

# Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis 2021/2022

Am 17. Schweizerischen Erbrechtstag vom 25. August 2022 in Luzern habe ich über die Gerichtspraxis 2021/2022 sowie über die in diesem Zeitraum erschienene Literatur zur Willensvollstreckung berichtet.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle  
Em. Titularprofessor  
Universität Zürich  
Of Counsel Kendris AG

## Ernennung

Prof. Walter Boente zeigt in meiner Festschrift (S. 1 ff.) auf, dass das *Delegationsverbot* historisch wenig fundiert ist. Die Einordnung der Willensvollstreckung ins Schweizerische Zivilgesetzbuch hätte statt bei den letztwilligen Verfügungen auch gerade so gut bei den Sicherungsmassnahmen (Art. 551 ff. ZGB) erfolgen können (so Eugen Huber). Eine Delegation wäre zweckmässig. Da es nicht um eine Vermögenszuwendung geht, ist eine «höchstpersönliche» Anordnung nicht gerechtfertigt.

Prof. Paul Eitel macht in meiner Festschrift (S. 45 ff.) folgenden Vorschlag: «Ebenfalls denkbar wäre daher m.E. sogar eine Regelung, wonach die *Aufsichtsbehörde* stets, d.h. auch ohne entsprechende, sie ausdrücklich ermächtigende Verfügung des Erblassers,

dafür besorgt ist, dass ein Willensvollstrecker amtiert, sofern der Erblasser immerhin selber eine Willensvollstreckung angeordnet hat» (84). Ich hätte gegen eine solche Regelung nichts einzuwenden, sie entspricht der im BGB herrschenden Vorstellung, dass die Anordnung der Willensvollstreckung als solcher und die Bestimmung der Person, welche dieses Amt ausübt, zwei getrennte Vorgänge sind.

## Aufgaben

Das Bundesgericht hat im Urteil 4A\_147/2021 vom 27.10.2021 (BGE 147 III 537) festgehalten: «Wenn die Erben als Mitglieder einer Erbengemeinschaft gemeinsam Aktionär einer Gesellschaft sind, hat der Willensvollstrecker als Nachlassverwalter das Recht, *Klage wegen Organisationsmängeln der Gesellschaft* einzureichen (E. 3.2.)» Daneben können die Erben als (unabhängige) Nebenintervenienten agieren (E. 3.3). Dies entspricht der auch von mir geteilten herrschenden Lehre.

Im Urteil 5A\_363/2020 vom 14.9.2021 lehnte es das Bundesgericht ab, dass ein Willensvollstrecker verlangen könne, dass die *Beistandschaft des Kindes der Erblasserin auf eine andere Person übertragen* werde. Dieser Entscheidung ist nachvollziehbar, weil die Willensvollstreckung sich auf die Vermögenssorge beschränkt, während eine Beistandschaft sich auch mit der Personensorge befasst. Deshalb kann ein Willensvollstrecker die Wünsche der Erblasserin nicht umsetzen.

Prof. Cordula Lötscher, welche sich in einer Publikation mit dem *digitalen Nachlass* befasst, hält fest, dass dieser Teil des Nachlasses auch zur Aufgabe des Willensvollstreckers gehört: «Denkbar ist sodann die Einsetzung eines Willensvollstreckers mit ausdrücklichen Befugnissen (auch oder nur) im digita-

len Bereich, wobei die Zweckmässigkeit im Einzelfall zu eruieren ist. Wird ein Willensvollstrecker eingesetzt und nicht spezifiziert, ob er auch im digitalen Bereich aktiv werden soll, so ist m.E. heutzutage davon auszugehen, dass er auch im digitalen Bereich über seine herkömmlichen Befugnisse verfügt» (N 394).

