

Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2009/2010

Neben der Schilderung von einigen Praxisfällen wurde von mir am 5. Schweizerischen Erbrechtstag die Frage aufgeworfen, ob Schiedsgerichte in Erbsachen nicht auch in der Schweiz gefördert werden sollten.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Rechtsanwalt
Partner, Kendris private AG

Substantiierung des Honorars

Im Urteil 4A_547/2009 vom 27. April 2010 hat sich das Bundesgericht in einem besonders gelagerten Fall (es dauerte vom Ableben des Erblassers bis zum Urteil 21 Jahre) zur Substantiierung des Honorars ausgeführt: Der Willensvollstrecker muss angeben, «welche Verrichtungen er wann, wofür und wie lange als Willensvollstrecker vorgenommen habe». Wenn die Notwendigkeit der ausgeführten Tätigkeit bestritten wird, ist es zudem nicht möglich, eine Schätzung des geschuldeten Honorars durchzuführen.

Abgrenzung vom Honorar des Erbschaftsverwalters

Das Obergericht des Kantons Zürich hat in einem unpublizierten Urteil (NL 090182/U vom 22. März 2010) entschieden, dass einem Erbschaftsverwalter (und Willensvollstrecker) Leistungen, welche er unter dem Titel «Willensvollstreckung» verbucht hatte, nicht (als Erbschaftsverwalter) zu vergüten seien. Die Trennung der beiden Tätigkeiten ist in der Praxis oft schwierig, zumal die «Ver-

waltung des Nachlasses» (welche zur Erbschaftsverwaltung gehört) und die «Vorbereitung der Teilung» (welche zur Willensvollstreckung gehört) sich oft kaum trennen lassen. Dieser Fall macht aber auch bewusst, dass der Willensvollstrecker während der Dauer der Erbschaftsverwaltung zwar die Verwaltung des Nachlasses dem Erbschaftsverwalter überlässt, dass das Ruhen seines Amtes (wie diese Phase von der Rechtsprechung und Lehre üblicherweise beschrieben wird) aber kein vollständiges ist. Auch während der Dauer einer Erbschaftsverwaltung gibt es Tätigkeiten, welche als solche des Willensvollstreckers ausgeschieden werden können und welche (soweit notwendig und zu angemessenem Ansatz) dem Willensvollstreckerhonorar zuzuschlagen sind.

Rechenschaftspflicht

Im vorne bereits im Zusammenhang mit dem Honorar erwähnten Urteil 4A_547/2009 vom 27. April 2010 entschied das Bundesgericht: Der Willensvollstrecker hat (soweit notwendig und von den Erben gewünscht) eine *Buchhaltung* zu führen, welche *nach kaufmännischer Art geführt* und somit *nachvollziehbar* ist. Im vorliegenden Fall hat der Willensvollstrecker diese Pflicht nach der Feststellung des Bundesgerichts in verschiedener Hinsicht nicht erfüllt: Die «Buchhaltung in Tabellenform» ... «vermag nur unter grossem Zeitaufwand ein einigermaßen umfassendes Bild zu vermitteln», die Ordnung der Belege taugt nicht als Grundlage der Erbteilungsschlussabrechnung und die Schlussabrechnung ist «nur nach intensivem und aufwendigem Studium verständlich». Die besondere Tragik dieses Falles liegt darin, dass der Willensvollstrecker einen Buchhalter beigezogen hat. Aber auch für eine fehlgeschlagene Delegation muss der Willensvollstrecker einstehen.

Anwalts-Aufsicht (BGFA)

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 2C_518/2009 vom 9. Februar 2010 mit einer Interessenkollision befasst. Der beurkundende Notar und *Willensvoll-*

strecker des ersten Testaments, der das spätere Testament, in welchem er nicht mehr als Willensvollstrecker vorgesehen war, als *Anwalt* im Namen der übergebenen Erben B und C wegen Ungültigkeit (Testierunfähigkeit wegen unheilbarer Demenz) und Formnichtigkeit (wegen fehlendem Vorlesen bei einer blinden Testatorin) anfecht, befindet sich in einer *Interessenkollision*. Das Bundesgericht spricht auch dann von einer Doppelverletzung, wenn zwei verschiedene Verfahren betroffen sind (hier: zwei verschiedene Testamente), zwischen welchen aber ein Sachzusammenhang besteht. Das Handeln als beurkundender Notar im ersten Testament und als Anwalt von Erben im zweiten Testament erfüllt diese Anforderungen, denn es ist nicht die Aufgabe des beurkundenden Notars, sondern des Richters, die Ungültigkeit eines Testaments festzustellen. Der Notar hätte sich als Auskunftsperson zur Verfügung stellen sollen.

Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)

Im Urteil 5A_806/2009 vom 26. April 2010 hat das Bundesgericht erlaubt, dass ein anstelle des ablehnenden Willensvollstreckers eingesetzter Erbenvertreter die *Aufsichtsbehörde von sich aus anrufen* kann. Ich frage mich, ob die beim Willensvollstrecker geltende herrschende Meinung nicht ändern sollte, welche besagt, dass der Willensvollstrecker die Aufsichtsbehörde nicht selber anfragen kann. In den Ländern des Common Law ist der Kontakt mit dem Probate Court ein gängiges Verfahren. Die entsprechende Praxis weist allerdings auch auf die Gefahr hin, dass der Willensvollstrecker sein selbständiges Arbeiten aufgeben und ständig Rückendeckung bei der Aufsichtsbehörde suchen muss. Insofern ist der selbständige Zugang zur Aufsichtsbehörde mit Zurückhaltung zu gewähren.

Auskunft (Art. 607 und 610 ZGB)

Das *Handelsgericht Zürich* hat im Urteil vom 30. Juni 2010 (ZR 109 [2010] Nr. 37) bestätigt, dass die Auskunftspflicht der Banken *umfassend und voraussetzungslos* sind: Das Bankgeheimnis

schränkt die Auskunftspflicht gegenüber den Erben nicht ein; die Bank darf einen Erbschaftsverwalter nicht auf seine Vorgänger verweisen; auch bereits erteilte Auskünfte müssen nochmals gegeben werden; eine Vorauszahlungspflicht besteht nicht. Diese Grundsätze für den Erbschaftsverwalter gelten entsprechend auch für den Willensvollstrecker.

Prozessrecht

Im Urteil 5A_574/2009 vom 4. Dezember 2009 hat das Bundesgericht die Gelegenheit wahrgenommen, einige Grundsätze zum neuen Prozessrecht festzuhalten. Ob die *Absetzung* des Willensvollstreckers eine vermögensrechtliche Angelegenheit ist, wurde im erwähnten Entscheid offen gelassen. Der massgebliche Streitwert von 30'000 Franken war jedenfalls gegeben. Aufsichtsentscheide über den Willensvollstrecker sind mit einer Beschwerde in Zivilsachen anzufechten (und nicht mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten). Eine falsche Rechtsmittelbelehrung (der Vorinstanz) darf nicht schaden, weshalb die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als Beschwerde in Zivilsachen entgegengenommen wurde.

Schiedsgericht in Erbsachen

a) Die Lehre und Rechtsprechung haben immer wieder Stellung zur Frage genommen, *ob der Willensvollstrecker auch wie ein Schiedsrichter gewisse Entscheide anstelle des Erblassers treffen könne*, und dies ist zu verneinen. Davon zu trennen ist die Frage, ob der Erblasser bzw. die Erben neben dem Willensvollstrecker auch einen Schiedsrichter oder ein Schiedsgericht einsetzen können (und allenfalls, ob die Person, welche schon Willensvollstrecker ist, auch als Schiedsrichter wirken kann).

b) Es scheint offensichtlich zu sein, dass – gerade bei internationalen Erbfällen – ein *Bedürfnis* für Schiedsgerichte in Erbsachen besteht. Die möglichen Vorteile dieses Verfahrens sind zahlreich: Fachlich gut ausgebildete Schiedsrichter, nur eine einzige Instanz (Zeitgewinn und Kostenersparnis), flexiblere Entscheidungsfindung (häufigere Einigung als vor Gericht), flexibleres Beweisverfahren (aktive Beteiligung der Schiedsrichter) und die fehlende Öffentlichkeit (Vertraulichkeit) des Verfahrens. Trotzdem sind

Schiedsgerichte in Erbsachen in der Schweiz weitgehend unbekannt.

c) In *Deutschland* wurde 1998 ein Verein gegründet, welcher sich mit der Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen befasst, nämlich die Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. (DSE; www.des-erbrecht.de), ein Tochterverein der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge (DVEV – www.erbrecht.de). Die DSE hat sich eine eigene Schiedsordnung gegeben.

