

Die Vergütung des Willensvollstreckers – Länderbericht Schweiz

Inhaltsübersicht	Seite
A. Rechtsgrundlagen	105
B. Vergütungsarten	107
I. Vorbemerkungen	107
II. Das reine Pauschalhonorar	108
III. Das Zeithonorar mit Prozentzuschlag	109
IV. Das reine Zeithonorar (Stundensatz)	110
C. Die Bestimmung der Vergütung	110
I. Kriterien der Festlegung der Vergütung	110
II. Abstufungen bei den Stundenansätzen	112
D. Konkrete Stundenansätze in der Gerichtspraxis	114
E. Modalitäten der Vergütung	117
F. Der Prozess um die Vergütung	118
I. Zivilrechtsstreitigkeit vs. Beschwerdeverfahren	118
II. Die Honorarklage des Willensvollstreckers	118
III. Die Honorarrückforderungsklage der Erben	121
G. Praktische Empfehlungen	126

A. Rechtsgrundlagen

a) Die einzige ausdrückliche gesetzliche Grundlage im schweizerischen Recht betreffend das Willensvollstreckerhonorar ist **Art. 517 Abs. 3 ZGB¹**. Die Bestimmung lautet lapidar, dass die Willensvollstrecker Anspruch auf angemessene Vergütung für ihre Tätigkeit haben. Eine spezifische anwaltsrechtliche Rechtsgrundlage, die sich mit dem Willensvollstreckerhonorar befasst, gibt es

* Dr. iur. René Strazzer, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Präsident der Fachkommission SAV Erbrecht des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich (www.szlaw.ch).

* Leicht erweiterte, schriftliche Fassung des am 17. April 2015 anlässlich des schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertages in Zürich gehaltenen Referats. Der Vortragsstil wurde beibehalten und der Fussnotenapparat stark reduziert. Als Lesehilfe für die deutschen Kolleginnen und Kollegen sind die schweizerischen Gesetze an ihrer jeweiligen ersterwähnten Stelle mit ihrer vollständigen Bezeichnung und der Nummer der Systematischen Sammlung des Bundesrechts zitiert (vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/systematische-sammlung.html>).

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 mit seitherigen Änderungen (SR 210).

nicht. Art. 12 lit. i BGFA² statuiert lediglich eine Aufklärungs- und Informationspflicht des Anwalts³ bezüglich seines Honorars, besagt aber nichts hinsichtlich der materiellen Grundlagen des Honorars. Überdies beschlägt Art. 12 lit. i BGFA nicht speziell das Willensvollstreckerhonorar, sondern allgemein das anwaltliche Honorar.

b) Nach dem **Bundesgerichtsentscheid BGE 129 I 330 ff.** gilt für das Honorar des Willensvollstreckers der Vorrang des Bundesrechts. Kantonalrechtliche Erlasse, die sich früher zum Willensvollstreckerhonorar geäussert haben, wie beispielsweise kantonale Notariatsgesetze oder Anwaltsgesetze, sind heute unmassgeblich, soweit sie überhaupt noch einschlägig sind. Meines Wissens gibt es heute keine kantonalen Notariats- oder Anwaltsgesetze mehr, die materiell-rechtliche Bestimmungen zum Willensvollstreckerhonorar im Speziellen und zum Anwalts-honorar im Generellen enthalten. So hält beispielsweise auch § 17 des zürcherischen Anwaltsgesetzes vom 17. November 2013 fest, dass sich das Honorar des Anwalts nach der mit der Klientschaft getroffenen Vereinbarung richtet. Auch diese Norm beschlägt das Anwaltshonorar im Allgemeinen, nicht das Willensvollstreckerhonorar im Besonderen.

c) Demgegenüber gab es bis vor einigen Jahren **Verbandstarife** oder **Berufstarife**, die sich zum Willensvollstreckerhonorar äusserten. Das war beispielsweise auch im Kanton Zürich der Fall, indem der Zürcher Anwaltsverband (ZAV) Honoraransätze für die ihm angehörenden Anwälte kannte⁴. Diese Verbandstarife sind indessen zwischenzeitlich alle aufgehoben worden, diejenigen des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) im November 2005, und zwar auf Intervention der eidgenössischen Wettbewerbskommission hin.

² Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 mit seitherigen Änderungen (SR 935.61).

³ Wenn in diesem Beitrag der Einfachheit halber allein die männliche Schreibweise verwendet wird, sind damit natürlich stets Personen beider Geschlechts gemeint.

⁴ Darauf ist hinten, B.III., noch zurückzukommen.

B. Vergütungsarten

I. Vorbemerkungen

a) Der Anspruch des Willensvollstreckers auf eine angemessene Vergütung im Sinne von **Art. 517 Abs. 3 ZGB ist zwingender Natur**, dies ganz im Gegensatz zum deutschen Recht. Der Erblasser kann die Vergütung somit nicht wegbedingen, und selbstredend können auch die Erben die Vergütung nicht wegbedingen. Der Erblasser kann dagegen die Vergütung im Testament näher regeln, muss dies aber keinesfalls. Es wird noch darauf zurückzukommen sein, ob Letzteres überhaupt sinnvoll ist⁵.

b) Macht der Erblasser von dieser ihm zustehenden Regelungsbefugnis in seiner eigenhändigen **letztwilligen Verfügung**⁶ Gebrauch, muss freilich jede derartige testamentarische Honorarklausel dem Vergleich der angemessenen Vergütung im Sinne von Art. 517 Abs. 3 ZGB standhalten. Die Vergütung kann mithin von den Erben reduziert werden, falls die Anwendung der testamentarischen Honorarklausel in concreto ein zu hohes Honorar ergibt⁷. Umgekehrt kann der Willensvollstrecker eine Erhöhung seines Honorars verlangen, wenn es sich in Anwendung der testamentarischen Honorarklausel als zu tief erweisen sollte. Wie der Willensvollstrecker Letzteres allerdings gegenüber den Erben kommunikativ bewältigt, ist eine andere Frage.

⁵ Vgl. dazu hinten, G.

⁶ Nach schweizerischem Recht kann ein Willensvollstrecker an sich nur in einer letztwilligen Verfügung, nicht auch in einem Erbvertrag ernannt werden. Findet sich gleichwohl eine Willensvollstreckerklausel in einem Erbvertrag, wird sie in der Regel als einseitige und widerrufliche Verfügung auszulegen sein, die nicht an der Bindungswirkung des Vertrags partizipiert. Weil sodann anerkannt ist, dass in Erbverträgen auch einseitige letztwillige Verfügungen aufgenommen werden können, verliert die an sich scharfe Unterscheidung zwischen Erbvertrag mit Bindungswirkung und einseitig widerruflicher letztwilliger Verfügung in diesem Kontext so gut wie jede praktische Bedeutung; vgl. statt aller z.B. MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-KARRER/VOGT/LEU), Art. 517 ZGB N 2.

⁷ Vgl. zur allfälligen Qualifikation eines zu hohen Honorars als Vermächtnis sogleich hinten, B.II.

