

# Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2015/2016

Am 11. Schweizerischen Erbrechtstag 2016 habe ich über die Gerichtspraxis 2015/2016 sowie in diesem Zeitraum erschienene Literatur berichtet.



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

## Wer wird Willensvollstrecker?

Juliet Divo hat in einer Masterarbeit an der Kaleidos Fachhochschule Zürich mit dem Titel «Der kompetente Willensvollstrecker» die Einsetzung von Willensvollstreckern untersucht. In den Jahren 2010 bis 2014 sind in der Stadt Zürich bei etwas mehr als 3'000 Sterbefällen pro Jahr gut 1'000 Testamentseröffnungen durchgeführt (ca. 1/3) und gemäss Schätzung der Gerichte etwa 500 Willensvollstrecker eingesetzt worden (ca. 1/6). Als Beruf geben die Willensvollstrecker am häufigsten Jurist an (59,3%). Bezüglich der Häufigkeit der Mandate fällt auf, dass die grösste Gruppe (37,5%) über 20 Mandate ausgeführt hat, dass viele Willensvollstrecker aber auch wenige Mandate abgewickelt haben (28,1%). In der Regel wählt man natürliche Personen (und nicht juristische Personen) als Willensvollstrecker (68,7%). Beim Alter gibt es einen Schwerpunkt bei 50 bis 59 (50%).

## Ersatz

Das Bundesgericht hatte im Entscheid 5A\_644/2015 vom 24. November 2015 die Einsetzung eines Willensvollstreckers in einem Erbvertrag mit den Worten «le notaire A. ... à défaut son successeur» zu beurteilen. Es hat dabei bestätigt, dass die Einsetzung immer eine einseitige (letztwillige) Verfügung sei, auch wenn diese in einem Erbvertrag stehe, und dass es wichtig sei, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Das Bundesgericht lehnte die Einsetzung von A im konkreten Fall ab, weil dieser inzwischen seine Tätigkeit als Notar aufgegeben hatte. Diese Interpretation von «à défaut» wird sowohl in der Literatur als auch von mir als zu eng empfunden, weil es nicht unüblich ist, dass auch pensionierte Berufsträger noch privat Willensvollstrecker-Mandate ausüben. Der unbekannt Nachfolger ist nicht die bessere Lösung als der dem Erblasser bekannte A., welcher seinen Beruf aufgegeben hat.

Ähnlich gelagert war der Fall im Urteil 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016, in welchem «im Verhinderungsfall» auszulegen war. Das Bundesgericht hat allerdings inhaltlich nicht Stellung nehmen müssen und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil nur eine kollektiv zeichnungsberechtigte Person die Annahme erklärt hatte.

In der Praxis kommt es offenbar immer wieder vor, dass dem Willensvollstrecker das Recht eingeräumt wird, einen Ersatz-Willensvollstrecker zu bezeichnen. Dies ist in anderen Ländern (insbesondere Deutschland) durchaus möglich, in der Schweiz aber wegen der Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung nicht erlaubt (Künzle, Berner Kommentar, Art. 517-518 ZGB N 20). In den Vernehmlassungen zur Erbrechtsrevision wurde vorgeschlagen, dies zu ändern (Kantone SG und ZH). Eine solche Änderung wäre zu begrüssen.

## Annahme

Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF 150030 vom 21. September 2015 zu Recht entschieden, dass die Annahme des Willensvollstrecker-Mandates nicht bedingt erfolgen könne (in casu: «unter der Bedingung..., dass das Testament vom 30. März 2015 nicht beachtet werde»).

Am St. Galler Erbrechtstag 2015 befasste sich Peter Breitschmid mit der (inzwischen abgelehnten) Petition Dortschmann-Kreis (11.2028), welche für die Annahme des Willensvollstreckers eine Art Validierung (ähnlich wie beim Vorsorgeauftrag) verlangte. Eine nähere Prüfung der Person des Willensvollstreckers, bevor diesem ein Ausweis ausgestellt wird, würde seinen Einsatz erheblich verzögern und dem Institut der Willensvollstreckung einen entscheidenden Vorteil rauben. M.E. genügt das Absetzungsverfahren, um die Kontrolle zu gewähren. Breitschmid zweifelt aufgrund der praktischen Erfahrungen allerdings, ob die Erben immer in der Lage sind, diese Kontrolle wirksam auszuüben.

