

1 Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert

Erbrecht ist in zweierlei Hinsicht Tradition: Die Weitergabe irdischer Güter an die Hinterbliebenen ist *traditio*, diese *traditio* aber ist zugleich traditionelles Merkmal der intergenerationellen Verbindung. Das Verhältnis der Generationen wird allerdings beeinflusst durch die gesellschaftliche Entwicklung (Partikularisierung/Atomisierung in Klein- und Einelternfamilien; Destabilisierung von Status- und Multiplizierung in Real-, Fortsetzungs- und Patchwork-Beziehungen), durch die demographische Entwicklung (das entwicklungs-geschichtlich erstmalige Nebeneinander von zumindest drei oder noch mehr Generationen) und die veränderte wirtschaftliche Bedeutung des erbrechtlichen Vermögensanfalls, der (rein demographisch) nicht mehr zur Existenzgründung, sondern meist eher zur «Altersvorbereitung» dient. Soll unter diesen Umständen die erbrechtliche Ordnung des ausklingenden 19. Jahrhunderts als traditionelles Instrument im 21. Jahrhundert unverändert fortbestehen? Kern solcher Überlegungen müssen Fragen nach dem Umfang des Pflichtteils und der Umschreibung des Kreises der Erbberechtigten sind. An sich widerspricht ein Zwangs-Pflichtteilsrecht dem heutigen Eigentums-, Familien- und Individualitätsverständnis, hat aber streitmindernde Funktion. Und die generell-abstrakte Umschreibung von gesetzlichen Erben könnte zwar aufgeweicht werden, wäre aber auf initiativere, testierfreudigere Erblasserinnen und Erblasser angewiesen. Der Beitrag möchte Auftakt zu einer angeregten Diskussion um eine praktisch umsetzbare Entwicklung des Erbrechts bilden.

Le droit des successions issu du XIX^{ème} siècle appliqué au XXI^{ème} siècle

Le droit des successions est à double titre tradition: d'abord, la transmission des biens terrestres à ceux qui nous survivent est *traditio*, mais cette *traditio* est également l'expression traditionnelle du lien intergénérationnel.

Le lien entre les générations est pourtant influencé par l'évolution de la société (particularisation/atomisation en familles nucléaires et familles monoparentales; remise en cause des liens reposant sur le statut, et multiplication des liens reposant sur les faits, la continuation ou des situations de patchwork), par l'évolution démographique (la juxtaposition de trois générations et plus), et la modification de la portée économique de la transmission patrimoniale par voie successorale, qui (sur le plan purement démographique) n'est plus un capital de départ, mais plus souvent un capital de départ en retraite.

Dans ces conditions, le droit des successions, issu d'un XIX^{ème} siècle finissant, doit-il être maintenu au XXI^{ème} siècle, au nom de la tradition, et sans modification? Ce sont, en particulier, les questions de l'étendue de la réserve héréditaire et de celle du cercle des successibles, qui doivent être soulevées. Un droit à réserve d'ordre public est, en soi, en contradiction avec les conceptions actuelles de la propriété, de la famille, et de l'individualité, mais il a aussi pour effet de limiter les litiges. D'autre part, la description générale et abstraite des héritiers *ab intestat* pourrait certes être assouplie, mais nécessiterait un plus grand nombre de testateurs et testatrices prêts à faire preuve de plus d'initiative.

Cet article a pour ambition de constituer le point de départ d'une discussion enrichissante sur une possible évolution du droit des successions qui soit en pratique applicable.

Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en matière procédurale

Avec les art. 517 et 518, le Code civil suisse ne contient que deux dispositions relatives à l'exécuteur testamentaire et ses pouvoirs. L'action en pétition d'hérédité (art. 598 et suivants CC) et l'action en partage (art. 604 CC) font également l'objet de développements assez succincts. A cela vient s'ajouter que des questions importantes, comme par exemple celle des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, lorsque certains héritiers s'opposent durablement à un plan de partage, n'ont pas été tranchées par le Tribunal fédéral, ce qui suscite un certain nombre d'interrogations restées sans réponse. Contrairement à la position défendue jusqu'à présent par la doctrine dominante, beaucoup porte à croire que la légitimation active de l'exécuteur testamentaire à intenter l'action en partage doit être admise.

L'action de l'exécuteur testamentaire contre des héritiers tendant au transfert de la possession du patrimoine successoral est une action en pétition d'hérédité, bien qu'elle soit dirigée contre des héritiers. Une réforme (dans le sens d'une réglementation plus détaillée) de l'action en pétition d'hérédité serait particulièrement bienvenue.

2 Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers

Über den Willensvollstrecker und seine Befugnisse enthält das Schweizerische ZGB mit den Art. 517 und 518 ZGB nur zwei Artikel. Ebenso knapp geregelt sind die Erbschafts- (Art. 598 ff. ZGB) und die Erbteilungsklage (604 ZGB). Dazu kommt, dass wichtige Punkte, wie z.B. die Befugnisse des Willensvollstreckers, wenn sich einzelne Erben seinem Teilungsplan dauernd widersetzen, noch nicht vom Bundesgericht entschieden wurden, was zu einigen offenen Fragen führt. Entgegen der bisher wohl herrschenden Lehre spricht vieles dafür, die Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Teilungsklage in diesem Fall zu bejahen.

Die Klage des Willensvollstreckers gegen Erben auf Besitzverschaffung am Nachlass ist eine Erbschaftsklage, obwohl sie sich gegen Erben richtet. Besonders bei der Erbschaftsklage wäre eine Gesetzesrevision (eine ausführlichere Regelung) angezeigt.

Die französische Erbrechtsreform zielt darauf ab, mehr Freiräume für die Erbfolgeregelung (I) und für das Handeln für den Nachlass (II) zu schaffen.

Sie beschränkt sich aber nicht nur darauf (s. Einleitung):

- Der Eintritt der Erben in ihre Stellung (option) soll durch verschiedene Massnahmen beschleunigt werden, das Risiko einer stillschweigenden Annahme (acceptation tacite) soll begrenzt werden, der Erbe soll vor unbekanntem Schulden im Fall einer Annahme (acceptation pure et simple) besser geschützt werden. Der Schutz seiner Gläubiger soll auch verbessert werden. Das Verfahren des öffentlichen Inventars (acceptation à concurrence de l'actif net) soll vereinfacht werden.
- Selbst bei der Ausschlagung eines Erben soll das Eintrittsprinzip (représentation en cas de renonciation) angewendet werden, und Ausgleichungsklauseln können in den Schenkungen, für den Fall der Ausschlagung des Nachlasses des Schenkers durch den Beschenkten, vorgesehen werden (clauses de rapport pour les cas de renonciation du donataire à la succession du donateur).
- Die Frist zur Erhebung der Herabsetzungsklage (action en réduction) wird verkürzt.
- Verschiedene Änderungen betreffen den Teilungsvertrag (partage amiable).
- Die registrierten Partner (partenaires enregistrés) unterstehen nunmehr den Vorschriften über den Güterstand der Gütertrennung, es sei denn, sie vereinbaren eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung über das Miteigentum.

Über die Hausratsgegenstände, das Haus oder die Wohnung, worin sie gelebt haben, hat der überlebende Partner, wie bisher der überlebende Ehegatte, ein Nutzungsrecht (droit de jouissance) während eines Jahres.

Wenn eine Verfügung von Todes wegen es vorsieht, kann er auch verlangen, dass ihm das Eigentum daran auf Anrechnung (attribution préférentielle) zugeteilt wird. Es gibt immer noch keine gesetzlichen Erbrechte zwischen registrierten Partnern.

1. Mehr Freiräume für die Erbfolgeregelung (I)

1.1

Die richterliche Genehmigung (homologation judiciaire) wird für den Wechsel des Güterstandes (changement de régime matrimonial) abgeschafft und ausnahmsweise beibehalten (bei minderjährigen Kindern oder gerichtlichem Einspruch der Kinder oder Gläubiger gegen den Wechsel).

Der Pflichtteil der Eltern wird abgeschafft und durch einen gesetzlichen Rückfall der Güter, die sie den Verstorbenen verschenkt hatten, ersetzt (droit de retour légal) (I. A.).

1.2

Die Möglichkeit, auf die Herabsetzungsklage (*renonciation à l'action en réduction*), verbindlich und vor dem Tod des Erblassers, zu verzichten, wird neu anerkannt (I. B.).

Das Verbot von Rechtsgeschäften über künftige Nachlässe (*prohibition des pactes sur succession future*) wird also erneut abgeschwächt.

Die formellen Voraussetzungen sind aber sehr streng (insb. öffentliche Beurkundung durch zwei Notare, wobei einer der zwei durch die Notarkammer gewählt werden muss, Unterschreiben des Verzichtenden allein mit den Notaren und formelle Erklärung der Folgen des Verzichts in dem Vertrag).

Die materiellen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Verzicht zugunsten einer im Vertrag designierten Person erfolgt und unentgeltlich ist. Eine Gegenleistung unter Lebenden oder von Todes wegen seitens des Erblassers ist also verboten.

Der Verzicht wird wirkungslos, wenn der Erblasser keine Verfügung zugunsten der designierten Person trifft, die den Pflichtteil des Verzichtenden verletzt.

Ausserdem ist der Widerruf des Verzichts (*révocation*) mittels eines gerichtlichen Verfahrens in mehreren Fällen vorgesehen.

1.3

Die Voraussetzungen der Nacherbeneinsetzung/Nachvermächtnis ohne oder mit Verpflichtung zur Weitergabe (*legs résiduels ou graduels*) und allgemein der fideikommissarischen Substitutionen (*substitutions fidéicommissaires*), sei es durch Verfügung von Todes wegen oder durch unentgeltliche Zuwendung (was unter dem Gesamtbegriff «libéralités» fällt), werden gelockert (I. C.).

1.4.

Der Anwendungsbereich der elterlichen Vorausteilung unter Lebenden durch Schenkung (*donations-partages*) (I. D.) wird ausgedehnt.

Die elterliche Vorausteilung unter Lebenden durch Schenkung (*donation-partage*) ermöglicht eine definitive Teilung des Nachlasses schon zu Lebzeiten des Erblassers, ohne dass er sein ganzes Vermögen veräussern muss. Nach Art. 1078 CC sind deswegen für die Berechnung der Pflichtteile die Werte im Zeitpunkt des Vertrags massgebend und nicht im Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Sie kann mit Nutzniessungsvorbehaltsklauseln und Übertragbarkeitsklauseln zugunsten des überlebenden Ehegatten kombiniert werden. Auf diese Weise kann ein ähnliches Ergebnis, wie im Schweizer Recht bei gegenseitigen Erbverträgen zwischen Ehegatten mit Nacherbeneinsetzung ihrer Nachkommen, erreicht werden.

2. Mehr Freiräume bezüglich des Handelns für den Nachlass (II)**2.1.**

Der Willensvollstrecker (*exécuteur testamentaire*) soll mehr Befugnisse erhalten (II. A. 1.). Ein Auftrag *post mortem* (*mandat posthume*) (II. A. 2.) soll ermöglichen, dass der Erblasser eine Person mit dem Handeln für den Nachlass beauftragt.

Neu wird auch ein durch richterliche Anordnung ernannter Nachlassverwalter (*mandataire judiciaire*) vorgesehen (II. A. 3.)

2.2.

Die Erbengemeinschaft (*indivision*) erhält die Möglichkeit, mit der Mehrheit von $\frac{2}{3}$ der Miteigentumsanteile (*droits indivis*) bestimmte Entscheidungen zu treffen (II. B.).

1 Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis

Der vorliegende Beitrag resümiert und kommentiert den Meinungsstand zur Tragweite der Nacherbenanwartschaft bei pflichtwidrigen Verfügungen des Vorerben und im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Vorerben, ferner die neuere Rechtsprechung zur Auslegung von Verfügungen von Todes wegen in Fällen, in denen umstritten war, ob eine «gewöhnliche» Nacherbeneinsetzung, eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, eine «gewöhnliche» Erbeinsetzung oder eine Schlusserbeneinsetzung vorliege.

Volltext Seite 82 ff.

Le présent article résume et commente l'état, en jurisprudence et en doctrine, de la question concernant la portée de l'expectative conférée par une substitution fidéicommissaire, en cas d'actes de disposition du premier gratifié en violation de celle-ci et dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée à l'encontre de l'héritier ou du légataire grevé, ainsi que la jurisprudence récente concernant l'interprétation des dispositions à cause de mort dans des cas où la question était de savoir s'il y avait substitution fidéicommissaire « ordinaire », institution d'héritier de residuo, « simple » institution d'héritier ou institution d'héritier final.

Texte page 82 ss

2 Doit on laisser la possibilité au futur de cujus de choisir la loi applicable à sa succession ?

Une certaine harmonisation du DIP des successions serait la bienvenue du fait de l'augmentation des successions transfrontalières en Europe. La *professio juris*, à laquelle sont opposés la France et l'Allemagne, serait un bon moyen de parvenir à cette harmonisation. L'auteur examine les arguments à l'encontre de la *professio juris* (la réserve, l'absence ou le changement de volonté, la spécificité des immeubles), les avantages qu'elle pourrait présenter (l'unité de succession et la dissipation de certaines difficultés pratiques) ainsi que les moyens de l'encadrer (la limitation de son choix et les mécanismes classiques de la fraude à la loi et de l'ordre public).

Texte page 108 ss

Eine gewisse Harmonisierung des erbrechtlichen IPR erscheint angesichts der zunehmenden Zahl grenzüberschreitender Nachlässe wünschenswert. Mittels Rechtswahl – welche allerdings weder das französische noch das deutsche Recht zulassen – liesse sich diese Harmonisierung erleichtern. Die Verfasserin prüft die Argumente gegen (Wahrung des Pflichtteilsrechts, Vorgehen bei fehlender Willensäußerung oder Willensänderung, Besonderheiten bei Grundstücken) und für die *Professio* (einheitliche Nachlassabwicklung und Umgehung praktischer Schwierigkeiten), ebenso die Möglichkeiten ihrer Eingrenzung (Beschränkung der Wahlfreiheit, Rechtsmissbrauchsverbot und Achtung des *ordre public*).

Volltext Seite 108 ff.

3 Das Gut rinnt wie das Blut

Erbe ist in erster Linie, wer zivilstandsregisterlich ausgewiesen mit dem Erblasser verwandt ist. Die Destabilisierung der Familienstrukturen bewirkt allerdings, dass biologische Abstammung, persönliche Erziehung und wirtschaftliche Unterstützung nicht notwendig nur durch die (leiblichen) Eltern erbracht werden. Das Zivilstandsregister genießt zwar nach Art. 9 ZGB besondere Beweiskraft, doch hat die leichte Verfügbarkeit von Abstammungsgutachten dazu geführt, dass die biologische Richtigkeit der Registerinträge naturwissenschaftlich exakt überprüft werden kann. Private Abklärungen ohne Zustimmung aller Beteiligten sind indes rechtlich verpönt, und auch naturwissenschaftlich erwiesene Falscheinträge führen nicht notwendig zu einer Berichtigung. Es erbt also unter Umständen ein nicht biologisch verwandter Erbe, und der biologisch verwandte erbt nicht; umgekehrt kann ein Interesse bestehen, trotz fehlender verwandtschaftlicher und wirtschaftlich-erbrechtlicher Berechtigung seine biologisch richtige Abstammung zu kennen.

Volltext Seite 142 ff.

L'héritier est avant tout une personne, dont la parenté avec le défunt est établie par les registres de l'état civil. Cependant, la déstabilisation des structures familiales a pour conséquence que le lien de parenté biologique, l'éducation personnelle et le soutien financier ne sont pas forcément le fait des seuls parents (biologiques). Les registres de l'état civil bénéficient certes de la force probante particulière de l'art. 9 CC, pourtant la facilité d'accès aux expertises de filiation a permis de pouvoir faire vérifier scientifiquement, et avec exactitude, la véracité sur le plan biologique des inscriptions d'état civil. Néanmoins, le droit condamne les vérifications de filiation d'initiative privée opérées sans l'accord de toutes les personnes concernées, de même que les inscriptions dont la fausseté a été scientifiquement établie, ne donneront pas forcément lieu à une rectification. Ainsi, il pourra arriver que l'héritier n'ait pas de lien de filiation biologique avec le défunt, et que le parent biologique de ce dernier n'hérite pas ; à l'inverse une personne peut avoir un intérêt à connaître sa véritable filiation biologique, même en l'absence de droits d'ordre parental ou de droits successoraux.

Texte page 142 ss

1 Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen

1. Die ehevertragliche Vorschlagszuweisung ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, wirkt sich also in der güterrechtlichen Auseinandersetzung und nicht erst im Nachlass aus. Einzig die Erfüllung der güterrechtlichen Forderung bzw. Schuld belastet den Nachlass.
2. Als Folge davon ist die ehevertragliche Vorschlagszuweisung insoweit dem Nachlass hinzuzurechnen, als sie der Herabsetzung unterliegt. Das trifft gemäss Art. 216 Abs. 2 ZGB nur für die nichtgemeinsamen Kinder zu. Daraus entstehen notwendigerweise unterschiedliche Pflichtteilsberechnungsmassen für die gemeinsamen und die nichtgemeinsamen Kinder.

Volltext Seite 158 ff.

L'attribution du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant, un acte entre vifs : une qualification aux multiples conséquences

1. L'attribution du bénéfice par contrat de mariage est un acte entre vifs, elle a donc des incidences dès la liquidation du régime matrimonial et pas seulement lors de celle de la succession. Seule la créance, ou la dette, issue de la liquidation du régime matrimonial profite, ou pèse sur la succession.
2. En conséquence, il convient d'inclure le montant du bénéfice à la succession, dans la mesure où celui-ci est soumis à réduction. D'après l'art. 216 al. 2 CC, ce n'est le cas que pour les enfants non communs. Il en résulte nécessairement des masses de calcul différentes pour les réserves des enfants communs et non communs.

Texte intégral page 158 ss

2 Zur Herabsetzbarkeit erbrechtlichen Intestaterwerbs – ein Diskussionsbeitrag

Falls ein Erblasser seine Verfügungsfähigkeit überschreitet, sieht das Gesetz in den Art. 522 ff. ZGB die Möglichkeit der Herabsetzung von Verfügungen von Todes wegen oder von lebzeitigen Zuwendungen vor, schweigt sich aber darüber aus, ob auch Intestaterwerb herabgesetzt werden kann. Die Mehrheit der Lehre bejaht in Lückenfüllung eine entsprechende Herabsetzung, doch gibt es auch gewichtige Gegenstimmen. Insgesamt führte diese Thematik in den letzten Jahren jedoch zu keinen Kontroversen mehr. Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung scheinen entsprechende Fälle bis anhin nicht zur Entscheidung gekommen zu sein. Dieser Beitrag versucht, diese Diskussion wieder anzustossen. Die bisher bemühten und weitere mögliche Argumente werden rekapituliert und einer kritischen Würdigung unterzogen.

Volltext Seite 168 ff.

De la réduction des droits successoraux ab intestat – une contribution à la discussion

En cas de dépassement des limites de sa liberté de disposer par l'auteur d'une succession, la loi prévoit aux art. 522 ss CC, la possibilité de réduire les libéralités à cause de mort et celles entre vifs, mais ne se prononce pas sur une éventuelle réduction de la vocation successorale légale. La majorité de la doctrine approuve une telle réduction en admettant une lacune de la loi. Mais des voix contraires, et non des moindres, se sont manifestées. Pourtant, ces dernières années la controverse concernant cette thématique n'avait, dans l'ensemble, plus fait parler d'elle. De même, au vu de la jurisprudence du Tribunal Fédéral, il ne semble pas que de tels cas aient fait l'objet de décisions. Cette contribution tente de relancer la discussion. Les arguments présentés jusqu'à présent ainsi que d'autres arguments possibles sont passés en revue, et soumis à une appréciation critique.

Texte intégral page 168 ss

3 «Erben in der Schweiz» – Glück oder Last? Verdient oder unverdient?

Der Besprechungsaufsatz zur statistisch-ökonomischen Untersuchung des Büro BASS (Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS, Bern) unter dem genannten Titel «Erben in der Schweiz» greift etwas weiter aus und stellt verschiedene Grundannahmen der Untersuchung (Erben als Phänomen der Reichtums-perpetuierung und Privileg der Reichen) in Frage: Die erbrechtliche «Tradition» (im Doppelsinn des Begriffs: die historische Entwicklung des Erbrechts und die Weiterreichung der persönlichen irdischen Güter, aber auch von Know-how, Werten und Kultur) lässt sich mit einer rein ökonomischen und gegenwartsbezogenen soziologischen Fokussierung kaum begreifen; sie greift aber auch zu kurz, wenn sie die Art. 457 ff. ZGB rein nur auf die Vermögensweitergabe (verstanden als Weitergabe der *Nachlassaktiven*) bezieht und die Überschuldungsproblematik bzw. die Abwicklung überschuldeter Nachlässe (bzw. die volkswirtschaftliche Bedeutung der «Schuldenliquidierung durch Tod») ausblendet. Die Diskussion dürfte eher erst angestossen als abgeschlossen sein. Immerhin enthält die Studie (bzw. die im Internet zugängliche Zusammenfassung) interessantes Zahlenmaterial, welches zwar keine riesige Begeisterung für eine harmonisierte Erbschaftssteuer (allerdings deutlich mehr Begeisterung als für kantonale Partikularismen), aber deutliche Zustimmung zu einer Anpassung des Erbrechts an gewandelte Familienformen signalisiert.

Volltext Seite 202 ff.

«Hériter en Suisse» – Une chance ou une charge? Une fortune méritée ou imméritée?

L'essai critique concernant l'enquête statistique et économique du bureau BASS (Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale BASS, Berne), intitulée comme ci-dessus «hériter en Suisse», élargit un peu la discussion et remet en question certaines des hypothèses de l'enquête (l'héritage, phénomène de la perpétuation des richesses et privilège des riches): la «tradition» successorale (dans les deux sens du terme: l'évolution historique du droit des successions ainsi que la transmission des biens terrestres personnels, mais aussi du savoir-faire, des valeurs et de la culture) s'appréhende difficilement au moyen d'une approche sociologique considérée de manière exclusivement économique et ramenée au présent; de même, elle ne va pas assez loin, lorsqu'elle rapporte les art. 457 ss CC purement et simplement à la transmission patrimoniale (comprise comme transmission des *actifs* de la succession), et qu'elle néglige la problématique du surendettement, respectivement le traitement des successions surendettées (ou bien la signification économique de la «liquidation des dettes par décès»). Le débat ne devrait pas être clos, mais plutôt juste engagé. Quoi qu'il en soit, l'étude (resp. le résumé accessible sur Internet) livre des données chiffrées intéressantes qui ne laissent certes pas entrevoir un enthousiaste débordant à l'égard d'une harmonisation de l'impôt sur les successions (mais toutefois, un peu plus d'enthousiasme que pour les particularismes cantonaux), mais qui montrent un clair assentiment en faveur d'une adaptation du droit des successions aux formes familiales modifiées.

Texte intégral page 202 ss

1 Das Bankkonto im Erbgang

Findet sich ein Bankkonto, scheint der Erbfall gerettet. Aber wie entwickelt sich und überlebt das Bankkonto die Zeit bis zum Tod seiner Inhaberin oder seines Inhabers, damit es dann noch vorhanden, nicht ausgebeutet und auffindbar ist? Und wie verhält es sich eigentlich mit komplexeren Konstrukten als Bankkonti bei schwindendem Verständnis des noch lebenden Erblassers für die Börsenentwicklung? Verschiedenes wird sich mit dem wohl in absehbarer Zeit in Kraft tretenden Erwachsenenschutzrecht (welches das Vormundschaftsrecht ablösen wird) klären: Die private Vorsorge für Schwäche- und Demenzzustände dürfte zur Regel werden (und kann schon heute vorbereitend in Betracht gezogen werden!), und was die Verwaltung des Vermögens künftiger Erblasser betrifft, ist das Augenmerk auf die Verwaltung fremder Vermögen nur beschränkt handlungsfähiger Personen (also insbesondere der in vergleichbarer Situation befindlichen Kinder) zu richten; Banken haben zudem ihre Kunden nicht nur zu kennen, um den Vorschriften der Geldwäschereigesetzgebung Genüge zu tun, sondern auch, um ihnen die vielfach propagierte persönliche Beratung erbringen zu können – das setzt allerdings voraus, dass man den Kunden so gut kennt, dass auch seine Schwächezustände erkannt werden, auch wenn es sich dabei um ein ausgesprochen persönlichkeits-sensitives Element handelt.

Volltext Seite 220 ff.

Droit des successions et compte bancaire

Lorsqu'un compte en banque réapparaît, l'ouverture de la succession semble sauvée. Mais, comment le compte évolue-t-il et survit-il jusqu'au décès de sa détentrice ou de son détenteur, afin qu'à l'ouverture de la succession, il existe encore, ne soit pas vidé de sa substance et qu'il puisse être retrouvé? Et qu'en est-il des constructions plus complexes que des comptes bancaires en cas de compréhension déclinante des fluctuations de la Bourse par le futur de cujus? Divers éclairages seront apportés par le droit de la protection des adultes qui devrait bientôt entrer en vigueur (et qui remplacera le droit de la tutelle): les mesures personnelles anticipées en cas de faiblesse ou de démence devraient devenir la règle (et on peut, préliminairement et dès à présent, en tenir compte!), et en ce qui concerne l'administration du patrimoine d'un futur de cujus, il convient d'attirer l'attention sur l'administration du patrimoine des personnes dont la capacité d'exercice est seulement limitée (donc, notamment des enfants se trouvant dans une situation comparable); de surcroît, les banques ne doivent pas se contenter de connaître leurs clients pour satisfaire aux règles de la législation sur le blanchiment d'argent, mais aussi afin de pouvoir leur apporter le conseil privé maintes fois prôné – mais cela nécessite une connaissance suffisante des clients pour pouvoir déceler des états de faiblesse, même s'il s'agit là d'un élément particulièrement sensible touchant à la personnalité.

Texte intégral page 220 ss

Inheritance Law and Bank Account

Once a bank account surfaces, the succession seems saved. But how does the bank account evolve and survive the time until its holder's death, in order to, upon the succession, still exist, not be exploited and be traceable? And what about more complex structures than bank accounts in the event that the testator's understanding of the development of the stock exchange is on the wane? Some issues are bound to be clarified by the law on the protection of majors, which is likely to enter into force in the foreseeable future: private pension plans in cases of mental subnormality and dementia may well become the rule (and can, at this stage, be taken into consideration as a preparatory measure!), and as far as the administration of the future testator's estate is concerned, one's attention should be turned to the administration of estates of persons with a limited capacity to act (i.e. in particular of minors, which are in a similar position). In addition, banks should not only know their clients in order to comply with the provisions of money laundering legislation, but also in order to be in a position to render the much preached personal consultation – this, however, necessitates sufficient knowledge of one's client in order to be able to detect its states of weakness, even if this constitutes an element regarding one's personality which is particularly sensitive.

See entire text on page 220 et seqq.

2 Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu Lasten pflichtteilsgeschützter Urteilsunfähiger gemäss dem Entwurf Erwachsenenschutzrecht

Im Gegensatz zu Titel und Zweck der angekündigten Revision, nämlich der Verbesserung des Schutzes insbesondere urteilsunfähiger Erwachsener, überraschen die Art. 492a und Art. 531 des Entwurfs mit der Möglichkeit, eine Reduktion des Pflichtteils solcher Personen vorzusehen, wenn sie weder Ehegatte noch Nachkommen hinterlassen, indem sie durch einen ihrer Eltern als blosse Vorerben zugunsten eines beliebigen Nacherben eingesetzt werden können.

Volltext Seite 240 ff.

La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte

A l'opposé du but annoncé du renforcement de la protection de l'adulte, notamment lorsqu'il est privé de discernement, les projets des nouveaux art. 492a et art. 531 révisés du Code civil surprennent en ce qu'ils permettront de diminuer la réserve légale d'une personne privée de discernement, par l'institution, par l'un de ses parents, d'une substitution pour le surplus au profit de n'importe quel type d'appelé, sauf présence d'un conjoint ou de descendants réservataires chez le grevé.

Texte intégral page 240 ss

Reversionary inheritance for the remainder at the expense of persons lacking discretion, but entitled to a compulsory portion, pursuant to the bill on the protection of majors.

Contrary to the title and the purpose of the announced amendment of the law, namely the improvement of the protection of majors lacking discretion, Articles 492a and 531 of the bill surprise by providing the possibility to reduce the compulsory portion of such person by allowing it to be instituted as a mere first heir to one of its parents, for the benefit of any reversionary heir, in the event that such person leaves no spouse nor descendants.

See entire text on page 240 et seqq.

3 Die aktuelle deutsche Erbrechtsreform (2008) – eine Übersicht

Das Bundesministerium der Justiz der Bundesrepublik Deutschland hat einen Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vorgelegt. Jahrelange Diskussionen um das Pflichtteilsrecht mit seinen Wurzeln im ausgehenden 19. Jahrhundert und der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 haben den Anstoss für eine Reform einzelner Regelungen im Ausgleichsrecht bei der Erbteilung, im Pflichtteilsrecht und im Recht der Verjährung erbrechtlicher Ansprüche gegeben. Es wird eine moderate Reform werden – von «Reförmchen» ist die Rede. Aber sie ist im Grundsatz zu begrüßen, weil damit auch Mängel beseitigt werden sollen, die die Praxis seit Jahren stören. Wenn der vorgesehene Zeitplan eingehalten wird, könnte die Gesetzesnovelle zum 1.1.2008 in Kraft treten. Wünschenswert wäre dies.

Volltext Seite 276 ff.

L'actuelle réforme du droit allemand des successions (2008) – Un aperçu

Le ministère de la justice de la République Fédérale d'Allemagne a déposé un projet de loi portant modification du droit des successions et du droit de la prescription. Des années de discussions sur un droit de la

réserve remontant à la fin du XIX^{ème} siècle, ainsi qu'une décision du Tribunal Constitutionnel Fédéral du 19 Avril 1995, sont à l'origine de la réforme de diverses dispositions concernant le rapport lors du partage successoral, la réserve, et la prescription des droits successoraux. Ce sera une réforme modérée – on parle de « réformette ». Mais, sur le principe elle doit être saluée parce qu'elle entend aussi corriger des points gênant la pratique depuis des années. Si le calendrier prévu est respecté, la nouvelle loi pourrait entrer en vigueur le 1^{er} Janvier 2008. Ce serait souhaitable.

Texte intégral page 276 ss

Current Inheritance Law Reform in Germany (2008) – an Overview

The German Federal Ministry of Justice has rendered a first draft of an act concerning the amendment of the law regarding inheritance and the statute of limitations. Long years of discussions about forced heirship with its roots in the 19th century and the decision of the German Federal Constitutional Court of April 19, 2005, have triggered a reform of several provisions regarding hotchpot in the event of the distribution of an estate, forced heirship and the statutory limitation of inheritance-related claims. The reform will be moderate – talk is of a “Reförmchen”. It is, however, to be welcomed in principle, since it is set to resolve shortcomings which have been troubling practitioners for years. If the designated time schedule is kept, the amendment could enter into force on January 1st, 2008. This would, by all means, be desirable.

See entire text on page 276 et seqq.

Schwerpunkt, S. 9–15: Die vermeintliche Herabsetzbarkeit gesetzlicher Erbrechte

Focus, p. 9–15: La supposée réductibilité des acquisitions *ab intestat*

Focus, p. 9–15: The Supposed Reducibility of Statutory Inheritances

Peter Weimar

Nach Art. 522 ZGB können Verfügungen des Erblassers herabgesetzt werden, wenn die Erben nicht ihren Pflichtteil erhalten. Herabsetzbar sind sowohl Verfügungen von Todes wegen als auch bestimmte Verfügungen oder Zuwendungen unter Lebenden, ausserdem ehevertragliche Vereinbarungen nach Art. 216 und 241 ZGB. Andere Herabsetzungsgegenstände kennt das Gesetz nicht. Dessen ungeachtet hat der verstorbene Lausanner Professor Paul Piotet wiederholt nachzuweisen versucht, dass der Herabsetzung auch unterliegen könne, was ein Erbe kraft Gesetzes erwirbt: les acquisitions *ab intestat*, der Intestaterwerb, sein gesetzliches Erbrecht im subjektiven Sinn. Die meisten Autoren sind ihm gefolgt. Nur ganz wenige haben Bedenken angemeldet. Für Stimmenzähler wäre der Fall klar. Geht man aber den Argumenten auf den Grund, so vermag die erfolgreiche neue Ansicht nicht zu überzeugen.

Die Fälle, die angeblich nur durch die Herabsetzung der Erbrechte gesetzlicher Erben gelöst werden können, werden in drei Gruppen eingeteilt und einzeln analysiert. Dabei kommt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass bei einer der drei Gruppen in Wahrheit Verfügungen des Erblassers herabgesetzt werden, während die Probleme in beiden anderen Gruppen die Folge von Missverständnissen der Art. 481 Abs. 2 und 627 ZGB sind. In keinem der untersuchten Fälle gibt es die Herabsetzung von Intestaterwerb. Sie ist dem schweizerischen Recht fremd.

D'après l'article 522 CC, les dispositions du de cujus peuvent être réduites si les héritiers ne reçoivent pas leur réserve. Sont réductibles non seulement les dispositions à cause de mort, mais aussi certaines dispositions ou libéralités entre vifs, ainsi que les conventions matrimoniales figurant aux articles 216 et 241 CC. Aucun autre objet est soumis à la réduction selon la loi. Quand même le défunt professeur lausannois Paul Piotet a tenté à plusieurs reprises d'établir que la part successorale légale d'un héritier – son acquisition *ab intestat*, son droit à l'héritage légal au sens subjectif – puisse aussi faire l'objet d'une réduction. La plupart des auteurs l'ont suivi. Très peu ont émis des réserves. Pour des scrutateurs, le cas serait clair. Mais, face à un examen approfondi des arguments, cette nouvelle position triomphante ne peut pas convaincre.

Les cas qui à ce que l'on dit ne peuvent être résolus que par la réduction des droits successoraux des héritiers légaux sont répartis en trois groupes et analysés séparément. Ce faisant, l'auteur parvient au résultat que pour l'un de ces groupes sont réduites en réalité des dispositions du de cujus, alors que les problèmes dans les deux autres groupes résultent de mauvaises appréhensions des articles 481 al. 2 et 627 CC. Aucun des cas examinés ne donne lieu à une réduction des droits *ab intestat*. Celle-ci est étrangère au droit suisse.

Pursuant to Article 522 of the Swiss Civil Code, a testator's bequests may be reduced in case the heirs do not receive their forced-heirship portion. Both, provisions *mortis causa* and certain provisions and donations *inter vivos*, as well as pre-nuptial agreements pursuant to Articles 216 and 241 of the Civil Code are reducible. The law does not allow for any other objects of reduction. The late Professor Paul Piotet from Lausanne, however, repeatedly attempted to establish that what an heir receives by virtue of law may also be subject to reduction: "les acquisitions *ab intestat*", the intestate acquisitions, his statutory right of succession. Most lawyers have followed his view. Very few only have been apprehensive. For a vote counter, the case would be evident. If, however, one gets to the bottom of the arguments, the successful new opinion fails to convince.

The cases which allegedly can only be solved by the reduction of the statutory right of succession are being divided into three groups and analyzed separately. By doing so, the author comes to the conclusion that, regarding one group, it is in fact bequests of the testator that are being reduced, whereas the problems regarding the other two groups are the result of a misunderstanding of Articles 481 paragraph 2 and 627 of the Civil Code. None of the analyzed cases entail a reduction of a statutory inheritance which is unknown to Swiss Law.

Schwerpunkt, S. 16–29: Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser

Focus, p. 16–29: Le traitement des futurs de cujus au regard du droit de la protection des adultes

Focus, p. 16–29: Future Testators under the Bill on the Protection of Majors

Peter Breitschmid

Der bundesrätliche Entwurf 2006 (BBl 2006 7001 ff.) hält am zentralen Revisionsanliegen fest, die paternalistische Struktur des Vormundschaftsrechts anzupassen und selbstbestimmte, private Ordnungen «auf Vorrat» für den Fall späterer eigener Urteilsunfähigkeit zu fördern; dies erfordert gewisse Sicherheitskautele angesichts rasch sich wandelnder Umstände und permanent lauender Interessenkonflikte. Der Entwurf erscheint (wie schon der Vorentwurf 2003) in seiner Vielfalt von Vorkehrungen mit ähnlicher Stossrichtung bisweilen etwas unzulänglich koordiniert, weiterhin stark auf (teils wenig zweckmässige) formale Elemente gestützt, insgesamt aber als ein sehr begrüssenswerter Vorschlag und ohne Zweifel funktions-tüchtiges Konzept eines zeitgemässen «Vormundschaftsrechts». Allerdings wird man sich (auch hier) vor der Illusion hüten müssen, «das Gesetz» schaffe eine heile (Rechts-)Welt – vielmehr liegen die Klippen in der Anwendung, insbesondere der

fachlich wie menschlich, verfahrensmässig korrekten und kapazitätsmässig bewältigbaren Sachverhaltsanalyse. – Die Möglichkeiten des neuen Rechts stehen nicht in Widerspruch zum geltenden, und sie werden möglicherweise im massgeblichen Zeitpunkt (des Todes des Klienten) sogar bereits geltendes Recht sein, weshalb intertemporalrechtlich die betreuungs- und erbrechtliche Zukunftsplanung bereits heute integral die neurechtliche Situation ins Auge zu fassen hat.

Le projet 2006 du Conseil Fédéral est fidèle à la préoccupation principale d'adapter la structure paternaliste du droit des tutelles et de favoriser des règlements privés, établis par les individus concernés, « en réserve » pour le cas d'une incapacité de discernement à venir; ceci nécessite certaines précautions étant donné les rapides retournements de situations et les conflits d'intérêts en permanence sous-jacents. Le projet (comme déjà l'avant-projet 2003), avec sa diversité de mesures allant dans des directions semblables, ne semble pas toujours suffisamment coordonné, et semble reposer fortement sur des éléments formels (pour partie peu adéquats), mais dans l'ensemble c'est une proposition très heureuse et sans aucun doute un concept tout à fait praticable d'un « droit des tutelles » moderne. Il faudra toutefois (et ici encore) se garder de l'illusion selon laquelle « la loi » crée un monde (juridique) parfait – au contraire les écueils se trouvent dans son application, en particulier dans l'analyse de chaque cas qui dépend du temps que les praticiens pourront lui consacrer pour aboutir à une solution satisfaisante sur le plan technique comme sur le plan humain. – Les possibilités offertes par le nouveau droit ne sont pas en contradiction avec le droit encore en vigueur, et elles seront probablement déjà entrées en vigueur au moment déterminant (au décès du client), c'est pourquoi, concernant l'application de la loi dans le temps, la planification en matière d'assistance à la personne et en matière successorale doit, dès à présent, tenir compte de la nouvelle situation de droit.

The bill by the Swiss Federal Council of 2006 (BBI 2006 7001 ff.) abides by the main concern of the amendment, being to align the paternalistic structures of the Law on Guardianship and to encourage private “reserve” arrangements in cases of a future own lack of discretion. Due to rapidly shifting circumstances and permanently lurking conflicts of interest, this calls for certain security *provisos*. The bill (much like the preliminary draft 2003) seems to be somewhat inadequately coordinated with its variety of precautions all going in similar directions and appears to continue to be largely based on (sometimes inappropriate) formal elements. All in all, however, it is a welcome proposal and beyond doubt a functional concept for a contemporary “Guardianship Law”. Nevertheless, one must (here, too) beware of the illusion that “the law” will manage to create an ideal (legal) world – in fact, the pitfalls lie in its application, particularly in the technical and human, procedurally correct and (capacity-wise) manageable application. – The possibilities of the new law do not contradict current law and, at the relevant point in time (i.e. the client's passing away), they may well already be in force, for which reason planning for the future – in terms of supervision and inheritance law – should take into account the new legal situation already today.

Focus, p. 30–42 : Les clauses punitives du droit successoral

Analyse sur la base de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l'art. 482 CC

Schwerpunkt, S. 30–42: Die privatorischen Klauseln im Erbrecht

Analyse aufgrund der Rechtsprechung und der Lehre bezüglich Art. 482 ZGB

Focus, p. 30–42: Law of Succession and Forfeiture Clauses

Analysis on the basis of the case law and legal doctrine regarding Article 482 of the Swiss Civil Code

Géraldine Auberson

La présente étude porte sur les **clauses punitives du droit successoral**. La terminologie est variable et nous utiliserons par la suite indépendamment les termes de *clause punitive* et *clause privative*. En allemand, la clause punitive est une *privatorische Klausel* ou *Verwirkungsklausel*, parfois aussi une *Strafklausel* ou *kassatorische Klausel*.

Le but poursuivi par cette recherche est de comprendre la notion et la problématique de clause punitive, en se basant principalement sur la doctrine et la jurisprudence relatives à l'art. 482 CC. Il s'agit en outre de déterminer si les clauses punitives sont valables ou non, si elles produisent des effets et quelle est leur portée pratique.

Au cours de cette étude nous serons amenés à étudier la notion de *condition* de l'art. 482 CC. En revanche, nous nous attarderons moins longuement sur la notion de *charge*, prévue par ce même article. Il faut également être attentif à ne pas confondre les clauses punitives du droit successoral, objet de la présente étude, avec les clauses punitives du droit des obligations, aussi appelées clauses pénales.

Dieser Aufsatz behandelt die **privatorischen Klauseln im Erbrecht**. Die Terminologie ist nicht einheitlich und wir werden auch die Begriffe «*clause punitive*» und «*clause privative*» verwenden. Auf Deutsch heisst «*clause punitive*» *privatorische Klausel* oder *Verwirkungsklausel*, manchmal auch *Strafklausel* oder *kassatorische Klausel*.

Das Ziel dieses Beitrages ist, mit einer Analyse der Rechtsprechung und der Lehre bezüglich Art. 482 ZGB als Stützpunkt, den Begriff und die Problematik der privatorischen Klausel zu verstehen. Es geht ausserdem darum, zu erörtern, ob die privatorischen Klauseln gültig sind oder nicht, ob sie wirksam sind und welche praktische Tragweite sie haben.

Dabei werden wir uns vor allem mit dem Begriff der *Bedingung* nach Art. 482 ZGB befassen und weniger mit der *Aufgabe* i.S. desselben Artikels. Ausserdem sind die privatorischen Klauseln des Erbrechts mit denjenigen des Obligationenrechts, den sog. *Strafklauseln*, nicht zu verwechseln.

The present survey deals with forfeiture clauses in the law of succession. The terminology varies and we shall use herein after the terms forfeiture clauses and punitive clauses. In German, the forfeiture clause is referred to as *privatorische Klausel* or *Verwirkungsklausel*, sometimes also as *Strafklausel* or *kassatorische Klausel*.

The objective of this research is to understand the term and the complex of problems regarding forfeiture clauses, particularly drawing on the case law and legal doctrine regarding Article 482 of the Swiss Civil Code. Among other things, it shall be determined whether forfeiture clauses are valid or not, whether they are effective and what is their practical importance.

Praxis, S. 43–54: Erbrecht 2005–2007 – Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur Teil 1

**Pratique, p. 43–54: Droit des successions 2005–2007 – Législation, jurisprudence, doctrine,
1^{ère} partie**

Practice, p. 43–54: Law of succession 2005–2007 – legislation, case law, literature part 1

Paul Eitel

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; im Heft 2 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans ce numéro seront résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans le prochain numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

In this Volume, the leading cases of the Swiss Federal Supreme Court are summarized in chronological order. In Volume 2, selected decisions “only” published on the website of the Federal Supreme Court will be dealt with thematically, and statutes and amendments which have entered into force, respective projects and the published literature will be presented.

Praxis, S. 55–63: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich

Pratique, p. 55–63: Nouveautés en matière de fondations et d'intérêt général

Practice, p. 55–63: Recent developments in the range of foundations and benefit to the public

Harold Grüninger

Die Schweiz zählt gegenwärtig rund 12 000 klassische Stiftungen, und jährlich kommt eine stattliche Zahl von Neuerrichtungen dazu, welche insgesamt einen bedeutenden Beitrag an das Wohlergehen der Menschen leisten. Klassische Stiftungen sind freiwillige und gemeinwohlorientierte Partner des Staates und der Wirtschaft und illustrieren, welche Anliegen unsere Gesellschaft bewegen und interessieren. Einher geht eine ansehnliche Zahl von Publikationen zum Stiftungsweisen, welche sich vor allem mit rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Themen, Good Governance, Vermögensanlagethemen und Marketing befassen. Ein aktueller Überblick.

La Suisse compte actuellement, en arrondissant, 12 000 fondations classiques et chaque année vient s'y ajouter un nombre considérable de nouvelles créations qui, dans l'ensemble, fournissent une contribution significative au bien-être des êtres humains. Les fondations classiques sont des partenaires de l'Etat et de l'économie, reposant sur la base du volontariat et servant l'intérêt général; elles reflètent les préoccupations qui touchent et intéressent notre société. Ceci s'accompagne d'un nombre remarquable de publications en matière de fondations, qui traitent avant tout, sous l'angle juridique et de la gestion d'entreprise, de good governance, de thèmes de gestion du patrimoine et de marketing. Un aperçu actualisé.

There are currently approximately 12 000 conventional foundations in Switzerland and a stately number is added every year. These foundations largely contribute to the people's well-being. Conventional foundations are voluntary and welfare-oriented partners to the State and the economy and illustrate the concerns that affect and interest our society. Along with this comes a considerable number of publications regarding foundations, predominately dealing with issues of law, management, good governance, productive investment and marketing. A current overview.

International, S. 74–81: Das gemeinschaftliche Testament

International, p. 74–81 : Le testament conjointif

International, p. 74–81: The joint Last Will

Andrea Büchler / Sibilla Dickenmann

Der Beitrag befasst sich mit dem Umstand, dass das schweizerische Erbrecht das gemeinschaftliche Testament nicht kennt bzw. Lehre und Rechtsprechung diesem die Gültigkeit nach wie vor absprechen. Nach einer kurzen Einleitung wird die Rechtslage in der Schweiz dargestellt. Im Unterschied zur Schweiz kennt Deutschland eine gesetzliche Regelung des gemeinschaftlichen Testaments, welche ausführlich erörtert wird. Ausgehend von der Rechtslage im Nachbarland werden anschliessend Überlegungen angestellt, ob das Institut des gemeinschaftlichen Testaments *de lege ferenda* auch im Schweizer Recht einen Platz erhalten soll. Nach einer Diskussion der Vor- und Nachteile befürworten die Autorinnen die Aufnahme des gemeinschaftlichen Testaments ins ZGB und präsentieren einen entsprechenden gesetzlichen Vorschlag.

L'article traite de l'absence du testament conjointif dans le droit suisse des successions, resp. du refus persistant, en doctrine et en jurisprudence, de le considérer comme valable. Une brève introduction sera suivie d'une présentation de la situation juridique en Suisse. A la différence de la Suisse, l'Allemagne connaît une réglementation légale du testament conjointif, qui sera examinée en détail. Partant de la situation de ce pays voisin, la réflexion portera sur la question de savoir s'il convient d'accorder, *de lege ferenda*, une place à l'institut du testament conjointif dans le droit suisse. Après examen des avantages et des inconvénients, les auteurs se prononcent en faveur de son introduction dans le Code civil et proposent un texte en ce sens.

The contribution deals with the fact that the joint last will is unknown to Swiss Law of Succession, and legal doctrine and case law, respectively, still deny its validity. Following a short introduction, the legal situation in Switzerland is described. Unlike Switzerland, German law contains a statutory provision regarding the joint last will, which is described in detail. Based on the legal situation in the neighboring country, it is deliberated whether the concept of the joint last will shall become a part of Swiss Law *de lege ferenda*. Following a discussion of the pros and cons, the authors advocate the incorporation of the joint last will into the Swiss Civil Code and present a proposal for a respective legal provision.

International, S. 82–85: In China entsteht ein modernes Erbrecht

International, p. 82–85 : Un droit moderne des successions se développe en Chine

International, p. 82–85: Modern Inheritance Develops in China

Hao Wang / Michael W. Galligan / Jeffrey B. Kolodny

In den letzten Jahren hat sich China, eine der ältesten Zivilisationen der Welt, angeschickt, in die Gefilde des modernen Erbrechts und der modernen Nachlassplanung vorzudringen. Dieser Schritt war die natürliche Folge des Eintritts Chinas in die moderne Marktwirtschaft und des damit verbundenen Rechts, persönliches Eigentum zu haben und ohne kollektive Intervention darüber zu verfügen.

Mit dem Heranreifen der chinesischen Marktwirtschaft hat China begonnen, sich mit Fragen der Eigentumsübertragung von einer Generation auf die nächste und deren steuerlicher Behandlung zu befassen. Im Jahr 1985 trat in China das Gesetz über die Eigentumsnachfolge in Kraft. 2001 folgte ein Gesetz über Trusts. Obwohl in China heute ein ausgereiftes System von Einkommens-, Gewerbe- und ähnlichen Steuern in Kraft ist, hat man es bisher unterlassen, eine formelle Schenkungs-, Erbschafts- oder Nachlasssteuer einzuführen.

Die Globalisierung, der steile Aufwärtstrend der chinesischen Wirtschaft sowie jüngste Revisionen des chinesischen Rechts und der Politik in Bezug auf ausländische Investitionen haben zu einem enormen Zufluss US-amerikanischer Investitionen in China geführt. Das Ziel dieses Artikels ist es, einige Grundeigenschaften modernen chinesischen Rechts darzulegen, welche für die Nachlassplanung relevant sind. Darüber hinaus sollen einige nachlassplanerische Gesichtspunkte diskutiert werden, welche insbesondere für US-amerikanische Bürger von Belang sind, die in China Eigentum käuflich erwerben oder erben.

Ces dernières années, la Chine, l'une des plus anciennes civilisations du monde, a amorcé son entrée dans le domaine des successions et du planning successoral contemporains. Après l'entrée de la Chine dans l'économie moderne de marché, avec la série afférente des droits à la propriété individuelle et de disposer sans intervention collective, le franchissement de cette nouvelle étape ne pouvait qu'être imminent.

Lorsque l'économie chinoise a entamé sa maturation, la Chine a commencé à se poser les questions du transfert de propriété d'une génération à l'autre et de son traitement fiscal. En 1985, elle a adopté une loi sur la propriété successorale, et en 2001 sur les trusts : alors que la Chine est désormais dotée d'un système sophistiqué de taxation sur les revenus, les entreprises et apparenté, elle n'a pas, jusqu'ici, opté pour une taxation classique des libéralités, des patrimoines et des successions.

La globalisation, le rapide développement de l'économie chinoise, les récentes évolutions législatives et la politique concernant les investissements étrangers ont provoqué un énorme afflux d'investissements en provenance des USA. L'objectif de

cet article est d'exposer certaines des caractéristiques de l'actuelle législation chinoise sur la planification successorale, et d'examiner quelques aspects élémentaires de planning, principalement sous l'angle des personnes de nationalité américaine qui se porteraient acquéreurs ou hériteraient de biens en Chine.

In the past few years, China, one of the world's oldest civilizations, has begun to enter the field of modern inheritance and estate planning. That step could naturally not be too far behind China's entry into the modern market economy and its attendant set of rights to own property and dispose of property without collective intervention.

As the Chinese economy has begun to mature, China has begun to address the questions of how to transfer property from one generation to the next and how to treat such transfers from a tax perspective. In 1985, China adopted a law on succession of property, and in 2001, it adopted a law of trusts. While China has now adopted a sophisticated system of income, business and related taxes, so far it has not elected to impose a formal gift tax, estate tax or inheritance tax.

Globalization, the rapid ascent of the Chinese economy and recent changes in Chinese law and policy regarding foreign investment have caused a tremendous influx of U.S. investment in China. The purpose of this article is to describe some basic features of contemporary Chinese law that are relevant to estate planning and to discuss some basic planning considerations, primarily for U.S. persons who may acquire or inherit property in China.

Online-Angebot von successio

L'offre en ligne de successio

Online Issue of successio

Hans Rainer Künzle

1. Zeitschrift successio

Neben der gedruckten Zeitschrift successio gibt es auf dem Internet auch ein Online-Angebot. Der gesamte Inhalt der aktuellen Ausgabe der Zeitschrift successio ist abrufbar unter www.successio.ch (im Fach «successio»), jeder Beitrag als eigenes PDF. In einem Archiv sind auch alle Beiträge der früheren Hefte im Volltext abrufbar.

2. Aktuell / Weblog

Im Bereich «Aktuell / Weblog» werden *News* aus der Schweiz und aus dem Ausland aufgeschaltet. Dabei handelt es sich vor allem um neues Recht. Die Änderungen im Erbrecht oder bei der Erbschaftssteuer sind chronologisch geordnet, die neusten zuoberst.

Veranstaltungen und Weiterbildungsangebote sowie Links zu den Erbrechtslehrern an schweizerischen Universitäten weisen auf Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten hin.

In der Rubrik «*Entscheide*» werden Urteile schweizerischer Gerichte und Behörden zum Erbrecht, zur Erbschaftssteuer und zur Strukturierung des Vermögens (Stiftungen, Trusts) angeboten. Die Herausgeber haben entschieden, dass in der gedruckten Zeitschrift successio auf den blossen Abdruck von Entscheiden verzichtet wird, diese werden vielmehr vom Internetangebot erfasst und dort zum Teil auch mit Leitsätzen versehen. In der Zeitschrift successio werden nur Besprechungen von Entscheiden erscheinen. Die Auflistung im Internet weist auch auf parallele Veröffentlichungen und Besprechungen in anderen Zeitschriften hin. Gegenwärtig sind die Jahre 2007 und 2006 erfasst, frühere Jahre werden folgen.

In der Rubrik «*Gesetze*» werden Links zu den erbrechtlichen Gesetzestexten derjenigen Länder angeboten, welche ihr Angebot auf dem Internet publizieren. Es handelt sich meist um offizielle Angebote, nur in wenigen Fällen wird auf private Sammlungen (etwa von Universitäten) verwiesen. Gegenwärtig ist das Erbrecht erfasst, es ist geplant, später auch auf das Kollisionsrecht und die Erbschaftssteuer zu verweisen.

Die Rubrik «*Gesetzgebung*» weist auf gesetzgeberische Aktivitäten in der Schweiz hin, welche in irgendeiner Weise mit dem Erben, dem Erbrecht, der Erbschaftssteuer oder der Strukturierung des Vermögens zu tun haben.

Monografien und Aufsätze zum Erbrecht, zur Erbschaftssteuer und zur Strukturierung des Vermögens (Trusts, Stiftungen) werden in der Rubrik «*Literatur*» gezeigt. Neben dem Jahr 2007 werden auch die Jahre 1980–1989, 1990–1999 und 2000–2006 angeboten.

Schliesslich werden in der Rubrik «*Diplom- und Seminararbeiten*» mit mindestens «gut» bewertete Arbeiten der Universitäten und Fachhochschulen im Bereich des Erbrechts (im weitesten Sinne) angeboten.

Ab der nächsten Nummer wird in dieser Rubrik «Aktuell» der gedruckten Zeitschrift successio eine Liste der jeweils neuen Gesetze, Entscheide und Literatur erscheinen.

1. La revue successio

En plus de la revue successio imprimée sur papier existe une offre en ligne. Le contenu intégral de l'édition actuelle de la revue successio peut être consulté sous www.successio.ch (sous le titre «successio»), chaque article étant disponible en format pdf propre. De même, tous les articles des numéros précédents sont archivés et consultables dans leur version intégrale.

2. Actualités / blog

Sous le titre «actualités/blog» se trouvent les *nouveautés* en provenance de la Suisse ainsi que de l'étranger. Il s'agit avant tout de réglementations juridiques nouvelles. Les changements en matière de succession et d'impôts sur les successions sont publiés dans l'ordre chronologique en commençant par les plus récents.

Les *conférences* et offres de formation continue, ainsi que les liens conduisant aux enseignants spécialisés en droit des successions des universités suisses, informent sur les possibilités de formation et d'approfondissement des connaissances.

Sous la rubrique «*décisions*» sont proposés les jugements des tribunaux et administrations suisses touchant au droit des successions, aux impôts sur les successions, à la structuration du patrimoine (fondations, trusts). Les éditeurs ont décidé de renoncer à la simple reproduction des décisions dans la version imprimée de successio, celles-ci étant comprises dans l'offre de publications en ligne, où elles sont, pour partie, également accompagnées d'un regeste. Dans la revue successio ne paraîtront que des commentaires de décisions. Le listage sur internet mentionne aussi les publications et commentaires publiés simultanément dans d'autres revues. Pour l'instant les années 2006 et 2007 sont traitées, années les précédentes suivront.

A la rubrique «*Lois*» sont proposés les liens relatifs aux textes de loi en droit des successions des pays les publiant sur internet. Il s'agit la plupart du temps des offres officielles, dans seulement quelques cas il est renvoyé à des recueils privés (par exemple universitaires). A l'heure actuelle, le droit des successions y figure, il est prévu d'y indiquer aussi le droit des conflits de lois et d'impôts sur les successions.

La rubrique «*Législation*» contient les activités législatives de la Suisse, ayant d'une manière ou d'une autre trait à la succession, au droit des successions, aux impôts sur les successions, ou à la structuration du patrimoine.

Les monographies et articles sur le droit des successions, les impôts sur les successions et l'organisation patrimoniale (fondations, trusts) se trouvent à la rubrique «*Bibliographie*». Sont traitées, en plus de l'année 2007, les années 1980–1989, 1990–1999 et 2000–2006.

Enfin, à la rubrique « *travaux de master et séminaires* » figurent des travaux d'universités et d'écoles supérieures, dans le domaine du droit des successions (au sens large), et ayant au moins reçu la note « bien ».

A partir du prochain numéro, une liste des nouvelles lois, décisions et indications bibliographiques paraîtra dans cette rubrique « Actualités » de la revue imprimée *successio*.

1. Journal *successio*

Besides the printed journal *successio* there is also an online version. The entire content of the current issue of *successio* is available at www.successio.ch (in the folder “*successio*”), each contribution as an own PDF file. Moreover, an archive contains all articles from former issues in full text.

2. News / Weblog

The section “News/Weblog” contains news from Switzerland and abroad. The focus is on new law. Amendments of laws of succession and regarding estate tax are arranged in a chronological order with the most recent listed first.

Events and offers for further education, as well as links to succession law scholars at Swiss Universities refer to opportunities of education and further education.

The section “*Cases*” offers decisions of Swiss courts and authorities regarding law of succession, estate tax and structuring of wealth (foundations, trusts). The editors have decided to refrain from simply reprinting court decisions in the printed version of *successio*. The journal *successio* will contain only reviews of decisions. The listing on the internet will also refer to contemporaneous publications and reviews in other law journals. At present, 2006 and 2007 are covered, previous years are to follow.

The section “*Law*” offers links to laws of succession of countries which have published their statutes on the internet. Most of them are from official sources, only few are private collections (for instance of universities). At present, the law of succession is included. The plan is to also include the provisions governing conflicts of law and estate tax law in the future.

The section “*Legislation*” refers to legislative activities in Switzerland, which are in one way or another related to inheritance, the law of succession, estate tax or structuring of wealth.

Monographs and articles regarding the law of succession, estate tax and estate planning (trusts, foundations) are listed in the section “*Literature*”. Besides 2007, we also offer 1980–1989, 1990–1999 and 2000–2006.

Finally, the section “*Theses and Term Papers*” contains papers graded “good” or better in the field of law of succession (in the broadest sense) from universities and technical colleges which were.

As of the next issue, a list of new statutes, decisions and literature will be published in the section “*News*” of the printed journal *successio*.

Focus, p. 93–101 : La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative aux art. 206 et 209 CC

Schwerpunkt, S. 93–101: Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Art. 206 und 209 ZGB

Focus, p. 93–101: Recent decisions by the Federal Supreme Court regarding Articles 206 and 209 CC

Paul-Henri Steinauer

La première partie de l'article rappelle, à travers l'analyse de trois arrêts récents du Tribunal fédéral, quels sont, dans le régime de la participation aux acquêts, les principes régissant les biens financés par plusieurs masses d'un époux; elle examine en particulier les règles applicables en matière de dette hypothécaire (rattachement, service de la dette et plus-value). La seconde partie de l'article traite, sur la base de quatre autres décisions du Tribunal fédéral, des conditions et du mode de calcul des créances de plus-value (art. 206 CC) et des récompenses variables (art. 209 CC), notamment en matière d'immeubles grevés de dette hypothécaire, d'entreprises et de prêts.

Der erste Teil des Beitrages weist durch Analyse von drei neuen Entscheidungen des Bundesgerichts darauf hin, welche Grundsätze im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung bei durch verschiedene Massen eines Ehegatten finanzierten Gütern angewendet werden; insbesondere befasst er sich mit den bei Hypothekarschulden anwendbaren Regeln (Massenzuordnung, Zinsendienst und Mehrwert). Der zweite Teil des Beitrages behandelt, auf der Basis von vier anderen Entscheidungen des Bundesgerichts, die Voraussetzungen und die Berechnung der Mehrwertsanteile (Art. 206 ZGB) sowie die variablen Ersatzforderungen (Art. 209 ZGB), namentlich bei mit hypothekarisch gesicherten Krediten finanzierten Liegenschaften, Unternehmen und Darlehen.

The first part of this article reminds of the principles governing assets financed by more than one mass of property of a spouse under the ordinary matrimonial property system of participation in acquisition by analysing three recent decisions by the Swiss Federal Supreme Court. In particular, it examines the rules applicable to debts on mortgage (allocation, debt servicing and added value). The second part of the article deals – based on four further decisions of the Federal Supreme Court – with the terms and the method of calculation of claims for added value (Article 206 CC) and of claims for compensation between the acquisitions and a spouse's own property (Article 209 CC), namely regarding real estate encumbered with a mortgage, enterprises and loans.