II. Das reine Pauschalhonorar

a) Es ist möglich, dass der Erblasser in einer **testamentarischen Klausel** dem Willensvollstrecker ein Pauschalhonorar zuspricht. Beispielsweise kann er vorsehen, dass der Willensvollstrecker für seine Tätigkeit eine pauschale Vergütung von CHF 100'000.00 erhält. Ebenso könnte er festlegen, dass dem Willensvollstrecker für seine Tätigkeit eine pauschale Vergütung von 3% des Wertes der Bruttoaktiven des Nachlasses zusteht. Diese beiden Klauseln können auch kombiniert werden, wie ein Urteil der Cour de Justice von Genf vom 30. September 2014⁸ zeigt. In diesem Entscheid ist von einem Testament die Rede, in welchem der Erblasser ein Willensvollstreckerhonorar von 5% des Nachlasses, mindestens aber CHF 20'000.00, vorgesehen hat.

b) Derartige reine Pauschalklauseln sind **nicht per se unzulässig** oder rechtswidrig. Sie müssen aber dem Vergleich mit der Angemessenheit auf einer Aufwands- und Stundenbasis standhalten. Es ist insoweit stets eine Schattenrechnung auf reiner Zeitbasis anzustellen.

c) Reine Pauschalklauseln **tendieren dazu, bei Grossnachlässen zu hohe Honorare zu generieren**. Dies lässt sich anhand des Bundesgerichtsentscheides BGer. 5A_881/2012 vom 26.4.2013 erläutern. In diesem Fall stand ein überaus substantieller Nachlass mit einem bereinigten Reinvermögen von ca. CHF 100 Mio. zur Diskussion. Unter Anwendung der vorerwähnten 3%-Klausel würde ein Honorar von CHF 3 Mio. und unter Anwendung der 5%-Klausel im vorerwähnten Genfer Entscheid gar ein Honorar von CHF 5 Mio. resultieren. In casu betrug das Honorar des Willensvollstreckers CHF 333'918.40, mithin 0.33% des Reinvermögens des Nachlasses. Es ist allerdings zu betonen, dass das Bundesgericht dieses Honorar in diesem Entscheid nicht materiell zu beurteilen hatte.

d) Ergibt die Pauschalklausel in casu ein deutlich übersetztes Honorar, kann der Willensvollstrecker geneigt sein, gegenüber den Erben ein **Vermächtnis** des Erblassers zu seinen Gunsten geltend zu machen. Ein solches setzt indessen voraus, dass der Willensvollstrecker eine Begünstigungsabsicht des Erblassers nachweisen muss in dem Sinne, dass der Erblasser ihm einen unentgeltlichen

⁸ Abrufbar z.B. unter www.swisslex.ch unter Angabe der Geschäftsnummer ATA/779/2014.

Vermögensvorteil hat zuwenden wollen. Ohne konkrete Anhaltspunkte im Testament wird dieser Nachweis im Streitfall kaum zu erbringen sein⁹. Die Auslegung, wonach ein zu hohes Willensvollstreckerhonorar gleichsam in ein Vermächtnis konvertiert werden kann, erscheint somit in aller Regel als zu kühn.

e) **Zusammenfassend** ist von reinen Pauschalklauseln generell abzuraten. Sie erweisen sich unter verschiedenen Gesichtspunkten als problematisch.

III. Das Zeithonorar mit Prozentzuschlag

a) Von grösserer praktischer Bedeutung als die reine Prozentklausel ist eine testamentarische Honorarregelung, die ein Zeithonorar mit einem Prozentzuschlag kombiniert. Als **Beispiel** möge die folgende Formulierung dienen:

„Dem Willensvollstrecker stehen für die Abwicklung seines Mandats eine Spesenentschädigung sowie ein Honorar zu, das sich nach einem Stundenansatz von CHF 280.00 mit einem einmaligen Zuschlag von 2% des Wertes der Bruttoaktiven berechnet.“

Diese Klausel entspricht den bis im Jahre 2005 in Kraft stehenden Honoraransätzen des Zürcher Anwaltsverbandes ZAV. Diese sahen in § 2 Abs. 2 vor, dass der Willensvollstrecker einen Stundenansatz von bis zu CHF 280.00 mit einem einmaligen Zuschlag von bis zu 2% des Wertes der Bruttoaktiven in Rechnung stellen kann.

b) Die Klausel mag auch heute noch eine gewisse **praktische Bedeutung** haben. Es ist nämlich davon auszugehen, dass in Tresoren von Zürcher Notariaten und Zürcher Rechtsanwälten bis heute Testamente mit solchen Honorarklauseln deponiert sind, waren sie doch bis ca. ins Jahre 2005 durchaus gängig.

c) Auch eine derartige Honorarklausel ist **nicht per se unzulässig**, muss aber wiederum dem Vergleich mit der Angemessenheit auf einer Aufwands- und Stundenbasis standhalten. Wegen des Prozentzuschlages ist allerdings auch von einer solchen Klausel abzuraten.

⁹ Sollte der Willensvollstrecker im Einzelfall mit dem Nachweis eines Vermächtnisses gleichwohl durchdringen, wird er im Übrigen darauf die unter Umständen beträchtliche Erbschaftssteuer zu entrichten haben, wenn er nicht gerade gleichzeitig der überlebende Ehegatte oder Nachkomme des Erblassers ist.

IV. Das reine Zeithonorar (Stundenansatz)

a) Klar im Vordergrund steht heute das reine Zeithonorar. Das Honorar bemisst sich mithin nach dem **Stundenansatz des Willensvollstreckers**. Der Erblasser kann diesen Stundenansatz im Testament ausdrücklich festlegen. Der so definierte Ansatz steht allerdings wiederum unter dem generellen Vorbehalt, dass er sich im konkreten Fall als angemessen im Sinne von Art. 517 Abs. 3 ZGB erweisen muss.

b) Heutzutage ist lediglich noch das reine Zeithonorar **lege artis**. Nach meiner Erfahrung pflegen heute auch Banken, grosse Treuhandgesellschaften und weitere Dienstleistungserbringer auf dem „Willensvollstreckermarkt“ ausschliesslich nach reiner Zeiterfassung abzurechnen¹⁰.

C. Die Bestimmung der Vergütung

I. Kriterien der Festlegung der Vergütung

a) Die Kriterien zur Festlegung der Vergütung des Willensvollstreckers im konkreten Fall, das heisst im Ergebnis die Bestimmung des Stundenansatzes, sind **weitgehend unbestritten** und klar¹¹.

b) Es sind dies etwa die Ausbildung und die fachliche Qualifikation des Willensvollstreckers, mithin auch seine **Erfahrung im Erbrecht**. Es macht selbstredend einen Unterschied, ob ein langjähriger Anwalt möglicherweise noch mit der Zusatzqualifikation Fachanwalt SAV Erbrecht oder ein Kaufmann oder Treuhänder das Amt eines Willensvollstreckers ausübt.

c) Zu berücksichtigen ist des Weiteren die **Kompliziertheit der Verhältnisse**, die in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht bestehen kann. Bilden sich

¹⁰ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis von HANS RAINER KÜNZLE, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2013-2014), successio 2015, 123 ff., insb. 130, auf eine an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) von MÜGE CINAR verfasste (nicht publizierte) Diplomarbeit, wonach sich in 93% aller Fälle das Willensvollstreckerhonorar nach Aufwand (Stundenansatz) berechne.

