

# Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2012/2013

Am 8. Schweizerischen Erbrechtstag 2013 habe ich über die Gerichtspraxis 2012/2013 sowie in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

## Einsetzung (Art. 517 ZGB)

Nachdem der Gesetzgeber am 1.1.2006 erlaubte, dass auch die Errichtung einer Stiftung durch Erbvertrag erfolgen kann, bleibt die Ernennung eines Willensvollstreckers noch der einzige Inhalt, welchen der Erblasser *nur durch einseitige letztwillige Verfügung* anordnen kann. Bornhauser (Der Ehe- und Erbvertrag, Zürich 2012, N 565) fragt sich deshalb, ob dies noch gerechtfertigt sei. Breitschmid (Basler Kommentar, Art. 494–497 ZGB N 11) hat sich schon ähnlich geäußert und hinzugefügt, dass es vom Inhalt her eher verständlicher wäre, wenn man von der Enterbung verlangen würde, dass sie nur einseitig angeordnet werden könne.

## Verschollenerklärung

Im Berner Kommentar zur ZPO vertritt Takei (Art. 21 ZPO N 6) die Ansicht, dass der Willensvollstreckter nicht berechtigt sei, eine Verschollenerklärung des (potenziellen) Erblassers zu beantragen. Der dabei zitierte BGE 90 II 376 lässt diese Frage offen und deutet eher Zustimmung an. M.E. hat der Willensvollstreckter ein berechtigtes Interesse und ist dazu auch legitimiert.

## Vermächtnis (Art. 484 ZGB)

Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil C009.018336 vom 29.11.2011 bestätigt, dass Vermächtnisnehmer ihren Anspruch *direkt gegenüber dem Willensvollstreckter geltend machen* können und zwar auch dann, wenn die Erben unter sich noch im Streit sind über die genauen Anteile.

## Teilungsplan

Cotti (Commentaire Stämpfli, Art. 518 N 172 ff.) schlägt vor, dass man dem Willensvollstreckter eine Klage auf *Durchsetzung seines Teilungsplans* zugestehen solle. Dafür gibt es im ZGB aber keine Grundlage und es widerspricht der bisherigen Lehre und Rechtsprechung. In Deutschland hat der Testamentsvollstreckter tatsächlich vergleichbare Befugnisse, dort gibt es in § 2204 BGB aber eine genügende gesetzliche Grundlage.

Mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1.1.2011 wurde auch § 215 Ziff. 29 der früheren Zürcher Zivilprozessordnung aufgehoben. Diese Bestimmung sah vor, dass der Willensvollstreckter den Erben eine *Frist ansetzen konnte, um zum Teilungsplan Stellung zu nehmen*. Diese Bestimmung, welche Basis der früheren «Zürcher Praxis» bildete (Umsetzung des Teilungsplans auch ohne Zustimmung der Erben), hatte allerdings – wie die neuere und heute herrschende Lehre feststellte – keine gesetzliche Grundlage im ZGB und lief somit ins Leere, denn eine fehlende oder abweisende Antwort eines Erben hatte keine Konsequenzen.

## Handelsregister

Pichler (Reprax 2012, 24) vertritt die Ansicht, dass man dem Willensvollstreckter Zeit lassen müsse, um einen Nachfolger für den Erblasser als einzigem Verwaltungsrat einer AG beim Handelsregister anzumelden, man müsse *Art. 938b OR* also grosszügig auslegen. Wenn bei einer Gesellschaft ein Organ fehlt, muss dieses nach *Art. 731b OR* ersetzt werden. Wenn diese

Aufgabe dem Willensvollstreckter zufällt, kommt ihm dabei nach Pichler (Reprax 2012, 34) ebenfalls Ermessen zu.

## Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_881/2012 vom 26.4.2013 entschieden, dass die Rückforderung von Willensvollstreckter-Honoraren nur in einem von allen Erben geführten Prozess gelten gemacht werden könne, weil unter den Erben eine sog. *Streitgenossenschaft* bestehe.