Schwerpunkt, S. 102–117: Art. 473 ZGB – neue Publikationen zu einem Rechtsinstitut mit langer Tradition

Focus, p. 102–117 : art. 473 CC – récentes publications sur une institution juridique de longue tradition

Focus, p. 102–117: Article 473 CC – recent publications regarding a legal concept with a long tradition

Regina E. Aebi-Müller / Carmen Ladina Widmer

Art. 473 ZGB ist derjenige Artikel des Erbrechts, der in der 100-jährigen Geschichte des ZGB am häufigsten revidiert wurde. Mit der jüngsten Revision, die zur «Viertel-Lösung im Achtel-Streit» führte und mit welcher die nebst der Nutznießung nach Art. 473 ZGB verfügbare Quote auf $\frac{1}{4}$ festgesetzt wurde, schuf der Gesetzgeber im Jahr 2001 Klarheit in einer während mehrerer Jahre umstrittenen Frage. Die Diskussionen im Zusammenhang mit der Begünstigung des überlebenden Ehegatten nach Art. 473 ZGB sind damit indessen nicht verstummt; im Gegenteil zeigen gerade drei im Jahr 2007 erschienene Publikationen, dass in der Handhabung dieser Bestimmung längst noch nicht alle Probleme beseitigt und Unklarheiten ausgeräumt sind und zudem immer noch Raum für neue, kreative Lösungsansätze verbleibt. Mit diesen drei Publikationen zu Art. 473 ZGB befasst sich der vorliegende Beitrag (III bis V). Alle drei Publikationen fokussieren sich auf die Frage, ob dem überlebenden Ehegatten, dem durch letztwillige Verfügung ein Nutznießungsvermächtnis zugewandt wurde, ein **Wahlrecht** zusteht bzw. vom Erblasser ausdrücklich zugestanden werden darf und wenn ja, welche Wahlmöglichkeiten dem überlebenden Ehegatten im Einzelfall konkret offenstehen. Entsprechend konzentriert sich auch der vorliegende Beitrag auf diese Problematik. Zuvor sind aber im Sinne eines Überblicks einzelne Grundsätze der Nutznießung nach Art. 473 ZGB zu erläutern (II); sie bilden die Grundlage für die zu besprechenden Abhandlungen.

Im Übrigen hängt die ganze praktische Bedeutung der Ehegattennutznießung und des damit verbundenen Wahlrechts letztlich davon ab, welchen Wert man der kapitalisierten Nutznießung beizumessen hat. Weil diesbezüglich offenkundig noch Unklarheiten bestehen und namentlich auch die hier besprochenen Beiträge dieses Problem gänzlich ausklammern, wird schliesslich in der Form eines Exkurses auf die Frage des Barwerts der Nutznießung eingegangen (VI).

L'art. 473 CC est l'article concernant le droit des successions, qui a subi le plus de modifications au cours de l'histoire centenaire du Code civil. Avec la plus récente de ces réformes, qui a conduit à la « solution du quart dans la controverse sur les huitièmes », et fixé à un quart la quotité disponible en présence d'un usufruit au sens de l'art. 473 CC, le législateur a, en 2001, fait la lumière sur une question litigieuse des années durant. Cependant, il n'a pas pour autant été mis fin aux controverses relatives aux libéralités en faveur du conjoint survivant selon l'art. 473 CC; au contraire, l'année 2007 a justement vu trois publications qui montrent que le maniement de cette disposition est loin d'avoir éliminé tous les problèmes et points obscurs, et qu'en outre, il reste toujours des possibilités de solutions nouvelles et originales. La présente contribution traite de ces trois publications relatives à l'article 473 CC. Toutes trois se concentrent sur la question de savoir si le conjoint survivant, bénéficiant d'un legs en usufruit en vertu d'une disposition de dernière volonté, dispose d'un droit d'option, resp. si le testateur peut lui accorder un tel droit, et si oui, quelles sont concrètement les options qui, selon les faits de l'espèce, lui sont offertes.

Article 473 CC is the Article of Swiss Law of Succession that has been amended most often in the 100 years of existence of the Swiss Civil Code. The legislator provided some clarity to a question which was controversial for years in 2001 by introducing with the latest amendment the “quarter solution to the controversy of eighths”, by which the freely disposable quota besides the usufruct pursuant to Article 473 CC was fixed at $\frac{1}{4}$. However, the discussions surrounding the donations to the surviving spouse pursuant to Article 473 CC have not fallen silent; on the contrary, three recent publications in 2007 show that the problems regarding the application of the provision in question are far from being resolved and obscurities are far from being dispelled. Rather, there is still room for new, creative approaches. This contribution deals with these three publications regarding Article 473 CC. All three publications focus on the question whether the surviving spouse, who has received a legacy in the form of an usufruct, has a right of choice, and if so, which choices the surviving spouse has in the specific case.

Focus, p. 118–143: L'animal en droit des successions

Schwerpunkt, S. 118–143: Das Tier im Erbrecht

Focus, p. 118–143: Animals and the law of succession

Omblin de Poret

Le droit suisse ne prévoit pas la possibilité d'instituer un animal héritier ou légataire. Pour acquérir ces qualités, il faut en effet exister comme sujet de droit, et posséder ainsi la jouissance des droits civils. Dès lors, seules les personnes physiques (art. 11 CC) et les personnes morales (art. 53) peuvent être héritières ou légataires. La note marginale de l'art. 539 précise d'ailleurs que la jouissance des droits civils est l'une des conditions de la capacité de recevoir.

L'animal ne peut par conséquent hériter ou recevoir un legs, mais figure parmi les biens du *de cuius* et sera attribué aux héritiers, comme ils recevront les autres éléments du patrimoine du défunt.

En tant qu'être vivant et sensible, l'animal se distingue pourtant des autres biens successoraux. L'introduction de l'art. 651a permet ainsi de prendre en considération les particularités de l'animal en prévoyant un critère d'attribution particulier dans le cadre du partage d'un animal détenu en propriété collective, et, notamment, dans le cadre d'un partage successorale (III).

Par ailleurs, de par son caractère vivant et sensible, l'animal nécessite généralement une attention et des soins particuliers, si bien que son détenteur peut y être très attaché. Il est donc compréhensible que ce dernier souhaite prendre des dispositions spécifiques, pour qu'à sa mort, l'animal ne manque de rien (II).

Das Schweizer Recht ermöglicht nicht, ein Tier als Erbe einzusetzen oder es mit einem Vermächtnis zu begünstigen. Nur wer Rechtssubjekt und somit rechtsfähig ist, kann Erbe oder Vermächtnisnehmer werden. Infolgedessen können nur natürliche (Art. 11 ZGB) und juristische Personen (Art. 53 ZGB) Erbe oder Vermächtnisnehmer sein. Der Randtitel von Art. 539 ZGB präzisiert übrigens, dass die Rechtsfähigkeit eine der Voraussetzungen der Erbfähigkeit ist. Das Tier kann folglich weder erben noch mittels Vermächtnis begünstigt werden; vielmehr gehört es zu den Gütern des Erblassers und wird den Erben zugewiesen werden, wie sie andere Vermögensgegenstände des Verstorbenen erhalten.

Als zu Gefühlen fähiges Lebewesen unterscheidet sich allerdings das Tier von anderen Nachlassgegenständen. Die Einführung von Art. 651a ZGB ermöglicht die Berücksichtigung der Anliegen des Tiers, indem er ein eigenständiges Kriterium für die Zuweisung eines sich im Gesamteigentum befindlichen Tieres, insbesondere bei Erbteilung, vorsieht.

Swiss law does not allow for the appointment of an animal as heir or legatee. In order to acquire such qualities, it is in fact necessary to be a subject of law and thus to possess legal capacity. Therefore, only physical persons (Article 11 CC) and corporate bodies (Article 53 CC) can be heirs or legatees. The marginal note of Article 539 CC specifies that legal capacity is a precondition for the capacity to take.

An animal cannot therefore inherit or receive a legacy, but is rather part of the descendant's assets and will be assigned among the heirs, just like the other assets of the bequest.

Being alive and sensitive, an animal yet differs from the other assets of the descendant's estate. The introduction of Article 651a CC therefore allows to take into consideration the particularities of animals by providing for a special attribution criterion in cases where animals are held in joint ownership and, in particular, in cases of a settlement of an estate.

**Praxis, S. 144–167: Erbrecht 2005–2007 – Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur
Teil 2**

**Pratique, p. 144–167 : Droit des successions 2005–2007 – Législation, jurisprudence, doctrine,
2^{ème} partie**

Practice, p. 144–167: Law of succession 2005–2007 – legislation, case law, literature part 2

Paul Eitel

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: Im Heft 1 wurden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; in diesem Heft werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu : dans le premier numéro ont été résumées, dans un ordre chronologique, les décisions de principe du Tribunal fédéral; dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article, in terms of a comprehensive review, informs about what has occurred, regarding the law of successions, during the reporting period. In volume 1, the leading cases of the Swiss Federal Supreme Court were summarized in chronological order. In this Volume, selected decisions “only” published on the website of the Federal Supreme Court are dealt with thematically, and statutes and amendments which have entered into force, respective projects and the published literature are presented.

Schwerpunkt, S. 194 – 204: Zur Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen

Focus, p. 194–204: De la réduction des libéralités entre vifs

Focus, p. 194–204: Regarding the reduction of donations *inter vivos*

Christian Brückner

Die Arbeit rekapituliert die verschiedenen Theorien zur erbrechtlichen Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen. Der Autor spricht sich im Sinne der Lehre von der Schenkungskollation dafür aus, dass die gesetzliche Ausgleichspflicht gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB und die unbefristete Herabsetzung gemäss Art. 527 Ziff. 1 ZGB alle Grosszuwendungen umfasst, auch die sogenannten Vergnügungszuwendungen. Denn alles, was einen bedeutenden Geldwert hat und veräusserbar ist, kann zur Versorgungssicherheit des Empfängers beitragen. Bei der Rückerstattung lebzeitiger Empfänge ist der Begriff des bösen Glaubens gemäss Art. 528 Abs. 1 ZGB nicht als mangelnde Kenntnis eines Rechtsmangels, sondern herabsetzungsspezifisch als mangelndes Bewusstsein künftiger Probleme zu relativieren, und es ist bei der Annahme einer zu erstattenden Bereicherung Zurückhaltung geboten. Der «bösgläubige» Herabsetzungsschuldner darf nicht einem Dieb gleichgestellt und besitzesrechtlich wie ein Dieb pönalisiert werden.

Ce travail récapitule les différentes théories de la réduction successorale des libéralités entre vifs. L'auteur se prononce, comme la tendance doctrinale de la «Schenkungskollation», pour une obligation légale au rapport selon l'article 626 a. 2 CC et une réduction sans limite de temps d'après l'article 527 ch. 1 CC comprenant toutes les libéralités importantes, y compris les actes d'attribution dans un but d'agrément ou de loisir. Car tout ce qui a une valeur pécuniaire significative et qui est cessible peut contribuer à assurer l'indépendance de son bénéficiaire. En cas de restitution de libéralités entre vifs, la notion de mauvaise foi de l'article 528 a. 1 CC ne doit pas être conçue comme l'ignorance d'un vice juridique, mais doit être relativisée d'une manière propre à la réduction successorale, comme le défaut de conscience des problèmes à venir, et la prudence s'impose pour la reconnaissance d'un enrichissement à restituer. Le débiteur de la réduction dit de «mauvaise foi» ne doit pas être assimilé à un voleur et être, en matière de possession, pénalisé comme tel.

This contribution sums up the different theories relating to the reduction of donations *inter vivos* in a case of succession. In terms of the doctrine of “collation of donations”, the author argues that the statutory duty to bring gifts into hotchpot pursuant to Article 626(2) CC and indefinite reduction pursuant to Article 527 no. 1 CC comprise all major donations, including the so-called “enjoyment donations” (Schenkungskollation). The reason given is that everything that bears a substantial monetary value and is disposable can contribute to the donee's security of supply. In the context of the reduction of donations *inter vivos*, the term “bad faith” pursuant to Article 528(1) CC must be qualified in a manner specific to the reduction as a lack of awareness of future problems rather than as a lack of knowledge of a defect of title. Moreover, restraint should be shown in assuming a refundable enrichment. The debtor of the reduction having acted in “bad faith” should not be put on par with a thief and should not be penalized like a thief as he would be under the law of possessions.

Schwerpunkt, S. 205 – 224: Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag – eine methodische Betrachtung

Focus, p. 205–224: «La compatibilité (ou l'incompatibilité) des donations avec un contrat successoral positif: une étude méthodologique»

Focus, p. 205–224: The (non-)reconcilability of donations with a positive testamentary contract – a methodological study

Stephanie Hrubesch-Millauer

Trotz des klaren Wortlautes von Art. 494 Abs. 3 ZGB («Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, unterliegen [...] der Anfechtung») bestehen Uneinigkeit und Unsicherheit bezüglich der Frage, ob der Erblasser Schenkungen vornehmen darf, wenn er zuvor einen Erbvertrag abgeschlossen hat. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung hat einen fein aufgefächerten Katalog von Fallvarianten entwickelt, kann aber (in der Tendenz) dahingehend zusammengefasst werden, dass Schenkungen grundsätzlich mit dem Erbvertrag als vereinbar angesehen werden, es sei denn, der Erbvertrag werde «absichtlich ausgehöhlt» oder es liege ein entgeltlicher Erbvertrag oder ein Speziesvermächtnisvertrag vor.

Der vorliegende Beitrag untersucht nach einem Blick auf die verschiedenen Meinungen diese lebzeitige Verfügungsbeschränkung des Erblassers. Diese ergibt sich nicht wie die Verfügungsbeschränkung von Todes wegen schon aus dem Wesen des Erbvertrages, sondern lediglich aus Art. 494 Abs. 3 ZGB. Die Auslegung dieses Artikels bzw. dieses Absatzes ergibt – entgegen der Ansicht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung –, dass Schenkungen, welche den Erbvertrag beeinträchtigen, anfechtbar sind. Diese erbvertragliche Verfügungsbeschränkung unter Lebenden, welche nicht verein-

bart werden muss, sondern jedem Erbvertrag kraft der gesetzlichen Regelung in Art. 494 Abs. 3 ZGB «innewohnt», ist – gleich wie die erbvertragliche Verfügungsbeschränkung von Todes wegen – zwar keine obligationenrechtliche, zu Lebzeiten des Erblassers einklagbare Beschränkung, aber Schenkungen (wie auch Verfügungen von Todes wegen) sind nach dem erblasserischen Tod anfechtbar.

Malgré les termes clairs de l’art. 494 a. 3 CC («Peuvent être attaquées [...] les dispositions pour cause de mort et les donations inconciliables avec les engagements résultant du pacte successoral»), désaccord et incertitude subsistent quant à la question de savoir, si le de cujus peut faire des donations, lorsqu’il a auparavant conclu un pacte successoral. La doctrine dominante et la jurisprudence ont développé un catalogue, subtilement divisé, de différents cas possibles, mais peuvent être résumées de la manière suivante (tendance générale): les donations sont en principe considérées comme compatibles avec le contrat successoral, à moins que celui-ci ne soit «intentionnellement vidé de son sens», ou qu’il ne s’agisse d’un contrat successoral à titre onéreux ou encore du legs conventionnel d’un corps certain.

La présente contribution examine, après un aperçu des différentes positions, cette limitation de la liberté de disposer entre vifs du de cujus. Celle-ci, à la différence de la limitation de la liberté de disposer à cause de mort, ne résulte pas de la nature elle-même du contrat successoral, mais uniquement de l’article 494 a. 3 CC. De l’interprétation de cet article resp. de cet alinea – contrairement à l’opinion de la doctrine dominante et de la jurisprudence – il résulte que les donations, qui portent atteinte au contrat successoral, sont attaquables. Cette limitation de la liberté de disposer entre vifs, qui n’a pas besoin d’être prévue, mais est inhérente à tout contrat successoral du fait de la disposition législative de l’art. 494 a. 3 CC, n’est certes pas – de même que la limitation de la liberté de disposer à cause de mort – une limitation relevant du droit des obligations dont le respect peut être imposé du vivant du de cujus par voie judiciaire, mais les donations (comme les dispositions à cause de mort) sont attaquables après le décès du de cujus.

Despite the unequivocal wording of Article 494(3) CC (“Testamentary dispositions and donations [...] which conflict with his obligations deriving from the testamentary contract can be avoided by the other party”), disagreement and uncertainty remain as to the question whether the bequeather can still make donations if he previously entered into a testamentary contract. The prevailing opinion and case law have developed a finely tuned catalogue of groups of cases. They can nonetheless be summarized as tending towards holding donations reconcilable with a testamentary contract unless the latter is “intentionally undermined”, or else the testamentary contract is nongratuitous or the contract is a contract regarding a specific legacy.

After examining the different doctrines, this contribution investigates this *inter vivos* restraint on the bequeather’s disposal. The restraint at issue does not derive from the nature of the testamentary contract as such, as do the restraints on disposal for reason of testamentary dispositions, but rather from Article 494(3) CC alone. Contrary to the prevailing opinion and case law, the interpretation of this Article or this Paragraph, respectively, shows that donations which affect the testamentary contract are in fact contestable. This *inter vivos* restraint of disposal deriving from a testamentary contract, which does not need to be stipulated but is inherent in every testamentary contract by Article 494(3) CC, is not a restraint which is actionable in the lifetime of the bequeather – much the same as any restraint of disposal by testamentary disposition – but donations (just like testamentary dispositions) are contestable after the bequeather’s demise.

Schwerpunkt, S. 268–298: Die Erbschaftsklage des ZGB

Focus, p. 268–298: L'action en pétition d'hérédité du CC suisse

Focus, p. 268–298: Action for Recovery of the Inheritance pursuant to the Swiss Civil Code

Thomas Sutter-Somm / Amir Moshe

Das deutsche Recht verfügt über ein detailliertes und akkurates Regelwerk, welches die einzelnen erbrechtlichen Ansprüche der Erben speziell statuiert. Die dingliche Subrogation sowie die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation etwa erfahren im Gesetz eine ausdrückliche Normierung. Das ZGB ist dem Beispiel des BGB nicht gefolgt und handelt die Erbschaftsklage nur sehr kursorisch in drei Gesetzesartikeln ab. Neben dem Wunsch, ein Gesetz zu schaffen, welches sich durch Kürze und Verständlichkeit auszeichnet, war aber für die Knappheit der Bestimmungen vor allem ausschlaggebend, dass sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs stark an den kantonalen Privatrechtsordnungen orientierte, welche die Erbschaftsklage, wenn überhaupt, ebenfalls nur sehr summarisch behandelten.

Ob mit einer derart kursorischen Normierung eine Umsetzung der gesetzgeberischen Zielsetzungen geglückt ist, scheint indessen fraglich.

Im Folgenden soll ein Diskussionsbeitrag zu diversen strittigen Punkten im Kontext der Erbschaftsklage geleistet werden.

Le droit allemand dispose d'un ensemble détaillé et soigné de normes qui règlent chacun des différents droits et actions successoraux. Par exemple, la subrogation réelle et la question de la légitimation active et passive sont réglées expressément par la loi. Le CC suisse n'a pas suivi l'exemple du BGB et ne traite de l'action en pétition d'hérédité que très succinctement en trois articles. Outre le souhait de faire une loi brève et claire, a pesé avant tout en faveur de la concision la forte orientation du législateur lors de la rédaction du CC suisse vers les droits privés cantonaux qui, lorsqu'ils le faisaient, ne réglaient l'action en pétition d'hérédité que très sommairement.

Il reste cependant à savoir si une réglementation aussi succincte permet la réalisation des objectifs législatifs.

Ci-dessous est apportée une contribution à la discussion des divers points litigieux concernant l'action en pétition d'hérédité.

German law has available a detailed and accurate system of rules specifically stipulating each of the heirs' claims deriving from a succession. For instance, the subrogation *in rem* as well as the right to sue and the capacity to be made a defendant are expressly regulated by law. The Swiss Civil Code has not followed suit and deals with the action for recovery of the inheritance in a very cursory manner in merely three articles. The reason for this scantiness, besides the desire to produce a law characterized by its conciseness and comprehensibility, is that the legislator was geared to cantonal private legal systems which, if at all, only dealt with the action for recovery of the inheritance in a very sweeping manner.

It is, however, questionable whether the legislative objective target has been reached by such a cursory provision.

This article intends to contribute to the discussion regarding various controversial questions surrounding the action for recovery of the inheritance.

International, S. 313–320: Das objektive Erbstatut schweizerischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland – leider eine unendliche Geschichte

International, p. 313–320: Le statut successoral objectif des de cujus suisses dont le dernier domicile se situe en Allemagne – malheureusement une histoire sans fin

International, p. 313–320: The Law Objectively Applicable to a Swiss Decedent Having Had His Last Domicile in Germany – unfortunately a Never-Ending Story

Alexander Pfeiffer

Bei internationalen Erbfällen ist die erste grosse Hürde für ein Gericht, wenn es seine Zuständigkeit angenommen hat, die Bestimmung des auf den Erbfall anwendbaren Rechts, das sog. Erbstatut. Gerade für den nicht seltenen Fall des ohne Rechtswahl verstorbenen schweizerischen Erblassers mit letztem Wohnsitz in Deutschland herrscht aber immer noch Rechtsunsicherheit.

Zwar ist aus deutscher Sicht mittlerweile unbestritten gem. Art. 25 I, 4 I 1 EGBGB, Art. 91 I IPRG, Art. 4 I 2 EGBGB deutsches Recht objektives Erbstatut. Aus schweizerischer Sicht ist das objektive Erbstatut hingegen aufgrund der noch nicht höchstrichterlich geklärten Einordnung des Art. 91 I IPRG weiterhin umstritten. Vertreten wird dabei die Einordnung als einseitige Gesamtverweisung im Sinne der Foreign Court Theory, als allseitige Gesamtverweisung im Sinne der Foreign Court Theory oder als allseitige Gesamtverweisung mit Abbruch der Verweisung. Eine präzise Vorhersage einer möglichen gerichtlichen Entscheidung erscheint angesichts der konträren Meinungen kaum möglich. Schweizerische Gerichte befassen sich zwar nur bei Vorfragenstreitigkeiten mit dem Erbstatut eines mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstorbenen Schweizer. Da jedoch solche späteren Vorfragenstreitigkeiten vor dem Todesfall oft nicht absehbar sind, bleibt jedenfalls eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit bezüglich des anwendbaren Rechts und damit nachlassplanerischer Handlungsbedarf für in Deutschland lebende schweizerische Staatsangehörige.

Dans les successions internationales, le premier grand obstacle pour un tribunal, lorsqu'il s'est reconnu compétent, est la détermination du droit applicable à la succession, ledit statut successoral. Mais, justement pour le cas non rare du *de cuius* suisse dont le dernier domicile est situé en Allemagne, qui est décédé sans avoir désigné le droit applicable à la succession, l'insécurité juridique subsiste encore.

Certes, du point de vue allemand il est entre-temps établi que le statut successoral objectif est le droit allemand selon les art. 25, al. 1 et 4, al. 1, 1^{ère} phrase EGBGB, art. 91, al. 1 LDIP, et art. 4, al. 1, 2^{ème} phrase EGBGB. Mais du point de vue suisse, le statut successoral objectif continue d'être incertain, car le Tribunal fédéral n'a pas encore effectué de classification de l'art. 91, al. 1 LDIP. Sont défendues des classifications comme renvoi intégral unilatéral (*einseitige Gesamtverweisung*) au sens de la doctrine du double renvoi (*foreign court theory*), renvoi intégral bilatéral (*allseitige Gesamtverweisung*) au sens de la doctrine du double renvoi, ou comme renvoi intégral bilatéral avec interruption du renvoi (*mit Abbruch der Verweisung*). En raison des avis divergents, le résultat d'une éventuelle décision judiciaire ne semble guère être prévisible avec précision. Les tribunaux suisses examinent, certes seulement lors de litiges sur une question préalable, le statut successoral d'un suisse décédé dont le dernier domicile est situé en Allemagne; mais, comme il est fréquent que de tels litiges concernant des questions préalables ne puissent être prévus avant le décès, il reste de toute façon une incertitude juridique importante sur le droit applicable, et de ce fait un besoin de planification successorale pour les nationaux suisses vivant en Allemagne.

In international cases of succession, the first big obstacle a court faces after having accepted jurisdiction is the determination of the law applicable to the succession. Notably in the not so rare case that there is no choice of law by the Swiss decedent having had his last domicile in Germany, there remains a considerable amount of legal uncertainty.

It may, by now, be beyond dispute from a German perspective that, according to Articles 25(1), 4(1) EGBGB, 91(1) IPRG, 4(1)(2) EGBGB, German law shall apply to such a case. From a Swiss perspective, however, the question as to the applicable law remains controversial so long as Article 91(1) IPRG has not been classified by the Federal Court. Some scholars classify Article 91(1) IPRG as a unilateral conflict rule with reference to a foreign law in its totality in terms of the Foreign Court Theory, others as a multilateral conflict rule with reference to a foreign law in its totality in terms of the Foreign Court Theory, and others again see it as a multilateral conflict rule with reference to a foreign law in its totality with single renvoi. Due to these controversial opinions, it is hardly possible to predict a decision by the courts. Although Swiss courts only deal with the question of the law applicable to a Swiss decedent having had his last domicile in Germany as a preliminary question, considerable legal uncertainty remains since disputes regarding preliminary questions are often not foreseeable before the event of death. Therefore, there is a need for Swiss citizens residing in Germany to plan their estates.

International, S. 321– 326: Die Besteuerung der liechtensteinischen Familienstiftung – dargestellt anhand der Zürcher Praxis

International, p. 321–326: L'imposition des fondations de famille du Liechtenstein – exposée sous l'angle de la pratique zurichoise

International, p. 321–326: Taxation of a Liechtenstein family foundation – illustrated by means of the practice in Zurich

Philipp Betschart

Liechtensteinische Stiftungen werden oft zur Nachlassplanung oder zur *Asset Protection* eingesetzt. Von grosser praktischer Bedeutung ist dabei die steuerliche Behandlung der Stiftung bzw. der in der Schweiz ansässigen Stifter und Begünstigten. Der nachstehende Beitrag legt aufgrund der Praxis des Kantons Zürich dar, welche Folgen sich in der Schweiz bei der Erbschafts- und Schenkungssteuer und der Einkommens- und Vermögenssteuer aus der Errichtung einer liechtensteinischen Stiftung, aus Ausschüttungen der Stiftung und im Rahmen der Liquidation der Stiftung ergeben.

Les fondations de famille du Liechtenstein servent souvent d'instrument de planification successorale ou d'*asset protection*. A cet égard, le régime fiscal auquel sont soumis la fondation resp. les fondateurs et bénéficiaires résidant en Suisse est d'une grande importance pratique. L'article ci-dessous expose, sous l'angle de la pratique du canton de Zurich, les conséquences qui découlent en Suisse, en matière d'impôts sur les successions et sur les donations et d'impôts sur le revenu et sur la fortune, de la création d'une fondation de famille du Liechtenstein, des répartitions et de la liquidation de la fondation.

Liechtenstein family foundations are often used for the planning and structuring of estates or for asset protection. The fiscal treatment of the foundation and the founder and beneficiaries residing in Switzerland, respectively, is of great practical importance. This contribution demonstrates, by means of the practice of the Canton Zurich, which consequences, in terms of legacy and accessions tax as well as of income and property tax, follow from the execution of a Liechtenstein foundation, from distributions from the foundation and in connection with the liquidation of the foundation.

Schwerpunkt, S. 4–31: Die drei Säulen der Vorsorge und ihr Verhältnis zum Güter- und Erbrecht des ZGB

Focus, p. 4–31 : Les trois piliers de la prévoyance et leur relation avec les droits des régimes matrimoniaux et des successions

Focus, p. 4–31: The Three Pillars of Provision in Relation to Matrimonial Property and Inheritance Law pursuant to the Swiss Civil Code

Regina Aepli-Müller

In der Praxis trifft man immer wieder auf die Frage, welche Leistungen, die unter dem Titel (Sozial-)Versicherungen und Vorsorge fließen, unabhängig von güter- und erbrechtlichen Ansprüchen bestehen, und wo eine Anrechnung erfolgen muss. Viele der Einzelprobleme, die sich in diesem Zusammenhang stellen, sind immer noch sehr umstritten. Der Gesetzgeber hat es versäumt, diese Fragen zu diskutieren und einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Und auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts konnte bisher erst einzelne Problemkreise klären, was angesichts der immensen praktischen Relevanz an sich erstaunt. Geht man beispielsweise mit einzelnen Autoren davon aus, dass sämtliche Vermögenswerte, die ein Erblasser in der gebundenen Selbstvorsorge angelegt hat, gänzlich ausserhalb des Erbrechts stehen, so wird das Ergebnis der Erbteilung ganz anders ausfallen, als wenn diese Werte Teil des Nachlasses bilden (so die Sichtweise der herrschenden Lehre). Ähnliches gilt für die güter- und erbrechtliche Einordnung der beruflichen Vorsorge und von Freizügigkeitsleistungen.

En pratique se pose très souvent la question de savoir quelles prestations relevant des assurances (sociales) et de la prévoyance existent indépendamment des droits issus des régimes matrimoniaux et du droit des successions, et dans quels cas doit avoir lieu leur imputation. Beaucoup des divers problèmes se posant dans ce contexte sont encore très controversés. Le législateur a omis de discuter de ces questions et d'introduire une disposition législative. De même, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pu, jusqu'ici, clarifié que certains problèmes, ce qui étonne en raison de leur immense importance pratique. Si, par exemple, on admet avec quelques auteurs que l'ensemble des valeurs patrimoniales qu'un défunt a investies dans le cadre de la prévoyance individuelle liée est complètement hors du droit successoral, le résultat du partage successoral sera très différent que si ces valeurs font partie de la succession (conformément à la position de la doctrine dominante). Il en va de même de la qualification, opérée par les droits des régimes matrimoniaux et des successions, de la prévoyance professionnelle et des prestations de libre passage.

In practice, one often encounters the question as to which benefits falling under the title of (social) insurance and provision exist irrespective of claims of matrimonial property and inheritance law and in which cases, in turn, a deduction must be made. To date, many of the problems in this context are highly disputed. The legislator has failed to discuss the issues at stake and to introduce a respective legislative solution. And the case law of the Federal Supreme Court has only been able to resolve some very few issues, which, given the immense practical relevance of these questions, is rather astonishing. If one, e.g., were to assume with some authors that all assets which the bequeather has invested into bound self-provisioning lie beyond the law of succession, the result of the settlement of an estate would be completely different than if these assets were regarded as part of the estate (which is the prevailing view). The situation is similar with regard to the classification – in terms of matrimonial property law and inheritance law – of occupational pension plans and of vested pension benefits.

Schwerpunkt, S. 32–50: Erbrechtliche Auswirkungen auf das Immobiliarsachenrecht

Focus, p. 32–50 : Répercussions du droit des successions sur le droit des biens immobiliers

Focus, p. 32–50: The Impact of the Law of Succession on Real Estate Law

Roland Pfäffli

Erbrecht und Sachenrecht haben verschiedene Schnittstellen. Im vorliegenden Beitrag werden die Auswirkungen des Erbrechts auf die Eigentumsänderungen bei Grundstücken erläutert, wobei auch der Vollzug im Grundbuch berücksichtigt wird. Neben der rein erbrechtlichen Universalsukzession werden insbesondere die ausserbuchlichen Eigentumsübergänge gestützt auf Ehegüterrecht (Gesamtgutzuweisung bei Gütergemeinschaft) und Gesellschaftsrecht (Anwachsungsklausel zugunsten der überlebenden Ehegatten bei einfachen Gesellschaften) eingehend behandelt. Daneben wird der rechtsgeschäftliche Eigentumsübergang (Vermächtnis, Erbteilung) sowie, im Rahmen eines Exkurses, die gesetzliche Nutzung besprochen. Anhand von praktischen Beispielen werden die sich in der Praxis oft stellenden Fragen beantwortet.

Le droit des successions et le droit des biens se rencontrent en différents points. Il sera traité des répercussions du droit des successions sur les changements de propriété relatifs aux immeubles en tenant compte des formalités concernant le registre foncier. A côté de la succession universelle relevant purement du droit des successions, seront étudiés en détail les transferts de propriété hors registre foncier, du droit des régimes matrimoniaux (attribution des biens communs en communauté de biens) et du droit des sociétés (clause d'accroissement au profit du conjoint survivant des sociétés simples). En outre, seront abordés les transferts de propriété par acte juridique (legs, partage successoral), ainsi qu'en supplément l'usufruit légal. Les questions fréquemment rencontrées en pratique seront traitées au moyen d'exemples.

There are various interfaces between the Law of Succession and Real Estate Law. This contribution deals with the impact of the law of succession on the transfer of ownership of real estate, including execution in the land register. Aside from the universal succession which occurs in a case of succession, the author sets out to deal in detail with various types of transfer of ownership "outside of the land register" based on matrimonial property law (allocation of common property in case of community of property) and company law (accretion clause in favor of the surviving spouse in case of a simple partnership). Furthermore, this contribution discusses the transfer of ownership by act in the law (bequest, settlement of the estate) as well as, by way of an *excursus*, the statutory usufruct. Questions that often arise in practice are answered by means of practical examples.

Schwerpunkt, S. 85–101: Testamentsgestaltung angesichts des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit

Focus, p. 85–101 : Rédaction des testaments compte tenu du caractère strictement personnel du droit de tester (Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit)

Focus, p. 85–101: Drafting of Last Wills and Testaments in Light of the Principle of «materielle Höchstpersönlichkeit»

Gerrit Langenfeld

In der Testamentsgestaltung lebt das Erbrecht. Bei der Erarbeitung und Verbesserung der praxisbezogenen Lösungen bedient sich der Vertragsjurist der Methode der Gestaltung nach Fallgruppen und Gestaltungstypen. Im Folgenden wird der Stand der Testamentsgestaltung nach deutschem Recht an aktuellen Testamentstypen wie dem Geschiedenen Testament und dem Unternehmertestament exemplifiziert. Dabei zeigt sich, dass die hier auftauchenden Gestaltungsprobleme mit den Instrumenten der Vor- und Nacherbfolge und des Vermächtnisses einer praxistauglichen Lösung zugeführt werden können. Probleme bereitet dabei insbesondere der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen, wie er in § 2065 Abs. 2 BGB seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat.

Le droit des successions prend vie au travers de la rédaction des testaments. Lors de la conception et de l'amélioration des solutions pratiques, le praticien des contrats se sert de la méthode de l'élaboration par catégories de cas et types rédactionnels. Il sera illustré ce qui en est de la rédaction des testaments en droit allemand, par des types actuels de testaments comme le testament de divorcés et le testament d'entrepreneur. Il s'avère que les instruments de la substitution et du legs peuvent apporter des solutions pratiques aux problèmes soulevés lors de cette rédaction. Le principe, selon lequel le droit de tester est un droit strictement personnel, tel qu'il a été exprimé par le § 2065 a. 2 BGB, pose à ce sujet des problèmes.

A pivotal part of the Law of Succession is the drafting of last wills and testaments. When developing and improving practical solutions, solicitors make use of the method of drafting by groups of cases and formation types (*Methode der Gestaltung nach Fallgruppen und Gestaltungstypen*). This contribution exemplifies the state of the drafting of last wills and testaments in German law by presenting current types of testaments such as the testament of divorcees (*Geschiedenen Testament*) and the testament of entrepreneurs (*Unternehmertestament*). It appears that a practical solution to the existing drafting difficulties can be found by applying the means of reversionary heirship and bequest. Particular problems are posed by the principle of «materielle Höchstpersönlichkeit» of testamentary dispositions as it is stipulated in § 2065(2) of the German Civil Code (BGB).

Schwerpunkt, S. 102–115: Vorsorgliche Massnahmen im Erbrecht

Focus, p. 102–115 : Les mesures de sûreté en droit des successions

Focus, p. 102–115: Protective Measures in Succession Matters

Peter Breitschmid

Vorsorgliche Massnahmen stellen in allen Rechtsbereichen Weichen – zwar nicht «rechtskräftig», aber prozesstaktisch. Wessen Sicht der Dinge mit jener der erbschein ausstellenden Behörde harmoniert, kann in der bequemerer Beklagtenrolle abwarten; wer mit den nachlassverwaltenden und teilungsvorbereitenden Vorkehren des Willensvollstreckers oder anderer Mandatsträger einig geht (oder seine Sicht zu vermitteln vermag), ist näher am Ziel. Die Bedeutung nachlasssichernder Anordnungen hat angesichts vielfältigerer Familienstrukturen eher zugenommen – das faktische Interregnum nach dem Tod ist auch im Informationszeitalter nicht restlos überwunden, und es wird durch eine verwaltungslose prä-mortale Demenzphase noch akzentuiert. Prozessuales und emotionales Taktieren in der Vielfalt der Stationen und Strukturen im spezifisch erbrechtlich-nachlassabwickelnden Kontext macht die präliminären Kontroversen (die zudem nicht «gratis» sind) oft weitläufig.

Les mesures de sûreté jalonnent tous les domaines du droit – certes pas du fait de la loi, mais en termes de tactique procédurale. Celui dont le point de vue coïncide avec l'analyse de l'autorité établissant le certificat d'héritier peut se contenter d'attendre dans le rôle plus confortable du défendeur; celui qui est d'accord avec les mesures d'administration de la succession et de préparation du partage de l'exécuteur testamentaire ou d'autres mandataires (ou qui peut faire accepter le point de vue de ceux-ci) est plus proche du but. En raison d'une plus grande diversité des structures familiales, les mesures de sûreté ont plutôt pris de l'importance – l'interrègne de fait après la mort, même à l'ère de l'information, n'est pas entièrement résolu, et il est encore accentué par une phase de démence et de vacance administrative précédant le décès. Les temps procéduraux et émotionnels dans la multitude des étapes et structures du contexte spécifique du règlement successoral rendent les controverses préliminaires (qui de plus ne sont pas « gratuites ») souvent interminables.

Provisional and protective measures set the course in all fields of law – albeit not with absolute legal effect, but tactically. The party whose viewpoint corresponds with that of the public authority issuing the certificate of inheritance can bide in the more comfortable role of the defendant; the party agreeing with (or having been able to state its point of view regarding) the measures taken by the executor or other designees in administering the estate and preparing its settlement is one step closer to achieving its final objective. Given the manifold family structures today, the importance of measures to protect the estate has, if anything, increased – the virtual interregnum after the demise has not been overcome even in this information age; in fact, it is accentuated by a pre-mortal phase of dementia characterized by a lack of administration. The adoption of procedural and emotional tactics in the vast steps and structures specifically in the context of successions and the administration and settlement of estates often renders preliminary controversies (which by no means come without costs) extensive.

Praxis, S. 116–129: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 116–129: Nouveautés en matière de fondations et d'intérêt général – nouvelles fondations, doctrine, décisions judiciaires

Practice, p. 116–129: News in the Field of Foundations and Common Public Interest – new Foundations, Legal Literature, Case Law

Harold Grüniger

Die vorliegende Zusammenfassung gibt einen Überblick über die Entwicklungen der Stiftungslandschaft in der Schweiz im Jahre 2008 unter Einschluss von neu errichteten Stiftungen, Literatur und Gerichtsentscheiden. Schwerpunkte bilden eine Auswahl von neu errichteten Stiftungen zu verschiedenen Themen. Überdies ist über wegleitende Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesgerichtes zu aufsichtsrechtlichen Fragen zu berichten und hatte das Zürcher Verwaltungsgericht Gelegenheit, über die Beschwerdebefugnis und über die Voraussetzungen für eine Zweckänderung zu befinden.

Le résumé qui suit donne un aperçu sur les évolutions qui ont marqué, en Suisse, le paysage des fondations lors de l'année 2008, y compris les fondations nouvellement créées, la doctrine et les décisions judiciaires. L'essentiel est constitué d'une sélection de fondations nouvellement créées concernant différents thèmes. En outre, sont rapportées des décisions importantes du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral sur des questions juridiques en matière de surveillance, et le Tribunal administratif zurichois a eu l'occasion de se prononcer sur le droit de recours et sur les conditions relatives au changement de but.

This contribution presents a survey of the developments regarding foundations in Switzerland in 2008, including newly established foundations, legal literature and case law. The focus lies on a selection of newly established foundations serving various purposes. Furthermore, this contribution reports on landmark decisions by the Federal Administrative Court and the Federal Supreme Court concerning regulatory issues. Finally, the Administrative Court of Zurich had the chance to rule on the right of appeal and on the conditions for a change of purpose of a foundation.

Praxis, S. 130–136: Sozialhilfe bei Mitgliedern von Erbengemeinschaften

Pratique, p. 130–136 : Aide sociale pour les membres de communautés héréditaires

Practice, p. 130–136: Social Welfare to Members of a Community of Heirs

Judith Widmer

Immer wieder kommt es vor, dass sich Personen bei den Sozialdiensten melden und einen Antrag auf Sozialhilfe stellen, die Mitglieder von Erbengemeinschaften sind. Sozialhilfeleistungen unterliegen dem Grundsatz der Subsidiarität. Aus diesem Grund stellen sich in der Sozialhilfepraxis etwelche Fragen zum weiteren Vorgehen, in deren Zentrum die Berücksichtigung des Anteils an der Erbengemeinschaft bei der Ausrichtung von Sozialhilfe steht.

Il arrive régulièrement que des personnes se présentant aux services de l'aide sociale et y déposant une demande sont membres de communautés héréditaires. Les prestations de l'aide sociale sont soumises au principe de subsidiarité. C'est pour cela que se posent, dans la pratique de l'aide sociale, maintes questions sur la manière dont il faut procéder et où la prise en compte de la part héréditaire est centrale pour l'attribution de l'aide sociale.

It occurs time and again that individuals who are members of a community of heirs contact social services applying for social welfare. Social welfare benefits are subject to the principle of subsidiarity. On this account, a number of questions have arisen in practice as to the correct course of action, revolving mainly around the issue of how to consider the applicant's share in the estate when granting social welfare.

Praxis, S. 137–138: Erbrecht und Waffengesetzrevision – was muss der Erbrechtspraktiker wissen?

Pratique, p. 137–138 : Droit des successions et révision de la Loi sur les armes – que doit savoir le praticien du droit des successions ?

Practice, p. 137–138: Inheritance Law and the Amendment of the Federal Act on Firearms Control – What Does a Lawyer Dealing with Succession Matters Need to Know?

Hans Wüst

Der private Waffenbesitz ist in der Schweiz weit verbreitet, weshalb sich in Nachlässen häufig eine oder mehrere Waffen befinden. Bis zum 12. Dezember 2008 mussten sich Erben, Vermächtnisnehmer, Willensvollstecker, Erbschaftsverwalter und Erbenvertreter nicht um das Waffengesetz kümmern. Vor der Revision des Waffengesetzes unterstanden Waffenübertragungen infolge Erbgangs nicht dem Waffengesetz und waren frei übertragbar. Mit dem Inkrafttreten des revidierten Waffengesetzes am 12. Dezember 2008 ist dies nicht mehr der Fall.

La possession d'armes privées est très répandue en Suisse, c'est pourquoi il se trouve souvent une ou plusieurs armes dans les successions. Jusqu'au 12 Décembre 2008, les héritiers, légataires, exécuteurs testamentaires, administrateurs officiels et représentants de la communauté héréditaire n'avaient pas à s'occuper de la Loi sur les armes. Avant la révision, les transmissions d'armes par voie de succession n'étaient pas soumises à la Loi sur les armes et s'effectuaient librement. Ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur, le 12 Décembre 2008, de la nouvelle Loi sur les armes.

Private possession of a firearm is widespread in Switzerland, for which reason estates often comprise one or more firearms. Before 12 December 2008, there was no need for heirs, legatees, executors, administrators and representatives of heirs to consider the Federal Act on Firearms Control. Before the amendment of said Act, transfers of firearms due to succession were not subject to the Act and weapons were freely assignable. However, since the entering into force of the amended Federal Act on Firearms Control on 12 December 2008 this is no longer the case.

Schwerpunkt, S. 176–217: Standort und Zukunft des Erbrechts

Focus, p. 176–217: Situation et avenir du droit des successions

Focus, p. 176–217: The law of succession – present and future

Peter Breitschmid

Das Erbrecht hat im ZGB eine statische und selbstverständliche Ausgestaltung erfahren, hat sich allerdings im Rahmen der demografischen, gesellschaftlichen und volkswirtschaftlich-politischen Rahmenbedingungen zunehmend einer Rechtfertigungsdiskussion zu stellen. Der Beitrag möchte aufzeigen, dass ein rechtlich geordneter Vermögensübergang von Todes wegen zwar nicht das einzige posthumous interest eines Menschen, aber doch eine «rechtsphysikalische» Notwendigkeit ist. Die Fließrichtung der Mittel richtet sich allerdings ebenfalls nach physikalischen Gesetzmässigkeiten; in der heutigen Familienbiografie bedeutet dies, der zunehmend individuelleren «Topografie» Rechnung zu tragen und den Mittel-«Fluss» unter Umständen in verschiedene Arme zu spalten. Andererseits gebietet die Effizienz und Voraussehbarkeit (insgesamt: die Rechtssicherheit) eine gewisse «Einfachheit» – posthumer Hedonismus und schrankenlose Individualität verdienen keinen Rechtsschutz. Die Akzeptanz des gesetzlichen Rahmens wird besser, wenn die «technische Abwicklung» (Nachlassverwaltung bis zur Teilung, die Teilung selbst, Haftungsbelange) möglichst «schlank» bewältigt werden kann. Interdisziplinäre Betrachtung des Erbrechts bedeutet nicht nur, sich der demografisch-sozialwissenschaftlichen Aspekte anzunehmen, sondern auch die rechtlichen Grenzgebiete zu Vorsorge- und Steuerrecht zu thematisieren. Und ein Letztes: Erbrechtliche Planung bezieht sich auf die Zukunft; weder kann Ziel sein, künftige Generationen in Fesseln zu legen, noch darf man den Zeitlauf aus den Augen verlieren: heutige 50-Jährige werden möglicherweise nicht mehr strikt nach der heutigen Ordnung beerbt, weshalb die Planung die Zukunft (und damit intertemporalrechtliche Fragen) zu bedenken hat.

Le droit des successions a été conçu dans le Code civil de manière statique et comme une évidence, mais dans le contexte démographique, social et de politique économique, il est soumis de manière croissante à un débat touchant à sa justification. L'étude qui suit, tente de montrer qu'un transfert de patrimoine par décès, juridiquement organisé, n'est certes pas l'unique posthumous interest d'un être humain, mais représente bien une nécessité «juridico-physique». Le sens du courant entraînant le flux des moyens est d'ailleurs aussi déterminé par des règles de physique; dans la biographie familiale moderne, cela implique de prendre en compte la «topographie» toujours plus individuelle, et de répartir le cas échéant le «flux» des moyens en divers bras. D'un autre côté, l'efficacité et la prévisibilité (au total la sécurité juridique) imposent une certaine «simplicité» – hédonisme posthume et individualisme illimité ne méritent pas de protection juridique. L'acceptation d'un cadre législatif est plus grande lorsque le «déroulement technique» (administration de la succession jusqu'au partage, partage lui-même, les questions de responsabilité) peut être réglé le plus «légèrement» possible. Une approche interdisciplinaire du droit des successions ne signifie pas simplement d'adopter les aspects relevant des sciences démographiques et sociales, mais aussi de thématiser les matières juridiques limitrophes que sont le droit de la prévoyance et le droit fiscal. Et pour terminer: la planification successorale concerne l'avenir; pas plus que le but ne peut être d'imposer aux générations futures des liens qui les entravent, il n'est permis de perdre de vue le cours du temps: il est possible que l'héritage des cinquantenaires d'aujourd'hui ne se déroule plus strictement d'après l'ordre actuel, c'est pourquoi la planification doit prendre l'avenir (et donc des questions de droit transitoire) en considération.

In the Swiss Civil Code, the law of successions has experienced a rather static and matter-of-fact embodiment. In light of the demographic, social and economic-political framework, however, it is increasingly confronted with a discussion as to its justification. This contribution aims to show that a legally organized transfer of assets is, admittedly, not a person's only posthumous interest, but that it is a necessity in a "legal-physical" sense. The flow direction of assets is also determined by physical principles though; in today's family biography, this means that one should increasingly allow for more individual "topographies" and that the "flow" of assets should possibly be divided into different arms. On the other hand, efficiency and foreseeability (overall: legal certainty) request a certain "simplicity" – posthumous hedonism is not and unlimited individuality does not deserve legal certainty. Acceptance of the legal framework is easier to achieve if the "technical execution" (administration of the estate until its settlement, the settlement of the estate itself, liability issues) is kept as "lean" as possible. An interdisciplinary view of the law of successions means not only to attend to demographic and socio-scientific aspects, but also to broach legal borderlands to old-age provision and tax law. And finally: estate planning is future-oriented; neither can it be the aim to enfeeble future generations, nor should one lose sight of the passing of time: today's fifty-year olds may not be succeeded strictly according to today's system, for which reason estate planning must take into account the future (and, therefore, intertemporal legal factors).

Praxis, S. 218–230: Erbteilung – praktische Probleme und aktuelle Entwicklungen

Pratique, p. 218–230 : Partage successoral – problèmes pratiques et évolutions récentes

Practice, p. 218–230: Settlement of an estate – practical problems and recent developments

Thomas Weibel / Lukas Heckendorn

Mit dem Tod des Erblassers kommt es zu einem «rechtlichen Wunder» in der Form einer Universalsukzession: Die Erben treten automatisch in sämtliche vererblichen Rechte und Pflichten des Erblassers ein. Hinterlässt ein Erblasser mehr als einen Erben, so werden seine Erben gemeinsam Gesamteigentümer aller Erbschaftsaktiven, Gesamtschuldner und – kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – zugleich Solidarschuldner aller Erbschaftspassiven. Sie bilden eine Erbengemeinschaft. Dieser – durch das Einstimmigkeitsprinzip beherrschte und damit schwerfällige – wundersame Zustand kann nicht ewig andauern. Es ist die Erbteilung, die ihm ein Ende setzt. Mit ihr werden die Erbschaftsaktiven in die Alleinberechtigung der einzelnen Erben überführt; auch die Erbschaftspassiven werden – unter gewissen durch den Gläubigerschutz bedingten Restriktionen – in die Alleinverpflichtung der einzelnen Erben überführt.

À la mort du *de cuius* a lieu un «miracle juridique» revêtant la forme du principe de la succession universelle: l'ensemble des droits et obligations du défunt, transmissibles par succession, passe automatiquement aux héritiers. Si le défunt laisse plus d'un héritier, ceux-ci sont ensemble propriétaires communs de tous les actifs successoraux, codébiteurs et – en vertu d'une disposition législative expresse – en même temps débiteurs solidaires de tout le passif successoral. Ils forment une communauté héréditaire. Cet état singulier – régi par le principe de l'unanimité et de ce fait empreint de lourdeur – ne peut durer éternellement. C'est le partage successoral qui y met fin. Avec lui, chaque héritier se voit attribuer des droits exclusifs sur les actifs successoraux; de même qu'il sera tenu sur les éléments du passif successoral – sous réserve de certaines restrictions dues à la protection des créanciers – des obligations exclusives.

The demise of the bequeather triggers a “legal miracle” in the form of a universal succession: the heirs automatically follow into all of the bequeather's rights and obligations. If there is more than one heir, the heirs become collective owners of all assets and collective and – pursuant to explicit statutory provision – joint and several debtors in all liabilities of the estate. They form a community of heirs. This condition – which is ruled by the principle of unanimity and thus is somewhat cumbersome – cannot last forever. It is the settlement of the estate that sets an end to it. By settling the estate, its assets are distributed among the heirs and become their exclusive rights; likewise, the liabilities of the estate are transferred to the sole responsibility of each heir – albeit under certain restrictions in consequence of creditor protection.

International, S. 234–242: Die internationale Abhandlungsjurisdiktion österreichischer Gerichte – mit der Schweiz konkurrenzierende Zuständigkeiten

International, p. 234–242: La compétence des tribunaux autrichiens en matière de successions internationales – compétences en conflit avec celles des tribunaux suisses

International, p. 234–242: International jurisdiction of Austrian courts – jurisdictions competing against Swiss jurisdictions

Hubertus Schumacher

Die Abwicklung grenzüberschreitender Erbfälle setzt regelmässig schon vorab die Klärung der internationalen *Abhandlungsjurisdiktion* der Gerichte eines Staates voraus. Die Frage nach dem anzuwendenden materiellen Recht ist gesondert zu prüfen. Die Nachbarschaft Österreichs mit der Schweiz führt in der Praxis immer wieder zu Auseinandersetzungen darüber, welche Gerichte die internationale Zuständigkeit in einem Erbfall in Anspruch nehmen können, wenn dieser Anknüpfungspunkte zu beiden Staaten aufweist.

Le règlement de successions transfrontalières suppose la détermination préalable de la compétence internationale en matière successorale des tribunaux d'un Etat. La question du droit matériel applicable doit être examinée séparément. Le voisinage de l'Autriche et de la Suisse génère régulièrement en pratique des discussions sur la question de savoir quels tribunaux ont «compétence internationale» dans une succession, lorsque celle-ci présente des points de rattachement envers les deux Etats.

The settlement of transnational cases of succession invariably requires clarification with regard to the jurisdiction of a state's courts. Questions regarding the applicable law are to be examined separately. In practice, the vicinity of Austria and Switzerland time and time again brings about conflicts with regard to which courts shall have international jurisdiction if a case of succession bears connecting factors to both states.

Focus, p. 247–258: Le droit matrimonial au service de la planification de la succession

Schwerpunkt, S. 247–258: Eherecht im Dienste der Nachlassplanung

Focus, p. 247–258: Marriage Law Serving Estate Planning

Margareta Baddeley

Les facteurs qui influencent la planification successorale sont nombreux ; il s'agit avant tout des *but*s visés, des *instruments* et *moyens* envisageables, de l'*échéance* projetée plus ou moins éloignée et du risque de *changements* familiaux et conjoncturels avant l'échéance prévue mais après la décision quant aux mesures à mettre en place. Le futur *de cujus* doit, s'il est marié, également tenir compte de certaines contraintes découlant du *droit matrimonial*, qui toutefois offre aussi des instruments de planification patrimoniale. Ceux-ci complètent utilement les instruments du *droit successoral*. Le droit matrimonial – comme c'est le cas du droit successoral – reflète le souci du législateur de 1984 de réserver une *position prioritaire*, parmi les *successeurs*, au *conjoint survivant*. Il permet en outre de *renforcer* cette position par des actes de volonté de l'un ou des deux époux. L'article décrit les moyens les plus importants permettant d'augmenter l'avantage du conjoint survivant *en valeur*: le choix du régime matrimonial, l'adaptation conventionnelle des régimes de la participation aux acquêts et de la communauté de biens, la modification du régime légal en matière de partage des plus-values, l'indemnité équitable de l'art. 165 CC, les libéralités et aliénations d'un époux pendant le régime et la réunion matrimoniale, ainsi que l'adaptation de la répartition des bénéfices des époux aux besoins de la planification. L'analyse démontre qu'en dépit de ses prémisses, la loi permet non seulement d'augmenter la part dévolue au conjoint survivant, mais aussi de réduire les droits du futur conjoint survivant. De nombreuses solutions s'offrent donc, par le biais du droit matrimonial, pour réaliser les buts de la planification successorale.

Die Nachlassplanung wird von verschiedensten Faktoren beeinflusst; entscheidend sind vor allem die beabsichtigten Ziele, die dafür infrage kommenden Instrumente, der zeitliche Planungshorizont, aber auch jene Risiken, die sich aus Änderungen der familiären oder konjunkturellen Rahmenbedingungen vor Ablauf des ins Auge gefassten Planungshorizonts ergeben. Der künftige Erblasser muss, wenn er verheiratet ist, auch gewisse eherechtliche Rahmenbedingungen berücksichtigen, wobei das Eherecht zugleich allerdings auch Gestaltungsoptionen einräumt. Diese ergänzen sinnvoll die erbrechtlichen. Das Ehe- wie das Erbrecht bilden das gesetzgeberische Anliegen der Revision von 1984 ab, dem überlebenden Ehegatten eine vorrangige Stellung einzuräumen. Das Eherecht schafft die Möglichkeit, diese Stellung durch Willensäußerungen des einen oder beider Ehegatten zu verstärken. Der Beitrag beschreibt die wichtigsten Möglichkeiten, den wertmässigen Anteil des überlebenden Ehegatten zu erhöhen: Die Wahl des Güterstands, die vertraglichen Modifikationen der Errungenschaftsbeteiligung und der Gütergemeinschaft, die Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich des Mehrwertanteils im ordentlichen Güterstand, die angemessene Entschädigung nach Art. 165 ZGB, Schenkungen und Vermögensentäusserungen eines Gatten während der Dauer des Güterstandes bzw. deren güterrechtliche Hinzurechnung, ebenso wie Anpassungen der Vorschlagsteilung an die Bedürfnisse der Planung. Die Ausführungen zeigen, dass das Gesetz – entgegen seinem eigentlichen Anliegen – durchaus auch eine Reduktion der Ansprüche des überlebenden Ehegatten möglich macht. Es ergibt sich somit eine Vielfalt von Gestaltungsmöglichkeiten, um jegliche rechtsgeschäftsplanerische Anliegen umzusetzen.

Estate planning is influenced by numerous factors, namely the intended objectives, the respective instruments and means, the planned term as well as the risks deriving from familial or economic changes before the due date. If married, the future bequeather needs to take certain matrimonial law constraints into account. At the same time, marriage law grants certain options for asset planning. The latter usefully complement the provisions of inheritance law. Marriage law, as well as inheritance law, reflects the legislator's concern in the 1984 legal reform to ensure the outliving spouse a superior position amongst successors. This position can be strengthened by volitions of one or both of the spouses. This contribution deals with the most important means to increase the value of the outliving spouse's share of the estate: The choice of matrimonial property regime, the contractual amendments of the regime of participation in accrued gains and the regime of community of property, the opportunities concerning the increased value in the ordinary matrimonial property regime, adequate compensation pursuant to Article 165 of the Swiss Civil Code, a spouse's wrongful donations and disposals during the matrimonial property regime, as well as adaptations of the surplus to the needs of planning. In the analysis it is shown that the law, despite its initial assumption, not only permits an increase but also a reduction of the outliving spouse's claims. Thus, various opportunities exist for implementing estate planning.

Focus, p. 259–266: Trust et registre foncier – Quelques remarques sur le transfert de la propriété du settlor au trustee

Schwerpunkt, S. 259–266: Trust und Grundbuch – einige Bemerkungen zur Übertragung des Eigentums vom settlor auf den trustee

Focus, p. 259–266: Trust and Land Register – Some Remarks on the Transfer of Ownership from the Settlor to the Trustee

Bénédict Foëx

La Suisse a ratifié la *Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, avec effets au 1^{er} juillet 2007. Simultanément, notre Parlement a adopté des modifications de la LDIP et de la LP, insérant en particulier un nouvel art. 149d dans la LDIP relatif notamment à l'inscription des biens en trust au registre foncier. En outre, l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier a adopté le 28 juin 2007 des *Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust*. On ne s'attend pas à ce que les trusts immobiliers se multiplient en Suisse. Il est néanmoins important de se familiariser avec les règles qui le régissent, ce d'autant qu'elles sont presque aussi bicornues que ce corps étranger que représente le trust dans notre ordre juridique. Après quelques brefs rappels sur le trust et sur le transfert de la propriété lors de la constitution d'un trust immobilier (infra I et II), nous aborderons la question controversée de l'acte authentique nécessaire au transfert d'un immeuble lors de la constitution d'un trust entre vifs (infra III) et nous nous intéresserons enfin à la mention du trust au registre foncier (infra IV). En revanche, nous n'aborderons pas les questions liées à l'application de la LFAIE au trust immobilier.

Die Schweiz hat die Haager Konvention vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung mit Wirkung ab 1. Juli 2007 ratifiziert. Gleichzeitig hatte das Parlament Anpassungen des IPRG und des SchKG verabschiedet, darunter insbesondere Art. 149d IPRG zur grundbuchlichen Behandlung von Trustvermögen. Zudem hatte das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht am 28. Juni 2007 eine Wegleitung zur grundbuchlichen Behandlung von Trustgeschäften erlassen. Man erwartet keine Vervielfachung von Immobilien-Trusts in der Schweiz. Dennoch ist wichtig, sich mit den für solche massgebenden Regelungen vertraut zu machen, dies umso mehr, als sie fast so vielfältig sind wie der Trust als unserer Rechtsordnung fremde Figur. Nach einigen kurzen Hinweisen zum Trust und der Eigentumsübertragung bei Immobilien-Trusts (nachfolgend Ziff. I und II), folgen Erörterungen zur kontroversen Frage der öffentlichen Beurkundung im Rahmen der Vermögensübergangung der Immobilie durch Errichtung eines Trusts unter Lebenden (Ziff. III) und schliesslich zur Eintragung des Trusts im Grundbuch (Ziff. IV). Ausgeklammert bleiben die mit dem Grundstückserwerb durch Personen mit Wohnsitz im Ausland (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland; BewG) verbundenen Fragen.

Switzerland ratified the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition of 1 July 1985 with effect from 1 July 2007. At the same time, the Federal Council enacted parallel amendments to Swiss federal legislation on international private law (IPRG), and debt enforcement and bankruptcy (SchKG), implementing in particular Article 149d IPRG regarding the entry of trust assets in the land register. In addition, on 28 June 2007, the Federal Land Registry and Real Estate Law Office adopted directives on handling trust assets. The number of land trusts is not expected to increase in Switzerland. Nevertheless, it is important to become familiar with the applicable provisions, especially as they are an unusual component of our legal system. Following short remarks on trusts and the transfer of ownership in land trusts (hereafter para. I and II), discussions on the controversial question of the official authentication in the context of transfer of real estate by establishing a trust *inter vivos* (para. III) and, finally, the registration of the trust in the land register will follow (para. IV). However, questions concerning the Federal law of 16 December 1983 on the acquisition of real estate by persons abroad (BewG) will not be the subject of further discussions.

Praxis, S. 281–291: Über die Bemessung des Streitwertes, insbesondere bei Teilungsklagen

Pratique, p. 281–291 : De la détermination de la valeur litigieuse, en particulier pour les actions en partage

Practice, p. 281–291: The assessment of the value in dispute, particularly with regard to the division of the decedent's estate

Andreas Baumann

Die Ermittlung des Streitwertes gibt immer wieder zu Diskussionen Anlass, auch bei den erbrechtlichen Klagen. Die Höhe des Streitwertes dient in erster Linie zur Bemessung der Gerichts- und Parteikosten, sie ist aber auch für den Rechtsmittelweg von Bedeutung. Der Streitwert ist woweit möglich bereits in der Klageschrift zu beziffern und zu substantiieren. Alle erbrechtlichen Klagen gelten als vermögensrechtliche Streitigkeiten, die einen Streitwert aufweisen. Als Streitwert gilt der wirtschaftliche Wert, ausgedrückt in Geld, um den prozessiert wird. Bei den Teilungsklagen bestehen verschiedene Meinungen darüber, wie der Streitwert zu ermitteln ist. Massgebend ist dabei auch der Umstand, ob der Teilungsanspruch vom Beklagten bestritten wird oder nicht.

La détermination de la valeur litigieuse donne sans cesse lieu à débats. Le montant de la valeur litigieuse permet tout d'abord la détermination des frais judiciaires et des dépens, mais elle est aussi d'importance pour les voies de recours. La valeur litigieuse doit être, autant que possible, chiffrée et motivée dès la demande. Toutes les actions successorales sont des affaires patrimoniales ayant une valeur litigieuse. La valeur litigieuse est la valeur économique, exprimée en argent, pour laquelle est intenté un procès. En ce qui concerne les actions en partage, différents avis coexistent sur la manière de déterminer la valeur litigieuse. Sur ce point, il est également déterminant que le défendeur conteste ou ne conteste pas le droit de demander le partage.

