

Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2018/2019

Am 14. Schweizerischen Erbrechtstag 2019 an der Universität Luzern habe ich über die Gerichtspraxis 2018/2019 sowie über die in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

Ersatz

Wie schon in den Vorjahren hat die Frage die Gerichte beschäftigt, welches die Auswirkungen sind, wenn ein als Willensvollstrecker eingesetzter Notar in den Ruhestand tritt. Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2016/845 vom 8.8.2016 das Fortbestehen der Einsetzung damit begründet, dass der Notar zum *Notaire honoraire* ernannt wurde und der Erblasser, welcher von der Pensionierung des Notars wusste, keine anderen Vorkehrungen getroffen habe (stillschweigende Bestätigung). Dem Gericht ist im Ergebnis zuzustimmen, allerdings nur wegen der weiteren Begründung, dass nämlich die persönliche Beziehung des Erblassers zum Notar im konkreten Fall seine amtliche Stellung überwiege (E. 3.1.2/3.2).

Mit etwas Erstaunen nimmt die Fachwelt zur Kenntnis, dass *Eugen Huber*, der Redaktor unseres Zivilgesetz-

buches, in seinem eigenen Testament eine Ersatz-Lösung für den Willensvollstrecker verwendet hat, welche weder von der Lehre noch von der Gerichtspraxis gutgeheissen würde. Er wollte nämlich die Bestellung des Ersatz-Willensvollstreckers einem Dritten überlassen, obwohl dies nicht möglich ist. Eugen Huber schrieb: «13. Kann einer der Beiden (sc. Prof. Walter Burckhardt / Paul Mutzner) das Amt nicht übernehmen, so wünsche ich, dass der Bundesrat denselben aus dem Kreise meiner Freunde ersetze.»

Im Rahmen der laufenden *Erbrechts-Revision* kann man sich allerdings fragen, ob man die Bestimmung des Willensvollstreckers (nicht: die Anordnung der Willensvollstreckung als solcher) der Aufsichtsbehörde und die Bestimmung eines Ersatzes dem ersten Willensvollstrecker überlassen sollte. Ich habe in der Festschrift für Benno Studer einen entsprechenden Vorschlag für Art. 517 Abs. 1 ZGB gemacht.

Annahme

Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2017/828 vom 25.8.2017 entschieden, dass die *Vereinbarung der Erben, sich nicht an das Testament der (dementen) Mutter zu halten*, auch die von der Erblasserin verfügte Willensvollstreckung beseitige. Dies ist im Ergebnis richtig, würde ich aber nicht wie das Kantonsgericht (E. 3.3) als stillschweigenden Widerruf ansehen, sondern als Verzicht (eine der Erbinnen war Willensvollstreckerin).

Im Rahmen der laufenden *Erbrechts-Revision* könnte der in Art. 517 Abs. 2 ZGB vorgesehene Text noch ergänzt werden – unter der Annahme, dass künftig die Aufsicht bei den Gerichten angesiedelt sein wird: «Die Willensvollstrecker werden vom zuständigen Gericht von Amtes wegen über ihren Auftrag informiert...»

Willensvollstrecker ausweis

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft (Urteil 2019-58 vom 22.1.2019, E. 6e) und das Kantonsgericht Basel-Landschaft (Urteil 810 19 26 vom 29.5.2019) haben sich mit den *Vorbehalten* befasst, welche in einen Willensvollstrecker ausweis geschrieben werden können. Die ausstellende Behörde hat in einer ersten Fassung des Ausweises den Vorbehalt der Bestreitung der Vermögensaushändigung und der Anfechtung der letztwilligen Verfügung erwähnt, was unrichtig war, weil bloss eine Einsprache gegen die Testamentsöffnung hängig war. Dies wurde in einer zweiten Fassung korrigiert, indem nun erwähnt wurde: «Am 25. September 2017 ist eine Einsprache nach Art. 559 ZGB gegen das Testament vom 14. Juli 2017 eingegangen.» Dies entsprach zwar den Tatsachen, war aber immer noch unrichtig, weil ein solcher Vorbehalt nicht in ein Willensvollstreckerzeugnis gehört. Das Ergebnis, dass sich die Bank weigerte, den Willensvollstrecker ausweis zu honorieren, wies denn auch darauf hin, dass etwas nicht ganz richtig lief. Beide Instanzen sahen dies aber nicht ein. Übrigens hätte auch der Vorbehalt der Ungültigkeitsklage, welche später tatsächlich noch eingereicht wurde und grundsätzlich in ein Willensvollstreckerzeugnis geschrieben werden darf, im konkreten Fall keine Berechtigung gehabt, weil der Willensvollstrecker (im Fall der Ungültigkeit des angefochtenen Testaments) aufgrund seiner Ernennung in einem früheren, nicht angefochtenen Testament, in jedem Fall (ohne Wenn und Aber) Willensvollstrecker gewesen wäre.

