

ZUSAMMENFASSUNG ERBRECHT

§ 1 *Geschichtliche Grundlagen*

Bei den Römern und Germanen galt die Zuordnung von Personen und Sachen zu einem Herrschaftsbereich; der *paterfamilias* oder das Oberhaupt der Sippe stand diesem Verbund vor und das Erbrecht bedeutete die neue Zuordnung nach dem Tod des Herrschaftsträgers: Sinn des Erbrechts war es nicht, dass der Erblasser "Geschenke" machte und andererseits bestimmten Personen Werte zu ihrer persönlichen Bereicherung erwerben konnten.

Heute dagegen bedeutet Erbrecht die Vermittlung von Werten an Rechtsnachfolger des Erblassers. Aus dem Vollzug einer objektiven Ordnung wurde die Befriedigung subjektiver Ansprüche. Diese Subjektivierung weist mehrere Aspekte und geschichtlich mehrere Stadien auf:

Wohl frühester Ausdruck dieser Umdeutung des Erbrechts in subjektive Ansprüche war in Rom das Aufkommen eines *Klagerechts auf Teilung* zur Zwölftafelzeit. Daraus entwickelte sich das Testament und einige Zeit später die Pflichtteilsansprüche der Erben.

Zögernder vollzog sich die Entwicklung im germanischen Recht. Sie geht zwar ebenfalls auf die Individualisierung hin, doch die Ordnung der Stufen ist eine andere. Die Übertragung des Hofes als Ganzes und die Ausstattung der ausscheidenden Kindern nimmt der Teilung die Aktualität. Grundlegend ist der **Gedanke der Verfangenheit**; er bedeutet, dass das Erben einer vorgegebenen Ordnung folgt. Die Idee, die bei den Römern am Ende der Entwicklung steht, dass nämlich die Kinder gegen die Verfügungen der Eltern zu schützen seien, steht für die Germanen am Anfang. Langsamer als in Rom kann auch die eigene Verfügung von Todes wegen durch den Erblasser auf. Erst seit dem 13. Jh. begegnen wir auch der Möglichkeit, in der Form sog. "**Gemächte**" Zuweisungen für den Todesfall zu machen. Die Gemächte konnten nur durch ein Gericht nach entsprechender Verhandlung ausgesprochen werden; diese stimmte namentlich dann zu, wenn eigene Nachkommen fehlten. Langsam setzte sich auch der Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Kinder durch.

Auch die Frauen waren im Erbrecht zurückgesetzt: Erst 1973 wurde im bürgerlichen Erbrecht des ZGB der Vorrang der Söhne vor den Töchtern abgeschafft.

§ 2 *Das Erbrecht im politischen und wirtschaftlichen Umfeld*

Entsplitterung und Entkapitalisierung

Seit es einen Anspruch auf Teilung gibt, kann das Erblasservermögen bei einer Mehrzahl von Erben auseinanderfallen. Besteht das Vermögen aus einem Betrieb, muss dieser aufgeteilt werden, was meist wenig sinnvoll ist. Um eine Zersplitterung zu vermeiden, wird angesichts des hohen Werts des Betriebs innerhalb des Gesamtvermögens oft ein Auskauf von Miterben nötig. Um die Miterben abzufinden, ist der Übernehmer z. T. gezwungen, Darlehen aufzunehmen, für welche Aktiven des Betriebs, namentlich Grundstücke, als Pfandsicherheit dienen müssen. In der Landwirtschaft hat dies schon in früherer Zeit zu einer chronischen Überschuldung der Heimwesen geführt.

Konzentration

Das Erbrecht kann bei wirtschaftlichen Betrieben auch eine umgekehrte Wirkung erzeugen. Dadurch, dass ein Unternehmenserbe nicht von Null beginnen muss, hat er eine finanzielle und betriebliche Basis für weitere Expansion.

Inkompetenz

Da die Erben in der Regel durch ihr Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser und nicht durch ihre Eigenschaften bestimmt werden, kann das Erbrecht dazu führen, dass massgeblicher

Einfluss auf ein Unternehmen in inkompetente Hände gerät.

§ 3 *Das Thema des Erbrechts*

Trotz des inneren Zusammenhangs des Erbrechts mit der Eigentumsordnung ist aus dem jeweiligen subjektiven Recht dessen postmortale Geltung nicht ableitbar, weil dessen Träger dahinfällt. Ebenso wenig könnte aus einer Obligation selber, ohne eine besondere Ordnung im Erbrecht, die Verpflichtung eines Dritten nach dem Tod des Schuldners hergeleitet werden.

Das Erbrecht lässt die Rechtsposition des Erblasser fortleben und begründet nicht etwa eine neue in den bestimmten Personen. Es ordnet also eine Nachfolge an. Das Erbrecht kommt damit nicht aus ohne die Vorstellung von der Fortsetzung der Persönlichkeit des Verstorbenen in seinen Erben.

Dieser Grundgedanke kann konsequenterweise nicht beim Vermögen Halt machen. Um das konzeptionelle Problem zu überwinden, dass die Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen an seine Person gebunden sind, wird angenommen, dass die Angehörigen immaterielle Interessen des Toten aus eigenem Recht geltend machen können.

Trotzdem steht der **postmortale Persönlichkeitsschutz** ausserhalb des Erbrechts. Dies äussert sich insbesondere in zweierlei Hinsicht:

- "Nachfolger" sind nicht die Erben nach der Umschreibung des Erbrechts, sondern jene Personengruppe, die meist als "Angehörige" umschrieben werden.
- Anordnungen über nicht-vermögensrechtliche Belange können nach dem Tod des Verfügenden wirksam sein, ohne dass die Formen der Art. 498 ff.¹ einzuhalten sind.

§ 4 *Prinzipien des Erbrechts*

Identität von Todesfall und Erbgang (Art. 560 I)

Die Einsetzung als Erbe geschieht mit dem Tod des Erblassers, ohne dass eine "logische Sekunde" dazwischen liegt (*le mort saisit le vif*)².

Universalsukzession in den gesamten Nachlass

Dieser Erwerb *ipso iure* steht im Gegensatz zu den Prinzipien des Sachenrechts. Dort gilt, dass Sachen den Eigentümer wechseln, indem die tatsächliche Herrschaft (der Besitz) übergeht. Der Erwerber muss einen entsprechenden Besitzeswillen haben.

Universalsukzession

Im Erbrecht gilt die Universalsukzession, d.h. dass alles Vermögen des Erblassers auf die Erben übergeht, auch diejenigen Werte, die die Erben beim Erbgang gar nicht kennen.

Gesamtnachfolge aller Erben (Art. 602)

Sind mehrere Erben vorhanden, so bilden sie beim Erbgang notwendig eine Gemeinschaft, sie sind Eigentümer zur gesamten Hand. Der Quotenanspruch des einzelnen Erben verwandelt sich erst mit der Teilung in einen Anspruch auf einzelne Objekte.

Es gibt keine Erbenlosigkeit

Das Recht, Nachfolger im Todesfall zu haben, ist mit der Rechtsfähigkeit als solcher

¹ Zitierte Artikel sind, sofern nicht anders vermerkt, solche des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

² Andere Rechtsordnungen sind anders gestaltet (Römisches Recht (*hereditas iacens*), Österreich, angelsächsischer Rechtskreis).

verknüpft. **Erben hat jedermann.** Soweit der Erblasser sie nicht bestimmt hat, werden die Erben von der gesetzlichen Ordnung bezeichnet.

Verfangenheit

Die Unmittelbarkeit der Nachfolge steht historisch in Zusammenhang mit der alten Vorstellung, dass die Erben durch Religion, Sitte oder Gesetz vorgegeben sein. Diese sog. *Verfangenheit des Nachlasses* bedeutet also, dass das Schicksal des Vermögens nach dem Tod dem Einflussbereich des Erblassers entzogen ist.

Verfügungsfreiheit

Auf der anderen Seite steht der gerade entgegengesetzte Gedanke der Verfügungsfreiheit. Der Erblasser soll rechtswirksame Anordnungen über sein Vermögen für die Zeit nach dem Tod treffen können. Diese Möglichkeit ist aber aus der Natur der Sache heraus in verschiedener Hinsicht eingeschränkt:

- Formerfordernisse;
- Numerus clausus von möglichen Inhalten der Verfügung von Todes wegen;
- Die Anordnungen dürfen nicht in die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen eingreifen und können zeitlich nicht unbeschränkt in die Zukunft wirken;
- Alle Anordnungen des Erblassers sind für ihre Verwirklichung darauf angewiesen, dass sich nach seinem Tod lebende Subjekte dafür einsetzen können und wollen;
- Die Verfügungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt des Missbrauchs.

Prinzip der persönlichen Erbenhaftung für die Schulden des Nachlasses

Die Erben haften persönlich für die Schulden des Nachlasses (Art. 560 II, 603 I).

§ 5 Die gesetzliche Erbfolge

Gesetzliche Erbfolge

Sie ist die Ordnung, die mangels gültiger Anweisungen des Erblassers Platz greift. Ein Erbe kann seine Stellung erwerben aufgrund der Erbfolgeeinsetzung des Gesetzes (**gesetzlicher Erbe**) oder einer gültigen Anordnung des Erblassers (**eingesetzter Erbe**). Die Stellung als Erbe bleibt grundsätzlich dieselbe, unterscheidet sich jedoch in folgenden Punkten: Die gesetzlichen Erben werden bessergestellt, wenn es im Stadium der Unsicherheit nach einem Todesfall um die Frage geht, wer die Nachlasssachen provisorisch erhalten soll (Art. 556 III). Desgleichen, wenn das Gesetz nicht nur die Pflicht zur Ausgleichung, sondern ebenso das Recht, die Ausgleichung zu verlangen, lediglich den gesetzlichen Erben zuspricht (Art. 626). Andererseits gibt es auch eine Regel, welche im Ergebnis zugunsten der eingesetzten Erben wirkt: Besteht Ungewissheit über die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen, so ist diese trotzdem wirksam und fällt nur dahin, wenn die interessierten Personen sie von sich aus anfechten (Art. 519 f., 522).

Um zu bestimmen, wer Erbe sein soll, stellt das Gesetz ausschliesslich auf formelle familienrechtliche Beziehungen ab. Jede Art der Begründung ist gleichwertig, sofern bloss die vollen Wirkungen dieses Verhältnisses eintreten. Innerhalb der Familie legt das Gesetz eine Stufenfolge fest: gewisse Arten von Beziehungen werden im Vergleich zu anderen als näher qualifiziert.

Sind keine Familienmitglieder im Sinne des Parentelsystems vorhanden, so ist subsidiär das

Gemeinwesen Alleinerbe (Art. 466). Wie allgemein im Erbrecht wird dabei an den letzten Wohnsitz des Erblassers angeknüpft³. Auch das Gemeinwesen kann die bei ihm anfallenden Nachlässe ausschlagen.

Das germanischrechtliche Parentelsystem⁴

Das germanischrechtliche Parentelsystem schafft eine Ordnung innerhalb der familienrechtlichen Beziehungen. Die verschiedenen Parentelen bilden untereinander eine Rangfolge. Personen aus einer nachfolgenden Parentel können nur gesetzliche Erben sein, wenn aus der vorangehenden Parentel niemand Erbe ist.

- Zur **ersten Parentel** gehören die Personen, die vom Erblasser selber abstammen.
- Zur **zweiten Parentel** gehören die Eltern des Erblassers und alle von ihnen (gemeinsam oder einzeln) abstammenden Personen.
- Zur **dritten Parentel** gehören die Grosseltern des Erblassers und die von diesen abstammenden Personen.

Innerhalb einer Parentel kommt jeweils nur die oberste Schicht (Generation) zum Zug. Das ZGB selber verwendet den Begriff "Parentel" nicht, es spricht von Stämmen (franz. *Parentèle*, Marginale zu Art. 458 und 459). Mit **Stamm** wird auch innerhalb der Parentelen eine Personengruppe mit gemeinsamen Vorfahren verstanden (franz. *Souche*, Art. 457 III).

Die Aufteilung innerhalb der Parentel richtet sich nach folgenden Prinzipien:

- Die Beschränkung auf die nächstmögliche Generation;
- Das **Gleichheitsprinzip** für Geschwister (Art. 457 II, 458 II, 459 II).

Fällt eine berechtigte Person als Erbe aus (Tod, Ausschlagung, Enterbung, Erbunwürdigkeit), gilt:

- Das **Eintrittsprinzip**: Fällt eine Person aus, so treten deren Kinder (und nur diese) an ihre Stelle⁵. Verfügungen des ausfallenden Erben über seine Erbfolge sind für das Eintrittsprinzip unbeachtlich (Art. 457 III, 458 III, 459 III)⁶.
- Das **Anwachsungsprinzip (Akkreszenz)**: Fällt ein gesetzlicher Erbe aus, kommt sein Teil seinen gleichstufigen Miterben zugute. Die Anwachsung erfolgt primär zugunsten des eigenen Stammes. Das Anwachsungsprinzip ist zum Eintrittsprinzip subsidiär (Art. 458 IV, 459 IV).

Der überlebende Ehegatte

Der überlebende Ehegatte hat Rechte am Vermögen des verstorbenen Partners aus der

³ Mit dem Ausdruck "Gemeinwesen" ist der Kanton gemeint, welchem es freisteht, an seiner Stelle engere Gebietskörperschaften seines Territoriums vorzusehen (Bezirk, Kreis, Gemeinde oder eine Zweckverbindung).

⁴ Im Gegensatz dazu steht das römischrechtliche Klassensystem, welches die verschiedenen Arten von Verwandten, je nach Nähe und der Innigkeit ihrer natürlichen Beziehungen zum Erblasser, in bestimmten Gruppen vorsieht, von denen jeweils die vorhergehende die nachfolgende vom Erbrecht völlig ausschliesst. So werden in einer ersten Klasse vereinigt die Nachkommen, in der zweiten die Eltern oder auch noch entferntere Aszendenten und vielleicht neben ihnen schon die nächsten Seitenverwandten: Geschwister und ihre Nachkommen, in die dritte die weiteren Seitenverwandten oder etwa die halbbürtigen Geschwister und ihre Nachkommen usw.

⁵ Das Eintrittsprinzip ist nicht identisch mit der Vorstellung, dass die Erbanwartschaft geerbt wird, vgl. dazu Art. 478 II und III, 541 II, 572 I. .

⁶ Das Eintrittsprinzip gilt nicht für eingesetzte Erben und Vermächtnisnehmer.

güterrechtlichen Auseinandersetzung und aus dem Erbrecht⁷. Er gehört keiner Parentel an, ist aber gesetzlicher Erbe, unabhängig davon, welche Parentel zum Zuge kommt. Seine Quote ist aber verschieden, je nachdem, mit welcher Parentel er teilt (Art. 462):

- gegenüber der ersten Parentel: die Hälfte;
- gegenüber der zweiten Parentel: drei Viertel;
- gegenüber der dritten Parentel: die ganze Erbschaft.

§ 6 *Der Pflichtteil*

Der Pflichtteil

Der **Pflichtteil** ist derjenige Teil der gesetzlichen Erbquote, den der Erblasser den gesetzlichen Erben nicht entziehen kann. Einerseits liegt dem Pflichtteilsrecht der Gedanke der Verfangenheit zugrunde, andererseits ist es die römisch-rechtliche *querela inofficiosi testamenti*, nach welcher der Erblasser grundsätzlich frei ist zu verfügen, er aber missbräuchlich handelt, wenn er gewisse Familienbande vernachlässigt.

Die Regelung des ZGB trägt eher die Züge des Verfangenheitsprinzips, weil sie

- den nahen Angehörigen quantitativ eine grosse Nachlassquote sichert;
- die Pflichtteile von den gesetzlichen Erbteilen aus berechnet, die den jeweiligen Erben zustehen;
- das Pflichtteilsrecht nicht nur das Recht auf einen geldmässigen Wert, sondern auf die Erbenstellung als solche beinhaltet (nach neuerer Lehre allerdings dann nicht, wenn der Pflichtteil wertmässig ausgerichtet wurde, etwa durch Zuwendungen unter Lebenden oder Legate; vom BGer entgegen der entgegengesetzten alten Lehre und Praxis ausdrücklich offen gelassen).

Das Pflichtteilsrecht ist verzichtbar. Vor dem Erbgang bedarf es dafür eines Erbvertrages.

Der Pflichtteil ist eine Wertquote des Nachlasses, die sich aus einer Multiplikation des gesetzlichen Erbteils mit einem gesetzlichen Pflichtteils-Faktor ergibt.

Pflichtteile sollen nur den näheren Familienangehörigen zugute kommen. Dabei nimmt die Quote mit der Entfernung ab. Es bestehen folgende Pflichtteils-Faktoren:

- der Ehegatte 1/2,
- die Nachkommen 3/4,
- die Eltern 1/2

ihres gesetzlichen Erbteils.

Der überlebende Ehegatte

Gemäss Art. 473 kann dem Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen die Nutzniessung am ganzen Nachlass vermacht werden. Den Miterben verbleibt dann bis zum Tod des überlebenden Gatten nur das nackte Eigentum, was mit dem Pflichtteilsrecht an sich unvereinbar ist. Darum wird dieses Opfer nur den gemeinsamen Nachkommen zugemutet; voreheliche Kinder oder die Eltern des Erblassers brauchen diese Nutzniessung des Ehegatten, zu dem sie keine eigene Beziehung haben, nicht zu dulden⁸.

⁷ Alle anderen durch Heirat hergestellten Beziehungen fallen erbrechtlich ausser Betracht.

⁸ Vgl. Art. 216 II.

Neben der Nutzniessung kann der Erblasser dem Ehepartner zusätzlich die Quote am Eigentum zuweisen, die daneben verfügbar bleibt. Umstritten war lange Zeit, wie diese verfügbare Quote berechnet werden sollte. Folgende Varianten wurden vertreten:

- Eine Meinung will die volle Quote zulassen, die auch ohne die Zuwendung der Nutzniessung gelten würde, also drei Achtel. Problem: Entgegen dem Wortlaut.
- Eine andere Meinung weist darauf hin, dass durch die Zuwendung der Nutzniessung kraft Art. 473 II eine Hälfte des Nachlasses konsumiert sei und nur der auf die Nachkommen entfallende Nicht-Pflichtteil in Frage komme, also ein Achtel. Problem: Läuft dem Trend der Gesetzesrevision entgegen, den Ehegatten stärker zu begünstigen.
- Eine dritte Meinung sagt: zwei Achtel, weil der Ehegatte als gesetzlicher Erbe entfallt. Problem: Unvereinbar mit dem Grundsatz, dass der Erblasser durch seine Dispositionen die Pflichtteile nicht beeinflussen kann.

Heute besteht mit Art. 473 Abs. 2 Satz 2 ZGB eine ausdrückliche Regelung. Danach kann der Erblasser neben der eingeräumten Nutzniessung maximal noch über ein Viertel des Nachlasses verfügen.

Inhalt der Erbenstellung

Der Berechtigte kann beanspruchen, in der Erbengemeinschaft mitzuwirken. Die Miterben sind insbesondere auch bei der Teilung auf seine Zustimmung angewiesen. Andererseits haftet der Pflichtteilerbe, sobald seine Erbenstellung anerkannt oder gerichtlich zugesprochen ist, auch für die Erbschaftsschulden. Erbenstellung bedeutet, dass der Pflichtteilsberechtigte an der Teilung mitwirken kann.

Belastung mit Leistungspflichten zugunsten Dritter

Der Pflichtteilerbe muss keine Verpflichtungen dulden, die ihm nicht den Wert seines Pflichtteils belassen. Bestehen diese Pflichten des Erben in Leistungen auf Dauer, so ordnet Art. 530 eine Kapitalisierung an.

Bedingungsfreiheit

Der Erblasser darf den Erwerb des Pflichtteils nicht von Bedingungen abhängig machen.

Auflagenfreiheit

Eine Auflage, die für den Belasteten einen Vermögensaufwand bedeutet, braucht nicht geduldet zu werden, soweit sie in den Pflichtteil eingreift. Es wird dafür Art. 530 angewandt, obwohl diese Bestimmung an sich nur von "Nutzniessung und Renten" spricht und diese in der Regel nicht Auflagen, sondern Vermächtnisse darstellen. **Ideelle Auflagen zu Lasten des Pflichtteils sind zulässig.**

Gleichbehandlung

Erbrechtlich gleichgestellte Personen oder Stämme müssen gleichbehandelt werden. Dies gilt auch für Auflagen zu Lasten des Pflichtteils.

Die Enterbung

Der Erblasser muss in der Verfügung von Todes wegen den Grund der Enterbung konkret angeben. Die Person, die von der Enterbung profitiert, hat zu beweisen, dass der Grund auch wirklich vorliegt. Fehlt die Angabe oder scheitert der Nachweis, so kann der Enterbte mit der Herabsetzungsklage (Art. 522) seinen Pflichtteil, aber nur diesen und nicht den gesetzlichen

Erbteil, verlangen⁹. Eine Enterbung ist auf zwei Arten möglich:

Strafenterbung (Art. 477-479): Der Erblasser braucht den Familiengedanken nicht zu respektieren, wenn ihn der Pflichtteilsberechtigte seinerseits grob vernachlässigt hat. In schweren Fällen ist es deshalb dem Erblasser gestattet, dem Fehlbaren sogar den Pflichtteil zu entziehen. Die Nähe der Person und die erforderliche Schwere des Verhaltens stehen in einem reziproken Verhältnis.