The ascertainment of the value in dispute is a constant subject of debate, also in connection with inheritance lawsuits. The amount in dispute serves primarily to assess court fees as well as the costs generated by the other party. However, it is of importance regarding legal action, too. If possible, the value in dispute has to be estimated as well as substantiated in the statement of claim. All inheritance lawsuits are considered to be proprietary claims featuring a value in dispute. The latter is regarded as a financial value corresponding to a certain amount of money, for which legal action was initiated. In lawsuits dividing the decedent's estate, there are differing opinions concerning the question of how to ascertain the value in dispute. A determining factor in this matter is the question whether the defendant disputes the right to divide the estate or not.

Schwerpunkt, S. 5–11: Vorbehaltsklauseln im Erbvertrag – ein Widerspruch?

Focus, p. 5–11 : Clauses réservant un droit de résiliation ou de modification unilatérale (Vorbehaltsklauseln) dans les pactes successoraux – une contradiction ?

Focus, p. 5–11: Reservation clauses in contracts of inheritance – a contradiction?

Stephanie Hrubesch-Millauer

Der Erblasser eines Erbvertrages kann seinen niedergelegten Willen grundsätzlich nicht mehr widerrufen oder ändern und es ist ihm verwehrt, unerwünschte und unvorhergesehene Entwicklungen (sei es der wirtschaftlichen oder persönlichen Verhältnisse) nach Abschluss des Erbvertrages zu berücksichtigen. Ein Erbvertrag kann so aufgrund des oft sehr langen Zeitraums zwischen Vertragsschluss und Eintritt zu einer «lästigen Fessel» werden und zu unbilligen Ergebnissen führen. Da die gesetzlich vorgesehenen Aufhebungsmöglichkeiten (wie z.B. Aufhebungsvertrag, Enterbung und Anfechtung wegen Willensmängeln) auf bestimmte Konstellationen beschränkt und (teilweise) in ihren Voraussetzungen umstritten sind, stellt sich die Frage, ob ein Erbvertrag derart gestaltet werden kann, dass eine spätere Aufhebung oder eine Anpassung des Vertrages an veränderte Umstände und an einen geänderten Willen des Erblassers möglich ist. Die gesetzlich nicht geregelten Rücktritts- und Änderungsklauseln sind – wenn zulässig! – die Instrumente, welche diesem Ziel am besten dienen.

En principe, le disposant par pacte successoral ne peut plus révoquer ou modifier sa volonté exprimée par écrit et il ne lui est pas permis, après conclusion du pacte successoral, de prendre en compte une évolution indésirable ou imprévue de la situation (qu'il s'agisse de la situation économique ou personnelle). Un pacte successoral peut ainsi, en raison de la période souvent très longue entre sa conclusion et la survenance du décès, devenir une entrave inopportune («lâstige Fessel») et conduire à des résultats injustes. Comme les possibilités de résiliation ou d'annulation prévues par la loi (par ex. le contrat de résiliation, l'exhérédation, l'annulation pour vices de consentements) sont limitées à des cas particuliers et (pour partie) controversées en ce qui concerne leurs conditions, se pose la question de savoir si un pacte successoral peut être rédigé de manière à ce qu'une résiliation ultérieure ou un aménagement en fonction de circonstances ayant évolué et de la volonté modifiée du disposant soient possibles. Les clauses de résiliation et de modification unilatérales, non prévues par la loi, sont – à condition qu'elles soient licites – les instruments les plus aptes à atteindre cet objectif.

In principle, the testator may not revoke or change his last will, once it has been recorded in a contract of inheritance, and he is therefore not allowed to take any undesirable and unforeseen developments (of financial or personal circumstances) into consideration and implement them after execution of the contract of inheritance. Due to the often very long period between the conclusion and entering into force of a contract of inheritance, it may prove to become a burdensome restraint and lead to unjust results. Because the statutory waiver opportunities (such as termination agreement, disinheritance and rescission in the absence of intention) are limited to certain circumstances and are sometimes controversial in their requirements, the question is raised as to whether a contract of inheritance can be designed so that a subsequent waiver or an adjustment of the contract to changed circumstances, and a changed intention of the testator remain possible. The not legally regulated cancellation and adjustment clauses – if allowed! – are the instruments that serve this purpose best.

Focus, S. 12–22: Droit notarial vs droit successoral

Schwerpunkt, S. 12–22: Notariatsrecht vs Erbrecht

Focus, S. 12–22: Notarial law vs law of succession

Michel Mooser

Le notaire est un intervenant privilégié en matière successorale. Il exerce son activité aussi bien avant (notamment par l'instrumentation des dispositions pour cause de mort) qu'après (par exemple lors du partage) l'ouverture de la succession. La présente contribution concerne les points de recouvrement du droit successoral et du droit notarial. Partant de ce dernier, elle traite tout d'abord des obligations imposées au notaire en matière successorale, en particulier de l'obligation d'instrumenter et de l'obligation de renseigner. Elle est ensuite consacrée à la procédure d'instrumentation et s'achève par quelques considérations relatives à l'exécution testamentaire par le notaire.

Das Notariat hat im Erbrecht eine besondere Stellung. Es übt seine Tätigkeit sowohl vor (bevorzugt bei der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen) wie auch nach Eröffnung des Erbgangs (etwa im Rahmen der Erbteilung) aus. Der

Beitrag befasst sich mit den Berührungspunkten von Erbrecht und Notariatsrecht. Ausgehend von Letzterem behandelt er zunächst die erbrechtlichen Aufgaben der Notare, insbesondere die spezifischen Sorgfalts- und Beratungspflichten im Zuge der Beurkundung erbrechtlicher Geschäfte, um abschliessend die Eigenheiten des Errichtungsakts und der Willensvollstreckung durch Notare zu thematisieren.

The notary is a privileged participant in estate matters. He operates both before (including by setting up last wills) and after the opening of the succession (eg in the distribution of the estate). This article is concerned with the points of contact with succession and notarial law. Based on the latter, it deals primarily with the obligations imposed on the notary in estate matters and in particular with the obligation to take over a mandate and the obligation to give information. It is then devoted to the implantation process and concludes with some considerations concerning the notary serving as executor.

Praxis, S. 23–39: Erbrecht 2007–2009 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur Teil 1

Pratique, p. 23–39 : Droit des successions 2007–2009 – Jurisprudence, législation, doctrine

1^{ère} partie

**Practice, p. 23–39: Law of succession 2007–2009 – Case law, legislation, literature
part 1**

Paul Eitel

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; im Heft 2 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu : dans ce numéro seront résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans le prochain numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In this issue the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in issue 2 some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published “only” on the website of the court, as are the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature.

International, S. 55–59: An introduction to Shari'a succession

International, p. 55–59: Eine Einführung in das islamische Erbrecht

International, p. 55–59 : Introduction aux dispositions de la charia en matière successorale

Robert Brodrick, Mukhtar Karim and Rami Cheblak

The overall aim of this article is to provide an introduction to Islamic inheritance law. In the first section, the authors look at the sources of Islamic law generally (Shari'a). This assists in developing an understanding of the Shari'a succession rules discussed in part two, the main section of this article. In particular, the concept of dividing the deceased's estate in accordance with Shari'a is highlighted, together with ways of avoiding a fragmented estate, a common end result which can be detrimental to family businesses. The penultimate section of this article discusses some of the practical issues that need to be dealt with when somebody dies, including how to obtain a Certificate of Inheritance which is the document issued by the Shari'a court detailing how the deceased's estate is to be distributed. Finally, a case study applies the previous theoretical discussion to the context of a real-life situation.

Ziel dieses Artikels ist es, eine Einführung ins islamische Erbrecht zu geben. Im ersten Abschnitt betrachten die Autoren die allgemeinen Quellen des islamischen Rechts (Shari'a). Dies hilft, ein Verständnis für die im zweiten Abschnitt behandelten Nachfolgeregeln der Shari'a zu entwickeln, welche den Hauptteil dieses Artikels darstellen. Insbesondere das Konzept der mit der Shari'a in Einklang stehenden Nachlassaufteilung wird beleuchtet, zusammen mit Wegen zur Vermeidung einer Nachlassersplitterung, welche häufig eintritt und sich nachteilig auf Familienunternehmen auswirkt. Der vorletzte Abschnitt dieses Artikels behandelt einige praktische Fragen, welche sich stellen, wenn jemand stirbt, einschliesslich wie man einen Erbschein erhält, dasjenige Dokument, welches das Shari'a Gericht ausstellt und festhält, wie der Nachlass zu verteilen ist. Schliesslich werden die theoretischen Ausführungen in einem Fallbeispiel im Zusammenhang mit einer realen Lebenssituation angewendet.

Cet article a pour objectif global de fournir une introduction à la loi successorale islamique. Dans la première partie les auteurs traitent des sources générales de la loi islamique (Shar'ia). Ceci aide à la compréhension des règles successorales de la charia traitées dans la deuxième partie de cet article. En particulier, la division du patrimoine successoral telle que prévue par la charia est mise en évidence, avec les moyens d'éviter une fragmentation du patrimoine, un résultat fréquent pouvant être dommageable aux entreprises familiales. L'avant-dernière partie de cet article aborde quelques-uns des problèmes pratiques devant être résolus en cas de décès, notamment l'obtention d'un certificat d'héritier, document émis par les tribunaux islamiques qui détaille la manière dont le patrimoine successoral doit être distribué. Enfin, une étude de cas permet l'application d'une discussion jusqu'ici théorique à une situation concrète.

Schwerpunkt, S. 77–84: Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung

Focus, p. 77–84 : De la révocation des dispositions de dernière volonté par suppression de l'acte

Focus, p. 77–84 : To the Revocation of the last will by destroying the deed

Stephan Wolf / Christian Wild

Die letztwillige Verfügung als einseitiges und damit – im Unterschied zum Erbvertrag – nicht bindendes Rechtsgeschäft von Todes wegen kann vom Testator bis zu seinem Ableben jederzeit ganz oder teilweise aufgehoben werden; das Prinzip der freien Widerruflichkeit ist dem Testament begriffsimmanent. Im vorliegenden Beitrag wird vorerst allgemein auf die Aufhebung von letztwilligen Verfügungen eingegangen, und es werden anschliessend die einzelnen Aufhebungsformen dargestellt. Es folgen Ausführungen zu einzelnen Aspekten der Vernichtung und insbesondere zur Vernichtung von öffentlichen letztwilligen Verfügungen sowie eine kurze Schlussbetrachtung.

La disposition de dernière volonté, acte unilatéral et de ce fait – contrairement au pacte successoral – acte juridique pour cause de mort non contractuel, peut être révoquée par le testateur en tout temps, entièrement ou partiellement et jusqu'à son décès; le principe de la libre révocabilité est de l'essence même du testament. Dans l'étude ci-dessous sera abordée la révocation des dispositions de dernière volonté, puis en seront exposées les différentes formes. Suivront des développements sur les divers aspects de la suppression de l'acte, en particulier celle de l'acte de dernière volonté reçu en la forme publique, ainsi qu'une brève conclusion.

By virtue of the fact that the last will is a unilateral and therefore – in contrast to the inheritance contract – a not binding legal instrument mortis causa, it can be revoked by the testator until his death at any time in whole or in part. The principle of free revocation is inherent to the terms of the last will. This paper will first address generally the revocation of wills and will then present individual methods of revocation. This shall be followed by comments on individual aspects of destroying the deed and especially destroying public wills, followed by a brief conclusion.

Schwerpunkt, S. 85–107: Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung

Focus, p. 85–107 : Droits d'information des héritiers et leur mise en œuvre

Focus, p. 85–107 : Rights of heirs to information and their enforcement

Peter Breitschmid / Isabel Matt

Informationsansprüche haben im Rahmen eines pflichtteilsbezogenen Erbrechts zwangsläufig einen hohen Stellenwert. Sie dienen allerdings auch in allen andern Fällen der Kontrolle, ob der Wille des Erblassers umgesetzt oder ob «gemauschelt» wird. Während das Bewusstsein für die Notwendigkeit von Informationsrechten und -pflichten der Nachlassbeteiligten steigt, steigt auch das Bewusstsein für Privatheit und macht die Fragen konfliktträchtig. Der zunehmende Druck zu steuerlicher «Offenheit» bzw. der «Gleichlauf» von Informationsrechten Privater und des Fiskus wird Verschiebungen der traditionellen Informationssymmetrie erzwingen. Dies bedingt aber, über das Wesen von Privatheit im Rahmen zunehmend heterogener Familienverbände nachzudenken. Rechtsfolgen familiärer Verflechtung sind Auskunftsrechte, die ihre Bedeutung typischerweise in Krisen- und Konfliktsituationen erlangen. «Nähe» bedeutet zunehmend weniger Status – alle aber, die mit dem Erblasser (freundschaftlich auf privater oder ökonomisch auf geschäftlicher Ebene) in Kontakt standen, bilden Teil eines informationellen Netzwerks, das unentrinnbar verflochten ist.

Les droits d'information, dans le cadre d'un droit des successions touchant à la réserve successorale, sont forcément d'une grande importance. Ils servent toutefois, dans d'autres cas, aussi à contrôler si la volonté du de cujus a été respectée ou bien «truquée». Alors que la conscience de la nécessité de droits et devoirs d'information grandit chez les personnes intéressées à une succession, la conscience de ce qui est privé augmente et rend les questions potentiellement conflictuelles. La pression grandissante en faveur d'une «sincérité» fiscale resp. le «synchronisme» des droits d'information des personnes privées et du fisc imposera des changements dans la traditionnelle symétrie informative. Cela suppose, cependant, que soit opérée une réflexion sur la nature du privé dans le cadre de communautés familiales toujours plus hétérogènes. Les conséquences juridiques des imbrications familiales sont des droits d'informations qui typiquement prennent tout leur sens dans les situations conflictuelles et les situations de crise. De plus en plus, «être proche» correspond à moins de statut – mais tous ceux qui étaient en contact avec le de cujus (amicalement, sur le plan privé ou économiquement, sur le plan contractuel), font partie d'un réseau informel inéluctablement imbriqué.

The rights of heirs to information inevitably have a high priority under a succession law with compulsory portions. However, these rights also serve in all other cases as a means to control whether the will of the testator is being properly implemented or whether it is being «fiddled» with. Whereas there is an increasing awareness for the necessity of having rights to information and to the duties of the persons involved in the estate, there is also an increasing awareness regarding issues of privacy and this tends to cause conflict-inducing questions on the topic. The increasing pressure for fiscal transparency, respectively the «synchronization» of information rights of private persons and the tax authorities will force a shift from traditional information symmetry. This, however, requires reflection on the nature of privacy in the context of increasingly heterogeneous family connections. The legal consequences of family ties are the rights of family members to information which tend to gain importance typically in crisis and conflict situations. Relational «proximity» has increasingly less status – but all those who were in contact with the deceased (on a friendly basis, either on a private, economical, or on a commercial level), form part of an information network that is inextricably intertwined.

Praxis, S. 108–133: Erbrecht 2007–2009 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur Teil 2

**Pratique, p. 108–133: Droit des successions 2007–2009 – Jurisprudence, législation, doctrine
2^{ème} partie**

**Practice, p. 108–133: Law of succession 2007–2009 – Case law, legislation, literature
part 2**

Paul Eitel

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: Im Heft 1 wurden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; in diesem Heft werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans le premier numéro ont été résumées, dans un ordre chronologique, les décisions de principe du Tribunal fédéral; dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article, in terms of a comprehensive review, informs about what has occurred, regarding the law of successions, during the reporting period. In volume 1, the leading cases of the Swiss Federal Supreme Court were summarized in chronological order. In this Volume, selected decisions “only” published on the website of the Federal Supreme Court are dealt with thematically, and statutes and amendments which have entered into force, respective projects and the published literature are presented.

Praxis, S. 134–143: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

**Pratique, p. 134–143: Nouveautés en matière de fondations et d'intérêt général –
nouvelles fondations, doctrine, décisions judiciaires**

**Practice, p. 134–143: News in the Field of Foundations and Common Public Interest –
new Foundations, Legal Literature, Case Law**

Harold Grüniger

Die vorliegende Zusammenfassung gibt einen Überblick über die Entwicklungen der Stiftungslandschaft in der Schweiz im Jahre 2009 unter Einschluss von neu errichteten Stiftungen, Literatur und Gerichtsentscheiden. Schwerpunkte bilden

eine Auswahl von neu errichteten Stiftungen zu verschiedenen Themen. Überdies ist über begleitende Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesgerichtes zu aufsichtsrechtlichen Fragen zu berichten und hatte das Zürcher Verwaltungsgericht Gelegenheit, über die Beschwerdebefugnis und über die Voraussetzungen für eine Zweckänderung zu befinden.

Le résumé qui suit donne un aperçu sur les évolutions qui ont marqué, en Suisse, le paysage des fondations lors de l'année 2009, y compris les fondations nouvellement créées, la doctrine et les décisions judiciaires. L'essentiel est constitué d'une sélection de fondations nouvellement créées concernant différents thèmes. En outre, sont rapportées des décisions importantes du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral sur des questions juridiques en matière de surveillance, et le Tribunal administratif zurichois a eu l'occasion de se prononcer sur le droit de recours et sur les conditions relatives au changement de but.

This contribution presents a survey of the developments regarding foundations in Switzerland in 2009, including newly established foundations, legal literature and case law. The focus lies on a selection of newly established foundations serving various purposes. Furthermore, this contribution reports on landmark decisions by the Federal Administrative Court and the Federal Supreme Court concerning regulatory issues. Finally, the Administrative Court of Zurich had the chance to rule on the right of appeal and on the conditions for a change of purpose of a foundation.

Schwerpunkt, S. 165–178: Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht

Focus, p. 165–178: La signification du nouveau CPC suisse pour les procès en droit des successions – un aperçu procédural

Focus, p. 165–178: The meaning of the new Swiss Civil Procedure Law for estate cases – a procedural overview

Thomas Sutter-Somm

Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 tritt auf den 1. Januar 2011 in Kraft. Diese neue Verfahrenskodifikation löst die 26 kantonalen Zivilprozessordnungen ab. Inskünftig gelten somit vor den kantonalen Instanzen bundesrechtliche einheitliche Regelungen, mithin auch für alle erbrechtlichen Prozesse. Der nachfolgende Beitrag gibt eine Übersicht von der Verfahrenseinleitung bis zum rechtskräftigen kantonalen Urteil in solchen Prozessen und stellt die wichtigsten Neuerungen unter Einbezug des spezifischen erbrechtlichen Kontexts dar.

Le Code de procédure civile suisse (CPC) du 19 décembre 2008 entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Cette nouvelle codification de la procédure remplace les 26 codes de procédure civile cantonaux. Ainsi, des règles fédérales uniques ont cours désormais devant les instances cantonales, et par la même occasion pour tous les procès en matière successorale. L'étude qui suit donne un aperçu de ces procès depuis l'introduction de la procédure jusqu'à l'arrêt cantonal entré en force, et expose les nouveautés les plus importantes en tenant compte du contexte spécifique en droit des successions.

The Swiss Civil Procedure Law (CPL) from December 19, 2008 comes into force on January 1, 2011. This new codification of procedural law replaces 26 cantonal civil procedure laws. In the future, unified federal rules are to be applied before cantonal authorities, including estate cases. The following article gives an overview from the commencement of a procedure until the enforceable cantonal judgment in such procedures has taken place and presents the most important new rules in connection with the specific inheritance law context.

Praxis, S. 179–192: Erbschafts- und Schenkungssteuern in der Schweiz – ein Überblick

Pratique, p. 179–192: Aperçu sur les impôts suisses sur les successions et donations

Practice, p. 179–192: Swiss estate and gift taxes – an overview

Peter Mäusli-Allenspach

Der Beitrag vermittelt einen Überblick über die schweizerischen Erbschafts- und Schenkungssteuern, welche im Gegensatz zu den Einkommens- und Vermögensteuern nicht harmonisiert sind. Entsprechend gilt es 26 kantonale Gesetze zu beachten. Zunächst wird auf die Rechtsgrundlagen und Schranken der kantonalen Steuerhoheit für die Erbschafts- und Schenkungssteuern sowie die Abgrenzung zu anderen Steuern eingegangen. Sodann zeigt die Darstellung von Steuerobjekt, Steuersubjekt, Bemessungsgrundlage und Steuerberechnung auf, dass zwar trotz fehlender Harmonisierung viele Gemeinsamkeiten bestehen, die Unterschiede im Detail aber bedeutsam sein können. Im Zusammenhang mit der Darstellung des Verfahrensrechts wird schliesslich im Sinne eines Exkurses auch auf die (erleichterte) Nachbesteuerung im Erbfall eingegangen.

Cette étude donne un aperçu des impôts sur les successions et sur les donations qui, contrairement aux impôts sur le revenu et sur la fortune, n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation. En conséquence, il y a 26 lois cantonales à prendre en considération. En premier lieu, seront abordées les bases juridiques et les limites de la souveraineté fiscale cantonale concernant les impôts sur les successions et sur les donations, ainsi que leur délimitation par rapport à d'autres impôts. Ensuite, la présentation de l'objet de l'impôt, du sujet de l'impôt, de la base de calcul et du calcul de l'impôt montrera que malgré l'absence d'harmonisation, les points communs sont nombreux, que des différences de détail peuvent toutefois être d'importance. Enfin, l'exposé de la procédure offrira également l'occasion d'une digression sur le rappel d'impôt (simplifié) en cas de succession.

The article provides an overview of Swiss estate and inheritance taxes, which are – in contrary to the income and wealth taxes – not harmonized. Therefore, 26 cantonal laws have to be applied. First of all, the legal basics and the restrictions of the cantonal tax sovereignty for estate and gift taxes and the distinction to other taxes are presented. Following on from there, there is a description of tax objects, tax subjects, bases for tax calculation and tax calculations which shows, despite the missing harmonization, many similarities but which, in more detail, may show important differences. Finally, in connection with the procedural law, there is a – in the sense of an excursion – description of the (simplified) after-taxation in an inheritance case.

International, S. 215–223: Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im deutschen Erbrecht (Teil 1)

International, p. 215–223 : La prise en considération des libéralités entre vifs en droit allemand des successions (1^{ère} partie)

International, p. 215–223: The taking into account of inter vivos transfers in the German inheritance law (part 1)

Walter Krug

Lebzeitige Zuwendungen des Erblassers haben im deutschen Erbrecht sowohl in der Erbteilung als auch im Pflichtteilsrecht erhebliche Bedeutung. In der Erbteilung geht es darum, unter Berücksichtigung lebzeitig gewährter Zuwendungen das Auseinandersetzungsguthaben des bereits bedachten Erben zu ermitteln. Im Pflichtteilsrecht beeinflusst eine lebzeitig gewährte Zuwendung die Höhe des Geldzahlungsanspruchs eines enterbten Abkömmlings gegen den/die Erben, indem sie diesen Anspruch durch Anrechnung vermindert, soweit der Enterbte selbst die Zuwendung erhalten hat (Anrechnung nach § 2315 BGB oder Ausgleichung nach § 2316 BGB). Oder aber sie erhöht seinen Pflichtteilsanspruch, wenn einem anderen eine Schenkung gewährt wurde (Pflichtteilsergänzungsanspruch nach §§ 2325 ff. BGB). Dieser gross angelegten Zweiteilung folgt die vorliegende Darstellung. In Abschn. II (publiziert in diesem Heft) werden lebzeitige Zuwendungen in der Erbteilung behandelt, in Abschn. III (publiziert im nächsten Heft) solche im Pflichtteilsrecht.

En droit allemand des successions, les libéralités entre vifs du de cujus ont une grande importance aussi bien pour le partage successoral qu'en matière de réserve successorale. Lors du partage, il s'agit déterminer le solde revenant, dans la masse à partager, à l'héritier déjà gratifié, en prenant en compte les libéralités entre vifs consenties. En matière de réserve successorale, une libéralité entre vifs influencera le montant de la créance d'un descendant exhéredé contre le ou les héritiers en la diminuant en raison de son imputation sur cette créance, dès lors que l'exhéredé lui-même était le destinataire de la libéralité (imputation en vertu du § 2315 BGB ou rapport selon le § 2316 BGB). Ou alors, elle augmentera ses droits dans la réserve, si une donation a été consentie à un autre que lui (droit en vue de compléter le montant de la réserve selon les §§ 2325 ss. BGB). Le présent exposé suit cette division globale en deux parties. Dans la partie II (publiée dans ce numéro), sont traitées les libéralités entre vifs dans le partage successoral, dans la partie III (publiée dans le prochain numéro) en matière de réserve successorale.

Inter vivos transfers of the deceased are of significant importance in German inheritance law both, in respect to the distribution of the estate, and in respect to forced heirship law. As regards the distribution of estate, the remaining apportionment in respect of estate for the heir having already received gifts has to be calculated, under due consideration of the inter vivos transfers. Under forced heirship law, an inter vivos transfer has an influence on the amount of a claim for monetary payment by a disinherited heir against the other heir/s by a reduction of the amount claimed, assuming that the disinherited heir had received the contribution himself (according to § 2315 German Civil Code [GCC] or adjust advancements according to § 2316 GCC). Or, the forced heirship claim increases if the gift was given to someone else (augmentation of the forced heirship claim according to §§ 2325 ff. GCC). The following presentation follows this dichotomy. In Chapter II (published in this issue of Successio) inter vivos transfers in the distribution of estate are dealt with. Chapter III (to be published in the next issue) shall deal with inter vivos transfers in forced heirship law.

International, S. 224–238: (Deutsche) Testamentsvollstreckung und (schweizerische) Willensvollstreckung

International, p. 224–238: L'exécution testamentaire (Testamentsvollstreckung) de droit allemand et l'exécution testamentaire (Willensvollstreckung) du droit suisse

International, p. 224–238: German executor and Swiss executor

Hans Rainer Künzle

Ein Vergleich des Willensvollstreckers (ZGB) mit dem Testamentsvollstrecker (BGB) zeigt erstaunlich viele Unterschiede in den Einzelheiten. Diese Unterschiede regen zur Überprüfung der Regelungen an und geben da und dort Anstoss zu neuen Ansätzen. So wird etwa vorgeschlagen, Art. 517 Abs. 1 ZGB de lege ferenda wie folgt neu zu formulieren: «Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung die Willensvollstreckung anordnen und eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines letzten Willens beauftragen. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Willensvollstreckers der Aufsichtsbehörde ... überlassen.» Art. 517 Abs. 4 ZGB könnte neu hinzugefügt werden: «Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung die Willensvollstreckung anordnen und eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines letzten Willens beauftragen. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Willensvollstreckers der Aufsichtsbehörde und die Bestimmung des Ersatzes auch dem ersten Willensvollstrecker überlassen.»

Le nombre des différences dans les détails, que la comparaison de l'exécuteur testamentaire en droit suisse (« Willensvollstrecker » dans le CC) avec celui du droit allemand « Testamentsvollstrecker » dans le BGB) fait apparaître, est surprenant. Ces différences poussent à réexaminer les dispositions concernées, et mettent à jour ici et là de nouvelles approches. Ainsi, il est proposé par exemple de reformuler de lege ferenda l'art. 517 a. 1 CC comme suit : « Le testateur peut, par une disposition testamentaire, décider d'une exécution testamentaire et charger de l'exécution de ses dernières volontés une ou plusieurs personnes capables d'exercer les droits civils. Le testateur peut laisser le choix de la personne de l'exécuteur testamentaire à l'autorité de surveillance ... ». Un alinea 4 pourrait être rajouté à l'art. 517 CC : « Le testateur peut, par une disposition testamentaire, décider d'une exécution testamentaire et charger de l'exécution de ses dernières volontés une ou plusieurs personnes capables d'exercer les droits civils. Le testateur peut laisser le choix de la personne de l'exécuteur testamentaire à l'autorité de surveillance et le choix du suppléant aussi au premier exécuteur testamentaire ».

A comparison of the executor of the Swiss Civil Code (Willensvollstrecker) to that of the German Civil Code (Testamentsvollstrecker) surprisingly shows many differences in detail. These differences give reason to carefully check the regulations and give, every now and then, – an impulse to initiate new regulations. Among other proposals de lege ferenda a new Art. 517 al. 2 Swiss Civil Code is proposed with the following wording: “In a last will the deceased can determine executorship and mandate one or more fully capacitated persons with the administration of his last will. He can leave the determination of the person of the executor to the supervising authority and the determination of a successor also to the first executor.”

Schwerpunkt, S. 259–269: Ehe- und erbrechtliche Planung an den Schnittstellen zu BVG, VVG und Sozialversicherung, insbesondere in Patchworksituationen

Focus, p. 259–269: Planification matrimoniale et successorale à la jonction des LPP, LCA et de l'assurance sociale, en particulier dans les cas de familles recomposées

Focus, p. 259–269: Planning in family and estate matters at the interfaces to pension fund law, private and social insurance law, particularly in Patchwork situations

Peter Breitschmid

Erbrechtliche Ansprüche von Angehörigen dienen (auch) der Überlebenssicherung nach dem Tod des Versorgers; sie haben diesbezüglich durch den Ausbau der ersten und zweiten Säule an Bedeutung verloren, und es tritt die Komponente des Vermögensübergangs im Zuge der Nachlassabwicklung in den Vordergrund. Dennoch haben sich in den verschiedenen versicherungs- und vorsorgerechtlichen Verästelungen quasi-erbrechtliche Sondernachfolgeordnungen erhalten, die teilweise Ersatz für die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Erbfolgeordnung angesichts vielfältigerer Beziehungsstrukturen bieten. Das mag verschiedentlich sinnvolle Lösungen ermöglichen, ist aber strukturell wenig überzeugend (immerhin zeichnen sich Anpassungen des gesetzlichen Erbrechts ab) und führt im Detail zu verschiedenen Fragen. Entscheidend ist eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung, wie ein jüngster Entscheid des deutschen BGH signalisiert und wie sie auch BGE 129 III 305 zugrunde liegt. Nachlassplanung mit vorsorge- und versicherungsrechtlichen Instrumenten, die über den Versicherungszweck (*Unterhaltssicherung*) hinausgeht und auf erbrechtliche Vermögensübertragung zielt, könnte sich dereinst (insbesondere wenn der Umsetzungszeitpunkt mutmasslich erst eine Generation später sein wird) als prekär erweisen.

Les droits successoraux des proches parents tiennent (aussi) lieu de garantie de survie après le décès de la personne assurant le soutien de la famille ; ils ont perdu sur ce point de leur importance du fait du développement des premier et deuxième piliers, le transfert du *patrimoine* dans le cadre de la liquidation de la succession est passé au premier plan. Pour autant, dans les différentes ramifications du droit des assurances et de la prévoyance se sont perpétués des régimes spéciaux quasi-successoraux de dévolution, qui suppléent en partie à l'insuffisance du régime légal de dévolution successorale due à une plus grande variété des structures relationnelles. Cela peut dans certains cas permettre d'aboutir à des solutions censées, mais c'est sur le plan structurel peu convaincant (néanmoins se profilent des réajustements du droit légal des successions) et cela peut soulever diverses questions. Une considération économique d'ensemble est décisive comme l'a dernièrement signalé le *Bundesgerichtshof* allemand et telle qu'elle sous-tend aussi l'ATF 129 III 305. Une planification successorale au moyen d'instruments de droit de la prévoyance et des assurances qui dépasse l'objectif de l'assurance (garantie d'*entretien*) et vise à la transmission successorale de *patrimoine* pourrait se révéler par la suite (notamment si le moment de la réalisation ne se situe probablement pas avant une génération plus tard) précaire..

The Inheritance claims of relatives serve (as well) to safeguard support of the relatives in survival after the death of the family money provider; the claims have lost their importance due to the development of the first and second pillars, and the component of the *asset* transfer under the administration of the estate has thus become more visible. Nevertheless, in the various branches of insurance and pension law, inheritance-like special regulations have survived which – in part – tend to smoothen out incompleteness in the statutory regulation of inheritance, in view of more diverse relationship structures. This may enable several useful solutions but is structurally not very convincing (at least, in this respect, some amendments to the statutory regulations of inheritance law are in the pipeline) and results in providing further detail to various issues. As a recent decision of the German Federal Supreme Court shows, a general economical analysis, which is also the basis of BGE 129 III 305, is crucial. Estate planning with instruments deriving from the pension and insurance law, which go beyond the purpose of insurance (a safeguard of *survival*) by focusing on the transfer of *assets* through succession, may one day prove to be precarious (especially in cases where the date of implementation is presumably determined to occur only one generation later).

Praxis, S. 270–280: Haftung der Erben für Altlasten auf geerbten Grundstücken

Pratique, p. 270–280: Responsabilité des héritiers pour les sites contaminés

Practice, p. 270–280: Liability of the heirs of inherited contamination on land

Denis Oliver Adler / Lars Hauser

Das Umweltrecht schreibt vor, dass Altlasten auf Grundstücken saniert werden müssen. Altlastensanierungen sind in der Regel äusserst kostspielig. Diese Kosten muss grundsätzlich der Verursacher der Altlast tragen. Weitgehend ungeklärt ist bislang die Frage, wie die Kostentragungspflicht des Verursachers erbrechtlich zu behandeln ist, wenn dieser verstorben ist. Der Beitrag soll aufzeigen, dass gute Gründe dafür bestehen, einen Übergang der Kostentragungspflicht des Verur-

sachern per erbrechtlicher Universalsukzession zu bejahen. Aus der Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht und Erbrecht ergeben sich allerdings zahlreiche rechtliche Knacknüsse. Es soll auch beleuchtet werden, weshalb sich für jeden Erben ungeahnte Risiken ergeben können, namentlich aufgrund der Regelung der Verjährung. Das Öffentliche Inventar bietet dem Erben eine nur trügerische Sicherheit.

Le droit de l'environnement prescrit l'assainissement des sites contaminés. Les assainissements de sites contaminés sont en général extrêmement dispendieux. Ces coûts doivent en principe être supportés par celui qui est à l'origine de la contamination. La question du traitement successoral de l'obligation de supporter les coûts en cas de décès de celui qui est à l'origine de la contamination, est jusqu'ici en grande partie sans réponse. Cette étude a pour objectif de montrer qu'il y a de bonnes raisons de penser que l'obligation de supporter les coûts pesant sur celui à l'origine de la contamination soit transmise par succession universelle. De l'interférence entre droit public et droit des successions résultent cependant de nombreux écueils d'ordre juridique. Seront aussi mises en évidence les raisons pour lesquelles des risques insoupçonnés peuvent en résulter pour chaque héritier, notamment du fait de la règle relative à la prescription. Le bénéfice d'inventaire n'offre à l'héritier qu'une illusion de sécurité.

Environmental law requires that contaminated sites of land must be remediated. Remediation of contaminated sites is usually extremely expensive. In principle, the person who has caused the pollution of the contaminated site must bear these costs. So far, the question remains largely unsolved as to how the payment of the polluter's costs should be treated in inheritance law in the event that the polluter has died. This article shows that there are good reasons calling for a transfer of the duty to bear the polluter's cost onto the heirs by means of universal succession according to inheritance law. It must be borne in mind that at the interface between public law and inheritance law many legal problems tend to arise. Light shall be thrown on the subject as to why unforeseen risks can arise for each heir especially due to the regulation of the period of limitation. The public inventory offers to the heirs only a false sense of security.

International, S. 308–315: Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im deutschen Erbrecht (Teil 2)

International, p. 308–315: La prise en considération des libéralités entre vifs en droit allemand des successions (2^{ème} partie)

International, p. 308–315: The taking into account of inter vivos transfers in the German inheritance law (part 2)

Walter Krug

Lebzeitige Zuwendungen des Erblassers haben im deutschen Erbrecht sowohl in der Erbteilung als auch im Pflichtteilsrecht erhebliche Bedeutung. In der Erbteilung geht es darum, unter Berücksichtigung lebzeitig gewährter Zuwendungen das Auseinandersetzungsguthaben des bereits bedachten Erben zu ermitteln. Im Pflichtteilsrecht beeinflusst eine lebzeitig gewährte Zuwendung die Höhe des Geldzahlungsanspruchs eines enterbten Abkömmlings gegen den/die Erben, indem sie diesen Anspruch durch Anrechnung vermindert, soweit der Enterbte selbst die Zuwendung erhalten hat (Anrechnung nach § 2315 BGB oder Ausgleichung nach § 2316 BGB). Oder aber sie erhöht seinen Pflichtteilsanspruch, wenn einem anderen eine Schenkung gewährt wurde (Pflichtteilergänzungsanspruch nach §§ 2325 ff. BGB). Dieser gross angelegten Zweiteilung folgt die vorliegende Darstellung. In Abschn. II (publiziert in diesem Heft) werden lebzeitige Zuwendungen in der Erbteilung behandelt, in Abschn. III (publiziert im nächsten Heft) solche im Pflichtteilsrecht.

En droit allemand des successions, les libéralités entre vifs du de cujus ont une grande importance aussi bien pour le partage successoral qu'en matière de réserve successorale. Lors du partage, il s'agit déterminer le solde revenant, dans la masse à partager, à l'héritier déjà gratifié, en prenant en compte les libéralités entre vifs consenties. En matière de réserve successorale, une libéralité entre vifs influencera le montant de la créance d'un descendant exhérédé contre le ou les héritiers en la diminuant en raison de son imputation sur cette créance, dès lors que l'exhéredé lui-même était le destinataire de la libéralité (imputation en vertu du § 2315 BGB ou rapport selon le § 2316 BGB). Ou alors, elle augmentera ses droits dans la réserve, si une donation a été consentie à un autre que lui (droit en vue de compléter le montant de la réserve selon les §§ 2325 ss. BGB). Le présent exposé suit cette division globale en deux parties. Dans la partie II (publiée dans ce numéro), sont traitées les libéralités entre vifs dans le partage successoral, dans la partie III (publiée dans le prochain numéro) en matière de réserve successorale.

Inter vivos transfers of the deceased are of significant importance in German inheritance law both, in respect to the distribution of the estate, and in respect to forced heirship law. As regards the distribution of estate, the remaining apportionment in respect of estate for the heir having already received gifts has to be calculated, under due consideration of the inter vivos transfers. Under forced heirship law, an inter vivos transfer has an influence on the amount of a claim for monetary

payment by a disinherited heir against the other heir/s by a reduction of the amount claimed, assuming that the disinherited heir had received the contribution himself (according to § 2315 German Civil Code [GCC] or adjust advancements according to § 2316 GCC). Or, the forced heirship claim increases if the gift was given to someone else (augmentation of the forced heirship claim according to §§ 2325 ff. GCC). The following presentation follows this dichotomy. In Chapter II (published in this issue of Successio) inter vivos transfers in the distribution of estate are dealt with. Chapter III (to be published in the next issue) shall deal with inter vivos transfers in forced heirship law.

International, S. 316–321: Änderungen des Erbstatuts durch die geplante EuErbVO aus schweizerischer Sicht

International, p. 316–321: Modifications du statut successoral induites par la proposition de règlement européen en matière de succession du point de vue suisse

International, p. 316–321: Changes of the statute of inheritance by the planned Succession Law Regulation from a Swiss perspective

Alexander Pfeiffer

Am 14.10.2009 hat die EU-Kommission einen Vorschlag für eine die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht in Erbsachen regelnde EuErbVO vorgelegt. Da das schweizerische IPRG für Erblasser mit letztem Wohnsitz im Ausland auf dessen Wohnsitzrecht samt Kollisionsrecht verweist, hat eine solche VO unmittelbaren Einfluss auf das Erbstatut aus schweizerischer Sicht. Als wichtigsten Punkt enthält der Vorschlag der EuErbVO die Anknüpfung des anwendbaren Rechts an den gewöhnlichen Aufenthalt. Durch die Angleichung des Erbstatuts-Anknüpfungspunkts (Schweiz Wohnsitz, EU-Mitgliedstaaten gewöhnlicher Aufenthalt) werden die bisherigen Nachlasskonflikte zu vielen EU-Mitgliedstaaten, die wie Deutschland an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, praktisch entschärft.

Le 14 octobre 2009, la commission des Communautés Européennes a présenté une proposition de règlement fixant la compétence internationale et le droit applicable en matière successoral. Comme la LDIP suisse désigne pour le *de cuius* qui a eu son dernier domicile à l'étranger, les règles de droit, y compris de droit international privé, de l'Etat dans lequel se trouvait ce domicile, une telle proposition a un effet direct sur le statut successoral du point de vue suisse. L'élément le plus important de la proposition de règlement européen est le rattachement du droit applicable à la résidence habituelle. Du fait du rapprochement du rattachement relatif au statut successoral (Suisse domicile, Etats membres de l'UE résidence habituelle), les anciens conflits en matière de succession entre la Suisse et de nombreux Etats membres de l'UE, qui comme l'Allemagne ont opté pour la nationalité comme rattachement, seront pour ainsi dire atténués.

On October 14, 2009, the EU commission presented a draft for a Succession Law Regulation, which regulates the international jurisdiction and the applicable law in succession matters. As the Swiss international private law refers the jurisdiction of a deceased person, having his last domicile abroad, to the deceased's law of domicile including its relevant conflict of law principles, such a regulation will have an immediate effect on the statute of inheritance from a Swiss perspective. The most important point contained in the draft of the Succession Law Regulation concerns the connection of the applicable law with the jurisdiction of habitual residence. By adapting the point of connection of the law to the statute of inheritance (Swiss domicile, habitual residence in EU member states), the estate conflicts relevant so far in many EU member states – such as in Germany – where the connection is to nationality, can be mitigated.

Schwerpunkt, S. 5–18: Nutzniessung in der Erbteilung

Focus, p. 5–18: L'usufruit dans le partage successoral: bref résumé

Focus, p. 5–18: Usufruct in the distribution of an estate

Alexandra Rumo-Jungo

Die Einräumung von Nutzniessung neben Eigentum erweitert regelmässig die erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Zu beachten sind aber zwei Aspekte: Bei der *letztwilligen Zuweisung von Nutzniessung* wegen darf der Kapitalwert der Nutzniessung die Pflichtteile der nicht nutzniessungsberechtigten Erben nicht verletzen (Art. 530 ZGB). Wird umgekehrt einer Pflichtteilsberechtigten eine Nutzniessung eingeräumt, hat diese erstens Anspruch darauf, dass die Nutzniessung «dem Werte nach» (Art. 522 ZGB) dem Pflichtteil entspricht. Zweitens steht der Nutzniesserin ein gesetzliches Wahlrecht auf Wahl des Pflichtteils zu Eigentum anstelle der Nutzniessung zu, sofern – weiterhin – der «biens aisément négociables»-Theorie des Bundesgerichts gefolgt wird. Andernfalls steht ihr ausschliesslich ein rechtsgeschäftliches Wahlrecht zu, das in der Verfügung von Todes wegen zum Ausdruck kommen muss. Bei der *lebzeitigen Schenkung mit Nutzniessungsvorbehalt* handelt es sich um eine reine (und nicht um eine gemischte) Schenkung, mit der Folge, dass die gesamte Wertdifferenz zwischen dem Zeitpunkt der Schenkung und dem Zeitpunkt des Todes auszugleichen bzw. hinzuzurechnen ist.

L'attribution de droits en usufruit à côté de droits en propriété élargit considérablement les possibilités d'organisation de la transmission successorale. Il faut cependant prendre en considération deux points: en cas d'attribution d'usufruit par disposition de dernières volontés, la valeur capitalisée de l'usufruit ne doit pas entamer la réserve des héritiers non-usufruitiers (art. 530 CC). Si au contraire un usufruit est constitué au profit d'une héritière réservataire, celle-ci a le droit d'exiger que l'usufruit corresponde au «montant» (art. 522 CC) de sa réserve. Ensuite, l'usufruitière peut, en vertu d'un droit légal d'option, préférer à cet usufruit sa part de réserve en pleine propriété, dans la mesure où – encore – la théorie des «biens aisément négociables» du Tribunal fédéral est suivie. Sinon, elle n'a qu'un droit d'option reposant sur la volonté et qui doit être exprimé dans la disposition à cause de mort. Quant à la donation entre vifs avec réserve d'usufruit, il s'agit d'une donation pure et simple (et non d'une donation mixte), avec pour conséquence que l'entière différence de valeur entre le moment de la donation et celui du décès doit être rapportée ou rajoutée aux biens existants pour le calcul de la réserve.

The granting of usufruct besides property in general extends the options for estate planning. However, two aspects must be taken into consideration: In case of a testamentary allocation of usufruct, the capital value of the usufruct must not violate the compulsory portion of the heirs who are not entitled to the usufruct (art. 530 Swiss Civil Code). Conversely, if a person entitled to a compulsory portion of an estate is granted a usufruct, this person, in the first place, has a right to request that the value of the usufruct corresponds with the value of the compulsory portion (Art. 522 SCC). Second, the beneficiary has a statutory right to elect that the compulsory portion be property instead of the usufruct, following the “biens aisément négociables” theory of the Federal Supreme Court. The beneficiary otherwise only has a transactional option which must be expressed in the form of a last will. The inter vivos gift with a reservation of usufruct is a pure (and not a mixed) gift, with the result that the whole difference in value between the time of the gift and the date of death has to be compensated or reduced.

Schwerpunkt, S. 19–29: Persönlichkeitsschutz Verstorbener – Urheberpersönlichkeitsschutz im Besonderen

Focus, p. 19–29: Protection de la personnalité des défunts – Protection de la personnalité de l'auteur en particulier

Focus, p. 19–29: Privacy protection of deceaseds – authors' privacy protection in particular

Peter Breitschmid / Annasofia Kamp

Die kommerzielle Nutzung von Persönlichkeit und *Image* mehr oder weniger «öffentlicher Personen» wächst, und zwar über den Tod hinaus. Parallel nimmt das Schutzbedürfnis gegenüber einer unrechtmässigen Vermarktung zu. Persönlichkeitsrechte und damit verbundene Abwehrrechte im Sinne von Art. 28 ff. ZGB stehen jeder Person als absolutes Recht zu. Fraglich ist, ob und wie Verstorbene in ihrer Persönlichkeit geschützt sind. In der Schweiz steht gemäss vorherrschender *Andenkensschutztheorie* lediglich Angehörigen ein Abwehrrecht zur Verfügung, sofern sie in ihrem eigenen Persön-

lichkeitsrecht verletzt sind. Einer verstorbenen Person innerlich «angehörig» kann allerdings auch ein über den Kreis von Status-Verwandten hinausgehendes Umfeld (sog. «proches») sein. Hingegen ist das Urheberrecht vererblich, was indirekt die Wahrung des Persönlichkeitsschutzes erleichtern kann. Über eine Lückenhaftigkeit im Persönlichkeitsschutz Verstorbener darf nicht hinweggesehen, durch eine Kombination erwachsenenschutz- und erbrechtlicher Behelfe könnte jedoch Abhilfe geschaffen werden.

L'utilisation dans un but commercial de la personnalité et de l'image de personnes plus ou moins «publiques» s'intensifie, et cela même après leur décès. Parallèlement, la nécessité d'une protection à l'encontre d'une commercialisation illégitime se fait plus pressante. Les droits de la personnalité ainsi que les actions et autres mesures de protection de la personnalité au sens des art. 28 s. du CC sont des droits absolus de tout individu. La question de savoir si, et comment la personnalité des personnes décédées est protégée, n'est pas réglée. En Suisse, en vertu de la théorie de la protection du souvenir, seuls les proches ont un droit à se prémunir des atteintes touchant leur propre personnalité. Il y a pourtant aussi des personnes intrinsèquement «proches» du défunt n'appartenant pas au groupe de ceux ayant le statut de parents. En revanche, le droit d'auteur est transmissible par succession, ce qui peut indirectement faciliter la mise en œuvre de la protection de la personnalité. Le caractère lacunaire de la protection de la personnalité des personnes décédées ne peut être passé sous silence, mais il pourrait y être remédié par une combinaison de procédés issus du droit de la protection de l'adulte et du droit des successions.

The commercial use of personality and image of more or less “public persons” grows, even, namely, beyond death. In parallel, the need for protection against illegal marketing is increasing. Each person is entitled to privacy rights and related defense rights, in the sense of art. 28 et seq. CC, as absolute rights. The question is whether and how deceased persons are protected in their personality rights. In Switzerland, according to the prevailing theory of memory protection, relatives are only entitled to defense rights if their own privacy right is violated. But even people outside the group of status-relatives (so called “proches”) may have a close relationship to the deceased. However, a copyright is inheritable, which may indirectly facilitate the protection of privacy rights. Gaps in the protection of privacy of deceased persons should not be overlooked, but through a combination of adult protection and inheritance law remedies may produce reliefs.

Praxis, S. 30–43: Die Berücksichtigung von privaten Pflegeleistungen im Erbrecht

Pratique, p. 30–43 : Prise en compte, en droit des successions, des prestations de soins apportés à titre personnel

Practice, p. 30–43: Consideration of private care in inheritance law

Andreas Baumann

Das Erbrecht regelt im Wesentlichen, welche Personen als Erben anerkannt sind, welche Erbquoten bestehen und wie die Teilung abläuft. Daneben bestehen gesetzliche Vorgaben über die Berücksichtigung von Leistungen des Erblassers gegenüber einzelnen Erben (Ausgleichung und Herabsetzung). Für privat erbrachte Pflegeleistungen eines Erben gegenüber dem Erblasser bestehen indessen in der Schweiz keine klaren Vorschriften, im Gegensatz zu Deutschland, welches im Jahre 2009 rudimentäre gesetzliche Regelungen über die Anrechnung von privaten Pflegeleistungen bei der Erbteilung erlassen hat.

Le droit des successions détermine essentiellement les personnes reconnues comme héritières, la quote-part revenant à chacune, et il fixe le déroulement du partage. Parallèlement, des dispositions législatives existent concernant la prise en compte d'éventuelles prestations du de cujus au profit de certains héritiers (rapport et réduction). Cependant, la Suisse n'a pas de disposition claire concernant les prestations de soins apportés au de cujus personnellement par un héritier ; à l'inverse de l'Allemagne qui a promulgué en 2009 une réglementation légale rudimentaire sur la prise en compte, lors du partage, des soins apportés par des personnes privées.

Basically, inheritance law governs which persons are recognized as heirs, the compulsory portions of the estate and the procedure dealing with the division of the estate. In addition, there are legal requirements for the consideration of benefits of the deceased passing to individual heirs (abatement and placing into hotchpot). For the privately provided care services of an heir towards the deceased there are, however, no clear rules in Switzerland, unlike Germany, which in 2009 adopted rudimentary legal rules concerning the deduction of private care services in the division of the estate.

International, S. 62–72: Der schweizerisch-italienische Erbfall

International, p. 62–72 : La succession suisse-italienne

International, p. 62–72: The Swiss Italian succession case

Tina Wüstemann / Larissa Marolda Martínez

Bezüglich schweizerisch-italienischen Erbfällen gilt es den Niederlassungs- und Konsularvertrag vom 22. Juli 1868 sowie das dazugehörige Zusatzprotokoll von 1969 zu beachten. Der Staatsvertrag regelt die Zuständigkeit und das anwendbare Erbstatut bei erbrechtlichen Streitigkeiten und kommt zur Anwendung, wenn ein italienischer Erblasser mit Wohnsitz in der Schweiz bzw. ein Schweizer mit Wohnsitz in Italien verstirbt. Der vorliegende Beitrag fasst die Lehre und Rechtsprechung zum Staatsvertrag zusammen, wobei die schweizerische und italienische Auslegung des Staatsvertrages zum Teil uneinheitlich bzw. konträr zum Wortlaut des Staatsvertrages ist. Eine *professio iuris* zu Gunsten des jeweiligen Wohnsitzrechts ist gemäss herrschender Lehre in beiden Vertragsstaaten zulässig, allerdings gilt es u.a. die materiell-rechtlichen Verbote des italienischen Erbrechts zu beachten, wie namentlich das Verbot des Erbvertrages. Der Artikel befasst sich im Übrigen mit möglichen Nachlassplanungslösungen bei schweizerisch-italienischen Erbfällen, erbschaftssteuerlichen Aspekten sowie den in beiden Vertragsstaaten anerkannten erbrechtlichen Legitimationsausweisen.

Concernant les successions suisses-italiennes, il faut prendre en considération la Convention d'établissement et consulaire du 22 Juillet 1868 ainsi que le protocole additionnel de 1969. La convention règle la compétence et le statut successoral applicable en matière de litiges successoraux, et s'applique lorsqu'un de cujus italien avec domicile en Suisse resp. un Suisse avec domicile en Italie décède. La présente étude résume la doctrine et la jurisprudence relatives à cette convention; à noter que l'interprétation suisse et l'interprétation italienne de la convention diffèrent en partie l'une de l'autre, ou sont contraires à son texte. Une *professio iuris* en faveur du droit du domicile est admise d'après la doctrine dominante dans les deux Etats contractants. Il faut cependant, entre autres, tenir compte des interdictions relevant du droit matériel italien des successions, comme en particulier celle relative au pacte successoral. Cet article traite également des solutions possibles de planification successorale pour les successions suisses-italiennes, des aspects relevant de l'impôt successoral ainsi que des pièces justificatives successorales reconnues dans les deux Etats contractants.

In Swiss-Italian succession cases, the residence and consular agreement of July 22, 1868 and the respective Additional Protocol of 1969 should be taken into consideration. The treaty defines the jurisdiction and the applicable law in inheritance disputes and is applied if an Italian testator dies resident in Switzerland or a Swiss resident dies domiciled in Italy. This article summarizes the literature and case law on the treaty, whereas interpretation of the treaty in Switzerland and Italy is sometimes inconsistent or contrary to the wording of the treaty. A choice of law in favor of the domicile law is permitted under the prevailing doctrine of both countries, however, the substantive prohibitions of the Italian succession law have to be observed, such as the prohibition of inheritance agreements. In addition, the article deals with potential estate planning solutions in Swiss-Italian inheritance cases, inheritance tax issues and the inheritance certificates which are recognized in both countries.

Schwerpunkt, S. 82–105: Organspende, Sektion und Bestattung – zivilrechtliche Streifzüge

Focus, p. 82–105 : Dons d'organes, autopsie et inhumation – tour d'horizon en droit civil

Focus, p. 82–105: Organ donation, autopsy and funeral – private law raids

Peter Breitschmid / Isabel Matt

Zwar scheuen sich nach wie vor (zu) viele wegen schwer lastender diffuser gesellschaftlicher und religiöser Normen, sich mit Fragen um den eigenen Tod zu beschäftigen; was früher die Feuerbestattung, ist heute die Sterbehilfe. Trotz geringer Testierquote nimmt aber das Bewusstsein um Individualität und Gestaltungspotenziale bezüglich «Personalien» zu. Der Tod ist sichtbarer und nicht mehr nur zivilstandsregisterlicher «Buchungsvorgang». Zugenommen hat aber auch die Ökonomisierung von Bereichen, die bislang «Unausprechliches» betreffen: Grundsätzlich besteht ein «Markt» für alles. Auch entkommerzialisierte Bereiche wie Organhandel boomen; je reglementierter bzw. tabuisierter ein Markt ist, desto höher das Geschäftsinteresse auch eher zweifelhafter Marktteilnehmer. Prohibition individualisiert Gewinne und schädigt die Gemeinschaft. Dass der Tod am Übergang zum «Schattenreich» steht, begünstigt «Graumarkt»-Anbieter ebenso wie der Umstand, dass Gesundheit ein praktisch unbezahlbares Gut ist. Lösungen für ethische Grenzfallsituationen finden sich in der globalisiert-mobilen Welt nicht in einer nach gut-schweizerischem Prinzip föderalistischen Gesetzgebung. Eine menschliche Gesellschaft kann ihre Mitglieder in der urchen Notwendigkeit des Sterbens nicht hilflos lassen. Medizinische Behandlung, Nicht-mehr-Behandlung und Sterberituale liegen auf einer unausweichlichen Linie und erfordern klare Standards. Individueller Gestaltungswille ist schützenswert, die manchmal auch beraterisch erzeugte Sterbevorsorgehysterie hingegen betrifft Konsumentenverträge mit nicht unerheblichem Schutzbedarf.

Du fait de normes sociales et religieuses pesantes et diffuses, beaucoup (trop) hésitent à régler les questions que soulève leur propre mort; ce qui autrefois était incinération est aujourd'hui assisté au décès. Malgré un faible pourcentage de dispositions de dernières volontés, la conscience de l'individualisation et du potentiel d'organisation concernant les «personalien» augmente. La mort est plus visible et non plus seulement processus d'inscription sur les registres de l'état-civil. Mais aussi des domaines qui jusqu'à présent concernaient l'«indicible» font de plus en plus partie de l'économie: le principe veut qu'il y ait un «marché» pour tout. Même des domaines hors du commerce comme celui des organes connaissent un boom; plus un marché est réglementé resp. tabou, plus grand est l'intérêt commercial, y compris celui de sujets plutôt douteux. La prohibition individualise les gains et est dommageable pour la collectivité. Le fait que la mort se trouve sur le palier du «royaume des ombres», de même que la quasi-absence de prix de la santé sont favorables aux fournisseurs d'un «marché gris». Les solutions pour des cas limites sur le plan éthique ne se trouvent pas dans une législation suivant le bon principe suisse du fédéralisme. Une société humaine ne peut laisser ses membres sans défense face à l'éternelle nécessité de mourir. L'administration de traitements médicaux ou l'arrêt de ces traitements et les rituels accompagnant le décès sont inévitables et exigent la définition de standards clairs. La volonté individuelle d'organisation est digne de protection, la prévoyance hystérique concernant la mort, parfois aussi provoquée par une activité de conseil, relève en revanche des contrats de consommation ayant un besoin non négligeable de protection.

Still (too) many people shy away from dealing with questions concerning their own death due to difficult, burdensome, diffuse social and religious norms; what once used to concern people was cremation, today it is euthanasia. Despite a low quote of people executing a last will the general awareness about individuality and designing opportunities relating to “personal affairs” is growing. Death has become increasingly more visible and it is not just a routine booking process in the civil status register. An increase has also been seen in the commodification of areas that were previously considered as “unspeakable”: basically there is a “market” for everything. Even uncommercialized areas such as the organ trade are booming. The more regulated and tabooed a market is, the higher is the business interest of even more dubious market participants. Prohibition individualizes profits and damages the community. Death being at the border to the “shadow realm” favors the “gray market” providers as well as the fact that health is a virtually priceless commodity. In a global-mobile world, solutions to ethical limit situations are not found in a federal legislation according to good Swiss principles. A human society cannot leave their members helpless in their primeval necessity of having to die. Medical treatment, no-more-treatment and death rituals all lie on an inevitable line and require clear standards. Individual creative will is worth protecting, but the hysteria surrounding death care which is often generated by consultants relates to consumer contracts with non-negligible protection requirements.

Praxis, S. 112–122: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 112–122 : Nouveautés en matière de fondations et d'intérêt général – nouvelles fondations, doctrine, décisions judiciaires

Practice, p. 112–122: News in the Field of Foundations and Common Public Interest – new Foundations, Legal Literature, Case Law

Harold Grüninger

Die vorliegende Zusammenfassung gibt einen Überblick über die Entwicklungen der Stiftungslandschaft in der Schweiz im Jahre 2010 unter Einschluss von neu errichteten Stiftungen, Literatur und Gerichtsentscheiden. Schwerpunkte bilden eine Auswahl von neu errichteten Stiftungen zu verschiedenen Themen. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid seine vielfach nicht verstandene Mehrwertsteuerrechtliche Praxis dargelegt, deren Auswirkungen durch eine inzwischen umgesetzte Gesetzesrevision gemildert, aber nicht beseitigt sind. Überdies hat das Bundesgericht einen klärenden Entscheid zu den Grenzen der Stiftungsaufsicht im Zusammenhang mit der Umsetzung des Stiftungszweckes gefällt.

Le résumé qui suit donne un aperçu sur les évolutions qui ont marqué, en Suisse, le paysage des fondations lors de l'année 2010, y compris les fondations nouvellement créées, la doctrine et les décisions judiciaires. L'essentiel est constitué d'une sélection de fondations nouvellement créées concernant différents thèmes. Le Tribunal fédéral a exposé sa pratique souvent mal comprise en droit fiscal concernant la taxe sur la valeur ajoutée dans une décision dont les effets ont depuis été atténués sans être pour autant supprimés par une révision législative. En outre, le Tribunal fédéral a rendu une décision éclairante sur les limites de la surveillance des fondations en rapport avec la réalisation de leur but.

This contribution presents a survey of the developments regarding foundations in Switzerland in 2010, including newly established foundations, legal literature and case law. The focus lies on a selection of newly established foundations serving various purposes. Furthermore, this contribution reports on landmark decisions by the Federal Administrative Court and the Federal Supreme Court concerning regulatory issues. The Swiss Federal Supreme Court has explained in a decision its widely-misunderstood VAT practice, the effects of which have been reduced but not eliminated by an amendment of the law now being implemented. Moreover, the Swiss Federal Supreme Court has clarified in a decision the limits of the supervisory body of Foundations in connection with the implementation of the foundations' purpose.

International, S. 150–163: Les effets de la scission successorale en droit suisse

International, p. 150–163 : Die Auswirkungen der Nachlassspaltung im Schweizer Recht

International, p. 150–163: The impact of estate division in Swiss law

Yvan Leupin

Lorsqu'une succession comporte un élément d'extranéité, l'articulation des règles de conflits successorales suisses et étrangères peut provoquer une scission de la succession. Si tel est le cas, la succession est alors divisée en deux ou plusieurs masses successorales soumises à des législations successorales matérielles différentes. Se pose dès lors la question de la relation entre ces masses, notamment quant aux droits des héritiers et à la répartition des dettes successorales. Ainsi, doit-on traiter ces masses de manière indépendante ou, au contraire, s'agit-il de régler la succession globalement, conformément au principe de l'unité de la succession? En dissociant la cause de la scission, selon qu'elle survient de manière volontaire ou involontaire, un système de rapport successoral permettrait de tenir compte, sous certaines conditions, des biens reçus à l'étranger lors du règlement successoral de la masse soumise au droit suisse.

Bei einem internationalen Erbfall kann das Zusammenspiel schweizerischer und ausländischer Kollisionsnormen eine Nachlassspaltung bewirken. In einem solchen Fall ist der Nachlass in zwei oder mehrere Teilnachlässe aufgespaltet, welche verschiedenen materiellen Erbrechten unterstellt sind. Folglich stellt sich die Frage der Beziehungen dieser Nachlassmassen untereinander, namentlich hinsichtlich der Ansprüche der Erben und der Verteilung der Erbschaftsschulden. Sollen diese Nachlassmassen unabhängig behandelt werden oder im Gegenteil, soll die Erbauseinandersetzung global, gemäss dem Einheitlichkeitsprinzip, erfolgen? Indem zwischen willentlicher und unwillentlicher Nachlassspaltung unterschieden wird, würde ein System der Ausgleichung unter bestimmten Voraussetzungen es ermöglichen, das im Ausland erhaltene Vermögen bei der Erbauseinandersetzung hinsichtlich des dem Schweizer Recht unterstellten Teilnachlasses zu berücksichtigen.

