

# Interessenkollision im Erbrecht

Interessenkollisionen bleiben dann ohne Rechtsfolgen, wenn ein Missbrauch ausgeschlossen werden kann, sei es durch Trennung von Aufgabenbereichen oder durch Ermächtigung / Genehmigung.



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

Eine Interessenkollision kann im Erbrecht bei verschiedenen Beteiligten auftreten, nachfolgend werden der Willensvollstrecker, Anwalt und Notar näher betrachtet.

## Willensvollstrecker

*Beispiel:* Das Bundesgericht hatte in seinem Urteil 2C\_518/2009 vom 9. Februar 2010 einen Fall zu beurteilen, in welchem X. zuerst als Notar ein Testament beurkundete (27. September 2004) und später als Anwalt des in einem zweiten Testament übergangenen Erben dieses Testament anfechtet, in welchem er auch als Willensvollstrecker übergegangen wurde. X. trat somit in allen oben angesprochenen Positionen auf. Das Bundesgericht beanstandete, dass der Anwalt sein Wissen als Notar dem Erben weitergegeben hat, statt sich als Zeuge zur Verfügung zu stellen.

In der Regel ist die *Doppelstellung* nur eine einfache, indem ein Willensvollstrecker gleichzeitig Beistand / Vormund, Rechtsberater (Rechtsanwalt des Erblassers, der ihn beraten hat), Notar (der das Testament errichtet), Testaments-

zeuge, Notar (der das Sicherungsinventar aufnimmt), Richter, Erbe / Alleinerbe, Vermächtnisnehmer, Erbschaftsverwalter, Stiftungsrat (einer vom Erblasser errichteten Stiftung), Aktionär / Mitgesellschafter (des Unternehmens, an welchem der Erblasser beteiligt ist), Leiter (des Unternehmens des Erblassers), Bank des Erblassers (welche das Vermögen verwaltet), Rechtsanwalt (welcher Erben in der Erbteilung vertritt), Schiedsrichter oder Gläubiger ist.

Bis heute gibt es folgende *bekannte Regeln für den Umgang mit Interessenkonflikten*: (1) Der vom Erblasser bewusst geschaffene Interessenkonflikt ist so lange hinzunehmen, als der Willensvollstrecker seine Stellung (Fähigkeiten) nicht missbraucht. (2) Eine Interessenkollision ist dann unzulässig, wenn aufgrund des bisherigen Verhaltens des Willensvollstreckers oder aufgrund der Konstellation nachteilige Auswirkungen nicht nur möglich, sondern zu erwarten sind.

Aus einem Vergleich mit den Regeln beim Selbstkontrahieren / bei der Doppelvertretung wurden folgende *neue Regeln für den Umgang mit Interessenkonflikten* erarbeitet: Der Willensvollstrecker kann sich vor dem Vorwurf des Missbrauchs durch umfassende Information der Erben schützen. Interessenkollision bleibt ohne Rechtsfolgen, wenn Missbrauch ausgeschlossen werden kann, sei es durch eine Trennung von Aufgabenbereichen (etwa die Abgabe von Aufgaben oder Chinese Walls), oder durch Ermächtigung / Genehmigung (indem ein zweiter [kollektiv zeichnungsberechtigter] Willensvollstrecker ihn ermächtigt oder das Geschäft genehmigt oder indem die Erben ihn ermächtigen bzw. das Geschäft genehmigen).

## Erbschaftsverwalter

Ausnahmsweise muss der Willensvollstrecker für das Amt des Erbschaftsverwalters nicht berücksichtigt werden, nämlich wenn er sich in einer Interessenkollision befindet. Das ist etwa der Fall, wenn der Willensvollstrecker gleich-

zeitig Verwaltungsrat eines Unternehmens ist, mit welchem der Erblasser (als Direktor) vermögensrechtliche Auseinandersetzungen hatte, wenn der Willensvollstrecker Erbe oder eingesetzter Erbe über den ganzen Nachlass ist, oder wenn er Ehemann der eingesetzten Erbin ist. Verneint wurde die Interessenkollision in ZR 47 (1948) 124 Nr. 55, wo der Sohn einer eingesetzten Erbin zum Willensvollstrecker ernannt wurde.

