

[6/7 | 2013]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

REGULA KÄGI-DIENER/CHRISTINE SCHNEEBERGER

CEDAW: Internationales Instrument
für Frauenmensenrechte SEITE / PAGE 254

MIRKO ROŠ, URSULA McCREIGHT-ERNST, DANIEL ABT,
FRANÇOIS LOGOZ, BALZ HÖSLY/STEFANIE DEBRUNNER

FACHANWALT SAV /
AVOCAT SPECIALISTE FSA

Erbrecht – Droit des successions SEITE / PAGE 264



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	251
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Regula Kägi-Diener/Christine Schneeberger CEDAW: Internationales Instrument für Frauenmensenrechte	254
Peter von Ins La profession d'avocat au féminin – Interview avec Me Julie Wynne	261
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
FACHANWALT SAV / AVOCAT SPECIALISTE FSA Erbrecht – Droit des successions	
Mirko Roš Fälle aus der Weiterbildung 2013	264
Ursula McCreight-Ernst Willensvollstreckerhonorar als abzugsfähige Vermögensverwaltungskosten?	264
Daniel Abt Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung	266
François Logoz Appréhension en droit suisse de la clause de tontine de droit français conclue par deux époux	269
Balz Hösly/Stefanie Debrunner Rechtswahl schweizerisch-deutscher Doppelbürger bei der Nachlassplanung unter Berücksichtigung der EU-Erbrechtsverordnung	272
FACHANWALT SAV / AVOCAT SPECIALISTE FSA Arbeitsrecht (Teil 2) – Droit du travail (2^e partie)	
Daniel Alder E-Mail-Daten am Arbeitsplatz im Fokus von Datenschutz- und Arbeitsrecht	276
Gudrun Österreicher Spaniol Unternehmensinterne Untersuchungen	279
Peter Reetz/Tabea Lorenz Die revidierte SIA-Norm 118: Die wichtigsten Neuerungen im Überblick	284
Roland Pfäffli/Daniela Byland Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht an Grundstücken	289
Adrian Rufener «Durchklick»: Arbeiten in der «Cloud»	295
Adrian Rufener «Clic informatique»: Travailler dans le cloud	297
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
François Bohnet Le Tribunal fédéral, l'avocat et l'ASLOCA	305
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit	309
La FSA vous informe	311
IMPRESSUM	
Anwaltsrevue / Revue de l'avocat 16. Jahrgang 2013/16 ^e année 2013 ISSN 1422-5778	Mitarbeiter / Collaborateur Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Erscheinungsweise / Parution 10-mal jährlich / 10 fois l'an	Sekretariat SAV / Secrétariat FSA Marktgasse 4, Postfach 8321, CH-3001 Bern Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16 info@sav-fsa.ch www.sav-fsa.ch
Zitiervorschlag / Suggestion de citation Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff. Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss	Inserate / Annonces Stämpfli Publikationen AG Postfach 8326, CH-3001 Bern Tel. 031 767 83 30, Fax 031 300 63 90 inserate@staempfli.com
Herausgeber / Edité par Stämpfli Verlag AG Schweizerischer Anwaltsverband/ Fédération Suisse des Avocats	Vertrieb / Distribution Stämpfli Verlag AG Abomarketing Wölflistrasse 1, Postfach 5662 CH-3001 Bern Tel. 031 300 66 77, Fax 031 300 66 88 order@staempfli.com
Chefredaktion / Rédacteur en chef Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl) Bollwerk 21, CH-3001 Bern Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40 peter.vonins@bollwerk21.ch	Mitglieder des SAV melden sich für Adressänderungen bitte direkt beim SAV. Les membres de la FSA s'adressent directement à la FSA pour leurs changements d'adresse.
Verlag und Redaktion / Edition et rédaction Stämpfli Verlag AG juristisches Lektorat MLaw Miriam Eggimann-Jordi (Eg) Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern Tel. 031 300 63 18, Fax 031 300 66 88 www.staempfliverlag.com, miriam.eggimann-jordi@staempfli.com	Preise / Prix Jährlich / Annuel: CHF 198.–, EUR 216.– Studenten / Etudiants: CHF 98.–, EUR 129.– Einzelheft / Numéro séparé: CHF 25.–, EUR 26.– Mitglieder des SAV gratis / Membres FSA gratuit Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. / Tous les prix incluent la TVA de 2.5% Die Preisangaben in € gelten nur für Europa. Les prix indiqués en € ne sont valables que pour l'Europe.
	erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG und den Schweizerischen Anwaltsverband übergeht. Jede Verwertung und Vervielfältigung bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages. / Tous droits réservés. La revue est protégée par la législation sur le droit d'auteur. Ne sont publiées que des contributions originales qui n'ont pas encore été diffusées sous forme imprimée. Les contributions ne sont acceptées qu'à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion soit accordé à Stämpfli Editions SA et à la Fédération Suisse des Avocats. Toute exploitation et reproduction nécessite l'accord écrit de l'éditeur.
	Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen und Autoren geäußerte Meinungen und Ansichten müssen sich nicht mit denjenigen der Redaktion oder des SAV decken. / Les opinions exprimées dans cette revue par les auteurs sont personnelles et n'engagent ni la rédaction ni la FSA.
	Copyright ©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de l'Avocat>> by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern © Inhalt by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern © Gestaltung und Layout by Schweizerischer Anwaltsverband, Bern. Gestalter: grafikraum, Bern Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Veröffentlicht werden nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge. Die Aufnahme von Beiträgen

