

# Ausgewählte Themen des Privatrechts

## I. Der Besitz

### 1. Allgemeines

Der Besitz ist ein reines Faktum (die Tatsache, dass jemand eine Sache in seiner Gewalt innehat), an welches die Rechtsordnung Rechtswirkungen anknüpft.

Mögliche Rechtsfolgen:

- Eigentumserwerb durch Ersitzung;
- ZGB 718: Aneignung (*occupatio*) (≠ Fund); Voraussetzung: Herrenlose Sache (*res nullius*);
- ZGB 930: Der Besitz lässt das Eigentum vermuten;
- Besitzerschutz gegen Störungen.

Eigentum und Besitz sind verschiedene Rechtsfiguren.

### 2. Sachherrschaft und Gewahrsam (*animus et corpus*)

Besitz = *corpus* (tatsächliche Gewalt) + *animus* (Besitzeswille)

Der Besitz besteht aus zwei Elementen:

- Das objektive Element: Das ***corpus***: Die tatsächliche Gewalt über eine Sache, die physische Sachherrschaft.  
Die Sachherrschaft erfordert eine feste, auf eine gewisse Dauer berechnete Beziehung einer Person zu einer Sache (ZGB 921 e contrario).
- Das subjektive Element: Der ***animus possidendi***: Der Besitzeswille.  
Im ZGB 919 ist von dem *animus* nicht die Rede. Der *animus* ist ein Bestandteil des *corpus* selbst, das *corpus* setzt den *animus* voraus.  
Eugen Huber: "*Mit der Gewalt (corpus) verbindet sich ja immer der Wille, sie zu betätigen (animus). Fehlt dieser, so besteht auch die Gewalt nicht.*"

#### a) Fall

Jemand wirft eine Sache in meinen Briefkasten. Ist der Empfänger deren Besitzer?

Zwar hat er das *corpus*, aber der *animus* fehlt, denn die betreffende Person weiss nichts.

Der Absender ist auch nicht deren Besitzer, denn ihm fehlt das *corpus*.

→ Die Sache ist besitzerlos.

Ist die Sache eigentümerlos, herrenlos, *res nullius*?

Nein: Die Sache wurde nicht derelikiert: Keine Eigentumsaufgabe.

Nach ZGB 729: 2 Möglichkeiten von Besitzaufgabe:

- Dereliktion: Wille, den Besitz und das Eigentum aufzugeben.
- Wille, den Besitz aufzugeben, aber kein Wille, das Eigentum zu verlieren. Das Eigentum ist nur dann verloren, wenn ein anderer das Eigentum erwirbt.

**Mit stillschweigendem Akzept dieser Schenkungs-offerte begründet der Empfänger den Besitz (*corpore et animo*), was zur Eigentumsbegründung führt, wenn ein Rechtstitel vorliegt, dessen Obligationinhalt die Eigentumsübertragung ist.**

Fazit: In diesem Fall geschieht keine Besitzesübertragung (*traditio*), sondern:

- 1) eine Besitzaufgabe;
- 2) ein besitzerloser Zustand, aber die Sache ist immer Eigentum des Absenders;
- 3) eine neue Besitzbegründung.

### 3. Unselbständiger und mittelbarer Besitz

#### ZGB 920<sup>1</sup>: **Doppelbesitz**

Nach Abschluss des Mietvertrages sind der Vermieter (Eigentümer) und der Mieter **beide Besitzer**.

#### ZGB 920<sup>2</sup>: Rechtslage

Vermieter

Eigentümer

**Selbständiger Besitz**

("possession originaire")

**Mittelbarer Besitz**

Mieter

Nichteigentümer

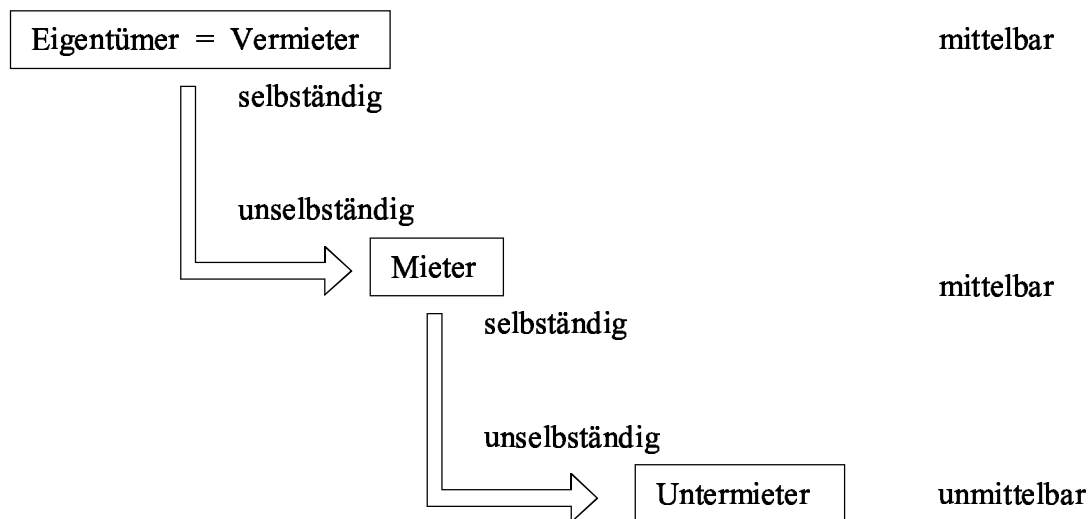
**Unselbständiger Besitz**

("possession dérivée");

der Mieter leitet seinen Besitz vom Eigentümer ab.

Unmittelbarer Besitz

Der selbständige Besitz und der unselbständige Besitz sind **relative Begriffe**: Eine Person kann gleichzeitig gegenüber derjenigen, von der sie den Besitz ableitet, **unselbständiger**, gegenüber derjenigen, der sie den Besitz überträgt, **selbständiger** Besitzer sein.



#### Eigenbesitz

- Der Besitzeswille des Mieters vermittelt dem Eigentümer das *corpus*, das fehlende *corpus* des Vermieters wird durch den *animus* des Mieters substituiert.

- *animus rem sibi habendi*

Wie ist die Figur des Doppelbesitzes möglich?

Wozu eine so komplizierte Figur?

#### Fremdbesitz

- *corpus*

- *animus rem alieno nomine habendi*

Vergeistigung des Besitzes: Der Gedanke des *animus* ist stärker als derjenige des *corpus*.

Für den **Besitzschutz**: Wenn der Eigentümer nicht mehr Besitzer wäre, würde er keinen Besitzschutz mehr erhalten.

### 4. Mitbesitz und Gesamtbesitz

- **Mitbesitz**: Jeder von mehreren Besitzern kann die Sachherrschaft ohne die Mitwirkung der übrigen ausüben;
- **Gesamtbesitz**: Die Sachherrschaft kann nur durch die mehreren Besitzer **gemeinschaftlich** ausgeübt werden.
- Das hat gar nichts zu tun mit Miteigentum und Gesamteigentum!

