
Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag

Zürich, 17. April 2015

Die Vergütung des Willensvollstreckers Länderbericht Schweiz

Dr. René Strazzer

Rechtsanwalt / Fachanwalt SAV Erbrecht
Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich
www.sszlaw.ch

Agenda

- I. Rechtsgrundlagen
- II. Vergütungsarten
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Das reine Pauschalhonorar
 - 3. Kombination Zeithonorar mit Prozentzuschlag
 - 4. Das reine Zeithonorar (Stundenansatz)
- III. Kriterien der Festlegung der Vergütung
- IV. Konkrete Stundenansätze in der Gerichtspraxis
- V. Abstufungen bei den Stundenansätzen

Agenda

VI. Modalitäten der Vergütung

VII. Der Prozess um die Vergütung

1. Zivilrechtsstreitigkeit vs. Beschwerdeverfahren
2. Die Honorarklage des Willensvollstreckers
3. Die Honorarrückforderungsklage der Erben

VIII. Praktische Empfehlungen

IX. Hinweise auf Literatur und Judikatur (Auswahl)

1. Literatur
2. Judikatur

I. Rechtsgrundlagen

- Art. 517 Abs. 3 ZGB → „angemessene Vergütung“
- Keine spezifische anwaltsrechtliche Rechtsgrundlage
 - Art. 12 lit. i BGFA → nur Aufklärungs- und Informationspflicht bezüglich Honorar
- Unmassgeblichkeit kantonal-rechtlicher Erlasse, soweit solche heute überhaupt noch einschlägig sind
 - Vorrang des Bundesrechts → BGE 129 I 330 ff. (30. Juni 2003)
 - z.B. Notariatsgesetze
 - z.B. Anwaltsgesetze → § 17 AnwG ZH vom 17. November 2003
- keine Verbandstarife mehr
 - z.B. Honoraransätze des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV), aufgehoben im November 2005

II. Vergütungsarten

1. Vorbemerkungen

- der Anspruch des Willensvollstreckers auf eine angemessene Vergütung i.S.v. Art. 517 Abs. 3 ZGB ist zwingender Natur
 - der Erblasser kann die Vergütung nicht wegbedingen
- der Erblasser kann, muss aber keinesfalls die Vergütung im Testament näher regeln
- jede testamentarische Honorarklausel muss dem Vergleich der angemessenen Vergütung standhalten
 - die Vergütung kann reduziert oder erhöht werden

II. Vergütungsarten

2. Das reine Pauschalhonorar

- Beispiele von testamentarischen Honorarklauseln:
 - a) „Der Willensvollstrecker erhält für seine Tätigkeit eine pauschale Vergütung von CHF 100'000.00.“ (fiktiv)
 - b) „Der Willensvollstrecker erhält für seine Tätigkeit eine pauschale Vergütung von 3% des Wertes der Bruttoaktiven meines Nachlasses.“ (fiktiv)
 - c) „Le dernier devait recevoir 5% de patrimoine, mais au moins CHF 20'000.00, avant le partage entre les héritiers, pour ses services.“ (real → Urteil der Cour de Justice von Genf vom 30. September 2014)
- nicht per se unzulässig, aber Vergleich mit Angemessenheit auf Aufwands- und Stundenbasis erforderlich

II. Vergütungsarten

- zu hohe Honorare bei Grossnachlässen
 - Beispiel anhand BGer 5A_881/2012 vom 26. April 2013:
 - bereinigtes Reinvermögen ca. CHF 100 Mio.
 - Honorar wäre bei Beispiel lit. b) CHF 3 Mio. → 3%
 - Honorar wäre bei Beispiel lit. c) CHF 5 Mio. → 5%
 - in casu betrug das Honorar CHF 333'918.40 → 0.33%
(vom BGer nicht materiell beurteilt)
- Auslegung als Vermächtnis bei nachgewiesener Begünstigungsabsicht des Erblassers
- generell problematisch → abraten!

II. Vergütungsarten

3. Kombination Zeithonorar mit Prozentzuschlag

- Beispiel aus einem Testament vom 21. September 2005:

„... Ihm steht 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.“

- nicht per se unzulässig, aber Vergleich mit Angemessenheit auf Aufwands- und Stundenbasis erforderlich
- gewisse praktische Bedeutung (→ z.B. alte „Zürcher Testamente“)
- problematisch wegen des Prozentzuschlags → abraten!

