

Grundriss des Erbrechts



Inhaltsverzeichnis

3. Das Thema des Erbrechts	8
I. Wegfall eines Rechtssubjekts durch Tod	8
1. Die Besonderheit der rechtlichen Problemstellung	8
2. Die thematische Einschränkung im Einzelnen	8
II. Die Beschränkung auf Vermögenswerte	8
1. Der Grundsatz	8
2. Der Schutz immaterieller Belange nach dem Tod	8
4. Prinzipien des Erbrechts	9
I. Le mort saisit le vif	9
1. Identität von Todesfall und Erbgang	9
2. Universalsukzession in den gesamten Nachlass	9
3. Gesamtnachfolge aller Erben	9
4. Es gibt keine Erbenlosigkeit	9
II. Verfangenheit und Verfügungsfreiheit	9
1. Verfangenheit	9
2. Verfügungsfreiheit	10
5. Die gesetzliche Erbfolge	10
I. Allgemeines	10
1. Der Begriff „gesetzlich“ im Erbrecht	10
2. Gesetzliche und eingesetzte Erben	10
3. Die Nähe zum Erblasser in der gesetzlichen Konzeption	10
4. Das Gemeinwesen als letzter gesetzlicher Erbe	10
II. Das Parentelensystem	11
1. Der Gedanke	11
2. Die Aufteilung innerhalb der Parentel	11
III. Die Stellung des überlebenden Ehegatten	12
1. Das Verhältnis zu den Parentelen	12
2. Die Revision von 1984	12
3. Die geltende Lösung	12
6. Der Pflichtteil	12
I. Der Gedanke	12
1. Verfangenheit oder Verbot pflichtvergessener Verfügungen?	12
2. Die Anordnung im Gesetz	13
3. Andere Beschränkungen der Verfügungsfreiheit	13
II. Berechtigung und Berechnung	13
1. Der gesetzliche Erbteil als Ausgangspunkt	13
2. Berechtigte Personen und Quoten im Einzelnen	13
3. Der überlebende Ehegatte, insbesondere neben Nachkommen	13
III. Der Inhalt	14
1. Erbenstellung	14
2. Eigentümerstellung	14
3. Belastung mit Leistungspflichten zugunsten Dritter	14
4. Bedingungsfreiheit	14
5. Auflagenfreiheit	15
6. Gleichbehandlung	15
IV. Die Enterbung	15
1. Strafterbung	15

2. Präventiventerbung	15
3. Nennung und Beweis des Enterbungsgrunds	15
V. Die Herabsetzung	15
1. Funktion und Wirkung	15
2. Die herabsetzbaren Verfügung	16
3. Mehrheit herabsetzbarer Zuwendungen	16
4. Der massgebliche Zeitpunkt	16
5. Modalitäten der Klage	16
7. Die Ausgleichung	17
I. Die Idee	17
1. Einbezug von unentgeltlichen Vorempfängen in den Nachlass	17
2. Wertausgleichung und Realkollation	17
3. Anrechnung — Verrechnung	17
4. Dogmatik und Terminologie	17
II. Die Parteien der Ausgleichung	18
1. Allgemein: Anknüpfen an die Erbeneigenschaft	18
2. Die Ausgleichungspflicht im Einzelnen	18
3. Das Ausgleichungsrecht im Einzelnen	18
III. Die ausgleichungspflichtige Zuwendung	18
1. Was heisst Zuwendung?	18
2. Ausgleichungspflicht für Ausstattungen	19
3. Ausgleichungspflicht für Zuwendungen über den Erbteil hinaus	19
4. Zinsen und Gebrauchswert	19
5. Erhaltung und Verbesserung des Objekts	19
IV. Die Anordnungen des Erblassers über die Ausgleichungspflicht	20
1. Rechtsnatur	20
2. Form	20
8. Das Spezifische der Verfügung von Todes wegen	20
I. Die Irrelevanz erbrechtlicher Normen vor dem Erbgang	20
1. Erst Sterben heisst Erben	20
2. Formstrenge und Widerruflichkeit	20
3. Rechtsgeschäfte über Erbanwartschaften	20
II. Die Höchstpersönlichkeit	20
1. Absolute Höchstpersönlichkeit	20
2. Formeller Aspekt	21
3. Materieller Aspekt	21
III. Die Abgrenzung von den Rechtsgeschäften unter Lebenden	21
1. Problem	21
2. Abgrenzungskriterien	21
3. Verdeckte Verfügungen von Todes wegen	22
4. Nachfolge- und Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen	22
5. Die Begünstigung aus Lebensversicherung	22
6. Güterrechtliche Begünstigung	22
9. Das Testament	22
I. Das Spezifische des Testaments	22
1. Das Testament als Kategorie von Verfügungen von Todes wegen	22
2. Freibleiben des Erblassers	23
II. Das eigenhändige (holographe) Testament	23
1. Grundgedanke	23

2. Eigenhändigkeit	23
3. Datum	23
4. Unterschrift	24
5. Die Urkunde als Ganzes	24
III. Das öffentliche Testament	24
1. Idee	24
2. Form	24
3. Urkundsperson	25
IV. Das mündliche Testament (Nottestament)	25
1. Idee	25
2. Form	25
V. Ergänzung, Widerruf, Änderung	26
1. Weiterführung des angefangenen oder Änderung des fertigen Testaments	26
2. Form der Änderungen und Ergänzungen	26
3. Form des Widerrufs	26
4. Widerruf des Widerrufs	26
10. Der Erbvertrag	26
I. Allgemeines	26
1. Der Erbvertrag als Form, Inhalt und Wirkung	26
2. Die Zwitterstellung zwischen Erb- und Obligationenrecht	27
II. Die Form	27
1. Gleichstellung mit dem öffentlichen Testament	27
2. Ehevertragliche und testamentarische Klauseln im Erbvertrag	27
3. Aufhebung des Erbvertrags	27
III. Der Inhalt	27
1. Der begünstigende (positive) Erbvertrag	27
2. Der Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag)	28
3. Die beteiligten Parteien	28
4. Verfügungen von Todes wegen, die nicht Gegenstand eines Erbvertrags sein können	28
IV. Die Bindungswirkung des Erbvertrags	28
1. Bindung des Erblassers	28
2. Bindung der Gegenpartei	28
3. Aufhebung der Bindung	28
V. Klagen aus Erbverträgen	29
1. Herabsetzung	29
2. Ungültigkeit	29
3. Die Klage nach Art. 494 Abs. 3 ZGB	29
VI. Die Rolle des Erbvertrags in der Praxis	29
11. Die Arten von Anordnungen auf den Todesfall	29
I. Der gesetzliche Katalog	29
1. Prinzip des numerus clausus	29
2. Die Artikel 481–497	29
3. Weitere Arten	30
II. Die Erbeinsetzung	30
1. Möglichkeiten	30
2. Gesetzliche und eingesetzte Erben	30
III. Das Vermächtnis (Legat)	30
1. Möglichkeiten	30
2. Rechtsnatur	31

3. Das Verhältnis zur Erbenstellung	31
IV. Die Auflage	31
1. Möglichkeiten	31
2. Rechtsnatur	31
3. Abgrenzungen	31
4. Verhältnis zum Pflichtteilsrecht	32
5. Dauer	32
V. Erben- und Legatarsubstitution	32
1. Nacherbschaft und Nachvermächtnis	32
2. Die Ersatzverfügung	32
12. Die mangelhafte Verfügung	33
I. Die Auslegung	33
1. Die Bedeutung der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen	33
2. Vertrauens- und Willensprinzip	33
3. Umstände ausserhalb des Urkundeninhalts	33
4. Auslegung und Ergänzung	33
5. Rechtliche Auslegungshilfen	34
II. Die rechtlich mangelhafte Verfügung	34
1. Allgemeines	34
2. Verfügungsunfähigkeit	34
3. Willensmängel	34
4. Rechts- und Sittenwidrigkeit	34
5. Formfehler	35
III. Die Ungültigkeitsklage	35
1. Das Prinzip der blossen Anfechtbarkeit	35
2. Geltendmachung zu Lebzeiten des Erblassers	35
3. Prozessparteien	35
4. Frist	35
5. Die Wirkung der Ungültigerklärung	35
6. Nichtigkeit	35
7. Besondere Probleme mit Auflagen und Bedingungen	36
13. Der Nachlass	36
I. Der Begriff des Nachlasses	36
1. Der Nachlass als Sondervermögen	36
2. Der Nachlass als naturale oder rechnerische Grösse	36
3. Güterrecht und Erbrecht	36
4. Information über den Nachlass	36
II. Die Aktiven	37
1. Universalität der Nachfolge	37
2. Höchstpersönliche Rechte	37
3. Versicherungsansprüche	37
III. Der Schutz des Anspruchs auf den Nachlass: die Erbschaftsklage	37
1. Verwandtschaft und Unterschiede zur Vindikation	37
2. Die Rechtsnatur der Klage	38
3. Aktiv- und Passivlegitimation	38
IV. Die Passiven	38
1. Erbschafts-, Erbgangs- und Erbensschulden	38
2. Die Erbschaftsschulden im Einzelnen	38
3. Die Steuern	39
V. Der erbrechtliche Gläubigerschutz	39

1. Die Risiken der Gläubiger im Erbfall	39
2. Schutz gegen Vermischung der Substrate	39
3. Schutz der Erwartungen auf den Erbfall	39
14. Das Handeln für den Nachlass	40
I. Die Organisation des Erbgangs	40
1. Die Situation nach dem Tod einer Person	40
2. Privates und staatliches Handeln	40
3. „Die Behörde“	40
4. Erhaltung, Liquidation und Teilung des Nachlasses	40
II. Die Erbengemeinschaft	41
1. Der Grundsatz des gemeinschaftlichen Handelns	41
2. Befugnisse einzelner Erben oder Dritter	41
III. Das Handeln für den Nachlass aufgrund besondern Amts (Erbchaftsverwalter, Erbenvertreter, Willensvollstrecker)	41
1. Allgemeines	41
2. Das Vertragsverhältnis des Amtsinhabers	42
3. Die Aufsicht	42
4. Der Erbchaftsverwalter im Besondern	42
5. Der Erbenvertreter im Besondern	42
6. Der Willensvollstrecker im Besondern	43
IV. Sichernde Massnahmen (insb. Siegelung und Inventar)	43
1. Allgemeines	43
2. Die Siegelung	43
3. Das Inventar	43
15. Der Eintritt der Erben in ihre Stellung	44
I. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit und seine Relativierung	44
II. Testamentseröffnung und Erbbescheinigung	44
1. Einreichung von Testamenten	44
2. Die Eröffnung	44
3. Die Erbbescheinigung	44
III. Die Ausschlagung	45
1. Passiver und aktiver Erbschaftsübergang	45
2. Form	45
3. Frist	45
4. Verzicht, Verwirkung, Widerruf	45
5. Die Wirkung der Ausschlagung	45
IV. Das öffentliche Inventar	45
1. Der Grundgedanke	45
2. Das Verfahren	46
3. Die Optionen der Erben nach Abschluss des Inventars	46
4. Die Annahme „unter öffentlichem Inventar“	46
5. Die verbleibenden Risiken für das Erbenvermögen	46
V. Die amtliche Liquidation	47
1. Der Grundgedanke	47
2. Das Verfahren	47
VI. Die provisorische Zusammensetzung der Erbengemeinschaft	47
1. Das Problem	47
2. Die Lösung	47

16. Das allgemeine Teilungsrecht	47
I. Begriff und Funktion der Teilung	47
1. Kollektivtitel wird Individualtitel	47
2. Teilung als Akt der Erben	48
3. Die Asymmetrie von Aktiven und Passiven	48
4. Partielle Teilung	48
5. Realteilung und Teilungsvertrag	48
6. Teilung als Veräußerung und Schuldverteilung	49
II. Die Einleitung der Teilung	49
1. Der Teilungsanspruch als Erbenrecht	49
2. Teilungsaufschub	49
3. Die Rolle des Willensvollstreckers	49
III. Die Zuteilungsregeln	49
1. Allgemeines	49
2. Gesetzliche Zuweisungsregeln	50
3. Der Anspruch auf naturale Zuweisung	50
4. Grenzen der Teilbarkeit	50
5. Teilungsvorschriften des Erblassers	51
6. Die Bewertung	51
IV. Das Teilungsverfahren	51
1. Die Einigung der Erben	51
2. Die Mitwirkung Dritter	51
3. Zwangsteilung: Losziehung und Zuweisung	51

3. Das Thema des Erbrechts

Das Erbrecht regelt die Nachfolge in das Vermögen einer verstorbenen Person.

I. Wegfall eines Rechtssubjekts durch Tod

1. Die Besonderheit der rechtlichen Problemstellung

Träger von Rechten und Pflichten sind immer Rechtssubjekte, d.h. Wesenheiten, denen nach Personenrecht die Eigenschaft von Personen zukommt. Die Subjekteigenschaft ist durch Geburt und Tod zeitlich umgrenzt (*Art. 31 ZGB*). Sollen die einer Person zugeordneten Rechte und Pflichten bei ihrem Tod nicht untergehen, bedarf es einer besonderen, im übrigen Rechtssystem nicht enthaltenen Regelung ihres Fortbestehens.

Das Erbrecht lässt die Rechtspositionen des Erblassers fortleben und begründet nicht etwa neue in den neu bestimmten Personen. Es ordnet also eine Nachfolge an, wobei diese nicht spezifisch für die einzelnen Rechtspositionen, sondern allgemein geordnet wird. Das Erbrecht verleiht in diesem Sinn den Interessen und dem Willen des Subjekts Schutz über dessen Tod hinaus.

2. Die thematische Einschränkung im Einzelnen

Zum Thema des Erbrechts gehören nicht die Bestimmung der Rechtsverhältnisse, die mit dem Tod eines Beteiligten aufhören, die Regelung der Rechte und Pflichten, die im Augenblick des Todes fällig werden und die Rechtslage bei und nach Auflösung juristischer Personen.

II. Die Beschränkung auf Vermögenswerte

1. Der Grundsatz

Immaterielle Belange der Person werden nach schweizerischem Recht durch das Persönlichkeitsrecht geschützt. Solche Rechte sind indessen, weil sie dem Rechtssubjekt um seiner Persönlichkeit willen, also kraft ihres Person-Seins zustehen, nicht übertragbar und schon darum nicht Gegenstand des Erbrechts. Dass solche Rechte mit dem Tod einfach untergehen, hat sich freilich als nicht sachgerecht erwiesen, doch werden für die Lösung Wege ausserhalb des Erbrechts gesucht. Die Beschränkung auf Vermögensaspekte bedeutet, dass der Anteil des einzelnen Erben am gesamten Nachlass als Wertquote ausgedrückt werden kann.

2. Der Schutz immaterieller Belange nach dem Tod

Um das konzeptionelle Problem zu überwinden, dass die Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen an seine Person gebunden sind, wird in der Schweiz gelehrt, dass die Angehörigen immaterielle Interessen des Toten aus eigenem Recht geltend machen können. Die Vorstellung ist die, dass eine Verletzung der Persönlichkeit des Verstorbenen die Angehörigen in ihren Pietätsgefühlen berührt und dass diese Gefühle ihrerseits Persönlichkeitsschutz geniessen.

Allerdings deutet sich der Nachfolgecharakter solcher Rechte an, wenn das Bundesgericht gestattet, in die bereits vom Verstorbenen anhängig gemachte Ehrverletzungsklage einzutreten. Dasselbe gilt, wenn das StGB generell die Angehörigen in das Strafantragsrecht des verstorbenen Verletzten eintreten lässt (*Art. 28 StGB*).

Jedenfalls aber steht der postmortale Persönlichkeitsschutz ausserhalb des Erbrechts. Das äussert sich insbesondere in zweierlei Hinsicht: „Nachfolger“ sind nicht die Erben nach der Umschreibung des Erbrechts, sondern eine Personengruppe, die meist als „Angehörige“ umschrieben wird. Weiter können Anordnungen über nichtvermögensrechtliche Belange nach dem Tod des Verfügenden wirksam sein, ohne dass die Formen der *Art. 498 ff. ZGB* für Verfügungen von Todes wegen einzuhalten sind.

4. Prinzipien des Erbrechts

I. Le mort saisit le vif

1. Identität von Todesfall und Erbgang

Das schweizerische Erbrecht geht von der Vorstellung aus, dass die Rechtsposition des Erblassers nahtlos in diejenige der Erben übergeht. Die Einsetzung als Erbe geschieht mit dem Tode des Erblassers selber. Der Zeitpunkt des Ablebens ist also derjenige des Erbgangs — selbst ohne logische Sekunde (*Art. 560 ZGB*).

Dieses vom ZGB angewandte System der ipso-iure Nachfolge bringt Probleme mit sich, wenn noch nicht feststeht, wer Erbe ist, oder wenn die Erbordnung sich nachträglich verändert. Grundsätzlich erwirbt auch der erst später festgestellte Erbe ex tunc im Zeitpunkt des Todes, also rückwirkend. Praktisch ist es aber doch ein Antritt ex nunc.

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 übergeht. Der Erwerber muss einen entsprechenden Besitzwillen haben. Darauf kann es bei der Automatik im Erbrecht nicht ankommen. Im Gegensatz zur Ordnung des Sachenrechts, welche den Übergang als spezifische Prozedur für jede einzelne Sache regelt (Singularsukzession), gilt deshalb im Erbrecht der Grundsatz der Universalsukzession. Darin enthalten sind jedoch auch die Schulden des Erblassers.

3. Gesamtnachfolge aller Erben

Mit dem Grundsatz des Erwerbs ipso iure und der Universalsukzession ist auch verbunden, dass bei einer Mehrheit von Erben der Einzelne keine individuellen Rechte an den Erbschaftssachen besitzt. Das Erbrecht des einzelnen Erben kann sich nur in einer Quote am ganzen Nachlass ausdrücken (*Art. 457–462 ZGB*), nicht aber in einem Recht an spezifischen Objekten.

Sind mehrere Erben vorhanden, so bilden sie beim Erbgang notwendig eine Gemeinschaft. Nur alle zusammen können Berechtigte am Nachlass sein. Sie sind Eigentümer zur gesamten Hand (*Art. 652–654 ZGB; Art. 602 f. ZGB*).

Der Quotenanspruch des einzelnen Erben verwandelt sich erst mit der Teilung in einen Anspruch bezüglich einzelner Objekte.

4. Es gibt keine Erbenlosigkeit

Das Recht, Nachfolger im Todesfall zu haben, ist mit der Rechtsfähigkeit (*Art. 11 ZGB*) als solcher verknüpft. Erben hat jedermann, und wenn es nur das Gemeinwesen ist (*Art. 466 ZGB*).

Eine formelle Erbenlosigkeit entsteht allerdings bei Ausschlagung durch alle zur Erbschaft berufenen Personen; aber auch dann sind die Erben als Empfänger allfälliger Liquidationsüberschüsse noch im Spiel (*Art. 573 ZGB*). Auch bezüglich Schuldenhaftung wird der Grundsatz, dass immer mindestens ein Erbe vorhanden sein muss, zulasten der Erbschaftsgläubiger in gewissen Situationen eingeschränkt.

II. Verfangenheit und Verfügungsfreiheit

1. Verfangenheit

Verfagenheit bedeutet, dass das Schicksal des Vermögens nach dem Tod dem Einflussbereich des Erblassers entzogen ist. Dieses Prinzip ist eine der Wurzeln des Pflichtteilsrechts des ZGB.