¹¹ Vgl. dazu etwa HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 517-518 ZGB, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517-518 ZGB N 392 ff.

beispielsweise in einer vielköpfigen Erbengemeinschaft Lager unter den Erben, die untereinander hoffnungslos zerstritten sind, kann dies die Aufgaben des Willensvollstreckers erheblich erschweren.

d) Ein weiteres Kriterium stellt die **Struktur des Nachlasses** dar. Darunter ist im Wesentlichen dessen gegenständliche Zusammensetzung zu verstehen. Auch hier macht es einen Unterschied, ob sich der Willensvollstrecker mit Liegenschaften und/oder Geschäftsbeteiligungen oder aber mit einem blossen Bankvermögen zu befassen hat, sei Letzteres noch so substantiell.

e) Spezielle Probleme können bei Nachlässen zu Tage treten, die einen **Auslandsbezug** aufweisen.

f) Auch die **Dringlichkeit** der Aufgaben des Willensvollstreckers kann die Höhe seines Honorars beeinflussen. Stirbt beispielsweise ein Geschäftsführer und Hauptaktionär eines Unternehmens, der zudem bei einer Aktiengesellschaft noch einziges Mitglied des Verwaltungsrats gewesen ist, wird der Willensvollstrecker rasch dafür besorgt sein müssen, dass die Kontinuität des Unternehmens gewährleistet ist, indem er sein Stimmrecht in der Generalversammlung dahingehend ausübt, dass ein tauglicher neuer Verwaltungsrat bestellt wird.

g) Ein Kriterium, das nach meinem Dafürhalten verstärkte Beachtung verdient, ist die **Tätigkeit** des Willensvollstreckers **zu Lebzeiten des nachmaligen Erblassers**. Vielfach ist der Willensvollstrecker als Anwalt oder Berater bereits für den späteren Erblasser tätig. Er wird ihm für seine Bemühungen fakturiert haben. Wenn der Erblasser im Wissen um diese Honorare den Berater zum Willensvollstrecker beruft, wird davon ausgegangen werden können, dass der Erblasser eine Vorstellung hinsichtlich des Honorars des späteren Willensvollstreckers hat und ihn eben mit diesem Wissen einsetzt und damit sein (bisheriges) Honorar billigt.

h) Besonders zu betonen ist der Umstand, dass der **Wert des Nachlassvermögens für sich kein wesentliches Kriterium** für die Festlegung der Vergütung des Willensvollstreckers darstellt. Ein signifikant hoher Nachlass zieht mitnichten ein signifikant hohes Willensvollstreckerhonorar nach sich. Das Obergericht

des Kantons Zürich hat dies in einem Urteil vom 22. Mai 2013¹² mit den folgenden Worten klar und deutlich festgehalten¹³:

*„Der Anspruch des Willensvollstreckers auf angemessene Vergütung wird in Art. 517 Abs. 3 ZGB geregelt und durch die Grundsätze zur Vergütung des Beauftragten (Art. 394 Abs. 3 und Art. 402 Abs. 1 OR) ergänzt. Er ist daher bundesrechtlicher Natur; kantonrechtliche Tarifordnungen oder von Berufsverbänden empfohlene Tarife usw. sind insoweit unmassgeblich. Massgeblich sind demgegenüber insbesondere der **sachlich gebotene Aufwand, bemessen in Stunden**, die Kompliziertheit der Verhältnisse und die damit verbundene Verantwortung (vgl. etwa BGE 129 I 330 [E. 3.2 und 3.3], 117 II 282 [E. 4a-b]). Der Wert des Nachlassvermögens mag bei der Verantwortung eine gewisse Rolle spielen, bleibt ansonsten jedoch unerheblich.“*

II. Abstufungen bei den Stundenansätzen

a) In Ergänzung zu den vorerwähnten Kriterien¹⁴ sind zur Festlegung des angemessenen Stundenansatzes des Willensvollstreckerhonorars im Sinne von Art. 517 Abs. 3 ZGB **Differenzierungen und Abstufungen** vorzunehmen.

b) Es macht selbstverständlich einen Unterschied, ob der Erblasser eine inkorporierte **Anwaltskanzlei** oder Handelsgesellschaft als solche zum Willensvollstrecker beruft oder einen **einzelnen Anwalt**. Im ersteren Falle wird der Erblasser davon ausgehen dürfen und müssen, dass ein Partner der Kanzlei oder Gesellschaft die Mandatsverantwortung trägt, dieser aber berechtigt ist, juristische Mitarbeiter beizuziehen. Derartige Mitarbeiter sind zu einem tieferen Ansatz als demjenigen des Partners zu fakturieren.

c) Der ad personam zum Amt berufene Anwalt ist ebenfalls berechtigt, (juristische oder auch kaufmännische) Mitarbeiter zur Mandatserfüllung beizuziehen. Rechtlich sind sie Hilfspersonen des Willensvollstreckers. In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass eine **vollständige Substitution des Willensvollstreckermandats nicht zulässig** ist, weil im Grundsatz von einer

¹² Abrufbar unter www.gerichte-zh.ch unter Angabe der Geschäfts-Nr. LB120074.

¹³ Hervorhebungen durch den Autor.

¹⁴ Vgl. vorne, C.I.

höchstpersönlichen Auftragserfüllung auszugehen ist¹⁵. Gleichwohl ist in der Praxis nicht selten die Unsitte zu beobachten, dass faktisch ein derartiger Mitarbeiter das Willensvollstreckermandat ausführt und sich der eigentliche Willensvollstrecker kaum um die Angelegenheiten kümmert.

d) Die professionelle **Infrastruktur**, die ein Willensvollstrecker zu finanzieren hat, ist ein relevantes Kriterium. Anders als der noch in der Kanzlei tätige Anwalt wird der Anwalt in Rente, plakativ der „Hobywillensvollstrecker“, nur einen entsprechend tieferen Stundenansatz fakturieren dürfen¹⁶.

e) **Administrative Hilfstätigkeiten**, wie zum Beispiel eine Protokollführung, die Führung einer Nachlassbuchhaltung, die Erstellung von Inventaren etc. sind an kostengünstigere Arbeitsausführende zu vergeben. Umgekehrt ist der Willensvollstrecker berechtigt und unter Umständen gar verpflichtet, auf Mandatsbasis Spezialisten beizuziehen, wie beispielsweise Steuerexperten, Rechtsexperten oder Kunstsachverständige. Die Honorare dieser Spezialisten gehen selbstverständlich zu Lasten des Nachlasses.

f) Noch weitgehend ungelöst und kaum gerichtsfest ist die Thematik der **Honorierung mehrerer Willensvollstrecker**¹⁷. Es ist dabei meines Erachtens von den folgenden Grundsätzen auszugehen¹⁸:

g) Die Erben haben es grundsätzlich zu akzeptieren, dass der Erblasser mehrere Willensvollstrecker in ihr Amt berufen hat. Entsprechend haben alle der mehreren Willensvollstrecker Anspruch auf Honorar. Zusätzlich ist ihnen auch ein **Zuschlag für die Koordination** der Arbeiten zu gewähren. Dieser Zuschlag kann meines Erachtens etwa mit 20% angesetzt werden. Auf der anderen Seite ist penibel auf eine vernünftige Aufgabenteilung unter den Willensvollstreckern zu achten, und es sind etwaige Doppelspurigkeiten honorarmindernd zu berücksichtigen.

¹⁵ Vgl. z.B. BK-KÜNZLE (Fn. 11), Art. 517-518 ZGB N 63.

¹⁶ Vgl. dazu sogleich einen Anwendungsfall hinten, D.

¹⁷ Vgl. zur Co-Willensvollstreckung im Allgemeinen PETER MAX GUTZWILLER/ALEXANDRA HIRT, Das Willensvollstrecker-Kollegium, successio 2014, 99 ff.

¹⁸ Vgl. auch BK-KÜNZLE (Fn. 11), Art. 517-518 ZGB N 404.

D. Konkrete Stundenansätze in der Gerichtspraxis

a) Die Durchforstung der Gerichtspraxis der vergangenen Jahre mit Blick auf konkrete Ausführungen zu Stundenansätzen von Willensvollstreckern ist **nicht eben ergiebig**. Es kann dazu Folgendes festgehalten werden:

b) Einem Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. September 2000¹⁹ ist ein Stundenansatz eines Anwalts für eine Willensvollstreckertätigkeit über neun Jahre, nämlich von 1986 bis 1995, von **CHF 200.00** zu entnehmen. Nach Auffassung des Gerichts handelte es sich dabei um einen bescheidenen und nicht zu beanstandenden Ansatz.

c) BGE 138 III 419 ff. vom 31. Mai 2012 kann ein Stundenansatz eines Tessiner Anwaltes von **CHF 350.00** und seiner Mitarbeiterin von **CHF 300.00** zuzüglich eines Fixhonorars von **0.5% der Bruttoaktiven des Nachlasses** für eine Willensvollstreckertätigkeit in den Jahren 2004 bis 2006 entnommen werden. Das Bundesgericht hatte allerdings diese Stundenansätze nicht materiell zu beurteilen.

d) Überaus illustrativ ist das bereits erwähnte Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013²⁰. In diesem Fall lag ein Nachlass von ca. CHF 17 Mio. vor, der sich aus einer Liegenschaft, einer Eigentumswohnung und aus Bankvermögen zusammensetzte. Die Willensvollstreckertätigkeit dauerte vom Jahre 1995 bis ins Jahr 2009. Der Erblasser hatte eine Co-Willensvollstreckung angeordnet. Einer der Willensvollstrecker war Dr. iur., Inhaber des Anwaltspatents, vormals Vorgesetzter der Abteilung Willensvollstreckung bei einer Bank im Direktionsrange; er befand sich in Rente. Im Februar 2006 erhoben die Erben gegen die beiden Willensvollstrecker eine Klage auf Rückzahlung von Honorar. Nach einem umfangreichen Beweisverfahren setzte die erste Instanz, das Bezirksgericht Horgen, den Stundenansatz für den vorerwähnten Co-Willensvollstrecker für die Zeit bis 1997 mit der Begründung, dass der Willensvollstrecker bis dahin noch eine professionelle Infrastruktur zu finanzieren hatte, auf **CHF 370.00** fest. Das Gericht nahm alsdann eine Reduktion dieses Ansatzes um 20%

¹⁹ Das Urteil findet sich als Anhang 4 abgedruckt bei ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar des Willensvollstreckers – Anwendung von Anwalts- und Notariatstarifen, in: HANS RAINER KÜNZLE (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, S. 201 ff.

²⁰ Vgl. vorne, Fn. 12.

mit der Begründung vor, dass der Willensvollstrecker diverse untergeordnete Arbeiten selbst ausgeführt habe, die er kostengünstiger durch Dritte hätte ausführen lassen müssen. Aufgrund dieser Reduktion resultierte somit ein Stundenansatz von **CHF 296.00** (CHF 370.00 ./ 20%). Für den Zeitraum ab 1997, dem Wegfall der professionellen Infrastruktur, nahm das Gericht eine weitere Reduktion um 30% vor. Daraus resultierte für diesen Zeitraum ein Honorar von noch **CHF 207.90** (CHF 296.00 ./ 30%). Im Berufungsverfahren stützte das Obergericht des Kantons Zürich diese Rechtsauffassung des Bezirksgerichtes Horgen vollumfänglich. Das Urteil des Obergerichtes erwuchs in Rechtskraft. Es zeigt, dass die Gerichte sehr wohl in der Lage und auch willens sind, Willensvollstreckerhonorare präzise und auch differenziert zu beurteilen. Die Urteile beider Instanzen überzeugen nach meiner Auffassung in allen Teilen.

e) Einem neueren Urteil des Bundesgerichtes vom 7. Januar 2015²¹, einem strafrechtlichen Entscheid, kann ein Stundenansatz von **CHF 240.00** für einen Treuhänder mit eigener Firma mit den Spezialitäten Finanzberatung, Steuerrechtspraxis und Treuhandbüro entnommen werden. Auch in diesem Urteil hatte sich das Bundesgericht allerdings materiell nicht mit diesem Stundenansatz auseinanderzusetzen.

f) Schliesslich kann auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2015²² hingewiesen werden. In diesem Fall im Kanton Genf lag die aussergewöhnliche Konstellation vor, dass die Erblasserin gleich drei Co-Willensvollstrecker ernannt hatte, nämlich ihren Steuerberater, ihren Notar und ihren Vermögensverwalter. Strittig war unter anderem das Honorar der Willensvollstrecker. Die zweite Instanz (Cour de Justice) hielt einen Stundenansatz von **CHF 375.00** für angemessen, wobei sich aus dem Urteil des Bundesgerichts nicht ergibt, worauf sich die Cour de Justice dabei stützte. Weil überdies der Arbeitsaufwand der Vollstrecker der weiteren Abklärungen bedarf, wies das Bundesgericht die Streitsache mit Bezug auf das Honorar zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück und beurteilte das Honorar materiell nicht.

g) Diese – zugegebenermassen eher spärliche – Gerichtspraxis kulminiert im Fazit, dass ein Rahmen eines Stundenansatzes von **CHF 300.00 bis CHF**

²¹ Vgl. BGer. 6B_582/2014 vom 7.1.2015.

²² Vgl. BGer. 5A_522/2014 vom 16.12.2015 = BGE 142 III 9 ff. = Praxis 106, 2017, Nr. 11.

500.00 für selbstständige Anwälte mit eigener Kanzlei und eigener Infrastruktur heute als angemessen betrachtet werden kann.

h) Im Sinne eines ergänzenden Hinweises ist an dieser Stelle noch kurz auf die **Praxis der Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV)** zur Üblichkeit im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR²³ hinzuweisen. Sie hat im Sommer 2012 ihre Praxis publik gemacht²⁴. Diese Honorarkommission ist selbstredend kein Gericht, sondern ein Verbandsorgan des genannten Zürcher Anwaltsverbandes ZAV. Die Praxis betrifft auch nicht das Willensvollstreckerhonorar im Speziellen, sondern den Sachverhalt, in welchem der Anwalt mit seinem Klienten entgegen den heutigen Gepflogenheiten keine ausdrückliche Honorarvereinbarung schliesst, womit sich das Honorar des Anwalts gemäss der genannten Gesetzesbestimmung von Art. 394 Abs. 3 OR nach der Üblichkeit richtet. Diese Üblichkeit setzt die Honorarkommission im Kanton Zürich bei einem Stundenansatz von **CHF 250.00 bis CHF 370.00** an. Sie ist zusätzlich gewillt, einen Zuschlag bis maximal 50% bei hochspezialisierten und sehr erfahrenen Anwälten und Trägern eines Fachanwaltstitels zu gewähren. Wird dieser Zuschlag maximal ausgereizt, was selbstredend nur im Einzelfall gerechtfertigt sein kann, resultiert ein Stundenansatz von **CHF 375.00 bis CHF 555.00**.

i) Der vorerwähnte Rahmen von CHF 300.00 bis CHF 500.00 erweist sich somit auch unter Berücksichtigung dieser Maximalsätze nach der Praxis der Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) als angemessen. Einen schweizweit geltenden Standard vermag diese Praxis im Übrigen ohnehin nicht zu setzen, sind doch das Honorarniveau im Kanton Zürich, aber parallel dazu auch die anwaltlichen Infrastrukturkosten (insbesondere die Geschäftsmieten) im Verhältnis zu anderen Kantonen teilweise generell höher. Derartige **regionale Unterschiede** widerspiegeln sich folglich auch beim Willensvollstreckerhonorar, und sie lassen sich unter dem gesetzlich allein massgebenden Kriterium der Angemessenheit gemäss Art. 517 Abs. 3 ZGB auch rechtfertigen.

²³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 mit seitherigen Änderungen (SR 220).

²⁴ Vgl. ZAV-Info 2/2012, Juli 2012.

