



Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung¹

Hans Rainer Künzle*

A. Erbstiftung (Art. 493 ZGB)

Das **Bundesgericht** hat sich im **Urteil vom 16. Dezember 2005** (5A.29/2005 mit der Frage auseinandergesetzt, wie die Organisation einer **Erbstiftung vervollständigt** wird. Im Streit zwischen dem Willensvollstreckter und der ersten Stiftungsrätin hat die Aufsichtsbehörde (Eidg. Stiftungsaufsicht) den Willensvollstreckter mit dem Erstellen der Statuten und Reglemente betraut. Diese Aufgabe würde er auch dann erfüllen, wenn die Stiftungsgründung als Auflage formuliert gewesen wäre. Es ist allerdings zuzugeben, dass die Rechtslage wenig klar ist² und auch eine andere Auslegung möglich gewesen wäre. Aufgrund der Tatsache, dass der Erblasser die Wahl der Stiftungsräte nicht völlig bestimmt hatte, war dies aber die sachgerechte Lösung, zumal Kooptation nicht die einzige mögliche Lösung zur Ergänzung/Vervollständigung des Stiftungsrats ist. Die letzte Entscheidung liegt in jedem Fall bei der Aufsichtsbehörde, welcher bei Weisungen ein gewisser Ermessensspielraum zusteht. In der Praxis ist zu empfehlen, in der letztwilligen Verfügung festzulegen, wer für die Ergänzung des Stiftungsrats und die Vervollständigung der Organisation zuständig ist.

B. Bestellung des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)

Angeregt durch die Revision des Stiftungsrechts, welche die Stiftungerrichtung durch Erbvertrag einführt (Art. 81 Abs. 1 ZGB), hat sich *Peter Breitschmid* in seiner jährlichen Zusammenstellung zum Erbrecht³ gefragt, ob nicht auch die **Bestellung des Willensvollstreckers durch Erbvertrag** zugelassen werden sollte. Dies würde die Beurkundung verein-

fachen und wäre sicher im Interesse des Willensvollstreckers. Viele Erben wünschen die starke Bindung allerdings nicht und schätzen die heutige Ungebundenheit. Insgesamt ist der Vorschlag aber zu begrüssen, es wird allerdings einen mutigen Erblasser brauchen, der eine Änderung der Gerichtspraxis provoziert, oder eine Initiative des Gesetzgebers.

* Prof. Dr. oec. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich (www.rwi.unizh.ch/tit_kuenzle), Partner KENDRIS private AG, Badenerstr. 172, CH-8026 Zürich 4 (www.kendris.com).

1 Ausführliche Fassung des Vortrags, beim (letzten) Seminar der Weiterbildungsstufe der Universität St. Gallen vom 21. Juni 2006 zum Thema «Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme»; zu früheren Updates siehe HANS RAINER KÜNZLE, Einleitung – Aktuelle Gerichtspraxis zur Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, hrsg. v. *Hans Rainer Künzle*, Zürich 2004, S. 1 ff. sowie in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. *Hans Rainer Künzle*, Zürich 2006 (erscheint im Spätsommer), S. 1 ff.

2 Das Errichten einer Erbstiftung als solcher ist schon mit vielen Unsicherheiten versehen, im Besondern, was den Entstehungszeitpunkt und die Übertragung des Vermögens betrifft, vgl. HAROLD GRÜNINGER, Kommentar zu Art. 80–89bis ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I: Art. 1–359 ZGB, hrsg. v. *Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser*, 2. A., Basel/Frankfurt am Main 2004, Art. 493 ZGB N 3 und 5.

3 Vgl. PETER BREITSCHMID, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 102 (2006) 103.

C. Mehrere Willensvollstrecker (Art. 517 Abs. 1 und Art. 518 Abs. 3 ZGB)

a) Der Erblasser kann **mehrere Willensvollstrecker** ernennen. In der Lehre und der Gerichtspraxis⁴ gibt es zu dieser Konstellation nur wenige Hinweise. Der Einsatz von mehreren Willensvollstreckern rechtfertigt sich etwa bei grösseren Nachlässen, wenn verschiedene Jurisdiktionen betroffen sind⁵. Nicht zu empfehlen ist diese Form der Willensvollstreckung, wenn der Erblasser damit eine gewisse Kontrolle sicherstellen will. Die Kontrolle wird viel effektiver von den Erben durchgeführt. Wenn in einem Nachlass mit vielen Vermächtnissen (häufig an gemeinnützige Organisationen) kein Erbe vorhanden ist, ist die Einsetzung eines Erben weit effektiver als die Einsetzung von mehreren Willensvollstreckern.