Eine Strafenterbung ist zulässig:

- wenn der Erbe den Erblasser oder eine diesem nahe verbundene Person ein schweres Verbrechen begangen hat. Erfasst sind auch Personen, die mit dem Erblasser nicht verwandt sind (nahe Freunde oder Hausgenossen). Keinen Enterbungsgrund stellt ein Verbrechen gegen Dritte ohne nähere Beziehung zum Erblasser dar.
- wenn er gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt hat. In Frage kommt die Vernachlässigung der Unterstützungspflicht nach Art. 328 oder eine gewichtige Verletzung der Ehre. Kein Enterbungsgrund liegt vor, wenn die Pflicht mit andere rechtlichen oder moralischen Pflichten kollidiert (Aussagepflicht gegen den Vater). Als Missachtung persönlicher Beziehung ist ein Verhalten nur relevant, wenn es schuldhaft erfolgt ist. Der Enterbungsgrund entfällt auch, wenn der Erblasser das Verhalten verziehen hat, und zwar auch dann, wenn die Verzeihung erst nach der Enterbungsverfügung erklärt wird (analog 540 II).

Präventiventerbung (Art. 480): Eine Enterbung ist auch möglich, wenn der präsuntive Erbe überschuldet ist; dies unter folgenden Voraussetzungen:

- Es müssen beim Erbgang Verlustscheine gegen den Pflichtteilsberechtigten für mehr als 1/4 seines gesetzlichen Erbteils vorliegen.
- Dem Erben darf höchstens die Hälfte seines Pflichtteils entzogen werden.
- Der Erblasser muss die auf den Pflichtteil entfallende entzogene Quote den Nachkommen des Enterbten nach gesetzlicher Erbordnung zuwenden.
- Der Enterbte muss ein Nachkomme des Erblassers sein. Namentlich entfällt also die Präventiventerbung des Ehegatten.

§ 7 Die Herabsetzung

Die Herabsetzung ist die Sanktion der Pflichtteilsverletzung. Mit der **Herabsetzungsklage** verlangt der Pflichtteilsberechtigte von den zu seinen Lasten Begünstigten die "Auffüllung" des Pflichtteils. Ausserdem bedeutet die Herabsetzung auch den Vollzug der qualitativen Pflichtteilsgarantien (leichte Veräusserlichkeit).

Die herabsetzbaren Verfügungen

Pflichtteil heisst garantierter Teil am Nachlass. Die Verletzung des Pflichtteils geschieht darum durch Verfügung von Todes wegen. Aber auch Zuwendungen des Erblassers zu Lebzeiten können das Pflichtteilsrecht unterlaufen. Art. 527 stellt darum einen Katalog solcher Geschäfte auf, welche ebenfalls herabsetzbar, d.h. wertmässig zu erstatten sind, soweit sie nicht mehr in der verfügbaren Quote Platz finden. Zentral ist Ziff. 3, wonach alle nicht mehr als fünf Jahre vor dem Tod erfolgten Schenkungen darin einbezogen sind¹⁰. Als

⁹ Die Ungültigkeitsklage ist möglich bei Irrtum des Erblassers über den Enterbungsgrund.

¹⁰ Auch frühere Zuwendungen sind herabsetzbar, wenn sie vernünftigerweise nicht anders denn als Umgehung der Pflichtteile erklärbar sind (Art. 527 Ziff. 4).

Schenkung i. S. von Art. 527 ist auch der Erlass einer Forderung, die ehevertragliche Vorschlagszuweisung und die Erfüllung einer sittlichen Pflicht zu qualifizieren¹¹.

Art. 527 Ziff. 1 (Ausstattungen) ist gesetzgeberisch missraten, weil nicht der Herabsetzung unterliegen kann, was der Ausgleichung unterworfen ist. Sie wird so interpretiert, dass entweder nur Zuwendungen gemeint sind, die vom Erblasser von der Ausgleichung ausgeschlossen wurden oder dass Ziff. 1 nur anwendbar ist, wenn die Ausgleichung mangels Erbeneigenschaft des Empfängers dahinfällt.

Herabgesetzt wird nur soweit, bis der Pflichtteil aufgefüllt ist. Für die Reihenfolge der herabsetzbaren Zuwendungen gilt: Je später die Zuwendung, desto eher wird sie herabgesetzt: an erster Stelle herabgesetzt werden die Verfügungen von Todes wegen (Art. 532). Stehen mehrere Verfügungen auf gleicher zeitlicher Stufe, so wird proportional herabgesetzt (Art. 525). Zwischen den Herabsetzungspflichtigen besteht keine Solidarität, d.h. es ist eine Klage gegen alle erforderlich¹².

Massgeblicher Zeitpunkt für die Pflichtteilsberechnung ist der Todestag (Art. 474). Da aber der Pflichtteil in einer Quote besteht, mit der der Berechtigte an der Teilung teilnehmen kann, wirken sich trotzdem die Wertschwankungen des Nachlasses zwischen Todestag und Teilung aus.

§ 8 Die Herabsetzungsklage

Legitimation

Bei der **Herabsetzungsklage** stehen sich jeder benachteiligte Pflichtteilserbe einzeln (Aktivlegitimation; ausnahmsweise auch Gläubiger des Pflichtteilserven, Art. 524) und der zu Unrecht Begünstigte (ebenfalls einzeln passivlegitimiert) gegenüber. Gemäss Art. 524 können auch gewisse Gläubiger des Pflichtteilserven aktivlegitimiert sein. Dann entsteht ein direkter, aber bloss vermögensrechtlicher Anspruch (keine Erbenstellung) der Gläubiger gegen den Begünstigten.

Der Pflichtteilsanspruch ist, ob schon geltend gemacht oder nicht, aktiv wie passiv erblich, sofern der erste Erbe den Tod des Erblassers erlebt hat. Er ist aber rechtsgeschäftlich nicht übertrag- und nicht pfändbar, da er als Anspruch auf Erbenstellung höchstpersönlich ist.

Frist

Die Herabsetzungsklage ist an eine **Frist** gebunden (1 Jahr relative, 10 Jahre absolute Frist, Art. 533 I). Die Frist ist eine Verwirkungsfrist. Einredeweise können Pflichtteile aber ohne zeitliche Begrenzung geltend gemacht werden (Art. 533 III).

§ 9 Die Ausgleichung

Der Begriff der Ausgleichung

Man spricht von **Vorempfang** (oder **Erbvorzug**), wenn der Erblasser schon zu Lebzeiten seinen einzelnen Präsumtivenben Werte in der Meinung zuwendet, dass diese dereinst an ihren Erbteil angerechnet werden.

Vorempfang bedeutet Anrechnung in einem doppelten Sinn:

- Einbezug der empfangenen Werte in die Berechnung des Gesamtnachlasses;

¹¹ Zum Teil zweifelnd die Doktrin.

¹² Eine Klage gegen den Vermächtnisnehmer ist nicht erforderlich, wenn gegen den belasteten Erben vorgegangen werden kann.

- Anrechnung an die Erbquote des jeweiligen Vorempfängers.

Berechnungszeitpunkt und Kollation

Für die Bestimmung des vorbezogenen Wertes ist gemäss Art. 630 der Todestag massgeblich: die Chance und Gefahr von Wertveränderungen bleiben bis zum Erbgang beim Erblasser. Als Konsequenz aus dieser Konzeption muss der Empfänger aber die Möglichkeit haben, das Objekt selber in die Erbengemeinschaft einzuwerfen (**Realkollation**). Er befreit sich damit von der wertmässigen Anrechnung und partizipiert auf gleicher Stufe wie die anderen Erben an der Verteilung des Nachlasses, einschliesslich des eingeworfenen Objekts.

Besteht der Vorempfang in Geld oder Sachen, die nachträglich vertraglich veräussert werden, ist der Anrechnungsbetrag beim Vorempfang bzw. im Zeitpunkt des Verkaufs nominal festgelegt. Soweit die Veräusserung unentgeltlich geschieht, ist der tatsächliche Wert in jenem Zeitpunkt auszugleichen. Die Verminderung der realen Kaufkraft wird in der Praxis nicht berücksichtigt. Die Anschaffung eines Objekts aus dem Geld ändert an der nominalen Fixierung nichts; es findet also keine dingliche Surrogation statt.

Die Überlassung einer Geldsumme kann auch ein Darlehen sein, welches mit der Nachlassquote verrechnet werden soll. In diesem Fall erfolgt die nominale Fixierung des Betrags bei Übernahme. Das Darlehen stellt ein Aktivum des Nachlasses dar. Gemäss Art. 614 hat der Schuldner-Erbe diesen Posten auf seinen eigenen Teil zu übernehmen. Diese Forderung erlischt dann durch Konfusion von Gläubiger- und Schuldnerrolle. Auf diese Weise trägt der Erbe das Risiko seiner eigenen Zahlungsunfähigkeit.

Die Parteien der Ausgleichung

In der Ausgleichung stehen sich Erben gegenüber. Nur wenn der Empfänger an der Erbteilung mitmacht, kann die erhaltene Zuwendung ein Vorempfang sein. Damit entfällt die Ausgleichungspflicht nicht nur für Personen, die nicht als Erben berufen sind, sondern auch für solche, die die Erbschaft ausschlagen. Auch das Ausgleichungsrecht ist naturgemäss an die Erbenstellung gebunden.

Art. 626 II stellt die Vermutung auf, dass grössere und einmalige, zu Lebzeiten des Erblassers gemachte Zuwendungen an die **Nachkommen** auszugleichen sind. Bei den übrigen **gesetzlichen Erben** sowie den Nachkommen im Bereich der Gelegenheitsgeschenke und der üblichen Ausbildungsleistungen wird die Ausgleichungspflicht nicht vermutet, aber die Schwelle für die Umstossung dieser Vermutung wird niedrig angesetzt. Schliesslich bildet Art. 626 unausgesprochen eine dritte Kategorie: die **eingesetzten Erben**. Für ihre Rechtsposition sind ausschliesslich die Testamente und Erbverträge des Erblassers massgebend. Die Ausgleichung müsste also in diesen qualifizierten Formen angeordnet sein.

Umstritten ist, ob sich das Ausgleichungsrecht auf auch Art. 626 II bezieht oder nicht. Wichtig ist diese Meinungsdivergenz bezüglich des Ausgleichungsrechts des überlebenden

Ehegatten:

Konkurriert der Ehegatte mit beliebigen gesetzlichen Erben, so ist er – abweichende Anordnung vorbehalten – nicht ausgleichungspflichtig (Art. 626 I). Konkurriert der Ehegatte mit Nachkommen, so fällt er nicht unter die Ausgleichungspflicht von Art. 626 II; kann er aber von der Ausgleichungspflicht der Nachkommen profitieren, ohne diesen gegenüber zur Ausgleichung verpflichtet zu sein? Ein Teil der Autoren vertritt die Auffassung, der Ehegatte sei weder ausgleichungspflichtig noch –berechtigt; die anderen¹³ und das Bundesgericht halten in für ausgleichungsberechtigt, ohne dass er aber selber ausgleichungspflichtig wäre.

¹³ V. a. Piotet und Druey.

Was auf den ersten Blick stört, ist die Asymmetrie der vom Bundesgericht favorisierten Lösung. Diese lässt sich aber dadurch rechtfertigen, dass die Ausstattung von Nachkommen nicht Begünstigung, sondern in einem gewissen Sinn den Abschluss der elterlichen Unterhalts- und Erziehungspflicht darstellt, während Zuwendungen an den Ehegatten nicht in diesem Sinne Ausstattungs-, sondern Liberalitätscharakter haben.

Die ausgleichungspflichtige Zuwendung

Ausgleichungspflichtig kann nur sein, was dem Empfänger unentgeltlich geleistet wurde. Bei einer gemischten Schenkung ist nur der unentgeltliche Teil der Zuwendung auszugleichen. Heute hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass im Vorempfang zwei Vorgänge zu unterscheiden sind¹⁴:

- der Akt unter Lebenden (die Zuwendung);
- die Regelung im Erbgang (die allfällige Ausgleichung).

Der Akt unter Lebenden kann ohne weiteres eine Schenkung sein. Ob auszugleichen oder nicht, ist keine Frage der Modalitäten dieses Akts, sondern ausschliesslich die Frage des Einbezugs in den Nachlass im Erbgang. Auch die Erfüllung einer sittlichen Pflicht schliesst die Ausgleichung nicht aus. Die h.L. und das Bundesgericht verneinen hingegen die Ausgleichung für Leistungen in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht (a.M. Druey).

Art. 626 II vermutet, dass der Erblasser gewisse Zuwendungen an Nachkommen (nicht an andere Erben) ausgeglichen haben will. Auszugleichen sind alle irregulären Zuwendungen, also solche, die nicht Geschenke bei wiederkehrender Gelegenheit sind. Gelegenheitsgeschenke sind nicht ausgleichungspflichtig (Art. 632), gegenteilige Anordnung des Erblassers vorbehalten. Eindeutig gehört in die Kategorie der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen gehört das Heiratsgut, aber auch alles, was als Grundlage oder Erleichterung für die Berufsausbildung oder geschäftliche Tätigkeit geschenkt wurde (nach Bundesgericht jede Zuwendung mit Ausstattungscharakter, also alles, was den Zweck hat, dem Empfänger eine Existenz zu verschaffen oder ihm diese zu sichern oder *zu verbessern* [sic]). Zu beachten ist auch Art. 529 (Versicherungen unterliegen der Herabsetzung).

Zinsen und Gebrauchswerte: Die vorempfangenen Objekte können vom Erben genutzt werden. Auch die Früchte kann der Erbe ohne Entschädigung an die Miterben beanspruchen. Der Erblasser muss aber eine Ausgleichung auch der Erträge anordnen können, sofern sie beim Erbgang noch vorhanden sind. Abzuziehen ist dabei das, was der Empfänger zur Erhaltung der Sachen aufwenden musste.

Pflicht zur Erhaltung des Objekts: Der Empfänger hat die in natura empfangenen Werte zu erhalten; Risikoträger bleibt bis zum Erbgang das Vermögen des Erblassers. Die Stellung des Erben ist diesbezüglich am ehesten mit derjenigen eines Pächters vergleichbar.

Die Anordnungen des Erblassers über die Ausgleichungspflicht

Der Erblasser kann frei über die Ausgleichung verfügen, es handelt sich um Verfügungen von Todes wegen. Der Erblasser kann auch vertragliche Bindungen bezüglich der Ausgleichung eingehen. Er kann dem Empfänger zusagen, dass er nicht auszugleichen braucht, oder aber den Miterben, dass unwiderruflich die Ausgleichung gilt. Diese Erklärungen sind grundsätzlich **formlos** gültig (Lehre und Praxis), weil Rechtsgeschäfte über Ausgleichungsfragen allgemein formlos erfolgen. Dispositionen über die Ausgleichung

¹⁴ Eine Lehrmeinung sagt, dass Schenkungen im Sinn von Art. 239 ff. OR nicht auszugleichen sind, denn "schenken" könne nur die Übergabe zum vollen, vorbehaltlosen Eigentum sein, was mit der Ausgleichungspflicht im Widerspruch stehe.

begleiten eine Zuwendung, die schon zu Lebzeiten vollzogen wird. Weil der Erblasser in der Regel nicht auf den Gedanken kommt, die Ausgleichung in einem Testament oder Erbvertrag zu regeln, muss auf die Formanforderungen verzichtet werden.

Bei Ausstattungen i. w. S. muss der Erblasser *ausdrücklich* von der Ausgleichung dispensiert haben. Ausgeschlossen sind also alle Konklusionen aus den Umständen. Handelt es sich um eine einseitige Anordnung, so ist irrelevant, wann sie erfolgt. Namentlich kann der Erblasser auch nachträglich bestimmen und widerrufen, sofern er keine gegenteilige Verpflichtung¹⁵ eingegangen ist (umstritten; nach älterer Rechtsprechung¹⁶ und einem Teil der Lehrmeinungen soll die nachträgliche Anordnung unzulässig sein. Ein anderer Teil der Lehre stützt sich auf den Charakter des Dispenses als Verfügung von Todes wegen und will ihn auch nachträglich zulassen. Die neuere Bundesgerichtspraxis ist nicht eindeutig¹⁷).

Die Ausgleichungspflicht ist vererblich, sofern der Erblasser keinen Dispens für die Erbeserben anordnet (Art. 627 I), was selbst dann gilt, wenn die Zuwendung nicht auf sie übergegangen ist (Art. 627 II; gilt entgegen seinem Wortlaut allgemein und nicht nur für Nachkommen).

Ausgleichung und Herabsetzung: Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Gemeinsam sind die Beseitigung von Ungleichbehandlungen und die Begründung einer Rückleistungspflicht.

Die Unterschiede liegen

- ◆ im persönlichen Bereich: ausgleichungspflichtig sind nur gesetzliche, herabsetzungspflichtig auch eingesetzte Erben und Dritte; Herabsetzung kann nur von Pflichtteils-, Ausgleichung auch von gesetzlichen Erben verlangt werden;
- ◆ im Zweck: Herabsetzung erfolgt gegen den Willen des Erblassers, Ausgleichung folgt dessen mutmasslichen Willen;
- ◆ im sachlichen Anwendungsbereich: herabgesetzt werden in erster Linie Verfügungen von Todes wegen (Art. 532), ausgeglichen werden (nur) lebzeitige Zuwendungen.

Ausgleichung und Herabsetzung schliessen einander aus: Ausgleichung geht vor, weil sie dem (mutmasslichen) Willen des Erblassers folgt.

¹⁵ Vgl. BGE 118 III 282.

¹⁶ BGE 76 II 188; 78 II 288.

¹⁷ Vgl. BGE 118 III 282 (nachträglicher Widerruf des Dispenses auf Grund vertraglicher Bindung abgelehnt; nebenbei erwähnt, dass der Dispens bei der Zuwendung oder später erfolgen könne); BGE 126 III 171 (Dispens im Voraus zulässig; nach Wortlaut des Testaments auch bzgl. vergangene Schenkungen, vom BGER geschützt).

Tabellarische Übersicht

		Ausgleichungspflicht			
		Ehegatte	Nachkommen	andere gesetzliche Erben	eingesetzte Erben¹⁸
Ausgleichungsberechtigung	Ehegatte	—	Umstritten; nach BGer sind die Nachkommen ausgleichungspflichtig (Wortlaut von Art. 626 II) und ist der Ehegatte entsprechend ausgleichungsberechtigt	Sofern auf Anrechnung zugewendet; im Zweifel Bevorzugung anzunehmen (Art. 626 I)	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen
	Nachkommen	Sofern auf Anrechnung zugewendet; im Zweifel Bevorzugung anzunehmen (Art. 626 I)	Sofern Ausstattungscharakter (BGer) und keine ausdrückliche Befreiung durch Erblasser; Befreiung bloss nachzuweisen, wenn Begünstigung über Erbteil hinaus; Befreiung vermutet bei Ausstattung anlässlich Verheiratung.	Sofern auf Anrechnung zugewendet; im Zweifel Bevorzugung anzunehmen (Art. 626 I)	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen
	andere gesetzliche Erben	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen	Sofern Ausstattungscharakter (BGer) und keine ausdrückliche Befreiung durch Erblasser; Befreiung bloss nachzuweisen, wenn Begünstigung über Erbteil hinaus; Befreiung vermutet bei Ausstattung anlässlich Verheiratung.	Sofern auf Anrechnung zugewendet; im Zweifel Bevorzugung anzunehmen (Art. 626 I)	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen
	eingesetzte Erben	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen	Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Verfügung von Todes wegen

¹⁸ Als solche gelten auch gesetzliche Erben, deren Erbquote vom gesetzlichen Anspruch abweicht (BGE 124 III 102).

§ 10 Die Ausgleichungsklage

Die Ausgleichungsklage ist eine Feststellungsklage, die jedem Ausgleichungsberechtigtem mit Wirkung für und gegen sich selbst zusteht. Sie richtet sich gegen den Miterben, der die ausgleichungspflichtige Zuwendung selbst erhalten hat und entfaltet Wirkung allein gegen ihn. Das Feststellungsinteresse ist offensichtlich und braucht in der Klagbegründung nicht explizit nachgewiesen zu werden, sondern ist von Amtes wegen festzustellen (namentlich dann, wenn nicht gleichzeitig auf Teilung geklagt wird). Die Realkollation ist im Rechtsbegehren zu beachten; sinnvollerweise wird beantragt, der Gegenpartei gerichtlich Frist zur Wahl setzen zu lassen mit der Formulierung, dass ein Schweigen als Wahl einer der Möglichkeiten verstanden wird.