E. Modalitäten der Vergütung

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes stellt das Willensvollstreckerhonorar eine **Erbgangsschuld** dar²⁵. Es ist demzufolge in der Teilungsrechnung unter den Passiven zu führen. Das Honorar reduziert die Teilungsmasse und auch die Pflichtteilungsrechnungsmasse²⁶. Ein Willensvollstreckerhonorar kann somit nicht zu einer Verletzung der Pflichtteile der Erben führen.

b) In analoger Anwendung der auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ist der Willensvollstrecker verpflichtet, **detaillierte Honorarnoten** bezüglich seiner Bemühungen zu führen und den Erben vorzulegen²⁷. Er hat ein Recht auf Zwischenabrechnungen bzw. Akonto-Zahlungen. Hiervon soll er auch tatsächlich Gebrauch machen, denn es stellt für die Erben ein Ärgernis dar, wenn der Willensvollstrecker erst nach Jahr und Tag und womöglich kurz vor Abschluss der Erbteilung die erste (hohe) Honorarrechnung präsentiert. Der Willensvollstrecker ist auch berechtigt, das Honorar direkt dem Nachlass zu belasten und vom zu teilenden Nachlass vorweg in Abzug zu bringen²⁸.

c) Zusätzlich zum Honorar hat der Willensvollstrecker Anspruch auf Ersatz seiner **Spesen**. Üblich sind heute Modelle, in welchen mit Pauschalspesen von 2 bis 3% auf der Nettohonorarsumme gearbeitet wird.

d) Unterliegt der Willensvollstrecker der **Mehrwertsteuerpflicht**, gilt dies auch für seine Willensvollstreckertätigkeit. Entsprechend verteuert sich das Honorar nach Massgabe des gesetzlichen Mehrwertsteuersatzes; derzeit sind dies 8%.

²⁵ Vgl. BGer. 5A_672/2013 vom 24.2.2014.

²⁶ Vgl. ZR 103 (2004) Nr. 34 S. 129 ff.

²⁷ Dies gilt auch dann, wenn das Testament dem Willensvollstrecker (ausnahmsweise) ein Pauschalhonorar zuspricht, denn nur mit einer detaillierten Abrechnung können die Erben die Schattenrechnung der Angemessenheit des Honorars auf Zeitbasis anstellen. Anwaltsrechtlich gilt denn auch generell, dass die Vereinbarung eines Pauschalhonorars zwischen Anwalt und Klient, die grundsätzlich zulässig ist, den Anwalt nicht davon entbindet, detailliert abzurechnen und seine „*einzelnen Bemühungen und die für jede einzelne derselben aufgewendete Zeit zu nennen*“; vgl. WALTER FELLMANN, in: WALTER FELLMANN/GAUDENZ G. ZINDEL (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich 2011, Art. 12 BGFA N 172 m.w.N.

²⁸ Vgl. z.B. BGer. 6B_582/2014 vom 7.1.2015.

F. Der Prozess um die Vergütung

1. Zivilrechtsstreitigkeit vs. Beschwerdeverfahren

Im Zusammenhang mit Streitigkeiten über das Willensvollstreckerhonorar stellt sich vorab die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit. In Frage kommt das **ordentliche Gericht** oder die Aufsichtsbehörde über die Willensvollstrecker. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Abgrenzung klar. So hält das Urteil BGer. 5A_672/2013 vom 24.2.2014 diesbezüglich Folgendes fest:

„Streitigkeiten über das Willensvollstreckerhonorar gelten als Zivilrechtsstreitigkeiten, die durch das ordentliche Gericht und nicht durch die Aufsichtsbehörde zu beurteilen sind (BGE 78 II 123 E. 1a S. 125; Steinauer, a.a.O., S. 543 N. 1166a). Das Kantonsgericht hat darauf zu treffend hingewiesen (E. 4.6.3 S. 9 des angefochtenen Urteils). Fragen könnte sich immerhin, ob Honorarbezüge des Willensvollstreckers während des laufenden Mandats insoweit im Beschwerdeverfahren geprüft werden dürfen, als Unzulänglichkeiten in formeller Hinsicht oder krass übersetzte Honorarforderungen Anhaltspunkte zur disziplinarischen Beurteilung der Mandatsführung geben (Breitschmid, a.a.O., S. 131 Ziff. 11; Escher/Escher, Zürcher Kommentar, 1959, N. 10a zu Art. 517 ZGB).“

Streitigkeiten über das Willensvollstreckerhonorar sind somit vor den ordentlichen Gerichten auszutragen.

II. Die Honorarklage des Willensvollstreckers

a) Im Sinne einer Vorbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass die Honorarklage des Willensvollstreckers im Gegensatz zur Honorarrückforderungsklage der Erben **von geringerer praktischer Bedeutung** ist. Dies deshalb, weil der Willensvollstrecker, wie bereits erwähnt²⁹, berechtigt ist, sein Honorar zu Lasten des Nachlasses, bezüglich welchem er verfügungsberechtigt ist, zu beziehen. Hiervon wird er in seinem eigenen Interesse üblicherweise Gebrauch machen. Präsentiert sich die Situation einmal umgekehrt, ist mithin der Willensvollstrecker darauf angewiesen, sein Honorar oder sein Resthonorar klageweise gegen die Erben geltend zu machen, kann hierzu Folgendes ausgeführt werden:

²⁹ Vgl. vorne, E.

b) Die **Aktivlegitimation** bereitet nur dann Probleme, wenn eine Co-Willensvollstreckung vorliegt. Bei dieser ist im Grundsatz von aktiver notwendiger Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO³⁰ aller Willensvollstrecker auszugehen. Der Grund hierfür liegt darin, dass Co-Willensvollstreckungen grundsätzlich als einfache Gesellschafter im Sinne von Art. 530 ff. OR zu qualifizieren sind³¹. Forderungen der Gesellschafter gegen Dritte oder Erben stehen diesen damit gesamthänderisch zu, so dass die mehreren Willensvollstrecker auch gemeinsam klagen müssen. Indessen kann der Erblasser im Testament, in welchem er die Co-Willensvollstreckung anordnet, jedem einzelnen der Willensvollstrecker einen selbständigen Honoraranspruch einräumen. Ist dies der Fall, was letztlich eine Frage der Auslegung des Testaments ist, kann jeder Willensvollstrecker einzeln klagen³².

c) Mit Bezug auf die **Passivlegitimation** ist die Rechtslage für den oder die Willensvollstrecker komfortabel. Es gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Solidarhaftung der Erben³³. Mithin kann der klagende Willensvollstrecker nach seiner Wahl einzelne oder alle Erben ins Recht fassen.

d) **Örtlich zuständig** für die Honorarklage des Willensvollstreckers ist das Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers. Sie fällt unter den Anwendungsbereich von Art. 28 Abs. 1 ZPO.

e) Mit Bezug auf das vom Willensvollstrecker zu erfüllende **Beweismass** kann erneut auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013³⁴ verwiesen werden. Es führt diesbezüglich Folgendes aus³⁵:

„... Ergänzend bzw. verdeutlichend hervorzuheben ist zudem, dass das Bezirksgericht im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung und

³⁰ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 mit seitherigen Änderungen (SR 272).

³¹ Vgl. GUTZWILLER/HIRT (Fn. 17), successio 2014, 106.

³² Einen (einigermassen versteckten) Hinweis, dass bei Co-Willensvollstreckungen im Grundsatz vom Erfordernis gemeinsamen Handelns der Willensvollstrecker auszugehen ist, findet sich im Übrigen im Gesetz in Art. 50 Abs. 2 der Eidgenössischen Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011 (SR 211.432.1). Diese Bestimmung lautet: „*Wurden mehrere Personen mit der Willensvollstreckung beauftragt, so kann eine dieser Personen nur selbstständig handeln, wenn sie das Recht dazu nachweist.*“

³³ Vgl. z.B. BGer. 5A_881/2012 vom 26.4.2013.

