

# Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2016/2017

Am 12. Schweizerischen Erbrechtstag 2017 habe ich über die Gerichtspraxis 2016/2017 sowie in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

## Ernennung

Das Obergericht Zürich hatte im Urteil LF160073 vom 28.12.2016 die Einsetzung von zwei Willensvollstreckern in zwei zeitlich aufeinanderfolgenden letztwilligen Verfügungen zu beurteilen: Zunächst wurden zwei beschränkte Willensvollstreckerbescheinigungen ausgestellt. Nachdem sich die Willensvollstrecker im Beschwerdeverfahren auf die gemeinsame Führung des Mandates geeinigt hatten, wurden zwei umfassende Willensvollstreckerbescheinigungen für gemeinsames Handeln ausgestellt (Erw. 3.3). Das ist eine pragmatische Lösung des Falles. Ich habe allerdings Zweifel, ob sie mit dem geltenden Recht vereinbar ist. Die Ernennung des Willensvollstreckers kann einzig vom Erblasser angeordnet und weder von der Aufsichtsbehörde noch vom Willensvollstrecker beeinflusst werden. Deshalb hätte m.E. das Gericht die beiden

letztwilligen Verfügungen des Erblassers auslegen müssen. Zu welchem Ergebnis das geführt hätte, ob zu einer Tätigkeit der zwei Willensvollstrecker in zwei Teilbereichen oder zum Widerruf der Ernennung von A, kann mangels Sachverhaltsangaben nicht beurteilt werden.

## Annahme

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A\_701/2016 vom 6.4.2017 mit der Annahme des Mandats durch den Willensvollstrecker befasst. H hat für die B GmbH am 6. Dezember 2015 um Fristverlängerung gebeten, weil er seinen Mit-Gesellschafter zuerst fragen möchte, bevor er sich äussere. Am 23. Dezember 2015 erklärte H im Namen der B GmbH die Annahme. Das Bundesgericht bemängelte, dass H nur kollektiv zeichnungsberechtigt sei und deshalb sei seine Annahme nicht gültig erfolgt (E. 3.3). Es hielt zudem fest, dass (anders als nach Gesetz vorgesehen) eine ausdrückliche Erklärung erwartet werden dürfe, wenn eine Fristverlängerung verlangt worden sei (E. 3.2). Diese Aussage ist an sich richtig. Allerdings gehe ich mit der kantonalen Vorinstanz davon aus, dass beide Erklärungen von H ungültig waren und dieser vom Bundesgericht angeführte Fall deshalb gar nicht vorlag. Es kam deshalb m.E. zu einer stillschweigenden Annahme. Auch wenn man das alleinige Handeln von A in beiden Fällen akzeptieren würde, käme man im Ergebnis zu einer Annahme des Mandats. Dieses Bundesgerichtsurteil befriedigt deshalb nicht.

## Vermächtnis ausrichten

François Logoz befasste sich am Journée de droit successorale 2017 mit der Ausrichtung von Vermächtnissen durch Willensvollstrecker. Er listete verschie-

dene Problemfälle auf: (1) So lange der Kreis der Erben nicht feststeht (unbekannte Erben), darf der Willensvollstrecker das Vermächtnis nicht ausrichten, weil es nicht fällig ist (Art. 562 Abs. 2 ZGB). Umstritten ist, ob der Erblasser eine frühere Ausrichtung anordnen kann. (2) Wenn der Inhalt des Vermächtnisses umstritten ist oder die letztwillige Verfügung, welche das Vermächtnis anordnet, angefochten wird, darf der Willensvollstrecker die Ausrichtung ablehnen. (3) Wenn alle Schuldner die Einwilligung zur Auslieferung verweigern, wird der Willensvollstrecker auf die Ausrichtung verzichten; wenn dagegen nur einzelne Schuldner die Einwilligung zur Auslieferung des Vermächtnisses verweigern, kann der Willensvollstrecker diesen eine Frist (von 10 bis 14 Tagen) zur Einreichung einer Klage oder Aufsichtsbeschwerde ansetzen und (bei Untätigkeit) danach das Vermächtnis ausrichten. (4) Der Willensvollstrecker muss sicherstellen, dass die Schulden des Nachlasses (welche nach Art. 564 ZGB Vorrang haben), bezahlt werden (können), bevor die Vermächtnisse ausgerichtet werden. Dabei ist zu beachten, dass eine spätere Rückzahlung nur erschwert möglich ist, wenn für den Vermächtnisnehmer eine Versicherungsleistung gekauft wird. (5) Wenn aus der Sicht des Willensvollstreckers möglicherweise Pflichtteile verletzt sind, muss er die Erben darauf hinweisen. Wenn ein unteilbares Vermächtnis auszuliefern ist, kann der Willensvollstrecker den Vermächtnisnehmer wählen lassen, ob er das (unteilbare) Vermächtnis erhalten und eine Ausgleichszahlung im Umfang der Pflichtteilsverletzung leisten möchte oder ob die verfügbare Quote ausgerichtet werden soll. Wenn das Vermächtnis aus einer Rentenleistung besteht, können die

schuldenden Erben wählen, ob sie die Rente kürzen oder die verfügbare Quote auszahlen wollen. (6) Verfügt der Erblasser ein zu hohes Vermächtnis im Sinne von Art. 486 Abs. 1 ZGB, muss der Willensvollstrecker darauf achten, dass dieses gekürzt wird. (7) Der Willensvollstrecker muss daneben für die Bezahlung der Erbschaftssteuer sorgen, indem er nur den Nettobetrag des Vermächtnisses ausrichtet. In strittigen Fällen muss der Willensvollstrecker mit dem Schuldner (einzelnen oder allen Erben) und dem Gläubiger des Vermächtnisses (einem oder mehreren Vermächtnisnehmer[n]) eine Lösung suchen und diese Parteien gegebenenfalls auch auffordern, die Rechtslage durch den Richter klären zu lassen. Wenn es endgültig nicht gelingt, den Umfang des Vermächtnisses zu klären, kann der Willensvollstrecker die Auslieferung des Vermächtnisses verweigern, allenfalls wird er den nicht bestrittenen Umfang des Vermächtnisses ausrichten oder – nach erfolgloser Aufforderung zur Klage – den aus seiner Sicht richtigen Umfang ausrichten. Für den Willensvollstrecker besteht die Schwierigkeit in der Praxis häufig darin, mögliche Problemfälle frühzeitig zu erkennen und die Auslieferung (mindestens vorläufig) zu verweigern.

### Honorar

Das Bundesgericht will gemäss seinem Urteil 2C\_586/2015 Anwälte zur Durchsetzung von Honoraransprüchen als Willensvollstrecker nur dann vom Anwaltsgeheimnis befreien, wenn sie einen Kostenvorschuss verlangt haben oder darlegen, warum es nicht möglich war, einen Kostenvorschuss zu verlangen. Ernst Staehelin kritisiert diesen Entscheid zu Recht (Anwaltsrevue 2016, 393–396), weil ein solches Vorgehen beim Willensvollstrecker (anders als bei sonstigen Anwalts-Mandaten) nicht üblich ist, denn der Willensvollstrecker kann sich jederzeit einen Kostenvorschuss aus dem Nachlass selbst bezahlen.

### Aufsicht

In der Literatur wird der Vorschlag in der Erbrechtsrevision, die Aufsicht künftig den Gerichten zu übertragen, diskutiert. Die Berner Kollegen (Stefan

Wolf / Sibylle Hofer / Stephanie Hrubesch-Millauer / Regina Aebi-Müller, AJP 2016, 1426) vertreten die Auffassung, ein solches Vorgehen sei abzulehnen, weil die Dualität des Verfahrens (summarisches Verfahren für Verfahrensfragen und ordentliches Verfahren für materiell-rechtliche Fragen) nicht behoben werde und weil ein Eingriff in die kantonale Kompetenz ohne triftige Gründe erfolge. Peter Breitschmid dagegen begrüsst diesen Vorschlag, weil der Eingriff in die kantonale Kompetenz nur marginal sei und der Dualismus des Verfahrens unvermeidbar (aber auch sinnvoll) sei. Ich begrüsse diesen Vorstoss ebenfalls, weil die von den Kantonen eingesetzten Verwaltungsbehörden (insbesondere die in vielen Kantonen zuständigen Gemeinderäte) von komplexen Aufsichtsverfahren regelmässig überfordert sind und dann faktisch den Entscheid einem beigezogenen Rechtsexperten überlassen.

