



Kommentar zu: Entscheid [5A_881/2012](#) vom 26/04/2013
 Sachgebiet: Erbrecht
 Gericht: Bundesgericht
 Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
 dRSK-Rechtsgebiet: Erbrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

Ansprüche der Erben bezüglich Willensvollstreckerhonorar werden (sehr) kritisch beurteilt

Das Bundesgericht stellt nicht nur an die Sorgfalt des Willensvollstreckers, sondern auch an die der Erben bei Überprüfung des Willensvollstreckerhonorars hohe Anforderungen. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen sind diverse Stolperdrähte zu beachten.

Autor / Autorin

Daniel Abt

Redaktor / Redaktorin

Paul Eitel



Rechtsprechungsgemäss ist von der Verantwortlichkeitsklage die Honorarrückforderung bei unsorgfältiger Mandatsführung durch den Willensvollstrecker zu unterscheiden. Zur Anhebung der Rückforderungsklage sind nur alle Erben gemeinsam legitimiert. Deshalb steht der eingeklagte Anspruch auf Rückerstattung des bezogenen Willensvollstreckerhonorars den Erben zur gesamten Hand zu.

[1] Erblasser EL starb am 31. Juli 2003. Er und seine Ehefrau hatten am 6. Januar 1971 einen Ehevertrag geschlossen und eine Gütergemeinschaft vereinbart. Demnach ging das Gesamtgut zu drei Vierteln an die Ehefrau und zu einem Viertel an die fünf Kinder, zu denen die Beschwerdeführerinnen X und Y gehören.

[2] Der Erblasser hat mit letztwilliger Verfügung vom 9. Juli 1997 WV als Willensvollstrecker eingesetzt; dieser nahm das Amt an. Gemäss dem Vertrag über die güter- und erbrechtliche Teilung vom 11./20. November 2003 und der Teilungsrechnung vom 29. Oktober 2004 betrug das bereinigte Reinvermögen rund CHF 100 Mio. Davon sollten rund CHF 65 Mio. an die überlebende Ehefrau und rund CHF 35 Mio. an die fünf Kinder zu gleichen Teilen (je CHF 7 Mio.) gehen. Unter den Passiven hatte WV (der Beschwerdegegner) in der Teilungsrechnung sein Honorar mit CHF 333'918.40 eingesetzt.

[3] Die überlebende Ehefrau und die fünf Kinder genehmigten die Teilungsrechnung und erteilten dem Willensvollstrecker die Entlastung. Die Beschwerdeführerinnen unterzeichneten die entsprechenden Erklärungen am 5. bzw. 7. November 2004, nachdem sie zuvor Erkundigungen zur Höhe des Honorars eingeholt hatten. Im November 2004 wurde den fünf Kindern je ihr Erbanteil ausbezahlt. Am 1.

Dezember 2004 liess sich der Beschwerdegegner sein Honorar ab dem Nachlasskonto überweisen.

[4] Mit Klage vom 24. März 2009 beehrten die Beschwerdeführerinnen, (1.) das Willensvollstreckerhonorar des Beschwerdegegners sei nach Massgabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, höchstens aber mit einem Betrag von CHF 44'168.50 (inkl. Auslagen, Spesen und MWSt.) gerichtlich festzulegen und (2.) der Beschwerdegegner zu verurteilen, den Beschwerdeführerinnen je CHF 24'747.55 nebst Zins zu bezahlen. Der Beschwerdegegner beantragte, auf das Begehren 1 nicht einzutreten, das Begehren 2 abzuweisen und eventualiter die Klage vollumfänglich abzuweisen.

[5] Das Zivilgericht Basel-Stadt und auf Appellation der Beschwerdeführerinnen hin das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt traten auf das Feststellungsbegehren mangels Interesse nicht ein und wiesen das Leistungsbegehren ab, weil es von den Beschwerdeführerinnen als einzelne Erbinnen allein nicht erhoben werden könne, sondern von allen Erben als notwendige Streitgenossen gestellt werden müsse (Urteil vom 9. Juni 2010 und Entscheid vom 27. Juni 2012).

[6] Mit Eingabe vom 28. November 2012 beantragen die Beschwerdeführerinnen dem Bundesgericht, den appellationsgerichtlichen Entscheid aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an das Appellationsgericht, eventuell an das Zivilgericht zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner und das Appellationsgericht schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

[7] In Bezug auf das Rechtsbegehren 1 von X und Y haben die kantonalen Gerichte und das BGer festgehalten, dass es als Feststellungsbegehren zu qualifizieren sei.

Die Gerichte haben im Wesentlichen ausgeführt, dass die Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage subsidiär sei und dass die blossе Tatsache, dass ein rechtskräftiges Feststellungsurteil über die Höhe des Willensvollstreckerhonorars für andere Verfahren gegen den Beschwerdegegner (Straf- und Disziplinarverfahren) notwendig sei, kein Feststellungsinteresse begründe (vgl. BGer [5A 881/2012](#), E. 3.1 und 3.2). Demnach wurde auf das Begehren betreffend Feststellung des Willensvollstreckerhonorars nicht eingetreten.