³⁴ Vgl. vorne, Fn. 12.

³⁵ Hervorhebungen durch den Autor.

dem Beweismass richtigerweise ausführt, die Rechtsdurchsetzung dürfe dann bzw. dort nicht am Beweismass des strikten Beweises und damit an den Beweisschwierigkeiten scheitern, wenn bzw. wo diese typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. dazu auch BGE 137 III 255 [E. 4.1.2] und 133 III 153 [E. 3.3]). Richtig erkannt hat das Bezirksgericht dazu, dass ein derart typischer Sachverhalt bei der Willensvollstreckertätigkeit gegeben ist, weil zwar ein Willensvollstrecker eine Stundenaufstellung zur Bestimmung seines Honorars erstellen kann und soll, es ihm indessen naturgemäss nicht möglich ist, im Nachhinein jede einzeln aufgewendete Stunde zu beweisen. Es darf daher auch genügen, wenn er die geleistete Arbeit belegt bzw. beweist, woraus dann auf die sinnvollerweise dafür aufgewandte Zeit geschlossen werden kann, analog dem in BGE 128 III 271 (E.2.b) Skizzierten.“

f) Im Ergebnis gilt somit für den Willensvollstrecker eine gewisse **Beweiserleichterung** dahingehend, dass er die von ihm geleisteten Arbeiten belegen und beweisen muss, worauf das Gericht ihm dann gleichsam behilflich ist bei der Frage nach der hierfür sinnvollerweise aufgewandten Zeit.

g) Was die Verjährung der Honorarforderung des Willensvollstreckers angeht, so ist umstritten, ob die Bestimmung von Art. 128 Ziffer 3 OR, die eine fünfjährige **Verjährungsfrist** vorsieht, gilt, wenn ein Anwalt als Willensvollstrecker tätig ist. Das Bundesgericht hat die Frage bis dato ausdrücklich offen gelassen³⁶. Art. 128 Ziffer 3 OR ist restriktiv auszulegen und gilt nur für berufsspezifische Arbeiten des Anwalts³⁷. Ist somit das konkrete Willensvollstreckermandat als eine derartige berufsspezifische anwaltliche Tätigkeit zu qualifizieren, verjährt die Honorarforderung des Anwalts in fünf Jahren. Wann dies der Fall ist, unterliegt der Einzelfallbetrachtung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt Anwaltstypizität vor, wenn der Anwalt als Willensvollstrecker mit dieser Tätigkeit im Hinblick auf seine besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse als Anwalt betraut wird³⁸.

³⁶ Vgl. BGer. 4A_267/2007 vom 24.10.2007.

³⁷ Vgl. nochmals BGer. 4A_267/2007 vom 24.10.2007.

³⁸ Vgl. BGer. 2P.139/2001 vom 3.9.2001 sowie ALEXANDER BRUNNER/MATTHIAS-CHRISTOPH HENN/KATHRIN KRIESI, Anwaltsrecht, litera B, Zürich 2015, S. 25. In einem neuen Urteil (BGer.

III. Die Honorarrückforderungsklage der Erben

a) Die in der Praxis gegenüber der Honorarklage des Willensvollstreckers bedeutsamere Honorarrückforderungsklage der Erben ist prozessual für die klagewilligen Erben bereits in Bezug auf die **Aktivlegitimation** anspruchsvoll. Das Bundesgericht hat in BGer. 5A_881/2012 vom 26.4.2013 entschieden, dass ein solcher Anspruch den Erben zur gesamten Hand zusteht. Mithin müssen alle Erben zusammen klagen, und bleibt ein Erbe abseits, wird die Klage mangels Aktivlegitimation abgewiesen. Es liegt also eine aktive notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO vor.

b) Das erwähnte **Urteil des Bundesgerichts** ist auf Kritik gestossen³⁹, überzeugt aber dogmatisch meines Erachtens sehr wohl. Das Gericht führt aus, dass zumindest mit Bezug auf den ungeteilten Rückforderungsanspruch gegen den Willensvollstrecker die Erbengemeinschaft weiterhin bestehe⁴⁰. Die Erben erstreiten somit auf dem Prozessweg ein Aktivum des Nachlasses, das sie alsdann quotal unter sich teilen, die Gutheissung der Klage natürlich vorausgesetzt. Das rückt die Honorarrückforderungsklage in die Nähe einer Erbschaftsklage im Sinne von Art. 598 ZGB. Eine solche können die Erben anerkanntermassen auch nur gemeinsam im Sinne einer aktiven notwendigen Streitgenossenschaft gemäss Art. 70 ZPO führen.

c) Welche **Möglichkeiten** stehen nun einem klagewilligen Erben noch offen, wenn seine Miterben gegen den Willensvollstrecker nicht vorgehen wollen?

d) Unbestritten ist, dass die nicht klagewilligen Erben dem Kläger eine **Vollmacht** zum Zwecke der Prozessführung ausstellen oder in Bezug auf den Rückforderungsanspruch auch eine förmliche Verzichtserklärung abgeben können⁴¹. Bleiben die Miterben aber unkooperativ, ist guter Rat für den Kläger teuer. So kann er nicht alleine auf Leistung an alle Erben klagen⁴². Nicht zielführend ist es

2C_586/2015 vom 9.5.2016) hat das Bundesgericht das Amt eines Anwalts als Willensvollstrecker im Nachlass eines Anwalts ausdrücklich als berufsspezifische anwaltliche Tätigkeit qualifiziert.

³⁹ Vgl. die diesbezüglichen Hinweise bei KÜNZLE (Fn. 10), S. 129.

⁴⁰ Vgl. BGer. 5A_881/2012 vom 26.4.2013, E. 5.2 in fine.

⁴¹ Vgl. etwa THOMAS WEIBEL, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 602 ZGB N 32 in fine und N 43.

⁴² Vgl. STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2014 (zit. BK-WOLF/EGGEL), Art. 602 ZGB N 108.

auch, die nicht klagewilligen Erben zusammen mit dem Willensvollstrecker auf Beklagtenseite in den Prozess einzubeziehen. Diese Möglichkeit besteht zwar bei prozessualen Auseinandersetzungen unter den Erben⁴³, grundsätzlich jedoch nicht bei Klagen gegen Dritte. Bei diesen Klagen lässt die Rechtsprechung den Einbezug der nicht klagewilligen Miterben (zusammen mit dem Dritten) auf Beklagtenseite nur zu, wenn das Gericht über ein unteilbares Rechtsverhältnis zu befinden hat, bezüglich welchem ein für alle Beteiligten geltendes Urteil erforderlich ist⁴⁴. Das ist bei einer Honorarrückforderungsklage als einer auf Geld gerichteten Leistungsklage nicht der Fall.

e) Damit verbleibt letztlich die Möglichkeit der **Bestellung eines Erbenvertreters** gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB⁴⁵. Zur Stellung eines solchen Gesuchs ist jeder Erbe einzeln berechtigt, wobei in das Ernennungsverfahren seinerseits sämtliche Erben eingebunden werden müssen, sei dies auf Seiten der Gesuchsteller oder auf Seiten der Gesuchsgegner. Unter Verweis auf das vorerwähnte Urteil des Bundesgerichts BGer. 5A_881/2012 vom 26.4.2013 kann das Gesuch nicht einfach mit der Begründung abgewiesen werden, es liege gar keine Erbengemeinschaft mehr vor, weil die Honorarrückforderungsklage oftmals erst nach vollzogener Erbteilung erhoben wird. Wie gesehen⁴⁶, liegt bezüglich des Rückforderungsanspruchs durchaus noch eine Erbengemeinschaft vor. Selbst wenn die Behörde das Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters gutheissen sollte, kann der ursprünglich klagewillige Erbe indessen keineswegs sicher sein, dass der Erbenvertreter dann auch tatsächlich zur Klage gegen den Willensvollstrecker

⁴³ Vgl. BK-WOLF/EGGEL (Fn. 42), Art. 602 ZGB N 100, mit Verweisen auf BGE 74 II 215 ff. (Anfechtung eines Kaufvertrags betreffend eine zum Nachlass gehörende Liegenschaft, der zwischen einem Erben und den übrigen Mitgliedern der Erbengemeinschaft abgeschlossen worden ist) und BGE 109 II 400 ff. (Sicherstellungsbegehren eines Erben gegen einen nutzniessungsberechtigten Miterben).

