

Willensvollstreckung – aktuelle Praxis 2017/2018

Am 13. Schweizerischen Erbrechtstag 2018 habe ich über Gerichtspraxis 2017/2018 sowie in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

Ersatz-Willensvollstrecker

Christine Zemp Gsponer macht in einer Besprechung der Entscheide des Bundesgerichts 5A_644/2015 und 5A_535/2015 (successio 2017, 246 ff.) darauf aufmerksam, dass der Ausdruck «notaire successeur» in Art. 37 Abs. 2 VD-Notargesetz definiert ist und damit eine derartige Nachfolge klar bestimmbar ist. Auf der anderen Seite macht Etienne Jeandin (La profession de notaire, Zürich 2017, S. 54 ff.) darauf aufmerksam, dass der Ausdruck «notaire honoraire» im Gesetz zwar nicht vorgesehen ist, aber von den kantonalen Notarverbänden verwendet wird.

Annahme

Die eröffnende Behörde kann von einer Annahme des Willensvollstreckermandats Vormerk nehmen. Das Obergericht Zürich lehnte im Entscheid LF170018 vom 29.5.2017, E. 4 eine Aufhebung der Vormerknahme ab, weil ein späteres Testa-

ment das frühere nicht ersetzt habe. Wenn man den (nicht publizierten) Wortlaut des Testaments allerdings liest («Ich, X, setze die Kinder als Erben auf den Pflichtteil. Der Rest geht an Y...») wird klar, dass *der Erblasser über den ganzen Nachlass verfügt hat* und damit das alte Testament, in welchem die Willensvollstreckereinsetzung (im Gegensatz zum neuen Testament) erfolgte, aufgehoben wurde und damit *der Willensvollstrecker nicht mehr im Amt* war.

Verwaltung: Entlassung eines beauftragten Erben

Das Kantonsgericht BL hatte in verschiedenen Entscheiden über den Streit zwischen einem Erben und dem Willensvollstrecker zu entscheiden. Das Mandat mit dem Erben, welcher über 100 Mietobjekte betreute, dies aber mangelhaft tat und verdeckt ein höheres Honorar als zu Lebzeiten des Erblassers bezog, *erhielt* nach dem Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Stadt (BL 810 17 35 vom 11.8.2017, E. 7) *zu Recht vom Willensvollstrecker die Kündigung*. Es gibt keine Pflicht zur vorherigen Anhörung der Erben oder zur öffentlichen Ausschreibung bei der Neuvergabe des Auftrags.

Bestimmung des eintretenden Erben

Wenn eine Personengesellschaft eine Eintrittsklausel hat, kann *der eintretende Erbe unter anderem auch vom Willensvollstrecker bestimmt* werden (oder sonst von einem Dritten). Dies widerspricht nicht der Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen (vgl. Peter Jung, Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Personengesellschafters, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 2017, 179).

Anmeldung von Sozialversicherungsleistungen

Gabriela Riemer-Kafka (Stellung der Erben und des Willensvollstreckers im So-

zialversicherungsrecht, in: Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem ZGB; Zürich 2017, S. 162 ff.) macht darauf aufmerksam, dass *der Willensvollstrecker* (nach dem Tod des Erblassers) *befugt ist, für den Erblasser Anmeldungen für die Inanspruchnahme von Sozialversicherungsleistungen zu verfassen*, obwohl dies in den einschlägigen Gesetzen (AHV-Verordnung, IV-Verordnung und Ergänzungsleistungs-Verordnung) nicht ausdrücklich erwähnt ist.

Digitaler Willensvollstrecker

Antoine Eigenmann und Sébastien Fanti erwähnen in einem Aufsatz (Successions, données personnelles, numériques et renseignements, SJ 2017 II 193 ff.), dass *für die digitalen Belange ein besonderer Willensvollstrecker eingesetzt* werden kann. Nach ihrer Ansicht wird der Willensvollstrecker auch Inhaber der Datensammlung im Sinne von Art. 3 lit. i Datenschutzgesetz.

GAFI-Meldepflichten?