## Absetzung

Die Absetzung des Willensvollstreckers erfolgt bei einer Interessenkollision wegen eines neben Art. 519 ZGB bestehenden, selbständigen Ungültigkeits- oder Anfechtungsgrundes (BGE 90 II 384 f. Erw. 3). Zur Absetzung müssen die Erben «den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit nachweisen» (ZR 91/92 [1992/93] 119 Erw. 5 a Nr. 31). Ein Absetzungsgrund liegt vor, wenn die persönlichen Interessen dem Willensvollstrecker in der konkreten Konstellation die *notwendige Objektivität nehmen* und ihn wesentlich an der Erfüllung seiner Aufgabe behindern, konkret wenn er Gläubiger der Erbschaft ist, seine Forderungen von den Erben aber bestritten werden (BJM 1990, 87 Erw. 2 b).

## Auskunft

Wenn dem Willensvollstrecker Tatsachen aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Anwalt des Erblassers bekannt sind, muss er diese nicht offenbaren, weil der Erblasser sich auf die Vertraulichkeit verlassen können muss (RJN 2005, 299), es sei denn ein *höheres Interesse* verlange die Offenbarung. Ein höheres Interesse ist gegeben bei der Aufklärung eines Tötungsdelikts am Erblasser oder wenn die gerechte Verteilung der Erbschaft in Frage steht (ZR 71 [1972] 311 Erw. 2 Nr. 101).

Die stillschweigende *Einwilligung des Erblassers* zur Auskunftserteilung wird vermutet, wenn der Erblasser seinen Anwalt zum Willensvollstrecker bestimmt (BJM 2002, 281). Im Kanton

Zürich wird die Befreiung des Anwalts von der Schweigepflicht durch die Aufsichtsbehörde nicht für notwendig erachtet, in den Kantonen Basel-Stadt und Neuenburg dagegen schon. Es sind Fälle denkbar, in welchen das Auskunftsrecht eines Erben wegen Interessenkollision eingeschränkt sein kann (etwa wenn der Erblasser mit einem seiner Erben im Streit lag, z.B. wegen einer früheren Erbschaft in der Familie).

### Steuern

Der fehlende Wille von Erben, nicht versteuertes Einkommen/Vermögen des Erblassers zu deklarieren, kann zu einer Interessenkollision mit dem Willensvollstrecker führen. Die Empfehlung, ein Willensvollstrecker-Mandat abzulehnen oder niederzulegen, wird von der herrschenden Meinung nicht geteilt, zumal das Ableben des Erblassers der beste Zeitpunkt für eine Offenlegung ist. Seit dem 1. Januar 2010 kann der Willensvollstrecker selbst ein vereinfachtes Nachsteuerverfahren verlangen (Art. 153a Abs. 4 DBG und Art. 53 Abs. 4 HG), womit diese Konfliktsituation behoben ist.

### Grundbuch

Der Grundbuchverwalter darf die *Anmeldung* durch einen Willensvollstrecker im Falle eines Interessenkonflikts oder eines offenbaren Missbrauchs der Verfügungsmacht *ablehnen*, weil in diesen Fällen die notwendige Verfügungsmacht fehlt.

### Beistand / Vormund

Allein die Tatsache, dass der Willensvollstrecker gleichzeitig *Vormund* des Erblassers war, ist kein Absetzungsgrund (PKG 1965, 126 Nr. 59). Das Bundesgericht hatte im Urteil 5P.199/2003 vom 12. August 2003 einen Fall zu behandeln, in welchem der Sohn als Willensvollstrecker eingesetzt wurde, der gleichzeitig Erbe und *Beistand der überlebenden Ehefrau* war. Ein derartiger Interessenkonflikt ist von einem Laien nur schwer zu bewältigen. Im Zusammenhang mit beabsichtigten Liegenschaftsverkäufen kam es in diesem Fall denn auch zu Pflichtverletzungen, welche von der Aufsichtsbehörde mit einem Verweis und fünf Ermahnungen geahndet wurden.

### Rechtsberater

Personen, welche bei der Nachlassplanung mitgewirkt haben, befinden sich *nicht* per se in einem Interessenkonflikt (AR-GVP 1994, 74 f. Nr. 591).