## 5. Der Rechtsbesitz

- Der Besitz als körperliches Gewaltverhältnis ist nur an Sachen, nicht auch an Rechten möglich. Für Rechte (Grunddienstbarkeiten und Grundlasten) steht die Tatsache der Rechtsausübung dem Besitz gleich (ZGB 919<sup>2</sup>).
- Problem bei negativen Dienstbarkeiten: Sind konkrete Verbotshandlungen erforderlich?

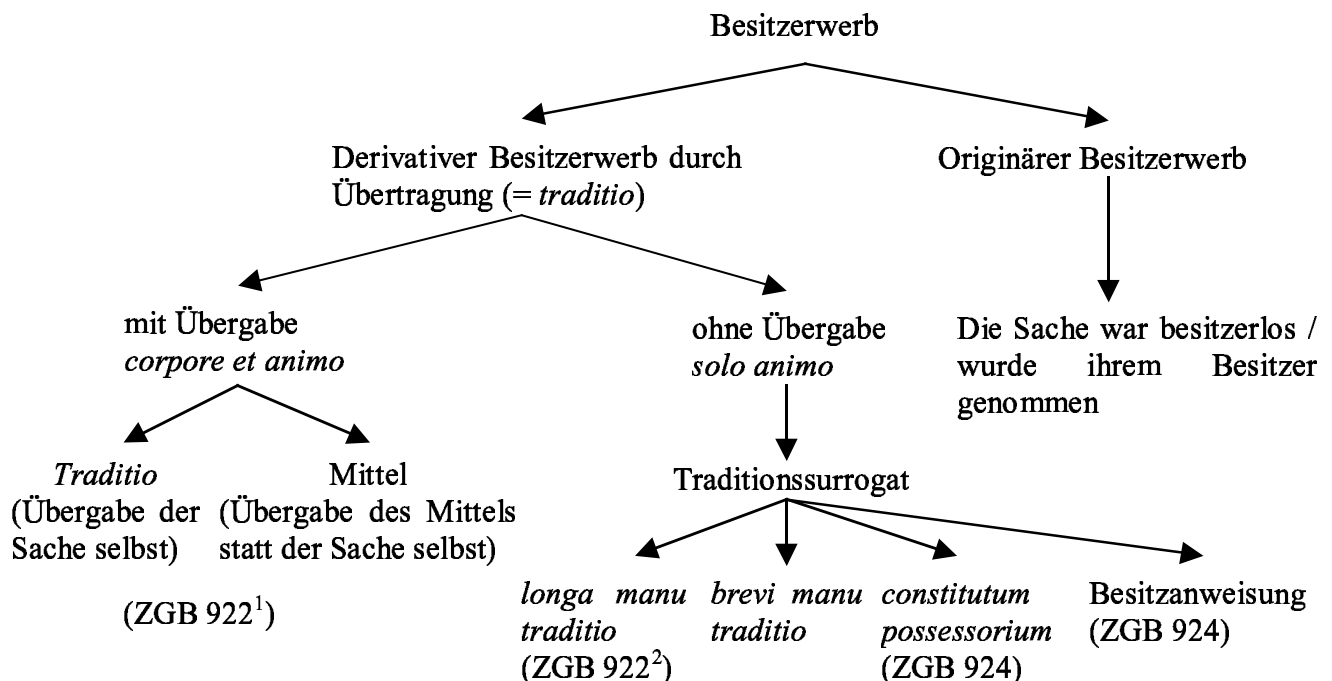
## 6. Besitzdienerschaft

- Die Besitzdienerschaft ist **die faktische Innehabung auf blosses Zusehen**.
- **Der Besitzdiener ist kein Besitzer**, sondern ein blosser Innehaber; er hat das *corpus*, ohne den *animus* zu haben. Er hat kein dingliches oder obligatorisches Recht auf die Sache.
- Beispiele:
  - Arbeiter bezüglich des ihnen zur Verfügung gestellten Werkzeuges;
  - Soldaten in Ansehung ihrer Waffen und Militärkleider;
  - Der Kunde in einer Buchhandlung, der ein Buch durchblättert.
  - Ausnahme: Ein leitender Angestellter, der die Verfügungsmacht hat, die Gegenstände zu veräußern, ist Fremdbesitzer.

## 7. Erwerbsarten (ZGB 922–925)

Drei Möglichkeiten:

- Die Sache ist besitzerlos → neue Besitzbegründung;
- Die Sache ist herrenlos (Dereliktion) → Aneignung (*occupatio*);
- **Besitzübertragung (*traditio*)**.



### a) longa manu traditio

Übertragung der offenen Besitzlage ("transfert de la possession ouverte")

Bsp.: Kauf eines Sters Tannenholz.

Die *traditio* durch Übergabe, von Hand zu Hand, wäre unmöglich und lebensfremd.

Der Käufer erwirbt das Eigentum im Moment des Vertragsabschlusses: An der Stelle des Besitzübergabe tritt das Surrogat ein. Eine logische Sekunde nach dem Vertragsabschluss (Verpflichtungsgeschäft) kann der Käufer mit dem Willen des bisherigen Besitzers seine Gewalt ausüben.

Die Besitzübertragung (Verfügungsgeschäft) geschieht mit der **Herstellung der Besitzlage**.

Einschränkung: Die Sache muss sich **im Lebenskreis des Käufers** befinden.

Vergeistigung des Besitzes: An der Stelle des *corpus* stellt sich der *animus*.

### b) brevis manu traditio

Der **unselbständige** Besitzer wird zum **selbständigen** Besitzer.

Bsp: Der Mieter will die gemietete Sache kaufen.

Besitzübertragung durch *Animuswechsel*, Traditionssurrogat auf der Ebene des *animus (solo animo)*: Der bisherige Besitzer gibt seinen animus auf, Eigentümer zu sein, und der bisherige Mieter gibt seinen *animus rem alieno nomine habendi* auf und ersetzt ihn durch *animus rem sibi habendi*.

### c) Besitzeskonstitut (*constitutum possessorium*)

- Der Veräußerer kann den Besitz an den Erwerber übertragen, dabei jedoch die Sache auf Grund eines **besonderen Rechtsverhältnisses** (Vertrag) zu einem beschränkten dinglichen oder persönlichen Recht i. S. von Art. 920<sup>1</sup> zurückbehalten wollen.
- Bsp.: Ich verkaufe eine Sache und miete sie sofort.
- Besitzübertragung durch *Animuswechsel*, Traditionssurrogat. Der Veräußerer behält die Sache und wird unselbständiger Besitzer, der Erwerber erlangt durch ihn den selbständigen Besitz.
- Einschränkungen:
  - Es kann **kein Faustpfandrecht** begründet werden (ZGB 884<sup>3</sup>);
  - Für die Übertragung von Fahrniseigentum äussert das Konstitut seine vollen Wirkungen nur unter einem weiteren Vorbehalt (ZGB 717).