b) Der Erblasser kann in der letztwilligen Verfügung bestimmen, wie die mehreren Willensvoll-

strecker zusammenzuwirken haben⁶. Er kann eine **Geschäftsordnung** aufstellen oder aber nur das **Mehrheitsprinzip** festhalten⁷. Eher selten handeln mehrere Willensvollstrecker (selbständig) nebeneinander, etwa dann, wenn der Erblasser in mehreren, verschiedene Vermögen betreffenden Verfügungen verschiedene Willensvollstrecker ernannt⁸ oder wenn einzelne Vermögenswerte (etwa ein Unternehmen)⁹ zu betreuen sind. Stattdessen kann der Willensvollstrecker auch eine hierarchische Lösung wählen und eine Art Prinzipal einsetzen. Damit ist die Koordination gewährleistet (etwa bezüglich der Liquidität oder der Berechnung der Pflichtteile), aber es stellen sich für den Prinzipal (wegen der Solidarität) unangenehme Haftungsfragen.

c) Wenn der Erblasser für das Zusammenwirken von mehreren Willensvollstreckern **keine Vorgaben** macht, kommen folgende Grundsätze zur Anwendung:

■ Mehrere Willensvollstrecke haben die **grundlegenden Entscheide gemeinsam** zu treffen (Art. 518 Abs. 3 ZGB)¹⁰.

■ Mehrere Willensvollstrecker haben ihre **Ausführungshandlungen**, welche sie grundsätzlich alleine vornehmen, **zu koordinieren**. Wenn Willensvollstrecker verschiedener Berufe ernannt wurden (Rechtsanwalt, Steuerberater, Buchhalter, Bankier etc.) wird vermutet, dass jeder seinen angestammten Bereich betreuen soll.

■ Die mehreren Willensvollstrecker können – unabhängig von den obigen Regeln – eine **interne Absprache** treffen¹¹.

■ **Streitfälle** werden durch die Aufsichtsbehörde entschieden, leider nicht auch blossе Fragen bei Unklarheiten¹². Die Aufsichtsbehörde kann zudem nur festlegen, in welcher Weise die (mehreren) Willensvollstrecker handeln sollen, sie ist aber nicht zuständig, materielle Fragen zu entscheiden.

■ In **dringenden Fällen** kann einer von mehreren Willensvollstreckern alleine handeln¹³ (ähnlich wie ein einzelner Erbe dies tun kann¹⁴).

d) Mehrere Willensvollstrecker **haften** grundsätzlich **solidarisch** (wie mehrere Beauftragte nach Art. 403 Abs. 2 OR¹⁵). Es fragt sich nun, wie diese Regel auf die verschiedenen Möglichkeiten des Zusammenwirkens von Willensvollstreckern übertragen werden kann. Wenn ein Prinzipal eingesetzt wird, welcher mehrere Willensvollstrecker leitet, besteht die Solidarität zwischen dem Prinzipal und den ihm untergeordneten Willensvollstreckern, nicht aber unter diesen untereinander. Diese Verantwortung des Prinzipals, welche in internationalen Verhältnissen nur schwer zu handhaben ist, könnte einen Willens-

4 Vgl. BGE 110 II 184 (3 Willensvollstrecker); BGE 89 II 279 (quattro esecutori testamentari); BGE 78 II 123 (3 Willensvollstrecker: Schwager, Bankdirektor und Rechtsanwalt); Extraits 1962, 25 = RNRF 48 (1967) 13 Nr. 7 («une ou plusieurs personnes»); ZBGR 27 (1946) 277 Nr. 90 (2 Willensvollstrecker).

5 Zum Einsatz des Willensvollstreckers im Ausland vgl. ausführlich KURT SIEHR, Internationale Nachlässe: Tätigkeit des Willensvollstreckers im Ausland, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. von Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, 257 ff.

6 Vgl. BGE 89 II 438: «Messieurs Wavre, notaires à Neuchâtel, ensemble ou séparément»; BGE 78 II 128.

7 Vgl. MARTIN KARRER, Kommentar zu Art. 517 f. in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977, Art. 1–61 SchlT), hrsg. von Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, 2. A., Basel/Genf/München 2003, Art. 518 ZGB N 91; VITO PICENONI, Probleme aus der Willensvollstreckung, ZBGR 50 (1969) 166; weiter vgl. § 2224 Abs. 1 BGB.

8 Vgl. H. NUSSBAUM, Der Willensvollstrecker, ZBGR 4 (1923) 64.

9 Vgl. JEAN-CLAUDE WENGER, Der Anwalt als Willensvollstrecker, in: Das Anwaltsgeheimnis, Zürich 1997, 53.

10 Vgl. PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band IV: Erbrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1978, und Nachtrag zum Band IV/1, Basel/Frankfurt am Main 1986, § 24 II A; KARRER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 92: Einstimmige Beschlüsse; PICENONI (Fn. 7), ZBGR 50 (1969) 165: Prinzip der Einstimmigkeit.

11 Vgl. KARRER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 92.

12 Vgl. zuletzt PKG 2003, 183 Nr. 35.

13 Dies ist in § 2224 Abs. 2 BGB und Art. 700 Abs. 2 CC it. ausdrücklich vorgesehen.

14 Vgl. THOMAS LEIMGRUBER, Die Befugnisse des einzelnen Miterben beim Erbgang und bei der Nachlassverwaltung, Basel/Stuttgart 1978, 50 ff.

15 Vgl. KARRER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 94.



vollstrecker durchaus veranlassen, seine Aufgabe nicht anzunehmen. Eine derartige Stellung muss deshalb im Voraus sorgfältig geplant und abgesprochen sein. Für die Substitution sieht Art. 398 OR eine eigene Regel vor: Die Haftung ist auf die Auswahl, Instruktion und Überwachung der Substituten beschränkt. Wenn mehrere Willensvollstrecker nebeneinander handeln, ist auch deren Haftung getrennt. Eine (interne) Geschäftsordnung verändert die (ansonsten geltende) Haftungsordnung nicht¹⁶.

e) Wenn einer von mehreren Willensvollstreckern (durch Tod, Verzicht usw.) **ausscheidet**, werden die Geschäfte von den übrigen weitergeführt¹⁷. Dies stellt die Kontinuität für die Erben sicher.

D. Willensvollstrecker-Zeugnis (–)

Im **Urteil vom 19. Januar 2006** (5P.372/2005) hat das **Bundesgericht** einen Fall behandelt, in welchem es wegen einer **Gesamtzweisung** (Art. 241 Abs. 2 ZGB) (angeblich) an einem Nachlass fehlte, und es hat deshalb die Aufnahme eines Sicherungsinventars (Art. 490 ZGB) abgelehnt. Tatsächlich hat das Gericht vor allem die Auslegung der Erben abgelehnt, dass die Zuweisung des Nachlasses beim Tod des erstversterbenden Ehegatten einen Nacherbfall darstelle (Art. 488 ZGB). Jedenfalls verhindert eine Gesamtzweisung die Entstehung eines Nachlasses nicht völlig, zumal die persönlichen Gegenstände des Erblassers (Eigentum) in jedem Fall in den Nachlass fallen. Zudem gibt es weitere Gründe, weshalb ein Nachlass vorhanden sein könnte (wie Ersatzforderungen oder Herabsetzungs- und Ausgleichsansprüche). Der Willensvollstrecker hat in solchen Fällen eine sehr **beschränkte Aufgabe** (Ausscheidung der ehelichen Güter, Verteilung des Nachlasses des vorversterbenden Ehegatten), sie entfällt aber nicht völlig.

E. Honorar (Art. 517 Abs. 3 ZGB)

a) **Vorbemerkung:** Die überarbeitete Version des Vortrags von Andreas Flückiger am WBS-HSG-Willensvollstrecker-Seminar von 2004¹⁸ und der Aufsatz von Stephanie Hrubesch-Millauner¹⁹ bilden das Gerüst für einige eigene Überlegungen, welche in bisher nicht publizierter Form gemacht wurden.

b) Implizit aus BGE 129 I 330 entnommen, gilt die **Grundregel**, dass in jedem Fall eine Kontrollrechnung notwendig ist, und zwar auf der Basis eines reinen Zeithonorars²⁰.

c) Am anderen Ende der möglichen Honorarmodelle liegen die **reinen Pauschalhonorare**. Diese sind **in der Regel ungeeignet**, die Angemessenheit abzubilden. Hier ist vor allem die 3%-Regel angesprochen, welche lange als obere Grenze für die Angemessenheit von Willensvollstrecker-Honoraren galt. Ausgehend von der soeben erwähnten Kontrollrechnung wäre es ein Zufall, wenn ein in Prozenten des Nachlasses berechnetes Honorar als angemessen anzusehen wäre.

d) **Die (kombinierten) Anwalts- und Notariatstarife sind** Ausdruck des Üblichen, sie sind aber nicht identisch mit dem angemessenen Honorar²¹. Sie regeln meist nur einstellige Millionenbeträge und sind deshalb **für grössere Nachlässe nicht geeignet**. Bei kleineren Nachlässen werden in der Regel angemessene Honorare resultieren, wenn man sie korrekt anwendet.

