

# Willensvollstreckung: Aktuelle Praxis 2008–2009

Der Bericht am 4. Schweizerischen Erbrechtstag zeigt, dass die Stellung des Willensvollstreckers in vielen Bereichen noch wenig gefestigt ist.



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

## Bestellung des Willensvollstreckers

Nach Omblin De Poret (*L'animal en droit des successions, successio 2* [2008], 118–143) stellt die Einsetzung eines Willensvollstreckers sicher, dass für Tiere bestimmte Vergabungen auch entsprechend der letztwilligen Verfügung umgesetzt werden können. Sie führt weiter aus, dass *Tierschutzorganisationen* nicht selten damit beauftragt werden, Auflagen als *Willensvollstreckter* zu vollziehen. M.E. sollten diese Organisationen nur als Erben oder Vermächtnisnehmer und nicht gleichzeitig als Willensvollstreckter eingesetzt werden, um die Gefahr von Interessenkonflikten zu vermeiden.

Peter Max Gutzwiler (Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, *AJP* 17 [2008], 1227) macht interessante Ausführungen zur *Urteilsfähigkeit*: «Der Erblasser könnte u.U. tatsächlich nicht mehr über genügende Urteilsfähigkeit verfügen, seine gesamte Nachlassregelung neu oder anders als bisher zu gestalten; aber es kann ihm durchaus die

Fähigkeit für weniger komplexe oder für Teilregelungen verblieben sein, z.B. die Willensvollstreckung anzuordnen oder eine dem Erblasser wohlvertraute Person als Willensvollstreckter einzusetzen...». Ob diese an sich einleuchtende Differenzierung tatsächlich dazu führen wird, dass Gerichte Testamente für grundsätzlich ungültig erklären, während die Willensvollstreckerklausel «überlebt», bleibt abzuwarten. Einen Schritt in diese Richtung geht das Bundesgericht jedenfalls in einem kürzlichen Urteil (5A\_748/2009 vom 16. März 2009, Erw. 10), in welchem es ausführt, dass die Ungültigkeit eines Testaments wegen Erbnunwürdigkeit des Erben der Willensvollstreckerklausel nicht schade.

## Honorar

Andreas Jermann (Honorar und Rechenschaftspflicht des Willensvollstreckers, *TREX* 2009, 164–167) fasst die heute geltenden Regeln zum Honorar des Willensvollstreckers in einem kurzen Beitrag zusammen. Didier Kohli (*L'exécuteur testamentaire – Les questions les plus fréquentes, STH* 2008, 1058) betont den wichtigsten Grundsatz, nämlich dass der Willensvollstreckter *nach Aufwand abzurechnen habe* und nicht pauschal.

## Vermögensverwaltung

In den Ausführungen von Daniel Würmlin (Praxisfragen in Erbenvertretung und Willensvollstreckung, *TREX* 2009, 223) ist zu lesen: Der Willensvollstreckter «verkauft von einem Kurszerfall bedrohte Wertpapiere». Dem kann ich nicht zustimmen: Zum einen ist nur schwer vorhersehbar, wann ein Wertpapier von einem Kursverfall bedroht ist, und zum andern widerspricht diese Regel den nachfolgend geschilderten.

Ich habe kürzlich eingehend dargestellt (Hans Rainer Künzle, Die Anlagestrategie des Willensvollstreckers,

*successio 3* [2009] 51–66), dass beim Fehlen von Vorgaben der Erben und des Erblassers der *Abwicklungs-Willensvollstreckter* eigene Regeln aufstellen muss, welche sich an sachlich vertretbaren Gesichtspunkten orientieren und die schützenswerten Interessen von allen Beteiligten berücksichtigen. Als wichtigste Regel gilt, dass der Willensvollstreckter (im Hinblick auf eine baldige Teilung) *keine Diversifikation des Portfolios* durchführen muss, die Verantwortung aber auch nicht vollständig delegieren kann. Er darf die bisherige Anlagestrategie fortsetzen. Änderungen können aufgrund der Erbenstruktur bei der Leitwahrung erfolgen (inländischer Erblasser, ausländische Erben), werden üblicherweise bei der Liquiditätsplanung vorkommen (Bezahlung von Schulden inkl. Erbschaftssteuern, Ausrichtung von Vermächtnissen etc.) und bei der Neuanlage von Mitteln (wegen reduzierter Risikofähigkeit aufgrund des verkürzten Zeithorizonts für die Erbteilung).