Im Rahmen der *Erbrechtsrevision* könnte Art. 517 Abs. 3 ZGB gemäss meinem Vorschlag in der Festschrift Benno Studer wie folgt ergänzt werden: «Sie erhalten auf ihr Verlangen von der

zuständigen Behörde einen Ausweis über ihre Stellung als Willensvollstrecker».

Administrator

Das Bundesgericht hatte im Urteil 4A_488/2018 vom 10.5.2019 E. 4.4.6 zu beurteilen, ob ein «*administrator des englischen Rechts*» eher mit einem Erbschaftsliquidator (Art. 595 ZGB) oder mit einem Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB) zu vergleichen sei. Die Aufgabe des «administrator», die Schulden zu bezahlen, bevor der Nachlass verteilt wird, führt auf den ersten Blick tatsächlich zu einer gewissen Verwandtschaft mit dem Erbschaftsliquidator. Weil das Eigentum des «administrator» am Nachlass, welcher in England noch vorhanden war, in der Schweiz aufgrund einer sog. modifizierten Wirkungserstreckung (auch kontrollierte Wirkungsübernahme genannt) zu einer exklusiven Verfügungsmacht mutiert, verliert der «administrator» damit auch die Pflicht zur Schuldenbereinigung. Das Bundesgericht hat ihn deshalb zu Recht als *dem Willensvollstrecker nahestehend* bezeichnet.

Ausschlagung

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_349/2018 vom 18.6.2018 E. 3 die Anfechtung einer Ausschlagung durch den Willensvollstrecker grundsätzlich zugelassen (E. 3; ebenso schon die kantonale Instanz E. 1), inhaltlich dann aber abgewiesen. Obwohl eine Ausschlagung die vom Willensvollstrecker zu vollziehende Erbteilung beeinflusst (er hat es mit anderen Erben zu tun), hat der Willensvollstrecker (entgegen dem Bundesgericht) *kein rechtlich relevantes Interesse*, welches ihn dazu befähigen würde, die Ausschlagung anzufechten. Der Streit um die Frage, wer Erbe ist, findet ausschliesslich zwischen den Erben statt.

Substitution

Das Kantonsgericht Waadt hat sich im Urteil HC/2019/223 vom 1.3.2019 E. 4.2 zum zulässigen *Ausmass des Einbezugs von Drittpersonen* geäußert und entschieden, dass zwei Notare und ein im Erbrecht spezialisierter Anwalt (drei Willensvollstrecker) keinen Anwalt einschalten dürfen, um dem Juge de paix

einen Schlussbericht abzuliefern bzw. eine einfache Eingabe in einer Bausache zu machen, dass sie diese Aufgaben vielmehr selber ausführen müssen, zumal die Aufgabe des Willensvollstreckers eine höchstpersönliche sei. Während das Erste selbstverständlich ist, kann das Zweite nicht abschliessend beurteilt werden, weil keine näheren Angaben dazu gemacht werden.