§ 11 Das Spezifische der Verfügung von Todes wegen

Zweck des Formerfordernisses

Verfügungen von Todes wegen werden **strengen Formerfordernissen** unterworfen. Damit kommt der feierliche Charakter des Geschäfts zum Ausdruck und wird nicht nur der inhaltliche Beweis, sondern auch derjenige des verbindlichen Charakters der Anordnungen sichergestellt.

Widerruf von Verfügungen von Todes wegen

Das Recht gestattet den **Widerruf der Verfügungen**. Nicht nur entsteht kein Anspruch der Begünstigten zu Lebzeiten, sondern der Erblasser engagiert sich damit auch nicht endgültig für den Todesfall. Das gilt auch dann, wenn dem Empfänger vom Erblasser schon Zusagen gemacht wurden, sofern sie nicht in Erbvertragsform erfolgten.

Rechtsgeschäfte über Erbanwartschaften

Trotzdem sieht das Recht nicht an künftigen erbrechtlichen Ansprüchen vorbei. Sie gehören in die Kategorie der **Anwartschaften** und sind als solche etwa bei der Bemessung der Leistungen aus Scheidung nach Art. 125 von Bedeutung. Vor allem aber kann der künftig Berechtigte über seine Anwartschaft schon vor dem Erbgang verfügen. Er kann sie veräußern oder verpfänden, wobei aber das Geschäft nur gültig ist, wenn der Erblasser zustimmt (Art. 636). Die Zustimmung bindet aber den Erblasser in seinen Verfügungen von Todes wegen nicht, solange nicht die für die Bindung vorgesehene Form des Erbvertrages gewählt wurde.

Verfügungen von Todes wegen sind **höchstpersönliche Rechtsgeschäfte**, und zwar im Sinne der **absoluten Höchstpersönlichkeit**; es besteht darum gänzliche Vertretungsfeindlichkeit. Die erbrechtliche Lehre unterscheidet zwischen **formeller und materieller Höchstpersönlichkeit**: Das formelle Prinzip will besagen, dass der Akt des Verfügens an den Erblasser gebunden ist (keine Stellvertretung). Das materielle Prinzip besagt, dass auch der Inhalt der Verfügung vom Erblasser selber bestimmt sein soll, d.h. er kann nicht anderen Personen Entscheidungen bezüglich der Erbschaft überlassen. Gemäss BGER betrifft dies sogar die Wahlbefugnis beim Vermächtnis.

Die Abgrenzung von den Rechtsgeschäften unter Lebenden

Bei weitem nicht alle Rechtsgeschäfte, die an den Tod einer Person Rechtswirkungen anknüpfen, sind Verfügungen von Todes wegen, sondern viele können den Geschäften unter Lebenden zugeordnet werden. Basiskriterium ist, ob das Geschäft seine Wirkungen erst im Nachlass einer Person entfalten soll oder nicht. Folgendes ist darum nicht als Verfügung von Todes wegen zu bezeichnen:

- Ein Vertrag, der beim Tod einer Person aufgelöst wird;

- Eine Klausel, welche in Abweichung einer gesetzlich-dispositiven Regel die Fortgeltung eines lebzeitig wirkenden Verhältnisses stipuliert (Vollmacht über den Tod hinaus)¹⁹;
- Eine Abmachung, deren Wirkung mit dem Tod einer Person eintreten soll, aber nicht deren Nachlass betrifft;
- Ein Anspruch, der das Vermögen des Erblassers betrifft und erst bei seinem Tod fällig wird, sofern er zu einem Geschäft gehört, das auch schon Wirkungen zu Lebzeiten zeitigt. Ein Geschäft, das wirtschaftlich eine Einheit bildet, ist auch juristisch einheitlich zu qualifizieren, und es genügt für die Kennzeichnung als Geschäft unter Lebenden, wenn gewisse Wirkungen schon zu Lebzeiten eintreten;
- Eine gegenseitige Abmachung, die unabhängig von der Reihenfolge des Versterbens dem überlebenden Partner zugute kommen soll.

Verdeckte Verfügungen von Todes wegen: Ist ein Schenkungsversprechen erst beim Tod des Schenkers vollziehbar, so entspricht es qualitativ einem Legat. Deshalb hat das Gesetz selber für diesen Fall die Unterstellung unter das Erbrecht ausgesprochen (Art. 245 II OR); diese umfasst namentlich auch die Form²⁰, so dass als zweiseitiges Rechtsgeschäft nur der Erbvertrag in Frage kommt. Eine Missbrauchsabsicht braucht für diese Umqualifizierung nicht vorzuliegen.

Nachfolge- und Abfindungsklauseln in Gesellschaftsvermögen: *Personengesellschaften* werden nach der dispositiven Regelung des Gesetzes mit dem Tod eines Gesellschafters (ausgenommen beim Kommanditär, Art. 619 II) aufgelöst (Art. 545 I Ziff. 2, 574, 619 OR). Der Gesellschaftsvertrag kann indessen Verschiedenes im Hinblick auf eine Fortführung vorsehen:

- **Fortsetzungsklausel:** die Gesellschaft soll unter den verbleibenden Gesellschaftern weitergeführt werden;
- **Eintrittsklausel:** die Erben, oder einzelne unter ihnen, sind zum Eintritt in die Gesellschaft berechtigt;
- **Abfindungsklausel:** es wird eine Berechnung und Auszahlung des Anteils des Verstorbenen festgelegt;
- **Nachfolgeklausel:** den Erben, oder einzelnen unter ihnen, wird die Gesellschafterstellung zugewiesen

Während die erst- und zweitgenannte Klausel nicht in die Nachlassregelung eingreifen und damit Vereinbarungen unter Lebenden sind, ist dies anders für die vierte, soweit sie *bestimmten* Erben die Nachfolgerrolle zuweist. Streitig ist hingegen die Qualifikation der Abfindungsklausel. Ist der Betrag tiefer als der innere Wert oder bleibt er in der Gesellschaft blockiert, so wird ausgeführt, dass dies eine Begünstigung der Mitgesellschafter zulasten der Erben und mithin eine Verfügung von Todes wegen sei. Dies jedenfalls dann, wenn für den Austritt zu Lebzeiten eine höhere Abfindung gilt (a.M. Druey).

Die Begünstigung aus Lebensversicherung wird von der Praxis als eine Verfügung unter Lebenden behandelt²¹.

Güterrechtliche Begünstigung: Die Ehegatten können durch Ehevertrag einen vom Gesetz abweichenden Schlüssel zur Verteilung des Vorschlags oder bei Gütergemeinschaften des

¹⁹ Bloss die Verfügungen, deren Wirkung *erst* mit dem Tod einsetzen, sind solche von Todes wegen.

²⁰ Vgl. BGE 127 III 390: Art. 498 ff. ZGB anwendbar.

²¹ Da die Versicherungssumme mangels Begünstigung in den Nachlass des Versicherungsnehmers fällt, ist diese Qualifikation bei weitem nicht selbstverständlich.

Gesamtguts vorsehen (Art. 216, 241 II). Die Zuweisung über den gesetzlichen Anteil hinaus stellt eine Verfügung von Todes wegen dar und unterliegt daher der Herabsetzung (h.M., BGer). Die Zuweisung ist für die Berechnung der wertmässigen Pflichtteilsquote daher in die Pflichtteilsmasse einzubeziehen. Die Herabsetzungsklage ist allerdings den gemeinsamen Kindern und deren Nachkommen für die ehevertragliche Begünstigung bei der *Errungenschaftsbeteiligung* versagt (Art. 216 II), nicht aber bei der *Gütergemeinschaft* (Art. 241 III).

§ 12 Das Testament

Der Testator bleibt seinen eigenen testamentarischen Anordnungen gegenüber frei. Niemand kann sich auf die Verbindlichkeit eines Testaments vor dem Erbgang berufen, selbst wenn sie ihm vom Testator zugesagt wurde. Mithin hat der Verfügende jederzeit die Möglichkeit, sein Testament zu widerrufen. Ungültig sind darum die sog. **korrespektiven Testamente**, d.h. solche, die sich als Vollzug einer Abmachung²² mit jemand anderem über das Testieren verstehen²³.

Das eigenhändige (holographe) Testament (Art. 505)

Um die Authentizität, Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit des Dispositionen zu gewährleisten, müssen mangels Mitwirkung Dritter entsprechend strengere anderweitige Formerfordernisse bestehen. Art. 505 nennt Angabe des Datums der Errichtung und der Unterschrift²⁴. Alles muss handschriftlich und persönlich vom Erblasser niedergeschrieben sein.

Eigenhändigkeit: Die Eigenhändigkeit dient nicht nur der Beweisfunktion, sondern bedeutet auch, dass der Schreiber das Geschriebene nochmals überdenkt. *Verweisungen* auf andere, den Formerfordernisses nicht genügenden Texte sind nicht möglich. Aus dem Formzweck heraus ist eine Urkunde immer dann eigenhändig in der Ausdrucksweise von Art. 505, wenn

- der Verfasser den Schreibakt bestimmt (materielle Höchstpersönlichkeit) und
- das Geschriebene seine individuellen Züge trägt (formelle Höchstpersönlichkeit).

Eigenhändigkeit ist nicht gleichbedeutend mit Handschriftlichkeit im Sinn der üblicherweise verwendeten *individuellen* Schrift.

Datum: Das Testament muss grundsätzlich *nach* der Abfassung auf den Tag genau datiert werden. Gemäss Art. 520a führt ein diesbezüglicher Mangel aber nur zur Ungültigkeit, wenn sich die erforderlichen zeitlichen Angaben nicht auf andere Weise feststellen lassen und das Datum für die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit, der Reihenfolge mehrerer Verfügungen oder einer anderen, die Gültigkeit der Verfügung betreffenden Frage notwendig ist. Neu können die in Art. 505 geforderten Zeitangaben auch durch Testamentsexterna nachgewiesen werden (Keine Geltung von Andeutungstheorie und Klarheitsregel).

Unterschrift: Die Unterschrift drückt die Anerkennung des Textes aus. Sie ist an den Schluss der Verfügung zu setzen. Gestattet ist auch Querschreiben über den Text oder am Rand. Jede eigenhändige Selbstidentifikation muss genügen, also auch eine solche in Blockbuchstaben. Es genügt eine kürzere Bezeichnung, evtl. der Vorname, Initialen, ein Pseudonym, eine Funktions- oder Verwandtschaftsbezeichnung immer unter der Voraussetzung, dass die

²² Der Testator hätte die ganze Verfügung nicht erlassen, wenn er sich der Unmöglichkeit der Bindung bewusst gewesen wäre (inhaltliche Korrespektivität).

²³ Sind die korrespektiven Testamente urkundlich verbunden (formelle Korrespektivität), so handelt es sich um einen Erbvertrag, der den hierfür vorgesehenen Formerfordernisse genügen muss; nach BGer kommt aber eine Konversion in ein gültiges Testament der einen Partei in Betracht (sofern nicht auch eine inhaltliche Korrespektivität vorliegt).

²⁴ Das Erfordernis der Ortsangabe ist seit dem 1. 1. 1996 nicht mehr vorgesehen.

Identifikation möglich ist. Dabei ist der Bezug externer Umstände möglich. Voraussetzung ist immer auch der Wille, dass der Namenszug als Unterschrift gelte.

Sowohl das Material, mit welchem, wie auch dasjenige, auf welches geschrieben wird, sind frei. Das Testament kann eine Mehrheit von Seiten umfassen. Die Einheit ist gewahrt (und damit genügt die einmalige Anbringung von Ort, Datum und Unterschrift), wenn die Zusammengehörigkeit des Ganzen auf irgendwelche Art hervorgeht: Seitennummerierung, inhaltlicher Zusammenhang, Bostitch-/ Büroklammer. Der Erblasser kann jede Sprache und jede Schrift verwenden.

Das öffentliche Testament (Art. 499-503)

Um sicherzugehen, dass das Testament nach der Auslegung dem Willen des Erblassers entspricht, kann er die Hilfe einer öffentlichen Person²⁵ beiziehen. Er teilt dieser Person seinen Willen inhaltlich mit; diese hat darauf den Text aufzusetzen oder wenigstens von Amtes wegen zu prüfen und über die Wahrung der dann massgebenden Formen zu wachen. Diese Formen verlangen vom Verfügenden nicht die eigenhändige Niederschrift des Textes, eventuell nicht einmal die Unterschrift (Art. 502). Damit stehen sie auch den Personen zur Verfügung, die wegen Krankheit, Altersschwäche, Blindheit oder Schreibunkundigkeit kein eigenhändiges Testament errichten können.

Form: Während normalerweise die Bestimmung der formellen Anforderungen einer öffentlichen Beurkundung den Kantonen vorbehalten bleibt, regelt das ZGB sie bei den öffentlichen letztwilligen Verfügungen abschliessend (Art. 500-503). Neben dem Testator und der Urkundsperson sind zwei Zeugen erforderlich, die bezeugen müssen,

- dass der Testator in ihrer Gegenwart erklärt hat, er habe die Urkunde gelesen und sie enthalte sein Testament und ausserdem
- dass er ihrer Wahrnehmung nach testierfähig sei.

Ist der Testator nicht in der Lage zu lesen oder zu unterzeichnen, wird ihm der Verfügungstext vorgelesen und es verbleibt bei der blossen mündlichen Erklärung durch den Testator, dass das Vorgelesene sein testamentarischer Wille sei (Art. 502).

Das mündliche Testament (Nottestament, Art. 506-508)

Das Nottestament ist keine reguläre Testamentsform und steht nicht gleichberechtigt neben den beiden anderen. Das bedeutet:

- Es ist nur anwendbar, wenn eine Notsituation im Sinn von Art. 506 vorliegt.
- Hat die Notsituation aufgehört, so wird 14 Tage danach das Nottestament unwirksam.

Die letztwillige Erklärung ist vor zwei Zeugen gleichzeitig abzuhören. Danach hat einer von ihnen sie schriftlich festzuhalten und die Urkunde mit Orts- und Zeitdatum zu versehen. Sodann haben beide Zeugen zu unterschreiben und eine Gerichtsbehörde aufzusuchen. Dort ist die Urkunde zu deponieren und eine Erklärung dreifachen Inhalts abzugeben:

- Beschreibung der Notsituation;
- Bestätigung, dass der Erblasser das vom Zeugen Niedergeschriebene als seine letztwillige Verfügung bezeichnet hat;
- Bestätigung des Eindrucks der Verfügungsfähigkeit des Erblassers.

Diese Akte der Zeugen haben "sofort" zu erfolgen.

²⁵ Die Kantone bestimmen, wer im Sinne dieser Bestimmungen als Person öffentlichen Glaubens wirken kann.

Ergänzungen und Änderungen von Verfügungen von Todes wegen

Solange ein Testament nicht abgeschlossen ist, sind Änderungen ohne weiteres möglich. Es macht namentlich im eigenhändigen Testament nichts aus, wenn im Verlauf der Niederschrift Korrekturen angebracht werden, die im Text sichtbar bleiben. Das Testament gilt als abgeschlossen von dem Augenblick an, wo die Urkunde alle formellen Abschlussrequisiten aufweist: (Datum und Unterschrift)²⁶.

Alle nach Abschluss erfolgenden Änderungen und Ergänzungen werden als selbständige Verfügungen qualifiziert. Sie bedürfen also beim eigenhändigen Testament des Zeitdatums sowie der Unterschrift. Für Streichungen gelten die Grundsätze für den Widerruf.

Widerruf von Verfügungen von Todes wegen

Ein Widerruf ist möglich durch explizite oder *implizite* Revokation des Testamentsinhaltes oder durch die Vernichtung der ursprünglichen Urkunde. Der Tatbestand der Vernichtung ist weit zu fassen. Alle Akte des Erblassers gehören dazu, mit welchem üblicherweise die Aufhebung einer Urkunde zum Ausdruck gebracht wird:

- Zerreißen oder Verbrennen des Papiers;
- Wegwerfen;
- Durchstreichen;
- Markieren der Ungültigkeit.

Erforderlich ist also nicht, dass das Papier nicht mehr vorhanden ist oder die Schriftzeichen unlesbar gemacht wurden. Indessen muss dies vereinfachte Form des Widerrufs immer durch ein Einwirken auf die Urkunde in dem Sinn, dass sie selber oder deren Zeichen physisch zerstört oder durch neue Zeichen ihrer Aussagekraft beraubt werden, gekennzeichnet sein. Die Vernichtung kann auch eine bloss partielle sein. Sie muss nachweislich ein Akt des Erblassers oder von ihm veranlasst sein

Ergibt sich, dass der Erblasser die ursprüngliche Verfügung wieder in Kraft setzen wollte, so kann selbst ein vernichtetes Testament durch den Widerruf des Widerrufs wieder aufleben, sofern dieser selbst den erbrechtlichen Formvorschriften genügt (BGE 101 II 210).

§ 13 Der Erbvertrag²⁷

Mit dem Erbvertrag ist es möglich, über den dereinstigen Nachlass bindende Abmachungen mit dem Erblasser zu treffen. Entweder verspricht darin der Erblasser eine Begünstigung bei seinem Tod (**positiver Erbvertrag**) oder er nimmt einem Verzicht eines an sich Erbberechtigten entgegen (**negativer Erbvertrag**). Kein Erbvertrag im Rechtssinne sind Abmachungen, mit welchen über die Rechte am Nachlass vom Empfänger weiter disponiert wird (z.B. die Veräußerung eines Erbanteils, sogar wenn dies vor dem Erbgang erfolgt). Immer nehmen mehrere Parteien am Erbvertrag teil, wovon die eine notwendig der Erblasser ist.

²⁶ Diese Abläufe sind nach dem Tod oft schwer rekonstruierbar, so dass der Regel grosse Bedeutung zukommt, dass derjenige die Beweislast trägt, welcher die spätere Zufügung eines urkundlich durch die Unterschrift abgedeckten Zusatzes behauptet.

²⁷ Gegen den Erbvertrag herrscht eine verbreitete ethische Abneigung: mit dem künftigen Nachlass soll man nicht zu Lebzeiten Geschäfte machen. Für die Römer war darum der Erbvertrag sittenwidrig. Auch das italienische und das französische Recht bannen ihn, das österreichische verlangt, dass wenigstens ein Viertel des Nachlasses erbvertragsfrei sei.

Die Form (Art. 512)

Es gelten die gleichen Anforderungen wie für das öffentliche Testament. Zwar haben alle Beteiligten ihren Willen vor der Urkundsperson zu erklären; mit "Unterschreiben" ist aber im Fall des Nichterblässers nur der Verweis auf die Regeln des OR gemeint. Hingegen gilt Art. 13 OR nicht. Der Nichterblässer kann darum bei der Erklärung und Unterschrift vertreten werden. Ungewiss ist, ob diejenigen Vertragspunkte den gleichen Formerfordernissen unterliegen, die in den gleichen rechtsgeschäftlichen Zusammenhang gehören, aber nicht Verfügungen von Todes wegen sind.

Der kombinierte Ehe- und Erbvertrag

Ein kombinierter Ehe- und Erbvertrag hat den Formerfordernissen für beide Vertragsarten zu genügen. Häufig werden in den Erbvertrag auch testamentarische Bestimmungen aufgenommen. Sie sind daran erkennbar, dass ihre Widerruflichkeit aus dem Text hervorgeht. Formell ergeben sich daraus keine Probleme, weil die Erbvertragsform diejenige des öffentlichen Testaments in sich enthält.

Der Widerruf des Erbvertrags

Der Erbvertrag erzeugt eine Bindung des Erblassers und des Erben. Die Bindung kann nur mit Zustimmung der Gegenpartei gelöst werden. Gemäss Art. 513 I bedarf dieser Akt der Schriftform. Daneben gibt es für den Erblasser in gewissen Situationen die **Möglichkeit des einseitigen Widerrufs**:

- bei Vorliegen eines Enterbungsgrunds (Art. 513 II). Der Widerruf hat in Testamentsform zu erfolgen (Art. 513 III).
- bei Säumnis der Erbringung von Gegenleistungen (Art. 514). Dies kann entsprechend Art. 107 OR formlos geschehen.
- bei Willensmängeln (Art. 469). Auch hier genügt entsprechend Art. 31 OR die formlose Erklärung an die Gegenpartei.

Der nicht-verfügende Vertragspartner hat ebenfalls das Widerrufsrecht nach Art. 514, wenn er einen Erbverzicht geleistet hat (bei Ausbleiben der vereinbarten Abfindung). Auch dem erbvertraglich Begünstigten, der dem Erblasser eine Gegenleistung erbringt, wird von der Doktrin ein Recht zum einseitigen Rücktritt eingeräumt, jedenfalls dann, wenn der Erblassers arglistig sein Vermögen verschwendet oder die Auslieferung des vertraglichen Vermächnisses verunmöglicht hat.

Der Inhalt

Der begünstigende (**positive**) **Erbvertrag** sieht eine Begünstigung irgendwelcher Personen und irgendwelcher Art aus dem Nachlass vor. Ausser um eine Erbeinsetzung kann es sich um ein Vermächtnis oder eine Auflage handeln. Der Erbverzichtsvertrag (**negativer Erbvertrag**) sieht dagegen den Verzicht auf Erbrechte vor. Streitig ist, ob es sich um eine Verfügung von Todes wegen handelt, weil ja der Erblasser nicht gebunden wird (traditionellerweise *nicht* als Verfügung von Todes wegen betrachtet, vgl. auch Marginale zu Art. 527 Z. 2; a.M. neuere Autoren). Das ist wichtig für die Reihenfolge der Herabsetzung, welcher eine Gegenleistung (Erbabfindung) unterliegt.