If there are foreign elements in an estate, the application of Swiss and foreign collision law rules can lead to a division of the estate. This being the case, the estate is split into two or more parts which are subject to different substantive laws. There then arises the question as to what the legal relationship governing these pools of assets is, particularly with respect to the rights of the heirs and the division of the inheritance debts. Likewise, whether these assets should be treated independently, or vice versa, whether the estate must be considered as a whole according to the principle of the unity of the estate. If a distinction is made based on the reason between voluntary and involuntary estate divisions, there is a transfer system allowing, under certain conditions, that goods received abroad can be taken into account in the estate division according to Swiss law.

Schwerpunkt, S. 183–188: Das Informationsrecht des Erben – die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen

Focus, p. 183–188: Le droit à l'information des héritiers – L'art de rendre compliqué ce qui est simple

Focus, p. 183–188: The information rights of the heirs – the art of making simple things complicated

Jean Nicolas Druey

Das Folgende versucht, das Recht des Erben auf Information von Miterben und Dritten, das in den letzten Jahren etwas aus dem Ruder gelaufen ist, auf den Punkt zu bringen. Hinter den konkreten Fragen erhebt sich die allgemeine Problematik der anscheinend nicht aufzuhaltenden Zunahme der Komplexität. Im juristischen Bereich, wie anderswo, wird heute sehr viel mehr geschrieben als noch vor zwei oder drei Jahrzehnten, und als Folge davon verlieren die einzelnen Beiträge den Blick auf das Ganze. Der ganze Fleiss, der in die Wissenschaft investiert wird, läuft darum Gefahr, kontraproduktiv zu sein: Statt der Verdeutlichung der wegleitenden Gesichtspunkte bewirken die fleissigen Bienen nur ein verwirrendes Geseumse. Das Gefühl nimmt überhand, dass es nur noch eine gültige Aussage gibt: «Alles ist umstritten.» So ist es aber durchaus nicht; unser Recht ist auch heute noch von anerkannten Wertungen und Prinzipien getragen. Sie zu finden setzt aber voraus, den *Mittelweg* zu erkennen zwischen kapriziöser Konzentration auf das Formelle und einer text-unabhängigen Suppe aus angeblichen Rechtszwecken. Die Schwierigkeit, die im vorliegenden Thema liegt, besteht dabei in der Notwendigkeit, recht weit in beide Richtungen zu gehen.

Ce qui suit tente de dégager l'essentiel en ce qui concerne le droit de l'héritier à l'information de la part de cohéritiers et de tiers, droit qui a donné lieu, ces dernières années, à quelques égarements. Au-delà des questions concrètes se profile la problématique générale d'une progressive et apparemment irrésistible complexité. Il y a dans le domaine juridique – comme ailleurs – de nos jours beaucoup plus de publications qu'il n'y en avait il y a encore deux ou trois décennies, avec pour conséquence que les différentes contributions perdent toute vue d'ensemble. Voilà pourquoi tout le travail qui est investi dans la recherche, court le risque d'être contre-productif: au lieu de clarifier les aspects dominants, les abeilles zélées ne produisent qu'un bourdonnement confus. L'impression l'emporte selon laquelle la seule assertion valable est: «tout est controversé». Mais ce n'est absolument pas le cas; notre droit repose encore et toujours sur des valeurs et des principes reconnus. Les identifier suppose cependant de trouver le moyen terme entre une focalisation capricieuse sur le plan formel et une soupe de prétendus buts juridiques qui ne repose pas sur le texte. La difficulté que soulève le présent sujet réside dans la nécessité d'aller assez loin dans les deux directions.

The following attempts to get to the heart of the matter concerning the right of the heir to get information from other heirs or third parties, which in recent years has got out of control. Behind the specific questions involved, the general issue is raised as to the apparently unstoppable increase in complexity. In the legal field, as elsewhere, today there is much more written on the subject than just two or three decades ago, and as a result, the individual articles lose sight of the whole picture. All the hard work that is invested into the science is in danger of counter-productivity. Instead of clarifying aspects of the guidelines the busy bees tend to produce only a confused hum. There is a rampant feeling that there is only one remaining statement that is valid: "Everything is controversial". But this is not at all the case; our law is still based on recognized values and principles. To find those it is necessary to recognize the middle ground between the capricious concentration on the formal aspects and a text-independent "soup" of alleged legal purposes. The difficulty of our topic is the necessity to go quite far in both directions.

Schwerpunkt, S. 189–202: Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...

Focus, p. 189–202: Droits à l'information en matière successorale ou: les fantômes que j'ai conjurés

Focus, p. 189–202: Inheritance law claims or: The spirits that I called

Andreas Schröder

Von den «gesetzgeberischen Mauerblümchen», als welche Druey die Informationsbestimmungen des Erbrechts in einem Aufsatz aus dem Jahr 1988 bezeichnet hat, hin zu «Informationsgeistern», die von den Zauberlehrlingen nur mehr schwer zu bändigen sind, liegen nur wenig mehr als 20 Jahre. Die Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung auf dem Gebiet der Informationsansprüche ist – gerade im Erbrecht – rasant und eindrucklich, wobei sich namentlich die Rechtsprechung ausgesprochen «informationsfreundlich» zeigt. Weniger beeindruckend sind leider vielfach die rechtlichen Begründungen, mit welchen Informationsrechte anerkannt werden, von einer systematischen juristischen Auseinandersetzung ganz zu schweigen.

Le parcours ayant conduit de la « tapisserie législative » (« gesetzgeberische[s] Mauerblümchen »), ainsi que Druey décrivait, dans un article en 1988, les dispositions du droit des successions sur le droit à l'information, aux « fantômes de l'information » qui ne sont plus que difficilement maîtrisables pour les apprentis sorciers, a duré à peine plus de 20 années. L'évolution de la doctrine et de la jurisprudence dans le domaine du droit à l'information est rapide et impressionnante, la jurisprudence notamment se montre particulièrement bienveillante en matière de droit à l'information. Malheureusement, les justifications juridiques de la reconnaissance du droit à l'information sont souvent moins convaincantes, sans parler d'une analyse juridique systématique.

Only slightly more than 20 years ago in an article written in 1988, Druey called the information provisions of inheritance law the path from “the legislative wallflower”, back to “information spirits” that are difficult to tame by the sorcerer’s apprentices. The developments in doctrine and practice in the field of information rights is – especially in inheritance law – rapid and impressive, whereby especially the court practice is “information friendly”. Unfortunately less impressive are often the legal reasons for the recognition of the information rights, not to mention a very systematic legal debate.

Praxis, S. 208–220: Erbrecht 2009–2011 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur Teil 1

Pratique, p. 208–220: Droit des successions 2009–2011 – Jurisprudence, législation, doctrine 1^{ère} partie

Practice, p. 208–220: Law of succession 2009–2011 – Case law, legislation, literature part 1

Paul Eitel

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; im Heft 4 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu : dans ce numéro seront résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans le prochain numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In this issue the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in issue 4 some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published “only” on the website of the court, as are the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature.

Erratum «successio Heft 2/11»

Im Inhaltsverzeichnis von Heft 2/11 wurde ein Beitrag bedauerlicherweise nicht aufgenommen. Es handelt sich um:

Rechtsprechung / Jurisprudence

Martin Lenz: Verfügungsfähigkeit trotz grundsätzlicher Urteilsunfähigkeit? BGE 5C.282/2006 138

Praxis, S. 221–237: Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erbrechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung: die unentgeltliche Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke an Nachkommen mit späterer Zuweisung zur Bauzone

Pratique, p. 221–237: Tensions entre le droit au gain et le rapport ainsi que la réduction du droit des successions: la transmission à titre gratuit d'immeubles agricoles à des descendants suivie d'un classement en zone à bâtir

Practice, p. 221–237: The dilemma between profit claim, inheritance equalization and reduction: the free transfer of agricultural land to the descendants with subsequent assignment to the construction zone

Franz A. Wolf

Werden landwirtschaftliche Grundstücke vererbt, so sieht das bürgerliche Bodenrecht (BGBB) von Gesetzes wegen ein Gewinnanspruchsrecht zu Gunsten der Erben vor. Bei einer lebzeitigen Übertragung solcher Grundstücke an einen Erben kann ein Gewinnanspruchsrecht vereinbart werden. Wird darauf verzichtet, so kommen die erbrechtlichen Bestimmungen des ZGB über die Ausgleichung und Herabsetzung zum Tragen. Der vorliegende Aufsatz beleuchtet das Spannungsverhältnis zwischen den erbrechtlichen Instituten der Ausgleichung und Herabsetzung einerseits und dem Gewinnanspruchsrecht andererseits. Mit Blick auf die rege Bautätigkeit in der Schweiz liegt der Fokus auf dem für das Gewinnanspruchsrecht bedeutenden Tatbestand der Einzonung von Bauland.

Le droit foncier rural (LDFR) prévoit, en cas de transmission successorale d'immeubles agricoles, un droit au gain d'origine légale au profit des cohéritiers. En cas de transmission entre vifs de tels immeubles à un héritier, un droit au gain peut faire l'objet d'une convention entre les parties. En cas de renonciation à celui-ci interviennent les règles successorales du CC sur le rapport et la réduction. La présente étude met en évidence les tensions entre les institutions successorales du rapport et de la réduction d'une part et le droit au gain d'autre part. Du fait de l'intense activité de construction en Suisse, l'accent sera mis sur l'événement décisif pour le droit au gain qu'est le classement en zone à bâtir.

If agricultural land is being inherited, the federal laws regulating the ownership and use of farmland (BGBB) stipulate that the heirs have the right in claiming profits. In an inter vivos transfer of such land to an heir, a claim for profit can be agreed upon. If this claim is waived, the provisions of the Civil Code concerning equalization (putting into hotchpot) and reduction (abatment) will be applied. This article highlights the tension between the institutions of inheritance law, namely equalization and reduction, on the one hand and the profit claim on the other hand. In view of the brisk construction activity in Switzerland, the focus is on the notion of zoning land for development which is relevant for the profit claim.

Schwerpunkt, S. 254–269: Neues Erwachsenenschutzrecht – Die neuen Bestimmungen im Erbrecht

Focus, p. 254–269 : Nouveau droit de la protection de l'adulte – Les nouvelles dispositions en droit des successions

Focus, p. 254–269: New adult protection law – The new provisions in the law of succession

Alexandra Zeiter

Der Beitrag beleuchtet die gemeinsam mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht am 1. Januar 2013 in Kraft tretenden Änderungen im Erbrecht. Während ein Teil dieser Anpassungen bloss redaktioneller Natur ist, kommt es auch zu eigentlichen Neuerungen. Hervorzuheben sind insbesondere die erweiterte Erbvertragsfähigkeit für urteilsfähige, aber verbeiständete Erblasser (Art. 468 nZGB) und die neu geschaffene Verfügungsart, in bestimmten Konstellationen eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anzuordnen (Art. 492a nZGB i.V.m. Art. 531 nZGB). Des Weiteren ist es neu möglich, einen Beistand zur allgemeinen Wahrung der Interessen für einen noch ungeborenen Erben einzusetzen (Art. 544 Abs. 1^{bis} nZGB), zudem nicht nur bei umfassender Beistandschaft, sondern bei jeder Beistandschaft, welche die Vermögensverwaltung umfasst, den Beistand beim Tod der verbeiständeten Person zum Erbschaftsverwalter zu ernennen (Art. 554 Abs. 3 nZGB).

Cette contribution met en lumière les modifications du droit des successions qui entreront en vigueur avec le nouveau droit de la protection de l'adulte le 1^{er} janvier 2013. A côté d'ajustements de simple nature rédactionnelle se trouvent de véritables nouveautés. Il convient de souligner en particulier l'extension de la capacité de conclure des contrats successoraux pour les *de cuius* capables de discernement mais sous curatelle (art. 468 nCC), et le nouveau mode de disposer consistant à ordonner dans certains cas une substitution fidéicommissaire pour le surplus (art. 492a nCC et art. 531 nCC). De plus, il est désormais possible de désigner un curateur pour la sauvegarde générale des intérêts d'un héritier conçu (art. 544 al. 1^{bis} nCC), ainsi que de nommer, au décès de la personne sous curatelle, le curateur comme administrateur de la succession, et non pas seulement en cas de curatelle de portée générale, mais pour toute curatelle englobant la gestion du patrimoine (art. 554 al. 3 nCC).

The article highlights the changes in inheritance law which, together with the new adult protection law, will enter into force on January 1, 2013. While some of these amendments are merely editorial in nature, there are also some actual changes. Of special note is the enhanced ability of the judicious testator placed under guardianship to execute inheritance contracts (Art. 468 new Swiss Civil Code [nSCC]) and the newly created method of disposition, to appoint a residual reversionary heir in certain constellations (Art. 492a nSCC in conjunction with Art. 531 nSCC). Furthermore, it is now possible to employ a guardian to defend the interests of a yet unborn heir (Art. 544 al. 1^{bis} nSCC), and moreover, not only with full guardianship, but with each guardianship, which extends to the asset management and the appointment of the guardian as administrator of the estate (Art. 554 al. 3 nSCC).

Praxis, S. 281–317: Erbrecht 2009–2011 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur Teil 2

Pratique, p. 281–317 : Droit des successions 2009–2011 – Jurisprudence, législation, doctrine

2^{ème} partie

Practice, p. 281–317: Law of succession 2009–2011 – Case law, legislation, literature part 2

Paul Eitel

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In Heft 3 wurden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; in diesem Heft werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans le troisième numéro ont été résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article, in terms of comprehensive review, informs about what has occurred, regarding the law of successions, during the reporting period. In volume 3, the leading cases of the Swiss Federal Supreme Court were summarized in chronological order. In this volume, selected decisions "only" published on the website of the Swiss Federal Supreme Court are dealt with thematically, and statutes and amendments, which have entered into force, respective projects and the published literature are presented.

Forum, S. 333–338: Erben und Erbschaftssteuern – Steuerdonnergrollen im Wahlherbst

Forum, p. 333–338: Successions et impôts sur les successions – Coup de tonnerre sur fond d'élections automnales

Forum, p. 333–338: Inheritance and estate taxes – Rolling thunder on tax in the fall election

Peter Breitschmid

Der erbrechtliche Vermögensübergang ist Universalsukzession und nicht eigentlich Handänderung – besteuert wird also ein unvermeidlicher Vermögensfluss, zudem bei gleichem Verwandtschaftsgrad kantonal unterschiedlich. Steuern sind gleichermaßen unangenehm wie unvermeidlich, weshalb über eine Reform (Harmonisierung) des kantonalen Erbschaftsteuerwesens nachgedacht werden müsste. Die pendente Volksinitiative ist allerdings in verschiedenster Hinsicht unausgereift, und es fragt sich, ob gut beraten ist, wer vor dem 31.12.2011 in nachlassplanerische Hektik verfällt (aber Achtung: die Initiative hat eine entsprechende Rückwirkungsklausel!).

Le transfert patrimonial par succession est succession universelle et non pas à proprement parler transmission de propriété – un flux patrimonial inévitable est donc imposé, de plus il est imposé en cas de même degré de parenté différemment selon les cantons. Les impôts sont aussi désagréables qu'inévitables, c'est pourquoi on devrait réfléchir à une réforme (une harmonisation) des impôts cantonaux sur les successions. L'initiative populaire pendante n'est pourtant sous certains aspects pas encore au point et il est douteux que celui tombant dans l'agitation de planification successorale avant le 31.12.2011 soit bien conseillé (mais attention: l'initiative contient une clause de rétroactivité!).

The transfer of property by inheritance is universal succession and not really a change of ownership – it is taxed as an inevitable flow of wealth, and moreover, within the same degree of relationship taxed differently from canton to canton. Taxes are equally unpleasant as inevitable, which gives reason to think about a reform of the cantonal estate tax system (harmonization). The pending people's initiative is, however, still in the early stage of development in many different ways and the question arises as to whether it is wise to fall into hectic estate planning before December 31, 2011 (but attention: the initiative has a respective retroactive clause!).

Schwerpunkt, S. 4–32: Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis

Focus, p. 4–32: Capacité de tester en droit successoral suisse – en particulier sous l’angle de la pratique du Tribunal fédéral

Focus, p. 4–32: Testamentary capacity under the Swiss inheritance law – with particular emphasis on the Federal Supreme Court practice

Regina E. Aebi-Müller

Die weitaus meisten Testamentsanfechtungen, die dem Bundesgericht zur Überprüfung vorgelegt werden, beschäftigen sich mit der Frage der Testierfähigkeit des Erblassers. Die nachfolgenden Ausführungen geben einen Überblick über die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung. Darüber hinaus wird versucht, das Konzept der Testierfähigkeit im medizinischen und rechtlichen Umfeld zu verorten. Der Artikel will darüber hinaus dem mit einer Verurkundung befassten Notar Hinweise zum Umgang mit dem in seiner Entscheidungskraft beeinträchtigten Klienten geben. Die Autorin vertritt die Auffassung, dass die Urteilsfähigkeit des Erblassers nicht vorschnell bejaht werden darf. Es genügt insbesondere nicht, dass der Erblasser sich in der Gegenwart und in seinem aktuellen Lebensumfeld einigermaßen zurechtfindet. Vielmehr bedarf es für die Testierfähigkeit auch eines minimalen Erinnerungsvermögens mit Bezug auf die eigenen Werte, wichtige Bezugspersonen und wesentliche Lebensstationen. Dies muss allerdings nicht auch bedeuten, dass dem geistig beeinträchtigten Erblasser die Möglichkeit einer Verfügung von Todes wegen vollständig genommen wird. Vielmehr schliesst sich die Autorin der in jüngerer Zeit vermehrt vertretenen Auffassung an, dass bei eingeschränkter Testierfähigkeit unter Umständen durch richterliches Gestaltungsurteil auf Teilaufrechterhaltung einer letztwilligen Verfügung erkannt werden kann. Ferner sollte, mindestens *de lege ferenda*, die Möglichkeit einer Auslegung bzw. gerichtlichen Ergänzung des Testaments gestützt auf den hypothetischen Erblasserwillen erwogen werden.

La plus grande partie des contestations de testaments qui sont soumises à l’examen du Tribunal fédéral portent sur la question de la capacité de tester du *de cuius*. Les développements ci-dessous donnent un aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Il sera également tenté de positionner le concept de capacité de tester du point de vue médical et juridique. Cet article a, en outre, pour objectif de donner au notaire chargé d’une authentification, des indications concernant la manière de procéder face à un client dont l’aptitude à prendre des décisions est altérée. L’auteure soutient l’opinion selon laquelle la capacité de discernement du *de cuius* ne doit pas être reconnue trop précipitamment. Il ne suffit pas, notamment, que le *de cuius* s’oriente à peu près dans le présent et dans sa vie quotidienne. Au contraire, la capacité de tester exige aussi une mémoire minimale de celui-ci quant à ses propres valeurs, aux personnes proches importantes, et aux étapes décisives de sa vie. Mais, ceci ne veut pas dire que toute possibilité de disposer à cause de mort soit retirée au *de cuius* dont les facultés intellectuelles sont altérées. Au contraire, l’auteure se joint à l’opinion, ces derniers temps de plus en plus soutenue, selon laquelle en cas de capacité limitée de tester, le maintien partiel d’une disposition de dernière volonté pourrait parfois être prononcé au moyen d’un jugement formateur. En outre, il faudrait, au moins *de lege ferenda*, examiner la possibilité d’une interprétation resp. d’une interprétation complétive (aussi «complément subjectif») judiciaire du testament reposant sur la volonté hypothétique du *de cuius*.

The vast majority of will contestations being submitted to the Federal Supreme Court deal with the issue of testamentary capacity of the testator. The following remarks provide an overview of the current federal-court jurisdiction. Furthermore, they attempt to localise the concept of testamentary capacity in the medical and legal environment. This article will also provide hints to those notaries involved in executing deeds on how to deal with clients who are impaired in their decision-making power. The author believes that the testamentary capacity must not be affirmed prematurely. It is in particular inadequate that the testator more or less finds his way to in the present and in his current living environment. On the contrary, for testamentary capacity a minimum memory capacity is necessary with respect to its own values, to important relatives and to significant life stages. This must however not mean that the mentally impaired testator is completely deprived from the opportunity of making a testamentary disposition. Rather, the author concludes, based on the increasingly held view in recent times, that in cases of limited testamentary capacity, under certain circumstances, the judge can hold a testamentary disposition as partially valid. Furthermore, at least *de lege ferenda*, the possibility should be considered whereby the judge may interpret resp. supplement the will based on the hypothetical will of the testator.

Praxis, S. 33–44: Schweizerische Zivilprozessordnung und Erbrecht – prozessuale Chancen und Alltagsfallen

Pratique, p. 33–44: Code de procédure civile et droit des successions – Chances d’ordre procédural et pièges quotidiens

Practice, p. 33–44: Swiss Code of Civil Procedure and Inheritance Law – Procedural opportunities and everyday traps

Thomas Weibel / Patrick Gerster

Das Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung bietet die Chance auf neue prozessuale Lösungen für erbrechtliche Streitkonstellationen. So hat namentlich das Summarverfahren in Fällen des klaren Rechts das Potenzial, in erbrechtlichen Auseinandersetzungen – von der Informationserteilung über die offensichtliche Ungültigkeit von Verfügungen bis hin zur Erbteilung – eine wichtige Rolle zu spielen. Auch das praktische Bedürfnis, im Rahmen nicht bloss der unstreitigen, sondern auch der streitigen Nachlassabwicklung vorgängige, partielle Erbteilungen zur Verteilung der Erträge vorzunehmen, hat mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung teilweise ein neues Instrumentarium erhalten. Umgekehrt hat die Schweizerische Zivilprozessordnung längst nicht alle Alltagsfallen, die schon unter dem bestehenden Recht bestanden, beseitigt. Sie schafft teilweise auch neue Fallen.

L'entrée en vigueur du Code de procédure civile offre des solutions procédurales nouvelles pour les situations successorales litigieuses. Notamment la procédure sommaire a, lorsque la situation juridique est claire, le potentiel pour jouer un rôle important dans les litiges d'ordre successoral – de la délivrance d'informations au partage en passant par les cas de nullité manifeste. De même, la nécessité pratique de procéder à des partages successoraux partiels anticipés pour la répartition des revenus, non pas uniquement lors de liquidations successorales amiables, mais aussi dans les cas conflictuels, a reçu en partie avec le Code de procédure civile un nouvel instrument. Au contraire, le Code de procédure civile est loin d'avoir éliminé tous les pièges, qui existaient déjà sous l'ancien droit. Il en crée parfois aussi de nouveaux.

The coming into force of the Swiss Code of Civil Procedure provides the opportunity for new procedural solutions for inheritance dispute constellations. As such, the summary procedure used in cases of clear laws has the potential to play an important role in inheritance disputes – starting from the issuance of information concerning the obvious invalidity of dispositions to the division of inheritance itself. The new Swiss Code of Civil Procedure has also provided a new instrument that addresses the practical need to execute prior, partial distributions in order to distribute inheritance, not only in the context of undisputed, but also for contested estate settlement. Conversely, the Swiss Code of Civil Procedure does not eliminate all everyday traps which had already existed under the old law. It even creates some new traps.

International, S. 72–78: Clause testamentaire et liberté du mariage – Une étude comparative basée sur l'affaire américaine *Shapira*

International, p. 72–78: Testamentarische Klauseln und Ehefreiheit – Rechtvergleichender Beitrag anhand des amerikanischen Falls *Shapira*

International, p. 72–78: Testamentary clause and freedom of marriage – A comparative study based on the American case *Shapira*

Anne-Sophie Papeil

Le droit de succéder, mais également de tester, est réglementé de manière différente suivant les pays. Les limitations à ce droit vont également varier, notamment en ce qui concerne l'appréciation de l'ordre public. Des arrêts récents américains nous ont poussés à nous interroger sur la validité des clauses testamentaires portant une restriction à mariage. Pour se faire il convient de se pencher sur les questions suivantes : la constitutionnalité de la clause, la compatibilité avec l'ordre public et les bonnes mœurs mais également la question du droit d'hériter.

Das Recht zu erben, aber auch die Testierfreiheit, ist je nach Land unterschiedlich geregelt. Die Einschränkungen dieser Rechte variieren ebenfalls, insbesondere hinsichtlich der Definition des *ordre public*. Neue amerikanische Urteile haben dazu veranlasst, die Gültigkeit eheinschränkender testamentarischer Klauseln zu prüfen. Dafür ist es zweckmässig, sich mit den folgenden Fragen auseinanderzusetzen: mit der Verfassungsmässigkeit solcher Klauseln, ihrer Vereinbarkeit mit dem *ordre public* und mit den guten Sitten, aber auch mit der Frage des Rechts zu erben.

The right to inherit, but also the right to make a will, is regulated differently from country to country. The limitations to these rights will also vary, especially in relation to the appreciation of the public policy. Recent American cases lead us to wonder whether a will clause restricting marriage is valid. To answer this question, it is necessary to address the following points: the constitutionality of the clause, its compatibility with public policy and morality but also the question of inheritance rights.

Schwerpunkt, S. 82–100: Motive und Tücken der Nacherbeneinsetzung

Focus, p. 82–100: Motifs et dangers de la substitution fidéicommissaire

Focus, p. 82–100: Motives and pitfalls of the designation of reversionary heirs

Kilian Wunder / Andreas Flückiger

Die Nacherbeneinsetzung ist – jedenfalls in der Theorie – ein interessantes Instrument, mit dem sich die unterschiedlichsten Ziele verfolgen lassen. In der Praxis weist die Nacherbeneinsetzung jedoch zahlreiche – oft übersehene – Tücken auf, von denen die wichtigsten dargestellt werden. Gleichzeitig werden Lösungsansätze aufgezeigt, welche zumindest gewisse Problembereiche entschärfen können. Die in der Nachlassplanung tätigen Personen haben im Rahmen ihrer Beratungs- und Aufklärungspflicht die Aufgabe, die Parteien auf die Risiken und allenfalls unerwünschten Folgen ihrer güter- und erbrechtlichen Dispositionen hinzuweisen. Bei der komplexen Struktur der Nacherbeneinsetzung kommt der Aufklärungs- und Abmahnungspflicht eine gesteigerte Bedeutung zu, da die Parteien die mit der Nacherbeneinsetzung verbundenen Tücken ohne eine ausführliche Beratung kaum erkennen können. Aus dem gleichen Grund sollten erbrechtliche Gestaltungen im Zweifelsfall nicht durch richterliche Auslegung zu Vor-/Nacherbeneinsetzungen erklärt werden, da sonst im Nachhinein bzw. rückwirkend eine komplexe Gefahrensituation geschaffen würde.

La substitution fidéicommissaire est – du moins en théorie – un instrument intéressant permettant de poursuivre les objectifs les plus divers. Dans la pratique, la substitution fidéicommissaire présente pourtant de nombreux dangers souvent ignorés, dont les plus importants seront traités ci-dessous. Des propositions pouvant désamorcer au moins certains secteurs à problèmes seront également mises en évidence. Les personnes chargées de planification successorale doivent dans le cadre de leur obligation de conseil et d'information attirer l'attention des parties sur les risques et au mieux les effets indésirables de leurs dispositions matrimoniales et successorales. La complexité structurelle de la substitution fidéicommissaire rend encore plus importantes les obligations d'information et de mise en garde, car les parties sans une consultation approfondie ne pourront guère percevoir les dangers liés à la substitution fidéicommissaire. C'est aussi pour cette raison que les dispositions successorales ne devraient pas, dans le doute, être interprétées par les tribunaux comme constituant des successions grevées ou des substitutions fidéicommissaires au risque de créer *a posteriori* resp. rétroactivement une situation complexe et dangereuse.

The designation of reversionary heirs is – at least in theory – a useful tool and can be used to different objectives. In practice, however, the designation of reversionary heirs has numerous – often overlooked – pitfalls, the most important of which are described. At the same time solutions are presented which may at least ease some problem areas. As part of their counseling and information duty, people working in the field of estate planning have the task of informing the parties of the risks and the possible adverse consequences of their marital property and estate dispositions. Within the complex structure attributed to the designation of reversionary heirs, the duty of giving information and urging caution is of increased importance as the effected parties are hardly capable of detecting the pitfalls associated with designation of reversionary heirs without detailed advice. For the same reason, courts should, in cases of doubt, not make judicial interpretation of testamentary dispositions as designations of provisional and reversionary heirships, since subsequently, or otherwise retrospectively, a complex emergency situation would be established.

Praxis, S. 101–110: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht

Pratique, p. 101–110: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique

Practice, p. 101–110: News in the Field of Foundations and Law of Common Public Interest

Harold Grüniger

Die vorliegende Arbeit beleuchtet Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht mit Schwerpunkt im Jahr 2011. Sie umfasst einige Zahlenangaben, eine Auswahl von neuen Stiftungen und Problemfällen und Hinweise auf Publikationen und die Gesetzgebung. Überdies hat das Bundesverwaltungsgericht einen bemerkenswerten Entscheid zur Frage gefällt, wann der zivilrechtliche Klageweg und wann die aufsichtsrechtliche Beschwerde gegen Entscheide des obersten Stiftungsorganes zu beschreiten ist.

Le résumé qui suit, donne un aperçu de l'actualité concernant le droit des fondations et d'autres organisations d'utilité publique en mettant l'accent sur l'année 2011. Il comprend quelques données statistiques, un choix de fondations nouvellement créées, des cas problématiques ainsi que des informations sur la doctrine récente et la législation. Le Tribunal fédéral administratif a rendu une décision qui mérite l'attention sur le point de savoir quand il faut, contre des décisions de l'organe suprême d'une fondation, procéder par voie d'action civile et quand par voie de plainte auprès de l'autorité de surveillance.

This contribution highlights some recent developments regarding foundations and other charitable organisations in Switzerland notably in (the year) 2011. It includes some statistical data, a selection of new foundations and explanations on problematic cases as well as comments on a number of new publications and developments in the law. Moreover, the Swiss Federal Administrative Court has rendered a remarkable decision on the issue of when it is appropriate to pursue a civil law suit or a complaint with the supervising authorities against a decision of the foundation board.

International, S. 116–153: Trusts im Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts

International, p. 116–153 : Trusts dans le champ d'application du droit des successions suisse
International, p. 116–153: Trusts within the scope of the Swiss inheritance law

Paul Eitel / Silvia Brauchli

Am 1.7.2007 trat auch für die Schweiz das Haager Übereinkommen vom 1.7.1985 über das auf Trusts anwendbare Recht in Kraft. Seither anerkennt unsere Rechtsordnung Trusts ausländischen Rechts umfassend. Allerdings sind Trusts deswegen nicht gänzlich vom Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts ausgenommen.

Le 1^{er} juillet 2007 est entrée en vigueur, également pour la Suisse, la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust. Depuis lors, notre système juridique reconnaît entièrement les trusts de droit étranger. Cependant, ils ne sont pas pour autant entièrement exclus du champ d'application du droit des successions suisse.

With effect from 1.7.2007 the Hague Convention of 1.7.1985 on the law applicable to trusts also came into force for Switzerland. Since then our legal system comprehensively recognizes foreign law trusts. Trusts are, however, not entirely excluded from the scope of Swiss inheritance law.

Vorschau auf «successio Heft 3/2012»

(Angaben ohne Gewähr)

■ **Les nouvelles controverses liées à l'application de l'art. 473 CC et l'influence de la quotité disponible réduite dans ce contexte**

Sabrina Carlin

■ **Erbschafts- und Schenkungssteuern in der Schweiz – ein Überblick
Teil 2: Interkantoniales und internationales Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht der Schweiz**

Peter Mäusli-Allenspach

Focus, p. 174–183 : Les nouvelles controverses liées à l'application de l'art. 473 CC et l'influence de la quotité disponible réduite dans ce contexte

Schwerpunkt, S. 174–183: Die neuen Streitfragen hinsichtlich der Anwendung von Art. 473 ZGB und der Einfluss des reduzierten verfügbaren Teils in diesem Zusammenhang

Focus, p. 174–183: New issues about the application of Art. 473 SCC and the influence of the reduced available rate in this context

Sabrina Carlin

L'adoption, le 5 octobre 2001, de la nouvelle teneur des al. 1 et 2 de l'art. 473 CC, qui fixe la fraction disponible en cas de legs d'usufruit au conjoint survivant en présence de descendants communs à un quart de la masse successorale, avait pour objectif de mettre un terme à la « querelle des Huitièmes ». L'art. 473 CC a effectivement donné lieu à de nombreuses contributions doctrinales, alors que le Tribunal fédéral n'a guère eu l'occasion de se prononcer sur cette disposition. La novelle du 5 octobre 2001 constitue la troisième tentative du législateur de mettre un terme aux incertitudes liées à l'application de cette disposition. Nonobstant ces efforts, l'insécurité juridique persiste à l'heure actuelle, en témoignent les récentes études parues sur le sujet. Celles-ci traitent de l'application de l'art. 473 CC en présence d'enfants communs et non communs, ainsi que de la prétention que le conjoint survivant peut élever s'il répudie le legs d'usufruit (généralement désignée par les termes « droit d'option du conjoint survivant »).

Die am 5. Oktober 2001 verabschiedete neue Fassung der Absätze 1 und 2 von Art. 473 ZGB, welche im Fall eines Nutzniessungsvermächnisses zugunsten des überlebenden Ehegatten bei Vorhandensein gemeinsamer Nachkommen den verfügbaren Teil auf einen Viertel des Nachlasses festsetzte, bezweckte die Beendigung des «Achtelstreits». Art. 473 ZGB war tatsächlich Gegenstand vieler Beiträge in der Lehre, obwohl das Bundesgericht kaum Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern. Die Novelle vom 5. Oktober 2001 war der dritte Versuch des Gesetzgebers, den Unsicherheiten hinsichtlich der Anwendung dieser Bestimmung ein Ende zu setzen. Trotz dieser Anstrengungen besteht die Rechtsunsicherheit weiterhin, wie die einschlägige neuere Literatur belegt. Diese behandelt die Anwendung des Art. 473 ZGB bei Vorhandensein gemeinsamer und nicht gemeinsamer Nachkommen sowie die Ansprüche des überlebenden Ehegatten, welcher das Nutzniessungsvermächnis ausschlägt (meist «Wahlrecht des überlebenden Ehegatten» genannt).

The new wording of paragraphs 1 and 2 of Art. 473 SCC, that were adopted on 5 October 2001, which, in the event of a usufruct legacy determine the available rate of a quarter of the estate in favor of the surviving spouse with common descendants, was intended to end the “eighth dispute”. Art. 473 SCC was in fact the subject of many contributions in the doctrine, even though the Swiss Federal Supreme Court had no opportunity to express their view. The amendment of 5 October 2001 was the third attempt by the legislature, to end uncertainties regarding the application of this provision. Despite these efforts, legal uncertainty persists, as evidenced by the relevant recent literature. The literature addresses the application of Art. 473 SCC in the context of both, common and uncommon descendants as well as the rights of the surviving spouse who rejects the usufruct legacy (usually called “the voting right of the surviving spouse”).

Praxis, S. 184–202: Erbschafts- und Schenkungssteuern in der Schweiz – ein Überblick

Teil 2: Interkantonales und internationales Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht der Schweiz

Pratique, p. 184–202: Aperçu sur les impôts suisses sur les successions et donations

Partie 2: Droit fiscal intercantonal et droit fiscal international de la Suisse en matière d'imposition des successions et donations

Practice, p. 184–202: Inheritance and gift tax in Switzerland – An Overview

Part 2: Inter-cantonal and international estate and gift tax laws of Switzerland

Peter Mäusli-Allenspach

Der Beitrag knüpft an den in successio 3/2010 publizierten Beitrag «Überblick über die schweizerischen Erbschafts- und Schenkungssteuern» des Autors an. In diesem zweiten Teil werden zunächst die Anknüpfungskriterien (Steuerdomizile), die Zuteilungsnormen und die Regeln für die Steuerauscheidung im interkantonalen Steuerrecht dargestellt. Dann geht der Autor auf die Vermeidung der Doppelbesteuerung im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ein. Als Beispiel für die Funktionsweise von Doppelbesteuerungsabkommen wird dabei jenes mit Deutschland beigezogen. Zur Illustration werden zum Abschluss drei kleine Fallbeispiele erläutert.

Cette étude se rattache à celle intitulée «Aperçu sur les impôts suisses sur les successions et donations» publiée par l'auteur au numéro 3/2010 de successio. Dans cette deuxième partie sont d'abord présentés les critères de rattachements (domiciles fiscaux), les normes d'attribution et les règles de répartition fiscale en droit fiscal intercantonal. Puis, l'auteur examine la manière d'éviter, dans les situations internationales, la double imposition en matière d'impôt sur les successions et les donations. Pour expliquer le fonctionnement des conventions de double imposition est utilisée comme exemple celle conclue avec l'Allemagne. A titre d'illustration, trois petits cas pratiques sont commentés.

This article ties in with the author's article published in successio 3/2010 "Swiss estate and gift taxes – an overview". In this second part the linking factors (tax domiciles), the allocation laws and the rules for the tax allocation in the inter-cantonal tax law are presented. The author then goes into detail regarding the avoidance of double taxation in inheritance and gift tax law in cross-border cases. As an example of the functioning of double tax treaties, the treaty with Germany is outlined. For illustration purposes, at the end three small case studies are discussed.

Vorschau auf «successio Heft 4/2012»

(Angaben ohne Gewähr)

- **Compte joint et clause d'exclusion des héritiers : de la difficulté de servir plusieurs maîtres**
Dominique Rochat / Philipp Fischer
- **Auskünfte des Willensvollstreckers gegenüber Erben**
Hans Rainer Künzle
- **Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung**
Franz A. Wolf

Focus, p. 240–255 : Compte joint et clause d'exclusion des héritiers: de la difficulté de servir plusieurs maîtres

Schwerpunkt, S. 240–255: Compte-joint-Vertrag und Erbausschlussklausel: die Bank als Dienerin mehrerer Herren

Focus, p. 240–255: The joint account agreement and the exclusion of the heirs of an accountholder: the Bank as servant of several masters

Dominique Rochat / Philipp Fischer

Cette contribution est consacrée aux droits et obligations découlant d'un contrat de compte joint et aux conséquences pratiques de la clause d'exclusion des héritiers. Si le compte joint est encore largement répandu dans le milieu bancaire suisse, les espoirs de ceux qui recourent à cette institution peuvent parfois être déçus. Le décès d'un cotitulaire d'un compte joint est susceptible d'engendrer d'épineux problèmes juridiques. La tâche qui consiste à aboutir à une solution respectueuse des intérêts des cotitulaires survivants, des héritiers du de cujus et, *last but not least*, de la banque est difficile. Après un bref rappel des principes juridiques applicables au contrat de compte joint, cette contribution analysera plus particulièrement la situation juridique de l'héritier d'un cotitulaire de compte joint. Cette contribution aborde également l'institution de la *joint tenancy*, un concept connu des ordres juridiques de *common law* et qui peut, dans certains cas, constituer un instrument juridique apte à atteindre le but recherché par les signataires d'une clause d'exclusion des héritiers.

Dieser Beitrag widmet sich dem *Compte-joint*-Vertrag und der Erbausschlussklausel. Die Erbausschlussklausel ist in der Schweizer Bankpraxis noch immer weit verbreitet. Die praktischen Konsequenzen einer solchen Klausel werden jedoch in der Lehre kontrovers diskutiert. Beim Tod des Inhabers eines *Compte joint* stellen sich zahlreiche Rechtsfragen. Es ist schwierig eine Lösung zu finden, die angemessen den Interessen der überlebenden Kontoinhaber, der Erben des verstorbenen Kontoinhabers und, *last but not least*, der Bank Rechnung trägt. Dieser Beitrag analysiert die auf den *Compte-joint*-Vertrag anwendbaren Rechtsprinzipien und die rechtliche Stellung des Erben eines Inhabers eines *Compte joint*. Dieser Text wird ebenfalls das *Common Law* Rechtsinstitut der *Joint Tenancy* vorstellen. Dieses Rechtsinstitut kann in bestimmten Fällen ein attraktives Instrument zur Nachlassplanung darstellen.

This contribution is dedicated to an analysis of the rights and obligations flowing from a joint account agreement and the legal consequences of a contractual provision excluding the heir of the holder of a joint account from any right with respect to the joint account. Such a provision can still be found in the contractual documentation used by some Swiss banks, even though the practical effects of such a clause are debated among legal scholars. The demise of the holder of a joint account triggers numerous difficult legal issues under Swiss law. In this context, it is difficult to find a solution which accommodates the interests of the surviving account holders, of the heirs of the deceased account holder and, *last but not least*, of the bank. After a brief summary of the legal principles applicable to a joint account agreement under Swiss law, this contribution focuses on the legal situation of the heir of a joint account holder. This contribution also discusses the common law institution of the *joint tenancy*, which, in certain instances, may constitute an attractive estate planning device.

Praxis, S. 256–279: Auskunftspflichten gegenüber Erben

Pratique, p. 256–279 : Devoir d'information à l'égard des héritiers

Practice, p. 256–279: Obligation to provide information to heirs

Hans Rainer Künzle

Die Auskunftspflicht von Dritten gegenüber den Erben ist in der Schweiz, in Liechtenstein, Österreich und Deutschland nur ansatzweise gesetzlich geregelt. Regelmässig werden die Bestimmungen, welche die Auskunft unter den Erben regeln, analog auch auf die Dritten angewendet oder es wird der Grundsatz von Treu und Glauben oder eine prozessuale Norm verwendet. Es wäre wünschbar, dass die Gesetzgeber diese Lücken schliessen. Zudem sind die Anforderungen für die Anfrage an eine Bank unterschiedlich streng. Es ist zu erwarten, dass die Praxis dies künftig noch angleichen wird.

Au Liechtenstein, en Suisse et en Autriche, le devoir d'information des tiers à l'égard des héritiers ne fait l'objet que d'une réglementation législative sommaire. Il est fait régulièrement application par analogie, aux tiers, des dispositions relatives à l'information entre héritiers, à moins qu'on ait recours au principe de loyauté et de confiance réciproque

ou que ne soit utilisée une norme procédurale. Il serait souhaitable que le législateur comble ces lacunes. De surcroît, les conditions pour les demandes de renseignements auprès des banques sont d'une exigence variable. Il faut s'attendre à ce que la pratique fasse dans l'avenir œuvre d'harmonisation en la matière.

The obligation to provide information to heirs is only partially regulated in Switzerland, Liechtenstein, Austria and Germany. The provisions that regulate the information among the heirs are consistently applied by analogy also to third parties, or the principle of good faith or a procedural norm are applied. It would be desirable that the legislature address these loopholes in the law. Moreover, the requirements for the disclosure of banking affairs are applied with different degrees of severity in the above mentioned countries. It is expected that court practice will converge this in the future.

Praxis, S. 280–287: Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Pratique, p. 280–287: La notion d'entreprise agricole à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Practice, p. 280–287: The concept of the agricultural enterprise in light of the case law of the Swiss Federal Supreme Court

Franz A. Wolf

Dem landwirtschaftlichen Gewerbe (Art. 7 BGG) kommt im landwirtschaftlichen Kontext eine zentrale Bedeutung zu, dient es doch als Referenzgrösse in verschiedenen Rechtsgebieten des öffentlichen und privaten Rechts. Die Gewerbestellung durch die Verwaltungsbehörde stellt ein komplexes Unterfangen dar, bei dem sich zahlreiche, bisweilen auch recht technische Fragen stellen können. Der vorliegende Aufsatz gibt zunächst einen Überblick über die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsobjekten des Grundstücks und des Gewerbes. Im zweiten Teil liegt der Fokus auf der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes.

La notion d'entreprise agricole (art. 7 LDFR), servant de référence dans divers domaines du droit public et privé, est d'une importance déterminante dans le contexte agricole. La constatation de l'existence d'une entreprise par l'autorité administrative est une opération délicate lors de laquelle de multiples questions, parfois très techniques, peuvent se poser. La présente étude donne en premier lieu une idée de l'importance de la distinction entre les deux objets de droit que sont l'immeuble et l'entreprise. En deuxième partie, il est mis l'accent sur la jurisprudence du Tribunal fédéral se rapportant à la notion d'entreprise agricole.

The agricultural enterprise (Art. 7 BGG) is of central importance in the agricultural context, as it serves as a benchmark in several legal areas of public and private law. The determination of an agricultural enterprise by the administrative authority is a complex undertaking where multiple questions arise, and sometimes also rather technical ones. This article first gives an overview of the importance of distinguishing between the two objects of the real estate law and the law of the agricultural enterprise. The second part focuses on the relevant case law of the Federal Supreme Court on the concept of the agricultural enterprise.

Vorschau auf «successio Heft 1/2013»

(Angaben ohne Gewähr)

■ Schwerpunkt: Gebühren und Kosten im erbrechtlichen Mandat

Andreas Baumann

■ Praxis: Willensvollstreckung – aktuelle Praxis 2011–2012

Hans Rainer Künzle



Focus, p. 5–22 : Gebühren und Kosten im erbrechtlichen Mandat**Schwerpunkt, S. 5–22: Emoluments et coûts en matière de mandat successoral****Focus, p. 5–22: Fees and costs in the inheritance law mandates****Andreas Baumann**

Erbrechtliche Streitigkeiten sind als vermögensrechtliche Auseinandersetzungen den kantonalen Streitwerttarifen unterworfen, die nach Massgabe des wirtschaftlichen Wertes anhand der Klagebegehren Gerichtskosten in unterschiedlicher Höhe hervorrufen. Bei den ordentlichen Verfahren kann der Streitwert in verschiedenen Fällen nicht schon dem Klagebegehren entnommen werden. Der Streitwert ergibt sich zuweilen erst im Laufe des Prozesses nach Abschluss des Beweisverfahrens, z.B. nach Vorliegen der entsprechenden Gutachten oder Bewertungen. In den summarischen Verfahren können die Gerichtskosten in der Regel nicht anhand des vollen Streitwertes bemessen werden. Hier fällt in erster Linie der zeitliche Aufwand der Gerichte ins Gewicht, wenn es darum geht, die Gerichtskosten festzulegen. Der Autor postuliert, dass in gerichtlichen Verfahren der Gerichtsaufwand transparent gemacht wird, indem der Stundenaufwand von Richtern und Gerichtsschreibern im Urteil festzuhalten ist. Die Gerichtskosten sind im Ergebnis am geleisteten Stundenaufwand zu messen. Die Gerichtskosten müssen dabei dem Äquivalenz- und dem Kostendeckungsprinzip standhalten. Es gilt, die Überprüfung der Einhaltung dieser Prinzipien durch die Angabe des Zeitaufwandes zu ermöglichen. Die heute üblichen Gerichtskosten können dazu führen, dass der Mittelstand, welcher nicht in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege gelangen kann, aus wirtschaftlicher Sicht schlechtere Möglichkeiten hat, einen erbrechtlichen Prozess zu führen, als der unentgeltliche Rechtspflege geniessende Kläger. Daraus ergibt sich das Postulat, die Gerichtskosten auf ein zumutbares Mass zu beschränken. Im Bereich des Erbrechts hat der Abschluss einer Rechtsschutzversicherung eine geringe Bedeutung, da die Anbieter solcher Versicherungen in der Schweiz die erbrechtlichen Verfahren zumeist ausklammern. Es bleibt lediglich die Möglichkeit der Prozesskostenfinanzierung durch einen entsprechenden Prozessfinanzierer. Schliesslich weist der Autor darauf hin, dass nach den Vorschriften des Preisüberwachungsgesetzes keine Möglichkeit besteht, kantonale Gerichtstarife auf ihre Marktkonformität zu überprüfen. Neben den Gerichtskosten entstehen in erbrechtlichen Prozessen auch Anwaltskosten. Bei einvernehmlichen Teilungen fallen die Kosten für den Willensvollstrecker an, welcher die Teilung vorbereitet. Diese Kosten können nicht ausschliesslich nach starren Streitwerttarifen bemessen werden. Massgebend neben dem zeitlichen Aufwand sind die Schwierigkeit, die Bedeutung der Angelegenheit sowie der Umfang der durch den Anwalt bzw. den Willensvollstrecker übernommenen Verantwortung.

Les litiges successoraux, en tant que différends de nature patrimoniale, sont soumis aux tarifs cantonaux qui fixent les frais judiciaires en fonction de la valeur économique déterminée par les conclusions de l'action. En ce qui concerne les procédures ordinaires, la valeur litigieuse peut, dans certains cas, ne pas pouvoir être déterminée grâce aux seules conclusions. La valeur litigieuse n'apparaît parfois qu'au cours du procès après l'administration des preuves, par exemple après les expertises et les évaluations correspondantes. En procédure sommaire, les frais judiciaires ne peuvent généralement pas être fixés en s'appuyant sur la totalité de la valeur litigieuse. Dans ce cas, c'est avant tout le temps investi par le tribunal qui est pris en considération pour fixer les frais judiciaires. L'auteur demande qu'en matière de procédure judiciaire la transparence concernant le temps consacré par le tribunal soit faite en imposant la transcription dans la décision du nombre d'heures qui y ont été consacrées par les juges et greffiers. Les frais judiciaires doivent donc être fixés en fonction des heures effectuées. Les frais judiciaires ne doivent pas non plus contredire le principe de l'équivalence et celui de la couverture des coûts. Il s'agit de permettre, grâce à l'indication du temps investi, une vérification du respect de ces principes. Les frais judiciaires qui ont cours habituellement, peuvent réduire pour des raisons économiques les chances de la classe moyenne ne pouvant pas profiter de l'aide judiciaire, par rapport au demandeur bénéficiant de cette aide, de mener un procès en matière successorale. Il en résulte la nécessité de limiter les frais judiciaires à ce qui est de l'ordre du raisonnable. La souscription d'une assurance de la protection juridique a, dans le domaine du droit des successions, peu de sens puisqu'en Suisse les prestataires proposant ces assurances excluent la plupart du temps les procédures relevant du droit des successions. Il ne reste comme possibilité que le financement de procès par un tiers financier. Enfin, l'auteur fait observer que les dispositions de la loi fédérale concernant la surveillance des prix ne permettent pas de vérifier la conformité au marché des tarifs des frais judiciaires cantonaux. Outre des frais judiciaires, les procès relevant du droit des successions génèrent des frais d'avocat. En cas de partage amiable, la préparation du partage par l'exécuteur testamentaire occasionne des frais. Ces frais ne peuvent être exclusivement fixés d'après des tarifs rigides s'appuyant sur la valeur litigieuse. Outre le temps consacré, la difficulté et l'importance de l'affaire ainsi que l'étendue de la responsabilité supportée par l'avocat resp. l'exécuteur testamentaire sont déterminants.

Inheritance law disputes are, as proprietary disputes, subject to cantonal rates based on the amounts in dispute that produce court costs of varying size in proportion to the economic value of the plaintiff's claim. In the due process of law the amount in dispute can be taken out of the plaintiff's claim in several cases. Sometimes the amount in dispute arises only in the course of the process after completion of the proof-proceedings, for example after presentation of the respective expert opinions or valuations. In summary proceedings, the court costs generally cannot be calculated based on the full amount in dispute. Here, the time spent by the courts is important in the first place when it comes to defining the court costs. The author postulates that courts shall make transparent their effort in court proceedings by reporting in their judgment the hours of work undertaken by judges and court clerks. The court costs are to be determined based on the number of hours worked. Court costs have to be in line with the principles of equivalence and cost recovery. The aim is to enable the verification of compliance with these principles by specifying the time required. Today's standard court costs can lead to the result that middle class people who cannot ask for free legal aid, from an economic point of view, have less possibilities to conduct an inheritance law suit, than a plaintiff who can ask for legal aid. This results in the postulate to limit the court costs to an acceptable degree. In the field of inheritance law the conclusion of a legal expense insurance is of little importance, as the provider of such insurances in Switzerland mostly exclude inheritance proceedings. The only remaining possibility is legal funding by a respective process funder. Finally, the author points out that according to the provisions of the Price Control Act, there is no way to check cantonal court rates on their market conformity. In addition to the court costs, inheritance proceedings generate legal fees. Mutual divisions of the estate include the costs of the executor who prepares the division. These costs cannot be measured solely by rigid dispute amount rates. The determining factors, in addition to the time spent, are the difficulty and the importance of the matter and the extent of the responsibility which the attorney resp. the executor bears.

Praxis, S. 23–34: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2011–2012)

Pratique, p. 23–34 : Pratique actuelle en matière d'exécution testamentaire (2011–2012)

Practice, p. 23–34: Current practice concerning the executor (2011–2012)

Hans Rainer Künzle

Die Dissertationen von Markus Pichler und Marc Antonio Iten haben im Bereich des Prozessrechts und der Haftung des Willensvollstreckers Neuland betreten und leisten wertvolle Aufbauarbeit. Die Neuauflage des Basler Kommentars hat einige neue Aspekte beleuchtet, etwa den Umgang mit Privatakten oder die Anlagestrategie. In der Gerichtspraxis stehen seit dem Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung vermehrt Fragen des Prozessrechts im Vordergrund (insbesondere die Rechtsmittel im Aufsichtsverfahren). Ein Dauerbrenner ist und bleibt das Beschwerdeverfahren gegen den Willensvollstrecker (wegen Pflichtverletzungen und fehlender Vertrauenswürdigkeit).

Les thèses de doctorat de Markus Pichler et Marc Antonio Iten, en matière de droit procédural et de responsabilité de l'exécuteur testamentaire, abordent des domaines encore peu connus et accomplissent un travail d'édification précieux. La nouvelle édition du Commentaire bâlois fait la lumière sur certains aspects nouveaux, comme le maniement des pièces privées et la stratégie d'investissement. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile, de plus en plus de questions de droit procédural occupent le premier plan de la pratique judiciaire (en particulier les recours dans les procédures de surveillance). La procédure de recours contre l'exécuteur testamentaire (pour violation de ses devoirs ou son manque de fiabilité) continue à soulever des difficultés.

The theses of Markus Pichler and Marc' Antonio Iten have entered into new territory in the field of procedural law and the liability of the executor, and they provide valuable development work. The new edition of the Basle commentary has examined some new aspects, such as the handling of private files or investment strategy. Since the entry into force of the new Swiss Code of Civil Procedure, the judicial practice increasingly focuses on issues of procedural law (in particular the appeal in the supervisory procedure). A perennial favorite is, and will remain, the complaints procedure against the executor (for neglect of duty and lack of trustworthiness).

Praxis, S. 35–43: Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?

Pratique, p. 35–43: Le mandat pour cause d'incapacité, une solution au dilemme de confiance de la clientèle bancaire ?

Practice, p. 35–43: Precaution mandate as a solution for the trust dilemma of bank customers?

Daniel Stoll

Bankkunden streben vielfach an, zu Lebzeiten ausschliessliche Kontrolle über ihr Bankvermögen zu behalten. Gleichzeitig aber haben sie oft auch feste Vorstellungen darüber, wie das Vermögen im Falle ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit zu verwalten wäre. Diese beiden Zielsetzungen stehen miteinander in Konflikt. In der Bankpraxis versuchte man in der Vergangenheit diesem Zielkonflikt mit unterschiedlichen Methoden zu begegnen, teilweise unter Zuhilfenahme von Konstruktionen, die den Praxistest nicht bestanden. Der Beitrag zeigt die Ausgestaltung sowie Vor- und Nachteile solcher, in der Bankpraxis verwendeter Planungsinstrumente auf. Seit dem 1. Januar 2013 offeriert das Erwachsenenschutzrecht den Vorsorgeauftrag. Dieser erlaubt uns, bestimmte Belange unserer Vermögensvorsorge und -verwaltung für den Fall unserer Urteilsunfähigkeit in die Hände von Drittpersonen zu geben. Der vorliegende Beitrag geht den Fragen nach, wie der Vorsorgeauftrag in der Bankpraxis voraussichtlich Beachtung finden und umgesetzt wird sowie ob er das Vertrauensdilemma der Bankkunden zu lösen vermag.

Il est fréquent que la clientèle des banques aspire à garder de son vivant un contrôle exclusif sur ses avoirs bancaires. Mais, elle a souvent en même temps une idée bien déterminée de la manière dont ce patrimoine devrait être géré en cas d'incapacité de discernement. Ces deux objectifs sont contradictoires. Par le passé, la pratique bancaire a tenté de remédier à cette contradiction au moyen de différentes méthodes, en partie en s'aidant de constructions qui n'ont pas résisté à l'épreuve de la pratique. Cet article met en évidence l'agencement ainsi que les avantages et les inconvénients de ces instruments de planification utilisés dans la pratique bancaire. Depuis le 1^{er} janvier 2013, le droit de la protection de l'adulte met à notre disposition le mandat pour cause d'incapacité. Celui-ci nous permet, pour le cas d'incapacité de discernement, de confier à des tierces personnes certaines affaires relevant de la prévoyance en matière patrimoniale et de la gestion patrimoniale. La présente contribution traite des questions de savoir comment le mandat d'incapacité sera pris en compte et appliqué dans la pratique bancaire, et comment il peut résoudre le dilemme de confiance des clientèles bancaires.

Bank customers often strive to keep exclusive control over their bank assets during their lifetime. At the same time, however, they often have fixed ideas how the assets should be managed in the event of their own incapacity. These two goals are in conflict with each other. In the past, bank practice tried to respond to this conflict with different methods, sometimes with the help of structures which did not pass the practical test. The article shows the design and the advantages and disadvantages of such planning tools being used in bank practice. Since 1 January 2013, the adult protection law offers the precautionary mandate, which allows us to hand over specific interests in our asset protection and management into the hands of third persons in the event of our incapacity. The present article deals with the questions of how the precaution mandate will be observed and implemented in banking practice, and whether it is able to solve the trust dilemma of bank customers.

Vorschau auf «successio Heft 2/2013»

(Angaben ohne Gewähr)

- **Der schweizerisch-amerikanische Erbfall**
Tina Wüstemann / Raphael Cica
- **Interessenkonflikte in erbrechtlichen Mandaten**
Balthasar Bessenich



Schwerpunkt, p. 90–115 : Minderjährige Erben

Focus, S. 90–115: Les héritiers mineurs

Focus, p. 90–115: Minor heirs

Annasofia Kamp / Peter Breitschmid

Nachkommen sind die nächsten gesetzlichen Erben, uneingeschränkt berechtigt, möglicherweise aber noch nicht volljährig. Das impliziert vielfältige Abstimmung, im Rahmen elterlicher Vermögenssorge, insbesondere bei Alleinsorge nach Hinschied eines Elternteils und konfliktuellen Verhältnissen unter den Eltern. Die per 1.1.2013 im Rahmen der Revision des Erwachsenenschutzrechts in Ergänzung von Art. 408 Abs. 3 ZGB erlassene bundesrätliche Verordnung über die Anlage und Aufbewahrung von Beistandschaftsvermögen (VBVV) gibt Anlass, die dortigen Grundsätze auch auf ihre Eignung für andere gesetzliche Fremdverwaltungssituationen zu prüfen. Zentrales Augenmerk liegt dabei auf dem Umstand, dass auch Vermögensverwaltung persönliche Anliegen zu berücksichtigen hat, mithin zwar unabhängig und unter strikten Effizienz Gesichtspunkten zu führen ist, aber doch ideale Aspekte des verwalteten Vermögens (etwa den erbrechtlichen Anspruch auf den Nachlass in natura, Rücksichtnahme bei besonderen Gegenständen, Art. 610, 613 ZGB) zu berücksichtigen hat.

Les descendants sont les héritiers légaux les plus proches des ayants droit qui sont appelés à succéder sans restriction alors qu'ils peuvent ne pas encore être majeurs. Ceci implique une coordination soutenue, dans le cadre de la gestion patrimoniale parentale, en particulier en cas de décès de l'un des parents ou de relations conflictuelles entre ceux-ci. L'ordonnance du Conseil fédéral sur le placement et la préservation du patrimoine des personnes en curatelle (OGP), adoptée le 1^{er} janvier 2013 dans le cadre de la révision du droit de la protection de l'adulte et complétant l'art. 408 al. 3 CC, est l'occasion de vérifier l'adéquation des principes s'y trouvant énoncés avec d'autres situations de gestion patrimoniale par des tierces personnes en vertu d'une disposition législative. L'attention doit être fixée sur le fait que la gestion de patrimoine aussi, doit prendre en compte les préoccupations d'ordre personnel, qu'elle doit, en conséquence, certes être accomplie de façon indépendante et en fonction de considérations de stricte efficacité, mais qu'elle doit quand même tenir compte d'aspects idéels spécifiques au patrimoine géré (par exemple le droit à succéder in natura, la prise en considération pour l'attribution de certains objets, art. 610, 613 CC).

Descendants are the next legal heirs, fully entitled, but possibly not of full age. This implies diverse coordination in the context of parental care for the wealth, especially in case of sole care after passing away of a parent, and in case of conflictual relationships among the parents. The Federal Council Regulation on the establishment and conservation of guardianship assets (VBVV), which was adopted in the context of the revision of the adult protection law, and in addition to Art. 408 par. 3 CC by 1.1.2013, gives reason to examine these principles as to their suitability for other legal third-party management situations. The central focus lies on the fact that asset management has to take into account personal concerns, and therefore, it has to be independent and must be run under a strict efficiency perspective, but must also consider non-material aspects of the wealth under management (for example the inheritance claim on the estate in kind or consideration for special items, Art. 610, 613 CC).

Praxis, S. 116–127: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 116–127 : Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – Nouvelles fondations, doctrine, décisions

Practice, p. 116–127: News in the Field of Foundations and Law of Common Public Interest – New Foundations, Literature, Decisions

Harold Grüninger

Die vorliegende Arbeit gibt einen punktuellen Überblick über die Stiftungslandschaft in der Schweiz im Berichtsjahr 2012. Sie führt einige illustrative Beispiele neu errichteter und aus dem Handelsregister gelöschter Stiftungen an und gibt einen Überblick über Publikationen zum Stiftungsrecht. Es folgen zwei wichtige Gerichtsentscheide. Das Bundesgericht hat über die Steuerbefreiung eines Meditations- und Pensionsbetriebes im Spannungsverhältnis insbesondere zur Wettbewerbsneutralität entschieden. Thema des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichtes ist das Ermessen des Stiftungs-

rates, in einer komplexen erbrechtlichen Auseinandersetzung einen Vergleich abzuschliessen, und das Ermessen der dagegen von einem unterlegenen Stiftungsrat angerufenen Aufsichtsbehörde.

Le présent article donne, point par point, un aperçu du paysage suisse des fondations pour l'année 2012. Il donne quelques exemples illustratifs de fondations nouvellement créées et radiées du registre du commerce, ainsi qu'un tour d'horizon des publications en matière de droit des fondations. Deux décisions judiciaires importantes sont ensuite relatées. Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur l'exonération fiscale d'une activité de méditation avec hébergement en particulier au regard la neutralité concurrentielle. La décision du Tribunal administratif fédéral porte sur le pouvoir d'appréciation du conseil de fondation pour transiger dans un litige successoral complexe, et sur celui de l'autorité de surveillance saisie par le conseil de fondation subissant cette décision.