2. Verfügungsfreiheit

Auf der anderen Seite steht der gerade entgegengesetzte Gedanke der Verfügungsfreiheit, welcher ebenfalls als Grundsatz des ZGB zu bezeichnen ist. Der Erblasser soll also rechtswirksam Anordnungen über sein Vermögen für die Zeit nach dem Tod treffen können.

Die Möglichkeit, Anordnungen für die Zeit nach dem Tod zu treffen, ist aber aus der Natur der Sache heraus in verschiedener Hinsicht eingeschränkt:

- Verfügungen von Todes wegen haben strenge Formerfordernisse zu erfüllen.
- Es gibt einen *numerus clausus* von möglichen Inhalten.
- Die Anordnungen dürfen nicht zu sehr 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.
- Rechtliche Freiheit steht immer unter dem Vorbehalt des Missbrauchs.

5. Die gesetzliche Erbfolge

I. Allgemeines

1. Der Begriff „gesetzlich“ im Erbrecht

Wenn von „gesetzlicher Erbfolge“ und „gesetzlichen“ Erben die Rede ist, wird damit die Ordnung verstanden, die mangels gültiger Anweisungen des Erblassers Platz greift. Die gesetzliche Erbfolge ist in diesem Sinn dispositives Recht. Daneben kennt das Erbrecht aber bezüglich der Erbfolge auch Bestimmungen, die für den Erblasser zwingender Natur sind. Diese Regeln werden jedoch nicht als gesetzliches Erbrecht, sondern als Pflichtteilsrecht bezeichnet.

2. Gesetzliche und eingesetzte Erben

Ein Erbe kann seine Stellung erwerben aufgrund der Erbfolgeordnung des Gesetzes oder einer gültigen Anordnung des Erblassers. Die Stellung als Erbe bleibt dieselbe; der Unterschied besteht nur im Titel, auf den die Eigenschaft als Erbe gegründet wird. Alle Erben bilden zusammen die Erbengemeinschaft.

3. Die Nähe zum Erblasser in der gesetzlichen Konzeption

Um zu bestimmen, wer nach seiner Konzeption Erbe sein soll, stellt das Gesetz ausschliesslich auf formelle familienrechtliche Beziehungen ab. Innerhalb der Familie legt das Gesetz eine Stufenfolge fest: Gewisse Arten von Beziehungen werden als näher im Vergleich zu anderen qualifiziert. Die Grundlage für diese Stufenfolge bildet das sog. Parentelensystem.

4. Das Gemeinwesen als letzter gesetzlicher Erbe

Sind keine Familienmitglieder im Sinne des Parentelensystems vorhanden, so ist das Gemeinwesen Alleinerbe (*Art. 466 ZGB*). Mit dem Ausdruck „Gemeinwesen“ ist der Kanton gemeint. Den Kantonen steht es aber frei, an ihrer Stelle engere Gebietskörperschaften ihres Territoriums vorzusehen, wie namentlich die letzte Wohnsitzgemeinde. Ebenfalls statthaft ist, dass der Wohnsitzkanton intern an das Heimatprinzip anknüpft. Von solchen Spielmöglichkeiten wird in den kantonalen Einführungsgesetzen zum ZGB reicher Gebrauch gemacht.

II. Das Parentelensystem

1. Der Gedanke

Das Parentelensystem schafft eine Ordnung innerhalb der familienrechtlichen Beziehungen. Eine Parentel ist eine Gruppe von Personen, die im Sinne des Erbrechts einen bestimmten Grad der Nähe zum Erblasser aufweisen. Die verschiedenen Parentelen bilden also untereinander eine Rangfolge. Personen aus einer nachfolgenden Parentel können nur gesetzliche Erben sein, wenn aus der vorangehenden Parentel niemand Erbe ist. Überdies gibt es eine Hierarchie innerhalb der Parentel.

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, in der ersten Parentel also die Kinder, in der zweiten bzw. dritten die Eltern bzw. Grosseltern, es sei denn, dass eine dieser Personen als Erbe ausfällt. Dann tritt ihre nächste Nachkommengeneration für sei ein (Eintrittsprinzip).

Nicht zu den Parentelen, weil nicht blutsverwandt, gehören die Ehegatten. Der Ehegatte des Erblassers erbt als zusätzlich Berechtigter neben den Parentelen.

2. Die Aufteilung innerhalb der Parentel

Bildhaft ausgedrückt, lässt sich das Prinzip des Parentelensystems etwa so fassen: Der Nachlass hat immer Tendenz, sich zu senken. Erst wenn in einer Parentel kein einziger Erbe vorhanden ist, steigt er auf; auch dies nur so weit, bis er in einer nächsten Parentel Erben vorfindet, wobei er sich wieder von den Stammeltern bis zu deren jüngsten Nachkommen senkt. Wenn er sich senkt, tut er ebenfalls nur den kleinsten Schritt bis zur unmittelbar nächsten Generation. Aber im Unterschied zum Aufsteigen kann er auch bloss teilweise auf eine nachfolgende Generation weitergehen. Er senkt sich weiter, soweit in der oberen Generation einzelne Personen ausgefallen sind.

Für die Verteilung innerhalb einer Parentel gelten damit die folgenden Prinzipien:

- Die Beschränkung auf die nächstmögliche Generation.
- Das Gleichheitsprinzip, welches für Geschwister untereinander gilt.
- Das Eintrittsprinzip: Fällt eine Person als Erbe ausser Betracht¹, so treten deren Kinder an ihre Stelle. Unter ihnen, nicht aber mit anderen Erben, gilt wieder das Gleichheitsprinzip.
- Das Anwachsungsprinzip (Akkreszenz).

Das Eintrittsprinzip gilt in allen Parentelen und kann über mehrere Stufen wirken. Das Eintrittsprinzip ist nicht identisch mit der Vorstellung dass die Erbanwartschaft geerbt werde. Erbanwartschaften, also die Position als potenzieller Erbe vor dem Tode des Erblassers, sind selber nicht vererblich. Erblich ist dagegen die durch den Tod des Erblassers aktualisierte Erbenposition.

Das Anwachsungsprinzip besagt, dass der Teil eines verstorbenen Erben seinen gleichstufigen Miterben zugute kommt, eben: anwächst. Das Anwachsungsprinzip ist zum Eintrittsprinzip subsidiär. Es wird also erst wirksam, wenn keine Nachkommen des ausgefallenen Erben

¹Die Person ist vor dem Erblasser verstorben, ein gesetzlicher Erbe schlägt die Erbschaft aus (Art. 572 ZGB) oder er ist enterbt (Art. 478 ZGB) oder erbunwürdig (Art. 541 ZGB).

eintreten. Das gilt auch etwa, wenn die gleichstufigen Miterben Ehegatten sind. Ist beispielsweise der Vater vorverstorben, so wächst sein Teil der Mutter nur an, wenn keine Nachkommen des Vaters eintreten (*Art. 458 Abs. 3 und 4 ZGB*). Die Anwachsung erfolgt primär zugunsten des eigenen Stamms. Ist z.B. ein Neffe erbunwürdig, so wächst sein Teil seinen Geschwistern an. Bloss wenn solche nicht als Erben vorhanden sind, kommt er den anderen Stämmen, also den Vettern und Cousinsen des ausfallenden Erben zugute.

III. Die Stellung des überlebenden Ehegatten

Der Ehegatte hat Rechte am Vermögen des verstorbenen Partners unter zwei verschiedenen Titeln. Mit dem Tod wird die Ehe aufgelöst; es kommt deshalb zur güterrechtlichen Auseinandersetzung. Der Ehegatte kann darin seine Ersatzforderungen und seinen Vorschlagsanteil geltend machen. Das verbleibende Vermögen bildet den Nachlass, und daran ist der Ehegatte wiederum beteiligt, weil das Gesetz ihn als Erben bezeichnet.

1. Das Verhältnis zu den Parentelen

Der überlebende Ehegatte des Erblassers nimmt an der gesetzlichen Erbfolge der Parentelen „hors concurrence“ teil. Er gehört als nicht-blutsverwandtes Mitglied keiner Parentel an, ist aber immer gesetzlicher Erbe, unabhängig davon, welche Parentel zum Zug kommt. Seine Quote ist jedoch verschieden je nach Parentel, mit welcher er teilt. Der Gedanke ist naheliegend: Je entfernter die Verwandten, desto grösser ist der Teil, der dem Ehegatten überlassen werden kann (*Art. 462 ZGB*).

Die eigene Ehe des Erblassers ist das einzige eheliche Band, das in der gesetzlichen Erbfolge relevant ist. Alle anderen durch Heirat hergestellten Beziehungen, etwa die Schwiegerkinder, fallen ausser Betracht.

2. Die Revision von 1984

Mit der Revision durch das Bundesgesetz vom 5. 10. 1984 wurden im Zuge der Neugestaltung des Eherechts auch die gesetzlichen Erbportionen des überlebenden Ehegatten neu festgelegt. Die neue Ordnung ist am 1. 1. 1988 in Kraft getreten und ist auf alle Todesfälle anwendbar, die seit diesem Datum eintreten (*Art. 15 SchlT ZGB*).

3. Die geltende Lösung

Der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten ist nun folgender (*Art. 462 ZGB*):

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

6. Der Pflichtteil

I. Der Gedanke

1. Verfangenheit oder Verbot pflichtvergessener Verfügungen?

Pflichtteil ist derjenige Teil der gesetzlichen Erbquote, den der Erblasser nicht durch anderweitige Zuwendung entziehen kann. Das Gesetz gewährt die Pflichtteilsgarantie bei naher familienrechtlicher Beziehung.

Dem Pflichtteilsrecht liegt einerseits der gemanischrechtliche Gedanke der Verfangenheit

zugrunde, also die Vorstellung, dass die Nachfolge von Todes wegen grundsätzlich der Verfügung des Erblassers entzogen sei und einer objektiven Ordnung folge. Andererseits ist es die römischrechtliche *querela inofficiosi testamenti*; nach diesem Konzept ist der Erblasser grundsätzlich frei zu verfügen, handelt aber missbräuchlich, wenn er gewisse Familienbande einfach vernachlässigt. Das ZGB folgt hierbei eher dem Verfangenheitsprinzip, weil es den nahen Angehörigen quantitativ eine grosse Nachlassquote sichert, die Pflichtteile von den gesetzlichen Erbteilen aus berechnet werden (*Art. 471 ZGB*) und das Pflichtteilsrecht nicht nur das Recht auf einen geldmässigen Wert, sondern auf die Erbenstellung als solche beinhaltet.

Das Bild wird allerdings verwischt durch die Bestimmung von *Art. 522 Abs. 1 ZGB*, wonach der Pflichtteil nur dem Werte nach zukommen muss. Wichtig ist indessen zu beachten, dass diese Vorschrift das Klagerecht, also die Geltendmachung des Pflichtteils und nicht seinen Inhalt betrifft.

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

2. Die Anordnung im Gesetz

In den *Art. 470–480 ZGB* befinden sich die Regeln, die das Gesetz als den materiellen Teil auffasst. Daneben ist ein gewichtiger weiterer Normenkomplex unter der Marginalie „Herabsetzungsklage“ in den *Art. 522–533 ZGB* enthalten.

3. Andere Beschränkungen der Verfügungsfreiheit

Der Abschnitt über die Verfügungsfreiheit nennt als deren Beschränkung nur das Pflichtteilsrecht. Sie ist aber nicht die einzige. Daneben gelten die Schranken, die auf Rechtsgeschäfte ganz allgemein anwendbar sind: Rechts- und Sittenwidrigkeit, Rechtsmissbrauch. Eine bisher wenig geklärte Frage ist die Schranke wegen Eingriffs in die persönliche Sphäre der Erben.

II. Berechtigung und Berechnung

1. Der gesetzliche Erbteil als Ausgangspunkt

Der gesetzliche Erbteil ist gemäss *Art. 471 ZGB* der Ausgangspunkt sowohl für die Pflichtteilsberechtigung als solche wie auch für deren quantitative Bestimmung. Also: Niemand hat Pflichtteilsansprüche, der im konkreten Fall nach der gesetzlichen Ordnung nicht Erbe ist; der Pflichtteil ist eine Wertquote vom Nachlass, die sich aus einer Multiplikation des gesetzlichen Erbteils mit einem gesetzlichen Pflichtteilsfaktor ergibt. Aber nicht jeder gesetzliche Erbe ist Pflichtteilserbe.

2. Berechtigte Personen und Quoten im Einzelnen

Pflichtteile sollen nur den näheren Familienangehörigen zugute kommen. Dabei nimmt die Quote mit der Entfernung ab. Laut *Art. 471 ZGB* bestehen folgende Pflichtteils-Faktoren:

- Ehegatte: $\frac{1}{2}$
- Nachkommen: $\frac{3}{4}$
- Eltern: $\frac{1}{2}$

3. Der überlebende Ehegatte, insbesondere neben Nachkommen

Zwar stellt sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten in *Art. 471 ZGB* als ziemlich klein dar, doch ist zu beachten, dass die Berechnungsbasis beträchtlich ist (*Art. 462 ZGB*).

Nach dem neuen Recht von 1984 muss die ehevertragliche Vorschlagszuteilung zudem

nur die Pflichtteil der nichtgemeinsamen Nachkommen berücksichtigen muss (*Art. 216 Abs. 2 ZGB*). Im Einzelnen ist allerdings noch Manches ungeklärt bzw. umstritten.

Eine sehr populäre Begünstigungsmöglichkeit für den überlebenden Gatten bietet *Art. 473 ZGB*. Damit 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. Dieses Opfer wird aber nur den gemeinsamen Kindern zugemutet.

Art. 473 ZGB stellt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel dar, die *Art. 530 ZGB* vorsieht. Danach wird der Wert der Nutzniessung kapitalisiert und das Verbleibende muss den Wert des Pflichtteils decken; sonst wird das Nutzniessungsvermögen herabgesetzt, bis dies der Fall ist. Im Kontext von *Art. 473 ZGB* gilt dies nachträglich als gesetzliche Resolutivbestimmung bei Wiederverheiratung des nutzniessungsberechtigten Ehegatten; dann können alle Erben dieses Pflichtteilsrecht beanspruchen (*Art. 473 Abs. 3 ZGB*).

III. Der Inhalt

1. Erbenstellung

Dem hergebrachten Gedanken der Verfangenheit entsprechend ist der Pflichtteil garantierte Erbportion. Der Berechtigte kann somit beanspruchen, in der Erbengemeinschaft mitzuwirken. Die Miterben sind insbesondere auch bei der Teilung auf seine Zustimmung angewiesen. Andererseits haftet der Pflichtteilserbe, sobald seine Erbenstellung anerkannt oder gerichtlich zugesprochen ist, auch für die Erbschaftsschulden.

Hat der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten die Erbenstellung entzogen, so kann sich der Berechtigte durch Herabsetzungsklage die Erbenstellung einräumen lassen — sofern diese von den Miterben nicht anerkannt wird. Das Urteil, das diese Klage gutheisst wird als eine Gestaltungsklage aufgefasst.

2. Eigentümerstellung

Erbenstellung bedeutet, dass der Pflichtteilsberechtigte an der Teilung mitwirken kann. Er hat also Anspruch darauf, dass ihm auf seine Wertquote Nachlassobjekte zu individuellem Eigentum zugewiesen werden. Er braucht sich so wenig wie andere Erben mit anderen Werten, wie namentlich einer blossen Nutzniessung oder Rente, abzufinden, auch wenn deren kapitalisierter Wert den Pflichtteil ausfüllen würde.

3. Belastung mit Leistungspflichten zugunsten Dritter

Der Pflichtteilserbe muss keine Leistungspflichten zugunsten Dritter dulden, die ihm nicht den Wert seines Pflichtteils belassen. Anders gesagt: Solche Leistungspflichten müssen aus demjenigen Teil des von ihm Empfangenen finanziert werden können, der über den Pflichtteil hinausgeht.

Bestehen diese Pflichten des Erben in Leistungen auf Dauer, so ordnet *Art. 530 ZGB* in Anwendung dieses Grundsatzes eine Kapitalisierung an: Der Wert der Leistungen pro Zeiteinheit ist mit deren mutmasslicher Dauer zu multiplizieren unter Abzug des Zinses auf die später fälligen Leistungen. Sind die Leistungen auf Lebenszeit des Dritten zu erbringen, so ist als Multiplikator die mutmassliche Lebensdauer zu nehmen.

4. Bedingungsfreiheit

Der Erblasser darf den Erwerb des Pflichtteils nicht von Bedingungen abhängig machen. Heute darf auch als anerkannt gelten, dass im Rahmen des Pflichtteils vom Erblasser kein Aufschub der Teilung angeordnet werden kann.

5. Auflagenfreiheit

Unsicher ist, inwiefern der Erblasser den Pflichtteil mit Auflagen, d.h. mit Verpflichtungen zu Lasten des Empfängers zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen, verbinden darf.

Einig ist man sich darüber, dass eine Auflage, die für den Belasteten einen Vermögensaufwand bedeutet, nicht geduldet zu werden braucht, soweit sie in seinen Pflichtteil eingreift. Dagegen fragt sich vielfach, was als Vermögensaufwand zu qualifizieren ist und ob auch gegen die anderen, also die immateriellen Auflagen Pflichtteilsschutz besteht.

6. Gleichbehandlung

Da das Pflichtteilsrecht sich am gesetzlichen Erbrecht orientiert, enthält es auch den Grundsatz der Gleichbehandlung erbrechtlich gleichgestellter Personen oder Stämme. Darin liegt nach Ansicht von DRUEY auch eine Schranke für Auflagen zu Lasten des Pflichtteils.

IV. Die Enterbung

1. Straferterbung

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, einen derartigen Verstoss erblickt *Art. 477 ZGB* nur in einem schweren Verbrechen gegen Familienmitglieder oder einer schweren Verletzung familienrechtlicher Pflichten. Betroffen muss der Erblasser oder eine ihm nahe stehende Person sein. Die Nähe der Person und die erforderliche Schwere des Verhaltens stehen hierbei in einem reziproken Verhältnis.

2. Präventiventerbung

Eine Enterbung ist auch möglich, wenn der präsumtive Erbe überschuldet ist. *Art. 480 ZGB* sucht für diese Situation einen Kompromiss zwischen den Interessen der Erbgläubiger und dem Widerstreben des Erblassers, sein Vermögen dereinst in den Rachen dieser ihm fremden Personen fallen zu lassen. Die Enterbungsmöglichkeit wird darum auch hier grundsätzlich bejaht, jedoch in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt.

3. Nennung und Beweis des Enterbungsgrunds

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 (*Art. 479 ZGB*). Fehlt die Angabe oder scheitert der Nachweis, so kann der Enterbte mit der Herabsetzungsklage (*Art. 522 ZGB*) seinen Pflichtteil, aber nur diesen und nicht den gesetzlichen Erbteil, verlangen. Will der Erbe die Benachteiligung ganz beseitigen, also seine volle gesetzliche Erbportion erhalten, muss er die Ungültigkeit (*Art. 519 ZGB*) der Verfügung geltend machen, am ehesten dadurch, dass er seinerseits einen Irrtum in den Motiven des Erblassers nachweist. Das ist nun Sache des Enterben und gelingt ihm nicht leicht.