⁴⁴ Vgl. illustrativ BGE 89 II 429 ff., in welchem Fall eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrags zu beurteilen war, den die Erblasserin an ihrem letzten Lebenstag (!) mit einem Dritten abgeschlossen hatte. Die Erblasserin wurde von zwei Töchtern beerbt, wovon nur eine als Klägerin gegen den Dritten klagte. Alle drei Instanzen (Bezirksgericht Zürich, Obergericht des Kantons Zürich und Bundesgericht) wiesen die Klage mangels Einbezugs der Miterbin entweder auf Kläger- oder Beklagtenseite ab. Eine weitere Möglichkeit bei derartigen unteilbaren Rechtsverhältnissen hätte im Übrigen darin bestanden, dass die nicht klagewillige Miterbin eine Erklärung des Inhalts abgegeben hätte, dass sie das Urteil gegen sich gelten lassen würde, wie immer es auch ausfalle.

⁴⁵ Konkret würde es sich um einen Spezialerbenvertreter handeln mit der einzigen Aufgabe, gegenüber dem Willensvollstrecker Rückforderung von Honoraren geltend zu machen; dies im Gegensatz zu einem Generalerbenvertreter.

⁴⁶ Vgl. vorne, Fn. 40.

schreitet. Ein Erbenvertreter entscheidet nach pflichtgemäsem Ermessen und nicht auf Instruktion des oder der Erben hin. Zwecks Vermeidung seiner eigenen Verantwortlichkeit gegenüber den Erben wird er eine sorgfältige Prozessanalyse vornehmen müssen. Im Rahmen dieser Beurteilung kann er hilfsweise die Kriterien heranziehen, die die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege zur Frage entwickelt hat, wann ein Prozess im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO nicht aussichtslos ist. Danach sind Begehren als aussichtslos zu betrachten, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren, wohingegen Begehren nicht aussichtslos sind, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese⁴⁷. Nur wenn der Prozess nach diesen Kautelen vernünftigerweise als aussichtsreich bezeichnet werden kann, wird ein Erbenvertreter klagen. Zu lösen ist zusätzlich das Problem, dass der Erbenvertreter einen womöglich substantiellen Gerichtskostenvorschuss im Sinne von Art. 98 ZPO leisten müssen, denn klagende Partei ist der Erbenvertreter, und es sind dies nicht etwa die Erben, vertreten durch den Erbenvertreter. Die ursprünglich klagewilligen Erben werden den Vorschuss dem Erbenvertreter zu bezahlen haben, denn der für einen Honorarrückforderungsprozess gegen den Willensvollstrecker eingesetzte Spezialerbenvertreter wird in der Regel nicht auf Nachlassvermögen zurückgreifen können, das meist ohnehin schon geteilt worden ist.

f) Zu keinen Problemen einer Honorarrückforderungsklage führen (wenigstens) die **Passivlegitimation** und der **Gerichtsstand**. Passivlegitimiert ist der Willensvollstrecker, und der Gerichtsstand liegt wiederum in Anwendung von Art. 28 Abs. 1 ZPO am letzten Wohnsitz des Erblassers.

g) Für das **Beweismass** gelten analog die Ausführungen zur Honorarklage des Willensvollstreckers⁴⁸. Zu betonen bleibt, dass die Begründungs- und Substantiierungsobliegenheit des Willensvollstreckers mit Bezug auf sein Honorar auch in seiner Rolle als beklagte Partei gilt, denn die Frage des Beweises bzw. der entsprechenden Obliegenheiten hängt nicht von der Stellung als Kläger oder Beklagter, sondern vom materiellen Recht ab. Es gilt mithin Art. 8 ZGB.

⁴⁷ So lautet die gängige Formel in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; vgl. z.B. BGer. 5A_153/2014 vom 10.7.2014, BGE 139 III 475 f. und BGE 138 III 217 f.

⁴⁸ Vgl. vorne, F.II.

h) Einen weiteren Stolperstein im Rahmen der Honorarrückforderungsklage der Erben kann die **Verjährung** darstellen. Die Verjährungsfrist hängt von der Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs ab. Diesbezüglich ist zu differenzieren: Steht die Rückforderung zur Diskussion, nachdem der Willensvollstrecker unter seinem Mandat Akonto-Zahlungen bzw. Akonto-Bezüge getätigt hat, ist der Anspruch vertraglicher Natur, da derartige Zahlungen bzw. Bezüge unter dem Vorbehalt der Abrechnung stehen⁴⁹. Die Verjährungsfrist beträgt mithin 10 Jahre, beginnend ab Ende des Mandats.

i) Meines Erachtens muss dies **auch dann gelten, wenn** der Willensvollstrecker den Nachlass mit konkret abgerechneten Honoraren belastet hat. Denn es ist der Willensvollstrecker, und es sind nicht die Erben, die diesen Vermögensabfluss getätigt haben. Dadurch, dass **der Willensvollstrecker Honorar bezieht**, kann er nicht seine Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 OR unterlaufen und die Erben auf den schwächeren Bereicherungsanspruch verweisen⁵⁰. Auch in dieser Konstellation gilt somit für den Rückforderungsanspruch die vertragliche zehnjährige Verjährungsfrist.

j) Nur dann, **wenn die Erben selbst** ohne jeglichen Vorbehalt in vermeintlicher Erfüllung der Honorarforderung des Willensvollstreckers **mehr leisten als objektiv geschuldet ist**⁵¹, kann nicht mehr von einem vertraglichen Rückforderungsanspruch gesprochen werden. Hier kommt für die Rückforderung das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil nur in diesem Fall die Erben selbst die Ursache dafür gesetzt haben, dass sie später wieder die Rückforderungsklage anstrengen wollen oder müssen⁵².

⁴⁹ Vgl. BGer. 4A_89/2012 vom 17.7.2012.

⁵⁰ So zutreffend das vorne, D., erwähnte Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. September 2000; vgl. vorne, Fn. 19.

⁵¹ Vgl. BGer. 5A_881/2012 vom 26.4.2013, E. 4.1.

