
Erbrecht

Vorlesung an der Universität Bern
Sommersemester 1999 (Update Juli 2003)

Aufgezeichnet und bearbeitet von

Marcel Küchler

Erbrecht

1. Kapitel: Grundlagen

HUWILER BRUNO, Arbeitsunterlage zur Vorlesung Erbrecht von Prof. Bruno Huwiler, Ausgewählte Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, 5. Aufl., Bern 1999 [zit. HUWILER]; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002, S. 543 ff. [zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO]; RIEMER HANS MICHAEL, Schematische Übersichten zum Erbrecht, Studienheft 3, 2. Auflage, recht 2002.

Für das Inhaltsverzeichnis vgl. HUWILER, p. I ff.

§1 *Funktion des Erbrechts*

Das Erbrecht regelt den Übergang von Vermögen verstorbener (natürlicher) Personen auf die überlebenden Personen. Das Erbrecht ist demnach der Inbegriff jener Normen, welche das rechtliche Schicksal der übergangsfähigen Rechte und Pflichten eines Verstorbenen, des Erblassers, regeln.

§2 *Gegenstand des Erbrechts*

Der Gegenstand des Erbrechts ist das Vermögen des Verstorbenen, d.h. der Nachlass. Der Nachlass ist der Inbegriff der nicht an die Person des Erblassers gebundenen, d.h. der vererblichen Rechtsverhältnisse.

Es gibt grundsätzlich vererbliche, ausnahmsweise vererbliche und unvererbliche Rechtsverhältnisse. Zur ersten Gruppe gehören die primären subjektiven Vermögensrechte: Sachenrechte, Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte sowie auch Schulden; aber auch die sekundären subjektiven Vermögensrechte: Gestaltungsrechte, d.h. Rücktritts-, Anfechtungs- und Kündigungsrechte.

Zu den nur ausnahmsweise vererblichen Rechtsverhältnissen gehören z.B. das Recht zur Ungültigerklärung der Ehe (Art. 104 ff. ZGB), soweit die Klage bereits eingereicht ist, die Passivlegitimation zur Vaterschaftsklage (Art. 261 II ZGB).

Gänzlich unvererblich sind personenbezogene subjektive Rechte wie z.B. die elterliche Sorge, eine Vereinsmitgliedschaft, die Rechtsstellung des Vormundes, aber auch die Nutzniessung, das Arbeitsverhältnis und (meist) der Auftrag. Diese Rechte erlöschen mit dem Tod des Erblassers.

§3 *Partner der erbrechtlichen Verhältnisse*

A) **Erblasser**

Der Erblasser ist diejenige Person, die verstirbt. Dabei handelt es sich stets um eine natürliche Person; juristische Personen sterben nicht, diese werden liquidiert. (Die Liquidation natürlicher Personen hingegen dürfte eher eine Angelegenheit des Strafrechts sein.)

B) Erben

Die Erben sind diejenigen Personen, die gesamthaft in die Rechte und Pflichten des Erblassers eintreten. Es gibt gesetzliche Erben (Art. 457 ff. ZGB: Ehegatte, Verwandte, Gemeinwesen) und eingesetzte, gewillkürte Erben durch Verfügung von Todes wegen (Art. 467 ff. ZGB).

§4 Arten erbrechtlicher Rechtsnachfolge**A) Erben, Universalsukzession**

Erbe ist, wer von Gesetzes wegen (und zwar vollständig) allein oder zu mehreren (Art. 602 ZGB) in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt (Art. 560 ZGB). Die Erbenstellung bedarf keiner Handlung; vielmehr muss handeln, wer nicht Erbe sein will.

B) Vermächtnisnehmer / Legatar

Der Vermächtnisnehmer ist Einzelnachfolger, nicht Erbe (d.h. er tritt auch nicht in die Schulden des Erblassers ein). Ihm steht bloss ein obligatorischer Anspruch gegen die Erben auf Übertragung des Vermachten, einen bestimmten Vermögensbestandteil, zu.

2. Kapitel: Die gesetzliche Erbfolge

§5 Geltungsbereich der gesetzlichen Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge tritt ein, wenn der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen getroffen hat oder diese aus andern Gründen weggefallen oder ungültig ist (Art. 467 ZGB *e contrario*).

5.1 Es fehlt eine Verfügung von Todes wegen

Eine Verfügung von Todes wegen fehlt, wenn nie eine erstellt worden ist, oder wenn sie durch den Erblasser widerrufen worden ist (Art. 509 ZGB).

5.2 Die Verfügung betrifft nur einen Teil des Nachlasses (Art. 481 II ZGB)

5.3 Die Verfügung ist mangelhaft

5.3.1 Ungültigerklärung (Art. 519 ff. ZGB)

HUWILER, S. 137 ff.

Die Verfügung von Todes wegen kann mit Formmängeln (Art. 520 f. ZGB) oder mit Willensmängeln (Art. 469 ZGB) behaftet sein.

5.3.2 Herabsetzung (Art. 522 I ZGB)

HUWILER, 155 ff.

Oder sie kann Pflichtteilsrechte verletzen (Art. 470 f. und 522 ff. ZGB).

5.4 Die Verfügung entfaltet keine Wirkung

HUWILER, S. 190 ff.

5.4.1 Vorversterben (Art. 542 I ZGB)

5.4.2 Erbunwürdigkeit (Art. 540 ZGB)

5.4.3 Ausschlagung (Art. 566 I, 572 II ZGB)

§6 Ordnung und Reihenfolge der Berufung zur Erbschaft

6.1 Parentel, Stamm, Linie

Das Erbrecht richtet sich für die gesetzliche Erbfolge nach dem germanischen Parentelsystem, die Gradnähe der Verwandtschaft spielt hier keine Rolle.

6.2 Parentel

HUWILER, S. 2.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 552.

1. Parentel: Nachkommen des Erblassers (Kinder, Enkel, Urenkel usf.);
2. Parentel: Eltern des Erblassers und ihre Nachkommen (Vater, Mutter, Geschwister, Nichte und Neffen usf.);
3. Parentel: Grosseltern des Erblassers und ihre Nachkommen (Grossvater, Grossmutter, Onkel und Tanten usf.).

6.3 Weitere Unterteilung (Stämme)

HUWILER, S. 3.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 554.

6.4 Grundsätze innerhalb des Parentelsystems

6.4.1 Prioritätsordnung unter den Parentelen

HUWILER, S. 3.

Kein Angehöriger der entfernteren Parentel wird berufen, solange noch ein solcher der nähern vorhanden ist.

6.4.2 Erbberechtigung innerhalb einer Parentel

A) Vorrang des Parentelhauptes vor den übrigen Angehörigen innerhalb jeder Parentel

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 551.

B) Eintrittsprinzip

HUWILER, S. 3.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 551 ff.

Gelangt ein Stammeshaupt nicht zur Nachfolge, treten seine Nachkommen an seine Stelle.

C) Anwachsungsprinzip (Akreszenz)

Der Anteil eines weggefallenen gesetzlichen Erben kommt seinen gleichstufigen Miterben anteilmässig zugute, d.h. wächst ihnen an (Anwachsungsprinzip).

Das Anwachsungsprinzip ist zum Eintrittsprinzip subsidiär.

6.4.3 Erbfolge-Linie

§7 *Erste Parentel: Die Nachkommen*

7.1 Nachkommen schliessen andere Verwandte aus (Art. 457 I ZGB)

7.2 Gleiches Erbrecht der Kinder (Art. 457 II ZGB)

7.2.1 Ausserhehliche Nachkommen

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 559 f..

A) Kindesverhältnis zur Mutter

B) Kindesverhältnis zum Vater

7.3 Erbrecht der späteren Nachkommen

7.3.1 Eintrittsrecht (Art. 457 III ZGB)

HUWILER, S. 4.

7.3.2 Eintritt trotz noch lebender Aszendenten

Bei Erbunwürdigkeit, Ausschlagung oder Vorversterben.

§8 *Übrige Parentelen: Vorfahren und ihre Nachkommen*

HUWILER, S. 5 f.

8.1 Zweite Parentel: Eltern und ihre Nachkommen

8.1.1 Voraussetzung des Erbrechts der zweiten Parentel (Art. 458 I ZGB)

8.1.2 Gleichheit der väterlichen und der mütterlichen Linie (Art. 458 II ZGB)

8.1.3 Eintrittsrecht der Nachkommen (Art. 458 III ZGB)

8.1.4 Eintrittsrecht bei Fehlen von Nachkommen auf einer elterlichen Linie (Art. 458 IV ZGB)

8.2 Dritte Parentel: Grosseltern und ihre Nachkommen

8.2.1 Voraussetzung des Erbrechts (Art. 459 I ZGB)

8.2.2 Gleichheit der väterlichen und der mütterlichen Linie (Art. 459 II ZGB)

8.2.3 Eintrittsrecht der Nachkommen (Art. 459 III ZGB)

8.2.4 Eintrittsrecht der gleichen Seite (Art. 459 IV ZGB)

8.2.5 Eintrittsrecht der Linien (Art. 459 V ZGB)

8.3 Vierte Parentel: Urgrosseltern und ihre Nachkommen (Art. 460 ZGB)

8.4 Keine Gegenseitigkeit der gesetzlichen Erbfolge

§9 *Die Adoptivverwandten*

9.1 Neues Recht

9.1.1 Volles Erbrecht in der neuen Adoptivfamilie (vgl. Art. 267 I ZGB)

9.1.2 Erbrecht in angestammter Familie erlischt (vgl. Art. 267 II ZGB)

9.2 Recht von 1907

§10 Der überlebende Ehegatte (Art. 462 ZGB)

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 560 ff.

- A) **Übergangsrecht (Art. 15 SchlT ZGB)**
- B) **Inhalt der Norm (Art. 462 ZGB)**

§11 Gemeinwesen

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 566 f.

11.1 Grundgedanke

11.2 Gesetzliches Erbrecht des Gemeinwesens (Art. 466 ZGB)

11.3 Besonderheiten

11.3.1 Erbenruf (Art. 555 ZGB)

11.3.2 Ausschluss der Schuldenhaftung (Art. 592 ZGB)

3. Kapitel: Die gewillkürte Erbfolge

1. Abschnitt: Einführung

§12 Gewillkürte Erbfolge als Konsequenz der Verfügung von Todes wegen

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 568 ff., 617 ff.

12.1 Gesetzliche und gewillkürte Erbfolge

Bei der gesetzlichen und bei der gewillkürten Erbfolge treten die Erben automatisch mit bzw. (eine logische/juristische Sekunde) nach dem Tod des Erblassers vollständig in dessen Rechtsstellung ein (Universalsukzession nach Art. 560 ZGB).

Die gesetzlich geregelte Erbfolge ist weitgehend dispositives Recht. Der Erblasser kann frei – unter Einhaltung der Pflichtteilsrechte und der übrigen gesetzlichen Einschränkungen (Rechtswidrigkeit etc.) – nach seinem Willen verfügen, was mit seinem Vermögen nach seinem Tod geschehen soll. Ein Rechtssubjekt kann somit durch Willenserklärung (Rechtsgeschäft) über seinen Tod hinaus seine Vermögensverhältnisse regeln. Anders als im Vertragsrecht gilt im Erbrecht nicht das Vertrauens- sondern das reine Willensprinzip (Art. 469 III ZGB). Die Verfügung von Todes wegen wird so ausgelegt, wie sie der Erblasser wirklich gewollt hat.

Bei der gewillkürten Erbfolge rückt bei Ausfall eines Erben (Vorversterben, Ausschlagung, Erbunwürdigkeit) keiner dessen gesetzlichen Erben nach. Dies, weil die Verfügung von Todes wegen auf den Willen des Erblassers zurückgeht, gerade diesem konkreten Erben etwas zu hinterlassen und nicht dessen Erben. Fällt ein gewillkürter Erbe aus, kommen die gesetzlichen Erben des Erblassers zum Zuge.

12.2 Die Verfügung von Todes wegen

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 568 ff.

12.2.1 Begriff

Verfügungen von Todes wegen sind Rechtsgeschäfte, die auf einer Willenserklärung des Erblassers mit Wirkung über seinen Tod hinaus aufbauen.

12.2.2 Verfügung

Die Verfügung von Todes wegen ist nicht mit einer Verfügung der allgemeinen Zivilrechtslehre (Verminderung des Vermögens) vergleichbar. Im Erbrecht ist die Verfügung die verbindliche Anordnung darüber, was mit dem Vermögen der Erblassers nach seinem Tod geschehen soll.

Die Erbeinsetzung (Art. 483 ZGB) und das Vermächtnis (Art. 484 ZGB) bedürfen – im Unterschied zu den andern Verfügungsarten von Todes wegen (vgl. unten 12.2.5) – aufgrund ihres Zuwendungscharakters einer gültigen *causa*, d.h. eines gültigen Rechts-

grundes der Übertragung.¹ Eine *causa* kann Gültigkeitsvoraussetzung der Rechtsübertragung überhaupt sein (*causa adquirendi*), dann findet bei fehlender *causa* eine Übertragung gar nicht statt (z.B. Eigentumsübertragung an Fahrnissachen nach BGE 55 II 302), oder – bei der abstrakten Verfügung, z.B. einer Zession – den Rechtfertigungsgrund abgeben (*causa retinendi sine habendi*), sodass, wenn ein solcher Grund fehlt, ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt.

Die *causa* im Erbrecht ist die *causa mortis* (eng verwandt mit der *causa donandi*). Sie bedarf neben dem Willen des Verfügenden (des Erblassers) und dem Willen des Empfängers (des Erben, der die Erbschaft nicht ausschlagen darf [Art. 566 ff. ZGB]) eines zusätzlichen Tatbestandselements: des Todes des Erblassers.² Zudem muss der Erbe den Tod des Erblassers in erbfähigem Zustand erleben (Art. 540 ff. ZGB).

12.2.3 Rechtsgeschäft

Ein Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung, die allein oder zusammen mit andern Tatbestandsvoraussetzungen Rechtswirkungen herbeiführt. Das Rechtsgeschäft der Verfügung von Todes wegen weist als Besonderheit auf, dass die Wirkungen erst mit dem Tod bzw. nach dem Tod des Erklärenden (als zusätzlichem Tatbestandselement) eintreten.

12.2.4 Formzwang

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 604 ff.

Die Verfügung von Todes wegen unterliegt strengen Formvorschriften (Art. 499 ff. ZGB). Ein Verstoss gegen diese Formvorschriften führt (analog zu Art. 11 OR) zur Ungültigkeit der Verfügung.

12.2.5 Typenzwang

Die Anordnung des Erblassers über sein Vermögen ist auf bestimmte Typen beschränkt:

- Der Erblasser kann jemanden für die ganze Erbschaft oder für einen bestimmten Bruchteil davon einsetzen: Erbeinsetzung (Art. 483 I ZGB);
- der Erblasser kann aber auch jemandem einen ganz bestimmten Vermögensvorteil (Sache, Vermögenswerte usf.) vermachen: Vermächtnisnehmereinsetzung (Art. 584 I ZGB);
- er kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen (Art. 482 ZGB), wobei die Auflagen keinen Anspruch auf Erfüllung (Realexekution oder Ersatzvor-

¹ Zu den Arten der *causae*: BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 64, Fn. 28 [künftig zit. als BUCHER AT].

² Aus verschiedenen logischen Gründen empfiehlt es sich, den Tod des Erblassers nicht als Bedingung oder Voraussetzung, sondern als zusätzliches Tatbestandselement der Verfügung zu betrachten, ohne welches diese gar nicht zustande kommt. Eine Bedingung bezieht sich immer auf ungewisse künftige Ereignisse und eine Voraussetzung auf nicht bekannte, aber bereits gegebene (gegenwärtige oder vergangene) Tatsachen. Der Tod des Erblassers erfüllt keines dieser Kriterien.

- nahme) bewirken, sondern bloss auf dem Wege einer amtlichen Verfügung mit Strafe im Unterlassungsfall (Art. 292 StGB) durchgesetzt werden können;
- er kann zudem Teilungsvorschriften für die Erbschaft erlassen (Art. 608 ZGB), worin er z.B. festlegt, dass ein Grundstück unter Anrechnung an die übrige Erbschaft an eine bestimmte Person gehen soll;
 - und der Erblasser kann einen Willensvollstrecker einsetzen (Art. 517 ZGB).

12.2.6 Höchstpersönlichkeit

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 569 f., 572 ff.; HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, Rz. 07.19 ff., 07.75 [künftig zit. als HAUSHEER/AEBI-MÜLLER].

Die Verfügung von Todes wegen ist ein absolut höchstpersönliches Rechtsgeschäft, d.h. es ist vertretungsfeindlich und setzt Mündigkeit voraus. Jede Mitwirkung eines andern ist also ausgeschlossen.

Die Folge eines Verstosses ist die Ungültigkeit der Verfügung.

12.2.7 Wirkungen

A) Unmittelbare rechtsgeschäftliche Wirkungen

Sämtliche Mängel eines Rechtsgeschäftes, welche nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zur Ungültigkeit führen, bewirken im Erbrecht stets nur eine Anfechtbarkeit und keine Nichtigkeit (Art. 519 ff. ZGB).

Die Anfechtbarkeit ist ein Gestaltungs-klagerecht³, es unterliegt der relativen Verwirkung von einem Jahr und der absoluten von 10 Jahren (Art. 521 ZGB). Verwirkung führt zur Heilung (*convaleszenz*) des Rechtsgeschäfts.

Verfügungen von Todes wegen sind nur nichtig, wenn ein Wille des Erblassers von Todes wegen verfügen zu wollen (*animus testandi*) fehlt (siehe auch 16.2.1).

B) Abgrenzung der Erben- und Vermächtnisnehmerstellung

a) Die Erbenstellung

Die Erbenstellung (Art. 560 ZGB) hat als Voraussetzung Art. 483 ZGB, d.h. quotale Beteiligung am Nachlass. Wird ein bestimmter Vermögenswert vermacht (Art. 484 ZGB), entsteht keine Erbenstellung.

Die Erbenstellung begründet eine dinglich absolute Rechtsstellung bezüglich der vererbten Sachen wie auch der vererbten relativen subjektiven Rechte (d.h. der Erbe hat ein dingliches Recht an Forderungen), denn die Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB) stellt

³ Anfechtungstheorie des Erbrechts: Das Anfechtungsrecht ist ein Recht auf Gestaltung des Rechtsverhältnisses und zugleich ein (Pflicht-)Recht zur Klage (Gestaltungsklagerecht); das Recht zur Klage besteht auch, wenn die Gestaltungslage, welche Voraussetzung für das Gestaltungsrecht ist, nicht gegeben ist.

Im Erbrecht kann ein Anfechtungsrecht nicht wie z.B. bei Art. 31 OR durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werden, sondern es bedarf der Klage vor dem Richter. Das Klage-recht ist ein Anspruch gegen den Staat (öffentlich-rechtliches Moment) neben dem Recht auf Anfechtung gegen den Vertragspartner.

den Erben gegenüber jedem Besitzer des Nachlasses genauso wie einen Eigentümer (analog den Klage aus Art. 641 II ZGB und den Klagen aus Besitz).⁴ Die Erbschaftsklage ist eine Vindikation (*vindicatio hereditatis bzw. hereditatis petitio*, Art. 491 II ZGB [Rz. 221: BGE 69 II 357, 366 f.]⁵), der Erbe somit Eigentümer, der gegen jeden Besitzer des Nachlasses die Klage auf Rückgabe anstrengen kann.

Die Klage ist bei Sachen auf die Rückerstattung an den Erben gerichtet. Bei relativen Rechten hat der Erbe bereits die Gläubigerstellung (Art. 560 ZGB), die Klage geht hier auf die Herausgabe der nötigen Beweismittel, um die Forderung geltend machen zu können (Urkunden, Schuldscheine usf.).⁶

Die Erbschaftsklage enthebt den Kläger davon, die Vindikation für jeden einzelnen dieser Gegenstände anstrengen zu müssen (eine Sachgesamtheit gilt nicht als eine einzige Sache). Sie ist damit eine sog. Gesamt- oder Universalklage.

b) Die Vermächtnisnehmerstellung

Der Vermächtnisnehmer ist nicht Erbe (Art. 484 ZGB), er steht ausserhalb des Erbanges, er ist kein Mitglied der Erbengemeinschaft. Er haftet andererseits auch nicht für die Schulden der Erbmasse.

Er hat keine absolute Rechtsstellung inne, sondern nur eine rein relative. Das Vermächtnis lässt eine Forderung entstehen (Art. 562 ZGB). Der Erblasser hat einen Beschwerten einzusetzen, gegen den die Forderung entsteht. Der Erblasser kann dazu einen, mehrere oder alle Erben zusammen bestimmen. Bestimmt der Erblasser keinen Beschwerten, ist dies von Gesetzes wegen die Erbengemeinschaft.

Die Beschwerten treten nach Art. 560 ZGB in die Eigentümerstellung ein und werden zugleich verpflichtet, dem Legatar das Vermächtnis auszurichten. Der Erblasser kann auch einen Erben als Prälegatar einsetzen (Vorausvermächtnis), d.h. einem Erben zusätzlich zur Erbschaft ein Legat vermachen.

⁴ Relative subjektive Rechte haben nur eine Wirkung *inter partes* (*leges contractus*). Absolute subjektive Rechte sind ebenfalls solche mit einem normativen Inhalt, jedoch, anders als relative Rechte, *erga omnes*. Die Sachzuordnung zum Eigentümer ist blosser Reflex dieser Wirkung gegen alle andern. Zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer der Sache entsteht eine Forderung auf Rückgabe, d.h. der Anspruchsinhalt der Vindikation ist eine blosser Forderung. Die Dinglichkeit hingegen besteht in der Zugriffsmöglichkeit auf die Sache auch im Insolvenzfall des Besitzers. Dinglichkeit heisst Aussonderungsmöglichkeit. Da der Besitz kein subjektives Recht ist, fällt er nicht in die Konkursmasse. Der Eigentümer kann seine Klage auf Herausgabe also immer noch gegen den Besitzer (und nicht die Konkursmasse) geltend machen.

⁵ Die Randziffern (Rz.) in den eckigen Klammern verweisen auf die Quellen in HUWILER BRUNO, Arbeitsunterlage zur Vorlesung Erbrecht von Prof. B. Huwiler, Ausgewählte Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, 5. Aufl., Bern 1999. Nachfolgend sind jedoch auch die betreffenden BGE-Stellen angegeben.

⁶ D.h. der Erbe hat nicht eigentlich ein dingliches Recht an der Forderung, da er die Gläubigerstellung innehat, kann die Forderung gar nie im „Besitz“ des Besitzers des Nachlasses gewesen sein und demnach auch gar nicht in dessen Konkursmasse fallen. Andere dingliche Rechte an Forderungen sind allerdings möglich: z.B. Pfandrechte (Art. 899 ff. ZGB). Hier tritt die Forderung nicht als Mittel der Güterzuteilung (*causa*-Funktion der Obligation) zwischen Vertragsparteien auf, sondern gegenständlich nach aussen als Objekt des wirtschaftlichen Güterverkehrs (z.B. sichtbar in der *Zession*).

12.3 Die gesetzlichen Typen

Die Verfügung von Todes wegen (i.w.S.) kann unterteilt werden in letztwillige Verfügungen (Testament) und Verfügungen von Todes wegen (i.e.S.) (Erbvertrag).

12.3.1 Testament (Art. 498 ff. ZGB)

Das Testament ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, es besteht aus nur einer Willenserklärung. Es ist formgebunden und bedarf des Tatbestandsmerkmals des Todes des Erblassers zur Gültigkeit. Es ist jederzeit widerrufbar (Art. 509 ZG), z.B. durch eine spätere Verfügung von Todes wegen.