II. Vergütungsarten

4. Das reine Zeithonorar (Stundenansatz)

- Beispiel aus einem Testament vom 30. Juli 2012:

„... Für seine Müheverwaltung darf der Willensvollstrecker ein Honorar von CHF 480.00 (vierhundertachtzig 00/00) pro Stunde beziehen. Zusätzlich sind die Mehrwertsteuer und die Barauslagen zu entschädigen. Der erwähnte Stundenansatz darf ab heute, jeweils per 01. Januar eines Jahres, der Teuerung angepasst werden.“

- absolut im Vordergrund stehend
- nur das reine Zeithonorar ist heute lege artis!

III. Kriterien der Festlegung der Vergütung

- Ausbildung und fachliche Qualifikation des Willensvollstreckers
- Kompliziertheit der Verhältnisse
- Struktur des Nachlasses
- Auslandsbezogenheit des Nachlasses
- Verantwortung des Willensvollstreckers
- Tätigkeit des Willensvollstreckers zu Lebzeiten des (nachmaligen) Erblassers

III. Kriterien der Festlegung der Vergütung

- nur beschränkt: Wert des Nachlassvermögens

Beispiel: Auszug aus einem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013 (Hervorhebungen durch den Referenten):

*„... 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; kantonale 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.**“*

IV. Konkrete Stundenansätze in der Gerichtspraxis

- Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. September 2000:
 - Stundenansatz eines Anwalts für WV-Tätigkeit 1986 – 1995 von CHF 200.00 ist bescheiden und nicht zu beanstanden

- BGE 138 III 449 ff. (31. Mai 2012):
 - Stundenansatz eines Tessiner Anwalts von CHF 350.00 und seiner Mitarbeiterin von CHF 300.00 zuzüglich Fixhonorar von 0.5% der Bruttoaktiven des Nachlasses für Tätigkeiten 2004 – 2006 (vom BGer nicht materiell beurteilt)

IV. Konkrete Stundenansätze in der Gerichtspraxis

- Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013:
 - Nachlass von ca. CHF 17 Mio. (Liegenschaft, Eigentumswohnung, Bankvermögen)
 - WV-Tätigkeit von 1995 – 2009 (Co-Willensvollstreckung)
 - Einer der WV ist Dr. iur., Inhaber des Anwaltspatents, vormals Vorgesetzter der Abteilung Willensvollstreckung bei einer Bank im Direktionsrang, in Rente
 - Erben erhoben im Februar 2006 Klage auf Rückzahlung von Honorar
 - Stundenansatz von CHF 370.00 bis 1997 bei professioneller Infrastruktur
 - Reduktion um 20% wegen diverser untergeordneter Arbeiten → CHF 296.00/ Stunde
 - Reduktion um 30% ab 1997 (Wegfall der Infrastruktur) → CHF 207.20/Stunde

IV. Konkrete Stundenansätze in der Gerichtspraxis

- Urteil BGer 6B_582/2014 vom 7. Januar 2015:
 - Stundenansatz von CHF 240.00 für Treuhänder mit eigener Firma mit den Spezialitäten Finanzberatung, Steuerrechtspraxis, Treuhandbüro (vom BGer nicht materiell beurteilt)
- Fazit: **CHF 300.00 – 500.00/Stunde** für selbständige Anwältin / selbständigen Anwalt mit eigener Kanzlei und Infrastruktur ist angemessen

IV. Konkrete Stundenansätze in der Gerichtspraxis

- Ergänzender Hinweis: Praxis der Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) zur Üblichkeit im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR
 - CHF 250.00 – 370.00/Stunde
 - Zuschlag bis maximal 50% (CHF 375.00 – 555.00/Stunde) bei hoch spezialisierten und sehr erfahrenen Anwälten und Fachanwältinnen
- ZAV-Info 2/2012, Juli 2012

V. Abstufungen bei den Stundenansätzen

- Anwaltskanzlei (jur. Person, Handelsgesellschaft) vs. Einzelanwalt
- Beizug von juristischen Mitarbeitern
 - Hilfsperson
 - pro memoria: Unzulässigkeit einer vollständigen Substitution
- Der Anwalt in Rente („Hobby-Willensvollstrecker“)
- Administrative Tätigkeiten (z.B. Protokollführung, Nachlassbuchhaltung)
- Mehrere Willensvollstrecker
- Beizug von Spezialisten (z.B. Steuerexperten, Rechtsexperten)