[8] Das Rechtsbegehren 2 von X und Y wurde von den kantonalen Gerichten als Rückerstattungsanspruch gegen den Willensvollstrecker qualifiziert, mithin als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder als auftragsrechtlicher Ablieferungsanspruch.

Gemäss den kantonalen Gerichten haben in diesem Sinne offenbar auch X und Y argumentiert, wobei sie überdies angeführt haben, es handle sich um einen Anspruch i.S.v. Art. 41 [OR](#) bzw. um eine Verantwortlichkeitsklage. Die kantonalen Gerichte hielten fest, es liege kein Schaden vor und eine Verantwortlichkeitsklage falle ausser Betracht (vgl. BGer [5A 881/2012](#), E. 4).

[9] Nach Ansicht des BGer ist von der Verantwortlichkeitsklage die Honorarrückforderung bei unsorgfältiger Mandatsführung durch den Willensvollstrecker zu unterscheiden.

Gegenstand der Rückforderungsklage sind die Voraussetzungen eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn die Erben ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrags mehr leisten als das vertraglich Geschuldete, oder eines vertraglichen Anspruchs, falls unter dem Vorbehalt späterer Abrechnung geleistet wurde (vgl. BGer [5A 881/2012](#), E. 4.1, m.w.H.).

[10] Die Qualifikation der Klage durch die kantonalen Gerichte als Rückforderungsklage und nicht als Verantwortlichkeitsklage hat das BGer in E. 4.2.2 "nicht als offensichtlich unrichtig oder sonstwie bundesrechtswidrig betrachtet".

Es hat zudem ausgeführt, dass die Rückforderungsklage abzuweisen sei, weil zu deren Anhebung nur alle Erben gemeinsam, nicht hingegen X und Y als einzelne Erbinnen allein legitimiert seien.

Für Schulden bestehe nach Art. 603 Abs. 1 [ZGB](#) eine solidarische Haftbarkeit. Demgegenüber seien die Erben Gesamteigentümer aller Erbschaftsgegenstände und könnten über die Rechte der Erbschaft gemeinsam verfügen (vgl. Art. 602 Abs. 1 und 2 [ZGB](#)). Deshalb stehe der eingeklagte

Anspruch auf Rückerstattung des bezogenen Willensvollstreckerhonorars den Erben zur gesamten Hand zu (vgl. BGer [5A 881/2012](#), E. 5.2).

Kommentar

[11] Vorab ist festzuhalten, dass eine vollständige Nachlassabwicklung innert 6 Monaten seit dem Ableben als sehr speditive Amtsführung zu qualifizieren ist. Bei einem Nachlassvermögen von rund CHF 100 Mio. mutet dieses Arbeitstempo zumindest sportlich an.

[12] Ein Honorar von rund CHF 333'000 entspricht in casu rund 0.3% des Nachlasses und ist unter dem Gesichtspunkt der Nachlasshöhe – wenn er (alleine) massgeblich wäre – als sehr moderat einzustufen.

Zu bedenken ist demgegenüber, dass bei (mutmasslichen) Stundenansätzen von CHF 300 bis CHF 500 für ein derartiges Honorar rund 1'100 bzw. rund 666 Stunden aufgewendet werden müssten – was für eine Tätigkeit über (nur) 6 Monate wiederum sehr viel wäre (wenngleich auch die Tätigkeit allenfalls auf mehrere Mitarbeiter verteilt wird).

[13] Die Argumentation des BGer ist in den Einzelpunkten an sich nicht zu beanstanden. Die Differenzierung (der kantonalen Gerichte), wonach von der Verantwortlichkeitsklage die Honorarrückforderungsklage zu unterscheiden sei, ist jedoch nicht (restlos) überzeugend und mutet etwas überraschend an; das BGer hat diesbezüglich nur lakonisch festgehalten, dies könne nicht als offensichtlich unrichtig oder sonstwie bundesrechtswidrig betrachtet werden.

Bemerkenswert ist, dass in der einschlägigen Literatur zur Willensvollstreckung eine derartige Abgrenzung nicht zu finden ist. Thematisiert werden – m.E. zu Recht – Verantwortlichkeitsansprüche aus vertragsähnlicher Haftung, sic, Vertrauens- oder Deliktshaftung. Ein "Anspruch auf Honorarrückforderung" wird – soweit ersichtlich – im Willensvollstreckungsrecht nirgends thematisiert (vgl. BK-KÜNZLE, Art.517/518 ZGB N 421 ff.; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, Art. 518 ZGB N 102 ff.; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 109; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 351).

[14] Festzuhalten ist zudem, dass die Rechtsbegehren von X und Y nicht per se unangebracht erscheinen.

Das Rechtsbegehren 1 wurde von den Gerichten als Feststellungsbegehren qualifiziert, wobei jedoch in der Folge das Feststellungsinteresse verneint wurde.

Auf Grund des Entscheides entsteht der Eindruck, dass die Begründung der Klägerinnen bzw. Beschwerdeführerinnen indes etwas ungenau war und im Verlauf des Instanzenzugs allenfalls versucht wurde, viele erdenkliche Anspruchsgrundlagen "abzudecken".