Wenn sich herausstellt, dass sich ein Erbe nicht im erwarteten Zeithorizont von 1 bis 3 Jahren teilen lässt, der Willensvollstreckter den Nachlass oder wenigstens Teile davon während längerer Zeit verwalten muss, es sich also in Richtung einer *Dauer-Willensvollstreckung* entwickelt, können die *Regeln von Art. 49 ff. BVV2 analog angewendet werden*. Diese für die Pensionskassen geschaffenen Regeln wurden bisher schon analog auf die (übrigen, insbesondere auch auf die gemeinnützigen) Stiftungen angewendet.

## Prozess: Anwaltskosten

Das Bundesgericht hatte kürzlich die Gelegenheit (Urteil 5A\_114+126+127/2008 vom 7. August 2009), sich zur Frage zu äussern, wieviel Anwaltskosten ein Erbfall erträgt. Es führte aus, dass der Willensvollstreckter, der von einem Vermächtnisnehmer (mit) einklagt wurde, sich (neben dem Anwalt der Erben) *einen eigenen Anwalt nehmen darf* und dafür grundsätzlich (wenn auch reduziert) entschädigt

wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Willensvollstrecker selbst Anwalt ist und den Prozess führt.

#### **Aufsicht: Gerichtsgebühr**

Den wohl spannendsten Fall im Berichtsjahr 2008–2009 hat das Bundesgericht am 20. Mai 2009 entschieden (5A\_23/2009). Es ging um einen Nachlass von Fr. 89'830'000 und eine Aufsichtsbeschwerde mit dem Begehren, den Willensvollstrecker abzusetzen. Die erste Instanz setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 584'888 fest und die Prozessentschädigung auf Fr. 379'163; die zweite Instanz bestimmte die Gerichtsgebühr mit Fr. 450'000. Das Bundesgericht entschied, dass es *willkürlich sei, den gesamten Nachlasswert als Streitwert heranzuziehen*, denn der Fall sei mit dem Entscheid über die Aufsichtsbeschwerde nicht als Ganzes erledigt (die Erbteilung ist ja nach wie vor unerledigt). Das Bundesgericht hat den von ihm als angemessen betrachteten Rahmen dadurch aufgezeigt, dass es auf die Gerichtsgebühren des Verwaltungsgerichts verwiesen hat, welche bei Streitwerten über 1 Mio. eine Gebühr bis zu Fr. 50'000 vorsehen und welche bei besonders aufwendigen Verfahren eine Verdoppelung dieser Summe zulassen. Ähnlich wie beim Honorar des Willensvollstreckers (s. oben) wurde somit ein stärkerer Bezug zum effektiv entstandenen Aufwand hergestellt.

Dass die soeben geschilderte Regel keine allgemeine Gültigkeit besitzt, sondern nur eine Ausnahmeregel für grosse Nachlässe darstellt, zeigt ein früheres Urteil des Bundesgerichts (5A\_646/2008 vom 22. Dezember 2008), in welchem bei etwas günstigeren Zahlenkonstellationen noch ohne Wenn und Aber verkündet wurde, dass beim Begehren auf Absetzung *für die Gerichtskosten und Parteientschädigung vom Nachlasswert auszugehen sei* und zwar auch dann, wenn ein Vermächtnisnehmer die Beschwerde führt, welcher ja nur einen Bruchteil des Erbes erhält.

#### **Aufsicht: Vorsorgliche Massnahmen und Auskunft**

Die Gefahr, dass ein Willensvollstrecker sich weitere Vorschüsse aus-

bezahlen könnte, ist kein Grund, dass eine Untersuchungsrichterin eine (strafrechtliche) Beschlagnahme nach Art. 172 StPO anordnet. Das Obergericht des Kantons Schaffhausen stellte kürzlich klar (Urteil 51/2008/26 vom 14. November 2008), dass eine vorsorgliche *Kontosperre* durch die (zivilrechtliche) Aufsichtsbehörde (Erbschaftsbehörde) die richtige Massnahme gewesen wäre.

