

## 2. Schweizerisch–Deutscher Testamentsvollstreckertag

Am 21. April 2017 wurde der 2. Schweizerisch–Deutsche Testamentsvollstreckertag an der Universität Luzern durchgeführt.



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

### Begrüssung

Ich durfte die Teilnehmer aus Deutschland und der Schweiz im Namen des *Vereins Successio* ([www.verein-successio.ch](http://www.verein-successio.ch)) zur zweiten Durchführung dieses Anlasses begrüßen. Eberhard Rott begrüßte die Teilnehmer im Namen der *Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e.V.* (AGT / [www.agt-ev.de](http://www.agt-ev.de)), welche in Deutschland seit 2007 den (deutschen) Testamentsvollstreckertag in Bonn durchführt.

### Unternehmen im Nachlass (Deutschland)

Prof. Rainer Lorz (Stuttgart) hat sich zunächst mit den *Einsatzmöglichkeiten des Testamentsvollstreckers* befasst. § 2210 BGB begrenzt die Einsatzdauer auf 30 Jahre.

Der Erblasser kann die Aufgabe des Testamentsvollstreckers *mitgestalten*. Der Testamentsvollstrecker muss nicht den sichersten Weg gehen, er darf ein dynamischer Geschäftsführer sein, der Risiken eingeht. So kann er vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit werden (§ 181 BGB), eine erweiterte Verpflichtungsbefugnis erhalten (§ 2207 BGB), mit zusätzlichen Voll-

machten ausgerüstet werden und in Kapitalgesellschaften organschaftliche Befugnisse erhalten.

Ein Grundproblem im deutschen Recht ist die Disparität der Haftungsordnung im Erb- und Gesellschaftsrecht, welche sich vor allem bei einer Dauervollstreckung auswirkt. Dies macht es beim *Einzelkaufmännischen Unternehmen* notwendig, auf Ersatzkonstruktionen auszuweichen, wie eine Treuhand- oder Vollmachtlösung. Frühzeitige Umstrukturierungen zu Lebzeiten machen solche Lösungen überflüssig, möglicherweise kann eine letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel Abhilfe schaffen.

Bei einem Anteil an einer *OGH, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einem Komplementäranteil* kann mit Zustimmung der anderen Gesellschafter allenfalls nach dem Tod des Erblassers eine Umwandlung durchgeführt werden.

Die Streitfälle der Vergangenheit führen dazu, dass das *Einberufungsrecht* des Testamentsvollstreckers im Testament geregelt wird und gleichzeitig das *Ruhen des Stimmrechts* der Erben.

### Unternehmen im Nachlass (Schweiz)

Ich habe Ausführungen zur Stellung des Willensvollstreckers in länderübergreifenden Nachlässen gemacht. Eine Expertenkommission des Bundesamtes für Justiz zur Revision des IPRG, welcher ich angehöre, möchte in Art. 92 IPRG die Anwendung des *Eröffnungsstatuts* – entsprechend der herrschenden Lehre – *auf die verfahrensrechtlichen Fragen beschränken* und im Übrigen das Erbstatut anwenden.

Das Fehlen eines Unternehmenserbrechts hindert den Willensvollstrecker nicht daran, im Nachlass befindliche *Unternehmensanteile zu verwalten*, insbesondere auch das Stimmrecht an den Gesellschaftsanteilen auszuüben. Die umfangreichen Kompetenzen decken fast alle denkbaren Geschäfte, ausgenommen scheint einzig der selbständige Verkauf des Unternehmens (weil es in natura übergeben und nicht liquidiert werden soll).

Bei der *Ausübung des Stimmrechts* wird der Willensvollstrecker die übereinstimmende Meinung der Erben umsetzen bzw. allfällige Weisungen des Erblassers befolgen. Er hat bestehende Aktionärsbindungsverträge zu beachten. Im Übrigen wird er pflichtgemässes Ermessen ausüben.

Nicht untypisch sind (unlösbare) *Interessenkollisionen*, wenn der Willensvollstrecker sich gleichzeitig im Unternehmen aktiv betätigt (etwa als Verwaltungsrat) oder wenn er selbst am Unternehmen beteiligt ist. Dann muss er häufig auf eine der beiden Positionen verzichten.

Im Rahmen der Revision des Erbrechts werden einige Vorschläge betreffend Unternehmen gemacht. So wird etwa vorgeschlagen, dem Willensvollstrecker die Wahl des Nachfolgers zu überlassen, Unternehmen integral (als Ganzes) einzelnen Erben zuzuweisen oder den künftigen Wert in die Unternehmensbewertung einfließen zu lassen.

