

Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2010–2011

Am 6. Schweizerische Erbrechtstag 2011 habe ich über die Gerichtspraxis 2010–2011 sowie die in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Titularprofessor Universität Zürich
Partner Kendris AG

Literatur

Im Berichtsjahr ist mein eigener *Berner Kommentar* zu Art. 517–518 ZGB erschienen, welcher nachfolgend ausschnittsweise behandelt wird. Beim *Basler Praxiskommentar Erbrecht* ist eine Neuauflage erschienen, in welcher der bisherige Kommentator Bernhard Christ mit Mark Eicher einen Co-Autor beigezogen hat. Das Update beschränkt sich im Wesentlichen auf das Nachführen der Gerichtspraxis.

Honorar (Art. 517 Abs. 3 ZGB)

Das Kantonsgericht Neuenburg wurde in einem Fall (Urteil vom 10.2.2011) angerufen, um zum Honorar eines Willensvollstreckers Stellung zu nehmen. Die *Vormundschaftsbehörde* verweigerte die *Zustimmung zum Honorarvorschlag* des Willensvollstreckers. Das Obergericht trat auf die vom Willensvollstreckter dagegen eingereichte Vormundschaftsbeschwerde mangels Beschwerdelegitimation nicht ein und verwies den Willensvollstreckter an das Zivilgericht. An sich ist es richtig, dass ein Streit um das Honorar des Willensvollstreckers letztlich nicht (einseitig) von der Vormundschafts-

behörde, sondern vom Zivilrichter beurteilt werden muss. Aber die Begründung, die Vormundschaftsbehörde sei nicht zuständig, sich eine eigene Meinung über die Angemessenheit des Honorars zu bilden, ist doch etwas unglücklich, denn das Honorar ist Bestandteil der Erbteilung, welche klar in die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde fällt (Art. 421 Ziff. 9 ZGB).

Liatowitch/Fankhauser (Konzepte, Instrumente und Grenzen der [Familien] Nachlassplanung, in: Fünfte Schweizer Familienrechts-Tage, Bern 2010, S. 64 FN 11) stellen die interessante Frage: «Kaum oder nicht diskutiert wird, ob alleine die Honorierung (und nicht die Einsetzung) *vertraglich bindend* im Voraus mit dem zukünftigen Willensvollstreckter *vereinbart* werden könnte.» Die Antwort ist nicht ganz offensichtlich. Ich vertrete die Ansicht, dass das Honorar nur vom Erblasser einseitig festgelegt werden kann (mit Reduktions- und Erhöhungsmöglichkeiten). Die Praxis zeigt, dass auch dies häufig schief geht (zu tief oder zu hoch ist) und deshalb am besten unterlassen wird, weil es genügt, dass das Gesetz ein «angemessenes» Honorar verlangt (Art. 517 Abs. 2 ZGB).

Verwaltung der Erbschaft (Art. 518 Abs. 2 ZGB)

Der Willensvollstreckter muss *Forderungen* des Nachlasses *geltend machen*. BGE 136 III 412 (Urteil 4A_394/2009 vom 4.12.2009) lag der Sachverhalt zugrunde, dass der spätere Erblasser und sein Anwalt ein Gemeinschaftskonto eröffneten, auf welches der Erblasser 1 Mio. Franken überwies. Nachdem der Erblasser diese Summe mündlich als Schenkung bezeichnet hatte, disponierte der Anwalt diesen Betrag ab. Der Willensvollstreckter war der Ansicht, dass dem Nachlass die Hälfte des Betrags zustehe, weil für eine Schenkung (der zweiten Hälfte) die dafür notwendige Schriftform nicht eingehalten worden sei. Das Bundesgericht interpretierte den Vorgang dagegen als (gültige) Hand-Schenkungen. Dabei dürfte sicher eine Rolle gespielt haben, dass der Erblasser noch weitere 499 Mio. Franken zu

verteilen hatte. Weil diese Interpretation nicht völlig naheliegend war, tat der Willensvollstreckter gut daran, eine gerichtliche Überprüfung der Forderung zu verlangen.

Der Willensvollstreckter muss die *Schulden des Nachlasses bezahlen* (so weit diese fällig sind). Wenn der Bestand unklar ist, sollte er die Schuld bestreiten, wie das Urteil des Bundesgerichts 4A_496/2010 vom 14.2.2011 zeigt. In diesem Fall ging es um eine Klage gegen den Willensvollstreckter, weil der Erblasser als Verwaltungsrat verschiedene Pflichten verletzt haben soll (Verbot der Einlagenrückgewähr, Sanierungspflicht bei Kapitalverlust und Überschuldung sowie Treuepflicht), was letztlich aber verneint wurde. Wenn der Erblasser Verwaltungsrat war, müssen sich die Erben überlegen, ein öffentliches Inventar zu verlangen. Der Willensvollstreckter seinerseits ist gut beraten, wenn er die Erben auf diese Möglichkeit der Haftungsbegrenzung rechtzeitig hinweist.

Ausrichtung von Vermächtnissen (Art. 562 ZGB)

Bei der Ausarbeitung des Berner Kommentars bin ich mir bewusst geworden, dass der Willensvollstreckter im Rahmen seiner Aufgabe «Ausrichtung der Vermächtnisse» in ein Dilemma geraten kann, aus welchem er nicht mehr leicht herauskommt: Wenn ein Vermächtnis möglicherweise herabgesetzt oder wenn es genauer bestimmt werden muss, fordert der Willensvollstreckter den Vermächtnisnehmer bzw. die (belasteten) Erben auf, den Umfang des Vermächtnisses gemeinsam zu klären. Wenn Meinungsverschiedenheiten bestehen bleiben und dennoch keine Partei eine Klage einreicht, kann es zu einer Pattsituation kommen. De lege ferenda sollte man dem Willensvollstreckter deshalb die Möglichkeit einräumen, den Umfang des Vermächtnisses vom Richter feststellen zu lassen. Als Art. 518 Abs. 2 bis ZGB schlage ich vor: «Der Willensvollstreckter ist befugt, die Höhe eines auszurichtenden Vermächtnisses vom Richter feststellen zu lassen.»

Information/Auskunft**(Art. 607/610 ZGB)**

Die Tätigkeit des Willensvollstreckers untersteht nicht dem *Anwaltsgeheimnis*. Wenn der Willensvollstrecker aber der frühere Anwalt des Erblassers war, können die Erben nach Ansicht des Bundesgerichts (BGE 135 III 599 f.) keine Zustimmung zur Offenlegung von Informationen geben, weil die Erben nicht neue Geheimnisherren werden. Nach dem Tod des Erblassers kann nur die Aufsichtsbehörde Rechtsanwältinnen vom Berufsgeheimnis befreien. BGE 135 III 597 ist verschiedentlich kritisiert worden. Es ist in der Tat unbefriedigend, dass man die Erben beim Bankgeheimnis mit grosser Selbstverständlichkeit an die Informationen über den Nachlass heranlässt, während dies beim Anwaltsgeheimnis nur mit einer Sonderbewilligung möglich sein soll, welche kantonale noch völlig unterschiedlich gehandhabt wird. Im Ergebnis sollte der Banker für sich behalten müssen, was er an persönlichen Informationen über den Erblasser weiss, und der Anwalt sollte offenlegen müssen, wo sich Nachlassvermögen befindet. Besonders knifflig sind allerdings Fälle von sukzessiver Erbfolge (wie der vorliegende), wo eine Offenlegung im Einzelfall wegen Interessenkollision nicht mehr angebracht sein kann.

Erbteilung (Art. 634 ZGB)

Besonders heikel ist die Frage, ob *Erben am Willensvollstrecker vorbei die Teilungsklage einreichen* können. In Übereinstimmung mit der Gerichtspraxis vertrete ich im Berner Kommentar die Ansicht, dass für die Teilungsklage so lange kein Raum besteht, als der Willensvollstrecker (vernünftigerweise) an einem Teilungsplan arbeitet. Natürlich sollte der Willensvollstrecker auf eine (weitere) Vorlage von Teilungsvorschlägen verzichten, wenn dies «aussichtslos» ist. Allerdings darf nicht ein Erbe am ersten Tage nach dem Ableben des Erblassers dem Willensvollstrecker mitteilen können, er sei «sowieso dagegen» (und eine Einigung der Erben somit ausgeschlossen) und deshalb sei er sofort berechtigt, die Teilungsklage einzureichen. Ich schlage deshalb vor, mit der Vermutung zu arbeiten, dass (je nach Umfang des Nachlasses) in den ersten 1 bis 3 Jahren eine Teilung noch möglich sei.

Der Willensvollstrecker kann *Teilungsvorschriften* nicht selbständig voll-

ziehen, wenn der Erblasser keinen Anrechnungswert des zuzuteilenden Nachlassgegenstands bestimmt hat; diese bedürfen der Zustimmung der Erben. Diese Regel wird in einem Entscheid der Justizdirektion Bern vom 15.1.2010 bestätigt.

Altbekannt ist die Fragestellung, ob der Willensvollstrecker selbst die *Teilungsklage einreichen* könne. M.E. ist die Stellung des Willensvollstreckers im Bereich der Erbteilung zu schwach, als dass man ihm ein solches Recht durch Interpretation schaffen darf. Ich halte vielmehr eine Ergänzung des Gesetzestextes für notwendig, wenn man dem Willensvollstrecker dieses Klagerecht einräumen möchte. De lege ferenda schlage ich im Berner Kommentar einen Text als Art. 518 Abs. 2bis ZGB vor, welcher zusammen mit dem vorne gemachten Vorschlag für die Feststellung der Vermächtnisse zu folgendem Text führt: «Der Willensvollstrecker ist befugt, die Höhe eines auszureichenden Vermächtnisses vom Richter feststellen zu lassen sowie die Teilungsklage zu erheben, wenn die Erben sich über die Teilung nicht einigen und keine Teilungsklage erheben.»

Bis heute nicht ausdrücklich beantwortet ist von der Lehre und Praxis die Frage, ob die *Erbteilung ohne den Willensvollstrecker* abgeschlossen werden könne. Auszugehen ist von der Möglichkeit, eine Realteilung vorzunehmen (Andenkensstücke, Schlüsselübergabe). Wenn eine Bank gestützt auf den Erbteilungsvertrag ein Konto an einen Erben herausgibt oder das Grundbuchamt einen Erben als neuen Eigentümer im Grundbuch einträgt, kann niemand einwenden, der Vollzug sei wegen Nichtmitwirkung des Willensvollstreckers ungültig. Im Bereich der Erbteilung können die Erben frei verfügen (Art. 607 Abs. 2), sie können deshalb auch durch einen Willensvollstrecker nicht gehindert werden. Allerdings darf eine Bank oder das Grundbuchamt vom Willensvollstrecker verlangen, dass er beim Vollzug des Erbteilungsvertrags mitwirkt.

Haftung

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_111/2011 vom 20.4.2011 mit einer Haftung des Willensvollstreckers auseinandergesetzt. Der Willensvollstrecker wurde belangt, weil er Teile des Arbeitsentgelts (Bonus/Lohn während der Frei-

stellung des Erblassers) nicht geltend gemacht hatte und nach dem Konkurs der Arbeitgeberin nur 20% der Forderung ausbezahlt wurde. Ich verstehe nicht, weshalb die Einnischung der Erbin in diesem Fall nicht stärker berücksichtigt wurde: Die Erbin hat die Unterlagen des Erblassers zu sich genommen, den Willensvollstrecker über ein Schreiben der Arbeitgeberin nicht orientiert und die Zustimmungserklärung zur Auszahlung der ausstehenden Lohnforderung trotz Mahnung nicht an die Arbeitgeberin zurückgesandt. Diese Handlungen unterbrechen m.E. den Kausalzusammenhang und lassen keinen Raum für Schadenersatz.

Steuern

Im Kanton Waadt können, gestützt auf Art. 60 LMSD (Sicherstellungsmassnahme gegenüber ausländischen Erben), Einschränkungen für den Willensvollstrecker resultieren. So heisst es in einem Willensvollstreckerzeugnis des Juge de paix vom 17.7.2011: «La présente attestation permet exclusivement aux exécuteurs testamentaires... d'obtenir tout renseignement utile des différents établissements bancaires, postaux... Tout acte de disposition portant sur les biens successoraux devra être soumis préalablement à l'autorisation de l'Administration cantonale des impôts... ainsi que d'exécuter tous les actes qui s'inscrivent dans la gestion courante de la succession, à l'exception de tout acte de disposition en faveur des héritiers, légataires et autres bénéficiaires.» Solche Einschränkungen können eine sinnvolle Verwaltung des Nachlasses für Monate erschweren bis verunmöglichen und ein «Überleben» der Erben gefährden. Das nachvollziehbare Ziel der Sicherstellung der Erbschaftssteuer muss vom Gesetzgeber auf andere Weise gelöst werden, etwa durch eine Haftung des (inländischen) Willensvollstreckers oder die Hinterlegung der provisorisch berechneten Erbschaftssteuer.

Schiedsgerichte in Erbsachen

Am 29.6.2011 führte der Verein Successio an der Universität Zürich eine Tagung zum Thema «Schiedsgerichte in Erbsachen» durch. Ein Tagungsband zu dieser Veranstaltung ist in Vorbereitung und wird Anfang 2012 erscheinen.

h.kuenzle@kendris.com

www.kendris.com