

Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2013/2014

Am 9. Schweizerischen Erbrechtstag 2014 habe ich über die Gerichtspraxis 2013/2014 sowie in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

Beistandschaft (Art. 390 ff. ZGB)

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_600/2014 vom 21.3.2014 festgehalten, dass im neuen Erwachsenenschutzrecht übersehen wurde, dass die Vermögensverwaltungsbeistandschaft infolge Nichtvorhandensein der Erben nicht geregelt ist. Während Art. 554 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB den Fall der Ungewissheit von Erben abdeckt, gibt es für das Nichtvorhandensein von Erben keine neue gesetzliche Regelung, welche den alten Art. 393 Ziff. 3 aZGB ersetzen würde. Dennoch hat das Bundesgericht dem Willensvollstrecker zugestanden, dass er einen Beistand beantragt zur Sicherung der Anwartschaft der heute noch nicht vorhandenen Nacherben (künftige Ehefrau und künftige Kinder).

Letztwillige Verfügung (Art. 494-497 ZGB)

Gewlessiani/Schindler führen im Kommentar zu Art. 94 HRegV aus, dass der Erblasser bei einer Erbstiftung die Bestimmung der Stiftungsräte dem Willensvollstrecker überlassen könne. Dies ist (trotz der Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung) so, weil die Ernennung des Stiftungsrates kein wesentliches Element der Erbstiftung ist und der Willensvoll-

strecker (von Gesetzes wegen) fehlende Elemente zu ergänzen hat.

Ähnlich stellte das Obergericht Zürich im Urteil LB130067 vom 24.4.2014 fest: «Dem Willensvollstrecker kommt die Befugnis zu, zuhanden der Aufsichtsbehörde Vorschläge zu machen, wie Organisationsmängel behoben werden können... Die Aufsichtsbehörde kann den Willensvollstrecker auch damit beauftragen, die Stiftung zu errichten oder Stiftungsräte zu benennen.»

Besitz

Françoise Martin führt in «Sociétés anonymes de famille» (Zurich 2013, S. 346 ff.) aus, dass der Willensvollstrecker die Inhaberaktien des Erblassers in Besitz nehmen und auf diese Weise das Stimmrecht ausüben könne. Bei Namenaktien ist der Willensvollstrecker ein Vertreter im Sinne von Art. 690 Abs. 1 OR und kann sich durch seinen Ausweis legitimieren.

Grundbuch

Nach Art. 46 Abs. 1 und Art. 58 lit. a GBV kann der Settlor die Anmerkung eines Trusts im Grundbuch beantragen. Nater-Bass/Seiler (*successio* 2013, S. 222) fragen sich, ob es nicht sachgerecht wäre, wenn bei einer Trusterrichtung von Todes wegen auch der Willensvollstrecker diese Anmerkung verlangen könnte. Eine solche Rechtsfortbildung wäre sinnvoll.

Im Urteil 5A_82/2014 vom 2.5.2014 hat das Bundesgericht sich mit der Frage befasst, welche Bedeutung der Willensvollstrecker beim Grundbucheintrag habe. Das Grundbuchamt muss sein Vorhandensein prüfen und seine Mitwirkung verlangen. Dies verstösst nicht gegen Art. 607 Abs. 2 ZGB, wonach die Erbteilung allein den Erben zusteht (... der Vollzug der Erbteilung ist eben Sache des Willensvollstreckers). Zu beachten ist aber dennoch, dass ein Eintrag im Grundbuch, bei dem der Willensvollstrecker nicht mitgewirkt hat, dennoch gültig ist (vgl. Künzle, *successio* 2013, S. 313).

Surrogate

Martin Eggel führt in seiner «Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht»

(Bern 2013, S. 221) aus, dass die Verwaltungsbefugnisse des Willensvollstreckers auch auf ein Surrogat übergehen, wenn ein Erbschaftsgegenstand untergeht und durch ein Surrogat ersetzt wird (Schadenersatz oder Versicherungsanspruch).

Digitaler Nachlass

Schweizer/Brucker-Kley (STH 2014, S. 36 ff.) weisen darauf hin, dass der Willensvollstrecker auch den digitalen Nachlass verwalten muss (vom PC über das Mail-Konto bis zu den Sozialen Netzen). Als Alternative bieten sich sog. Vererbungsdienste an. Dabei ist aber Vorsicht geboten, weil die jüngste Vergangenheit zeigte, dass nicht alle dieser Dienste überleben. In der Nummer 4/2014 der Zeitschrift *successio* wird ein ausführlicher Aufsatz von mir zu diesem Thema erscheinen.