Der Erbverzicht ist oft von einer Leistung des Erblassers an den Verzichtenden begleitet (**Erbabfindung**). Erweist sich diese per Todestag als zu gross, so unterliegt jener Teil der Abfindung der Herabsetzung, die den Pflichtteil des Verzichtenden überschreitet. Der Erbverzicht wirkt vermutungsweise auch zulasten der eigenen Nachkommen des Verzichtenden. Umstritten sind die Konsequenzen des Erbverzichts auf die Pflichtteilsberechnung der verbleibenden Erben. Die überwiegende Meinung (inkl. BGer)

besagt, der wegfallende Pflichtteil komme der Freiheit des Erblassers, also der verfügbaren Quote zugute. Entsprechend gehen auch Erbabfindungen zulasten derselben.

Rein testamentarische Anordnungen in Erbverträgen

Gewisse Anordnungen des Erblassers können zwingend nur testamentarisch, also mit Widerrufsmöglichkeit, getroffen werden. Das sind:

- die Einsetzung eines Willensvollstreckers;
- die Errichtung einer Stiftung auf den Todesfall;
- die Enterbung (wenn nicht zulasten des Partners eines Erbverzichtsvertrages).

Als Rechtsgeschäft unter Lebenden sind Begünstigungen in Lebensversicherungen frei widerruflich, sofern nicht unterschriftlich auf den Widerruf verzichtet und die Police dem Begünstigten übergeben wurde. Nicht angängig ist der erbvertragliche Verzicht auf den Widerruf eines Testaments; die betreffenden Bestimmungen müssten inhaltlich im Erbvertrag selber formuliert sein, um die Form zu wahren. Dagegen kann ein Erbvertrag soweit als Widerruf gelten, als seine Bestimmungen einem früheren Testament entgegenstehen.

Die Bindungswirkung des Erbvertrags

Als Verfügung von Todes wegen unterwirft der Erbvertrag den Erblassers keinen Einschränkungen, zu Lebzeiten über sein Vermögen zu disponieren. Art. 494 III erklärt diejenigen Schenkungen für anfechtbar, welche mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind; die Bestimmungen über die Herabsetzung (Art. 522 ff.) sind analog anzuwenden²⁸.

Auch wenn sich jemand erbvertraglich eine Begünstigung aus dem Nachlass versprechen lässt, wird er selber nicht gebunden. Er vergibt damit nicht die Möglichkeit, im Erbgang das Erbe auszuschlagen oder das Vermächtnis abzulehnen. Umgekehrt ist die Lage bezüglich der Gegenleistung zugunsten des Erblassers. Hier bindet sich die Gegenpartei. Dabei ist der Gegenkontrahent bezüglich seiner Ansprüche schlechter gestellt als der Erblasser; es besteht kein perfektes Synallagma. Denn obwohl der Erblasser selber zu Lebzeiten volle Freiheit bewahrt, kann er die Gegenleistung bereits verlangen, weil sie ein Geschäft unter Lebenden darstellt.

Die Aufhebung der Bindung

Die Bindung kann durch einfache schriftliche Vereinbarung unter den Kontrahenten, in gewissen Situationen auch einseitig aufgehoben werden (Art. 513, 514).

§ 14 Klagen aus Erbvertrag

Herabsetzungsklage

Wie alle Verfügungen von Todes wegen kann der Erbvertrag der Herabsetzungsklage nach Art. 522-533 unterliegen, wenn er Pflichtteile verletzt. Eine Besonderheit ist die Herabsetzung von Erbabfindungen, weil der Empfänger trotz Erbverzichts (und damit Verlust der Erbenstellung) den eigenen Pflichtteil bei der Berechnung des herabsetzungspflichtigen Werts abziehen kann (Art. 535 II). Der Pflichtteilsanspruch entfällt in der Regel für diejenigen, die im Erbvertrag Partei sind, weil ihre Mitwirkung als Zustimmung zu deuten ist.

²⁸ Der Erbvertragspartner oder der begünstigte Dritte kommen erst beim Tode des Erblassers ihre Rechte geltend machen, und zwar analog einem Pflichtteilserben.

Ungültigkeitsklage

Liegt ein Formfehler oder inhaltlicher Mangel i. S. v. Art. 519 f. vor, so kann dieser auch im Fall des Erbvertrags beim Erbgang geltend gemacht werden. Was die Zeit vor dem Erbgang betrifft, so ist die Lage für den Erblasser und die Gegenpartei verschieden: Dem Erblasser wird das (ungeschriebene) Recht zuerkannt, solche Mängel geltend zu machen und die Hinfälligkeit des Erbvertrags zu bewirken. Meinungsverschiedenheiten bestehen indessen darüber, wie er das tun muss.

- Eine Meinung verlangt, dass er wie bei Testament die Form des Testamentswiderrufs beachtet, wobei eine Mitteilung an den Kontrahenten dazukommen muss (u.a. BGE 99 II 382).
- Eine andere Auffassung will die formlose Mitteilung nach Art. 31 OR bei Willensmängeln genügen lassen.
- Eine dritte Theorie fordert vom Erblasser selbst die Ungültigkeitserklärung gemäss Art. 519 f.

Ebenso kann der Vertragspartner Ungültigkeitsgründe geltend machen, wobei auch hier die Form umstritten ist. Unsicher ist auch, ob und wann ein Erbvertrag von vornherein nichtig sein kann.

Die Klage nach Art. 494 III

Verfügungen von Todes wegen des Erblassers, die seinen erbvertraglichen Pflichten zuwiderlaufen, können im Erbgang vom Begünstigten angefochten und von den Empfängern kann das Erhaltene herausverlangt werden. Die Lehre wendet analog die Herabsetzungsklage an.

§ 15 Die Arten von Anordnungen auf den Todesfall

Das Recht räumt nur bestimmte Arten von Möglichkeiten ein, wie ein Individuum auf seinen Nachlass einwirken kann.

In Art. 481-497 wird eine Liste der inhaltlichen Gestaltungen der Verfügungen von Todes wegen gegeben. Diese sind

- die Erbeinsetzung (Art. 483);
- das Vermächtnis oder Legat (Art. 484);
- die Auflage und die Bedingung (Art. 482);
- die Errichtung einer Stiftung (nur in Testaments-, nicht in Erbvertragsform) (Art. 493);
- die Einsetzung eines Ersatzbegünstigten, wenn die ursprünglich vorgesehene Person schon beim Erbgang entfällt (Art. 487);
- die Einsetzung eines Nachbegünstigten nach dem Erstbegünstigten (Art. 488);
- der Erbvertrag (Art. 494).

Ausserhalb dieses Gesetzesabschnitts findet sich noch eine ganze Reihe weiterer Arten, wie etwa

- die Einsetzung eines Willensvollstreckers (nur in Testaments-, nicht in Erbvertragsform) (Art. 517);
- Teilungsvorschrift (Art. 608);
- Widerruf eines Testaments (Art. 509);

- Widerruf eines Erbvertrags (Art. 513 f.);
- Anordnungen über die Ausgleichungspflicht (Art. 626, 629);
- Begründung von Stockwerkeigentum;
- Anerkennung der Vaterschaft (Art. 260 III).

Zu beachten ist, dass die Form für diese Anordnungen ihrerseits von Fall zu Fall verschieden geregelt wird.

Die Erbeinsetzung (Art. 483)

Der Erblasser kann irgendwelchen Rechtssubjekten (natürliche und juristische Personen) Erbenstellung an seinem Nachlass einräumen.

Das Vermächtnis oder Legat (Art. 484)

Mit dem Legat wendet der Erblasser von Todes wegen einer Person (Vermächtnisnehmer oder Legatar) bestimmte Vermögenswerte zu. Das kann sein:

- eine bestimmte Sache;
- ein bestimmtes, allenfalls aufgrund der Verfügung selber entstehendes Recht;
- eine bestimmte Geldsumme, allenfalls wiederkehrende Zahlungen;
- eine Quote des Nachlasses.

Das Vermächtnis kann auch ein Objekt betreffen, das sich gar nicht im Nachlass befindet (**Verschaffungsvermächtnis**). Das Vermächtnis kann seinerseits mit der Verpflichtung verbunden werden, einer anderen Person ein Vermächtnis auszurichten (**Untervermächtnis**) oder eine Auflage zu beachten. Parallel zu den Möglichkeiten bei Erbeinsetzung kann bei Ausfallen des Erstberechtigten ein **Ersatzvermächtnis** oder, nach dem Erstberechtigten, ein **Nachvermächtnis** angeordnet werden. Das **Vorausvermächtnis** ist ein zusätzlich zu einem Erbteil zugewiesenes Legat (sog. **Prälegat**).

Das Vermächtnis stellt einen Anspruch gegen die Erben auf entsprechende Leistung dar. Der Legatar hat gegen die beschwerten Erben jedoch nur einen obligatorischen Anspruch²⁹. Durch Anordnung des Erblassers kann sich die Beschwerung auf bestimmte Einzelerben beschränken oder kann ihrerseits einem Legatar auferlegt sein.

Da der Anspruch erst beim Tod entsteht, gibt es für die vorangehende Zeit keinen Zinsanspruch. Als Berechtigter von Todes wegen hat der Legatar auch keine Gewähr, dass die Erfüllung durch Entwicklungen zu Lebzeiten des Erblassers nicht beeinträchtigt wird. Ist ihm das Objekt in natura vermacht worden, so hat er mangels anderweitigen Anordnungen ersatzlos hinzunehmen, dass sie im Erbgang nicht mehr oder in beeinträchtigtem Zustand vorhanden ist. Lautet das Legat auf eine Geldsumme, so hat der Vermächtnisnehmer keine Sicherheit, dass die Mittel dafür beim Erbgang wirklich vorhanden sind. Nach dem Erbgang entsteht die Pflicht der beschwerten Person auf Ausrichtung des Vermächtnisses. Verzögert sich diese, so haften die Beschwerten wie Geschäftsführer ohne Auftrag (Art. 485 II).

Das Vermächtnis ist **reine Begünstigung**. Im Gegensatz zum Erben haftet der Vermächtnisnehmer nicht für die Nachlassschulden³⁰. Andererseits ist der Legatar nicht an der Erbengemeinschaft beteiligt: Er hat nicht Anspruch darauf, an deren Beschlüssen

²⁹ Ausnahme der Versicherungsanspruch, Art. 563 II.

³⁰ Sogar für die Hypotheken, die auf dem vermachten Haus lasten, haften die Erben; allerdings bleibt das Pfand bestehen (es entsteht ein Drittpfandverhältnis). Der Vermächtnisnehmer kann jedoch die Schuld abbezahlen, womit die Forderung des Gläubigers auf ihn übergeht (Subrogation, Art. 110 OR i.V.m. Art. 827 ZGB).

mitzuwirken und besitzt auch nicht die Informationsansprüche der Erben. Bei der Testamentseröffnung ist er nicht zugelassen und erhält danach bloss eine Mitteilung über sein Legat.

Legatar- und Erbenstellung können in derselben Person zusammenfallen.

Die Auflage (Art. 482)

Mit der Auflage können vom Erblasser Verhaltensweisen der Erben oder Vermächtnisnehmer von verschiedenster Art angeordnet werden. Folgendes ist etwa möglich:

- Anordnungen über Abdankung und Bestattung;
- Teilungsvorschriften;
- Veräusserungsverbot, Anbietungspflicht an Miterben;
- Instruktion über die Nutzung von Nachlassobjekten;
- Anderweitige Anweisungen mit einem Sinnbezug zum Nachlass.

Die Auflage vermittelt den begünstigten Personen keine Forderung im rechtstechnischen Sinn. Die Position des Auflagebegünstigten ist deswegen aber nicht wesentlich schwächer. Art. 482 gibt jedermann, der am Vollzug einer Auflage ein Interesse hat, ein entsprechendes Klagerecht. Der Kreis der interessierten Personen wird in der Praxis weit gefasst, so dass es kaum Auflagen gibt, die von niemandem geltend gemacht werden können. Der Unterschied zum Forderungsrecht wird darin erblickt, dass der Auflagebegünstigte keinen Schadenersatzanspruch bei Nichterfüllung der Auflage hat. Die Auflage ist ihrem Wesen nach auf eine Beteiligung am Nachlass bezogen. Das bedeutet, dass als Beschwerde nur die Erben und Vermächtnisnehmer in Frage kommen. Es braucht grundsätzlich kein Bezug zu den Nachlassobjekten zu bestehen, wobei Auflagen ohne Bezug zum Nachlass öfters rechtsungültig sein dürften, weil sie zu sehr in die persönliche Sphäre des Beschwerden eingreifen.

Im Unterschied zur Bedingung fällt der eigene Anspruch des Beschwerden im Fall der Auflage mit der Nichterfüllung nicht dahin.

Auflagen, die Vermögensentäusserungen des Beschwerden zur Folge haben, sind bei der Berechnung von dessen Pflichtteil in Analogie zum Vermächtnis vom Empfangenen abzuziehen.

Das Erbrecht legt nicht fest, was die zeitliche Begrenzung einer Auflage ist; das Bundesgericht setzt eine Schranke von 50-70 Jahren an.

Erben- und Legatarsubstitution (Art. 488)

Die Verfügung von Todes wegen kann einen Nachfolger für einen Erben oder Vermächtnisnehmer bestimmen. Sie kann auch den Zeitpunkt festlegen, zu welchem der Übergang vom Vor- auf den Nach-Berechtigten zu geschehen hat. Vermutungsweise ist dies der Tod des Vorerben (Art. 489).

Mit der Verpflichtung zur Weitergabe ist die Stellung des Vorberechtigten nicht mehr diejenige einer Volleigentümers, seine Position kommt derjenigen eines blossen Nutzniessers nahe. Darum braucht er auf seinen Pflichtteil die Einsetzung eines Nacherben nicht zu dulden (Art. 531).

Der Erblasser kann die Stellung des Vorberechtigten verbessern, indem er einen **Nacherben auf den Überrest** einsetzt; damit wird den Vorerben grundsätzlich freie Verfügung über das Erbgut zugestanden, lediglich kann er nicht selber von Todes wegen darüber verfügen und muss diejenigen Schenkungen und andere Verfügung unterlassen, welche die Disposition des

Erblässers unterlaufen.

Art. 488 gestattet nur die einstufige Einsetzung eines Nacherben³¹. Der Nacherbe kann für die Dauer der Vorerbschaft Sicherungsmassnahmen verlangen, wenn ihn der Erblasser nicht davon befreit (Art. 490). In der Beschränkung der Nacherben auf den Überrest ist eine solche Befreiung zu erblicken.

Der Erblasser kann auch einen Substituenten für den Fall bezeichnen, dass die ursprünglich vorgesehene Person ausfällt (Ersatzverfügung, Art. 487).

§ 16 Die mangelhafte Verfügung

Die Auslegung

Die Formbedeutung der Verfügungen von Todes wegen bedeutet, dass der Anlass zur Auslegung durch die Verfügung selber gegeben sein muss. Das heisst: Ist der Wortlaut klar, so wird der Beizug weiterer Elemente ausgeschlossen (sog. *Klarheitsregel*; umstr., aber vom BGer vertreten).

Die Verfügung kann jedoch auch mangelhaft in dem Sinn sein, dass sie sich unklar ausdrückt. Diese Unklarheit schadet grundsätzlich der Verfügung. Als Auslegungshilfen können dienen:

- der übrige Kontext der Verfügung;
- Gegebenheiten ausserhalb der Verfügung (Externa);
- rechtliche Auslegungshilfen.

Das Vertrauensprinzip ist nur anwendbar auf den Erbvertrag, weil dort das Vertrauen des Kontrahenten auf den Inhalt der Verfügung zu schützen ist. Das Testament dagegen, das keine Bindung des Erblassers erzeugt, lässt diesen Vertrauensgesichtspunkt entfallen. Hier kann die Auslegung den Willen des Erblassers als solchen erforschen; sie folgt dem **Willensprinzip** (vom Bundesgericht frei geprüft).

Als **Externa** kommen in Frage:

- der Zustand der Urkunde oder der Ort ihrer Aufbewahrung;
- die Beziehungen des Erblassers zu den Anwärtern auf Nachlasswerte;
- die Situation bei der Verfügung;
- anderweitige schriftliche oder mündliche Äusserungen des Erblassers über seine Vorstellungen.

Häufig reicht es zur Ermittlung des Erblasserwillens nicht aus, seine Formulierungen in der Urkunde auszulegen, nämlich dann, wenn die Verfügung eine **Lücke** aufweist. In solchen Fällen müsste, um den Intentionen des Verstorbenen möglichst gerecht zu werden, nach dem **hypothetischen Erblasserwillen** gesucht werden. Diesem Bestreben setzt aber ein gewichtiger Teil der Lehre und das Bundesgericht ein kategorisches "Nein" entgegen, weil der hypothetische Wille nirgends formgerecht ausgedrückt wird (sog. *Andeutungstheorie*). Die Gegenposition will solche Ergänzungen zulassen, wenn den im formgerechten Text ausgedrückten Intentionen entnommen werden kann, wie die Anpassung an veränderte Umstände vorzunehmen ist. Bei Erbverträgen lässt das BGer in seiner neusten

³¹ Dies, um die Bildung von Fideikommissen zu verhindern, vgl. Art. 335 II.

Rechtsprechung eine Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen zu³².

Rechtliche Auslegungshilfen: Das ZGB bietet eine grosse Anzahl von Auslegungshilfen in Form von Vermutungen. Wichtig sind insbesondere:

- Art. 483 II: Zuwendung einer Erbschaftsquote ist im Zweifel nicht Legat;
- Art. 484 III: Zuwendung eines Objekts ist im Zweifel nicht Verschaffungspflicht;
- Art. 486 III: Anspruch auf Vermächtnis trotz Ausschlagung des Erbes;
- Art. 511: Widerruf durch spätere Verfügung wird vermutet;
- Art. 608 III: Zuweisung eines Objektes an einen Erben ist im Zweifel eine Teilungsvorschrift und nicht Vorausvermächtnis;
- Art. 626, 629, 631 betreffend Ausgleichungspflicht.

Neben dem Gesetz kann auch der Richter Auslegungshilfe leisten, indem er Grundsätze der allgemeinen Lebenserfahrung bildet. Für die Auslegung gilt auch die **Regel des *favor testamenti***, welche besagt, dass die Gültigkeit der Verfügung weitest möglich erhalten werden soll. Für die Auslegung heisst dies, dass im Zweifel diejenige Deutung gilt, mit der die Wirksamkeit gewährleistet ist. Vor allem wird diese Regel für die Konversion eines ungültigen Akts in ein gültiges anderes Rechtsgeschäft angewandt.

Von der h.M. (und BGE 91 II 273) wird im Zweifelsfall auch die Vermutung der Übereinstimmung mit dem Intestaterbrecht postuliert.

Die rechtlich mangelhafte Verfügung

Art. 519 und 520 zählen eine Reihe von rechtserheblichen Mängeln einer Verfügung von Todes wegen auf, welche die Verfügung ungültig machen. Anders als nach den allgemeinen Regeln wird die Ungültigkeit nur wirksam, wenn sie gerichtlich erklärt (oder von der Gegenpartei anerkannt) worden ist. Dies gilt nicht für nichtigen Verfügungen.

Eine Kategorie rechtlicher Mängel wird aber anders behandelt: die Pflichtteilsverletzung. Auch sie kann bloss durch gerichtliches Urteil oder Anerkennung zur Geltung kommen, aber es wird nicht auf Ungültigkeit, sondern bloss auf Herabsetzung erkannt.

Verfügungsunfähigkeit: Für das Testament bedarf es der Volljährigkeit, für den Erbvertrag der vollen Handlungsfähigkeit desjenigen, um dessen Nachlass es geht. Auf den Vertragspartner, der im Erbvertrag nicht über seinen eigenen Nachlass verfügt, kann dagegen bei Unentgeltlichkeit Art. 19 II angewandt werden³³. Massgeblich ist einzig der Zeitpunkt der Errichtung. Weder kann die nachher eingetretene Verfügungsunfähigkeit schaden, noch wird die einmal ungültige Verfügung durch spätere Verfügungsfähigkeit geheilt (anders als bei Willensmängeln).

Willensmängel (Irrtum, Täuschung, Drohung, begründete Furcht, Art. 469): Jeder Umstand, der auf die Willensbildung Einfluss hat, genügt zur Anfechtbarkeit, weil die Auslegung nach dem Willensprinzip geschieht. Art. 469 findet auch auf Erbverträge Anwendung³⁴. Dabei ist der Motivirrtum des Erblassers allerdings nur beachtlich, wenn er sich auf einen Sachverhalt bezieht, der vom Erblasser nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages i. S. v. Art. 24 I Ziff. 4 OR betrachtet worden ist.