### d) Besitzeanweisung

- Eine an einem Dritten vermietete oder gepachtete Sache wird verkauft.
- Dreipersonenverhältnis:
  - der Veräußerer (z.B. Eigentümer), der mittelbaren Besitz an einer Sache hat;
  - ein Dritter (z.B. Verwahrer), der dem Veräußerer gegenüber unselbständigen Besitz hat;
  - ein Erwerber (z.B. Käufer), dem der Veräußerer seinen mittelbaren Besitz übertragen will.
- Zur Übertragung des Besitzes vom Veräußerer auf den Erwerber genügt hier die **blasse Abmachung** zwischen diesen beiden. Der Erwerber erhält den mittelbaren Besitz; der Dritte hat nun **ihm gegenüber** unselbständigen Besitz an der Sache.
- Eine **Benachrichtigung** des Dritten ist für den Übergang der Sache auf den Erwerber als neuen selbständigen Besitzer **nicht erforderlich**. Art. 924<sup>2</sup> hat nur folgende Bedeutung: **Unterlässt der Veräußerer die Mitteilung an den Dritten, so kann sich dieser auch durch Herausgabe der Sache an den bisherigen, selbständigen Besitzer befreien.**

### e) Fazit

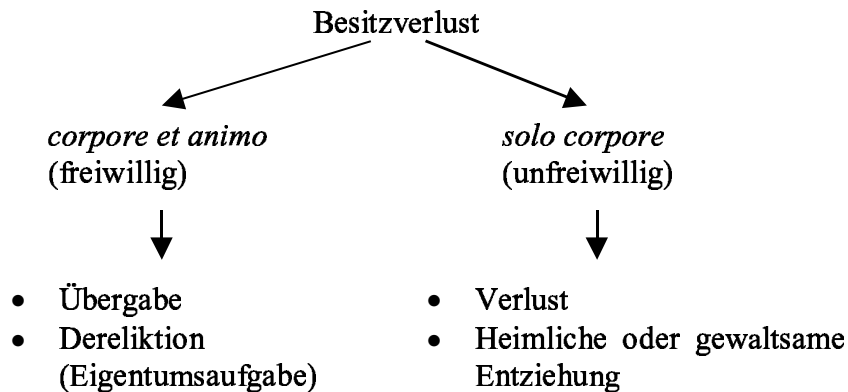
Vergeistigung des Besitzes. Man hat den Gedanken überwunden, dass die Besitzübertragung nur durch Änderung des *corpus* geschehen könnte → lediglich auf der Ebene des *animus, solo animo*.

Alle diese Tatbestände sind Besitzübertragungen: Nur so kann das Eigentum übertragen werden.

## 8. Erhaltung und Verlust des Besitzes

ZGB 921: Vorübergehende Unterbrechung des *corpus*  
 → Besitzerhaltung *solo animo*.

Argumentum e contrario: Der Besitz geht unter, sobald der Besitzer die tatsächliche Gewalt (*corpus*) über die Sache **dauernd** (≠ vorübergehend) verloren hat.



## 9. Der Besitzschutz (ZGB 926–929)

### a) Selbsthilfe (ZGB 926)

Voraussetzungen:

- Der Besitz wird gestört, aber besteht noch;
- Verbotene Eigenmacht: "*vi*" oder "*clam*";
- Eingriff ist unmittelbar;
- Verhältnismässigkeit.

### b) Die Besitzschutzklage

- **Klage aus Besitzesentziehung** (ZGB 927)

Voraussetzungen:

- Störung abgeschlossen;
- Besitz verloren.

Die Klage geht auf Rückgabe der Sache.

- **Klage aus Besitzesstörung** (ZGB 928)

Voraussetzung: Der Besitz ist dem Klagenden nicht entzogen, sondern nur gestört.

Die Klage geht auf Beseitigung der Störung und Unterlassung fernerer Störung.

- In beiden Fällen können ferner Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden (ZGB 927<sup>3</sup>, 928<sup>2</sup>).

### c) Possessorische Natur der Besitzschutzklagen

Bei den Besitzschutzklagen geht es grundsätzlich **nur um den Besitz**, nicht auch um das allenfalls dahinter stehende Recht. **Der Besitzstreit (*possessorium*) ist prinzipiell vom Rechtsstreit (*petitorium*) zu trennen.** Der Beklagte darf sich dem Besitzer gegenüber nicht mit der Einrede wehren, er habe ein besseres Recht auf die Sache als der Kläger. **Der besserberechtigte Beklagte kann seine Ansprüche nicht im Besitzesschutzstreit, sondern erst im Prozess um das Recht (*rei vindicatio*) geltend machen.** **Ausnahme: ZGB 927<sup>2</sup>.** Eine Einrede aus dem besseren Recht wird dann zugelassen, wenn sie **liquid, sofort beweisbar** ist, und wenn auf Grund derselben der Beklagte die Sache dem Kläger wieder abnehmen könnte.

## 10. Der Besitzrechtsschutz (ZGB 930–936)

### a) Die Vermutungen aus dem Besitz

Eine **Vermutung** spricht dafür, dass **dem Besitz das beanspruchte Recht wirklich entspreche** (ZGB 930–931). Diese Vermutung gilt jedoch nur beim Besitz **beweglicher Sachen**. Bei **Grundstücken** spielt der **Grundbucheintrag** die Rolle des Besitzes (ZGB 937<sup>1</sup>).

Rechtsfolgen aus den Vermutungen:

### b) Die Defensivwirkung (Art. 932)

- Abwehr des gegenwärtigen Besitzers gegen Angriffe eines Nichtbesitzers: Der **beklagte** Besitzer braucht sich nur auf seinen Besitz zu berufen; **Sache des Klägers ist es dann, die Vermutung zu brechen**.
- **Die Vermutung entfällt**, wenn der Besitzer durch Anwendung **verbotener Eigenmacht** die Sache erlangt hatte. Wirkungslos ist die Vermutung ebenfalls gegenüber einem früheren Besitzer, dem die Sache **gegen seinen Willen abhanden gekommen** war, oder dem gegenüber sie **böswillig** besessen wird.

### c) Die Offensivwirkung, die Eigentumsverfolgung (Art. 934 ff)

- Die **Rechtsvermutung aus dem Besitz** greift nicht nur zugunsten des gegenwärtigen, sondern auch zugunsten **jedes früheren Besitzers für die Zeit seines Besitzes** ein (ZGB 930<sup>2</sup>).
- Die **Besitzesrechtsklage** oder **Fahnisklage** (weil nur bei beweglichen Sachen zulässig) ist ein **Herausgabeanspruch zugunsten eines früheren Besitzers**, bei dem sich die Beseitigung der Vermutung zugunsten des jetzigen Besitzes sehr einfach gestaltet: Der Kläger stützt sich nicht auf den Bestand seines Rechts (Eigentum, Nutzniessung, Pfandrecht), sondern auf bestimmte Klagegründe, denen zufolge er ein **besseres Recht** zum Besitz hat als der Beklagte.