The present paper is a selective survey of the foundation landscape in Switzerland in the year 2012. It leads to some illustrative examples of newly constructed foundations and those that have been deleted from the Commercial Register, and provides an overview of publications on foundation law. Following on from this, there are two important court decisions. The Federal Supreme Court has ruled on the tax exemption of a Meditation and Pension enterprise that was impacted by a relationship of tension particularly with regard to its competitive neutrality. The topic of a decision of the Federal Administrative Court was the discretion of a Foundation Board to enter into a settlement agreement in a complex inheritance dispute, and the discretion of the supervisory authority when called by an inferior/weaker member of the foundation board.

Praxis, S. 128–133: Interessenkonflikte in erbrechtlichen Mandaten

Pratique, p. 128–133 : Conflits d'intérêts dans les mandats successoraux

Practice, p. 128–133: Conflict of interest in inheritance law mandates

Balthasar Bessenich

Das Thema der Interessenkonflikte in erbrechtlichen Mandaten wird in der Literatur zum Anwaltsrecht kaum thematisiert. Anwaltliche Arbeit im Bereich des Erbrechtes ist oft Personen anvertraut, denen die Mandanten besonders viel Vertrauen schenken. Recht häufig ist der in anderen Mandaten bewährte Anwalt prädestiniert dafür, dass man zu ihm auch mit den persönlichen erbrechtlichen Problemen kommt. Das persönliche wie fachliche Vertrauen der Klientschaft in ihre Anwältin über längere Zeit schadet dann nicht, wenn dabei Interessensphären nicht übersprungen werden. Wegen des Sachverhalts erbrechtlicher Mandate liegt es auch nahe, dass sich die Mitglieder einer Familie an die Anwältin oder den Anwalt in der Familie wenden. Zu Vermischungen von Interessensphären kann es auch kommen, wenn in einer Familie mehrere Erbgänge nicht durch Erbteilungen bereinigt wurden und sich so mehrere güter- und erbrechtliche Auseinandersetzungen überlagern und noch zu vollziehen sind. Schliesslich wird in Laientestamenten den Aspekten von Interessenkollisionen immer wieder nicht gebührend Rechnung tragen, denn die Interessenkollision in ihrer Ausprägung als Klientenverrat wird von Laien ex ante leicht übersehen.

Le sujet des conflits d'intérêts dans les mandats successoraux est à peine traité par la doctrine relative au droit de la profession d'avocat. Le travail de l'avocat dans le domaine du droit des successions est souvent confié à des personnes auxquelles les mandants accordent une confiance particulièrement grande. Très souvent, l'avocat qui a fait ses preuves lors d'autres mandats est prédestiné pour le règlement des problèmes personnels d'ordre successoral. Une confiance de longue date de la clientèle envers la personne et les compétences professionnelles de son avocate n'est pas préjudiciable tant que des sphères d'intérêts ne sont pas franchies. En raison de l'état des choses, il est également facile à concevoir que les membres d'une famille s'adressent à l'avocate ou l'avocat de la famille. Il peut aussi apparaître des mélanges dans les sphères d'intérêts en présence de plusieurs successions non partagées dans une même famille si bien que plusieurs liquidations, de régime matrimonial et de succession, se superposent et sont encore à effectuer. Enfin, il n'est souvent pas suffisamment tenu compte dans les testaments de non professionnels de l'aspect conflit d'intérêts, car le conflit d'intérêts sous sa forme de déloyauté envers la clientèle passe ex ante facilement inaperçu aux yeux des non professionnels.

The topic of conflicts of interest in inheritance law mandates is rarely discussed in literature pertaining to the Legal Profession. Legal work in the area of inheritance law is often entrusted to people to whom clients place a great deal of trust. Quite often, for the lawyer who has a legal background in other areas, it is predestined that a client will come to him to deal with personal problems of inheritance. The personal and professional confidence placed by clients in their long time lawyer is not harmful, provided that the spheres of interest are not skipped. Due to the factual circumstances of in-

inheritance mandates, it is obvious that the members of a family will tend to contact their family lawyer. Spheres of interest may be convoluted when in a family several estates have not been cleaned out by distributions, and then several divisions of the matrimonial and estate property may overlap each other, and will subsequently then have to be dealt with. Finally, last wills drafted by the non-specialist layman very often do not adequately take into account the issue of conflicts of interest, because the conflict of interest itself, in its manifestation as a betrayal of the client, is ex ante easily overlooked by a layman.

International, S. 161–182: Der schweizerisch-amerikanische Erbfall

International, p. 161–182: Succession suisse-américaine

International, p. 161–182: The Swiss-American succession case

Tina Wüstemann / Raphael Cica

Die Nachlassplanung in schweizerisch-amerikanischen Erbfällen ist besonders komplex, da das Erb- und Steuerrecht der Schweiz und der USA unterschiedlich ausgestaltet sind. Erschwerend kommt hinzu, dass jeder Bundesstaat sein eigenes Kollisionsrecht anwendet und auch das materielle Erb- und Güterrecht unterschiedlich ausgestaltet ist. Bezüglich schweizerisch-amerikanische Erbfälle sind Art. V und Art. VI des Freundschafts-, Niederlassungs-, Handels- und Auslieferungsvertrages vom 25. November 1850 beachtlich. Der Staatsvertrag wird von der Schweiz und den USA unterschiedlich angewendet und von den US-Gerichten zum Teil ganz ignoriert. Nach schweizerischer Interpretation des Staatsvertrages wird für die materielle Erbfolge (*succession*) die Zuständigkeit und das anwendbare Recht betreffend Mobilien am letzten Wohnsitz des Erblassers und für Immobilien am Ort der gelegenen Sache angeknüpft, was im Gegensatz zur Regelung unter schweizerischem IPRG zu einer Nachlassspaltung führt. Das Eröffnungsstatut wird gemäss einem Bundesgerichtsentscheid vom Anwendungsbereich des Staatsvertrages nicht erfasst. Da die US-Staaten die Qualifikation des Nachlassverfahrens (*administration*) sehr weit fassen und auch Tatbestände des schweizerischen Erbstatuts dazu zählen, führt dies oftmals zu Konflikten in der Nachlassabwicklung. Die US-Gerichte haben sich mehrfach für die Zulässigkeit der *professio iuris* von US-Bürgern mit Wohnsitz in der Schweiz ausgesprochen. Das Bundesgericht hat sich bisher zu dieser Frage noch nicht geäußert, jedoch haben sich das Bundesamt für Justiz und die schweizerische Lehre für die Zulässigkeit der *professio iuris* ausgesprochen. Der Artikel befasst sich im Übrigen mit Nachlassplanungsmöglichkeiten bei schweizerisch-amerikanischen Erbfällen (insbesondere bei Verwendung von Trusts), erbschaftssteuerrechtlichen Aspekten sowie der Rechtstellung des Willensvollstreckers (*executor*) in den USA und der Schweiz.

La planification successorale en matière de successions suisses-américaines est particulièrement complexe, car le droit des successions et le droit fiscal de la Suisse et des Etats-Unis sont très différents. A cette complexité s'ajoutent l'application par chaque Etat américain de ses propres règles de conflits ainsi que les différences de structure des droits matériels des successions et des régimes matrimoniaux. Concernant les successions suisses-américaines, il faut tenir compte des articles V et VI de la Convention d'amitié, d'établissement, de commerce et d'extradition du 25 novembre 1850. La Suisse et les Etats-Unis n'appliquent pas ce traité de la même manière et parfois, les tribunaux américains l'ignorent tout à fait. D'après l'interprétation suisse du traité, le rattachement en matière de dévolution successorale matérielle (*succession*), de compétence ainsi que de droit applicable aux meubles est celui du dernier domicile du défunt, et le rattachement concernant le droit applicable aux immeubles est celui du lieu de situation du bien, ce qui, au contraire de la règle issue de la LDIP suisse, conduit à une scission. Selon une décision du Tribunal Fédéral, le statut de l'ouverture de la succession ne fait pas partie du domaine d'application du traité. Comme les Etats américains ont une conception très large des mesures relatives au règlement de la succession (*administration*) et y soumettent des éléments relevant du statut successoral suisse, il en résulte souvent des conflits lors de la liquidation successorale. Les tribunaux américains se sont prononcés de façon réitérée en faveur de la licéité de la *professio iuris* de citoyens américains ayant leur domicile en Suisse. Le Tribunal Fédéral ne s'est jusqu'à présent pas exprimé sur ce point, mais l'Office fédéral de la justice et la doctrine suisse se sont prononcés en faveur de la licéité de la *professio iuris*. Cet article traite, par ailleurs, des instruments de planification successorale dans les successions suisses-américaines (notamment de l'utilisation des trusts), des aspects du droit fiscal successoral et du statut de l'exécuteur testamentaire (*executor*) aux Etats-Unis et en Suisse.

Estate Planning in Swiss-American succession cases is particularly complex because the inheritance and tax laws of Switzerland and the United States of America have different characteristics. To make matters even worse, each State uses its own conflict of laws statute and also the marital property and inheritance law are designed differently. Regarding Swiss-American succession cases, Article V and Article VI of the Treaty of 25 November 1850 concerning Friendship, Residence, Commerce and Extradition are worthy of note. Switzerland and the United States apply the treaty differently and U.S. courts tend to completely ignore the treaty in some cases. According to Swiss interpretation of the treaty, the cog-

nizance for questions pertaining to the material order upon *succession*, and the jurisdiction and the applicable law concerning movables is made at the last domicile of the deceased and, concerning real estate, at the location of the property, resulting in a scission, in contrast to the regulation under Swiss PILA. According to a Federal Supreme Court decision the opening statute is not covered by the treaty. As U.S. states define the qualifications of the inheritance proceedings (*administration*) very broadly, and include requirements of the succession statute according to Swiss law, this often leads to conflicts in the settlement of succession cases. On several occasions, the U.S. courts have confirmed that the *professio juris* by U.S. citizens being resident in Switzerland is admissible. The Federal Supreme Court has not decided on this question yet, however the Federal Office of Justice and the Swiss doctrine have pronounced that the *professio juris* will be admitted. The remainder of the article deals with estate planning options in Swiss-American succession cases (in particular by using trusts), estate tax aspects and the legal status of the *executor* in the U.S. and Switzerland.

Vorschau auf «*successio* Heft 3/2013»

(Angaben ohne Gewähr)



■ Darlehen – Schenkung – Vorempfang

Paul Eitel

■ Der schweizerisch-spanische Erbfall

Alexandra Maeder

Schwerpunkt, p. 202–219: Darlehen – Schenkung – Vorempfang

Focus, S. 202–219: Prêt – Donation – Avancement d'hoirie

Focus, p. 202–219: Loan – Gift – Advancement

Paul Eitel

Darlehen und Schenkungen sind im Obligationenrecht nicht dasselbe, unterliegen aber im Erbteilungsrecht beide einer spezifischen Anrechnung. Daher ist sogar umstritten, ob es sich bei Vorempfängen nun um Darlehen oder um Schenkungen handle. Zudem kann in der Erbteilung die Anrechnung von Darlehen zu gleichen Ergebnissen führen wie die Anrechnung von Schenkungen. Dennoch ist aber auch in diesem Kontext zwischen Darlehen und Schenkungen zu unterscheiden.

Les prêts et les donations ne sont pas la même chose en droit des obligations, mais ils sont tous deux soumis, en droit du partage successoral, à des règles spécifiques de rapport en moins prenant. C'est pourquoi la controverse va jusqu'au point de savoir s'il s'agit, pour les avances d'hoirie, de prêts ou de donations. En outre, lors du partage successoral, le rapport en moins prenant des prêts peut conduire à des résultats identiques à celui des donations. Il faut néanmoins, même dans ce contexte, distinguer les prêts des donations.

Loans and gifts are not the same in the Code of Obligations, but are both subject to a specific abatement in the division of an estate. Hence, it is in fact controversial, as to whether advancements are treated as loans or donations. Moreover, the abatement of loans can lead to the same results as those of donations. Nevertheless, in this context it is necessary to differentiate between loans and gifts.

Praxis, S. 220–226: Die Anmerkung des Trustverhältnisses im Grundbuch aus praktischer Sicht

Pratique, p. 220–226: La mention du lien avec un trust au registre foncier – du point de vue de la pratique

Practice, p. 220–226: The annotation of the trust relationship in the land register from a practical perspective

Gabrielle Nater-Bass / Moritz Seiler

Der Trust hat sich in der Schweiz als beliebtes Instrument der Nachlassplanung etabliert. Dazu trug auch die Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens bei. Seit Mitte 2007 gilt das Übereinkommen für die Schweiz und erleichtert seither die Bestimmung des auf Trustverhältnisse anwendbaren Rechts. Mit der Begleitbestimmung von Art. 149d IPRG wurde zudem die Möglichkeit eröffnet, Trustverhältnisse im Grundbuch anzumerken. Per Anfang 2012 wurde die bis dahin singular gebliebene Regelung von Art. 149d IPRG ergänzt durch neue Bestimmungen in der total revidierten Grundbuchverordnung, wodurch einige Unklarheiten vor allem formeller Natur ausgeräumt werden konnten. Der vorliegende Beitrag untersucht das Instrument der Anmerkung des Trustverhältnisses im Lichte dieser Neuerungen und anhand in der Praxis gemachter Erfahrungen. Obschon die Anmerkung jedenfalls bis zur Revision der Grundbuchverordnung ein Mauerblümchendasein fristete, wurden und werden in diesem Zusammenhang in der Lehre einige Kontroversen geführt. Diese werden im Beitrag ebenfalls aufgegriffen und kurz diskutiert. Ausserdem soll auf praktische Stolpersteine für die Einbringung von Grundstücken in Truststrukturen hingewiesen werden.

Le trust est devenu en Suisse un instrument usité de planification successorale. La ratification de la convention de La Haye relative au trust y a aussi contribué. La convention, en vigueur en Suisse depuis le milieu de l'année 2007, facilite la détermination de la loi applicable au lien avec un trust. La disposition complémentaire à l'article 149d LDIP offre en outre la possibilité de requérir la mention du lien avec un trust au registre foncier. Au début 2012, la seule et, jusqu'à cette date, unique réglementation à l'art. 149d LDIP a été complétée par de nouvelles dispositions de l'Ordonnance sur le registre foncier entièrement révisée, ce qui a pu éliminer certaines incertitudes avant tout de nature formelle. La présente contribution étudie l'instrument de la mention du lien avec un trust à la lumière de ces nouveautés et de l'expérience tirée de la pratique. Bien que cette mention faisait, du moins jusqu'à la révision de l'Ordonnance sur le livre foncier, tapisserie, elle a connu dans ce contexte, et connaît encore certaines controverses doctrinales. Celles-ci seront également reprises dans cette contribution et brièvement discutées. Par ailleurs, seront signalés les obstacles en pratique concernant l'apport d'immeubles aux structures d'un trust.

The Trust has established itself in Switzerland as a popular estate planning tool. The ratification of the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition has contributed to this result. The Convention is applicable to Switzerland from mid-2007 and has since facilitated the determination of the applicable law on trust relationships. Accompanied by the provision of Art. 149d PILA, the Convention opened the possibility to annotate trust relationships in the Land Register. As of early 2012, the singular provision of Art. 149d PILA was supplemented with new provisions of the entirely revised Land Registry Regulation thus enabling certain prevalent lack of clarity, particularly of a formal nature, to be set aside. This article examines the instrument of annotation of the trust relationship in the light of these changes and on the basis of past experience. Although the annotation has eked out the existence of a wallflower, albeit until the revision of the Land Registry Regulation, there has been and will continue to be a degree of controversy in the doctrine. This issue is also taken up in the article and briefly discussed. In addition, practical stumbling blocks concerning the contribution of real estate into trust structures are mentioned.

International, S. 242–254: Der schweizerisch-spanische Erbfall

International, p. 242–254: Succession suisse-espagnole

International, p. 242–254: The Swiss-Spanish estate case

Alexandra Maeder

Beinhalten Erbschaften auch ausländische Vermögensteile, ist zusätzliche Vorsicht geboten, da auf die Nachlassabwicklung im weiteren Sinn oft mehr als nur ein Landesrecht Anwendung findet. Spezielle Beachtung verlangt diesbezüglich die neue EU-Verordnung in Erbsachen, die ab 17. August 2015 eine direkte Wirkung auf das anwendbare Recht des Erbfall hat. Im schweizerisch-spanischen Erbfall sind neben den formellen Aspekten insbesondere die steuerrechtlichen Bestimmungen zu beachten, da auch Erben ohne spanischen Steuerwohnsitz gestützt auf den Ort der gelegenen Sache einer realen Steueranknüpfung ausgesetzt sind. Durch diese Deklarationspflicht beim spanischen Fiskus kann es zu unangenehmen Überraschungen kommen, die möglichst frühzeitig zu erkennen und bestenfalls schon im Planungsstadium zu reduzieren sind.

Lorsque des successions comprennent également des biens étrangers, une prudence accrue s'impose, car le règlement successoral au sens large sera souvent soumis à plus d'un droit national. A ce sujet, le nouveau règlement européen en matière successorale, qui aura, à partir du 17 août 2015, un effet direct sur le droit applicable à la succession, demande une attention particulière. Dans une succession suisse-espagnole, sont à prendre en compte à côté des aspects formels, en particulier les dispositions du droit fiscal puisque même des héritiers sans domicile fiscal en Espagne sont soumis à un rattachement fiscal réel, celui du lieu de situation du bien. Il peut résulter de l'obligation de déclaration auprès du fisc espagnol des surprises désagréables dont il faut s'apercevoir le plus tôt possible et qu'il convient de réduire si possible dès la planification successorale.

If an estate also includes foreign assets additional caution should be exercised, since, for the administration of estates in the broader sense, often more than just one state law is applicable. Special attention is required in this respect with the new EU Succession Regulation, which will have a direct effect on the applicable laws on estate cases as from August 17, 2015. Regarding Swiss-Spanish estate cases, in addition to the formal aspects, tax rules in particular have to be observed as heirs are subject to Spanish tax even without having a tax domicile in Spain, but based on the location of real property. This duty of declaration to the Spanish tax authorities can lead to unpleasant surprises and should thus be recognized as early as possible, and at best already mitigated in the planning stage.

p. 273–282: L’usufruit au service de la planification du patrimoine familial

S. 273–282: Die Nutzniessung als Instrument der Familienvermögensplanung

p. 273–282: Usufruct as a Planning Tool for Family Assets

Margareta Baddeley

La planification du patrimoine familial peut avoir divers buts. L’usufruit est un des instruments de planification qui peut être utilisé pour atteindre ces buts et, de ce fait, être préférable à la transmission du bien concerné en pleine propriété. Après avoir évoqué quelques généralités sur l’usufruit, l’étude se concentre sur la discussion des usufruits découlant du droit de mariage et des successions, avec un regard toutefois également sur l’usufruit ordinaire. Les usufruits des droits matrimonial et successoral privilégient le conjoint survivant et sont conseillés si tel est le but de la planification spécifique, ce qui est souvent le cas. Ces usufruits peuvent toutefois aussi être écartés ou modifiés par contrat de mariage ou dispositions de dernière volonté au profit d’un autre successeur.

De manière générale, l’usufruit sur un bien implique l’attribution de la nue-propriété à une autre personne que l’usufruitier et, de ce fait, pose certains problèmes qu’il convient de prendre en compte dans la planification patrimoniale, dans l’exercice du droit de demander un usufruit ou en acceptant un usufruit. Parmi les usufruits ordinaires, l’usufruit réciproque de partenaires vivant en union libre sur leurs parts de biens en copropriété, en particulier du logement commun, pose des problèmes supplémentaires qui permettent de douter de son utilité.

Die Familienvermögensplanung kann verschiedene Ziele verfolgen. Die Nutzniessung ist eines der Planungsinstrumente, wodurch diese Ziele erreicht werden können und deshalb vorteilhafter erscheinen kann als die Übertragung des vollen Eigentums.

Nach einigen allgemeinen Hinweisen über die Nutzniessung fokussiert sich dieser Beitrag auf die Nutzniessung im Eherecht und im Erbrecht, ohne die gewöhnliche Nutzniessung aus den Augen zu verlieren. Die Nutzniessungen des Ehe- und des Erbrechts begünstigen den überlebenden Ehegatten und empfehlen sich, wenn dies das Ziel der konkreten Planung ist, was häufig der Fall ist. Sie können allerdings auch durch Ehevertrag bzw. Verfügung von Todes wegen zugunsten eines anderen Begünstigten ausgeschlossen oder abgeändert werden.

Im Allgemeinen erfolgt durch die Nutzniessung des Begünstigten über eine Sache die Zuweisung des nackten Eigentums an eine andere Person, was bestimmte Probleme aufwirft, die bei der Vermögensplanung, sowie bei der Ausübung des Anspruchs auf Zuteilung und bei der Annahme der Nutzniessung berücksichtigt werden sollen. Eine Form der gewöhnlichen Nutzniessung, die unter nicht verheirateten Ehepartnern in der Praxis abgemacht wird, ist die Zuteilung gegenseitiger Nutzniessungsrechte über Miteigentum, insbesondere über die gemeinsame Wohnung, wirft zusätzliche Probleme auf, die ernste Zweifel am Wert solcher Nutzniessungsrechte aufwerfen.

Family estate planning may have different goals. Usufruct is one of the planning instruments which can be used to achieve these goals and may therefore be preferable to the transmission of the full ownership of an asset.

After summarizing some generalities about the usufruct, the study focuses on the discussion of usufruct deriving from the provisions of marriage and inheritance law, but takes into account also ordinary usufruct. The usufruct arrangements of marriage and inheritance law favour the surviving spouse and are recommended, if this is the purpose of the specific planning, which is often the case. However, these usufructs can also be excluded or modified by a marriage contract or the provisions of a will in favor of another successor.

Usufruct implies the award of naked ownership (*nudum ius*) of the asset to a person other than the beneficiary of the usufruct. Problems related to this dual entitlement should be taken into account in the estate planning, as well as by the potential beneficiary when requesting or accepting the usufruct. The reciprocal usufruct unmarried partners may grant each other on co-owned property, in particular on their co-owned home, poses additional problems which raise doubts as to its usefulness.

S. 283–296: Testament und Ausgleichung

p. 283–296: Testament et rapport

p. 283–296: Last will and Hotchpot

Paul Eitel

Testament und Ausgleichung sind Rechtsinstitute des schweizerischen Erbrechts, mit Wurzeln im römischen Recht der Antike. Sie sind einander grundsätzlich fremd. Ihre Gegensätzlichkeit kann allerdings, je nach Betrachtungsweise, mehr oder weniger stark relativiert werden.

Le testament et le rapport sont des institutions juridiques du droit Suisse, dont l'origine remonte au droit romain de l'Antiquité. Ils sont fondamentalement étrangers l'un à l'autre. Leurs divergences peuvent néanmoins, selon la manière de considérer les choses, être plus ou moins fortement relativisées.

Last will and hotchpot are legal institutions of Swiss inheritance law, with roots in ancient Roman law. They are basically strangers to one other. Their dichotomy can however, depending on the perspective, more or less strongly relativized.

S. 297–308: Trusts im Spannungsfeld von Zivil- und Steuerrecht

p. 297–308: Tensions générées par les trusts en droit civil et en droit fiscal

p. 297–308: Trusts: an Area of Tension between Civil Law and Tax Law

Harold Grüninger

Trusts sind keine schweizerische Erfindung, sondern ein Import aus dem angelsächsischen Rechtsraum. Weil es sich bei ihnen um ein weltweit sehr verbreitetes und bewährtes Rechtsinstitut namentlich für die Nachlassplanung und den Vermögensschutz handelt, hat der Gesetzgeber über das Haager Trust-Übereinkommen den Trusts vor einigen Jahren permanentes Gastrecht gewährt. Die Schweizer Rechtsordnung nennt seither in den Worten des Jubilars den Trust bei seinem Namen und hat ihn anerkennungsfähig gemacht. Da es sich beim Trust jedoch um eine komplizierte Orchidee handelt, stösst der Praktiker immer wieder auf Herausforderungen, insbesondere wenn in der Schweiz ansässige Personen *Settlors* oder Begünstigte bzw. *Beneficiaries* eines Trust sind. Fragen sind sowohl im Steuerrecht als auch im Zivilrecht und dort namentlich im Erbrecht angesiedelt. Insbesondere der häufige *irrevocable discretionary* Trust stösst infolge der weitgehend transparenten Behandlung durch die Steuerbehörden und die Schwierigkeit, ihn mit Pflichtteilsansprüchen von Erben in Einklang zu bringen, regelmässig auf Verständnis- und Abstimmungsfragen. Der vorliegende Beitrag weist auf einige dieser Ungereimtheiten hin, welchen der Praktiker regelmässig begegnet.

Les trusts ne sont pas une invention suisse, mais une importation issue du droit anglo-saxon. Comme il s'agit d'une institution juridique très répandue dans le monde et qui a fait ses preuves, notamment en matière de planification successorale et de protection patrimoniale, le législateur a accordé il y a quelques années aux trusts une hospitalité permanente par la convention de la Haye relative au trust. Depuis, l'ordre juridique suisse, selon les termes de celui à qui est rendu cet hommage, appelle le trust par son nom et lui a accordé la possibilité d'être reconnu. Mais comme il s'agit en ce qui concerne le trust d'une orchidée complexe, le praticien doit toujours faire face à de nouveaux défis, en particulier lorsque des personnes résidant en Suisse sont *Settlors* ou bénéficiaires resp. *beneficiaries* d'un trust. Des questions se posent aussi bien en droit fiscal qu'en droit civil dont notamment en droit des successions. En particulier l'*irrevocable discretionary trust*, qui est fréquemment utilisé, se heurte régulièrement en raison du traitement généralement transparent par l'administration fiscale et de la difficulté à le concilier avec les droits réservataires des héritiers, à des questions de compréhension et de coordination. La contribution qui suit signale les incohérences auxquelles le praticien doit régulièrement remédier.

Trusts are no Swiss invention but an import from the Anglo-Saxon legal tradition. It is a very common and proven worldwide legal institution especially for estate planning and asset protection. Several years ago the Swiss legislature has therefore granted to trusts permanent hospitality by joining the The Hague Trust Convention. Since then, in the words of the honored, the Swiss legal system calls the trust by its name and has made it eligible. However, since the trust is a complicated orchid, the practitioner is always faced with challenges, especially where individuals domiciled in Switzerland are settlors or beneficiaries of a trust. Questions are to be found both in tax law and in civil law and there especially in the law of succession. In particular, the frequently used irrevocable discretionary trust, as result of the substantially transparent treatment by the tax authorities and the difficulty to bring it in line with forced heirship rules, regularly meets with comprehension and reconciliation issues. This paper highlights some of these inconsistencies, which the practitioner has to deal with regularly.

S. 309–322: Der Willensvollstrecker in der Erbteilung

p. 309–322: L'exécuteur testamentaire dans le partage successorale

p. 309–322: The Executor in the Distribution of the Estate

Hans Rainer Künzle

Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung ist eine relativ schwache, insbesondere im Vergleich mit der Position des Testamentsvollstreckers im BGB. Das Nebeneinander von Teilungsklage und Tätigkeit des Willensvollstreckers bedarf ebenso noch der Verfeinerung wie der Umgang mit unklaren Aktiven und Passiven. De lege ferenda sollte man dem Willensvollstrecker die Möglichkeit geben, vom Richter feststellen zu lassen, wie hoch das von ihm auszurichtende Vermächtnis ist. Der Willensvollstrecker haftet für mangelnde Sorgfalt im Vollzug der Erbteilung, nicht aber für die Werthaltigkeit der Nachlassgüter, auch wenn sich die Erben auf seine Schätzungen stützen. Fehler im Vollzug der Erbteilung kann der Willensvollstrecker in vielen Fällen aber auch selbst korrigieren.

Dans le partage successoral, la position de l'exécuteur testamentaire est relativement faible, en particulier en comparaison avec celle de l'exécuteur testamentaire du BGB. De même, la coexistence d'une action en partage et d'une mission d'exécution testamentaire aurait besoin encore d'être affinée ainsi que l'attitude à adopter face à des actifs et passifs incertains. Il faudrait, *de lege ferenda*, donner la possibilité à l'exécuteur testamentaire de faire constater judiciairement, le montant du legs qu'il doit délivrer. L'exécuteur testamentaire est responsable en cas de défaut de diligence lors des opérations de partage, mais il ne l'est pas de l'estimation des biens successoraux, ceci même si les héritiers s'appuient sur son estimation. Mais, l'exécuteur testamentaire peut souvent lui-même corriger les erreurs dans les opérations de partage.

The executor's position in the distribution of the estate is relatively weak, especially compared with the position of the executor in the (German) BGB. The coexistence of the action of division and the activity of the executor still requires refining as is also the case when dealing with unclear assets and liabilities. The future law should give the executor the option of having the judge determine the exact amount of the legacy which he has to align. The executor is liable for lack of care in the execution of the estate distribution, but not for the value of the estate assets even if the heirs have based their valuation on his estimations. The executor can however in many cases himself correct errors in the execution of the estate distribution.

S. 323–335: Lebzeitige Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Güter- und Erbrecht

p. 323–335: Tensions dues aux libéralités entre vifs, entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions

p. 323–335: Inter Vivos Donations: an Area of Conflict between Matrimonial Property Law and Inheritance Law

Alexandra Rumo-Jungo/Nadja Majid

Hat der Erblasser einem Nachkommen eine lebzeitige unentgeltliche Zuwendung ausgerichtet, so ist diese Zuwendung im Nachlass des begünstigten Ehegatten gegenüber dem überlebenden Ehegatten in vollem Umfang hinzurechnungspflichtig, obwohl letzterer der Zuwendung zugestimmt hat. Andernfalls würde er durch seine Zustimmung mündlich auf seinen Pflichtteil verzichten, was den Formvorschriften für einen Erbverzicht (Art. 495 ZGB) widerspricht. Auch die lebzeitig leer ausgegangenen Nachkommen haben bei Vorversterben des zuwendenden Ehegatten (Elternteils) Anspruch auf die volle Ausgleichung bzw. Hinzurechnung.

Ist die lebzeitige unentgeltliche Zuwendung an die Ehegattin ausgerichtet worden, erfolgt im Nachlass ihres Ehegatten zugunsten der Nachkommen bloss die hälftige Hinzurechnung bzw. Herabsetzung, weil die lebzeitig begünstigte Ehegattin bei voller Hinzurechnung der Zuwendung schlechter gestellt wäre, als wenn sie gar keine Zuwendung erhalten hätte.

Si un de cujus a fait profiter un descendant d'une libéralité entre vifs, celle-ci doit être réunie, dans sa totalité, dans la succession de l'époux gratifiant vis-à-vis de l'époux survivant, bien que ce dernier ait consenti à la libéralité. Dans le cas contraire, il renoncerait oralement à sa réserve par ce consentement, ce qui serait en contradiction avec les exigences de forme d'un pacte de renonciation (art. 495 CC). Aussi les descendants n'ayant pas bénéficié de libéralités entre vifs ont droit, en cas de décès de l'époux (du parent) auteur de la libéralité, au rapport ou à la réunion de la totalité de la libéralité entre vifs.

Si la libéralité entre vifs a profité à l'épouse, il y aura lieu dans la succession de son époux à la réunion resp. à la réduction de la seule moitié de celle-ci, parce qu'en cas de réunion de la totalité de la libéralité l'épouse ayant bénéficié d'une libéralité entre vifs serait dans une plus mauvaise position que si elle n'avait reçu aucune libéralité.

Where the deceased has made an *inter vivos* gift to a descendant, then this donation has to be fully added back into the estate of the favoring spouse in relation to the surviving spouse (for purposes of computing the forced shares), even where the latter had at the time agreed to the gift. Otherwise, the surviving spouse would be waiving his or her forced share by this oral consent, which contradicts the formal requirements of a renunciation of inheritance (art. 495 Swiss Civil Code). The descendants not having received an *inter vivos* gift are also entitled to full hotchpot, i.e. an addition of the gift made back to the estate in the event the granting spouse (parent) predeceases.

If the *inter vivos* gift has been made to the wife, then only half of the amount is added back into the estate of the husband in favor of the descendants, because the spouse receiving the *inter vivos* gift would be worse off with the addition of the full grant than if she had not received a gift in the first place.

p. 336–341: La capacité successorale

S. 336–341: Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit

p. 336–341: Testamentary Capacity

Paul-Henri Steinauer

La révision des art. 12 ss et 468 CC a apporté quelques changements importants à la réglementation de la capacité successorale. La nouveauté essentielle réside dans le fait que le disposant dont la curatelle s'étend à la conclusion d'un pacte successoral peut désormais conclure un tel pacte avec le consentement de son curateur. La nouvelle réglementation soulève quelques difficultés d'interprétation.

Die Revision der Art. 12 ff. und 468 ZGB hat einige wichtige Änderungen der gesetzlichen Regelung der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit herbeigeführt. Die wesentliche Neuerung liegt darin, dass der Verfügende unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, nunmehr mit der Zustimmung seines Beistands einen solchen Erbvertrag abschliessen kann. Die neue Regelung wirft einige Auslegungsschwierigkeiten auf.

The revision of art. 12 et seq. and 468 SCC has made some significant changes to the regulation of testamentary capacity. The main innovation lies in the fact that the testator, whose guardianship extends the conclusion of an inheritance contract, can henceforth, with the consent of his guardian, himself conclude such a contract. The new regulation however raises some difficulties of interpretation.

S. 342–353: Die landwirtschaftliche Pacht im Erbrecht

p. 342–353: Le bail à ferme agricole en droit des successions

p. 342–353: The Agricultural Lease in the Succession Law

Benno Studer

Das landwirtschaftliche Pachtverhältnis ist gekennzeichnet von einer vergleichsweise langen gesetzlichen Mindestvertragsdauer von neun Jahren für landwirtschaftliche Gewerbe bzw. von sechs Jahren für landwirtschaftliche Grundstücke. So ist es verständlich, dass der Gesetzgeber in Art. 18 des landwirtschaftlichen Pachtgesetzes auch Bestimmungen darüber erlassen hat, was beim Tod des Pächters in Bezug auf das Pachtverhältnis zu geschehen hat. Auch zum Erbteilungsrecht bestehen Sonderbestimmungen: Führt beim Tode des Pächters ein Erbe die Pacht weiter, so kann sich dieser das landwirtschaftliche Inventar unter Anrechnung an seinen Erbteil zum Nutzwert zuweisen lassen (Art. 613a ZGB). Der vorliegende Aufsatz zeigt darüber hinaus die vielschichtigen Verflechtungen von landwirtschaftlicher Pacht, bäuerlichem und allgemeinem Erbrecht auf. Einbezogen wird auch die neueste Revision des bäuerlichen Bodenrechts vom 22. März 2013, welche eine Klärung der Rechtslage bezüglich der Zupachtgrundstücke in der Gewerbeberechnung mit sich bringt.

Le bail à ferme agricole se caractérise par une durée minimale légale relativement longue de neuf années pour les entreprises agricoles et de six ans pour les immeubles agricoles. Il est donc compréhensible que le législateur ait édicté des dispositions dans l'article 18 de la loi fédérale sur le bail à ferme agricole concernant le sort du bail à ferme en cas de décès du fermier. Il existe aussi des dispositions particulières en matière de partage successoral. Si après le décès du fermier un héritier reprend le bail, celui-ci peut se faire attribuer l'ensemble des biens meubles en imputation sur sa part héréditaire à la valeur qu'ils représentent pour l'exploitation (art. 613a CC). En outre, la présente contribution met en évidence les multiples interdépendances entre bail à ferme agricole, droit successoral rural et droit commun des successions. Il est aussi tenu compte de la dernière révision du droit foncier rural du 22 mars 2013 qui apporte des éclaircissements sur la situation juridique des immeubles objets d'affermage complémentaire au regard de l'estimation de l'entreprise agricole.

The agricultural lease relationship is characterized by a comparatively long legal minimum term of the contract of nine years for agricultural enterprises resp. of six years for agricultural land. Therefore it is understandable that the legislator has enacted in Art. 18 of the Agricultural Lease Act also provisions governing the lease relationship upon the death of the tenant. Special provisions have also been enacted concerning the division of the estate: If an heir continues with the lease upon the tenant's death, he can have the agricultural inventory attributed to his inheritance at the so-called utility value (Art. 613a SCC). This article also shows the complex interdependence between agricultural lease law, general succession law and agricultural succession law. It also discusses the latest revision of the Farm Land Act of 22 March 2013, which brings a clarification of the law regarding additionally leased land in the computation of the enterprise size.

S. 354–368: Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis

p. 354–368: Le procès successoral sous le CPC Suisse et ses pièges pour la pratique

p. 354–368: The Succession Law Suite under the Swiss Code of Civil Procedure and its Pitfalls in Practice

Thomas Sutter-Somm/Cordula Lötscher

Der Weg zur prozessualen Durchsetzung erbrechtlicher Ansprüche ist gesäumt von Stolpersteinen. Gerade im Erbrecht ist eine sorgfältige Prozessführung unerlässlich, um einen definitiven Rechtsverlust zu vermeiden. Der vorliegende Beitrag gibt einen aktuellen und praxisrelevanten Überblick über die Herausforderungen erbrechtlicher Prozesse, wobei sowohl materielle als auch prozessuale Fragestellungen aufgeworfen und beantwortet werden.

La voie procédurale pour la réalisation des droits successoraux est semée d'embûches. Précisément en droit des successions il est indispensable d'accorder un grand soin à la conduite du procès pour éviter une perte définitive de droits. La présente contribution donne un aperçu actuel et important pour la pratique des défis que présentent les procès successoraux ; Non seulement des questions de droit matériel mais aussi de procédure y sont soulevées et font l'objet d'une réponse.

The way to procedural enforcement of inheritance claims is lined with pitfalls. Especially in succession law a careful management of the law suite procedure is essential in order to avoid a definitive loss of rights. The present contribution provides an updated and practice-oriented overview of the challenges of inheritance law suits, discussing both material and procedural issues.

Schwerpunkt, S. 4–23 : Wohin steuert das Erbrecht?

Die sozio-ökonomischen und rechtspolitischen Triebkräfte und ihre Auswirkungen auf die Entwicklung des Erbrechts

Focus, p. 4–23: Où conduit le droit des successions? – Les forces socio-économiques et politico-juridiques et leurs effets sur l'évolution du droit des successions

Focus, p. 4–23: Where is inheritance law headed? – The socio-economic and public policy driving forces and their impact on the development of inheritance law

Rona Serozan

Der Beitrag fasst zunächst die wesentlichen wirtschaftlichen, sozialen, demografischen und rechtspolitischen Triebkräfte zusammen, welche die Entwicklung des Erbrechts einzeln oder gemeinsam prägen. Hernach werden die tiefgreifenden rechtlichen Auswirkungen dieser Triebkräfte auf Gesetzgebung, Reforminitiativen, Judikatur und Literatur analysiert. Die einzelnen Momentaufnahmen ergeben, übergreifend betrachtet, ein aussagekräftiges Gesamtbild, das zeigt, wo in Zukunft die erbrechtlichen Diskussionen und Gesetzesinitiativen anzusetzen sind bzw. wie das Recht zu setzen und anzuwenden ist. Dabei ist für den Verfasser eines klar: Nur durch Berücksichtigung der Dynamik der gesellschaftlichen Entwicklungen und der veränderten Wertvorstellungen kann man den Herausforderungen der sich ständig wandelnden Gesellschaft gerecht werden.

Cette contribution récapitule tout d'abord les principales forces économiques, sociales, démo-graphiques et de politico-juridiques qui, isolément ou ensemble, façonnent l'évolution du droit des successions. Ensuite, sont analysées les répercussions juridiques profondes de ces forces sur la législation, les initiatives de réformes, la jurisprudence et la doctrine. Les différents instantanés donnent, considérés dans leur globalité, un tableau d'ensemble très parlant qui montre où, à l'avenir, les discussions en droit des successions devront être menées et les initiatives de loi en-gagées resp. comment légiférer et appliquer le droit. Sur ce point, il est clair pour l'auteur, que seule une prise en compte de la dynamique de l'évolution de la société et de ses valeurs permet de répondre aux défis d'une société en continuelle transformation.

The paper first summarizes the main economic, social, demographic, and public policy driving forces, which individually or collectively influence the development of inheritance law. This is followed by an analysis of the profound legal implications of these driving forces on legislation, reform initiatives, case law and literature. Taken as a whole, the individual snapshots provide a meaningful overall picture showing where in future the inheritance law discussions and legislative initiatives are to be positioned and how the law is to be set and applied. One thing is clear to the author: the challenges of a constantly changing society can only be met by considering the dynamics of social developments and of changing values.

Schwerpunkt, S. 24–35 : Das eigenhändige Testament – gestern, heute und morgen

Focus, p. 24–35: Le testament olographe – hier, aujourd'hui et demain

Focus, p. 24–35: The holographic will – yesterday, today and tomorrow

Karlheinz Muscheler

Sowohl das deutsche als auch das schweizerische Erbrecht sehen für das Testament die eigenhändige Form vor. Diese erfordert, dass das Testament vom Erblasser eigenhändig zu schreiben und zu unterschreiben ist. Hieraus ergeben sich schwierige Abgrenzungsprobleme hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit von testamenta mystica, Schreibhilfen bei der Testamentserrichtung, der Anerkennung von Paraphen und Oberschriften als Unterschrift, dem nicht unterschriebenen Postskriptum und der Unterschrift auf dem Briefumschlag. Auch wenn der herrschende Trend in Rechtsprechung und Literatur dahin geht, jedes Formerfordernis auf seine Funktion zu hinterfragen, darf nicht übersehen werden, dass jede Form ihren Eigenwert hat, der durch Funktionsüberlegungen nicht unterminiert werden darf. Argumentationsansätze, die eine solche Unterminierung de lege lata bezwecken, vermögen nicht zu überzeugen. De lege ferenda müssen sich sämtliche Lockerungen der eigenhändigen Testamentsform an der grundsätzlichen Bedeutung von Form im heutigen Zivilrechtsdenken messen lassen. Die Form hat sich in der Entwicklung des Zivilrechts von einer Wirkform, ohne die das eigentliche Rechtsgeschäft als getrennte Entität nicht gedacht werden kann, hin zu einer blossen Zweckform gewandelt, die lediglich ein Attribut des von ihr unabhängigen Rechtsgeschäfts darstellt. Die Form des eigenhändigen Testaments steht in enger Beziehung zu den materiell-rechtlichen Testamentsnormen und damit immer noch am historischen Anfang des Formdenkens. Jegliche Reformierung der Form des eigenhändigen Testaments muss daher darauf hin überprüft werden, ob sie den materiell-rechtlichen Gehalt der Eigenhändigkeit mindert oder erweitert.

Le droit allemand comme le droit suisse prévoient la forme olographe pour le testament. Celle-ci exige que le testament soit écrit et signé de la main du testateur. Il en résulte de sérieuses difficultés de délimitation concernant la licéité des testaments mystica, le cas d'assistance au de cujus par un tiers pour écrire le testament, l'admission au même titre que la signature au bas de l'acte des paraphes et signatures en début de texte, le post-scriptum non signé et la signature sur l'enveloppe. Même si la tendance dominante en jurisprudence et en doctrine est de rechercher la fonction de chaque condition de forme, il faut avoir à l'esprit que chaque forme a une valeur propre qui ne doit pas être minée par des réflexions d'ordre fonctionnel. Les argumentations qui ont de lege lata un tel effet de sape, ne peuvent convaincre. De lege ferenda, tous les assouplissements apportés à la forme olographe du testament doivent être appréciés d'après la signification fondamentale de la forme dans la conception actuelle du droit civil. Au cours de l'évolution du droit civil, de forme condition d'efficacité d'un acte juridique (Wirkform), sans laquelle l'acte juridique lui-même, en tant qu'entité autonome, ne peut se concevoir, la forme est devenue une forme au service d'objectifs (Zweckform) qui n'est qu'un attribut d'un acte juridique indépendant d'elle. La forme du testament olographe est étroitement liée aux normes relatives au fond et, pour cette raison, elle est toujours en étroite relation avec les débuts historiques de la pensée relative à la forme. Pour toute réforme concernant la forme du testament olographe, il doit donc être vérifié si elle diminue ou accroît la teneur au sens matériel du caractère olographe.

Both German and Swiss inheritance law provide for last wills in the holographical form. This requires that the last will be handwritten and signed by the testator. This gives rise to difficult definition problems regarding the legal admissibility of testaments mystica, writing aids in the execution of a last will, the recognition of initials and upper writings as a signature, the unsigned postscript and the signature on the envelope. Even if the prevailing trend in law and literature is to question every formal requirement with regard to its function, it must not be overlooked that every form has its own value which should not be undermined by functional considerations. Reasoning approaches with the aim of such undermining de lege lata, are not convincing. De lege ferenda any relaxation of the holographical form of last wills must be measured against the fundamental importance of form in today's civil law thinking. The form has evolved in the development of civil law from an active form, without which the actual transaction as a separate entity cannot be thought, towards a mere purpose form that is merely an attribute of the legal transaction independent thereof. The form of the holographical last will is closely related to the substantive testamentary law and thus still at the historic beginning of the reflexions on forms. Any reform of the form of holographical last wills must therefore be tested as to whether it reduces or enlarges the substantive legal content of handwriting.

Schwerpunkt, S. 36–53 : Kooperation unter einem Dach – zur Funktionsweise der Dachstiftung

Focus, p. 36–53: Coopération sous un toit – du mode de fonctionnement de la fondation faitière

Focus, p. 36–53: Cooperation under one roof – the functioning of the umbrella foundation

Thomas Sprecher / Goran Studen

Dachstiftungen bieten Stiftern flexible und vielfältige Einsatzmöglichkeiten für die Verfolgung von Stiftungszwecken ausserhalb des mitunter starren Rahmens von Art. 80 ff. ZGB. Zum einen können Dachstiftungen dazu beitragen, inaktive Stiftungen unter einem Dach zu bündeln und dadurch zu reanimieren. Zum anderen stellen sie gerade für kleinere Vermögen eine kosteneffektive Plattform zur Verfolgung gemeinnütziger Ziele dar. Die zunehmende praktische Bedeutung von Dachstiftungsmodellen wirft freilich zahlreiche Fragen auf, denen im Rahmen dieses Beitrags nachgegangen werden soll.

Les fondations faitières offrent aux fondateurs des possibilités souples et nombreuses d'action pour la poursuite du but de la fondation en dehors du cadre, parfois rigide, des art. 80 s. CC. D'une part, les fondations faitières permettent de réunir des fondations inactives sous un toit et de leur redonner vie. D'autre part, elles représentent, en particulier pour des petits patrimoines, une plate-forme efficiente en termes de coûts pour la poursuite de buts d'utilité publique. L'importance grandissante en pratique des modèles de fondations faitières soulève toutefois de multiples questions, qui seront examinées plus amplement dans le cadre de cette contribution.

Umbrella foundations offer donors flexibility and a wide range of applications for pursuing foundation purposes outside the sometimes rigid framework of Article 80 et seq. of the Civil Code. On the one hand, umbrella foundation can help to bundle "dormant/inactive" foundations under one roof and to thereby re-animate them. On the other hand, they provide a cost effective platform for the pursuit of charitable objectives, particularly for institutions with modest assets. The increasing practical importance of umbrella foundation models however raises many questions that this paper seeks to address.

Schwerpunkt, S. 99–112: Das Willensvollstrecker-Kollegium

Focus, p. 99–112: Le collège d'exécuteurs testamentaires

Focus, p. 99–112: The executor council

Peter Max Gutzwiller / Alexandra Hirt

Die Autoren untersuchen das interne Rechtsverhältnis mehrerer vom Erblasser für seinen Nachlass ernannter Willensvollstrecker, die gleichzeitig tätig werden sollen («Willensvollstrecker-Kollegium»). Dabei wird unterschieden, ob der Erblasser die Grundsätze der Zusammenarbeit und des Verfahrens selbst geregelt, oder diese Regelung den Willensvollstreckern überlassen hat. Untersucht wird auch, inwiefern die mehreren Willensvollstrecker die vom Erblasser nur teilweise erlassene Regelung ergänzen oder die Regelung sogar ändern dürfen.

Les auteurs examinent les rapports internes entre plusieurs exécuteurs testamentaires désignés par le *de cuius* pour sa succession, qui doivent agir en commun («collège d'exécuteurs testamentaires»). Pour ce faire, il est distingué entre les cas où le *de cuius* a lui-même réglé les principes directeurs de leur travail en commun et de la procédure à suivre, et les cas où il a laissé aux exécuteurs testamentaires le soin de le faire. Il sera également examiné dans quelle mesure les exécuteurs testamentaires peuvent compléter des dispositions du *de cuius* qui ne sont que partielles, voire changer les mesures qu'il aura prises.

The authors examine the internal legal relationship of several executors which have been appointed by the testator for his estate and which are to be active simultaneously (executor council). A distinction is made as to whether the deceased has regulated the principles of cooperation and the procedure himself, or whether the regulation was left to the executors. The authors also look at the extent to which an executor council may amend regulations only partially stipulated by the testator or whether they may even change the rules.

Praxis, S. 113–120: Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis

Pratique, p. 113–120: Double représentation et représentation plurale par l'avocat en matière de mandat successoral – quelques observations issues de la pratique

Practice, p. 113–120: The lawyer's double and multiple representation in the inheritance law mandate – Some highlights from practice

René Strazzer

Im Erbrecht sind Konstellationen von anwaltlicher Doppel- und Mehrfachvertretung erfahrungsgemäss häufiger anzutreffen als in anderen Rechtsgebieten. Der vorliegenden Beitrag untersucht aus der Sicht des Praktikers, inwieweit eine solche Doppel- und Mehrfachvertretung mit dem Gebot der Vermeidung von Interessenkonflikten gemäss Art. 12 lit. c BGFA vereinbar ist. Dabei wird herkömmlicherweise unterschieden zwischen der rechtsberatenden Tätigkeit des Anwalts bzw. der Anwältin und der Prozessführung. Im Rahmen der Rechtsberatung ist es grundsätzlich zulässig, gleichzeitig mehrere Personen zu beraten, auch wenn diese widerstreitende Interessen verfolgen. Dagegen setzt im forensischen Bereich eine gemeinsame Vertretung mehrerer Personen voraus, dass deren Interessen grundsätzlich gleichgerichtet sind. Dies ist in Erbschaftsstreitigkeiten dann der Fall, wenn noch eine übereinstimmende Zielsetzung der gemeinsam vertretenen Parteien in den hauptsächlichen Streitpunkten angenommen werden kann. Worauf unter dieser Prämisse insbesondere bei der gemeinsamen Vertretung mehrerer Kläger im Prozess zu achten ist, ist im Rahmen der Ungültigkeitsklage, Herabsetzungsklage, der Erbschaftsklage und der Erbteilungsklage gesondert zu beurteilen. Die gemeinsame Vertretung mehrerer Parteien im erbrechtlichen Prozess verlangt dabei in jedem Falle Sorgfalt und Umsicht. Mitunter heikel ist auch das anwaltliche Handeln nach dem Tode eines Klienten. In der Praxis stellt sich dabei insbesondere die Frage, ob ein Anwalt bzw. eine Anwältin nach dem Tode des einen Ehegatten den überlebenden Ehegatten gegen die übrigen Erben vertreten kann. Schliesslich können sich unzulässige Doppelvertretungen im Erbrecht auch im Zusammenspiel von einem anwaltlichen mit einem notariellen Mandat ergeben.

L'expérience nous montre que les situations de double représentation et de représentation plurale par les avocats sont plus fréquentes en droit des successions que dans les autres domaines juridiques. La présente contribution examine, du point de vue du praticien, dans quelle mesure ces représentations, doubles ou plures, sont compatibles avec le principe d'évitement des conflits d'intérêts de l'art. 12 lit. c LLCA. Pour ce faire, on distingue traditionnellement entre l'activité de conseil des avocats resp. avocates et la conduite du procès. Dans le cadre de la consultation juridique, il est en principe permis de conseiller simultanément plusieurs personnes, même si celles-ci ont des intérêts opposés. En matière judiciaire, la représentation commune de plusieurs personnes exige, au contraire, que leurs intérêts soient pour l'essentiel convergents. C'est le cas en matière de différends successoraux lorsque, sur les points litigieux principaux, des objectifs concordants des parties représentées en commun peuvent encore être adoptés. Sous ces prémisses, les points

auxquels il faut être attentif, en particulier lors de la représentation commune de plusieurs demandeurs au procès, est à déterminer séparément dans le cadre de l'action en nullité, de l'action en réduction, de l'action en pétition d'hérédité et de l'action en partage. La représentation commune de plusieurs parties exige en tout cas soin et circonspection. Parfois, l'activité de l'avocat est délicate aussi après le décès d'un client. En pratique, se pose en particulier la question de savoir si, après le décès de l'un des époux, un avocat resp. une avocate peut représenter le conjoint survivant contre les autres héritiers. Enfin, des doubles représentations illicites peuvent résulter, en droit des successions, de l'interférence entre un mandat d'avocat et de notaire.

In inheritance law matters, lawyer's double and multiple representations are empirically more common than in other areas of law. The present paper examines from the perspective of the practitioner, to what extent such double and multiple representation is compatible with the rule of avoiding conflicts of interest in accordance with Article 12 lett. c BGFA. Traditionally a distinction is made between the advisory activities of the lawyer and litigation. Within legal advisory it is generally permissible to simultaneously advise several clients, even if they pursue conflicting interests. In contrast, in the field of litigation, a joint representation of several persons requires that their interests are fundamentally aligned. This is in inheritance disputes the case when a matching objective of the jointly represented parties can still be assumed with regard to the main points of contention. The points to which one has to pay special attention under this premise in the case of joint representation of multiple plaintiffs in litigation must be assessed separately in the context of an invalidity action, a reduction action, an inheritance claim and an estate settlement action. The joint representation of several parties in inheritance matters in any case requires circumspection and diligence.

Sometimes, acting as a lawyer after the death of a client can be especially delicate. In practice, it is particularly the question of whether, after the death of a spouse, a lawyer may represent the surviving spouse against the other heirs which is of interest. Finally unacceptable double representations in inheritance matters can also arise from the interaction of a legal representation mandate with a notarial mandate.

Praxis, S. 121–139: Willensvollstreckung – aktuelle Praxis (2012–2013)

Pratique, p. 121–139: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2012–2013)

Practice, p. 121–139: Executorship – current practice (2012–2013)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2012/2013 werden verschiedene, spannende Einzelfragen zum Willensvollstrecker geklärt: Vermächtnisse können direkt gegenüber dem Willensvollstrecker geltend gemacht werden; ein Alleinerbe kann Willensvollstrecker werden; die Einsetzung eines Ersatzwillensvollstreckers ist eine Ersatzverfügung im Sinne von Art. 487 ZGB; die Rückforderung eines überhöhten Honorars ist ein vertraglicher Anspruch nach Auftragsrecht; der Willensvollstrecker kann ein Verschollenenverfahren betreffend den Erblasser einleiten; wenn ein Gericht als Aufsichtsbehörde tätig ist, richten sich die Rechtsmittel nach der ZPO. Es gibt interessante Vorschläge für die Neugestaltung, wie die Zulassung einer zweiseitigen Einsetzung des Willensvollstreckers, die Ausstellung eines Trustee-Ausweises oder die Berechnung des Streitwertes im Absetzungsverfahren (10% des Nachlasswertes). Wenig gefestigte Ansichten bestehen über die Bezahlung des Honorars, über den Umgang mit Schulden und Unternehmen in der Erbteilung und über die Schiedsfähigkeit des Aufsichtsverfahrens.

Dans le rapport annuel 2012/2013 sont clarifiées différentes questions intéressantes: il est possible de faire valoir les legs directement auprès de l'exécuteur testamentaire; un héritier unique peut devenir exécuteur testamentaire; la désignation d'un exécuteur testamentaire de remplacement constitue une substitution vulgaire au sens de l'art. 487 CC; la répétition d'un honoraire trop élevé est un droit de nature contractuelle relevant du droit du mandat; l'exécuteur testamentaire peut requérir l'ouverture d'une procédure de déclaration d'absence concernant le *de cujus*; si l'autorité de surveillance est un tribunal, les voies de recours relèvent du CPC. Il y a des propositions intéressantes pour une refonte et une reconnaissance de la désignation bilatérale de l'exécuteur testamentaire, l'établissement d'un certificat de *trustee* ou le calcul de la valeur litigieuse dans la procédure de destitution (10% de la valeur de la succession). Il se trouve aussi des opinions un peu moins solides sur le paiement de l'honoraire, le traitement des dettes et des entreprises dans le partage successoral et sur la possibilité d'arbitrage en matière de procédure de surveillance.

In the Annual Report 2012/2013 some fascinating questions are answered with regard to executors: Legacies may be claimed directly against the executor; a sole heir can become executor; the appointment of a substitute executor is a replacement disposition according to Art. 487 Civil Code; the claim for recovery of an excessive fee is a contractual claim according to mandate law; the executor can initiate a procedure to declare the testator to be presumed dead; where a court acts as supervisory authority, appeal are governed by the Code of Civil Procedure. There are interesting proposals for the redesign such as the approval of a two-sided appointment of the executor, the issuance of a trustee certificate or the computation of the value of a claim in supervisory procedures (10% of estate value). Only few solid views are available on the payment of fees, on dealing with debts and businesses in the settlement of estates and on the arbitrability of the supervisory procedure.

Praxis, S. 140–156: Erbrecht 2011–2013 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur

Pratique, p. 140–156: Droit des successions 2011–2013 – Jurisprudence, législation, doctrine

Practice, p. 140–156: Law of succession 2011–2013 – Case law, legislation, literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; im Heft 3 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans ce numéro seront résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans le prochain numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In this issue, the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in issue 3 some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published "only" on the website of the court, as are the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature

International, S. 163–193: Die EU Erbrechtsverordnung – Neue Herausforderungen für die internationale Nachlassplanung aus Schweizer Sicht

International, p. 163–193: Le règlement européen relatif au droit des successions – Nouveaux défis pour la planification successorale internationale du point de vue suisse

International, p. 163–193: The European Succession Regulation – New Challenges for international estate planning from a Swiss perspective

Kinga M. Weiss / Manuel Bigler

Am 4. Juli 2012 wurde die Europäische Erbrechtsverordnung verabschiedet. Neben zahlreichen begrüßenswerten Vereinfachungen des internationalen Erbrechts birgt dieser Gesetzgebungsakt aber insbesondere bei Drittstaatenbezug auch einige Tücken und stellt die beteiligten Personen bzw. deren Berater bei der internationalen Nachlassplanung vor neue Herausforderungen.

Le 4 juillet 2012, le Règlement Européen relatif au droit des successions a été adopté. Outre de multiples simplifications du droit international des successions qui sont les bienvenues, cet acte législatif présente toutefois quelques écueils, notamment en cas de lien avec un Etat tiers, et place, en matière de planification successorale internationale, les personnes concernées resp. leurs conseillers devant de nouveaux défis.

On 4 July 2012, the European Succession Regulation was passed. In addition to numerous welcome simplifications of international inheritance law, this legislative act also includes some pitfalls especially for third countries' relations and provides the individuals involved and their advisors with new challenges in international estate planning.

Vorschau auf «successio Heft 3/2014»

(Angaben ohne Gewähr)

■ **Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme**

Thomas Sutter-Somm / Benedikt Seiler



Praxis, S. 198–211: Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme

Pratique, p. 198–211: L'effet relatif de l'action en nullité du droit des successions – Questions choisies

Practice, p. 198–211: The Inter Partes Effect of the Succession-Related Invalidation Action – Selected Problems

Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler

In der Lehre und Rechtsprechung besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass das gutheissende Urteil über eine erbrechtliche Ungültigkeitsklage – als Ausnahme zu den sonst umfassend wirkenden Gestaltungsurteilen – lediglich zwischen den Prozessparteien wirkt (sog. inter partes-Wirkung). Der vorliegende Beitrag untersucht diese Urteilswirkung anhand verschiedener Konstellationen und stellt dabei fest, dass die Wirkungsbeschränkung nicht immer Anwendung finden kann. Besonders berücksichtigt werden sodann Fälle, in denen lediglich ein Teil der zur Ungültigkeitsklage Aktivlegitimierten eine Erbeinsetzung für ungültig erklären lassen möchte.

Doctrine et jurisprudence reconnaissent largement que le jugement admettant une action en nullité en matière successorale – au contraire des autres décisions formatrices avec effet à l'égard de tous – ne produit d'effet qu'entre les parties au procès (effet inter partes). La présente contribution examine cet effet du jugement dans différentes hypothèses et constate que cette limitation aux parties au procès ne peut pas toujours être appliquée. Des cas dans lesquels une partie seulement des personnes ayant qualité pour agir souhaiterait qu'une institution d'héritier soit annulée, feront l'objet d'un examen particulier.

In the doctrine and jurisprudence there is a broad consensus that the approving judgment on a succession-related invalidity action – as an exception to the otherwise comprehensive effect of judgments affecting legal rights – is only effective between the parties of the law suit (so-called inter partes effect). This paper examines the effects of such judgments based on various constellations and concludes that the restrictive effect cannot always be applicable. Particular attention is given to cases in which only some of the entitled plaintiffs to an invalidity action wish to declare invalid the appointment of an heir.

Praxis, S. 212–225: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich

Pratique, p. 212–225: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique

Practice, p. 212–225: News in the areas of Foundations and charitable/not for profit activities

Harold Grüniger

Ein punktueller Überblick über Stiftungen und diese betreffende Entwicklungen in der Schweiz im Berichtsjahr 2013. Die Motion Luginbühl zur Steigerung der Attraktivität der Stiftungslandschaft Schweiz hat ihren vorläufigen Abschluss in einem Bericht des Bundesrates gefunden. Einige Beispiele zu neu errichteten Stiftungen, worunter einige Erbstiftungen, Umwandlungen von Vereinen in Stiftungen und Zusammenschlüsse nebst Löschungen illustrieren, was sich in dem Bereich tat. Es folgt ein Überblick über Publikationen zum Stiftungsrecht sowie eine kurze Darstellung von zwei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes.

Un aperçu de certains points concernant les fondations en Suisse et les évolutions en ce domaine au cours de l'année 2013. La motion Luginbühl pour le renforcement de l'attractivité du paysage suisse des fondations a trouvé un épilogue provisoire dans un rapport du Conseil fédéral. Quelques exemples de fondations nouvellement constituées, dont des fondations à cause de mort, des transformations d'associations en fondations et des réunions ainsi que des radiations illustrent, ce qui s'est fait dans ce domaine. Ensuite, il est donné un aperçu des publications en droit des fondations ainsi qu'une brève présentation de deux décisions du Tribunal administratif fédéral.