[15] Aus praktischer Sicht erscheint bedeutsam, dass es dem einzelnen Erben möglich sein muss, selbständig Ansprüche in Bezug auf die Honorierung des Willensvollstreckers zu erheben. Andernfalls können Willensvollstrecker darauf vertrauen, dass die Erben "schon keinen Konsens" finden, um letztlich auch noch gegen ihn vorzugehen. Das Honorar darf vom Willensvollstrecker nicht als vierte Säule der Altersvorsorge verstanden werden.

Für den Fall, dass die Erben keinen Konsens bezüglich Erhebung von Ansprüchen gegenüber dem Willensvollstrecker finden, kann ein einzelner Erbe grundsätzlich bei der zuständigen Behörde die Einsetzung eines Erbenvertreters i.S.v. Art. 602 Abs. 3 [ZGB](#) beantragen, etwa wenn er eine Rückforderungsklage gemäss der obenstehenden Rechtsprechung einreichen möchte. Nur so kann das Gesamthands- bzw. Einstimmigkeitsprinzip (theoretisch) gewahrt werden (vgl. BGE [125 III 219](#), E. 1; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 20 ff.). Dies ist nach der Rechtsprechung auch nach vollzogener Erteilung möglich, weil zumindest mit Bezug auf den ungeteilten Rückforderungsanspruch gegen den Willensvollstrecker die Erbengemeinschaft weiter besteht (vgl. BGer [5A 881/2012](#), E. 5.2; BGE [75 II 288](#), E. 3).

[16] Eine andere denkbare (und wohl einfach zu handhabende) Vorgehensweise wäre m.E. die

Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gewesen, wobei eine vertragsähnliche Haftung des Willensvollstreckers hätte geltend gemacht werden können (analog Art. 394 ff. [OR](#)).

Bemerkenswert ist, dass gestützt auf die jüngere Rechtsprechung und Doktrin (und entgegen der früheren Praxis und Lehre) dazu jeder Erbe einzeln legitimiert ist, wobei die Klage auf Leistung an die Erbengemeinschaft zu lauten hat (vgl. BK-KÜNZLE, Art.517/518 ZGB N 422, m.w.H.; BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 113; WOLF/GENNA, SPR IV/2, 351; CHK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 70).

Bei einem derartigen Verantwortlichkeitsanspruch wäre die Pflichtverletzung in der Einforderung bzw. Beanspruchung eines zu hohen Honorars (als Verstoss gegen Art. 517 Abs. 3 [ZGB](#)) durch den Willensvollstrecker zu sehen. Der Schaden würde darin bestehen, dass der Erbengemeinschaft zu hohe Erbgangsschulden (Passiven) angelastet und dass dadurch die einzelnen Erbteile geschmälert wurden. Der adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden des Willensvollstreckers (welches gemäss Art. 97 [OR](#) vermutet wird) werden je nach Einzelfall wohl nachgewiesen werden können.

Nach einem Teil der Doktrin soll die örtliche Zuständigkeit am Wohnsitz des Willensvollstreckers gegeben sein (so etwa BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3.A., Zürich 2012, Rz. 325; BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 421). Auf Grund des Umstandes, dass die Willensvollstreckung untrennbar mit dem jeweiligen Nachlass verbunden ist, erscheint m.E. jedoch das Forum am letzten Wohnsitz des Erblassers gemäss Art. 28 [ZPO](#) sachgerechter (so auch BSK-KARRER/VOGT/LEU, Art. 518 ZGB N 114).

[17] Der Entscheid des BGer ist im Ergebnis nachvollziehbar, von der Begründung her jedoch nicht überzeugend. Es besteht der Eindruck, dass sich die Gerichte gleichsam nicht darum gerissen haben, das Willensvollstreckerhonorar näher zu überprüfen und dass dagegen genügend formelle und materielle Begründungselemente angeführt werden konnten. Dies mag allenfalls auch damit zusammenhängen, dass nur zwei (von sechs) Erben Ansprüche gegen den Willensvollstrecker erhoben, und zwar erst mehr als vier Jahre nachdem die Erbteilung vollzogen wurde. Zudem hatten sämtliche Erben vorab die Teilungsrechnung genehmigt und dem Willensvollstrecker Entlastung erteilt. Es ist bedauerlich, dass sich das BGer nicht zur Wirkung dieser Décharge-Erteilung geäussert hat. Im Aktienrecht hat ein Entlastungsbeschluss i.S.v. Art. 758 Abs. 1 [OR](#) zur Folge, dass diejenigen Aktionäre, die der Entlastung zustimmten, für das betreffende Geschäftsjahr und in Bezug auf bekannt gegebene Tatsachen ihr Klagerecht gegenüber dem Verwaltungsrat verlieren.

Zitiervorschlag: Daniel Abt, Ansprüche der Erben bezüglich Willensvollstreckerhonorar werden (sehr) kritisch beurteilt, in: dRSK, publiziert am 08. Juli 2013

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch