

Willensvollstreckung – Eine wertvolle Einrichtung

Am 18. Juli 2011 erscheint im Verlag Stämpfli der Berner Kommentar über die Willensvollstreckung in 4. Auflage, neu bearbeitet von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle. Im nachfolgenden Interview fragt PRIVATE nach, wie es zu dieser Kommentierung kam und was es dem Erblasser bzw. den Erben nützt, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt wird.



Interview mit
Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Titularprofessor Universität Zürich
Partner Kendris private AG

PRIVATE: Herr Prof. Künzle, wie kam es dazu, dass Sie den Berner Kommentar über Willensvollstreckung schrieben?

Künzle: Das ist eine lange Geschichte, welche – wie vieles im Leben – nicht so sehr mit Planung zu tun hat, sondern damit, dass man zur rechten Zeit am rechten Ort ist. Es begann alles mit einem Birchermüesli. Als ich im 4. Semester an der (damaligen) Hochschule St. Gallen (HSG) studierte und mich während der Mittagspause in der Mensa zu Prof. Roger Zäch setzte, fragte mich dieser, was ich studieren wolle. Ich war damals noch unentschieden und schwankte zwischen Bankwirtschaft (dem Beruf meines Vaters) und Wirtschaftsrecht. Prof. Zäch erklärte mir dann den Grund seiner Frage: Er hatte ein Buchprojekt,

nämlich den Berner Kommentar über die Stellvertretung (Art. 32–40 OR) auf seinem Tisch und war auf der Suche nach einem Assistenten. Voraussetzung war natürlich, dass dieser Wirtschaftsrecht studierte (damals die einzige juristische Studienrichtung an der HSG).

PRIVATE: Und Sie haben das Angebot, am Berner Kommentar über die Stellvertretung mitzuwirken, angenommen?

Künzle: Ja, ich liess mich überzeugen, dass Juristen auch auf einer Bank arbeiten können. Zudem konnte ich dem Angebot, ab dem 5. Semester (während meines Studiums) ein eigenes Büro an der Universität zu haben, nicht widerstehen. Die Mitarbeit am Berner Kommentar über die Stellvertretung war eine äusserst wertvolle Erfahrung. Wir haben manches Fachgespräch an einem Samstagmittag bei einem Birchermüesli in der St. Galler Altstadt geführt.

PRIVATE: Und wie kamen Sie zum Thema Willensvollstreckung?

Künzle: Nachdem ich das Thema Stellvertretung auch in meiner Dissertation behandelt hatte («Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts»), empfahl mir Prof. Zäch, für die Habilitationsschrift ein Thema aus dem Zivilgesetzbuch (und nicht mehr aus dem Obligationenrecht) zu wählen. Die Wahl fiel auf den Willensvollstrecker, weil dieser mit dem Vertreter verwandt ist. Dieses Thema eignete sich zudem für einen Auslandsaufenthalt, welchen ich 1989/1990 an der University of California in Berkeley (unterstützt vom Schweizerischen Nationalfonds) durchführen konnte. In den USA erhalten die Erben im Zeitpunkt des Todes kein Eigentum am

Nachlass, sondern ein sog. «personal representative», das kann ein Willensvollstrecker («executor») oder ein Erbschaftsverwalter («administrator») sein, übergibt den Erben das Eigentum an den Nachlassgegenständen. Weil in jedem Nachlass irgendeine Art von Erbschaftsverwaltung zum Zug kommt, ist diese Thematik in den USA viel weiter entwickelt und man kann vieles lernen (sprich: kopieren, soweit eine Übertragung sinnvoll ist).

PRIVATE: Haben Sie gleich nach Vollendung der Habilitationsschrift den Berner Kommentar schreiben wollen?

Künzle: Nein, ganz und gar nicht, das wäre nicht sinnvoll gewesen. Das Thema Willensvollstreckung begreift man besser, wenn man auch entsprechende Fälle bearbeitet hat. Ich war deshalb 1996 auf der Suche nach einem Arbeitgeber, bei dem ich auch als Willensvollstrecker amten konnte, der also schon viele Testamente von Kunden in seinem Tresor besass, in denen ein Willensvollstrecker eingesetzt war. Es war mir aufgefallen, dass die Firma «Fides Treuhandgesellschaft» in manchem Bundesgerichtsentscheid zum Thema Willensvollstreckung als Partei vorkam. Diese Firma war inzwischen in die KPMG integriert worden. Damaliger Leiter der Rechtsabteilung war Stefan Zwicker, mit dem ich zwei Jahre lang die gleiche Primarschulklasse in Herisau besucht hatte. Als ich in den letzten Zügen meiner Habilitationsschrift war, rief mich Stefan Zwicker an und fragte mich, was ich denn so tun würde. Ich antwortete ihm: «Eine Stelle suchen.» Da meinte er: «Das trifft sich ja gut, wir sollten einmal zusammen Mittagessen gehen.» Und so begann ich dann bald meine Tätigkeit in der KPMG Fides (wie sie damals hiess).

PRIVATE: Und wie konnten Sie Ihre Spezialisierung fördern?

Künzle: Es war an einer der (manchmal auch langweiligen) internen Sitzungen, in denen man über Strategie, Organisation, Marketing und vieles mehr spricht, als jemand sagte, man könne ein Ziel nicht erreichen, wenn man sich nicht zuerst darüber im Klaren sei, was man überhaupt erreichen wolle. Dieser Satz ist bei mir hängen geblieben und ich realisierte, dass ich meine persönliche Stossrichtung noch ungenügend definiert hatte. Ich beschloss damals spontan, dass Willensvollstreckung «mein Thema» werden müsse und ich «den Markt» so lange bearbeiten werde, bis alle es für wahr halten, dass ich ein, wenn nicht *der* Spezialist in Willensvollstreckung sei. Als Prof. Jean Nicolas Druey pensioniert wurde und wir ihm die Festschrift überreichten, holte ich sein Einverständnis ein, die Seminare zur Willensvollstreckung der HSG-Weiterbildungsstufe fortführen zu dürfen. In der Folge lud ich die Erbrechtler der verschiedenen Universitäten in der Schweiz ein, an diesen Seminaren Referate zu halten, was auch mithalf, dass sich diese besser kennen (und schätzen) lernten.

PRIVATE: Und wie kamen Sie zum Auftrag, den Berner Kommentar über die Willensvollstreckung zu schreiben?

Künzle: Ich erhielt eines Tages Besuch von Prof. Hausheer und Herrn Grieb vom Verlag Stämpfli (Bern), welche mich einluden, Kommentare für den Stämpfli Verlag zu schreiben. Ich hatte inzwischen schon einige Erfahrung im Bereich der Willensvollstreckung gesammelt und war nun gerne bereit, den Berner Kommentar zu diesem Thema zu schreiben. Leider war dieses Thema aber schon vergeben. Ich prüfte noch, ob ich ein anderes erbrechtliches Thema im Berner Kommentar bearbeiten sollte, aber dies war mit zusätzlichem Aufwand verbunden (man musste sich zuerst ins Thema einarbeiten) und deshalb verzichtete ich schliesslich darauf. Als ich etwa 3 Jahre später einen Anlass an der Universität Zürich besuchte (ich glaube es war eine Abschiedsvorlesung), fragte mich Herr Grieb «zwischen Tür und Angel», ob ich den Willensvollstrecker-Kommen-

tar immer noch wolle, was ich freudig bejahte. In den darauffolgenden Tagen bekam ich einen Vertrag zugesandt, gemäss welchem ich 5 Jahre Zeit hatte, um den Berner Kommentar über die Willensvollstreckung zu verfassen. Das habe ich nun gerade geschafft.

PRIVATE: Ist es nicht anforderungsreich, neben der übrigen Arbeit (sowohl für die Kunden als auch in der Aus- und Weiterbildung) einen Gross-Kommentar zu verfassen?

Künzle: Ja, das schreckt auch die meisten Kollegen ab. Ich muss ehrlich zugeben, dass die Aufarbeitung des Stoffes nur dank den Vorarbeiten in meiner Habilitationsschrift und dank den vielen Seminaren, die ich zusammen mit Kollegen durchführen konnte, innert nützlicher Frist zu bewerkstelligen war. Im letzten Jahr gewährte mir die Kendris private AG zudem ein Sabbatical von zwei Monaten, um die Arbeiten abschliessen zu können. Ansonsten gibt es auch noch die Nacht und Wochenenden, um solche Arbeiten zu erledigen. Ein solches Buchprojekt verlangt sehr viel Verständnis von der privaten Umgebung, welches ich glücklicherweise habe.

PRIVATE: Wenn man sich heute in Fachkreisen umhört und Ausdrücke wie «Willensvollstrecker-Papst» hört, ist Ihre fachliche Anerkennung doch schon sehr weit gediehen.

Künzle: Das mag sein. Ich möchte aber betonen, dass man so etwas nie alleine schafft. Der Ausdruck «Papst» wird von den Juristen gelegentlich etwas missbraucht, um Top-Spezialisten eines bestimmten Faches zu bezeichnen. Der Ausdruck wurde seinerzeit etwa für Hans Michael Riemer verwendet, welchen man «Stiftungs-Papst» nannte, zurückgehend auf seinen monumentalen Berner Kommentar über das Stiftungsrecht. Ich habe das Glück, dass ich mit den Professoren Peter Breitschmid und Paul Eitel befreundet sein darf. Diese leiten die Fachanwaltsausbildung SAV Erbrecht und müssen auf den Titel eines «Erbrechts-Papstes» vor allem deshalb verzichten, weil sie zu zweit sind. Wir drei haben am zweiten Weihnachtstag 2006 den Verein Successio (www.verein-successio.ch)

gegründet, welcher die Weiterbildung im Erbrecht (insbesondere für die Fachanwälte SAV Erbrecht) sichert. Dieser Verein führt unter anderem den Schweizerischen Erbrechtstag durch, an welchem die «Erbrechts-Community» teilnimmt und an welchem ich regelmässig über den Willensvollstrecker berichten kann. Auch das hilft natürlich, um bekannt zu werden, aber auch, um das Thema Willensvollstreckung ständig weiterzuentwickeln. Darüber hinaus gibt der Schulthess Verlag seit 2007 die Zeitschrift «successio» heraus, an welcher wir drei auch massgeblich beteiligt sind. Die Zeitschrift ist eine ideale Plattform, um Veranstaltungen (wie den Erbrechtstag) auch denjenigen zu vermitteln, welche daran nicht teilnehmen können, aber auch, um die laufende fachliche Weiterbildung sicherzustellen. Schliesslich arbeiten wir seit einiger Zeit auch an einer Online-Plattform (www.successio.ch), welche demnächst in neuem Outfit erscheinen wird.

PRIVATE: Was bringt nun der Berner Kommentar über die Willensvollstreckung Revolutionäres?

Künzle: Ich habe schon bei der Mitarbeit an meinem ersten Berner Kommentar gelernt, dass es nicht gefragt ist, dass der Kommentator möglichst viele eigene Meinungen breitschlägt. Der Leser möchte vielmehr wissen, was die herrschende Lehre ist und allenfalls welche abweichenden Auffassungen es gibt und vielleicht noch, weshalb sich diese nicht durchsetzen können bzw. welche Schwächen diese aufweisen.

PRIVATE: Dann fragen wir anders: Was bringt der Berner Kommentar über die Willensvollstreckung Neues?

Künzle: Der Kommentar von insgesamt über 400 Seiten hat mit der Vorauflage von Prof. Peter Tuor aus dem Jahr 1952, welcher das Thema auf knapp 18 Seiten behandelt hatte, nicht mehr viel gemeinsam. Auch gegenüber meiner Habilitationsschrift gibt es manche Themen, welche weiterentwickelt werden konnten, sei es dank praktischen Fällen, Gutachten, Seminaren, Aufsätzen oder anderem. Davon möchte ich eines herausgreifen: Die

wohl wichtigste Entwicklung betrifft das Honorar. Das Bundesgericht selbst hat in einem Entscheid den Grundsatz aufgestellt, dass das Honorar des Willensvollstreckers sich nicht (mehr) am Nachlassvolumen ausrichten darf (früher waren 3% üblich), sondern dass nur die notwendigen Stunden zu einem angemessenen Honorar-Ansatz vergütet werden dürfen. Diesen Grundsatz konnte ich in einem Gutachten (im Rahmen eines Strafverfahrens) weiterentwickeln und später publizieren.

PRIVATE: Einen Willensvollstrecker kann sich also jeder leisten?

Künzle: Im Grunde genommen ja, denn im schweizerischen Durchschnittsnachlass von etwa 350'000 Franken sind solche Kosten bereits verkraftbar. In den Köpfen vieler Erblasser ist immer noch verankert, dass ein Willensvollstrecker teuer ist. Hie und da versucht man deshalb, einen Willensvollstrecker aus der Familie auszuwählen, um die Kosten besser in den Griff zu bekommen; man hofft, der Verwandte würde es womöglich sogar gratis machen. Dabei tappt man aber leicht in eine Falle: Der überlebende Ehegatte und Kinder sind zwar nicht per se als Willensvollstrecker ausgeschlossen, sie befinden sich aber häufig in einem Interessenkonflikt. Es ist absehbar, dass sie von solchen Situationen überfordert sind. Deshalb sollte man sie als Willensvollstrecker vermeiden und einen Aussenstehenden, am besten einen «Profi» einsetzen, sei das nun der vertraute Treuhänder, ein Steuerberater, Rechtsanwalt oder Banker. Man sollte immer auch darüber nachdenken, welchen Ersatz-Willensvollstrecker man bereithält, wenn der ursprünglich ernannte Willensvollstrecker (gleichzeitig mit dem Erblasser) älter geworden ist und diese Aufgabe besser nicht mehr annimmt. Als Ersatz wird häufig das Unternehmen bestimmt, in welchem der ursprüngliche Willensvollstrecker arbeitet. Seit es die Anwalts-AG gibt, bietet das kaum mehr Probleme.

PRIVATE: Wie verhält es sich, wenn sich Nachlassgüter im Ausland befinden?

Künzle: Die Tätigkeit des Willensvollstreckers ist nicht auf die Schweiz beschränkt, grundsätzlich kann er welt-

weit sein Amt ausüben. Das setzt allerdings voraus, dass die anderen Länder ihn arbeiten lassen (sprich: seinen Ausweis anerkennen). Die Darstellung der Tätigkeit des Willensvollstreckers im Ausland und der ausländischen Vollstrecker in der Schweiz musste von Grund auf neu erarbeitet werden, soweit es um die konkrete Darstellung bezüglich einzelner Länder geht. Dabei hat Prof. Kurt Siehr mich massgeblich unterstützt mit seinen Nachforschungen. Dieser Stoff gehört streng genommen in einen Kommentar zum Internationalen Privatrecht, er wird dort aber jeweils nur kurz (und insbesondere nicht mit Bezug auf spezifische Länder) dargestellt. Deshalb wird er im Rahmen des Berner Kommentars zu Art. 517–518 behandelt. Der Gesetzgeber hat beim Erlass des Internationalen Privatrechts 1987 sogar noch eine besondere Bestimmung über die Willensvollstreckung geschaffen (Art. 92 Abs. 2 IPRG). Die seitherige Lehre und Praxis haben gezeigt, dass diese Regelung nicht sehr glücklich verfasst wurde. Zunächst wurden einige Ausnahmen formuliert und heute gehen die Ausnahmen so weit, dass der Gesetzestext nur noch unwichtige Fälle regelt.

PRIVATE: Somit ist die Tätigkeit des Willensvollstreckers im Ausland schwierig?

Künzle: Das hängt sehr vom jeweiligen Zielland ab. Die Schweiz stellt dem Willensvollstrecker ohne längeres Verfahren einen Ausweis aus. Dies ist zwar praktisch, wirkt sich aber negativ auf die Qualität des Ausweises aus. In Deutschland, wo ein Testamentsvollstrecker ausweis erst nach einem gerichtlichen Verfahren ausgestellt wird, hat unser Ausweis deshalb keine Chance, Anerkennung zu finden. In Arbeit ist allerdings eine Erbrechtsverordnung der Europäischen Union, welche nicht nur den Erbschein, sondern damit verbunden auch des Ausweis des Testamentsvollstreckers (wie er in den anderen Ländern üblicherweise heisst) vereinheitlicht. Das könnte dazu führen, dass ein Einsatz im Ausland künftig wesentlich einfacher wird. Leider ist im Hintergrund noch ein Seilziehen im Gange, weil die auf das «civil law» ausgerichtete Ordnung nicht zum «common law» von England passt.

PRIVATE: Ist es richtig, dass die Stellung des Willensvollstreckers im Steuerrecht auch noch ziemlich unklar ist?

Künzle: Das ist richtig. Grundsätzlich wäre es so, dass der Willensvollstrecker zuständig (und damit auch ermächtigt) ist, soweit Steuern den gesamten Nachlass betreffen (z.B. Nachsteuern), und dass die einzelnen Erben sich selbst um Steuern kümmern müssen, soweit es diese einzeln betrifft (z.B. Erbschaftssteuer). Aber gerade bei der Erbschaftssteuer ist es für die Steuerbehörden praktisch, wenn man die Verfügung dem Willensvollstrecker zustellen kann, was denn auch meist gemacht wird. Leider fehlt es dann an der Konsequenz, dass man den Willensvollstrecker auch durchwegs als Vertreter der Erben anerkennt, wenn die Verfügung angefochten wird. Zudem lassen viele Kantone (ganz entgegen dem Zivilrecht) den Willensvollstrecker für Steuern haften mit der Begründung, er habe es ja in der Hand, die Steuern zu bezahlen, bevor er den Nachlass verteilt. Diesbezüglich herrscht noch eine grosse Vielfalt, welche dank der Steuerharmonisierung aber langsam am Abklingen ist. Das nationale Steuerrecht wurde im Berner Kommentar weitgehend aufgearbeitet, im internationalen Steuerrecht wird diese Arbeit noch zu leisten sein.

PRIVATE: Gibt es sonst noch ein brennendes Thema im Bereich der Willensvollstreckung?

Künzle: Ja, ich denke die Bearbeitung der Frage, wie der Willensvollstrecker die Erbschaft zu verwalten hat, wenn Börsenschwankungen drohen oder gar vorliegen, ist von besonderer Bedeutung. Dieses Thema war völlig unbearbeitet und ich habe es nur dank «Anleihen» aus dem US-amerikanischen (Staaten-)Recht entwickeln können. So habe ich aus der Praxis von Kalifornien abgeleitet, dass ein Abwicklungsvollstrecker das Nachlassvermögen nicht umstrukturieren muss, wenn zu erwarten ist, dass er den Nachlass in-ner längstens 3 Jahren abgewickelt hat. Das gilt auch dann, wenn – wie es tatsächlich vorkam – ein ehemaliger UBS-Mitarbeiter so begeistert von seinem Arbeitgeber war, dass er sein ganzes Vermögen in UBS-Aktien steckte

und diese dann eine rasante Talfahrt erlebten. Wenn die Abwicklung des Nachlasses absehbar länger als 3 Jahre dauert oder sogar eine (seltene) Dauer-Vollstreckung vorliegt, sollte sich der Willensvollstrecker an den Vorschriften orientieren, welche für die Pensionskassen erstellt wurden (Art. 49 ff. BVV2). Dies kann zur Folge haben, dass er das Vermögen umstrukturieren muss, um das Risiko zu begrenzen.

PRIVATE: Es dürfte aber trotz der ausführlichen Kommentierung immer noch viele offene Fragen geben.

Künzle: Das ist richtig. Dazu muss man nur einen Kommentar zum deutschen Testamentsvollstrecker in die Hand nehmen und dann stellt man schnell fest, dass dieser noch einiges umfangreicher ist. Die Frage, welche am meisten «unter den Nägeln brennt», ist diejenige, ob der Willensvollstrecker die Teilungsklage einreichen darf, wenn die Erben sich zwar nicht einig sind, aber auch keine Anstalten machen, den Nachlass einer Teilung zuzuführen. Prof. Thomas Sutter-Somm ist ein Fürsprecher für diese Möglichkeit, während die herrschende Lehre noch zurückhaltend ist und einen Entscheid des Bundesgerichts herbeisehnt.

PRIVATE: Wie komme ich zu einem Willensvollstrecker?

Künzle: Der Willensvollstrecker wird vom Erblasser in seinem Testament ernannt, mit einem Satz wie: «Zu meinem Willensvollstrecker ernenne ich X.Y., wohnhaft in ...» Es muss sich um eine bestimmt bezeichnete Person handeln. Auch der Nachfolger muss vom Erblasser selbst bestimmt werden, etwa mit dem Satz: «Sollte dieser sein Amt nicht annehmen oder aufgeben, ernenne ich als Ersatz-Willensvollstrecker die Z AG.» Wenn der Erblasser keinen Ersatz-Willensvollstrecker ernannt hat, reizt dies die Erben häufig, den Willensvollstrecker absetzen zu lassen. Um diesen Zustand zu beenden, habe ich im Berner Kommentar Vorschläge für Gesetzesänderungen gemacht. Es wäre sinnvoll, wenn in Zukunft der Ersatz-Willensvollstrecker auch durch Behörden oder den ersten Willensvollstrecker ernannt werden könnte.

PRIVATE: Zu guter Letzt: Was nützt eigentlich ein Willensvollstrecker?

Künzle: Es ist zuzugeben, dass es auch negative Beispiele gibt, in denen der Nutzen nicht ersichtlich ist, in denen der Willensvollstrecker sogar ein Hindernis für die Erben ist. Solche Fälle kommen etwa vor, wenn der Erblasser zu seinem Ehegatten und/oder zu seinen Nachkommen ein gespanntes oder gar kein Verhältnis mehr hatte und den Willensvollstrecker benützt, um sich nach dem Tod noch gegen seine Erben durchsetzen zu können (was nicht gelingt, wenn die Erben sich einig sind). Der Nutzen hängt zudem ganz wesentlich von der Auswahl des Willensvollstreckers ab. Es ist natürlich von Vorteil, wenn ein Erbrechtsspezialist eingesetzt wird (und nicht der frühere Scheidungs- oder Strassenverkehrsanwalt). Diese Qualifikation alleine genügt aber nicht. Es muss auch jemand sein, der einen Nachlass selbstständig verwalten kann und die Rolle als Vermittler zwischen den Erben beherrscht. Bei der Erbschaftsverwaltung

hat der Willensvollstrecker eine relativ starke und selbständige Position, er darf einen gewissen Ermessensspielraum ausnützen. Bei der Erbteilung ist er dagegen nur noch Vermittler, die Entscheidungen obliegen ganz den Erben. Beim Vollzug der Erbteilung ist die Rolle des Willensvollstreckers von untergeordneter Bedeutung, dort muss er das von den Erben Vereinbarte nur 1:1 umsetzen. Ein guter Willensvollstrecker weiss genau, wo er eigenständig auftreten muss und in welchen Bereichen es Sache der Erben ist, Entscheidungen zu treffen. Die Schwierigkeit liegt also darin, mehrere verschiedene Facetten eines Amtes unter einen Hut zu bringen. Ein guter Willensvollstrecker – und von denen gibt es viele – schafft es, den Nachlass sicher zu verwalten und die Erben zu einer einvernehmlichen Lösung zu führen. Das kann für das (anschliessende) Zusammenleben in einer Familie einen entscheidenden Unterschied ausmachen.

h.kuenzle@kendris.com
www.kendris.com

Berner Kommentar

Kommentar
zum schweizerischen Privatrecht

Band III	Das Erbrecht
1. Abteilung	Die Erben
2. Teilband	Die Verfügungen von Todes wegen
2. Teil	Die Willensvollstrecker Art. 517–518 ZGB

Erläutert von
Dr. Hans Rainer Künzle
Titularprofessor an der Universität Zürich
Rechtsanwalt, Zürich



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011