³² BGE 127 III 529; die ratio der Formvorschrift (Übereilungsschutz, Publizität) war angesichts der (hypothetischen) Streichung einer Klausel nicht tangiert. Die Formvorschriften im Privatrecht beziehen sich auf die vertragliche Gestaltung durch die Parteien, nicht auf die richterliche Vertragsergänzung.

³³ Erbeinsetzung bedeutet allerdings auch Schuldhafung, so dass zum Teil Mündigkeit verlangt wird.

³⁴ Ein Teil der Lehre fordert beim Erbvertrag die Anwendung der allgemeinen Regeln (Art. 23 ff.)

Eine Verfügung wird bei einem Motivirrtum nur für ungültig erklärt, wenn der Erblasser ohne den Irrtum nicht auf diese Weise verfügt hätte.

Rechts- und Sittenwidrigkeit: Die Verfügung darf dem Begünstigten nicht Nachteile androhen für den Fall, dass er rechtlich gewährleistete Argumente geltend macht. Diese sog. **privatorische Klausel** ist dagegen legitim, wenn der Erblasser eine *in seiner Verfügungsfreiheit liegende* Anordnung mit Mitteln, auf welche diese Bedingung ebenfalls zutrifft, durchsetzen will.

- Die Verfügung zugunsten einer Person, mit welcher aussereheliche Sexualbeziehungen bestehen (**Geliebtentestament**) ist dann ungültig, wenn sie als *pretium stupri* erscheint. Wichtiges Indiz dabei ist, dass der Erblasser den Lebenspartner von der Verfügung informierte.
- Bedeutsam sind auch die Eingriffe in die persönliche Sphäre, besonders bei Auflagen, welche den Beschwerzten unbillig einschränken.

Formfehler: Das Fehlen eines Formerfordernisses der Verfügung führt ebenfalls (aber nur) zur Anfechtbarkeit.

§ 17 Die Ungültigkeitsklage

Ein entscheidender Unterschied des Erbrechts zur Rechtsgeschäftslehre des OR liegt darin, dass die rechtsrelevanten Mängel die Verfügungen von Todes wegen nicht von selber unwirksam machen. Sie sind also nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar. Die Ungültigkeitsklage ist eine Gestaltungsklage.

Die Ungültigkeit kann statt durch Klage auch durch private Erklärung, d.h. durch Anerkennung durch die Gegenpartei wirksam werden.

Geltendmachung zu Lebzeiten des Erblassers?

Der Erblasser selber kann den Mangel eines Testaments jederzeit dadurch zur Geltung bringen, dass er die Verfügung in den entsprechenden Formen widerruft. Widerruft er nicht, trifft das Gesetz eine Differenzierung:

- Als allgemeine Regel ist der Nicht-Widerruf irrelevant, der Mangel bleibt bestehen.
- Bei Willensmängeln wird die Verfügung geheilt, wenn der Erblasser nicht binnen eines Jahres nach Entdeckung des Mangels widerruft.

Andere Personen haben vor dem Erbgang keine Möglichkeit, Mängel eines Testaments rechtswirksam geltend zu machen. Auch nach dem Tod des Erblassers ist eine Anfechtung nur möglich, wenn die Verfügung nicht gemäss Art. 469 II vom Erblasser bestätigt worden ist.

Prozessparteien

Die Ungültigkeitsklage kann laut Art. 519 II von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse an der Ungültigkeitserklärung hat (keine notwendige Streitgenossenschaft). Auch der Willensvollstrecker und der Destinatär einer Auflage sind aktivlegitimiert. Ausgeschlossen sind damit jedoch Gläubiger des Nachlasses oder eines Erben, der Schuldner einer vermachten Forderung und die Erbeserben. Die Ungültigkeitsklage kann in Klagehäufung mit der Erbschaftsklage erfolgen. Passivlegitimiert sind die an der Aufrechterhaltung der Verfügung interessierten Personen (eine notwendige Streitgenossenschaft besteht nur in dem Umfang, in welchem eine unteilbare Einheit des Streitgegenstands vorliegt). Das Urteil wirkt nur inter partes.

Frist

Bei der Frist nach Art. 521 handelt es sich nach der Gerichtspraxis - entgegen der Bezeichnung "Verjährung" im Marginale zu Art. 521 - um eine Verwirkungsfrist. Art. 521 setzt wie Art. 533 für die Herabsetzungsklage eine relative (1 Jahr ab Kenntnis) und eine absolute (10 Jahre nach Eröffnung) Frist fest. Bei Bösgläubigkeit werden beide Fristen auf dreissig Jahre ausgedehnt³⁵. Ohne Befristung kann die Ungültigkeit einredeweise geltend gemacht werden (Art. 521 III).

Die Wirkung der Ungültigkeitserklärung

Die Ungültigkeitsklage ist nicht Leistungsklage, sondern Gestaltungsklage. Durch Gutheissung der Klage wird die wirksame Verfügung ex tunc unwirksam. Das Ungültigkeitsurteil wirkt nur zwischen den Prozessparteien. Die Ungültigkeitserklärung kann somit in personeller, aber auch in sachlicher Hinsicht bloss teilweise erfolgen.

Nichtigkeit (nach RIEMER, Nichtige unwirksame Testamente und Erbverträge)

Gewisse Dokumente können von vornherein keine Wirkung als Verfügungen von Todes wegen entfalten und sind absolut nichtig. Sie bedürfen daher auch keiner Anfechtung innert Frist. Ebenfalls ist die Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Nichtigkeit kann hinsichtlich jedes der Verfügungselemente bestehen (Erblasser, Verfügungswille, Verfügungsobjekt, Verfügungsempfänger). Folgende Fallgruppen werden unterschieden:

- Fehlender oder nicht zum Ausdruck gekommener Wille des Erblassers (der Erblasser wollte überhaupt nicht verfügen, kommt also als Erblasser gar nicht in Betracht), z.B.
 - physischer Zwang
 - Fälschungen
- Fehlender oder nicht zum Ausdruck gekommener Verfügungswille des Erblassers, z.B.:
 - blosser Verfügungsabsicht (inkl. Ankündigung eines Testaments, Auftrag zur Vorbereitung, Entwürfe)
 - blosser Empfehlungen gegenüber den Erben
 - Simulation
 - nicht ernst gemeinte Verfügungen (Scherz, Schulbeispiel)
 - unvollständiger, unbestimmter Wille (einschliesslich Delegation an Dritte)
 - bedingter Wille und Nichteintritt der Bedingung, befristeter Wille nach Fristablauf
 - widerrufener Wille, Aufhebung, Rücktritt
- Extremfälle der von Art. 519/520 ZGB erfassten Tatbestände
 - Verfügungen aus mangelhaftem Willen (zufolge Unmöglichkeit des Inhalts des erblasserischen Willens nicht realisierbar), z.B.:
 - Verfügung über nicht existierende Sachen oder Rechte
 - Verfügung über nicht dem Erblasser zustehende Sachen oder Rechte (sofern nicht Verschaffungsvermächtnis oder –auflage)
 - Verfügung zugunsten zum Todeszeitpunkt nicht existierender Personen
 - Verfügung zugunsten erbunfähiger oder erbunwürdiger Personen
 - Widersprüchliche Verfügungen
 - Rechtswidrigkeit, Unsittlichkeit (da blosser Anfechtbarkeit kann nur dort gelten kann, wo die fraglichen Rechtsverhältnisse überhaupt der Disposition des Anfechtungsberechtigten unterliegen)
 - Formmängel (Grenze allerdings unklar, gerichtliche Ermessensfrage; nach Riemer Unterschrift als Grenzkriterium), z.B.:

³⁵ Es handelt sich dabei um die längste Frist im Privatrecht!

- mündliches Testament
- rein maschinenschriftliche Verfügung oder bloss handschriftliche Unterschrift
- nicht beurkundeter Erbvertrag
- Bezugnahme auf anderes Schriftstück
- Akte, die inhaltlich in keine erbrechtliche Verfügungsart passen.

Auch solche nichtigen Verfügungen sind einzuliefern und zu eröffnen; auch ein Erbschein ist grundsätzlich möglich, wobei gewisse Nichtigkeitsfälle jedoch von Amtes wegen zu berücksichtigen sind. Gerichtlich kann die Nichtigkeit im Rahmen irgendeines Verfahrens vorfrageweise und von Amtes wegen festgestellt werden. Ebenfalls zulässig ist eine eigens zu diesem Zweck erhobene Feststellungsklage. Auf Grund der fehlenden Verwirkungsfrist kann diese zeitlich unbefristet erhoben werden. Auf Grund allgemeiner Regeln soll die Wirkung nach RIEMER bloss inter partes eintreten; näher liegt es, mit BRÜCKNER von einer Wirkung gegen jedermann auszugehen (mit dem Nachlass befasste Behörden haben die Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen); eine notwendige passive Streitgenossenschaft ist daher unnötig. Auch Teilnichtigkeit kommt nach Art. 20 Abs. 2 OR (bzw. analog Art. 20 Abs. 2 OR) in Frage.

Besondere Probleme mit Auflagen und Bedingungen

Fraglich ist, ob ein Mangel an der Auflage oder Bedingung (Rechts- oder Sittenwidrigkeit) die Hauptbegünstigung aufhebt. Gemäss Art. 519 Ziff. 3 wird auch die Begünstigung hinfällig. Durch Art. 482 II wird deutlich gemacht, dass Auflagen gleich zu behandeln sind. Das wird heute als eine blosser Vermutung verstanden: wenn aus der Verfügung der Wille des Erblassers hervorgeht, die Auflage von der Begünstigung unabhängig zu machen, so kann diese auch wirksam sein, wenn jene ungültig ist. Anders ist es laut Art. 482 III, wenn eine Auflage oder Bedingung bloss lästig (sog. **vexatorische Klausel**) oder unsinnig ist. Diese Anordnungen können einfach übergangen werden, sie sind nichtig und schaden den anderen Anordnungen nicht.

§ 18 *Der Nachlass*

Der Begriff

Das Prinzip "*le mort saisit le vif*" bewirkt, dass das übergehende Vermögen sogleich Vermögen der Erben wird. Das Nachlassvermögen führt aber dennoch eine Sonderexistenz: Es gehört allen Erben zusammen, der Erbengemeinschaft, und unterliegt den entsprechenden besonderen Verfügungs- und Verwaltungsregeln. Er bildet ein **Sondervermögen**.

Solche Sondervermögen bringen vor allem das **Problem der Surrogation** mit sich: Objekte und Werte, die an die Stelle bisheriger Objekte und Werte treten, gehören zur selben Masse. Für die Zugehörigkeit zum Nachlass ist ein wertmässiger, nicht funktioneller Zusammenhang massgebend.

Der Nachlass besteht aus spezifischen Sachen, Rechten und Chancen, daneben aus Verbindlichkeiten. Nachlass ist auch eine abstrakte Nettogrösse, unter Abzug der Erbschafts- und Erbgangsschulden.

Nachlass ist die Vermögensmasse, die an die Rechtsnachfolger, d.h. an die Erben, des Verstorbenen geht. War der Verstorbene bei seinem Tod verheiratet, so ergibt sich der Nachlass erst aus dem Resultat der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Der Erbenvertreter und Erbschaftsverwalter sind sowenig zur güterrechtlichen Auseinandersetzung auf Nachlassseite befugt wie zur Erbteilung.

Inventar

Über die Zusammensetzung und allenfalls auch den Wert des Nachlasses informieren verschiedene Arten von **Inventaren**³⁶, welche im Erbfall stets oder bei besonderem Bedarf zu erstellen sind.

Auskunftsrecht

Ausserdem besitzt jeder Erbe ein *individuelles Recht auf Auskunft* über Nachlasssachen gegenüber seinen Miterben. Die Erben haben einander unaufgefordert mitzuteilen, was bezüglich Nachlasswerten für andere von Interesse sein könnte (Art. 610 II). Das Auskunftsrecht kann klageweise durchgesetzt werden. Aktivlegitimiert ist entsprechend jeder Erbe einzeln, ferner der Willensvollstrecker und der Erbenvertreter (Art. 602 III). Passivlegitimiert ist der betreffende Informationsinhaber (Bank, Arzt- oder Anwaltspraxis etc.).

Die Aktiven

Das **Prinzip der Universalsukzession** enthält eine quantitative und eine qualitative Aussage. Quantitativ bedeutet es, dass alle Objekte des Erblasservermögens einbezogen werden; qualitativ bedeutet es, dass die ganze Rechtsposition des Erblassers übergeht, unabhängig von der Art der einzelnen Elemente. Einziger Vorbehalt ist diesbezüglich, dass das betreffende Recht unabhängig von der Person des Erblassers bestehen kann. Die Erben treten auch in rechtliche Positionen des Erblassers ein. Auch Verfahrenspositionen gehen über, soweit das betreffende materielle Recht übergeht.

Ihrer Natur nach an die Person gebunden sind die familienrechtlichen Positionen. Entsprechend steht es auch mit dem Persönlichkeitsrecht. Dieses ist seiner Natur nach höchstpersönlich, der Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung für bereits erfolgte Verletzungen ist aber erblich. Bei sachen- und obligationenrechtlichen Verhältnissen ist jedes Mal zu prüfen, ob Höchstpersönlichkeit gegeben ist. Diese kann zwingend (Nutzniessung, Arbeitsvertrag) oder dispositiv (irreguläre Dienstbarkeiten, Vollmacht, Auftrag) vorgesehen sein.

Bei Mitgliedschaften ist nach der Natur der Organisation zu differenzieren: In der AG sind die Anteile vererblich; das gleiche gilt - sofern nichts gegenteiliges vereinbart ist - auch für die Kommanditärstellung und den Gesellschaftsanteil einer GmbH (Art. 792 OR). Bei den übrigen Organisationsformen bzw. -beteiligungen gilt die Höchstpersönlichkeit der Mitgliedschaft, jedoch nur als dispositive Regel.

Inbesondere Versicherungsansprüche

Sehr umstritten ist die erbrechtliche Behandlung der freiwilligen Versicherungen und insbesondere der Lebensversicherung des Erblassers, spezifisch der von ihm auf sein eigenes Leben abgeschlossenen Versicherung. Die Praxis und ein grösserer Teil der Lehre gehen von der Erwägung aus, dass diese Ansprüche nicht beim Erblasser selber, sondern erst bei seinem Tod, d.h. bei anderen Personen entstehen (Art. 563 II)³⁷. In die konkursamtliche Liquidation

³⁶ In einem Erbfall kommen vier Arten von Inventaren in Betracht:
das Inventar zu Sicherungszwecken (Art. 553);
das öffentliche Inventar zur Begrenzung der Erbschaftsschuldenhaftung (Art. 580);
das Inventar bei Erbschaftsliquidation (Art. 595 II);
das Steuerinventar insb. zur Ermittlung der Erbschaftssteuern.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist Art. 553 III, welcher den Kantonen die Kompetenz einräumt, weitere Fälle der Inventaraufnahme vorzusehen. In Basel-Stadt beispielsweise wird in *jedem* Erbfall von Amtes wegen ein Inventar erstellt (§ 136 I EG-ZGB).

³⁷ Dies gilt auch für Ansprüche aus der Säule 2b; vgl. BGE 5C.212/2002 vom 24. April 2003.

das Nachlasses werden sie darum nicht einbezogen.

Die Frage aktualisiert sich etwa bei den sog. **Begünstigungsklauseln**, mit welcher der Erblasser dem Versicherer Anweisungen über die Adressaten der Zahlungen gibt. Begünstigungsklauseln sind formfrei gültig. Vor allem aber stellt sich das Problem des Pflichtteilsschutzes. Art. 476/529 sehen vor, dass in die Pflichtteilsberechnung nur der sog. **Rückkaufswert** einbezogen werden soll. Das ist der Wert, den der Erblasser selber erhalten hätte, wenn er die Versicherung auf den Zeitpunkt seines Todes gekündigt hätte. Dieser Wert liegt in der Regel etwas unter dem sog. **Deckungskapital**. Die **temporäre Todesfallversicherung**³⁸ ist reine Risikoabdeckung. Sie weist darum in diesem Sinn keinen Rückkaufswert auf und wird entsprechend von der Praxis als erbrechtlich irrelevant betrachtet. Die **gemischte Versicherung**³⁹ dagegen weist einen solchen Rückkaufswert auf, so dass Art. 476/529 per analogiam angewandt werden.

Die Passiven

In den Nachlass fallen ebenso alle Verbindlichkeiten des Erblassers⁴⁰.

Insbesondere Erbgangsschulden

Erbgangsschulden sind Schulden, die gerade durch den Todesfall bewirkt sind: Begräbnis- und Grabkosten, das Honorar des Willensvollstreckers und die durch den Erblasser auferlegten Vermächtnisse und Auflagen. Die rechtliche Behandlung der Erbgangsschulden ist uneinheitlich.

Insbesondere Erbschaftsschulden

Vor der Teilung hat der einzelne Erben keinen individuellen Zugang zu den Aktiven, haftet aber bereits mit seinem ganzen Vermögen solidarisch für die Erbschaftsschulden (Art. 603). Für Forderungen von Miterben, die ihrer Art nach in den Teilungsvorgang einbezogen werden können, lässt es das Bundesgericht bei anteilmässiger Haftung bewenden. Nach der Teilung haftet der Erbe extern auch für die Schulden weiter, die von Miterben übernommen wurden (Art. 639). Gewisse Passiven sind höchstpersönlich und gehen mit dem Tod des Schuldners unter (Arbeitsverträge, familienrechtliche Pflichten).

Bei **Steuern** ist zu differenzieren:

- Steuern, die bereits der Erblasser schuldete, sind Erbschaftsschulden; die Erben haften solidarisch (Art. 12 I DBG).
- Steuern auf das Vermögen und den Erträgen der unverteilter Erbschaft werden nach Erbquoten von den Erben (nicht von der Erbengemeinschaft als Ganzes) erhoben (Art. 10 DBG).
- Die Erbschaftssteuer ist eine indirekte Steuer, die zusätzlich zu den vorgenannten auf den Vorgang des Erbens als solchen erhoben wird. Sie ist kantonale geregelt. Vorherrschend in den Kantonen ist die Ausgestaltung als **Erbanfallsteuer**. Steuerobjekt ist hier der Vermögensübergang von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Erben bzw. Legataren. Die Erbschaftssteuer kann auch als **Nachlasssteuern** konzipiert sein, wobei hier Steuerobjekt der Übergang des Nachlasses vom Verstorbenen auf die Erbengemeinschaft

³⁸ Die Summe ist im Todesfall zahlbar, die Versicherung ist aber nur auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen. Der Eintritt des Versicherungsfalls ist ungewiss.

³⁹ Aus den Prämien wird eine Sparguthaben geöffnet, welches bei Erreichen eines bestimmten Alters ausbezahlt wird. stirbt der Versicherte vorher, so erhalten die Erben oder Begünstigten die Summe schon dann.

⁴⁰ Auch für Haftpflichtschulden des Erblassers; vgl. dazu den Gasexplosionsfall, wo sogar ein nach dem Tod entstandener, aber vom Erblasser verursachter Schaden passiv erblich war.

ist⁴¹.

Der erbrechtliche Gläubigerschutz

Die Gläubiger des Erben müssen grundsätzlich eine Einbusse am haftenden Vermögen durch den Erbgang in Kauf nehmen. Sie können sich gegen die Übernahme einer schlechten Erbschaft durch den Erben nicht zur Wehr setzen. Dagegen erhalten die Gläubiger des Erblassers (Erbschaftsgläubiger) Schutz gegen Vermischung des Nachlasses mit dem Erbenvermögen. Art. 594 gibt ihnen bei "begründeter Besorgnis" für ihre Forderungen das Recht, die Liquidation der Erbschaft zu verlangen. Das bedeutet, dass die Erbschaftsgläubiger aus dem Erlös vorab befriedigt werden.

Die Erbschaftsgläubiger erhalten überdies Schutz dagegen, dass Nachlassvermögen an Nicht-Erben geht und dadurch der Haftung entzogen wird. Art. 564 drückt diesen Grundsatz des Vorrangs der Gläubiger vor Vermächtnisnehmern aus; er hat aber Geltung über das Erbrecht hinaus auch für Schenkungen unter Lebenden.