### Beurkundender Notar

Der beurkundende Notar kann sich als Willensvollstrecker einsetzen lassen. Dies steht im Gegensatz zur deutschen Gesetzgebung (vgl. §§ 7 und 27 BeurkG: das Honorar gilt als [zu vermeidender] Vorteil). Wenn der Notar für seine Dienstleistung marktgerecht entschädigt wird, liegt kein Interessenkonflikt vor, aber es stellt sich die Frage, *ob es erstrebenswert sei*, dass ein staatlicher Funktionsträger im Nebenberuf die Funktion eines Willensvollstreckers übernimmt. Dies ist vom Notariatsrecht zu beantworten (vgl. etwa Art. 88bis SG-EGZGB).

### Testamentszeuge

Der Testamentszeuge kann Willensvollstrecker werden (ZR 13 [1914] 200 Nr. 91). Das Willensvollstrecker-Mandat wird nicht als Vermächtnis angesehen, weil für das Honorar eine Leistung erbracht werden muss. Es liegt auch keine Zuwendung im Sinne von Art. 503 Abs. 2 ZGB vor.

### Erben

Erben können grundsätzlich als Willensvollstrecker ernannt werden, auch Alleinerben. In der Praxis wird sehr häufig, wenn nicht sogar standardmässig und vielfach unüberlegt der überlebende Ehegatte als Willensvollstrecker eingesetzt. In diesen Fällen kann sich eine allfällige Unzulässigkeit im Einzelfall ergeben.

### Mitgesellschafter

Wenn die Fortführung einer Personengesellschaft nicht vereinbart wurde oder wird, hat der Willensvollstrecker im Falle der Auflösung (wie bei der Fortführung) die Mitgliedschaftsrechte wahrzunehmen (Art. 584 und Art. 619 Abs. 1 OR). Zudem nimmt er den Liquidationsanteil für die Erben entgegen. Wenn der Willensvollstrecker gleichzeitig *einzig* *Mitgesellschafter* ist, liegt ein *(unlösbarer) Interessenkonflikt* vor, welcher einen Einsatz als Willensvollstrecker verhindert.

### Verwaltungsrat

Das Obergericht des Kantons Zürich *tolerierte* in einem Fall, dass der Willensvollstrecker zugleich Verwaltungsratspräsident einer (zum Nachlass gehörenden) Firmengruppe war, bis über den Eintritt der Söhne in die Firma entschieden wurde.

### Bank

Wenn der Willensvollstrecker eine Bank bzw. ein Vermögensverwalter ist, sollten die Tätigkeiten Willensvollstreckung und Vermögensverwaltung mindestens *personell getrennt* werden, um nicht in einen Interessenkonflikt zu geraten. Ähnliches gilt bei gleichzeitiger Kontoführung, Kreditgewährung, Anlageberatung, Vorsorgeberatung etc. Als minimalste Gegenmassnahme kommt die interne Trennung der verschiedenen Aufgaben in Betracht (Stichwort: *Chinese Walls*).

### Rechtsanwalt

Der *Anwalt eines Miterben* kann das Amt als Willensvollstrecker nur gültig antreten, wenn er sich aller Handlungen enthält, welche den Erbteil seines Klienten betreffen; das Problem kann so gelöst werden, dass *auf eine weitere Anwaltstätigkeit für den Erben verzichtet wird*.

Das Bundesgericht hat im Urteil 2C\_407/2008 vom 23. Oktober 2008 entschieden, dass eine Interessenkollision bezüglich der güterrechtlichen Auseinandersetzung vorliegt, wenn der Ehemann schon im *Eheschutz- und Scheidungsverfahren vertreten* wurde. Sodann darf der Notar, der gleichzeitig als Fürsprecher praktiziert, in einer streitigen Angelegenheit, die einen *von ihm zuvor öffentlich beurkundeten Sachverhalt* (Ehe- und Erbvertrag) betrifft, keine der beteiligten Parteien vertreten (Art. 12 lit. c BGFA).

Das Bundesgericht hat im Urteil 4A\_15/2009 vom 15. September 2009 (BGE 135 III 597) entschieden, dass im Streit um die Auskunft gegenüber Erben das Entbindungsrecht nicht auf die Erben übergeht.

Eine ausführliche Fassung dieser Abhandlung wird in der Zeitschrift «successio» Heft 3/2011 erscheinen.

[h.kuenzle@kendris.com](mailto:h.kuenzle@kendris.com)  
[www.kendris.com](http://www.kendris.com)