VI. Modalitäten der Vergütung

- Vergütung ist Erbgangsschuld (z.B. Urteil BGer 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014)
 - in der Teilungsrechnung unter den Passiven zu führen
 - reduziert die Teilungsmasse und die Pflichtteilsberechnungsmasse (z.B. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2003, in: ZR 103 [2004] 129 ff.)
- Detaillierte Honorarnote(n)
 - Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR
- Recht auf Zwischenabrechnungen bzw. Akonto-Zahlungen

VI. Modalitäten der Vergütung

- Recht, das Honorar direkt dem Nachlass zu belasten und vom zu teilenden Nachlass vorweg in Abzug zu bringen
(z.B. Urteil BGer 6B_582/2014 vom 7. Januar 2015)
- Recht auf Spesenersatz
- Mehrwertsteuerpflichtige Dienstleistung

VII. Der Prozess um die Vergütung

1. Zivilrechtsstreitigkeit vs. Beschwerdeverfahren

vgl. Urteil BGer 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014, E. 6.4
(Hervorhebungen durch den Referenten):

*„... 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 zutreffend 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).“*

VII. Der Prozess um die Vergütung

2. Die Honorarklage des Willensvollstreckers

- Aktivlegitimation
 - Willensvollstrecker
 - bei Co-Willensvollstreckung im Grundsatz notwendige aktive Streitgenossenschaft
- Passivlegitimation
 - Solidarhaftung der Erben (z.B. Urteil BGer 5A_881/2012 vom 26. April 2013)
 - einzelne oder alle Erben nach Wahl des klagenden Willensvollstreckers
- Gerichtsstand
 - letzter Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 1 ZPO)

VII. Der Prozess um die Vergütung

- Beweismass

→ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013
(Hervorhebung durch den Referenten):

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

VII. Der Prozess um die Vergütung

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.“

VII. Der Prozess um die Vergütung

- Verjährung
 - im Grundsatz 10 Jahre ab Beendigung des Mandats
 - Anwalt als Willensvollstrecker fünf Jahre?
 - umstritten
 - offen gelassen im Urteil BGer 4A_267/2007 vom 24. Oktober 2007
 - m.E. immer 10 Jahre, da Art. 128 Ziff. 3 OR (5 Jahre) restriktiv auszulegen ist und nur für berufsspezifische Arbeiten des Anwalts gilt (Urteil BGer 4A_267/2007 vom 24. Oktober 2007, E. 11.1) → das ist bei Willensvollstreckung nicht der Fall (vgl. Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 27. August 2007)

VII. Der Prozess um die Vergütung

3. Die Honorarrückforderungsklage der Erben

- Aktivlegitimation

- der Anspruch steht den Erben zur gesamten Hand zu (vgl. Urteil BGer 5A_881/2012 vom 26. April 2013)

- es müssen alle Erben zusammen klagen (notwendige aktive Streitgenossenschaft)

- Mögliche Auswege:

- Erbenvertretung nach Art. 602 Abs. 3 ZGB
 - auch wenn sich die Klage der Erben gegen einen Dritten richtet, ist es m.E. möglich, dass die nicht klagewilligen Erben gegenüber dem Gericht eine formelle Unterwerfungserklärung abgeben (vgl. zum Ganzen BGE 89 II 429 ff. [11. Dezember 1963], BGE 93 II 11 ff. [19. Januar 1967], BGE 121 III 118 ff. [26. April 1995])

VII. Der Prozess um die Vergütung

- möglich ist m.E. auch, dass die nicht klagewilligen Erben als beklagte Parteien in den Prozess eingebunden werden (analog BGE 140 III 598 ff. [2. Dezember 2014] im Zusammenhang mit der Anfechtung einer Kündigung im Mietrecht nur durch einen Mieter bei Mitmieterschaft)
- Passivlegitimation
→ der Willensvollstrecker
- Gerichtsstand
→ letzter Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 1 ZPO)
- Beweismass
→ analog Honorarklage des Willensvollstreckers
 - Begründungs- und Substantiierungsobliegenheit des Willensvollstreckers auch als beklagte Partei

VII. Der Prozess um die Vergütung

▪ Verjährung

→ im Grundsatz nach Vertragsrecht (10 Jahre ab Beendigung des Mandats)

