilt,<sup>43</sup> haben die drei Erben gemäss Sachverhalt unverzüglich wahrgenommen (Art. 201 Abs. 1 und 3 OR, da es sich um einen versteckten Mangel handelt). Die Wandlung gemäss Art. 205 Abs. 1 OR kommt in erbrechtlichen Fällen nicht in Frage, da sie die Teilung wieder hinfällig macht.<sup>44</sup> M, N und O haben mit der eigenmächtigen Sanierung ohnehin einen Weg gewählt, bei dem nur noch die Minderung offen steht. Sanierungs- und Reparationskosten stellen vermutlich den Minderwert der mangelhaften Sache dar.<sup>45</sup> Die Minderung müssen aber alle Erben tragen, also auch die drei vom Mangel betroffenen Erben.<sup>46</sup> Jeder Erbe ist zu 1/7 am Nachlass beteiligt. Somit müssen M, N und O als „Käufer“ und „Verkäufer“ gleichzeitig zusammen 3/7 der Minderung selber tragen. Sie können also nur total Fr. 4'000 von den anderen vier Erben verlangen. Die anderen vier Erben müssen dafür nicht solidarisch eintreten.<sup>47</sup> Jeder der Erben I, J, K und L muss folglich nur für seinen Anteil von 1/7, also für je Fr. 1'000 eintreten. Die Arztkosten erhalten M, N und O nicht ersetzt, da das Bundesgericht Schadenersatzansprüche neben der Minderung nur gemäss Art. 97 Abs. 1 OR gewährt (und nicht nach den Vorschriften von Art. 208 OR, die zur Wandlung gehören),<sup>48</sup> mithin ein Verschulden Voraussetzung bildet. Im Sachverhalt gibt es allerdings keine Anzeichen, dass auch nur einer der übrigen vier Erben vom Sporenbefall Kenntnis hatte („...für alle Erben überraschend...“). Hätten die drei Erben M, N und O davon Kenntnis gehabt, gibt es ohnehin keinen Schadenersatz (vgl. Art. 200 Abs. 1 OR). Die Verjährung richtet sich nach Art. 637 Abs. 3 ZGB (ein Jahr ab Teilung, nicht ab Teilungsvertragsabschluss [strittig<sup>49</sup>]), nicht nach den grosszügigeren Art. 210 Abs. 1 oder 219 OR (zwei bzw. fünf Jahre).

<sup>42</sup> Vgl. BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 637 N 7.

<sup>43</sup> Vgl. BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 637 N 11.

<sup>44</sup> BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 637 N 13; CHK-Göksu, ZGB 637 N 5; Karl Büchli, Die Gewährleistungspflicht bei der Verteilung eines gemeinschaftlichen Vermögens, Diss. Fribourg 1943, 85 ff.; das müsste man insbesondere bei Mängeln, die die Sache wertlos machen, überdenken, denn die Anfechtung wegen Willensmängeln steht auch beim Erbvertrag offen (Art. 638 ZGB; vgl. BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 634 N 14; ZK-Escher, ZGB 637 N 17 und ZGB 638 N 4; BK-Piceni, ZGB 638 N 8) und somit auch bei Willensmängeln über Mängel, es sei denn, man betrachte den Wert der Erbschaftssachen wie bei einem Vergleich als *caput controversum* und einer Anfechtung deshalb als nicht zugänglich (vgl. dazu BGE 130 III 49 ff., 52).

<sup>45</sup> Vgl. CHK-Müller-Chen, OR 205 N 13 und BGE 111 II 162 ff., 164: „La différence entre la valeur objective de la chose sans défaut et sa valeur avec défaut ne coïncide pas nécessairement avec le coût de la réparation, mais elle lui correspondra le plus souvent (...), soit chaque fois que, pour fixer la valeur dépréciée, l'on déduit exactement de la valeur non dépréciée le coût de la remise en état. Aussi, en l'absence de toute indication contraire, le juge pourra-t-il également se fonder sur la présomption que la dépréciation correspond au coût de la remise en état, chacune des parties intéressées ayant la faculté d'établir qu'elle serait moindre - la réparation coûtant davantage que la dépréciation - ou plus importante - la réparation laissant subsister un facteur de dépréciation. En l'espèce, le jugement attaqué n'indique et la défenderesse n'invoque aucun élément permettant de penser que le montant de la dépréciation différerait de celui de la réparation. Au contraire, la cour cantonale admet implicitement que - sous réserve d'une incidence éventuelle d'une différence entre le prix et la valeur objective - la dépréciation équivaut en l'occurrence au coût de la réparation.“; der Schadenersatzanspruch ist auch für die Belange des Art. 637 ZGB von Bedeutung, vgl. die Ausführungen bei Büchli (FN 44), 103-105, insb. 105: „Ersatz des weiteren (mittelbaren) Schadens, sofern der gewährleistungspflichtige Teil nicht beweisen kann, dass ihm kein Verschulden zur Last falle.“ – dies würde bedeuten, dass jeder der vier übrigen Verkäufer-Erben gegenüber den Käufern auf 1/7 von Fr. 700 haftet, sofern er nicht beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft; vgl. Piotet, SPR IV/2, 917.

<sup>46</sup> Vgl. BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 637 N 3: „Die Miterben haften gegenseitig für Rechts- oder Sachmängel im Verhältnis ihrer Erbanteile, d. h. auch der Gewährleistungsberechtigte hat einen etwaigen Schaden für seinen Anteil mitzutragen. Beispiel: Ein Erblasser hinterlässt den Ehegatten und zwei Nachkommen, deren Erbanteile den gesetzlichen Erbquoten entsprechen (überlebender Ehegatte die Hälfte, die beiden Nachkommen je ein Viertel der Erbschaft, Art. 462 Ziff. 1 i. V. m. Art. 457). Ein Nachkomme erhält im Rahmen der Erbteilung eine bestimmte Erbschaftssache zum Anrechnungswert 20. Ist diese mangelhaft und als Folge davon wertlos oder wird die Sache von einem Dritten entwehrt, schuldet der überlebende Ehegatte dem gewährleistungsberechtigten Nachkommen 10 und der andere Nachkomme 5.“

<sup>47</sup> Vgl. die Marginalie „Haftung der Miterben unter sich“ bei Art. 637 ZGB; vgl. CHK-Göksu, ZGB 637 N 7.

<sup>48</sup> BGE 133 III 335 ff., 339: „Das Bundesgericht lehnt eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 und 3 OR auf Fälle, in denen der Käufer keine Wandelung verlangt, ab (...). Es räumt jedoch dem Käufer das Recht ein, aus einem Mangel der Sache nicht nur Gewährleistungsansprüche gemäss Art. 197 ff. OR, sondern alternativ auch Schadenersatzansprüche gemäss der allgemeinen Regelung der Haftung für nicht gehörige Erfüllung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR abzuleiten, wobei es die Alternativität insoweit einschränkt, als der Käufer in beiden Fällen die Untersuchungs- und Anzeigeobliegenheiten gemäss Art. 201 OR erfüllen und die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 bzw. 219 Abs. 3 OR wahren muss (...).“

<sup>49</sup> Für den Verjährungsbeginn ab Teilungsvertragsabschluss siehe BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 637 N 19: „Der Fristenlauf für die Verjährung beginnt somit grundsätzlich anlässlich der «Teilung», d. h. mit Datum des Abschlusses des Teilungsvertrages oder der Entgegennahme der Lose (Art. 634 Abs. 1) oder am Datum des Teilungsurteils (Art. 604).“; für den Verjährungsbeginn ab Teilung siehe KUKO-Bürgi, ZGB 634 N 10: „Nach Abs. 3 verjähren die Klagen auf Gewährleistung mit Ablauf eines Jahres ab Teilungszeitpunkt, d. h. ab Datum des Vollzugs des Teilungsvertrages (d. h. der physischen Übernahme des Nachlasswertes) bzw. der Entgegennahme der Lose bzw. des Teilungsurteils (gl. M. BK-Tuor/Piceni, Art. 637 ZGB N 10b; PraxKomm ErbR-Mabillard, Art. 637 ZGB N 21; teilw. a. M. BSK ZGB II-Schaukelberger/Keller Lüscher, Art. 637 N 19: Teilungsvertragsabschluss und nicht -vollzug).“