V. Die Herabsetzung

1. Funktion und Wirkung

Herabsetzung ist die Sanktion der Pflichtteilsverletzung. Mit der Herabsetzungsklage verlangt der Pflichtteilsberechtigte von den zu seinen Lasten Begünstigten die Auffüllung des Pflichtteils. Ausserdem bedeutet Herabsetzung aber den Vollzug der qualitativen Pflichtteilsgarantien, wie sie oben beschrieben wurden. Hat der Pflichtteilsberechtigte aber dem Werte nach genügend auf seinen Pflichtteil erhalten (Vorempfänge), so kann er aufgrund von *Art. 522 Abs.*

1 ZGB den qualitativen Schutz nicht isoliert einklagen. Er muss diesen Wert aber bis zum Tod, nicht erst danach erhalten haben.

2. Die herabsetzbaren Verfügung

Pflichtteil heisst garantierter Anteil am Nachlass. Die Verletzung des Pflichtteils geschieht darum durch Verfügungen von Todes wegen. Mithin richtet sich die Herabsetzung gegen sie. Aber auch Zuwendungen des Erblassers zu Lebzeiten können das Pflichtteilsrecht unterlaufen. *Art. 527 ZGB* stellt darum einen Katalog solcher Geschäfte auf, welche ebenfalls herabsetzbar, d.h. wertmässig zu erstatten sind, soweit sie nicht in der verfügbaren Quote Platz finden.

Daraus, dass *Art. 527 Ziff. 3 ZGB* auf den Zeitpunkt der Ausrichtung, nicht des Versprechens abstellt, geht nach Ansicht von DRUEY hervor, dass auch einseitige unentgeltliche Rechtsgeschäfte, wie z.B. der Erlass einer Forderung darunter fallen.

Alle herabsetzbaren Zuwendungen, ob sie nun tatsächlich herabgesetzt werden oder nicht, sind bei der Berechnung der Pflichtteilsbeträge zum Nachlass hinzuzurechnen (*Art. 475 ZGB*). Diese Hinzurechnung ist notwendig, wenn der Gedanke von *Art. 527 ZGB* voll verwirklicht werden soll, wonach die dort genannten Zuwendungen nicht zulasten von Pflichtteilsberechtigten erfolgen sollen. Entsprechend gilt dasselbe für andere herabsetzbare Verfügungen des Erblassers, wie namentlich die Begünstigung aus Versicherungen im Rahmen von *Art. 476 ZGB*.

Wer als gesetzlicher Erbe etwas von Todes wegen oder zu Lebzeiten erhalten hat, kann nicht in gleicher Weise der Herabsetzung unterworfen sein wie ein Nichterbe. Denkbar wäre, nur den Teil als herabsetzbare Zuwendung zu betrachten, der über seinen gesetzlichen Erbteil hinausgeht. Das Gesetz ist strenger, indem es den Teil einbezieht, der über den Pflichtteil des Empfängers hinausgeht (*Art. 523 ZGB*).

3. Mehrheit herabsetzbarer Zuwendungen

Herabgesetzt wird nur, bis der Pflichtteil aufgefüllt ist. Soweit die Zuwendungen in der verfügbaren Quote Platz finden, bleiben sie davon verschont. Herabsetzbarkeit und effektive Herabsetzung sind also keineswegs dasselbe. Damit entsteht bei einer Mehrheit solcher Verfügungen die Frage: Wen trifft?

1. *Regel:* Je später die Zuwendung, desto eher wird sie herabgesetzt (*Art. 532 ZGB*). An erster Stelle werden also die Verfügungen von Todes wegen herabgesetzt.

2. *Regel:* Stehen mehrere Verfügungen auf gleicher zeitlicher Stufe, so wird proportional herabgesetzt (*Art. 525 Abs. 1 ZGB*).

Diese Aufteilungsregeln betreffen nicht nur das Verhältnis mehrerer Herabsetzungspflichtiger untereinander, sondern sie gelten auch extern gegenüber dem Pflichtteilserben. Zwischen den Herabsetzungspflichtigen besteht also keine Solidarität.

4. Der massgebliche Zeitpunkt

Die Pflichtteilsberechnung erfolgt zum Wert am Todestag (*Art. 474 Abs. 1 ZGB*). Falls der Objekt herabsetzbarer Schenkungen beim Tod nicht mehr erhalten ist, hat der Beschenkte nach *Art. 474 ZGB* dieses Risiko nicht zu tragen, ausser wenn ihm ein Vorwurf gemacht werden kann, d.h. wenn er bösgläubig bezüglich der Herabsetzungspflicht ist und für die Werterhaltung nicht genügend getan hat. Bei Gutgläubigkeit hat er nur herauszugeben, was er an Werten noch besitzt (*Art. 528 Abs. 1 ZGB*).

5. Modalitäten der Klage

Bei der Herabsetzungsklage stehen sich der benachteiligte Pflichtteilserbe (Aktivlegitimation) und der zu unrecht Begünstigte, sei dieser Miterbe oder Dritter (Passivlegitimation), gegenüber.

Weder der Willensvollstrecker noch eine Behörde noch irgendwelche mittelbar Interessierten können im Herabsetzungsprozess Parteistellung erhalten².

Der Pflichtteilsanspruch ist, ob schon geltend gemacht oder nicht, aktiv (*Art. 542 Abs. 2 ZGB*) wie passiv erblich, sofern der erste Erbe den Tod des Erblassers überlebt hat. Er ist aber rechtsgeschäftlich nicht übertrag- und nicht pfändbar, da er als Anspruch auf Erbenstellung höchstpersönlich ist (*Art. 635 Abs. 2 ZGB*).

Die Herabsetzungsklage ist an eine Frist gebunden: *Art. 533 ZGB*. Diese ist eine Verwirklichungsfrist. Pflichtteile können aber einredeweise ohne zeitliche Begrenzung geltend gemacht werden (*Art. 533 Abs. 2 ZGB*).

7. Die Ausgleichung

I. Die Idee

1. Einbezug von unentgeltlichen Vorempfängen in den Nachlass

Der Erblasser kann schon zu Lebzeiten seinen einzelnen Präsumtverben Werte in der Meinung zuwenden, dass diese dereinst an ihren Erbanteil angerechnet werden sollen. Man spricht von einem Vorempfang oder einem Erbvorbezug. Die Zulässigkeit solcher Erbvorbezüge ist keine Frage. Dass sie trotzdem ein beträchtliches juristisches Sorgenkind sind, liegt einzig an der Ungewissheit über den Willen der Beteiligten, insbesondere des Erblassers, ob eine solche Anrechnung der Zuwendung stattfinden soll. Das ZGB stellt in *Art. 626–632* einige differenzierte Vermutungen auf, welche den vorwiegend bestehenden Vorstellungen gerecht zu werden suchen.

2. Wertausgleichung und Realkollation

Vorempfang bedeutet Anrechnung in einem doppelten Sinn: Einbezug der empfangenen Werte in die Berechnung des Gesamtnachlasses (Hinzurechnung) und Anrechnung an die Erbquote des jeweiligen Vorempfängers.

Die Anrechnung des Vorempfanges erfolgt im Augenblick der Teilung; sie bedeutet ja, dass der betreffende Erbe entsprechend weniger auf seine Quote beziehen kann. Trotzdem soll nach *Art. 630 ZGB* der Todestag massgebendes Stichdatum für die Bestimmung der vorbezogenen Werte sein. Es handelt sich vorstellungsmässig um Nachlasswerte; die Chance und Gefahr von Wertveränderungen bleibt darum 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, *Art. 628 Abs. 1 ZGB*). Dieses Wahlrecht zugunsten des Vorempfängers enthält eine Vermutung über den Willen des Erblassers, welche durch gegenteilige Anhaltspunkte umgestürzt werden kann (*Art. 628 Abs. 2 ZGB*).

Oft besteht der Vorempfang in Geld oder Sachen, die nachträglich veräussert werden. Dann ist der Anrechnungsbetrag schon beim Vorempfang bzw. im Zeitpunkt des Verkaufs (*Art. 630 Abs. 1 ZGB*) nominal festgelegt und reale Einwerfung ist natürlich nicht mehr möglich.

3. Anrechnung — Verrechnung

Von der Anrechnung im Sinn der erbrechtlichen Ausgleichung ist die Verrechnung im Sinn von *Art. 120–126 OR* zu unterscheiden.

4. Dogmatik und Terminologie

Keiner der im Ausgleichungsrecht verwendeten Kernbegriffe ist völlig sachgerecht.

²Einzige Ausnahme: *Art. 524 ZGB* für gewisse Gläubiger des Pflichtteilserven.

II. Die Parteien der Ausgleichung

1. Allgemein: Anknüpfen an die Erbeneigenschaft

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 zum Erben berufen sind, sondern auch für solche, die die Erbschaft ausschlagen. Hat jemand grössere Werte als ausgleichungspflichtige Vorempfänger erhalten, kann er sich also durch Ausschlagung der Ausgleichungspflicht entziehen. Vorbehalten bleibt immerhin, dass die Zuwendung selber nach Treu und Glauben so zu verstehen ist, es sei der Überschuss in einem solchen Fall in den Nachlass zurückzugeben. Ferner setzt er sich den Herabsetzungsansprüchen von Pflichtteilserven aus (*Art. 527 Ziff. 1 ZGB*).

Auch das Ausgleichungsrecht ist naturgemäss an die Erbenstellung gebunden. Ausgleichung heisst Vermehrung des Nachlasses, den die Erben teilen können; sie sind es darum, die den Anspruch auch geltend machen können.

2. Die Ausgleichungspflicht im Einzelnen

Art. 626 ZGB stellt drei Kategorien von Personen auf. Er geht von der Vermutung aus, dass der Erblasser seine Kinder bzw. deren Stämme und deren Angehörige gleich behandeln wollte. Das führt zur Vermutung von *Art. 626 Abs. 2 ZGB*, dass grössere und einmalige, zu seinen Lebzeiten gemachte Zuwendungen von seinen Nachkommen auszugleichen sind. Eine weitere Gruppe bilden die übrigen gesetzlichen Erben, sowie, im Bereich der Gelegenheitsgeschenke und der üblichen Ausbildungsleistungen (*Art. 631 Abs. 1 ZGB*), auch die Nachkommen. Hier wird die Ausgleichungspflicht nicht vermutet, aber die Schwelle für die Umstossung dieser Vermutung wird niedrig angesetzt: Jede, allenfalls auch nur aus den Umständen gegenteilige Willensäusserung des Erblassers genügt (*Art. 616 Abs. 1 ZGB*). Schliesslich bildet dieser Artikel — unausgesprochen — eine dritte Kategorie: die eingesetzten Erben. Für ihre Rechtsposition sind ausschliesslich die Testamente und Erbverträge des Erblassers und deren Auslegung massgebend. Die Vermutung der Ausgleichungspflicht gilt hier nicht.

Seine redaktionell im Ausgleichungsrecht nicht besonders glückliche Hand zeigt der Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung der vertretungsweisen Ausgleichungspflicht. Gemäss *Art. 627 ZGB* hat bei Ausfallen eines Erben die an seiner Stelle erbende Person ihrerseits auszugleichen. Der hart tönende zweite Absatz dieser Bestimmung verlangt dies sogar, wenn der Nachkomme vom Vorempfang selber nicht erhalten hat.

3. Das Ausgleichungsrecht im Einzelnen

Der Ausdruck „gegenseitig“ in *Art. 626 Abs. 1 ZGB* scheint zu bestimmen, dass Ausgleichungspflicht und -recht einander entsprechen sollen. Strittig ist, ob dies auch für den zweiten Absatz dieser Bestimmung gelten soll.

III. Die ausgleichungspflichtige Zuwendung

1. Was heisst Zuwendung?

Das Vermutungssystem des Ausgleichungsrechts unterscheidet nach verschiedenen Objekten der Zuwendung. Unsicherheit besteht aber schon darüber, was eine Zuwendung ist.

Ausgleichungspflichtig kann nur sein, was dem Empfänger unentgeltlich geleistet wurde³. Die Zuwendung kann aber auch mehr als nur die Schenkung umfassen, sicher kann sie auch in einem anderen unentgeltlichen Rechtsgeschäft des OR bestehen, wie Leihe oder unentgeltliche Beteiligung an einer Gesellschaft oder auch Schuldenerlass. Nach DRUEY kann der in *Art. 626*

³Auch der geschenkte Anteil bei einer gemischten Schenkung.

ZGB enthaltene Gedanke der Gleichbehandlung sogar die Ausgleichung rechtfertigen, wenn in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht geleistet wurde.

2. Ausgleichungspflicht für Ausstattungen

Art. 626 Abs. 2 ZGB vermutet, dass der Erblasser gewisse Zuwendungen an Nachkommen ausgeglichen haben will. In den aufgezählten Beispielen lässt sich ein gemeinsamer Gedanke finden: Auszugleichen sind alle irregulären Zuwendungen, also solche, die nicht Geschenke aus einem Anlass wie Weihnacht oder Examen sind. In diesem Sinn wird in dem Ausdruck „Ausstattung“ entgegen seiner Stellung innerhalb von Art. 626 Abs. 2 ZGB, ein Oberbegriff gesehen. Es wird damit Bezug genommen auf die Umschreibung des Bundesgerichts, wonach Zuwendungen gemeint sind, welche dem Zweck der Existenzbegründung, -sicherung und -verbesserung dienen.

Letztlich kann das Kriterium wohl nicht genauer umschrieben werden, als dass es in Art. 626 Abs. 2 ZGB um die grösseren Zuwendungen geht, solche, bei denen das Gleichbehandlungsgebot augenfällig wird. Für Nachkommen fällt damit Art. 626 Abs. 1 ZGB praktisch mit Art. 632 ZGB zusammen.

Aus Art. 631 ZGB geht hervor, dass auch Leistungen für die Erziehung und Ausbildung der Nachkommen als „Ausstattung“ in diesem weiteren Sinn zu qualifizieren sind.

3. Ausgleichungspflicht für Zuwendungen über den Erbteil hinaus

In Art. 629 ZGB geht es um die Fälle, wo der Erbe im Voraus mehr erhalten hat, als sein Erbteil beträgt. Hat der Erblasser ihm bewusst mehr gegeben, als ihm aus seiner Quote zustünde, müsste man an sich annehmen, dass er ihn habe begünstigen, also die Ausgleichung des Mehrbetrages erlassen wollen. Aber oft sind Schwankungen im Bestand und Wert der Vermögenobjekte dafür verantwortlich, dass der Vorempfang nicht mehr in die Quote passt, ohne dass sich der Erblasser davon Rechenschaft gab.

In Erwägung dieser konträren Gesichtspunkte stellt zwar Art. 629 ZGB eine Vermutung für die Ausgleichung auf, aber mit einer leichteren Möglichkeit der Umstossung als in Art. 626 Abs. 2 ZGB: Der Erblasserwille braucht nicht ausdrücklich erklärt worden zu sein, sondern auch der Nachweis einer impliziten Äusserung genügt.

4. Zinsen und Gebrauchswert

Für die Zeit bis zum Erbgang erledigt das Gesetz die Fragen nach Zinsen und Gebrauchswert mit einem Hinweis auf die Besitzesregeln. Dort wird jedoch zwischen gut- und bösgläubigem Besitzer erheblich differenziert (Art. 938–940 ZGB), und dies hat Unsicherheit darüber ausgelöst, was für die Ausgleichungspflicht gilt. Sobald der Erbe die Ausgleichungspflicht kennt, müsste er als bösgläubig bezeichnet werden. Die Verweisung ist aber wohl dahin zu verstehen, dass der Vorempfänger nur bösgläubig bezüglich derjenigen Rechte ist, welche die Miterben bei der Ausgleichung von ihm geltend machen können. Das ist die Erhaltung des Substanzwertes, soweit es in der Macht des Empfängers steht. Er kann aber die „Früchte“ ohne Entschädigung an die Miterben beanspruchen.

5. Erhaltung und Verbesserung des Objekts

Der Empfänger hat, wie soeben erwähnt, die in natura empfangenen Werte zu erhalten; Risikoträger bleibt ja bis zum Erbgang das Vermögen des Erblassers. Solche Aufwendungen sind an die Erträge anzurechnen, falls der Erblasser deren Ausgleichung angeordnet hat. Was darüber hinausgeht, kann in sinngemässer Anwendung von Art. 939 ZGB auch bei der Ausgleichung für die Substanz kompensiert werden.

IV. Die Anordnungen des Erblassers über die Ausgleichungspflicht

1. Rechtsnatur

Ausgleichung ist ein Vorgang im Erbfall. Der Erblasser kann frei darüber, wie überhaupt über das Schicksal seines Nachlasses, Anordnungen treffen. Diese gelten als Verfügungen von Todes wegen, welche naturgemäss einseitig getroffen werden können. Er kann jedoch auch vertragliche Bindungen bezüglich der Ausgleichung eingehen.

2. Form

Anordnungen über die Ausgleichung stehen auf einer anderen Stufe als Verfügungen von Todes wegen. Das Gesetz muss deshalb, will es wirklichkeitsnah sein, hier grundsätzlich auf Formanforderungen verzichten. Um eine gesetzliche Vermutung umzustossen, genügt also irgendein Nachweis des gegenteiligen erblasserischen Willens. In einem wichtigen Ausnahmefalls geht die Vorschrift allerdings ein nicht unwesentliches Stück weiter. Bei Ausstattungen i.w.S. (*Art. 626 Abs. 2 ZGB*) muss der Erblasser ausdrücklich von der Ausgleichung dispensiert haben.

8. Das Spezifische der Verfügung von Todes wegen

I. Die Irrelevanz erbrechtlicher Normen vor dem Erbgang

1. Erst Sterben heisst Erben

Rechte der Nachfolger entstehen erst im Erbgang. Vorher lässt sich bloss, und mit der nötigen Vorsicht gegenüber dem Begriff, von „Anwartschaften“ sprechen. Dasselbe gilt für die Verfügungen von Todes wegen. Das ist sogar dann der Fall, wenn der Erblasser sich vertraglich bezüglich solcher Verfügungen gebunden hat (Erbvertrag, *Art. 494 ZGB*).

2. Formstrenge und Widerruflichkeit

Es besteht bei allen Verfügungen von Todes wegen ein besonderes Bedürfnis, den Nachweis für den Erblasserwillen zu sichern. Das betrifft einerseits die Feststellung des Inhaltes, andererseits aber auch die Echtheit der Urkunde, in dem Sinn, dass der Erblasser als deren Urheber erkennbar ist (Authentizität), und zudem den definitiven Charakter der Verfügung.

Diese spezifischen Gegebenheiten wirken sich auf die rechtliche Ausgestaltung der Verfügungen von Todes wegen in mehrfacher Hinsicht aus: Sie werden zuerst strengen Formerfordernissen unterworfen. Weiter gestattet das Recht als Prinzip den Widerruf der Verfügungen. Jedoch gelten weder die Formstrenge noch die Widerruflichkeit ausnahmslos.

3. Rechtsgeschäfte über Erbanwartschaften

Der künftig Berechtigte kann über seine Anwartschaft schon vor dem Erbgang verfügen. Allerdings sieht *Art. 636 ZGB* ein eigenartiges Hindernis vor: Das Geschäft ist nur gültig, wenn der Erblasser ihm zugestimmt hat. Die Abtretung oder Verpfändung muss entsprechend den allgemeinen Regeln (*Art. 165 OR, Art. 900 Abs. 1 ZGB*) schriftlich erfolgen. Allerdings gilt dies nicht für die Zustimmung des Erblassers, welche sogar implizit erfolgen kann.

II. Die Höchstpersönlichkeit

1. Absolute Höchstpersönlichkeit

Verfügungen von Todes wegen sind Akte des Erblassers, und nur des Erblassers. Sie sind also höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, und zwar im Sinne der absoluten Höchstpersönlichkeit. Verfügungen von Todes wegen sind in diesem Sinn gänzlich vertretungsfeindlich.

2. Formeller Aspekt

Die erbrechtliche Lehre unterscheidet zwischen formeller und materieller Höchstpersönlichkeit und meint damit zwei verschiedene Ausstrahlungen dieses einen Grundsatzes. Das formelle Prinzip will besagen, dass der Akt des Verfügens an den Erblasser gebunden ist. Es kann also niemand die Urkunde, soweit sie nach den Formvorschriften von ihm selber stammen muss (*Art. 505 ZGB*), an seiner Stelle verfertigen oder eine Verfügung für ihn unterschreiben. Es reicht also auch nicht, wenn der Erblasser den Inhalt der Verfügung Wort für Wort diktiert. Zudem muss der Vorgang von solcher Art sein, dass der urkundliche Akt dem Willen und nicht bloss physisch der Hand des Erblassers entstammt.

3. Materieller Aspekt

Das Prinzip der Höchstpersönlichkeit im materiellen, d.h. inhaltlichen Sinn besagt, dass auch der Inhalt der Verfügung vom Erblasser selber bestimmt sein soll. Mithin ist es diesem nicht möglich, bloss Entscheidungsbefugnisse zugunsten anderer Personen einzuräumen, also materiell die Ausgestaltung zu delegieren. Dagegen stehen folgende Möglichkeiten: Die Einräumung eines Wahlrechts, die Festlegung von Kriterien zur Konkretisierung und die Verwendung von Bedingungen.

III. Die Abgrenzung von den Rechtsgeschäften unter Lebenden

1. Problem

Das Problem ist die Bestimmung der Kriterien für die Unterscheidung von Verfügungen von Todes wegen von den andern Arten von Rechtsgeschäften, den sog. Verfügungen unter Lebenden. Bei weitem nicht alle Rechtsgeschäfte, die Wirkungen über den Tod hinaus entfalten oder die auf den Tod einer Person terminiert sind, stellen Verfügungen von Todes wegen dar.

2. Abgrenzungskriterien

Das Basiskriterium ergibt sich aus der Funktion der Verfügungen von Todes wegen ohne weiteres. Sie regeln den Nachlass. Damit ist als Geschäft unter Lebenden alles zu qualifizieren, was seine Wirkungen nicht (erst) im Nachlass einer Person entfalten soll. Folgendes ist demnach nicht als Verfügung von Todes wegen zu bezeichnen:

- Ein Vertrag, der beim Tod einer Person aufgelöst sein soll.
- Eine Klausel, welche in Abweichung einer gesetzlich-dispositiven Regel die Fortgeltung eines lebzeitig wirkenden Verhältnisses stipuliert.
- Eine Abmachung, deren Wirkung mit dem Tod einer Person eintreten soll, aber nicht ihren 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.
- Eine gegenseitige Abmachung, die unabhängig von der Reihenfolge des Versterbens dem überlebenden Partner zugute kommen soll.
- Eine entgeltliche Abmachung.

Das Vorgehende zeigt, dass in der Übergangszone, wo eine Qualifikation von beiderlei Art in Frage kommt, im Sinn des Geschäfts unter Lebenden zu entscheiden ist.

3. Verdeckte Verfügungen von Todes wegen

Eines der Indizien für die Qualifikation ist auch das juristische Kleid und die Bezeichnung, welche die Parteien selber dem Geschäft gegeben haben. Wie immer, ist die Qualifikationsfrage damit aber nicht endgültig entschieden. Massgebend ist letztlich der Inhalt als Ganzes gesehen.

4. Nachfolge- und Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen

Personengesellschaften werden nach der dispositiven Regelung des Gesetzes mit dem Tod eines Gesellschafters aufgelöst (*Art. 545 Abs. 1 Ziff. 2, 574 Abs. 1, 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.

5. Die Begünstigung aus Lebensversicherung

Der Versicherungsnehmer einer Lebensversicherung kann die Person bezeichnen, der die Summe nach seinem Tod zufallen soll. Die Praxis behandelt dies als Verfügung unter Lebenden.

6. Güterrechtliche Begünstigung

Die Ehegatten können durch Ehevertrag einen vom Gesetz abweichenden Schlüssel für die Verteilung des Vorschlags (*Art. 216 ZGB*) oder bei Gütergemeinschaft des Gesamtguts (*Art. 241 Abs. 2 ZGB*) vorsehen. Solche Begünstigungen können auch spezifisch für den Fall der Eheauflösung durch Tod eines Partners stipuliert werden. Dann gelten sie hinsichtlich der Pflichtteile als Zuwendungen auf den Zeitpunkt des Todesfalls.

9. Das Testament

I. Das Spezifische des Testaments

1. Das Testament als Kategorie von Verfügungen von Todes wegen

Das Gesetz erblickt das Spezifische des Testaments in besonderen Formen, die bei seiner Errichtung einzuhalten sind, und entsprechend bildet die Beschreibung dieser Formen den Inhalt der betreffenden Artikel (*Art. 498–511 ZGB*).

Daneben wird vom Gesetz eine zweite Form erwähnt, die für Verfügungen von Todes wegen verwendet werden kann: der Erbvertrag (*Art. 512–515 ZGB*). Indessen ist die Wahl zwischen Testament und Erbvertrag nicht in erster Linie eine Frage, welche Form dem Verfügenden besser zusagt, sondern es besteht ein markanter Unterschied in der Wirkung, indem das Testament keinerlei Selbstbindung des Testators erzeugt.

2. Freibleiben des Erblassers

Das Testament ist die Verfügung von Todes wegen par excellence, in dem Sinn, dass seine Wirkung ganz konsequent erst im Erbgang eintritt. Der Verfügende hat also jederzeit die Möglichkeit, sein Testament zu widerrufen.

Ungültig sind darum die sog. korrespektiven Testamente. Das sind solche, die sich als Vollzug einer Abmachung mit jemand anderem über das Testieren verstehen. Sind die korrespektiven Testamente, wie besonders oft bei Ehegatten, urkundlich verbunden, so handelt es sich um einen Erbvertrag, der den hierfür vorgesehenen Formerfordernissen genügen muss (*Art. 512 ZGB*). Ist diese Form nicht erfüllt, so kann gemäss *Art. 520 ZGB* die Verfügung angefochten werden. Das *ZGB* betrachtet aber offensichtlich die Anfechtbarkeit auch hier als allgemeine Regel, so dass *Art. 519 ZGB* angewendet werden sollte.

II. Das eigenhändige (holographe) Testament

1. Grundgedanke

Der Einzelne soll über seinen künftigen Nachlass selbständig Anordnungen treffen können, ohne auf die Mitwirkung anderer Personen angewiesen zu sein, ja ohne jemanden informieren zu müssen. Dafür steht ihm die Form des eigenhändigen (holographen) Testaments (*Art. 505 ZGB*) zur Verfügung.

Um die Authentizität, Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Dispositionen zu gewährleisten, müssen mangels Mitwirkung Dritter entsprechend strengere anderweitige Formerfordernisse bestehen. *Art. 505 ZGB* nennt sie: Angabe von Tag, Monat und Jahr der Errichtung und Unterschrift. Alles muss handschriftlich und persönlich vom Erblasser geschrieben sein. Die Zeitangabe dient der zeitlichen Einordnung von mehreren Testamenten (*Art. 511 Abs. 1, 520a ZGB*).

2. Eigenhändigkeit

Dieses Erfordernis soll zum einen die Authentizität der Urkunde sicherstellen, denn die Handschrift ist individuell; sie lässt erkennen, dass die betreffenden Aufzeichnungen vom Testator stammen. Zudem bewirkt der Akt des eigenhändigen Niederschreibens, dass man das Geschriebene (nochmals) bedenkt.

Das Erfordernis der Eigenhändigkeit bezieht sich auf die ganze Verfügung, unter Einschluss auch der Datumsangabe. Auch Verweisungen auf andere, den Formerfordernissen nicht genügende Texte sind nicht möglich.

3. Datum

Die Zeitangabe gemäss *Art. 505 ZGB* muss auf den Tag genau sein, sie besteht also im Kalenderdatum, und zwar nach Praxis und Lehre demjenigen bei Abschluss der Niederschrift, wenn sich diese über mehrere Tage erstreckt.

Die strengen Formerfordernisse bezüglich des Datums wurden abgeschwächt: Einerseits ist die Angabe des Ortes nicht mehr zwingend erforderlich, andererseits wurden die Rechtsfolgen eines Formfehlers erheblich eingeschränkt. So soll weder bei unrichtiger noch sogar bei fehlender Angabe die Ungültigkeit eintreten (*Art. 520a ZGB*). Allerdings soll die Ungültigkeit trotzdem eintreten, wenn die Datumsangabe für eine die Gültigkeit der Verfügung betreffende Frage notwendig ist. Für die Ermittlung des Errichtungsdatums dürfen jedoch auch Elemente ausserhalb der Urkunde beigezogen werden.

4. Unterschrift

Die Unterschrift drückt nach allgemeiner Anschauung die Anerkennung (Rekognition) eines Textes aus. *Art 505 Abs. 1 ZGB* schreibt auch in dieser Hinsicht nur vor, dass das Testament die Unterschrift des Verfügenden aufweisen muss, aber nicht, wo sie anzubringen ist. Der Ausdruck „Unterschrift“ sagt aber selber, dass sie örtlich am ehesten an den Schluss der Verfügung gehört. Gestattet ist aber auch Querschreiben über den Text oder am Rand.

Es wird nicht verlangt, dass der volle Name gemäss Zivilstandsregister verwendet wird. Es genügt eine kürzere Bezeichnung, evtl. der Vorname, Initialen, ein Pseudonym, ein Funktions- oder Verwandtschaftsbezeichnung — immer unter der Voraussetzung, dass sie die Identifikation gestattet.

Voraussetzung ist immer auch der Wille, dass der Namenszug als Unterschrift gelte. Das ist zu bezweifeln, wenn die Modalitäten nicht die üblichen des Testators sind.

5. Die Urkunde als Ganzes

Das Gesetz stellt keine Vorschriften bezüglich Urkundenechtheit auf. Sowohl das Material, mit welchem, wie auch dasjenige, auf welchem geschrieben wird, sind frei. Das Testament kann auch 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 irgendeine Art feststellbar ist: Seitennummerierung, inhaltlicher Zusammenhang, Bostitch- oder Büroklammer.

Keine Vorschrift besteht auch bezüglich der Aufbewahrung des Testaments. Das ZGB verpflichtet immerhin die Kantone dazu, amtliche Stellen für die freiwillige Deponierung einzurichten (*Art. 505 Abs. 2 ZGB*).

III. Das öffentliche Testament

1. Idee

Um die Verletzung von Formvorschriften oder Unklarheiten in der Formulierung zu vermeiden, kann der Testator sich beraten lassen. Auch dafür stehen ihm in vielen Kantonen Amtsstellen zur Verfügung. Er kann aber auch die Errichtung der Urkunde selber unter die Verantwortung einer Person mit öffentlicher Funktion stellen. Der Erblasser teilt dieser Person seinen Willen inhaltlich mit; sie hat darauf den Text aufzusetzen oder wenigstens von Amtes wegen zu prüfen und über die Wahrung der massgeblichen Formen zu wachen. Diese Formen sind diejenigen der öffentlichen letztwilligen Verfügung (*Art. 499–504 ZGB*).

2. Form

Das ZGB sagt, das öffentliche Testament sei mit öffentlicher Beurkundung zu errichten (*Art. 498 ZGB*). Während aber sonst den Kantonen überlassen bleibt, zu bestimmen, was die formellen Anforderungen an die öffentliche Urkunde sind, gibt das ZGB dafür gewisse eigene Regeln (*Art. 500–503 ZGB*). Diese Regeln beanspruchen für sich sogar abschliessenden Charakter in dem Sinn, dass mit deren Beachtung die Gültigkeit gegeben ist.

Hauptakteur ist hier nicht der Testator, sondern die öffentliche Urkundsperson. Der Testator teilt ihr seinen Willen mit, liest später die von der Urkundsperson aufgesetzte Urkunde und unterzeichnet sie. Die Urkundsperson hat dann ihrerseits zu datieren und zu unterschreiben.

Weitere Akteure sind zwei Zeugen. Sie bestätigen, ein einem schriftlichen, ihrerseits zu unterschreibenden und dem Testament anzufügenden Text,

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

- dass er nach ihrer Wahrnehmung testierfähig sei.

Für den Fall, dass der Testator nicht in der Lage ist, zu lesen oder zu unterzeichnen, ist eine Variante vorgesehen: Der Verfügungstext wird ihm vorgelesen, und es verbleibt bei der blossen mündlichen Erklärung durch den Testator, dass das Vorgelesene sein testamentarischer Wille sei. Die Zeugen müssen dann auch bestätigen, dass die Urkundsperson die Urkunde vorgelesen hat (*Art. 502 ZGB*). Hat der Erblasser die Urkunde zwar selber unterschrieben, aber nicht selber gelesen, so müssen die weitergehenden Vorschriften von *Art. 502 ZGB* anwendbar sein.

Art. 503 ZGB nennt Disqualifikationsgründe für die mitwirkenden Personen.

3. Urkundsperson

Die Kantone bestimmen, wer im Sinne dieser Bestimmungen als Person öffentlichen Glaubens wirken kann (*Art. 499 ZGB*). Jedenfalls soll es aber eine natürliche Person, nicht eine Behörde sein.

IV. Das mündliche Testament (Nottestament)

1. Idee

Das ZGB nennt in *Art. 506–508* eine weitere Form für Testamente unter der Bezeichnung „mündliche Verfügung“. Das trifft den Kern der Sache nicht genau; auch bei der Variante des öffentlichen Testaments nach *Art. 502 ZGB* ist der Akt seitens des Testators auf mündliche Äusserungen beschränkt. Und andererseits ist auch das sog. „mündliche“ Testament von den beigezogenen Personen als Gültigkeitserfordernis schriftlich niederzulegen.

Der Hauptunterschied besteht darin, dass beim mündlichen entgegen dem öffentlichen Testament die öffentliche Urkundsperson die Erklärung des Testators nicht selbst entgegenzunehmen hat. Vielmehr können dies irgendwelche Personen sein (Disqualifizierung nach *Art. 503 ZGB* vorbehalten). Es ist deshalb die Form, die in Frage kommt, wenn eine Urkundsperson nicht sogleich zur Hand und auch die eigenhändige Niederschrift ausgeschlossen ist (*Art. 506 ZGB*).

Diese Form ist keine reguläre Testamentsform. Sie steht nicht gleichberechtigt neben den beiden andern, sondern wird von der Lehre als blosses Nottestament bezeichnet. Sie ist also nur anwendbar, wenn eine Notsituation im Sinn von *Art. 506 ZGB* vorliegt; hat zudem die Notsituation aufgehört, so wird 14 Tage danach das Nottestament unwirksam (*Art. 508*).

2. Form

Die letztwillige Erklärung ist von 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 aufzusuchen⁴. Dort ist die Urkunde zu deponieren und (auch bei Wahl der Alternative) eine Erklärung dreifachen Inhalts (wohl je in Anwesenheit des anderen Zeugen) 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. Als Konkretisierung erklärt BGE 45 II 529, dass drei Tage ab mündlicher Erklärung, besondere Umstände vorbehalten, zu lang sind.

Im Militärdienst kann ein Offizier im Rang mindestens eines Hauptmanns die Funktion der Gerichtsbehörde übernehmen (*Art. 507 Abs. 3 ZGB*).

⁴Alternative: Zusammen dort mündlich zu Protokoll geben, *Art. 507 Abs. 2 ZGB*.

V. Ergänzung, Widerruf, Änderung

1. Weiterführung des angefangenen oder Änderung des fertigen Testaments

Solange ein Testament nicht abgeschlossen ist, sind Änderungen ohne weiteres möglich. Es macht namentlich im eigenhändigen Testament auch nichts aus, wenn im Verlauf der Niederschrift Korrekturen angebracht werden, die im Text sichtbar bleiben. Dagegen sind für alle späteren Anordnungen, welche äusserlich (urkundlich) oder inhaltlich in das bisherige Testament eingreifen, die Formen wie für eine neue Urkunde zu beachten.

Damit stellt sich die Frage, wann das Testament als abgeschlossen zu gelten hat. Das muss nach den Grundsätzen des Bundesgerichts der Augenblick sein, wo die Urkunde das formelle Abschlussrequisit aufweist: die Unterschrift.

Grosse Bedeutung kommt der Regel zu, dass derjenige die Beweislast trägt, welcher die spätere Zufügung eines urkundlich durch die Unterschrift abgedeckten Zusatzes behauptet.

2. Form der Änderungen und Ergänzungen

Alle nach Abschluss erfolgenden Änderungen und Ergänzungen werden als selbständige Verfügungen qualifiziert. Hingegen gelten für Streichungen mit inhaltlicher Bedeutung die Grundsätze für den Widerruf. Sie können als Teilvernichtung der Urkunde qualifiziert und darum auch später angebracht werden, ohne dass die Formalien für einen Nachtrag erfüllt sein müssen.

3. Form des Widerrufs

Die nachfolgenden Regeln des ZGB erfassen den Widerruf von Testamenten jeglicher Form.

Art. 509–511 ZGB sehen im Grund zwei Formen des Widerrufs vor: eine neue Verfügung von Todes wegen, welche explizit oder implizit den Testamentsinhalt revoziert (*Art. 509, 511 ZGB*), oder die Vernichtung der ursprünglichen Urkunde (*Art. 510 ZGB*). Dabei ist der Tatbestand der Vernichtung weit zu fassen. Die Vernichtung kann auch bloss eine partielle sein. Sie muss jedoch nachweislich ein Akt des Erblassers oder von ihm veranlasst sein.

4. Widerruf des Widerrufs

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.

10. Der Erbvertrag

I. Allgemeines

1. Der Erbvertrag als Form, Inhalt und Wirkung

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 den Verzicht eines an sich Erbberechtigten entgegen (negativer Erbvertrag).

Der Erbvertrag ist, wie jeder Vertrag, durch seine Zweiseitigkeit gekennzeichnet. Immer nehmen mehrere Parteien daran teil, wovon die eine notwendig der Erblasser ist. Damit ergeben sich auch spezielle Formvorschriften. So ist der Erbvertrag im ZGB in den *Art. 494–497 und 512–515* geregelt. Ferner sind die *Art. 534–536 ZGB* zu beachten. Der einzig tiefgreifende Unterschied zum Testament liegt aber in der bindenden Wirkung.

2. Die Zwitterstellung zwischen Erb- und Obligationenrecht

Das erbrechtliche Element des Erbvertrags besteht in seiner Natur als Verfügung von Todes wegen, das vertragsrechtliche darin, dass er eine Abmachung mit einer anderen Person darstellt. Zu beachten ist, dass vorab nur erbrechtliche Regeln zur Anwendung kommt. Das OR greift nur dort, wo das Erbrecht keine besonderen Regeln bereithält.

II. Die Form

1. Gleichstellung mit dem öffentlichen Testament

Art. 512 ZGB regelt die Form des Erbvertrags. Danach gelten grundsätzlich die Anforderungen an das öffentliche Testament (*Art. 499–504 ZGB*).

Im Fall des Erbvertrags macht allerdings das Auftreten eines oder evtl. mehrerer Gegenkontrahenten die Rechtslage komplexer. Die Frage stellt sich, wie weit sich die Formerfordernisse auch auf diese andern Vertragsparteien beziehen. Die Anwendbarkeit der Regeln des öffentlichen Testaments auf die nicht erbrechtlich verfügende Partei beantworten die Bundesgerichtspraxis und Lehre sehr differenziert.

2. Ehevertragliche und testamentarische Klauseln im Erbvertrag

Sehr häufig wird zwischen Ehegatten ein kombinierter Ehe- und Erbvertrag abgeschlossen. In einem solchen Dokument sind trotz seiner äusseren Einheitlichkeit die Formerfordernisse nach dem Inhalt der einzelnen Bestimmungen festzulegen.

In der Praxis ist auch häufig, dass in den Erbvertrag testamentarische Bestimmungen aufgenommen werden. Sie sind daran erkennbar, dass ihre Widerruflichkeit aus dem Text hervorgeht. Formell ergeben sich daraus jedoch keine Probleme.

3. Aufhebung des Erbvertrags

Die Bindung an den Erbvertrag kann nur mit Zustimmung der Gegenpartei gelöst werden. Die gemeinsame Aufhebung bedarf jedoch (entgegen *Art. 115 OR*) der Schriftform (*Art. 513 Abs. 1 ZGB; Art. 13 OR*). Daneben gibt es für den Erblasser in gewissen Situationen die Möglichkeit des einseitigen Widerrufs auch ohne Zustimmung der im Vertrag Begünstigten:

- *Art. 513 Abs. 2 ZGB*: bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes (*Art. 477, 513 Abs. 3 ZGB*).
- *Art. 514 ZGB*: bei Säumnis in der Erbringung von Gegenleistungen (*Art. 107 OR*).
- *Art. 496 ZGB*: bei Willensmängel (*Art. 31 Abs. 1 OR*).

Der nichtverfügende Vertragspartner hat ebenfalls das Widerrufsrecht nach *Art. 514 ZGB*, wenn er einen Erbverzicht geleistet hatte (bei Ausbleiben der vereinbarten Abfindung). Aber auch dem erbvertraglich Begünstigten, der dem Erblasser eine Gegenleistung erbringt, wird von der Doktrin ein Recht zum einseitigen Rücktritt eingeräumt, jedenfalls dann, wenn der Erblasser arglistig sein Vermögen verschwendet oder die Auslieferung des vertraglichen Vermächtnisses verunmöglicht hat.

III. Der Inhalt

1. Der begünstigende (positive) Erbvertrag

Gemeint sind mit dieser traditionellen Kategorie alle Erbverträge, durch welche eine Begünstigung irgendwelcher Personen und irgendwelcher Art aus dem Nachlass vorgesehen wird.

2. Der Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag)

Der Erbverzicht ist oft von einer Leistung des Erblassers an den Verzichtenden begleitet (Erbabfindung). Erweist sich diese per Todestag als zu gross, so unterliegt sie der Herabsetzung, soweit sie den Pflichtteil des Verzichtenden überschreitet (*Art. 535, 527 Ziff. 2 i.V.m. 523 ZGB*).

Der Erbverzicht wirkt vermutungsweise auch zulasten der eigenen Nachkommen des Verzichtenden (*Art. 495 Abs. 3 ZGB*). Aber der Verzichtsvertrag kann ausdrücklich oder stillschweigend vorsehen, dass dafür andere Personen, namentlich eben die Nachkommen des Verzichtenden, an seine Stelle treten. Erleben solche Personen den Erbgang nicht oder schlagen sie aus, so wird vermutet, dass der Erbverzicht insoweit dahinfällt (sog. „lediger Anfall“, *Art. 496 ZGB*).

Umstritten sind die Konsequenzen des Erbverzichts auf die Pflichtteilsberechnung der verbleibenden Erben. Die überwiegende Meinung besagt, der wegfallende Pflichtteil komme der Freiheit des Erblassers, also der verfügbaren Quote, zugute.

3. Die beteiligten Parteien

Immer ist am Erbvertrag der Erblasser beteiligt, d.h. die Person, über deren künftigen Nachlass disponiert wird.

4. Verfügungen von Todes wegen, die nicht Gegenstand eines Erbvertrags sein können

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

- die Einsetzung eines Willensvollstrecker (*Art. 517 ZGB*).
- die Errichtung einer Stiftung auf den Todesfall (*Art. 493 i.V.m. 81 Abs. 1 ZGB*).
- die Enterbung.

IV. Die Bindungswirkung des Erbvertrags

1. Bindung des Erblassers

Der begünstigende Erbvertrag ist in dem Sinne bindend, als der Erblasser sich verpflichtet, keine gegenteiligen Verfügungen von Todes wegen zu erlassen. Jedoch unterwirft der Erbvertrag als Verfügung von Todes wegen den Erblasser keinen Einschränkungen, zu Lebzeiten über sein Vermögen zu disponieren. Er kann also trotzdem Güter verkaufen, verbrauchen, ja verschleudern, verkommen lassen oder verspielen und auch verschenken.

Art. 494 Abs. 3 ZGB erklärt jedoch diejenigen Schenkungen für anfechtbar, welche mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind. Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich durch Auslegung des Erbvertrags.

2. Bindung der Gegenpartei

Auch wenn jemand erbvertraglich eine Begünstigung aus dem Nachlass versprechen lässt, wird er selber nicht gebunden. Er vergibt damit nicht die Möglichkeit, im Erbgang das Erbe auszu-schlagen oder das Vermächtnis abzulehnen. Erklärt allerdings die Gegenpartei einen Erbverzicht, so muss sie nach der Idee dieses Geschäfts gebunden sein. Kraft Obligationenrechts besteht auch die Bindung bezüglich der Gegenleistung zugunsten des Erblassers.

3. Aufhebung der Bindung

Die Aufhebung bedarf, wie oben bereits erwähnt, nicht der gleichen Form wie die Eingehung des Erbvertrags.

V. Klagen aus Erbverträgen

1. Herabsetzung

Wie alle Verfügungen von Todes wegen kann der Erbvertrag der Herabsetzungsklage nach *Art. 522–533 ZGB* unterliegen, wenn er Pflichtteil verletzt.

2. Ungültigkeit

Liegt ein Formfehler oder inhaltlicher Mangel (Rechts- und Sittenwidrigkeit, Verfügungsunfähigkeit, Willensmangel) im Sinne der *Art. 519 f. ZGB* 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 selber und die Gegenpartei je nach Lehrmeinung hinsichtlich der Modalitäten verschieden.

Was den Erblasser angeht, so wird ihm das (ungeschriebene) Recht zuerkannt, solche Mängel geltend zu machen. Allerdings bestehen Unklarheiten, wie er das tun soll: *Art. 469 Abs. 2 ZGB, Art. 31 OR oder Art. 519 f. ZGB?*

Ebenso kann nach der Lehre auch 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.

3. Die Klage nach Art. 494 Abs. 3 ZGB

Rechtsgeschäfte des Erblassers, die seinen erbvertraglichen Pflichten zuwiderlaufen, können im Erbgang vom Begünstigten angefochten und von den Empfängern kann das Erhaltene herausverlangt werden.

VI. Die Rolle des Erbvertrags in der Praxis

Am häufigsten tritt der Erbvertrag wohl zwischen Ehegatten auf, meist mit güterrechtlichen Abmachungen kombiniert.

11. Die Arten von Anordnungen auf den Todesfall

I. Der gesetzliche Katalog

1. Prinzip des numerus clausus

Das Recht räumt nur bestimmte Arten von Möglichkeiten ein, wie ein Individuum auf seinen dereinstigen Nachlass einwirken kann. Diese Beschränkung macht sich aber praktisch nicht stark fühlbar. Denn dem Erblasser ist es in weitem Mass möglich, von seinen Erben oder anderen Nachlassbegünstigten entsprechende Verhaltensweisen zu verlangen. Frage bleibt allerdings, was geschieht, wenn die Erben nicht „folgsam“ sind.

2. Die Artikel 481–497

Diese Artikelgruppe enthält eine (unvollständige) Liste von inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Verfügungen von Todes wegen:

- Erbeinsetzung
- Vermächtnis (Legat)
- Auflage
- Errichtung einer Stiftung

- Einsetzung eines Ersatzbegünstigten
- Einsetzung eines Nachbegünstigten
- Erbvertrag

Zudem besteht die Möglichkeit, die Verfügungen mit Bedingungen zu versehen.

3. Weitere Arten

Ausserhalb dieses Gesetzesabschnitts findet sich noch eine ganze Reihe weiterer Arten:

- Einsetzung eines Willensvollstreckers (*Art. 517 f. ZGB*)
- Teilungsvorschrift (*Art. 522 Abs. 2, 608 Abs. 1, 610 Abs. 1 ZGB*)
- Widerruf eines Testaments (*Art. 509–511 ZGB*)
- Widerruf eines Erbvertrags
- Anordnungen über die Ausgleichspflicht (*Art. 626, 629, 631 ZGB*)
- Begründung von Stockwerkeigentum (*Art. 712d Abs. 3 ZGB*)

II. Die Erbeinsetzung

1. Möglichkeiten

Der Erblasser kann irgendwelchen Rechtssubjekten Erbenstellung an seinem Nachlass einräumen (auch juristischen Personen).

2. Gesetzliche und eingesetzte Erben

Somit gibt es zwei Kategorien von Erben: die gesetzlichen (*Art. 457–462 ZGB*) und die durch Verfügung von Todes wegen eingesetzten.

III. Das Vermächtnis (Legat)

1. Möglichkeiten

Mit dem Legat wendet der Erblasser von Todes wegen einer Person (Vermächtnisnehmer, 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

Inhalt des Vermächtnisses kann also sowohl ein Natural- wie ein Geldwert sein. Der Erblasser kann auch mit diesen Möglichkeiten spielen.

Nicht selten wird die Abgrenzung des Vermächtnisses von der Erbeinsetzung zum Problem. *Art. 483 Abs. 2 ZGB* stellt die Vermutung auf, dass die Zuweisung einer Quote des Nachlasses eine Erbeinsetzung sei; die Auslegung der Verfügung kann aber das Gegenteil ergeben. Wenn die Verfügung nur Objektempfänger, aber keine Erben nennt, so können die genannten Personen trotzdem bloss Legatäre sein; es gilt dann die gesetzliche Erbfolge.

2. Rechtsnatur

Das Vermächtnis aktualisiert sich, wie alle Verfügungen von Todes wegen, erst im Erbgang. Es stellt dann einen Anspruch gegen die Erben auf entsprechende Leistung dar. Das Legat lastet also auf den Erben, sie sind damit beschwert. Der Legatar hat gegen die beschwerten Erben jedoch nur einen obligatorischen Anspruch. Im Erbgang ist mangels anderweitiger Anordnung des Erblassers die Einforderung erst möglich, wenn die beschwerten Personen selber die Erbschaft (bzw. das Legat) angenommen haben oder nicht mehr ausschlagen können (*Art. 562 Abs. 2 ZGB*).

Für den Legatar besteht kein Schutz bei Sach- und Rechtsmängeln, die vor dem Tod des Erblassers eingetreten sind, wie bspw. der Untergang eines Objekts, das ihm in natura vermacht worden ist (*Art. 484 Abs. 3, 485 Abs. 1 ZGB*). Auch die Rechte der Erbschaftsgläubiger gehen vor, wenn dem Legatar eine Geldsumme vermacht worden ist (*Art. 564 Abs. 1 ZGB*).

3. Das Verhältnis zur Erbenstellung

Das Vermächtnis ist reine Begünstigung (Auflagen und Untervermächtnisse ausgenommen). Im Gegensatz zu den Erben haftet der Vermächtnisnehmer nicht für die Nachlassschulden. Sogar für die Hypotheken, die auf dem vermachten Haus lasten, haften die Erben.

Andererseits ist der Legatar auch nicht an der Erbengemeinschaft beteiligt. Er hat also nicht Anspruch darauf, an deren Beschlüssen mitzuwirken, und besitzt auch nicht die Informationsansprüche der Erben.

Legat und Erbenstellung können in derselben Person zusammenfallen. Dabei ist eine Abgrenzung gegenüber der reinen Teilungsvorschrift vorzunehmen (*Art. 608 Abs. 3 ZGB*).

IV. Die Auflage

1. Möglichkeiten

Die Auflage ist theoretisch wie praktisch eines der interessantesten erbrechtlichen Institute. Damit können vom Erblasser Verhaltensweisen der Erben oder Vermächtnisnehmer von verschiedenster Art angeordnet werden.

2. Rechtsnatur

Lehre und Judikatur betonen, dass die Auflage im Gegensatz zum Vermächtnis den begünstigten Personen keine Forderung im rechtstechnischen Sinn vermittelt. Jedoch erteilt *Art. 482 Abs. 1 ZGB* jedermann, der am Vollzug einer Auflage ein Interesse hat, ein entsprechendes Klagerecht. Dabei wird der Kreis der interessierten Personen in der Praxis weit gefasst.

Der Unterschied zum Forderungsrecht, somit zur Position des Legataren, 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 Beschwerte nur die Erben und Vermächtnisnehmer in Frage kommen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts braucht aber kein Bezug zu den Nachlassobjekten zu bestehen. Die Auflage ohne Bezug zum Nachlass dürfte indessen öfters rechtsungültig sein.

3. Abgrenzungen

Die Auflage ist zunächst gegen das Vermächtnis abzugrenzen. Wenn der Erblasser bestimmten Personen ein spezifisches Gut oder Recht zukommen lässt, so ist anzunehmen, dass er diesen eine Forderung auf diesen Wert einräumen wollte. Im Zweifelsfall handelt es sich also immer um ein Vermächtnis.

Ferner ist die Auflage von der Bedingung zu differenzieren. Durch die Bedingung wird vom

Erblasser der Vollzug einer Verfügung von bestimmten Gegebenheiten abhängig gemacht. Im Unterschied zur Bedingung fällt der eigene Anspruch des Beschwerten im Fall der Auflage mit der Nichterfüllung nicht dahin. Was im Einzelfall vorliegt, ist selbstverständlich wieder eine Frage der Auslegung der Verfügung.

4. Verhältnis zum Pflichtteilsrecht

Auflagen, die Vermögensentäusserungen des Beschwerten zur Folge haben, sind bei Berechnung von dessen Pflichtteil in Analogie zum Vermächtnis (*Art. 530 ZGB*) vom Empfangenen abzuziehen.

5. Dauer

Das Erbrecht legt nicht fest, was die zeitliche Begrenzung einer Auflage ist. Die äusserste zeitliche Schranke dürfte wohl bei etwa 50–70 Jahren liegen (zwei Generationen).

V. Erben- und Legatarsubstitution

1. Nacherbschaft und Nachvermächtnis

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 Vorerben auf den Nachberechtigten zu geschehen hat. Vermutungsweise ist dies der Tod des Vorerben (*Art. 489 Abs. 1 ZGB*).

Mit der Verpflichtung zur Weitergabe ist die Stellung des Vorerben nicht mehr diejenige eines Volleigentümers. Er hat das Erbgut zu schonen und zu erhalten; seine Position kommt derjenigen eines blossen Nutzniessers nahe. Darum braucht er auf seinem Pflichtteil die Einsetzung eines Nacherben nicht zu dulden (*Art. 531 ZGB*).

Der Erblasser kann aber die Stellung des Vorerben verbessern. Gemäss einer gängigen Formel kann ein Nacherbe vom Erblasser „auf den Überrest“ eingesetzt werden. Damit wird dem Vorerben grundsätzlich freie Verfügung über das Erbgut zugestanden; lediglich kann er nicht selber von Todes wegen darüber verfügen und muss diejenigen Schenkungen und anderen Verfügungen unterlassen, welche die Disposition des Erblassers unterlaufen. Die Möglichkeiten des Vorerben entsprechen dann etwa denjenigen des Erblassers beim Erbvertrag (*Art. 494 Abs. 3 ZGB*).

Art. 488 Abs. 2 ZGB gestattet die einstufige Einsetzung eines Nacherben; ungültig ist also die Bestimmung von Nach-Nacherben bzw. -legataren.

Der Nacherbe kann für die Dauer der Vorerbschaft Sicherungsmassnahmen verlangen (*Art. 490 ZGB*), wenn der Erblasser nicht davon befreit (z.B. mittels Festsetzung „auf den Überrest“). Der Nachlass bleibt beim Vorerben Sondervermögen; es gilt darum Surrogation für Ersatzobjekte.

2. Die Ersatzverfügung

Der Erblasser kann auch einen Substituenten für den Fall bezeichnen, dass die ursprünglich vorgesehenen

12. Die mangelhafte Verfügung

I. Die Auslegung

1. Die Bedeutung der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen

Die Verfügung kann mangelhaft in dem Sinn sein, dass sie sich unklar ausdrückt. Die Unklarheit schadet grundsätzlich der Verfügung. Das Recht gibt jedoch recht grosszügig der Verfügung eine zusätzliche Chance, indem die Unklarheit durch verschiedenste Methoden der Auslegung beseitigt werden kann. Die Grundlagen, von welchen die Klärung einer Anordnung gewonnen werden kann, sind

- der übrige Kontext der Verfügung,
- Gegebenheiten ausserhalb der Verfügung,
- rechtliche Auslegungshilfen.

Es gibt wohl keine Art von Rechtsgeschäft, bei welchem die Auslegung eine so grosse Rolle spielt wie bei den Verfügungen von Todes wegen. Das liegt nicht nur daran, dass naturgemäss der Verfügende selbst nicht mehr befragt werden kann, wenn sich die Verfügung aktualisiert. Vielmehr ist es die Eigenart des Testaments, dass es im „stillen Kämmerlein“ errichtet werden kann.

2. Vertrauens- und Willensprinzip

Verfügungen von Todes wegen stellen sich auch sonst als ein Sonderfall innerhalb der Rechtsgelehrtslehre dar: es gilt nicht die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (ausser beim Erbvertrag), sondern nach dem Willensprinzip. Die Auslegung hat also den Willen des Erblassers als solchen zu erforschen.

3. Umstände ausserhalb des Urkundeninhalts

Es besteht Einigkeit darüber, dass die Formgebundenheit nicht bedeutet, es dürften nur Auslegungsargumente aus der Urkunde selbst entnommen werden. Vielmehr können auch verschiedenste andere Gegebenheiten ein Licht darauf werfen, was der Erblasser gemeint hat.

In langer Praxis hat sich das Bundesgericht auf den Standpunkt gestellt, dass Auslegung und damit der Beizug von Externa nur Platz greife, wo eine Unklarheit zu beheben sei. Es formulierte in dem Sinn die „Klarheits-“ oder „Eindeutigkeitsregel“, wonach ein klarer Wortlaut keiner weiteren Auslegung zugänglich sei. Zu beachten ist allerdings, dass die Sprache selbst der Auslegung bedarf.

Ausserdem leitet das Bundesgericht als weitere Schranke der Auslegung aus dem Formerfordernis die sog. Andeutungsregel ab, wonach der Wille des Erblassers wenigstens andeutungsweise im formgültigen Text zum Ausdruck kommen muss.

4. Auslegung und Ergänzung

Häufig reicht es zur Ermittlung des Erblasserwillens nicht aus, seine Formulierungen in der Urkunde auszulegen, nämlich dann nicht, 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 wie offenbar auch das Bundesgericht ein recht kategorisches „Nein“ entgegen. Die Begründung dafür wird wiederum im Formerfordernis erblickt: Der hypothetische Wille wird nirgends formgerecht ausgedrückt.

5. Rechtliche Auslegungshilfen

Das ZGB bietet eine grosse Anzahl von Auslegungshilfen in Form von Vermutung, wie bestimmte Typen von Anordnungen mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zu verstehen sind (z.B. *Art. 483, Abs. 2, 484 Abs. 3, 486 Abs. 3, 511, 608 Abs. 3, 626, 629, 631 Abs. 1, 543 Abs. 2 ZGB*).

Neben dem Gesetz kann auch der Richter Auslegungshilfe leisten, indem er Grundsätze der allgemeinen Lebenserfahrung bildet. Eine viel zitierte, in ihrem Anwendungsbereich aber unklare und beschränkte allgemeine Regel postuliert den sog. *favor testamenti*. Das besagt, dass die Gültigkeit der Verfügung weitestmöglich erhalten werden soll. Für die Auslegung heisst dies, dass im Zweifel diejenige Deutung gelten soll, mit der die Wirksamkeit gewährleistet ist.

II. Die rechtlich mangelhafte Verfügung

1. Allgemeines

Art. 519, 520 und 520a ZGB zählen eine Reihe von rechtserheblichen Mängeln einer Verfügung von Todes wegen auf. Wie dies auch für andere Rechtsgeschäfte gilt, macht ein solcher Mangel die Verfügung ungültig. Anders aber als nach den allgemeinen Regeln wird die Ungültigkeit nur wirksam, wenn sie gerichtlich erklärt worden ist. Nichtigkeit ipso iure kennt das Erbrecht nur in Sonderfällen.

Eine Kategorie rechtlicher Mängel — freilich gerade die wichtigste — wird aber etwas anders behandelt: die Pflichtteilsverletzung. Im Urteil wird nicht auf Ungültigkeit, sondern auf Herabsetzung erkannt.

2. Verfügungsunfähigkeit

Zu den rechtserheblichen Mängeln gehört die fehlende Fähigkeit des Erblassers, rechtsverbindlich einen solchen Akt zu erlassen (*Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB*). Damit wird verwiesen auf die Regeln von *Art. 467 f. ZGB*. Für das Testament sind das zurückgelegte 18. Altersjahr und Urteilsfähigkeit erforderlich. Für den Erbvertrag bedarf es der formellen Handlungsfähigkeit desjenigen, um dessen künftigen Nachlasse es geht. Massgebend ist einzig der Zeitpunkt der Errichtung.

3. Willensmängel

Auch bezüglich der Mängel in der Willensbildung kann zunächst an die Grundsätze der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre angeknüpft werden. Es geht also um die Tatbestände, die in *Art. 23–30 OR* aufgeführt sind (*Art. 469 ZGB*). Der Massstab für die Rechtserheblichkeit ist aber beim Testament ein anderer, weil der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes entfällt.

Ein Irrtum sollte nicht zur Ungültigkeit führen, wenn der wirkliche Erblasserwille erkennbar ist und die Intention bestand, diesen in der Urkunde auszudrücken (vgl. *Art. 469 Abs. 3 ZGB*).

4. Rechts- und Sittenwidrigkeit

Wie bei andern Rechtsgeschäften (*Art. 20 OR*) versteht sich von selber, dass das Recht nicht eine Verfügung schützen kann, die ihrerseits gegen das Recht verstösst.

Rechtswidrig ist die öfter sog. *privatorische Klausel*, d.h. eine Anordnung des Erblassers, mit welchem einem Begünstigten Rechte entzogen werden sollen, wenn er sich dem Erblasserwillen widersetzt. Diese verbreitete Klausel darf nicht zum Zuge kommen, wenn der Begünstigte einfach die ihm vom Recht gewährten Möglichkeiten gelten macht.

5. Formfehler

Das Fehlen eines Formerfordernisses der Verfügung führt natürlich ebenfalls zur Anfechtbarkeit. Dass ihm vom ZGB zwei eigene Artikel (*Art. 520 und 520a ZGB*) gewidmet sind, soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Art Mängel gleich wie die zuvor geschilderten behandelt werden.

III. Die Ungültigkeitsklage

1. Das Prinzip der blossen Anfechtbarkeit

Ungültige Verfügungen von Todes wegen sind nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Das bedeutet, dass die Verfügung trotz Mängeln wirksam ist, wenn sie nicht durch erfolgreiche Klage oder Anerkennung zu Fall gebracht wurde.

2. Geltendmachung zu Lebzeiten des Erblassers

Der Erblasser selbst kann den Mangel eines Testaments jederzeit dadurch zur Geltung bringen, dass er die Verfügung in den entsprechenden Formen (*Art. 509–511 ZGB*) widerruft. Widerruft er nicht, so trifft das Gesetz eine Differenzierung: Als allgemeine Regel ist der Nichtwiderruf irrelevant. Bei Willensmängeln wird die Verfügung geheilt, wenn der Erblasser nicht binnen eines Jahres nach Entdeckung des Mangels widerruft (*Art. 469 Abs. 2 ZGB*).

Andere Personen, insbesondere auch die Begünstigten oder Übergangenen, haben vor dem Erbgang keine Möglichkeit, Mängel eines Testaments rechtswirksam geltend zu machen.

3. Prozessparteien

Die Ungültigkeitsklage kann laut *Art. 519 Abs. 2 ZGB* von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse an der Ungültigkeitserklärung hat. Aktivlegitimiert sind also vor allem die gesetzlichen Erben, aber auch die Begünstigten aus einer früheren Verfügung. Dazu kommt nach der Praxis der Willensvollstrecker und wohl der Destinatär einer Auflage. Jede dieser Personen kann einzeln klagen. Passivlegitimiert sind die an der Aufrechterhaltung der Verfügung interessierten Personen.

4. Frist

Blosse Anfechtbarkeit bedeutet vor allem auch, dass die Möglichkeit, den Mangel rechtlich geltend zu machen, zeitlich begrenzt ist (*Art. 521 ZGB*). Dabei handelt es sich um eine Verwirklichungsfrist.

5. Die Wirkung der Ungültigerklärung

Das Begehren der Ungültigkeitsklage ist weder Leistungs- noch Feststellungs-, sondern Gestaltungsklage. Durch Gutheissung der Klage wird die wirksame Verfügung ex tunc unwirksam. Allerdings wirkt das Ungültigkeitsurteil nur zwischen den Prozessparteien (*inter partes*).

6. Nichtigkeit

Gewisse Dokumente können von vornherein keine Wirkung als Verfügungen von Todes wegen entfalten. Die Nichtigkeit kann einredeweise oder mittels Feststellungsklage geltend gemacht werden.

In diese Kategorie fallen alle Akte, die nicht Verfügungen von Todes wegen sein können. Berechtigte Frage ist, ob zudem elementare Fälle von Rechts- und Sittenwidrigkeit und von

Formmängeln Nichtigkeit zur Folge haben, obwohl sie von *Art. 519 f. ZGB* bei der Anfechtbarkeit eingeordnet sind.

7. Besondere Probleme mit Auflagen und Bedingungen

Auflagen und Bedingungen haben das Besondere an sich, dass sie einer anderweitigen Begünstigung anhaften. Damit entsteht die Frage, ob ein Mangel an der Auflage oder Bedingung auch die Begünstigung betrifft. *Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3, 482 Abs. 2 ZGB* entscheiden im bejahenden Sinn. Das wird aber heute als eine blosser Vermutung verstanden: Wenn aus der Verfügung der Wille des Erblassers hervorgeht, die Auflage bzw. Bedingung von der Begünstigung unabhängig zu machen, so kann dies auch wirksam sein, wenn jene ungültig ist.

Anders ist es aber laut *Art. 482 Abs. 3 ZGB*, wenn eine Auflage oder Bedingung bloss lästig (sog. vexatorische Klausel) oder unsinnig ist. Diese Anordnungen können einfach als nicht geschrieben übergangen werden.

13. Der Nachlass

I. Der Begriff des Nachlasses

1. Der Nachlass als Sondervermögen

Das Prinzip „le mort saisit le vif“ bewirkt, dass das übergehende Vermögen sogleich Vermögen der Erben wird. Aber das Nachlassvermögen führt dennoch eine Sonderexistenz. Es gehört allen Erben zusammen, der Erbengemeinschaft, und unterliegt den entsprechenden besonderen Verfügungs- und Verwaltungsregeln.

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. Die Kriterien sind jedoch nicht für alle Arten von Sondervermögen dieselben. Für die Zugehörigkeit zum Nachlass ist ein wertmässiger, nicht funktioneller Zusammenhang massgebend.

2. Der Nachlass als naturale oder rechnerische Grösse

Der Nachlass besteht aus spezifischen Sachen, Rechten und Chancen, daneben aus Verbindlichkeiten. Indessen erscheint in verschiedener Hinsicht der Nachlass auch als ein abstrakter Wert. So ist der Nachlass namentlich die Grösse, an der sich der Anspruch der einzelnen Erben auf Zuweisung von Nachlassgegenständen bei der Teilung orientiert. Nachlass ist dann eine Nettogrösse, unter Abzug der Erbschafts- und Erbgangsschulden.

Als Wertgrösse wird der Nachlass unter Hinzurechnung der ausgleichungspflichtigen Vorempfänge bestimmt. Für die Bestimmung der Pflichtteile kommt die Gesamtheit der herabsetzbaren Zuwendungen zu Lebzeiten hinzu.

3. Güterrecht und Erbrecht

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.

4. Information über den Nachlass

Über die Zusammensetzung und allenfalls auch den Wert des Nachlasses informieren verschiedene Arten von Inventaren, welche im Erbfall stets oder bei besonderem Bedarf zu erstellen sind. Ausserdem besitzt jeder Erbe ein individuelles Recht auf Auskunft über Nachlasssachen

gegenüber seinen Miterben (*Art. 607 Abs. 3 ZGB*). Diese Personen haben einander auch unaufgefordert mitzuteilen, was bezüglich Nachlasswerten für andere von Interesse sein könnte (*Art. 610 Abs. 2 ZGB*).

II. Die Aktiven

1. Universalität der Nachfolge

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 überhaupt unabhängig von der Person des Erblassers bestehen kann. Die Erben treten auch in rechtliche Positionen des Erblassers ein (z.B. Verfahrenspositionen).

2. Höchstpersönliche Rechte

Ihrer Natur nach an die Person gebunden sind die familienrechtlichen Positionen. Etwa der Anspruch auf Unterhalt erlöscht mit dem Tod des Berechtigten wie übrigens auch des Verpflichteten. Anders aber, wenn der Anspruch zu einer Geldforderung geworden ist; vererblich sind also die bereits verfallenen Raten. Entsprechende Überlegungen gelten für das Erbrecht (z.B. Anwartschaften auf ein künftiges Erbe) und das Persönlichkeitsrecht. Auch bei sachen- und obligationenrechtlichen Verhältnissen ist jedes Mal zu prüfen, ob Höchstpersönlichkeit (zwingend oder dispositiv) gegeben ist. Bei Mitgliedschaften ist nach der Natur der Organisation zu differenzieren.

3. Versicherungsansprüche

Ein Recht, das durch den Tod einer Person ausgelöst wird, gehört seinem Wesen nach nicht in den Nachlass. Das gilt etwa für die Rentenansprüche von Witwen und Waisen gegen die AHV oder gegen obligatorische soziale Fürsorgeeinrichtungen und wohl auch für den überobligatorischen Teil der betrieblichen Vorsorge.

Nicht ohne weiteres gilt dies aber für die erbrechtliche Behandlung der Lebensversicherung des Erblassers, spezifisch der von ihm auf sein eigenes Leben abgeschlossenen Versicherung, einschliesslich der auf den Tod gestellten Leistungen aus eigenen Vorkehrungen des Arbeitnehmers im Rahmen der betrieblichen Vorsorge. Fraglich ist allerdings, ob die Versicherungsansprüche in den Nachlass gehen oder, etwa bei einer Begünstigungsklausel, direkt an die Begünstigten gehen soll.

Versicherungen, die über einen Rückkaufwert verfügen, sind jedoch nach *Art. 563 Abs. 2 ZGB* in die Pflichtteilsberechnung einzubeziehen.

III. Der Schutz des Anspruchs auf den Nachlass: die Erbschaftsklage

1. Verwandtschaft und Unterschiede zur Vindikation

Die Erbschaftsklage ist das Instrument, mit welchem die erbrechtlichen Ansprüche auf die Nachlassaktiven in natura durchgesetzt werden (*Art. 589 Abs. 1 ZGB*). Ihre Funktion ist damit dieselbe wie diejenige der *rei vindicatio* (*Art. 641 Abs. 2 ZGB*): Gegenüber einer anderen Person, welche ein Objekt in ihrer Hand hat, wird unter Berufung auf ein besseres Recht die Herausgabe verlangt. In beiden Fällen ist dieses bessere Recht das Eigentum.

Das Thema der Auseinandersetzung bei der Vindikation ist die Frage, ob dem Erblasser ein Recht zustand, dagegen bei der Erbschaftsklage, ob die Erben in sein Recht eintraten. Der Gegner ist darum bei der Vindikation jemand, der seinerseits einen (sachenrechtlichen)

Erwerbsgrund speziell für das betreffende Objekt geltend macht, während er gegenüber der Erbschaftsklage meist eigene Erbrechte beansprucht, jedenfalls die Erbrechte des Ansprechers bestreitet.

Die Eigenheit der Erbschaftsklage gegenüber der Vindikation zeigt sich in einer Reihe von Privilegierungen:

- Sie ist Gesamtklage
- Einheitlicher Gerichtsstand
- Faktisch privilegierte Verjährung (vgl. *Art. 933 f. ZGB*)
- Surrogation (Ersatzwerte gehören zum Nachlass)
- Das Beweisthema der Vindikation entfällt
- Es können nicht nur Sachen herausverlangt werden.

2. Die Rechtsnatur der Klage

Die Erbschaftsklage ist zunächst einmal eine Leistungsklage. Sie zielt auf die Erlangung der Herrschaft über die Erbschaftsgegenstände. Bezüglich Forderungen kann jedoch keine Herausgabe verlangt werden, da das Abstraktionsprinzip gilt. In diesem Sinne ist die Erbschaftsklage Feststellungsklage.

Die Erbschaftsklage muss indessen keine Gesamtklage sein. *Art. 598 Abs. 1 ZGB* lässt ausdrücklich auch das Begehren um Auslieferung einzelner Gegenstände zu.

3. Aktiv- und Passivlegitimation

Aktivlegitimiert ist die Erbengemeinschaft oder die an ihrer Stelle für die Erhaltung des Nachlasses zuständigen Personen. Passivlegitimiert ist der Besitzer, d.h. eine Person, die Herrschaft über Erbschaftsgegenstände ausübt und die Erbrechte der Kläger nicht anerkennt.

IV. Die Passiven

1. Erbschafts-, Erbgangs- und Erbensschulden

In den Nachlass fallen ebenso auch alle Verbindlichkeiten, also Schulden des Erblassers (Erbschaftsschulden). Daneben zählen auch die Erbgangsschulden zum Nachlass, also jene Schulden, die im Erbgang anfallen, wie bspw. das Begräbnis. Diese sind für die Pflichtteilsberechnung abzuführen (*Art. 474 Abs. 2 ZGB*).

Nicht in den Nachlass zählen die rein persönlichen Schulden des einzelnen Erben (Erbenschulden).

2. Die Erbschaftsschulden im Einzelnen

Das Recht behandelt die Aktiven und die Passiven des Erblassers asymmetrisch: Zunächst hat der einzelne Erbe vor der Teilung keinen individuellen Zugang zu den Aktiven, haftet aber bereits mit seinem gesamten Vermögen solidarisch für die Erbschaftsschulden (*Art. 603 Abs. 1 ZGB*). Weiter haftet er extern auch nach der Teilung für die Schulden weiter, die von Miterben übernommen wurden (*Art. 639 ZGB*).

3. Die Steuern

Es ist zu unterscheiden zwischen Steuern, welche bereits der Erblasser schuldet (Erbchaftsschulden) und den Steuern, welche auf dem Vermögen und den Erträgen der unverteilter Erbschaft lasten. Diese Erbschaftssteuer ist kantonale geregelt und in den meisten Kantonen, zumindest für die nächsten Verwandten, abgeschafft worden.

V. Der erbrechtliche Gläubigerschutz

1. Die Risiken der Gläubiger im Erbfall

Zunächst ist zu vergegenwärtigen, dass die Situation des Erbschaftsgläubigers anders, ja diametral entgegengesetzt derjenigen des Erbengläubigers ist. Übernimmt etwa ein begüterter Erbe einen überschuldeten Nachlass, so jubeln die Erbschaftsgläubiger, weil ihnen der Erbe dann auch mit seinem bisherigen Vermögen haftet (*Art. 603 Abs. 1, 639 ZGB*); die Erbengläubiger aber fragen ihren Rechtsberater, was dagegen zu tun sei. Dennoch lassen sich einige allgemeine Feststellungen für beide Kategorien machen.

Systematisch gesehen kann der Erbfall für alle Gläubiger ein Risiko von zweierlei Art mit sich bringen: Einmal ist es die Tatsache der Vermischung zweier Massen von Aktiven und Passiven. Das kann für die einzelnen Gläubiger eine Verschlechterung des Haftungssubstrats mit sich bringen. Das zweite Problem besteht darin, dass der Erbfall von Gläubigern gerade zur Verbesserung des Haftungssubstrates erwartet wird, dass dann aber die Wirkungen, z.B. wegen Ausschlagung, nicht eintreten.

Das sind die Themen des spezifisch erbrechtlichen Gläubigerschutzes. Der Schutz wird vom Recht teilweise gewährleistet, teilweise gehen aber andere Gesichtspunkte vor.

2. Schutz gegen Vermischung der Substrate

Dieser Schutz würde bedeuten, dass das Grundprinzip der Rechtsnachfolge auf der Passivseite, die persönliche Haftung des Erben für die Erblasserschulden, aufzugeben wäre. Wir wissen schon, dass davon keine Rede ist (*Art. 603, 639 ZGB*). Mithin müssen die Gläubiger grundsätzlich eine Einbusse an haftendem Vermögen durch den Erbgang in Kauf nehmen.

Allerdings erhalten die Erbschaftsgläubiger Schutz gegen Vermischung des Nachlasses mit dem Erbenvermögen. *Art. 594 ZGB* 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 das Nachlassvermögen an Nichterben geht und dadurch der Haftung entzogen wird (*Art. 564, 497 ZGB*).

3. Schutz der Erwartungen auf den Erbfall

Erwartungen werden vom Recht grundsätzlich nicht geschützt. Allerdings ist zu beachten, dass die Erben gegen Treu und Glauben verstossen, wenn sie bspw. einen Kredit mit der Anwartschaft als Deckung aufnehmen und anschliessend den Erbanfall selbst vereiteln. Deshalb gelten folgende Schutzbestimmungen zugunsten der Erbengläubiger: Wenn ein überschuldeter Erbe eine Erbschaft ausschlägt, müssen sich dies sein Gläubiger nicht ohne weiteres gefallen lassen (*Art. 578 ZGB*). Unterlässt es ein Erbe im Konkurs, oder gegen den Verlustschein bestehen, die Herabsetzung einer Pflichtteilsverletzung geltend zu machen, so können es die Konkursverwaltung bzw. seine Gläubiger an seiner Stelle tun (*Art. 524 ZGB*).

14. Das Handeln für den Nachlass

I. Die Organisation des Erbgangs

1. Die Situation nach dem Tod einer Person

Der Grundsatz des nahtlosen Übergangs des Vermögens auf die Erben ändert nichts daran, dass der Tod einer Person eine zuweilen über Jahre dauernde Phase der Ungewissheit und des Übergangs mit sich bringt.

2. Privates und staatliches Handeln

Alle diese Ungewissheiten und Hindernisse bewirken, dass das Schicksal des Nachlasses nicht einfach den Rechtsnachfolgern überlassen bleibt. Besondere Institutionen sorgen dafür, dass das Nötige geschieht. Namentlich kommt das Recht hier nicht aus ohne die Einschaltung von Behörden. Diese Mitwirkung kann die Form einer blossen Hilfeleistung haben (*Art. 603 Abs. 3, 580–592, 593–596, 609, 611 f., 613, 617 ZGB*). Allenfalls greift die Behörde aber auch von Amtes wegen ein (*Art. 551–555, 556–559 ZGB*). Alle staatlichen Eingriffe finden jedoch nur subsidiär statt; die Privatberechtigten machen durch eigenes Handeln behördliche Sicherungsmassnahmen überflüssig.

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.

Dies zeigt sich z.B. an den drei Institutionen, die vorgesehen sind, um die handlungsunfähige Erbgemeinschaft zu deblockieren:

- Der Willensvollstrecker (*Art. 517 f. ZGB*)
- Der Erbenvertreter (*Art. 602 Abs. 3 ZGB*)
- Der Erbschaftsverwalter (*Art. 554 Abs. 2 ZGB*).

Das Vorhandensein eines Willensvollstreckers macht die andern beiden Funktionen, dasjenige eines Erbenvertreters macht den Erbschaftsverwalter überflüssig (*Art. 554 Abs. 2 ZGB*).

3. „Die Behörde“

Was die staatliche Mitwirkung angeht, spricht das ZGB einfach von der „zuständigen“ oder von „der“ Behörde, ohne die Zuständigkeiten selber zu regeln. Damit überlässt es die Frage dem jeweiligen Kanton.

4. Erhaltung, Liquidation und Teilung des Nachlasses

Das Verständnis des Erbgangsrechts setzt voraus, dass streng zwischen der Phase des noch ungeteilten Nachlasses und der Teilung unterschieden wird. Die nachfolgenden Ausführungen über das Handeln für den Nachlass beziehen sich auf den Zustand vor der Teilung. In der Teilung selber gibt es die gesetzlichen Möglichkeiten, um am Erfordernis der Zustimmung aller Erben vorbeizukommen, grundsätzlich nicht.

Das Handeln für den ungeteilten Nachlass kann seinerseits zwei grundsätzlich verschiedene Richtungen nehmen. Einerseits kann es um die Erhaltung des Nachlasses gehen, andererseits

kann aber auch die Liquidation des Nachlasses das Ziel sein. Liquidatorische Funktionen kommen den mit der Erhaltung des Nachlasses betreuten Amtsträgern grundsätzlich nicht zu. Der Erbschaftsverwalter in *Art. 554 ZGB* entspricht deshalb nicht dem Erbschaftsverwalter in *Art. 595 ZGB*.

II. Die Erbengemeinschaft

1. Der Grundsatz des gemeinschaftlichen Handelns

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 so lange also das Prinzip der Gesamthand (*Art. 652–654 ZGB*). Gemäss ist für alle Handlungen zwingend die Einstimmigkeit vorgeschrieben (*Art. 602 Abs. 2 ZGB*).

2. Befugnisse einzelner Erben oder Dritter

Um die Nachlasserhaltung zu erleichtern, hat das Bundesgericht dem einzelnen Erben doch das Recht zugestanden, wenigstens in dringlichen Fällen allein für den Nachlass zu handeln. Weiter lässt das Bundesgericht auch eine Ausnahme vom Gesamthandprinzip im umgekehrten Fall zu: Dritte können gültig Erklärungen an einen einzelnen Erben zuhanden der Erbengemeinschaft abgeben, wenn Dringlichkeit die Kontaktierung der ganzen Gemeinschaft verunmöglicht. Schliesslich macht das Bundesgericht noch eine Ausnahme vom Gesamthandprinzip, wo Erben gegen Erben stehen; der oder die Gegner innerhalb der Erbengemeinschaft können nicht zugleich als deren Mitglieder auftreten. Essenziell sei dann lediglich, dass alle Erben an der Auseinandersetzung teilnehmen.

Ausserprozessual können Vertragsmängel von jedem einzelnen betroffenen Erben als Einrede bzw. Einwendung geltend gemacht werden.

Selbstverständlich steht der Erbengemeinschaft die Möglichkeit offen, einem Miterben oder Dritten nach den gewöhnlichen Stellvertretungsregeln (*Art. 32–39 OR*) eine gewillkürte Vollmacht zu erteilen. Ebenso kann eine vom Erblasser oder von der Gemeinschaft erteilte Vollmacht widerrufen werden.

Nicht als Handeln in Bezug auf den Nachlass zu qualifizieren und damit unabhängig vom Gesamthandprinzip gültig sind etwa folgende Handlungen von Einzelerben: das Einholen von Auskünften und das Begehren um Einsetzung eines Erbenvertreters (*Art. 602 Abs. 3 ZGB*), um Erstellung eines amtlichen (*Art. 553 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB*) oder öffentlichen (*Art. 580 Abs. 1 ZGB*) Inventars.

III. Das Handeln für den Nachlass aufgrund besondern Amts (Erbschaftsverwalter, Erbenvertreter, Willensvollstrecker)

1. Allgemeines

Um das Handeln in Sachen des Nachlasses zu erleichtern, hat das Erbrecht drei Funktionen eingeführt, mit welchen von Gesetzes wegen die Befugnis verbunden ist, in diesen Angelegenheiten rechtsverbindlich aufzutreten: der Erbschaftsverwalter, der Erbenvertreter, der Willensvollstrecker. Alle diese Funktionen haben sowohl den Nachlass zu vertreten und zu verwalten. Sie betreuen die laufenden Geschäfte und sorgen für Erhaltung und vorsichtige Vermehrung der Erbschaftswerte.

Diese drei Funktionen unterscheiden sich von einer gewillkürten Vertretung alle in Folgendem:

- sie werden aufgrund eines andern Verfahrens bestimmt,

- sie können von den Erben, auch durch einstimmigen Beschluss, nicht abberufen werden,
- sie sind nicht von den Instruktionen der Erben abhängig,
- ist ein solcher Amtsträger bestellt, so ist das eigene Handeln der Erben in Nachlasssachen ausgeschlossen.

Ebenfalls im Gegensatz zum gewillkürten Vertreter treten diese Personen in Nachlasssachen in eigenem Namen auf, denn sie leiten ihre Befugnis nicht von den Erben ab. Diese Amtsträger haben auch selber Besitz am Nachlass.

Es kann eine Mehrheit von Amtsträgern bestellt werden. Im Zweifel ist anzunehmen, dass sie ihre Funktionen nur alle zusammen ausüben können (*Art. 518 Abs. 3 ZGB*).

2. Das Vertragsverhältnis des Amtsinhabers

Alle drei Funktionen werden vom Gesetz äusserst knapp behandelt. Damit ist die Rechtsstellung der Amtsträger aus subsidiären Rechtsquellen ergänzend zu bestimmen. Als solche ist in erster Linie das Mandatsrecht des OR beizuziehen. In diesem Sinn besteht für den Amtsträgern eine Verantwortlichkeit gemäss *Art. 398 f. OR*, eine Pflicht zur regelmässigen Rechenschaft gemäss *Art. 400 OR* und ein Recht zum Rücktritt gemäss *Art. 404 OR*. Der Amtsträger kann aber stattdessen den Regeln des öffentlichen Rechts oder des Arbeitsvertragsrechts unterworfen sein.

3. 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,
- ihm Weisungen,
- schon erfolgte Dispositionen aufheben,
- ihn absetzen,
- oder gegen ihn Disziplinar massnahmen nach kantonalem Recht ergreifen kann.

Der Amtsträger ist deswegen aber nicht staatlicher Amtsträger. Er kann (und muss) auch ohne Weisungen der Behörde handeln; diese greift nur ausnahmsweise ein. Die Behörde handelt grundsätzlich nur auf Beschwerde interessierter Privatpersonen.

4. Der Erbschaftsverwalter im Besondern

Ein Erbschaftsverwalter wird zur Nachlasserhaltung von der Behörde nur in den von *Art. 554 ZGB* vorgesehenen Fällen eingesetzt, wobei die einzelnen Tatbestände erst noch einigen Ermessensspielraum zum Verzicht auf Ernennung lassen. *Art. 554 Ziff. 4 ZGB* verweist auf *Art. 490 Abs. 3, 548 Abs. 1, 556 Abs. 3, 604 Abs. 3 ZGB*.

Der Erbschaftsverwalter im Zusammenhang mit der Liquidation (*Art. 595 ZGB*) erfüllt bis zu jener dieselben Aufgaben.

5. Der Erbenvertreter im Besondern

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

6. Der Willensvollstrecker im Besondern

Der Willensvollstrecker wird vom Erblasser bestimmt. Das hat in einem Testament zu geschehen. Für ihn gilt bezüglich der Aufgaben dasselbe wie für Erbschaftsverwalter und Erbenvertreter. Er ist auf objektive Normen und nicht auf einen subjektiven Willen, insbesondere auch nicht ausschliesslich auf die Vorstellungen des Erblassers, verpflichtet.

Zu beachten ist, dass der Willensvollstrecker auch die Teilung des Nachlasses vorzubereiten hat.

IV. Sichernde Massnahmen (insb. Siegelung und Inventar)

1. Allgemeines

In kritischen Situationen soll, in einer limitierten Weise, die kantonal bestimmte Behörde laut *Art. 551 Abs. 2 ZGB* die zur Sicherung des Erbanges nötigen Massregeln treffen. Das ZGB selber ordnet nur eine solche Massnahme an: das amtliche Inventar nach *Art. 553 ZGB*. Ausserdem ermächtigt es die Kantone, die Siegelung von Nachlassobjekten vorzusehen (*Art. 552 ZGB*). Diese Liste ist aber nicht erschöpfend.

Diese Massnahmen werden von der Behörde von Amtes wegen vorgenommen, wenn die Voraussetzungen gegeben sind.

2. Die Siegelung

Siegelung heisst zunächst, dass der Beamte an den Behältnissen der zu schützenden Objekte oder an der Tür von ganzen Räumen oder Wohnungen sein Amtssiegel anbringt. Damit ist der Zugang zu den Objekten jedermann untersagt. Missachtung ist am Siegelbruch (*Art. 290 StGB*) erkennbar.

In der Praxis betrachten sich die Behörden öfters als ermächtigt, unter dem Titel der Siegelung Objekte oder Schlüssel in eigene Verwaltung zu nehmen oder etwa Türschlösser auszuwechseln, ebenso eine Konto- oder gar Grundbuchsperrung zu verfügen.

3. Das Inventar

Eine häufigere, weniger eingreifende Vorkehrung als die Siegelung ist die Aufnahme eines Inventars der Nachlassgegenstände. Damit wird ebenfalls — wenn auch schwächer — sichergestellt, dass nicht von der Ungewissheit nach dem Tod profitiert und Erbschaftsgut unbemerkt entwendet wird. Den Erben vermittelt es einen Überblick über die Erbschaft (*Art. 568 ZGB*).

Im Erbfall kommen vier Arten von Inventaren in Betracht:

- Inventar zu Sicherungszwecken (*Art. 553 ZGB*)
- Öffentliches Inventar (*Art. 580–592 ZGB*) zur Begrenzung der Erbschaftsschuldhaftung
- Inventar bei Erbschaftsliquidation (*Art. 595 Abs. 2 ZGB*)
- Steuerinventar (kantonales Recht)

Während bei den beiden letztgenannten Inventaren die Erfassung von Aktiven und Passiven gleicherweise bedeutsam ist und im Falle des öffentlichen Inventars der Akzent gar auf der Schuldenseite liegt, sind für das Sicherungsinventar seinem Zweck gemäss nur die Aktiven wesentlich.

15. Der Eintritt der Erben in ihre Stellung

I. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit und seine Relativierung

Um das Prinzip der Unmittelbarkeit des Erbgangs durchzuhalten, nimmt das Erbrecht auch Fiktionen in Kauf, namentlich bezüglich des Besitzesübergangs. Dennoch muss es Relativierungen des Grundsatzes in zweierlei Hinsicht geben: Es muss zunächst festgestellt werden, wer überhaupt Erbe ist; es muss den Erben Gelegenheit geboten werden, eine nicht gewollte Erbenstellung abzulehnen. Mit der erstgenannten Problemstellung befasst sich vor allem die Institution der Testamentseröffnung und der Erbbescheinigung. Bezüglich der Ablehnung stellt das ZGB nicht nur die Möglichkeit der eigentlichen Ausschlagung zur Verfügung, sondern als Zwischenstufen mit bloss partieller Erbschaftswirkung die Annahme unter öffentlichem Inventar und die amtliche Liquidation.

II. Testamentseröffnung und Erbbescheinigung

1. 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 Abs. 1 ZGB*). Dasselbe muss auch für Kopien gelten. Unterlassung kann unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen (*Art. 556 Abs. 2, 540 Ziff. 4 ZGB, Art. 254 StGB*).

Die öffentlichen Urkundspersonen haben die Pflicht, die von ihnen errichteten Testamente aufzubewahren und von Amtes wegen einzureichen (*Art. 556 Abs. 2 ZGB*).

Die Einreichungspflicht besteht auch für Verfügungen, die wegen Form- oder anderer Mängel ungültig erklärt werden könnten (*Art. 556 Abs. 1 ZGB*).

2. Die Eröffnung

Die Behörde unterzieht die entgegengenommenen Verfügungen einem Verfahren, welches traditionell als Eröffnung bezeichnet wird. Sie besteht in der Kenntnisnahme durch die Behörde selber der Kenntnisgabe an die Interessierten.

Die Erben werden zur Eröffnung vorgeladen, wie es in *Art. 558 Abs. 2 ZGB* heisst. Das soll ihnen die Möglichkeit geben, ihren Standpunkt über die Gültigkeit und die Interpretation der eingereichten Dokumente geltend zu machen.

Die Eröffnung hat aber nicht nur informatorische Zwecke. Die Behörde hat sich aufgrund der vorliegenden Dokumente eine Meinung über die Rechte am Nachlass zu bilden und gestützt darauf die Erbbescheinigung zu erlassen.

3. Die Erbbescheinigung

Die eröffnende Behörde hat gemäss *Art. 559 Abs. 1 ZGB* den eingesetzten Erben eine Bestätigung über ihre Erbberechtigung auszustellen. Die gesetzlichen Erben können aber die Ausstellung dieser Erbbescheinigung an die eingesetzten Erben durch Einsprache verhindern. Die Einsprache ist schriftlich oder mündlich bei der Behörde innert Monatsfrist einzureichen und bedarf nicht einmal der Begründung.

Beim Erlass des ZGB wurde offenbar als selbstverständlich angesehen und darum nicht erwähnt, dass der gesetzliche Erbe seinerseits eine Erbbescheinigung erhalten kann.

Die Erbbescheinigung ist immer nur provisorischer Natur. Das Gerichtsverfahren über Gültigkeit, Herabsetzbarkeit oder Auslegung von Verfügungen von Todes wegen bleibt darum immer vorbehalten.

Eine spezielle Bescheinigung seiner Funktion wird in der Praxis dem Willensvollstrecker, dem Erbenvertreter und dem Erbschaftsverwalter ausgestellt.

III. Die Ausschlagung

1. Passiver und aktiver Erbschaftsübergang

Will ein Erbe auf seinen Erbteil verzichten, muss er dafür selber tätig werden. Er muss durch eigenen Akt die Erbschaft ausschlagen (*Art. 566 Abs. 1 ZGB*). Das Gesetz stellt allerdings eine allgemeine Ausnahme in Form einer Vermutung auf: Ist im Todeszeitpunkt der Erblasser kraft amtlicher Feststellung oder offenkundig überschuldet gewesen, so müssen die Erben umgekehrt die Annahme innert Frist erklären, falls sie das Erbe doch antreten möchten.

2. Form

Die Ausschlagung geschieht durch mündliche oder schriftliche Erklärung an die nach kantonalem Recht zuständige Behörde. Dagegen ist für die Annahmeerklärung keine Form vorgeschrieben. Es sollte jedoch dasselbe gelten.

3. Frist

Die Frist zur Ausschlagung bzw. Annahme beträgt drei Monate ab Kenntnis vom Erbanfall (*Art. 567 Abs. 2 ZGB*). Die Frist kann nach *Art. 576 ZGB* jedoch beliebig verlängert werden. Für die Erbeserben läuft die Frist jeweils neu.

4. Verzicht, Verwirkung, Widerruf

Durch Abgabe einer Annahmeerklärung bedeutet einen verbindlichen Verzicht auf die Ausschlagung. Die Ausschlagungsbefugnis ist auch verwirkt, wenn die Ausschlagung nicht frist- und formgerecht erklärt wurde oder wenn sich der Erbe über unumgängliche Erhaltungshandlungen hinaus als Erbe betätigt (Einmischung). Neben die Einmischung stellt *Art. 571 Abs. 2 ZGB* mit gleicher Wirkung, aber mit viel deutlicherem pönalen Charakter, die Aneignung und Verheimlichung von Erbschaftssachen.

die Ausschlagung ist unwiderruflich. Das Gleiche gilt bei Annahmehandlungen wie auch bei Annahmeerklärung. Allerdings tendiert die Lehre dazu, den Widerruf aus den Gründen von *Art. 23–30 OR* zuzulassen.

5. Die Wirkung der Ausschlagung

Mit der Ausschlagung entfällt die Erbenstellung des Ausschlagenden. Dies gilt rückwirkend auf den Erbgang. Nicht betroffen sind die andern Zuwendungen des Erblassers (Vorempfänge, Legate, Versicherungsansprüche). Der Ausschlagende wird behandelt, wie wenn er vorverstorben wäre (*Art. 572 ZGB*). Da dies zu einem endlosen Spiel werden könnte, ordnet *Art. 573 ZGB* die Liquidation durch das Konkursamt an, sobald alle nächsten gesetzlichen Erben ausgeschlagen haben. Zu beachten sind aber die *Art. 574 f. ZGB*.

Ergibt die Liquidation einen Erlös, so geht er trotz Ausschlagung an die Erben, wobei streitig ist, ob nur die gesetzlichen Erben beteiligt sind.

IV. Das öffentliche Inventar

1. Der Grundgedanke

Der Gedanke des öffentlichen Inventars ist folgender: Es wird vom kantonale zuständige 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. Die Erben erhalten dabei das Vermögen in natura und erwerben doch kein „Danaer-Geschenk“. Das öffentliche Inventar ist also mit Rechtsfolgen ausgestattet, bestehend im Hinfall der Haftung für gewisse Erbschaftsschulden.

2. Das Verfahren

Das Verfahren wird ausgelöst durch das Begehren eines Erben, sofern dieser noch zur Ausschlagung befugt ist (*Art. 580 ZGB*). Zu beachten ist die sehr kurze Frist von nur einem Monat (*Art. 567 ZGB*). Der beantragende Erbe hat die Kosten so weit zu tragen, als dafür die Mittel des Nachlasses selber nicht ausreichen (*Art. 584 Abs. 2 ZGB*).

Das Inventar muss, seiner Aufgabe gemäss, Aktiven und Passiven des Nachlasses aufnehmen. Die Aktiven sind, anders als beim Sicherungsinventar, zu bewerten (*Art. 581 Abs. 1 ZGB*). Denn der Entscheid der Erben über die Solvenz des Nachlasses hängt auch vom Bestand der vorhandenen Werte ab. Im Zentrum des Augenmerks steht aber die Erfassung der Passiven. Diese sollen so vollständig wie möglich aufgenommen werden.

Der Erfassung der Passiven dient der Rechnungsruf. Diese angemessene öffentliche Auskündigung (*Art. 582 Abs. 1 ZGB*), mit welcher die Erbschaftsgläubiger zur Eingabe ihrer Betreffnisse aufgefordert werden, findet vor allem in den lokalen oder regionalen Amtsblättern statt. Die Gefahr für einen Gläubiger, der diese Publikationen nicht regelmässig studiert, ist darum nicht gering, dass er die im Rechnungsruf angegebene Frist verpasst und damit allenfalls seines Guthabens verlustig geht. Eine Chance für Forderungen aus öffentlichen Büchern gibt *Art. 583 Abs. 1 ZGB*. Während der Aufnahme ruhen die Betreibungen und die nichtdringlichen Prozesse (*Art. 586 ZGB, Art. 134 Abs. 2 OR*).

3. Die Optionen der Erben nach Abschluss des Inventars

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

- Annahme der Erbschaft
- Ausschlagung
- amtliche Liquidation
- Annahme unter öffentlichem Inventar

Letzteres gilt mangels anderweitiger Erklärung (*Art. 588 Abs. 2 ZGB*). Diese Optionen hat jeder Erbe, unabhängig davon, ob er selber den Antrag für das öffentliche Inventar gestellt hat.

4. Die Annahme „unter öffentlichem Inventar“

Erklärt ein Erbe Annahme unter öffentlichem Inventar, so haftet er voll nur für die inventarisierten Schulden. Unterblieb die Anmeldung aus entschuldbaren Gründen, so haften die Erben immerhin im Rahmen der Bereicherung aus dem Nachlass (*Art. 590 Abs. 2 ZGB*). Dabei wird den Schwierigkeiten der Gläubiger in der Praxis recht grosszügig Rechnung getragen.

5. Die verbleibenden Risiken für das Erbenvermögen

Die Annahme unter öffentlichem Inventar verhindert nicht vollständig, dass der Erbe auf eigene Mittel für die Tilgung von Erbschaftsschulden greifen muss.

V. Die amtliche Liquidation

1. Der Grundgedanke

Das ZGB bietet den Erben eine weitere Möglichkeit an, mit welcher auch die soeben erwähnten Risiken für ihr eigenes Vermögen beseitigt werden: der Nachlass wird versilbert, soweit es zur Deckung der Erbschaftsschulden erforderlich ist. Die Erbschafts- (und Erbgangs-) Gläubiger werden primär daraus befriedigt; dafür entfällt jede weitere Haftung der Erben ihnen gegenüber.

Der Unterschied zur Ausschlagung ist nicht gross. Schlagen allerdings nicht alle berufenen Erben aus, so entfällt für den Ausschlagenden im Gegensatz zur amtlichen Liquidation (*Art. 596 Abs. 3 ZGB*) jede Beteiligung am Wertsubstrat des Nachlasses.

2. Das Verfahren

Das Verfahren wird nur durch Initiative von Interessierten, also nicht von Amtes wegen, ausgelöst. Antragsberechtigt sind: jeder einzelne Erbe (*Art. 593 Abs. 1 und 2 ZGB*), jeder Erbschaftsgläubiger (*Art. 594 ZGB*), jeder Erbengläubiger (*Art. 578 ZGB*).

Auch für die amtliche Liquidation wird ein Inventar erstellt und dafür ein Rechnungsruf durchgeführt. Deren Funktion ist aber nicht von gleicher Wichtigkeit wie für das öffentliche Inventar insofern, als die nicht angemeldeten Forderungen keinesfalls definitiv ausgeschlossen sind.

VI. Die provisorische Zusammensetzung der Erbengemeinschaft

1. Das Problem

Aus verschiedenen Gründen kann die Erbenstellung einer Person nachträglich dahinfallen: Ungültigerklärung der Einsetzung, Herabsetzung zu 100% der Erbeinsetzung, Nacherbschaft, Ausschlagung. Diese Fälle werden im System des Erbrechts nicht gleich behandelt. Im Falle der Nacherbschaft tritt der Nacherbe seine Stellung mit dem Augenblick an, da diejenige des Vorerben dahinfällt (*ex nunc*). Dagegen soll in den andern Situationen der Hinfall die Bedeutung haben, dass die betreffende Person gar nie Erbe geworden ist; der Erwerb der neu eintretenden Person wird also *ex tunc* zurückbezogen auf den Tod des Erblassers.

Umgekehrt ist auch denkbar, dass ein Erbe nicht von Anfang an dabei ist. Es fragt sich vor allem, wie es mit Vorkehren der Erbengemeinschaft steht, die in guten Treuen als gültig betrachtet wurden, weil von der Existenz weiterer Erben nichts bekannt war.

2. Die Lösung

Es kann gar nicht anders sein, als dass die Akte der provisorisch zusammengesetzten Erbengemeinschaft Gültigkeit haben. Es ist aber auch vom System her durchaus folgerichtig zu sagen, dass der provisorische Erbe bis zum Hinfall seiner Position Erbe ist.

Allerdings behält der Rückbezug trotzdem seine Bedeutung: der definitive Erbe trägt Nutzen und Gefahr des Nachlasses auch für diese Zwischenzeit.

16. Das allgemeine Teilungsrecht

I. Begriff und Funktion der Teilung

1. Kollektivtitel wird Individualtitel

Der Einzelerbe hat Anspruch auf Teilung (*Art. 604 ZGB*). Mit der Teilung verwandelt sich das Gesamteigentum der Gemeinschaft in Einzeleigentum der empfangenden Erben; desgleichen

entstehen an den Forderungs- und andern Rechten individuelle Titel. Mit der Teilung verlasen diese Rechtsverhältnisse die Thematik des Erbrechts und werden Gegenstand der jeweils anwendbaren Regeln des sonstigen Rechts. Da sich die Rolle der Erbengemeinschaft darauf beschränkt, den Vermögensträger für den Nachlass zu bilden, ist sie mit abgeschlossener Teilung von selber aufgelöst.

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 Erbengemeinschaft nicht definitiv ist oder wenn ein Dritter die Erbschaft verwaltet.

2. Teilung als Akt der Erben

Die Erben sind die Glieder der Erbengemeinschaft. Die Teilung, als Auflösung der Gemeinschaft, muss durch sie geschehen. Und zwar bedarf der Akt der Mitwirkung aller Erben. Die Teilung kann darum den Erben von keinem Dritten aufgezwungen werden. Weder der Erbschaftsverwalter, noch der Erbenvertreter, noch auch der Willensvollstrecker können sie an deren Stelle vollziehen. Auch die Behörde, obwohl speziell eingesetzt für Teilungskonflikte (*Art. 611 ZGB*), soll grundsätzlich nur helfen. Der Teilungsakt ist auch in dem Sinn an die Person des Erben gebunden, als seine Position in der Erbengemeinschaft und mithin sein Teilungsanspruch unübertragbar ist.

Dagegen ist die Teilung kein höchstpersönliches Geschäft im eigentlichen Sinn. Es kann für den Erben auch durch Vertreter vorgenommen werden.

3. Die Asymmetrie von Aktiven und Passiven

Auch bei der Teilung zeigt sich, dass das Erbrecht die positiven Nachlasswerte anders behandelt als die Verbindlichkeiten. Die Teilung der Aktiven setzt die Teilung und erst recht die Erledigung der Passiven nicht voraus. Folgerichtig bleibt die Teilung auf die Verbindlichkeiten grundsätzlich ohne Einfluss. Die Solidarhaftung der Erben besteht weiterhin (vgl. aber *Art. 639 Abs. 2 ZGB*). Diese Weitergeltung der Verpflichtungen macht auch dort nicht Halt, wo eine sachliche Beziehung zwischen dem zugeteilten Objekt und der Schuld besteht.

Freilich ist gerade diese Mithaftung der Grund, dass die Erben nach Möglichkeit alle diese Verbindlichkeiten vor der Teilung erledigen sollten. Es gehört darum auch zu den Aufgaben eines Willensvollstreckers, dass er dafür sorgt.

4. Partielle Teilung

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 geteilt) und subjektiv partielle Teilung (nur mit gewissen Erben wird geteilt). Beides ist natürlich kombinierbar.

5. Realteilung und Teilungsvertrag

Art. 634 ZGB beschreibt zwei Arten des Teilungsvorgangs: Entgegennahme der Lose (Realteilung) und Abschluss des Teilungsvertrags. Diese Differenzierung kann irreführen. Für die Teilung müssen die gleichen Grundsätze gelten wie für jedes andere Rechtsgeschäft, durch welches Eigentumsverhältnisse verändert werden. So weist auch die Teilung immer ein obligatorisches und ein dingliches Element auf. Es bedarf also sowohl der Vereinbarung unter allen Erben wie auch der Besitzübertragung auf den übernehmenden Erben, bei Grundstücken der Eintragung im Grundbuch. Lediglich fallen beide Elemente bei der Realteilung zusammen, während der schriftliche Teilungsvertrag eine Bindungswirkung unter den Erben schon vor dem Vollzug erzeugt (vgl. *Art. 242 f. OR*).

6. Teilung als Veräusserung und Schuldverteilung

Die Schaffung von Alleineigentum beim Empfängererben zulasten des bisherigen Gesamteigentums der Gemeinschaft kennzeichnet die Teilung als Veräusserungsgeschäft. Es kann als Kauf- oder Tauschgeschäft gedacht werden, indem der Einzelerbe Nachlassobjekte a conto seines Guthabens, d.h. seines Erbanteils, bezieht.

Dem entspricht, dass die Erbengemeinschaft dem übernehmenden Erben wie ein Verkäufer (*Art. 192–210 OR*) für Mängel der Sache haftet. Bei Forderungen geht die Haftung sogar über die dispositiven Zessionsregeln hinaus (*Art. 637 ZGB; Art. 171 OR*).

Anders als unter Erben vermutet das Gesetz, dass gegenüber Legataren keine Gewähr für Mängel der vermachten Werte zu leisten ist (*Art. 485 Abs. 1 ZGB*). Der unentgeltliche Charakter des Vermächtnisses legt hier eine Zurückbindung der Gewährleistung nahe.

Ausser der Zuweisung von Nachlasswerten kann auch die Verteilung der Nachlassverbindlichkeiten Gegenstand der Teilung sein. Ist nichts darüber abgemacht, wird eine interne Aufteilung nach Erbquote vermutet (*Art. 640 Abs. 3 ZGB*). Diese Verteilung bietet Grundlage für Regressnahme der Miterben, die aufgrund der externen Solidarhaftung (*Art. 639 ZGB*) über die intern übernommene Quote hinaus beansprucht wurden (*Art. 640 Abs. 1 ZGB*).

Was die Form des Teilungsvertrages angeht, so gilt für die Aktiven die Analogie zum Kauf insofern nicht, als entgegen *Art. 216 OR* auch die Zuteilung von Grundstücken in einfacher Schriftlichkeit erfolgen kann (*Art. 634 Abs. 2 ZGB*). Die Zuweisung der Passiven bedarf der Schriftform nur, wenn sie sachlich von den Parteien als in den Kontext eines Teilungsvertrags gehörig betrachtet wird.

II. Die Einleitung der Teilung

1. Der Teilungsanspruch als Erbenrecht

Jeder Erbe hat jederzeit das Recht, die Teilung zu verlangen (*Art. 604 ZGB*). Das prozessuale Instrument für die Durchsetzung dieses Anspruchs ist die Teilungsklage.

2. Teilungsaufschub

Das Gesetz gewährt jedem Erben das Recht, einen vorübergehenden Aufschub zu verlangen, wenn sonst erhebliche Wertebussen zu erwarten wären (*Art. 604 Abs. 2 ZGB*). In jedem Fall muss aufgeschoben werden, wenn einem nasciturus (*Art. 31 Abs. 2 ZGB*) Erbrechte zukommen soll (*Art. 605 Abs. 1 ZGB*).

Wichtiger ist die Anordnung des Teilungsaufschubs durch den Erblasser. Sie stellt eine Verfügung von Todes wegen dar und bedarf entsprechender Form. Der erblasserische Teilungsaufschub kann durch die (formlose) Vereinbarung aller Erben ohne weiteres aufgehoben werden. Umgekehrt können die Erben ihrerseits einen solchen beschliessen.

3. Die Rolle des Willensvollstreckers

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

III. Die Zuteilungsregeln

1. Allgemeines

Das Gesetz regelt die Teilung in folgender Art:

- Feste Zuteilungsregeln finden sich für gewisse Einzelfälle.

- Gesichtspunkte für die Teilung, welche aber keine verbindlichen Ansprüche der Einzelrben begründen, liefert *Art. 611 Abs. 2 ZGB*.
- Das Erbrecht enthält Prinzipien, welche indessen keine direkte Ableitung der Zuordnung ermöglichen.
- Das Erbrecht gibt Verfahrensgrundsätze zur Überbrückung von Uneinigkeit (*Art. 611 Abs. 3 ZGB*).

Eine wichtige Funktion können darum die Teilungsanordnungen des Erblassers erfüllen.

2. Gesetzliche Zuweisungsregeln

Erben stehen bezüglich ihrer Quoten keineswegs immer gleich. Trotz solchen quantitativen Ungleichheiten sollen sie aber in der Erbteilung qualitativ auf gleiche Stufe gestellt werden. Das bedeutet: Der Anspruch auf eine bestimmte Zuteilung ist für jeden Erben gleich (*Art. 610 Abs. 1 ZGB*).

Das Prinzip wird vom ZGB selber aber mehrfach abgeschwächt. Namentlich vermittelt *Art. 611 Abs. 2 ZGB* den Eindruck, dass er diesem Grundsatz entgegensteht. Denn es wird vorgesehen, dass mangels Einigung der Ortsgebrauch, die persönlichen Verhältnisse der Erben oder die Wünsche der Mehrheit (in dieser Reihenfolge) zu berücksichtigen seien. Während der Ortsgebrauch heute keine grosse Bedeutung mehr hat, müsste das Abstellen auf die persönlichen Verhältnisse gerade heissen, dass die Prädestination jedes Mal aus den Umständen abzuleiten ist.

Ausserdem kennt das ZGB eine Anzahl fester Zuteilungsregeln: Forderungen des Erblassers gegen einen Erben sind diesem zuzuweisen (*Art. 614 ZGB*); 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. die Wohnung sowie den Hausrat zu Eigentum, evtl. zu Nutzniessung beanspruchen (*Art. 612a ZGB*).

3. Der Anspruch auf naturale Zuweisung

Zur Erbenstellung gehört, dass die Objekte selber, in natura, unter die Erben verteilt werden. Aber auch dieser Anspruch erleidet verschiedene Ausnahmen:

- Ist ein Objekt für einen Erbteil zu gross im Wert und können sich die Erben nicht einigen, so ist es zu verkaufen (*Art. 612 Abs. 2 ZGB*).
- Diese Lösung bezüglich zu grosser Objekte schliesst auch 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.

Art. 613 Abs. 2 ZGB hat dagegen keine grosse Bedeutung.

4. Grenzen der Teilbarkeit

Die Zerteilung des Nachlasses muss eine Grenze haben, soll nicht der Wert zerfallen. Das Teilungsrecht stellt zwei solche Schranken auf: Bei wesentlichem Verlust an Wert soll eine Sache nicht geteilt werden (*Art. 612 Abs. 1 ZGB*) und Gegenstände, die ihrer Natur nach zusammengehören, sollen ebenfalls nicht getrennt werden (*Art. 613 Abs. 1 ZGB*).

5. 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.

6. Die Bewertung

Teilung setzt eine Bewertung der Nachlassobjekte wie auch des Nachlasses als ganzen voraus, da sie eine Anrechnung von solchen Objekten an die Erbquote des Erben darstellt. Wie die Teilung überhaupt, ist diese Bewertung zunächst ein Akt der Erben, also ein Resultat der Verhandlungen unter ihnen (vgl. *Art. 617 ZGB*).

Im Rahmen seiner Befugnis zu Teilungsvorschriften kann auch der Erblasser Bewertungsregeln für die Teilung aufstellen (z.B. Steuerwert am Todestag).

IV. Das Teilungsverfahren

1. Die Einigung der Erben

Die Teilung soll aufgrund einer Vereinbarung der Erben erfolgen. Wie diese Einigung herbeigeführt wird, ist irrelevant (z.B. Münzwurf).

2. Die Mitwirkung Dritter

Erben durch Vereinbarung oder der Erblasser durch Teilungsvorschrift können beliebig Dritte zum Teilungsverfahren beiziehen. Häufig sind es vor allem Schätzungsgutachter für Grundstücke, Schmuck, Kunstgegenstände, Antiquitäten.

Bei Teilungsstreit kann jeder Erbe, sofern nicht ein Willensvollstrecker vorhanden ist (vgl. *Art. 518 Abs. 2 ZGB*), die nach kantonalem Recht zuständige Behörde um Hilfe angehen. Sie versucht, nach den Richtlinien von *Art. 611 Abs. 2 ZGB* zuzuweisen, ihre Vorschläge sind aber für die Erben nicht verbindlich. Die verbindliche Lösung des Teilungsstreites als solcher ist einzig Sache der zivilen Gerichte. Das Instrument dazu ist die Teilungsklage.

3. Zwangsteilung: Losziehung und Zuweisung

Können sich die Erben nicht verständigen, sieht das ZGB grundsätzlich die Losziehung (*Art. 611 Abs. 3 ZGB*) und eventuell die Zuweisung vor.

Ein Losziehungsverfahren im Sinne des ZGB trifft man in der Praxis kaum. Paradox ausgedrückt, kann man aber sagen, dass gerade seine Bedeutungslosigkeit seine Bedeutung zeigt. Die Perspektive, einfach den Zufall walten zu lassen, hat verständlicherweise für die Erben keine grosse Anziehungskraft, und so werden sie durch die gesetzliche Lösung dazu motiviert, doch die Einigung untereinander zu suchen.