

Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2022/2023

Am 18. Schweizerischen Erbrechtstag vom 31. August 2023 an der Universität Luzern habe ich über die Gerichtspraxis 2022/2023 sowie über die in diesem Zeitraum erschienene Literatur zur Willensvollstreckung berichtet.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Emeritierter Titularprofessor
Universität Zürich

Annahme

Karin Anderer und Silvia Brauchli erwähnen in der Festschrift für Paul Eitel, dass ein Willensvollstreckter letztwillig eingesetzt und mit der Zimmerräumung im Alters- oder Pflegeheim beauftragt werden kann. Weiter führen sie aus, dass sich der Erblasser vorgängig die Annahme des Mandats *durch den eingesetzten Willensvollstreckter versichern sollte*. Eine solche Abklärung ist durchaus sinnvoll, es ist allerdings zu beachten, dass Erklärungen des Willensvollstreckers vor dem Ableben des Erblassers nicht verbindlich sind.

Aufgaben

In der neusten Auflage des Basler Praxiskommentars Erbrecht führen Bernhard Christ und Mark Eichner aus: «Bei einem *Wertschriftenvermögen* ist u.E. nach wie vor massgebend, dass der Willensvollstreckter den Grossteil der Wert-

schriften so rasch wie möglich auf die Erben mittels partieller Teilung überträgt und, wo dies nicht möglich ist, die Verwaltung mit den Erben abspricht und, wo das auch nicht geht, zumindest die *Risikofähigkeit der Erben berücksichtigt* ... Die zitierten Entscheide und Publikationen sollten u.E. nicht dazu führen, dass ein Willensvollstreckter aus Sorge vor einem Verantwortlichkeitsprozess von einer Anpassung der Anlagestrategie absieht und im Zweifel eine aggressive Strategie des Erblassers fortsetzt, obwohl sie nicht dem Risikoprofil der Erben entspricht» (Art. 518 ZGB N 52b). Dem letzten Punkt kann ich nicht zustimmen: Das Risikoprofil von mehreren Erben ist unterschiedlich, es ist für den Willensvollstreckter nicht zugänglich (Erben müssen ihre Vermögensverhältnisse nicht offenlegen), und diese Einschätzung liegt zudem häufig ausserhalb seiner fachlichen Kompetenzen; m.E. kann der Willensvollstreckter nicht die Pflicht haben, die Anlagestrategie an die Risikofähigkeit der Erben anzupassen, sonst haftet er, wenn er die (angeblich) richtige nicht genau trifft; also muss es ihm gestattet sein, die bestehende Anlagestrategie (welche vom Erblasser stammt und von den Erben «geerbt» wird) so lange fortzuführen, bis die Erben einvernehmlich eine neue Lösung finden (vgl. Künzle, *successio* 2018, S. 65).

Verfügungsbefugnis

Im Urteil des Cours de Justice Genève DAS/92/2022 vom 31.03.2022 ist zu lesen: «Par décision du 29 octobre 2021, la Justice de paix a restreint les pouvoirs d'exécutrice testamentaire de Maître D, laquelle devra se limiter aux actes de gestion conservatoire nécessaires dans le cadre de la succession de E, et s'abstenir de tout acte de liquidation qui

pourrait préjudicier les droits des opposants ...» (Sachverhalt B). In der Erwägung 2.2 beanstandet das Gericht dieses Vorgehen nicht. Mir fällt auf, dass vor allem die Friedensrichter der Kantone GE und VD immer wieder *Anordnungen über die Kompetenzen des Willensvollstreckers* treffen. Dies steht den Erbschaftsbehörden aber gar nicht zu, abgesehen davon, dass sich die Kompetenzen nicht aus dem Ausweis, sondern aus dem Gesetz ergeben. Im vorliegenden Fall tritt eine Verfügungsbeschränkung (von Gesetzes wegen) erst mit Einreichung der Ungültigkeitsklage ein, sie kann daneben vom ordentlichen Richter durch eine vorsorgliche Massnahme (z.B. Deponierung des Ausweises) noch verstärkt werden (vgl. Künzle, in: 4. Schweizerisch-Deutscher Testamentsvollstreckter-Tag, S. 55 f.).