### Haftung

Der wichtigste Entscheid des Bundesgerichts betreffend Willensvollstreckung im Berichtszeitraum war das Urteil 4A\_280/2016 vom 10.10.2016, in welchem die Haftung für eine pflichtwidrige Anlage in Optionen behandelt wurde. Etwas erstaunt nimmt man zur Kenntnis, dass das Bundesgericht dieses Urteil begründete, ohne irgendwelche Literatur zu zitieren. Ich stimme dem Ergebnis dieses Entscheides zu, würde aber eine etwas andere Begründung verwenden. Das Bundesgericht führt aus: Der Willensvollstrecker muss «nach den Umständen eine andere Anlagestrategie wählen, als sie der Erblasser verfolgte» (E. 3.1). Dies trifft im vorliegenden Fall zu, gilt aber nur (was das Bundesgericht mit keinem Wort erwähnt), weil es sich um eine (seltene) Dauer-Willensvollstreckung handelt (bei der sonst üblichen Abwicklungs-Willensvollstreckung könnte man die Strategie des Erblassers bis zur [baldigen] Verteilung fortsetzen). Weiter heisst es im Urteil: «Namentlich wenn eine Neuanlage oder die Liquidation gewisser Bestandteile des Vermögens erforderlich ist, muss der Willensvollstrecker eine konservative Anlagestrategie wählen» (E. 3.1). Auch dies gilt

nur bei einer Dauer-Willensvollstreckung. Zudem sollte man erwähnen, dass der Willensvollstrecker bei der Bestimmung dieser Anlagestrategie auf die Bedürfnisse des Erben abstellen muss, was vorliegend ein Minderjähriger war. Schliesslich bejahte das Bundesgericht eine Pflichtverletzung (zu Recht), weil der Willensvollstrecker ein höheres Risiko eingegangen war als bei Verwaltung des Vermögens für die Erblasserin (E. 8). Ein Haftungsausschluss im Vertrag mit der Erblasserin war auf den Willensvollstrecker nicht anwendbar (E. 3.3), weil dieser Vertrag mit dem Erbfall nicht auf den Willensvollstrecker übertragen wurde, er haftet vielmehr nach Art. 394 ff. OR.

### Internationales Privatrecht

Das Bundesamt für Justiz arbeitet zusammen mit einer Expertengruppe, welcher ich auch angehöre, an einer Revision von Art. Art. 86–96 IPRG (Internationales Erbrecht). Art. 92 Abs. 2 IPRG, welcher den Willensvollstrecker dem Eröffnungsstatut (dem Recht am Ort der den Nachlass eröffnenden Behörde) unterstellt, soll – entsprechend den Vorschlägen in der Lehre – enger gefasst werden und (gemäss gegenwärtigem Vorschlag, der noch Änderungen erfahren mag, bis er Gesetz wird) wie folgt lauten: «Die Durchführung der einzelnen Massnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde. Diesem Recht unterstehen namentlich... die Nachlassabwicklung mit Einschluss der verfahrensrechtlichen Aspekte der Nachlassverwaltung oder Willensvollstreckung sowie der Frage der Berechtigung des Nachlassverwalters oder Willensvollstreckers am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber.» Damit können die materiell-rechtlichen Fragen dem Erbstatut unterstellt werden, was der Regelung in vielen Ländern und insbesondere auch der EU-Erbrechtsverordnung entspricht.

Der vollständige Bericht über meinen Vortrag am 12. Schweizerischen Erbrechtstag 2017 wird in der Nummer 1/2018 der Zeitschrift *successio* erscheinen.

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