12.3.2 Erbvertrag (Art. 512 ff. ZGB)

Der Erbvertrag ist ein zweiseitiges, formgebundenes Rechtsgeschäft. Er ist (ausser bei Willensmängeln oder bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes) nicht einseitig widerrufbar.

12.4 Abgrenzung zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden (*inter vivos*)

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 568 f.

12.4.1 Grundsatz

[Rz. 2: BGE 113 II 270, 272 f.]: Rechtsgeschäfte unter Lebenden begründen schon vor dem Tod des Verpflichteten rechtliche Bindungen; bei letztwilligen Verfügungen entsteht die (Haupt-)Verpflichtung grundsätzlich erst mit dem Tod des Erblassers. Es lässt sich deshalb auch einfach sagen, dass Rechtsgeschäfte unter Lebenden des Vermögen des Verpflichteten, Verfügungen von Todes wegen hingegen dessen Nachlass betreffen.

12.4.2 Schenkung auf den Todesfall

Eine Schenkung (Art. 239 ff. OR), die nach dem Willen der Parteien erst nach dem Tod des Schenkenden eintreten soll, steht unter den Vorschriften über den Erbvertrag (Art. 245 II OR und [Rz. 4: BGE 76 II 273, 278 ff.]).⁷

Fallbeispiel 1

E verspricht mittels maschinengeschriebenen Briefes dem B auf sein Ableben hin, ihm seine goldene Uhr zu schenken. Der Brief trifft bei B ein. Ein Schenkungsversprechen ist demnach gültig zustande gekommen (Art. 243 I i.V.m. 6, 13 OR).

Da aber solche Schenkungsversprechen unter den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen (genauer: des Erbvertrages) stehen (Art. 245 II i.V.m. 512 i.V.m. 499 ff. OR), leidet dieses Schenkungsversprechen an Formmängeln.

⁷ Von grosser Bedeutung ist auch die Rechtsprechung des BGer bezüglich der Abänderung der Vorschlagszuteilung (Art. 216 ZGB). Das BGer nimmt hier für den über die Hälfte hinausgehenden Teil des Vorschlages ebenfalls eine Schenkung von Todes wegen an, weshalb die Formvorschriften des Erbvertrages (Art. 512 i.V.m. 499 ff. ZGB) eingehalten werden müssen.

Aber anders als im übrigen Zivilrecht führen Formmängel im Erbrecht nicht zu Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern bloss zu Anfechtbarkeit (Art. 519 ff. ZGB)

B ist demnach Vermächtnisnehmer mit einem Anspruch auf Herausgabe der Uhr gegen die Erben. Jedoch steht dieser Anspruch unter der resolutiven Bedingung, dass die Erben gegen seinen Anspruch nicht die Einrede der Anfechtbarkeit geltend machen (Art. 521 III ZGB). Der Verzicht auf die Anfechtungsklage oder die Einrede lässt also den Formmangel heilen.

Fallbeispiel 2

E verspricht mittels handschriftlichen Briefes dem B auf sein Ableben hin, ihm seine goldene Uhr zu schenken. Der Brief trifft bei B ein. Ein Schenkungsversprechen ist demnach gültig zustande gekommen (Art. 243 I i.V.m. 6, 13 OR).

Hier leidet das Schenkungsversprechen (nach den Kriterien des Erbvertrages) ebenfalls unter Formmängeln, doch erfüllt das Schenkungsversprechen gleichzeitig die Form des handschriftlichen Testaments (Art. 505 I ZGB).

Hier kommt die Rechtsfigur der Konversion [Rz. 138: BGE 93 II 223, 228 f.]⁸ zum Zuge, die es erlaubt, ein an sich formungültiges, gewolltes Geschäft in ein Geschäft umzudeuten, welches dem mutmasslichen Willen der Parteien ebenfalls entspricht, und dessen gesetzlichen Anforderungen das konvertierte Geschäft entspricht.

Das handschriftliche Schenkungsversprechen kann hier in ein handschriftliches Testament umgedeutet werden, dessen Voraussetzungen der Brief ebenfalls entspricht.

12.4.3 Begünstigungsklausel bei der Lebensversicherung

Im Falle einer Lebensversicherung zugunsten Dritter kennt das VVG⁹ in den Art. 76 ff. eine Ausnahmeregelung: Die Begünstigung begründet für den Begünstigten ein eigenes Recht auf den ihm zugewiesenen Versicherungsanspruch (Art. 78 VVG). Im Todesfall entsteht dem Begünstigten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein eigener Anspruch gegen die Versicherung ausserhalb des Nachlasses des Erblassers (Art. 563 II ZGB und 85 VVG), d.h. auch ein allfälliger Nachlasskonkurs lässt diesen Anspruch unberührt. Die Begünstigung bedarf also nicht der Form einer Verfügung von Todes wegen.

12.4.4 Vertrag zugunsten Dritter

Der Gläubiger (Promissar) lässt sich von seinem Schuldner (Promittent) versprechen, an einen Dritten (Destinatär) zu leisten (Art. 112 I OR).¹⁰ Beim echten Vertrag zugunsten Dritter (der allein hier interessiert) hat der Dritte nach dem Willen der Parteien einen eigenen Anspruch gegen den Schuldner (Art. 112 II OR).¹¹

⁸ Im übrigen Zivilrecht kommt der Konversion nur eine geringe Bedeutung zu. Nur bezüglich formungültiger Zessionen wird sie öfter angewandt, indem eine Inkassovollmacht angenommen wird.

⁹ BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz), SR 221.229.1.

¹⁰ Die Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Dritten ist das Valutaverhältnis.

¹¹ Beim unechten Vertrag zugunsten eines Dritten ist der Dritte lediglich Leistungsempfänger ohne eigenen Anspruch gegen den Schuldner.

Art. 112 III OR enthält zwei Gestaltungsrechte: Zum einen das Entbindungsrecht (bevor der Dritte erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen), ein änderndes Gestaltungsrecht, durch welches der Promissar wieder Gläubiger der Forderung wird. Und zum anderen das Gestaltungsrecht der Erklärung des Dritten, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen, welches bezüglich des Entbindungsrechts eine aufhebende Wirkung hat.

Der Vertrag zugunsten eines Dritten ist kein eigener Vertragstypus, sondern nur eine der Möglichkeiten, wie mit einem andern vereinbart werden kann, dass ein Dritter anspruchsberechtigt sein soll.¹² Die *causa* der Übereignung ergibt sich aus dem Valutaverhältnis (wo z.B. eine Schenkung vorliegen kann).

Im vorliegenden Fall [Rz. 3: BGE 67 II 88, 94 ff.] kann keine Schenkung von Todes wegen vorliegen, weil durch die fehlende Anzeige an den Dritten kein Schenkungsvertrag begründet worden ist. Aber auch wenn die Schenkung zustande gekommen wäre, fehlte es an der notwendigen Form (Erbvertrag). Hätte der Erblasser den Hinterlegungsvertrag handschriftlich verfasst und mit Datum usf. versehen, läge ein handschriftliches Testament vor. An wen der Erblasser das Testament gerichtet hat, ist unerheblich [Rz. 38: BGE 56 II 245, 247]. Die Wertschriften wären dann dem Dritten als Vermächtnis zugewendet gewesen.

Wenn ein Erblasser auf den Namen eines Dritten ein Namenssparheft (Wertpapier, vgl. Handelsrecht I, 5.2) eröffnet [Rz. 5: BGE 89 II 87 (Pra 52 Nr. 111)], nimmt das BGER heute an, dies sei ein echter Vertrag zugunsten Dritter. Im vorliegenden Fall bleibt Besitz und Eigentum des Sparhefts beim Erblasser, diese fallen mit dem Tod des Erblassers in den Nachlass. Die Schenkung (im Valutaverhältnis) ist hier zwar zustande gekommen, aber anfechtbar, da formungültig.

Im nächsten Fall [Rz. 6: Pra 85 Nr. 150 (mit merkwürdig falscher Argumentation des BGER)] errichtet der Erblasser wiederum ein Namenssparheft auf den Namen eines Dritten, der damit einen unmittelbaren Anspruch gegen die Bank auf Auszahlung des Sparheftbetrages erwirbt. Solange aber der Dritte dem Vertrag nicht beigetreten ist, ist die Schenkung (und die Besitzanweisung) resolutiv bedingt. (Das Widerrufsrecht ist jedoch nicht vererblich und von den Erben ausübbar, dies würde dem Willen des Erblassers widersprechen, der dieses Recht nie ausgeübt hat.) Die Schenkung – als solche von Todes wegen – ist formungültig, weswegen die *causa* des Vertrages zugunsten Dritter entfällt und C. vom Dritten die Forderung kondizieren muss.

12.4.5 **mandatum post mortem**

Eine Vollmacht ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, welche die Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten auch für die Rechte des Bevollmächtigenden im Umfang der Vollmacht bewirkt. Der Auftrag hingegen ist ein Vertrag und benötigt als solcher den Konsens der Parteien.

¹² Dass kein Stellvertretungsverhältnis vorliegt, zeigt sich am Vertragsschluss im eigenen Namen und am Fehlen einer Bevollmächtigung durch den Dritten. Um eine Anweisung kann es sich ebenfalls nicht handeln, da kein Deckungsverhältnis vorliegt und keine Ermächtigung zur Leistung an den Dritten.

Die Erteilung einer Vollmacht beinhaltet immer auch den Antrag zu einem Auftragsverhältnis, welcher durch die Ausübung der Vollmacht konkludent angenommen wird. Umgekehrt beinhaltet der Antrag zu einem Auftragsverhältnis auch immer die Vollmacht für die den Auftrag betreffenden Geschäfte, jedoch unter der Bedingung der Annahme des Antrages.

A) Transmortale Geschäfte

Transmortale Geschäfte entfalten schon vor dem Tod des Erblassers eine Wirkung, die über den Tod hinaus reicht (z.B. Art. 35 I, 405 OR). Die Erben treten in die Rechtsstellung des Erblassers ein und können aus eigenem Recht diese Geschäfte aufheben oder weiter bestehen lassen.

B) Postmortale Geschäfte

Postmortale Geschäfte hingegen sind jene Vollmacht- bzw. Auftragserteilungen, welche erst mit dem Tod des Erblassers Wirkung entfalten. Ob diese Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder solche von Todes wegen sind, ist umstritten.

Für den postmortalen Auftrag kann wohl gesagt werden, dass die herrschende Lehre ihn als Rechtsgeschäft von Todes wegen auffasst, d.h. dass er der Form des Erbvertrages bedarf, wenn er gültig sein soll.

Die postmortale Vollmacht hingegen ist umstrittener: nach HUWILER wohl auch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, weshalb es der Form des Testamentes bedarf (entweder eigenhändige Verfügung oder öffentliches Testament [Art. 499 ff., 505 ZGB]).

Die Schweizerische Bankiervereinigung hat bereits 1973 eine Empfehlung an ihre Mitglieder abgegeben, wegen der möglichen Schwierigkeiten keine postmortalen Auftragserteilungen entgegen zu nehmen. Wohl kein Problem bestünde, wenn die entsprechenden Formvorschriften eingehalten würden.

12.4.6 Gestaltungslage

Es kommen hier insbesondere die Einräumung von Kauf- und Vorkaufsrechten an Grundstücken (Art. 216 OR) in Frage, die erst mit dem Tod des Eigentümers ausgeübt werden können.

Beim Kaufrecht wird angenommen, es handle sich um einen suspensiv bedingten Kauf, bei welchem dem Käufer das Recht eingeräumt wird, durch Ausübung eines Gestaltungsrechts (einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung) den Kauf perfekt (*emptio perfecta*) zu machen, d.h. in Wirksamkeit zu erheben.

Vom Vorkaufsrecht wurde früher angenommen, es handle sich um einen doppelt bedingten Kauf, d.h. zunächst mit der Bedingung des Eintritts des Vorkaufsfalles und dann der Ausübung des Gestaltungsrechts (Bedingungstheorie).

Heute geht man von einem Innominatkontrakt aus, der die Übertragung des Kaufvertrages mit dem Dritten auf den Vorkaufsberechtigten beinhaltet. Diese Theorie ist allerdings auf die Fiktion angewiesen, eine Lage anzunehmen, wie wenn ein Vertrag geschlossen worden wäre (insbesondere bei Vorkaufsfällen, die nicht nur durch einen Kaufvertrag, sondern auch lange Baurechte, Nutzniessung usf. ausgelöst werden).

Problematisch ist diese Annahme insbesondere im Zusammenhang mit Art. 216 III OR, welche Bestimmung dazu führt, dass die Anmeldung beim Grundbuch mit dem formgültig geschlossenen Vertrag mit dem Dritten angemeldet wird, aber an dessen Stelle der Vorkaufsberechtigte eingetragen wird, der seinerseits eigentlich keine gültige *causa* vorweisen kann, d.h. Eigentumserwerb ohne *causa*.

Das BGE kommt zum Schluss [Rz. 1: BGE 99 II 268, 269 ff.], dass Kauf- und Vorkaufsrechtsgeschäfte Geschäfte unter Lebenden seien, d.h. dass die Formvorschriften von Art. 216 OR als genügend anzusehen sind. Dies insbesondere deshalb, weil nach dem Grundsatz des *favor negotii* eher ein gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden als ein ungültiges von Todes wegen angenommen werden soll, sofern beides möglich ist. Ausserdem entstehe zwar das Gestaltungsrecht erst mit dem Tod des Veräusserers, doch durch die Vormerkung des Kauf- oder Vorkaufsrechts trete die Bindungswirkung sofort ein. Der Käufer hat also mit dem Tod des Veräusserers den Erben gegenüber die Stellung eines normalen Kauf- oder Vorkaufsberechtigten. (Andernfalls wäre er Vermächtnisnehmer mit einem obligatorischen Anspruch auf das Gestaltungsrecht.)

12.5 Höchstpersönliche Natur der Verfügung von Todes wegen

Die Erklärung des letzten Willens, ob durch Testament oder durch Erbvertrag, ist ein absolut höchstpersönliches Recht, bei dem jede Art der Vertretung ausgeschlossen ist [Rz. 40: BGE 108 II 405 (Pra 72 Nr. 86)].

12.5.1 Gemeinschaftliche und korrespektive Testamente

A) Gemeinschaftliche Testamente

Beim gemeinschaftlichen Testament handelt es sich um die Vereinigung der Testamente mehrerer Erblasser in einen Errichtungsakt. Das Resultat ist eine Urkunde (ein Text) mit den Unterschriften aller Erblasser.

Ein solches Testament leidet zunächst einmal für alle diejenigen, die nicht selbst den Text geschrieben und nur unterschrieben haben, an einem Formmangel (fehlende eigenhändige Niederschrift). Höchstens für den letzten Willen desjenigen, welcher den Text geschrieben hat, kann u.U., d.h. sofern ein unabhängiger *animus testandi* eindeutig ausgemacht werden kann, ein gültiges Testament angenommen werden.

B) Korrespektive Testamente

Ist die Verknüpfung der Willen der Erblasser noch enger, stehen z.B. die Zuwendungen des einen an den andern mit denjenigen des andern an den einen in einem solchen inneren Zusammenhang, dass der Wille des einen ohne den Willen des andern nicht denkbar wäre, spricht man von einem korrespektiven Testament [Rz. 7: BGE 76 II 273, 278 ff.]. (Es wird im Testament z.B. in der „Wir“-Form gesprochen.)

Diese Art des Testaments ist deswegen missbilligt, weil die einzelnen Willenserklärungen nicht mehr auseinander gehalten werden können. Durch die gegenseitige Abhängigkeit ist zudem der freie Rückzug der letztwilligen Verfügung nicht mehr gewährleistet.

Möglich wäre eine derartige Verknüpfung nur auf zwei Wegen:

- zum einen in einem Erbvertrag, weil hier die Verfügenden vom Notar über die Konsequenzen, d.h. über die teilweise Entäusserung der Testierfreiheit, aufgeklärt werden (müssen);
- und zum andern in der Form des Testamentes, sofern die jederzeitige Widerrufbarkeit gewährleistet ist, z.B. durch Bedingungen, wonach das Testament des einen nur gilt, solange das andere nicht widerrufen wird und umgekehrt.

Im Fall BGE 89 II 284, 285 f. [Rz. 8] sind die gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen derart ineinander verwoben und gegenseitig voneinander abhängig, dass von einem „*animus testandi*“ nicht gesprochen werden kann. Nicht einmal bezüglich der Ehefrau, auch wenn die Form des handschriftlichen Testamentes an sich erfüllt wäre (keine Konversion).

Die gemeinsame Verfügung von Todes wegen wird also nichtig und es tritt die gesetzliche Erfolge an deren Stelle. Vom Nachlass der Ehefrau erhält die Elternseite also einen Viertel und der Ehemann (bzw. dessen Erben) drei Viertel (Art. 462 Ziff. 2 ZGB). Zwischen dem Neffen der Ehefrau und den beiden Nichten entsteht eine Erbengemeinschaft in Bezug auf den Nachlass der Ehefrau (der Nachlass steht ihnen zur gesamten Hand zu, also in ihrem Gesamteigentum).¹³ Mittels der Erbteilungsklage kann der Neffe die Aufteilung und Herausgabe seines Viertels des Nachlasses verlangen (Art. 602 ff. ZGB).

12.5.2 Delegation der Verfügungsbefugnis

Die Delegation ist mit der Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen unvereinbar. Willensvollstrecker sollen nach dem Tode des Erblassers nicht Entscheide in seinem Namen treffen dürfen. Entsprechende Verfügungen sind anfechtbar.

BGE 68 II 155, 165 ff. [Rz. 9]: Mit dem Tod des Erblassers werden die gesetzlichen Erben Eigentümer der Erbschaft, da sowohl die Einräumung des Nutzniessungsrechts wie auch die Verfügung über das Schloss nach dem Tod der Nutzniesserinnen Vermächtnisse darstellen. Den beiden Damen steht je ein Anspruch auf Einräumung eines lebenslänglichen Nutzniessungsrechts zu, dem Orden ein Anspruch auf Übereignung des Schlosses.

Da die beiden Niederlassungen des Ordens (Schweiz bzw. Elsass) zwei unabhängige Vereine sind, kommen zwei Personen als Vermächtnisnehmer in Frage (sie haben je eine resolutiv bedingte Forderung). Welcher der beiden Niederlassungen der Anspruch auf Übereignung des Schlosses endlich zukommt, hängt von der Entscheidung der beiden Nutzniesserinnen ab.

¹³ Gesamteigentum (Art. 652 ff. ZGB) entsteht nur in den gesetzlich vorgesehen Fällen (Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft, einfache Gesellschaft u.a.), nie durch Parteiwillen. Durch Parteiwillen kann hingegen Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB) entstehen.

Da aber die Delegation von Verfügungsentscheidungen von Todes wegen im schweizerischen Recht nicht erlaubt ist, wird die das Testament in diesem Punkt, der Delegationsermächtigung anfechtbar.¹⁴

Im Entscheid BGE 81 II 22, 27 ff. [Rz. 10] bestätigt das BGer seine frühere Rechtsprechung. Und auch im Entscheid BGE 100 II 98 (Pra 64 Nr. 8) [Rz. 11] hält es grundsätzlich daran fest, doch findet es hier den Ausweg über Art. 539 II ZGB, welcher es erlaubt – mithilfe der Fiktion, der Erblasser hätte eine Stiftung von Todes wegen errichten wollen – Zuwendungen mit Zweckbestimmung an eine Mehrheit von Personen insgesamt, soweit dieser Mehrheit das Recht der Persönlichkeit nicht zukommt, in eine Stiftung mit dem entsprechenden Zweck (Art. 80 ff. ZGB) zu übertragen.

Gleich hätte das BGer im Grunde schon im Fall BGE 81 II 22, 27 ff. [Rz. 10] entscheiden können. Eher fraglich bei BGE 68 II 155, 165 ff. [Rz. 9].

¹⁴ Der Begriff der Verfügung von Todes wegen kann zwei verschiedene Dinge meinen: zum einen das Testament als ganzes und dann aber auch die einzelne Anordnung innerhalb des Testamentes.

2. Abschnitt: Errichtung der Verfügung von Todes wegen

§13 Verfügungsform

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 604 ff.

13.1 Formzwang

[Rz. 12: BGE 116 II 117, 129 und Rz. 31: BGE 116 II 117, 127 ff.]

13.2 Überblick über die Verfügungsformen

Die Zahl der Verfügungsformen (Verfügungen von Todes wegen i.w.S.) ist zwingend abschliessend:

Letztwillige Verfügungen

Testamente: zivile und militärische Nottestamente (Art. 506 ff. ZGB)

öffentliche Testamente (Art. 499 ff. ZGB)

handschriftliche Testamente (Art. 505 ZGB)

Verfügungen von Todes wegen (i.e.S.)

Erbverträge: negative Erbverträge (*Erbverzichtsvertrag*: Verzicht auf die Anwartschaft auf die Erbschaft [Art. 495 ZGB])

positive Erbverträge (*Zuwendungsvertrag* in welchem eine Person zur Erbin oder zur Vermächtnisnehmerin eingesetzt wird [Art. 494 ZGB])

- einfacher Erbvertrag
- Erbvertrag zugunsten eines Dritten

Der Unterschied zwischen letztwilligen Verfügungen und Verfügungen von Todes wegen (i.e.S.) besteht darin, dass letztere nicht den letzten Willen des Erblassers wiedergeben, sondern einen Willen, den der Erblasser irgendwann einmal gehabt hat, zu dem er sich aber bindend verpflichtet hat.

§14 Das öffentliche Testament

Art. 499 ff. ZGB.

14.1 Hauptform

14.2 Nebenform

§15 Das mündliche Testament

Art. 506 ff. ZGB.

15.1 Voraussetzungen

15.2 Form

15.3 Beurkundung

15.3.1 Zivile Form

15.3.2 Militärische Form

15.4 Befristete Wirkung

§16 Das eigenhändige Testament

16.1 Vor- und Nachteile

[Rz. 23: BGE 54 II 357, 357]

16.2 Voraussetzungen

16.2.1 „animus testandi“

[Rz. 24: BGE 88 II 67 (Pra 51 Nr. 131)] Ohne *animus testandi* – der eine Voraussetzung der Verfügung von Todes wegen (i.w.S.) ist – ist das Rechtsgeschäft nichtig (einer der seltenen Fälle von Nichtigkeit). Massgebend für die Beurteilung ist nicht der objektive, sondern allein der subjektive Wille des Erblassers (*favor testamentii*).

Fallbeispiel

Eine Erblasserin (deren Ehemann bereits gestorben ist) hat zwei Söhne. Einer der beide Söhne (S₁) ist unverheiratet. Der andere Sohn (S₂) ist krank, hat nur noch eine geringe Lebenserwartung und ist mit einer Frau verheiratet, von der sich scheiden zu lassen er beabsichtigt.

Da die Gefahr besteht, dass S₂ stirbt, bevor die Ehescheidung rechtskräftig ist (Art. 154 II ZGB [siehe jetzt aber nArt. 120 II ZGB: bevor Ehescheidung rechtshängig]), und dass diesfalls die von allen andern ebenfalls ungeliebte Ehefrau an seiner Stelle in den Nachlass der Erblasserin eintreten würde. Deshalb vereinbart S₂ mit seiner Mutter einen Erbverzichtsvertrag, worin er auf sein ganzes Erbe verzichtet. Untereinander vereinbaren die Erblasserin und ihre beide Söhne aber, dass der Erbverzichtsvertrag

nur nach aussen gelten sollte, d.h. nur gelten sollte, wenn S₂ vor der Scheidung von seiner Ehefrau versterben sollte.

Die Erblasserin verstirbt, worauf S₁ zu ihrem Universalerben wird. S₂ wird von seiner Ehefrau geschieden, weshalb er nun von seinem Bruder die Hälfte des Erbes seiner Mutter heraus verlangt, welches ihm dieser aber mit Hinweis auf den Erbverzichtsvertrag verweigert.

Da der Erbvertrag der Erblasserin mit S₂ simuliert, d.h. nicht wirklich gewollt hat, und insofern nicht von einem animus testandi gedeckt war, ist er nichtig [Rz. 132: BGE 72 II 154, 155 ff.]. Es gilt also die gesetzliche Erbfolge, weshalb S₂ Erbe ist und die Erbteilungsklage (Art. 602 ff. ZGB) gegen S₁ anstrengen kann.

16.2.2 Eigenhändige Niederschrift

Es gibt rechtsvergleichend zwei Auffassungen [Rz. 26 b/aa: BGE 98 II 73, 79 ff.]: Nach der strengeren Auffassung macht jeder Eingriff in ein Testament dieses ungültig. Die mildere Auffassung differenziert:

A) Eingriffe in die Handschrift ohne Willen des Erblassers

Benützt der Dritte die Hand des Erblassers gegen oder ohne dessen Willen, so liegt überhaupt keine Verfügung des Erblassers vor [Rz. 25: BGE 98 II 73, 80 f.].

Stellen, die ohne Wissen und Willen des Erblassers in das Testament eingefügt wurden, gelten als ungeschrieben und vermögen die Gültigkeit der vom Erblasser selbst geschriebenen Anordnungen nicht zu beeinträchtigen (=> Nichtigkeit der betreffenden Stellen) [Rz. 25: BGE 98 II 73, 80 f.].

B) Eingriffe in die Handschrift mit Willen des Erblassers

Bei Eingriffen in die Handschrift des Erblassers mit seinem Willen handelt es sich um reine Formprobleme, da die Verfügung vom *animus testandi* getragen und insofern nur anfechtbar, keinesfalls aber nichtig ist [Rz. 26 a: BGE 98 II 73, 79 ff.]. Zunächst ist danach zu unterscheiden, ob die Individualität der Handschrift gewahrt bleibt oder nicht.

a) Individualität der Handschrift bleibt gewahrt

Bleibt die Individualität gewahrt, d.h. betreffen die Fremdhandeingriffe Kleinigkeiten wie Umlautpunkte, Kommata, das Verdeutlichen einzelner Buchstaben usw., ist das Testament vollgültig und nicht anfechtbar.

b) Individualität der Handschrift wird gestört bzw. bleibt nicht gewahrt

[Rz. 26 b/cc: BGE 98 II 73, 79 ff.]

- Betrifft der Fremdhandeingriff wesentliche Elemente (*essentialia negotii*) des Testaments: das Datum, den Inhalt (Personen, Gegenstand, Höhe der Zuwendungen) oder die Unterschrift, ist es nach Art. 520 ZGB anfechtbar.
- Betrifft der Fremdhandeingriff nur unwesentliche Elemente des Testaments, ist es nicht anfechtbar. (Dies ist immer dann der Fall, wenn durch den Eingriff inhaltlich nichts verändert oder hinzugefügt wird.)

16.2.3 (Zeit-) Datum

Das Datum (Jahr/Monat/Tag) der Errichtung des Testaments muss auf der Urkunde angegeben sein (Art. 505 ZGB). Fehlt es oder ist es unrichtig angegeben, ist die Verfügung des Formfehlers wegen jedoch noch nicht anfechtbar. Dies ist sie erst, wenn sich die erforderlichen zeitlichen Angaben nicht auf andere Weise feststellen lassen und das Datum für die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit, der Reihenfolge mehrerer Verfügungen oder einer andern, die Gültigkeit der Verfügung betreffenden Frage notwendig ist (Art. 520a ZGB).

16.2.4 Eigenhändige Unterschrift

Die Unterschrift dient als Individualisierungsmerkmal, d.h. muss um der Form zu genügen, diese Funktion erfüllen können [Rz. 34: BGE 57 II 15, 16 f.].

Die Unterschrift hat den gesamten Text des Testaments zu decken, sowohl in räumlicher wie in zeitlicher Hinsicht. Unterhalb der Unterschrift angefügte Textteile sind ebenfalls zu unterzeichnen (und allenfalls mit Datum zu versehen) [Rz. 32: BGE 117 II 239, 241]. Hier reichen allenfalls die Initialen, wenn die Urkunde die volle Unterschrift bereits enthält.

16.3 Änderungen an der bestehenden Urkunde

16.3.1 Verbalisierte Änderungen (Änderungen in Worten und Zahlen; Zusätze)

Nach dem Errichtungsdatum eingefügte Teile des Testaments sind neue Verfügungen von Todes wegen, die ebenfalls den Formerfordernissen (eigenhändige Niederschrift, Datum, Unterschrift) genügen müssen. Die Unterschrift kann durch die Initialen ersetzt werden, da die Unterschrift bereits auf dem Dokument vorhanden ist [Rz. 35: BGE 80 II 302, 305 f.].

16.3.2 Nicht verbalisierte Änderungen (Streichungen, Aufhebung von Streichungen [Unterpunktierung])

A) Positive Änderungen (Aufhebung von Streichungen [Unterpunktierung])

Die Aufhebung einer Streichung ist eine neue Verfügung und somit gleich zu behandeln wie die verbalisierten Änderungen (vgl. 16.3.1).

B) Negative Änderungen (Streichungen usf.)

Der Widerruf einer Verfügung von Todes wegen ist ebenfalls eine Verfügung von Todes wegen, weil mit dem Willen des Erblassers wieder die gesetzliche (oder eine neue gewillkürte) Erbfolge an die Stelle der aufgehobenen Regelung treten soll. Der Widerruf muss – als Verfügung von Todes wegen – einer der Errichtungsformen genügen (Art. 509 ZGB).

Für den Widerruf stellt das Gesetz zusätzlich die Form der Vernichtung zur Verfügung (Art. 510 ZGB). Auch diese Handlung (ebenfalls ein Rechtsgeschäft, da auf eine Rechtswirkung gerichtet) muss vom *animus testandi* getragen sein, sonst liegt keine Verfügung vor (Art. 510 II ZGB). Ohne Art. 510 ZGB wäre die Vernichtung formungültig und daher anfechtbar.

Auch die Streichung ist eine neue Verfügung von Todes wegen. Aber nach der Rechtsprechung des BGer kommt die Streichung einer Vernichtung im Sinne von Art. 510 ZGB gleich, sodass eine Streichung nicht datiert und unterschrieben werden muss, um formgültig zu sein [Rz. 36 E. 8: BGE 116 II 411, 412 ff.].

16.4 Bezeichnung und Material der Urkunde

Eine Verfügung von Todes wegen setzt weder die Bezeichnung als solche voraus, noch muss sie an die Erben oder eine Behörde usf. gerichtet sein. [Rz. 37: BGE 55 II 169, 169 f., Rz. 38: BGE 56 II 245, 247 und Rz. 24: BGE 88 II 67 ff. (Pra 51 Nr. 131) als Bsp.]

16.5 Aufbewahrung

Vgl. dazu die Art. 504 und 505 II ZGB.

§17 Der Erbvertrag

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 611, 627 ff.

Der Erbvertrag – im Unterschied zum Testament – ist eine zweiseitige Verfügung von Todes wegen mit Bindungswirkung für den Erblasser. Die Bindungswirkung ist allerdings vor allem auf der formalen Ebene spürbar. Die Einsetzung durch Erbvertrag als Erben ist bindend, nicht aber der Inhalt der Erbschaft (d.h. der Erblasser kann weiterhin über sein Vermögen verfügen, sodass für den Erben allenfalls nichts mehr da ist).

Unterschieden werden können der positive Erbvertrag (Erbeinsetzungsvertrag) und der negative Erbvertrag (Erbverzichtsvertrag: Verzicht auf die Erbanwartschaft).

17.1 Form

Da sich der Erblasser durch den Abschluss eines Erbvertrages eines Teils seiner Testierfreiheit begibt (seine absolut höchstpersönlichen Rechte einschränkt [Rz. 40: BGE 108 II 405 (Pra 72 Nr. 86)]), bedarf es zum gültigen Abschluss eines solchen Vertrags der Einhaltung strenger Formvorschriften, die noch strenger sind als jene des öffentlichen Testaments (Art. 512 I i.V.m. 499 ff. und 512 II ZGB) [Rz. 39: BGE 105 II 43, 45 ff.].

Ein Vorvertrag zu einem Erbvertrag kann nicht geschlossen werden, ein solcher wäre nach Art. 27 I ZGB i.V.m. 20 I OR nichtig, da sich der Erblasser damit eines Teils seiner Handlungsfähigkeit begäbe [Rz. 40: BGE 108 II 405 (Pra 72 Nr. 86)]. Und ist die Form eingehalten, handelt es sich um einen Erbvertrag.

Möglich hingegen ist die Konversion eines formungültigen Erbvertrages in ein formgültiges öffentliches Testament.

17.2 Erbzwendungsvertrag (positiver Erbvertrag)

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 627 ff.

17.2.1 Begriff

Anders als es der Gesetzestext auszusagen scheint, verpflichtet sich der Erblasser durch den Erbvertrag nicht etwa bloss, einen andern als seinen Erben bzw. Vermächtnisnehmer einzusetzen: durch den Abschluss des Erbvertrages ist der Vertragspartner bereits als Erbe bzw. Vermächtnisnehmer eingesetzt (Art. 494 I ZGB). Es handelt sich um ein Handgeschäft (wie z.B. die Handschenkung).

Der Vertragspartner des Erblassers erwirbt eine Anwartschaft¹⁵, jedoch dadurch bedingt, dass er den Tod des Erblassers in erbfähigem Zustand erlebt, sog. Prinzip der Koexistenz (Art. 542 f. ZGB).

Die Bindungswirkung entfällt nur, wenn der Erblasser im Falle der Widerrufbarkeit (Art. 513 II i.V.m. 477 ZGB) oder bei Willensmängeln (Art. 469 I, II ZGB) den Erbvertrag in Testamentsform (Art. 513 III ZGB) widerruft. Der Widerruf (d.h. die Anfechtung des Vertrages) muss mindestens in Form des handschriftlichen Testaments geschehen und bedarf zudem der Mitteilung an die andere Vertragspartei (weil Anfechtungen auch im Übrigen empfangsbedürftige Willenserklärungen sind und es nicht annehmbar wäre im Falle von Erbverträgen die Gegenpartei in Unwissenheit bzw. Ungewissheit zu belassen).

17.2.2 Arten

A) Grundtypus

Der Erblasser erklärt seinem Vertragspartner, ihn als seinen Erben (bzw. Vermächtnisnehmer) einsetzen zu wollen (Verfügung von Todes wegen) und stellt ihm gleichzeitig die Offerte zur Bindungswirkung. Durch das Akzept erwirbt der Vertragspartner eine unentziehbare Anwartschaft auf den Nachlass (bzw. ein Vermächtnis).

¹⁵ Exkurs zur Anwartschaft: Die Anwartschaft ist weniger ein feststehender Begriff als vielmehr ein Typus. Es handelt sich bei einer Anwartschaft um ein im Werden begriffenes subjektives Recht, zu dessen vollständiger Entstehung es noch an gewissen Tatbestandsmerkmalen fehlt. Der Sicherheitsgrad einer Anwartschaft kann verschieden sein, je nach Zahl und Art der noch fehlenden Tatbestandsmerkmale. Der Typus der Anwartschaft umfasst alle Stufen dieser Sicherheit, wobei verhältnismässig sichere Anwartschaften (z.B. eine befristete Forderung, Anwartschaft aus einem Erbvertrag) behandelt werden wie subjektive Rechte (sie sind verpfändbar, vererblich usw.) und die eher unsicheren als wären sie nicht vorhanden.

Abgrenzung von den Aneignungsrechten (Gestaltungsrechte): Bei der Anwartschaft muss der Anwartschaftsberechtigte selber keine Rechtshandlung mehr vornehmen, damit das subjektive Recht entsteht (z.B. erfolgt der Früchterwerb des Pächters/Nutznießers mit Separation, der Pächter/Nutznießers muss nichts mehr tun; während der Früchterwerb des berechtigten Nichtbesitzers erst mit Rezeption geschieht [Aneignungsrecht]).

Der Erbvertrag setzt sich demnach zusammen aus einer Verfügung von Todes wegen (Erbeinsetzung und Offerte) und einem Rechtsgeschäft unter Lebenden (Akzept). Dennoch müssen beide die Formerfordernisse des Erbvertrages einhalten (Art. 512 II ZGB). Die Verfügung von Todes wegen ist für den Erblasser ein absolut höchstpersönliches Rechtsgeschäft, das jede Mitwirkung anderer ausschliesst (d.h. keine Vertretung oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei Unmündigen). Und es müssen alle übrigen Voraussetzungen einer Verfügung von Todes wegen erfüllt sein.

Für den Vertragspartner des Erblassers gelten zwar ebenfalls die strengen Formerfordernisse des Erbvertrages, aber er ist in materieller Hinsicht nur den Voraussetzungen von Rechtsgeschäften unter Lebenden unterworfen, d.h. er kann sich vertreten lassen oder für Unmündige ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglich.

Für unmündige Vertragspartner eines Erblassers ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unabdingbar, weil mit der Erbeinsetzung auch die Schulden des Erblassers zu persönlichen Schulden des Erben werden (Art. 560 II ZGB) und somit keine Unentgeltlichkeit im Sinne von Art. 19 II ZGB¹⁶ vorliegt. Unentgeltlichkeit kann nur bei der (erbvertraglichen) Einsetzung als Vermächtnisnehmer vorliegen.¹⁷

B) Gegenseitiger Erbvertrag

Mit dem gegenseitigen Erbvertrag ist nicht der entgeltliche Erbvertrag gemeint, sondern jenes Vertragsverhältnis, in welchem jeder der beiden Vertragspartner je einmal als Erblasser und einmal als dessen Vertragspartner auftritt. Es handelt sich also um zwei Erbverträge mit jedem der beiden Vertragspartner je einmal als Erblasser.

Diese Art von Erbverträgen kommt zumeist im Zusammenhang mit einem Ehevertrag (Art. 182 ff. ZGB) vor (sog. Ehe-Erb-Vertrag). Und vielfach handelt es sich um gegenseitige Meistbegünstigung der Ehegatten.

Es ist nicht klar, welcher der beiden Erbverträge schliesslich in Kraft treten wird, da der jeweilige Erbe den Tod des Erblassers in erbfähigem Zustand erleben muss und aller Wahrscheinlichkeit nach nur einer der beiden Vertragspartner den andern überleben wird.

Es fragt sich deshalb, in welchem Verhältnis die beiden Erbverträge zueinander stehen, bzw. was geschieht mit dem andern Erbvertrag, wenn der eine z.B. formungültig sein sollte?

Das BGer nimmt an, dass im Zweifel die beiden Erbverträge (im Sinne eines Synallagmas) als voneinander abhängig zu betrachten sind, dass also der eine Vertrag um des andern willen abgeschlossen worden ist. Das BGer stellt damit die Vermutung der Abhängigkeit auf, sodass es keiner dahin gehenden expliziten vertraglichen Bedingungen bedarf; es wäre das Gegenteil zu beweisen [Rz. 41: BGE 46 II 11, 13 ff.].

Wenn also bei Anfechtung des einen Erbvertrages dieser *ex tunc* dahin fällt (Art. 469 I, II oder 513 II ZGB), fällt der andere Erbvertrag zwar nicht *ipso iure* dahin, wird aber

¹⁶ Auch bei Schenkungen ist aber immerhin Art. 241 II OR beachten, womit eine Schenkung stets unter einer Resolutivbedingung steht. Und zwar einer gesetzlichen, welche das Geschäft *ex tunc* dahin fallen lässt und nicht wie bei gewillkürten Bedingungen in der Regel *ex nunc* (Art. 154 OR).

¹⁷ Vgl. aber Art. 422 Ziff. 5 ZGB.

immerhin ebenfalls anfechtbar, weil sich der zweite Erblasser damit in einem Grundlagentatbestand über den Bestand des ersten Erbvertrages (den er zur Voraussetzung „seines“ Erbvertrages gemacht hat) befindet (Art. 469 I, II ZGB). Verstirbt der zweite Erblasser, können seine übrigen Erben den Erbvertrag nach Art. 519 ff. ZGB anfechten.

17.2.3 Erbverträge mit Zuwendung zugunsten Dritter

Beim Erbvertrag mit Zuwendung zugunsten Dritter setzt der Erblasser mit Verfügung von Todes wegen einen andern als seinen Vertragspartner als seinen Erben ein. Dies kommt vor allem dort vor, wo Grosseltern bereits ihre Enkel als Erben einsetzen wollen, weil diese sonst erst nach dem Tod ihrer Eltern erben würden.

Zwar ist ein Erbvertrag jederzeit durch die Vertragsparteien durch *contrarius actus* wieder aufhebbar (und zwar mittels einfacher schriftlicher Übereinkunft [Art. 513 I ZGB]). Doch eben nur unter den Vertragschliessenden: Verstirbt nun der Vertragspartner vor dem Erblasser, kann der Erbvertrag (ausser durch Widerruf, vgl. unten 21.2) nicht mehr aufgehoben werden. Zur Lösung vgl. unten 17.4.

17.2.4 Entgeltlicher Erbzwendungsvertrag

Der Grundtypus des entgeltlichen Erbzwendungsvertrages besteht einerseits in einer Einsetzung als Erbe oder Vermächtnisnehmer durch den Erblasser (Verfügung von Todes wegen) und andererseits in einem Vertrag unter Lebenden, in welchem der Vertragspartner des Erblassers diesem eine Gegenleistung verspricht (typischerweise eine Naturalleistung wie ein Wohnrecht, Unterhalt und Pflege usw.).

A) Erbverpfändungsvertrag

Ein typischer entgeltlicher Erbzwendungsvertrag ist der Erbverpfändungsvertrag. Eine Verpfändung liegt vor, wenn sich der eine Vertragspartner (der Pfänder) verpflichtet, dem andern Vertragspartner (dem Pfänder) ein Vermögen oder einzelne Vermögenswerte zu übertragen, und dieser, dem Pfänder Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit zu gewähren (Art. 521 I OR).

Nach Art. 522 I OR bedarf der Verpfändungsvertrag der Form des Erbvertrages (Art. 512 i.V.m. 499 ff. ZGB). Allerdings unterliegt dieses Geschäft nur der Form nach den Bestimmungen des Erbvertrages, im Übrigen (materiell) handelt es sich um ein Geschäft unter Lebenden und unterliegt dessen Voraussetzungen (Möglichkeit der Vertretung usw.).

Besteht die Gegenleistung zu lebenslanglichem Unterhalt und Pflege in einer Erbeinsetzung (bzw. Einsetzung als Vermächtnisnehmer), untersteht der Vertrag nicht nur der Form nach den Bestimmungen des Erbvertrages, sondern ist auch materiell – obwohl im OR geregelt – ein Erbvertrag (Art. 521 II OR).

B) Keine Verpfändung

Verfügt der Erblasser von Todes wegen, verspricht aber der Vertragspartner als Gegenleistung nicht Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit (sondern z.B. nur auf begrenzte Zeit

oder ein Wohnrecht), handelt es sich um einen Innominatvertrag¹⁸ (i.w.S.): Auf der einen Seite steht der Erbvertrag – Erbeinsetzung und Bindung – (Verfügung von Todes wegen) und auf der andern das Leistungsversprechen des Vertragspartners (Rechtsgeschäft unter Lebenden).¹⁹ Es handelt sich also um zwei Verträge, die an sich unabhängig voneinander existieren könnten. Jedoch werden die beiden Verträge je um des andern Vertrages willen eingegangen (sog. zusammengesetzter Vertrag, Kombinationsvertrag²⁰). Der Vertragspartner verspricht nur, weil der Erblasser seinerseits die Erbeinsetzung verspricht.

Das BGE wendet auf solche zusammengesetzte Verträge analog die Regeln über das Synallagma an [Rz. 43: BGE 97 II 390, 395]:

a) Genetisches Synallagma (Art. 20 I OR)

- Ist eine Leistung von Anfang an unmöglich, entfällt der ganze Vertrag und damit auch die Gegenleistung (obwohl möglich).

Ist die Leistung unter Lebenden von Anfang an unmöglich bzw. rechts- oder sittenwidrig²¹, kommt das Rechtsgeschäft unter Lebenden gar nicht zustande (direkte Anwendung von Art. 20 I OR) [Rz. 42: BGE 44 II 343, 345]. Ist eine Leistung nichtig, dann ist es auch die andere: bezüglich des Erbvertrages wird jedoch Art. 20 I OR nur sinngemäss angewendet, d.h. der Erbvertrag wird – gemäss der erbrechtlichen Regel, dass auch Nichtigkeitsgründe nur zur Anfechtbarkeit führen – anfechtbar, und zwar aufgrund eines Willensmangels (Art. 469 ZGB), weil ja der Erblasser den Erbvertrag nur abgeschlossen hat, weil der Vertragspartner ihm die Gegenleistung versprochen hat.

Ist der Erbvertrag selbst recht- oder sittenwidrig, ist dies ein Anfechtungsgrund nach Art. 519 ZGB. Bei erfolgreicher Anfechtung (Unwirksamkeit *ex tunc*) wird auf das Rechtsgeschäft unter Lebenden Art. 20 I OR direkt angewandt, d.h. dieser fällt mit dem Erbvertrag *ex tunc* dahin.

b) Funktionelles Synallagma (Art. 82 OR)

Vgl. oben 17.2.2B).

¹⁸ Vgl. zum Innominatvertrag OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einleitung vor Art. 184 OR, N. 1 ff.

¹⁹ Jeder Vertrag der eine Zuwendung (Verschaffung eines Vermögensvorteils) bezweckt, bedarf einer *causa* (*donandi, credendi, solvendi, mortis*). Der Zuwendung des Erblassers (Verschaffung einer Anwartschaft [Handgeschäft]) unterliegt die *causa mortis*, dem Versprechen des Vertragspartners (Dauerschuldverhältnis [Stammrecht und periodische Ansprüche]) hingegen die *causa credendi*, er verspricht nur, weil ihm der Erblasser die Erbeinsetzung verspricht.

²⁰ Etwa vergleichbar den bekannten Bierlieferungsverträgen (vgl. z.B. BGE 114 II 159).

²¹ Zur Sittenwidrigkeit im Allgemeinen vgl. BK-Bucher zu Art. 27 ZGB. Massgebend soll nicht mehr „die Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Massstab“ sein, sondern die der Kodifikation stillschweigend zugrunde gelegten ethischen (sittlichen) Wertmassstäbe bzw. Wertvorstellungen. Die Sittenwidrigkeit wird so zum Unterfall der Rechtswidrigkeit. Damit soll – laut HUWILER – das Risiko umgangen werden, dass unter gewissen Bedingungen alle „gerecht und billig Denkenden“ keine gerechten und billigen Anschauungen mehr haben könnten (z.B. wie zur Zeit des Dritten Reiches in Deutschland). Erlaubt sei kritisch anzumerken, dass zum einen diese durch den historischen Gesetzgeber zugrunde gelegten Wertmassstäbe vielleicht nicht mehr zeitgemäss sein könnten – oder aber sie müssten derart allgemein angenommen werden, dass sie zur konkreten Beurteilung von Verträgen wenig taugliche Mittel abgeben und der Richter wiederum auf seine bzw. die allgemeine Anschauung angewiesen ist.

c) **Konditionelles Synallagma (Art. 119 I, II OR)**

Eigene, analoge Regelung im Erbrecht: Bei Vorversterben des Erben erlischt der Erbvertrag (Art. 515 I ZGB), denn es tritt eine der nachträglichen Unmöglichkeit analoge Situation ein.

Die Erben des Vertragspartners können auf der Anspruchsgrundlage von Art. 515 II ZGB (nicht etwa Art. 62 ff. OR) einen Bereicherungsanspruch geltend machen. Die Regeln von Art. 64 ff. OR werden (über Art. 7 ZGB) analog angewendet; so etwa die Entreichungseinwendung von Art. 64 OR. [Entfällt hier nicht die Entreichungseinwendung, weil der Erblasser mit dem Vorversterben des Vertragspartners rechnen muss?]

17.2.5 Bindung des Erblassers

Die Bindung des Erblassers durch den Erbvertrag macht den Hauptunterschied zu den übrigen Verfügungen von Todes wegen aus. Wieweit allerdings die Bindung materiell geht, wird sich zeigen müssen.

A) Neue gesetzliche Erben

Neue gesetzliche Erben können z.B. entstehen, wenn der Erblasser den Erbvertrag in ledigem Zustand schliesst, später aber heiratet und auch Kinder hat (natürlich nicht er selbst, sofern er ein Mann ist, sondern seine Frau). Diese gesetzlichen Erben sind zugleich Pflichterben, denen gegen den Erbvertrag die Herabsetzungsklage zusteht (Art. 516 i.V.m. 522 ff. ZGB).

Andere gesetzliche (aber nicht pflichtteilsberechtigten) Erben, die nach dem Abschluss des Erbvertrages erst entstehen, haben auf dessen Inhalt keinen Einfluss.

B) Rechtsgeschäfte unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen

Im Folgenden geht es um die Verfügungsbefugnis des Erblassers über sein Vermögen nach Abschluss eines Erbvertrages. Einerseits um die Verfügungsbefugnis unter Lebenden (vgl. unten a) und andererseits um die Verfügungsbefugnis von Todes wegen (vgl. unten b).

Die Ausführungen beziehen sich allerdings immer nur auf den Grundtypus des Erbvertrages, dem keine Gegenleistung des Erben bzw. Vermächtnisnehmers gegenübersteht (unentgeltliche Zuwendung von Todes wegen). Für die Fälle, in denen eine Gegenleistung geschuldet ist, sei hier auf die Ausführungen in 21.3.2, S. 50 ff. verwiesen.

a) Rechtsgeschäfte unter Lebenden (Art. 494 II, III ZGB)

Der Erbvertrag als Verfügung von Todes wegen entfaltet seine Wirkung (zumindest tendenziell) erst mit dem Tod des Erblassers: Die Erben- und Vermächtnisnehmerstellung entstehen erst mit dem Tod des Erblassers (während die Wirkung für den Erblasser, die Verschaffung von Anwartschaften bereits mit dem Abschluss des Erbvertrages eintritt).

Grundsätzlich bedeutet der Abschluss eines Erbvertrages für den Erblasser keine Beeinträchtigung der Verfügungsmacht (unter Lebenden) über sein Vermögen, d.h. er kann über sein Vermögen rechtsgeschäftlich frei verfügen (Art. 494 II ZGB). Eine Ausnahme besteht einzig hinsichtlich gewisser Schenkungen (Art. 494 III ZGB).

Zunächst ist demnach zu unterscheiden, ob die Verfügung unter Lebenden entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt:

i) Entgeltliche Verfügung unter Lebenden

· **bei Erbeinsetzung**

Diese Rechtsgeschäfte unter Lebenden haben auf die Erbeinsetzung keinen Einfluss und umgekehrt, bzw. der Erblasser kann auch nach Abschluss eines Erbvertrages beliebig entgeltlich über sein Vermögen verfügen (Art. 494 II, III ZGB).

Denn die Erbeinsetzung erfolgt als quotale Einsetzung, d.h. auf einen bestimmten prozentualen Anteil an der Erbmasse, und nicht auf bestimmte Gegenstände. Eine Zusicherung über die Höhe der Erbschaft ist nicht Inhalt des Erbvertrages. Zudem wird der Erblasser bei entgeltlichen Rechtsgeschäften oft eine entsprechende Gegenleistung erhalten, weshalb sein Vermögen durch diese Handlungen meist nicht geschmälert wird.

· **bei Vermächtniseinsetzung**

Besteht das Legat in einer bestimmten Summe (Summenlegat), haben entgeltliche Rechtsgeschäfte unter Lebenden des Erblassers darauf ebenfalls keinen Einfluss (vergleichbar der Erbeinsetzung oben).

Vermacht der Erblasser eine bestimmte Sache (Specieslegat), z.B. ein Haus, und verfügt er vor seinem Tod rechtsgeschäftlich darüber (indem er das Haus z.B. verkauft), entsteht dem „Vermächtnisnehmer“ (der dann keiner ist) kein Anspruch (*ademptio legati* [Art. 484 III ZGB]).

ii) Unentgeltliche Verfügung unter Lebenden

Nach dem Wortlaut von Art. 494 III ZGB sind nicht generell Schenkungen unter Lebenden untersagt, sondern nur solche, welche mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind.

· **bei Erbeinsetzung**

Mit der Erbeinsetzung, d.h. der Begründung der Anwartschaft des Erbvertragspartners hat der Erblasser seine Verpflichtungen aus dem Erbvertrag bereits erfüllt, eine weitere Verpflichtung, z.B. das Vermögen in einer bestimmten Grösse zu erhalten, damit die Erbquote des Erbvertragspartners ihre potentielle Grösse ebenfalls erhält, trifft den Erblasser nicht: er kann über sein gesamtes Vermögen unter Lebenden auch unentgeltlich verfügen, sprich sein gesamtes Vermögen verschenken [Rz. 44 E. 2 b: BGE 70 II 255, 261 ff.]. Eine Verpflichtung des Erblassers, irgendwelche oder bestimmte Schenkungen unter Lebenden zu unterlassen, müsste im Erbvertrag durch einen obligatorischen Zusatz (eine *non facere*-Verpflichtung) neben der Einsetzung als solcher besonders begründet werden.

· **bei Vermächtniseinsetzung**

Wie bereits bei der Erbeinsetzung erwähnt, entsteht dem Erblasser aus dem Erbvertrag selbst allein die Verpflichtung zur Erb- oder Vermächtniseinsetzung [Rz. 44 E. 2b: BGE 70 II 255, 261 ff.].

Bei der Einsetzung als Vermächtnisnehmer (d.h. dem erbvertraglichen Versprechen dem Vertragspartner eine bestimmte Summe oder Sache zu hinterlassen)

kann implizit neben der Einsetzung als solcher ein zweites paralleles Rechtsgeschäft angenommen werden, nämlich die *non facere*-Verpflichtung, kein Schenkung vorzunehmen, welche die Anwartschaft gefährdet bzw. die versprochene Sache betrifft.²²

Verschenkt der Erblasser die versprochene Sache trotzdem einem Dritten, wird dieses Schenkungsgeschäft durch den Erbvertragspartner anfechtbar (Gestaltungsklagerrecht [Art. 494 III ZGB]) [Rz. 157: BGE 101 II 305, 311 f. und Rz. 45: BGE 73 II 6, 10 f.].^{23, 24} Lässt der Richter die Anfechtung zu, sagt er damit nichts über das Verhältnis zwischen dem Erblasser und dem Erbvertragspartner aus, Anfechtungsobjekt ist allein die *causa donandi* im Verhältnis zum Dritten. Der Verfügungsgrund fällt nachträglich *ex tunc* dahin. Der Dritte wird zum unberechtigten Besitzer der Sache, welche vindiziert (Art. 641 ZGB) werden kann, bzw. ist ungerechtfertigt bereichert (Art. 62 II OR), sofern es sich um ein Summenlegat handelt. Aktiv legitimiert zur Vindikation bzw. Kondiktion ist der Erbe (der Erblasser, sofern noch nicht gestorben).

Der Erbe kann die Klage gegen den Dritten an den Vermächtnisnehmer abtreten; die Vermächtnisobligation ist aber erst erfüllt, wenn der Vermächtnisnehmer Besitz und Eigentum an der Sache erworben hat.

Da das Gestaltungsurteil auf die Anfechtungsklage hin nur die *causa* zu Fall bringt, wird die Anfechtungsklage zumeist gleich mit einer Leistungsklage gegen den Erben verknüpft.

b) Verfügungen von Todes wegen (Art. 494 III ZGB)

Bei der Verfügungsbefugnis des Erblassers bezüglich Verfügungen von Todes wegen ist zu unterscheiden, ob bereit ein älterer Erbvertrag besteht oder ein älteres Testament.

i) Älterer Erbvertrag besteht bereits

Eine Verfügung von Todes wegen die einem älteren Erbvertrag widerspricht, ist insoweit anfechtbar. Das Anfechtungsobjekt ist die *causa mortis* der zweiten Verfügung von Todes wegen. Mit der Anfechtung wird die Anwartschaft daraus *ex tunc* beseitigt.

ii) Älteres Testament besteht bereits

Ein älteres Testament kann durch eine neuere Verfügung von Todes wegen widerrufen werden (der Wortlaut des Art. 509 I ZGB ist insofern zu eng: nicht nur mittels neuerer Testamente, sondern auch mittels späterer Erbverträge kann ein Testament widerrufen werden).

²² Alles andere – das Versprechen einer Sache ohne die Verpflichtung, sie nicht zu verschenken – würde Treu und Glauben widersprechen.

²³ Nicht etwa Schadenersatz aus Nichterfüllung.

²⁴ Zur Anfechtungstheorie des Erbrechts vgl. Fn. 3.

17.3 Erbverzichtsvertrag (negativer Erbvertrag)

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 629 ff.

17.3.1 Begriff

Der Erbverzichtsvertrag ist ein Vertrag in welchem ein bestehender Erbe auf seine Anwartschaft verzichtet.²⁵ Der Grundtypus des Erbverzichtsvertrages besteht aus einer Verzichtsofferte des Vertragspartners (Willenserklärung unter Lebenden) und einem Akzept des Erblassers (Willenserklärung von Todes wegen).²⁶

Einen Erbverzichtsvertrag zu schliessen macht grundsätzlich nur mit pflichtteilsberechtigten Erben Sinn, auch wenn ein solcher Vertrag bezüglich jeder Art der Erbeinsetzung möglich ist [Rz. 48: BGE 102 Ia 418, 425]. Denn mit durch Erbvertrag eingesetzten Erben kann der Erbvertrag durch eine einfache schriftliche Übereinkunft aufgehoben werden, wodurch deren Erbenstellung wieder entfällt (Art. 513 I ZGB). Und testamentarisch eingesetzten Erben kann durch neue letztwillige Verfügung dieser Statuts wieder entzogen werden (Art. 509 I i.V.m. 498 ff. ZGB).

Nach dem Bundesgericht soll die Wirkung des Erbvertrages mit der Eröffnung des Erbganges, also mit dem Tod des Erblassers (Art. 537 I ZGB) eintreten, den in diesem Zeitpunkt entscheide sich, ob jemand Erbe sei oder nicht [Rz. 46: BGE 53 II 101, 103].

Laut HUWILER ist aber das Verzichtobjekt des Erbvertrages nicht die Erbenstellung als solche, sondern die Anwartschaft des Vertragspartners auf die Erbschaft. Womit die Wirkung des Vertrages im Augenblick des Vertragsschlusses eintritt (Art. 495 II ZGB lässt diese Deutung zu [Rz. 46 2. Abschnitt: BGE 53 II 101, 103]). Andernfalls, d.h. bei Verzicht auf die Erbenstellung, würde, sollte ein verzichtender Pflichterbe vorversterben, der Erbvertrag wegen Unmöglichkeit (die Erbenstellung entsteht nie) *ex tunc* dahin fallen, womit auch die *causa* allfälliger Gegenleistungen entfiele. Gegen die Erbmasse des vorverstorbenen Pflichtteilerben entstünde ein Bereicherungsanspruch, den allenfalls erst die Erben des Erblassers gegen die Erben des vorverstorbenen Pflichtteilerben geltend machen würden.

Die Bestimmung von Art. 495 III ZGB, wonach ein Erbverzichtsvertrag „soweit der Vertrag nicht etwas anderes anordnet“ auch gegenüber den Nachkommen des Verzichtenden wirke, gilt sicher im Falle eines entgeltlichen Erbverzichts, da hier immerhin die Gegenleistung in das Vermögen und später die Erbmasse des Verzichtenden fällt [Rz. 47 am Ende: BGE 90 II 75, 77 f.]. Bei unentgeltlichen Erbverzichtsverträgen (Grundtypus) kann dies nicht ohne Weiteres gelten, der Passus: „soweit der Vertrag nicht etwas anderes anordnet“ ist sehr weit auszulegen, sodass Unentgeltlichkeit als Vereinba-

²⁵ Der Verzicht ist ein grundsätzlich einseitiges Rechtsgeschäft, darauf gerichtet ein subjektives Recht bzw. eine Anwartschaft aufzugeben, d.h. ohne Übertragungswillen aus dem Vermögen auszuscheiden. Auf Forderungen kann nicht einseitig verzichtet werden, es bedarf hierzu der Zustimmung des Schuldners (Art. 115 OR) – das Nichtgeltendmachen bedeutet nicht Verzicht, die Forderung bleibt bestehen, auch wenn nach 10 Jahren die Einrede der Verjährung geltend gemacht werden kann, erfüllbar bleibt die Forderung weiterhin.

²⁶ Dass dieses Geschäft ein Erbvertrag ist, ergibt sich aus der Marginalie vor Art. 494 ZGB (H. Erbverträge).

rung der Wirkung nur für den Verzichtenden angesehen werden könnte (je nach den Umständen).

17.3.2 Wirkungen des Erbverzichts

Der Verzichtende wird behandelt, wie wenn er nicht Erbe wäre. Die Wirkung des Vertrages erstreckt sich auf den Verzichtenden selbst und allenfalls seine Nachkommen (Art. 495 III ZGB).

17.3.3 Entgeltlicher Erbverzichtsvertrag (Erbauskauf)

Neben dem reinen Erbverzichtsvertrag (Grundtypus), sieht Art. 495 I ZGB auch den Erbauskauf vor. Dieser besteht aus einem Erbverzichtsvertrag (Verzichtsofferte, Akzept) sowie einer Offerte zur Leistung des Erblassers und einem Akzept des Vertragspartners (beides Rechtsgeschäfte unter Lebenden).

Die Verknüpfung dieser beiden Verträge ist wiederum eine synallagmatische (zusammengesetzter Vertrag), d.h. der eine Vertrag wird um des andern Vertrages willen geschlossen (vgl. oben 17.2.4B).²⁷

Fallen die beiden Geschäfte weg, können bereits ausgetauschte Leistungen entweder kondiziert oder vindiziert werden.

A) Genetisches Synallagma

Leidet das Rechtsgeschäft von Todes wegen (Erbverzichtsvertrag) an einem Formmangel, wird es anfechtbar. Im Falle der Anfechtung (Unwirksamkeit *ex tunc*) erlischt auch die Verpflichtung zur Gegenleistung aufgrund von Art. 20 I OR *ex tunc*.

Bei einem Willensmangel des Rechtsgeschäftes unter Lebenden (z.B. nach Art. 31 OR, Wegfall *ex tunc*) wird das Rechtsgeschäft von Todes wegen selbst aufgrund eines Willensmangels (Art. 469 ZGB) anfechtbar.

B) Konditionelles Synallagma

Es sind kaum praktische Fälle denkbar.

C) Problematik des abstrakten Rechtsgeschäfts

BUCHER AT, S. 55 ff.; KASER MAX, Römisches Privatrecht, S. 188 ff.

Jede Zuwendung bedarf einer *causa*. Wie nun, wenn der Erblasser dem Vertragspartner ohne Angabe eines Schuldgrundes eine bestimmte Geldsumme o.ä. verspricht (abstraktes Verpflichtungsgeschäft). Art. 17 OR sieht diese Art von Schuldversprechen explizit vor. Allerdings wird das abstrakte Schuldverhältnis meist nur unter dem Aspekt der Beweisabstraktheit behandelt: Beweisabstraktheit bedeutet, dass der Gläubiger der Beweislast genügt, wenn er das Schuldbekenntnis des Schuldners vorlegt; das allfällige Fehlen der *causa* hat der Schuldner zu beweisen.

²⁷ Die *causa* des Rechtsgeschäftes unter Lebenden ist die *causa credendi*, denn die Verpflichtung zur Leistung wird um der Gegenleistung (Erbverzicht) willen eingegangen. Der Erfüllungshandlung liegt die *causa solvendi* zugrunde.

Art. 17 OR bedeutet aber nicht nur dies. Dieser Artikel wurde in das OR eingefügt, um den Schulenstreit, ob sich die abstrakte Stipulation des römischen Rechts im abstrakten Konsenskontrakt fortsetze, jedenfalls auf der Ebene des Gesetzes zu beenden. D.h. also, dass auch eine abstrakte Obligation *sine causa* Bestand hat.

Ist das Rechtsgeschäft unter Lebenden in dieser Weise abstrakt, bleibt es bestehen, auch wenn das Gegengeschäft (der Erbverzichtsvertrag, um dessen willen es eigentlich abgeschlossen worden ist) entfällt. Der Erblasser bleibt Schuldner der Forderung und der Vertragspartner Gläubiger.

Die Bereicherung des Vertragspartners besteht diesfalls in der weiterhin bestehenden Gläubigerstellung, die deshalb kondiziert werden muss (*condictio libertatis*). Dies geschieht durch Erlassvertrag mit dem Schuldner (Untergang der Obligation). Kondiktionsinhalt ist die Willenserklärung des Gläubigers auf Erlass der Forderung (kann auch durch Urteil des Richters ersetzt werden).

Zusammenfassend: Sollte das Rechtsgeschäft unter Lebenden in Form eines abstrakten Schuldversprechens ergangen sein, entfällt die Gläubigerstellung des Vertragspartners nicht *eo ipso* aufgrund des genetischen Synallagmas, sondern muss kondiziert werden.

17.3.4 Sonderfall des negativen Erbvertrags, sog. lediger Anfall

Art. 496 ZGB stellt je die Vermutung einer stillschweigenden resolutiven Bedingung des Verzichts auf, wenn Erben aus irgend einem Grund (z.B. Ausschlagung [Art. 566 ff. ZGB], Erbnunwürdigkeit [Art. 540 ZGB], Vorversterben [Art. 542 ZGB]) ausfallen sollten.

A) Verzicht zugunsten bestimmter Erben (Art. 496 I ZGB)

Art. 496 I ZGB ist zu eng formuliert. Die Erben, die „bestimmten Personen“ können auch ausserhalb des Erbvertrages, in einem anderen Erbvertrag oder einem Testament, eingesetzt sein. Und entgegen dem Wortlaut „fällt“ der Verzicht nicht dahin, sondern es besteht bloss die Vermutung, der Verzicht stehe unter der resolutiven Bedingung, dass eine der Personen zugunsten derer verzichtet wird, die Erbenstellung antritt (vgl. Art. 496 II ZGB). Gegen diese Vermutung kann der Gegenbeweis (voller Hauptbeweis) angetreten werden, z.B. auch aus der Urkunde selbst.

B) Verzicht zugunsten von Miterben (Art. 496 II ZGB)

Der zweite Absatz betrifft den Verzicht zugunsten des eingeschränkten Personenkreises der Miterben bzw. von Personen, die, soweit der Vertragspartner nicht verzichtet hätte, seine Miterben gewesen wären (z.B. Geschwister).

Fallbeispiel:

C verzichtet zugunsten seiner Geschwister A und B. Bei Vorversterben von A (bzw. B) wird B (bzw. A) Universalerbe. Erst bei Vorversterben von A und B greift die Vermutung, dass C nur verzichtet hat, soweit einer seiner Miterben A und B de Erbschaft antritt. Ein Mitglied einer andern Parentel müsste beweisen, dass C unbedingt, d.h. in jedem Fall verzichtet hat (voller Hauptbeweis).

Variante: Hat B Kinder, so wären diese bei dessen Vorversterben die Miterben des C, sein Verzicht bliebe aufrecht.

17.3.5 Schranken des Verzichts

A) Schutz der Gläubiger (Art. 497 ZGB)

Die Gläubiger des Erblassers werden in Bezug auf den entgeltlichen Verzicht geschützt, sodass nicht ein Erblasser, der sein Vermögen schwinden sieht, entgeltliche Erbverzichtsverträge schliessen und dadurch seinen Nachlass zulasten der Gläubiger entsprechend schmälern kann.

Sind die Voraussetzungen erfüllt bei:

- Zahlungsunfähigkeit des Erblassers bei seinem Tode (Art. 497 i.V.m 537 I ZGB); wenn
- keine Befriedigung der Gläubiger durch die Erben (oder Dritte [Art. 68 OR]); und
- wenn die Leistungen des Erblassers an die Verzichtenden nicht weiter als 5 Jahre zurück liegen;

dann haben die Gläubiger gegen den Verzichtenden einen Bereicherungsanspruch. Dieser Höhe des Anspruches bemisst sich danach, wieweit der Verzichtende noch bereichert ist (Entreicherungseinwendung [Art. 64 OR] sowie alle übrigen Rechtsfolgen der Art. 64 ff. OR). Die Entreicherungseinwendung kann nicht geltend machen, wer mit der Rückleistung rechnen muss bzw. musste.²⁸

B) Schutz der Miterben (Art. 535 f. ZGB)²⁹

Hat der Erblasser mit einem „Erben“ einen entgeltlichen Erbverzichtsvertrag geschlossen, bei dem die Gegenleistung die verfügbare Quote des Erblassers übersteigt, so können die übrigen pflichtteilgeschützten Erben die Herabsetzung dieser Gegenleistung verlangen (Art. 535 I ZGB).

Die Berechnung der verfügbaren Quote richtet sich nach den Bestimmungen der Art. 474 ff. i.V.m. 527 ZGB unter der hypothetischen Annahme, der Verzichtende sei ebenfalls Erbe (mit einem Pflichtteil).

Beispiel:

A, B und C wären als direkte Nachkommen Erben des Erblassers. C verzichtet gegen 2000 auf seine Erbanwartschaft und ist somit nicht mehr Erbe. Der Reinnachlass (Art. 474 ZGB) beträgt 1000. Somit erhielten die beiden Erben je 500. Aufgrund ihres Herabsetzungsanspruches können A und B jedoch die Herabsetzung der Auskaufssumme, die C erhalten hat, verlangen (Art. 535 ZGB): Zum Reinnachlass wird die Auskaufssumme hinzugerechnet³⁰ (Art. 475 i.V.m 527 Ziff. 2 ZGB) und aus der Summe die Pflichtteile der Erben (wie wenn auch C Erbe wäre) berechnet. Dies ergibt für jeden der drei einen Betrag von 750 (Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Was nun C über seinen Pflichtteil

²⁸ Vgl. auch die ähnliche Regelung von Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung/Deliktspauliana), allerdings unter der Voraussetzung der Konkurseröffnung über den Nachlass (nicht bloss Zahlungsunfähigkeit) und die für den Empfänger erkennbare Absicht, die Gläubiger zu schädigen bzw. bestimmte Gläubiger zu bevorzugen.

²⁹ Trotzdem die Marginalie vor Art. 535 ZGB von „B. Ausgleichung beim Erbverzicht“ spricht, handelt es sich um eine reine Herabsetzungsnorm, welche mit Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) nichts zu tun hat. Es handelt sich um ein Versehen des Gesetzgebers (*lapsus linguae*).

³⁰ Zur Hinzurechnung vgl. auch Art. 208 ZGB.

hinaus erhalten hat, kann herabsetzt werden (Art. 535 II ZGB): die Differenz zwischen dem tatsächlichen Erbe (500) und dem berechneten (hypothetischen) Pflichtteil (750) (Art. 535 I ZGB): Die Erben können demnach je 250 vom Verzichtenden verlangen.

Sind die Erben zur Herabsetzung berechtigt, besteht eine Gestaltungslage: sie haben ein Gestaltungs- und Klagerecht auf Herabsetzung. Das Herabsetzungsobjekt ist die *causa* aufgrund welcher die Zuwendung des Erblassers an den Verzichtenden erfolgt ist (vgl. oben 17.3.3); sie wird in der Höhe des Anspruches der Erben herabgesetzt (im Beispiel oben um 500). Alles was nun diese in ihrem Umfang herabgesetzte *causa* übersteigt, unterliegt der Rückleistung. Und zwar entfällt dieser Teil der *causa ex nunc* mit dem Tod des Erblassers, sodass den Erben ein Kondiktionsanspruch aus nachträglich weggefallenem Grund (*condictio ob causam finitam* [Art. 62 II OR]) zusteht.

Bei Geldleistungen macht es keinen Unterschied aus, ob die Zuwendung ohne gültigen Grund erfolgte, oder ob die *causa* erst nachträglich weggefallen ist. Anders jedoch bei Sachleistungen: erfolgte die Sachleistung ohne *causa*, so ist das Eigentum nicht übergegangen (vgl. BGE 55 II 302 bzw. Art. 974 I, II ZGB) und der Berechtigte kann vindizieren. Ist aber die *causa* erst nachträglich weggefallen (wie hier bei der Herabsetzung), ist das Eigentum gültig übergegangen und der obligatorische Kondiktionsanspruch geht primär auf (Rück-)Übereignung der Sache und – sollte die Sache nicht mehr vorhanden sein – sekundär auf Wertersatz (höchstens bis zum Verkaufserlös bzw. bei Fehlen des guten Glaubens des Verzichtenden auf den objektiven Wert der Sache zurzeit des Erbanges).³¹

Wird der Verzichtende zu einer Rückleistung verpflichtet, kann er stattdessen auch die ganze Leistung des Erblassers an ihn in die Teilung einwerfen und an dieser teilnehmen, als ob er nicht verzichtet hätte (fiktiver Verzicht auf den Erbverzicht [Art. 536 ZGB]). Der Verzichtende wird diesfalls wie ein Miterbe behandelt, seine Beteiligung am Nachlass umfasst dann auch die Passiven.

Besteht die Leistung des Erblassers an den Verzichtenden in einer unteilbaren Sache, wird analog die Bestimmung über die Herabsetzung einer einzelnen vermachten Sache angewendet (Art. 526 ZGB): Der Verzichtende kann – sofern er sich für die Rückleistung entscheidet – entweder gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sache selbst oder anstatt der Sache den verfügbaren Betrag beanspruchen.

Eine problematische Fehlleistung ist dem Gesetzgeber bezüglich der Anrechnung der Leistungen unterlaufen, indem er hierfür auf die Bestimmungen über die Ausgleichung verweist (Art. 626 ff. ZGB). Diese Regeln verweisen nämlich ihrerseits bezüglich der Restitutionspflicht auf die Besitzesregeln des Sachenrechts (Art. 938 ff. ZGB). Die Restitutionspflicht einer Kondiktion richtet sich also hier nach den Vorschriften über die Vindikation und nicht nach den Kondiktionsregeln! U.a. kann die Bereicherungseinwendung nicht geltend gemacht werden, da diese dem Sachenrecht unbekannt ist.

Dies führt zu Wertungswidersprüchen etwa der folgenden Art: Stattet ein Erblasser einen seiner Nachkommen aus (ohne dass dieser auf sein Erbe verzichtet) und verfügt gleichzeitig, dass diese Ausstattung nicht der Ausgleichung unterliegen soll (Art. 626 II ZGB), unterliegen diese Leistungen gegebenenfalls der Herabsetzung nach Art. 522 ff.,

³¹ Die Kondiktionsansprüche auf Übereignung einer Sache werden erst im Konkurs des Gläubigers zu reinen Geldansprüchen (vgl. Art. 211 SchKG).

insbes. 527 Ziff. 1 ZGB. Damit kommen die Bereicherungsregeln einschliesslich der Entreicherungseinwendung (Berücksichtigung durch den Richter von Amtes wegen) zum Zuge (Art. 528 I ZGB i.V.m. 64 ff. OR). Verzichtet der Nachkomme hingegen auf sein Erbe gegen eine Auskaufssumme, dann kommen bezüglich einer Herabsetzung die sachenrechtlichen Regeln (ohne Entreicherungseinwendung) bezüglich der Kondiktion zur Anwendung (Art. 535 III i.V.m. 626 ff. i.V.m. 938 ZGB).

Um dieses Resultat zu vermeiden, welches im Vergleich mit den anderen Grundsätzen des Gesetzbuches (hier mit der Rechtsgleichheit, welche ungeschrieben jeder Kodifikation zugrunde liegt) als unannehmbar erscheint, ist die Annahme einer Ausnahmelücke (d.h. das Vorliegen einer nicht annehmbaren Gesetzregel) angezeigt. Der französische Gesetzestext verdeutlicht dies, indem er klarer als der deutsche in Art. 1 II ZGB sagt, eine Lücke liege dann vor, wenn das Gesetz keine anwendbare Regelung enthalte.³²

Eine solche unannehmbare Regel ist durch teleologische Reduktion³³, d.h. Rücknahme der Regel gegen den Wortlaut des Gesetzes, auszulegen und die dadurch entstehende

³² art. 1 II CC: „A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.“

³³ Zur sog. unechten Gesetzeslücke (bzw. teleologische Reduktion): HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1998, Rz. 2.48 ff., 2.145 ff., 2.174 ff., 2.188 ff. [künftig zit. als HAUSHEER/JAUN]; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, München 1998, S. 147; HUWILER BRUNO, Privatrecht und Methode, Studienheft 5, recht 1999, S. 17 ff. und BGE 121 III 219, 225 ff. E. 1 d/aa: „Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden auf den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird ... Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen ... Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann ... Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist, namentlich, wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint ... Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar ... Zu beachten ist indessen, dass mit dem Lückenbegriff in seiner heutigen schillernden Bedeutungsvielfalt leicht die Grenze zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfindung contra verba aber secundum rationem legis und grundsätzlich unzulässiger richterlicher Gesetzeskorrektur verwischt wird. In differenzierender Auslegung ist daher vorab zu prüfen, ob der Wortsinn der Norm nicht bereits einem restriktiven Rechtssinn zu weichen habe, sodann, ob nicht bloss eine teleologisch nicht unterstützte Redundanz des grammatikalischen Rechtssinns gegeben sei, die durch eine Reduktion contra verba legis

Lücke nach den Regeln der Lückenfüllung zu füllen (vgl. z.B. BGE 61 II 95 zu Art. 402 II OR).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Verweisung in Art. 535 III auf die Art. 626 ff. ZGB insofern zurückgenommen wird, als er auch die betreffenden Rückgabegrundsätze (Art. 630 II ZGB) einbeziehen möchte. Die Verweisung bezieht sich dann nur noch auf die anrechenbaren Leistungen; die Rückgabe erfolgt nun in jedem Fall nach den Grundsätzen der Art. 64 ff. OR.

C) Durchführung der Herabsetzung nach Art. 535 ZGB (Art. 532 ZGB)

Nach Art. 532 ZGB sollen in erster Linie die Verfügungen von Todes wegen und in zweiter Linie die Zuwendungen unter Lebenden herabgesetzt werden, bis die Pflichtteile hergestellt sind. Innerhalb der Zuwendungen unter Lebenden sollen die späteren von den früheren herabgesetzt werden.

Beispiel:

Ein Erblasser will jedem seiner drei Nachkommen (A [1973], B [1975] und C [1978]) bei Erreichen der Mündigkeit eine Summe von 250 in Form eines Erbauskaufs (vgl. oben 17.3.3) überlassen. A und B erhalten je 250, dann stirbt der Erblasser 1995, bevor C mündig geworden ist und hinterlässt ein Vermögen von 100 (Reinnachlass [Art. 474 ZGB]).

Durch Hinzurechnung der beiden Erbauskaufssummen erhält man den für die Berechnung massgeblichen Nachlass von 600 [Art. 475 i.V.m. 527 ZGB]. Der gesetzliche Erbteil eines jeden betrüge 200, die Pflichtteile somit je 150 (Art. 457 i.V.m. 471 Ziff. 1 ZGB). C kann bezüglich der Auskaufssummen seiner Geschwister die Herabsetzung verlangen (und zwar in der Höhe von 50). Allerdings soll er nach Art. 532 ZGB nicht von jedem seiner Geschwister je 25 verlangen können, sondern von B (weil dieser seine Zuwendung später erhalten hat als A) die ganzen 50.

Da diese Lösung eher unbefriedigend ist, habe Rechtsprechung und Lehre durch teleologische Reduktion Art. 532 ZGB korrigiert.³⁴ Art. 532 ZGB ist nach dieser Auslegung so zu lesen, wie wenn die Passage „diese in der Weise, dass die späteren vor den früheren herabgesetzt werden,“ nicht geschrieben wäre. C muss A und B einklagen, weil er andernfalls rechtsmissbräuchlich handelt.

17.4 Letztwillige Verfügungen im Erbvertrag

In einem Erbvertrag können ohne weiteres auch frei widerrufliche letztwillige Verfügungen enthalten sein (vgl. oben 16.4) [Rz. 49: BGE 96 II 273, 281]. Probleme können

eingeschränkt werden muss. Der Lückenbegriff taugt diesfalls erst, wenn die teleologische Reduktion des Wortsinns ergibt, dass die positive Ordnung einer Regelung entbehrt, mithin eine verdeckte – aber echte – Lücke aufweist, die im Prozess der richterlichen Rechtsschöpfung zu schliessen ist ... Wo jedoch der zu weit gefasste Wortlaut durch zweckgerichtete Interpretation eine restriktive Deutung erfährt, liegt ebenso Gesetzesauslegung vor wie im Fall, wo aufgrund teleologischer Reduktion eine verdeckte Lücke festgestellt und korrigiert wird. In beiden Fällen gehört die so gewonnene Erkenntnis zum richterlichen Kompetenzbereich und stellt keine unzulässige berichtigende Rechtsschöpfung dar ...“

³⁴ Vgl. oben Fn. 33.

allenfalls bezüglich der Abgrenzung zum Erbvertrag zugunsten Dritter entstehen, welcher, falls der Vertragspartner verstirbt, praktisch unwiderrufbar wird (vgl. oben 17.2.3). Deshalb ist im Zweifel eine entsprechende Klausel im Erbvertrag als letztwillige testamentarische Verfügung anzusehen, da eine solche frei widerrufen werden kann.

§18 Verfügungsfähigkeit

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 572 ff.

18.1 Allgemeine Voraussetzung: Urteilsfähigkeit

18.2 Testierfähigkeit

18.3 Erbvertragsfähigkeit

18.3.1 Erblasser

18.3.2 Gegenpartei (Vertragspartner)

18.3.3 Gegenseitiger Erbvertrag

18.4 Fehlen der Verfügungsfähigkeit

18.4.1 Beim Testament

18.4.2 Beim Erbvertrag

3. Abschnitt: Aufhebung der Verfügung von Todes wegen

§19 Aufhebung von Gesetzes wegen

19.1 Durch Tod (Art. 542 f. ZGB)

Das Vorversterben eines ingesetzten Erben oder eines Vermächtnisnehmers bringt die Verfügung von Todes wegen zur Unwirksamkeit. Mit dem Vorversterben des Vertragspartners fällt ebenfalls ein Erbvertrag dahin (Art. 515 I ZGB).

Bei den gesetzlichen Erben hingegen treten deren Erben (Nachkommen) an ihre Stelle (vgl. Art. 457 II, 458 III und 459 III ZGB). Kommorienten (gleichzeitig Verstorbene nach Art. 32 II ZGB; vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 03.38 f.) beerben sich gegenseitig nicht.

Beispiel zur Kommorientenregel:

Ein Vater V (Ehefrau bereits gestorben) hat vier Söhne A, B, C und D. D ist mit E verheiratet, die beiden haben zwei Kinder. Kommen nun V und D gemeinsam (z.B. in einem Autounfall, bei welchem sich nicht mehr rekonstruieren lässt, ob einer den andern überlebt hat) ums Leben, so beerben sie sich gegenseitig nicht. Dies bedeutet, dass die drei überlebenden Söhne A, B und C den V zu je einem Drittel beerben. D bzw. seine Nachkommen erhalten aus dem Nachlass von V nichts (anders, wenn D 14 Tage vor V gestorben wäre). Umgekehrt Erben E und die Kinder den gesamten Nachlass des D.

19.2 Durch Ehescheidung

SCHNYDER, ZBJV 1998, S. 173 ff.

Die Bestimmung des aArt. 154 II ZGB, wonach geschiedene Ehegatten „aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Scheidung errichtet haben, keine Ansprüche erheben“ können, wurde lange als zwingend angesehen [Rz. 53: BGE 122 III 308, 309 ff.]. Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung war diese Norm jedoch (jedenfalls was den zweiten Satzteil betraf) als dispositiv anzusehen. Verfügungen von Todes wegen, die vor der Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen worden waren, waren folglich nach aArt. 154 II ZGB unwirksam, sofern nicht aus der Verfügung etwas anderes hervor ging.

Ob sich unter dem neuen Scheidungsrecht (Art. 120 II ZGB) daran etwas ändern wird, ist fraglich. Zwar hat der Gesetzgeber nicht mehr auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils abgestellt, sondern auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens (d.h. Zeitpunkt der Klageeinreichung bzw. Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens), sodass zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft der Scheidung getroffene Verfügungen von Todes wegen nunmehr ohne weiteres gültig sind. Ob aber der Gesetzgeber mit dieser kleinen Änderung anzeigen wollte, dass vor Rechtshängigkeit des Verfahrens getroffene Verfügungen von Todes wegen nun zwingend unwirksam sein sollen, wird sich zeigen müssen.

§20 **Aufhebung des Testamentes**

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 612 f.

Die Aufhebung bzw. der Widerruf einer Verfügung von Todes wegen ist selbst auch eine Verfügung von Todes wegen, d.h. muss grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen erfolgen wie die Errichtung (Art. 509 I ZGB).

[Rz. 36 E. 6 a: BGE 116 II 411, 412 ff.] Bezüglich des Widerrufs (i.w.S.) lassen sich drei Arten des Widerrufs unterscheiden: Zunächst die neu verbalisierten Verfügungen von Todes wegen (ausdrücklicher Widerruf oder Widerruf i.e.S. [Art. 509 I ZGB] und die implizite Aufhebung [Art. 511 I ZGB]), dann die Vernichtung (Art. 510 ZGB) und schliesslich die Verfügung unter Lebenden (Art. 484 III ZGB).

Ein Widerruf ist stets (also auch im Falle der Vernichtung) eine rechtsgeschäftliche Erklärung und nicht etwa ein Realakt (eine nicht auf Rechtswirkung gerichtete Handlung).

20.1 **Widerruf durch Errichtung einer neuen Verfügung von Todes wegen**

20.1.1 **Begriff**

Ein Widerruf ist grundsätzlich eine einseitige Willenserklärung, ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, mittels welchem die Wirksamkeit eines andern Rechtsgeschäftes verhindert wird (vgl. Art. 9 OR).

Im Erbrecht hat der Widerruf den Sinn, dass früher abgegebene Willenserklärungen im Zeitpunkt des Todes des Erblassers keine Wirksamkeit entfalten. Zudem ist der Widerruf im Erbrecht nicht empfangsbedürftig.

20.1.2 **Form**

A) **Ausdrücklicher Widerruf**

Für den ausdrücklichen Widerruf ist eine der erbrechtlich relevanten Formen gefordert. Art. 509 I ZGB meint nicht etwa, ein handschriftliche Testament müsste in der Form des handschriftlichen Testaments widerrufen werden, sondern es stehen alle Formen zur Verfügung. Ein handschriftliches Testament kann folglich auch in der Form des Erbvertrags widerrufen werden usf.

B) **Nicht ausdrücklicher Widerruf**

Für den impliziten Widerruf genügt ebenfalls eine der Testamentsformen oder die Erbvertragsform.

20.1.3 Inhalt

A) Negative Verfügung

B) Positive Verfügung

[Rz. 54 E. 2: BGE 82 II 513, 515 ff., 521] Tritt eine spätere Verfügung von Todes wegen in unvereinbaren Widerspruch zu einer früheren, „tritt sie“ vermutungsweise „an die Stelle der früheren Verfügung“ (Art. 511 I ZGB).³⁵ Der durch die frühere Verfügung begünstigte Erbe bzw. Vermächtnisnehmer hat zu beweisen, dass die spätere Verfügung nur eine Ergänzung der früheren sein soll.³⁶

Der implizite Widerruf gilt auch dann, wenn die spätere Verfügung selber keine Wirkung entfalten sollte. Der Widerrufswille ist als solcher als Verfügung von Todes wegen zu beachten (soweit die Form gewahrt ist). Der positive Inhalt entfällt zwar, nicht jedoch die negative Wirkung.

20.1.4 Wirkungen des Widerrufs

A) Wegfall der früheren Verfügung

B) Widerruf des Widerrufs

20.2 Widerruf durch Vernichtung des Testaments

20.2.1 Absichtliche Vernichtung durch den Erblasser oder auf dessen Veranlassung

[Rz. 36 E. 8: BGE 116 II 411, 412 ff., Rz. 58: BGE 83 II 500 (Pra 47 Nr. 46)] Für beide Fälle – ob der Erblasser selbst sein Testament vernichtet oder dies auf seine Veranlassung durch einen Dritten geschieht – gilt dasselbe: Die Vernichtungshandlung ist formgenügend und muss in jedem Fall vom *animus testandi* des Erblassers getragen sein, wie jede Verfügung von Todes wegen.

20.2.2 Exkurs: Eigenmächtige Vernichtung durch Dritte oder zufälliger Untergang

Ist der Träger des Erblasserwillens ohne den Willen des Erblassers untergegangen, verliert die Verfügung von Todes wegen ihre Wirksamkeit dennoch. Nicht weil der Erblasser den Willen dazu gehabt hätte, sondern weil seine Verfügung von Todes wegen nicht mehr rekonstruierbar ist. Jedoch nur soweit „ihr Inhalt nicht genau und vollständig“ durch Entwürfe, Zeugen usf. „festgestellt werden kann“ (Art. 510 II ZGB). Die Wiederherstellung der Urkunde ist reine Beweisfrage.

³⁵ art. 511 I CC: „Les dispositions postérieures qui ne révoquent pas expressément les précédentes les remplacent dans la mesure où elles n'en constituent pas indubitablement des clauses complémentaires.“

³⁶ Möglich bleibt auch die Anfechtung wegen mangelnder Form usf.

A) Voraussetzungen der Aufrechterhaltung der Verfügung**a) Vollständige Feststellung des Inhalts**

Vollständige Feststellung (Art. 510 II GB) meint allerdings nicht die Wiederherstellung des Testaments in seinem vollen Umfang, die Wiederherstellung einer einzelnen Anordnung genügt.³⁷ Die Anordnung muss für sich selber sprechen und darf nicht im Zusammenhang mit einer nicht mehr rekonstruierbaren Anordnung stehen.

Lässt sich feststellen, dass X ein Vermächtnis Y erhalten soll, reicht dies aus, auch wenn der Rest der Urkunde nicht mehr zu rekonstruieren ist. Besteht aber das Vermächtnis z.B. in einem Bild und einem Summenvermächtnis von Fr. 20'000.- für seine Restauration und lässt sich nicht mehr feststellen, welches Bild gemeint war, fällt auch das Summenvermächtnis dahin.

b) Genauere Feststellung des Inhalts

Der Inhalt der Anordnung muss exakt hergestellt werden können, Begründungen, Stilisierungen usf. sind nicht notwendig.

B) Rechtsfolgen der Vernichtung und Aufrechterhaltung

Wird ein Testament ohne den Willen des Erblassers vernichtet, verweist Art. 510 II ZGB für den Schadenersatz auf Art. 41 OR als Anspruchsgrundlage.

a) Vernichtung nach dem Tod des Erblassers

Die Urkunde ist eine Sache im Eigentum der Erbengemeinschaft, ihre Vernichtung demnach die Verletzung eines absolut geschützten Rechts (Rechtswidrigkeit). Schadeposten sind die Aufwendungen der Erben z.B. für Gutachten, Anwaltskosten, Rekonstruktionsversuche.

Was den Erben an Erbschaft bzw. den Vermächtnisnehmern an Vermächtnissen entgangen ist, kann grundsätzlich nicht als Schadenersatz geltend gemacht werden. Denn entweder lassen sich die Vermächtnisse und die Erbquoten rekonstruieren, dann schadet die Vernichtung der Urkunde nicht und es besteht kein Schaden, oder aber sie (und mit ihnen auch der Schaden) lassen sich nicht feststellen. HUWILER sieht immerhin dann eine Ausnahme, wenn sich z.B. beweisen lässt, dass X als Erbe für eine Quote von mindestens 50% eingesetzt gewesen wäre, die genaue Quote sich aber nicht mehr feststellen lässt. In einem solchen Fall habe der Richter aufgrund von Art. 43 OR nach den Umständen und der Grösse der Schuld einen angemessenen Ersatz zuzusprechen.

b) Vernichtung vor dem Tod des Erblassers

Wird die Urkunde vor dem Tod des Erblassers vernichtet, stellt sich insofern ein Problem, als der Schaden mit dem Tod des Erblassers bei den Erben eintritt, die schädigende Handlung aber das Eigentumsrecht des Erblassers betroffen hat.

[Rz. 197: BGE 103 II 330 (Pra 67 Nr. 89)] Die Lösung liegt in der Lehre der sog. Schadenlage: Alle Voraussetzungen zum Schaden sind bereits gesetzt, nur das Schade-

³⁷ Diese ergibt sich aus der Doppelbedeutung des Begriffes der Verfügung, welcher sowohl die Urkunde selbst meinen kann oder auch nur eine einzelne Anordnung des Erblassers.

ereignis selbst ist noch nicht eingetreten. Das zeitliche Auseinanderfallen der Schadenersatzvoraussetzungen soll nach dieser Lehre unschädlich sein.³⁸

c) **Schadenersatz für Vermächtnisnehmer**

Da die Urkunde nicht im Eigentum eines Vermächtnisnehmers steht, können diese keine Widerrechtlichkeit nach Art. 41 I OR geltend machen. Wer aber bewusst eine solche Urkunde vernichtet, handelt zumindest auch eventualvorsätzlich, denn er nimmt die Schädigung der Erben bzw. Vermächtnisnehmer in Kauf, was einen Verstoss gegen die guten Sitten, d.h. die ungeschriebenen Grundsätze der Kodifikation (hier: *neminem laedere*) darstellt. In einem solchen Fall bedarf es keiner Widerrechtlichkeit, ein Vermächtnisnehmer kann sich auf Art. 41 II OR stützen.

Wird die Urkunde bloss fahrlässig vernichtet, entfällt diese Möglichkeit, weshalb für die Begründung der Widerrechtlichkeit eine entsprechende Schutznorm gefunden werden muss. Eine solche findet sich in Art. 556 I ZGB, welche jedermann dazu verpflichtet, solche Urkunden einzuliefern, was auch Schutz der Urkunde vor Beeinträchtigung von jedermann schützen soll bzw. dazu dient, die Ansprüche von Erben und Vermächtnisnehmern zu schützen.

20.2.3 Erneuerung eines durch Vernichtung widerrufenen Testaments

[Rz. 55: BGE 101 II 211, 215 ff.] Wird ein in jeder Hinsicht wirksames Testament durch den Erblasser willentlich vernichtet, ist dies eine rechtswirksame Aufhebung des Testaments (Verfügung von Todes wegen, d.h. Wiedereinsetzung der gesetzlichen Erben [Art. 510 I ZGB]).

Worum handelt es sich aber, wenn der Erblasser in einem weiteren formgültigen Testament das frühere (durch Vernichtung) widerrufenes Testament (ohne weitere inhaltliche Anordnungen) wieder als wirksam erklärt?

Hätte der Erblasser die Urkunde nicht vernichtet, sondern das Testament nur als widerrufen erklärt, dann könnte er durch eine weitere Verfügung von Todes wegen erneut das frühere Testament für wirksam erklären. Ebenso, wenn er ein Testament durch streichen, lochen usf. widerrufen hat. Im Falle der Vernichtung hält nun das Bundesgericht dafür, dass zu erstgenannten Fällen kein Unterschied gemacht werden sollte, sofern nur die widerrufenen Verfügung gültig war und der Inhalt der vernichteten Urkunde rekonstruierbar sei, denn es handle sich insofern um eine reine Beweisfrage analog zu Art. 510 II ZGB.

Die Voraussetzungen, damit ein durch Vernichtung widerrufenes Testament wieder auflebt sind demnach:

³⁸ Ein Schaden kann erst lange Zeit nach einem schädigenden Ereignis eintreten, z.B. bei einem lecken Öltank (vgl. REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1998, Rz. 540 ff.). Zwar sieht das Gesetz für die Ausschlagung eine Verwirkungsfrist von drei Monaten vor (Art. 571 ZGB). Tritt aber ein Schaden aus einem Nachlass erst viele Jahre später ein, gibt es die Möglichkeit, dies Frist aus wichtigen Gründen zu restituieren (Art. 576 ZGB).

- Das *widerrufene Testament* muss die *testamentarischen Formerfordernisse* erfüllt haben, damit es durch einen einfachen Verweis wieder in Kraft gesetzt werden kann.
- Die zerstörte *Testamentsurkunde* muss vollständig *rekonstruiert* werden können.

20.3 Widerruf durch spätere Verfügung unter Lebenden

Grundsätzlich bestimmt das Gesetz, dass eine letztwillige Verfügung über eine bestimmte Sache (meist ein Vermächtnis) dadurch aufgehoben wird, dass der Erblasser über die Sache eine Verfügung (unter Lebenden) trifft, die mit jener nicht vereinbar ist (Art. 511 II ZGB).³⁹ Eine zeitlich spätere Verfügung unter Lebenden, die einer früheren Verfügung von Todes wegen widerspricht, kann somit Trägerin eines erbrechtlich relevanten Widerrufswillens sein.

Gleichzeitig sagt Art. 484 III ZGB, dass, wenn sich eine bestimmte Sache, die der Erblasser vermacht hat, im Nachlass nicht vorfindet und kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung hervorgeht, der Beschwerde nicht verpflichtet ist.

20.3.1 Gegenstand beim Tod des Erblassers im Nachlass vorhanden

Findet sich im Nachlass des Erblassers (durch Umstände, die er nicht zu verantworten hat) ein Gegenstand wieder, den er zwar vermacht, über den er später jedoch in oben (20.3) beschriebener Weise 'verfügt' hat, ist die Verfügung von Todes wegen dennoch gültig widerrufen und der Gegenstand nicht mehr als Vermächtnis geschuldet. Für den formgültigen Widerruf des Vermächtnisses, der sich in diesem Fall in der 'Verfügung' unter Lebenden manifestiert, ist allein der Wille des Erblassers massgebend und nicht die tatsächlichen Verhältnisse (Art. 511 II ZGB). Diese können allenfalls beweisrechtlich von Bedeutung sein.

Beispiel:

Ein Erblasser (E) vermacht in seinem Testament ein Bild, welches er später aber einem Kunsthändler verkauft. Durch die traditio des Bildes geht das Eigentum auf den Kunsthändler über. Der Kunsthändler bezahlt jedoch den Kaufpreis nicht, weshalb E vom Kaufvertrag zurücktritt und den Vertrag rückabwickelt (Art. 107 ff. OR): Er lässt sich das Bild rückübereignen und beim Tod des E befindet sich das Bild demnach wieder in seinem Nachlass.

Mit dem Verkauf des Bildes (Verfügung in einem weiten Sinne, vgl. Fn. 39) ist die ursprüngliche Verfügung von Todes wegen formgültig widerrufen. Die 'Rückkehr' des Bildes in den Nachlass des E kann diese nicht wieder aufleben lassen, da auch der

³⁹ Das Bundesgericht geht unzutreffenderweise vom allgemeinen zivilrechtlichen Verfügungsbegriff (Verfügung im technischen Sinne) aus [Rz. 60: BGE 67 II 88, 96 ff.]. Der Begriff der Verfügung in Art. 511 II ZGB sollte jedoch jegliche Art von **Veräußerungsgeschäft** umfassen, in welchem sich der **Wille** des Erblassers manifestieren kann, etwas dem **Nachlass entziehen zu wollen**. Fehlt es nur z.B. noch am Vollzug des Veräußerungsgeschäftes, liegt dennoch ein formgültiger Widerruf vor. Denn schon in einer Verpflichtung manifestiert sich der *Widerrufswille*; auch zeitigt das Geschäft bereits gewisse 'Wirkungen', z.B. entsteht die *Verpflichtungslage*, oder es geht – bei einem Kaufvertrag – *Nutzen und Gefahr* auf den Erwerber über.

Widerruf eines Widerrufs den Formerfordernissen der Verfügung von Todes wegen genügen muss, was die rein tatsächliche Anwesenheit des Bildes sicher nicht tut.

20.3.2 Gegenstand beim Tod des Erblassers nicht im Nachlass vorhanden

Findet sich eine bestimmte vermachte Sache nicht im Nachlass des Erblassers, wird der Beschwerte nicht verpflichtet, d.h. die Vermächtnisobligation entsteht nicht, sofern nicht ein *anderer Wille* des Erblassers, nämlich das **Legat in Form des Surrogats aufrechterhalten** zu wollen, erkennbar ist (Art. 484 III ZGB).

Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes muss sich dieser Wille *nicht direkt aus der Verfügung* ergeben, sondern der Beweis kann auch durch andere Mittel geführt werden (Zeugen, Briefe usw.).⁴⁰

Beispiel:

Erblasser (E) hat dem Vermächtnisnehmer (V) ein wertvolles Bild vor allem als Wert(anlage) zuwenden wollen; bei einer günstigen Gelegenheit (z.B. guter Verkaufspreis) verkauft er es jedoch, weshalb das Bild später nicht mehr im Nachlass des Erblassers vorhanden ist. In diesem Fall hat der Erblasser bei der 'Verfügung' über das Bild überhaupt keinen Widerrufswillen (es fehlt jeglicher animus testandi). Die Vermächtnisobligation richtet sich nach dem Willen des Erblassers nun auf die erhaltene Geldsumme (als Surrogat des Bildes).

§21 Aufhebung des Erbvertrages

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 613 ff.

Infolge seiner Bindungswirkung kann ein Erbvertrag grundsätzlich nicht einseitig widerrufen bzw. aufgehoben werden.

21.1 Aufhebung durch Vertrag

21.1.1 Durch neuen Erbvertrag

Für den Fall, dass in einem neuen Erbvertrag (zwischen den gleichen Vertragspartnern) **ohne ausdrückliche Aufhebung** des alten Erbvertrages eine neue gegenläufige Anordnung getroffen wird, sieht das Gesetz keine Regelung vor. Diese echte Lücke wird gefüllt durch *analoge Anwendung von Art. 511 I ZGB* auch auf den Erbvertrag. Somit gilt der alte Erbvertrag als implizit aufgehoben; der neue Vertrag tritt an die Stelle des alten.

21.1.2 Durch eigentlichen Aufhebungsvertrag (Art. 513 I ZGB)

Durch einen neuen Vertrag, in dem eine **ausdrückliche Aufhebungsvereinbarung** enthalten ist, kann ein älterer Erbvertrag aufgehoben werden. Dieser *contrarius actus*

⁴⁰ Teleologische Reduktion, vgl. oben Fn. 33.

erfordert lediglich die einfache *Schriftform*, unterliegt also nicht den strengen erbrechtlichen Formvorschriften.

[Rz. 61: BGE 104 II 341 (Pra 68 Nr. 179)] Bei der **Aufhebung eines positiven Erbvertrages** (Erbeinsetzungsvertrag) ist die *Unterschrift des Erblassers erforderlich* (auch wenn er sich zu nichts verpflichtet, sondern befreit wird), denn er verfügt von Todes wegen und trifft eine Entscheidung, die seinen Nachlass beeinflussen wird. Die rein obligationenrechtliche Vorschrift von Art. 13 OR ist analog anwendbar. Dass auch der *Vertragspartner unterschreiben* muss, ist selbstverständlich.

Bei der **Aufhebung eines negativen Erbvertrages** (Erbverzichtsvertrag) muss der *Erblasser ebenfalls unterschreiben*, denn er begrenzt seine Testierfähigkeit wieder, ist künftig eingeschränkt. Die Unterschrift des *Vertragspartners* ist hingegen *nicht erforderlich*, denn er gewinnt (analog einem Beschenkten) nur Vorteile, da seine Erbanwartschaft wieder auflebt. Diese Auffassung des Bundesgerichts trifft allerdings nur auf *unentgeltliche* Erbverträge zu. Beim weitaus häufigeren Fall des *entgeltlichen* Erbvertrages hingegen erwachsen dem Vertragspartner nicht nur Vorteile, sondern auch Verpflichtungen: Die empfangene *Auskaufssumme* muss der Vertragspartner dem Erblasser wieder zurückgeben (aufgrund einer Leistungskondition direkt oder über die *condictio liberationis*)⁴¹, denn durch den Wegfall des Erbverzichtsvertrages ist beim Vertragspartner eine *Bereicherungslage* entstanden.

21.2 Durch letztwillige Verfügung (einseitige Aufhebung)

21.2.1 Fälle

A) “Aufhebung” wegen Willensmangels: (Art. 469 II i.V.m. 519 ZGB)

[Rz. 155: BGE 99 II 382, 383 ff.] Verfügungen von Todes wegen, die der Erblasser unter dem Einfluss von Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung oder Zwang getroffen hat, sind ungültig (Art. 469 I ZGB).

Aufgrund von **Art. 469 ZGB** kann der *Erblasser selbst* die Verfügung aufheben (Entdeckung des Mangels vor seinem Tod), während **Art. 519 ZGB** den *Erben* das Gestaltungsrecht der Ungültigkeitsklage zur Verfügung steht (Entdeckung des Mangels nach dem Tod des Erblassers). Beide Normen, sowohl Art. 469 als auch Art. 519 ZGB, gelten für Erbverträge und für Testamente.

a) Erklärungsirrtum

Es liegt zwar eine zutreffende Willensbildung vor, aber der Wille wird *fehlerhaft geäußert*: Verwechslung von Personen, falsche Summen usf. Dieser Irrtum kommt eher selten vor.

Art. 469 III ZGB: Enthält die Verfügung von Todes wegen einen *offenbaren Irrtum* im Bezug auf Sachen oder Personen, und lässt sich der *wirkliche Wille des Erblassers mit Bestimmtheit feststellen*, dann ist die Verfügung durch Auslegung zu *berichtigen* (*falsa demonstratio non nocet* [Art. 18 OR]). Dieser Tatbestand ist gemünzt auf die Zeit nach

⁴¹ Vgl. oben 17.3.3C).

dem Tod des Erblassers. Kann der Erblasserwille *nicht unzweifelhaft festgestellt* werden, so bleibt nur die Alternative der *Anfechtung wegen Willensmangels* nach Art. 519 ZGB; diesfalls müssen sie das Vorliegen eines Willensmangels beweisen.

Beispiel:

Der Erblasser schreibt in seinem Testament: "Ich vermache dem X 100'000.- Franken, weil er meinem Sohn das Leben gerettet hat." In Wahrheit war aber Y der Lebensretter. Hier können wir zwar einen offenbaren Irrtum annehmen (X ist nicht der Lebensretter), aber der wirkliche Wille des Erblassers lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen. Vielleicht war ihm Y unsympathisch und er hätte ihm nichts zugewendet, auch wenn er gewusst hätte, dass dieser eigentlich der Lebensretter war; oder er hätte Y vielleicht weniger als 100'000.- vermacht. Art. 469 III ZGB gelangt also nicht zur Anwendung!

b) Motivirrtum

Im Falle des Motivirrtums unterliegt der Erblasser einem Irrtum infolge *falscher Willensbildung*. Gemäss den allgemeinen Vorschriften des OR ist ein blosser Motivirrtum irrelevant, wenn es sich nicht um einen Grundlagenirrtum handelt. Im Erbrecht hingegen ist als Konsequenz des Willensprinzips *jeder Motivirrtum wesentlich*. Dies gilt uneingeschränkt für *testamentarische Willenserklärungen*, die demzufolge anfechtbar sind (*favor testamentii*: es kommt beim Testament immer auf den konkreten Erblasserwillen an, nicht etwa auf Vernünftigkeit, Üblichkeit usw.).

[Rz. 155: BGE 99 II 382, 383 ff.] Beim *Erbvertrag* muss aber eine Differenzierung vorgenommen werden: Er ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft mit Bindungswirkungen, die für beide Parteien von Bedeutung sind. Deshalb ist hier ein Motivirrtum *nur beachtlich*, wenn er sich auf einen Sachverhalt bezieht, der vom *Erblasser nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet* worden ist (vgl. sog. Wegfall der Geschäftsgrundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik)⁴². Diese Regelung entspricht nicht vollständig der Lehre des Grundlagenirrtums (Art. 24 I Ziff. 4 OR); der Unterschied besteht darin, dass beim Grundlagenirrtum sowohl subjektive als auch objektive Wesentlichkeit gefordert ist, während beim Erbvertrag die *subjektive Wesentlichkeit genügt* (vgl. auch BGE 99 II 382 E. 4a).

Bei einem *Irrtum des Vertragspartners* kommen die allgemeinen Regeln des OR unmittelbar (nicht nur analog) zur Anwendung, denn seine Willenserklärung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung unter Lebenden (vgl. oben 17.2.2A).

c) Arglistige Täuschung

Ein *Motivirrtum*, der durch *Dritte* erzeugt worden ist.

d) Drohung oder Zwang

Vgl. den Tatbestand der *Furchterregung im OR* (Art. 28 und 29 OR).

B) Die eigenständige Bedeutung von Art. 469 ZGB beim Testament

Hebt der Erblasser das mit einem Willensmangel behaftete Testament nicht innerhalb eines Jahres seit der Entdeckung des Willensmangels auf tritt **Konvaleszenz** ein, d.h. aus der mangelbehafteten Verfügung wird eine mangelfreie. Dem Erblasser wird durch

⁴² BUCHER AT, S. 203, 395 ff.

unwiderlegbare Vermutung unterstellt, die mangelbehaftete Verfügung durch Untätigkeit *genehmigt* zu haben. Der Beweis des Gegenteils ist ausgeschlossen.

Für den Erblasser selbst ist diese Regelung allerdings nicht von Bedeutung, da er sein Testament in jedem Fall jederzeit widerrufen oder durch ein anderes ersetzen kann (Art. 509 ff. ZGB). Den Erben hingegen ist die Anfechtung (gemäss Art. 519 I Ziff. 2 ZGB) eines durch Konvaleszenz mängelfrei gewordenen Testaments verschlossen.

Stirbt der Erblasser *vor Entdeckung des Irrtums* oder *nach der Entdeckung* des Irrtums, aber noch vor Ablauf der Jahresfrist, steht den Erben die Möglichkeit der Anfechtung nach Art. 519 ZGB offen, da der Willensmangel nicht durch Konvaleszenz geheilt worden ist.

C) Enterbungsgrund (Art. 513 II ZGB)

Der Erblasser kann einseitig einen Erbvertrag aufheben, wenn sich der Erbe oder Vermächtnisnehmer eines Verhaltens schuldig gemacht hat, das einen Enterbungsgrund (Art. 477 ff. ZGB) darstellt (Art. 513 II ZGB).

Zu den Enterbungsgründen vgl. unten §24.

21.2.2 Aufhebungsart

Die Formvorschrift von Art. 513 III ZGB gilt sowohl für die Aufhebung des Erbvertrages wegen Willensmangels (Art. 469 II ZGB) wie auch für die Aufhebung aufgrund eines Enterbungsgrundes (Art. 513 II ZGB).

Das Bundesgericht fordert ausserdem nicht nur die Testamentsform und den überprüf-
baren Willensentschluss unter Angabe des Aufhebungsgrundes (Inhalt des Testaments) [Rz. 62: BGE 64 II 337, 338 f.], sondern auch die Mitteilung an den Vertragspartner des Erblassers als weiteres konstitutives Element der Aufhebung [Rz. 63: BGE 99 II 382, 386 f.].

Beispiel:

Der Erblasser vermacht in einem entgeltlichen Erbvertrag eine Liegenschaft, welche jedoch ein paar Tage vorher in die Bauzone umgezont worden war, ohne dass dies der Erblasser gewusst hatte. Als er es erfährt, macht er in einem Testament fristgerecht die Aufhebung des Erbvertrages wegen Grundlagenirrtums geltend. Er unterlässt aber die Mitteilung an den Vertragspartner, weshalb Konvaleszenz eintritt und die Aufhebung damit nicht gültig ist.

21.3 Durch Rücktritt vom Vertrag

Der Rücktritt ist ebenfalls ein einseitiges Rechtsgeschäft (Gestaltungsrecht), eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, gerichtet auf die *ex tunc*-Aufhebung eines Rechtsverhältnisses (Gegenbegriff ist die Kündigung, die das Rechtsverhältnis *ex nunc* aufhebt).

Der Rücktritt setzt eine Gestaltungslage (aus Art. 107 OR oder einer vertragliche vereinbarten Rücktrittsmöglichkeit [BGE 52 II 39]) voraus. Diese Gestaltungslage kann

sich auch ergeben, wenn die Äquivalenz der Leistungen sich grundlegend verändert hat, grundlegend gestört ist. Dann ergibt sich die Gestaltungslage aus Art. 2 ZGB.⁴³

21.3.1 Rücktritt im Falle eines Erbvertrages mit Gegenleistung (Art. 514 ZGB)

Die Möglichkeit des Rücktrittes nach Art. 514 ZGB steht jenem Teilnehmer am Erbvertrag offen, welcher vom andern Vertragspartner Leistungen unter Lebenden beanspruchen kann:

Der Erblasser beim entgeltlichen Erbvertrag und der Vertragspartner beim Erbaufkauf. Keine Lösung bietet Art. 514 ZGB demjenigen Vertragspartner des entgeltlichen Erbvertrages, welcher seine Leistung korrekt erbringt, aber zusehen muss, wie der Erblasser sich seines Vermögens entäussert (es z.B. masslos verschleudert).

A) Voraussetzungen des Rücktrittes

Der Rücktritt setzt eine fällige Leistung (und deren Ausbleiben), Mahnung (und damit Inverzugsetzung) und mindestens eine einmalige Nachfristansetzung voraus (Art. 102 ff. ZGB). Durch das Eintreten der genannten Voraussetzungen tritt die Rücktrittslage (Gestaltungslage) ein, in welcher der Gläubiger durch die Erklärung des Rücktrittes den Vertrag aufheben kann.

Durch die Einräumung des Rücktrittsrechts wird eine Rechtsverletzung (Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten im Schuldverhältnis, welche rechtsähnlichen Charakter haben [*lex contractus*]) sanktioniert.⁴⁴

Bei Dauerschuldverhältnissen ergibt sich in der Regel nicht bereits bei Ausbleiben der ersten Leistung ein Rücktrittsrecht für das ganze Schuldverhältnis. Es fragt sich vielmehr, ob es für den Gläubiger zumutbar ist, weiter in diesem Schuldverhältnis zu verbleiben, weil z.B. angenommen werden muss, dass auch die künftigen Leistungen ausbleiben werden.

Bereits VON TUHR vertrat bezüglich des Verzuges in Dauerschuldverhältnissen die Meinung, es handle sich um eine Rechtsverletzung (allerdings nur in Bezug auf eine einzige Leistung und nicht bezüglich des Stammrechts). Deshalb sei aufgrund des ganzen Rechtsverhältnisses zu werten, ob die Interessen des Gläubigers gefährdet seien. Bei Gefährdung liege Nichterfüllung vor, was dem Gläubiger das Recht zum Rücktritt analog zu Art. 107 OR einräume.

⁴³ Solche Störungen werden etwa auch unter dem Begriff der *clausula rebus sic stantibus* abgehandelt. Die *clausula* ist jedoch von ihrer Konzeption her (als Institut des Völkerrechts) für die Interessenlage privatrechtlicher Äquivalenzstörungen wenig geeignet, da die Vertragsauflösung (*ex tunc*) hier von Gesetzes wegen eintritt und vom Richter von Amtes wegen anzuwenden ist und dem Schuldner nicht die Wahl lässt, trotz der Störung zu leisten.

⁴⁴ Der rechtsähnliche Charakter der Rechtspflichten ergibt sich aus dem Begriff der Obligation, welcher über SAVIGNY auf KANT zurückgeht: Durch die persönliche Verpflichtung begibt sich der Schuldner eines Teils seiner Freiheit.

B) Wirkungen des Rücktrittes

BUCHER AT, S. 376 ff.; GAUCH, recht 89, S. 122; WIEGAND, recht 84, S. 13 f.

Der Rücktritt nach Art. 107 ff. OR war früher als aufhebendes Gestaltungsrecht (mit Wirkung *ex tunc*) angesehen worden, welche zu zwei Konditionen (*condictio ob causam finitam*) führte. Seit BGE 114 II 152 folgt das Bundesgericht der sog. Umwandlungstheorie. Der Rücktritt ist jetzt ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht, der das Vertragsverhältnis in ein obligatorisches Rückabwicklungsverhältnis umwandelt; geschuldet ist die Rückabwicklung.⁴⁵

Auf welchen Gesetzesstand aber verweist Art. 514 ZGB? Aus der historischen Auslegung⁴⁶ ergibt sich, dass Art. 514 ZGB auf den Rücktritt als aufhebendes Gestaltungsrecht verweist. Der Vertrag wird *ex tunc* aufgehoben und nach Bereicherungsrecht „rückabgewickelt“.

Wenn also derjenige, welcher eine Leistung unter Lebenden zu fordern hat, zurück tritt, kann er bereits Geleistetes nach den Bereicherungsregeln zurückfordern (was bei einem Erbvertrag eher selten der Fall sein wird). Aber auch sein Vertragspartner kann dies tun, da der Vertrag als ganzes dahin fällt; Art. 109 OR ist insofern zu eng gefasst.

21.3.2 Rücktritt des Vertragspartners beim entgeltlichen Erbvertrag

Der Erblasser, welcher einen entgeltlichen Erbeinsetzungsvertrag geschlossen hat, beginnt später, sein ganzes Vermögen zu verschleudern. Sein Vertragspartner leistet korrekt (z.B. Unterhalt) und muss zusehen, wie das von ihm kalkulierte Erbe schwindet. Was kann der Vertragspartner tun?

Nach Art. 494 II ZGB ist der Erblasser in der Verfügung über sein Vermögen grundsätzlich frei (vgl. oben 17.2.5). Dies macht aber nur im Falle des Grundtypus des Erbvertrages, nicht jedoch beim entgeltlichen Erbvertrag Sinn. Art. 514 ZGB gibt auf dieses Problem keine Antwort.

Liegt also eine Gesetzeslücke vor und ist dem Vertragspartner, welcher die Leistung unter Lebenden schuldet, lückenfüllend ein Rücktrittsrecht einzuräumen? Wie die historischen Materialien zeigen, liegt jedenfalls kein qualifiziertes Schweigen vor, denn der Gesetzgeber war sich des Problems wohl bewusst, doch hatte er etwelche Mühe eine Lösung zu finden und unterliess es schliesslich. Stattdessen schlug HUBER vor, der Vertragspartner solle warten bis der Erblasser tot sei, dann die Erbschaft ausschlagen und seine Leistungen kondizieren. Diese Lösung ist aber unbrauchbar, weil gerade in diesem Fall im Nachlass nichts mehr zu finden ist, was kondiziert werden könnte, da das Vermögen aufgebraucht ist.

Besser ist es deshalb (nach HUWILER), auf die Lösung abzustellen, welche das Gesetz im Zusammenhang mit dem Verpfändungsvertrag vorsieht (Art. 527 OR): Die Interes-

⁴⁵ Diese Änderung der Theorie erfolgte wahrscheinlich bloss, um die Entreicherungseinwendung nach Art. 64 OR und die kurzen Verjährungsfristen der Bereicherungsregeln zu umgehen.

⁴⁶ Bei der Verabschiedung des ZGB 1907 durch das Parlament kannte das aOR in Art. 122 nur den Rücktritt; die andern Möglichkeiten (Verzicht auf Primärleistung und fordern der Sekundärleistung, fortdauerndes Fristansetzen) wurden erst 1911 mit der Revision in das OR eingeführt.

senlage ist dieselbe wie beim entgeltlichen Erbvertrag und hier kann sowohl der Pfrundgeber wie der Pfründer die Verpfründung einseitig aufheben, wenn infolge einer Verletzung der vertraglichen Pflichten das Verhältnis unerträglich geworden ist, oder wenn andere wichtige Gründe dessen Fortsetzung übermässig erschweren oder unmöglich machen.

Die Voraussetzungen für eine Aufhebung (Rücktritt oder Kündigung) in analoger Anwendung von Art. 527 I OR ist also das Vorliegen einer Vertragsverletzung und Unzumutbarkeit.

Die herrschend Lehre vertritt die Ansicht, der Erblasser begehe keine Vertragsverletzung, da er nur die Erbeinsetzung schulde und diese Leistung vollzogen habe (da der Grundtypus des Erbvertrages ein Handgeschäft ist). Diese Lehrmeinung übersieht nun aber, dass nach der neueren Lehre im Vertragsverhältnis nicht nur die Hauptleistung (hier Erbeinsetzung) geschuldet ist, sondern dass die Vertragspartner zusätzlich Nebenleistungs- und Nebenpflichten treffen, welche sich u.a. aus Art. 2 ZGB (*ex fide bona*) ergeben.⁴⁷ Treu und Glauben sind also ebenso Inhalt des Rechtsverhältnisses wie die Verpflichtung zur Hauptleistung. Unter diesen Nebenpflichten *ex fide bona* befinden sich Schutzpflichten, welche zwar nicht direkt (indirekt aber schon) der Erfüllung dienen, sondern dem Schutz der Vertragspartner (damit ihnen kein Schaden entsteht).

Das Verschleudern des Vermögens durch den Erblasser stellt eine Verletzung solcher Schutzpflichten dar. Es fragt sich aber, ob dies auch zum Verzug führt (weiter Voraussetzung des Rücktritts)? Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Verletzung das Erfüllungsinteresse, d.h. das synallagmatische Verhältnis in Gefahr bringt, was im vorliegenden Fall zu bejahen sein dürfte. Dem Vertragspartner steht also ein Rücktrittsrecht zu:

A) Rücktrittsrecht

Der Rücktritt des Vertragspartners ist formfrei möglich, da sein „Vertragsteil“ das Geschäft unter Lebenden betrifft. Durch den Rücktritt fallen seine Leistungen (analog zu Art. 109 OR) dahin.

B) Grundlagenirrtum

Vorsichtigerweise sollte der Erblasser den Vertrag ebenfalls aufheben (wegen Grundlagenirrtums: er glaubte, ein entgeltliches Rechtsgeschäft abgeschlossen zu haben, während es jedoch – aufgrund der *ex tunc*-Wirkung des Rücktritts – keines war) und zwar in einer der Formen die von Art. 513 III ZGB gefordert wird.

Dem Vertragspartner hingegen steht die Aufhebung wegen Irrtums nicht zu, denn er hätte sich diesfalls über einen künftigen Sachverhalt geirrt, welches nach HUWILER (u.a.) kein Irrtumstatbestand ist.⁴⁸

⁴⁷ Vgl. dazu insbes. WIEGAND, recht 97, S. 85 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu etwa BUCHER AT, S. 204 ff.; GAUCH, recht 83, S. 16 ff.; GAUCH/SCHLUEP, Rz. 795 ff. (6. Aufl.) und bezüglich der bundesgerichtlichen Anforderungen an einen Irrtum über künftige Sachverhalte BGE 118 II 297 ff., insbes. 301.

21.3.3 Dahinfallen des Erbvertrages wegen Vorversterbens des Vertragsgegners

4. Abschnitt: Inhalt der Verfügung von Todes wegen

§22 Verfügungen nicht erbrechtlicher oder besonderer erbrechtlicher Natur

22.1 Anordnungen über die Bestattung

22.2 Personenrecht

22.3 Familienrecht

§23 Erbeinsetzung

23.1 Begriff

Die Einsetzung als Erbe bedeutet Einsetzung zu einer bestimmten Quote am Nachlass. Jede andere Art der Einsetzung ist Vermächtnisnehmereinsetzung. Mit dem Tod des Erblassers treten alle (die gesetzlichen und die eingesetzten) Erben in die Rechtsstellung des Erblassers ein (Universalsukzession [Art. 560 ZGB]). Dazu ist **kein** Übertragungsakt (wie z.B. eine Forderungsabtretung oder eine Schuldübernahme) erforderlich, sondern die Übertragung erfolgt *uno actu* von Gesetzes wegen. Bei Grundstücken kann allerdings die Verfügungsmacht erst mit Eintragung ins Grundbuch ausgeübt werden (Art. 656 II ZGB und Art. 18 GBV).

23.2 Mehrheit von Erben

Bei mehreren Erben entsteht am Nachlass ein Gesamthandverhältnis (Gesamteigentum⁴⁹ der Miterben [Art. 652 ff. ZGB]). Dieses Eigentum richtet sich nicht nur auf Sachen sondern auf das gesamte Nachlassvermögen (d.h. auch Forderung oder Gläubigerstellungen können zurückgefordert und im Falle des Konkurses des Schuldners ausgedeutert werden [vgl. oben 12.2.7 B) und Fn. 6]).

23.2.1 Bezeichnung nach Bruchteilen oder Quoten

Eine Quote ist zunächst ein reines *abstractum*, welches noch keinen konkreten Inhalt hat. Diesen erhält die Quote erst mit dem Tod des Erblassers.

⁴⁹ Gesamteigentum heisst, dass jeder Gesamteigentümer für das ganze Eigentum rechtszuständig ist unter gleicher und gleichzeitiger Zuständigkeit der andern Gesamteigentümer (umstrittene Ansicht, vertreten von EUGEN HUBER). Für Verfügungen ist die Zustimmung aller erforderlich, welches Erfordernis zur Immobilität der Gesamthandschaft führt.

Der Erblasser kann in seiner Verfügung von Todes wegen Teilungsvorschriften vorsehen (z.B. soll das Wohnhaus auf Anrechnung an ihren Erbteil seiner Tochter zufallen [Art. 608 I ZGB]). Solche Teilungsvorschriften entfalten jedoch keine dingliche Wirkung, die Tochter erhält nur einen obligatorischen Anspruch auf Zuweisung des Hauses in der Erbteilung. Primär ist auch die Tochter nur quotale am Nachlass berechtigt.

Solche Anordnungen des Erblassers sind dispositiver Natur. Die Erbengemeinschaft kann (einstimmig) für die Erbteilung auch etwas anderes bestimmen.

23.2.2 Erbeinsetzung ohne Bezeichnung von Quoten

Der Erblasser (Eltern vorverstorben, keine Nachkommen: d.h. keine Pflichtteilsberechtigten) verfügt, seine Geschwister A und B sowie die Kinder x und y seines Bruders C sollten seine Erben sein. Er macht keine Angaben, welche Quote jeder Erbe erhalten soll.

In solchen Fällen gibt es zwei Möglichkeiten: entweder Aufteilung des Nachlasses nach Köpfen (d.h. jeder erhält einen Viertel) oder eine quotale Aufteilung im Sinne der gesetzlichen Erbschaft (d.h. A und B erhalten je einen Drittel und x und y je einen Sechstel des Nachlasses). Die herrschende Lehre folgt der Teilung nach gesetzlicher Parentelordnung. Nur wenn ein Dritter, nicht gesetzlich erbberechtigter F an der Erbschaft teilgenommen hätte, wäre nach Köpfen zu teilen gewesen.

23.2.3 Verhältnis der eingesetzten und gesetzlichen Erben (Art. 481 ZGB)

Der Erblasser (Eltern vorverstorben, keine Nachkommen) verfügt, seine Schwester B solle zu zwei Dritteln seine Erbin sein.

Über das restliche Drittel verfügt er nicht, weshalb diesbezüglich die gesetzliche Erbfolge eintritt (Art. 481 I ZGB). Soll nun dem A (Bruder des Erblassers) das unverfügte Drittel ganz zufallen oder wird dieses Drittel je zur Hälfte auf A und B aufgeteilt? Hier wiederum tritt die herrschende Lehre für letzteres ein: A erhält einen Sechstel und B ihre zwei Drittel und einen weiteren Sechstel (Kumulation).

23.3 Ersatzerbeneinsetzung

Der Erblasser kann für den Fall, dass ein Erbe seine Erbschaft nicht antreten kann (Vorversterben, Erbunwürdigkeit, Ausschlagung) Vorsorge treffen. Er kann bestimmen, dass wenn F nicht Erbe wird, X Erbe sein soll. Die Zahl solcher Ersatzerben ist nicht beschränkt, weil es in jedem Fall nur zu einem Erbgang kommt.

Die herrschende Lehre nimmt an, dass der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen die Gründe angeben muss, wegen welcher der Erbe ausfallen darf damit der Ersatzerbe an dessen Stelle tritt.

23.4 Nacherbeneinsetzung

23.4.1 Begriff

Im Unterschied zur Ersatzerbeneinsetzung, kann der Erblasser nur einen Nacherben einsetzen, weil es nur schon mit einem Nacherben zu zwei Erbgingen kommt: einmal beim Vorerben und später beim Nacherben (Art. 488 II ZGB).

Meist wird dies getan, wenn der Erbe noch ein Kind ist. Dann wird ein Vorerbe eingesetzt, welcher die Erbschaft z.B. bis zum 18. Lebensjahr des Erben haben soll. Möglich ist auch die Einsetzung eines noch nicht einmal gezeugten Kindes als Nacherben.

Das Gesetz begrenzt die zeitliche Dauer der Vorerbenstellung nicht, die herrschende Lehre (HANS MERZ folgend) nimmt jedoch an, dass die Pflicht zur Auslieferung der Erbschaft an einen Nacherben einem Vorerben nicht länger als 30 Jahre (statistische Dauer einer Generation) auferlegt werden kann.

23.4.2 Zeitpunkt der Auslieferung

A) Auslieferungspflicht

Der Zeitpunkt der Nacherbschaft (Nacherbenfall) ist entweder bestimmt durch den Tod des Vorerben oder durch freie Disposition des Erblassers (Art. 489 I ZGB). Der Nacherbe ist nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern des Erblassers!

Die Auslieferungspflicht des Vorerben ist nicht eine obligatorische Verpflichtung, vielmehr endet die Rechtsstellung des Vorerben und diejenige des Nacherben beginnt. Der Vorerbe ist Erbe und Eigentümer am Nachlass wie alle andern Erben, allerdings resolutiv bedingt.⁵⁰ Der Nacherbe erwirbt eine Anwartschaft auf die Erbschaft, welche sich im Zeitpunkt der Nacherbschaft zum subjektiven Recht verdichtet (suspensiv bedingte Erbschaft). Von diesem Augenblick an steht ihm die Erbschaftsklage zu und er kann vom Vorerben die Herausgabe des Nachlasses verlangen.

Bei Eintritt des Nacherbenfalls muss der Vorerbe den **Nachlass** samt dessen **Surrogaten** an den Nacherben ausliefern. Nicht herausgeben muss er die zivilen und naturalen **Früchte**. Hier zeigt sich eine gewisse *Analogie zum Nutzniesser*.

Unterschiede zwischen Vorerben und Nutzniesser: Der Vorerbe wird (im Gegensatz zum Nutzniesser) *Eigentümer* [Rz. 74: BGE 68 II 155, 163 ff.]. Und wenn der Vorerbe vor Eintritt des Nacherbenfalles verstirbt, kommt Art. 492 II ZGB zur Anwendung, d.h. die Erben des Vorerben werden zu Vorerben; es handelt sich also um eine *vererbliche Rechtsposition*. Nutzniessung hingegen ist unvererblich und endet mit dem Tod des Berechtigten (Art. 749 ZGB), wobei das Eigentum *ipso iure* wieder zum dinglichen Vollrecht wird (Elastizität des Eigentums).

⁵⁰ Weshalb ist die **Nacherbenstellung bedingt** und nicht befristet? Vgl. Art. 489 III ZGB: Kann der Zeitpunkt nicht mehr eintreten (z.B. weil der Nacherbe den Nacherbenfall nicht erlebt), fällt die Erbschaft endgültig dem Vorerben bzw. dessen Erben zu; es sei denn, E hätte einen oder mehrere Ersatz-erben bestimmt. Infolge dieses *Momentes der Unsicherheit* (erlebt der Nacherbe den Nacherbenfall tatsächlich?) kann man von einer Bedingung ausgehen.

B) Sicherungsmittel (Art. 490 OR)

Bei jeder Nacherbeneinsetzung hat die Erbteilungsbehörde die Aufnahme eines *Inventars* anzuordnen. Zudem wird die Erbschaft nur an den Vorerben ausgeliefert gegen Leistung einer *Sicherheit* (dispositiv; nur falls der Erblasser nichts anderes geregelt hat). Diese Sicherheit besteht z.B. in einer Bürgschaft oder einer Garantieerklärung der Hausbank. Wirksamste Sicherung bei Grundstücken ist die *Vormerkung* der Auslieferungsverpflichtung im Grundbuch (Art. 960 ZGB).

23.4.3 Formelle und materielle Voraussetzungen der Vor- und Nacherbeneinsetzung**A) Auf seiten des Erblassers**

Die Voraussetzungen sind identisch mit denjenigen bei jeder **Erbeinsetzung**.

Verhältnis zum Pflichtteil (Art. 531 ZGB): Eine Nacherbeneinsetzung ist gegenüber den pflichtteilsberechtigten Erben *im Umfange des Pflichtteils ungültig* [Rz. 166!: BGE 75 II 190, 195]. “Ungültigkeit” bedeutet aber nicht, dass dem verletzten Pflichtteilsberechtigten die Ungültigkeitsklage zusteht, sondern es handelt sich um den klassischen Fall einer **Herabsetzungsklage**. Aktivlegitimiert ist jeder Pflichtteilerbe, der wertmässig nicht die ihm zustehende Pflichtteilsquote erhalten hat.

B) Auf seiten des (eingesetzten) Erben

Art. 492 I ZGB: Der Nacherbe erwirbt die Erbschaft nur, wenn er den Eintritt des **Nacherbenfalles in erbfähigem Zustand erlebt** [Rz. 70: BGE 68 II 155, 162 f.]. Ansonsten verbleibt die Erbschaft definitiv beim Vorerben, wenn der Erblasser keine Erbsatzerben eingesetzt hat.

23.4.4 Konstruktive Nacherbeneinsetzung

Eine Ausnahme vom Prinzip der Koexistenz wird gemacht für den *nasciturus*:

- **Art. 544 ZGB**: Der *nasciturus* ist vom Zeitpunkt der *Empfängnis* an unter dem Vorbehalt der Lebendgeburt *erbfähig*.
- **Art. 545 ZGB** geht noch weiter: Eine *Nacherbeneinsetzung* ist auch möglich für Kinder, die *noch gar nicht gezeugt* sind. Problematisch ist hier aber, dass *bis zur Empfängnis* des *nasciturus* die Anwartschaft in einem *Vakuum* verbleibt, niemandem zusteht! Nach der Empfängnis kommt Art. 544 ZGB zur Anwendung: Der *nasciturus* ist nun rechtsfähig und erwirbt die Anwartschaft und später die Nacherbenstellung. Die Generationendauer von 30 Jahren setzt allerdings eine zeitliche Limite.

23.4.5 Rechtsstellung des Vorerben**A) Im Verhältnis zu Dritten**

Bezüglich der Vorerbschaft stehen dem Vorerben **Verwaltungsbefugnisse und Verwaltungspflichten** zu, d.h. er darf und muss den Nachlass verwalten.

Die *Verwaltungsbefugnis* betrifft den Entscheid, wie das Vermögen verwaltet werden soll (Verkauf, Reparatur usf.). Die *Vertretungsbefugnis* ist die Befugnis, mit Wirkung für das vererbte Vermögen Rechtsgeschäfte abzuschliessen. Der Begriff der Vertretungsbefugnis ist hier allerdings nur in Analogie zu Art. 396 OR (Auftragsrecht) gebraucht, denn der Vorerbe ist ja (im Gegensatz zum Beauftragten) Eigentümer und braucht infolgedessen keine bestimmte Vertretungsvollmacht, da ihm die Vertretung ohnehin schon obliegt. Wo eine Verwaltungsbefugnis und -pflicht besteht, verfügt der Vorerbe auch über *entsprechende Verfügungsmacht* (volle Vertretungsmacht). Überträgt er beispielsweise sein Eigentum, erwirbt der Käufer kein resolutiv bedingtes, sondern *unbelastetes* und volles Eigentum. Der gute Glaube des Erwerbers ist dabei unerheblich.

a) Ordentliche Verwaltung

Dass der Vorerbe eine ordentliche Verwaltungsbefugnis und -pflicht besitzt (abgeleitet aus Art. 491 ZGB), ist unstrittig. Ordentliche Verwaltungshandlungen dienen der *Substanzerhaltung*.

Der Vorerbe ist verpflichtet, den Wert der Erbschaft nicht zu vermindern; und er muss dafür sorgen, dass sie (soweit möglich) unversehrt in den Besitz des Nacherben übergeht [Rz. 73: BGE 100 II 92 (Pra 63 Nr. 279)].

b) Ausserordentliche Verwaltung

Gehen Verwaltungshandlungen über die blossе Substanzerhaltung hinaus, besteht die Vertretungsmacht nicht kraft Verwaltungsbefugnis des Vorerben, sondern nur kraft seines Eigentums; er veräussert also als resolutiv bedingter Eigentümer und kann nur belastetes Eigentum an Dritte übertragen (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*).

Vgl. aber Art. 714 II und 933 ZGB: Der *gute Glaube* des Erbwerbers (keine Kenntnis der resolutiven Bedingtheit des Eigentums) kann *heilende* Wirkung haben, was dazu führt, dass er lastenfreies Eigentum erwirbt. Risiko des Nacherben gegenüber dem Vorerben! Der Schaden des Nacherben hält sich in einem solchen Fall allerdings in Grenzen; er erleidet nur eine ideelle Einbusse, denn wertmässig ist er nicht beeinträchtigt (anstelle der verkauften Sache tritt als Surrogat der Kaufpreis).

Vor einem Gutgläubenserwerb durch Dritte kann sich der Nacherbe bei *Liegenschaften schützen*, indem er die Auslieferungspflicht im Grundbuch *vormerken* lässt, was eine absolute, verdinglichte Wirkung nach sich zieht.

B) Im Verhältnis zum Nacherben

Art. 488 I ZGB spricht von der Pflicht des Vorerben zur Auslieferung an den Nacherben. Bei Lichte besehen handelt es sich aber nicht um eine obligatorische Pflicht, sondern um die dem Nacherben zustehende Befugnis, die Erbschaftsklage (Vindikationsklage [Art. 598 ZGB]) gegen den Vorerben anzustrengen. Denn mit Eintritt des Nacherbenfalles tritt der Nacherbe in die Erbenstellung ein, sodass er über dieselben Rechtsbehelfe verfügt wie jeder andere Erbe auch. Der Vorerbe auf der andern Seite ist nicht mehr Erbe, sondern bloss noch Besitzer ohne gültigen Besitztittel.

Erst mit Klageanhebung entsteht gegen den Vorerben der Anspruch auf Herausgabe der *Sache* (obligatorische Pflicht zu einem Tun), d.h. Herstellung der Besitzeslage (Ver-

schaffung des *corpus*). Die Dinglichkeit des Anspruchs bedeutet bloss, dass der Erbe ein Aussonderungsrecht (betreffend einer Sache, welche nicht in das Vermögen des Schuldners gehört) hat. Bei *Forderungen* wird der Nacherbe im Zeitpunkt des Nacherbenfalles von Gesetzes wegen Gläubiger, der Anspruch richtet sich hier bloss auf die Verschaffung aller nötigen Mittel, um die Forderung geltend machen zu können (im Sinne von Art. 170 II OR). Und bei *Liegenschaften* geht der Anspruch auf die Verschaffung der nötigen Mittel und Unterlagen (Art. 18 GBV), um den Grundbucheintrag vornehmen lassen zu können.

Der Besitzer (Vorerbe) hat die Erbschaft *nach den Besitzesregeln* (Art. 938 ff. ZGB) an den Nacherben herauszugeben. Der *bösgläubige* Besitzer muss auch die *Früchte* zurückgeben und allenfalls *Schadenersatz* leisten. Den *gutgläubigen* Besitzer trifft keine Schadenersatzpflicht für Schäden, die er im Rahmen der Ausübung des vermuteten Rechts verursacht hat.

C) Surrogation im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe

Vgl. dazu unten 35.4.2B).

D) Haftung für Wertminderung und Untergang

Bezüglich der Haftung, wenn sich im Nachlass beim Nacherbenfall z.B. minderwertige Gegenstände befinden sollten, findet sich innerhalb der Regeln über die Vor- und Nacherbschaft (Art. 488 ff. ZGB) keine Bestimmung.

In Betrachtung der gleichartigen Lastenverteilung kann analog zum Nutzniessungsrecht (beide, Nutzniesser und Vorerbe, haben die ordentliche Verwaltungsbefugnis, beide müssen die betreffende Sache zurückgeben und beide erwerben lastenfreies Eigentum an den zivilen und natürlichen Früchten) angenommen werden, dass auch dem Vorerben dem Nacherben gegenüber Substanzerhaltung und Erhaltung der Ertragskraft obliegt (Art. 764 f. ZGB). Er hat dem Nacherben den Bruttonachlass auszuliefern.⁵¹

Für die Haftung folgt die Lehre zwei verschiedenen Theorien:

- ESCHER (ZK zu Art. 491) geht davon aus, dass der Vorerbe einem vermächtnisbelasteten Erben analog hafte.
- TUOR (BK zu Art. 491 N. 20 ff.) hingegen will den Vorerben analog dem Nutzniesser haften lassen.

Die Entscheidung, welche dieser beiden Analogien den Verhältnis von Vor- und Nacherbe angemessener ist, ist nicht ganz einfach zu fällen. Es sind dabei mehrere Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen:

- *Haftungsmassstab*: Der Nutzniesser haftet nur für *diligentia quam in suis*, d.h. für diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Geschäften anzuwenden pflegt (Art. 755 III ZGB), der mit einem Vermächtnis belastete Erbe jedoch für jedes Verschulden (Art. 485 ZGB i.V.m. 420 OR [Geschäftsführung ohne Auftrag]).

⁵¹ Erbschaftsschulden gehen demnach ebenfalls auf den Nacherben über, werden solche früher fällig, muss der Vorerbe diese zwar bezahlen, doch kann er sie auf den Nacherben überwälzen.

- *Verschuldenspräsumption:* Beide Varianten kennen einen Verschuldensvermutung zulasten des Schädigers (bei der Nutzniessung in Art. 752 ZGB und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag wird dies ebenfalls von der h.L. vertreten).
- *Anwendung von Art. 101 OR:* Die h.L. nimmt für die Nutzniesser die Anwendung von Art. 101 OR (blosse Zurechnungsnorm) an, weil diese Bestimmungen analog zu Art. 97 I OR ausgestaltet sei. Das gleiche gilt für die Geschäftsführung ohne Auftrag, welche als Quasikontrakt der vertragsrechtlichen Haftung näher steht als der deliktischen.
- *Umfang der Haftung:* Nach der Geschäftsführung ohne Auftrag haftet der Schädiger für alle Schäden innerhalb der adäquaten Kausalität (Art. 420 OR). Der Nutzniesser haftet für adäquatkausale Schäden nur in Bezug auf den Untergang und den Minderwert (Art. 752 ZGB).
- *Verjährung:* Die Haftung des Nutzniessers verjährt nach einem Jahr (Art. 754 ZGB), während die Verjährung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag die normale vertragsrechtliche Verjährung von zehn Jahren (Art. 127 OR).

Übers Ganze gesehen erscheint die Haftung analog derjenigen des Nutzniessers für den Vorerben als die angemessenere.

23.4.6 Nacherbeneinsetzung auf den Überrest

Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist im Gesetz zwar nicht vorgesehen, doch lässt die Praxis diese zu. Der Vorerbe haftet hier natürlich nicht für Substanzerhaltung und Erhalt des Ertragskraft, sondern nur im Rahmen von Art. 2 ZGB (rechtliche Sonderbindung), bei bewusster Verschwendung usf. [Rz. 73: BGE 100 II 92 (Pra 63 Nr. 279)].

23.5 Vor- und Nachvermächtnis

Alles über die Vor- und Nacherben Gesagte gilt auch für Vor- und Nachvermächtnisnehmer (Art. 488 III ZGB).

§24 Enterbung

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 600 ff.

24.1 Straferbung

Enterbung bedeutet Entzug des Pflichtteils der pflichtteilsgeschützten Erben (Nachkommen, Eltern, Ehegatten). Unter bestimmten Voraussetzungen hat der Erblasser die Möglichkeit auch die quotale Garantie der pflichtteilsberechtigten Erben zu entziehen.

24.1.1 Enterbungsgründe (Art. 477 ZGB)

Der Erblasser kann einen pflichtteilsgeschützten Erben nur enterben, wenn eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt:

A) Schwere Straftat gegen den Erblasser

Der Erbe muss gegen den Erblasser oder gegen eine diesem nahe verbundene Person eine schwere Straftat begangen haben. Das schwere Verbrechen wird aber nicht im strafrechtlichen Sinne verstanden [Rz. 78: BGE 73 II 208, 213 ff.], sondern meint bloss eine schwere strafrechtliche Rechtswidrigkeit, d.h. ein Verhalten, welches den Erblasser schwer betrifft.⁵²

B) Schwere Verletzung der familienrechtlichen Pflichten

Der Erbe muss eine familienrechtliche Rechtspflicht schwer verletzt haben, die Verletzung einer bloss moralischen Familienpflicht hingegen genügt nicht [Rz. 79: BGE 106 II 304, 306 ff.].

24.1.2 Verzeihung

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 602, 635.

Die Verzeihung hat ihre Bedeutung vor allem in Zusammenhang mit der Erbnunwürdigkeit (Art. 540 ZGB). Die Erbnunwürdigkeit tritt unter gegenüber der Enterbung verschärften Voraussetzungen von Gesetzes wegen ein (ist also vom Richter von Amtes wegen zu beachten) und wird durch die Verzeihung (einseitige, ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung des Inhalts, das betreffende Verhalten dem Erben künftig nicht mehr vorzuwerfen) wieder aufgehoben.

Auf den ersten Blick scheint diese Regel betreffend die Verzeihung auch auf die Enterbung anwendbar (*a maiore ad minus*) [Rz. 80: BGE 73 II 208, 215 ff.]. Doch hat das Bundesgericht diese Betrachtung abgelehnt, denn die Erbnunwürdigkeit tritt von Gesetzes wegen ein und kann vom Erblasser nicht durch eine Verfügung von Todes wegen aufgehoben werden, weshalb das Gesetz selbst wiederum die Aufhebung regeln muss – dies im Gegensatz zur Enterbung, die der Erblasser auf einfache Weise (Testament) widerrufen kann.

24.1.3 Form der Enterbung

Verfügung von Todes wegen, meist wohl die Form des Testaments (Erbvertrag kaum denkbar).

24.1.4 Wirkung der Enterbung

Der Enterbte kann weder an der Erbschaft teilnehmen noch die Herabsetzungsklage geltend machen. Die Enterbung wirkt aber nur gegen den Enterbten selbst, nicht gegen seine Nachkommen (Art. 478 III ZGB), d.h. ein solcher hätte noch immer einen pflichtteilsgeschützten Erbanspruch.

⁵² Im Zuge der Scheidungsrechtsrevision vom 26. Juni 98 wird in Art. 477 ZGB der Begriff des schweren Verbrechens durch denjenigen der schweren Straftat ersetzt, um auch im Gesetz den Unterschied zur strafrechtlichen Terminologie hervorzuheben (inkrafttreten 1.1.2000). BBl 1998 IV 3491.

24.1.5 Anfechtung der Enterbung

Die Enterbung ist nur wirksam, wenn der Enterbungsgrund in der Verfügung angegeben wird (Art. 479 I ZGB) [Rz. 76: BGE 73 II 208, 211 f.; Rz. 77: Pra 85 Nr. 51]. Der Enterbte muss die Gründe kennen, um sie allenfalls anfechten zu können. Und das Gericht braucht die Gründe zur Beurteilung, ob die Enterbung gerechtfertigt ist [Rz. 81: BGE 106 II 304, 310]. Zudem müssen die andern Erben, welche von der Enterbung profitieren, den genauen Grund kennen, weil sie die Richtigkeit der Grundes zu beweisen haben (Art. 479 II ZGB).

A) Durch Ungültigkeitsklage

Hat der Erblasser sich im Irrtum über den Enterbungsgrund befunden, d.h. hat er z.B. X enterbt, weil er glaubt, X habe sich gegen ihn vergangen und einen Enterbungsgrund gesetzt, was aber nicht zutrifft, dann steht dem „Enterbten“ die Ungültigkeitsklage offen. Die erfolgreiche Klage führt zur gesetzlichen Erbfolge.

Täuscht sich der Erblasser über die Person, enterbt er z.B. X, weil er glaubt, dieser habe einen Enterbungsgrund gesetzt, welchen in Wirklichkeit aber die Y gesetzt hat, dann steht X ebenfalls die Ungültigkeitsklage zu, welche bei Erfolg zur gesetzlichen Erbfolge führt. Eine Enterbung der Y anstelle des X erfolgt nicht, da die Beachtung eines hypothetischen Erblasserwillens nicht zulässig ist. Der Erblasser hätte ja Y, auch wenn sie sich gegen ihn vergangen hat, vielleicht nicht enterbt.

Die Berichtigung von Verfügungen von Todes wegen nach Art. 469 III ZGB ist nur in einem ganz engen Bereich anzuwenden, nämlich nur in Fällen, die keine Interpretation zulassen („offenbarer Irrtum“).

B) Durch Herabsetzung

Hat der Erblasser einen Erben ohne Grund oder ohne Grundangabe enterbt, wird die Verfügung aufrecht erhalten, soweit sie sich mit dem Pflichtteil des „Enterbten“ verträgt (d.h. dem „Enterbten“ steht die Herabsetzungsklage offen [Art. 522 ff. ZGB]). Der unwirksame Enterbungswille wird in eine Pflichtteilseinsetzung konvertiert.

24.2 Präventiventerbung

§25 Vermächtnis

§26 Auflage und Bedingung

§27 Auslegung der Verfügung von Todes wegen

§28 Willensvollstreckung (Art. 517 f. ZGB)

5. Abschnitt: Ungültigkeit und Herabsetzung der Verfügung von Todes wegen

§29 *Ungültigkeit und Nichtigkeit*

§30 *Pflichtteil und Herabsetzung*

4. Kapitel: Der Erbgang

§31 *Eröffnung des Erbganges*

§32 *Sicherungsmassregeln*

§33 *Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft*

33.1 **Automatischer Erbschaftserwerb (Universalsukzession)**

Mit dem Tod des Erblassers treten alle (die gesetzlichen und die eingesetzten) Erben in die Rechtsstellung des Erblassers ein (Universalsukzession [Art. 560 ZGB]). Dazu ist kein Übertragungsakt (wie z.B. eine Forderungsabtretung oder eine Schuldübernahme) erforderlich, sondern die Übertragung erfolgt *uno actu* von Gesetzes wegen. Bei Grundstücken kann allerdings die Verfügungsmacht erst mit Eintragung ins Grundbuch ausgeübt werden (Art. 656 II ZGB und Art. 18 GBV).

33.2 **Ausschlagung**

33.2.1 **Ausschlagungserklärung (Art. 566 ZGB)**

Mit dem Tod des Erblassers treten die Erben in dessen Rechtsstellung ein und es entsteht bei ihnen eine Gestaltungslage: Die Erben haben ein aufhebendes Gestaltungsrecht (Ausschlagungsrecht: einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber der Behörde) mit Wirkung *ex tunc*. Wer das Ausschlagungsrecht ausübt, wird gleich behandelt wie Enterbte oder Erbunwürdige, d.h. er nimmt nicht am Erbgang teil.

Demnach führt Art. 560 ZGB nur zu einer provisorischen Erbenstellung, da die Erben innert bestimmter Frist nach dem Tod des Erblassers die Erbschaft immer noch ausschlagen können. Erst wenn die Ausschlagung nicht mehr möglich ist, tritt die definitive Erbenstellung (*ex tunc*) ein.

33.2.2 **Frist (Art. 567 f., 576 ZGB)**

33.2.3 **Verwirkung der Ausschlagungsfrist (Art. 571 ZGB)**

Die Ausschlagungsfrist verwirkt mit Ablauf der Frist nach 3 Monaten (Art. 571 ZGB). Die Frist verwirkt schon vorher, wenn der Erbe gegenüber der Behörde eine ausdrückliche Annahmeerklärung abgibt und ebenso, wenn er vor Ablauf der Frist eine Einmischungshandlung vornimmt, welche über die normale Verwaltung des Nachlasses hinausgeht (konkludente Annahmeerklärung).

33.2.4 Schicksal des Erbteils bzw. der Erbschaft nach der Ausschlagung (Art. 572 ff. ZGB)

Schlagen alle Erben aus, kommt es zur amtlichen Nachlassliquidation.

33.2.5 Schutz der Erbengläubiger (Art. 578 ZGB)

33.2.6 Schutz der Erblassergläubiger (Art. 579 ZGB)

§34 Öffentliches Inventar und amtliche Liquidation

§35 Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB)

BRÜCKNER CHRISTIAN, Die erbrechtlichen Klagen, Zürich 1999; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/-RUMO-JUNGO, S. 664 ff.

35.1 Rechtsnatur

Die Erbenstellung begründet eine dinglich absolute Rechtsstellung bezüglich der vererbten Sachen wie auch der vererbten relativen subjektiven Rechte (d.h. der Erbe hat ein dingliches Recht an Forderungen), denn die Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB) stellt den Erben gegenüber jedem Besitzer des Nachlasses genauso wie einen Eigentümer (analog der Klage aus Art. 641 II ZGB und den Klagen aus Besitz).⁵³ Die Erbschaftsklage ist eine Vindikation (*vindicatio hereditatis bzw. hereditatis petitio*, Art. 491 II ZGB [Rz. 221: BGE 69 II 357, 366 f.]), der Erbe somit Eigentümer, der gegen jeden Besitzer des Nachlasses die Klage auf Rückgabe anstrengen kann. Da die Erbschaftsklage aber eine sog. Gesamt- oder Universalklage ist, enthebt sie den Kläger davon, die Vindikation für jeden einzelnen dieser Gegenstände anstrengen zu müssen (der Nachlass als eine Sachgesamtheit gilt als eine einzige Sache).

35.2 Abgrenzung gegenüber der Teilungsklage

⁵³ Relative subjektive Rechte haben nur eine Wirkung *inter partes* (*leges contractus*). Absolute subjektive Rechte sind ebenfalls solche mit einem normativen Inhalt, jedoch, anders als relative Rechte, *erga omnes*. Die Sachzuordnung zum Eigentümer ist blosser Reflex dieser Wirkung gegen alle andern. Zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer der Sache entsteht eine Forderung auf Rückgabe, d.h. der Anspruchsinhalt der Vindikation ist eine blosser Forderung. Die Dinglichkeit hingegen besteht in der Zugriffsmöglichkeit auf die Sache auch im Insolvenzfall des Besitzers. Dinglichkeit heisst Aussonderungsmöglichkeit. Da der Besitz kein subjektives Recht ist, fällt er nicht in die Konkursmasse (und wird in eine reine Geldforderung umgewandelt). Der Eigentümer kann seine Klage auf Herausgabe also immer noch gegen den Besitzer (und nicht die Konkursmasse) geltend machen.

35.3 Klagegrund und Klagelegitimation

35.3.1 Klagegrund

35.3.2 Klagelegitimation

Aktiv legitimiert ist jeder Erbe bzw. die Erbengemeinschaft. *Passiv* legitimiert ist grundsätzlich jeder Inhaber von Erbschaftsgut. Die Erbschaftsklage ist jedoch eigentlich eine Erbprätendentenklage, d.h. eine Klage zwischen Leuten, die je ein besseres Recht auf die Erbschaft geltend machen.

Wie steht es aber, wenn der Besitzer einer Sache behauptet, diese aufgrund eines gültigen Rechtsgeschäfts unter Lebende zu besitzen (z.B. Kauf), während der Erbe behauptet, die Sache stehe ihm als Erben zu. Kann der Besitzer nachweisen, dass er gültig im Besitz der Sache ist, wird die Erbschaftsklage abgewiesen. Schwieriger zu klären ist die Frage, ob der Erbe auch die Erbschaftsklage anstrengen kann, wenn das Rechtsgeschäft unter Lebenden zwischen Erblasser und Besitzer aus irgend einem Grund ungültig ist (z.B. anfechtbar wegen Irrtums, nichtig wegen Urteilsunfähigkeit). Grundsätzlich könnte dann der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers alle diesem zustehenden Rechte ausüben: auch die Anfechtung des Rechtsgeschäfts und die Rückforderung der Sache aufgrund dieses Sachverhalts. Er brauchte die Erbschaftsklage gar nicht anzustrengen.

Das Bundesgericht ging früher davon aus, dass in einem solchen Fall die Erbschaftsklage nicht erhoben werden könne [Rz. 222: BGE 91 II 327 (Pra 55 Nr. 64) *empfohlen zu lesen*]. Nach der neueren Rechtsprechung lässt es zu, dass der Richter vorfrageweise die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts unter Lebenden prüft (d.h. Prüfung, ob der Gegenstand Teil der Erbschaft ist) und dann erst über die Erbschaftsklage selbst entscheidet.

35.4 Herausgabepflicht

Mit Klageanhebung entsteht gegen den Besitzer der Anspruch auf Herausgabe der Sache (obligatorische Pflicht zu einem Tun), d.h. Herstellung der Besitzeslage (Verschaffung des *corpus*). Die Dinglichkeit des Anspruchs bedeutet bloss, dass der Erbe ein Aussonderungsrecht (betreffende einer Sache, welche nicht in das Vermögen des Schuldners gehört) hat. Bei Forderungen wird der Erbe mit dem Tod des Erblassers von Gesetzes wegen Gläubiger (Art. 560 ZGB), der Anspruch richtet sich hier bloss auf die Verschaffung aller nötigen Beweismittel (Urkunden, Schuldscheine usf.), um die Forderung geltend machen zu können (im Sinne von Art. 170 II OR). Und bei Liegenschaften geht der Anspruch auf die Verschaffung der nötigen Mittel und Unterlagen (Art. 18 GBV), um den Grundbucheintrag vornehmen lassen zu können.⁵⁴

⁵⁴ D.h. der Erbe hat nicht eigentlich ein dingliches Recht an der Forderung; da er die Gläubigerstellung innehat, kann die Forderung gar nie im „Besitz“ des Besitzers des Nachlasses gewesen sein und demnach auch gar nicht in dessen Konkursmasse fallen. Andere dingliche Rechte an Forderungen sind allerdings möglich: z.B. Pfandrechte (Art. 899 ff. ZGB). Hier tritt die Forderung nicht als Mittel der Güterzuteilung (*causa*-Funktion der Obligation) zwischen Vertragsparteien auf, sondern gegenständlich nach aussen als Objekt des wirtschaftlichen Güterverkehrs (z.B. sichtbar in der *Zession*).

Die Herausgabe mittels Erbschaftsklage kann auch nach Ablauf der fünf Jahre Ersitzungszeit geltende gemacht werden (Art. 599 II ZGB)!

35.4.1 Herausgabe *in natura*

Grundsätzlich ist Herausgabe der Sache *in natura* geschuldet. Doch was passiert, wenn eine Sache untergeht und der Besitzer dafür einen Ersatz (z.B. eine Versicherungssumme) erhält?

35.4.2 Surrogation

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 666 f.

A) Dinglich Surrogation

Die Erbschaftsklage umfasst alle Werte des Nachlasses, also auch Surrogate, sofern diese in den Nachlass „zurückfallen“. Ob sie letzteres tun, ist zu klären.

Dem Vermögensträger (V) ist ein Vermögen zugeordnet. Nun wird V zu einem Viertel Miterbe an einem Nachlass; diesen Vermögenszuwachs hat er aber als Teil eines Gesamthand Eigentums inne, welches nicht mit seinem übrigen Vermögen verschmilzt, sondern innerhalb seines Gesamtvermögens ein Sondervermögen bildet, weil er darüber nicht allein verfügen kann.

Variante 1: Enthält der Nachlass z.B. Inhaberaktien, welchen V im Namen der Erbengemeinschaft (mit deren Bevollmächtigung) einer Bank verkauft, handelt er in direkter Stellvertretung. Die verkauften Gegenstände stammen aus dem Nachlass und das Entgelt soll nach dem Willen der Vertragspartner ebenfalls wieder in das Eigentum der Gesamthandschaft eintreten.

Variante 2: V verkauft die Inhaberaktien wiederum mit Bevollmächtigung der übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft, doch statt im Namen der Gemeinschaft verkauft er sie in seinem Namen. Hier kann die Vertretungswirkung ebenfalls aufgrund des Art. 32 II OR zustande kommen, wenn es der Bank objektiv gleichgültig sein kann, mit wem sie das Geschäft abschliesst (was bei Bargeschäften die Regel, bei Kreditgeschäften die Ausnahme sein dürfte).

Variante 3: V verkauft die Aktien in eigenem Namen ohne Bevollmächtigung an die gutgläubige Bank. Eine wirksame Verfügung findet nicht statt, da V nicht über das Eigentum an den Inhaberaktien verfügen kann. Die Bank erwirbt aber dennoch gutgläubig Eigentum daran aufgrund von Art. 714 II i.V.m. 935 ZGB. Offen bleibt jedoch, was mit der Gegenleistung passiert. Die Bank hat das Geschäft mit V geschlossen und nach dem Willen beider Parteien soll die Gegenleistung in dessen Vermögen eintreten. In dieser Situation kommt das Surrogationsprinzip zum tragen, welches besagt, dass einen Gegenleistung in dasjenige Vermögen eintreten solle, welches den veräusserten Gegenstand enthalten habe (hier das Sondervermögen).⁵⁵ Das Surrogationsprinzip regiert den rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien.

⁵⁵ [Rz. 224: BGE 71 II 90, 95]: ... „dass alles was durch ein Opfer von Bestandteilen eines Sondervermögens erworben ist, in dieses Vermögen fällt“ (GIERKE, Privatrecht II 60) ...

Nach Bundesgericht kann das dingliche Surrogationsprinzip nur dort zur Anwendung kommen, wo dies im Gesetz vorgesehen ist [Rz. 225: BGE 110 II 24, 32 f.]. Es lässt sich aber allenfalls mittels teleologischer Auslegung ein entsprechender Bedarf, welcher hier eindeutig gegeben ist, da sonst durch unerlaubte Verwaltungshandlungen das Sondervermögen ausgehöhlt werden könnte, nachweisen und die Lücke durch Analogie schliessen (hier mit analoger Anwendung von Art. 721 III ZGB).

B) Vermögensrechtliche Surrogation

Weniger weit gehend als die dingliche ist die vermögensrechtliche Surrogation. Anders als bei dieser geht es nicht um die Entscheidung über Eigentum, sondern bloss um die Zuordnung von Werten – die dem Vermögensträger gehören – in ein bestimmtes seiner Sondervermögen.

Bekanntestes Beispiel hier ist die Regelung des ehelichen Güterrechts, welche bestimmt, dass aus Eigengut Erworbenes wieder in das Eigengut fällt, und aus Errungenschaft Erworbenes in die Errungenschaft (Art. 197 f. ZGB)

Im Erbrecht trifft diese Konstellation auf das Verhältnis von Vor- und Nacherbe zu (analoges Verhältnis): Die Vorerbschaft bildet innerhalb des Gesamtvermögens des Vorerben ein Sondervermögen, an welchem ihm das Eigentum nur resolutiv bedingt zusteht. Gegenstände, welche mit Mitteln der Vorerbschaft erworben werden, fallen demnach wieder in dieses Sondervermögen.

35.4.3 Anwendung der Besitzesregeln

Der Besitzer hat die Erbschaft *nach den Besitzesregeln* (Art. 938 ff. ZGB) an den Erben herauszugeben. Der *bösgläubige* Besitzer muss auch die *Früchte* zurückgeben und allenfalls *Schadenersatz* leisten. Den *gutgläubigen* Besitzer trifft keine Schadenersatzpflicht für Schäden, die er im Rahmen der Ausübung des vermuteten Rechts verursacht hat.

§36 Erbgemeinschaft

§37 Erbteilung

Bis zur Erbteilung ist der Teil am Nachlass Sondervermögen des Erben. Das Vermögen des Erben besteht dann aus seinem bisherigen Vermögen (Hauptvermögen) und dem Anteil am Nachlass (Gesamteigentum). Erst mit der Erbteilung verschmelzen das Vermögen des Erben und der Nachlassteil zu einem Gesamtvermögen.

Für beide Abschnitte innerhalb des Erbganges gelten verschiedene Regeln.

§38 *Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB)*

§39 *Abschluss und Wirkung der Teilung*

finis operis, © by mk. SS 99