

Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2020–2021

Am 16. Schweizerischen Erbrechtstag vom 26. August 2021 in Luzern habe ich über die Gerichtspraxis 2020–2021 sowie über die in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

Ernennung

Das Obergericht Aargau hat im Urteil ZBE.2021.2 vom 21.2.2021 zu einer Fusion der Willensvollstreckerin ausgeführt: «Wird eine juristische Person als Willensvollstreckerin bezeichnet, so ist davon auszugehen, dass auch ohne entsprechende Bezeichnung deren Rechtsnachfolgerin ebenfalls zur Ausübung des Mandats berechtigt sein soll und ebenso das bereits bestehende Mandat einer juristischen Person mit der Fusion auf ihre Rechtsnachfolgerin übergeht» (E. 3.3). Dies entspricht der herrschenden Lehre, wurde allerdings von der Vorinstanz anders gesehen.

Willensvollstreckerausweis

Das Kantonsgericht Tessin hat sich mit einer *möglicherweise ungültigen Dauervollstreckung* befasst und im Urteil 11.2020.14 vom 24.12.2020 entschied,

dass ein Willensvollstreckerausweis auch dann ausgestellt werden kann, wenn die Gültigkeit des Testaments, einschliesslich der Klausel über die Ernennung eines Willensvollstreckers, vor Gericht angefochten wird (Ungültigkeit), wobei sich der Willensvollstreckter in einem solchen Fall auf die unbedingt erforderlichen Handlungen beschränken muss (E. 6.a). Nur in offensichtlichen Fällen wird die Behörde die Ausstellung eines Willensvollstreckerausweises verweigern. Damit wird die herrschende Lehre bestätigt.

Aufgaben

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_862/2020 vom 25.5.2021 bestätigt, dass der Erblasser in der letztwilligen Verfügung die Aufgaben des Willensvollstreckers präzisieren (gegenüber dem gesetzlichen Umfang verändern) kann. Wenn es allerdings die Persönlichkeit des Erblassers betrifft (vorliegend: die *Verteilung seiner Asche*), kommt Art. 518 ZGB nur analog zur Anwendung und es geht um den Vollzug einer Auflage, deren Inhalt sich auf das Personenrecht stützt.

Weisungen

René Strazzer führte am 3. Schweizerisch-Deutschen Testamentsvollstreckertag aus: «Der Erblasser hat die Möglichkeit, dem Vollstreckter *Anordnungen mit Bezug auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrates* zu erteilen. Diese sind zulässig, und zwar sowohl in Bezug auf konkrete Personenvorgaben als auch im Sinne einer freien Wahl durch den Vollstreckter. Es handelt sich hierbei nicht um Verfügungen von Todes wegen. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates ist ein rein gesellschaftsrechtlicher und kein erbrechtlicher Vorgang. Entsprechend bedürfen derartige Weisungen des Erblassers nicht der Formvorschriften der Verfügungen

von Todes wegen» (S. 137). Damit vertritt er eine andere Auffassung als ich sie im Berner Kommentar vertreten habe, wonach die Form der letztwilligen Verfügung einzuhalten ist. Auch das gerade vorgestellte Urteil 5A_862/2020 des Bundesgerichts vom 25.5.2021 geht von der Form der letztwilligen Verfügung aus.

Honorar

Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC 2019-1087 vom 31.1.2020 das *Honorar eines Laien* (Sohn des Erblassers) in der Höhe von 70 Franken nicht beanstandet. Dem ist zuzustimmen.