Ähnlich hat das Obergericht des Kantons Luzern (Urteil 19\_08\_01 vom 25. Juli 2008) entschieden, dass die Aufsichtsbehörde bei Dringlichkeit vorsorgliche Massnahmen anordnen kann, etwa eine *Kontosperre* oder die *Suspendierung des Willensvollstreckers*. Zusätzlich kann der Beschwerde gegen solche Massnahmen die aufschiebende Wirkung entzogen werden. Anlass für diese Massnahmen war, dass der Willensvollstrecker Darlehen an ihm nahestehende Gesellschaften gewährt hatte, was nicht im Interesse der Erben war.

Die Auskunftspflicht des Willensvollstreckers ist umfassend. So hat er auch über eine (unklare) Überweisung an eine seiner Gesellschaften (im Umfang von immerhin Fr. 243'640.84) *Auskunft zu geben, wenn diese in der Beschwerdeschrift nicht beanstandet wurde*. Das Obergericht des Kantons Luzern (Urteil 19\_08\_01 vom 25. Juli 2008) entschied, dass ein Konkurs (Überschuldung von mehr als 20 Mio.) und ein Strafverfahren wegen Vermögensdelikten genügende Gründe für die Suspendierung eines Willensvollstreckers sind.

#### **Verantwortung / Haftung**

Das Kantonsgericht Graubünden (Urteil 19\_08\_01 vom 25. Juli 2008) entschied, dass die *Haftung bezüglich eines Nachlasswertes in demjenigen Zeitpunkt endet, in welchem dieser vom Gesamteigentum aller Erben ins Alleineigentum eines einzelnen Erben überführt wird*. Es fragte sich, ob die fehlende Überprüfung der Versicherungsdeckung bei einer Nachlassliegenschaft (Gebäudehaftpflicht) eine Sorgfaltspflichtverletzung darstelle. Dies konnte aus mehreren Gründen verneint werden: Die selbständige Verwaltung (inkl. Umbau und Vermietung) durch die Erben verhinderte eine

solche Sorgfaltspflichtverletzung. Vom Gericht gar nicht erwähnt wurde, dass selbst ohne diese Tätigkeit der Erben der Willensvollstrecker nicht haften müsste, weil zumindest der Abwicklungs-Willensvollstrecker nur das verteilen muss, was der Erblasser den Erben hinterlassen hat, ohne dass er dazu verpflichtet wäre, die Nachlassgegenstände auf Mängel zu prüfen. Anders aussehen würde es nur, wenn die Verwaltung von längerer Dauer wäre oder beim Willensvollstrecker aufgrund seiner beruflichen Ausbildung (z.B. Immobilien-Treuhänder) ein solcher Hinweis ausnahmsweise erwartet werden dürfte.

Wenn der Anwalt eines ausgeschlossenen Erben (eines bestrittenen Sohnes) *nur mit dem Willensvollstrecker verhandelt und keine Herabsetzungs- oder Ungültigkeitsklage einreicht*, verletzt er grundlegende Pflichten und haftet dafür im Umfang des Pflichtteils, weil jeglicher Anspruch nach Ablauf eines Jahres seit dem Ableben des Erblassers verwirkt (Bundesgericht 4A\_464/2008 vom 22. Dezember 2008).

#### **Steuern**

Die Stellung des Willensvollstreckers bei den verschiedenen Steuerarten ist noch sehr unterschiedlich geregelt. Angeregt durch die Regeln über die Einkommenssteuer auf Bundesebene (Art. 13 Abs. 4 DBG) machen immer mehr kantonale Steuergesetze den Willensvollstrecker für die direkten Steuern des Erblassers haftbar. Gleichzeitig ist umstritten, wie weit der Willensvollstrecker die Erben ohne besondere Vollmacht, d.h. aufgrund seiner Position als Willensvollstrecker, vertreten kann. In vielen Kantonen wird der Willensvollstrecker dafür haftbar gemacht, dass die Erbschaftssteuer bezahlt wird. Häufig ist auch eine Beteiligung am Verfahren vorgesehen. Unbefriedigend ist allerdings, dass *die Verfahrensbeteiligung und die Haftung nicht vollständig koordiniert sind* (zu Einzelheiten s. Hans Rainer Künzle/Christian Lyk, Die Stellung des Willensvollstreckers im Steuerverfahren, in: Praxisschrift für Wolfgang Zankl, Wien 2009, Seiten 503–523).

[www.kendris.com](http://www.kendris.com) •