Klagegründe:

- **Unfreiwilliger Besitzverlust**: Wenn dem Kläger die Sache, die er besass, **gegen seinen Willen abhanden gekommen**, insbesondere **gestohlen** worden oder **verloren gegangen** ist (ZGB 934<sup>1</sup>). Hier obsiegt der Kläger sogar gegen eine Drittperson, die im guten Glauben den Besitz erlangt hat.
- **Bösgläubiger Besitzerwerb**: Wenn der Beklagte in **bösem Glauben** bzw. bei unentschuldbarer fehlender Aufmerksamkeit (ZGB 32) den Besitz erlangt hat, gleichgültig in welcher Weise die Sache dem Kläger abhanden gekommen ist (ZGB 936<sup>1</sup>).
- Die Besitzesrechtsklage hat **Schranken**; auf diese Beschränkungen kann sich **nur der gutgläubige Beklagte** berufen:
  - Ausgeschlossen ist die Klage zur Rückforderung von **Geld** und von **Inhaberpapieren** (ZGB 935);
  - Nur unter einem Vorbehalt ist die Rückforderung gestattet bei Sachen, die vom Beklagten durch **öffentliche Steigerung** oder auf dem **Markt** oder von einem **Kaufmann**, der mit Waren dieser Art handelt, **gutgläubig** erworben wurden (ZGB 934<sup>2</sup>). Er muss sie nur herausgeben, wenn der Kläger dafür **den bezahlten Kaufpreis ersetzt** ("Lösungsrecht" des Klägers).
  - Nach Ablauf von **fünf Jahren** ist die Klage **verwirkt**.

### d) Die Translativwirkung (Gutgläubenswirkung), der Schutz des gutgläubigen Erwerbs (ZGB 933)

- Voraussetzungen:
  - **Guter Glaube** des Erwerbers: Vermutung des Eigentums nach ZGB 930<sup>1</sup>; **nachträglicher böser Glaube schadet nicht**;
  - Bewegliche Sache;

- Verpflichtungsgeschäft, welches die Übertragung des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums zum Obligationsinhalt hat;
- **Anvertraute Sache**: Der Berechtigte hat die Sache mit freiem Willen aufgegeben, auf einen anderen übertragen (Vermietung, Hinterlegung)
- Rechtsfolge: Gutgläubiger **originärer Eigentumserwerb** einer anvertrauten Sache vom Nichtberechtigten.

#### e) Unterschiede zwischen der Besitzesrechts- und der Besitzesschutzklage

- Die **Besitzesschutzklage** kann sowohl bei **Fahrnis** wie bei **Grundstücken** angestellt werden. Die **Besitzesrechtsklage** greift nur bei **Fahrnis** ein. Bei Grundstücken besteht die Vermutung für das Bestehen des behaupteten Rechts nicht für den Besitzer, sondern für den im Grundbuch Eingetragenen (ZGB 937);
- Die **Besitzesschutzklage** stützt sich auf **den Besitz als solchen**, die **Besitzesrechtsklage** auf das im Besitz verkörperte **Recht**. Daher obsiegt bei letzterer nicht ohne weiteres jener Teil, der vorher Besitzer war, sondern jener, der ein besseres Recht als der andere nachweisen vermag.
- Die **Besitzesschutzklage** ist nur bei **verbotener Eigenmacht** gegeben, d.h. bei positiven Eingriffen in die Besitzessphäre des Klägers. Die Besitzesrechtsklage kommt demgegenüber bei jedem unfreiwilligen Besitzverlust und selbst bei freiwilliger Besitzaufgabe in Betracht, sofern der Beklagte bösgläubig ist.
- Die **Besitzesschutzklage** ist an eine **viel kürzere Frist** als die Besitzesrechtsklage gebunden.

#### f) Die Klage aus dem Recht, "rei vindicatio"

Die "*rei vindicatio*" ist der **Anspruch des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer**. Dieser Herausgabeanspruch stützt sich auf das **Recht** selbst.

## 11. Die Verantwortlichkeit des Besitzers

### a) Gutgläubiger Besitzer (ZGB 938–939)

- Der Besitzer ist **Gutgläubiger**: Er hat z.B. die Sache gekauft, **ohne deren Rechtsmangel zu kennen**.
- Er haftet nicht für die Schäden, die sich aus einer normalen Benützung ergeben, als ob der Rechtsmangel nicht bestanden wäre; ein vermeintlicher Mieter würde nur für ausserordentliche Schäden haften, ein vermeintlicher Eigentümer würde keinen Schadenersatz schulden.
- Er schuldet dem Eigentümer nur die Herausgabe der Früchte (oder deren Surrogat), die er noch nicht verbraucht hat, aber nicht für deren Erlös. Der Erlös ist der Nutzung gleichzustellen.
- Kein Bereicherungsanspruch des Eigentümers.

### b) Bösgläubiger Besitzer (ZGB 940)

- Der Besitzer ist **Bösgläubiger** (er wusste, dass er kein Eigentümer war) oder hätte z.B. den Rechtsmangel kennen müssen, so dass er sich auf den guten Glauben nicht berufen kann (ZGB 32).
- Er schuldet Schaden- und Fruchtersatz, auch diejenigen, die er nicht genützt hat (ZGB 940): Er haftet für den vollen Wert der Sache.

## II. Die Theorie der causa

**Zuwendung = Verschaffung eines Vermögensvorteils** (vgl. OR 62 ff)

	Zuwendung	Rechtsgrund
Verpflichtungsgeschäft	Erste Zuwendung: Schaffung einer Gläubigerstellung / Eingehung der Verpflichtung Forderung = Vermögensvorteil	Causa credendi
Verfügungsgeschäft	Zweite Zuwendung (Insolvenzrisiko entfällt)	Causa solvendi Causa acquirendi
Nach Erfüllung / traditio		Causa habendi Causa possidendi

Bemerkungen:

- Grundsatz: Zuwendung ohne causa → *condictio*
- Genauer:
  - Causa credendi fehlt → *rei vindicatio* (bei kausalen Verfügungsgeschäften)
  - Causa habendi (= fortdauernde causa = zureichender Rechtsgrund für das Behaltendürfen) fehlt → *condictio*
- Die Vindikation schliesst die Kondiktion aus (Subsidiarität des Kondiktionsanspruchs).
- Im Erbrecht: Causa mortis.

## III. Personenrecht

### 1. Persönlichkeitsschutz

#### a) Abgrenzung ZGB 27 / ZGB 28 ff (S. 95)

ZGB 27	ZGB 28 ff
Schutz vor <b>übermässiger vertraglicher Bindung</b> (Ebene des Normativen) "Schutz nach innen"	Schutz vor <b>faktischen Beeinträchtigungen</b> (Ebene des Faktischen) "Schutz nach aussen"

#### b) Abgrenzung ZGB 27<sup>1</sup> / 27<sup>2</sup> (S. 99)

ZGB 27 <sup>1</sup>	ZGB 27 <sup>2</sup>
Schutz der Dispositionsfähigkeit	Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit

#### c) Fallgruppen zu ZGB 27<sup>2</sup> (S. 101)

- Unzulässigkeit zufolge des **Gegenstands** der Bindung  
→ (Voll-) Nichtigkeit (OR 20<sup>1</sup>)
- Unzulässigkeit zufolge des **Ausmasses** der Bindung  
→ (Modifizierte) Teilnichtigkeit (OR 20<sup>2</sup>)  
→ Reduktion auf das erlaubte Mass aufgrund des hypothetischen Parteiwillens



## 2. Die Klagen des Persönlichkeitsschutzes

### a) Verhältnis zwischen Berichtigung (ZGB 28a Abs. 2) und Gegendarstellung (ZGB 28g) (S. 154)

Klage auf Berichtigung	Gesuch um Gegendarstellung
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Materielle Wahrheit</li> <li>• "Wahrheit gegen Behauptung"</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Formelle Wahrheit bzw. "Waffengleichheit"</li> <li>• "Behauptung gegen Behauptung"</li> <li>• Erfolgt aussergerichtlich</li> </ul>