d) In der *Schweiz* gibt es keine parallele Einrichtung, weshalb die Frage geprüft wird, ob der Verein Successio (www.successio.ch) einen Tochterverein und eine eigenständige Schiedsordnung schaffen soll oder ob die Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen im Rahmen der bestehenden Institutionen gefördert werden soll. Dazu sind die gesetzlichen Rahmenbedingungen zu prüfen, was nachfolgend geschehen soll.

e) Die *Erben* können (ab dem 1. Januar 2011, wenn die schweizerische Zivilprozessordnung [CH-ZPO] in Kraft tritt) für alle Ansprüche, über welche sie frei verfügen können, (unter Lebenden) *vereinbaren*, dass ein Schiedsgericht die Frage endgültig entscheiden soll (Art. 354 CH-ZPO). Dies deckt Erbsachen umfassend ab, weil die Erben im Rahmen der Erbteilung auf ihre Ansprüche frei verzichten können.

f) Die Zulässigkeit der *testamentarischen Schiedsklausel* war lange umstritten, sie ist heute aber allgemein als zulässig anerkannt. Das Obergericht Zürich hat sie in ZR 80 (1981) 29 Erw. 3 Nr. 10 noch abgelehnt. Art. 353 Abs. 1 CH-ZPO öffnet (ab dem 1. Januar 2011) nun aber neu die Möglichkeit, dass – auch für nationale Sachverhalte – (anstelle von Art. 354 ff. ZPO) die Art. 176 ff. IPRG für anwendbar erklärt werden. Nach Art. 177 Abs. 1 IPRG kann «jeder vermögensrechtliche Anspruch» Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein, somit auch erbrechtliche Ansprüche.

g) Nach herrschender Meinung kann eine *Schiedsvereinbarung* auch in einem *Erbvertrag* vereinbart werden. Um den Bereich der Schiedsfähigkeit zu vergrössern, ist auch hier die Anwendung von Art. 176 ff. IPRG zu empfehlen.

h) Die zentrale Frage, ob das Schiedsgericht auch über *Pflichtteile* entscheiden könne, wurde in der älteren

Praxis noch verneint. Das Bezirksgericht Zürich hat in ZR 80 (1981) 27 Erw. 1 Nr. 10 zum Ausdruck gebracht, dass die Schiedsfähigkeit sich auf die verfügbare Quote beschränke und die Pflichtteile nicht umfasse. Ähnlich argumentierte das Zürcher Obergericht zehn Jahre später in ZR 88 (1989) 239 ff. Nr. 75. Da die Schiedsklausel prozessualer Natur ist, stellt sie aber keine materielle Beschränkung der Pflichtteile dar. Es kommt hinzu, dass Art. 177 Abs. 1 IPRG alle vermögensrechtlichen Ansprüche (unabhängig von der Verfügbarkeit) erfasst. Die Schiedsfähigkeit erstreckt sich somit auch auf die Pflichtteile.

i) Bei der Frage, ob die *Entlassung des Willensvollstreckers* durch ein Schiedsgericht durchgeführt werden könne, besteht eine Unsicherheit, weil das Bundesgericht im vorne behandelten Urteil 5A_574/2009 offen gelassen hat, ob es sich dabei um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handle, was Voraussetzung für die Schiedsfähigkeit wäre. Die beim Zivilrichter einzuleitende Klage wegen Interessenkollision erscheint mir schiedsfähig, während ich das (verwaltungsrechtliche) Verfahren vor der Aufsichtsbehörde für nicht schiedsfähig halte.

j) Die Frage, ob (neben den Erben) auch der *Willensvollstrecker an eine Schiedsvereinbarung der Erben bzw. eine Schiedsklausel des Erblassers gebunden* sei, ist klar mit ja zu beantworten, zumal der Erblasser die Stellung des Willensvollstreckers selbst bestimmen und die Erben die Erbteilung verbindlich regeln können.

k) Die Frage, ob der *Willensvollstrecker als Schiedsrichter* eingesetzt werden kann, ist mit «grundsätzlich ja» zu beantworten. Sein Einsatz ist allerdings nur soweit möglich, als seine Unabhängigkeit besteht, weil er sonst von den Streitparteien abgelehnt werden kann. Zudem darf keine Interessenkollision bestehen, welche etwa gegeben ist, wenn es um die Position des Willensvollstreckers geht oder wenn der Willensvollstrecker von einer Entscheidung unmittelbar betroffen ist. M.E. sollte eine solche Doppelrolle vermieden werden.

Zu näheren Ausführungen vgl. meinen Aufsatz mit dem gleichen Titel in «successio» 2010, Nr. 4.

www.kendris.com ●