Schutz der Erwartungen auf den Erbfall

Wenn ein überschuldeter Erbe eine Erbschaft ausschlägt, so müssen sich dies seine Gläubiger nicht ohne weiteres gefallen lassen (Anfechtungsmöglichkeit innert 6 Monaten, Art. 578). Unterlässt es ein Erbe, der im Konkurs steht, oder gegen den Verlustscheine bestehen, die Herabsetzung einer Pflichtteilsverletzung geltend zu machen, so können dies die Konkursverwaltung bzw. seine Gläubiger an seiner Stelle tun (Art. 524). Dasselbe gilt, wenn ein *pflichtteilsberechtigter* Erbe nichts gegen ein Vermächtnis unternimmt, das seinen Pflichtteil verletzt. Andererseits kann ein Gläubiger nichts tun, wenn ein Erbe ein mangelbehaftetes, ihn benachteiligendes Testament nicht anfight. Ebenso wenig kann sich ein Gläubiger dagegen wehren, dass "sein" Erbe eine überschuldete Erbschaft nicht ausschlägt bzw. annimmt und damit die persönliche Haftung dafür übernimmt. Nach vorwiegender Auffassung können sich die Gläubiger eines *ingesetzten* Erben auch nicht dagegen wehren, dass die Erbschaft mit Vermächtnissen belastet ist, da sie mit der Erbschaft sowieso nicht sicher rechnen durften (so überall dort geregelt, wo das Erbschafts- vom Erbenvermögen getrennt bleibt, vgl. Art. 596 I, 518 II, 594 II, 573; umstr. hingegen bei Verschmelzung der Vermögen). Weiteren Schutz können sich die Erbengläubiger rechtsgeschäftlich verschaffen. Sie können sich sogar schon vor dem Erbgang Rechte an der Erbquote versprechen lassen (nicht aber ohne Mitwirkung des Erblassers abtreten, vgl. Art. 635). Nach dem Erbgang können sie den Erbanspruch, weil er sich dann von einer blossen Anwartschaft in ein Recht verwandelt hat, auch pfänden.

§ 19 Die Erbschaftsklage (Art. 598)

Die Erbschaftsklage ist das Instrument, mit welchem die erbrechtlichen Ansprüche auf die Nachlassaktiven in natura durchgesetzt werden. Ihre Funktion ist damit dieselbe wie diejenige der *rei vindicatio*: in beiden Fällen ist das bessere Recht das Eigentum. Die Erbschaftsklage besitzt gegenüber der Vindikation eine Reihe von Privilegierungen:

- Sie braucht die begehrten Objekte nicht zu spezifizieren. Sie ist **Gesamtklage**;
- Gerichtsstand ist immer der letzte Wohnsitz des Erblassers (Art. 18 GestG);
- Die Verjährung (1/10 bzw. 30 Jahre, Art. 600);

⁴¹ Im Kanton Basel-Stadt ist der überlebende Ehegatte von der subjektiven Erbsteuerpflicht befreit. Seit dem 9. Februar 2003 gilt dies auch für direkte Nachkommen des Erblassers. In den letzten Jahren wurde die Erbschaftssteuer in etlichen Kantonen abgeschafft oder eingeschränkt; so besteuern etwa nur noch sieben Kantone Erbschaften der direkten Nachkommen.

- Es gilt Surrogation;
- Das Beweisthema der Vindikation entfällt. Die Erbschaftsklage stützt sich ausschliesslich auf die Erbenstellung, früherer Besitz des Erblassers oder der Erben ist irrelevant;
- Mit der Erbschaftsklage können nicht nur Sachen herausverlangt werden, sondern alle erbrechtlich im Nachlass anfallenden Positionen, also etwa auch Forderungen (was der Feststellung ihres Übergangs auf die Erben entspricht).

Legitimation

Aktivlegitimiert ist die *Erbengemeinschaft* (notwendige Streitgenossenschaft der nichtbeklagten Erben; bei Geldforderungen gegen einen Miterben aller Miterben). Beachte die Anwendung von Art. 603 II auf das Handeln eines einzelnen Erben in dringlichen Fällen; die Zustimmung der anderen Miterben ist nachzureichen. Passivlegitimiert ist nach Art. 598 der besitzende (Nicht-)Erbe.

§ 20 Das Handeln für den Nachlass

Allgemeines

Das Erbrecht ist nur in seinem ersten, materiellen Teil echtes Privatrecht. Im zweiten Teil beschreibt es die Vorgänge zwischen dem Tod des Erblassers bis zur abgeschlossenen Teilung und muss dabei auch die Mitwirkung des Staates vorsehen. Diese Mitwirkung kann die Form einer blossen Hilfeleistung haben, welche von den Behörden auf Ansuchen einer Privatpartei erbracht wird. Allenfalls greift die Behörde aber auch von Amtes wegen ein. Die Organisation des Erbgangs durch das Erbrecht geschieht damit insgesamt auf drei Ebenen:

- Zuerkennung von Zuständigkeiten an Private;
- staatliche Leistungen auf Ansuchen Privater;
- staatliche Eingriffe ex officio.

Diese Trias zeigt sich auch in den Vorkehrungen des ZGB, welche zum Ziel haben, eine handlungsunfähige Erbengemeinschaft durch Einsatz eines Dritten zu deblockieren. Es handelt sich dabei um

- den Willensvollstrecker, eingesetzt durch den Erblasser (Art. 517);
- den Erbenvertreter, eingesetzt durch die Behörde auf Ansuchen eines Erben (Art. 602 II);
- den Erbschaftsverwalter, eingesetzt durch die Behörde von Amtes wegen (Art. 554).

Die Behörde

Zuständig ist laut Art. 18 GestG das Gericht des Orts, an welchem der Erblasser seinen letzten *Wohnsitz* hatte. Namentlich ist die Zuständigkeit nicht am Sterbeort gegeben, sondern massgebend ist der Wohnsitz des Personenrechts. Der jeweilige Kanton kann die Behörde auf Gemeinde-, Kreis-, Bezirks- oder Kantonsebene einsetzen.

Die Erbengemeinschaft

Eine Mehrheit von Erben bildet zusammen die Erbengemeinschaft. Sie ist als Gesamtheit an den Nachlasswerten berechtigt, soweit diese noch nicht durch Teilungsakt einzelnen Erben zugewiesen wurden. Es gilt das **Prinzip der Gesamthand**. Jedes dingliche Rechtsgeschäft, aber auch jedes faktische Handeln, das Nachlassgegenstände betrifft, erfordert somit eine Einigung unter sämtlichen Erben; es gilt das **Prinzip der Einstimmigkeit**, das zwingend

vorgeschrieben ist⁴². Die Einstimmigkeit gilt nicht nur für Verfügungs-, sondern auch für die Verwaltungshandlungen.

Um die Nachlasserhaltung zu erleichtern, hat das Bundesgericht den einzelnen Erben das Recht zugestanden, in dringlichen Fällen allein für den Nachlass zu handeln. Auch die GoA und die Bestellung eines Erbenvertreters können Anwendung finden. Dritte können gültig Erklärungen an einen einzelnen Erben zuhanden der Erbengemeinschaft abgeben, sofern Dringlichkeit die Kontaktierung der ganzen Gemeinschaft verunmöglicht. Schliesslich macht das Bundesgericht eine Ausnahme vom Gesamthandprinzip, wo Erben gegen Erben stehen; der (oder die) Gegner innerhalb der Erbengemeinschaft können nicht zugleich als deren Mitglieder auftreten. Essentiell ist dann lediglich, dass alle Erben an der Auseinandersetzung beteiligt sind, sei dies auf der Aktiv- oder Passivseite. Selbstverständlich steht der Erbengemeinschaft offen, einem Miterben oder Dritten nach den gewöhnlichen Stellvertretungsregeln eine gewillkürte Vollmacht zu erteilen.

Nicht als Handeln für den Nachlass zu qualifizieren und damit unabhängig vom Gesamthandprinzip gültig sind folgende Handlungen von Einzelerben:

- das Einholen von Auskünften;
- das Begehren um Einsetzung eines Erbenvertreters, um Erstellung eines amtlichen oder öffentlichen Inventars.

Das Handeln für den Nachlass aufgrund besonderen Amtes (Erbchaftsverwalter, Erbenvertreter, Willensvollstrecker)

Bei allen drei handelt es sich um eine Vertretung der Erben. Die Amtsträger haben alle die Verwaltung des Nachlasses zu besorgen. Sie unterscheiden sich von einer gewillkürten Vertretung folgendermassen:

- Sie werden aufgrund eines anderen Verfahrens bestimmt;
- Sie können von den Erben, auch durch einstimmigen Beschluss, nicht abberufen werden;
- Sie sind nicht von den Instruktionen der Erben abhängig, selbst wenn diese einstimmig erteilt werden;
- Ist ein solcher Amtsträger bestellt, so ist das eigene Handeln der Erben in Nachlasssachen ausgeschlossen.

Diese Amtsträger haben selber (unselbständigen) Besitz am Nachlass. Soweit sinnvoll, sollen sie allerdings den Erben den Gebrauch der Nachlassobjekte überlassen.

Soweit ein Willensvollstrecker vorhanden ist, besteht kein Anlass zur Bestellung eines Erbchaftsverwalters oder Erbenvertreters, da die Aufgaben des Willensvollstreckers auch die Bereiche der anderen Ämter umfassen (Art. 554 II).

Es kann eine **Mehrheit von gleichartigen Amtsträgern** bestellt werden. Im Zweifel ist anzunehmen, dass sie ihre Funktionen nur alle zusammen ausüben können (Art. 518 III).

Das Vertragsverhältnis des Amtsinhabers

Weil alle drei Funktionen im Gesetz äusserst knapp behandelt werden, ist ihre Rechtsstellung aus subsidiären Rechtsquellen ergänzend zu bestimmen. Als solche ist in erster Linie das **Auftragsrecht** beizuziehen. In diesem Sinn besteht für den Amtsträger:

- eine Verantwortlichkeit gemäss Art. 398 f. OR;

⁴² Grund dafür ist die Ausgestaltung der Erbengemeinschaft als Zwangsgemeinschaft.

- eine Pflicht zur regelmässigen Rechenschaft gemäss Art. 400 OR;
- ein Recht zur Rücktritt gemäss Art. 404 OR.

Der Amtsträger kann aber auch den Regeln des öffentlichen Rechts oder des Arbeitsvertragsrecht unterworfen sein.

Die Aufsicht

Alle drei Funktionskategorien unterliegen der Aufsicht durch die kantonal bestimmte Behörde. Die Aufsicht bedeutet, dass die Behörde

- vom Amtsträger Aufschluss über seine Tätigkeit verlangen kann;
- ihm Weisungen erteilen kann;
- schon erfolgte Dispositionen aufheben kann;
- ihn absetzen kann;
- gegen ihn Disziplinar massnahmen nach kantonalem Recht ergreifen kann.

Der Amtsträger ist deswegen aber nicht staatlicher Amtsträger. Die Behörde übt nicht eine ständige Aufsicht aus, sondern handelt grundsätzlich nur auf Beschwerde interessierter Privatpersonen hin. Überwiegend wird ihr aber auch das Recht zugestanden, von sich aus zu handeln. Der Behördenentscheid ersetzt den Richterspruch nicht. Der Zivilrichter bleibt allein zuständig für die Entscheidung aller Rechtsfragen. Gegen den Entscheid der Behörde gibt es allenfalls kantonale Rechtsmittel.

Insbesondere der Erbschaftsverwalter

Ein Erbschaftsverwalter wird zur Nachlasserhaltung von der Behörde nur in den von Art. 554 vorgesehenen Fällen eingesetzt⁴³. Die Sammelverweisung auf "besondere Fälle" in Ziffer 4 dieses Artikels beinhaltet:

- Nacherbschaft (Art. 490 III);
- Verschollenheit (Art. 548);
- Vorläufige Massnahme bei Testamentseröffnung, soweit der Nachlass nicht den gesetzlichen Erben überlassen werden kann (Art. 556 III);
- Vorläufige Massnahme bei Zahlungsunfähigkeit eines Miterben (Art. 604 III).

Der Erbschaftsverwalter wird von der kantonal zuständigen Behörde eingesetzt. Häufig sind es Privatpersonen; es können aber auch Beamte, Notare, Anwälte, Treuhandgesellschaften oder ganze Behörden das Amt übernehmen. Die Aufgabe des Erbschaftsverwalters ist, einmal von der allfälligen Liquidation abgesehen, die Sorge für eine optimale Überbrückung des "Interregnums". Er soll nicht nur bestrebt sein, den Wert des Nachlasses, sondern möglichst auch die Objekte in natura zu erhalten. In der Regel wird er bei Amtsantritt ein Inventar erstellen. Er hat sich auch nach Möglichkeit über die Personen der Erben zu vergewissern und mit ihnen bei wichtigen Entscheidungen Kontakt aufzunehmen. Er soll fällige Schulden bezahlen, auch die Erbschaftssteuern. Dagegen hat er, anders als der Willensvollstrecker, mit der allfälligen güterrechtlichen Auseinandersetzung und namentlich mit der Teilung nichts zu tun. Seine Aufgabe macht es auch nötig, über Objekte des Nachlasses verfügen zu können (nicht aber nach Praxis über Immobilien: für Grundbuch kein Verfügungsrecht).

⁴³ Daneben spricht das Gesetz auch von Erbschaftsverwalter im Zusammenhang mit der Liquidation des Nachlasses (Art. 595), sofern dieser nicht überschuldet ist (Art. 597).

Inbesondere der Erbenvertreter

Der Erbenvertreter wird auf Antrag, allenfalls nur eines Erben von der kantonale zuständige Behörde eingesetzt. Insbesondere im Streitfall kann so u.U. der Beizug eines Neutralen einseitig erzwungen werden. Als passivlegitimiert sind jedoch alle nicht mitwirkenden Erben als Gesuchsbeklagte zu nennen; da der Erbenvertreter für die Erbengemeinschaft handelt, müssen auch alle Erben im Prozess mitwirken. Die Behörde kann den Antrag auch abweisen. Sie bestimmt selbständig die Person des Erbenvertreters, Anträge von Erben sind für sie nicht verbindlich. Ebenfalls erforderlich ist die Einsetzung eines Erbenvertreters, wenn in einem Zivilprozess mit den Erben als notwendiger *aktiver* Streitgenossenschaft die Vollmachten aller Erben nicht rechtzeitig beigebracht werden können.

Position und Aufgaben entsprechen denjenigen des Erbschaftsverwalters, wobei das Mandat bei der Einsetzung auf Spezialfunktionen eingeschränkt werden kann.

Gegen die Handlungen des Erbenvertreters kann jeder Erbe einzeln Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde (Erbschaftsamt) führen, welche sich aber auf eine Willkürkontrolle beschränkt. Der Entscheid kann weitergezogen werden an eine übergeordnete richterliche Instanz (in Basel-Stadt entsprechend der Anfechtung von Handlungen des Willensvollstreckers dem Zivilgerichtsausschuss als Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt) und letztlich ans Bundesgericht. Nach bisheriger Basler Praxis können Erbenvertreter ihr beabsichtigtes Vorgehen den Erben vorab schriftlich mitteilen (untechnisch als „Verfügung“ bezeichnet) und ihnen Frist zur Anhebung einer Aufsichtsbeschwerde setzen. Allerdings ist fraglich, ob so Verantwortlichkeitsansprüche ausgeschlossen werden können.

Inbesondere der Willensvollstrecker

Der Willensvollstrecker wird vom Erblasser bestimmt. Das hat in einem Testament zu geschehen. Das Nahestehen zu den hauptbegünstigten Personen stellt nach schweizerischem Recht keine rechtsrelevante Interessenkollision und damit auch keinen Absetzungsgrund dar. Selbst ein Erbe kann Willensvollstrecker sein.

Der Willensvollstrecker ist auf objektive Normen, und nicht auf den subjektiven Willen, insbesondere auch nicht ausschliesslich auf die Vorstellungen des Erblassers, verpflichtet. Er ist nicht Partei, weder zur Verteidigung des Erblasserwillens noch der Belange Lebender

- im Streit um die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen;
- im Streit um Pflichtteile;
- bei der Teilungsklage.

Dagegen hat er für den Nachlass aktiv und passiv aufzutreten, wo es um Ansprüche des Nachlasses bzw. gegen diesen geht. Dazu muss auch - anders als beim Erbschaftsverwalter und Erbenvertreter - die güterrechtliche Auseinandersetzung mit dem überlebenden Ehegatten gehören; sie ist ein Stück der Teilungsvorbereitung.

Der Willensvollstrecker kann die Teilung nicht gegen den Willen der Erben, oder auch nur eines einzigen Erben durchführen. Der Willensvollstrecker hat darum richtigerweise nur die Teilung vorzubereiten.

Das Testament kann mehrere Personen nebeneinander oder hintereinander als Willensvollstrecker bezeichnen. Der Willensvollstrecker darf keiner Interessenkollision unterliegen, welche die Amtsausübung "wesentlich" beeinträchtigt.

Gegen Handlungen des Willensvollstreckers kann durch jede an der Erbschaft materiell beteiligte Person (Erbe, Vermächtnisnehmer sowie *Erbschaftsgläubiger*) Beschwerde an den *Zivilgerichtsausschuss als Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt* ergriffen werden (eine eigene Aufsichtszuständigkeit des Erbschaftsamts besteht nicht). Eine allfällige aufschiebende

Wirkung ist *zu beantragen*. Als Beschwerdegrund kommen bloss administrative Pflichtverletzungen und damit faktisch nur Rechtsverletzungen oder Verletzungen des Erblasserwillens in Betracht (die Erben könnten den Willensvollstrecker auch einstimmig nicht abberufen oder ihm Weisungen entgegen dem zu vollstreckenden Testament erteilen). Die Aufsichtsmassnahmen umfassen administrative (Empfehlungen, Weisungen, Absetzung, konkrete Massnahmen) und disziplinarische (Verweis, Ermahnung, Ordnungsbusse, Verzeigung, Absetzung) Massnahmen. **Wichtig:** wird die Absetzung wegen einer Eigenschaft verlangt, die bereits dem Testator bekannt gewesen sein musste, so handelt es sich der Sache nach um eine Anfechtung einer Testamentsklausel. Es ist daher **Ungültigkeitsklage** beim Zivilgericht einzureichen.

Sichernde Massnahmen

Die kantonal bestimmte Behörde soll selber eingreifen, wenn sich nach dem Ableben des Erblassers die Erbgemeinschaft noch nicht konstituiert hat, ein allfälliger Willensvollstrecker sein Amt noch nicht angetreten hat, die Zusammensetzung des Nachlasses unklar ist oder die Besitzesverhältnisse noch unsicher sind. Das ZGB ordnet selber nur eine solche Massnahme an: das **amtliche Inventar** nach Art. 553. Ausserdem ermächtigt es die Kantone, die **Siegelung** von Nachlassobjekten vorzusehen (Art. 552). Diese Liste ist aber *nicht abschliessend*, die Kantone können auch

- bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Siegelung stattzufinden hat;
- weitere Massnahmen vorsehen (Hinterlegungspflicht, Beschlagnahmung von Nachlasssachen).

Siegelung heisst zunächst, dass der Beamte an den Behältnissen der zu schützenden Objekten oder an der Tür von ganzen Räumen oder Wohnungen sein Amtssiegel anbringt. In der Praxis ist die Siegelung selten. Dagegen betrachten sich die Behörden öfters als ermächtigt, unter dem Titel der Siegelung Objekte oder Schlüssel in eigene Verantwortung zu nehmen, oder etwa Türschlösser auszuwechseln, ebenso eine Konto- oder eine Grundbuchsperrung zu verfügen.

Umstritten ist, ob der Willensvollstrecker den Willen des Erblassers auch gegen den gemeinsamen Willen aller Erben durchsetzen muss bzw. kann.

§ 21 Der Eintritt der Erben in ihre Stellung

Einreichung von Testamenten

Findet sich nach dem Tod einer Person ein Dokument, das eine testamentarische Anordnung dieser Person enthält oder auch nur enthalten könnte, so ist der Aufbewahrer bzw. Finder verpflichtet, es bei der kantonal zuständigen Behörde im Original einzureichen (Art. 556). Dasselbe muss für Kopien gelten, falls nicht sicher ist, ob auch das Original eingereicht wird. Die Einreichungspflicht besteht auch für Verfügungen, die wegen Form- oder anderer Mängel ungültig erklärt werden können.

Unterlassung kann verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen:

- Ersatz des verursachten Schadens (Art. 556);
- Urkundenunterdrückung (Art. 254 StGB; allerdings nicht bei *blosser* Nichteinreichung);
- Erbunwürdigkeit unter den Voraussetzungen von Art. 540 Ziff. 4.

Dagegen verliert die Verfügung durch Nicht-Einreichung nicht ihre Gültigkeit. Kommt sie später, auch erst nach langer Zeit, zum Vorschein, können die Begünstigten sich dennoch

darauf berufen⁴⁴. Allenfalls ist die Ungültigkeit der früheren Verfügung von Todes wegen mit der Ungültigkeitsklage geltend zu machen. Wurde die Erbschaft bereits geteilt, so ist der entsprechende Teilungsvertrag anzufechten und danach Teilungsklage zu erheben.

Bei Erbverträgen ist die Einreichung nicht bundesrechtlich geordnet. Etliche Kantone lassen die freiwillige Einreichung zu oder verpflichten sogar dazu, wenn der Erbvertrag selber die Einreichung vorsieht.

Die Eröffnung

Die Behörde unterzieht die entgegengenommenen Verfügungen einem Verfahren, welches als Eröffnung bezeichnet wird. Sie besteht in der Kenntnisnahme durch die Behörde selber und der Kenntnisgabe an die Interessierten. "Interessiert" sind die Begünstigten und die gesetzlichen Erben. Den Legataren wird dabei in der Praxis nur der Teil bekannt gegeben, der sie betrifft, während gesetzliche und eingesetzte Erben über die ganze Verfügung bzw. die ganze Reihe von Verfügungen informiert werden.

Die Erbbescheinigung (Art. 559)

Die eröffnende Behörde hat den eingesetzten Erben eine Bestätigung über ihre Erbberechtigung auszustellen. Liegen mehrere Verfügungen vor, muss durch provisorische Auslegung festgestellt werden, welche die massgebliche ist. Die gesetzlichen Erben können die Ausstellung der Erbbescheinigung an die eingesetzten Erben durch Einsprache verhindern.

Beim Erlass des ZGB wurde offenbar als selbstverständlich angesehen und darum nicht erwähnt, dass der gesetzliche Erbe seinerseits eine Erbbescheinigung erhalten kann. In Analogie zu Art. 556 III kann dies sogar dann der Fall sein, wenn gegenteilige Verfügungen des Erblassers eröffnet wurden.

Die Erbbescheinigung beruht auf einem nichtgerichtlichen Verfahren, das keineswegs die Austragung aller Fragen über die Erbberechtigung gestattet. Das Gerichtsverfahren über Gültigkeit, Herabsetzbarkeit oder Auslegung von Verfügungen von Todes wegen bleibt darum immer vorbehalten.

Die Bescheinigung muss laut Art. 559 auf die verbleibende Möglichkeit der Ungültigkeits-, Herabsetzungs- oder Erbschaftsklage hinweisen. Mit diesem Vorbehalt versehen soll aber nach Art. 559 die Bescheinigung doch dahin lauten, dass die darin aufgeführten Personen "als Erben anerkannt" seien. Was das heisst, ist umstritten. Folgendes wird postuliert:

- Die Bescheinigung begründe kraft Art. 9 ZGB eine Vermutung ihrer Richtigkeit;
- Die Bescheinigung schütze den guten Glauben Dritter in die Verfügungsbefugnis der genannten Person über den Nachlass;
- Die allfällige gerichtliche Korrektur aufgrund des Vorbehalts sei nicht rückwirkend; damit stimme die Bescheinigung bis zu jenem Zeitpunkt mit der materiellen Rechtslage überein, so dass kein weiteres Schutzbedürfnis für den Dritten bestehe.

Die Ausschlagung (Art. 566)

Die Ausschlagung geschieht durch mündliche oder schriftliche Erklärung an die nach kantonalem Recht zuständige Behörde. Dagegen ist für die **Annahmeerklärung** keine Form vorgeschrieben. Dasselbe Bedürfnis nach Rechtssicherheit wie bei der Ausschlagung spricht aber dafür, dass auch die Annahme nur zuhanden der Behörde verbindlich erklärt werden

⁴⁴ Verjährung gemäss Art. 600 10 Jahre nach dem Tod des Erblassers bei gutem Glauben, 30 Jahre bei Bösgläubigkeit.

kann.

Für die Ausschlagung gilt eine **Frist von drei Monaten**⁴⁵; die Frist ist so kurz, weil vorher praktisch kein Handeln bezüglich des Nachlasses möglich ist. Analog kann diese Frist auch auf die Annahmeerklärung angewandt werden.

Bei Nichtausschlagung innert dieser Frist gilt die Erbschaft als angenommen; mit Ausnahme festgestellter oder offenkundiger Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Todeszeitpunkt (Vermutung der Ausschlagung, Art. 566 II). Der Erbe kann schon vorher eine **Annahmeerklärung** abgeben. Sowohl im Fall der Vermutung der Ausschlagung wegen offenkundiger Überschuldung wie in den normalen Fällen bedeutet dies einen verbindlichen Verzicht auf die Ausschlagung. Die Ausschlagungsbefugnis ist verwirkt, wenn die Ausschlagung nicht frist- oder formgerecht erklärt wurde. Wer sich, über unumgängliche Erhaltungshandlungen hinaus, als Erbe betätigt, verliert sein Ausschlagungsrecht (sog. **Einnischung**, Art. 571 II). Streitig ist, ob die Einmischung nur dann zur Verwirkung des Ausschlagungsrechts führen soll, wenn sie nach den Umständen als stillschweigende Willenserklärung diesen Inhalts verstanden werden kann oder muss.

Neben der Einmischung stellt Art. 571 II mit gleicher Wirkung, aber mit deutlich pönalem Charakter, die **Aneignung und Verheimlichung von Erbschaftssachen**.

Die Wirkung der Ausschlagung

Mit der Ausschlagung entfällt die Erbenstellung des Ausschlagenden. Dies gilt rückwirkend auf den Zeitpunkt des Erbgangs. Nicht betroffen sind die anderen Zuwendungen des Erblassers (Vorempfänge, Legate, Versicherungsansprüche). Schlägt ein *eingesetzter* Erbe aus, kommt dies den gesetzlichen Erben des Erblassers zugute, da die Verfügung ersatzlos dahinfällt, sofern kein anderer Wille (Ersatz-, wohl auch Nacherbe) des Erblassers ersichtlich ist (Art. 572 II). Wenn *einer* von mehreren *gesetzlichen* Erben ausschlägt, wird er so behandelt, wie wenn er vorverstorben wäre; es gilt das Eintritts-, subsidiär das Anwachsungsprinzip (Art. 572 I; umstritten ist, ob bei Ausschlagung aller nächsten Verwandten die Erbschaft umfänglich dem überlebenden Ehegatten anwächst oder die entferntere Parentel eintritt). Art. 573 ordnet die Liquidation durch das Konkursamt an, sobald *alle* nächsten⁴⁶ *gesetzlichen* Erben ausgeschlagen haben; dasselbe gilt, wenn der einzige gesetzliche Erbe ausschlägt (da die Vererbung nach Art. 572 I das Vorhandensein *mehrerer* Erben verlangt, vgl. BernerKomm-TUOR/PICENONI, Art. 572 N 10). Dies gilt nach überwiegender Meinung jedoch nicht, sofern noch eingesetzte Erben vorhanden sind, welche nicht ausgeschlagen haben. Umstritten ist diesfalls allerdings, ob eine Anwachsung beim eingesetzten Erben stattfindet oder ob die sukzessive Berufung der nachfolgenden Erben, zuletzt des Gemeinwesens anzunehmen ist (BernerKomm-TUOR/PICENONI, Art. 572 N 10, unter Verweis auch auf ZürcherKomm-Escher Art. 572 N 2).

Sind Erben eingesetzt worden, ergeben sich auch so mindestens zwei Stufen, indem nach Ausschlagung aller eingesetzten Erben noch die nächsten gesetzlichen Erben zum Zug kommen.

Dabei sind zwei Ausnahmen vorgesehen:

- der überlebende Ehegatte wird gefragt, wenn alle Nachkommen ausgeschlagen haben

⁴⁵ Sie beginnt grundsätzlich mit dem Tod des Erblassers bzw. der Kenntnis davon (Art. 567). Dort, wo ein Sicherungsinventar aufgenommen wurde, beginnt die Frist mit Mitteilung von dessen Abschluss (nicht aber erst mit Mitteilung von dessen Inhalt). Dies betrifft vor allem jene Kantone wie Basel-Stadt, wo in jedem Erbfall ein solches Inventar aufgenommen wird (Art. 533 III i.V.m. § 136 EG-ZGB) und die Frist deshalb immer nach Art. 568 zu berechnen ist.

⁴⁶ Darunter die *gesetzlichen* Erben zu verstehen, die als erste zum Zug kommen.

(Art. 574);

- die nächstfolgenden gesetzlichen Erben werden auf Wunsch eines Ausschlagenden noch angefragt (Art. 575).

Ergibt die Liquidation einen Erlös, so geht er trotz der Ausschlagung an die Erben (Art. 573 II), wobei streitig ist, ob nur die gesetzlichen Erben und, wenn ja, nur die zuletzt berufenen beteiligt sind.

Das öffentliche Inventar

Die Institution des öffentlichen Inventars bietet die Möglichkeit, den Erben und den Erbschaftsgläubigern ein Stück entgegenzukommen:

- Es wird vom kantonale zuständigen Amt ein Inventar errichtet;
- nimmt ein Erbe die Erbschaft "unter öffentlichem Inventar" an, so haftet er nur für inventarisierte Erbschaftsschulden bzw. nur mit dem Nachlassvermögen.

Damit kann die sowohl den Erben wie den Erbschaftsgläubigern widerstrebende konkursamtliche Liquidation vermieden werden.

Das Verfahren wird ausgelöst durch das Begehren eines Erben, sofern dieser noch zur Ausschlagung befugt ist. Zu beachten ist die sehr kurze **Frist** von nur einem Monat, beginnend grundsätzlich wie die Ausschlagungsfrist⁴⁷. Ob sie analog Art. 576 verlängert oder neu angesetzt werden kann, ist streitig.

Der Aufnahme der Passiven dient der **Rechnungsruf**. Diese angemessene öffentliche Auskündigung, mit welcher die Erbschaftsgläubiger zur Eingabe ihrer Betreffnisse aufgefordert werden, findet vor allem in den lokalen oder regionalen Amtsblättern statt. Gemäss BGE 79 II 362 müssen vermutete Gläubiger sogar angeschrieben werden (bei Versäumnis besteht die verschuldensunabhängige Haftung ausser Inventar nach Art. 590 II).

Aufgrund des Inventars hat jeder Erbe die Wahl, sich binnen Monatsfrist (verlängerbar) für eine der folgenden vier Möglichkeiten zu erklären (Art. 588):

- Annahme der Erbschaft;
- Ausschlagung;
- amtliche Liquidation;
- Annahme "unter öffentlichem Inventar".

Unter den einzelnen Optionen kann jeder Erbe individuell wählen (mit Ausnahme der amtlichen Liquidation, die jeder Erbe durch Erbschaftsannahme verhindern kann, Art. 593 II; hier bleibt dem Erben, der die Schulden fürchtet, nur die Annahme unter öffentlichem Inventar, bzw. die Ausschlagung der Erbschaft).

Die Annahme "unter öffentlichem Inventar"

Der Erbe haftet nur für die inventarisierten Schulden. Unterblieb die Anmeldung aus entschuldigen Gründen, so haften die Erben immerhin im Rahmen der Bereicherung aus dem Nachlass (Art. 589 f.). Dabei wird den Schwierigkeiten der Gläubiger in der Praxis recht grosszügig Rechnung getragen. Eine entsprechende Kompromisslösung - Haftung der Erben nur im Rahmen der Bereicherung - sieht das Gesetz auch für Bürgschaften vor (Art. 591).

Die verbleibenden Risiken für das Erbenvermögen:

⁴⁷ In Basel-Stadt daher mit der Mitteilung des Abschlusses des Inventars.

- die Nachlassobjekte können überbewertet sein ;
- die Bereicherung aus dem Nachlass, auf welche die Haftung für nichtinventarisierte Forderungen nach Art. 590 II beschränkt ist, bemisst sich nach der Lehre per Todestag;
- Steuerausstände des Erblassers sind nicht erfasst;
- Liquidation insbesondere von Gebrauchswerten bringt Kosten und Umtriebe.

Die amtliche Liquidation

Die Abwendung der Gefahr für das Erbenvermögen wird erkauf mit der Preisgabe der Erbobjekte in natura, wobei die Liquidation auch der Einflussnahme durch die Erben entzogen ist. Die Unterschiede zur Ausschlagung sind nicht gross:

- die Erben behalten bei der Liquidation formell Erbenstellung;
- in beiden Fällen findet eine Liquidation statt und ein allfälliger Gewinn kommt den Erben zu; doch besteht bei der Ausschlagung im Gegensatz zur amtlichen Liquidation wegen des Verlusts der Erbenqualität Unsicherheit, wer gemeint ist;
- der Nachlass wird, sofern nicht überschuldet, nicht durch das Konkursamt, sondern durch einen speziell bestimmten Verwalter liquidiert.

Das Verfahren wird nur durch Initiative von Interessierten ausgelöst, also nicht von Amtes wegen. Antragsberechtigt sind:

- jeder einzelne Erbe; jeder Miterbe kann aber die Liquidation verhindern, indem er die Erbschaft annimmt (Art. 593 II);
- jeder Erbschaftsgläubiger (Art. 594);
- jeder Erbengläubiger, allerdings nur, wenn ein überschuldeter Erbe ausgeschlagen hat und aufgrund einer gerichtlichen Anfechtung; diese sog. **Erbschafts-Pauliana** ist ein Analogon zur konkursrechtlichen Anfechtungsklage (Art. 578).

Auch für die amtliche Liquidation wird ein Inventar erstellt und dafür ein Rechnungsruf durchgeführt.

Wegfall der Erbenstellung

Aus verschiedenen Gründen kann die Erbenstellung einer Person nachträglich dahinfallen:

- Ungültigkeit der Einsetzung durch Verfügung von Todes wegen;
- Herabsetzung zu 100% der Erbeinsetzung;
- Nacherbschaft;
- Ausschlagung.

Der provisorische Erbe ist bis zum Hinfall seiner Position Erbe.

§ 22 Die Auflösung der Erbengemeinschaft

Allgemeines

Der Einzelerbe hat **Anspruch auf Teilung**. Mit der Teilung verwandelt sich das Gesamteigentum der Gemeinschaft in Einzeleigentum der empfangenden Erben; desgleichen entstehen an den Forderungs- und anderen Rechten individuelle Titel. Der ganze Vorgang der Teilung fällt weg, wenn nur ein Alleinerbe vorhanden ist. Der Nachlass bildet aber auch in diesem Fall eine vom Erbenvermögen getrennte Vermögensmasse, solange die Erbeneigenschaft nicht definitiv ist, oder wenn ein Dritter die Erbschaft verwaltet.

Die Teilung kann den Erben von keinem Dritten aufgezwungen werden. Weder der Erbschaftsverwalter, noch der Erbenvertreter noch der Willensvollstrecker (trotz Art. 518 II) können sie an deren Stelle vollziehen. Die Teilung ist aber kein höchstpersönliches Geschäft im eigentlichen Sinn, d.h. der Erbe kann auch vertreten werden.

Die Teilung der Aktiven setzt weder die Teilung noch die Erledigung der Passiven voraus. Die Solidarhaftung aller Erben besteht weiterhin. Allerdings kann jeder Erbe einzeln gegen alle anderen Miterben als notwendige Streitgenossenschaft gesamthaft auf Tilgung der Nachlassschulden klagen (Art. 610 III). Es handelt sich um eine Vorausklage; wenn nicht genügend Bargeld dazu vorhanden ist, müssen Nachlassgegenstände versilbert werden. In der Praxis findet diese Liquiditätsbeschaffung durch öffentliche Versteigerung statt, wenn keine echte Konkurrenzsituation mit realistischen Angeboten gegeben ist.

Die Teilung braucht keinen einheitlichen Akt zu bilden. Es kann Beschränkungen der Teilung in zweierlei Hinsicht geben:

- **objektiv partielle Teilung:** nur ein Teil des Nachlasses wird geteilt⁴⁸;
- **subjektiv partielle Teilung:** nur mit gewissen Erben wird geteilt⁴⁹.

Realteilung und Teilungsvertrag

Art. 634 beschreibt zwei Arten des Teilungsvorgangs:

- Entgegennahme der Lose: die Teilung geschieht direkt durch den Besitzübergang auf einen Erben mit dem Willen aller Miterben (sog. Realteilung).
- Abschluss des Teilungsvertrages: die unter den Erben verbindliche Zuweisung geschieht durch einen zwischen allen Erben abzuschliessenden schriftlichen Vertrag (sog. Teilungsvertrag).

Haftung der Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft haftet dem übernehmenden Erben wie ein Verkäufer für Mängel der Sache. Bei übertragenen Forderungen geht die Haftung sogar über die dispositiven Zessionsregeln hinaus (Art. 171 OR), indem nicht nur der Bestand der Forderung, sondern auch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners in die Gewähr einbezogen ist (Art. 637). Anders als unter Erben vermutet das Gesetz, dass gegenüber Legataren keine Gewähr für Mängel der vermachten Werte zu leisten ist (Art. 485).

Die Einleitung der Teilung

Jeder Erbe hat jederzeit das Recht, die Teilung zu verlangen (Art. 604). Das prozessuale Instrument für die Durchsetzung dieses Anspruchs ist die **Teilungsklage**. Das Gesetz gewährt jedem Erben das Recht, einen vorübergehenden Aufschub zu verlangen, wenn sonst erhebliche Werteinbussen zu erwarten wären (Art. 604 II). In jedem Fall muss aufgeschoben werden, wenn einem nasciturus (Art. 31 II) Erbrechte zukommen sollen (Art. 605). Wichtiger ist die Anordnung des Teilungsaufschubs durch den Erblasser. Sie stellt eine Verfügung von Todes wegen dar und bedarf entsprechender Form (Art. 608); sie kann durch eine Vereinbarung aller Erben ohne weiteres aufgehoben werden.

⁴⁸ Hier beginnt die Frist nach Art. 639 II (Solidarhaftung der Erben nach der Teilung) schon dann zu laufen, wenn nur noch kleine Restbestände an Nachlassvermögen nicht geteilt werden (Fonds für den Grabunterhalt).

⁴⁹ Nicht eindeutig geklärt ist, ob bei subjektiv-partieller Erbteilung der ausscheidende Erbe auch noch über seine fünf Jahre hinaus haftet.

Die Rolle des Willensvollstreckers

Obwohl zur Teilung selber nicht befugt, hat der Willensvollstrecker diese durch einen Teilungsvorschlag ins Rollen zu bringen. Scheitert er damit, hat er neue Varianten zu unterbreiten, solange eine Einigungschance vorhanden ist.

Die Zuteilungsregeln

Die mit der Zuteilung betraute Behörde kann ihre Vorstellungen nicht zwangsweise durchsetzen, sondern den Erben nur Vorschläge machen (Art. 609 I).

Das ZGB kennt eine Anzahl fester Zuteilungsregeln:

- Forderungen des Erblassers gegen einen Erben sind diesem zuzuweisen (Art. 614);
- Lastet auf einem Erbobjekt ein Pfandrecht, so ist mit dem Objekt auch die pfandgesicherte Schuld zu übernehmen (Art. 615);
- Der überlebende Ehegatte kann das eheliche Haus bzw. Wohnung sowie den Hausrat zu Eigentum, evtl. zur Nutzniessung beanspruchen (Art. 612a).

Zur Erbenstellung gehört auch, dass die Objekte in natura unter sie verteilt werden. Auch von diesem Grundsatz gibt es verschiedene Ausnahmen:

- Ist ein Objekt für einen Erbteil zu gross im Wert, und können sich die Erben nicht einigen, so ist es zu verkaufen (wobei die Lehre einen Anspruch auf Zuweisung losübersteigender Sachen gegen entsprechende Geldzahlung vorsichtig befürwortet; die Zuweisung an einen Miterben kann jedoch nie verlangt werden);
- Diese Lösung schliesst aber aus, dass ein solches Objekt unter Auferlegung einer Ausgleichszahlung auf einen Erbteil gelegt werden kann;
- Durch Teilungsvorschrift kann der Erblasser den naturalen Anspruch ganz oder teilweise ausschliessen, indem er einem Erben das Recht einräumt, gegen Entschädigung an die Miterben mehr, ja alle Nachlassobjekte an sich zu ziehen.

Grenzen der Teilbarkeit

- Art. 612: bei wesentlichem Verlust an Wert soll eine Sache nicht geteilt werden;
- Art. 613: Gegenstände, die ihrer Natur nach zusammengehören, sollen nur bei Einigkeit aller Erben getrennt werden.

Teilungsvorschriften des Erblassers

In einer der Formen für Verfügungen von Todes wegen kann der Erblasser Zuweisungen von Objekten oder Verbindlichkeiten des Nachlasses vornehmen. Diese sind in der Teilung verbindlich. Der Verstorbene ist allerdings machtlos, wenn sich alle Erben einig sind, die Teilungsvorschrift nicht beachten zu wollen. Den Anordnungen des Erblassers ist häufig nicht zu entnehmen, ob die Zuweisung eines Objekts auf Anrechnung an den Erbanteil oder als zusätzliche Begünstigung zur Erbquote zu verstehen ist. Art. 608 III stellt die Vermutung auf, dass die Erbordnung nicht verändert werden soll, dass also eine blosser Teilungsvorschrift gemeint ist.

Die Bewertung

Die Teilung ist zunächst ein Akt der Erben, also ein Resultat der Verhandlungen unter ihnen. Der Wert braucht in dem Sinn kein objektiver zu sein, sondern er gibt die Bedeutung wieder, die der Gegenstand subjektiv für den Interessierten hat. Die Werte sind zum Zeitpunkt der Teilung massgebend.

Das ZGB erklärt zur **Bewertungsgrundlage** den Verkehrswert. Im Rahmen seiner Befugnis zu Teilungsvorschriften kann auch der Erblasser Bewertungsregeln für die Teilung aufstellen.