## 3. Namensrecht

### a) Namensanmassung (ZGB 29<sup>2</sup>) (S. 187)

Anmassung: Die Namensführung erfolgt unter **Beeinträchtigung schützenswerter Interessen** des Namensträgers  
 → Verwechslungsgefahr

## 4. Die juristischen Personen

### a) Die Organe der juristischen Personen (S. 204)

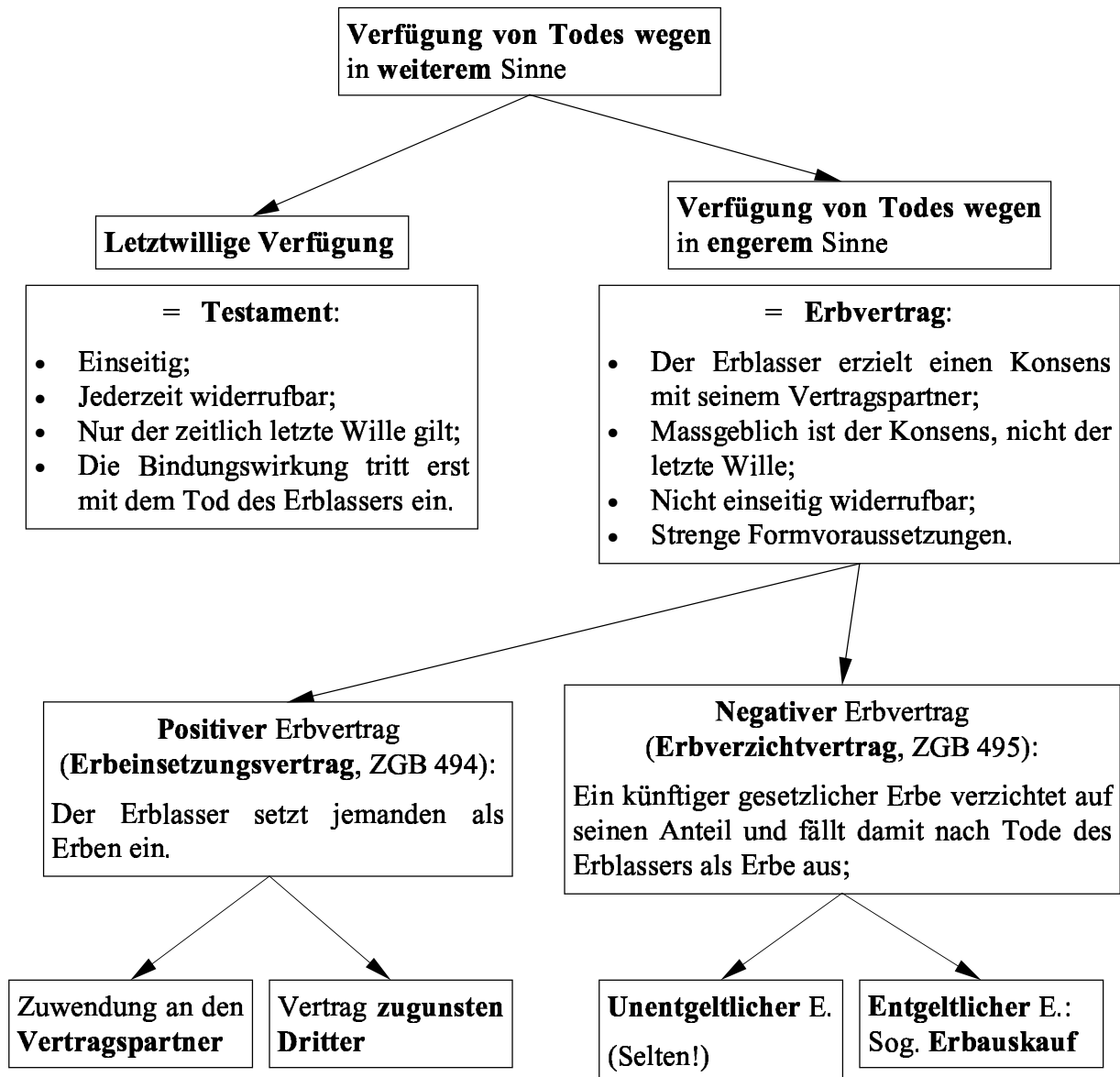
- **Formelles Organ** ist jede Person, die von der zuständigen Stelle *de forma* zur Wahrnehmung von Organfunktionen berufen wird.
- Als **faktische Organe** bezeichnet man alle Personen, die *de facto* an der Willensbildung der Gesellschaft teilhaben und auch mit entsprechender rechtlicher oder tatsächlicher Entscheidungskompetenz ausgestattet sind  
 → Massgebendes Kriterium ist der **Grad selbständiger Entscheidungsbefugnis**.
- **Wissensvertretung**: Das Wissen des Organs gilt als Wissen der betreffenden juristischen Person.

### b) Durchgriff (S. 210)

- Voraussetzung: **Missbräuchliche Verwendung** der juristischen Person; die Berufung auf die faktische Selbständigkeit und juristische Unabhängigkeit der juristischen Person erfolgt einzig zur Verfolgung "unlauterer" Zwecke.
- Anwendungsfall des **Rechtsmissbrauchsverbots** (ZGB 2)
- Rechtsfolge: Möglichkeit, durch den "Schleier der juristischen Person hindurch" auf die dahinterstehende, natürliche Person zu greifen (sog. **Durchgriff**)
- **Haftungsdurchgriff** bei Konzernverhältnissen:
  - Nur bei **Rechtsmissbrauch** oder **Gesetzesumgehung**;
  - BGE 120 II 331 ("Swissair-Entscheid"): "**Haftung aus Konzernvertrauen**".