I. Stundentarif

a) **Übersicht:** Der Stundentarif ist aufgrund der Qualifikation (b), der Komplexität des Falles (c) und der Verantwortung (d) festzulegen.

b) Qualifikation:

■ Die **Ausbildung** als Rechtsanwalt, Notar, dipl. Steuerexperte, dipl. Treuhandexperte oder dipl. Wirtschaftsprüfer etc. bildet den Ausgangspunkt für das Festsetzen des Stundentarifs. Häufig wird dabei ein **Verbandstarif** angewendet (Anwalts- und Notariatstarife²² oder die Honorarempfehlung der Treuhand-Kammer²³ etc.).

■ Unter dem Stichwort **Infrastruktur** werden Abzüge vorgenommen für diejenigen Willensvollstrecker, welche keine (vollen) Infrastrukturkosten haben, was nicht selten der Fall ist (Privatmandate von pensionierten Willensvollstreckern). Es gibt kaum Regeln für solche **Ab-**

16 Vgl. KARRER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 92.

17 Vgl. KARRER (Fn. 7), Art. 518 ZGB N 96; weiter vgl. § 2224 Abs. 1 BGB.

18 Vgl. ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar der Willensvollstreckers – Anwendung von Anwalts- und Notariatstarifen, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. von Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, 199 ff.

19 Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers, AJP 14 (2005) 1209 ff.

20 Anders HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 19), AJP 14 (2005) 1212 ff.

21 Vgl. FLÜCKIGER (Fn. 18), 203 f.

22 Vgl. die Zusammenstellung bei FLÜCKIGER (Fn. 18), 220 ff.

23 Vgl. www.treuhand-kammer.ch/pix/Files/honorarempfehlung.pdf (5. Juli 2006).

zige, sie dürften sich in der Regel in einer Gröszenordnung von 33–50% bewegen²⁴.

- Unter dem Begriff **Fachwissen** wird berücksichtigt, dass Anwalt nicht gleich Anwalt ist. Es wird mit anderen Worten nicht nur auf den Titel abgestellt, sondern auch auf das Fachwissen (insbesondere im Bereich Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht). Mit der Einführung des **Fachanwalts für Erbrecht** wird es demnächst Spezialisten geben, welche einen **Zuschlag** machen können.
 - Sowohl das Fachwissen wie die **Erfahrung** sind im Zusammenhang mit einer effizienten Abwicklung zu sehen. Eine geringere Anzahl Stunden darf mit einem etwas höheren Stundensatz multipliziert werden.
 - Schliesslich kann eine **besondere Vertrauensstellung** einen Zuschlag rechtfertigen. Auszugehen ist aber davon, dass jeder Willensvollstrecker definitionsgemäss eine Vertrauensstellung innehat. Ein Zuschlag in nur in denjenigen Fällen gerechtfertigt, in welchen der Willensvollstrecker den Erblasser schon vor dessen Tod umfangreich beraten/betreut hat.
- c) Die **Komplexität des Falles**, welche einen Zuschlag beim Stundentarif rechtfertigt, kann sich aus verschiedenen Faktoren ergeben:
- **Konflikte unter den Erben** können ebenso komplexe Fragestellungen erzeugen wie Erben unbekanntes Aufenthalts oder mit Aufenthalt im Ausland.
 - Die **Struktur des Nachlasses** kann ebenfalls komplexe Fragestellungen hervorrufen. Liegenschaften und Unternehmen im Nachlass führen regelmässig zu schwierigen Rechts- und Steuerfragen.
 - Die **Steuerverhältnisse** können ebenfalls komplexe Fragestellungen ergeben. So stellen etwa Nach- und Strafsteuerverfahren regelmässig erhöhte Anforderungen, ebenso wie internationale Steuer-Verhältnisse.
 - Die **Anwendung ausländischen Rechts** erschwert die Fragestellungen für den Willensvollstrecker in der Regel erheblich und macht häufig den Beizug von Fachleuten notwendig.

- Die **Anwendung fremder Sprachen** bringt entweder Übersetzungskosten mit sich oder berechtigt den Willensvollstrecker zur leichten Erhöhung des Stundensatzes für denjenigen Teil seiner Tätigkeit, für welchen er die fremde Sprache verwenden muss.

d) Die besondere **Verantwortung** des Willensvollstreckers darf bei der Stundensatzfestsetzung berücksichtigt werden. Der Umfang des (Brutto-) Nachlasses berechtigt im Einzelfall zur Erhöhung des Stundensatzes²⁵. Hier können auch besondere Kenntnisse des Willensvollstreckers ausserhalb des Erbrechts berücksichtigt werden, etwa Kenntnisse beim Management von Unternehmen, im Umgang mit Kunst oder andere im konkreten Fall notwendige Fachkenntnisse.

e) Wenn der Willensvollstrecker auch die **administrativen Tätigkeiten** selbst erledigt (statt eine Sekretärin zu beschäftigen), hat er die entsprechenden Stunden abzugrenzen und zu einem reduzierten Stundensatz abzurechnen. Entsprechendes gilt für die **Auflösung des Haushalts** des Erblassers. Dort kann nur die Ausscheidung der persönlichen Papiere und die Organisation der Haushaltsauflösung zum vollen Stundentarif verrechnet werden, während die übrigen Arbeiten zu einem bescheidenen Stundentarif zu verrechnen sind.

II. Zeitaufwand

a) Der Zeitaufwand geht von den tatsächlich aufgewendeten Stunden aus und wird nur berücksichtigt, wenn der Aufwand **notwendig** war. Vom Willensvollstrecker darf eine **effiziente Abwicklung** verlangt werden. Ein Blick in die Stundenaufstellungen des Willensvollstreckers zeigt, ob dies der Fall war oder ob Kürzungen wegen fehlender Effizienz vorzunehmen sind. Ein verlässliches Urteil kann nur bei Einsicht in sämtliche Akten des Willensvollstreckers abgegeben werden, welche den Erben zugänglich gemacht werden müssen.

b) Der Zeitaufwand muss darüber hinaus **sinnvoll** sein. Der Willensvollstrecker hat bei der **Koordination** mit anderen Willensvollstreckern, aber auch mit seinen Substituten sowie seinen Beauftragten (bei der Auslagerung von Arbeiten) den Reibungsverlust in einem vertretbaren Mass zu halten, welches nur im Einzelfall bestimmt werden kann. Als Faustregel gilt, dass der zusätzliche Aufwand 20–30% nicht übersteigen sollte, und es darf mit anderen Worten kein unnötiger Reibungsverlust entstehen.

24 Die Kosten für Miete, Büroeinrichtung, Personal (Sekretariat), Fachbücher (Bibliothek), Weiterbildung, Pensionskasse etc. betragen gemäss BGE 122 I 1 Erw. 3a 40–50%.

25 Für diese Erhöhung gibt es keine festen Regeln; das Bezirksgericht Zürich hat im Urteil vom 14.9.2000 (U/CG970283) bei einem Nachlass von 3.5 Mio. Franken von grosser Verantwortung gesprochen (Erw. 2), vgl. FLÜCKIGER (Fn. 18), 245.



c) Der Zeitaufwand kann nur in Rechnung gestellt werden, wenn er auch tatsächlich **den Nachlass betroffen** hat und nicht auf eine «private» **Auseinandersetzung des Willensvollstreckers mit den Erben** zurückzuführen ist. Wenn die Aufsichtsbehörde feststellt, dass der Willensvollstrecker seine Pflichten grob verletzt hat, muss er die Verfahrens- und Vertretungskosten, aber auch seinen eigenen Aufwand selber tragen²⁶. Wird eine Pflichtverletzung dagegen verneint, war es mit anderen Worten ein unberechtigter Vorwurf der Erben, hat der Nachlass sämtliche Kosten (inkl. des Zeitaufwands des Willensvollstreckers) zu tragen. Bei teilweiser Berechtigung des Vorwurfs sind die Kosten vom Nachlass anteilig zu übernehmen.

d) Entsprechend den verschiedenen Stundentarifen sind die **verschiedenartigen Tätigkeiten** (Willensvollstreckung, Administration, Haushaltsauflösung etc.) **separat zu erfassen**.

e) Die **Gesamtbetrachtung** gibt die Möglichkeit, weitere, bisher nicht erwähnte Faktoren eines Einzelfalles zu berücksichtigen.

III. Mehrere Willensvollstrecker und Substitution

a) Das Honorar von **mehreren Willensvollstreckern** ist entweder ein Gesamthonorar, welches aufgeteilt wird in mehrere Teilhonorare, oder es setzt sich aus mehreren Teil-Honoraren zusammen, wobei die Gesamtsumme den sonst üblichen Rahmen (Honorar für einzelnen Willensvollstrecker) nur unwesentlich überschreiten darf (nur der Koordinationsaufwand kann zusätzlich in Rechnung gestellt werden). Als Faustregel mag eine Grössenordnung von 20–30% dienen.

b) Die **Substitution** führt dazu, dass Mitarbeiter mit geringeren Stundensätzen mitarbeiten. Es entsteht allerdings ein zusätzlicher Instruktions- und Kontrollaufwand (Reibungsverlust), welcher den genannten Vorteil aber nicht übersteigen darf. Sonst sind Kürzungen vorzunehmen²⁷.

c) Das Honorar wird nur in wenigen Fällen **vom Erblasser** (in der letztwilligen Verfügung) **betragsmässig bestimmt**²⁸. Der Umgang mit solchen Honoraren ist noch weitgehend unklar. Es wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass zu hohe Honorare zu reduzieren sind²⁹. Dies reflektiert die Ansicht, dass allfällige Vermächtnisse klar als solche zu bezeichnen sind, was den Willensvollstrecker unter Umständen³⁰ in einen Interessenkonflikt bringen kann. Auf der anderen Seite ist nicht einzusehen,

weshalb vom Erblasser zu tief angesetzte Honorare des Willensvollstreckers nicht erhöht werden sollten, was von FLÜCKIGER vertreten wird³¹, wozu sich die Praxis aber soweit ersichtlich noch nicht geäußert hat. Es ist selbst für den Erblasser, welcher in der Regel sein Vermögen überblicken kann, schwierig, den Aufwand im Voraus abzuschätzen, weil das Verhalten der Erben und andere nicht vorhersehbare Faktoren diesen erheblich beeinflussen können³². Als praktische Konsequenz bleibt die Empfehlung, das Honorar des Willensvollstreckers in der letztwilligen Verfügung gar nicht zu regeln, weil eine solche Bestimmung die Verhältnisse häufig nicht vereinfacht, sondern im Gegenteil eher schwieriger macht. Auch die häufig gewählte Form, dass **ein bestimmter Tarif für anwendbar erklärt** wird, ist nicht in allen Fällen ein Ausweg, weil die Angemessenheit auch in diesem Fall (allein aufgrund von Bundesrecht) überprüft wird. Diese Bestimmung dürfte immerhin geeignet sein, das Honorar in Nachlässen bis zu einer Grössenordnung von einstelligen Millionenbeträgen zu regeln, und sie wird auch bei der Anwendung ausländischen (etwa deutschen) Rechts sinnvoll sein.

d) Bei **Schlechterfüllung** wird vom Honorar des Willensvollstreckers ein Abzug gemacht. Illustrativ ist das Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2005 (4C.80/2005). Dieser Fall hat die Gerichte schon mehrfach beschäftigt, und in diesem Urteil war der Vorwurf des Erben an seinen Anwalt zu prüfen, dass dieser ein aussichtsloses Aufsichtsverfahren gegen den Willensvollstrecker geführt habe. Dem Willensvollstrecker konnte man in diesem Verfahren aber keinen Vorwurf machen.

26 Vgl. LGVE 2001 I 56 Nr. 36.

27 Vgl. den bei FLÜCKIGER (Fn. 18), 239 ff, abgedruckten Fall, insbes. S. 246.

28 Etwas häufiger ist die Bestimmung, dass ein bestimmter Tarif anwendbar ist, welche nachfolgend behandelt wird.

29 Vgl. FLÜCKIGER (Fn. 18), 219; KARRER (Fn. 7), Art. 517 ZGB N 28.

30 Je unklarer die Formulierung, desto grösser die Gefahr eines Interessenkonflikts, welcher zur Absetzung des Willensvollstreckers führen kann, vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000, 391 f.

31 Vgl. FLÜCKIGER (Fn. 18), 219

32 Vgl. dazu Bundesgericht vom 15. September 2003 (5P.12/2003): Der Willensvollstrecker muss den zu tiefen Kostenvoranschlag einhalten.

F. Keine Teilungsbefugnis (Art. 518 ZGB)

In zwei kürzlich publizierten kantonalen Entscheidungen (**BJM 2005, 79 ff.** und **ABR 2002–2003 Nr. 5**) wurde dem Willensvollstrecker jede Teilungsbefugnis abgesprochen. Wenn sich die Erben nicht einigen, steht es dem Willensvollstrecker mit anderen Worten nicht zu, die Teilung von sich aus durchzuführen. Dies entspricht der herrschenden Lehre und erfolgt vor dem Hintergrund der Freiheit der Erben in der Erbteilung. In der Praxis ist dieser Zustand unbefriedigend. Ich habe mich mit dieser Thematik in einem Aufsatz in der Festschrift zum Schweizerischen Juristentag 2006 näher auseinandergesetzt und komme dort zum Schluss, dass dem Willensvollstrecker de lege ferenda die Teilungsklage zugestanden werden sollte³³. Im Rahmen des vorliegenden Seminars hat mit *Sutter-Somm*³⁴ erstmals ein gewichtiger Autor die Ansicht vertreten, dass der Willensvollstrecker die Teilungsklage schon de lege lata einreichen könne. Damit eröffnen sich für den Willensvollstrecker neue Perspektiven, um aus einer Pattsituation auszubrechen. Man kann nun gespannt darauf warten, ob die Gerichte die Teilungsklage dem Willensvollstrecker zugestehen oder doch eine Gesetzesänderung notwendig ist. Angesichts der breiten Zustimmung für eine solche Lösung de lege ferenda würde eine Akzeptierung de lege lata nicht mehr überraschen.