FACHANWALT SAV / AVOCAT SPECIALISTE FSA

ERBRECHT / DROIT DES SUCCESSIONS

DIE ABSETZUNG DES WILLENSVOLLSTRECKERS IM LICHT DER AKTUELLEN BUNDESGERICHTLICHEN RECHTSPRECHUNG

DANIEL ABT

Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Basel

Stichworte: Willensvollstreckerbeschwerde, Absetzung des Willensvollstreckers, Interessenkollision, Zuständigkeit, Gabelung des Rechtswegs

I. Behördliche Aufsicht und Abgrenzungen

Der Willensvollstrecker untersteht einer *behördlichen Aufsicht* (Art. 518 i. V. m. Art. 595 Abs. 3 ZGB); diese Behördenaufsicht ist zwingendes Recht.

Daneben trifft den Willensvollstrecker für seine Tätigkeit auch eine *Verantwortlichkeit*, die zivilrechtlicher, strafrechtlicher und beruflicher Natur sein kann (vgl. statt vieler BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 109 ff., m. w. H.). Gegenstand der (zivilrechtlichen) Verantwortlichkeitsklage gegen den Willensvollstrecker sind die Pflichtverletzung, der Schaden, der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden sowie das Verschulden.

Gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist von der Verantwortlichkeit die *Honorarrückforderung* bei unsorgfältiger Mandatsführung durch den Willensvollstrecker zu unterscheiden. Gegenstand der Rückforderungsklage sind die Voraussetzungen eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn die Erben ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrags mehr leisten als das vertraglich Geschuldete, oder eines vertraglichen Anspruchs, falls unter dem Vorbehalt späterer Abrechnung geleistet wurde (vgl. BGer 5A_881/2012, E. 4.1, m. w. H.).

Nachfolgend werden einige ausgewählte Aspekte der behördlichen Aufsicht, namentlich gewisse Gesichtspunkte der Absetzung, näher beleuchtet.

II. Massnahmen und Beschwerde

Die Absetzung des Willensvollstreckers ist eine von verschiedenen *Massnahmen*, die aufgrund einer Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker von der Auf-

sichtsbehörde verfügt werden können. Die Anordnung von Massnahmen von Amtes wegen und damit ohne Beschwerde kommt äusserst selten – und nur in krassen Fällen – infrage (vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 521, m. w. H.).

Neben bzw. vor der Absetzung sind insbesondere die folgenden Massnahmen erdenklich: Aufschluss über die Tätigkeit (Auskunft); Empfehlungen/Weisungen (Gebote und Verbote); Anordnung von (vorsorglichen) Massnahmen; Verweise/Ermahnung/Verwarnung; Ordnungsbussen; Art. 292 StGB (Androhung bzw. Verzeigung) (vgl. eingehend in BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 535 ff.; BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A., Zürich 2012, Rz. 308 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 348 f.).

Gegenstand der *Beschwerde* sind Handlungen des Willensvollstreckers, wobei es sich um beabsichtigte Handlungen, getroffene oder auch unterlassene Handlungen handeln kann (vgl. etwa BRÜCKNER/WEIBEL, a. a. O., Rz. 304; BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 522).

III. Grundregeln für die Anwendung von Massnahmen im Allgemeinen

Mit Blick auf die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung ist vorab zu betonen, dass für die Anwendung von Massnahmen einige *Grundregeln* gelten; hinzuweisen ist demnach auf die folgenden Prinzipien (vgl. BGer 5A_794/2011, E. 3.1; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, Art. 518 ZGB N 93):

- a) Prävention geht vor Sanktion. Folglich sind primär Empfehlungen, Weisungen, Mahnungen zu ergreifen; Verweis und Absetzungen stehen nicht im Vordergrund.

- b) Die mildere Anordnung geht der schärferen Anordnung vor.
- c) Die Massnahme muss notwendig und verhältnismässig sein.

IV. Absetzung im Besonderen

Zu den eingangs erwähnten Massnahmen gegen Handlungsweisen des Willensvollstreckers gehört auch – gleichsam als letzte Massnahme im Sinne einer *Ultima Ratio* – die *Absetzung*. Gemäss Rechtsprechung und Lehre (vgl. im Einzelnen BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 103 f., m. w. H.; BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 548, m. w. H.) ist die Absetzung gerechtfertigt:

- bei wiederholter Pflichtverletzung;
- bei grober Pflichtverletzung;
- bei fehlender Vertrauenswürdigkeit (etwa wenn «Mischgeschäfte» getätigt werden, vgl. dazu unten sub Ziffer VI./c.);
- bei Unfähigkeit/fehlender Eignung i. S. v. Erbnwürdigkeit (vgl. BGE 132 III 305, E. 6.5);
- bei lang dauernder Krankheit oder Abwesenheit;
- bei Gefährdung des Nachlassvermögens.

Die Absetzung kann verfügt werden, ohne dass der Willensvollstreckter ein Verschulden trifft (etwa bei lang dauernder Krankheit) und ohne dass im Nachlass bzw. bei den Erben ein Schaden eingetreten ist (vgl. BGer 5A_794/2011, E. 5.2).

Teilweise wird in der Doktrin – wohl mit Blick auf die oben erwähnten Grundregeln – festgehalten, dass die Absetzung nur dann zur Anwendung kommt, wenn alle angeordneten Massnahmen bzw. ein vorangegangenes Aufsichtsverfahren nicht zum Ziel führten (vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 547; in diesem Sinne auch BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 103).

Zu beachten ist jedoch, dass – je nach Sachverhalt – die Absetzung als schärfste Massnahme angeordnet werden kann, ohne dass vor der Absetzung zuerst eine mildere Massnahme (wie etwa eine Verwarnung) verfügt wird; eine *direkte Absetzung* kann ohne Weiteres zulässig sein, wenn sie sich in einem konkreten Fall als die einzig richtige Massnahme erweist (vgl. insbesondere BGer 5A_794/2011, mit Besprechung von KARRER, in: *successio* 2013, 63 ff., 66).

V. Zum Absetzungsgrund der Interessenkollision

Besonders hinzuweisen ist auf den Absetzungsgrund der *Interessenkollision*. In der Rechtsprechung wird er regelmässig als «besonderer Absetzungsgrund» bezeichnet (vgl. BGE 90 II 376, E. 3; BJM 1990, 83, 85).

Hier stellt sich die Frage betreffend einer Gabelung oder Spaltung des Rechtsweges. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt das Folgende:

- Grundsätzlich sind – wie erwähnt – Massnahmen gegen den Willensvollstreckter (wie Absetzung etc.) bei der Aufsichtsbehörde zu beantragen.

- Jedoch soll in den Fällen, in denen sich eine Interessenkollision des Willensvollstreckers ergibt, weil sie vom Erblasser selber geschaffen wurde oder ihm jedenfalls bekannt und von ihm als fortbestehend qualifiziert wurde, das Absetzungsbegehren auf die Geltendmachung eines Ungültigkeitsgrundes hinauslaufen, der vom Zivilrichter in einem kontradiktorischen Verfahren zu entscheiden ist, wobei dem Willensvollstreckter Parteistellung zukommen soll.

Das Bundesgericht hat in Bezug auf eine solche Konstellation in BGE 90 II 376, E. 3, festgehalten, dass das zu ergreifende Rechtsmittel jedoch nicht eine auf Art. 519 ZGB beruhende Anfechtungsklage sei.

Demgegenüber hat das Bundesgericht im Entscheid BGer 5A_414/2012 (unter Verweis auf BGE 90 II 376, E. 3) bemerkenswerterweise erkannt, dass es sich um eine Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519/520 ZGB handle (vgl. E. 4.1).

Gemäss der erwähnten Rechtsprechung ist demzufolge zu unterscheiden zwischen ursprünglich vorliegenden und später auftretenden Absetzungsgründen. Ursprünglich vorliegende Gründe sollen gemäss Rechtsprechung einen Ungültigkeitsgrund (irgendwelcher Art, wobei auch noch unklar ist, um welche Art der Ungültigkeitsklage es sich handeln soll) betreffend die letztwillige Einsetzung des Willensvollstreckers darstellen. Hier ist der ordentliche Zivilprozess zu beschreiten (Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde [Art. 202 ff. ZPO], alsdann Klage beim ordentlichen Richter [Art. 220 ff. ZPO]).

Liegt jedoch ein später auftretender Absetzungsgrund vor (wenn etwa die Interessenkollision dem Erblasser nicht bekannt war oder sie erst nach seinem Ableben aufgetreten ist), soll er im Beschwerdeverfahren geltend zu machen sein.