A selective survey of foundations and relevant developments in Switzerland in the year under review 2013. The Motion Luginbühl to increase the attractiveness of the foundation landscape in Switzerland has found its provisional conclusion in a report issued by the Federal Council. Some examples relating to newly established foundations, including some testamentary foundations, transformations of associations into foundations and mergers as well as liquidations illustrate what has been going on in the area. This is followed by an overview of publications on foundation law and a brief description of two decisions handed down by the Federal Administrative Court.

Praxis, S. 226–271: Erbrecht 2011–2013 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur Teil 2

**Pratique, p. 226–271: Droit des successions 2011–2013 – Jurisprudence, législation, doctrine
2^{ème} partie**

**Practice, p. 226–271: Law of succession 2011–2013 – Case law, legislation, literature
part 2**

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In Heft 2 wurden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; in diesem Heft werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu : dans le deuxième numéro ont été résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In volume 2, the published cases of the Federal Supreme Court were summarized in chronological order; in this volume some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published “only” on the website of the court, as are the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature.

Vorschau auf «successio Heft 4/2014»

(Angaben ohne Gewähr)

■ Pflichtteilsrecht de lege ferenda

Margareta Baddeley



Focus, p. 282–291 : La réserve héréditaire : quo vadis ?

Schwerpunkt, S. 282–291: Der Pflichtteil: Quo vadis?

Focus, p. 282–291: Forced heirship quotas: Quo vadis?

Margareta Baddeley

La motion parlementaire du Conseiller aux Etats Gutzwiller a remis en question le système de réserves de droit suisse qui paraît décalé par rapport « aux réalités sociales et démographiques actuelles ». La première partie de l'analyse nous permet de vérifier cette affirmation et d'arriver au constat que la réserve, sous sa forme actuelle, ne contribue que très rarement à la réalisation des buts de la loi. L'analyse porte ensuite sur les possibilités d'adaptation du droit de la réserve, l'attention particulière étant accordée aux problèmes occasionnés par l'inclusion des partenaires de vie non mariés dans le cercle des héritiers réservataires. Cette adaptation peut se faire sur la base du principe du droit actuel que certains membres de la famille du *de cuius* sont attributaires d'une partie de la succession, sans égard au besoin réel des bénéficiaires. Une autre solution consiste en un système prévoyant des « attributions privilégiées » seulement en faveur de proches du *de cuius* qui dépendaient de ce dernier. La discussion permet de constater que l'introduction d'une réserve en faveur des partenaires de vie non mariés sera compliquée. Paradoxalement, elle sera plus complexe dans le cadre d'une simple adaptation du système actuel, car cela nécessitera la reconnaissance d'un statut d'état civil à certaines unions libres. Cette reconnaissance, évitée jusqu'ici par le législateur, ne manquera pas d'avoir un impact considérable sur tout le droit de la famille et dans les domaines de droit voisins. L'entreprise sera exigeante !

Die Motion des Ständerats Gutzwiller hat das Schweizer Pflichtteilsrecht, das « in den heutigen demografischen und sozialen Realitäten » keine Entsprechung mehr zu finden scheint, infrage gestellt. Aus dem ersten Teil der Abhandlung ergibt sich die Bestätigung dieser Ansicht und man gelangt zu der Einsicht, dass der Pflichtteil in seiner heutigen Form nur sehr selten zum Erreichen der Gesetzeszwecke beiträgt. Sodann befasst sich die Abhandlung mit den Anpassungsmöglichkeiten des Pflichtteilsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Probleme, welche die Einbeziehung der unverheirateten Lebenspartner in den Kreis der Pflichtteilserven verursacht. Diese Anpassung kann auf dem Prinzip des geltenden Rechts beruhen, nach welchem ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Bedarf der Berechtigten bestimmte Familienmitglieder Anspruch auf einen Teil des Nachlasses haben. Eine Alternative ist ein System, das « bevorzugte Zuteilungen » nur zugunsten der nahe stehenden Personen, welche von dem Erblasser abhängig waren, vorsieht. Aus der Diskussion lässt sich feststellen, dass die Einführung eines Pflichtteils zugunsten der unverheirateten Lebenspartner eine komplexe Angelegenheit ist. Paradoxerweise ist eine solche Einführung im Rahmen einer blossen Anpassung des heutigen Systems noch schwieriger, denn dies erfordert die Anerkennung eines Zivilstands bei bestimmten nicht ehelichen Lebensgemeinschaften. Eine solche Anerkennung, wovon sich der Gesetzgeber bisher hüten konnte, wird sicherlich erhebliche Auswirkungen auf das ganze Familienrecht und diesem verwandte Rechtsgebiete haben. Es wird eine anspruchsvolle Aufgabe!

The Motion of State Council Gutzwiller has questioned today's Swiss forced heirship law, that seems no longer to correlate with today's demographic and social realities. From the first part of the paper follows the confirmation of this view and leads to the conclusion that the forced heirship rules in their present form only very rarely contribute to meeting the legislative purpose. Then the paper deals with the possibilities of amending the forced heirship law with particular emphasis on problems in connection with the inclusion of unmarried partners into the circle of heirs with forced shares. This amendment can be based on the principle of the existing law, according to which, certain family members are entitled to a portion of the estate regardless of any actual need of the beneficiaries. An alternative system could provide "preferential allocations" only for the benefit of close persons which were dependent from the deceased. From the discussion can be concluded that the introduction of a forced share in favor of the unmarried partner is a complex matter. Paradoxically, such an introduction as part of the amendment of the current system is even more difficult as it requires the recognition of a civil status in certain civil partnerships. Such recognition, so far avoided by the legislature, will certainly have a significant impact on the whole family law and related areas. It will be a challenging task.

Praxis, S. 292–299: Die drei Säulen der Vorsorge im Erbrecht – Eine Übungsstunde

Pratique, p. 292–299: Les trois piliers de la prévoyance en droit des successions – une séance de pratique

Practice, p. 292–299: The three pillars of pension in succession law – an exercise

Regina E. Aebi-Müller

In der Praxis wird beim Entscheid über die geeignete Vorsorgeform den güter- und erbrechtlichen Auswirkungen kaum Beachtung geschenkt. Dieser Beitrag zeigt – im Anschluss an die theoretischen Ausführungen in *successio* 2009, S. 4 ff. – anhand praxisnaher Beispielfälle, wie die drei Säulen der Vorsorge güter- und erbrechtlich einzuordnen sind.

Lors du choix de la forme appropriée de prévoyance, les effets de ce choix en matière de droit des régimes matrimoniaux et de droit des successions ne sont en pratique que rarement pris en compte. Suite aux développements d'ordre théorique *in successio* 2009, p. 4 ss., cette contribution montre, à l'appui d'exemples proches de la pratique, comment les trois piliers de la prévoyance s'imbriquent dans les matières relevant des régimes matrimoniaux et des successions.

In practice, when deciding about the appropriate form of pension, the effects of marital property law and succession law are given little consideration. This article shows - following the theoretical models presented in *successio* 2009, p. 4 et seq. - by means of practical example cases how the three pillars of pension are to be classified within marital property law and succession law.

International, p. 328–347 : Le droit des successions japonais

International, S. 328–347: Das japanische Erbrecht

International, p. 328–347: Japanese succession law

Olivier Gaillard

Fruit d'un métissage juridique complexe, le droit privé japonais constitue un paradigme remarquable de réception de principes de droits étrangers, appliqués à un substrat culturel indigène. L'influence marquée du système familial traditionnel japonais est particulièrement visible en droit des successions. La présente contribution analyse, après un bref aperçu des étapes historiques mouvementées qui ont abouti à la codification du Code civil japonais, les dispositions successorales *ab intestat* et testamentaires de cet ordre juridique. Sous couvert d'une structure globale similaire aux droits civils européens, le droit des successions japonais recèle de spécificités propres. L'importance des ascendants directs parmi les héritiers légaux, l'existence d'une forme testamentaire inconnue du droit suisse ou la discrimination des enfants nés hors mariage, récemment déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême du Japon, sont quelques exemples de ces singularités. De même, le droit japonais prévoit la possibilité pour un concubin ou une autre personne proche du défunt de requérir, en l'absence d'héritier, l'octroi de tout ou partie de la succession; cette solution originale pourrait notamment inspirer le législateur suisse dans l'optique d'un assouplissement de la rigidité des règles de la succession légale.

Das japanische Privatrecht, Ergebnis einer komplexen rechtlichen Mischung, stellt ein bemerkenswertes Paradigma der Rezeption von auf ein einheimisches kulturelles Substrat angewandten Prinzipien aus ausländischen Rechtsordnungen dar. Der ausgeprägte Einfluss des traditionellen japanischen Familiensystems zeigt sich besonders deutlich im Erbrecht. Der vorliegende Beitrag analysiert, nach einer kurzen Übersicht der verschiedenen bewegten historischen Etappen, die zur Kodifizierung des japanischen Gesetzbuchs führten, die gesetzlichen und testamentarischen erbrechtlichen Bestimmungen dieser Rechtsordnung. Hinter einer den europäischen Zivilrechten ähnlichen globalen Struktur verbirgt das japanische Erbrecht spezifische Besonderheiten. Die Bedeutung der Verwandten in direkter aufsteigender Linie bei den gesetzlichen Erben, das Vorhandensein einer im Schweizer Recht unbekanntes Testamentsform oder die Diskriminierung der unehelichen Kinder, neuerdings durch den obersten Gerichtshof Japans für verfassungswidrig erklärt, sind einige Beispiele für diese Eigenheiten. Weiterhin sieht das japanische Recht die Möglichkeit, für einen unverheirateten Lebenspartner oder eine andere dem Erblasser nahe stehende Person – bei Fehlen eines Erben – die Zuweisung des Nachlasses oder eines Teils davon zu beantragen; von dieser originellen Lösung könnte sich der Schweizer Gesetzgeber namentlich im Hinblick auf eine Lockerung der Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge inspirieren lassen.

Japanese private law, the result of a complex legal mixture, represents a remarkable paradigm of reception of principles from foreign jurisdictions applied to the local cultural substrate. The strong influence of the traditional Japanese family system is particularly evident in succession law. This article, after a brief overview of the various historical stages that led to the codification of the Japanese Code, analyzes the legal and testamentary succession provisions of this law. Behind a global structure similar to the European civil law, Japanese succession law hides some very specific features. Examples of these peculiarities are the importance of relatives in direct ascending line within legal heirs, the existence of a form of testament unknown to Swiss law or the discrimination against illegitimate children, recently the latter ruled unconstitutional by the Supreme Court of Japan. Furthermore, Japanese law provides the possibility for an unmarried partner or another person closely related with the deceased – in the absence of heirs – to apply for the allocation of the estate or any part thereof. The Swiss legislator could take inspiration by this original solution, particularly with respect to an amendment of the rules on legal succession.

Schwerpunkt, S. 5–34: Nacherbeneinsetzung vs. Nutznießungsvermächtnis – wozu raten?

Focus, p. 5–34: Substitution fidéicommissaire vs legs d’usufruit – Que conseiller?

Focus, p. 5–34: Designation of reversionary heirs vs. Usufruct legacy – what advice?

Andreas Flückiger

Im Vergleich zur Nutznießung beinhaltet die Nacherbeneinsetzung eine viel grössere Komplexität, deren Risiken gemeinhin unterschätzt werden. Bereits eine simple Wohnsitzverlegung der Vorerben, die im Voraus nie auszuschliessen ist, kann die Anwartschaft der Nacherben ganz zunichtemachen. Dieses und weitere grundsätzliche Probleme von Vor-/Nacherbschaften, die bereits in der Nachlassplanung zu berücksichtigen wären, werden einleitend anhand eines Falles aus der Praxis aufgezeigt («Happy End dank mehr als 10 glücklichen Zufällen»). Im Hauptteil werden die wesentlichen Unterschiede der Institute Nutznießung und Nacherbeneinsetzung sowie deren Bedeutung sowohl für die Nachlassplanung wie auch für die praktische Abwicklung dargestellt. Dieser Vergleich zeigt, dass Nacherbeneinsetzungen mit grossen, oft unkontrollierbaren Risiken verbunden sind, die bei einer Nachlassgestaltung mit Nutznießung vermieden werden könnten. Ergänzt wird der Beitrag im Anhang mit einer tabellarischen Übersicht der Unterschiede zwischen Nutznießung und den beiden Varianten der Nacherbeneinsetzung.

La substitution fidéicommissaire est comparativement d’une plus grande complexité que l’usufruit; une complexité dont les risques sont généralement sous-estimés. Déjà un simple changement de domicile de l’héritier grevé, événement dont la survenance ne doit jamais être exclue *a priori*, peut complètement anéantir l’expectative de l’héritier appelé. Ce point ainsi que d’autres problèmes majeurs soulevés par la substitution fidéicommissaire et dont il faudrait tenir compte dès la planification successorale, sont mis en évidence dans la partie introductive au moyen d’un cas issu de la pratique («une fin heureuse grâce à plus de 10 heureux hasards»). Dans la partie principale, sont exposées les différences fondamentales entre les institutions de l’usufruit et de la substitution fidéicommissaire, ainsi que leur portée aussi bien à l’égard de la planification successorale que pour le règlement concret de la succession. Cette comparaison montre que la substitution fidéicommissaire s’accompagne de risques importants et souvent incontrôlables qui pourraient être évités par un règlement successoral reposant sur un usufruit. Cette contribution est complétée en annexe par un tableau récapitulatif des différences entre l’usufruit et les deux variantes de la substitution fidéicommissaire.

Compared to the usufruct the designation of reversionary heirs implies a much greater complexity, the risks of which are commonly underestimated. Even a simple change of residence of the provisional heir, which can never be ruled out in advance, can entirely undo the entitlement of the reversionary heirs. This and other fundamental problems of provisional and reversionary heirships, which would already need to be addressed in the estate planning, are presented in the introduction by way of a practical case (“happy ending thanks to more than 10 fortunate coincidences”). In the main part the essential differences between the institutions of usufruct and designation of reversionary heirs are discussed as well as their meaning for both estate planning and practical implementation. This comparison shows that the designation of reversionary heirs is associated with substantial, often uncontrollable risks, which could be avoided by an estate planning on the basis of a usufruct. The article is supplemented with an overview table in the appendix showing the differences between usufruct and the two models for the designation of a reversionary heir.

Praxis, S. 35–50: Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht

Pratique, p. 35–50: La succession numérique en droit suisse

Practice, p. 35–50: Digital estate under Swiss law

Hans Rainer Künzle

Nach dem Tod des Erblassers müssen sich die Erben bzw. Angehörigen zunehmend mit der Frage auseinandersetzen, wie sie mit dem digitalen Nachlass umgehen, d.h. mit Daten auf dem PC und/oder in Net Clouds, bei E-Mail- und Homepage-Providern sowie auf sozialen Netzwerken, aber auch Daten bei Online-Dienstleistern wie Banken, Auktionshäusern, Reiseveranstaltern und anderen Organisationen. Der digitale Nachlass wird nach dem Tod des Erblassers nach den Regeln des Erbrechts übertragen, geht also auf die Erben über und nicht auf die Angehörigen. Provider von E-Mail-Diensten sind nicht gehalten, sensible Daten auszusortieren. In der Praxis gibt es Probleme mit Unternehmen, welche ihren Sitz im Ausland haben (drei grosse soziale Netzwerke haben den Sitz in Kalifornien), weil diese ihr lokales Recht anwenden und Mühe mit ausländischen Erbrechtsausweisen haben. Deshalb sollte der (künftige) Erblasser dafür sorgen, dass er mit Providern Regeln für sein Ableben vereinbart und dass die Erben die notwendigen Informationen für den Zugang zu seinen elektronischen Daten erhalten, sei dies aufgrund einer Liste, welche er dem Testament beilegt oder einer Vertrauensperson übergibt, oder mithilfe eines digitalen Vererbungsdienstes.

Après un décès, les héritiers et l'entourage du défunt se voient de plus en plus souvent confrontés à la question du règlement de la succession numérique, c'est-à-dire du règlement concernant les données enregistrées sur ordinateur et/ou en cloud computing, chez les fournisseurs de messageries électroniques et de sites web ainsi que sur les réseaux sociaux, mais aussi les données enregistrées chez les prestataires de services en ligne comme les banques, maisons de ventes aux enchères, tours opérateurs et autres organismes. La succession numérique est transmise au décès selon les règles du droit des successions, elle est donc transférée aux héritiers du défunt et non aux membres de son entourage. Les fournisseurs de services de messagerie électronique ne sont pas tenus de retirer les données sensibles. En pratique, on rencontre des problèmes avec les entreprises dont le siège est à l'étranger (trois grands réseaux sociaux ont leur siège en Californie), parce que ces entreprises appliquent le droit local et éprouvent des difficultés face aux documents étrangers relevant du droit successoral. C'est pourquoi le (futur) défunt devrait prendre soin de conclure un accord avec les fournisseurs sur les mesures à prendre en cas de décès, et faire en sorte que les héritiers reçoivent les informations nécessaires à l'accès à ses données électroniques, que ce soit au moyen d'une liste annexée au testament ou confiée à une personne de confiance, ou encore par le biais d'un service d'héritage de données.

After the death of the decedent, the heirs or relatives must increasingly grapple with the question of how to deal with the digital estate, i.e. with data on the PC and/or in net clouds, data stored with e-mail and website providers, as well as on social networks, but also data with online service providers such as banks, auction houses, travel agencies and other organizations. The digital estate is transferred after the death of the decedent according to the rules of succession, and goes to the heirs and not to the relatives. Providers of e-mail services are not required to sort out sensitive data. In practice, there are problems with companies domiciled abroad (three large social networks are registered in California), because they apply their local law and they have trouble dealing with foreign inheritance certificates. Therefore, the (future) decedent should ensure that he agrees rules with his providers for the case of his passing and that the heirs receive the necessary information in order to be able to access his electronic data, be it by way of a list, which he attaches to the will or which he gives to a trusted person or be it with the aid of a digital transmission service.

International, p. 64–73 : Le bénéfice d'inventaire en droit romain et en droit suisse, ou comment Eugen Huber a parfait Justinien

International, S. 64–73: Öffentliches Inventar im römischen Recht und im Schweizer Recht oder wie Eugen Huber Justinians Werk vollendete

International, p. 64–73: Public inventory in Roman law and Swiss law or how Eugen Huber completed the work of Justinian

Davide Cerutti/Félicien Monnier

Le droit privé romain et le droit suisse des successions connaissent le principe de la confusion des patrimoines. Si la situation financière du défunt est douteuse, l'héritier peut craindre de lui succéder. Le droit romain comme le droit suisse actuel connaissent le bénéfice d'inventaire. Cette institution permet de limiter la responsabilité de l'héritier aux montants inventoriés de la succession; les actifs pour Rome et les passifs pour la Suisse. En cela la version romaine diffère de notre version actuelle. Cet article reprend les origines historiques du régime romain du point de vue des différentes entorses au principe de la confusion des patrimoines, tolérées par les jurisconsultes. Dans un second temps, il décrit le bénéfice d'inventaire suisse en évoquant les travaux d'Eugen Huber. Il s'impose en dernière analyse que le bénéfice d'inventaire suisse est une synthèse de différentes institutions romaines, bénéfice d'inventaire romain y compris.

Römisches Privatrecht und Schweizer Erbrecht lassen das Vermögen des Erblassers mit jenem des Erben verschmelzen. Ist die finanzielle Lage des Erblassers zweifelhaft, muss der Erbe diese Rechtsnachfolge fürchten. Das römische wie das aktuelle Schweizer Recht kennen das öffentliche Inventar. Dieses Rechtsinstitut ermöglicht eine Haftungsbeschränkung des Erben auf die inventarisierten Beträge des Nachlasses; die Aktiven für Rom und die Passiven für die Schweiz. Darin unterscheidet sich die römische Version von unserer aktuellen Version. Dieser Beitrag zeigt die historischen Anfänge der römisch-rechtlichen Regelung im Hinblick auf die verschiedenen, von den römischen Juristen geduldeten Verstöße gegen den Grundsatz der Verschmelzung der Vermögen. Anschliessend wird das Schweizer öffentliche Inventar unter Hinweis auf die Vorarbeiten von Eugen Huber beschrieben. Letzten Endes muss festgestellt werden, dass das schweizerische öffentliche Inventar eine Synthese der verschiedenen römischen Rechtsinstitute, inklusive des römischen öffentlichen Inventars, ist.

Roman private law and Swiss inheritance merge the property of the decedent with that of the heirs. If the financial situation of the deceased is doubtful, the heir must fear this succession. Both the Roman as well as the current Swiss law apply the instrument of public inventory. This legal concept allows a limitation of liability of the heir to the inventoried amounts of the estate; the assets for Rome and the liabilities for Switzerland. This distinguishes the Roman version from our contemporary version.

This article describes the historic beginnings of the Roman legal regime with regard to the various violations of the principle of the merger of assets which were tolerated by the Roman lawyers. This is followed by a description of the Swiss public inventory with reference to the preparatory work of Eugen Huber. Ultimately, it must be noted that the Swiss public inventory is a synthesis of the various Roman legal institutions, including the Roman public inventory.

Vorschau auf «successio Heft 2/2015»

(Angaben ohne Gewähr)



■ **Geteilt, oder noch nicht geteilt?**

Lorenz Baumann

■ **Hinweise zur Begleitung von Verbeiständeten bei Abschluss eines Erbvertrags**

Peter Breitschmid

■ **Unklarheiten im Zusammenhang mit liechtensteinischen Trusts in der Schweiz (BGer 4A_329/2013) – Versuch einer Wegleitung**

Harald Bösch

Schwerpunkt, S. 96–108: Geteilt – oder noch nicht geteilt? Eine (vermeintlich) einfache Frage als Quell von Streitigkeiten und Steuerproblemen

**Focus, p. 96–108: Déjà partagé ou à partager? Une question (prétendument) simple,
source de litiges et de problèmes fiscaux**

**Focus, p. 96–108: Divided or not divided? – A (supposedly) simple question as source
of disputes and tax issues**

Lorenz Baumann

In der Praxis ist oftmals nicht klar, ob eine Erbteilung bereits stattgefunden hat oder ob die Erben nach wie vor eine Erbengemeinschaft bilden: Einzelne Erben sind der Ansicht, das Erbe geteilt zu haben, scheitern aber mit ihrer Klage auf Vollzug der Teilung, weil nach der strengen Gerichtspraxis kein Teilungsvertrag vorliegt. Das Bundesgericht stellt bei Erbteilungen erhöhte Anforderungen an den Bindungswillen der Beteiligten, sodann muss der Wille der Erben erkennbar sein, sich endgültig auseinanderzusetzen. Der Autor gibt Hinweise, wie in der Praxis Unklarheiten vermieden werden können. Heikel ist auch der umgekehrte Fall: Die Erben sind der Ansicht, noch nicht geteilt zu haben, sie haben aber formlos – und allenfalls sogar stillschweigend – die Erbengemeinschaft umgewandelt in eine Personengesellschaft, z.B. eine einfache Gesellschaft. Spätere Handänderungen an Grundstücken berechtigen diesfalls nicht mehr zum Aufschub der Grundstückgewinnsteuer.

En pratique, il est souvent difficile de déterminer si un partage a déjà eu lieu ou si les héritiers forment toujours une communauté héréditaire: certains d'entre eux pensent avoir partagé la succession, mais échouent dans leur action en exécution, car en raison d'une pratique judiciaire sévère, il n'y a pas d'acte de partage. Le Tribunal fédéral pose, en matière de partage, des conditions renforcées quant à la volonté de s'obliger des participants, et la volonté des héritiers de partager définitivement doit être perceptible. L'auteur donne des indications sur les manières d'éviter les confusions dans la pratique. Tout aussi délicate est la situation inverse: les héritiers pensent ne pas encore avoir procédé au partage, mais ils ont sans forme – voire tacitement – transformé la communauté héréditaire en une société de personnes, par ex. une société simple. Dans ce cas, des transferts ultérieurs de propriété immobilière ne bénéficieront plus du report de l'imposition des gains immobiliers.

In practice it is often not clear whether the division of an estate has already taken place or whether the heirs are still organized as community of heirs. Some heirs believe to have divided the estate, but they fail with their action to enforce the division, because according to the strict judicial practice there is no formal division agreement in place. In cases of estate division the Federal Supreme Court requires a qualified will of the parties to be bound, and the will of the heirs to be settled definitively must be recognizable. The author provides suggestions as to how in practice confusion can be avoided. Indeed, the opposite case is just as tricky: The heirs are of the view not to have divided the estate, but they have informally – and possibly even tacitly – converted the community of heirs into a partnership, for example into a simple partnership. Subsequent changes of ownership of real estate may thus no longer give the right to defer capital gains tax.

Praxis, S. 123–137: Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis (2013–2014)

Pratique, p. 123–137: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2013–2014)

Practice, p. 123–137: Executorship – current practice (2013–2014)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2013/2014 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, unter anderem die Weiterentwicklung der Regeln beim Vorhandensein von mehreren Willensvollstreckern; die Honorar-Rückforderungsklage gegenüber dem Willensvollstrecker muss als ungerechtfertigte Bereicherung qualifiziert werden, was dazu führt, dass alle Erben gemeinsam den Willensvollstrecker einklagen müssen; wenn sich der Willensvollstrecker in einer Interessenkollision befindet, müssen die Erben die Absetzung durch den Richter im ordentlichen Verfahren verlangen (und nicht im summarischen Aufsichtsverfahren); die Erben können die Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung auch dann durch Einrede geltend machen, wenn der Willensvollstrecker Besitz am Nachlass hat; die Pflichtverletzung eines Willensvollstreckers kann gleichzeitig eine Standeswidrigkeit (als Rechtsanwalt) sein.

Dans le rapport annuel 2013/2014 sont abordées différentes questions relatives à l'exécuteur testamentaire, entre autres l'évolution des règles concernant les cas où plusieurs exécuteurs testamentaires ont été désignés; l'action en répétition d'honoraire à l'encontre de l'exécuteur testamentaire doit être qualifiée d'enrichissement illégitime avec comme conséquence pour les héritiers qu'ils doivent agir conjointement contre l'exécuteur testamentaire; si l'exécuteur testamentaire se trouve dans une situation de conflits d'intérêts, les héritiers doivent demander sa destitution en procédure ordinaire devant un juge (et non en procédure sommaire devant l'autorité de surveillance); les héritiers peuvent également invoquer la nullité d'une disposition de dernières volontés par voie d'exception lorsque l'exécuteur testamentaire est en possession des biens successoraux; la violation des devoirs d'un exécuteur testamentaire peut en même temps constituer une violation des règles de déontologie (de la profession d'avocat).

In the annual report 2013/2014 various issues concerning executors are addressed, including the development of rules where several executors have been appointed; a fee-recovery action against the executor must be qualified as unjust enrichment, which requires that all heirs have to sue the executor together; in cases where the executor is in a conflict of interest, the heirs must ask for dismissal of the executor by the judge by way of ordinary procedure (the summary disciplinary procedure is not applicable); the heirs can invoke the invalidity of testamentary dispositions by defense even if the executor has possession of the estate; the breach of duty of an executor can at the same time constitute professional misconduct (as a lawyer).

Praxis, S. 138–146: Hinweise zur Begleitung von Verbeiständeten bei Abschluss eines Erbvertrags

Pratique, p. 138–146: Indications relatives à l'accompagnement des personnes sous curatelle lors de la conclusion d'un pacte successoral

Practice, p. 138–146: Considerations on accompanying a person placed under the care of a welfare advocate when concluding an inheritance agreement

Peter Breitschmid

Die mit der KESR-Revision erweiterte bzw. konsolidierte Verfügungsfähigkeit Verbeiständeter (Art. 468 Abs. 2 ZGB) wirft Fragen auf: Die beistandschaftliche «Vertretung» (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4) darf nicht dazu führen, dass eine einigermassen natürliche Emotionalität des erbfamilienrechtlichen Kontexts ausgeblendet wird. Und es darf sodann nicht eintreten, dass Behörden zu Lebzeiten des Verbeiständeten (vermögensverwalterische) Dispositionen zulassen bzw. veranlassen, welche erbrechtlichen Anordnungen ohne Not zuwiderlaufen, da zwar nicht Vermögensinteressen Dritter, sehr wohl aber persönlichkeitsrechtliche Anliegen der vertretenen Person zu schützen sind.

La capacité de disposer des personnes sous curatelle, étendue resp. consolidée par la révision du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (art. 468 al. 2 CC), pose certaines questions: la «représentation» en matière de curatelle (art. 416 al. 1 ch. 4 CC) ne doit pas conduire à occulter la charge affective relativement naturelle dans les contextes familiaux du droit des successions. Et il ne faudrait donc pas que les autorités, du vivant de la personne sous curatelle, autorisent ou amènent à prendre des dispositions (relevant de la gestion de patrimoine) qui sans nécessité absolue contrediraient des dispositions successorales, car s'il ne s'agit pas de protéger les droits patrimoniaux de tiers, les pré-occupations de la personne représentée qui relèvent du droit de la personnalité doivent en revanche être l'objet d'une protection.

The capacity of persons placed under the care of a welfare advocate to dispose, which was extended respectively consolidated with the KESR-amendment (Art. 468 par. 2 SCC), raises questions: The representation of a person by a welfare advocate (Art. 416 par. 1 digit 4 SCC) must not lead to the suppression of a reasonably natural emotionality of the legal family inheritance context. And this should also not result in authorities causing or allowing during the lifetime of the person placed under the care of a welfare advocate dispositions in the asset management which are unnecessarily contrary to testamentary dispositions, because although no property interests of third parties require protection, it is certainly necessary to protect personality rights of the individual represented.

International, S. 150–175: Unklarheiten im Zusammenhang mit liechtensteinischen Trusts in der Schweiz (BGer 4A_329/2013) – Versuch einer Wegleitung

International, p. 150–175: Incertitudes concernant les trusts liechtensteinois en Suisse (ATF 4A_329/2013) – Guide pratique

International, p. 150–175: Uncertainties associated with Liechtenstein trusts in Switzerland (Federal Supreme Court 4A_329/2013) – an attempted guideline

Harald Bösch

Mit Urteil vom 10.12.2013 hat das Bundesgericht die von einer liechtensteinischen Treuhänderin gegen eine schweizerische Bank eingebrachte Klage auf Herausgabe der unter zwei verschiedenen Konto-/Depotnummern verwahrten Vermögenswerte mangels klarer Rechtslage im Sinne des Art. 257 ZPO abgewiesen. Die Treuhänderin hatte jedes dieser Konten unter der Rubrikbezeichnung jeweils unterschiedlicher liechtensteinischer Trusts eröffnet, ist aber hinsichtlich beider FL-Trusts bereits im Jahr 2007 durch eine andere Treuhänderin ersetzt worden.

Der Beitrag setzt sich ausführlich mit der nach liechtensteinischem Recht bestehenden Rechtszuständigkeit am Treugut eines FL-Trusts auseinander. Danach erwirbt der Treuhänder eines liechtensteinischen Trusts am Treugut kein Eigentum, sondern nimmt stattdessen als «selbstständiger Rechtsträger» die Stellung eines Verwaltungs- und Verfügungsberechtigten ein. Das Treugut wiederum ist im liechtensteinischen Treuhandrecht zu einem starken Sondervermögen ausgebaut, das durch entsprechende gesetzliche Bestimmungen vor treuwidrigem Verhalten des Rechtsträgers einen erheblichen Schutz genießt und insbesondere vor Zugriffen seiner Privatgläubiger und in dessen persönlichem Konkurs wirkungsvoll geschützt ist. Dadurch gelang es dem liechtensteinischen Gesetzgeber mit einem klugen Schachzug, das Rechtsinstitut der liechtensteinischen Treuhänderschaft funktional stark dem Trust des Common Law anzunähern.

Dans son jugement du 10.12.2013, le Tribunal fédéral a rejeté l'action exercée par un trustee liechtensteinois contre une banque suisse, et dont l'objet était la restitution d'avoirs déposés sous deux numéros de comptes différents, estimant que le cas n'était pas clair au sens de l'art. 257 CPC. Le trustee avait ouvert chacun de ces comptes sous les noms respectifs de différents trusts liechtensteinois, mais pour l'un comme pour l'autre de ces trusts, il avait été remplacé par un autre trustee dès l'année 2007.

Cette contribution traite de manière détaillée de la compétence juridique, en droit du Liechtenstein, quant au patrimoine d'un trust liechtensteinois. En droit du Liechtenstein, le trustee d'un trust liechtensteinois n'acquiert aucun droit de propriété sur le patrimoine du trust, mais il est un titulaire indépendant de droit («selbstständiger Rechtsträger»), et en tant que tel détenteur de droits d'administration et de disposition. Quant au patrimoine du trust, il voit, en droit des trusts du Liechtenstein, sa caractéristique de patrimoine distinct renforcée par des dispositions législatives lui offrant une protection considérable en cas de comportement déloyal du titulaire de ces droits d'administration et de disposition. Le patrimoine est efficacement protégé, notamment contre toute mainmise des créanciers personnels du trustee ainsi qu'en cas de faillite personnelle de ce dernier. C'est au moyen de cette mesure judiciaire que le législateur liechtensteinois est parvenu à rapprocher fortement sur le plan fonctionnel l'institution juridique du trust liechtensteinois («Treuhanderschaft») de celle du trust de *common law*.

In its judgment of 10.12.2013, the Federal Supreme Court dismissed an action brought by a Liechtenstein trustee against a Swiss bank for the surrender of assets held under two different account numbers due to the absence of a clear legal position in the sense of Art. 257 Swiss Civil Procedure Act. The trustee had opened each account under the name of a different Liechtenstein trust, but, in the case of both Liechtenstein trusts, had been replaced by another trustee in 2007.

The article deals extensively with the legal position of a trustee and of the trust property under Liechtenstein trust law. Accordingly, the trustee of a Liechtenstein trust does not acquire ownership of the trust property but instead is an independent holder of rights («selbstständiger Rechtsträger») with the power to manage and to take disposal decisions regarding the trust assets. The trust assets, on the other hand, are developed in Liechtenstein law as a strong separate estate which enjoys significant statutory protection against breaches of trust. In particular, the trust property is also protected against claims by private creditors of the trustee as well as in the event of his personal bankruptcy. With this clever move, the Liechtenstein legislator has enabled the legal institution of a Liechtenstein trust to be brought functionally very close to a common law trust.

Vorschau auf «successio Heft 3/2015»

(Angaben ohne Gewähr)

- Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – *de lege lata* und *de lege ferenda*
Ruth Arnet



Schwerpunkt, S. 185–206: Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – *de lege lata* und *de lege ferenda*

Focus, p. 185–206: La forme authentique des dispositions pour cause de mort – *de lege lata* et *de lege ferenda*

Focus, p. 185–206: The public certification of dispositions mortis causa – *de lege lata* and *de lege ferenda*

Ruth Arnet

Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen dient der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (Art. 499 ff. ZGB) oder eines Erbvertrags (Art. 512 ZGB). Nach der aktuellen Bundesgerichtspraxis hat der Nachweis der Verletzung einer bundesrechtlichen Formvorschrift im Rahmen des Ungültigkeitsprozesses (Art. 520 ZGB) ohne Weiteres die Ungültigkeit der Verfügung zur Folge. Das ergibt – was anhand der Funktion der Formvorschriften und der fehlerhaften Mitwirkung der Zeugen (Art. 501 f.) gezeigt wird – kein stimmiges Rechtsfolgensystem: Ungültigkeit ist zwar immer dann angebracht, wenn keine Rekognition bzw. keine Genehmigung durch den Testator stattgefunden hat. Hingegen kann der «Automatismus» zwischen der Verletzung einer bundesrechtlichen Formvorschrift und der (auf Klage hin erkannten) Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen zu höchst fragwürdigen Schadenersatzfolgen und einer Missachtung des Willens des Testators führen. Dem ist *de lege ferenda* nicht mit der Revision der bundesrechtlichen Beurkundungsvorschriften, etwa mit der Abschaffung der Bestimmungen über die Mitwirkung von Zeugen, zu begegnen, sondern mit der Unterscheidung der bundesrechtlichen Beurkundungsvorschriften in Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften, was bereits *de lege lata* möglich und sinnvoll ist.

La forme authentique des dispositions pour cause de mort peut servir à l'établissement d'un testament (art. 499 ss CC) ou d'un pacte successoral (art. 512 CC). Selon la pratique actuelle du Tribunal fédéral, la mise en évidence, dans le cadre d'un procès en annulation, de la violation d'une règle de forme de droit fédéral (art. 520 CC) a pour conséquence immédiate l'annulation de la disposition. Ceci engendre une incohérence au sein du système des conséquences juridiques, ce qui fera l'objet d'une démonstration reposant sur la fonction des règles de forme et le concours des témoins entaché d'un vice (art. 501 s): la nullité est certes appropriée lorsqu'il n'y a pas eu de reconnaissance ou ratification de l'acte par le testateur. En revanche, l'«automatisme» entre la violation d'une règle de forme de droit fédéral et la nullité (prononcée à la suite d'une action en justice) de la disposition pour cause de mort peut avoir des conséquences très contestables en matière de dommages-intérêts et aboutir au mépris de la volonté du testateur. Ce n'est pas *de lege ferenda* par une révision des prescriptions du droit fédéral relatives à la forme authentique, comme la suppression des dispositions relatives au concours des témoins, qu'il faut y remédier, mais par la différenciation au sein des règles du droit fédéral sur la forme authentique entre prescriptions de validité et prescriptions d'ordre, ce qui est *de lege lata* déjà possible et indiqué.

The public certification of dispositions mortis causa serves the establishment of a testamentary disposition (Art. 499 et seq. SCC) or a contract of inheritance (Art. 512 SCC). According to current practice of the Federal Supreme Court, the evidence of violating a formality of the federal law within the scope of the action for annulment (Art. 520 SCC) readily invalidates the disposition. This does not lead to a – as shown by the function of the formal requirements and the faulty participation of witnesses (Article 501 f.) – coherent system of legal consequences. Invalidity is indeed always appropriate where no recognition or no permission by the testator has occurred. By contrast, the “automatism” between the violation of a formality of federal law and the invalidation of the disposition mortis causa (following an action) can lead to highly questionable consequences due to claims for damages and a disregard of the testators' intention. This should not be resolved *de lege ferenda* by a revision of the formal requirements of federal law, such as the abolition of provisions relating to the participation of witnesses, but rather by a distinction between validity and administrative requirements within federal certification law, which is already possible *de lege lata* and would be expedient.

Praxis, S. 207–219: Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2014 – ein Resümee

Pratique, p. 207–219: Droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2014 – Un résumé
Practice, p. 207–219: Inheritance and Gift tax law in the year 2014 – a summary

Andrea Opel

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2014 in der Judikatur, im Schrifttum und in der Rechtsetzung – ohne Anspruch auf Vollständigkeit, aber mit dem Ziel, den Leser durch eine sorgfältige Auslese «au courant» zu halten. Herausgegriffen werden zudem zwei Spezialthemen, die im Berichterstattungsjahr unter dem Blickwinkel der Erbschafts- und Schenkungssteuer von sich reden gemacht haben: Unternehmensnachfolge vor dem Hintergrund der unlängst zur Abstimmung gelangten Erbschaftssteuerinitiative und grenzüberschreitende Vermögensübergänge mit Fokus auf die internationale Spendentätigkeit.

Cette contribution donne un aperçu des nouveautés jurisprudentielles, doctrinales et législatives concernant le droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2014 – sans prétention à l'exhaustivité mais en ayant pour objectif de tenir le lecteur «au courant» au moyen d'une sélection rigoureuse. En outre, il sera plus particulièrement question de deux thèmes spécifiques qui ont fait parler d'eux, au cours de l'année objet de ce rapport, du point de vue du droit fiscal des successions et des donations: la transmission d'entreprises compte tenu de l'initiative en matière de fiscalité successorale récemment soumise au vote, et les transmissions transfrontalières de patrimoines notamment les dons dans un contexte international.

This article provides an overview of developments in inheritance and gift tax law in the year 2014 in case law, in literature and in legislation – not exhaustive, but with the goal – by means of a careful selection – of keeping the reader up to date. Two special topics are singled out, which have been subject to much debate in the reporting year from the perspective of inheritance and gift tax: Business succession in light of the inheritance tax initiative which recently was subjected to a referendum and cross-border transfers of assets with a focus on international donation activities.

Praxis, S. 220–237: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich

Pratique, p. 220–237: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique

Practice, p. 220–237: News in the areas of Foundations and charitable/not for profit activities

Harold Grüninger

Ein punktueller Überblick über Stiftungen und diese betreffende Entwicklungen in der Schweiz im Berichtsjahr 2014. Beispiele von neu errichteten Stiftungen, worunter einige bedeutende, Umwandlungen, Fusionen und Löschungen illustrieren die Lebendigkeit des Sektors. Es folgt ein Überblick über Publikationen zum Stiftungsrecht sowie eine kurze Darstellung von zwei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes, einer über die Frage der Aufsichtsgebühren und einer über die Frage der Staatshaftung für Aufsichtstätigkeit.

Un aperçu de certains points concernant les fondations en Suisse et les évolutions en ce domaine au cours de l'année 2014. Quelques exemples de fondations nouvellement constituées, dont des transformations, fusions et radiations significatives illustrant la vitalité de ce secteur. Puis, il est donné un aperçu des publications en droit des fondations ainsi qu'une brève présentation de deux décisions du Tribunal administratif fédéral, l'une concernant la question des émoluments de surveillance et l'autre celle de la responsabilité de l'Etat en raison de l'activité de surveillance.

A selective survey of foundations and relevant developments in Switzerland in the year under review 2014. Some examples relating to newly established foundations, including some significant ones, transformations, mergers and liquidations illustrate the vitality in this sector. This is followed by an overview of publications on foundation law and a brief account of two decisions handed down by the Federal Administrative Court, one on the question of regulatory fees and another on the question of government liability for supervisory/regulatory activities.

Schwerpunkt, S. 278–287: Der Anwendungsbereich der Surrogation im Erbrecht

Focus, p. 278–287: Le champ d'application de la subrogation en droit des successions

Focus, p. 278–287: The scope of subrogation in inheritance law

Martin Eggel

Der Beitrag bereitet die Ergebnisse der Dissertation des Schreibenden für ein auf das Erbrecht spezialisiertes Publikum auf und befasst sich mit Funktion und Inhalt von Rechtsfiguren, die unter den Begriff «Surrogation» gefasst werden. Es werden zunächst kurz die heute vertretenen Lehrmeinungen zur Surrogation dargestellt und gestützt darauf einheitliche, substantielle Merkmale herausgearbeitet. Diese Grundsätze werden danach in einer eigenen Konzeption zusammengeführt, nach der dem geltenden Recht zwei Arten der Surrogation bekannt sind, nämlich die dingliche und die rechtslagefortsetzende Surrogation. Beide Rechtsfiguren bezeichnen einen willensunabhängigen, gesetzlich angeordneten Vorgang, der sich auf Ersatzwerte (Surrogate) bezieht. Dingliche Surrogation meint die Zuweisung eines Ersatzwertes in bestimmten Fällen, rechtslagefortsetzende Surrogation die Erhaltung bestimmter Rechtslagen an Ersatzwerten. Abschliessend erfolgt die Auseinandersetzung mit einer Reihe von praktischen Fallkonstellationen des geltenden Erbrechts, in denen eine derart verstandene Surrogation von Bedeutung sein kann.

Cette contribution traite des conclusions de la thèse de l'auteur à l'intention d'un public spécialisé en droit des successions, et aborde les questions de la fonction et du contenu des concepts juridiques regroupés sous la notion de «subrogation». Dans un premier temps, les différentes positions doctrinales actuelles seront brièvement exposées, et des caractéristiques communes substantielles seront sur cette base mises en évidence. Puis, ces principes seront réunis dans une conception propre à l'auteur, selon laquelle deux formes de subrogation sont connues du droit en vigueur, à savoir la subrogation réelle et la subrogation prolongeant la situation juridique (*rechtslagefortsetzende Surrogation*). Ces deux concepts juridiques désignent un processus légal, indépendant de la volonté, et portant sur des valeurs de remplacement («*Surrogate*»). La subrogation réelle correspond à l'attribution d'une valeur de remplacement dans certains cas particuliers, et la subrogation prolongeant la situation juridique (*rechtslagefortsetzende Surrogation*) désigne le maintien d'une situation juridique particulière en ce qui concerne des valeurs de remplacement. Enfin, toute une série de situations concrètes issues du droit des successions dans lesquelles une subrogation telle que décrite ci-dessus pourrait être concernée, seront examinées.

The article summarises the results of the thesis of the author for the benefit of an audience specializing in inheritance law and deals with function and content of legal concepts that are subsumed under the term “subrogation”. To begin with, today's doctrines of subrogation are briefly presented and based on that, unified and substantial features are developed. These principles are then merged into a distinct concept, according to which de lege lata two types of subrogation are known, namely the subrogation in rem and the subrogation continuing the legal position. Both legal figures denote an automatic, legally arranged operation which refers to the replacement of values (surrogates). Subrogation in rem refers to the allocation of a substitute value in certain cases, subrogation continuing the legal position refers to the conservation of certain legal positions with regard to substitute values. Finally, a series of practical case constellations of the applicable inheritance law are discussed, in which such a subrogation can be of importance.

Praxis, S. 288–303: Die Durchführung der Herabsetzung bei Schenkungen, Lebensversicherungen und Trusts

Pratique, p. 288–303: La mise en œuvre de la réduction en cas de donations, assurances-vie et trusts

Practice, p. 288–303: The implementation of the reduction in donations, life insurance and trusts

Paul Eitel/Marjolein Bieri

Schenkungen, Lebensversicherungen und Trusts können eine Herabsetzung nach sich ziehen. Die Durchführung der Herabsetzung beruht auf dem Altersprioritätsprinzip (Art. 532 ZGB). Der vorliegende Beitrag verdeutlicht die Tragweite dieses Grundsatzes, vor dem Hintergrund der teilweise unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur und anhand konkreter Beispiele.

Les donations, assurances-vie et trusts peuvent donner lieu à réduction. La mise en œuvre de la réduction repose sur le principe de l'antériorité (art. 532 CC). La présente contribution illustre la portée de ce principe sur fond d'opinions doctrinales en partie divergentes et à l'aide d'exemples concrets.

Donations, life insurances and trusts can result in a reduction. The implementation of the reduction is based on the age priority principle (Art. 532 SCC). The present article clarifies the scope of that principle, against the background of conflicting opinions of doctrine and relevant authority as well as by discussing concrete examples.

International, S. 308–321: Erbescheinigungen bei letztwilligen Verfügungen zugunsten eines Trusts – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung eines zwischengeschalteten *personal representative*

International, p. 308–321 : Les certificats d’héritiers en cas de testaments au profit de trusts – en particulier la situation juridique du *personal representative* interposé

International, p. 308–321: Certificates of inheritance in testamentary dispositions in favor of a trust – with special consideration of the legal status of an intermediary *personal representative*

Thomas M. Mayer

Der vorliegende Beitrag dreht sich um eine Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahre 2011. Diese war zur Frage ergangen, auf wen die in Art. 559 ZGB vorgesehene Erbescheinigung in Konstellationen auszustellen ist, in denen der Erblasser einen bereits bestehenden oder als Teil seiner testamentarischen Verfügung errichteten Trust begünstigt hat, sei es im Sinne eines Erben, Vermächtnisnehmers oder Auflagenbegünstigten. Für den Fall, dass der Nachlass dem englischen Recht untersteht, weist die Stellungnahme auf die Komplikation hin, die sich aus der im dortigen Erbrecht vorgesehenen *administration* ergibt. Da es dabei um nicht-trustspezifische international-erbrechtliche Vorfragen geht, wird die Thematik aber nicht weiter vertieft. Im vorliegenden Beitrag wird dies nun nachgeholt. Nach einer kommentierten Wiedergabe der Stellungnahme wird der Frage nachgegangen, ob und wie eine *administration* des englischen Erbrechts im Rahmen einer schweizerischen Nachlassabwicklung umzusetzen ist, welche Rechtsstellung der im Sinne eines *administrator* oder *executor* eingesetzten bzw. anerkannten Person zuzuschreiben ist und ob die Erbescheinigung auf sie oder auf die eigentlichen Erben bzw. den Trustee zu lauten hat.

La présente contribution s’articule autour d’une prise de position de l’Office fédéral de la justice en date de 2011. La question objet de cette prise de position était de savoir au nom de qui il fallait établir le certificat d’héritier prévu à l’art. 559 CC lorsque le de cuius avait disposé en faveur d’un trust déjà constitué ou à constituer en vertu d’une disposition testamentaire, que ce trust ait la qualité d’héritier, de légataire ou de destinataire d’une charge. Dans l’hypothèse d’une succession soumise au droit anglais, la prise de position attire l’attention sur la difficulté résultant de l’*administration* prévue par celui-ci. S’agissant de questions préalables de droit international des successions non spécifiques aux trusts, elle n’a cependant pas approfondi cette thématique. La présente contribution entend y remédier. Après avoir repris et commenté cette prise de position, sera abordée la question de la possibilité et de la manière de transposer l’*administration* du droit anglais dans le cadre d’un règlement suisse de la succession, du statut juridique à concéder à la personne instituée ou reconnue comme *administrator* resp. *executor*, et la question de savoir si le certificat d’héritier doit être établi au nom de cette personne, des héritiers proprement dits ou du trustee.

This current article centers on a legal opinion issued by the Federal Office of Justice in 2011. The opinion was based on the question for whom the certificate of inheritance provided for in Art. 559 SCC should be issued in constellations where the testator has benefitted an existing trust or a trust established as part of his testamentary disposition, whether in the sense of an heir, a legatee or the beneficiary of an imposed burden. In the event that the estate is governed by English law, the opinion points out the complication resulting from the so-called administration provided for in local inheritance law. Since these are not trust-specific questions of international inheritance law, the issue was not further elaborated. This article fills this gap. After a discussed rendering of the opinion the question is investigated, (i) whether and how an administration according to English inheritance law is to be implemented as part of a Swiss estate settlement, (ii) which legal position a person has which is installed or recognized as administrator or executor and (iii) whether the certificate of inheritance has to be issued in favor of such person or of the actual heirs or of the trustee.

Schwerpunkt, S. 5–25: Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda

Focus, p. 5–25: Qualité d'héritier pour les personnes menant de fait une vie de couple – de lege ferenda

Focus, p. 5–25: De facto life partners as heirs – de lege ferenda

Alexandra Jungo

Die Motion Gutzwiller schlägt namentlich vor, dass die nichtehelichen Lebensgemeinschaften in das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht einbezogen werden. Im vorliegenden Beitrag wird dargelegt, dass das Erbrecht auch Solidaritätsfunktion hat und daher Näheverhältnisse berücksichtigen soll. Näheverhältnisse liegen i.d.R. bei Ehe, eingetragener Partnerschaft, Verlobung, Verwandtschaft, aber auch bei faktischer Lebensgemeinschaft vor. Diese wird durch längeres Zusammenleben, längeren gegenseitigen Beistand, u.U. durch ein gemeinsames Kind begründet: Es handelt sich um eine widerlegbare Vermutung eines Näheverhältnisses.

Vorgeschlagen wird ein gesetzliches Erbrecht faktischer Lebenspartner, das von den verschiedenen teils parallelen, teils in Konkurrenz zur Lebenspartnerschaft bestehenden Näheverhältnissen abhängt. Von Bedeutung ist namentlich, ob die Lebenspartner gemeinsame und/oder nichtgemeinsame Kinder haben oder kinderlos sind. Vorgeschlagen wird ferner die Gleichstellung der Lebenspartner mit den Ehegatten im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht.

La motion Gutzwiller propose notamment d'incorporer les personnes menant de fait une vie de couple dans le droit des successions ab intestat et le droit de la réserve héréditaire. Selon la présente contribution, le droit des successions a également une fonction de solidarité, et doit par conséquent prendre en compte les relations entre proches. De tels liens existent en principe en cas de mariage, de partenariat enregistré, de fiançailles, de lien de parenté, mais aussi en cas d'union libre. Celle-ci repose sur une communauté de vie, un soutien mutuel, d'une certaine durée, éventuellement sur la présence d'un enfant commun: il s'agit d'une présomption simple de la qualité de proches.

Il est proposé un droit successoral légal au profit du concubin qui dépende des différents liens envers d'autres proches, certains de ces liens existant parallèlement et d'autres concurremment à celui au profit du concubin. Il importe notamment de savoir si les partenaires ont des enfants communs et/ou non communs ou n'ont pas d'enfant. En outre, il est proposé l'égalité de traitement entre les couples en union libre et les couples mariés en matière d'impôts sur les successions et les donations.

The motion Gutzwiller proposes especially that non-marital cohabitation should be included in intestate succession and forced heirship law. This article argues that inheritance law also has a solidarity function and therefore should consider close relationships. Typical forms of close relations are marriage, registered partnership, engagement, family kinship, but also de facto cohabitation. This comes about by prolonged cohabitation, extended mutual assistance, possibly by a common child: There is a rebuttable presumption of a close relationship. A statutory inheritance is proposed for de facto life partners, which will depend on the various close relationships, which exist partly in parallel and partly in competition with the cohabitation. It is of particular relevance whether the partners have joint and/or own children or are childless. It is further proposed to treat de facto life partners and spouses equally in inheritance and gift tax law.

Praxis, S. 26–43: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2014–2015)

Pratique, p. 26–43: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2014–2015)

Practice, p. 26–43: Executorship – current practice (2014–2015)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2014/2015 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, unter anderem: Die Ausarbeitung eines Inventars kann unter Umständen (komplexes Vermögen, Auslandsvermögen) mehrere Monate in Anspruch nehmen; Dauerwillensvollstreckung ist im Rahmen der verfügbaren Quote zulässig; der Willensvollstrecker kann ein wertloses Grundstück selbstständig im Grundbuch löschen lassen (Dereliktion); wenn sich Waffen in der Erbteilung befinden, ist Vorsicht angezeigt: bei Seriefirewaffen sollte ein Waffenhändler eingeschaltet werden, bei bewilligungspflichtigen Waffen kann der Willensvollstrecker eine Bewilligung beantragen, die Aufbewahrung sollte in einer Weise erfolgen, welche Unberechtigten den Zugang verwehrt, und eine Rückgabe von Waffen sollte durch die Erben (und nicht den Willensvollstrecker) erfolgen; bei der Streitwertberechnung im Aufsichtsverfahren setzt sich immer mehr durch, dass 10% des Nachlasswertes als Streitwert angemessen sind.

Dans le rapport annuel 2014/2015 sont abordées différentes questions relatives à l'exécuteur testamentaire, entre autres: l'établissement d'un inventaire peut dans certaines circonstances (composition patrimoniale complexe, patrimoine à l'étranger) prendre plusieurs mois; l'institution par le de cujus d'une gérance de succession (Dauerwillensvollstreckung) limitée à la quotité disponible est licite; l'exécuteur testamentaire peut faire radier du registre foncier un immeuble sans valeur (déréliction); la prudence est de mise lorsque des armes font partie des biens à partager: il convient de s'adresser à un armurier pour les armes à feu automatiques, l'exécuteur testamentaire peut demander une autorisation pour les armes soumises à autorisation, les modalités de conservation doivent être de nature à empêcher que des personnes non autorisées puissent y avoir accès, et la restitution d'armes devrait être effectuée par les héritiers (et non l'exécuteur testamentaire); il est de plus en plus souvent retenu, pour le calcul de la valeur litigieuse dans la procédure de surveillance, 10% de la valeur de la succession.

In the annual report 2014–2015, various issues concerning executors are addressed, including: The setting up of an inventory may under circumstances take several months (complex and/or foreign assets); continued executorship is permitted within the disposable quota; the executor can independently have a worthless piece of land be taken off the land register (dereliction); when weapons are part of the estate, caution should be exercised: with regard to assault weapons a firearm licensee should be involved, for weapons requiring a license, the executor can apply for a license, the storage should be such that access is denied to unauthorized persons, and a return of weapons should be done by the heirs (and not the executor); in computing the dispute value within the supervisory procedure it has become more and more accepted that 10% of the estate value are deemed appropriate as dispute value.

International, S. 48–81 : Le droit grec des successions

International, p. 48–81: Griechisches Erbrecht

International, p. 48–81: Greek inheritance law

Olivier Gaillard

A la suite de sa libération de la domination ottomane, le nouvel État grec devait se munir d'un système juridique moderne et fonctionnel. La codification du droit grec se caractérise par son approche comparatiste, alliant influences de droits européens, substrat romano-byzantin et impact de l'Église orthodoxe. Le droit grec des successions offre un paradigme intéressant de ce métissage. La présente contribution analyse, après un aperçu des principales étapes de l'élaboration du Code civil hellénique, les dispositions successorales *ab intestat* et testamentaires de cet ordre juridique. Sous couvert d'une structure globale similaire au système suisse, le droit grec abonde en spécificités propres. Si l'influence du droit allemand est particulièrement visible, les apports des droits français (en matière de formes testamentaires) et suisse (s'agissant de l'évolution des droits successoraux des enfants nés hors mariage) sont également à relever. Le droit successoral grec est notamment marqué par la relative fragilité du statut du conjoint survivant en comparaison du droit suisse, ainsi que par la protection étendue de la réserve héréditaire. Enfin, le système grec se distingue également par sa réglementation détaillée; il propose des solutions à des situations qui ne sont pas expressément réglées par le Code civil suisse, par exemple dans le cadre de la révocation des testaments ou de l'exhérédation. Le législateur suisse pourrait à cet égard s'inspirer de la précision du droit grec, afin de trancher des questions parfois controversées dans un domaine qui ne supporte guère les incertitudes.

Nach seiner Befreiung von der osmanischen Herrschaft benötigte der neue griechische Staat ein modernes und funktionierendes Rechtssystem. Die Kodifizierung des griechischen Rechts ist durch ihre rechtsvergleichende Perspektive gekennzeichnet, welche Einflüsse aus den europäischen Rechtsordnungen mit einem römisch-byzantinischen Substrat und Einflüssen der orthodoxen Kirche vereint. Das griechische Erbrecht bietet ein eindrückliches Paradigma dieser Vermischung. Der vorliegende Beitrag analysiert, nach einer Übersicht der Hauptphasen bei der Konzeption des hellenischen Zivilgesetzbuchs, die erbrechtlichen Bestimmungen dieser Rechtsordnung, die die gesetzliche und die testamentarische Erbfolge betreffen. Unter einer dem Schweizer Rechtssystem ähnlichen Gesamtstruktur bietet das griechische Recht jedoch zahlreiche Besonderheiten. Der Einfluss des deutschen Rechts ist zwar besonders augenfällig, aber die Beiträge des französischen (bezüglich der Form der letztwilligen Verfügungen) und schweizerischen Rechts (im Hinblick auf die Entwicklung der Nachlassansprüche unehelicher Kinder) sind ebenfalls erwähnenswert. Das griechische Erbrecht ist namentlich von der relativ schwachen Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Vergleich zum schweizerischen Recht sowie durch den weitgehenden Pflichtteilschutz geprägt. Schliesslich zeichnet sich das griechische Rechtssystem auch durch seine ausführlichen Regeln aus; es bietet Lösungen für Situationen, welche im schweizerischen Zivilgesetzbuch nicht ausdrücklich geregelt sind, wie zum Beispiel im Rahmen des Widerrufs von Testamenten und der Enterbung. Diesbezüglich könnte der schweizerische Gesetzgeber sich von der Genauigkeit des griechischen Rechts inspirieren lassen, um strittige Fragen in einem Bereich, welcher Ungewissheit kaum verträgt, zu klären.

After its liberation from Ottoman rule, the new Greek state needed a modern and functioning legal system. The codification of the Greek law characterized by its comparative law perspective, which combines influences of the European legal system with a Roman-Byzantine substance and influences by the Orthodox Church. The Greek inheritance law provides an impressive paradigm of this amalgamation. This article analyses, after an overview of the main stages in the design of the Hellenic Civil Code, the inheritance provisions of this law, regulating intestate and testamentary succession. Under the appearance of a structure similar to the Swiss legal system, Greek law however provides for numerous special features. The influence of German law is indeed particularly striking, but the contributions of French law (with respect to the form of testamentary dispositions) and Swiss law (with regard to the development of inheritance rights of illegitimate children) are also worth mentioning. Greek inheritance law is notably marked by the relatively weak legal position of the surviving spouse compared to Swiss law and by the very thorough forced heirship protection. Finally, the Greek legal system also stands out due to its detailed rules: It offers solutions for situations which are not expressly defined in the Swiss Civil Code, such as in the context of revocation of wills and disinheritance. In this regard, the Swiss legislator could let itself be inspired by the accuracy of Greek law, in order to resolve disputes in an area that hardly tolerates uncertainty.

Vorschau auf «successio Heft 2/2016»

(Angaben ohne Gewähr)

- **Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda**
Balz Hösly/Nadira Ferhat
- **Effet de la bonne foi du conjoint survivant sur ses droits successoraux en cas d'annulation du mariage**
Pinar Altinok Ormanci/Hüseyin Can Aksoy



Schwerpunkt, S. 100–130: Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda

Focus, p. 100–130: La transmission d'entreprise en droit des successions – propositions de lege ferenda

Focus, p. 100–130: Business succession in inheritance law – Proposals de lege ferenda

Balz Hösly/Nadira Ferhat

Die Schweizer Gesetzgebung kennt keine speziellen Regelungen für die Unternehmensnachfolge im Erbrecht. Im Gegenteil: die integrale Übergabe eines Unternehmens an einen Nachfolger wird durch erbrechtliche «Stolpersteine» zum Teil massiv erschwert oder sogar verunmöglicht. Der private und volkswirtschaftliche Wert von Unternehmen und das öffentliche Interesse, diesen im Erbgang soweit wie möglich zu schützen, rechtfertigt aber eine erbrechtliche Sonderregelung zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge. Der Beitrag analysiert die heutige Rechtslage und Rechtsprechung, identifiziert die wichtigsten Stolpersteine und zeigt den Handlungsbedarf für eine Nachfolgeregelung de lege ferenda auf. Die Autoren konkretisieren die Anforderungen an eine solche Regelung und die erbrechtliche Einbettung der Unternehmensnachfolge mit einem Vorschlag für einen zukünftigen Gesetzestext.

La législation suisse ne prévoit pas de règles spécifiques concernant la transmission d'entreprise en droit successoral. Au contraire : la transmission intégrale d'une entreprise à un successeur est parfois fortement entravée, voire même rendue impossible par des obstacles issus du droit des successions. Pourtant, la valeur privée et économique des entreprises et l'intérêt général à protéger autant que possible ce processus justifient l'existence d'un régime spécifique en droit successoral facilitant la transmission d'entreprise. La présente contribution analyse la situation juridique et jurisprudentielle actuelle, identifie les principales pierres d'achoppement et met en évidence la nécessité d'une réglementation de la transmission successorale de lege ferenda. Les auteurs concrétisent dans une proposition de texte de loi, les exigences pesant sur une telle réglementation et son insertion dans le droit des successions.