Interessenkonflikte bewältigen

Annina Vögeli hat in einer unpublizierten Masterarbeit an der Universität Zürich (Die [Erben-]Willensvollstrecker, Aufgaben, Interessenkonflikte und privates Gestaltungspotential, Zürich 2014) interessante neue Ansätze erörtert, wie Interessenkonflikte gelöst werden können. Zur Erinnerung: Heute gibt es die drei Ansätze (1) Verwendung eines Marktpreises, (2) Abschottung der Interessen und (3) Genehmigung durch Beteiligte. Die sog. «fair division» bringt drei neue Ansätze: (1) Bei der «divide and choose procedure» (2 Beteiligte) teilt der eine und der andere wählt zuerst; (2) bei der «Steinhaus-Kuhn lone-divider procedure» (mehrere Beteiligte) wird der Teiler zufällig ausgewählt und die anderen Beteiligten bezeichnen die annehmbaren Lose; (3) die «Knaster's procedure of sealed bids» kommt bei unteilbaren Gütern zur Anwendung und führt regelmässig zur Liquidierung.

Dauer-Willensvollstreckung

Eine Dauerwillensvollstreckung wird nach dem Urteil des Bundesgerichts 5A_914/2013 vom 4.4.2014 weder durch die Teilung des Nachlasses, noch durch einen fehlenden Endzeitpunkt verhindert (weitere Verwaltung des Erbes und Auszahlung von monatlichen Beträgen).

Honorar-Rückforderung**(Art. 518 Abs. 3 ZGB)**

Das Urteil des Bundesgerichts 5A_881/2012 vom 26.4.2013 gab in der Literatur Anlass zu verschiedenen Bemerkungen. Daniel Abt (dRSK, N 13) bemerkt zu Recht, dass die Frage der Honorar-Rückforderung in den Kommentaren bisher nicht thematisiert wurde. Er hält es für wünschbar, dass ein einzelner Erbe die Rückforderung geltend machen kann. Martin Karrer (*successio* 2014, S. 72) bemerkt zu Recht, dass noch nie geprüft wurde, ob ein übersetztes Honorar Anlass für eine Disziplinar massnahme der Aufsichtsbehörde sei. M.E. ist die Rückforderung eine ungerechtfertigte Bereicherung, welche von allen Erben gemeinsam (oder einem Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB) geltend gemacht werden muss. Bei der Haftung aus Verantwortlichkeit (welche in Anspruchskonkurrenz geltend gemacht werden kann), kann dagegen der einzelne Erbe auf Zahlung an alle Erben klagen. Ein übersetztes Honorar kann Grund für eine disziplinarische Massnahme sein, wird häufig aber daran scheitern, dass die Willensvollstreckung schon beendet ist.

Honorar**(Umfrage)**

Cinar Müge hat 2013 aufgrund einer Umfrage eine unpublizierte Abschlussarbeit an der ZHAW zum Thema «Der Willensvollstrecker und sein Honorar» erstellt. Darin führt sie aus, dass die Willensvollstrecker in 93% der Fälle ein Stundenhonorar verlangen und in 7% der Fälle der Zeitaufwand mit einem Pauschalzuschlag kombiniert wird. Reine Pauschalhonorare finden sich nicht mehr. Der Stundensatz der Willensvollstrecker variiert von 180 bis 1'000 Franken; er beträgt in der Regel 350 Franken. Wichtigste Kriterien für die Höhe sind der Rang des Mitarbeiters, die Qualifikation der Arbeit und die Grösse des Nachlasses. Sehr oft wird der Standardstundensatz angewendet. Dieser entspricht oft dem Stundensatz, welchen der Willensvollstrecker bereits zu Lebzeiten des Erblassers verwendet hat. Anwalts- und Treuhänder-Tarife wurden abgeschafft und haben keine Bedeutung mehr. Die Regelung des Honorars durch den Erblasser wird von vielen mit Skepsis betrachtet, weil das Gesetz eine genügende Vorgabe gibt (Angemessenheit).

Sicherungsinventar**(Art. 553 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)**

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_610/2013 vom 1.11.2013 dem Willensvollstrecker zugestanden, dass er mit einer Beschwerde ein Sicherungsinventar verhindert, welches ein pflichtteilsgeschützter (vom Erbe ausgeschlossener/virtueller) Erbe verlangt hat. Dies entspricht der bisherigen Praxis.

