

Sorgfalt in der Vermögensverwaltung durch den Willensvollstrecker

von

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, Universität St. Gallen
successio 2007, S. 178 - 185

I.	Einleitung	1.1.
II.	Rechtsgrundlagen	
1.	Bestimmungen im Erbrecht	2.1.
2.	Obligationenrechtliche Regelung	2.2.
III.	Besonderheit auf Grund der Aufgabe des Willensvollstreckers	3.1.
1.	Massgeblicher Wille	3.2.
2.	Zeitliche Dimension	3.9.
3.	Örtliche Ausrichtung	3.14.
4.	Konsequenzen für die Risikofähigkeit	3.17.
5.	Konsequenzen für die einzelnen Aufgaben	
a.	Feststellung, Anlage und Bewahrung des Vermögens	3.19.
b.	Ausrichtung der Vermächtnisse	3.26.
c.	Vorbereitung und Durchführung der Teilung	3.30.
IV.	Folgerung	4.1.

Literatur:

PETER BREITSCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar;

PETER BRÜGGER, Die Sicherungsmittel der Erbschaft, Diss. Bern 1941;

JEAN-NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, Bern 2002;

ESCHER/ESCHER, Zürcher Kommentar;

BRUNO HUWILER, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar

MARTIN KARRER, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB Bd II, Basel 2003;

PETER TUOAR/VITO PICENONI, Berner Kommentar;

Anhang:

- BGer, 5P.440/2002, v. 23. 12. 2002;
- BGer, 5C.119/2004, v. 23. 12. 2004.

I. Einleitung

1.1. Das Gesetz weist dem Willensvollstrecker die Aufgaben zu, den **Willen des Erblassers zu vertreten**¹. Mit dieser kühnen Formulierung verlängert der Gesetzgeber den Willen des Erblassers über seinen Tod hinaus. Er ermöglicht es ihm auch über den Tod hinaus auf Veränderungen zu reagieren und auch nach dem Ableben einen rechtsgeschäftlichen Willen zu bilden. Die Formulierung des Gesetzes ist sorgfältig und präzise. Der Willensvollstrecker vertritt nicht den Verstorbenen. Das ist auch gar nicht möglich, den die Rechtsfähigkeit erlischt mit dem Tod². Der Willensvollstrecker vertritt den **Willen** des Verstorbenen. Der Wille ist aber nicht rechtsfähig. Er kann somit nicht rechtsgeschäftlich vertreten werden. Die Formulierung hat somit auch eine andere Bedeutung. Vertreten wird nicht der Erblasser. Vertre-

¹ Art. 518 Abs. 2 ZGB.

² Art. 11 und 31 ZGB.

ten werden aber auch nicht die Erben³. Der Willensvollstrecker handelt aus eigenem Recht⁴ und tritt in eigenem Namen auf⁵. Bei den Verpflichtungen, die er eingeht, handelt es sich um Erbschaftsschulden⁶, für welche die Erben haften. Sie werden deshalb durch die Handlungen des Willensvollstreckers berechtigt und verpflichtet. Für die Willensbildung sind aber die Wünsche und Anliegen des Erblassers massgeblich.

1.2. Um diesen Willen vertreten zu können, gibt das Gesetz dem Willensvollstrecker **verschiedene Befugnisse**. Er kann insbesondere:

1. die Erbschaft verwalten,
2. die Schulden des Erblassers bezahlen,
3. die Vermächtnisse ausrichten und
4. die Teilung nach den Anordnungen des Erblassers oder nach Gesetz ausführen.

1.3. Seine Aufgabe deckt sich damit teilweise mit jener der **Erbschaftsverwaltung**. Diese dient der Erhaltung und Sicherung der Erbschaft⁷. Sie ist im wesentlichen immer dann anzuordnen, wenn Ungewissheit über die Erben besteht oder aus bestimmten Gründen für die Erbengemeinschaft niemand handeln kann. Der Zielsetzung der Erbschaftsverwaltung gemäss, hat der Erbschaftsverwalter jene Handlungen vorzunehmen, welche der Erhaltung und Sicherung des Nachlasses dienen. Wie der Willensvollstrecker hat der Erbschaftsverwalter seiner Bezeichnung entsprechend die Erbschaft zu verwalten. In diesem Rahmen kann er auch über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen. Seine Befugnisse sind allerdings – im Gegensatz zu jenen des Willensvollstreckers – auf konservatorische Funktionen eingeschränkt⁸. Er hat sich auf Wert erhaltende Massnahmen zu beschränken⁹. Liquidationshandlungen gehören nicht zu seinen Aufgaben¹⁰. Entsprechend ist er auch für die Ausrichtung der Vermächtnisse und die Teilung der Erbschaft nicht zuständig¹¹. Er hat die Erbschaft nach Beendigung seiner Aufgabe der *Gesamtheit* der Erben auszuhändigen¹². Demgegenüber sieht das Gesetz bei der Umschreibung der Aufgaben des **Willensvollstreckers** ausdrücklich die Teilung der Erbschaft und die Ausrichtung der Vermächtnisse vor¹³. Die Rechte des Willensvollstreckers gehen weiter als jene des Erbschaftsverwalters.

1.4. Sowohl zu den Aufgaben des Willensvollstreckers wie auch des Erbschaftsverwalters gehört es, den Nachlass festzustellen und zu sichern. Er hat die Befugnis zur **Prozessführung** im Rahmen seiner Aufgabe¹⁴. Er tritt selbständig und in eigenem Namen auf, handelt aber auf Rechnung der Erbschaft¹⁵. Soweit es um Aktivprozesse geht, ist seine Prozessführung eine ausschliessliche. Beklagte können demgegenüber auch die provisorischen Erben sein, weil es hier auch um ihre persönliche Haftung geht¹⁶.

³ KARRER, N. 6 ff. der Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB und N. 4 zu Art. 519 ZGB..

⁴ BGer, 5P.440/2002, v. 23. 12. 2002, E.2.2.

⁵ KARRER, N. 8 der Vorbem. zu Art. 517/518 ZGB.

⁶ KARRER, N. 35 zu Art. 519 ZGB.

⁷ KARRER, N. 1 zu Art. 554 ZGB.

⁸ KARRER, N. 39 zu Art. 554.

⁹ ESCHER/ESCHER, Zürcher Kommentar, N. 15 zu Art. 554 ZGB.

¹⁰ PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar, N. 18 zu Art. 554 ZGB.

¹¹ ESCHER/ESCHER, N. 17 zu Art. 554 ZGB; KARRER, N. 48 zu Art. 554 ZGB.

¹² TUOR/PICENONI, N. 22 zu Art. 554 ZGB.

¹³ Art. 518 Abs. 2 ZGB; vgl. ESCHER/ESCHER, N. 16 zu Art. 518 ZGB.

¹⁴ ESCHER/ESCHER, N. 16 zu Art. 554 ZGB; KARRER, N. 51 zu Art. 554 ZGB.

¹⁵ KARRER, N. 52 zu Art. 554 ZGB; BRÜGGER, S. 62.

¹⁶ KARRER, N. 53 zu Art. 554 ZGB.

II. Rechtsgrundlagen

1. Bestimmungen im Erbrecht

2.1. Die Willensvollstreckung ist im Erbrecht **sehr rudimentär** geregelt. Nur zwei Bestimmungen befassen sich ausdrücklich mit diesem Rechtsinstitut¹⁷. Art. 518 Abs. 1 ZGB erklärt aber auch die Bestimmungen über die amtliche Erbschaftsverwaltung als auf die Willensvollstreckung anwendbar. Damit kommen auch die diesbezüglichen Bestimmungen zur Anwendung. Allerdings sind auch diese sehr kurz¹⁸. Die Regelung beschränkt sich im wesentlichen auf die – für die Willensvollstreckung unwesentliche – Nennung der Voraussetzungen für die Anordnung der Erbschaftsverwaltung.

2. Obligationenrechtliche Regelung

2.2. Das Gesetz regelt dies zwar nicht ausdrücklich. Es ist aber unbestritten, dass auf den Willensvollstrecker subsidiär die Bestimmungen über den einfachen Auftrag¹⁹ zur Anwendung gelangen²⁰. Das ist insbesondere bezüglich der Sorgfaltspflichten und der Verantwortlichkeit von Bedeutung²¹.

III. Besonderheit auf Grund der Aufgabe des Willensvollstreckers

3.1. Obgleich der Willensvollstrecker weder den Erblasser noch die Erben vertritt und in eigenem Namen handelt ist seine Tätigkeit keine eigen- sondern eine **fremdnützige**. Er handelt gemäss den Anweisungen des Erblassers im Interesse der Erben und gegebenenfalls der weiteren Begünstigten. Das ist auch bei der Vermögensverwaltung zu beachten.

1. Massgeblicher Wille

3.2. Der Willensvollstrecker hat den Willen des Erblassers zu erfüllen. Dabei geht es **grundsätzlich** um dessen **letzten Willen**. Der Willensvollstrecker hat sich danach zu richten, was der Erblasser am Ende seines Lebens gewollt hat. Willensänderungen sind deshalb zu berücksichtigen. Es geht um die Berücksichtigung des wirklichen Willens. Von daher kann nur Massgeblich sein, was der Erblasser im Zustand der Urteilsfähigkeit gewollt hat. Diese ist Frage spezifisch zu beurteilen.

3.3. Die Willensvollstreckung kann **nur in einer letztwilligen Verfügung** und nicht auch in einem Erbvertrag angeordnet werden. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzestext²². Es macht mit Blick auf die Persönlichkeitsbezogenheit einer Vertretung auch inhaltlich Sinn. Es stimmt mit der zwingenden jederzeitigen Widerruflichkeit eines Auftrages überein. Zu Beachten ist allerdings, dass die Urkunde eines Erbvertrages auch letztwillige, d.h. testamentarische Bestimmungen enthalten kann²³. Es ist deshalb ohne weiteres möglich, in einem Erbvertrag eine Willensvollstreckung anzuordnen. Diese Anordnung wird aber von der bindenden erbvertraglichen Wirkung nicht erfasst²⁴. Dass ist für die Interpretation des Willens von Bedeutung. Massgeblich ist auch bei einer Anordnung in einem Erbvertrag nur der Wille des Erblassers, nicht auch der anderen Vertragspartei. Zudem wird der Wille des Erblassers durch

¹⁷ Art. 517 und 518 ZGB.

¹⁸ Art. 554 und 555 ZGB.

¹⁹ Art. 394-406 ZGB.

²⁰ BGE1101 II 53; **DRUEY**, § 14 Rz. 41; **KARRER**, N. 12 zu Art. 518 ZGB.

²¹ Vgl. BGer. 5C.119/2004, v. 23. 12. 2004, E. 2.2.

²² Art. 517 Abs. 1 ZGB.

²³ BGE 101 II 305.

²⁴ **KARRER**, N. 3 zu Art. 517 ZGB.

die Vertragserrichtung nicht petrifiziert. Veränderungen sind weiter möglich, weil der Erblasser nicht an seinen damaligen Willen gebunden ist²⁵.

3.4. Zu beachten ist allerdings der **letzter Wille nicht nur im Sinne einer Verfügung von Todeswegen**. Vielmehr ist die Ermittlung der für die Wahrnehmung des Amtes wesentlichen Willens nicht an eine Form gebunden. Massgeblich sind alle Willensäusserungen oder Willensbekundungen des Erblassers, die auf seinen Willen am Ende seines Lebens schliessen lassen²⁶.

3.5. Der Erblasser kann dem Willensvollstrecker auch **persönlichkeitsbezogene** Aufgaben übertragen. Er kann auch für die vermögens- oder rechtshandlungsbezogenen Aufgaben seine Persönlichkeit betreffende Anordnungen erteilen²⁷. Auch diese Anordnungen und Willensäusserungen hat der Willensvollstrecker grundsätzlich zu beachten. Die Aufgabe des Willensvollstreckers erfasst nicht nur Rechtsgeschäfte sondern auch tatsächliche Handlungen.

3.6. Die Berücksichtigung des erblasserischen Willen findet in der Rechtmässigkeit eine wesentliche Schranke. **Ein rechtswidriger Wille ist grundsätzlich nicht zu berücksichtigen**. Allerdings ist auch hier zu differenzieren. Sofern der Wille des Erblassers oder allenfalls der Erben eine Verletzung zwingender Bestimmungen erfordert, ist dieser Wille nicht zu berücksichtigen. Namentlich ist der Erblasser zwingend verpflichtet, Schwarzgeld den Steuerbehörden zu melden, wenn dies die Erben nicht von sich aus tun²⁸. Soweit der erblasserische Wille aber ausschliesslich die Rechte einzelner Privater, namentlich der Pflichtteilsrben, verletzt, ist es nicht am Willensvollstrecker diese privaten Interessen von sich aus durchzusetzen. Er hat die Betroffenen über ihre Rechte zu informieren. Sodann ist es an ihnen zu entscheiden, ob sie auf ihren Rechten bestehen wollen oder nicht.

3.7. Fraglich kann erscheinen, wie der Willensvollstrecker korrekter Weise vorgehet, wenn der **Erblasser bewusst eine rechtswidrige Anordnung** getroffen hat und der Willensvollstrecker diese ohne weiteres auch gegen den Willen des verletzten durchsetzen kann. Es kommt immer wieder vor, dass namentlich bei erheblichen Vermögen Erblasser anordnen, einem Kind sei sein Erbteil erst in einem gewissen, weit über der Mündigkeit liegenden Alter zur freien Verfügung zu übergeben. Vorher sei diesem Kind die Verwaltung vorzuenthalten und es seien ihm bis dann nur die Erträge auszurichten. Ist die Frist nicht all zu lange, kann der Willensvollstrecker mit Verzögerungen in der Nachlassabwicklung ohne weiteres diesem Willen Nachachtung verschaffen. Das Verhalten des Willensvollstreckers ist wohl auch in diesen Fällen rechtswidrig, was allerdings – von allfälligen Prozesskosten abgesehen – ohne Folgen bleibt.

3.8. Weil der Willensvollstrecker fremde Interessen wahrnimmt, hat er auch den übereinstimmenden **Willen aller am Nachlass berechtigter** zu befolgen. Auch wenn keine Einigung vorliegt, ist der Wille der Erben zu beachten. Namentlich hat er mit Blick auf die Teilung die Wünsche bezüglich Erhaltung bestimmter Vermögensgegenstände zu respektieren²⁹. Er hat sich nach den Wünschen zu erkunden und diese zu Berücksichtigen³⁰. Konkrete Anweisungen des Alleinerben sind zu befolgen und dessen Interessen zu wahren. Erweisen sich die entspre-

²⁵ ESCHER/ESCHER, N. 1a zu Art. 517 ZGB; DRUEY, § 10Rz. 18; KARRER, N. 2 zu Art. 517 ZGB.

²⁶ KARRER, N. 3 zu Art. 518 ZGB.

²⁷ KARRER, N. 3 zu Art. 518 ZGB.

²⁸ KARRER, N. 33b zu Art. 518 ZGB.

²⁹ BGer, 5P.440/2002, v. 23. 12. 2002, E.2.2.

³⁰ KARRER, N. 16 zu Art. 518 ZGB.

chenden Anweisungen als wenig Sinnvoll, kommt dem Willensvollstrecker auch eine Beratungsaufgabe zu und er hat gegebenenfalls die Erben abzumahn³¹.

2. Zeitliche Dimension

3.9. Der Willensvollstrecker hat bei der Vermögensverwaltung die zeitliche Dimension seiner Aufgabe zu beachten. Seine Aufgabe bezweckt es den Übergang der Verfügungsmacht über das Vermögen vom Erblasser auf die Erben und übrigen Berechtigten herbeizuführen. Die Aufgabe ist beendet, wenn der Erbgang abgewickelt und die Berechtigten in der Lage sind, selber über alle Nachlasswerte zu verfügen. Es ist eine **befristete Aufgabe**. Die mutmassliche Dauer dieser Aufgabe ergibt den Zeithorizont für die Vermögensverwaltung.

3.10. Es wäre nun aber **falsch**, dass ganze **Vermögen auf das Ende der Aufgabe hin**, aber nur auf diesen Zeitpunkt hin **anzulegen**. Zum einen wird in aller Regel bereits vorher ein gewisses Mass an Liquidität erforderlich sein. Zum andern kann es sinnvoll erscheinen, die Anlagen auf einen weiteren Zeithorizont auszurichten.

3.11. Der Willensvollstrecker hat darauf zu achten, dass der Nachlass ordentlich abgewickelt werden kann. Während der Nachlassabwicklung sind in aller Regel eine Vielzahl von teilweise erheblichen Schulden zu bezahlen. So kann die Erbschaftssteuer erhebliche Beträge ausmachen. Solche können auch durch die Gebühren der Erbschaftsämter anfallen. Der Willensvollstrecker hat darauf zu achten, dass die dafür **nötige Liquidität** bereit steht³². Entsprechend sind Nachlasswerte zu versilbern. Welche Werte erhalten und welche veräussert werden, hängt von den Wünschen der Erben ab und hat sich nach den Bedürfnissen der Erbteilung zu richten.

3.12. Mit der Erbteilung geht die Verwaltung in die Hände jedes einzelnen Erben über. Dann kann auch jeder selber über die künftige Anlagestrategie entscheiden. Die Anlagen müssen somit so gewählt werden, dass **eine Änderung der Anlagestrategie dereinst in der von der gebotenen Sorgfalt bestimmten Zeitspanne möglich sein wird**. Das heisst aber nicht, dass über diesen Zeitpunkt hinaus keine Verpflichtungen eingegangen werden könnten. Überdies ergibt sich daraus auch nicht zwingend, dass der Anlagehorizont auf diesen Zeitpunkt ausgerichtet werden muss. Es kann durchaus im Interesse der Erben liegen, den Anlagehorizont auf einen späteren Zeitpunkt auszurichten, wenn das Erbe grundsätzlich weiterhin angelegt bleiben soll und der Erblasser bis jetzt bereits einen weiteren Horizont berücksichtigt.

3.13. Entscheidend ist allerdings, dass jeder Erbe mit dem Ende der Willensvollstreckung über sein Vermögen selber verfügen können muss. Die Anlagen dürfen somit nicht zu einer über diesen Zeitpunkt hinaus gehenden festen Bindung des ganzen Vermögens führen. Ob der Anlagehorizont auch für die Anlagestrategie Bedeutung hat, ist keine juristische sondern eine **finanzwirtschaftliche Frage**, welche von den Bankfachleuten zu entscheiden ist.

3. Örtliche Ausrichtung

3.14. Zu beachten ist für die Vermögensanlage immer auch die örtliche Dimension. Beim Festsetzen einer Anlagestrategie ist immer auch eine **Leitwährung** festzusetzen. Der Willensvollstrecker hat das Vermögen den Erben auszuliefern, nicht einen bestimmten Geldbetrag. Ob seine Vermögensverwaltung zu einem Schaden geführt hat oder nicht, lässt sich des-

³¹ BGer. 5C.119/2004, v. 23. 12. 2004.

³² BGer. 5C.119/2004, v. 23. 12. 2004, E. 2.2.

halb nicht in jedem Fall in Schweizerfranken bestimmen. Währungsschwankungen können sich von daher sehr unterschiedlich auswirken.

3.15. In aller Regel wird es sich für einen schweizerischen Willensvollstrecker bei der Leitwährung um Schweizer Franken handeln. Sind aber alle Erben im Ausland macht es wenig Sinn auf eine schweizerische Währung abzustellen. Dann muss die Anlage u.U. auf die entsprechende ausländische Währung ausgerichtet sein.

3.16. Bei der Wahl der Leitwährung wird regelmässig auch auf den Willen des Erblassers Rückgriff zu nehmen sein. In erster Linie ist seine Wahl massgeblich. Sie manifestiert sich durch die **bisherige Vermögensanlage**. Von dieser Wahl ist nur abzuweichen, wenn die Interessen der am Nachlass berechtigten, namentlich der Erben, etwas Anderes klar erkennen lassen.

4. Konsequenzen für die Risikofähigkeit

3.17. Grundsätzlich kann es nicht die Aufgabe des Willensvollstreckers sein einen möglichst hohen Ertrag zu erwirtschaften und dafür den Nachlass risikoreich anzulegen. Die **zeitliche Dimension schränkt** in aller Regel die **Risikofähigkeit** stark ein. Das Vermögen muss relativ rasch teilbar und zu einem Zeitpunkt möglichst vollständig Verfügbar sein. Die Risikofähigkeit hängt aber in starkem Ausmass auch von der Grösse des Nachlasses ab. Es liegt auf der Hand, dass bei einem grossen Nachlass die Liquiditätsbedürfnisse geringer sind und damit die Risikofreudigkeit zunimmt. Zu beachten ist immer auch, wie viele Personen am Nachlass berechtigt sind. Um so mehr aufgeteilt werden muss, um so kleiner ist die Risikofähigkeit.

3.18. Während sich die Risikofähigkeit ihrer Natur nach objektiv bestimmt, richtet sich die **Risikobereitschaft** in erster Linie nach dem Willen des Erblassers. Er hat bestimmte Anlagen gewählt und damit seine Risikobereitschaft kund getan. Der Willensvollstrecker darf sich auf diesen Entscheid berufen und – soweit sich Veränderungen nicht aufdrängen – an der bisherigen Anlagestrategie festhalten³³.

5. Konsequenzen für die einzelnen Aufgaben

a. Feststellung, Anlage und Bewahrung des Vermögens

3.19. In erster Linie hat der Willensvollstrecker festzustellen, was als Nachlassvermögen vorhanden ist. Er hat dafür zwingend ein **Inventar** aufzunehmen, welches die Aktiven und Passiven verzeichnet. Er kann selbstverständlich auch bestehende Inventare verwenden, namentlich wenn der Willensvollstreckung eine Erbschaftsverwaltung vorausgegangen ist und ein öffentliches Inventar aufgenommen worden ist.

3.20. Es ist unumgänglich, dass mit dem Inventar eine **Schätzung** verbunden wird, jedenfalls wenn mehr als ein Erbe vorhanden ist. Der Willensvollstrecker hat die Erbteilung vorzubereiten. Ohne Schätzung ist eine Teilung aber nicht möglich, wenn nicht alle Vermögenswerte gegenständlich in eine genügende Anzahl genau gleicher Teile aufgeteilt werden können. Unabhängig davon ist m.E. eine Schätzung auch unumgänglich, wenn die Willensvollstreckung eine gewisse Zeit dauern wird und der Willensvollstrecker sich von daher um die Vermögensanlage kümmern muss. Wie aufgezeigt ist die Grösse des Vermögens für die Risikofähigkeit von Bedeutung.

