

Der Willensvollstrecker und die Notare

Im nachfolgenden Artikel wird die Stellung der Notare in der Willensvollstreckung beleuchtet.



Von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle
Emeritierter Titularprofessor
Universität Zürich

Ernennung

a) Der Erblasser kann eine bestimmte oder bestimmbare Person zum Willensvollstrecker ernennen, etwa «Herrn André Keller, Notar von Turbenthal», «den Notar von Zürich-Hottingen», «den zu gegebener Zeit amtierenden Notar des Kreises X.», den (Rechts-)nachfolger eines Notars. Probleme ergeben sich, wenn Notar Keller vom Notariat Turbenthal bereits pensioniert ist, wenn er nun auf einem anderen Notariat arbeitet oder wenn der Notariatskreis aufgehoben wurde. Dann stellt sich die Frage, ob ein persönlicher Bezug zum Notar bestand und ein Verlust seiner (in der letztwilligen Verfügung erwähnten) Stellung unbedeutend ist, oder ob bei geringem Bezug zur Person das Amt des Notars im Vordergrund stand und deshalb der heutige Amtsinhaber gemeint ist bzw. die Ernennung ins Leere läuft. Ent-

scheidend ist der Wille des Erblassers, die Gerichtspraxis ist uneinheitlich.

b) Der (beurkundende) Notar ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, als Willensvollstrecker ernannt zu werden, es bestehen aber gewisse Ausstandspflichten, und er darf sich nicht aktiv als Willensvollstrecker anbieten. In einigen Kantonen darf der Notar ausdrücklich als Willensvollstrecker ernannt werden (Art. 9 Abs. 2 GE-LN; Art. 36 Abs. 1 lit. a VS-NG). Soweit Notare Beamte und Angestellte des Staates sind, können sie an einer Tätigkeit als Willensvollstrecker insofern gehindert sein, als sie zu (entgeltlichen, zeitraubenden) Nebenbeschäftigungen einer Bewilligung bedürfen und diese nicht ohne weiteres erhalten werden.

Ersatz-Willensvollstrecker

a) Diskussionen ausgelöst hat die Formulierung zur Ernennung eines Ersatz-Willensvollstreckers «à défaut son successeur». Im Kanton Waadt können Notare nach Art. 37 Abs. 2 VD-LNo durch Akt unter Lebenden oder Verfügung von Todes wegen einen Nachfolger bezeichnen. Nimmt der Nachfolger diese Funktion an, hat das zuständige Departement eine Genehmigungsverfügung zu erlassen. Der «notaire successeur» gemäss der oben erwähnten Einsetzung ist somit bestimmbar und eine derartige Ernennung eines Ersatzes wird als zulässig angesehen. Wenn kein derart bestimmter Nachfolger vorhanden ist, gibt es dagegen keinen Ersatz-Willensvollstrecker, wenn der Erblasser nicht durch eine Klausel vorbeugt, etwa mit Wortlaut «Als Ersatz bestimme ich den Amts-Nachfolger des Notars und für den Fall, dass kein solcher existiert, den bisherigen, im Ruhestand befindlichen Notar». Teilweise wurde versucht, das Willensvollstrecker-

mandat für den pensionierten Notar zu retten, indem man darauf hingewiesen hat, dass der pensionierte Notar zum «notaire honoraire» ernannt wurde. Dies scheint mir jedoch nicht das richtige Argument zu sein, vielmehr ist darauf abzustellen, ob zum Notar eine persönliche Beziehung bestand (womit die Ernennung auch nach Beendigung des Notariats weiterbesteht) oder ob dies nicht der Fall war (womit der Nachfolger-Notar als Ersatz zum Zug kommt).

b) Die Praxis hat gezeigt, dass die Beschreibung der Fälle, wann ein Ersatz-Willensvollstrecker eingesetzt werden sollte, oft zu eng ist. Der Ausdruck «à défaut» oder in der deutschen Sprache «im Verhinderungsfall» deckt nicht alle Fälle ab, ebenso wie «das Mandat nicht angenommen oder niedergelegt hat». Angesichts der vielfältigen Gründe für ein Ende der Willensvollstreckung empfehle ich (auch den beurkundenden Notaren) folgende Formulierung: «Für den Fall, dass der Willensvollstrecker sein Amt nicht annimmt oder die Willensvollstreckung endet, bevor alle Aufgaben erledigt sind ...»