- gilt bei A-Konto-Zahlungen bzw. A-Konto-Bezügen des Willensvollstreckers, da diese unter dem Vorbehalt der Abrechnung stehen (vgl. Urteil BGer 4A_89/2012 vom 17. Juli 2012)
- muss m.E. auch bei Belastung des Nachlasses mit Honoraren durch den Willensvollstrecker selbst gelten
- ungerechtfertigte Bereicherung (1 Jahr ab Kenntnis des Rückforderungsanspruchs; z.B. BGE 127 III 421 ff.) nur dann, wenn die Erben selbst ohne jeglichen Vorbehalt in vermeintlicher Erfüllung der Honorarforderung des Willensvollstreckers mehr leisten als objektiv geschuldet

→ Urteil BGer 5A_881/2012 vom 26. April 2013

VII. Der Prozess um die Vergütung

- Grundsätzlich keine Honorarrückforderung bei Entlastung des Willensvollstreckers
 - massgebend ist allerdings, was die Erben in Bezug auf Umfang und Höhe des Honorars wissen bzw. wissen müssten im Zeitpunkt der Entlastungserklärung (analog Art. 758 Abs. 1 OR)

VIII. Praktische Empfehlungen

- keine Festlegung des Honorars im Testament
- das Honorar gehört auf die Traktandenliste der 1. Erbensitzung
- Honorarvereinbarung mit Erben (Bsp.: BGE 138 III 449 ff. [31. Mai 2012])
- regelmässige Rechnungsstellung
 - das Willensvollstreckermandat ist punkto Vergütung ein gewöhnliches Anwaltsmandat

VIII. Praktische Empfehlungen

- Warnung: der Anwalt bzw. Treuhänder als Willensvollstrecker ist regelmässig „berufsmässiger Vermögensverwalter“ i.S.v. Art. 138 Ziff. 2 StGB
 - qualifizierte Veruntreuung bei unrechtmässiger Verwendung des Nachlassvermögens
 - setzt Vorsatz voraus; eine aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit begangene Veruntreuung ist nicht strafbar
- zum Ganzen: BGer 6B_582/2014 vom 7. Januar 2015

IX. Hinweise auf Literatur und Judikatur (Auswahl)

1. Literatur

- KÜNZLE, in: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bern 2011, N 388 ff. zu Art. 517 – 518 ZGB
- KARRER/VOGT/LEU, in: Basler Kommentar, ZGB II, 4. Auflage, Basel 2011, N 27 ff. zu Art. 517 ZGB
- CHRIST/EICHNER, in: Praxiskommentar Erbrecht, 2. Auflage, Basel 2011, N 30 ff. zu Art. 517 ZGB
- FLÜCKIGER, Das Honorar des Willensvollstreckers, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, 201 ff.
- KARRER, Vergütung des Willensvollstreckers, in: successio 2013, 138 ff.
- KARRER, Vergütung des Willensvollstreckers, in: successio 2014, 69 ff.

IX. Hinweise auf Literatur und Judikatur (Auswahl)

- GUTZWILLER/HIRT, Das Willensvollstrecker-Kollegium, in: successio 2014, 99 ff.

IV. Hinweise auf Literatur und Judikatur (Auswahl)

2. Judikatur

- Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. September 2000 (Geschäfts-Nr. CG970283; abgedruckt in Flückiger, a.a.O., 246 ff.)
- Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2003, in: ZR 103 (2004) 129 ff.
- BGE 129 I 330 ff. (30. Juni 2003)
- Entscheid der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 27. August 2007; in: BJM 2010, 157 ff.
- Urteil BGer 4A_267/2007 vom 24. Oktober 2007
- BGE 138 III 449 ff. (31. Mai 2012)

IV. Hinweise auf Literatur und Judikatur (Auswahl)

- Urteil BGer 4A_89/2012 vom 17. Juli 2012
- Urteil BGer 5A_881/2012 vom 26. April 2013
- Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013 (Geschäfts-Nr. LB120074; abrufbar unter www.gerichte-zh.ch)
- Urteil BGer 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014
- Urteil der Cour de Justice von Genf vom 30. September 2014 (abrufbar unter www.swisslex.ch)
- Urteil BGer 6B_582/2014 vom 7. Januar 2015

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. René Strazzer
Fachanwalt SAV Erbrecht
Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte
Waffenplatzstrasse 18
Postfach 2088
CH-8027 Zürich

Tel +41 43 266 55 44
Fax +41 43 266 55 40

rene.strazzer@sszlaw.ch
www.sszlaw.ch