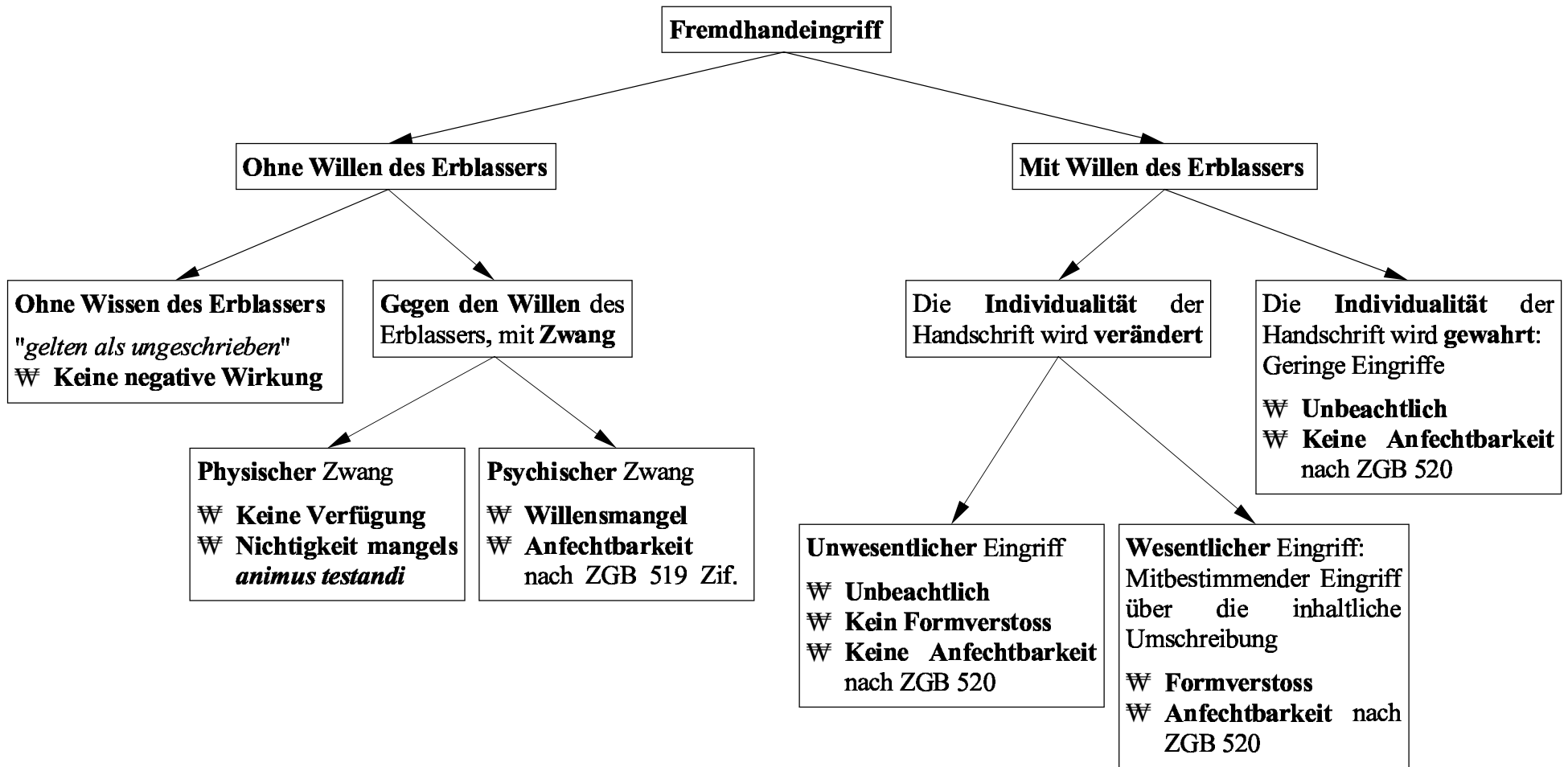
## IV. Erbrecht

### 1. Die Verfügungen von Todes wegen



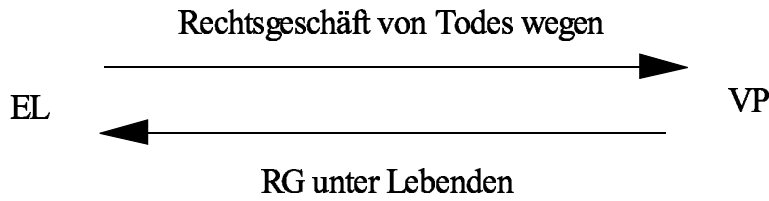
## 2. Störungen der eigenhändigen Niederschrift

Quelle: BGE 98 II 73 ff, Rn. 38–40

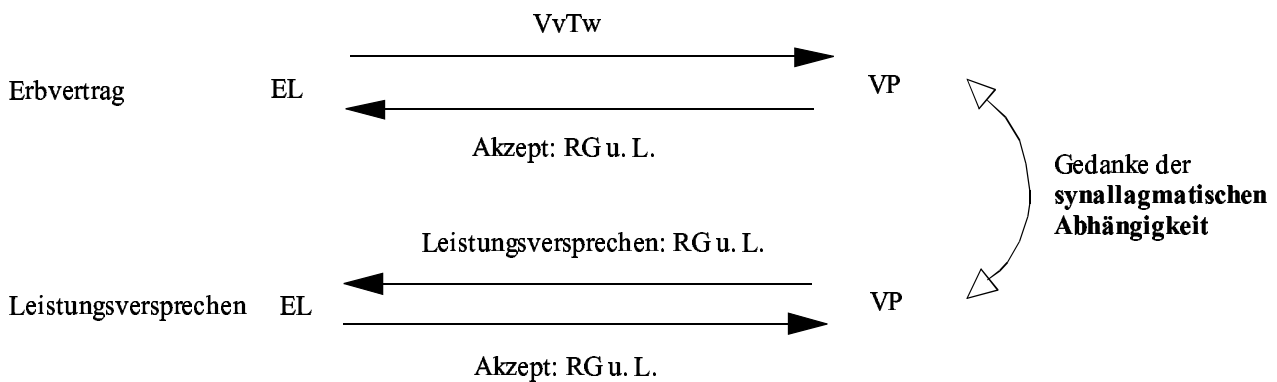


### 3. Der Erbvertrag

- Inhalt eines Erbvertrages: **Herstellung einer Erbanwartschaftsstellung**
- Der Erbvertrag ist im Zeitpunkt seines **Zustandekommens** bereits **erfüllt**.



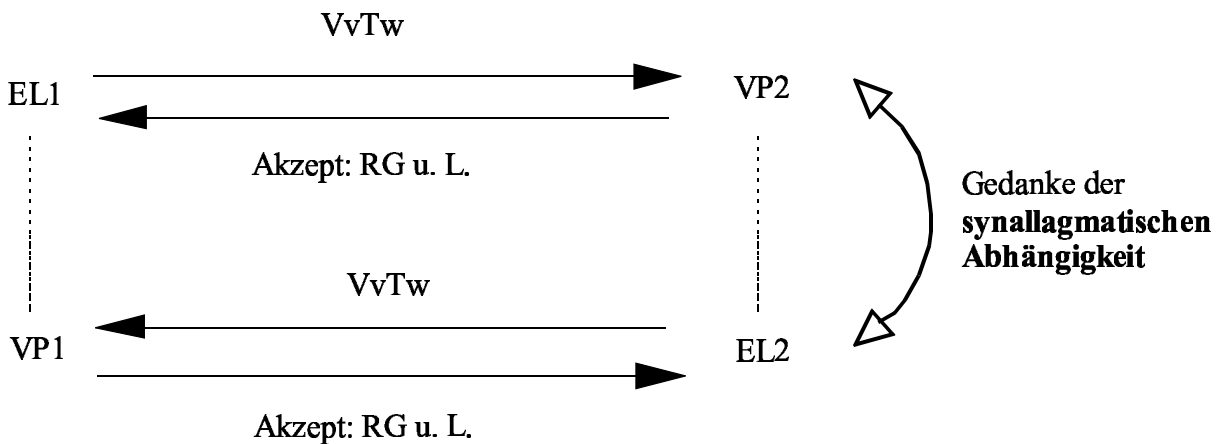
#### a) Entgeltlicher Erbvertrag



Kombination zweier (an sich selbständiger) Verträge  
 → Zusammengesetzter Vertrag = Innominatskontrakt