Heikel sind Anordnungen des Erblassers zur *Löschung von digitalen Daten* (ähnlich wie früher Anordnungen zur Vernichtung von Liebesbriefen). Prof. Lötscher macht darauf aufmerksam, dass damit auch Nachlassvermögen zerstört werden kann: «Ein Willensvollstrecker ist m.E. angesichts seiner sonstigen Befugnisse nicht dazu befugt, Daten zu löschen, die einen wirtschaftlichen Wert aufweisen oder auch Aufschlüsse über wirtschaftliche Werte geben können» (N 394). Dem kann nur zugestimmt werden.

Prof. Tarkan Göksu bespricht in einem Aufsatz (in: Erbrecht und Grundbuch, S. 141 ff.) die Mitwirkung des Willensvollstreckers beim Vollzug der Erbteilung: Die Unterschrift des Willensvollstreckers braucht es nicht auf dem Teilungsvertrag. Dieser muss zudem keine «Ermächtigung» des Willensvollstreckers zur Anmeldung von Grundbuchgeschäften enthalten, weil diese von Gesetzes wegen gegeben ist (vgl. Art. 50 Abs. 1 lit. c GBV). Dies entspricht der geltenden Praxis.

Alexandra Zeiter und Salome Barth geben in meiner Festschrift Empfehlungen für Willensvollstrecker, welche ein *Pflichtteilsvermächtnis auszurichten* haben: «Der Willensvollstrecker hat für die Ausrichtung des Pflichtteilsvermächtnisses dessen mutmassliche Höhe abzuschätzen. Bestehen Unklarheiten, wie mit Wertveränderungen und Erträgen seit dem Todestag ... umzugehen ist, sollte er in erster Linie auf einen

Konsens der Parteien hinwirken. Ist eine Einigung zwischen den Parteien nicht möglich, empfiehlt sich, bei der Berechnung (vorläufig) auf den tieferen Nachlasswert abzustellen und allfällige Wertsteigerungen und Erträge nicht zu berücksichtigen» (459). Dies entspricht der bewährten Praxis, nur gesicherte Werte herauszugeben und die Vermächtnisnehmer im Übrigen an die Erben zu verweisen.

### Honorar

Der Cour de Justice Genève hat sich im Urteil DAS/39/2022 vom 14.2.2022 mit dem *Honorar des vermeintlichen Willensvollstreckers* auseinandergesetzt und festgehalten, dass der nach seiner Tätigkeit eingesetzte Erbschaftsverwalter von der Aufsichtsbehörde nicht angewiesen werden könne, ein Willensvollstrecker-Honorar auszuführen, weil diese Forderung unsicher sei. Dies sehe ich anders: Wenn der Willensvollstrecker gestützt auf einen Ausweis tätig wird, ist ihm für diese Zeit ein Honorar auszuführen. Eine Beschränkung könnte man nur dann diskutieren, wenn der Willensvollstrecker seine Tätigkeit trotz Bestreitung der Erben begonnen oder fortgesetzt hätte, was vorliegend nicht der Fall war.

Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC 2022-105 vom 10.1.2022 entschieden, dass sich ein Willensvollstrecker keinen Vorschuss mehr auszahlen dürfe, wenn sich Erben dagegen wehren: «Selon la jurisprudence de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal, l'exécuteur testamentaire ne peut en principe pas se verser des provisions sur honoraires sans l'accord exprès des héritiers, du moins si l'un ou plusieurs d'entre eux contestent le tarif revendiqué» (E. 6.2).

Ich habe mich schon früher gegen diese Auffassung ausgesprochen (successio 2022, 54) und sehe nicht ein, weshalb eine Strafkammer die Auslegung des Zivilrechts bestimmen soll. Auch wenn ein Erbe sich gegen einen Vorschuss ausspricht, wandelt sich der Anspruch des Willensvollstreckers dadurch nicht in eine «unsichere Forderung». Zudem ist für die Blockierung von Bankkonten und die Rückforderung der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zuständig.

### Herabsetzung

Prof. Martin Eggel und Fabrizio Andrea Liechti haben in einem Aufsatz (successio 2022, 5 ff.) die Ansicht vertreten, dass Erben die Einrede der Herabsetzung aussprechen könnten, wenn sie Besitz an der Erbschaft haben, wobei Mitbesitz (neben demjenigen des Willensvollstreckers) ausreichend sein soll. Dies deckt sich mit der von mir schon früher vorgetragenen Ansicht (successio 2013, 24 f.).