Das Teilungsverfahren

Die Teilung soll aufgrund einer Vereinbarung der Erben erfolgen. Die Erben durch Vereinbarung, oder der Erblasser durch Teilungsvorschrift können beliebige Dritte zum Teilungsverfahren beiziehen. Ist ein Willensvollstrecker bestellt, so ist schon aufgrund seiner gesetzlichen Rolle seine Mitwirkung an der Teilung sehr bedeutsam.

Bei **Teilungsstreit** kann jeder Erbe, sofern nicht ein Willensvollstrecker vorhanden ist, die nach kantonalem Recht zuständige Behörde um Hilfe angehen. Sie versucht, nach den Richtlinien von Art. 611 II zuzuweisen, ihre Vorschläge sind aber für die Erben nicht verbindlich. Die verbindliche Lösung des Teilungsstreits ist einzig Sache der zivilen Gerichte.

Zwangsteilung: Das Gesetz hat zwei Prozeduren anzubieten:

- als Grundregel die Losbildung und –ziehung (Art. 611), die allerdings nicht schon die Verbindlichkeit der Erbteilung schafft (Art. 634);
- eventuell die Zuweisung, d.h. die Entscheidung durch eine Drittinanz (Art. 604 I, Praxis); das Urteil ersetzt diesfalls den Teilungsvertrag.

Die Losbildung und die Leitung der Ziehung ist mangels Einigung Sache der Behörde; ihr Entscheid jedoch nicht anfechtbar (da bloss Vorarbeit zu berufungsfähigem Zivilurteil), ebenso wie eine Klage bloss auf Losbildung nicht zulässig ist. Der Behörde erteilt Art. 613 III zudem die Kompetenz zur direkten Zuweisung. Das Instrument dazu ist die Teilungsklage.

§ 23 Die Anfechtung eines Teilungsvertrags

Jeder Vertragspartner des Teilungsvertrags kann diesen einzeln anfechten, sofern in seiner Person ein Anfechtungsgrund verwirklicht ist. Dieser beurteilt sich nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln (Art. 638 ZGB). Passivlegitimiert sind sämtliche Vertragspartner gemeinsam als notwendige Streitgenossenschaft, sofern sie nicht als Kläger am Prozess teilnehmen. Die Klage ist eine Feststellungsklage, da die Gestaltungswirkung schon mit der Anfechtungserklärung eintritt. Allenfalls ist zusätzlich eine Grundbuchberichtigung anzustrengen. Die Anfechtung des Teilungsvertrags führt zum Wiederaufleben der Erbengemeinschaft, weshalb die Teilung erneut vorzunehmen ist.

Unmittelbar mit Erbschaftsklage kann dagegen nach erfolgter Teilung jener Erbe seine Rechte geltend machen, der am Teilungsvertrag nicht mitgewirkt hat.

§ 24 Klage auf Vollzug eines Erbteilungsvertrags

Für den Erbteilungsvertrag genügt auch in Bezug auf Grundstücke Schriftlichkeit. Umstritten ist, ob er dingliche oder obligatorische Wirkung hat. Durchsetzbar ist er in beiden Fällen mit einer Klage, die je nach Rechtsnatur eine Leistungsklage ist oder eine Kombination aus Feststellungsklage und Vindikation. Das Rechtsbegehren ist entsprechend neutral zu formulieren („Herausgabe der Sache“); in der Begründung kann angeführt werden, dass der Kläger nach beiden Theorien einen Anspruch hat. Aktivlegitimiert ist jeder Vertragspartner einzeln; passivlegitimiert jener andere Vertragspartner, von dem etwas verlangt wird. Bei Grundstücken liegt eine passive notwendige Streitgenossenschaft vor, da im Grundbuch noch alle Erben eingetragen sind.

§ 25 Die Teilungsklage

Sie ist eine Gestaltungsklage und ersetzt den Teilungsvertrag. Es kann damit sowohl die Anordnung der Teilung wie auch ihre Durchführung durch das Gericht selber verlangt

werden. Zudem können ihm auch einzelne Fragen aus diesem Zusammenhang vorgelegt werden, wie die Feststellung des Nachlasses, der Erbquoten oder der Bewertung der ausgleichenden Beträge, oder die Auslegung von Verfügungen. Möglich ist sowohl eine Gesamtklage (allgemeine Erbteilungsklage, Art. 538 II, 604 I) als auch eine partielle Teilungsklage, wobei letztere auf einzelne Nachlassgegenstände oder auf noch verbleibende einzelne Erben beschränkt ist (sinnvoll v.a. bei einzelnen grossen Nachlassobjekten, die vorab versilbert werden sollen). Die Klage richtet sich dementsprechend immer gegen alle (noch verbleibenden) Miterben gesamthaft als notwendige Streitgenossenschaft; aktivlegitimiert ist jeder Erbe einzeln (durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossene Erben haben zuerst ihrer Beteiligung am Nachlass Anerkennung zu verschaffen). Ein Rechtsanspruch auf Zuweisung bestimmter Sachen besteht nicht; der Kläger kann mit einem solchen Begehren auch nicht prozessual unterliegen. Die Klage kann abstrakt formuliert werden („Es sei der Nachlass des am ... verstorbenen X festzustellen [Vorfrage] und zu teilen.“; allerdings nicht bei liquider Beweislage bezüglich des Umfangs der Erbschaft und der einzelnen Ansprüche; in solchen Fällen ist ein Antrag zu formulieren, der bei Gutheissung zum Urteil erhoben werden kann) oder auch konkrete Anträge bzgl. umstrittener einzelner Punkte enthalten. Wichtig: Eine richterliche Nachforschung bzgl. (ev. nicht einmal genannter) Nachlassobjekte gibt es nicht; eine abstrakte Klage ist entsprechend nutzlos. Die Klage hat daher genügend substantiiert zu sein, v.a. bzgl. der tatsächlichen Angaben für die Feststellung des Nachlasses, die Beweisanträge und eventuellen Teilungsvorschlägen.

Mittels Feststellungsbegehren ist zu verlangen, dass *lebzeitige* Zuwendungen an Miterben der Ausgleichung oder Herabsetzung unterliegen und ihr Verkehrswert in die entsprechende Berechnungsmasse einzubeziehen ist. Reicht allerdings der Nachlass nicht aus, um diese Ansprüche zu decken, ist in Klagehäufung ein entsprechendes *Leistungs*begehren zu stellen. Ebenfalls ist die vorfrageweise Feststellung des klägerischen Erbanteils zu verlangen.

Hat ein Erbe bei der Teilung nicht mitgewirkt und daher seinen Teil nicht erhalten, so kann er nach erfolgter Teilung *Erbschaftsklage* gegen jeden einzelnen Miterben erheben (ev. als passive Streitgenossenschaft) und seinen Anteil des zuviel Erhaltenen herausverlangen (BernerKomm-TUOR/PICENONI, Art. 598 N 12). Auch Vorerben und Nacherben sind aktivlegitimiert, um ihren Anspruch durchsetzen zu können; letzterer auch gegen den Vorerben selbst.

§ 26 Die Vermächtnisklage

Die Klage geht auf Leistung; auch einstweiliger Rechtsschutz aus der obligatorischen Forderung kann verlangt werden. Aktivlegitimiert ist jede testamentarisch oder *erbvertraglich* bedachte Person; bei Aussetzung an mehrere Personen gemeinsam besteht eine notwendige Streitgenossenschaft. Passivlegitimiert ist im Regelfall die Gesamtheit der Erben als notwendige Streitgenossenschaft. Falls das Vermächtnis ausdrücklich nur zu Lasten eines bestimmten Erben ausgesetzt wurde, ist dieser beschwerte Erbe allein passivlegitimiert. Bei einem Untervermächtnis ist der beschwerte Vermächtnisnehmer passivlegitimiert. Solange unverteilt Erbschaftsvermögen vorhanden ist, ist auch der Willensvollstrecker allein oder zusätzlich zu den Erben passivlegitimiert (jedoch dann nicht mehr, wenn er über keine zu verteilenden Erbschaftsaktiven mehr verfügt, hier kommen höchstens noch Verantwortlichkeitsansprüche in Frage). Fällig wird der Anspruch mit Annahme der Erbschaft durch die Erben oder mit Ablauf der Ausschlagungsfrist; ab dann steht dem Bedachten auch der Ertrag der Sache zu (im Unterschied zum Verzugszins jedoch schon vor Inverzugsetzung). Ein Verzugsschaden ist genügend zu substantiieren.

§ 27 Das bäuerliche Erbrecht

Das bäuerliche Erbrecht stellt in folgender Hinsicht Sonderregeln auf:

- Bewertung der Grundstücke zum Ertragswert;
- Teilungsverbot;
- Zuweisung an geeigneten Nachfolger;
- Stundung der Abfindung an Miterben.

Die Bewertung

Landwirtschaftlicher Grundstücke sind erbrechtlich nach dem Ertragswert zu berechnen. Der Ertragswert resultiert aus dem kapitalisierten jährlichen Erträgen, d.h. er stellt das Kapital dar, das man üblicherweise bereit ist, für einen solchen Ertrag einzusetzen. Der zu erwartende Zinssatz hat der Bundesrat auf 5,1% festgesetzt.

Die Beteiligung der Miterben am Mehrerlös

Sollte wider Erwarten der übernehmende Erbe das Land nicht landwirtschaftlich nutzen, so sollen die Miterben den Ausgleich für das Opfer erhalten, das die Anrechnung zum Ertragswert für sie bedeutet. Wird nämlich das Objekt, das zu weniger als dem Verkehrswert bei der Teilung angerechnet wurde, später teurer verkauft, so erhalten die Miterben nach Massgabe ihrer Erbquote einen Anteil an der Differenz (vgl. das BGG).

Ungeteilte Zuweisung

Wenn möglich soll ein lebensfähiger Bauernbetrieb einem einzigen geeigneten Erben übertragen werden. Sind mehrere Bewerber unter den Erben, so entscheidet entgegen den allgemeinen Regeln nicht das Los, sondern die Gesamtheit der "persönlichen Verhältnisse", d.h. die relative Eignung (Ausbildung, Alter, familiäre Verhältnisse).

Stundung der Abfindung an die Miterben

Der Übernehmer kann eine Verschiebung der Teilung verlangen, wenn die Verschuldung zusammen mit der Abfindung eine bestimmte Schwelle überschreiten würde. Diese Schwelle wird dort angesetzt, wo die gesamte Pfandbelastung der Grundstücke mehr als drei Viertel des Anrechnungswerts ausmacht. Macht der Übernehmer von diesem Recht Gebrauch, so bilden die Erben laut Gesetz eine **Ertragsgemeinschaft**. Die Erben teilen nach Quoten den jährlichen Gewinn, wobei der Übernehmer für seine Arbeit vorweg einen angemessenen Lohn abziehen darf. Den Miterben wird gegenüber dieser wenig interessanten Beteiligung eine Alternative geboten: sie können verlangen, dass ihnen im Ausgleichsvertrag eine festverzinsliche Forderung zugesprochen wird, die durch das ererbte Anwesen grundpfandlich sichergestellt wird.

Mai 2003

2. Kapitel: Merkblatt Aufsätze Erbrecht

Ausgeschlossen ist eine Erbschaftsklage unter Miterben, vielmehr ist hier die Erbteilungsklage zu erheben.

Die Vermächtnisklage ist in Art. 538 II nicht ausdrücklich erwähnt. Das BGer hat indessen die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers bejaht. Neu bundesrechtlich in Art. 18 GestG geregelt.

Eine erbrechtliche Verfügung verstösst nur dann gegen die guten Sitten, wenn die vorgesehene Zuwendung als solche unsittlich ist oder der Erblasser damit einen unsittlichen Erfolg bezweckte.

Zuwendungen an nichteheliche Kinder entsprechen sogar einer sittlichen Pflicht des Vaters und können deshalb keine sittenwidrigen Verfügungen sein.

Vidualitätsbedingung: Darunter ist zu verstehen die dem bedachten Ehegatten gesetzte Bedingung, sich nicht wieder zu verheiraten. Wurzelt sie in der Eifersucht des Erblassers oder in ähnlichen egoistischen Motiven, gilt sie als sittenwidrig; dagegen als zulässig, wenn der Erblasser im Hinblick auf das Wohl der Kinder eine angemessene Lösung der wirtschaftlichen Verhältnisse treffen wollte.

Sittenwidrige Verfügung tangieren die öffentliche Ordnung, so dass sie nicht nur zu Anfechtbarkeit, sondern zu Nichtigkeit führen. Denn bei blosser Ungültigkeit wird eine sittenwidrige Verfügung unangreifbar, falls das Klagerecht verwirkt ist. Eine die öffentliche Ordnung missachtende Verfügung sollte jedoch von Anfang an und immer wirkungslos bleiben.

Art. 469 III gilt gemäss seinem Wortlaut nur bei irrtümlicher Bezeichnung einer Person oder Sache.

Zur Erbschaft zu rechnen sind auch jene Werte, die der Erblasser an Erben zu seinen Lebzeiten herausgegeben hatte und die diese bei der Teilung zur Ausgleichung bringen müssen (Art. 626). Das Gesetz spricht dies allerdings in Art. 474 ff. nicht aus. Ja, es erwähnt in Art. 475 nur jene Zuwendungen unter Lebenden, die der Herabsetzungsklage (Art. 527) unterstellt sind, und nicht etwa jene, die der Ausgleichung unterliegen. Dennoch haben Lehre und Rechtsprechung bis anhin beinahe einhellig angenommen, die Ausgleichungsbeträge seien Teil der Berechnungsmasse.

Der Ausdruck der Herabsetzung unterliegen hat in Art. 527 nur den Sinn: in die Berechnungsmasse sind einzubeziehen. Dagegen bedeutet der Herabsetzung unterliegen in Art. 532: der Zuwendungsempfänger schulden den Pflichtteilsberechtigten einen Teil oder das Ganze des Empfangenen.

Bei den "widerruflichen Schenkungen" i. S. v. Art. 527 Ziff. 3 sind nicht die Widerrufsmöglichkeiten nach Art. 249 ff. OR gemeint. Vielmehr sind es Schenkungen, bei denen sich der Erblasser ein Widerrufsrecht ausbedungen hat; regelmässig wird dabei auch der Tatbestand von Ziff. 4 gegeben sein.

Die Stiftung von Todes wegen erlangt Persönlichkeit mit dem Todeszeitpunkt, d.h. der Registereintrag ist deklaratorisch.

An den Augenblick des Todes des Erblassers knüpfen sich, ausser der Eröffnung des Erbgesetzes, drei damit zusammenhängende Wirkungen: Nach ihm bestimmt sich, wer Erbe sein soll, ob eine Verfügung von Todes wegen gültig ist (Art. 508, 469 II), ferner welches der Bestand und der Wert der Erbschaft ist. Dies gilt nicht nur für Objekte, die sich im Nachlass befinden, sondern auch für daraus ausgeschiedene, die nun aber bei der Herabsetzung oder Ausgleichung mit zu berücksichtigen sind (Art. 537 II, 474 I und 630). Für die Erbteilung dagegen ist auf den Augenblick ihrer Vornahme abzustellen (617). Daraus ergibt sich, dass die beiden zur Berechnung der verfügbaren Quote und für die Berechnung der Erbteile massgebenden Inventare miteinander nicht übereinzustimmen brauchen.

Die zur Erbschaft berufene Person ist unter drei Voraussetzungen imstande, dieselbe zu erlangen: sie muss zur Zeit des Erbgesetzes leben, erbfähig und erbwürdig sein.

Bei der gesetzlichen Erbfolge schadet der Tod eines Erben dessen Nachkommen nicht, da sie an seine Stelle treten. Dagegen wird bei der Erbeinsetzungen und dem Vermächtnis im Zweifel der Wegfall der Verfügung angenommen (Art. 543 II).

Der Anspruch auf Ausrichtung eines Vermächtnisses wird erst fällig, wenn der Belastete die Erbschaft endgültig erwirbt, also mit deren Annahme oder mit der Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis.

Analog den Erben kann der Vermächtnisnehmer seinen Anspruch ausschlagen. Nur besteht hier keine Frist; eine Verwirkung des Ausschlagungsrechts durch Zeitablauf kommt nicht in Frage. Es sind keine Gläubiger vorhanden, deren Interessen auf eine rasche Erledigung drängen.

Die Erbschaftsklage führt zur Herausgabe der Erbschaft bzw. der beanspruchten Sachen (Art. 599). Der Beklagte darf nicht die Einrede erheben, er habe die herausverlangten Sachen ersessen (Art. 599 II).

Umstrittenes im Erbrecht

In welcher Form der Erbvertrag durch den Erblasser im Sinne von 469 II aufgehoben werden kann, ist umstritten; so oder anders ist aber der Vertragspartner zu benachrichtigen.

Umstritten ist, ob die Enterbung trotz einer nachfolgenden Verzeihung wirksam bleibt. Das ZGB spricht sich darüber nicht aus (Anders als bei der Erbenwürdigkeit, 540 II).

Fraglich ist, ob nicht aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze eine absolute Verjährung eintritt, wenn Testamente erst nach Jahrzehnten entdeckt werden.

Ist eine nachträgliche Anordnung der Ausgleichung bezüglich der nichtgesetzlichen Erben möglich (Tuor 582).

3. Kapitel: Wichtige Bestimmungen im Erbrecht

471 Pflichtteile

477-480 Enterbung

481 Verfügungsmöglichkeit

482 Auflage, Bedingung

483 Erbeinsetzung

484 Vermächtnis

488 Nacherben

493 Stiftung von Todes wegen

494 Erbvertrag

505 eigenhändiges Testament

512 Erbvertrag, Form

517 Willensvollstrecker

536 Rückleistung nach Erbaufkauf

540 Erbunwürdigkeit

556 f. Einlieferungspflicht

559 Erbbescheinigung

560 Universalsukzession

562-565 Erwerb des Vermächtnis

566 Ausschlagung

571 Einmischung

573 Überschuss geht trotz Ausschlagung an die Erben

580 Inventar

589 f. Haftung nach Inventar nur für Bereicherung

603 Solidarische Schuldenhaftung

608 Teilungsvorschriften des Erblassers

636 Zustimmung des Erblassers zu Verträgen über Erbschaft

Klagen

519 Ungültigkeitsklage

522 Herabsetzungsklage

562 Vermächtnisklage (auch 601)

594 Anfechtung aus Erbvertrag, geht analog 522 ff.

598 Erbschaftsklage

604 Teilungsklage

18 GestG Gerichtsstand

Relevante Zeitpunkte

- 474 verfügbare Quote – Vermögensstand beim Tod des Erblassers
- 489 Zeitpunkt der Auslieferung der Nacherbschaft – Tod des Vorerben
- 537 II Berücksichtigung von Zuwendungen – Wert beim Tod des Erblassers
- 617 Anrechnung bei der Erbteilung – Wert zum Zeitpunkt der Teilung
- 630 Ausgleichungswert – Wert der Zuwendung zur Zeit des Erbanges

Rechte der Gläubiger

- 497 Rückgriff auf den Verzichtenden nach Erbschaftsgläubiger
- 524 Herabsetzung durch Erbengläubiger
- 564 Gläubiger des Erblassers gehen Vermächtnisnehmer vor
- 578 Anfechtungsrecht der Ausschlagung durch Erbengläubiger
- 579 Haftung der ausschlagenden Erben für Vorempfänge gegenüber Erbschaftsgläubigern
- 594 Amtliche Liquidation durch Erbschaftsgläubiger

Die Erbengläubiger haben keine Ungültigkeitsklage und keine Klage gegen die Annahme einer überschuldeten Erbschaft.

Kurzübersicht über die Erbschaftsklagen

Wer ist Erbe? → Ungültigkeitsklage

Was gehört zur Erbschaft? → Erbschaftsklage (Behändigen von Erbschaftsaktiven von Dritten)

Wie viel hat jeder Pflichterbe mindestens zu gut? → Herabsetzungsklage

Teilung der Erbschaft: Wer erhält was? → Erbteilungsklage, ev. Ausgleichungsbegehren

Welche Verwaltungshandlungen sind während der Dauer der Erbengemeinschaft vorzunehmen? → Begehren um amtliche Einsetzung eines Erbenvertreters

4. Kapitel: Das Erbrecht (Art. 457-640)

Die Erben

13. Die gesetzlichen Erben 457-466

14. Die Verfügungen von Todes wegen 467-536

1. Verfügungsfähigkeit 467-469
2. Verfügungsfreiheit 470-480
3. Verfügungsarten 481-497
- 4- Verfügungsformen 498-516
5. Willensvollstrecker 517
6. Ungültigkeit und Herabsetzung 519-533
7. Klagen aus Erbverträgen 534-536

Der Erbgang

15. Die Eröffnung des Erbgangs 537-550

16. Die Wirkung des Erbgangs 551-601

1. Sicherungsmassregeln 551-559
2. Erwerb der Erbschaft 560-579
3. Öffentliches Inventar 580-592
4. Amtliche Liquidation 593-597
5. Erbschaftsklage 598-601

17. Die Teilung des Erbschaft 602-640

1. Gemeinschaft vor der Teilung 602-606
2. Teilungsart 607-619
3. Ausgleichung 626-632
4. Abschluss und Wirkung der Teilung 634-640