Verwaltung des Nachlasses

a) Der Notar darf Verträge (wie den Verkauf eines Grundstücks), welche er als Willensvollstrecker für den Nachlass abschliesst, nicht gleichzeitig beurkunden. Es ist ihm aber erlaubt, solche Geschäfte dennoch zu beurkunden, wenn er auf die Mitwirkung als Willensvollstrecker im Einzelfall verzichtet und somit die Erben selbst handeln lässt.

b) Der Notar und der Grundbuchverwalter sind nicht verpflichtet, die Kompetenz des Willensvollstreckers zum Verkauf einer Liegenschaft zu überprüfen. Beim Kauf einer Liegenschaft für den Nachlass kann der Notar dagegen die

Zustimmung der Erben und den Nachweis verlangen, dass die Mittel zum Kauf vollständig aus dem Nachlass stammen, weil dieses Geschäft üblicherweise nicht zu einer Erbteilung gehört.

Teilung des Nachlasses

a) Die Mitwirkung eines Notars (und Willensvollstreckers) ist auch bei der öffentlichen Beurkundung eines *Erbteilungsvertrags* nicht ausgeschlossen, soweit er selber *weder Partei (Erbe) noch Vertreter einer Partei* (eines Erben) ist.

b) Stephan Wolf hält es für möglich, dass *der Willensvollstrecker bezüglich einer Nachlassliegenschaft Stockwerkeigentum begründen kann*, wenn der Erblasser im Testament oder einem Erbvertrag dafür die notwendigen Voraussetzungen schafft. Diese Ansicht teilt auch René Biber. Ein Notar ist besonders geeignet, als Willensvollstrecker eine solche letztwillige Verfügung zu vollziehen.

c) Ein Notar-Willensvollstrecker kann eine Nachlassliegenschaft nicht selbst *im Grundbuch eintragen*, was Paul Henri Steinauer so beschreibt: «Rappe-lons cependant qu'un exécuteur notaire n'est pas en droit d'instrumenter lui-même le transfert d'un immeuble de la succession.»

Honorar

a) *Auf das Honorar des Willensvollstreckers wird immer Art. 517 Abs. 3 ZGB angewendet*, also Zivilrecht, auch wenn der Willensvollstrecker ein Notar ist. Für das Honorar des Notar-Willensvollstreckers gelten somit keine Sonderregeln, auch bei überschuldetem Nachlass. Von einem Notar als Willensvollstrecker kann verlangt werden, dass er das Amtsblatt liest und somit erfährt, dass ein neues Testament des Erblassers publiziert wurde, welches seine Tätigkeit beendet.

b) Welcher *Stundensatz* für einen Notar als Willensvollstrecker (noch) angemessen ist, wurde höchstgerichtlich soweit ersichtlich noch nicht geklärt. Immerhin erwähnt das Bundesgericht den Satz von 375 Franken in einem Entscheid, ohne ihn aber materiell zu beurteilen.

Aufsicht

a) *Die Aufsichtsbehörde über die Willensvollstrecker ist grundsätzlich auch dann zuständig, wenn ein Notar als Willensvollstrecker tätig ist*. Die Aufsicht über die Notare kommt grundsätzlich nicht zum Zug, es sei denn, es liege gleichzeitig ein berufswidriges Verhalten vor. Gegen einen Notar kann als Willensvollstrecker die notariatsrechtliche Beschwerde erhoben werden, «wenn dieser durch sein Verhalten Würde und Ansehen des Notariats gefährdet».

b) Das Bundesgericht hat es abgelehnt, für die Aufsicht über den Willensvollstrecker die *verfahrensrechtlichen Bestimmungen* anzuwenden, welche bei der Notariatsaufsicht gelten.