### Erbschaftsverwalter

Ein Erbschaftsverwalter wird unter anderem dann eingesetzt, wenn der vorhandene Willensvollstrecker sich in einem Interessenkonflikt befindet. Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF210014 vom 18.3.2021 entschieden, dass der Interessenkonflikt nicht dadurch behoben sei, dass der zweite Ersatzwillensvollstrecker sich in keinem Interessenkonflikt befinde, solange dieser nicht in seinem Amt sei. Das entspricht der herrschenden Lehre.

### Aufsicht

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A\_214/2022 vom 30.3.2022 festgehalten, dass im Kanton Glarus das Kantonsgerichtspräsidium für Aufsichtsbeschwerden über den Willensvollstrecker zuständig ist (früher war es die Vormundschaftsbehörde). Es ist erfreulich, dass nun Klarheit herrscht. Nicht ganz verständlich ist, weshalb die Kantone die Zuständigkeiten in den Einführungssetzen (zum ZGB bzw. zur ZPO) nicht klarer regeln. Eine Liste der Zuständigkeiten führe ich ständig nach: <https://www.verein-successio.ch/willensvollstrecker.shtml>.

Dasselbe gilt für den Kanton Basel-Stadt: Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat im Urteil BEZ.2021.53 vom 18.1.2022 festgehalten, dass die Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt (drei Zivilgerichtspräsidenten) auch die Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker sei und hat dies mit vielen Belegstellen begründet. Was fehlt, ist auch hier eine klare gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht.

Im gleichen Entscheid verteidigt das Appellationsgericht Basel-Stadt eine *Frist von 10 Tagen für Aufsichtsbeschwerden*, mit der Begründung,

zwar werde die ZPO auf das Aufsichtsverfahren angewendet, aber als kantonales Recht, weshalb das kantonale Recht Abweichungen vorsehen könne. Dies trifft m.E. nicht zu, weil das ZGB als (höherrangiges) Bundesrecht keine Frist für die Aufsicht vorsieht. Das Verwaltungsgericht Zug hat dies mit Entscheid V 2020 3 vom 7.12.2020 eingesehen und die kantonale Beschwerdefrist für nicht anwendbar erklärt (successio 2022, 21).

Die Aufsichtsbehörde im Kanton Nidwalden hat einen Willensvollstrecker *im Rahmen einer superprovisorischen Massnahme suspendiert* für die Dauer des Aufsichtsverfahrens. Das Verwaltungsgericht Nidwalden hat im Urteil VA 21 15 vom 29.11.2021 schliesslich die Absetzung verfügt, weil der Willensvollstrecker nach 38 Jahren nicht in der Lage war, den genauen Status aufzuzeigen. Dieser Fall zeigt die Problematik der Suspendierung, welche nach längerem Aufsichtsverfahren kaum mehr rückgängig gemacht werden kann. Deshalb sollte diese Massnahme wenn immer möglich vermieden und durch mildere Massnahmen (Weisungen) ersetzt werden bzw. wenn immer möglich nicht superprovisorisch angeordnet werden, sondern erst nach Anhörung von allen Beteiligten.

René Strazzer und Philip R. Bornhauser befassen sich in ihrem Aufsatz in meiner Festschrift mit dem Aufsichtsverfahren und regen unter anderem an, dass die Aufsichtsbehörde auch *vorfrageweise materiell-rechtliche Fragen prüfen* dürfe (S. 350 f.). Ich habe das in der Festschrift für Thomas Sutter-Somm verneint, werde dieser Fragestellung aber gerne nochmals nachgehen, und es mag sein, dass es Fälle gibt, in denen es unvermeidlich ist, dass die Aufsichtsbehörde derartige Fragestellungen prüfen muss.

Der vollständige Bericht wird in der Ausgabe 1/2023 der Zeitschrift *successio* erscheinen.

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