

Die Anlagestrategie des Willensvollstreckers

Die gegenwärtig grossen Schwankungen an der Börse und insbesondere der Kurszerfall einzelner Aktien im Herbst 2008 machen die Aufgabe des Willensvollstreckers, das Nachlassvermögen zu verwalten, nicht einfacher. Ein Blick in die Literatur und Rechtsprechung zeigt leider, dass diese Fragestellung bisher noch wenig diskutiert wurde. Mit den nachfolgenden Überlegungen wird deshalb ein Stück weit Neuland betreten.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Rechtsanwalt
Partner, Kendris private AG

Grundlagen

Ausgangspunkt für die Tätigkeit des Willensvollstreckers ist das tatsächlich vom Erblasser hinterlassene Vermögen. Dieses weist eine bestimmte Struktur (Zusammensetzung) auf und ist immer häufiger das Ergebnis einer schon vom Erblasser vorgenommenen, bewussten Planung (Anlagestrategie), welche auf die Risikofähigkeit und -bereitschaft des Erblassers ausgerichtet ist. Die Struktur des Nachlassvermögens ist somit eine für den Willensvollstreckler «verbindliche Vorgabe», eine *unabänderliche Tatsache*.

Der Willensvollstreckler steht nach Art. 518 Abs. 1 ZGB in den Rechten und Pflichten eines amtlichen Erbschaftsverwalters. Dieser Verweis hilft kaum weiter, weil die Pflichten der

Erbschaftsverwalter «im Gesetz nicht im einzelnen festgelegt sind».

In Art. 518 Abs. 2 ZGB wird unter anderem erwähnt, dass der Willensvollstreckler «die Erbschaft zu verwalten» hat. Das ist eine umfassende Aufgabe, weshalb man auch von Generalexekution spricht. Der Willensvollstreckler hat grundsätzlich den gesamten Nachlass zu betreuen, im In- und Ausland. Das Gesetz regelt die Verwaltung des Nachlasses aber nicht näher.

Der Erblasser kann die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers in der *letztwilligen Verfügung* näher umschreiben. Er kann dem Willensvollstreckler Vorgaben für die Verwaltung des Nachlassvermögens machen. Weisungen des Erblassers, welche die Formerfordernisse einer letztwilligen Verfügung nicht erfüllen, wie etwa mündliche Anordnungen, sind für den Willensvollstreckler nicht verbindlich. Der Erblasser kann die Aufgabe des Willensvollstreckers (im Vergleich mit dem gesetzlichen Umfang) einschränken (Speziallexekution). So kann die Willensvollstreckung auf die Verwaltung eines einzelnen Vermächtnisses oder Erbteils, auf einen einzelnen Nachlassgegenstand oder auf ein einzelnes Geschäft beschränkt werden. Der Erblasser kann die Aufgabe des Willensvollstreckers aber auch weiter formulieren als gemäss gesetzlichem Umfang, etwa indem den Erben die Verwaltung des Nachlassvermögens dauernd entzogen wird.

Der Erblasser kann die Pflichten des Willensvollstreckers allerdings *nicht frei bestimmen*. So kann der Willensvollstreckler nicht von der *Pflicht zur ordnungsgemässen/sorgfältigen Verwaltung des Nachlassvermögens befreit werden*, und der Erblasser hat auch weitere Grenzen des

zwingenden Rechts zu beachten. Die Weisungen des Erblassers müssen rechtmässig sein. So kann nicht gültig angeordnet werden, dass Pflichtteile an die Erben erst weit nach deren Mündigkeit ausgeliefert werden, und der Willensvollstreckler hat Schwarzgeld unabhängig von Weisungen des Erblassers zu melden.

Die Durchsetzung des erblasserischen Willens ist nur dann gefragt, wenn Anordnungen (wie die Ausrichtung von Vermächtnissen oder die Durchsetzung von Auflagen) durchzusetzen sind, welche nicht in die Verfügungsgewalt der Erben fallen. Ansonsten kommt dem gemeinsamen Willen der Erben eine besondere Bedeutung zu: Kommt (mit oder ohne Mitwirkung des Willensvollstreckers) ein Teilungsvertrag zustande, ist der Willensvollstreckler daran gebunden, auch wenn die Einigung von den Anordnungen des Erblassers abweicht, es sei denn, diese sei widerrechtlich oder unsittlich. Der Willensvollstreckler muss mit anderen Worten das Prinzip der freien Erbteilung respektieren.