Der in der Erbrechtsrevision neu vorgeschlagene Art. 517 Abs. 2 ZGB, welcher weiter eine stillschweigende Annahme zulässt, wird teilweise kritisiert (Kanton ZH). Dies hat sich m.E. aber in der Praxis bewährt und muss nicht geändert werden. Weiter wird kritisiert, dass teilweise unklar ist, wer die Einsetzung vornimmt (Kanton LU). Die Zuständigkeit liegt in der Kompetenz der Kantone und ist tatsächlich in vielen Kantonen nicht oder wenig klar geregelt. Dieses Problem kann aber nicht vom Bund (im ZGB) gelöst werden, sondern nur von den Kantonen (im EG zum ZGB/zur ZPO).

## Aufgaben

Im Urteil ZK 15 415 vom 6. April 2016 hat das Obergericht Bern bestätigt, dass

es zu den Aufgaben des Willensvollstreckers gehört, Liegenschaften zu verwalten, und es hat den Willensvollstrecker zu Recht angewiesen, die Vorzugsbehandlung eines Erben (der keinen marktgerechten Mietzins bezahlte und einen übermässigen Lohn für die Verwaltung der Liegenschaften kassierte) zu beenden (Kündigung des Verwaltungsauftrags und Anpassung des Mietzinses).

Die Lärmsanierung einer Liegenschaft (Einbau von neuen Fenstern) gehört grundsätzlich nicht zu den Aufgaben eines Willensvollstreckers. Wenn die baldige Durchführung der Sanierung aber notwendig ist, um Subventionen des Kantons zu erhalten, kann dies im Einzelfall anders beurteilt werden (Künzle, Berner Kommentar, Art. 517-518 ZGB N 130 mit Verweis auf die Einreichung eines Baugesuchs, um den Verlust von Ersatzleistungen der Gebäudeversicherung zu vermeiden).

### **Dauerwillensvollstreckung**

Christine Zemp Gsponer hat in der Besprechung des Bundesgerichts-Urteils 5A\_914/2013 vom 4. April 2014 (successio 2016, 304) vorgeschlagen, man könne die dauernde Verwaltung des Erbteils für die Lebensdauer des Erben als Auflage im Sinne von Art. 482 ZGB auffassen. Die Verwaltung von Vermögen kann zwar als Auflage formuliert werden, wenn diese aber einem Willensvollstrecker übertragen wird, handelt es sich eben um eine Willensvollstreckung, und die lange Dauer führt nicht zu einer anderen Qualifikation. Dies wird auch in der Literatur zum deutschen Testamentsvollstrecker ähnlich beurteilt.

### **Ausweis**

Im Vorentwurf für die Erbrechtsrevision ist neu ausdrücklich vorgesehen, dass der Willensvollstrecker einen Ausweis erhält (Art. 517 Abs. 3 ZGB). In der Vernehmlassung (Kanton SG) wurde zu Recht bemerkt, dass der Ausweis nur auf entsprechenden Antrag hin ausgestellt werden sollte.

### **Honorar**

In einem Honorar-Streit hat das Bundesgericht im Urteil 5A\_522 569 und 573/2014 vom 16. Dezember 2015

(BGE 142 III 9 = SJ 2016 I 289 = SJZ 2016, 304) bestätigt, dass alle Erben die Rückforderungsklage gemeinsam erheben müssen. Die drei Willensvollstrecker hatten pauschal 4% (550'960 Franken) gefordert und die Vorinstanz hatte pauschal 150'000 Franken zugesprochen. Das Bundesgericht verwies die Sache zu Recht an die Vorinstanz, damit diese das Honorar auf Stundenbasis neu festsetze. Gleichzeitig bemerkte es, dass man vom Willensvollstrecker nicht gleichzeitig Schadenersatz verlangen und das Honorar kürzen könne.

