



**Kantonsgericht von Graubünden  
Dretgira chantunala dal Grischun  
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:  
ERZ 10 51

Chur, 03. Mai 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

(Eine gegen dieses Urteil beim Bundesgericht erhobene Beschwerde ist mit Urteil vom 10. Januar 2011 abgewiesen worden, soweit darauf einzutreten war).

# Verfügung

## Einzelrichter in Zivilsachen

Vorsitz           Präsident Brunner  
Redaktion       Aktuarin ad hoc Bäder Federspiel

—————  
Im zivilrechtlichen Rekurs

des X., Gesuchsteller und Rekurrent, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Spadin, Steinbrüchel Hüssy, Grossmünsterplatz 8, 8001 Zürich,

gegen

die Verfügung des Kreispräsidenten Fünf Dörfer vom 05. Februar 2010, mitgeteilt am 05. Februar 2010, in Sachen des Gesuchstellers und Rekurrenten gegen die Stiftung Y., Gesuchsgegnerin und Rekursgegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hans Wüst, Seefeldstrasse 62, 8008 Zürich, gegen AZ., Gesuchsgegner und Rekursgegner, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Anton Hidber, Tittwiesenstrasse 29, Postfach 459, 7001 Chur, sowie gegen BZ. und CZ., Gesuchsgegnerinnen und Rekursgegnerinnen, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Audétat, Hartbertstrasse 1, Postfach, 7001 Chur,

betreffend Annullierung Erbescheinigung und Ermittlung der Erben,

hat sich ergeben:

## I. Sachverhalt

A. Am 16. Mai 2008 verschied im Spital in B. A., zuletzt wohnhaft gewesen in D.. Die Genannte war am C. geboren worden, ledig sowie kinderlos und hinterliess als nächsten Verwandten ihren Bruder AZ.. Kurz vor ihrem Tod, am 14. Mai 2008, hatte A. in einem Nottestament über ihren Nachlass verfügt. Dabei liess sie sich vor mehreren Zeugen ihr Testament vorlesen und erklärte durch Nicken und mündliches Bejahen ihr Einverständnis mit dessen Inhalt. Im erwähnten Testament verfügte sie im Wesentlichen, dass ihr Bruder AZ. sowie seine Erben von der Erbfolge ausgeschlossen werden, und ordnete die Ausrichtung verschiedener Vermächtnisse an, unter anderem an ihre beiden Nichten BZ. und CZ., die Töchter ihres Bruders AZ.. Der Restbetrag, der nach dem Verkauf ihrer Liegenschaft, der Ausrichtung der Vermächtnisse und der Bezahlung der Steuern übrig bleibt, sollte an die Stiftung Y., gehen. Schliesslich setzte A. X. als Willensvollstrecker ein.

B. Am 19. Mai 2008 traf der Kreispräsident Fünf Dörfer eine Verfügung betreffend Siegelung der Erbschaft gemäss Art. 552 ZGB und Art. 74 EGzZGB sowie Aufnahme eines Inventars gemäss Art. 553 ZGB. Die amtliche Eröffnung des Testaments von A. erfolgte am 27. Mai 2008, was der Kreispräsident AZ., BZ. sowie CZ., dem Willensvollstrecker, der Stiftung Y. sowie weiteren durch das Testament Begünstigten mit Verfügung vom 28. Mai 2008 mitteilte. An diesem Tag ordnete er zudem eine Erbschaftsverwaltung nach Art. 554 ZGB an, wobei er den Willensvollstrecker X. als Erbschaftsverwalter einsetzte. Mit Verfügung vom 8. April 2009 hob der Kreispräsident Fünf Dörfer die Erbschaftsverwaltung wieder auf und übergab die Erbschaft dem Willensvollstrecker.

C. Mit Vermittlungsbegehren vom 12. Dezember 2008 instanzierte AZ. beim Kreispräsidenten Fünf Dörfer gegen die letztwillige Verfügung von A. eine Anfechtungsklage, wobei er unter anderem die Formungültigkeit des Testaments geltend machte. Am 26. April 2009 bzw. 11. Mai 2009 schlossen die Stiftung Y. einerseits und AZ., BZ. und CZ. andererseits eine Vereinbarung, mit dem Zweck, eine prozessuale Auseinandersetzung zu vermeiden. In der Vereinbarung anerkannte AZ. die Gültigkeit des Nottestaments von A. und die Stellung der Stiftung Y. als eingesetzte Alleinerbin. Die erwähnte Stiftung verpflichtete sich, AZ. aus dem Nachlass von A. eine Zahlung von Fr. 250'000.-- brutto zu leisten sowie verschiedene Vermächtnisse auszurichten, nämlich je Fr. 100'000.-- an BZ. und CZ. sowie je Fr. 50'000.-- an drei gemäss Testament begünstigte Institutionen. Gestützt auf diese Übereinkunft beantragte der Rechtsvertreter der Stiftung dem

Kreispräsidenten Fünf Dörfer im Namen der an der Vereinbarung beteiligten Parteien am 11. Mai 2009 die Ausstellung einer Erbescheinigung, lautend auf die Stiftung Y. als Alleinerbin. Am 9. Juni 2009 stellte der Kreispräsident eine entsprechende Erbescheinigung aus.

D. Mit Schreiben vom 16. Juli 2009 erhob Willensvollstrecker X. Einwände gegen die Erbescheinigung vom 9. Juni 2009. Am 14. August 2009 stellte er beim Kreispräsidenten Fünf Dörfer folgende Anträge:

- "1. Es sei zu ermitteln, wie sich die Erbengemeinschaft im Nachlass von A., geb. C., gest. 16. Mai 2008, wohnhaft gewesen E., D. GR, personell zusammensetzt, und es sei diesen Erben das Testament vom 14. Mai 2008 zu eröffnen.*
- 2. Es sei die Erbescheinigung vom 9. Juni 2009 zu annullieren und einzuziehen und es sei eine Erbescheinigung lautend auf die gemäss Ziff. 1 vorstehend ermittelten Erben auszustellen.*
- 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Stiftung Y. sowie von Herrn AZ.."*

Die Stiftung Y. beantragte in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2009 die vollumfängliche Abweisung dieser Anträge, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Willensvollstreckers. Dieselben Anträge stellten AZ. sowie BZ. und CZ. in ihren Stellungnahmen vom 9. Oktober 2009.

E. Der Kreispräsident Fünf Dörfer entschied mit Verfügung vom 5. Februar 2010, mitgeteilt am 5. Februar 2010, wie folgt:

- "1. Den Anträgen des Willensvollstreckers wird nicht stattgegeben.*
- 2. Die kreisamtlichen Kosten von CHF 1'200.00 fallen zu Lasten des Gesuchstellers.*
- 3. (Rechtsmittelbelehrung)*
- 4. (Mitteilung)"*

Der Kreispräsident führte im Wesentlichen aus, das Kreisamt habe auf Verlangen eines Erben eine Erbescheinigung ausgestellt, nachdem sich die Erben in einer Vereinbarung geeinigt hätten. Sowohl der Wortlaut des Testaments als auch die Vereinbarung unter den Erben, welche das Testament so verstanden haben wollten, dass die Stiftung Y. Alleinerbin sei, sprächen für die Richtigkeit der Erbescheinigung. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, eine andere Erbescheinigung ausstellen zu müssen. Das Kreisamt habe zudem weder die Pflicht noch Anlass dazu, nach Erben der grosselterlichen Parentel zu suchen, sondern würde seine Kompetenzen überschreiten, wenn es dem diesbezüglichen Aufruf des Willensvollstreckers folgen würde. Da dies soweit erkenntlich auch

nicht im Interesse der Erblasserin sein könne, verstosse der Willensvollstrecker gegen seine Pflichten. Als Aufsichtsbehörde liege es am Kreispräsidenten, den Willensvollstrecker hierfür abzumahnern und ihn an seine Pflichten zu erinnern.

F. Gegen diese Verfügung reichte X. mit Eingabe vom 26. Februar 2010 beim Einzelrichter in Zivilsachen des Kantonsgerichts Rekurs ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Verfügung des Kreispräsidiums Fünf Dörfer vom 5. Februar 2010 (Prot. Nr. 08.90/08.3019) sei vollumfänglich aufzuheben.*
- 2. Der Kreispräsident des Kreises Fünf Dörfer sei anzuweisen, die Erben im Nachlass von A., geb. C., gest. 16. Mai 2008, wohnhaft gewesen E., D., zu ermitteln und diesen Erben das Testament vom 14. Mai 2008 zu eröffnen.*
- 3. Der Kreispräsident des Kreises Fünf Dörfer sei anzuweisen, die Erbbescheinigung vom 9. Juni 2009 zu annullieren und einzuziehen und eine Erbbescheinigung lautend auf die Erben auszustellen, soweit sie gemäss Ziff. 2 vorstehend ermittelt werden konnten.*
- 4. Eventualiter sei festzustellen, dass der Willensvollstrecker mit seinen Bemühungen um Feststellung der Erben im Nachlass von A., namentlich mit seinen Eingaben an das Kreispräsidium vom 16. Juli 2009 und 14. August 2009, keine Pflichtverletzungen begangen hat.*
- 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Rekursgegnerin."*

Zudem stellte der Rekurrent den prozessualen Antrag auf Durchführung einer Parteiverhandlung.

Der Kreispräsident Fünf Dörfer verwies in seiner Stellungnahme vom 22. März 2010 im Wesentlichen auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Ebenfalls am 22. März 2010 ging die Rekursantwort der Stiftung Y. ein. Sie beantragt, die Rechtsbegehren Ziff. 1 bis Ziff. 4 des Rekurrenten seien abzuweisen, die Verfahrenskosten seien dem Rekurrenten aufzuerlegen und dieser sei auch zu verpflichten, der Rekursgegnerin 2 eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. AZ. beantragt in seiner Stellungnahme vom 22. April 2010, die Rechtsbegehren Ziff. 1 bis 4 des Rekurrenten seien abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zulasten des Rekurrenten. Dieselben Anträge stellen BZ. und CZ. in ihrer Stellungnahme vom 22. April 2010.

Auf die Begründung der Anträge in den Rechtsschriften sowie weitere Ausführungen in der angefochtenen Verfügung wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## **II. Erwägungen**

1a. Entscheide des Kreispräsidenten betreffend Sicherung des Erbgangs und Ausstellung der Erbbescheinigung im Sinne von Art. 9 Ziff. 5 EGzZGB können gestützt auf Art. 12 Abs. 1 EGzZGB innert zwanzig Tagen durch schriftlich begründeten Rekurs beim Einzelrichter am Kantonsgericht angefochten werden. Im Rekurs ist mit kurzer Begründung anzugeben, welche Punkte des Entscheids angefochten und welche Abänderungen beantragt werden (Art. 12 Abs. 3 EGzZGB in Verbindung mit Art. 233 Abs. 2 ZPO). Der Rekurs von X. vom 26. Februar 2010 wurde frist- und formgerecht bei der zuständigen Instanz eingereicht, so dass darauf einzutreten ist.

b. In seinem Rekurs stellt der Rekurrent den Antrag auf Durchführung einer Parteiverhandlung. Art. 12 Abs. 2 EGzZGB sieht diese Möglichkeit grundsätzlich vor. Allerdings besteht hierfür in casu kein Anlass. Der Sachverhalt ist aufgrund der Akten hinreichend geklärt, und die Parteien konnten ihre Standpunkte in den Rechtsschriften umfassend darlegen. Hinzu kommt, dass reine Rechtsfragen zu prüfen sind. Unter diesen Umständen sind von einer mündlichen Parteiverhandlung keine neuen entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, weshalb der entsprechende Antrag des Rekurrenten abgewiesen wird.

2. Der Rekurrent verlangte vom Kreispräsidenten Fünf Dörfer die Aufhebung der Erbbescheinigung vom 9. Juni 2009, die Ermittlung weiterer Erben von A. sel. und das anschliessende Ausstellen einer neuen Erbbescheinigung. Diese Ziele strebt er auch im Rekursverfahren an. Nachfolgend ist zu prüfen, ob X. als Willensvollstrecker überhaupt legitimiert ist, solche Begehren zu stellen.

a. Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines Willens beauftragen (Art. 517 Abs. 1 ZGB). Die Willensvollstrecker stehen, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters. Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, 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 (Art. 518 Abs. 1 und 2 ZGB). Ziel der Willensvollstreckung ist die Verteilung des Nachlasses unter die Erben, das heisst die Vorbereitung und der Vollzug der Erbteilung. Die Kompetenzen des Willensvollstreckers sind rechtlich sehr weitreichend. Zwar hat er keine materiell-rechtliche Beteiligung und keine dinglichen Rechte am Nachlass, aber das ausschliessliche Besitz-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht darüber, währenddessen die diesbezüglichen Rechte der Erben sistiert sind. Der Willensvollstrecker kann alle Rechtshandlungen vornehmen, die zur Erfüllung seiner Aufgabe erforderlich sind. Er hat einen grossen Ermessensspielraum, muss dabei aber auf die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten Rücksicht nehmen, unparteiisch sein und bei unklarem evtl. ungültigem Testament grosse Zurückhaltung üben (Martin Karrer, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum ZGB II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB, 3. A., Basel 2007, N 13 f. zu Art. 518 ZGB; zu den Rechten und Pflichten des Willensvollstreckers vgl. auch Bernhard Christ, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, N 20 ff. zu Art. 518 ZGB).