Für die Praxis bedeutet dies, dass der Berechtigte bei unklaren Verhältnissen u. U. gehalten ist, gleichzeitig beim ordentlichen Richter eine Ungültigkeitsklage (unter Wahrung der Verwirkungsfrist gemäss Art. 521 ZGB) und bei der Aufsichtsbehörde eine Aufsichtsbeschwerde einzureichen (vgl. so auch BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 105, m. w. H.).

VI. Würdigung und Fazit

Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist bei Lichte betrachtet nicht überzeugend.

- a) Der Entscheid BGer 5A_414/2012 basiert auf einer unpräzisen Wiedergabe bzw. Analyse von BGE 90 II 367 ff.

Im amtlich publizierten Entscheid wurde explizit festgehalten, dass es sich beim zu ergreifenden Rechtsmittel *nicht* um eine Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 ZGB handle. Dagegen wird im unpublizierten Entscheid in E. 4.1 ausgeführt, dass es sich um eine Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519/520 ZGB handle, wobei dies überhaupt nicht begründet bzw. substantiiert wird.

b) Bemerkenswert ist sodann, dass das Bundesgericht in BGE 90 II 376, E. 4, relativierend festgehalten hat, dass von Bundesrechts wegen eine gerichtliche Zuständigkeit für die Geltendmachung derartiger – im ZGB gar nicht vorgesehener – Testamentsmängel nicht vorgeschrieben sei, weshalb Entscheide von Verwaltungsbehörden nicht verpönt seien.

Diese Erwägung in BGE 90 II 376, mit der das Bundesgericht seine vorangehende Erwägung relativiert (und im Ergebnis auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage hinweist), wird im unpublizierten Entscheid BGer 5A_414/2012, E 4.1, schlicht übergangen.

c) Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zudem der Entscheid BGer 5A_794/2011.

Das BGer bestätigte darin die (direkte) Absetzung eines Willensvollstreckers wegen grober Pflichtverletzung und mangelnder Vertrauenswürdigkeit. Es hat festgehalten, dass die Aufsichtsbehörde das formelle Vorgehen und die persönliche Eignung des Willensvollstreckers sowie die pflichtgemässe und zweckmässige Amtsführung zu prüfen habe. Der Willensvollstrecker verfüge aber über einen Ermessensspielraum, weshalb sich das Bundesgericht bei der Überprüfung eine Zurückhaltung aufzuerlegen habe (vgl. BGer 5A_794/2011, E. 3.1 und 3.2).

Im konkreten Fall hatte der Willensvollstrecker jedoch «Mischgeschäfte» getätigt, sodass private Interessen des Willensvollstreckers involviert waren, womit eine Interessenkollision gegeben war (vgl. E. 3.3 und 5.2).

Der Entscheid ist einlässlich und sauber begründet und letztlich überzeugend (vgl. in diesem Sinne auch die Besprechung von KARRER, in: *successio* 2013, 63 ff., 67). Dennoch (oder gerade deshalb?) wird die Frage der Gabelung des Rechtsweges bei Interessenkollision des Willensvollstreckers in diesem Entscheid gar nicht thematisiert.

d) Sodann ist augenfällig, dass die Rechtsprechung des BGer betreffend Erhebung einer Ungültigkeitsklage bei einer Interessenkollision nicht zu Ende gedacht ist und zu problematischen Ergebnissen führen würde.

Bei der Ungültigkeitsklage besteht weder eine aktive noch eine passive notwendige Streitgenossenschaft, sodass dem Urteil letztlich nur – aber immerhin – inter-partes-Wirkung zukommt (vgl. PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 56 und N 73 ff.).

Damit hat das Urteil keine erga-omnes-Wirkung, sondern lediglich relative Wirkung, es besteht mithin Teilungültigkeit in personeller Hinsicht. Dies würde bedeuten, dass in Bezug auf den obsiegenden Kläger der Willensvollstrecker abgesetzt, in Bezug auf weitere Nachlassbeteiligte (wie Miterben, die sich am Streit nicht beteiligt haben, oder Dritte) jedoch weiterhin im Amt wäre.

Es ist offensichtlich, dass ein derartiges Ergebnis zu völliger Rechtsunsicherheit führen würde und damit per se inakzeptabel ist.

Demnach ist die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich Gabelung des Rechtsweges beim Absetzungsgrund der Interessenkollision (basierend auf BGE 90 II 376 ff., jedoch unpräzise weitergeführt im Entscheid BGer 5A_414/2012) abzulehnen.

Nach hier vertretener Auffassung sollte infolgedessen für die Absetzung des Willensvollstreckers bei Interessenkollision (ungeachtet der Frage, ob ursprünglich vorliegende oder nachträglich auftretende Gründe vorliegen) grundsätzlich die Aufsichtsbehörde zuständig sein (vgl. in diesem Sinne auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, 347 f.; ähnlich BRÜCKNER/WEIBEL, a. a. O., Fn. 615; a. M. BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 454; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, Art. 517 ZGB N 14).