

# Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2011–2012

Am 7. Schweizerischen Erbrechtstag 2012 habe ich über die Gerichtspraxis 2011–2012 sowie in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

## Einsetzung (Art. 517 ZGB)

Im Entscheid 5A\_738/2011 vom 15.5.2012 hat sich das Bundesgericht mit der Einsetzung des Willensvollstreckers befasst. Aus den folgenden Umschreibungen im Testament hat es keine *stillschweigende Einsetzung* abgeleitet: «Avec la condition qu'elle seule va s'occuper de mes affaires personnelles», «S'il te plaît brûle toute ma correspondance et celle de T. dans ma chambre près de la fenêtre» und «S'il te plaît, je te demande d'être présente pour prendre soin de mes effets personnels». Das Bundesgericht hielt fest, dass als Rechtsmittel gegen die Weigerung der zuständigen Erbschaftsbehörde nur die Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte verbleibe.

## Besitz (Art. 518 ZGB)

Das Kantonsgericht Graubünden hat im Entscheid GR KSK 11 60 vom 19.10.2011 zu Recht ausgeführt, dass der Willensvollstreckter einen grossen Ermessensspielraum habe: «Zum Ermessensspielraum des Willensvollstreckers gehört auch der Entscheid, auf die Einziehung einer erblasserischen *Forde-*

*rung gegen einen Erben* vorerst zu verzichten und die Darlehensschuld anlässlich der Erbteilung zu verrechnen oder das Guthaben einem Erben zuzuweisen.» Nicht zutreffend ist dagegen die Argumentation einer Partei, der Willensvollstreckter dürfe den Besitz nur soweit geltend machen, als er ihn zur Ausübung seines Amtes benötige, weil beim Einzug von Forderungen die Prozessführungsbefugnis und nicht der Besitz entscheidend ist.

## Grundbuch (Art. 518 ZGB)

Nach dem neuen Art. 50 Grundbuchverordnung, welcher seit dem 1.1.2012 in Kraft ist, kann der Willensvollstreckter *ohne Mitwirkung der Erben* folgende *Vorgänge im Grundbuch anmelden*: Veräusserung/Belastung eines Grundstücks im Nachlass, Eintragungen zur Ausrichtung eines Vermächtnisses und Eintragungen, die sich aus dem Erbteilungsvertrag ergeben.

## Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB)

Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil CREC II 134 vom 3.8.2009 (JdT 2011 III 113) festgehalten, dass der Willensvollstreckter während der Dauer einer Erbschaftsverwaltung einen *Prozess über die Gültigkeit seines Amtes* führen kann (E. 3 b/aa). Damit wird die herrschende Ansicht bestätigt, dass die Suspendierung des Willensvollstreckers während einer Erbschaftsverwaltung keine vollständige ist.

## Aufsicht

### (Art. 518 i.V.m. Art. 595 ZGB)

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 5A\_713/2011 vom 2.2.2012 mit der *Beschwerdelegitimation* bei der Absetzung eines Willensvollstreckers beschäftigt. Es hielt fest, dass die Aufsichtsbehörde grundsätzlich nur aufgrund einer Beschwerde handelt (E. 3.2). Zur Beschwerde legitimiert sind Erben und vom Testament Begünstigte (materiell Berechtigte), welche ein Interesse an der Beschwerde haben (E. 3.2). Nach diesem Entscheid sind die Gläu-

biger nicht zur Beschwerde legitimiert. Ich habe im Berner Kommentar (Art. 517–518 ZGB N 519) eine andere Meinung vertreten und den Gläubigern ein Beschwerderecht eingeräumt, soweit es um die Bezahlung ihrer Schuld geht. Weiter sind nach dem Bundesgericht auch Nacherben nicht zur Beschwerde legitimiert (E. 4). M.E. sollte man Nacherben und Nachvermächtnisnehmer nicht wie unbeteiligte Dritte behandeln. Zwar haben sie eine schwache Rechtsstellung, aber ähnlich wie bei den Gläubigern (soweit ihre Rechtsstellung betroffen ist), sollte man ihnen im begrenzten Umfang ein Beschwerderecht einräumen.

In einem anderen Entscheid (5A\_794/2011 vom 16.2.2012) hat das Bundesgericht einen Willensvollstreckter abgesetzt, der eine *grobe Pflichtverletzung* begangen hat. Der Willensvollstreckter war uneinsichtig, weil er eine Vereinbarung der Erben nicht vollziehen und stattdessen eine Erbenermittlung durchführen wollte. Die wiederholte Pflichtverletzung liess jede andere Massnahme als wirkungslos scheitern (E. 2). Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid erwähnt, dass der Willensvollstreckter einen *Ermessensspielraum* habe. Leider hat es nicht differenziert, dass der Ermessensspielraum bei der Verwaltung des Vermögens gross ist, beim Vollzug der Erbteilung dagegen äussert gering, weil der Willensvollstreckter Vereinbarungen der Erben bzw. Gerichtsentscheide nicht hinterfragen darf, sondern nur vollziehen muss.

Das Zürcher Obergericht hat sich in einem Entscheid (LF 110053 vom 9.6.2011) mit der *Beendigung der Willensvollstreckung* befasst: Erbfall 1984, Schlussabrechnung 2003, Nachforschungen 2008. Das Obergericht hat es (als Aufsichtsbehörde) abgelehnt, festzustellen, dass das Mandat mit der Schlussabrechnung und der Herausgabe der Akten ende. Zu beurteilen war einzig die (konkrete) Klage auf Herausgabe der Schlussabrechnung und des Aktivsaldos.

Seit Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (1.1.2011) sind Unsicherheiten über die *Rechtsmittel im Aufsichtsverfahren* entstanden. Das Kantonsgericht St. Gallen führt in einem Entscheid (BS 2012.1 vom 11.4.2012) aus, dass gegen einen Entscheid der Aufsichtsbehörde die Berufung nach Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO als Rechtsmittel zur Verfügung stehe: «Auch Entscheide der freiwilligen (nichtstreitigen Gerichtsbarkeit) sind der Berufung zugänglich ... In Art. 309 ZPO werden die nicht berufungsfähigen Entscheide aufgelistet; diese Liste ist abschliessend ... Da Entscheide der Aufsichtsbehörde in Beschwerdesachen gegen den Willensvollstrecker darin nicht genannt werden, kann der erstinstanzliche Entscheid grundsätzlich mit Berufung angefochten werden.» Dagegen hat das Zürcher Obergericht in einem Entscheid (LF 110053 vom 9.6.2011) ausgeführt, dass (entgegen der Rechtsmittelbelehrung: Berufung) nach § 84/85 GOG die Beschwerde (innert 10 Tagen) das richtige Rechtsmittel sei, und es hat die Bestimmungen über die Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) analog angewendet.

### **Nichterbrechtliche Prozesse (Art. 518 i.V.m. Art. 596 ZGB)**

Markus Pichler hat 2011 seine Dissertation unter dem Titel «Die Stellung des Willensvollstreckers in (nicht-erbrechtlichen) Zivilprozessen – unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Erben» publiziert. Er verschafft dem Leser einen wertvollen Überblick über die bestehende Lehre und Praxis. Er geht auch auf noch vorhandene Diskussionen und Unsicherheiten ein, von denen nachfolgend einige herausgegriffen werden. Einigkeit besteht darüber, dass die Parteibezeichnung des Willensvollstreckers «X als Willensvollstrecker im Nachlass Y» lauten kann. Nach Pichler (S. 61) ist daneben auch zulässig «Nachlass X, vertreten durch den Willensvollstrecker W». M.E. sollte diese Parteibezeichnung nicht verwendet werden, weil der Willensvollstrecker die Erben nicht vertritt, sondern im eigenen Namen handelt, was man daran ersehen kann, dass er die Erben nicht einzeln

nennen muss. Unklarheiten bestehen auch bei der Umsetzung von (einstimmigen) Beschlüssen mehrerer Willensvollstrecker. Nach Pichler (S. 109 ff.) kann «jeder einzelne Willensvollstrecker ... die gefassten Beschlüsse *selbstständig* umsetzen» (mit Verweis auf Christ und Karrer). M.E. ist dies nur möglich, wenn eine entsprechende Ermächtigung vorliegt, ansonsten sind die Willensvollstrecker zum gemeinsamen Handeln gezwungen, denn ich gehe (anders als Pichler) davon aus, dass eine notwendige Streitgenossenschaft (wie im BGB) vorliegt. Schliesslich ist umstritten, ob der Willensvollstrecker und Nichtanwalt zur berufsmässigen Vertretung des Nachlasses vor Gericht zugelassen werden sollte. Während Pichler dies mit guten Gründen verneint, vertrete ich eine andere Ansicht, weil ich davon ausgehe, dass es sich nicht um eine «Vertretung», sondern um eine Prozessstandschaft handelt. Allerdings wird der Willensvollstrecker höchst selten ohne Beizug eines Fachmanns auskommen und deshalb ist diese Fragestellung nicht von grosser praktischer Bedeutung.

### **Auskunft (Art. 607 und 610 ZGB)**

Das Zürcher Obergericht hat im bereits erwähnten Entscheid (LF 100053 vom 9.6.2011) sich mit der Frage auseinandergesetzt, in welchem Verfahren vom Willensvollstrecker Auskunft verlangt werden könne. Der Beschwerdeführer argumentierte, er habe 2003 eine Abrechnung verlangt (ohne Feedback) und frühestens dann habe die Frist von 10 Jahren zu laufen begonnen, nach deren Ablauf der Willensvollstrecker die Akten vernichten dürfe. Der Beschwerdegegner hielt dagegen, es sei missbräuchlich, 26 Jahre nach dem Tod und 10 Jahre nach Entgegennahme einer Zahlung (1998), Auskunft zu verlangen. Das Obergericht hat es abgelehnt, diese Streitfrage im Aufsichtsverfahren zu entscheiden und die Parteien auf den Zivilprozess verwiesen, womit die Frage, *wann die 10jährige Aufbewahrungsfrist zu laufen beginnt*, ungeklärt blieb.

### **Erbteilung (Art. 634 ZGB)**

Patrick Gerster und Thomas Weibel befassen sich in einem Aufsatz (Schweizerische Zivilprozessordnung und Erb-

recht – prozessuale Chancen und Alltagsfallen, *successio* 6 [2012] 33–44) mit Abschlagszahlungen an die Erben. Sie halten fest, dass es die Pflicht des Willensvollstreckers sei, Abschlagszahlungen vorzunehmen. Zur Bezahlung von Steuern sind solche Zahlungen häufig notwendig. Sie weisen darauf hin, dass die Erbteilung oft nur teilweise streitig ist und im Übrigen somit abgewickelt werden kann. Neben diesen unbestrittenen Grundsätzen sind viele Einzelheiten noch streitig (Müssen alle Erben gleich grosse Anteile erhalten? Wie umfangreich sind Zahlungen für laufende Bedürfnisse? ...).

### **Haftung**

Marc 'Antonio Iten hat in seiner Luzerner Dissertation (2012) zum Thema «Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers» die Haftung des Willensvollstreckers erstmals in einem grösseren Werk umfassend beleuchtet. Die Rechtsgrundlagen der Haftung sind nach wie vor umstritten: Während Iten (§ 7) von einem gesetzlichen Schuldverhältnis ausgeht und hauptsächlich Art. 97 OR anwendet (die analog anwendbaren Art. 394 ff. OR bestimmen nur den Umfang der Pflichten des Willensvollstreckers), gehe ich (Berner Kommentar–Künzle, Art. 517–518 ZGB N 423) von einer vertragsähnlichen Haftung aus und wende hauptsächlich Art. 394 ff. OR (analog) an, während Art. 97 ff. OR ergänzend zum Zug kommen. Dies hat etwa zur Folge, dass es nach Iten (§ 7) für eine Vertrauenshaftung des Willensvollstreckers keinen Platz hat, während ich (BK–Künzle, Art. 517–518 ZGB N 437) Personen, welche die vertragsähnliche Haftung nicht geltend machen können (Erbschaftsgläubiger, Erben gläubiger, Auflagebegünstigte und Personen, welchen Erbteile abgetreten wurden) die Vertrauenshaftung zustehe. Hervorzuheben ist der wertvolle Anhang der Dissertation, in welchem die gesamte Gerichtspraxis zur Haftung des Willensvollstreckers analysiert wird.

Ein ausführlicher Aufsatz zur Praxis des Willensvollstreckers 2011–2012 wird in der Nummer 1/2013 der Zeitschrift *successio* erscheinen.

[h.kuenzle@kendris.com](mailto:h.kuenzle@kendris.com)  
[www.kendris.com](http://www.kendris.com)