In einem anderen Entscheid (BGE 138 III 449 E. 4.2) wird darauf hingewiesen, dass die früher häufig angewendeten *Pauschaltarife nicht mehr zur Anwendung* kommen, weil die kantonalen Anwaltstarife in den letzten Jahren aufgehoben wurden. Eine Praxiskostenanalyse des Zürcher Anwaltsverbandes ergibt, dass bei Anwälten (allgemein) eine übliche Vergütung sich in der Grössenordnung von 250 Franken bis 370 Franken bewegt. Fachspezialisten können einen Zuschlag von bis zu 50% machen.

Wenn jemand vom Willensvollstreckter Honorar zurückfordert, kann er nach einer weiteren Entscheidung des Bundesgerichts (5A\_750/2012 vom 14.1.2013) nicht gleichzeitig auch noch *Schadenersatz* geltend machen.

## Streitwert im

### Aufsichtsverfahren (ZPO)

Im Rahmen von Aufsichtsbeschwerden gegen den Willensvollstreckter ist unklar, wie der Streitwert (welcher für die Verfahrenskosten und Parteientschädigungen massgebend ist) berechnet werden muss. Das Bundesgericht (5A\_599/2012 vom 16.11.2012) hat immerhin klargestellt, dass das *Honorar des Willensvollstreckers für die Festsetzung des Streitwertes nicht massgebend* sei. In der Literatur gab es kürzlich interessante Vorschläge: Wolf/Genna (SPR V/1, § 13 XI. 7.) schlagen 10% des Nachlasswertes vor und Baumann (successio 2013, 12) 10 bis 25% der betroffenen Vermögenswerte. Zum

Vergleich sei erwähnt, dass in Deutschland der BGH (IV ZR 28/03) im Streit um Befugnisse des Testamentsvollstreckers den Streitwert auf 10% des Nachlasses festgesetzt hat, allerdings mit dem Hinweis darauf, dass das Interesse der Erben an einem vollstreckungsfreien Nachlass höher sei.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil (5A\_195/2013 vom 9.7.2013) präzisiert, dass nur der Zivilrichter im ordentlichen Verfahren das *Ende einer Willensvollstreckung* feststellen könne, während die Aufsichtsbehörde diese Frage nur vorfrageweise behandeln könne.

Das Kantonsgericht Graubünden (ZK1 12 35 vom 21.8.2012) hatte sich in einem Aufsichtsfall mit der *Rechnungspflicht* des Willensvollstreckers zu befassen und hielt fest, dass dieser das Nachlassvermögen in seinem Inventar nach Aktiven und Passiven gliedern müsse und die Posten vollständig zu erfassen habe. Die einzelnen Posten müsse er zudem genügend dokumentieren (so insbesondere das Honorar eines beigezogenen Anwalts und sein eigenes Honorar).

### Rechtsmittel im Aufsichtsverfahren (ZPO)

In der Vergangenheit haben das Zürcher Obergericht (LF 110053 vom 9.6.2011) und das Kantonsgericht St. Gallen (BS.2012.2 vom 11.4.2012) unterschiedliche *Rechtsmittel bei der Anfechtung eines Entscheids der Aufsichtsbehörde* angewendet. Während das Rechtsmittel im Zürcher Fall nach kantonalem Recht bestimmt wurde (Aufsichtsbeschwerde), wurde das Rechtsmittel im St. Galler Fall gestützt auf die Schweizerische Zivilprozessordnung (Berufung bzw. Beschwerde) angewendet. Es stellt sich nun die Frage, ob diese Entscheide richtig seien. Severin Walz hat sich unter anderem mit dieser Frage in einer Masterarbeit an der Universität Zürich zum Thema «Die Aufsicht über den Willensvollstreckter – Behörden und Verfahren» auseinandergesetzt. Er kommt zum Schluss, dass nach der herrschenden Lehre die Rechtsmittel nach der ZPO zu bestimmen seien, wenn ein Gericht als Aufsichtsbehörde tätig ist. Dies traf in beiden genannten Fällen zu (ZH:

Einzelgericht / SG: Kreisgericht). Somit ist der Entscheid des Zürcher Obergerichts zu beanstanden. Dieses Ergebnis wird in einem neusten Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden (ZK1 12 35 vom 21.8.2012) bestätigt, in welchem ebenfalls die Berufung (Art. 308 ZPO) als Rechtsmittel verwendet wurde.