Swiss legislation has no special provisions for business succession in inheritance law. On the contrary, the integral transfer of a business to a successor is in part massively complicated or even made impossible by “stumbling blocks” in inheritance law. The private and macro-economic value of businesses and the public interest in protecting this in inheritance as much as possible justifies special inheritance provisions to facilitate business succession. The article analyzes the current legal situation and jurisprudence, identifies the key stumbling blocks and shows the need for action for inheritance provisions de lege ferenda. The authors specify the requirements for such provisions and the embedding of business succession in inheritance law with a proposal future legislative language.

Praxis, S. 131–145: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich

**Pratique, p. 131–145: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations
d'utilité publique**

Practice, p. 131–145: News in the areas of Foundations and charitable/not for profit activities

Harold Grüniger

Die vorliegende Zusammenfassung gibt einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft im Jahre 2015 unter Einschluss von neu errichteten und gelöschten Stiftungen, Literatur und Entscheiden.

Le présent résumé donne un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations en 2015, y compris les fondations nouvellement constituées et radiées. Doctrine et décisions.

This summary provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape in 2015 including newly established and liquidated foundations, literature and jurisprudence.

Praxis, S. 146–155: Erbrecht 2013–2015 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur

Pratique, p. 146–155: Droit des successions 2013–2015 – Jurisprudence, législation, doctrine

Practice, p. 146–155: Law of succession 2013–2015 – Case law, legislation, literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; im Heft 3 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans ce numéro seront résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans le prochain numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In this issue, the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in issue 3 some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published "only" on the website of the court, as are the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature.

International, S. 176–182: Effet de la bonne foi du conjoint survivant sur ses droits successoraux en cas d'annulation du mariage

International, p. 176–182: Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten

bei Ungültigerklärung der Ehe

International, p. 176–182: The legal status of the surviving spouse in marriage annulment

Pinar Altinok Ormanci/Hüseyin Can Aksoy

En droit turc, le statut juridique du conjoint survivant en cas d'annulation du mariage diverge pour partie de celui que connaît le droit suisse. La présente contribution met en évidence ces particularités du droit turc et expose le contexte dans lequel elles s'inscrivent.

Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten bei Ungültigerklärung der Ehe ist im türkischen Recht teilweise anders geregelt als im schweizerischen. Der vorliegende Beitrag zeigt die Unterschiede auf und erläutert deren Hintergrund.

The legal status of the surviving spouse in marriage annulment is in part regulated differently in Turkish law than in Swiss law. The present paper shows the differences and explains their background.

Vorschau auf «successio Heft 3/2016»

(Angaben ohne Gewähr)

■ **Die (fehl-)geleitete warme Hand**

Roland Fankhauser

■ **Die rechtliche Qualifikation der vollen Vorschlagszuweisung durch das Bundesgericht und was der Bericht zur Erbrechtsrevision daraus macht**

Alexandra Jungo



Schwerpunkt, S. 190–195: Die (fehl-)geleitete warme Hand – Eine kursorische Übersicht präventiver Massnahmen gegen Dispositionen des Erblassers

Focus, p. 190–195: Aperçu rapide des mesures préventives contre les dispositions du *de cuius*

Focus, p. 190–195: The (miss-)guided warm hand – A cursory overview of preventive measures against dispositions of the testator

Roland Fankhauser

Wenn der Erblasser vor seinem Tod von Dritten umgarnt wird, damit dieser sie zu Lebzeiten oder mittels Verfügungen von Todes wegen begünstigt, sind die Erben meist beunruhigt. Der Aufsatz prüft überblicksmässig, welche Instrumente zur Verfügung stehen, um solche Beeinflussungsversuche abzuwehren. Analysiert werden einerseits Vor- und Nachteile von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen und andererseits die Möglichkeit der Vorbereitung von späteren erbrechtlichen Massnahmen.

Lorsque, peu avant son décès, des tiers attirent le *de cuius* dans leurs filets afin que ce dernier leur consente des libéralités entre vifs ou à cause de mort, les héritiers sont le plus souvent inquiets. Cet article procède à un examen global des instruments dont nous disposons pour repousser ces tentatives de prise d'influence. L'analyse porte, d'une part sur les avantages et inconvénients des mesures de protection des majeurs, et d'autre part sur la possibilité de préparer des mesures de droit successoral ultérieures.

If the deceased is ensnared before his death by third parties, so that he favors them during his lifetime or by testamentary disposition, this is often troublesome for the heirs. The essay examines in an overview, what tools or remedies are available to defend against such attempts of undue influence. It analyzes on the one hand the advantages and disadvantages of adult protection law measures and on the other hand the possibility of preparing of subsequent inheritance law measures.

Praxis, S. 196–202: Das Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht 2015 im Überblick – zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit dem Familienprinzip

Pratique, p. 196–202: Droit fiscal des successions et donations 2015, un aperçu – Etude critique du principe d'une imposition privilégiant les familles

Practice, p. 196–202: The estate and gift tax law in 2015 at a glance – at the same time a critical analysis of the family principle

Andrea Opel

Dieser Beitrag soll einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2015 geben. Zunächst wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung dargelegt, wobei in der Berichterstattungsperiode kein Urteil gefällt worden ist, das eine vertiefte Betrachtung verdient. Weiter erfolgt eine Darstellung zweier kantonaler Entscheidungen, die sich mit der Steuerbefreiung resp. -vergünstigung aufgrund besonderer Naheverhältnisse befassen. Sodann werden die einschlägigen Publikationen aus dem Jahre 2015 zusammengetragen, gefolgt von einem Blick auf den Stand der Rechtsetzung.

Anschliessend wird ein Thema herausgegriffen, das die beiden kantonalrechtlichen Entscheidungen verbindet: Die grundsätzliche Frage danach, ob und wie sich die Privilegierung Nahestehender im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht (sog. Familienprinzip) überhaupt (noch) rechtfertigen lässt, obschon dies das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit relativiert. Auch ist der Frage nachzugehen, inwieweit sich eine Gleichbehandlung unterschiedlicher Lebensformen (Ehe, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat) gebietet.

Cette contribution a pour objet de donner un aperçu des évolutions en matière d'impôts sur les successions et donations 2015. Dans un premier temps, est exposée la jurisprudence du Tribunal fédéral, étant entendu qu'aucun jugement ne méritant une analyse approfondie n'a été prononcé pour la période sous rapport. Ensuite, il est question de deux décisions cantonales qui concernent l'exonération resp. l'allègement fiscal en raison des liens particuliers unissant des proches. Puis, les publications de l'année 2015 concernant le sujet traité sont réunies, et suivies d'un examen de la situation en matière législative.

Enfin, il est abordé un sujet commun aux deux décisions cantonales: la question fondamentale de savoir si, et comment, le traitement privilégiant les proches en droit fiscal des successions et donations (*Familienprinzip*) peut (encore) se justifier alors qu'il relativise le principe de l'imposition selon la capacité contributive. Il convient aussi de se demander dans quelle mesure une égalité de traitement des différents modes de vie (mariage, partenariat enregistré, concubinat) s'impose.

This paper is to provide an overview of the developments in estate and gift tax law in 2015. First, the jurisprudence of the Federal Supreme Court is set forth, although in the reporting period no decision was delivered that deserves an in-depth consideration. Next, there is a presentation of two cantonal decisions that deal with the exemption or privilege due to specially close relationships. Finally, the relevant publications from 2015 are collated, followed by a look at the current state of legislation.

Subsequently, a topic is singled out that connects the two cantonal court decisions: The fundamental question of whether and how the beneficial treatment of closely related persons in estate and gift tax law (so-called family principle) may (still) be justified at all, although it modifies the principle of taxation according to economic performance. In addition, the question is investigated, as to whether and to what extent an equal treatment of different forms of life (marriage, registered partnership, cohabitation) is a requisite.

Praxis, S. 203–275: Erbrecht 2013–2015 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur Teil 2

Pratique, p. 203–275: Droit des successions 2013–2015 – Jurisprudence, législation, doctrine 2^e partie

Practice, p. 203–275: Law of succession 2013–2015 – Case law, legislation, literature part 2

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In Heft 2 wurden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; in diesem Heft werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans le deuxième numéro ont été résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In volume 2, the published cases of the Federal Supreme Court were summarized in chronological order; in this volume some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published "only" on the website of the court, as are the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature.

Vorschau auf «successio Heft 4/2016»

(Angaben ohne Gewähr)

■ Zwei Fragen zum Vorkaufsrecht aus einem erbrechtlichen Blickwinkel

Jonas Rüegg



Schwerpunkt, S. 284–296: Zwei Fragen zum Vorkaufsrecht aus einem erbrechtlichen Blickwinkel

Focus, p. 284–296: Examen d'un point de vue successoral de deux questions à propos du droit de préemption

Focus, p. 284–296: Two questions of the pre-emption right from the point of view of an inheritance law

Jonas Rüegg

Inwiefern können Verfügungen von Todes wegen und andere erbrechtliche oder erbrechtsverwandte Tatbestände einen Vorkaufsfall darstellen? Und worauf ist im Vorkaufsfall zu achten, wenn mehrere Erben im Rahmen einer Erbengemeinschaft aus einem Vorkaufsrecht berechtigt oder belastet sind? Diesen zwei Fragen zum Vorkaufsrecht aus erbrechtlicher Perspektive geht der Autor in diesem Beitrag nach.

Dans quelle mesure des dispositions pour cause mort et autres états de fait relevant directement ou indirectement du droit successoral peuvent-ils constituer un cas donnant droit à l'exercice du droit de préemption? Quels sont les points auxquels il convient d'être attentif lorsque plusieurs héritiers sont, dans le cadre d'une communauté héréditaire, titulaires d'un droit de préemption, ou lorsqu'il existe un tel droit à leur encontre? L'auteur de la présente contribution se propose d'examiner, d'un point de vue successoral, ces deux questions relatives au droit de préemption.

How far can testamentary dispositions and other inheritance law or -related situations constitute a pre-emptive event? In addition, what to look for in a pre-emptive event, if several heirs are entitled or burdened with a pre-emptive right within the framework of a community of heirs? In this article, the author examines these two questions of the pre-emptive right from a hereditary perspective.

Praxis, S. 297–303: Berücksichtigung latenter Grundstückgewinnsteuern in der Erbteilung mit Liegenschaften im Kanton Zürich

Pratique, p. 297–303: Prise en compte dans le partage successoral de la charge fiscale latente sur les gains immobiliers concernant des immeubles situés dans le canton de Zurich

Practice, p. 297–303: Consideration of deferred real estate capital gains tax in the estate distribution relating to real estate located in the canton of Zurich

Robert Harmann

Werden Liegenschaften in einer Erbteilung an Erben übertragen, so findet in allen Kantonen ein Aufschub der Grundstückgewinnsteuer statt. Damit bleibt die Grundstückgewinnsteuer latent und mindert grundsätzlich den Wert der zuzuteilenden Liegenschaft. Im Folgenden wird die Frage geprüft, ob und in welchem Ausmass die latente auf einer Liegenschaft lastende Grundstückgewinnsteuer beim Anrechnungswert berücksichtigt werden soll.

Tous les cantons prévoient, en cas d'attribution d'immeubles à un héritier lors d'un partage successoral, le report de l'imposition du gain immobilier. Ainsi, l'imposition sur les gains immobiliers reste latente et réduit la valeur de l'immeuble à attribuer. Il convient donc d'examiner si la valeur d'imputation du bien doit tenir compte de l'imposition latente sur les gains immobiliers, et dans quelle mesure.

If real estate is transferred to heirs in an estate distribution, a deferral of the real estate capital gains tax takes place in all cantons. As a result, the real estate capital gains tax remains deferred and generally diminishes the value of the property to be allocated. In the following article, the question is examined as to whether and to what extent the deferred real estate capital gains tax on real estate should be taken into account in computing the accepted allocation value.

International, S. 318–323: Die Schweiz will ihre Rechtsregeln für grenzüberschreitende Erbfälle reformieren – Anpassung an die EU-Rechtslage

International, p. 318–323: La Suisse veut réformer ses règles juridiques relatives aux successions internationales – Adaptation à la situation juridique européenne

International, p. 318–323: Switzerland wants to reform its rules for cross-border inheritance cases – alignment with the legal situation in the EU

Peter Picht/Goran Studen

In einem Arbeitspapier vom 23. Dezember 2015 formuliert das Bundesamt für Justiz sein Bestreben, das schweizerische internationale Erbrecht (Art. 86 ff. IPRG) zu modernisieren. Die Reform stellt eine Reaktion des schweizerischen Gesetzgebers auf das Inkrafttreten der EU-Erbrechtsverordnung – VO (EU) Nr. 650/2012 – dar und dient der Rechtsangleichung. Die Vorschläge führen zu substantiellen Änderungen sowohl auf der Ebene der internationalen Zuständigkeit als auch des international anwendbaren (materiellen) Rechts. Der nachfolgende Beitrag nimmt dies zum Anlass, die Reformbestrebungen einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

Dans un document de travail du 23 décembre 2015, l'Office fédéral de la justice fixe pour objectif la modernisation du droit successoral international suisse (art. 86 ss LDIP). Cette réforme est la réaction du législateur suisse à l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions – Règlement (UE) n° 650/2012 – et tend à l'harmonisation du droit successoral international. Ces propositions conduiront à des modifications substantielles tant sur le plan de la compétence internationale que sur celui du droit (matériel) applicable. La présente étude saisit cette occasion pour soumettre ces tentatives de réforme à un examen critique.

In a working paper from December 23, 2015, the Federal Office of Justice formulates its ambition to modernize the Swiss International Succession Law (art. 86 et seq. IPLA). The reform is a reaction by the Swiss legislator to the enactment of the European Succession Regulation – R (EU) No. 650/2012 and serves the legislative alignment. The proposals lead to substantial changes both at the level of the international jurisdiction and at the level of the internationally applicable (material) law. The following article takes this as an opportunity to undertake a critical assessment of the reform efforts.

Vorschau auf «successio Heft 1/2017»

(Angaben ohne Gewähr)

■ Beständigkeit von der Erbteilung zugrunde gelegten Verkehrswertgutachten in späteren Auseinandersetzungen

Martin Eggel

■ Das Europäische Nachlasszeugnis und dessen Bedeutung für die Schweiz

Patrick Schmidt



Schwerpunkt, S. 4–20: Beständigkeit von der Erbteilung zugrunde gelegten Verkehrswertgutachten in späteren Auseinandersetzungen

Focus, p. 4–20: Pérennité, en cas de litiges ultérieurs, de l'expertise de la valeur vénale à la base du partage successoral

Focus, p. 4–20: Consistency of market value expert opinions used as basis of estate divisions in later disputes

Martin Eggel

Der Beitrag nimmt die Wertbestimmung von Erbschaftsgegenständen im Rahmen der Erbteilung in den Blick. Es wird insbesondere untersucht, was für Möglichkeiten bestehen, um Wertunsicherheiten bezüglich von Erbschaftsgegenständen mittels Gutachten auszuräumen. Dazu sollen die verschiedenen Vorgehensweisen auf ihre Wirkung und ihre Beständigkeit hin überprüft werden. Zentral dabei ist, ob und wie weit ein einmal bestimmter Wert von einem Miterben zu einem späteren Zeitpunkt – mithin nach erfolgter Erbteilung – wieder zum Streit- und Beweisthema gemacht werden kann, besonders durch Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen oder Irrtumsanfechtung. In diesem Zusammenhang wird auch ein möglicher Vergleichscharakter des Erbteilungsvertrages thematisiert.

Cette contribution traite de l'évaluation des biens successoraux dans le cadre du partage successoral. Elle examine, en particulier, les manières permettant d'écarter les aléas d'évaluation grâce à l'expertise. A cet effet, il convient de contrôler l'efficacité et la pérennité des différents procédés. La question centrale est celle de la possibilité et de la mesure dans laquelle une valeur une fois fixée pourrait redevenir un sujet de litige et de preuve du fait d'un cohéritier, et ultérieurement, donc après partage, notamment en cas d'invocation d'une garantie ou de contestation pour erreur. A cet égard, il est aussi question d'un éventuel caractère transactionnel du contrat de partage successoral.

The article deals with the valuation of estate items within the scope of the estate division. It examines, in particular, the possibilities of eliminating uncertainties of valuation with regard to estate items by way of expert opinions. To this end, the different approaches are examined as to their effect and their stability. In this context it is essential, whether and to what extent at a later point in time – especially after the division of the estate –, a once-determined value can again be made the object of controversy and proof by a co-heir, particularly by asserting claims for warranty or contesting on the basis of error. In this context, a possible settlement character of the estate division contract is also discussed.

Praxis, S. 21–44: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2015–2016)

Pratique, p. 21–44: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2015–2016)

Practice, p. 21–44: Executorship – current practice (2015–2016)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2015/2016 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, unter anderem: Die Auslegung von unvollkommenen Bestimmungen betreffend die Ernennung des Willensvollstreckers oder dessen Ersatz; Folgen des fehlenden Vermerks es handle sich um eine vorläufige Auslegung, bei der Prüfung der Annahme; Auswirkungen einer thematisch beschränkten Willensvollstreckung auf den Aufgabenbereich; Qualifizierung der Dauer-Willensvollstreckung als Institut eigener Art; Aktiv- und Passivlegitimation des Willensvollstreckers bei den erbrechtlichen Klagen und seine Prozessführungsbefugnis; Auskunftsrecht des virtuellen Erben; Haftung bei Wertschwankungen im Nachlass. Zudem werden einige Themen der Erbrechtsrevision angeführt: Annahme des Amtes, Willensvollstreckerzeugnis, Richter als Aufsichtsbehörde und Befugnis zum Einreichen der Teilungsklage.

Dans le rapport annuel 2015/2016 sont abordées différentes questions relatives à l'exécuteur testamentaire, entre autres: l'interprétation de dispositions incomplètes concernant la désignation de l'exécuteur testamentaire ou de celui de remplacement; les conséquences de l'absence de mention indiquant qu'il s'agit d'une interprétation provisoire, lors de la vérification de l'acceptation; les effets d'une exécution testamentaire limitée quant à son domaine; la qualification de la gérance de succession (Dauer-Willensvollstreckung) en tant qu'institution sui generis; la légitimation active et passive de l'exécuteur testamentaire en ce qui concerne les actions successorales et la faculté d'intenter un procès; le droit d'information de l'héritier virtuel; la responsabilité en cas de variation de valeur de la succession. En outre, certains points abordés par la révision du droit des successions seront évoqués: l'acceptation de la mission, le certificat d'exécuteur testamentaire, le juge comme autorité de surveillance et le pouvoir d'introduire une action en partage.

In the annual report 2015/2016, various issues concerning executors are addressed, including: The interpretation of imperfect provisions concerning the appointment of the executor or his/her substitution; consequences of the missing note to be a preliminary interpretation, in the examination of the acceptance; effects of a thematically restricted execution of the will to the area and scope of task; qualification of the permanent execution of wills as an institution of its own kind; the active and passive legitimation of the executor in case of inheritance claims and his/her procedural authority; information rights of the virtual heir; liability for value fluctuations of the estate. In addition, some topics of the inheritance revision are dealt with: Acceptance of office, Certificate of the executor, Judges as supervising authority and authority to submit the division claim.

International, S. 71–88: Das Europäische Nachlasszeugnis und dessen Bedeutung für die Schweiz

International, p. 71–88: Le certificat successoral européen et ses conséquences pour la Suisse

International, p. 716–88: The European Certificate of Succession and its meaning for Switzerland

Patrick Schmidt

Das Europäische Nachlasszeugnis ist das europäische Pendant zur schweizerischen Erbbescheinigung. Erben können sich damit länderübergreifend rasch und einfach als solche ausweisen und auf den Nachlass des Erblassers zugreifen. Hat die Schweiz keine eigene Erbbescheinigung ausgestellt, ist das Europäische Nachlasszeugnis zudem oft die einzige Möglichkeit, sich hierzulande als Erbe auszuweisen.

Der Beitrag beleuchtet die Natur des Europäischen Nachlasszeugnisses und greift die besonderen Fragen nach der Anerkennung in der Schweiz und der Verwendung gegenüber schweizerischen Grundbuchämtern auf.

Le certificat successoral européen est le pendant européen du certificat d'héritier du droit suisse. Il permet aux héritiers de justifier de leur qualité rapidement et sans difficulté d'un pays à l'autre, et d'accéder aux biens successoraux. En outre, lorsque la Suisse ne délivre pas de certificat d'héritier, le certificat successoral européen est souvent le seul moyen de justifier dans notre pays de la qualité d'héritier.

Cette contribution met en lumière la nature du certificat successoral européen et se penche sur les questions de sa reconnaissance en Suisse et de son utilisation auprès des bureaux du registre foncier suisse.

The European Certificate of Succession is the European counterpart of the Swiss certificate of inheritance. Heirs can hereby quickly and easily identify themselves crossborder as such and access the estate of the deceased. If Switzerland has not issued its own certificate of inheritance, the European Certificate of Succession is furthermore often the only way for an heir to identify himself as such.

The article examines the nature of the European Certificate of Succession and deals with the specific question of its recognition in Switzerland and its use dealing with Swiss land registers.

Vorschau auf «successio Heft 2/2017»

(Angaben ohne Gewähr)

■ **Teilungsgrundsätze und Teilungsregeln – unter besonderer Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen**

Fabienne Elmiger

■ **Zur Beratung von Nachlassregelungen – methodische Hinweise**

Balthasar Bessenich



Schwerpunkt, S. 108–124: Teilungsgrundsätze und Teilungsregeln – unter besonderer Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen

Focus, p. 108–124: Principes et règles de partage – les soultes en particulier

Focus, p. 108–124: Division principles and division rules - with special consideration of compensation payments

Fabienne Elmiger

Das Gesetz enthält in den Art. 607 ff. ZGB Bestimmungen zur Aufteilung der Nachlassobjekte unter den Erben. Im Rahmen der Erbteilung sind bei wertvollen Nachlassobjekten Ausgleichszahlungen oftmals von Bedeutung. Für die Frage, ob bzw. in welchem Umfang Ausgleichszahlungen in diesem Zusammenhang zulässig sein sollen, ist zu unterscheiden, wer sie angeordnet hat, und ob der mit der Zahlung belastete Erbe bzw. ob die Miterben damit einverstanden sind.

La loi comprend, aux articles 607 s. CC, des dispositions réglant le partage des biens successoraux entre les héritiers. Dans le cadre du partage successoral, les soultes relatives à des biens de valeur sont souvent significatives. En ce qui concerne la licéité et de l'étendue de ces soultes, il faut distinguer en fonction de la personne qui les a ordonnées ainsi que de l'assentiment de l'héritier appelé à les supporter et de ses cohéritiers.

The law, in art. 607 et seq. CC, contains provisions for the distribution of the estate items among the heirs. In the context of the division of inheritance, compensatory payments are often of importance where valuable estate items are concerned. Regarding the question as to whether and to what extent compensatory payments are to be allowed in this context it must be distinguished who ordered such compensation and whether the heir or coheirs burdened with the payment agree to this.

Praxis, S. 125–142: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 125–142: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – nouvelles fondations, doctrine et jurisprudence

Practice, p. 125–142: News in the areas of Foundations and charitable/not for profit activities – New foundations, literature, jurisprudence

Harold Grüniger

Der Beitrag vermittelt einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft vornehmlich im Jahre 2016 und unter Einschluss von ausgewählten neu errichteten und gelöschten Stiftungen, Literatur und Entscheidungen und schliesst an entsprechende Überblicke in den Vorjahren an (zuletzt successio 2/2016, S. 131 ff.).

Cette contribution donne un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations principalement en ce qui concerne l'année 2016, elle comprend également une sélection de fondations nouvellement constituées et radiées ainsi que la doctrine et la jurisprudence en cette matière, et s'inscrit dans la suite des aperçus des années précédentes (dernièrement successio 2/2016, p. 131 s.).

This article provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape in 2016 including selected newly established and liquidated foundations, the literature and jurisprudence and follows corresponding overviews in prior years (most recently successio 2/2016, page 131 et seq.).

Praxis, S. 143–147: Zur Beratung von Nachlassregelungen – methodische Hinweise

Pratique, p. 143–147: Du conseil dans les règlements successoraux – remarques méthodologiques

Practice, p. 143–147: To the Advising of Estate Planning – Methodical Notes

Balthasar Bessenich

In Aus- wie Weiterbildung fokussieren wir uns in aller Regel auf das Recht und die wichtigen Rechtsfragen und streben im Bereich der Nachlassplanung an, dass die von uns vorgeschlagenen Lösungen *lege artis* den Willen der Kunden umsetzen, aller Voraussicht nach sicher und ohne unbedachte Überraschungen. Dies ist für uns selber schon herausfordernd. Wie soll man diese Themen Laien vermitteln, wie deren Willen erforschen und umsetzen. Dazu ein paar Anregungen aus der Praxis.

Lors de la formation initiale comme en formation continue, nous mettons généralement l'accent sur le droit et les questions juridiques importantes et, dans le domaine de la planification successorale, nous veillons à ce que les solutions que nous proposons, concrétisent conformément à la loi la volonté du client, dans la mesure du possible en toute fiabilité et sans imprévu. Cela représente pour nous un défi. Comment faire saisir ces sujets à des personnes non initiées, comment rechercher leur volonté juridique et la mettre en œuvre. A cet effet, quelques suggestions issues de la pratique.

In training and continuing education we generally focus on the law and the important legal questions and strive in the field of estate planning to ensure that the solutions proposed by us implement *lege artis* the last will of the client, in all probability safely and without improvident surprises. This is in itself already challenging for us. How, however should we convey these topics to a layperson and how to explore and implement their will. A few suggestions gained from practical experience.

International, S. 159–173: Trusts und schweizerisches Erbrecht

International, p. 159–173: Trusts et droit successoral suisse

International, p. 159–173: Trusts and Swiss inheritance law

Thomas M. Mayer

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Behandlung von nach ausländischem Recht errichteten Trusts im Kontext des schweizerischen Erbrechts. Der Hauptfokus liegt dabei auf Trusts, die durch eine Verfügung von Todes wegen begründet werden. Die in diesem Zusammenhang behandelten Fragen betreffen insbesondere den *numerus clausus* der zulässigen Verfügungsarten, die Stellung des verfügten Trusts in der Erbfolge, das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit, das Verhältnis zu Art. 335 und 488 Abs. 2 ZGB und das Pflichtteilsrecht. Letzteres wird zusätzlich unter dem Blickwinkel der Herabsetzung von lebzeitig begründeten Trusts beleuchtet. Vorweg wird dargelegt, wie die sachlichen Geltungsbereiche des den Trust beherrschenden ausländischen und des auf die Erbsache anwendbaren schweizerischen Rechts gegeneinander abzugrenzen sind und wo sie sich allenfalls überlagern. Die diesbezüglichen Ausführungen beziehen sich auch auf die Rechtslage bei Versterben eines Trustees oder eines Trustbegünstigten.

La présente contribution aborde le traitement, dans un contexte successoral suisse, des trusts créés en vertu d'un droit étranger. L'accent est mis principalement sur les trusts constitués par dispositions pour cause de mort. Il y est question du *numerus clausus* des modes de disposer, de la position du trust dans la succession, du principe du caractère strictement personnel du contenu des dispositions à cause de mort, de la relation avec les art. 335 et 488 al. 2 CC et de la réserve légale. Cette dernière fait, en outre, l'objet d'un examen en ce qui concerne la réduction des trusts constitués entre vifs. Il est au préalable exposé comment délimiter entre eux les champs d'application matériels du droit étranger régissant le trust et du droit suisse applicable à la succession, et précisé où ceux-ci pourraient se chevaucher. Les observations à cet égard concernent également la situation juridique en cas de décès d'un trustee ou du bénéficiaire d'un trust.

The present article deals with the treatment of trusts established under foreign law in the context of Swiss inheritance law. The main focus is on trusts being established by a testamentary disposition. The questions dealt with in this context relate in particular to the *numerus clausus* of the permissible forms of disposition, the position of the disposed trust in the inheritance, the principle of material *intuitu personae*, the relationship with art. 335 and art. 488 para. 2 CC, and the law on forced heirship. The latter is additionally analysed under the angle of the reduction of trusts established during life time. To start with, the article shows how the material scope of application is distinguished between the foreign law governing the trust and the Swiss law applicable to the inheritance, and where these rules may superimpose themselves. The comments in this respect also relate to the legal situation in the event of death of a trustee or of a trust beneficiary.

Focus, p. 200–209: La mainmise des créanciers successoraux sur le patrimoine successoral et sur le patrimoine des héritiers

Schwerpunkt, S. 200–209: Zugriff der Erbschaftsgläubiger auf den Nachlass und auf das Vermögen der Erben

Focus, p. 200–209: Claims of the inheritance creditors against the estate and the assets of the heirs

Christina Gaist

De par la loi, la mainmise des créanciers successoraux porte sur le patrimoine successoral et sur le patrimoine propre de chacun des hoirs. Ces derniers ont toutefois des possibilités de protéger leur patrimoine personnel et de restreindre leur responsabilité vis-à-vis des créanciers successoraux. La loi prévoit également une responsabilité subsidiaire permettant aux créanciers successoraux de rechercher des « tiers » gratifiés du vivant du *de cuius*.

Nach dem Gesetz haben die Erbschaftsgläubiger Zugriff auf den Nachlass und das persönliche Vermögen jedes einzelnen Erben. Letztere haben allerdings verschiedene Möglichkeiten, ihr persönliches Vermögen zu schützen und ihre Haftung gegenüber den Erbschaftsgläubigern einzuschränken. Das Gesetz sieht ebenfalls eine subsidiäre Haftung der zu Lebzeiten des Erblassers «Dritt»-Begünstigten vor.

According to the law, the inheritance creditors have claims against the estate and the personal assets of each heir. The latter, however, have various ways to protect their personal assets and to limit their liability towards inheritance creditors. The law also provides for subsidiary liability of “third party”-beneficiaries during the lifetime of the deceased.

Focus, p. 210–217: Droit des successions et droit de la poursuite pour dettes et de la faillite: considérations pratiques

Schwerpunkt, S. 210–217: Erbrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht: Praktische Aspekte

Focus, p. 210–217: Inheritance law and debt enforcement and bankruptcy law: Practical aspects

Jean-Luc Tschumy

Cette contribution traite des relations entre le droit des successions et le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite. Elle aborde, de façon pratique, les problèmes que soulèvent les mécanismes de la dévolution et de l'acquisition de la succession au regard des exigences du droit de l'exécution forcée et ce, dans deux hypothèses principales, celle où le défunt était créancier et celle où le défunt était débiteur. Dans ces deux hypothèses principales, il a été tenu compte des deux sous hypothèses où, d'une part, aucune poursuite n'avait été intentée avant le décès du défunt et où, d'autre part, une poursuite avait été intentée avant son décès. Les problèmes que soulèvent les diverses modalités de l'acquisition de la succession (acceptation, bénéfice d'inventaire, administration officielle, liquidation officielle) sont examinés dans chacune des hypothèses et sous hypothèses précitées, notamment quant à la possibilité, pour les héritiers, de continuer une poursuite ou de poursuivre et quant au risque, pour les héritiers, d'être poursuivis.

Der Beitrag befasst sich mit dem Verhältnis zwischen Erbrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Dabei geht es um die in der Praxis angetroffenen Probleme, welche die Mechanismen der Erbfolge und des Rechtserwerbs im Zusammenhang mit den Anforderungen des Vollstreckungsrechts, in zwei Hauptfällen – wenn der Erblasser Gläubiger war und wenn er Schuldner war – mit sich bringen. Für jeden dieser beiden Hauptfälle wurden zwei Nebenfälle unterschieden, je nachdem, ob ein Verfahren vor dem Tod des Erblassers eingeleitet wurde oder nicht. Die Schwierigkeiten, die sich aus den verschiedenen Arten des Erbschaftserwerbs (Annahme, öffentliches Inventar, Erbschaftsverwaltung, amtliche Liquidation) ergeben, werden in jedem der oben genannten Haupt- und Nebenfälle behandelt, vor allem hinsichtlich der Möglichkeit für die Erben, das Verfahren weiterzuführen oder einzuleiten, und hinsichtlich der Gefahr für diese, selbst für die Schulden betrieben zu werden.

The contribution deals with the relationship between inheritance law and debt enforcement and bankruptcy law. It is concerned with the problems encountered in practice, involving the mechanisms of succession and the acquisition of rights in relation to the requirements of the law of debt enforcement, in two main cases – if the decedent was a creditor and if he was the debtor. For each of these two main cases, two secondary cases were distinguished, depending on whether or not a claim was initiated before the death of the decedent. The difficulties arising from the various types of inheritance acquisition (acceptance, public inventory, inheritance administration, official liquidation) are dealt with in each of the above mentioned main and secondary cases, in particular with regard to the possibility for the heirs to continue or initiate the enforcement procedure and with regard to the danger for the heirs to be run for the debts themselves.

Praxis, S. 218–227: Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2016 – Ein Resümee

Pratique, p. 218–227: Droit fiscal des successions et donations, année 2016 – un résumé

Practice, p. 218–227: Estate and gift tax law in the year 2016 – a summary

Andrea Opel

Der Beitrag bringt einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2016. Zunächst wird ein Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und auf ausgewählte kantonale Entscheidungen geworfen. Sodann werden einschlägige Publikationen zusammengetragen und aktuelle Entwicklungen im Bereich der Rechtsetzung angesprochen, gefolgt von einem kurzen Blick über die Grenze.

Cette contribution donne un aperçu des évolutions en matière d'impôts sur les successions et donations pour l'année 2016. Dans un premier temps, la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que des décisions cantonales choisies sont examinées. Ensuite, les publications correspondantes sont récapitulées, les évolutions récentes en matière législative abordées, puis le regard est porté brièvement au-delà de la frontière.

The article provides an overview of developments in estate and gift tax law in 2016. First, a look is taken at the jurisprudence of the federal supreme court and selected cantonal decisions. Then, relevant publications are collated and current developments in the area of legislation are addressed, followed by a brief look abroad.

Praxis, S. 228–233: Die (beschränkte) Ausschlagungsbefugnis des Gemeinwesens

Pratique, p. 228–233: Le droit (limité) de répudier de la corporation publique

Practice, p. 228–233: The limited power of the community to waive the inheritance

Beat Zoller / Patrizia Kraft

Der Beitrag untersucht, ob und in welchen Konstellationen das Gemeinwesen zur Ausschlagung seines gesetzlichen Erbrechts befugt ist, und inwieweit erblasserische Ausschlussklauseln die Erbenstellung des Gemeinwesens zu beeinflussen vermögen. Thematisiert wird namentlich der Fall, wo das Gemeinwesen (erst) zufolge Ausschlagung der vorrangigen gesetzlichen und allfälligen eingesetzten Erben zum Zuge kommt. Damit stellen sich (vorfrageweise) Abgrenzungsfragen zwischen der sukzessiven Erbberufung und der konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses zufolge Ausschlagung der «nächsten gesetzlichen» Erben. Im Ergebnis geht es um die Klärung der Frage, in welchen Fällen ein «erbenloser» Nachlass überhaupt entstehen kann und ob das Ausschlagungsrecht des Gemeinwesens effektiv – und unabhängig von der konkreten Situation – (nur) bejaht oder verneint werden darf.

Cette contribution examine si, et dans quels cas, la corporation publique a le droit de répudier une succession dont elle est héritière légale, et dans quelle mesure des dispositions à cause de mort d'exclusion peuvent influencer sur son statut d'héritier. Il sera notamment fait état du cas dans lequel la corporation publique n'entre en jeu qu'à la suite d'une répudiation des héritiers légaux du rang le plus proche et d'éventuels héritiers institués. Une telle situation soulève des questions (préalables) de délimitation entre vocations successorales successives et liquidation successorale par l'office des faillites après répudiation par les héritiers « légaux du rang le plus proche ». Il s'agit finalement d'apporter des éclaircissements sur le point de savoir quand un cas de succession en « déshérence » peut se faire jour, et si le droit de répudiation de la corporation publique peut effectivement, et indépendamment de la situation concrète, être (seulement) admis ou refusé.

The article examines whether and in which constellations the community is entitled to waive its statutory right of inheritance, and to what extent clauses of exclusion by the testator can influence the community's status as an heir. In particular, the case is discussed where the community acquires its claim to the inheritance (only) based on the disclaimer of the primary statutory and any designated heirs. In this instance, (on a preliminary basis) questions of differentiation arise between successive inheritance and the liquidation of the inheritance by the bankruptcy office, due to the disclaimer of the "next statutory" heirs. The result is to clarify the question, in which cases an estate without heirs can arise at all, and whether or not the right of the community to waive can be effectively – and regardless of the circumstances – (only) be affirmed or denied.

Vorschau auf «successio Heft 4/2017»

(Angaben ohne Gewähr)

■ **Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter *de lege lata* und *de lege ferenda***

Daniel Leu

■ **Zur Anfechtung von Schenkungen nach abgeschlossenem Erbvertrag – Weshalb BGE 140 III 193 im Ergebnis richtig ist**

Sandra Spirig



Schwerpunkt, S. 270–283: Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter *de lege lata* und *de lege ferenda*

Focus, p. 270–283: Droit d'information des héritiers des ayants droit économiques *de lege lata* et *de lege ferenda*

Focus, p. 270–283: Information rights of heirs of beneficial owners *de lege lata* and *de lege ferenda*

Daniel Leu

Der vorliegende Aufsatz behandelt vertragliche und erbrechtliche Auskunftsrechte insbesondere mit Blick auf die Erben eines an den betreffenden Vermögenswerten nur wirtschaftlich Berechtigten. Die uneinheitliche Praxis der Banken und Gerichte im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Auskunftsrechten ist für alle involvierten Parteien unbefriedigend und führt zu Rechtsunsicherheit. Für die Durchsetzbarkeit erbrechtlicher Ansprüche sind Informationen aber von zentraler Bedeutung: Ohne durchsetzbare Auskunftsansprüche besteht die Gefahr, dass erbrechtliche (Pflichtteils)-Ansprüche ins Leere laufen. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, dass im Rahmen der Erbrechtsreform ein expliziter, erbrechtlicher Auskunftsanspruch im Gesetz verankert werden soll. Der vorgeschlagene Art. 601a VE-ZGB ist aber sowohl zu eng als auch zu weit formuliert. Die vorgesehene Beschränkung der Auskunftspflicht auf Personen, welche Vermögenswerte verwaltet, besessen oder erhalten haben, erscheint nicht sachgerecht. Umgekehrt fehlen Vorkehrungen zum Schutz berechtigter Interessen Dritter.

La présente contribution traite du droit à l'information de nature contractuelle et successorale, en particulier de celui des héritiers d'un ayant droit uniquement économique de valeurs patrimoniales. La pratique des banques et des tribunaux relative à l'exercice des droits d'information, manquant d'uniformité, n'est satisfaisante pour aucune des parties en présence, et c'est source d'insécurité juridique. Le rôle de l'information est pourtant essentiel à la mise en œuvre des droits successoraux : en l'absence de droit d'information dont on puisse obtenir la réalisation, les droits successoraux (des réservataires) risquent de se trouver dans une impasse. Il faut donc saluer la volonté d'inscrire dans la loi, dans le cadre de la réforme du droit des successions, un droit d'information explicite de nature successorale. L'article 601a AP CC est cependant formulé à la fois de manière trop étroite et trop large. La limitation du devoir d'information aux personnes ayant géré, possédé ou reçu des valeurs patrimoniales apparaît inappropriée. Inversement, des mesures de protection des intérêts légitimes des tiers font défaut.

This article deals with information rights in contractual and inheritance matters, in particular with regard to the heirs of a beneficial owner without legal title to the assets concerned. The inconsistent practice of banks and courts in connection with the enforcement of information rights is unsatisfactory for all parties involved and leads to legal uncertainty. For the enforceability of inheritance claims, however, information is of essential importance: Without enforceable rights to information, there is a risk that inheritance (forced heirship) claims will be ineffective. It is therefore very welcome that in the context of the inheritance law reform an explicit right of heirs to information shall be stipulated in the law. However, the proposed Art. 601a, preliminary draft of the Swiss Civil Code, is at the same time too narrowly and too broadly formulated. The intended limitation of the disclosure of information to persons who have managed, possessed or received assets does not appear to be appropriate. Conversely, there is no provision for the protection of legitimate interests of third parties.

Praxis, S. 284–299: Erbrechtliche Verfügungsfähigkeit – Beweisrecht und Rolle der Urkundsperson

Pratique, p. 284–299: Capacité de disposer pour cause de mort – droit de la preuve et rôle de l'officier public

Practice, p. 284–299: Legal capacity to make Testamentary Dispositions – Law of Evidence and the Role of the Notary public

Martin Bichsel

Der Beitrag befasst sich mit Fragen der gerichtlichen Beurteilung der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit, insbesondere im Zusammenhang mit dem Beweis der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit und mit der notariellen Prüfung der Urteilsfähigkeit bei öffentlichen Testamenten.

Cette contribution traite des questions relatives au contrôle judiciaire de la capacité de disposer pour cause de mort, notamment dans le cadre de la preuve de la capacité de discernement, resp. de l'incapacité de discernement, et de la vérification de cette capacité par le notaire pour les testaments authentiques.

The article deals with questions of judicial review of the legal capacity to make testamentary dispositions, especially in the context of proof of capacity («sound mind») resp. lack of capacity, as well as the examination of the capacity to consent by the notary in the case of a public last will.

International, S. 312–335: Die EU-Güterrechtsverordnungen für Ehegatten und eingetragene Partner – Eine erste Analyse und Beleuchtung von Auswirkungen für die Beratung in der Schweiz

International, p. 312–335: Les règlements européens pour les époux et les partenaires enregistrés – première analyse et conséquences pour le conseil juridique en Suisse

International, p. 312–335: The EU regulation on matrimonial property regimes for spouses and registered partners – An initial analysis of implications for advice in Switzerland

Kinga Weiss / Ursina Gremminger

Ab dem 29. Januar 2019 finden in 18 EU-Mitgliedstaaten die Europäischen Verordnungen in Fragen des ehelichen Güterstands (EuGüVO) und der güterrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften (EuPartVO) Anwendung. Diese Verordnungen ersetzen die bisherigen Kollisionsnormen der teilnehmenden Mitgliedstaaten und vereinheitlichen die Zuständigkeit, das anwendbare Recht sowie die Anerkennung und Vollstreckung im Bereich des ehelichen Güterstandes und der güterrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften. Wie bereits die EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO) haben auch die EuGüVO und die EuPartVO Erga-Omnes-Wirkung und somit Auswirkungen auf die Beratungspraxis im Rechtsverkehr mit Drittstaaten. In diesem Beitrag stellen die Autorinnen die neuen Güterrechtsverordnungen vor und untersuchen deren Bedeutung aus Schweizer Sicht.

A partir du 29 janvier 2019, les règlements européens relatifs aux régimes matrimoniaux (EuGüVO) et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (EuPartVO) seront applicables dans les 18 Etats membres de l'Union Européenne. Ces règlements remplaceront les règles de conflits des Etats membres participants et harmoniseront la compétence, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Comme l'actuel règlement européen sur les successions (EuErbVO), les règlements sur les régimes matrimoniaux (EuGüVO) et sur les effets des partenariats enregistrés (EuPartVO) ont un effet erga omnes ainsi que des conséquences pour la pratique dans les relations avec des Etats tiers. Cette contribution a pour objet de présenter les nouveaux règlements sur les régimes matrimoniaux et de rechercher leur incidence d'un point de vue suisse.

From 29 January 2019 on, the European regulations on matters of marital property regimes (EU MPR) and the property consequences of registered partnerships (EU RP) will be applied in 18 EU Member States. These regulations replace the existing conflict rules of the participating Member States and unify the jurisdiction and applicable law, as well as the recognition and enforcement in the area of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships. As did the EU Succession Regulation (EU SR), so also do the EU MPR and the EU RP have an erga omnes effect and therefore have an impact on the crossborder provision of legal advice when dealing with third countries. In this article, the authors present the new Marital Property Regulation and examine their significance from a Swiss perspective.

Vorschau auf «successio Heft 1/2018»

(Angaben ohne Gewähr)

■ Rechtsbegehren im Erbrecht

Stephanie Hrubesch-Millauer/Martina Bosshardt/Moritz B. Kocher

■ Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

Annina Vögeli



Dieſeley vñhinfij her iſt, Die von freyigen
Apoſteln verwoffen, und vnder Leſt Endt Iſoſepum
Namen, ver Danpt iſt, wie dard allei ſum vnſer Campaſſion,
Ding ſum maren predigern, und gſchriben vnd vffgangen
Ding ſum diſem Waren Chriſtenluſen glauben, ſchreiben iſt
Zu vnſeren bruden Iſoſe, Verliſen iſt für vnſeren vigen
briland, Leben vñloſer, vnd troſt Erkennen, vñliſen iſt
anſch brüſſen vnd loben, ſum vñvrichtig

successio

Zeitschrift für Erbrecht /
Revue de droit des successions

Nr. 1/18

Nachlassplanung und -abwicklung
www.successio.ch

schwerpunkt: Rechtsbegehren im Erbrecht | Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

praxis: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017)

rechtsprechung: Öffentliches Inventar – was sind «Papiere des Erblassers», die zu einer Inventarisierung von Amtes wegen führen? (BGer 5A_392/2016) | Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGBB (BGer 5A_682/2014 und 5A_692/2014)

forum: Erbrecht: «Feuilleton» und «Vermischte Meldungen»

Schulthess §

successio – Zeitschrift für Erbrecht / Revue de droit des successions / Succession Quarterly Review
Nachlassplanung und -abwicklung

12. Jahrgang Heft 1/18

Herausgeberkollegium

Prof. Margareta Baddeley, Dr en droit, Université de Genève
Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid, Universität Zürich
Prof. Dr. iur. Paul Eitel, Universität Luzern und Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Solothurn
Dr. iur. Harold Grüninger, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Homburger Rechtsanwälte, Zürich
Prof. Dr. oec. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, KENDRIS AG, Zürich
Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo, Universität Freiburg i.Ü.
Prof. Dr. iur. Paul-Henri Steinauer, Universität Fribourg
Dr. iur. Benno Studer, Fürsprecher und Notar, Fachanwalt SAV Erbrecht, Laufenburg
Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm, Universität Basel

Übersetzungen

Christelle Haas-Leimacher, Diplôme Supérieur du Notariat (DSN-France), Dr. iur., Zürich
Prof. Dr. oec. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, KENDRIS AG, Zürich
Patrick Burgy, lic. iur., Partner, KPMG AG, St. Gallen/Zürich

Verlag

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, Internet: www.schulthess.com
Geschäftsführender Verleger: Firas Kharrat
Produktmanager Zeitschriften: Christian Hillig

Kundenservice

E-Mail: service@schulthess.com
Tel. +41 (0)44 200 29 29
Fax +41 (0)44 200 29 28
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich

Bezugsbedingungen

Jahresabonnement: CHF 258 (für Studierende CHF 128)
Jahresvorzugspreis: für Mitglieder des Vereins «successio» CHF 228
Einzelheft: CHF 67, zzgl. Versandkosten
Alle Abo-Preise inkl. 2.5% MWST, zzgl. Versandkosten von CHF 6 innerhalb der Schweiz (Versandkosten für Lieferung ins Ausland: CHF 36). Studenten- und Vorzugspreis jeweils gegen Vorlage eines gültigen Nachweises.
Abonnementkündigungen sind mit einer Frist von 8 Wochen zum Ende des berechneten Bezugsjahres möglich.

Anzeigenverkauf und -beratung

Fachmedien Zürichsee Werbe AG, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 (0)44 928 56 11,
pietro.stuck@fachmedien.ch

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheide und Leitsätze, soweit sie vom Autor oder den Herausgebern erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren – reproduziert werden.

Erscheinungsweise

Die successio erscheint 4-mal jährlich

Zitierweise

successio 2017 S. 10 / successio 2017 p. 10

Internet

www.successio.ch

ISSN 1662-2650

successio Heft 1/18

Compact

Zusammenfassungen für die Schnell-
leserin und den Schnellleser 2

Schwerpunkt / Focus

Stephanie Hrubesch-Millauer/
Martina Bosshardt/Moritz B. Kocher
Rechtsbegehren im Erbrecht 4

Annina Vögeli
Transmortale und postmortale
Vollmachten als Instrumente der
Nachlassplanung? 31



Praxis / Pratique

Hans Rainer Künzle
Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung
(2016–2017) 52



Rechtsprechung / Jurisprudence

Michael Nonn
Öffentliches Inventar – was sind «Papiere
des Erblassers», die zu einer Inven-
tarisierung von Amtes wegen führen?
BGer 5A_392/2016 73

Pius Koller
Der Anspruch der Erben auf Zuweisung
landwirtschaftlicher Grundstücke
nach Art. 21 BGG
BGer 5A_682/2014 und 5A_692/2014 81



Literatur / Bibliographie

Benedikt Seiler
Die erbrechtliche Ungültigkeit, unter
besonderer Berücksichtigung der Wirkung
in personeller Hinsicht (Daniel Abt) 90



Forum

Peter Breitschmid
Erbrecht: «Feuilleton» und
«Vermischte Meldungen» 93

Schwerpunkt, S. 4–30: Rechtsbegehren im Erbrecht

Focus, p. 4–30: Conclusions en droit des successions

Focus, p. 4–30: Legal requests in inheritance law

Stephanie Hrubesch-Millauer/Martina Bosshardt/Moritz B. Kocher

Die Formulierung von erbrechtlichen Rechtsbegehren sollte mit Bedacht erfolgen. Nicht umsonst werden sie als «Herzstück» oder als «Dreh- und Angelpunkt» der Klage bezeichnet. Im Beitrag werden verschiedene Konstellationen mit den entsprechenden Rechtsbegehren betrachtet.

La rédaction des conclusions en matière successorale devrait faire l'objet d'un très grand soin. Ce n'est pas sans fondement qu'elles sont qualifiées de «cœur» ou «point d'ancrage» de l'action. Dans cette contribution sont pris en considération différents types de situation et les demandes y afférentes.

The wording of legal requests (so-called «prayers») in inheritance law claims should be done wisely. It is not for nothing that they are referred to as the «centerpiece» or the «pivotal point» of the lawsuit. The article considers different constellations with the corresponding legal requests.

Schwerpunkt, S. 31–51: Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

Focus, p. 31–51: Mandats valables au-delà du décès et mandats post mortem comme instruments de planification successorale?

Focus, p. 31–51: Transmortal and postmortal powers of attorney as instruments for estate planning?

Annina Vögeli

Vorwiegend im Kontext der Bankkundenbeziehung thematisiert, finden transmortale und postmortale Vollmachten bislang nur wenig eigenständige und vertiefte Beachtung in der Literatur. Der vorliegende Beitrag untersucht deshalb unter anderem das insbesondere postmortalen Vollmachten zugeschriebene Missbrauchspotenzial sowie die Möglichkeiten der Umgehung formeller und/oder materieller erbrechtlicher Vorschriften. Postuliert wird eine differenziertere Betrachtungsweise: So wäre die postmortale Vollmacht nicht wegen möglicher Umgehungsgefahren *in toto* abzulehnen, sondern sie – bzw. präziser: eine transmortale Vollmacht mit verstecktem postmortalen Charakter – wäre bloss *im Einzelfall* wegen *tatsächlicher* Umgehung erbrechtlicher Normen nichtig. Der Beitrag wirft damit auch die Frage auf, ob das Bedürfnis einer Bank nach Absicherung im Hinblick auf Sorgfaltspflichtverletzungen stärker zu gewichten ist als das Bedürfnis des Nachlassplaners, von einem *rechtlich zulässigen* Institut im Rahmen einer ohne Intentionen rechtsmissbräuchlicher Gesetzesumgehung verfolgten Nachlassplanung Gebrauch machen zu können.

Les mandats perdurant au-delà du décès et les mandats post mortem, essentiellement thématiques en matière de relations bancaires, n'ont jusqu'à présent pas vraiment fait l'objet d'une attention spécifique approfondie en doctrine. C'est pourquoi la présente contribution se propose d'analyser, entre autres, le potentiel d'abus surtout attribué aux mandats post mortem ainsi que les possibilités de contourner les règles successorales de forme et/ou de fond. Une approche différenciée est adoptée: un mandat post mortem ne serait donc pas à rejeter *in toto*, mais il – plus précisément, un mandat perdurant au-delà du décès et dissimulant une nature post mortem – ne serait nul que dans des cas particuliers de contournement des règles successorales. Ainsi cette contribution soulève aussi la question de savoir s'il faut conférer plus de poids au besoin de sécurité des banques quant à la violation du devoir de diligence, qu'au besoin des personnes planifiant leur succession de pouvoir utiliser un instrument juridiquement licite, dans le cadre d'une planification successorale dont l'intention n'est pas de contourner de manière abusive la loi.

Hitherto mainly discussed in the context of the banking customer relationship, transmortal and postmortal powers of attorney have so far had little independent and thorough attention in the literature. The present article examines, among other things, the abuse potential, which is attributed in particular to postmortal powers, as well as the possibilities of circumventing formal and/or material inheritance law rules. A more differentiated approach is proposed: Thus the postmortal authority would not be rejected *in toto* because of the possible risk of avoidance, but it – more precisely: a transmortal power with a hidden postmortal character - would only be void in a specific case due to actual circumven-

tion of inheritance rules. The article also raises the question of whether a bank's need for hedging in the event of a breach of due diligence is to be weighed more heavily than the need of the estate planner to be able to make use of a legally permissible instrument within the framework of estate planning without the intention of an abuse of law.

Praxis, S. 52–72: Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis (2016–2017)

Pratique, p. 52–72: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2016–2017)

Practice, p. 52–72: Executorship – current practice (2016–2017)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2016/2017 werden verschiedene Einzelfragen behandelt: Das Bundesgericht hat die Annahme der Willensvollstreckung durch einen für eine GmbH nur kollektiv Zeichnungsberechtigten als ungültig bezeichnet. Das ist m.E. mit dem Grundsatz nicht vereinbar, dass Stillschweigen Annahme bedeutet. Der wichtigste Entscheid des Bundesgerichts war das Urteil 4A_280/2016 vom 10.10.2016, in welchem die Haftung wegen pflichtwidriger Anlage in Optionen behandelt wurde. Das Bundesgericht sah in der zu riskanten Vermögensanlage zu Recht eine Pflichtverletzung. In der Literatur wird der Vorschlag in der Erbrechtsrevision, die Aufsicht über den Willensvollstrecker künftig den Gerichten zu übertragen, kontrovers diskutiert. Obwohl der Dualismus des Verfahrens (summarisches Verfahren für Verfahrensfragen und ordentliches Verfahren für materiell-rechtliche Fragen) damit nicht behoben werden kann, begrüße ich den Vorschlag, weil die von den Kantonen eingesetzten Verwaltungsbehörden (insbesondere die in vielen Kantonen zuständigen Gemeinderäte) von komplexen Aufsichtsverfahren regelmässig überfordert sind und dann faktisch den Entscheid einem beigezogenen Rechtsexperten überlassen.

Dans le rapport annuel 2016/2017 sont abordées les questions suivantes : le Tribunal fédéral a considéré que l'acceptation de l'exécution testamentaire par une personne habilitée à signer collectivement au nom d'une Sarl n'était pas valable. Ceci est, à mon avis, incompatible avec le principe selon lequel le silence vaut acceptation. La décision la plus importante du Tribunal fédéral est l'arrêt 4A_280/2016 du 10.10.2016 traitant d'un cas de responsabilité en raison d'un investissement en options, effectué par l'exécuteur testamentaire en violation des obligations résultant de sa fonction. Le Tribunal fédéral a estimé, à juste titre, que cet investissement risqué constituait une violation de ses obligations. La proposition issue de la révision du droit des successions de transférer à l'avenir la surveillance des exécuteurs testamentaires aux tribunaux est très controversée en doctrine. Bien que ceci ne permette pas de remédier au dualisme de la procédure (procédure sommaire pour les questions de droit formel et ordinaire pour celles de droit matériel), je souhaite saluer cette proposition, car les autorités administratives désignées par les cantons (notamment les conseils municipaux compétents dans de nombreux cantons) sont souvent dépassées par des procédures de surveillance complexes et se reposent en pratique sur la décision de l'expert juridique consulté.

The annual report 2016/2017 deals with various issues: The Federal Supreme Court has held invalid the acceptance of the office as executor by a person with only collective signature for a LLC. In my view this is not compatible with the principle that silence implies acceptance. The most important decision of the Federal Supreme Court was judgment 4A_280 / 2016 of 10.10.2016, in which the court dealt with the liability for contrary to duty investment in options. The Federal Supreme Court rightly qualified the too risky investment as a breach of duty. In the literature, the proposal in the revision of inheritance law to in the future confer the supervision of the executor to the courts, is discussed controversially. Although the dualism of the procedure (summary procedure for procedural matters and ordinary procedure for substantive issues) cannot be remedied, I welcome the proposal, because the administrative authorities appointed by the cantons (in particular the municipal councils in many cantons) are regularly overtaxed by complex supervisory procedures and then in fact leave the decision to an appointed legal expert.

Vorschau auf «successio Heft 2/2018»

(Angaben ohne Gewähr)

■ Das Urheberrecht in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung

Brigitte Bieler

■ Zwangsvollstreckung von Liquidationsanteilen an Erbschaften im Schuldbetreibungsverfahren

Konrad Zimmermann





Rechtsbegehren im Erbrecht

Prof. Dr. iur. Stephanie Hrubesch-Millauer (Rechtsanwältin),
Martina Bosshardt (Rechtsanwältin) und Moritz B. Kocher (MLaw, LL.M.)*

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung
2. Die Erbschaftsklage
 - 2.1 Rechtslage/Ausgangslage
 - 2.2 Voraussetzung der Erbschaftsklage
 - a) Aktivlegitimation
 - b) Passivlegitimation
 - 2.3 Prozessuale Bemerkungen
 - 2.4 Rechtsbegehren einer Erbschaftsklage
3. Die Ungültigkeitsklage
 - 3.1 Rechtslage/Ausgangslage
 - 3.2 Voraussetzungen der Ungültigkeitsklage
 - a) Aktivlegitimation
 - b) Passivlegitimation
 - 3.3 Prozessuale Bemerkungen
 - 3.4 Rechtsbegehren einer Ungültigkeitsklage
 - 3.5 Exkurs: Die Nichtigkeitsklage
4. Die Herabsetzungsklage
 - 4.1 Rechtslage/Ausgangslage
 - 4.2 Voraussetzung der Herabsetzungsklage
 - a) Aktivlegitimation
 - b) Passivlegitimation
 - 4.3 Prozessuale Bemerkungen
 - 4.4 Rechtsbegehren einer Herabsetzungsklage
5. Die Ausgleichungsklage
 - 5.1 Rechtslage/Ausgangslage
 - 5.2 Voraussetzung der Ausgleichungsklage
 - a) Aktivlegitimation
 - b) Passivlegitimation

- 5.3 Prozessuale Bemerkungen
- 5.4 Rechtsbegehren einer Ausgleichungsklage
6. Die Erbteilungsklage
 - 6.1 Rechtslage/Ausgangslage
 - 6.2 Voraussetzung der Erbteilungsklage
 - a) Aktivlegitimation
 - b) Passivlegitimation
 - 6.3 Prozessuale Bemerkungen
 - 6.4 Rechtsbegehren einer Erbteilungsklage
 - a) Abstraktes Rechtsbegehren
 - a) Zuweisungsbegehren nach herrschender Lehre
 - c) Zuweisungskompetenz nach neuerer Rechtsprechung (BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017; publiziert BGE 143 III 425)
7. Erben ist ganz schön (schwer) ...

1. Einleitung

Die Zivilprozessordnung enthält nebst dem Vorbehalt zugunsten der Vorschriften des ZGB über die erbrechtlichen Sicherungsmassregeln in Art. 269 lit. b ZPO nur eine explizite Bestimmung zum Erbrecht, nämlich die Gerichtsstandbestimmung in Art. 28 ZPO; für erbrechtliche Klagen ist grundsätzlich stets das Gericht am letzten Wohnsitz der Erblasserin oder des Erblassers zuständig. Materiellrechtliche Aspekte von Erbschaftsprozessen regelt das Zivilgesetzbuch, und das Bundesgericht hat wichtige Aspekte, auch prozessrechtlicher Natur, durch seine Rechtsprechung geklärt.

Im Erbrecht gibt es sehr viele und mannigfaltige Streitkonstellationen, welche sich nicht unter einen einzigen Nenner subsumieren lassen: Die Frage nach der Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen kann ebenso viel Zündstoff beinhalten wie beispielsweise die Streitigkeit um den Pflichtteil, um Erbschaftsaktiven oder auszugleichende Zuwendungen. So reichhaltig die möglichen erbrechtlichen Streitigkeiten sind, so sorgfältig sind die diesfalls vor Gericht zu stellenden Rechtsbegehren auszuwählen.

* Dieser Beitrag geht auf das Referat zurück, welches Prof. S. HRUBESCH-MILLAUER anlässlich der schweizerischen Tagung für Zivilverfahrensrecht am 26. August 2016 in Bern gehalten hat; die dort aufgezeigten, kurzen Beispiele wurden beibehalten. Ein Erstabdruck befindet sich im Tagungsband von Kren Kostkiewicz Jolanta/Markus Alexander R./Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren: Theoretische Fragen, praktische Antworten, CIVPRO 11, Bern 2016. Eine punktuelle (nicht abschliessende) Aktualisierung wurde per Herbst 2017 vorgenommen.

Im Folgenden seien einige dieser Konstellationen betrachtet (vgl. 2.–6.). Es sei aber bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass aufgrund der Komplexität und Fülle von Fällen mit vielfältigen Ausgestaltungen – trotz der nicht unbeachtlichen Länge des vorliegenden Beitrages – lediglich eine summarische, nicht abschliessende und nicht vollständige Darstellung gegeben werden kann. Einzelne Klagearten – wie beispielsweise die Auskunftsklage oder Klagen gegen den Willensvollstreckter – können vorliegend nicht behandelt werden. Entsprechend versteht sich der nachfolgende Beitrag als *erste Anregung*.

2. Die Erbschaftsklage

2.1 Rechtslage/Ausgangslage

Mit der Erbschaftsklage, geregelt in Art. 598–600 ZGB, kann ein Erbe einzelne Erbschaftssachen oder die Erbschaft als Ganzes von einem besitzenden Nicht-Erben herausverlangen (Art. 599 Abs. 1 ZGB). Der Anspruch leitet sich aus seiner Erbberichtigung ab und kann geltend gemacht werden, wenn sich der Beklagte der erbrechtlichen Berufung des Klägers widersetzt, indem er diesem die Erbschaft als Ganzes oder einzelne Erbschaftssachen vorenthält¹.

Bei der Erbschaftsklage gilt ein besonderer Gerichtsstand, eine besondere Verwirkungsregelung, die Ersitzung ist ausgeschlossen, und es besteht die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen. Diese «Privilegien» rechtfertigen sich in der Schwierigkeit für den Erben, Kenntnis über den genauen Bestand der Erbschaft zu haben².