Dass der Willensvollstrecker die Teilung auszuführen hat, bedeutet nicht, dass er die Erbteilung ohne Zutun der Erben selbständig bzw. autoritativ vornehmen und rechtskräftig abschliessen kann. Vielmehr hat er die Erbteilung lediglich vorzubereiten und nach Abschluss des Teilungsvertrags zu vollziehen; die Erbteilung selbst ist aber kein Akt des Willensvollstreckers, sondern Sache der Erben bzw. des Gerichts. Gegen Erben, die unter sich über die Art der Teilung einig sind, kann der Willensvollstrecker nichts vorkehren (Karrer, a.a.O., N 52 zu Art. 518 ZGB, mit weiteren Hinweisen; Jean Nicolas Druey, Die Aufgaben des Willensvollstreckers, in: Druey/Breitschmid [Hrsg.], Willensvollstreckung, Bern 2001, S. 1 ff., S. 11).

b. Die Prozessführungsbefugnis eines Willensvollstreckers ist in dem Sinne exklusiv, als sie die Erben soweit von der Prozessführung ausschliesst, als diesen vom materiellen Recht die Verfügungsmacht entzogen und auf den Willensvollstrecker übertragen wurde. Der Umfang der Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers leitet sich in diesem Sinn von der materiellen Rechtsstellung ab (Hans Rainer Künzle, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, in: Druey/Breitschmid [Hrsg.], Willensvollstreckung, Bern 2001, S. 21 ff., S. 48 f.; Hans Rainer Künzle, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, S. 369 u. 371; Karrer, a.a.O., N 68 zu Art. 518 ZGB).

Als Verwalter und Vertreter des Nachlasses ist der Willensvollstrecker zu sämtlichen Prozessen, die den Bestand des Nachlasses betreffen, aktiv- und passivlegitimiert (Andreas Flückiger, Der Umgang des Willensvollstreckers mit anfechtbaren, nichtigen und unklaren Verfügungen von Todes wegen, in: Künzle [Hrsg.], Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zürich 2004, S. 75 ff., S. 91; Karrer, a.a.O., N 76 ff. zu Art. 518 ZGB). Dem gemäss Art. 518 ZGB mit der Verwaltung der Erbschaft betrauten Willensvollstrecker steht an Stelle der materiell berechtigten Erben die alleinige und ausschliessliche Prozessführungsbefugnis im eigenen Namen und als Partei zu (PKG 1994 Nr. 3). In erbrechtlichen Verfahren sind die prozessualen Kompetenzen des Willensvollstreckers hingegen erheblich eingeschränkt, soweit er nicht gleichzeitig als Erbe des Nachlasses betroffen ist (Flückiger, a.a.O., S. 92 ff.; Karrer, a.a.O., N 81 ff. zu Art. 518 ZGB). In Erbstreitigkeiten ist das Bestehen der Erbenqualität einer Person oder der Umfang der von ihr behaupteten oder wirklich vorhandenen Erbrechtsansprüche an dem der Willensvollstreckung unterliegenden Nachlass der eigentliche Gegenstand des Streites. Die Geltendmachung des Erbrechts der Erbberechtigten fällt indessen nicht unter die Aufgabe, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers gemäss Art. 518 ZGB auszuführen, reicht das anzuerkennende Interesse des Erblassers an der Vollziehung des letzten Willens doch nicht so weit, den Erben in der Verteidigung des eigenen Erbrechts durch die Einsetzung eines Willensvollstreckers einzuschränken oder gar zu binden. Das Erbrecht im subjektiven Sinne unterliegt weder der Verwaltung des Willensvollstreckers, noch ist seine Geltendmachung eine Berufung auf einen Anspruch, welcher sich gegen den verwalteten Nachlass richtet. Die Stellung des Willensvollstreckers wird durch die Frage nach dem Erbrecht grundsätzlich nicht beeinflusst, da er ja nicht die Wahrung der Interessen eines bestimmten Erben übernimmt, sondern aller jener Erben, die sich schliesslich als wirklich berechnete Erben herausstellen. Die Frage nach dem Erbesein ist eine höchstpersönliche Angelegenheit des Erbprätendenten; er allein kann seinen Erbanspruch geltend machen oder aber auch darauf verzichten. Daraus ergibt sich, dass das Erbrecht und die Feststellung der Erbberechtigung nicht in den Geschäftskreis des Willensvollstreckers fallen und somit auch nicht Objekt eines durch ihn zu erledigenden Prozesses sein können (Hansjürg Bracher, Der Willensvollstrecker, insbesondere im zürcherischen Zivilprozessrecht, Zürich 1965, S. 116 f.). Für die Klage auf Feststellung oder Aberkennung der Erbenqualität bestimmter Personen sind denn auch keine Fälle aus der Praxis bekannt, die eine Aktivlegitimation des Willensvollstreckers bejahen (Christ, a.a.O., N 110 zu Art. 518 ZGB). Die Willensvollstreckung erfüllt keine öffentlichen Interessen wie etwa den Schutz der

Erben vor Benachteiligung (Künzle, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, a.a.O., S. 66).

c/aa. Im vorliegenden Fall wird die Erbescheinigung des Kreispräsidenten Fünf Dörfer vom 9. Juni 2009 angefochten. Zu Rechtsmitteln gegen Erbescheinigungen ist ein Willensvollstrecker aktivlegitimiert, soweit seine eigene Rechtsstellung betroffen ist, es also um seine Einsetzung, Stellung oder Funktion geht (Karrer, a.a.O., N 85 zu Art. 518 ZGB; Künzle, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, a.a.O., S. 51). Dem Willensvollstrecker steht somit etwa dann die Befugnis zu, gegen unrichtig ausgestellte Erbescheinigungen vorzugehen, wenn er dadurch in seiner eigenen Tätigkeit behindert würde, wie im Verkehr mit Banken, bei der Übertragung von Liegenschaften, bei der Ausrichtung von Vermächtnissen etc. Vorliegend geht es indes nicht um die Einsetzung, Stellung oder Funktion von X., weist ihn die Erbescheinigung vom 9. Juni 2009 doch explizit als Willensvollstrecker aus. Auch macht der Rekurrent nicht geltend, er werde durch die Bescheinigung in irgendeiner Art und Weise in seiner Tätigkeit behindert. Vielmehr ficht er die Erbescheinigung an, weil er mit der Vereinbarung der Erben bzw. Vermächtnisnehmer über die Verteilung des Nachlasses nicht einverstanden ist bzw. weil er gestützt auf seine eigene Auslegung des Testaments der Ansicht ist, die Bescheinigung sei unvollständig, da noch weitere Erben vorhanden seien. Zu diesen Rügen ist der Willensvollstrecker nicht berechtigt:

c/bb. Wie in Erwägung 2b dargelegt, ist ein Willensvollstrecker nicht zur Prozessführung legitimiert, wenn es ausschliesslich um die Rechtsstellung der Erben geht, da die Erfüllung seiner Aufgabe dadurch nicht direkt berührt wird. Wer und in welchem Ausmass Erbe ist, spielt für die Tätigkeit des Willensvollstreckers keine Rolle (Karrer, a.a.O., N 81 zu Art. 518 ZGB). Deshalb ist er bspw. auch zu einer Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ZGB lediglich dann passivlegitimiert, soweit er seine eigene Rechtsstellung (Einsetzung bzw. Ernennung, Umfang der testamentarisch bestimmten Befugnisse oder Dauer) verteidigen muss, und nur aktivlegitimiert, um eine Feststellungsklage über die Gültigkeit seiner Ernennung zu führen oder um eine letztwillige Verfügung, welche einen anderen Willensvollstrecker vorsieht und seine Ernennung verhindert, ungültig erklären zu lassen (Künzle, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, a.a.O., S. 53 f.; Christ, a.a.O., N 109 zu Art. 518 ZGB; Flückiger, a.a.O., S. 92).

In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass dem Willensvollstrecker keine Befugnis zur authentischen Interpretation der Verfügung

von Todes wegen zukommt (Christ, a.a.O., N 3 zu Art. 518 ZGB; Karrer, a.a.O., N 19 zu Art. 518 ZGB; Peter Breitschmid, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Druet/Breitschmid [Hrsg.], Willensvollstreckung, Bern 2001, S. 149 ff., S. 176). Nicht der Willensvollstrecker ist berufen, die letztwillige Verfügung auszulegen, allfällige Unklarheiten zu beseitigen, darin enthaltene Lücken zu schliessen etc. Sofern sich die Erben nicht einigen, ist dies vielmehr Aufgabe des Gerichts, und zwar des ordentlichen Richters im Rahmen der erbrechtlichen Klagen und nicht etwa des Kreispräsidenten im Zusammenhang mit der Ausstellung der Erbescheinigung. Der Kreispräsident hat lediglich die Abwicklung des Erbgangs sicherzustellen, nicht aber materielles Recht zu entscheiden. Bei unklaren, lückenhaften oder sich widersprechenden Verfügungen bzw. Klauseln darf er nur einen provisorischen, den ordentlichen Richter nicht bindenden prima-facie-Entscheid treffen. Die Erbescheinigung steht nach Art. 559 Abs. 1 ZGB denn auch ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Ungültigkeits- und der Erbschaftsklage. Sie ist stets nur ein provisorischer Legitimationsausweis ohne materiellrechtliche Bedeutung für die Erbenstellung der darin erwähnten Personen. Diese Frage kann nicht die Ausstellungsbehörde, sondern, wie erwähnt, nur der ordentliche Richter definitiv entscheiden (Karrer, a.a.O., N 10 vor Art. 551-559 ZGB, N 2 u. N 45 zu Art. 559 ZGB; Hans Rainer Künzle, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Unternehmen im Nachlass, in: Künzle [Hrsg.], Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zürich 2004, S. 9 ff., S. 32), was auch vom Rekurrenten selbst anerkannt wird, hält er doch fest, die von der Vorinstanz ausgestellte Erbescheinigung sei ohne Einfluss auf die Qualifikation der Rechtsstellung der Stiftung Y., da ihr keine materiell-rechtliche Bedeutung zukomme. In jedem Fall aber ist der Kreispräsident für eine eingehende Interpretation des Testaments – wie es der Rekurrent offensichtlich wünscht – von vornherein die falsche Instanz.

Hinzu tritt der Umstand, dass der Willensvollstrecker an Vereinbarungen der Erben über ihre zunächst umstrittene Erbenstellung und die Verteilung des Nachlasses ohnehin gebunden ist. Vorliegend wurde im Rahmen einer Ungültigkeitsklage, welche der Bruder der Erblasserin als deren gesetzlicher Erbe eingereicht hatte, eine Vereinbarung bzw. ein Vergleich geschlossen, in welchem unter anderem die Stiftung Y. als eingesetzte Alleinerbin anerkannt wurde. An eine solche Vereinbarung, die die Stellung und Aufgabe des Willensvollstreckers nicht berührt, ist dieser gebunden. Dies gilt selbst dann, wenn diese von den Verfügungen der Erblasserin abweicht: Der Willensvollstrecker hat sich im Rahmen seiner Tätigkeit nach den Wünschen der Erben zu erkundigen. Es ist

möglich, dass diese von den testamentarischen Anordnungen oder von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen. Bei Einstimmigkeit der Erben hat der Willensvollstrecker die Wünsche der Erben indessen trotz dieser Abweichung zu berücksichtigen. Die herrschende Lehre geht nämlich davon aus, dass den Erben auch bei Willensvollstreckung das Recht zur freien Erbteilung nach Art. 607 Abs. 2 ZGB nicht genommen ist und sie bei Einstimmigkeit die Erbteilung auch in Abweichung von erblasserischen oder gesetzlichen Teilungsvorschriften vornehmen können. Der Teilungsvorschlag des Willensvollstreckers hat diesem Grundsatz Rechnung zu tragen (Stephan Wolf, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Bern 2004, S. 224 ff., mit weiteren Hinweisen; Karrer, a.a.O., N 57 zu Art. 518 ZGB; Christ, a.a.O., N 77 zu Art. 518 ZGB; Druey, Die Aufgaben des Willensvollstreckers, a.a.O., S. 11; Künzle, Der Umgang des Willensvollstreckers mit Unternehmen im Nachlass, a.a.O., S. 32; Peter Breitschmid, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Druey/Breitschmid [Hrsg.], Praktische Probleme der Erbteilung, Bern 1997, S. 109 ff., S. 145; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 16 Nr. 61; Claude Wetzel, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, Diss. Zürich 1985, S. 25 f.). Als rechtswidrig oder unsittlich – was von gewissen Autoren als Grund genannt wird, die Wünsche der Erben selbst bei Einstimmigkeit nicht zu berücksichtigen – kann die besagte Vereinbarung ohne Zweifel nicht bezeichnet werden, was vom Rekurrenten denn zu Recht auch nicht behauptet wird.

c/cc. Wie in den Erwägungen 2b und 2c/aa dargelegt wurde, kommt einem Willensvollstrecker dort die Prozessführungsbefugnis zu, wo seine Aufgaben gemäss materiellem Recht tangiert sind. Zu Rechtsmitteln gegen Erbbescheinigungen ist er aktivlegitimiert, wenn seine eigene Rechtsstellung – seine Einsetzung, Stellung oder Funktion – betroffen ist. Da die Funktion bzw. der Tätigkeitsbereich des Willensvollstreckers von der Frage, ob eine Erbbescheinigung alle Erben umfasst, nicht betroffen ist, fehlt X. in casu das rechtliche Interesse an Nachforschungen nach weiteren Erben, insbesondere nachdem sich der einzige gesetzliche Erbe aus der zweiten Parentel und die vom Testament betroffenen natürlichen und juristischen Personen im Rahmen des Ungültigkeitsprozesses vergleichsweise geeinigt haben. Es ist nicht Aufgabe des Willensvollstreckers, stellvertretend für Dritte, die am Nachlass unter Umständen bessere Rechte als die in der Erbbescheinigung aufgeführten Erben haben, Rechte geltend zu machen. Vorliegend strebt der Willensvollstrecker mit seinem Begehren zwar nicht direkt die Geltendmachung der Rechte allfälliger weiterer Erben an, immerhin aber die Bekanntmachung des Nottestaments diesen

gegenüber, um ihnen den Entscheid über die Erhebung erbrechtlicher Ansprüche zu ermöglichen. Den Willensvollstrecker trifft indes keine aktive Informationspflicht, weshalb er auch nicht die Aufgabe hat, alle Personen, die als potentielle Kläger für Erbschafts-, Herabsetzungs- und Ausgleichsansprüche in Frage kämen, über die Klagemöglichkeiten zu informieren und ihnen die für die Wahrnehmung ihrer Rechte erforderlichen tatbestandlichen und rechtlichen Hinweise von sich aus und ungefragt zu geben (Christ, a.a.O., N 34 zu Art. 518 ZGB). In diesem Sinn ist X. nicht legitimiert, die Unvollständigkeit der vorliegenden Erbbescheinigung geltend zu machen und vom Kreispräsidenten Nachforschungen über Erben der grosselterlichen Parentel bzw. gestützt darauf die Abänderung der Erbbescheinigung zu verlangen.

Abgesehen davon gilt es auch im Zusammenhang mit der Frage der Erbenermittlung zu beachten, welches Verfahren vorliegend zur Diskussion steht. Ein Anlass, nach weiteren Erben von A. zu suchen, bestände allenfalls dann, wenn zum einen das Testament als gültig zu qualifizieren wäre – bei dessen Ungültigkeit käme AZ. als einziger gesetzlicher Erbe der elterlichen Parentel zum Zug – und wenn zum anderen die Auslegung des gültigen Testaments ergeben würde, dass der Stiftung Y. nicht die Stellung einer eingesetzten Erbin, sondern lediglich diejenige einer Vermächtnisnehmerin zukommen würde. Die eingehende Abklärung dieser Frage bzw. der definitive Entscheid darüber obliegt indes dem ordentlichen Richter und nicht dem Kreispräsidenten Fünf Dörfer im vorliegenden Verfahren. Dessen gestützt auf eine prima-facie-Würdigung des Testaments und der im Ungültigkeitsprozess geschlossenen Vereinbarung gezogener Schluss, dass der erwähnten Stiftung die Stellung als eingesetzte Alleinerbin zukommt und infolgedessen kein Anlass besteht, nach weiteren Erben, nämlich solchen der grosselterlichen Parentel, zu suchen, ist nicht zu beanstanden. Die zuständige Behörde darf im konkreten Fall aufgrund einer vorfrageweisen Prüfung des Testaments und nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips die Grenzen bei der Ermittlung gesetzlicher Erben bestimmen (Frank Emmel, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007, N 2 zu Art. 555 ZGB).

d. Im Ergebnis steht fest, dass der Kreispräsident Fünf Dörfer die Begehren des Willensvollstreckers vom 14. August 2009 zu Recht abgewiesen hat. Auch die Ziffern 1-3 der Rekursbegehren sind mangels Sachlegitimation des Willensvollstreckers abzuweisen.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob der Rekurs rechtzeitig eingereicht wurde und der Willensvollstrecker die Erbbescheinigung nicht ohnehin innert der

Frist von 20 Tagen seit Kenntnisnahme gemäss Art. 12 Abs. 1 EGzZGB hätte anfechten müssen.

3a. Neben der Abweisung der Rechtsbegehren des Willensvollstreckers ermahnte der Kreispräsident den Genannten in der angefochtenen Verfügung hinsichtlich seiner Pflichten und forderte ihn im Wesentlichen auf, sich auf seine Aufgaben zu beschränken und nicht in Bereichen tätig zu werden, für welche ihm ohnehin die Zuständigkeit fehle. Der Rekurrent wehrt sich im vorliegenden Verfahren gegen diese Vorwürfe und verlangt die gerichtliche Feststellung, dass er mit seinen Bemühungen um Feststellung der Erben im Nachlass von A., namentlich mit seinen Eingaben an das Kreispräsidium, keine Pflichtverletzungen begangen habe.