### Prozessstandschaft

Im Urteil 4A\_134/2012 vom 23.5.2013 hat das Bundesgericht einmal mehr zur Prozessstandschaft Stellung bezogen, also zur Frage, wie der Willensvollstreckter die Interessen der Erben am Nachlass im Prozess wahrnehmen müsse. Es bestätigte, dass der Willensvollstreckter «*en son propre nom*» auftreten müsse. Obwohl die üblicherweise verwendete Bezeichnung «als Willensvollstreckter im Nachlass X» eine Fremdbeziehung anzeigt, liegt kein Handeln in fremdem Namen vor, denn der Willensvollstreckter muss die einzelnen betroffenen Erben nicht bezeichnen und handelt deshalb aus eigenem Recht.

### Unentgeltliche Rechtspflege

Bühler hat im neuen Berner Kommentar zur ZPO (Art. 117–123 ZPO N 23) die Frage aufgeworfen, ob der Willensvollstreckter unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen könne. Nach der Feststellung, dass diese Frage noch nicht geklärt sei, vertritt er die Meinung, dass dies *durchaus vorstellbar* sei und zwar dann, wenn der Nachlass nicht über die notwendigen Mittel verfüge. Ein solcher Fall dürfte allerdings nicht allzu häufig vorkommen.

### Betreibungsverfahren

Im Rahmen eines Betreibungsverfahrens hat sich das Bundesgericht (4A\_145/2012 vom 19.9.2012) mit der bisher noch nicht geklärten Frage auseinandergesetzt, ob die *Genehmigung einer Handlung der Erben durch den Willensvollstreckter rückwirkende Kraft* habe. Das Bundesgericht konnte leider nur festhalten, dass die kantonale Instanz dies bejaht habe und das Bundesgericht dies aus prozessualen Gründen nicht überprüfen könne. Eine solche rückwirkende Kraft (welche auch etwa bei Art. 39 OR in anderem Zusam-

menhang vorgesehen ist), wäre zu begrüssen.

### Schiedsfähigkeit

Im neuen Berner Kommentar zur ZPO befasst sich Wenger (Art. 354 ZPO N 12) mit der Schiedsfähigkeit von erbrechtlichen Anordnungen. Dabei vertritt er die Meinung, dass das *Aufsichtsverfahren gegen den Willensvollstreckter* ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei und es keiner Erörterung bedürfe, dass dieses nicht schiedsfähig sei. Diese Frage wurde in Deutschland kontrovers diskutiert. Das OLG Karlsruhe hat in einem Entscheid vom 28.7.2009 die Entlassung eines Testamentsvollstreckers für nicht schiedsfähig gehalten. Muscheler (ZEV 2009, 317) hat mit überzeugenden Argumenten die gegenteilige Meinung vertreten, welcher ich mich anschliesse.

Sehr wertvoll sind die von Wenger (Berner Kommentar ZPO, Art. 354 ZPO N 12) aufgezeigten Möglichkeiten, wie in Erbsachen *Schiedsvereinbarungen* abgeschlossen werden können: Der Erblasser kann mit den Erben eine solche Vereinbarung abschliessen (im Erbvertrag), der Erblasser mit dem Willensvollstreckter (Erbvertrag), die Miterben unter sich (nach dem Ableben des Erblassers), Erben und Vermächtnisnehmer (wenn es um die Ausrichtung von Vermächtnissen geht) und schliesslich Erben und Dritte (wenn es um Streitigkeiten über Nachlassgüter geht).

Noch nicht ganz geklärt ist die Frage der Bindungswirkung von einseitigen *Schiedsklauseln in Testamenten*. Wenger (Berner Kommentar, Art. 354 ZPO N 12) hält fest, dass solche Klauseln jedenfalls gegenüber Erben (ohne Pflichtteilserven), Vermächtnisnehmern und Willensvollstreckern verbindlich seien. Pflichtteilserven sollte man beim gegenwärtigen Stand der Diskussion durch eine Vereinbarung in ein Schiedsverfahren einbinden. Hier sei einmal mehr darauf hinzuweisen, dass in der Schweiz ein Verein besteht, welcher sich solchen Fragen annimmt: Schweizerischer Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSE – [www.schiedsgerichte-erbsachen.ch](http://www.schiedsgerichte-erbsachen.ch)).

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