Anderes ist vom Urteil HC 2019-1087 vom 31.1.2020 zu halten, in welchem das Kantonsgericht Waadt einen Willensvollstreckter zu beurteilen hatte, welcher drei Rechnungen über insgesamt 277'913 Franken bezahlt haben wollte, ungenaue Aufzeichnungen führte sowie einen überhöhten Stundensatz verwendete (bis 650 Franken ohne juristische Ausbildung). Weil *ein Erbe sich zur Wehr setzte*, hat das Gericht die Regel, dass der Willensvollstreckter sich das Honorar selbst ausbezahlen darf, kurzerhand ausser Kraft gesetzt: «A priori, dans un tel cas, il lui appartenait soit d'attendre une acceptation unanime des héritiers, soit de saisir le juge civil, soit d'attendre la fin de sa mission ...». Es ist zwar verständlich, dass das Gericht nach Möglichkeiten suchte, den Vollstreckter zu bremsen, dafür kann es aber nicht die anerkannten Regeln auf den Kopf stellen.

Neuartig war die Fragestellung, welche mir von K-Geld gestellt wurde, nämlich wieviel Prozent das *Honorar bei einem kleinen Nachlass* (Tod im Altersheim mit einem Nettonachlass von 30'000 Franken) ausmachen dürfe. In einem konkreten Fall wurden vom Willensvollstreckter insgesamt 22'200 Franken in Rechnung gestellt und damit

drei Viertel des Nachlasses verbraucht. In der Schweiz gibt es für diese Fragestellung kein geschriebenes Recht. In Anlehnung an die Regeln des deutschen Insolvenzverwalters (§ 2 Abs. 1 InsVV) schlage ich vor, dass das Honorar 40% des Nachlasses nicht überschreiten sollte.

Ungültigkeitsklage

Der Cour de Justice von Genf hat im Urteil DAS/75/2021 vom 24.3.2021 festgehalten: «Dans le cas présent, tout d'abord il faut admettre que le juge de paix pouvait, comme il l'a fait, restreindre les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, plutôt que d'ordonner l'administration d'office de la succession, comme il aurait pu le faire en cas de risque potentiel pour la délivrance des biens.» Meines Erachtens steht es der Aufsichtsbehörde nicht zu, die *Befugnisse des Willensvollstreckers zu beschränken* (es geht hier um materielles Recht, das nur vom ordentlichen Richter im Rahmen einer Ungültigkeitsklage eingeschränkt werden kann, vgl. Künzle, Berner Kommentar, Art. 517–518 ZGB N 38).

Das Bundesgericht hat im Urteil BGE 146 III I entschieden, dass die von einem einzelnen Erben erreichte Absetzung des Willensvollstreckers für alle Erben gilt, obwohl sich letztere nicht an der Ungültigkeitsklage beteiligt haben, weil die Willensvollstreckung eine unteilbare Einheit sei. Um die Situation zu verbessern, schlägt Benedikt Seiler vor: «In derartigen Situationen wäre es deshalb wünschenswert, wenn den Schweizer Gerichten die Möglichkeit der sog. *Beiladung* offenstünde, d.h., dass das Gericht nicht am Verfahren Beteiligte auffordern kann, am Verfahren teilzunehmen, wie dies teilweise dem früheren kantonalen Zivilprozessrecht bekannt war und auch im geltenden Bundesrecht vereinzelt vorgesehen ist. Die Beiladung wird in der ZPO zwar nicht geregelt, dennoch sprechen einige Gründe dafür, dass im Sinne einer Verfassungs- und EMRK-konformen Auslegung der ZPO auch unter Herrschaft des vereinheitlichten Zivilprozessrechts den Gerichten eine solche Befugnis einzuräumen ist» (successio 2020, 340). Eine solche Möglichkeit ist zu begrüssen, können doch im summarischen

Aufsichtsverfahren die nicht am Verfahren beteiligten Erben ebenfalls einbezogen werden.

