

## **RUNDSCHREIBEN NR. 1/2003**

an die patentierten Notare und Kreisnotare im Kanton Graubünden  
betreffend

### **Beurkundender Notar als Willensvollstrecker**

#### **1. Vorbemerkungen**

- a) In vielen europäischen Staaten ist es dem Testator untersagt, den beurkundenden Notar als Willensvollstrecker einzusetzen. In der Schweiz leitet die herrschende Lehre aus dem Wortlaut von Art. 503 Abs. 2 ZGB ab, dass eine Einsetzung des beurkundenden Notars als Willensvollstrecker bundesrechtlich zulässig ist und dass eine solche Zulässigkeit auch durch kantonales Recht nicht eingeschränkt oder gar aufgehoben werden kann (Tuor, Berner Kommentar 1952, N2 + N11 /ZGB 503; Escher, Zürcher Kommentar 1959, N2 + N10 / ZGB 503). Diese Lehre ist allerdings nicht unangefochten (vgl. z.B. Sidler, Kurzkomentar zum Luzerner Beurkundungsgesetz, Luzern 1975, S. 77).
- b) Die Kommission erlässt keine allgemeinen Weisungen für den Fall, dass der beurkundende Notar Willensvollstrecker sein soll. Dazu hätte sie auch keine Befugnis. Sie möchte aber mit diesem Rundschreiben einige besonders problematische Bereiche kurz aufzeigen und damit den Notar zu selbstkritischer Beurteilung anregen.

#### **2. Kollisionen zwischen Pflichten des Notars und Pflichten des Willensvollstreckers**

- a) Der Notar übt eine hoheitliche Funktion innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus (BGE 128 I 174). Er hat in seinem Tätigkeitsgebiet "dafür zu sorgen, dass Treu und Glauben gewahrt werden" (Art. 24 GR-NV). Damit steht er unter einer allgemeinen Interessenwahrungspflicht, welche von ihm eine neutrale Stellung wie ein Treuhänder aller Beteiligten und eine gleichmässige Wahrung deren Anliegen verlangt (Ruf, Notariatsrecht,

Langenthal 1999, S. 266; Sidler a.a.O. S. 85). Deshalb darf er nicht nach erfolgter Errichtung einer öffentlichen Urkunde ein Mandat gegen eine Urkundspartei führen, wenn diese öffentliche Urkunde Gegenstand des Rechtsstreites bildet (Marti, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, S. 93; Ruf a.a.O. S. 268). Tut er es trotzdem, verletzt er eine wichtige Amtspflicht des Notars und muss eine Disziplinar massnahme gewärtigen. Auch steht der Notar unter gesetzlicher Verschwiegenheitspflicht (Art. 321 Ziff. 1 StGB; Art. 25 Abs. 1 GR-NV).

- b) Der Willensvollstrecker wird aus privatrechtlichem Auftragsverhältnis tätig. Er ist "verlängerter Arm des Erblassers zur Durchsetzung von dessen Willen gegenüber den Erben" (Brückner, Die erbrechtlichen Klagen, Zürich 1999, S. 61). Als typischer Interessenvertreter einer bestimmten Person (vgl. dazu auch Art. 518 Abs. 2 ZGB) muss er je nach Situation auch gegen den Willen von Erben oder damaligen Urkundsparteien handeln. Tut er es nicht, gewärtigt er seine Absetzung durch die zuständige Aufsichtsbehörde und Forderungen von geschädigten Personen. Für den Willensvollstrecker gibt es keine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht.
- c) Schon hieraus folgt, dass nach dem Tod des Testators die Amtspflichten des Notars und die Mandatspflichten des Willensvollstreckers zusammenstossen können. Weil der Notar zuerst die öffentliche Urkunde errichtet und später das Willensvollstreckermandat antritt, sind solche Kollisionen nur mit Verzicht auf Willensvollstrecker tätigkeiten vermeidbar.

### **3. Der Willensvollstrecker als Partei bei erbrechtlichen Klagen**

- a) Gemäss Art. 518 Abs. 1 ZGB steht der Willensvollstrecker, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt hat, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters. Er hat den Willen des Erblassers zu vertreten. Er gilt als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächnisse auszurichten und die Teilung der Hinterlassenschaft vorzubereiten. Diese gesetzlichen Aufgaben verleihen ihm schon bundesrechtlich die Parteistellung in etlichen erbrechtlichen Prozessen (vgl. BGE 116 II 133 f., mit Verweisungen; PKG 1994, S. 14 ff.). Auch Art. 24 Ziff. 5 GR-ZPO schreibt vor, dass in gerichtlichen Verfahren "Erbmassen" von Gesetzes wegen durch den "Willensvollstrecker" vertreten werden.
- b) Der Willensvollstrecker ist beispielsweise zu folgenden Klagen aktivlegitimiert (vgl. dazu Brückner a.a.O. S. 12 ff.; Künzle, Die Befugnisse des Willensvollstreckers, St. Gallen / Zürich 1999, S. 27 f.):