³³ BGer, 5P.440/2002, v. 23. 12. 2002, E.2.3.

3.21. Sodann hat der Willensvollstrecker über die **Anlage des Vermögens zu entscheiden**. Er hat in jedem Fall die bisherigen Anlagen zu prüfen und sich zu Fragen, ob Veränderungen vorzunehmen sind. Er hat in diesem Rahmen eine Anlagestrategie zu entwickeln, wobei die bisherige Anlagestrategie, namentlich das Risikoverhalten, den Willen des Erblassers wiedergibt³⁴. Da er dessen Willen vertritt, kann, darf und muss er in aller Regel diese Strategie beibehalten. Das trifft allerdings dann nicht zu, wenn der Erblasser die Anlage selber aktiv betrieben hat. Mit seinem Tod entfällt die Möglichkeit, diese Strategie in der bisherigen Art weiterzuführen.

3.22. Die Strategie ist zu ändern, wenn **alle Erben diese wollen**. Der Willensvollstrecker hat diesfalls allerdings Aufklärungspflichten. Wie weit diese gehen, hängt von seiner eigenen beruflichen Stellung ab. Seine Aufklärungspflicht ist anders zu beurteilen, wenn es sich um einen professionellen Willensvollstrecker handelt als wenn einer der Miterben als Willensvollstrecker bezeichnet worden ist. Die Wünsche eines Erben, bestimmte Werte nicht zu veräussern, ist zu berücksichtigen, wenn die entsprechenden Werte in der Erbteilung von einzelnen berechtigten beansprucht werden³⁵.

3.23. Bei der Vermögensanlage durch den Willensvollstrecker ist immer zu beachten, dass es um die **Anlage fremden Vermögens** und damit auch um die Wahrung fremder Interessen geht. Es trifft zu, dass professionelle Anleger regelmässig fremdes Vermögen anlegen, nämlich jenes ihrer Kunden. Im Unterschied zum Willensvollstrecker entscheidet aber der Kunde selber über die Fortführung oder Änderung der Anlagestrategie. Auch wenn er kaum sich täglich die entsprechenden Fragen stellt, hätte er doch immer die Möglichkeit, die Strategie abzuändern.

3.24. Als erstes hat der Willensvollstrecker stets den **Zeithorizont** seines Amtes abzuschätzen und die Liquiditätsbedürfnisse zu klären. Er hat sodann die Leitwährung zu bestimmen. Auf Grund der verschiedenen aufgezeigten Elemente ist die Risikofähigkeit zu prüfen und zu klären, ob die bisherige Anlagestrategie den Verhältnissen des konkreten Falls entspricht. Anschliessend ist zu entscheiden, ob die Anlagestrategie zu ändern, bzw. gegebenenfalls überhaupt eine zu entwickeln ist. Zu beachten ist dabei insbesondere, dass - je nach Verwandtschaftsgrad der Erben - erhebliche Erbschaftssteuern anfallen können für die ein Liquiditätsbedürfnis besteht. Die Erben sind bezüglich des für die Anlagestrategie massgeblichen Zeithorizonts auf diese Liquiditätsbedürfnisse hinzuweisen und gegebenenfalls im Einverständnis der Erben die notwendigen Massnahmen zu ergreifen.

3.25. Grosse Bedeutung kommt ohne Zweifel dem **hypothetischen Willen** des Erblassers zu. Es geht um die Verwaltung *fremden* Vermögens. Ein objektiv eindeutig richtiges Risikoverhalten gibt es nicht. Es muss deshalb auf die subjektive Risikobereitschaft abgestellt werden. Dabei kann auf das Verhalten und die Überlegungen des Verstorbenen abgestellt werden. Da die Vermögensverwaltung aber letztlich den an der Erbschaft berechtigten zu dienen hat, sind diese nach ihren Wünschen zu fragen. Aufgabe des Willensvollstreckers ist es sodann bei mehreren Erben deren Vorstellung unter einen Hut zu bringen. Im Zweifel ist dem hypothetischen Willen des Erblassers zu entsprechen.

³⁴ BGer, 5P.440/2002, v. 23. 12. 2002, E.2.3.

³⁵ BGer, 5P.440/2002, v. 23. 12. 2002, E.2.2.

b. Ausrichtung der Vermächtnisse

3.26. Die korrekte Ausrichtung der Vermächtnisse gehört zu den wichtigsten Aufgaben des Willensvollstreckers³⁶. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Ansprüche der Vermächtnisnehmer den Erbschaftsgläubigern nachgehen³⁷. Richten die Erben die Vermächtnisse aus, bevor die Erbschaftsschulden getilgt sind, laufen sie Gefahr auf Grund der Universalsukzession für letztere persönlich zu haften³⁸, ohne bei den Vermächtnisnehmern etwas rückfordern zu können³⁹. Die Rückforderung ist grundsätzlich nur soweit möglich, wie die Erbschaftsschulden vorher nicht bekannt waren⁴⁰. Es ist deshalb anerkannt, dass bei einer sorgfältigen Verwaltung die Vermächtnisse erst auszurichten sind, wenn die Erbschaftsschulden vollständig getilgt oder durch andere Aktive sichergestellt sind⁴¹.

3.27. Übersteigen die Vermächtnisse den Nachlass, so können die Erben eine entsprechende Herabsetzung verlangen⁴². Den Erben steht in soweit ein Gestaltungsrecht zu, als sie durch Klage oder Einrede die Herabsetzung des Vermächtnisses bewirken können⁴³.

3.28. Zudem dürfen die Vermächtnisse die Pflichtteile nicht verletzen. Die Erben haben deshalb nicht nur die Möglichkeit, die Herabsetzung nach Art. 486 ZGB zu bewirken, wenn die Vermächtnisse den Nachlass übersteigen. Sie haben vielmehr auch die Herabsetzungsklage nach Art. 522 ff. ZGB, wenn die Vermächtnisse zwar durch die Aktiven gedeckt sind, aber die Pflichtteile verletzen. Während die Herabsetzungsklage an eine Frist gebunden ist, kann der Anspruch Einredeweise jederzeit geltend gemacht werden⁴⁴. Das gilt auch für die Einrede, wenn die Vermächtnisse nicht durch die Aktiven gedeckt sind.

3.29. Sowohl für die pflichtigen Erben wie auch für die berechtigten Vermächtnisnehmer ist somit von zentraler Bedeutung zu klären, ob die Vermächtnisse die verfügbare Quote übersteigen oder nicht. Auch von daher hat der Willensvollstrecker die Vermögenswerte des Nachlasses auf den Todestag hin zu schätzen. Bestehen bestrittene Forderungen von Erbschaftsgläubigern, ist eine verbindliche Klärung nur auf dem Klageweg möglich.

c. Vorbereitung und Durchführung der Teilung

3.30 Im Gegensatz zum amtlichen Erbschaftsverwalter⁴⁵ hat der Willensvollstrecker die Teilung vorzubereiten. Der Gesetzestext überträgt ihm ausdrücklich die Aufgabe, die Teilung „auszuführen“⁴⁶. Der Text ist allerdings missverständlich. Der Willensvollstrecker hat die Teilung nur vorzubereiten und, wenn sich die Erben geeinigt oder die Teilung gerichtlich entschieden worden ist, gemäss Vertrag oder Urteil durchzuführen. Er kann aber nicht selber die Teilung autoritativ anordnen und festsetzen⁴⁷.

³⁶ **KARRER**, N. 50 zu Art. 518 ZGB.

³⁷ Art. 564 Abs. 1 ZGB.

³⁸ **TUOR/PICENONI**, N. 4 zu Art. 564 ZGB.

³⁹ **BREITSCHMID**, N. 3 zu Art. 564 ZGB.

⁴⁰ Art. 565 ZGB; **ESCHER/ESCHER**, N. 4 zu Art. 564 ZGB..

⁴¹ **KARRER**, N. 51 zu Art. 518 ZGB.

⁴² Art. 486 Abs. 1 ZGB.

⁴³ **HUWILER**, N. 8 zu Art. 486 ZGB; **TUOR/PICENONI**, N. 3 zu Art. 564 ZGB.

⁴⁴ Art. 533 Abs. 3 ZGB.

⁴⁵ **KARRER**, N. 39 zu Art. 554 ZGB; **ESCHER/ESCHER**, N. 15 zu Art. 554 ZGB.

⁴⁶ Art. 518 Abs. 2 ZGB.

⁴⁷ BGE 97 II 14; 102 II 202; **KARRER**, N. 52 zu Art. 518 ZGB; **DRUEY**, § 14 Rz. 68; **ESCHER/ESCHER**, N. 17 zu Art. 518 ZGB.

3.31. Daraus ergibt sich für den Willensvollstrecker die Verpflichtung die Vermögensverwaltung auf diesen Vorgang auszurichten. Dieser bestimmt nicht nur den Zeithorizont der Anlagen. Vielmehr sind diese auch so zu wählen, dass die Teilung möglich ist und erleichtert wird. Bestimmte Werte sind zu veräussern, damit eine Teilung möglich wird. Andere sind zu behalten, weil sie eine Teilung ermöglichen. Letzteres kann insbesondere zu treffen, wenn eine bestimmte Anlage möglicherweise einen etwas einseitigen und zu grossen Posten darstellt, aber wegen dieser Grösse auch ohne weiteres gleichmässig auf die einzelnen Lose aufzuteilen ist.

3.32. Zu beachten ist auch, dass die Erben grundsätzlich Anspruch auf die Gegenstände des Nachlasses haben. Sie müssen sich nicht mit einer Abfindung in Geld zufrieden geben. Von daher ist die bisherige Vermögensanlage möglichst zu erhalten, jedenfalls soweit die Erben die entsprechenden Vermögenswerte nicht leicht ersetzen können. Daraus kann sich eine Rechtfertigung ergeben, eine riskante Vermögensanlage zu behalten, wenn ein oder mehrere Erben diese übernehmen wollen.

IV. Folgerung

4.1. Wie aufgezeigt⁴⁸ gelangen die Bestimmungen über den einfachen Auftrag subsidiär auf den Willensvollstrecker zur Anwendung. Entsprechend richtet sich das Mass der Sorgfalt nach den gleichen Regeln wie beim Auftrag⁴⁹. Er **haftet für getreue und sorgfältige Ausführung**⁵⁰. Der Inhalt des Auftrages und damit auch die Zielrichtung der Sorgfalt ergibt sich dabei aus den dargestellten Umständen.

4.2. Damit ist allerdings noch nicht bestimmt, von welchem Sorgfaltsmassstab auszugehen ist. Bei der Willensvollstreckung liegt die Schwierigkeit darin, dass die **Verhältnisse äusserst unterschiedlich** sind. Neben professionellen Willensvollstreckern, wie Treuhändern, Banken, Notaren und Anwälten, werden häufig auch Miterben als Willensvollstrecker eingesetzt. Der Massstab kann hier nicht immer der gleiche sein. Wohl kann es beim Willensvollstrecker – wie bei jedem anderen Beauftragten – auch ein Übernahmeverschulden geben. Den Miterben oder nahen Angehörigen eines Erblassers kann aber aus Pietätsgründen eine moralische Pflicht zur Übernahme des Amtes treffen. Das muss sich auch auf die Beurteilung eines Übernahmeverschuldens und damit den Massstab seiner Sorgfalt auswirken.

4.3. Auch beim Miterben als Willensvollstrecker können die Verhältnisse sehr unterschiedlich sein. Die Ernennung kann für den Willensvollstrecker mehr **eigennützig oder fremdnützig erfolgen**. Der Erbe kann als Willensvollstrecker eingesetzt werden, um ihm damit eine erheblich stärkere Stellung zu verschaffen oder um sicher zu stellen, dass sich die geeignetste Person unter den Erben um die Nachlassabwicklung kümmert. Das darf allerdings grundsätzlich nicht zu einem unterschiedlichen Sorgfaltsmassstab führen. Namentlich sind an den mehr eigennützigen Willensvollstrecker nicht geringere Anforderungen zu stellen, obgleich dies dem Willen des Erblassers entsprechen könnte. Für die Haftung ist aber in jedem Fall zu beachten, ob der Willensvollstrecker für seine Tätigkeit entlohnt wird oder nicht und gegebenenfalls wie. Das Mass der Sorgfalt richtet sich nach den Besonderheiten des Einzelfalls und ist namentlich milder zu beurteilen, wenn die Tätigkeit für den Willensvollstrecker keinerlei Vorteile bezweckt⁵¹. Für letzteres ist entscheidend, ob der Willensvollstrecker eine Entschädigung bezieht und wie hoch diese gegebenenfalls ist. Handelt es sich um einen Miterben, ist

⁴⁸ Vorn Rz. 2.2.

⁴⁹ **KARRER**, N. 112 zu Art. 518 ZGB.

⁵⁰ Art. 398 Abs. 2 OR.

⁵¹ Art. 99 Abs. 2 OR.

aber auch zu beachten, was die Willensvollstreckung ihm für sonstige Vorteile bringt und wie sich diese zu den Vorteilen verhalten, welche die anderen am Nachlass beteiligten aus seiner Tätigkeit ziehen.

4.4. Unabhängig davon, ob es sich um einen professionellen Willensvollstrecker handelt oder um einen Miterben, der diese Funktion fremd- oder eigennützig ausübt, gehört es in jedem Fall zu seinen Sorgfaltspflichten, die Vermögensanlagen zu überprüfen und mit Blick auf die Risikofähigkeit und die Liquiditätsbedürfnisse zu entscheiden, ob sie beibehalten werden können oder andere Anlagen gesucht werden müssen.

*

Bern, 18. Juni 2006