Zur gleichen Fragestellung schlagen Dario Ammann und Thomas Sutter-Somm Folgendes vor: «Unabdingbar scheint es, die entsprechenden Personen zumindest gerichtlich über das sie betreffende Verfahren und die ihnen zustehenden Mitwirkungsmöglichkeiten zu informieren. Diese Einflussmöglichkeiten dürften sich – entgegen der bundesgerichtlichen Auffassung – nicht auf die Formen einer bloss unterstützenden Nebenpartei gemäss Art. 74 ff. ZPO beschränken. Sachgerechter erscheint es u.E. vielmehr, den nicht am Verfahren beteiligten Miterben die prozessuale Selbstständigkeit streitgenössischer *Nebenintervenienten* zuzugestehen oder gar mittels Beiladung zumindest formell als Hauptpartei in das Verfahren miteinzubeziehen» (successio 2021, 53).

Öffentliches Inventar

Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF 200005 vom 27.5.2020 entschieden, dass der Willensvollstreckter legitimiert sei, Rechtsmittel gegen die Anordnung des öffentlichen Inventars einzulegen, obwohl er nicht legitimiert ist, selbst ein öffentliches Inventar zu verlangen, weil er durch dessen Anordnung im Wirkungskreis eingeschränkt wird (E. 1.2). Dies entspricht der herrschenden Lehre.

Teilungsklage

Bundesrichter Felix Schöbi hat in einem Aufsatz *die Legitimation des Willensvollstreckers zur Teilungsklage* verneint: «Der Konsens der Erben setzt sich auch gegenüber dem Willen des Erblassers durch. Daran ändert auch die Einsetzung eines Willensvollstreckers nichts. Seine Rolle beschränkt sich im Streit der Erben darauf, diesen einen Teilungsvorschlag zu unterbreiten. Der Teilungsvorschlag kann von den Erben angenommen, aber eben auch verworfen werden ... Daraus folgt auch, dass dem Willensvollstreckter die Aktivlegitimation zur Ergreifung einer Teilungsklage abgeht ...» (successio 2021, 112). Ich teile diese Ansicht.

Wenn die Teilungsklage von den Erben schon eingereicht wird, während

der Willensvollstreckter noch versucht, eine Einigung unter den Erben zu erzielen, gibt es Gerichte, welche die Klage «zur Zeit» abweisen. Dario Amman schlägt in seiner Dissertation vor, die Gerichte könnten stattdessen die *Klage sistieren* (N 109). Dies ist eine durchaus valable Alternative.

Art. 92 IPRG

Barbara Graham-Siegenthaler und Philipp Eberhard schildern in einem Aufsatz, dass gemäss Entwurf für die Revision des Internationalen Erbrechts die Anwendung des Eröffnungsstatuts künftig auf die verfahrensrechtlichen Fragen (insbesondere die Aufsicht) eingeschränkt sein wird, während Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers grundsätzlich dem Erbstatut unterstehen werden (SRIEL 2020, 382).

Schiedsklausel

Die testamentarische Schiedsklausel ist seit dem 1.1.2021 zulässig. Um die im Schiedsverfahren fehlende unentgeltliche Rechtspflege auszugleichen, kann der Willensvollstreckter beauftragt werden, die Einschreibgebühr und den Kostenvorschuss aus Mitteln des Nachlasses zu erbringen. Werner Janel berichtet von einer entsprechenden Musterklausel des Schweizerischen Vereins Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (successio 2020, 395).

Ehrverletzung

Das Bundesgericht hatte in drei Entscheidungen (BGer. 6B_673/2020, 6B_674/2020 und 6B_675/2020 vom 16.3.2021) den Vorwurf der Ehrverletzung gegenüber Willensvollstreckern zu behandeln. Es sah den Vorwurf erfüllt durch den Ausspruch: «Ai miei occhi valet meno di un borseggiatore» (in meinem Augen bist du weniger wert als ein Taschendieb), verneinte ihn dagegen beim Vorwurf, in unwürdiger Weise zu handeln bzw. das Amt zu missbrauchen. Es hielt fest, das Ansehen in Bezug auf die berufliche Tätigkeit oder die Rolle in der Gemeinschaft sei strafrechtlich nicht geschützt.

Der vollständige Bericht wird in der Nummer 1/2022 der Zeitschrift *successio* erscheinen.

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