Nach Markus Vischer und Dario Galli (GAFI-Meldepflicht[en] beim Aktienerwerb zufolge Erbgangs? in: ExpertFocus 2017, 506 ff.) besteht schon *nach dem Erbgang eine Meldepflicht*. Die Tatsache, dass man die «Erbengemeinschaft X» anmelden kann, zeigt, dass dies keinen Erkenntnisgewinn bringt und somit nicht sinnvoll ist.

Begründung von Stockwerkeigentum

Stephan Wolf und Alexander Kernen (Begründung von Stockwerkeigentum und nachträgliche Änderungen, in: Aktuelles zum Stockwerkeigentum, Bern 2017, S. 1 ff.) schlagen vor, dass *der Willensvollstrecker im Rahmen der Erbteilung (als vorbereitende Massnahme) Stockwerkeigentum begründen könne*. Das ist ein mutiger Vorschlag, welcher durchaus von Erfolg gekrönt sein kann, wenn der Erblasser die

Weisung an den Willensvollstrecker vorgängig vom Grundbuchamt prüfen lässt.

Honorarrückforderung

Ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Rückforderung von Willensvollstreckerhonoraren durch die Erben eine ungerechtfertigte Bereicherung darstelle, welche von allen Erben geltend gemacht werden müsse, plädiert Daniel Abt dafür, dass *ein Erbe diesen Anspruch sollte alleine geltend machen können*, allenfalls auch nur den ihn betreffenden Anteil (Der Willensvollstrecker aus der Sicht des Erben: «il buono, il brutto o il cattivo», St. Galler Erbrechtstag, Folie 42 ff.). Andere Lösungsmöglichkeiten sind eine Aufteilung des Anspruchs unter den Erben, die Erteilung einer Vollmacht von allen Erben, die Unterstellung derjenigen Erben, welche sich nicht an der Klage beteiligten oder die Bestellung eines Erbenvertreters.

Vorschuss

Nachdem zwei Erben zur Bezahlung von Steuern Vorschüsse von 600'000 Franken verlangt hatten und ein dritter Erbe dies dem Willensvollstrecker verbieten wollte, musste das Kantonsgericht Baselland (BL 810 17 43 vom 19.9.2017, E. 4) über das Ausmass befinden und entschied (zu Recht), dass dies *nicht im Ermessen der Aufsichtsbehörde, sondern des Willensvollstreckers liege* und ein derartiger Entscheid nur angefochten werden könne, wenn der Willensvollstrecker sein Ermessen pflichtwidrig ausgeübt habe.

Suspendierung

Während in älterer Literatur teilweise noch verneint wurde, dass man einen pflichtwidrig handelnden Willensvollstrecker suspendieren könne, wird dies heute allgemein anerkannt, unter anderem auch in einem Entscheid des Gemeinderats Oberägeri (E. 3.2/218166 vom 16.10.2017, E. 5). In diesem Entscheid ging um darum, die Ausübung des Aktienstimmrechts durch den Willensvollstrecker sofort einzustellen, noch bevor über den Absetzungsantrag entschieden wurde.

Aufsichtsverfahren

Das Aufsichtsverfahren ist durch die Offizialmaxime und die Untersuchung des Sachverhalts von Amtes wegen geprägt. Dies hat nach dem Bezirksgericht Meilen

(Entscheid vom 29.8.2017, E. 2) zur Folge, dass das Gericht in seinem Entscheid nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist und auch *neue Anträge bzw. Tatsachen berücksichtigen* kann. Auch ohne doppelten Schriftenwechsel steht es den Parteien frei, neue Eingaben zu machen.

Es besteht nach wie vor eine gewisse Unsicherheit über die anwendbaren Regeln im Aufsichtsverfahren, da auch bei *Anwendung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, welche zur Anwendung kommt, wenn ein Gericht die Aufsichtsbehörde ist (wie im Kanton Zürich), dies *(nur) als kantonales Recht* erfolgt. Diese Unsicherheit würde behoben, wenn (wie in der Erbrechtsrevision vorgeschlagen) künftig nur noch Gerichte zuständig wären und die ZPO dann direkt angewendet würde (vgl. dazu Brazerol, siehe oben, N 107 ff.).

Interessenkollision

Die in der Rechtsprechung und Lehre vertretene Auffassung, dass der *Rechtsweg bei einer Interessenkollision des Willensvollstreckers gespalten* sei (je nachdem ob es sich um eine ursprüngliche oder nachträgliche Interessenkollision handelt), sollte nach Abt (siehe oben, Folie 19) aufgegeben werden. Ich habe bisher die Auffassung vertreten, dass diese Spaltung nicht gemacht werden sollte, sondern alle Fälle vom ordentlichen Richter zu behandeln sind. Anders möchte Ricardo Brazerol (Der Erbe als Willensvollstrecker, Bern 2018, N 535 ff.) sämtliche Verfahren von der Aufsichtsbehörde durchführen lassen, weil immer auch eine Pflichtverletzung gegeben sei oder eine Unfähigkeit vorliege. Kürzlich aufgetretene Fälle haben mich zur Ansicht gebracht, dass die Aufsichtsbehörde (im summarischen Verfahren) Fälle behandeln kann, in welchen klare Verstösse vorliegen, insbesondere auch dann, wenn diese im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen auftreten, welche ja von der Aufsichtsbehörde zu behandeln sind.

Absetzung

Wenn die Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker eine Absetzung verfügt, fragt es sich, ob dies nur dann erfolgen kann, wenn sämtliche Erben und Vermächtnisnehmer am Aufsichtsverfahren beteiligt waren. Nach Abt (siehe oben, Folie 25) besteht diese «unteilbare Ein-

heit». Anders sieht es Benedikt Seiler (Die erbrechtliche Ungültigkeit, Zürich 2017, N 209 ff.), dem ich mich anschliessen kann, weil *im summarischen Verfahren nicht immer alle Erben ins Verfahren einbezogen* sind und das Urteil dennoch für alle wirkt.

Anwaltsaufsicht

Wenn registrierte Anwälte als Willensvollstrecker tätig werden, unterstehen sie der *Aufsichtsbehörde über Rechtsanwälte desjenigen Kantons, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte* (Aufsichtskommission Solothurn, GER 2017 Nr. 7 vom 31.8.2017). Das wird in vielen Fällen ein anderer Kanton sein, als der Kanton, in welchem der Anwalt registriert ist.

Haftung

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_363/2017 vom 22.2.2018, E. 5 entschieden, dass der *Quotenvermächtnisnehmer durch ein zu hohes Willensvollstreckerhonorar* (welches in casu von den Erben akzeptiert wurde) nur indirekt geschädigt sei und deshalb diesen Schaden nicht gegenüber dem Willensvollstrecker geltend machen könne.

Nach dem Zürcher Obergericht (LB160054 vom 23.2.2017, E. 4.4.1) sind Klagen gegen den Willensvollstrecker aus Verantwortlichkeit nicht erbrechtlicher Natur und deshalb *an dessen Wohnsitz* (und nicht am letzten Wohnsitz des Erblassers) anzubringen. Abt (siehe oben, Folie 38) plädiert für eine Änderung, weil dieser Gerichtsstand Unwägbarkeiten mit sich bringe, wenn ein ausländischer Willensvollstrecker (in einem schweizerischen Nachlass) oder wenn mehrere Willensvollstrecker tätig seien. Diese Argumentation hat vieles für sich und man kann sich zu Recht fragen, ob nicht doch eine erbrechtliche Klage vorliege.

Jeder Erbe kann alleine die Haftung geltend machen. Während nach Abt (siehe oben, N 37) der einzelne Erbe nur seine Portion am Schaden geltend machen kann, muss er aus meiner Sicht *den ganzen Schaden einklagen und Zahlung an die Erbengemeinschaft verlangen* (es sei denn, die Erben hätten im Rahmen der Erbteilung bereits etwas anderes vereinbart).

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