Honorar

Daniel Leu und Daniel Gabrieli haben in der Festschrift für Paul Eitel zum Honorar Stellung bezogen, welches *vom Erblasser bestimmt und zu tief angesetzt* wird: «Es erscheint ... zumindest als widersprüchlich, wenn der Willensvollstreckter, welcher sein Mandat in Kenntnis der vom Erblasser festgesetzten Modalitäten annimmt, im Nachhinein vor Gericht ein höheres Honorar einfordert» (S. 425). Ich unterstütze diese Ansicht, empfehle allerdings seit langem, dass der Erblasser die Höhe des Honorars nicht letztwillig festlegen soll, weil es im Zeitpunkt der Anwendung / unter gegebenen Umständen leicht falsch sein kann (Künzle, *successio* 2011, S. 272). Leu/Gabrieli schlagen de lege ferenda für Art. 518 Abs. 3 ZGB vor: «Sie haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung, sofern der Erblasser die Vergütung nicht tiefer festgesetzt oder ausgeschlossen hat» (S. 435).

Ungültigkeitsklage

Im neuen Berner Kommentar zur Ungültigkeitsklage führen Benedikt Seiler, Thomas Sutter-Somm und Dario Ammann zur *Interessenkollision des Willensvollstreckers* aus: «Das Bundesgericht scheint in BGE 90 II 376 die Passivlegitimation des Willensvollstreckers aufgrund eines besonderen, nicht auf Art. 519 ZGB beruhenden Ungültigkeits- bzw. Anfechtungsgrundes anzuerkennen ... In jüngeren, unpublizierten Entscheidungen hat das Bundesgericht ... festgehalten, dass in der genannten Konstellation die Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 ff. offenstehe» (Art. 519 ZGB N 5). Diese Rechtsprechung wird in der Literatur kritisiert. Weiter heisst es: «Es ist davon auszugehen, dass Art. 519 ff. die Klagegründe der Ungültigkeitsklage abschliessend regelt.» Mit diesem etwas verkappten Hinweis verneinen die Autoren, dass bei einer Interessenkollision eine Ungültigkeitsklage geführt werden kann und lassen das Problem aus meiner Sicht etwas «im Regen stehen». Ich vertrete die Ansicht, dass es ein ordentliches Verfahren braucht, um komplexe Interessenkollisionen beurteilen und einen Willensvollstrecker aus diesem Grund absetzen zu können und dass die der Ungültigkeitsklage nachgebildete Klage durchaus geeignet sei (vgl. Künzle, *successio* 2022, 57 FN 56).

Erbbescheinigung

Das Kantonsgericht Waadt führt im Entscheid HC/2023/9 vom 09.12.2022 aus: «En l'espèce, le recours a été formé en temps utile par l'exécuteur testamentaire, qui a la qualité pour agir au nom de la succession ... et a un intérêt juridiquement protégé à remettre en cause la décision entreprise, soit le contenu du certificat d'héritier ...» (Erwägung 1.2). Anders als im Entscheid ausgeführt, ist der Inhalt der Erbbescheinigung einzig Angelegenheit der Erben, der *Willensvollstrecker ist nicht legitimiert*, darauf Einfluss zu nehmen (vgl. Künzle, *successio* 2022, S. 58 und der dort behandelte Entscheid des Cour de Justice Genève DAS/91/2021).

Aufsicht

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_99/2023 vom 11.06.2023 Erwägung 4.3

festgehalten: «Comme rappelé ci-dessus, il résulte de la jurisprudence que la violation, par l'exécuteur testamentaire, du devoir d'information envers les héritiers peut constituer un motif pour saisir l'autorité de surveillance d'une plainte en tant qu'il ne touche pas à des questions de fond.» Damit hat es die herrschende Lehre bestätigt, wonach die Aufsichtsbehörde «simple» (klare) Auskunftrechte behandeln kann, «komplexe» Fragen (welche materiell-rechtlicher Natur sind) aber vor den ordentlichen Richter gehören (vgl. Künzle, *successio* 2021, S. 24 FN 23).

Wie das falsche Einspielen der Erstbehörde später nur noch schwer zu korrigieren ist, zeigt der nächste Fall des Bundesgerichts (Urteil 5A_183/2022 vom 07.07.2022): Der Willensvollstrecker hat *heimlich einen Honorarvorschuss von 33'000 Franken bezogen*, wofür das Bundesgericht ihn letztinstanzlich absetzte. M.E. ist das Vorgehen des Willensvollstreckers unhöflich und eine Pflichtverletzung, allerdings nicht eine derart schwerwiegende, dass man sie nicht hätte in den Griff bekommen können. Der Juge de paix hätte ihm die Weisung erteilen sollen, innert kurzer Frist über die Vorbezüge und die bisherigen Leistungen Bericht zu erstatten und für den Widerhandlungsfall die Absetzung in Aussicht stellen sollen, zumal unbestritten ist, dass der Willensvollstrecker selbständig einen Kostenvorschuss beziehen darf.

Die *Untätigkeit des Willensvollstreckers* wird von kantonalen Gerichten recht unterschiedlich gehandhabt: Während im Kanton Aargau ein Inaussichtstellen des Inventars «in den nächsten Wochen» und ein Schweigen über 3½ Monate toleriert wurde (Obergericht Aargau ZBE.2022.7 vom 26.09.2023), was mir nicht einleuchtet, setzte das Obergericht Glarus (OG.2022.00034) den Willensvollstrecker ab, weil er seine «Pflicht zu zügiger und effizienter Durchführung der Nachlassabwicklung verletzt» hat, zwar zum zweiten Mal, aber von einer schweren Verletzung ist nicht die Rede. Kunstgerecht ist das Obergericht Glarus dagegen im Fall OG.2022.00035 vorgegangen, wo umfangreiche Weisungen zur Tätigkeit des Willensvollstreckers erlassen wurden und wo der Willensvollstrecker nach

Verletzung dieser Weisungen abgesetzt wurde.

Eine besondere Erfahrung war die Einladung zur Schulung einer Aufsichtsbehörde (Regierungsstatthalteramt Thun), in welcher unter anderem auch vergangene Urteile des Obergerichts des Kantons Bern analysiert wurden. Der vom Amt zuletzt behandelte (unpublizierte) Fall hatte es mit einer *superprovisorischen Massnahme* zu tun, ein Instrument, das in der Willensvollstrecker-Literatur noch kaum behandelt wurde. Verlangt wurde die Absetzung, allenfalls die Suspendierung und eine Grundbuchsperrung. Die Absetzung ist eine ordentliche Massnahme, welche nicht superprovisorisch verfügt werden kann. Eine Suspendierung ist superprovisorisch möglich, sollte allerdings mit grösster Zurückhaltung angewendet werden, weil diese Massnahme nur schwer rückgängig gemacht werden kann und allenfalls vorsorglich verfügt werden kann, wenn sich die vorgebrachten Vorwürfe gegenüber dem Willensvollstrecker erhärten. Eine Grundbuchsperrung kann dagegen durchaus superprovisorisch angeordnet werden, ohne grösseren Schaden anzurichten, wenn sich die Massnahme später als unberechtigt herausstellt.

Vermächtnisklage

Im Urteil 5A_1034/2021 vom 19.08.2022 hat das Bundesgericht einerseits zu Recht festgehalten, dass die *Bestimmung des Vermächtnisnehmers nicht vollständig dem Willensvollstrecker überlassen* werden dürfe, hat andererseits aber darauf hingewiesen, dass sich in der Lehre Stimmen äussern, «die für eine Lockerung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit eintreten» (Erwägung 5.3.1).

Der vollständige Bericht über mein Referat am 18. Schweizerischen Erbrechtstag wird in der Nummer 1/2024 der Zeitschrift *successio* erscheinen.

hrkuenzle@bluwin.ch