#### b) Gegenseitiger Erbvertrag

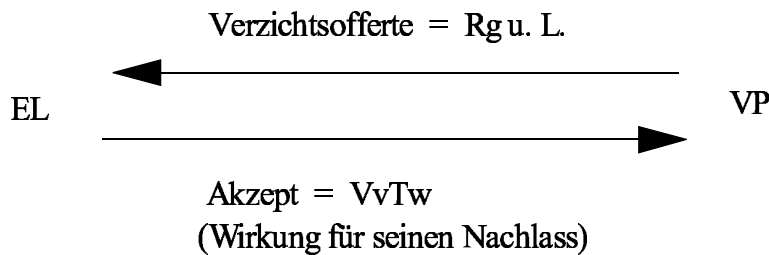
→ Zwei Erbverträge



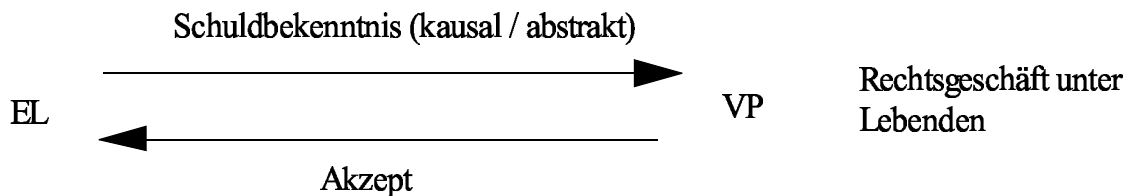
Beide Erbverträge sind voneinander abhängig.

#### c) Erbverzichtsvertrag

Verzichtsobjekt: Anwartschaft, nicht aber die Erbenstellung



Entgeltlicher Erbverzichtsvertrag:



- Zusammengesetzter Vertrag
- Kein Austauschverhältnis!

#### d) Aufhebung des Erbvertrags

A. Durch Vertrag;

B. Durch letztwillige Verfügung

Einseitige "Aufhebung" wegen Willensmangels (OR 469<sup>2</sup>)

Tatbestandselemente:

- Irrtum über konkreten Sachverhalt
- Subjektiv wesentlich für den Erblasser
- Anfechtungserklärung in Testamentsform (ZGB 513<sup>3</sup>)
- Anfechtungserklärung ist empfangsbedürftig, Mitteilung an der anderen Partei erforderlich; sonst: Konvalescenzwirkung.

C. Durch Rücktritt vom Vertrag

I. Rücktritt des Erblassers im Falle eines Erbvertrages mit Gegenleistung (ZGB 514)

Rücktritt als aufhebendes Gestaltungsrecht, nicht im Sinne der Umwandlungstheorie

→ Vindicatio / condictio

II. Rücktritt des Vertragspartners beim entgeltlichen Erbvertrag

1. Rücktrittsrecht

- Keine Leistungsstörung / Vertragsverletzung, denn der Erbvertrag ist im Zeitpunkt seines Zustandekommens bereits erfüllt.
- Analogat: OR 527 "wichtige Gründe"  
→ Aufhebung ex tunc

2. Ausschlagung der Erbenstellung

- Condictio
- Problem: Risiko, dass der Nachlass insolvent ist.

3. Grundlagenerirrung (über einen künftigen Sachverhalt) ?

Kein Irrtum, denn der Erblasser bleibt im Bezug auf seine Rechtsgeschäfte unter Lebenden frei (ZGB 494<sup>2</sup>)

## 4. Die Erbschaftsklage

- Aktiv legitimiert: Der Erbe, der ein besseres Recht behauptet;
- Passiv legitimiert: Der Besitzer, der einen erbrechtlichen Titel zu haben behauptet;

- Erbprätendentenstreit
- Gesamtklage;
- Leistungsklage mit Aussonderungsfunktion;
- Forderungen: Feststellung + Leistung analog OR 170<sup>2</sup>;
- Surrogationsprinzip: Dingliche Surrogation (Verstoss gegen Offenkundigkeitsprinzip der Stellvertretung; gesetzliche Grundlage: ZGB 750<sup>3</sup> analog);
- Vollstreckung:
  - Forderungen: OR 170<sup>2</sup> analog;
  - Sachen: Nach Besitzesregeln (ZGB 599<sup>1</sup> → ZGB 938–940);
  - Grundstücke: Grundberichtigungsklage (ZGB 975);
- Der Beklagte kann sich auf die Ersitzung nicht berufen (ZGB 599<sup>2</sup>);
- Verwirkung (ZGB 600)

## 5. Die Herabsetzung

- **Herstellung der Pflichtteile dem Werte nach**, wertmässig.
- **Gestaltungsklagerecht**: Alle Anfechtungstatbestände im Erbrecht sind Gestaltungsklagerechte und nicht Leistungsklagen.
- Herabsetzbare Verfügungen:
  - Verfügungen von Todes wegen;
  - Ehevertragliche Vorschlagszuteilung bezüglich Pflichtteile der nicht gemeinsamen Nachkommen (ZGB 216<sup>2</sup>);
  - Belastung mit Leistungspflichten zugunsten Dritter (ZGB 530), Bedingungen, Auflagen, Nacherbschaft (ZGB 531);
  - Zuwendungen des Erblassers zu Lebzeiten (ZGB 527 – 528).
- Zeitpunkt der Pflichtteilsberechnung: Wert am Todestag (ZGB 474<sup>1</sup>);
- Aktivlegitimation: Der benachteiligte **Pflichtteilserbe** + ZGB 524;
- Passivlegitimation: Der zu Unrecht Begünstigte;
- Der Pflichtteilsanspruch ist vererblich;
- Verwirkungsfrist: ZGB 533; der Verzicht auf die Geltendmachung der Herabsetzungsklage bewirkt deren Untergang.

## 6. Ausgleichung

- Hinzurechnung, Einbezug von unentgeltlichen Vorempfängen in den Nachlass;
- Wer muss / darf ausgleichen: Die **gesetzlichen Erben**. Durch Ausschlagung entfällt die Ausgleichspflicht;
- Wahlrecht des Empfängers (ZGB 628<sup>1</sup>):
  - Einwerfung in Natur (Realkollation);
  - Wertmässige Anrechnung (Idealkollation);
- Bestimmung des vorbezo-genen (ZGB 630):
  - Wert am Todestag;
  - Wenn die Sache veräussert wurde: Wert im Zeitpunkt des Verkaufs (Nominalwertprinzip);
- Ausgleichungspflichtige Zuwendung:
  - Zu Lebzeiten;

- Zuwendungscharakter;
  - "Ausstattung": Zuwendung, die dem Zweck der Existenzbegründung, –sicherung und –verbesserung dient;
  - Leistungen für Erziehung und Ausbildung der Nachkommen, die für den einzelnen das "übliche Mass" überschritten haben (ZGB 631);
  - Die üblichen Gelegenheitsgeschenke sind nicht ausgleichspflichtig (Vermutung, ZGB 632);
  - Zuwendungen über den Erbteil hinaus (Vermutung, ZGB 629);
- Verweisung von ZGB 630<sup>2</sup> auf die Besitzesregeln ist problematisch.

## 7. Hauptsächliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede

<i>Ausgleichung</i>	<i>Herabsetzung</i>
ZGB 626 ff.	ZGB 522 ff. / 527 ff.
Betrifft nur lebzeitige (unentgeltliche) Zuwendungen	Betrifft primär Zuwendungen von Todes wegen, sekundär lebzeitige (unentgeltliche) Zuwendungen
Erblasser ist in seinen Anordnungen frei, Empfänger kann der Ausgleichung entgehen	Erblasser ist nicht völlig in seinen Anordnungen frei, Empfänger kann der Herabsetzung nicht entgehen
Ausgleichungspflichtig sind nur gesetzliche Erben (Ausnahme: "uneigentliche Ausgleichung")	Herabsetzungspflichtig sind Erben und Nichterben
Ausgleichungsberechtigt sind gesetzliche Erben (Ausnahme: "uneigentliche Ausgleichung")	Herabsetzungsberechtigt sind Pflichterben
Ausgleichung schliesst Herabsetzung aus	Herabsetzung ist subsidiär zur Ausgleichung
Teilungsklage und damit Ausgleichungsanspruch ist unverjährbar	Herabsetzungsklage unterliegt der Verwirkung

## 8. Ausschlagung

- Aufhebendes Gestaltungsgeschäft;
- Wirkung ex tunc;
- Die Erbschaft gehört dem Erben unter einer Resolutivbedingung → provisorische Erbenstellung;
- Der provisorische Erbe kann nur Handlungen vornehmen, die durch die **bloße Verwaltung** der Erbschaft oder den Fortgang der Geschäfte gefordert werden (ZGB 571<sup>2</sup> *e contrario*)
- Provisorische Erbenstellung:   Nachlass = Sondervermögen;  
Definitive Erbenstellung:       Verschmelzung des Nachlasses mit dem privaten Vermögen.

## 9. Die Nacherbeneinsetzung

- Verpflichtung des Vorerben ist keine Obligation, das Verhältnis Vorerben – Nacherben ist ein dingliches. Mit dem Tode des Erblassers erwirbt der Vorerbe die Erbschaft nach ZGB 560, der Nacherbe auch.
- Das Eigentum des Vorerben ist **resolutiv bedingt** und **mit der Auslieferungspflicht belastet**. Die Auslieferungspflicht bezieht sich nicht auf die Früchte, sie fallen ins (unbelastete) Eigentum des Vorerben mit der Trennung.
- **Vorerbe** = **resolutiv bedingter** Inhaber  
**Nacherbe** = **suspensiv bedingter** Inhaber → Anwartschaft

- Nacherbenfall:
  - ➔ Untergang des Eigentums beim Vorerben
  - ➔ Entstehung des Eigentums beim Nacherben (**direkt abgeleitet vom Erblasser**)
- Aus der Auslieferungspflicht ergibt sich eine **Pflicht des Vorerben zur ordentlichen Verwaltung**
  - ➔ Analogie zur Nutzniessung
- Die Verwaltungsbefugnis (= Pflichtrecht) impliziert **Verfügungsbefugnis / -macht** (analog OR 396<sup>2</sup>); die Verfügungsbefugnis ist **beschränkt** auf der **ordentlichen Verwaltung**.
- **Keine Verfügungsbefugnis ausserhalb der ordentlichen Verwaltung**
  - ➔ Der Vorerbe überträgt **belastetes** Eigentum
    - Grundstücke: Vormerkung (ZGB 960 Ziff. 3) zerstört den guten Glauben (absolute Publizitätswirkung des Grundbuchs);
    - Fahrnisgegenstände: Gutgläubiger originärer Erwerb unbelasteten Eigentums (ZGB 714<sup>2</sup> + 933);
    - Forderungen: Kein Gutgläubensschutz, der Zessionar erwirbt eine resolutiv bedingte Gläubigerstellung.
- Keine Vermögensverschmelzung trotz definitiver Erbenstellung: Der Nachlass bildet ein **Sondervermögen** innerhalb des "Eigentums" des Vorerben.
- Verhältnis Vorerben – Nacherben: **Erbschaftsklage**
  - Surrogationsprinzip: Vermögensrechtliche (≠ dingliche) Surrogation
  - ZGB 599 verweist auf die **Besitzregeln** von ZGB 938–940 (gesetzliches Schuldverhältnis);
  - Haftung: Analog ZGB 752<sup>1</sup> (Haftung des Nutzniessers).
- Nacherbeneinsetzung auf den Überrest
  - ➔ **Freie** Verfügungsbefugnis für den Vorerben (Schranke: ZGB 2<sup>1</sup>)
- Schranken des Pflichtteilsschutzes (ZGB 531) ➔ Herabsetzung

## 10. Das Vermächtnis

- Grundlage: ZGB 484 – 486, 562 – 566
- **Zuwendung** = Verschaffung eines (geldwerten) **Vermögensvorteils**; der Vermögensvorteil kann unmittelbar (Forderung) oder mittelbar (Gestaltungsrecht) sein, unentgeltlich oder entgeltlich (Auflage).
- Causa mortis
- Begründung einer Forderung: **Obligatorischer Anspruch** des Vermächtnisnehmers gegen einen / mehreren beschwerten / alle Erben (➔ Solidarschuldner)
- **Singularsukzession**
- Gegenstand:
  - Sache ("*dare*"): Geschuldet wie im Zeitpunkt des Erbgangs (ZGB 485<sup>1</sup>)
  - Handlung ("*facere*"): Schadenersatz (ZGB 562<sup>3</sup>) aufgrund von OR 97 oder Schuldnerverzug analog (bei subjektiver Unmöglichkeit)
- Haftung des Beschwerten (ZGB 485<sup>2</sup>) verweist auf die **Geschäftsführung ohne Auftrag** (OR 419 – 424). Gemäss OR 422<sup>1</sup> (analog) haben die Erben Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten
  - ➔ Einrede des nicht erfüllten Vertrages (OR 82) analog
- Auslieferung eines grundpfandbelasteten Grundstücks: Der beschwerte Erbe bleibt Schuldner (ZGB 560<sup>2</sup>)
  - ➔ Drittpfandverhältnis
 Wenn der Vermächtnisnehmer die Schuld begleicht, tritt er in die Gläubigerstellung kraft **Subrogation** ein (OR 110, ZGB 827<sup>2</sup>).



- **Vermutung:** Zuwendung einer bestimmten Sache ist **nicht Verschaffungspflicht** (ZGB 484<sup>3</sup>)
  - Die Vermächtnisobligation ist nicht entstanden (Einwendungstatbestand)
- Verschaffungsvermächtnis über eine Sache, die sich im Eigentum eines Dritten befindet; der Dritte weigert sich zu äussern
  - Nachträglich unverschuldete Unmöglichkeit (OR 119)
  - Erlöschensfiktion der Obligation (OR 119<sup>1</sup> analog)
  - Der Erbe schuldet aber das "stellvertretende commodum" (= was sich der Erbe erspart hat, weil er vom Dritten nicht gekauft hat)
- **Vermutung: Zuweisung eines Objekts an einen Erben ist Teilungsvorschrift, nicht Vorausvermächtnis** (= ein zusätzlich zu einem Erbteil zugewiesenes Vermächtnis) (ZGB 608<sup>3</sup>)