⁵² Zu wenig differenzierend demgegenüber KÜNZLE (Fn. 10), 129, der stets von ungerechtfertigter Bereicherung ausgeht, den Fall der Zahlung des Honorars unter Vorbehalt der Abrechnung ausgenommen. Dem bereits mehrfach erwähnten Urteil BGer. 5A_881/2012 vom 26.4.2013 ist zu entnehmen, dass die beiden klagenden Erben in ihrer Klage vor der ersten Instanz (Zivilgericht Basel-Stadt) mit Bezug auf den geltend gemachten Rückforderungsanspruch sowohl vertragsrechtlich als auch bereicherungsrechtlich argumentiert haben. Des Weiteren gibt das Bundesgericht in E. 4.2.2 dieses Urteils den Standpunkt der beiden Klägerinnen dahingehend wieder, dass *„der Willensvollstrecker ein zu hohes Honorar verrechnet hat, das sie freiwillig bezahlt haben“*. Wenn dem so ist, ist der Honorarrückforderungsanspruch in der Tat bereicherungsrechtlicher Natur. Gerade nicht ausdrücklich geäussert hat sich das Bundesgericht indessen zur Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs für den Fall, dass der Willensvollstrecker das Honorar

k) Kommt nach diesen Kriterien auf den Rückforderungsanspruch tatsächlich das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung, gilt **gemäss Art. 67 Abs. 1 OR eine überaus kurze relative Verjährungsfrist** von nur gerade einem Jahr ab Kenntnis des Rückforderungsanspruches⁵³. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit Bezug auf diese Verjährungsfrist ist streng. Die Jahresfrist beginnt zu laufen, wenn der Rückforderungskläger das ungefähre, wenn auch nicht exakt zu beziffernde Ausmass der Entreicherung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten kennt⁵⁴.

l) Mit Bezug auf die Honorarrückforderungsklage der Erben ist schliesslich auf den Einfluss einer Entlastungserklärung bzw. **Décharge-Erklärung** hinzuweisen. Es ist üblich, dass die Erben dem Willensvollstrecker beim Abschluss der Erbteilung für die Führung seines Amtes Entlastung erteilen. Rechtlich stellt eine derartige Erklärung eine negative Schuldanererkennung dar. Sie steht somit einer späteren Honorarrückforderungsklage der Erben grundsätzlich entgegen. Allerdings ist ausschlaggebend, was die Erben im Zeitpunkt, in welchem sie die Entlastungserklärung abgeben, in Bezug auf Umfang und Höhe des Honorars wissen bzw. wissen müssten. Dies folgt aus einer analogen Anwendung von Art. 758 Abs. 1 OR. Nur wenn der Willensvollstrecker mithin seiner Rechenschaftspflicht nachgekommen ist und im Zeitpunkt der Entlastungserklärung vollständig und detailliert abgerechnet hat, kann die Entlastung zum Untergang der Honorarrückforderungsklage führen.

selbst bezogen hat. Für diese Konstellation kann die Frage nach der Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs – und damit auch die Frage nach dem anwendbaren Verjährungsregime – noch nicht als höchstrichterlich geklärt bezeichnet werden. Auch im diesbezüglich – soweit ersichtlich – neuesten Urteil des Bundesgerichts, nämlich BGer. 5A_705/2015 vom 21.6.2016, führt das Gericht nicht weiter differenzierend aus, dass sich der Erbe „nur mehr mit einer bereicherungs- oder vertragsrechtlichen Rückforderungsklage behelfen“ könne, „soweit sich der Streit allein um die Höhe des bezogenen Honorars ... dreht“ (vgl. BGer. 5 A_705/2015 vom 21.6.2016, E. 6.3.).

⁵³

Kumulativ besteht nach Art. 67 Abs. 1 OR eine absolute zehnjährige Verjährungsfrist, die mit der Entstehung des Anspruchs zu laufen beginnt, mithin mit der (später zurückgeforderten) Honorarzählung bzw. den Honorarzählungen.

⁵⁴

Vgl. BRUNO HUWILER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015, Art. 67 OR N 9, mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

G. Praktische Empfehlungen

a) Abschliessend sind aus meiner Sicht die folgenden **praktischen Empfehlungen** mit Bezug auf das Honorar des Willensvollstreckers abzugeben:

b) Es ist davon **abzusehen, das Honorar des Willensvollstreckers im Testament festzulegen**. Dies schürt lediglich Erwartungen, sei dies auf Seiten des Willensvollstreckers oder sei dies bei entsprechend tiefem Honorar auf Seiten der Erben. Beide Erwartungshaltungen können sich als ungerechtfertigt erweisen, weil so oder anders die Schattenrechnung der Angemessenheit des Honorars auf reiner Zeitbasis vorzunehmen ist.

c) Das Honorar gehört auf die **Traktandenliste der ersten Erbensitzung**⁵⁵. Der Willensvollstrecker schafft damit die nötige Transparenz, und diese Transparenz wird sich erfahrungsgemäss auch in Bezug auf seine weiteren Arbeiten und nicht nur in Bezug auf das Honorar vertrauensbildend auswirken.

d) Es sind **Honorarvereinbarungen mit den Erben** anzustreben. Geradezu vorbildlich verhielt sich der Willensvollstrecker im bereits erwähnten BGE 138 III 449 ff. Nur gerade einen Monat nach dem Hinschied des Erblassers orientierte der Willensvollstrecker die Erben schriftlich über sein Honorar und liess das entsprechende Schreiben von den Erben gegenzeichnen. Damit ist eine rechtlich verbindliche Honorarvereinbarung zwischen dem Willensvollstrecker und den Erben zustande gekommen, die nachträglich nur noch aus pathologischen Gründen, sprich Willensmängeln, in Frage gestellt werden kann. Es versteht sich von selbst, dass eine derartige Honorarvereinbarung spätere Diskussionen lediglich mit Bezug auf den Stundenansatz, nicht jedoch mit Bezug auf den tatsächlich vom Willensvollstrecker betriebenen Aufwand aus der Welt schaffen kann.

e) Der Willensvollstrecker soll sein Honorar den Erben gegenüber **in regelmässigen Zeitabständen**, beispielsweise im Dreimonatsrhythmus, **fakturieren**. Er soll den Erben detaillierte Honorarnoten zukommen lassen, und er kann sehr wohl in Aussicht stellen, dass er das Honorar ohne Gegenbericht binnen einer

⁵⁵ So bereits JÜRIG HONEGGER/RENÉ STRAZZER, Rezension von KÜNZLE, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Willensvollstrecker, Bern 2011, in: successio 2012, 304 ff., insb. 308.

entsprechenden Frist beziehen wird. Protestieren die Erben nicht, und bezieht alsdann der Willensvollstrecker sein Honorar, ist ebenfalls vom Zustandekommen einer rechtsverbindlichen Honorarvereinbarung auszugehen.

f) Alles in allem ist das **Fazit** zu ziehen, dass sich das Willensvollstreckermandat punkto Vergütung nicht weiter von einem gewöhnlichen Anwaltsmandat unterscheidet.

g) Abschliessend ist warnend darauf hinzuweisen, dass ein Willensvollstrecker auch **strafrechtliche Implikationen** gewärtigen kann. Er ist nämlich regelmässig als berufsmässiger Vermögensverwalter im Sinne von Art. 138 Ziffer 2 StGB⁵⁶ zu qualifizieren. Eine unrechtmässige Verwendung des Nachlassvermögens kann daher strafrechtlich eine qualifizierte Veruntreuung darstellen. Eine Verurteilung setzt allerdings Vorsatz voraus, und eine aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit begangene Veruntreuung ist nicht strafbar. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auf das illustrative Urteil des Bundesgerichts BGer. 6B_582/2014 vom 7.1.2015. Dieser Entscheid ist vor allem auch deswegen bemerkenswert, weil die erste und die zweite Instanz, das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich, den Willensvollstrecker wegen mehrfacher qualifizierter Veruntreuung verurteilt haben und er erst vor Bundesgericht einen Freispruch erlangen konnte. Soweit sollte es aber bei pflichtgemässer Ausübung des Willensvollstreckermandates natürlich erst gar nicht kommen.

⁵⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 mit seitherigen Änderungen (SR 311.0).