Nach der Lehre und Rechtsprechung muss der Willensvollstreckler für die *Verwaltung des Nachlassvermögens* keine Anweisungen der Erben entgegennehmen. In dieser strikten Formulierung trifft dies m.E. nicht zu, denn der Willensvollstreckler hat die Interessen der Beteiligten jederzeit zu beachten. Wenn man den Erben schon die freie Erbteilung zugesteht, muss man ihnen auch ein gewisses Mitwirken bei der Verwaltung des Vermögens einräumen, immer vorausgesetzt, dass sie sich einig sind. Der Willensvollstreckler sollte die Erben, wenn immer möglich, in die Verwaltung des Nachlassvermögens einbeziehen. Zum einen wird er versuchen, mit ihnen eine *neue Anlagestrategie für die Zeit der*

Erteilung zu erarbeiten, welche er bei einstimmiger Verabschiedung als verbindliche Richtschnur verwenden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Erben in der Regel einen anderen Anlagehorizont haben als der Erblasser und sie den Nachlass in natura übernehmen wollen. Je nach Lagerung des Falles (wenn sich zum Beispiel ein Banker oder Vermögensverwalter unter den Erben befindet und der Willensvollstrecker selbst kein Vermögensverwaltungsfachmann ist) wird der Willensvollstrecker sogar einzelne Erben in die Verwaltung des Vermögens einbinden. Dies sollte er wiederum nur dann tun, wenn die Erben einen entsprechenden Beschluss einstimmig fassen. In vielen Konstellationen ist dies nicht möglich, weil einzelne Erben unbekannt, abwesend, nicht (voll) handlungsfähig, nicht urteilsfähig etc. sind und sie somit keine gemeinsame Haltung zum Ausdruck bringen können. Nicht selten sind sodann die Fälle, in denen sich die Erben nicht auf eine gemeinsame Haltung einigen wollen.

Wenn der Willensvollstrecker vom Erblasser keine Vorgabe bekommt und die Erben ihm auch keine (einstimmige) Vorgabe machen, er also selbst entscheiden muss, wie er das Nachlassvermögen verwalten will, steht ihm (1) ein grosser *Ermessensspielraum* zu. Aber er muss (2) seine Entscheide nach *sachlich vertretbaren Gesichtspunkten* (Kriterien) treffen, was nichts anderes bedeutet, als dass er sich an einer bestimmten Anlagestrategie orientieren muss. Und schliesslich muss er (3) Rücksicht auf die *schützenswerten Interessen* aller Beteiligten nehmen.

Der Erblasser hat eine bestimmte *Anlagestrategie* verfolgt, allenfalls auch eine, welche nicht nach fachmännischen Kriterien bestimmt wurde. Die Erben werden nach der Erbteilung (jeder für sich, in unterschiedlicher Weise) eine eigene Anlagestrategie verfolgen; auch hier kann es sich um eine fachmännisch bestimmte oder eine eher pragmatisch gewählte Lösung handeln. *Es fragt sich nun, ob der Willensvollstrecker für die Zeit seines Wirkens eine eigene Anlagestrategie entwickeln und umsetzen muss* oder ob er sich an derjenigen des Erblassers oder an derjenigen der Erben orientie-

ren darf und muss. Zudem wird er sich überlegen, ob er sich an ein bekanntes Modell anlehnen kann.

Mögliche Vergleichsmodelle

Die Regeln für die *Anlage des Mündelvermögens* sind für den Willensvollstrecker zu eng; insbesondere die Richtlinien der Kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK) eignen sich nicht als Muster für den Willensvollstrecker, weil sie sich strikt an einer konservativen Vermögensanlage orientieren und auf längere Dauer ausgerichtet sind.

Die Regeln für die *Anlage des Kindesvermögens* eignen sich nicht als Muster für den (Abwicklungs-)Willensvollstrecker und zwar wegen der längeren Dauer und der anderen Ausrichtung des Risikoverhaltens (Kind statt Erblasser/uneinige Erben); beim Dauer-Willensvollstrecker besteht dagegen eine gewisse Verwandtschaft; für ihn können diese Regeln durchaus vergleichsweise herangezogen werden. Es handelt sich allerdings nur um angepasste BVV2-Regeln.

Die *Regeln der BVV2*, welche für Pensionskassen erstellt wurden und auf eine (sichere und ertragreiche) Investition sowie eine im voraus zeitlich bestimmbare Liquidation des Vermögens ausgerichtet sind, eignen sich nur sehr beschränkt für den (Abwicklungs-)Willensvollstrecker, weil dessen primäre Aufgabe weder das Investieren des Nachlassvermögens noch dessen Liquidation ist, sondern die Verteilung in natura an die Erben. Es ist zwar ein vergleichbares Bedürfnis nach Sicherheit vorhanden, aber beim Willensvollstrecker spielt der Ertrag eine untergeordnete Rolle, während dies bei Pensionskassen (die einen Mindestzinsatz erwirtschaften müssen) eine wichtige Grösse ist. Für die Dauer-Willensvollstreckung bilden die Regeln der BVV2 einen wertvollen Anhaltspunkt, auf welchen sich der Willensvollstrecker zubewegen kann.

Keine der *Standardstrategien des Private Banking* ist in jedem Fall die «nächstliegende», auf welche sich der Willensvollstrecker zubewegen müsste, weil das Portfolio des Erblassers sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Extreme Verhältnisse (z.B. 100%

des Portfoliovermögens sind in Cash, Obligationen oder Nestlé-Aktien investiert) geben Anlass zur Information der Erben, nicht aber zur selbständigen Korrektur durch den Willensvollstrecker, weil die Erben diese Strategie möglicherweise fortführen wollen. Bei den notwendigen Bewegungen (reinvestieren/liquidieren) wird sich der Willensvollstrecker tendenziell *in Richtung Strategie «Einkommen und reale Kapitalerhaltung» bewegen*, also einen konservativen Kurs einschlagen.

Die *Prudent Investor Rule*, die für Trustees errichtet wurde, eignet sich nicht für eine Anwendung auf den (Abwicklungs-)Willensvollstrecker, weil sie auf langfristige Geldanlage ausgerichtet ist. Soweit ausnahmsweise eine Dauer-Willensvollstreckung vorliegt, können diese Regeln durchaus beigezogen werden, sie bieten allerdings weniger präzise Leitlinien als die BVV2-Regeln.

Die Regeln der *Prudent Man Rule*, die für den Executor aufgestellt wurden, sind grundsätzlich geeignet, auf den (Abwicklungs-)Willensvollstrecker angewendet zu werden.

Schlussfolgerung

Der (Abwicklungs-)Willensvollstrecker darf (wie der Executor) grundsätzlich die *bisherige Anlagestrategie des Erblassers fortführen*; er ist mit anderen Worten *nicht verpflichtet, das Portfolio neu zu strukturieren*, es zum Beispiel «in mündelsichere oder konservative Anlagen umzuschichten».

Im eher selten vorkommenden Fall der *Dauer-Willensvollstreckung* oder wenn vorhersehbar ist, dass die Erbteilung nicht im üblichen Rahmen von 1 bis 3 Jahren vollzogen werden kann, hat sich auch der Willensvollstrecker an den Vorschriften von BVV2 zu orientieren. Die Kunst wird darin bestehen, die im konkreten Fall bestehenden Abweichungen vom Muster der Vorsorgewerke zu bestimmen und die Umstrukturierung auf möglichst schonende Weise zu vollziehen.

Zu näheren Ausführungen vgl. den mit Anmerkungen versehenen vollständigen Aufsatz, welcher in der Zeitschrift «successio» (Heft 1/2009) publiziert wird.

www.kendris.com •