b. Nach Art. 83 Abs. 1 EGzZGB ist der Kreispräsident Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker. Die Frage, ob der Kreispräsident bei Pflichtverletzungen des Willensvollstreckers auch von Amtes wegen einschreiten kann, ist umstritten, wird von der Lehre aber mehrheitlich bejaht (PKG 2003 Nr. 34, S. 175; Karrer, a.a.O., N 98 zu Art. 518 ZGB; Christ, a.a.O., N 90 zu Art. 518 ZGB, je mit weiteren Hinweisen). Der vorliegende Fall ist insoweit besonders, als der Kreispräsident als Aufsichtsbehörde durch ein an ihn gerichtetes Gesuch des Willensvollstreckers auf das in seinen Augen unkorrekte Verhalten desselben aufmerksam wurde. Unter diesen Umständen durfte der Kreispräsident den Willensvollstrecker ohne weiteres – ja war es vielmehr seine Pflicht – auf die Unzulässigkeit bzw. Unangemessenheit seines Vorgehens hinweisen und ihn an seine Aufgaben erinnern. Im Rekursverfahren bestätigte sich, dass der Willensvollstrecker über seine Zuständigkeit hinaus handelt und so die Erbteilung unbegründet verzögert, was zweifellos eine Pflichtverletzung darstellt. Auf eine formelle Rüge hat der Kreispräsident verzichtet. Seine Feststellungen sind aber in jedem Fall richtig, so dass kein Grund besteht, diese gemäss dem Rechtsbegehren Ziffer 4 des Rekurrenten zurückzunehmen. Der Rekurs ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

4a. Der Kreispräsident Fünf Dörfer hat in seiner Verfügung vom 5. Februar 2010 die Verfahrenskosten dem Gesuchsteller, das heisst dem Willensvollstrecker persönlich und nicht etwa dem Nachlass, auferlegt. Dies wird vom Rekurrenten mit keinem Wort gerügt. Da der Rekurs abgewiesen wird und infolgedessen kein Anlass besteht, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens der gesuchsgegnerischen Seite zu überbinden, hat es mit der erwähnten Kostenregelung sein Bewenden.

Den Gesuchsgegnern wurde im vorinstanzlichen Verfahren keine aussergerichtliche Entschädigung zugesprochen. Darauf kommen die Rekursgegner AZ. sowie BZ. und CZ. im Rekursverfahren zurück, indem sie auch für das Verfahren vor dem Kreispräsidenten Fünf Dörfer eine aussergerichtliche Entschädigung beantragen. Dies geht nicht an. Wären die Genannten mit dem Entscheid des Kreispräsidenten, welcher ihnen keine aussergerichtliche Entschädigung zusprach, nicht einverstanden gewesen, hätten sie diesen Punkt selbständig anfechten müssen. Für das erstinstanzliche Verfahren bleibt es deshalb dabei, dass keine aussergerichtlichen Entschädigungen auszurichten sind.

b. Die vollumfängliche Abweisung des Rekurses von X. führt zur Kostenauflage an den Rekurrenten. Da er in der Sache zur Prozessführung nicht legitimiert war und als Willensvollstrecker somit unnötige Kosten verursachte, wäre es auch in zweiter Instanz unbillig, die Verfahrenskosten dem Nachlass zu überbinden. Die Kosten des Rekursverfahrens gehen daher persönlich zu Lasten des Willensvollstreckers. Zudem hat X. die Rekursgegner für das Rekursverfahren ausseramtlich zu entschädigen. Als angemessen erscheint hierbei für die Stiftung Y. eine Entschädigung von Fr. 1'200.-- inkl. MwSt., für AZ. eine Entschädigung von Fr. 500.-- inkl. MwSt. und für BZ. und CZ. eine solche von insgesamt Fr. 500.-- inkl. MwSt. Die Entschädigungen für die Rekursgegner Z. tiefer anzusetzen als jene an die Stiftung Y. rechtfertigt sich dadurch, dass sich die ersteren praktisch ausschliesslich den Ausführungen des Rechtsvertreters der Stiftung angeschlossen haben.

### **III. Demnach wird erkannt:**

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rekursverfahrens von Fr. 1'500.-- inklusive Schreibgebühr gehen zu Lasten des X., welcher die Stiftung Y., mit Fr. 1'200.-- inkl. MwSt., AZ. mit Fr. 500.-- inkl. MwSt. und BZ. und CZ. mit insgesamt Fr. 500.-- inkl. MwSt. aussergerichtlich zu entschädigen hat.
3. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht geführt werden. Diese ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an: