

4. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag

Zürich, 23. April 2021

Abwicklungs- und Dauer-Testamentsvollstreckung Länderbericht Schweiz

Peter Breitschmid

Prof. Dr. iur., Emeritus UZH,
Konsulent Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich

ZGB und BGB – Hinweise zu «Zeitdauer» und «Regelungsdichte»

- «Fallzahlen» / Praxis D/CH
- «Maximale Länge der Dauer»? In CH keine BGB 2209 f. entsprechende gesetzliche Regelung
 - ZGB 4: Gericht hat nach Ermessen in Würdigung der Umstände «seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen»; nach ZGB 1 ist in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung aufgrund von «bewährter Lehre und Überlieferung» (auch rechtsvergleichend) «nach der Regel [zu] entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde».
- Anzahl der Gesetzesartikel / Gesetzgebungsstil
 - Vor-/Nacherbschaft: §§ 2100-2146 BGB vs. ZGB 488-492
 - Testamentvollstreckung: §§ 2197-2228 BGB vs. ZGB 517/518

- **Lebenszeit:** Von „vollendeter Geburt“ (ZGB 31) bis Tod (ZGB 31, 560 I)
- **Prozessdauer** (ZPO 124: gerichtliche Prozessleitung zur „zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens“)
- **Entwicklungs- und Lebenszeit:** ZGB 14 (Volljährigkeit/18 Jahre); ZGB 16 (Urteilsfähigkeit: Entwicklungsstufen von Kindern, Jugendlichen und junger Erwachsener?). *Ist **Alter** Erfahrung oder Defizit? Ist **Zeitdauer** Langsamkeit oder Qualität? Wann ist man erwachsen? Wann dement?*
- ZGB 27: übermässige persönlichkeitswidrige Selbstbindung bei langfristiger und unentrinnbarer (zB vertraglicher) Bindung: *Wer profitiert von „Bindung“ an einen status quo? Kann in einer sich wandelnden Welt ein status quo überhaupt bewahrt werden? Was ist sinnvollerweise zu bewahren, was dem Lauf der Zeit zu überlassen? Welche Art Vermögen ist selbst, welche fremdzuverwalten? Warum?*

- **Zeithorizont erbrechtlicher Planung allgemein:**

Stets bezogen auf jeweilige Lebensumstände/Familien- bzw Altersphase: jüngeres Paar mit Kindern / mittleres Paar ohne Betreuungs-/Unterhaltsverpflichtung / älteres Paar mit Überlebensabsicherung / Hochbetagte bzw. kurzer Horizont

- **Konzept von Nachbegünstigungslösungen:**

Festlegung einer Begünstigten-Kaskade, allerdings zur *Verhinderung einer Vermögensbindung auf lange Zeit beschränkt auf eine einmalige Sukzession* (ZGB 488 II); an sich kann der *Zeitpunkt des Übergangs beliebig*, sinnvollerweise aber *tiefer* als in der (sachlich eigentlich unpassenden, in der Lit vertretenen) zeitlichen Maximal-Grenze von ZGB 749 II (100 Jahre) festgelegt werden.

Merke: Das CH-Recht ist in der *Grundtendenz antidynastisch* und *wenig perpetuierungs-geneigt*; die **Gemeinderschaft** (ZGB 336 ff: Verbindung eines Vermögens/ einer Erbschaft mit einer Familie in einer durchaus demokratisch konzipierbaren Struktur) wird nicht praktiziert.

- **Konzept von Testamentvollstreckung:** Verwaltung *und Abwicklung* des Nachlasses durch Vertrauensperson des Erblassers; ZGB 560 (Prinzip der Universalsukzession) wird durch Anordnung von TV nicht ausgehebelt.
- TV ist Auftrag; Mandat endet grundsätzlich mit Erledigung. OR 394 ff implizieren Fremdnützigkeit, getreue und sorgfältige Ausführung, auch Effizienz.
- Das «Erlöschen» auftragsähnlicher Konstrukte bei Wegfall der Voraussetzungen ist die Regel, so bei Massnahmebedürftigkeit (ZGB 369 bei Vorsorgeauftrag/Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit; ZGB 399 Ende von Beistandschaften: «sobald für die Fortdauer kein Grund mehr besteht»).
- *Worin liegt der Grund für Dauer-Testamentvollstreckung?* Abgrenzung zu Stiftung/Beistandschaft etc.: Die (devolutive) erbrechtliche Komponente des Auftrags wäre eigentlich erledigt – was *fortbesteht ist ein ausserhalb des erbrechtlichen Kerns liegendes Fortwirken erblasserischer Anordnungen.*

- ZGB 712f III Z. 2: Aufhebung von StWE nach 50 Jahren bei schlechtem baulichem Zustand möglich (auch Immobilien sind nicht „zeitlos“ / Vorbehalt Denkmalschutz)
- ZGB 749 Nutzniessung auf Lebenszeit des Nutzniessers bzw. max. 100 Jahre für JP
- ZGB 779I Baurecht: höchstens 100 Jahre

Devolutiv oder konservativ?

«Traditionell» oder perpetuierend?

Im Erbrecht wirkt zwangsläufig eine *frühere Zeit in die Zukunft* – an sich positiv insofern, als wirtschaftliches Potential auf eine nächste Generation übertragen und damit die Finanzierung der Zukunft erleichtert wird, eher negativ aber, weil die Mittelweitergabe doch mit erheblichen Bremseffekten kombiniert werden kann, wo es eigentlich um „*a fair balance between the desires of members of the present [man könnte auch sagen: of the past] generation, and similar desires of succeeding generations to control the property*“ gehen würde*.

* Zitat aus: MC GOVERN/KURTZ/REIN, Wills, Trusts and Estates, St. Paul MN 1988, 508 (ch. 13.2 i.f.).

Erbrecht und «dynastisches Denken»

Besonders eklatant im „Hohenzollern-Entscheid“ des deutschen BGH (5.12.2007, ZEV 2007 130 ff.), der eine quasi-permanente Testamentsvollstreckung mit einem sich permanent kooptierenden Gremium ermöglicht hat: *Wer ist „Prinz“? Erben oder TV?*

REIMANN (Hohenzollern und kein Ende: Wie das ehemalige Kaiserhaus zur Rechtsfortbildung in Deutschland beiträgt, in: FS Spiegelberger, Bonn 2009, 1095 ff.) legt unter dem Abschnittstitel „Recht und Zeit im deutschen Erbrecht“ (a.a.O., 1099 ff.) zurecht dar, dass dem kontinentalen Recht das Verständnis für eine *rule against perpetuities* fehle; man müsse sich die Frage stellen, ob angesichts heutiger Lebenserwartung und Lebenszyklen eine Perspektive „*beyond lives in being plus 21 years*“ noch vertretbar sei oder den sachlich sinnvollen Planungshorizont nicht bei weitem überschreite (wo ein Erbe nicht geradezu erwachsenenschutzrechtlicher Hilfe bei der Vermögensverwaltung über Jahrzehnte bedarf): sowohl die 30-jährige Dauer der Verwaltungsvollstreckung nach § 2210 Satz 2 BGB wie der Bezugspunkt der „*rule*“ schliessen nämlich noch etliche „Stretch-Effekte“ ein ...

Nimmt „*dynastisches Denken*“ im Rahmen von NLP durch „Strukturen“ allgemein zu? Frage nach Dauervollstreckung überschneidet sich mit jener nach Sinn von Strukturen.

- Vollständige Durchführung der Nachlassabwicklung (inkl «administrativer» Belange, zB im Steuerrecht) und Teilung des Nachlasses bzw. Erledigung von Spezialaufträgen; die *Teilung an sich ist Sache der Erben* bzw von Gericht/Behörde, während der TV auch während laufender Teilung die Verwaltung zu besorgen hat. «Erledigung von Spezialaufträgen» bedeutet, Übliches/Zulässiges (ZGB 482 II: Verbot unsittlicher oder rechtswidriger Auflagen oder Bedingungen; ZGB 482 III: Unbeachtlichkeit von Auflagen und/oder Bedingungen, die «lediglich ... lästig sind oder ... unsinnig») binnen nützlicher Frist zu einem Ende zu bringen.
- In der Person des TV liegende Gründe (Rücktritt, Tod, HUF, aufsichtsrechtl Absetzung, Ungültigkeit des Testaments)
- Nicht-Teilungs-Vereinbarung der Erbengemeinschaft (fortgesetzte Erbengemeinschaft, Fortführung in einfacher Gesellschaft / keine indirekte rechtsmissbräuchliche Absetzung durch Erbengemeinschaft möglich)

Wie lange dauert (normale) TV? Keine zeitliche Befristung (unzweckmässig zeitl Befristung durch Gesetz oder Testament, weil der TV dadurch zur *lame duck* wird und bei Fristablauf ergebnislos verschwindet), aber zweckmässige Nachlass*abwicklung* bedingt *ein Ende* dieser Abwicklung und nicht die fortlaufende Verwicklung: Wer verkompliziert statt entwirrt kann zum aufsichtsrechtlichen Problemfall werden (Unfähigkeit => behöndl Weisungen).

Die **Dauer wird nicht nominell, sondern sachlich** bestimmt: Ist TV einzusetzen (s. Gründe bei CHK-KÜNZLE, 517/518 N 4: wegen Geschäftsunerfahrenheit der Erben, fehlender Erreichbarkeit/Kontakte, komplizierten Verhältnissen in tatsächlicher, rechtlicher oder persönlicher Hinsicht, verstreutem oder komplexem Nachlassvermögen), so sind *konkret diese Probleme* anzugehen und zu einem Abschluss zu bringen (vgl. BK-FELLMANN OR 394 N 80 ff).

Dauer-Verwaltung zu Lasten und auf Kosten der Erben ist nicht (mehr) Teil der *erbrechtlichen Abwicklung*; eine (entgegen OR 404 I unkündbare) Zwangsverwaltung könnte lästig bis unsinnig iSv ZGB 482 III sein.

- **Nachbegünstigungslösungen:** Auch ohne eine Norm analog BGB 2222 iVm 2203 und 2209 ergibt sich die Option, dass der Erblasser nicht nur TV bis zur Aushändigung an den Vorerben anordnet, sondern *für die (sinnvolle!) Dauer der Vorerbschaft Verwaltungsvollstreckung* mit der Aufgabe, auch den Übergang des Vorerbschaftsvermögens auf den Nacherben abzuwickeln (vgl. BK-KÜNZLE 517/518 N 56).
- Qualifizierte **Schutzbedürftigkeit** eines Miterben: Durch ZGB 492a iVm ZGB 531 ist eine (auch pflichtteilsverletzende) Vorerbeneinsetzung behinderter Nachkommen und Endbegünstigung auf den Überrest möglich geworden; solche Fälle folgen den Regeln allg Nachbegünstigungslösungen (dazu soeben). Ist hingegen ein Miterbe zu selbstständiger Wahrnehmung seiner Interessen nicht (mehr) im Stande, ist der TV nicht (auch) dessen Vertreter, sondern ist diesem Miterben ein Beistand (ZGB 390 ff.) zu bestellen.
- **Stiftungen:** Ist die Stiftung gegründet und der Nachlass abgewickelt, bleibt der als Stiftungsrat vorgesehen TV nicht mehr TV, sondern ist Stiftungsrat. Die Perpetuierung erfolgt durch die Gründung der Stiftung und nicht eine Ausdehnung der TV.

Beispiele (1/3)

Ehegüter- und erbrechtliche Meistbegünstigung der Witwe; fünf gemeinsame Kinder; KMU-Nachlass mit ältestem Sohn als im Unternehmen tätiger Nachfolger, der zugleich TV ist.

«*Übliche*» Lösung insofern, als Witwe begünstigt und KMU-Nachfolger privilegiert werden soll. «Dauer»-TV bis Tod der Mutter möglich.

Problematisch insofern, als Bindung des Vermögens in der oberen Generation trotz operativer Verantwortung der Folgegeneration eine Spannungssituation schafft; «Warteposition» und zugleich Ungleichbehandlung der Nachkommen.

Möglicher Vorteil darin, dass privilegierter Sohn TV ist: Zwar ist Miterben-TV problematisch, indes zwingt das Mandat ihn zu laufender Rechenschaftslegung und damit Transparenz.

Beispiele (2/3)

Ehepaar mit drei mj Töchtern; weitläufige ehe- und erbvertragliche Regelung, die auf Basis von Gütertrennung die jeweiligen (sehr hohen) Vermögen beider Ehegatten je zusammenhalten soll (je eigene industrielle Interessen).

Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit dem Ziel

- Jeweiliges Vermögen ungeteilt zusammenzuhalten / Erbverzicht des jeweiligen Ehegatten
 - (Sehr grosszügige) Ausbildungsfinanzierung der Töchter
 - Auszahlung eines substantiellen Betrags an Töchter jeweils auf den 25. Geburtstag
 - „Auszahlung“ des jeweiligen Erbteils an Töchter mit Alter 35, aber weiter Verwaltung durch TV
 - Auflage ggü Töchtern, im Falle der Heirat Gütertrennung mit jeweiligem Ehegatten zu vereinbaren ...,
- ... alles sanktioniert mit privatorischer Klausel. – Sinnvoll?

Beispiel (3/3)

TV in einer Verfügung vTw mit Errichtung einer Stiftung betraut, welche als Zweck hat, «die hystorische Wahrheit» zu erforschen, und in welcher auch die TV als Stiftungsräte Einsitz nehmen sollten, mit fortlaufender Kooptation des Stiftungsrates (BGer 28.1.1999, 5C.140/1998, AJP 1999 882 ff); klar revisionistischer Hintergrund des Erblassers persönlich (und der TV), der die Ereignisse des Zweiten Weltkriegs durch die Unterstützung «tüchtiger Hystoriker» aufarbeiten lassen wollte, «die den Begriff der hystorischen Wahrheit nicht relativieren».

BGer blockiert die Entstehung einer durch die TV zu gründenden und begleitenden Stiftung, welche das erblasserische Vermögen auf Dauer in die Hände eines zweifelhaften Vehikels gelegt hätte.

- *Abwicklung ist Ziel, Dauer ist Ausnahme*
- Ausnahmen gibt es *nicht* im **pflichtteilsgeschützten Bereich**; ist das Vermögen mJ Nachkommen zu verwalten, so gelten die zwingenden Normen des Kindesvermögensschutzes (ZGB 318 ff., 324 f.), ebenso bei beistandsbedürftigen Personen: Der TV kann nicht einzelne am NL Beteiligte schützen, sondern vertritt die Interessen des Gesamtnachlasses. Persönlichkeitswidrige PT-Beschränkungen können PT-Erben auch nicht gültig mittels privatorischer Klausel aufgezwungen werden.
- Im **Bereich der frei verfügbaren Quote** ist die (explizite!) Anordnung testamentvollstreckerlicher *Dauerverwaltung* (statt blosser Abwicklung) eine *Auflage* (ZGB 482). Eine solche riskiert bei fehlender sachlicher Rechtfertigung als bloss «lästig» oder «unsinnig» qualifiziert zu werden, wo nicht ein überwiegendes *schützenswertes persönliches Interesse des Erblassers* auszumachen ist; das Verwaltungs(honorar)interesse des TV ist *nicht* schützenswert. Den Nachlass mit rein retardierendem Motiv einer nur konservierenden Zwangsverwaltung zu unterwerfen widerspricht dem Funktionsmechanismus der (*zwingenden*: BGE 107 Ib 22, 4 E. 2.a) *Universalsukzession*: Liegt keine Stiftung vor, gibt es kein vom TV zu verwaltes «Sondervermögen».



Diskussion –

Herzlichen Dank für's Interesse!

Kontakt

Prof. Dr. Peter Breitschmid
Konsulent
Strazzer Zeiter Rechtsanwälte
Rüdigerstrasse 15, CH-8045 Zürich
Postfach, CH-8027 Zürich
peter.breitschmid@rwi.uzh.ch
www.szlaw.ch