Vermächtnis an Hausarzt

In der Praxis stellte sich einem Willensvollstrecker die Frage, ob er ein (im Verhältnis zum Gesamtnachlass relativ grosses) Vermächtnis an den Hausarzt ausrichten sollte, welcher offenbar zu den wenigen Vertrauten der Erblasserin gehörte. Der Willensvollstrecker war sich bewusst, dass *Art. 38 Standesordnung der FMH* für solche Vermächtnisse sehr enge Grenzen setzt und sie verbietet, wenn damit Entscheidungen des Arztes beeinflusst werden könnten. Ich habe empfohlen, die Entscheidung, ob das Vermächtnis ausnahmsweise zulässig sei, den Erben zu überlassen.

Honorarforderung

Der Cour de Justice Genf hat im Urteil ACJC/240/2017 vom 7.4.2017 E. 8.2 entschieden, dass der Willensvollstrecker kein Beauftragter der Erben sei und er deshalb seinen (zudem bestrittenen) Honoraranspruch nicht mit Forderungen der Erben gegenüber ihm verrechnen könne. Dies widerspricht der herrschenden Lehre, welche Honoraransprüche als Erbgangsschuld ansieht (BK-Künzle, Art. 517-518 ZGB N 413), womit eine Verrechenbarkeit gegeben ist.

Im Rahmen der *Erbrechts-Revision* schlage ich (in der Festschrift Benno Studer) vor, dass *Art. 517 Abs. 4 ZGB* etwas ausführlicher beschreiben soll, wie der Willensvollstrecker sein Honorar festzulegen hat und wie die Erben dieses anfechten können: «Sie haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung, welche aufgrund des notwendigen Aufwandes und eines nach den Umständen üblichen Stundensatzes zu berechnen ist. Nach Abschluss der Erbteilung kann jeder einzelne Erbe seinen Anteil an einem Honorar-Rückforderungsanspruch selbständig geltend machen.»

Absetzung

Wie jedes Jahr gab es auch im Berichtsjahr Entscheidungen zur Absetzung des Willensvollstreckers. Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_176/2019 vom 26.6.2019 E. 4 entschieden, dass ein Willensvollstrecker abzusetzen sei, welcher nicht erklären kann, wo 600'000 Euro geblieben sind, welche der Erblasser von seinem Schwiegervater erhalten hat, zumal er bereits vor dem Ableben in die Vermögensverwaltung des Erblassers involviert war. Es lag ein offensichtlich unlösbarer Interessenkonflikt vor.

Das Kantonsgericht Graubünden hat im Urteil ZK1 15 47 vom 10.6.2015 eine Absetzung *abgelehnt*. Zwar hat der Willensvollstrecker kein Inventar errichtet, aber es lag ein öffentliches Inventar (Art. 580 ZGB) vor. Zwar lag keine professionelle Rechnungslegung vor, aber der Willensvollstrecker hat den Erben akribische Informationen über seine Tätigkeiten geliefert, und die Finanzen konnten von einem einzigen Bankkonto abgelesen werden. Es kam hinzu, dass die Aufgabe mit Schwierigkeiten verbunden war (Mieterausweisung und Liegenschaftsräumung mit kaum vorstellbarer Unordnung). Das angeblich zu hohe Honorar wurde schliesslich an den Zivilrichter verwiesen.

Grosszügig ging das Obergericht Zürich im Urteil PF180017 vom 18.10.2018 E. 5.1-6.2 mit einer Willensvollstreckerin (und Erbin) um, welche einen Vorbezug von 100'000 Franken im Sicherungsinventar und im Inventar-Fragebogen nicht ausgewiesen hatte. Das Gericht war der Ansicht, dass die (passive) Auskunftspflicht nicht zu einer (aktiven) Informationspflicht werde, nur weil die Erbin gleichzeitig Willensvollstreckerin sei. Tatsächlich sind Ausgleichung und Herabsetzung nicht Themen, welche das Sicherungsinventar betreffen. Dennoch hat sich die Willensvollstreckerin nicht gerade geschickt verhalten.

Der vollständige Bericht zum Thema «Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2018/2019» wird in der Ausgabe 1/2020 der Zeitschrift «*successio*» erscheinen.

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