Öffentliches Inventar**(Art. 580 ff. ZGB)**

Nach Hamm/Schneider (*successio* 2014, S. 57) kann der Willensvollstrecker selber kein Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars stellen und keine Erstreckung oder Wiederherstellung der Ausschlagungsfrist verlangen. Er ist deshalb gehalten, die Erben rechtzeitig auf ihre Möglichkeiten und die damit zusammenhängenden Fristen hinzuweisen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass dies voraussetzt, dass der Willensvollstrecker auch Anhaltspunkte für eine solche Information hat.

Aufsicht

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_414/2012 vom 19.10.2012 bestätigt, dass bei einer vom Erblasser geschaffenen Interessenkollision seine Absetzung mit der Ungültigkeitsklage geltend zu machen sei. In einer Besprechung führt Martin Karrer aus (*successio* 2013, 240), das Bundesgericht habe seine seit langem bestehende Praxis bestätigt, dass bei vom Erblasser geschaffener Interessenkollision die Absetzung beim Zivilrichter durch Ungültigkeitsklage nach Art. 519/20 ZGB verlangt werden müsse, während die nach dem Tode des Erblassers vom Willensvollstrecker geschaffene Interessenkollision im Beschwerdeverfahren bei der Aufsichtsbehörde verlangt werden müsse. Letzteres hat das Bundesgericht weder ausdrücklich gesagt, noch lese ich es aus dem Urteil. Ich bin der Ansicht, dass wegen der Komplexität der sich stellenden Fragen immer der Zivilrichter zuständig ist und ein einfaches Aufsichtsverfahren dafür nicht geeignet ist. Diese Ansicht wurde in einem Aufsichtsverfahren vor dem Gemeinderat Baar vom 14.8.2013 bestätigt.

Es ist eine Tendenz festzustellen, dass in vielen Aufsichtsverfahren viel zu rasch die Absetzung verlangt wird, auch wenn

keine gravierenden Pflichtverletzungen vorliegen. Beispiele dafür sind die Urteile 5A_672/2013 vom 24.2.2014, 5A_45/2014 vom 28.3.2014 und 5A_107/2014 vom 1.4.2014.

Im Kanton Luzern wurde die Gerichtsorganisation neu geregelt. Aufsichtsbehörde bleibt die Teilungsbehörde. Ein Rekurs gegen deren Entscheide ist seit dem 1.7.2014 an das Justiz- und Sicherheitsdepartement zu richten (Art. 82 Abs. 4 LU-EGZGB) und zweites Rechtsmittel ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Kantonsgericht (Art. 11 Abs. 1 EGZGB).

Erbschaftsklage

Stefan Birrer führt in seinem Werk «Erbvertrag in Kombination mit einer Vermögensübertragung unter Lebenden nach Art. 534 ZGB» (Zürich 2013, S. 332) aus, dass jeder Besitzer einer Erbschaftssache bei der Erbschaftsklage Beklagter sein könne, nicht aber der Willensvollstrecker, weil dieser ein besseres Recht (auf Besitz) als die Erben hat. Anders halte ich eine Passivlegitimation des Willensvollstreckers für denkbar, weil dieser sein Besitzesrecht nur zurückhaltend ausüben soll. Zuzugeben ist allerdings, dass eine solche Klage nur selten Aussicht auf Erfolg haben wird.

Teilungsklage

Das Obergericht Zürich hat im Urteil VO130137 vom 8.11.2013 die von mir vertretene Ansicht bestätigt, dass die Erben eine Teilungsklage beim Vorhandensein eines Willensvollstreckers erst dann einleiten können, wenn der Willensvollstrecker den Erben einen Teilungsplan unterbreitet hat.

Erbteilung

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_99/2014 vom 23.5.2014 bestätigt, dass für den Erbteilungsvertrag das gleiche gilt wie im Obligationenrecht: Es gilt das tatsächlich gewollte und nicht das falsch Erklärte (Art. 18 OR). Im Erbteilungsvertrag gab es einen (nicht bemerkten) falschen Verweis (correspond au rapport selon «compte courant» au lieu de «somme rendue»), welcher unbeachtlich war.

Ein ausführlicher Aufsatz zur Praxis des Willensvollstreckers 2013/2014 wird in der Nummer 1/2015 der Zeitschrift *successio* erscheinen.

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