Die oben erwähnte Masterarbeit von Juliet Divo zeigt, dass die Willensvollstrecker immer häufiger mit den Erben Vereinbarungen treffen (34,3%). Bei fehlender Vereinbarung oder Bestimmung durch den Erblasser wird fast immer aufgrund des Zeitaufwands abgegnet (96,7%), bei komplexen Mandaten allenfalls ein höherer Stunden-Ansatz verwendet. Honorar-Streitigkeiten sind selten, angefochten werden sowohl die Anzahl der Stunden (3,2%) als auch der Stunden-Ansatz (3,2%).

Gemäss Vorentwurf zur Erbrechtsrevision soll neu in Art. 517 Abs. 4 ZGB festgehalten werden, dass die Willensvollstrecker Anspruch auf ein angemessenes Honorar haben. Diese Bestimmung findet zwar von vielen Seiten Zustimmung. M.E. müsste sie aber noch konkreter formuliert sein, um eine wirkliche «guideline» für die Zukunft zu bilden, etwa: «...welche sich aufgrund des notwendigen Aufwands multipliziert mit einem üblichen Stundenansatz berechnet».

### **Interessenkonflikt**

Im Urteil 5A\_55/2016 vom 11. April 2016 hat das Bundesgericht einen vom Erblasser hervorgerufenen Interessenkonflikt der Beurteilung durch die Gerichte zugewiesen und dabei ergänzt, dass auch dem Erblasser wenigstens bekannte Interessenkonflikte gleich zu behandeln seien. Ich habe im Gegensatz dazu die Ansicht vertreten, dass alle Interessenkonflikte vom Richter beurteilt werden sollten (im ordentlichen Verfahren), weil die Materie für ein summarisches Verfahren zu komplex sei (Künzle, Berner Kommentar, Art. 517-518 ZGB N 7). Nach dem Vor-

schlag in der Erbrechtsrevision (Art. 518 Abs. 4 ZGB) sollen alle Fragen der Aufsicht dem Richter zugewiesen werden. Allerdings ist damit die Art des Verfahrens noch nicht entschieden.

### **Verteilung des**

#### **Liquidationsüberschusses**

Bei der Besprechung des Bundesgerichts-Urteils 5D\_63/2014 vom 25. September 2014 bemerkt Roberto Fornito (successio 2016, 156) zu Recht, dass die nach Abschluss des Liquidationsverfahrens vorhandenen Aktiven eigentlich durch den Willensvollstrecker an die Erben zu verteilen seien und nicht durch den im konkreten Fall tätigen Juge de paix.

Der Willensvollstrecker kann gegen die Liquidation des Nachlasses durch das Konkursamt Beschwerde erheben (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden KSK 15 28 vom 13. August 2015).

### **Aufsicht**

Im Urteil 5A\_55/2016 vom 11. April 2016 hatte sich das Bundesgericht (wie schon in vielen früheren Verfahren) mit unzutreffenden Vorwürfen zu befassen (frühere Schenkungen an die Willensvollstreckerin betreffen nicht ihre heutige Funktion, und fehlende Mitwirkung beim Erstellen des Inventars trifft bei einer auf eine Liegenschaft beschränkten Willensvollstreckung nicht zu), mit falsch gewählten Verfahren (Erbunwürdigkeit und Interessenkonflikte sind vom Zivilrichter zu beurteilen) und mit verfrühten Absetzungsbegehren (die Verweigerung, Zutritt zur Liegenschaft zu geben, genügt nicht für eine Absetzung).

Im Urteil 5D\_136/2016 vom 6. April 2016 hat das Bundesgericht offen gelassen, ob ein krass übersetztes Honorar der Aufsichtsbehörde Anlass für eine Disziplinar-massnahme geben könne. Es hat zu Recht betont, dieses Verfahren sei nicht dazu da, um Grundlagen für die Rückforderung zu beschaffen.

Ein ausführlicher Aufsatz zur Praxis des Willensvollstreckers 2015/2016 wird in der Nummer 1/2017 der Zeitschrift successio erscheinen.

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