Berufsrecht

a) Die Aufsichtsbehörde über die Notare greift (zusätzlich) ein, wenn die *Tätigkeit des Willensvollstreckers gleichzeitig mit den Berufsregeln eines Notars unvereinbar ist*, weil das Disziplinarrecht auch nebenberufliche Tätigkeiten wie die Willensvollstreckung erfasst. Die Abgrenzung mag im Einzelfall schwierig sein. In diesem Sinne wird vom Notar-Willensvollstrecker erwartet, dass er seine Aufgabe «mit besonderer Sorgfalt und Sachkenntnis» ausführt.

b) Notare unterstehen auf Bundesebene (Art. 321 StGB) und in den meisten Kantonen einem notariatsrechtlichen *Berufsgeheimnis* (z.B. Art. 36 BE-NotG, Art. 57 Abs. 1 VD-LN). Wenn ein Notar als Willensvollstrecker tätig wird, darf er sich für Tatsachen, welche ihm als Willensvollstrecker bekannt geworden sind, nicht auf das Berufsgeheimnis stützen, weil diese Tätigkeit nicht der Geheimhaltungspflicht untersteht. Wenn dem Willensvollstrecker aber Tatsachen aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Notar des Erblassers bekannt geworden sind (etwa im Zusammenhang mit der Beurkundung eines Testaments), muss er diese grundsätzlich nicht offenbaren, weil der Erblasser sich auf die Vertraulichkeit verlassen können muss und die Erben (obwohl Rechtsnachfolger) nicht die neuen Geheimnisherren geworden sind, welche vom Berufsgeheimnis befreit könnten. Dabei ist auf die Art der Information abzustellen:

Persönliche Informationen dürfen sowohl der Anwalt wie der Notar geheim halten, während bei Finanzdaten das Berufsgeheimnis vor dem höheren «Interesse der Erben an einer gleichmässigen und gerechten Verteilung der Erbschaft» zurückzutreten hat. Nach Antoine Eigenmann hat der Notar nach seiner Befreiung durch die Aufsichtsbehörde den Erben umfassend Auskunft zu geben, im Gegensatz zum Anwalt. Ich teile diese Ansicht nicht, da der Erblasser beiden Berufsgruppen ein vergleichbares Vertrauen entgegenbringt, welches geschützt wird.

c) *Interessenkonflikte* des Notars können zur Verletzung von Berufspflichten führen. Eine Interessenkollision zwischen notarieller und anwaltlicher Mandatierung ist nur in Kantonen zu prüfen, in denen es überhaupt zulässig ist, beide Funktionen auszuüben. Dort gilt der Grundsatz, dass man entweder nur als Notar oder nur als Anwalt tätig sein darf. Interessenkonflikte entstehen etwa: (1) wenn der Notar einen Erben-Willensvollstrecker berät; (2) wenn der beurkundende Notar bei einer Ungültigkeitsklage gegen eine spätere letztwillige Verfügung, in welcher er nicht mehr als Willensvollstrecker eingesetzt war, als Anwalt eine Partei vertritt; (3) wenn der Notar bei einer Herabsetzungsklage gegen das von ihm beurkundete Testament als Anwalt eine Partei vertritt; (4) wenn der als Willensvollstrecker ernannte Notar nach der Beurkundung eines Erbvertrags gegen einen Erben eine Forderungsklage erhebt. Kein Interessenkonflikt liegt dagegen vor, wenn ein Erbe in einem Aufsichtsverfahren gegen den Willensvollstrecker zuerst ein Verbot zum Verkauf einer Villa beantragt und anschliessend ein Absetzungsbegehren stellt, weil beide Vorbringen im gleichen Verfahren abgehandelt werden und nicht (wie vom Erben geltend gemacht) zwei unterschiedliche Materien behandelt werden, und zwar sowohl aus der Sicht des Willensvollstreckers und Notars als auch aus der Sicht des ihn vertretenden Anwalts.

Der ganze Artikel mit allen Fussnoten ist kürzlich in der Festschrift für Stephan Wolf erschienen.

hrkuenzle@bluewin.ch