Selbst wenn alle diese Vorschläge umgesetzt würden, bleibt es dabei, dass für Umstrukturierungen die Mitwirkung aller Erben notwendig ist.

### Unentgeltliche Zuwendungen (Deutschland)

Dr. Michael Bonefeld (München) machte Ausführungen, wie der Testamentsvollstrecker unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers zu Lebzeiten in seinen Auseinandersetzungsplan bzw. einen allfälligen Auseinandersetzungsvertrag einbinden muss.

Zuwendungen an Abkömmlinge können zur Ausgleichung nach §§ 2050 und 2316 BGB führen und (als Schenkung) auch zur Pflichtteilergänzung. Zuwendungen an Abkömmlinge und Dritte können nach § 2325 BGB zu Pflichtteilergänzungsansprüchen führen. Zuwendungen an Pflichtteilsberechtigte mit Anrechnung auf den Pflichtteil können nach § 2315 BGB zur Reduzierung des Pflichtteils führen.

Die Möglichkeit, eine Teilung durch einen Auseinandersetzungsplan selbständig durchzuführen, beinhaltet ein grosses Haftungsrisiko für den Testamentsvollstrecker,

wenn er die oben erwähnten Berechnungen nicht richtig durchführt.

Es gibt viele Tücken der Berechnung, so muss etwa ein zu grosser Vorempfang nicht herausgegeben werden (§ 2056 BGB). Das bedeutet, dass der Anteil desjenigen Erben zuerst berechnet werden muss, welcher den grössten Vorempfang erhalten hat, weil dieser möglicherweise aus der Berechnung ausscheidet und dann nur noch eine Berechnung zwischen den übrigen Erben durchgeführt werden muss. Zu Problemen kann auch die Indexierung des Vorempfangs führen.

### Lebzeitige Zuwendungen (Schweiz)

Dr. René Strazzer (Zürich) führte aus, dass nach schweizerischem Erbrecht die gesetzlichen Erben grundsätzlich zur Ausgleichung von unentgeltlichen Zuwendungen verpflichtet sind, der Erblasser kann sie allerdings davon befreien. Diese Erklärung muss (nur) ausdrücklich erfolgen, nicht in Form einer letztwilligen Verfügung. Massgebend ist der Verkehrswert der Zuwendung im Zeitpunkt des Todes des Erblassers.

Daneben ist die Herabsetzung zu beachten, welche insbesondere im Falle eines Ausgleichsdispenses dafür sorgt, dass die Erben wenigstens ihren Pflichtteil erhalten.

Der Willensvollstrecker hat sich bei den Erben zu erkundigen, ob sie vom Erblasser sog. Vorbezüge erhalten haben. Nur im Ausnahmefall wird er diesen Anspruch auch gerichtlich durchsetzen. Auch bei Dritten hat sich der Willensvollstrecker zu erkundigen, soweit er dafür Anhaltspunkte hat.

Der Willensvollstrecker wird Ausgleichung und Herabsetzung in seinen Entwurf des Erbteilungsvertrags aufnehmen. Da letztlich die Erben über die Teilung entscheiden, sind auch Ausgleich und Herabsetzung primär Sache der Erben.

### Entlassung des Testamentsvollstreckers

Prof. Karlheinz Muscheler (Bochum) zeigte auf, dass der *Testamentsvollstrecker* eine ausserordentlich *starke Rechtsstellung* besitzt. Er verwaltet den Nachlass und ist berechtigt, über die Nachlassgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB) sowie Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen.

Die Stellung des unter Testamentvollstreckung stehenden Erben ist dagegen eine ausserordentlich schwache: Von der Verfügung über Nachlassgegenstände schliesst ihn das Gesetz ganz aus (§ 2211 I BGB). Der Testamentvollstrecker handelt, *der Erbe*

*kontrolliert*: So stellt sich das Gesetz das Verhältnis zwischen den beiden vor. Das schärfste Schwert in der Hand des Erben ist der Entlassungsantrag nach § 2227 BGB.

§ 2227 BGB liegen mehrere *Entscheidungen des Gesetzgebers* zugrunde: Die Entlassung ist Surrogat für das fehlende Widerrufsrecht; eine Entlassung von Amts wegen gibt es nicht; eine Entlassung erfolgt immer aus dem Amt insgesamt, den Entzug einzelner Kompetenzen oder Rechte gibt es nicht; die Aufsichtsbefugnisse des Gerichts sollen möglichst beschränkt sein; zuständig ist das Nachlassgericht und nicht das Prozessgericht; die Entlassungsgründe sind nur vage festgehalten (wichtiger Grund); das Gesetz regelt die Rechtsfolgen der Entlassung nicht.

Die in der Rechtsprechung und Lehre vorherrschende Ansicht, dass eine Entlassung beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht zwingend sei, wird zwar vom Gesetzeswortlaut (kann) gestützt, macht nach Muscheler aber wenig Sinn.

### Interessenkollision des Willensvollstreckers

Prof. Peter Breitschmid (Zürich) befasste sich mit dem in der Schweiz häufig zu beurteilenden Sachverhalt, dass sich der Willensvollstrecker in einer Interessenkollision befindet. In einem solchen Fall kann dem Willensvollstrecker keine Erbschaftsverwaltung übertragen werden (ZR 1990 Nr. 104).

Fraglich ist, wann die Interessenkollision toleriert werden kann und wann sie zur Absetzung des Willensvollstreckers führt, wann sie *nützlich* ist und wann *gefährlich*. Zum Vergleich betrachtete Breitschmid andere Fälle, etwa die für Anwälte geltenden Regeln (Art. 12 BGFA).

Wann eine relevante Interessenkollision vorliegt, ist letztlich nach Massgabe von Art. 4 ZGB im Einzelfall zu beurteilen; die möglichen Konstellationen lassen sich nicht generell-abstrakt gesetzgeberisch festlegen, sondern es ist Teil einer *professionellen Kultur*, mit überlagernden Interessenlagen loyal und professionell umzugehen. Ob und inwieweit Loyalität und/oder Professionalität verletzt werden, ist aufsichtsrechtlich zu beurteilen; etwas Selbstevaluation und Gespür für Fairness und Transparenz erleichtern das Mandat.

### Haftung des Testamentsvollstreckers

Prof. Anatol Dutta (München) machte Ausführungen zu § 2219 BGB. *Anspruch-*

*steller* ist (je nach Pflichtverletzung) der einzelne Erbe oder aber die Mehrheit der Erben.

Verletzt sein kann eine *gesetzliche Pflicht* oder eine *Anordnung des Erblassers*, sowohl fahrlässig als auch vorsätzlich. Wenn Erfüllungsgehilfen zum Einsatz kommen, erfolgt keine Zurechnung, wenn die Übertragung der Aufgabe erlaubt war.

Nicht der Erblasser, wohl aber die Erben können den Testamentvollstrecker von der Haftung *befreien*. Das geschieht häufig implizit dadurch, dass sie zu einer vom Testamentvollstrecker vorgesehenen Massnahme ihre Zustimmung geben.

Da der Testamentvollstrecker nicht immer vom Erblasser, sondern vom Nachlassgericht, vom Vorgänger und gar von Dritten bestimmt werden kann, ist es denkbar, dass eine Haftung für die *Auswahl des Testamentvollstreckers* besteht.

### Haftung des Willensvollstreckers

Dr. Daniel Leu (Zürich) erwähnte, dass es in der Schweiz keine (spezifische) Grundlage für die Haftung des Willensvollstreckers gebe, weshalb auf Art. 394 ff. OR und Art. 97 ff. OR zurückgegriffen wird.

Pflichtverletzungen kommen etwa beim (selbständigen) Verwalten des Nachlasses vor (zu hohe Risiken, falsche Einschätzung der Gegenpartei etc.), bei der Ausrichtung von Vermächtnissen (fehlendes Einverständnis der Erben, verspätetes Ausrichten etc.) und bei der Deklaration der Steuern (Verzugszinsen, Verursachen unnötiger Steuern etc.).

Der *Schaden* wird nach der Differenztheorie berechnet und muss von den Erben substantiiert werden.

Das *Verschulden* wird vermutet. Bei Anwälten und Notaren werden höhere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht gestellt als bei Laien.

Die Haftung kann durch Zustimmung der Erben ausgeschlossen und durch den Beizug von Fachpersonen begrenzt werden. Auf dem Markt gibt es Versicherungen, insbesondere für Anwälte, welche dieses Risiko abdecken.

### Ausblick

Der 3. Schweizerisch-Deutsche Testamentvollstreckertag ist am 6. April 2019 geplant.

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