33 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Erbengemeinschaft und Willensvollstreckung, in: Individuum und Verband (Festschr. zum Schweizerischen Juristentag, Zürich 2006 (im Druck)).

34 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM, Die prozessrechtlichen Befugnisse des Willensvollstreckers, *successio.ch* 2006 Nr. 1, 24 ff.

35 Vgl. den guten Überblick bei PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ, Die Auskunftsrechte von Erben gegenüber Banken, Jusletter vom 8. September 2003 (www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2633 [7. Mai 2006])

36 Zu erwähnen sind etwa Österreich und Liechtenstein; zu Letzterem vgl. etwa JULIA KLATIL, Die Auskunftspflicht der Banken im Verlassenschaftsverfahren, LJZ 2004, 118 ff.; FL OGH vom 7. März 2002 (1 Cg 2/2000-58), LES 2002, 317–324; Auskunft der Bank und Persönlichkeitsschutz; FL OGH vom 8. Januar 1998 (2 C 133/95-70), LES 1998, 111–116; Auskunft der Bank gegenüber dem Testamentsvollstrecker; Staatsgerichtshof vom 24. April 1997 (StGH 1996/42), LES 1998, 185–190; Auskunft und Bankgeheimnis (Vorinstanz: FL OG vom 30. Oktober 1996 [A 81/96]).

37 Vgl. GIAN SANDRO GENNA, Die Bank als Willensvollstreckerin, Jusletter vom 16. Januar 2006, 4.

G. Prozessführungsbefugnis (Art. 518 ZGB)

a) Im **Urteil vom 15. November 2005** (7B.159/2005) geht das **Bundesgericht** von der Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers im (schuldbetrieblichen) Widerspruchsverfahren aus, ohne dazu nähere Ausführungen zu machen.

b) **Matthias Berger** (Durchsetzung der Lizenz gegenüber Dritten, Sic 2005, 163–178), bestätigt für einen weiteren konkreten Fall, dass der Willensvollstrecker für den Nachlass Prozesse führen kann (sog. Prozessstandschaft).

H. Auskunft (Art. 518 ZGB)

Das **Bundesgericht** hat im **Urteil vom 14. Februar 2006** (5C.276/2005) entschieden, dass gestützt auf Art. 170 ZGB keine Auskunftspflicht besteht und die Passivlegitimation des Willensvollstreckers somit nicht näher geprüft werden muss. Gleichzeitig wird in dieser Entscheidung empfohlen, erbrechtliche Auskunftspflichten gestützt auf Herabsetzungsansprüche geltend zu machen. Es ist nicht ganz klar, weshalb die Parteien das nicht parallel verlangt haben und weshalb das Gericht nicht von sich aus das anwendbare Recht für den Auskunftsanspruch selbstständig ersetzen konnte.

a) Nach **Laura Lacquenoud-Rossari** (Reddition de comptes et droit aux renseignements, SJ 2006 I 23–90, 31) hat der Willensvollstrecker Anspruch auf Auskunft gestützt auf OR Art. 400. Zu ergänzen wäre: i.V.m. Art. 518 ZGB.

b) **Gian Sandro Genna** (Die Bank als Willensvollstreckerin, Jusletter vom 16. Januar 2006, S. 8) betont, dass die Auskunft durch das Bankgeheimnis nicht eingeschränkt wird. Dies ist zutreffend und das Endresultat einer längeren Entwicklung³⁵, welche in anderen Ländern noch im Gang ist³⁶.

I. Aufsicht (Art. 518 ZGB)

Wenn die Bank als Willensvollstreckerin tätig wird, kann dies nach **Gian Sandro Genna**³⁷ bei gleichzeitiger Kontoführung, Kreditgewährung, Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Vorsorgeberatung etc. zu Interessengegensätzen führen, ebenso wie die Hoffnung auf künftige Geschäfte mit den Erben. Als minimalste Gegenmassnahme kommt die interne Trennung der verschiedenen Aufgaben



in Betracht (Stichwort: Chinese Walls). Dies wird aber nicht in allen Fällen genügen. Für diese Fälle sollte der Erblasser (unabhängige) Ersatz-Willensvollstrecker ausserhalb der Bank ernennen. Nach *Genna* ist bei einer ursprünglichen Interessenkollision eine Ungültigkeitsklage zu führen und bei einer nachträglichen Interessenkollision eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde. Ersteres widerspricht der herrschenden Lehre, wonach eine Konstellation als solche noch kein Grund für eine Beseitigung des Willensvollstreckers ist, weil der Erblasser ihn ja regelmässig im Wissen um diese Problematik ausgewählt hat; erst ein konkretes Verhalten kann Anlass für eine Absetzung sein³⁸. Zu dieser ist sodann der Zivilrichter (und nicht die Aufsichtsbehörde) zuständig³⁹.

J. Ungültigkeit (Art. 519 ZGB) / Nichtigkeit

Im bekannten Fall, in welchem das Bundesgericht in mehreren parallelen Verfahren über die Erbwürdigkeit eines Alleinerben und Willensvollstreckers zu befinden hatte⁴⁰, wurde die Nichtigkeit der Willensvollstreckung nur kurz erwähnt, weil man von der Erbwürdigkeit auf die (viel höher einzustufende) und offenbar **fehlende Vertrauenswürdigkeit** geschlossen hat⁴¹.

K. Erbenvertreter (Art. 602 ZGB)

Wenn ein Willensvollstrecker vorhanden ist, gibt es keinen Raum für einen Erbenvertreter (Art. 602 ZGB). Auf der anderen Seite ist es nicht so, dass immer ein Erbenvertreter bestimmt werden kann, wenn ein Willensvollstrecker fehlt. Wenn nur Differenzen über Nebenpunkte eines langjährigen Mietvertrags und die Änderung der Geldanlage vorhanden sind, kann nach **BVR 2002, 305 = ZBGR 84 (2003) 145 Nr. 20** kein Erbenvertreter bestellt werden. Die vom Erblasser unterlassene Bestellung eines Willensvollstreckers kann somit nicht einfach durch die Einsetzung eines Erbenvertreters nachgeholt werden, wohl aber durch die (gemeinsame) Bestellung eines Vertreters.

L. Trustee

Thomas M. Meyer (Das Haager Trust Übereinkommen, AJP 2004, 156–168) führt aus, dass nach der Ratifizierung des Haager Übereinkommens der Trustee über weite Strecken die Funktionen des

Willensvollstreckers übernehmen kann. Dabei darf allerdings nicht vergessen gehen, dass die schon heute bestehenden Hindernisse (welche weitgehend auch für die Familienstiftung hinderlich sind), weiter ihre Gültigkeit haben. Zu denken ist an die zeitlichen Schranken (Art. 488 ZGB), die inhaltlichen Schranken (Art. 335 ZGB) und daran, dass für Schweizer in der Schweiz die Errichtung eines Trusts nach wie vor nicht zu empfehlen ist.

M. Geldwäscherei

Erich Schibli (Geldwäschereigesetz: Welche Tätigkeiten sind unterstellt?, TREX 2005, 134) und **Dina Balleyguier** (Unterstellungskommentar Kst, Jusletter vom 11. April 2005, S. 23) nehmen beide den Willensvollstrecker zu Recht von der Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz (GWG) aus. *Genna*⁴² vertritt für Banken die Ansicht, dass diese sich freiwillig unterstellen sollten. Das erachte ich nicht als sinnvoll, weil die Abteilung Financial Planning eine eigene Organisationseinheit ist, welche durchaus eigenen Regeln folgen kann.

N. Patiententestament

Während Patientenverfügungen bisher nur gestützt auf BGE 127 I 76 und einige kantonale Gesetze erstellt werden konnten⁴³, wird der neue **Art. 373 VE ZGB**⁴⁴ eine gesetzliche Grundlage schaffen. Oft ist dieselbe Person, welche (später) auch als Willensvollstrecker tätig wird, mit dem Vollzug dieser Anordnungen betraut, diese handelt aber nicht in der Funktion als Willensvollstrecker.

38 Vgl. KÜNZLE (FN 3), 391 f. m.w.N.

39 Vgl. jüngst RVJ 2005, 240.

40 Vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 1. März 2006 (5C.120/2005) = BGE 132 III 315, vom 1. März 2006 (5P.160/2005), vom 6. Februar 2006 (5C.121/2005) = BGE 132 III 305 = SJZ 102 (2006) 210, vom 6. Februar 2006 (5P.161/2005); vgl. zu diesem Fall auch die Besprechung des vorinstanzlichen Urteils von DANIEL ABT, AJP 2006, 238 ff.

41 Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2006 (5C.120/2005) = BGE 132 III 315 Erw. 2.3.

42 Vgl. GENNA (Fn. 37), 7 f.

43 Zürich: § 20 Abs. 2 Patientinnen- und Patientengesetz (LS 813.13); Solothurn: § 37 Abs. 2 Gesundheitsgesetz (BGS 811.12); Freiburg: Art. 49 Gesundheitsgesetz (SGF 812.0.1).

44 Vgl. www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft.Par.0001.File.tmp/entw-zgb-d.pdf