- Klage betreffend Nichtigkeit oder Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen
- Klage betreffend behauptetes Aktivum der Hinterlassenschaft
- Klage betreffend Herausgabe von Erbschaftssachen
- Klage betreffend Vollzug einer Auflage
- Klage betreffend Herabsetzung eines Vermächtnisses
- Klage betreffend Auskunftserteilung über Vorgänge zur Lebzeit des Erblassers

Dies kann zur Folge haben, dass der Notar, welcher die öffentliche Urkunde errichtet hat und nun als Willensvollstrecker tätig ist, manchmal zwangsläufig gegen seine damalige Urkundspartei klagen müsste.

c) Auch ist der Willensvollstrecker beispielsweise zu folgenden Klagen passivlegitimiert (vgl. dazu Brückner a.a.O. S. 12 ff. und Künzle a.a.O. S. 28 ff.):

- Prozess betreffend Nichtigkeit oder Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen, soweit es um die eigene Rechtsstellung des Willensvollstreckers geht (Ernennung, Aufgabenbereich, Entschädigung usw.)
- Prozess betreffend behauptetes Passivum der Hinterlassenschaft
- Prozess betreffend Herausgabe von Gegenständen an Erben
- Prozess betreffend Ausrichtung von Vermächtnissen

Dies kann zur Folge haben, dass der Notar, welcher die öffentliche Urkunde errichtet hat und nun als Willensvollstrecker tätig ist, manchmal zwangsläufig von seiner damaligen Urkundspartei eingeklagt würde und gegen sie handeln müsste.

#### **4. Der Willensvollstrecker als Einzelschiedsrichter**

a) Das schweizerische Recht lässt Schiedsklauseln in Verfügungen von Todes wegen nur beschränkt zu (vgl. Druey a.a.O. S. 3; Kistler, Schiedsabreden in Testamenten und Erbverträgen, Zürich 1999, S. 6 und S. 14 f., mit Verweisungen). So kann durch Testament eine Schiedsklausel bloss für die disponible Quote allseits zwingend angeordnet werden. Durch Erbvertrag darf eine umfassende Schiedsklausel einzig für die Vertragsparteien selber

zwingend angeordnet werden. Im Rahmen dieser Beschränkungen ist es auch zulässig, den Willensvollstrecker als Einzelschiedsrichter vorzusehen.

- b) Ist der beurkundende Notar nicht nur Willensvollstrecker, sondern auch Einzelschiedsrichter, können leicht weitere und schwerwiegende Kollisionen eintreten. Beispielsweise dürfte er infolge Amtspflichten als Notar nicht richterlich tätig werden, wenn er selber in seiner Eigenschaft als Willensvollstrecker Prozesspartei ist oder wenn seine damalige Urkundspartei als Prozesspartei auftritt. Hinzu kommt die zwingende Verfahrensvorschrift von Art. 18 Abs. 1 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit, wonach jede Partei gegen einen Schiedsrichter die Ausschliessungsgründe von Art. 22 OG und die Ablehnungsgründe von Art. 23 OG geltend machen kann. Alle diese Einschränkungen führen dazu, dass der beurkundende Notar und Willensvollstrecker in vielen Streitfällen trotz Testamentsanordnung gar nicht als Schiedsrichter tätig werden darf.

Deshalb empfiehlt die Kommission, dass darauf verzichtet wird, den beurkundenden Notar und Willensvollstrecker als Schiedsrichter einzusetzen.

## 5. Weitere Einzelpunkte

Die Kommission möchte bei dieser Gelegenheit noch zu ein paar anderen Beanstandungen des Notariatsinspektors einen klärenden Beitrag leisten:

### a) Erbvertragliche Willensvollstreckereinsetzung

Die Einsetzung eines Willensvollstreckers durch Erbvertrag ist gültig, hat aber die Bedeutung einer "Testamentsklausel" (Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2002, S. 624). Wie bereits erwähnt, wirken beim Erbvertrag mindestens zwei und häufig sogar noch mehr Urkundsparteien mit. Verbreitet sind Erbverträge als Familienvereinbarungen zwischen Eltern und Kindern. Letztere können noch jung sein und praktisch kein Vermögen haben. Deshalb ist im Erbvertrag klarzustellen, welche Urkundspartei einen Willensvollstrecker für ihre Hinterlassenschaft einsetzt.

### b) Bezeichnung eines Ersatz-Willensvollstreckers

Für den Ersatz-Willensvollstrecker gilt dasselbe wie für den Willensvollstrecker. Das bedeutet einmal, dass seine Einsetzung dem Testator als höchst-persönliches Recht vorbehalten ist. Der Testator kann also nicht dem Willensvollstrecker ein Substitutionsrecht einräumen oder den Ersatz-Willensvollstrecker durch eine Behörde, Amtsstelle, Gerichtsperson o.ä. bezeichnen lassen (Escher a.a.O., N2 / ZGB 517; Karrer, Basler Kommentar 1998, N5 f. / ZGB 517 und N15 / ZGB 518; Weimar, Berner Kommentar 2000,

N32 und N37/ Einleitung zu ZGB 467 ff.). Das bedeutet sodann, dass als Ersatz-Willensvollstrecker nur eine handlungsfähige natürliche Person oder eine juristische Person in Frage kommt. Nicht einsetzbar wäre beispielsweise eine Behörde oder Amtsstelle, ein Gericht, eine Personengesamtheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit, eine Zweigniederlassung einer Bank oder ein als Einzelfirma, Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auftretendes Treuhandbüro ohne Bezug auf eine dort tätige Person. Das bedeutet ferner, dass die Person des Ersatz-Willensvollstreckers klar bezeichnet oder zumindest eindeutig bestimmbar sein muss. Ein blosses Stichwort zu Büropartner oder Geschäftsnachfolger genügt nicht.

c) Aufhebung einer erbvertraglichen Willensvollstreckereinsetzung

Auch wenn die Einsetzung des Willensvollstreckers durch Erbvertrag erfolgt, gilt sie als letztwillige Verfügung jeder Urkundspartei ohne gegenseitige Bindung. Deshalb richtet sich ihre Aufhebung nicht nach Art. 513 Abs. 1 ZGB, sondern nach Art. 509 Abs. 1 ZGB (Karrer a.a.O., N2 / ZGB 517). Es braucht also eine Erklärung der Urkundspartei in Testamentsform.

d) Interessenwertzuschlag bei Honorierung

Der Willensvollstrecker hat einen gesetzlichen Anspruch auf "angemessene Vergütung" (Art. 517 Abs. 3 ZGB). Die Willensvollstreckung ist aber keine Notariatstätigkeit, weshalb die Verordnung der Kantonsregierung über die Notariatsgebühren vom 5.12.2000 dazu nichts enthält und die Kommission nur zum Interessenwertzuschlag durch Testamentsanordnung Stellung nimmt.

Es ist zulässig, bereits im Testament die Vergütung an den Willensvollstrecker festzulegen (Tuor a.a.O., N11 / ZGB 517; Escher a.a.O., N10 / ZGB 517). Solche Festlegungen können aber nach dem Tod des Testators sowohl vom Willensvollstrecker als ungenügend wie auch von Erben oder Vermächtnisnehmern als übersetzt angefochten werden.

Der patentierte Notar ist auch Inhaber des Fähigkeitsausweises als Anwalt (Art. 9 Abs. 1 und Art. 14 NV). Er darf deshalb für seine Tätigkeiten als Willensvollstrecker nach den Honoraransätzen des Bündner Anwaltsverbandes entschädigt werden. Die gültigen Honoraransätze vom 30.5.1997 regeln in Art. 2 die allgemeinen Berechnungsgrundlagen und in Art. 5 den Interessenwertzuschlag. Gemäss neulicher Auskunft der Bündner Anwaltskammer gilt für die Willensvollstreckung grundsätzlich ein Interessenwertzuschlag von "bis 1 %" der Hinterlassenschaft als "nicht übersetzt".

Etliche Kreisnotare sind ebenfalls Inhaber des Fähigkeitsausweises als Anwalt. Für sie gilt hier dasselbe wie für patentierte Notare.

Für diejenigen Kreisnotare, welche keinen Fähigkeitsausweis als Anwalt besitzen, dürfen die Honoraransätze des Bündner Anwaltsverbandes nicht herangezogen werden. Bei ihnen muss je nach Ausbildung und Berufstätigkeit geprüft werden, welcher Interessenwertzuschlag "nicht übersetzt" sei.

Hier beachtlich ist, dass eine übersetzte Entschädigung für die Willensvollstreckung im wirtschaftlichen Ergebnis einem Vermächtnis des Testators an den beurkundenden Notar gleich kommt und Art. 503 Abs. 2 ZGB verletzt (Tuor a.a.O., N11 / ZGB 503). Das führt zwar nicht zur Ungültigkeit der gesamten öffentlichen Urkunde. Aber der Richter muss auf Klage eines Erben oder Vermächtnisnehmers hin die übersetzte Entschädigung als ungültig aufheben.

Für allfällige Fragen steht die Kommission oder der Unterzeichner zur Verfügung.

Für die Kommission:

Präs. Dr. Urs Zinsli