2.2 Voraussetzung der Erbschaftsklage

a) Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist der gesetzliche oder eingesetzte Erbe, der seine Legitimation gegen den Beklagten auf seine erbrechtliche Berufung stützt (Art. 598 Abs. 1 ZGB)³. Die Erbeneigenschaft des Klägers muss definitiv sein oder von diesem zumindest als definitiv behauptet werden, falls sie im selben Ver-

fahren zu klären ist⁴. Dieses Erfordernis hat zur Folge, dass ein Kläger seine Ausschlagungsbefugnis gem. Art. 571 Abs. 2 ZGB verwirkt, wenn er eine Erbschaftsklage während der Errichtung eines öffentlichen Inventars (Art. 580 ff. ZGB) oder vor Ablauf der Ausschlagungsfrist (Art. 567 f. ZGB) anhebt⁵.

Besteht eine Erbengemeinschaft, kann ein einzelner Miterbe nicht selbstständig Erbschaftsklage gegen Dritte erheben; vielmehr bilden sämtliche Miterben gemeinsam eine *notwendige aktive Streitgenossenschaft* und sind nur als solche aktivlegitimiert⁶. Gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kann sich die Erbengemeinschaft durch einen Erbenvertreter vertreten lassen; auch dieser kann jedoch nur Leistung an alle Erben fordern⁷.

Der mit Nacherbeneinsetzung beschwerte Vorerbe gilt, ebenso wie nach eingetretener Nacherbfolge der Nacherbe⁸, als aktivlegitimierter Erbe⁹. Schliesslich sind der amtliche Erbschaftsverwalter, der Erbschaftsliquidator, der Willensvollstreckter, der gesetzliche Nutzniesser und die Konkursmasse eines Erben aktivlegitimiert¹⁰.

Hinsichtlich bekannter Erbschaftssachen können nach abgeschlossener Teilung keine Ansprüche mehr mit der Erbschaftsklage geltend gemacht werden¹¹. Werden hingegen nach erfolgter Erbteilung weitere Erbschaftsgegenstände entdeckt, so lebt die Erbschaftsklage bezüglich dieser Gegenstände wie-

1 Anstelle vieler PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 4; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1574.

2 PIOTET, SPR IV/2, S. 744; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 2.

3 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 3; BGE 91 II 327 E. 3; ZK-ESCHER, Art. 598 ZGB N 1; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1585.

4 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 119; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1585; BGE 136 III 123 = Pra 2010, Nr. 111.

5 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 2; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 119; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 3.

6 BGE 121 III 118 E. 2; BGE 110 II 228 E. 7c; SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 270; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 6; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 3; ZK-ESCHER, Art. 598 ZGB N 3; ausführlich siehe MOSHE, Rz 321 ff.

7 TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 80 Rz 3; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 3; ZK-ESCHER, Art. 598 ZGB N 3; BK-TUOR/PICENONI, Art. 598 ZGB N 10; SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 281.

8 Urteil des Bundesgerichts 5C.95/2006 vom 26. September 2006 E. 2.3.

9 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 3; ZK-ESCHER, Art. 598 ZGB N 4c; BK-TUOR/PICENONI, Art. 598 ZGB N 13; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 121; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 3; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1586.

10 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 3 f.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 121; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 4; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1586.

11 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 3; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 8.



der auf, wobei die Erben wiederum eine notwendige Streitgenossenschaft bilden¹².

Nicht zur Erbschaftsklage aktivlegitimiert sind die Erwerber eines Erbanteils gemäss Art. 635 ZGB, soweit sie der Erbengemeinschaft nicht bereits angehören, die Käufer von Erbschaftsgegenständen, die Vermächtnisnehmer und die Gläubiger eines Erben, welcher die Erbschaftsklage nicht einreicht¹³.

b) Passivlegitimation

Die Erbschaftsklage kann sich gegen jeden besitzenden Nichterben von Erbschaftsgegenständen richten¹⁴. Nicht möglich ist hingegen – infolge des Einstimmigkeitsprinzips (Art. 602 Abs. 2 ZGB) – eine Erbschaftsklage zwischen Miterben während der Dauer der Erbengemeinschaft¹⁵. Richtet sich die Klage gegen mehrere Besitzer, so bilden diese eine *notwendige passive Streitgenossenschaft*¹⁶.

Der vorübergehende Verlust des Besitzes hebt die Passivlegitimation nicht auf; der Beklagte muss somit nicht die tatsächliche unmittelbare Gewalt (nach Art. 919 ZGB) über die Sache innehaben¹⁷. Weiter ist der bösgläubige Dritte, der vom minderberechtigten Besitzer (Scheinerben) Nachlassobjekte gegen Entgelt erworben hat, passivlegitimiert. Der Kläger kann in einem solchen Fall die Erbschaftsklage wahlweise gegen den besitzenden Erwerber auf Herausgabe der Erbschaftssache(n) oder gegen den veräussernden Scheinerben auf Herausgabe der Surrogate geltend machen¹⁸.

Der Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), der Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB), der amtliche Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) und der Erb-

schaftsliquidator (Art. 596 ZGB) sind bei der Erbschaftsklage nicht passivlegitimiert¹⁹.

2.3 Prozessuale Bemerkungen

Die Erbschaftsklage ist eine *Leistungsklage*. Der Beklagte wird zu einer Leistung an den Kläger, der Herausgabe von Erbschaftssachen, angehalten²⁰. Mit der Erbschaftsklage kann nach Art. 599 Abs. 1 ZGB sowohl die Herausgabe der Erbschaft als Ganzes (*Gesamtklage*) als auch die Herausgabe einzelner Erbsachen (*Singularklage*) verlangt werden²¹. Auch eine Kombination von Gesamt- und Singularklage ist denkbar²².

Sofern streitig, ist die Berufung bzw. Nicht-Berufung der Parteien zur Erbschaft in einer *Feststellungsklage* oder in einer *Gestaltungsklage* geltend zu machen. Ist die Auslegung einer als gültig anerkannten Verfügung von Todes wegen oder die gesetzliche Erbberechtigung und die Quotenberechtigung strittig, bietet sich eine Feststellungsklage an. Eine Gestaltungsklage drängt sich hingegen im Falle der Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen auf²³.

Die *Erbenqualität* der Parteien ist oftmals dann umstritten, wenn über die Gültigkeit oder den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen Uneinigkeit besteht. In einem solchen Fall kann es empfehlenswert sein, eine *objektive Klagehäufung* vorzunehmen und zwecks Entscheid über die Erbberufung eine *Ungültigkeitsklage* auf Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen und zusätzlich die Herausgabe der Erbschaftssachen mittels Erbschaftsklage zu erheben²⁴. Eine Klagekumulation drängt sich auch auf, wenn ein Erbe aufgrund einer letztwilligen Verfügung seinen Pflichtteil nicht erhält. Hier wird die Erbschaftsklage mit einer *Herabsetzungs-*

12 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 122; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 8.

13 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 5; MOSHE, Rz 355 ff.

14 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1587; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 80 Rz 4; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 9.

15 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 114; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 9; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1588; Urteil des Bundesgerichts 5C.95/2006 vom 12. April 2007 E. 5.1; BGE 69 II 357 E. 4.

16 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 9a, m.w.H.; BGE 136 III 123 = Pra 2010, Nr. 111.

17 Vgl. BGE 119 II 114 E. 4.b = Pra 1995, Nr. 71; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 10; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 125.

18 BK-TUOR/PICENONI, Art. 598 ZGB N 26; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 12.

19 SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 284 f.; CHK-GÖKSU, Art. 598–600 ZGB N 10; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 598 ZGB N 13.

20 BK-TUOR/PICENONI, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 14; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 11; MOSHE, Rz 301 ff.

21 PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 6 f.; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 2. BK-TUOR/PICENONI, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 12 und 19 f.; SUTTER-SOMM, S. 170; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1574.

22 PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 8.

23 Zum Ganzen BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 134.

24 BGE 91 II 327 E. 3 = Pra 1966, Nr. 64; BK-TUOR/PICENONI, Art. 598 ZGB N 20; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 10; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 19; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 111 und 115.

klage kombiniert, wobei letztere vorangeht²⁵. Weiter kann gegen einen die Erbschaft besitzenden Dritten im Rahmen einer Erbschaftsklage zusätzlich eine *Auskunftsklage* betreffend die fehlenden Vermögenswerte erhoben werden²⁶. Wie oben erwähnt, können Miterben untereinander keine Erbschaftsklagen erheben. Um dennoch von anderen Miterben seine Quote zu erhalten, muss der Erbe eine *Erbschaftsklage* geltend machen (vgl. 6.)²⁷.

Bei der Erbschaftsklage trägt der *Kläger die Beweislast* für den Nachweis, dass er ein besseres Recht auf die Erbschaft als der Besitzer hat. Dieser Nachweis umfasst die Darlegung, dass er rechtmässiger nächster eingesetzter oder gesetzlicher Erbe ist²⁸. Weiter muss er nachweisen, dass die eingeklagten Vermögenswerte Teil der Erbschaft sind, der Beklagte im Besitz der Erbschaft ist und die Verwirkungsfrist²⁹ der erhobenen Erbschaftsklage noch nicht eingetreten ist³⁰.

Der *Beklagte demgegenüber hat zu beweisen*, dass der Kläger erbunwürdig, die erhobene Erbschaftsklage verwirkt oder der sich auf gesetzliches Erbrecht stützende Kläger von der Erbschaft kraft einer Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen ist. Stützt sich der Kläger als eingesetzter Erbe auf eine Verfügung von Todes wegen, so muss der Beklagte weiter beweisen, dass diese ungültig ist oder durch eine spätere Verfügung widerrufen wurde³¹.

Bei der Erbschaftsklage gelten spezielle *Fristen*. Nach Art. 600 Abs. 1 ZGB hat die Erbschaftsklage gegenüber einem gutgläubigen Besitzer eine einjährige relative und eine zehnjährige absolute Klage-

frist³². Die *einjährige Frist* beginnt beim gutgläubigen Besitzer im Moment zu laufen, in dem der Kläger von seinem besseren Recht auf die betreffende Erbschaftssache oder auf die gesamte Erbschaft Kenntnis hat und weiss, dass sich diese ungerechtfertigt im Besitz des Beklagten befindet³³. Bei der *zehnjährigen Frist* hängt der Beginn davon ab, ob die Erbberufung des Klägers auf letztwilliger Verfügung, auf Erbvertrag oder auf Gesetz beruht. Für den Fall einer letztwilligen Verfügung oder eines Erbvertrags beginnt die Frist mit deren Eröffnung. Hingegen beginnt die Frist bei Berufung von Gesetz wegen mit dem Tode des Erblassers³⁴. Anzumerken ist weiter, dass die Gutgläubigkeit des Besitzers die ganze relative bzw. absolute Frist andauern muss. Wird der Besitzer vor Ablauf dieser Fristen bösgläubig³⁵, so gilt die dreissigjährige Verwirkungsfrist aus Art. 600 Abs. 2 ZGB. Die Frist beginnt in diesem Fall im selben Zeitpunkt zu laufen wie die zehnjährige Frist³⁶.

Bei den genannten Fristen handelt es sich um *Verwirkungsfristen*, die weder unterbrochen werden noch ruhen können³⁷. Durch das rechtzeitig eingereichte Schlichtungsgesuch wird die Frist gewahrt und Rechtshängigkeit begründet (Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art 62 Abs. 1 ZPO). Damit die Rechtshängigkeit gewahrt bleibt, muss die Klage beim Gericht innerhalb von drei Monaten nach Ausstellung der Klagebewilligung eingereicht werden (Art. 209 Abs. 3 ZPO)³⁸. Weiter ist zu bemerken, dass die Verwirkung in Bezug auf einzelne Streitgegenstände gestaffelt und nicht einheitlich beginnt³⁹. Somit

25 PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 21; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 15; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 10.

26 BGE 132 III 677 E. 4; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 24a; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 10.

27 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 114; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 9; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 23; a.M. SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 274 ff., m.w.H.

28 ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 16; MOSHE, Rz 770 ff.; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 38.

29 Gemäss vorherrschender Auffassung handelt es sich bei der Frist von Art. 600 Abs. 1 ZGB um eine Verwirkungsfrist (SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 288; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 127; a.M. MOSHE, S. 547 ff., je m.w.H.).

30 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 598 ZGB N 5; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 38; BK-TUOR/PICENONI, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 21 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1582.

31 Vgl. zum Ganzen PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 39; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 17; MOSHE, Rz 785 ff.

32 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 600 ZGB N 1.

33 BK-TUOR/PICENONI, Art. 600 ZGB N 2; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 127; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 600 ZGB N 3; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1590.

34 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 600 ZGB N 9; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 127; BK-TUOR/PICENONI, Art. 600 ZGB N 2.

35 Indem er bspw. Kenntnis über das bessere Recht eines Anderen an dem sich in seinem Besitz befindenden Erbschaftsgegenstand erlangt.

36 MOSHE, Rz 577 ff.; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 600 ZGB N 5; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 127; BK-TUOR/PICENONI, Art. 600 ZGB N 6; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 600 ZGB N 10 ff.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1592.

37 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 127; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 600 ZGB N 2; a.M. TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 80 Rz 5; MOSHE, Rz 547 ff.

38 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 129a; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 600 ZGB N 2.

39 So beispielsweise, wenn der Kläger nicht zur selben Zeit Kenntnis darüber erlangt, wo sich die verschiedenen Erbschaftssachen befinden.



muss die Frist unter Umständen für die einzelnen Erbschaftssachen gesondert eruiert werden⁴⁰.

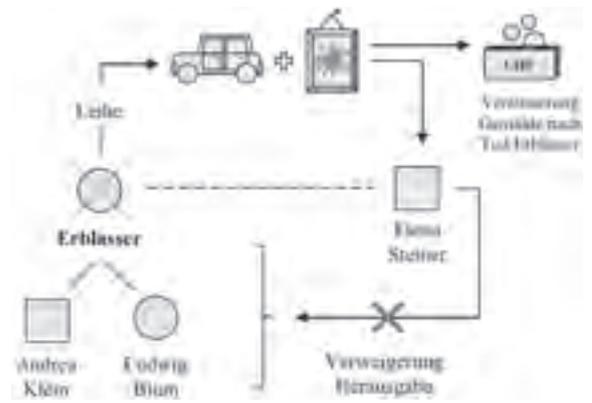
In den meisten Fällen wird weder die Rechtslage noch der Sachverhalt so eindeutig sein, dass die Anwendung des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) im summarischen *Verfahren* in Betracht gezogen werden kann. Deswegen wird, je nach Streitwert, das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren angewendet⁴¹. Der *Streitwert* bemisst sich am Wert der herauszugebenden Vermögenswerte (Nettowert der von der Klage erfassten Aktiven und Passiven). Dabei wird primär der Verkehrswert der Erbsachen und bloss sekundär die Inventar- oder vom Erblasser verfügbaren Werte beachtet⁴².

Der *Gerichtsstand* der Erbschaftsklage ist das *forum hereditatis*, der letzte Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 1 ZPO)⁴³. In *internationalen Sachverhalten* sind grundsätzlich aus schweizerischer Kollisionssicht unabhängig von der Staatsangehörigkeit die schweizerischen Gerichte und Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig (Art. 86 Abs. 1 IPRG)⁴⁴. Von Relevanz ist bei Todesfällen seit dem 17.8.2015 auch die EU-Erbrechtsverordnung, gemäss welcher für die Frage der Zuständigkeit der letzte gewöhnliche Aufenthaltsort des Erblassers (Art. 4 EuErbVO) oder auch der Belegenheitsort von Nachlassvermögen in einem Mitgliedstaat (Art. 10 EuErbVO) massgebend ist. Vorbehältlich einer erblasserischen Rechtswahl ist auch betreffend das anwendbare Recht grundsätzlich der letzte gewöhnliche Aufenthaltsort des Erblassers massgebend (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO)⁴⁵.

2.4 Rechtsbegehren einer Erbschaftsklage

Mit dem Rechtsbegehren der Erbschaftsklage als Leistungsklage will die Herausgabe von bestimmten zum Erbe gehörenden Vermögenswerten bzw. von deren Surrogaten erreicht werden. Weitere mögliche Forderungen umfassen die Berichtigung von Registereinträgen⁴⁶ oder Schadenersatz für während der Besitzesdauer entstandene Schäden und Verluste⁴⁷.

Nehmen wir an, der Erblasser Willy Blum hinterlässt seine beiden Kinder Andrea Klein und Ludwig Blum. Da er nicht von Todes wegen verfügt hat, tritt die gesetzliche Erbfolge ein, womit Andrea Klein und Ludwig Blum den Erblasser beerben. Sie fordern von Fiona Steiner – der Bekannten des Erblassers – die Gegenstände im Eigentum des Erblassers zurück, welche sich noch in deren Besitz befinden. Zurückverlangt werden v.a. der überlassene Oldtimer und das ebenfalls ausgeliehene Gemälde des Künstlers B. Die Kinder vermuten, dass Fiona Steiner noch weitere Sachen des Erblassers in ihrem Besitz hat. Fiona Steiner weigert sich und führt an, dass sie über keine Gegenstände im Eigentum des Erblassers verfüge. Den Oldtimer habe ihr der Erblasser geschenkt. Was das Gemälde anbelange, so könne sie es gar nicht mehr zurückgeben; sie habe es bereits zum Marktwert von CHF 125000.00 verkauft.



40 SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 288; ZK-ESCHER, Art. 600 ZGB N 2; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 600 ZGB N 2 f.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 127.
41 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 129a.
42 PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 49; MOSHE, Rz 789 ff.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 130.
43 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 118; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 43; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz1583.
44 Das auf erbrechtliche Fragen anwendbare Recht ergibt sich aus Art. 90–92 Abs. 1 IPRG. Angeknüpft wird – wie bereits bei der Zuständigkeit – an den Wohnsitz, wobei zwischen Erblassern mit letztem Wohnsitz in der Schweiz (Art. 90 IPRG) und Erblassern mit letztem Wohnsitz im Ausland (Art. 91 IPRG) unterschieden wird. Das Erbstatut umfasst u.a.: die Berechtigung der Erben, den Umfang der einzelnen Erbanteile, die Wirkungen einer Verfügung von Todes wegen, der Erwerb und die Ausschlagung der Erbschaft, den Umfang des Nachlasses sowie die Erbrechtssklagen (KREN KOSTKIEWICZ, N 1670; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 599 ZGB N 2 f.).
45 Ausführlich zu den Auswirkungen der EuErbVO auf die schweizerische Nachlassplanung, den Begriff des

«gewöhnlichen Aufenthalts» und zu möglichen Konflikten mit dem IPRG: WEISS/BIGLER, S. 163 ff.
46 Beispielsweise von Einträgen im Patentregister, Handelsregister oder Grundbuch (PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 27).
47 PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 27.

Entsprechend dem Gesagten wären folgende Rechtsbegehren denkbar:⁴⁸

Die Beklagte sei zu verurteilen, den Klägern

a) den Oldtimer, der Marke A., Chassisnummer 1234 mit dem Kennzeichen BE 5678,

b) den durch den Verkauf des Bildes «Linie im Kopf» des Künstlers B. erzielten Erlös in Höhe von CHF 125 000.00 zzgl. Zins zu 5% seit Klageeinleitung sowie

c) alle weiteren in ihrem Besitze befindlichen Sachen und Rechte, die zur Erbschaft des am 27. April 2016 verstorbenen Willy Blum gehören,

herauszugeben.

Nach Gesetz ist die Formulierung der Erbschaftsklage als Gesamtklage («auf Herausgabe der gesamten Erbschaft»; vgl. Art. 598 ZGB) zwar zulässig, doch aus praktischer Sicht wenig sinnvoll, da die Zivilrechtspflege dem Kläger bei der Suche nach verborgenen Erbschaftssachen nicht hilft⁴⁹. Grösstmögliche Chancen auf Erlangung der Erbschaftsgegenstände haben die Kläger wohl bei möglichst genauer und frühzeitiger Benennung der begehrten Gegenstände in einer *Singularklage* und gleichzeitigem Einreichen eines als *Gesamtklage* strukturierten, subsidiären Rechtsbegehrens (Kombination der Singularklage mit einer Gesamtklage)⁵⁰.

Von verschiedenen Autoren wird vertreten, dass ein *einleitendes Feststellungsbegehren* bezüglich der Erbenstellung einer Partei (z.B.: «Es sei festzustellen, dass die klagende Partei Erbin und die beklagte Partei Nicht-Erbin sei») bei unstreitigen Erbenqualitäten der Parteien zwar ohne Wirkung bleibe, aber nicht schade⁵¹. Wegen der grundsätzlichen Subsidiarität einer Feststellungsklage zu den übrigen Klagearten ist jedoch auf solche Rechtsbegehren mangels Feststellungsinteresses auch dann nicht einzutreten, wenn die (Haupt-)Klage auf Herausgabe der Erbschaftssachen gutgeheissen wird. Sie gehören vielmehr als materielle Fragen zur Begründung der Klage. Konsequenzen sollte der Nichtein-

tritt auf solche unzulässige bzw. unbegründete Rechtsbegehren beim Kostenentscheid haben⁵².

Ist die Auslegung einer als gültig anerkannten Verfügung von Todes wegen oder die gesetzliche Erbberechtigung und die Quotenberechtigung strittig, so ist jedoch eine Feststellungsklage empfehlenswert und notwendig⁵³.

Res iudicata-Wirkung hat das Urteil nur für die zugesprochenen Gegenstände. Entdeckt der Kläger später neue Erbschaftssachen und bestreitet der Beklagte deren Zugehörigkeit zum Nachlassvermögen, so kann der Kläger erneut auf Herausgabe der neu entdeckten Erbschaftsgegenstände klagen. Wird die Zugehörigkeit einer neu entdeckten Sache zur Erbschaft vom Beklagten anerkannt, «so fällt deren Behändigung durch den ehemaligen Kläger in den Bereich der Vollstreckung des erfolgten Gesamturteils»⁵⁴.

Ist eine unmittelbare gerichtliche Urteilsvollstreckung durch eine Drittperson notwendig, so ist (gleichzeitig) ein entsprechendes Rechtsbegehren zu stellen (z.B. «Die Bank XY sei anzuweisen, die Beklagte als Mitinhaberin des Sparkontos 134 zu löschen und Vormerk zu nehmen, dass die Kläger an den Vermögenswerten berechtigt sind»)⁵⁵.

3. Die Ungültigkeitsklage

3.1 Rechtslage/Ausgangslage

Mit der Ungültigkeitsklage werden Mängel einer Verfügung von Todes wegen beanstandet. Neben dem Formmangel (Art. 520 ZGB) werden auch inhaltliche Mängel wie insbesondere die Verfügungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung, Willensmängel des Erblassers oder ein unsittlicher bzw. rechtswidriger Inhalt der Verfügung von Todes wegen erfasst (Art. 519 Abs. 1 ZGB). Ihre Gutheissung führt zum Erlass eines Gestaltungsurteils, welches die Verfügung von Todes wegen aufhebt⁵⁶. Der Gesetzeswortlaut von Art. 519 Abs. 1 ZGB ist insoweit irreführend, als die man-

48 Formulierungsvorschlag in Anlehnung an BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 131.

49 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 133; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 28.

50 PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 28.

51 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 135; PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 35.

52 SUTTER-SOMM, S. 171 («Abweisung»). Vgl. zu den Prozesskosten auch Art. 106, 108 ZPO.

53 PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 35; BGE 136 III 123 ff. = Pra 2010, Nr. 111.

54 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 137; Ausführlicher zur *Res iudicata*-Wirkung PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 599 ZGB N 2; a.M. SUTTER-SOMM/MOSHE, S. 286.

55 Siehe hierzu weiterführend PraxKomm Erbrecht-ABT, Vorbem. zu Art. 598 ff. ZGB N 34a und 36; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 139 f. und 131.

56 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 52; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 992; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 9; AMMANN, Rz 19.



gelhafte Verfügung von Todes wegen bis zur rechtskräftigen Ungültigerklärung als gültig zu betrachten ist⁵⁷.

3.2 Voraussetzungen der Ungültigkeitsklage

a) Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert ist jeder, der als Erbe oder Bedachter ein *erbrechtliches Interesse* daran hat, dass die Verfügung von Todes wegen für ungültig erklärt wird (Art. 519 Abs. 2 ZGB)⁵⁸. Blosser sachen-, obligationen- oder familienrechtliche Interessen hingegen reichen aufgrund des Erfordernisses eines erbrechtlichen Interesses nicht aus⁵⁹. Auch moralische oder rein ideelle Interessen genügen nach herrschender Lehre nicht zur Bejahung eines ausreichenden erbrechtlichen Interesses. Kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse liegt bspw. dann vor, wenn für den Kläger durch das Urteil der Ungültigkeitsklage keine Rechte geschaffen werden, da das Urteil den Kläger gar nicht betrifft⁶⁰.

Zur Ungültigkeitsklage aktivlegitimiert sind gesetzliche und eingesetzte Erben, Ersatz- und Nacherben sowie Vermächtnisnehmer aus früheren Verfügungen. Der in einer früheren Verfügung eingesetzte, in der angefochtenen Verfügung aber übergangene Willensvollstrecker ist ebenfalls zur Klage berechtigt⁶¹.

Die verschiedenen Aktivlegitimierten können einzeln eine Ungültigkeitsklage geltend machen, sie bilden *keine notwendige Streitgenossenschaft*.⁶² Entsprechend entfaltet die gerichtliche Ungültigerklärung nur zugunsten des Klägers Wirkung (*inter partes*)⁶³. Gegenüber den anderen, nicht klagenden Erben bleibt die Verfügung von Todes wegen weiterhin bestehen⁶⁴. Der prozessuale Einbezug sämtlicher, als Vermächtnisnehmer oder Erben infrage kommenden Begünstigten, empfiehlt sich jedoch regelmässig, um die Rechtslage zu klären, die spätere

Erbteilung zu vereinfachen sowie um prozessuale Niederlagen aufgrund angeblich fehlender Legitimation zu verhindern⁶⁵.

Nicht aktivlegitimiert sind der Erbschaftsverwalter, die Erbeserben, der Erbe, welcher seinen Erbteil gemäss Art. 635 Abs. 1 ZGB mit dinglicher Wirkung an einen Miterben abgetreten hat sowie Gläubiger der interessierten Erben⁶⁶. Ein Dritter, welcher einen Formmangel einer Schenkung von Todes wegen geltend machen will, hat ebenfalls keine Klagebefugnis⁶⁷.

b) Passivlegitimation

Auf der Beklagtenseite stehen bei der Ungültigkeitsklage diejenigen Personen, welche an der Aufrechterhaltung der angefochtenen Verfügung festhalten wollen, da sie unmittelbar aus dieser zum Nachteil des Klägers erbrechtliche Vorteile gewinnen⁶⁸. Eine notwendige passive Streitgenossenschaft sämtlicher Miterben drängt sich nur auf, falls der Gegenstand der angefochtenen Verfügung eine unteilbare Einheit bildet. Ist dies nicht der Fall, so kann gegen einzelne Begünstigte vorgegangen werden, und auch die Ungültigerklärung entfaltet dementsprechend nur gegen einzelne Bedachte Wirkung⁶⁹.

Passivlegitimiert sind die Erben, der Willensvollstrecker⁷⁰, der Vermächtnisnehmer und der durch Teilungsregeln oder Auflagen Begünstigte⁷¹.

57 CHK-FANKHAUSER, Art. 519 ZGB N 1.

58 Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2011 vom 1. September 2011 E. 2.3; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 976; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 12; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 58.

59 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 58.

60 BGE 81 II 33 E. 3; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 57; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 26; BGE 99 II 246 E. 6.

61 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 25; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 978; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 12.

62 AMMANN, Rz 30; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 977.

63 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 995; Ausführlich hierzu SEILER, S. 126 ff.

64 SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 355; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 12; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 56.

65 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 85e; Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2011 vom 1. September 2011 E. 2.1.2 und 2.3.

66 Vgl. BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 25; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 980; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 13; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 60 und 62 f.

67 BGE 89 II 87 E. 3.

68 Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2011 vom 1. September 2011 E. 2.1; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 65 f.; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 28; BGE 96 II 79 E. 9b; AMMANN, Rz 32; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 981.

69 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 15; BGE 97 II 201 E. 3; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 66.

70 Falls seine Einsetzung mit der Ungültigkeitsklage in Frage gestellt wird. Vgl. BGE 103 II 84 E. 1; BGE 85 II 597 E. 3; SUTTER-SOMM/CHEVALIER, S. 26 f.; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 67.

71 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 28; CHK-FANKHAUSER, Art. 519 ZGB N 6.

3.3 Prozessuale Bemerkungen

Die Ungültigkeitsklage⁷² ist eine *Gestaltungsklage*, welche als Folge die Aufhebung der Verfügung von Todes wegen bewirkt⁷³. Um vom gewillkürten Erben die Erbschaft herausverlangen zu können, wird die Ungültigkeitsklage oftmals mit einer Teilungsklage oder einer Erbschaftsklage im selben Verfahren verbunden (*objektive Klagehäufung*)⁷⁴. In solchen Fällen ergeht nicht zwangsweise ein Gestaltungs-urteil, sondern es ist auch denkbar, dass ein *Leis- tungsurteil* ergeht⁷⁵.

Denkbar ist auch, dass der Kläger eine Herabset- zungsklage im Eventualstandpunkt neben der Un- gültigkeitsklage (zur Herabsetzungsklage *vgl.* 4.) geltend macht⁷⁶.

Wird die Ungültigkeitsklage gutgeheissen, so tritt die *Rechtswirkung* des Gestaltungsurteils nach Ein- tritt der Rechtskraft *ex tunc* ein⁷⁷. Durch Rückbe- zug der Wirkung auf den Zeitpunkt der Errichtung, kann die gesetzliche Erbfolge in Kraft treten oder eine früher erstellte Verfügung wieder aufleben⁷⁸. Durch Auslegung des Willens des Erblassers muss ggf. eruiert werden, ob die Ungültigerklärung nur einzelne Bestimmungen der Verfügung von Todes

wegen betrifft und diese dadurch nur partiell ungül- tig ist⁷⁹.

Der *Kläger* trägt bei der Ungültigkeitsklage die *Beweislast* für den unsittlichen oder rechtswidrigen Inhalt einer Verfügung von Todes wegen sowie für Willensmängel oder die Verfügungsunfähigkeit des Erblassers. Demgegenüber hat der *Beklagte* zu be- weisen, dass der Erblasser gültige Dispositionen zu seinen Gunsten getroffen hat⁸⁰.

Die *Fristen* der Ungültigkeitsklage sind in Art. 521 ZGB geregelt. Dabei handelt es sich entgegen der Gesetzesmarginalie von Art. 521 ZGB um von Amtes wegen zu berücksichtigende Verwirkungs- fristen⁸¹. Nur wenn der Beklagte die Ungültigkeit anerkennt, wird der Kläger von der Pflicht, frist- gerecht zu klagen, befreit. Dementsprechend aus- geschlossen ist eine einvernehmliche Fristverlän- gerung oder ein Verjährungsverzicht⁸². Gemäss Art. 521 Abs. 1 ZGB beginnt die relative einjährige Frist mit zuverlässiger und wirklicher Kenntnis der Verfügung und des Ungültigkeitsgrunds, frühes- tens aber mit Eröffnung des Erbgangs, zu laufen⁸³. Mit der Eröffnung der Verfügung, bzw. des Erb- gangs (beim Erbvertrag) beginnt die absolute zehn- jährige Frist⁸⁴. Ist der Bedachte bösgläubig, so gilt gem. Art. 521 Abs. 2 ZGB eine dreissigjährige Frist, welche im selben Zeitpunkt wie die zehnjährige zu laufen beginnt⁸⁵. Die Einrede der Ungültigkeit einer Verfügung kann vom besitzenden Erben nach Art. 521 Abs. 3 ZGB jederzeit geltend gemacht werden und ist an keine Frist gebunden⁸⁶. Hat hingegen der gewillkürte Erbe Besitz über die Erbschaft, so

72 Die Ungültigkeitsklage wird vom Dispositions- sowie vom Verhandlungsgrundsatz (Art. 58 und Art. 55 ZPO) beherrscht (SEILER, Rz 103). Das heisst, «die Parteien haben es in der Hand zu entscheiden, ob überhaupt, zu welchem Zeitpunkt und worüber ein Prozess stattfindet und wie lange dieser dauert» (SEILER, Rz 103). Ihnen steht demnach auch die Möglichkeit zu, das Verfahren durch Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerück- zug zu einem Ende zu bringen (AMMANN, Rz 175). Ge- mäss BGer 5A_702/2016 vom 28.03.2017 nicht möglich ist scheinbar aber die aussergerichtliche Anerkennung der Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen durch eine passivlegitimierte Person (anders noch BGE 86 II 340 E. 5 und BGE 104 II 75 E. II.3/b/aa).

73 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 9; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 992; AMMANN, Rz 179, 181.

74 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 52; BRÜCK- NER/WEIBEL, Rz 9.

75 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 73; BGE 113 II 270 E. 3; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 32.

76 Obsiegt der Kläger in diesem Falle bei der Ungültig- keitsklage, so erhält er nicht lediglich seinen Pflichtteil sondern seinen Erbsanspruch (Vgl. Urteil des Bundesge- richts 5A_12/2009 vom 25. März 2009 lit. B. zum Sach- verhalt; HRUBESCH-MILLAUER, S. 241 ff; BGE 119 II 208 E. 3.cc; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 71; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 31).

77 AMMANN, Rz 201; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 992.

78 ABT, Ungültigkeitsklage, S. 168; PraxKomm Erbrecht- ABT, Art. 519 ZGB N 73; Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2011 vom 1. September 2011 E. 2.1.2.

79 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 29; BGE 119 II 208 E. 3.b.b = Pra 1994, Nr. 114; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 75; WOLF/HRUBESCH- MILLAUER, Rz 993.

80 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 47; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 27; ABT, Ungültigkeitsklage, S. 135 f.; ZK-ESCHER, Art. 519 ZGB N 9; BK-TUOR, Art. 519 ZGB N 13.

81 BGE 138 III 354 E. 5.2; BGE 98 II 176 E. 10; BGE 102 II 193 E. 2.b; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 17; ABT, Ungültig- keitsklage, S. 47; AMMANN, Rz 117; WOLF/HRUBESCH- MILLAUER, Rz 988.

82 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 17.

83 CHK-FANKHAUSER, Art. 521 ZGB N 2; BGE 113 II 270 E. 2; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 521 ZGB N 2.

84 BGE 53 II 101 E. 1; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 17; ABT, Un- gültigkeitsklage, S. 49 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 983.

85 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 17; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 521 ZGB N 2 f.

86 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 521 ZGB N 4; WOLF/ HRUBESCH-MILLAUER, Rz 989; BGE 127 III 390 E. 2.g.



muss der gesetzliche Erbe die Ungültigkeitsklage vor Ablauf der Verwirklichungsfrist erheben⁸⁷.

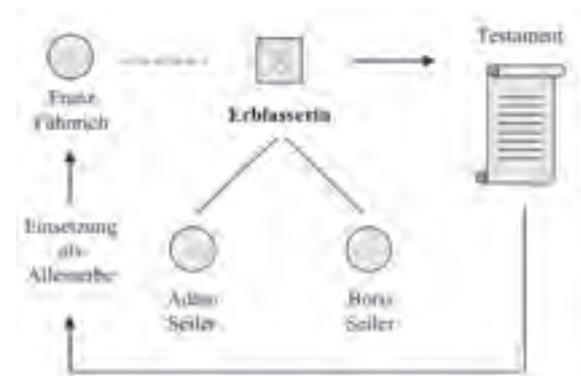
Durch rechtzeitige Einreichung des Schlichtungsgesuchs werden die Fristen aus Art. 521 ZGB gewahrt und Rechtshängigkeit begründet (Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 ZPO)⁸⁸. Damit die Rechtshängigkeit erhalten bleibt, muss die Klage beim Gericht innerhalb von drei Monaten nach Ausstellung der Klagebewilligung eingereicht werden (Art. 209 Abs. 3 ZPO)⁸⁹. Streitwertabhängig kann die Ungültigkeitsklage im ordentlichen (Art. 219 ff. ZPO) oder im vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) geltend gemacht werden⁹⁰. Alternativ kann unabhängig vom Streitwert auf das Schlichtungsverfahren verzichtet, und das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO eingeleitet werden. Dies setzt voraus, dass eine klare Rechtslage und ein liquider Sachverhalt vorliegen⁹¹. Ob bei Nichteintreten auf das Gesuch Art. 63 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangt, mit der Folge, dass die Rechtshängigkeit fortbesteht, ist strittig.⁹² Der Streitwert berechnet sich am potenziellen Prozessgewinn des Klägers. Dieser Prozessgewinn «ist einerseits anhand eines Vergleichs der angefochtenen Verfügung mit der im Fall der Ungültigkeit zur Anwendung kommenden früheren Verfügung oder Intestaterbfolge, andererseits anhand des Kreises der Verfahrensbeteiligten zu ermitteln»⁹³.

Der Gerichtsstand der Ungültigkeitsklage befindet sich am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 1 ZPO). Diese Norm ist nicht zwingend, weshalb die Parteien auch andere Gerichtsstände schriftlich vereinbaren können⁹⁴. Eine einseitige Anordnung eines anderen Gerichtsstands durch den Erblasser ist für die Erben ohne Einlassung nicht verbindlich⁹⁵. Grundsätzlich sind nach schweizerischem Kollisionsrecht die schweizerischen Gerichte und Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers auch bei internationalen Sachverhalten zuständig

(Art. 86 Abs. 1 IPRG; betreffend EuErbVO vgl. 2.3 sowie Art. 24 ff. EuErbVO).

3.4 Rechtsbegehren einer Ungültigkeitsklage

Gehen wir z.B. davon aus, dass mittels eines eigenhändig verfassten Testaments die Erblasserin Elsa Seiler ihren Freund Franz Fähnrich als Alleinerben einsetzte. Nach dem Tod nehmen ihre beiden Söhne, Adam und Boris Seiler, entsetzt Kenntnis vom Testament. Sie sind der Überzeugung, dass ihre zum Zeitpunkt der Abfassung der letztwilligen Verfügung bereits 86-jährige, betagte Mutter nicht verfügungsfähig war und streben daher die Ungültigkeitsklage an.



Die vorstehenden Ausführungen zur Ungültigkeitsklage lassen etwa folgende Rechtsbegehren in Betracht kommen:⁹⁶

1. Das am 10. Juni 2015 von Elsa Seiler, verstorben am 13. März 2016, errichtete Testament sei für ungültig zu erklären.
2. [Es sei festzustellen, dass die Kläger, als gesetzliche Erben, je zur Hälfte am Nachlass beteiligt sind.]

Wird lediglich eine bestimmte Anordnung in einer Verfügung von Todes wegen aufgrund einer Verletzung materiellen Rechts oder eines Willensmangels der Erblasserin angefochten, so kann auch eine Klage auf Teilungültigkeit erhoben werden⁹⁷. Das Klagebegehren 1 (Hauptbegehren) ist zwingend als Gestaltungsbegehren und nicht als Feststellungsbegehren zu formulieren, da es nicht bloss auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit, sondern vielmehr auf die Aufhebung der Verfügung von Todes wegen

87 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 18.

88 Vgl. auch AMMANN, Rz 125.

89 Was für die Wahrung der Verwirklichungsfristen aus Art. 521 ZGB entscheidend ist (BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 18a).

90 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 18a; AMMANN, Rz 126.

91 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 18b; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 55a; AMMANN, Rz 127.

92 Vgl. statt vieler für einen Überblick der Lehrmeinungen: BSK-HOFMANN, Art. 257 ZPO, m.w.H.

93 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 19.

94 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 991.

95 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 53 f.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 11.

96 Siehe BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 20.

97 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 29; BGE 119 II 208 E. 3.bb; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 24.

zielt⁹⁸. Der geltend gemachte Ungültigkeitsgrund⁹⁹ wird erst in der Klagebegründung genannt, im Hauptbegehren muss er noch nicht erwähnt werden¹⁰⁰.

Das Verbinden des Gestaltungsbegehrens mit einem Feststellungsbegehren (Klagebegehren 2) ist dann empfehlenswert, wenn der Beklagte allenfalls die aus der Ungültigkeit entstehenden Rechtsfolgen bestreiten könnte. In den übrigen Fällen ist ein Feststellungsbegehren überflüssig. Ob solche gestellten Feststellungsbegehren, auf welche mangels Feststellungsinteresse nicht eingetreten wird, Kosten nach sich ziehen sollen – der Nichteintritt beim Kostenentscheid somit Auswirkungen zeitigen soll – ist strittig (vgl. 2.4).

Der Kläger sollte in der Ungültigkeitsklage ausdrücklich festhalten, dass er noch keinen Entscheid über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft getroffen hat und lediglich zur Wahrung der Klagefrist die Klage erhebt. Damit verhindert er, dass die Erhebung der Ungültigkeitsklage eine Einmischungshandlung darstellt, welche die Verwirkung der Ausschlagungsverfügung zur Folge hat¹⁰¹.

Dem Kläger steht es selbstredend frei, die Ungültigkeitsklage lediglich als Eventualbegehren zu erheben. Gar nebst einer Herabsetzung im Hauptbegehren wäre die Geltendmachung der Ungültigkeit als Eventualbegehren zulässig – zugegebenermaßen aber wohl eher theoretischer Natur. Die ZPO sieht nämlich nicht vor, dass Eventualbegehren nicht weitergehen dürften als das Hauptbegehren.¹⁰²

3.5 Exkurs: Die Nichtigkeitsklage

Von der Ungültigkeitsklage ist die Nichtigkeitsklage zu unterscheiden. Im Gegensatz zur Ungültigkeitsklage, welche von einer Partei unter Fristeinholung von Art. 521 ZGB eingereicht werden muss, ist die Nichtigkeitsklage unverjährbar und von Amtes wegen zu beachten¹⁰³. Die Nichtigkeit einer Verfügung von Todes wegen kann deshalb vom Gericht in jedem erbrechtlichen Verfahren festgestellt werden. Wird eine Verfügung für nichtig

erklärt, so entfaltet sie keinerlei Rechtswirkungen¹⁰⁴. Als Feststellungsklage wirkt die Nichtigkeitsklage gegen jedermann, weswegen es nicht notwendig ist, sämtliche Bedachte als Beklagte in den Prozess miteinzubeziehen¹⁰⁵.

Die Nichtigkeitsgründe sind gesetzlich nicht geregelt. Die Ansicht des Bundesgerichts und von Teilen der Lehre, dass in extremen Fällen der Ungültigkeitsgründe aus Art. 519 ZGB immer auch ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, ist umstritten¹⁰⁶. Eine Nichtigkeit von Verfügungen von Todes wegen kann insbesondere bei extremen Formmängeln, Verfügungen zugunsten erbunwürdiger oder erbunfähiger Personen, extremer Verfügungsunfähigkeit des Erblassers, unmöglichem Inhalt der Verfügung, extremer Rechts- oder Sittenwidrigkeit, gefälschten Verfügungen oder bei Verfügungen, welche der Erblasser unter Zwang oder Drohung verfasst hat, angenommen werden¹⁰⁷.

Das Rechtsbegehren einer Nichtigkeitsklage kann wie folgt formuliert werden¹⁰⁸:

Es sei festzustellen, dass das am 10. Juni 2015 errichtete Testament von Elsa Seiler, verstorben am 13. März 2016, nichtig ist.

Da wie oben dargestellt in der Rechtsprechung die Nichtigkeit von Verfügungen von Todes wegen bisweilen bei Extremfällen der Ungültigkeitsgründe aus Art. 519 ZGB bejaht wurde, kann es für den Kläger empfehlenswert sein, «primär auf Feststellung der Nichtigkeit, eventualiter auf Ungültigerklärung der Verfügung zu klagen»¹⁰⁹. Damit auf das Eventualbegehren eingegangen wird, muss aber auch bei diesem zweigleisigen Vorgehen die Frist von Art. 521 ZGB eingehalten werden¹¹⁰.

Die Rechtsprechung lässt es im Übrigen u.E. zu Recht zu, «bei einem qualifizierten Formmangel

98 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 21; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 69; AMMANN, Rz 165; vgl. etwa falsch formulierte Begehren im Urteil des Bundesgerichts 5A_571/2009 vom 4. Dezember 2009 lit. B. zum Sachverhalt.

99 Z.B. «wegen Verfügungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung» oder «infolge Formmangels» (BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 22).

100 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 22; AMMANN, Rz 168.

101 Vgl. zum Ganzen BGE 113 III 1; VÖLK, S. 130 ff.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 24a.

102 SUTTER-SOMM, S. 170.

103 BGE 90 II 476 E. 2; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 406 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 928

104 BSK-FIORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 4; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 8.

105 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 25; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 928.

106 BGE 129 III 580 E. 1.2. Vgl. zur Auseinandersetzung etwa: PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 4 ff., m.w.H.; BSK-FIORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 4 f.

107 Vgl. Aufzählung in PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 7; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 25; BSK-FIORNI/PIATTI, Art. 519/520 ZGB N 4; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 927.

108 So z.B. auch das Rechtsbegehren in PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 12.

109 PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 13; vgl. auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 930.

110 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 25a; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 13.



anstelle der Ungültigkeit auf Nichtigkeit zu erkennen», selbst wenn lediglich die Ungültigerklärung gefordert wurde¹¹¹.

4. Die Herabsetzungsklage

4.1 Rechtslage/Ausgangslage

Der Erblasser kann über die Nachfolge seines Vermögens abweichend von der gesetzlichen dispositiven Erbfolge entscheiden. Gewissen gesetzlichen Erben muss er aber eine bestimmte Quote ihres gesetzlichen Erbteils, den sogenannten Pflichtteil, zugestehen¹¹². Unterlässt er dies und wird ein pflichtteilsberechtigter Erbe in seinem grundsätzlich unentziehbaren Pflichtteil durch eine Verfügung von Todes wegen oder durch bestimmte lebzeitige Zuwendungen des Erblassers wertmässig verletzt, so kann der betroffene Erbe die Herabsetzungsklage geltend machen¹¹³. Einzig diese Klage erlaubt es, den verletzten Pflichtteil eines Noterben wiederherzustellen¹¹⁴. Ziel dieser Herabsetzungsklage ist nicht die Aufhebung der gesamten Verfügung, sondern die Wiederherstellung des Pflichtteils des pflichtteilsberechtigten Erben.¹¹⁵ Dabei reicht es aus, wenn der betreffende Erbe seinen Pflichtteil dem Wert¹¹⁶ nach erhält¹¹⁷.

4.2 Voraussetzung der Herabsetzungsklage

a) Aktivlegitimation

Nach Art. 522 Abs. 1 ZGB sind die nicht gültig enterbten Pflichtteilserben, die in ihrem Pflichtteil verletzt wurden und die den Erbgang überlebt haben, zur Einreichung einer Herabsetzungsklage aktivlegitimiert. Stirbt ein pflichtteilsberechtigter Erbe nach der Eröffnung des Erbgangs, so sind seine Erben aktivlegitimiert, auch wenn diese gegenüber dem ursprünglichen Erblasser nicht pflichtteilsberech-

tigt gewesen wären¹¹⁸. Die pflichtteilsberechtigten Erben bleiben auch im Fall einer amtlichen Liquidation aktivlegitimiert¹¹⁹. Die verschiedenen Pflichtteilserben bilden *keine notwendige Streitgenossenschaft*, sie können gemeinsam oder auch unabhängig voneinander entweder gegen sämtliche oder gegen gewisse Zuwendungsempfänger vorgehen¹²⁰.

Aktivlegitimiert sind weiter die Konkursverwaltung bzw. die Gläubiger eines Erben oder Enterbten (Art. 524 ZGB, unter den dort genannten Voraussetzungen), der mit einem Vermächtnis beschwerte Bedachte, welcher sich eine Herabsetzung einer Zuwendung gefallen lassen muss (Art. 525 Abs. 2 ZGB), die Partei eines positiven entgeltlichen Erbvertrages, welche eine Herabsetzung von Todes wegen erleidet (Art. 528 Abs. 2 ZGB) sowie der Vermächtnisnehmer oder Erbe, wenn die ihm auferlegten Vermächtnisse den Betrag der Erbschaft oder der erhaltenen Zuwendung oder des verfügbaren Teils übersteigen (Art. 486 Abs. 1 ZGB)¹²¹.

Erleiden Gläubiger des Erben erst nach Eröffnung des Erbgangs einen Verlust, so sind sie ebenso nicht aktivlegitimiert wie Gläubiger des Erblassers¹²². Erwerben Dritte einen Erbanteil eines pflichtteilsberechtigten durch Rechtsgeschäft, werden sie dadurch nicht aktivlegitimiert¹²³. Weiter besitzt ein Pflichtteilserbe, welcher seinen Anteil dem Werte nach erhalten hat, keine Aktivlegitimation (vgl. Art. 522 Abs. 1 ZGB). Dieser «übergangene» Pflichtteilserbe hat nur dann einen durch Herabsetzungsklage durchsetzbaren Anspruch auf Erbenstellung, wenn er seinen Pflichtteil nicht bereits in Form einer Zuwendung unter Lebenden oder durch ein bereits ausgerichtetes Vermächtnis erhalten hat¹²⁴.

111 BGer 5A_702/2016 vom 28.03.2017, E. 3.

112 Vgl. ausführlich hierzu: WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 998 ff.

113 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 1.

114 Vgl. BGer 5A_357/2016 vom 12.04.2017, E. 4.4.

115 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 2.

116 Somit wird der Pflichtteilsanspruch des klagenden Erben auch durch die Ausrichtung eines Vermächtnisses im Umfang des Pflichtteils befriedigt (BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 60).

117 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 60; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 1.

118 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 5; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 5; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 72; BGE 75 II 190 E. 2; BGE 108 II 288 E. 2.

119 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 72; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 5; PIOTET, SPR IV/1, S. 503; BGE 52 II 419.

120 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 5; BGE 75 II 190 E. 2; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 5; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1102.

121 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 6; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 5; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1103.

122 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 73.

123 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 6.

124 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 7; CHK-FANKHAUSER, Art. 522 ZGB N 11; PIOTET, SPR IV/1, S. 378; a.M. ZK-ESCHER, Art. 522 ZGB N 6.

Schliesslich ist der Willensvollstrecker zur Herabsetzungsklage weder aktiv- noch passivlegitimiert¹²⁵.

b) Passivlegitimation

Bei der Herabsetzungsklage sind die durch Verfügung von Todes wegen (unbeachtlich ob in Form eines Testaments oder eines Erbvertrags) begünstigten gesetzlichen oder eingesetzten Erben und Miterben, die Vermächtnisnehmer, welche im Besitz des Vermächtnisses sind, sowie die Empfänger einer lebzeitigen Zuwendung passivlegitimiert¹²⁶. Ist ein Vermächtnisnehmer noch nicht im Besitz des Vermächtnisses, so kann der Pflichtteilsberechtigte die Einreichung der Klage auf Ausrichtung des Vermächtnisses abwarten und sich dann mit der Herabsetzungseinrede wehren¹²⁷.

Der Kläger hat die Wahl, ob er gegen sämtliche oder nur gegen einzelne Zuwendungsempfänger vorgehen will. Geht er gegen mehrere Zuwendungsempfänger vor, so bilden diese mithin keine notwendige, sondern eine einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 Abs. 1 ZPO)¹²⁸. Belangt der Kläger einzelne Bedachte nicht, so wird dadurch die Situation der beklagten Zuwendungsempfänger nicht erschwert, da sich diese die Herabsetzung nur in jenem Umfang gefallen lassen müssen, «wie wenn sämtliche Herabsetzungsschuldner in das Verfahren einbezogen worden wären»¹²⁹. In einem solchen Fall muss die Herabsetzbarkeit der anderen, nicht in den Prozess einbezogenen Zuwendungen vorfrageweise geklärt werden. Die Herabsetzungsreihenfolge wird im Zeitpunkt der Klageeinreichung womöglich noch unklar sein, weswegen es sich stets empfiehlt, gegen sämtliche in Frage kommenden Passivlegitimierte gleichzeitig vorzugehen¹³⁰.

Nicht passivlegitimiert sind schliesslich ein Lebensversicherer im Falle einer Begünstigung, welche

den Pflichtteil der Erben verletzt, sowie die Erben-gemeinschaft¹³¹.

4.3 Prozessuale Bemerkungen

Mit der Herabsetzungsklage alleine entsteht noch kein Rückleistungsanspruch. Das Herabsetzungsurteil ist ein reines *Gestaltungsurteil* und verschafft dem vollständig überangegangenen Pflichtteilsberechtigten (sog. virtueller Erbe) die Erbenstellung ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs¹³². Wird die Herabsetzungsklage als Gestaltungsklage nicht mit einer zusätzlichen *Leistungsklage* verbunden, so verpflichtet das Herabsetzungsurteil den Beklagten nicht zu einer Leistung, sondern gibt dem Kläger die Grundlage, um mit einer weiteren Klage¹³³ seinen Leistungsanspruch durchzusetzen¹³⁴. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, eine Herabsetzungsklage mit einer Leistungsklage zu verbinden (*objektive Klagehäufung*)¹³⁵. Bei einer bereits geteilten Erbschaft ist eine Leistungsklage unter Angabe der Herabsetzung als Klagegrund möglich¹³⁶. Diese Leistungsklage ist obligatorischer Natur und stützt sich materiell auf Bereicherungsrecht (in Form des nachträglich weggefallenen Erwerbsgrunds; Art. 62 ff. OR)¹³⁷. Eine Herabsetzungs- wie auch eine Erbschaftsklage (vgl. 4. und 2.) muss im Fall erhoben werden, wo sich die Erbschaft im Besitz von Dritten befindet. Richtet sich die Klage gegen einen Miterben, so muss mittels Herabsetzungs- und Teilungsklage vorgegangen werden. Auch die Rückerstattung ist nach Art. 528 ZGB durch Klage geltend zu machen¹³⁸.

125 BGE 85 II 597 E. 3; BGE 111 II 16 E. 2; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 4; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 9; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1103.

126 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1104.

127 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 8; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 7.

128 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 8a; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 502.

129 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 70.

130 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 8a; CHK-FANKHAUSER, Art. 522 ZGB N 4, BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 70.

131 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 8; BGE 131 III 646 E. 2.3; ZK-ESCHER, Art. 522 ZGB N 10 f.

132 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 10, WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1116.

133 Vorausgesetzt der Leistungsanspruch ist noch nicht verjährt (BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 12 m.w.H. auf die Rechtsprechung).

134 BGE 102 II 329 E. 2.a; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 10; STEINER, S. 114 f. und 120.

135 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 10; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1116.

136 BGE 67 II 207 E. 5.

137 BGE 110 II 228 E. 7c und 7d; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 498 f.; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 10.

138 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 10; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 12.



Schliesslich kann die Herabsetzung auch auf dem Weg der – nicht verwirkbaren – Einrede geltend gemacht werden (Art. 533 Abs. 3 ZGB)¹³⁹.

Klagegegenstand bei der Herabsetzung kann lediglich eine gültige Verfügung sein, durch welche die Verfügungsfreiheit überschritten wurde¹⁴⁰. Somit sind sowohl Zuwendungen unter Lebenden, welchen keine gleichwertige Gegenleistung entgegensteht, wie auch Zuwendungen von Todes wegen herabsetzbar. Nach Art. 532 ZGB sind Verfügungen von Todes wegen vor den lebzeitigen Zuwendungen herabzusetzen¹⁴¹. Liegen mehrere Zuwendungen unter Lebenden vor, so wird die jüngere vor der älteren herabgesetzt (Alterspriorität)¹⁴². Hierfür massgeblich ist nicht der Zeitpunkt des Vollzugs der Zuwendung, sondern das Datum, zu welchem der Erblasser rechtlich gebunden wird¹⁴³. Wo der Pflichtteilsberechtigte die Ungültigkeit eines Testaments oder eines Erbvertrags geltend macht, muss er eine Ungültigkeitsklage (Art. 519 ZGB) erheben und eine Herabsetzung im Eventualstandpunkt verlangen¹⁴⁴.

Nach Eröffnung des Erbgangs kann der pflichtteilsverletzte Erbe auf die Geltendmachung der Herabsetzungseinrede und des Herabsetzungsanspruchs verzichten. Somit sind pflichtteilsverletzende lebzeitige Zuwendungen des Erblassers oder Verfügungen von Todes wegen nicht *eo ipso* nichtig und werden nicht von Amtes wegen korrigiert¹⁴⁵.

Der pflichtteilsberechtigte Erbe trägt die *Beweislast* für die Verletzung seines Pflichtteils und die Überschreitung der disponiblen Quote. Dabei muss er das genaue Ausmass der Pflichtteilsverletzung noch nicht kennen, eine ungefähre Kenntnis der Verletzung des Pflichtteilsanspruchs und der Höhe des Nachlasses, welche den möglichen Erfolg der Herabsetzungsklage erwarten lassen, genügt¹⁴⁶. Daraus folgt, dass die Herabsetzungsklage auch zugelassen wird, wenn der Kläger sein Rechtsbegehren noch nicht beziffern kann, er aber zumindest einen Mindestwert angibt (Art. 85 Abs. 1 ZPO) und sie nach Abschluss des Beweisverfahrens beziffert (Art. 85 Abs. 2 ZPO)¹⁴⁷.

Die Regelungen zur *Befristung* der Herabsetzungsklage finden sich in Art. 533 ZGB. Diese Fristen sind entgegen dem Gesetzeswortlaut von Amtes wegen zu beachtende Verwirkungs- und nicht Verjährungsfristen¹⁴⁸. Für die Verjährung der Herabsetzungsklage gelten die Vorschriften von Art. 135 ff. OR¹⁴⁹ somit nicht¹⁵⁰. Weiter ist auch eine einvernehmliche Fristverlängerung oder ein Verjährungsverzicht nicht möglich¹⁵¹.

Art. 533 Abs. 1 ZGB sieht eine einjährige relative Frist und eine zehnjährige absolute Frist vor. Die einjährige relative Frist beginnt im Zeitpunkt, in welchem der in seinem Pflichtteilsanspruch beeinträchtigte Erbe von der Verletzung seiner Rechte erfährt. Dabei muss er um alle tatsächlichen Elemente wissen, welche einen günstigen Ausgang einer allfälligen Herabsetzungsklage erwarten lassen¹⁵². Der betroffene Erbe muss um die Eröffnung des Erbgangs, die seinen Pflichtteil beeinträchtigende

139 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 13; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 12; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1113.

140 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 69; BGE 119 II 208 E. 3.c.

141 Die in Art. 532 ZGB statuierte Reihenfolge ist u.E. nicht zwingender Natur und kann vom Erblasser abweichend geregelt werden (vgl. PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 532 ZGB N 2 und 6; a.M. CHK-FANKHAUSER, Art. 532 ZGB N 3; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 488; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 532 ZGB N 3).

142 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 2; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 10; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1079 und 1094 f.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 69.

143 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 532 ZGB N 6; ZK-ESCHER, Art. 532 ZGB N 3; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 532 ZGB N 3; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1095.

144 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 14; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 3.

145 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 13; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 14.

146 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 15; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 11.

147 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 11; BGE 121 III 249 E. 2.b; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 355 und 360; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 505.

148 Vgl. BGE 98 II 176 E. 10; BGE 138 III 354 E. 5.2; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 1; CHK-FANKHAUSER, Art. 533 ZGB N 1; a.M. ZK-ESCHER, Art. 533 ZGB N 1 ff.; BK-TUOR, Art. 522 ZGB N 1 ff.

149 Wonach die Verjährung mit der Unterbrechung und im Fall der Unterbrechung durch Einrede oder Klage mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien und mit jeder Entscheidung oder Verfügung des Gerichts von Neuem beginnt und daher u.U. während der Hängigkeit des Prozesses eintreten kann (PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 1).

150 BGE 86 II 340 E. 5; BGE 102 II 193 E. 2.b.

151 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 77.

152 BGE 121 III 249 E. 2a = Pra 1996, Nr. 126; BGE 138 III 354 = Pra 2012, Nr. 130; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1109.

Zuwendung und seine eigene Berufung als pflichtteilsberechtigter Erbe wissen. Die Frist kann somit frühestens mit dem Erbgang beginnen¹⁵³. Der Kläger muss dabei keine absolute Gewissheit über das Ausmass der Pflichtteilsverletzung haben, es genügt eine ungefähre Kenntnis der Höhe des Nachlasses und ein Für-wahrscheinlich-Halten der Verletzung seines Pflichtteilsanspruchs¹⁵⁴. Demzufolge ist auch ein unbeziffertes Rechtsbegehren zulässig¹⁵⁵.

Beim vollständig überangenen Pflichtteilerben genügt für die Fristauslösung i.S.v. Art. 533 Abs. 1 ZGB die Kenntnis der ihn übergehenden Verfügung von Todes wegen. Fristwährend wirkt diesfalls nicht bereits «ein Auskunftsbegehren zur Evaluierung der Höhe des entsprechenden Anspruchs»¹⁵⁶. Vielmehr muss innert Frist das Herabsetzungsbegehren selbst rechtshängig gemacht werden.¹⁵⁷ Der Griff zur Stufenklage (Art. 85 ZPO) hilft bei der Erlangung der notwendigen Informationen betreffend die Bezifferung des Herabsetzungsanspruchs.

Die zehnjährige absolute Frist beginnt bei Zuwendungen unter Lebenden mit dem Tod des Erblassers und bei letztwilligen Verfügungen mit deren amtlichen Eröffnung¹⁵⁸. Der Beginn der absoluten Frist bei Erbverträgen ist umstritten. Da auch bei diesen in der Praxis eine Eröffnung stattfindet, sollte grundsätzlich auf den Eröffnungszeitpunkt abgestellt werden¹⁵⁹. Wird eine Verfügung von Todes wegen älteren Datums mittels Ungültigkeitserklärung aufgehoben, so beginnt mit der Rechtskraft des Ungültigkeitsurteils die absolute zehnjährige Frist (Art. 533 Abs. 2 ZGB). In diesem Fall kann die einjährige relative Frist nicht früher, jedoch durchaus erst später beginnen¹⁶⁰.

Nach Art. 533 Abs. 3 ZGB kann der (Mit-)Besitzer der Erbschaft den Herabsetzungsanspruch –

z.B. im Erbteilungsprozess – einredeweise geltend machen, auch wenn bereits zu Lebzeiten des Erblassers gewisse Zuwendungen vollzogen wurden¹⁶¹. Die Herabsetzungseinrede ist jedoch nur insoweit möglich, «als die Nachlassaktiven zur Wiederherstellung der Pflichtteile genügen»¹⁶².

Gewahrt wird die Verwirkungsfrist durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs, wodurch auch Rechtshängigkeit begründet wird (Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 ZPO)¹⁶³. Damit die Rechtshängigkeit erhalten bleibt, muss anschliessend innerhalb von drei Monaten nach Ausstellung der Klagebewilligung die Klage beim Gericht eingereicht werden (Art. 209 Abs. 3 ZPO)¹⁶⁴.

Ein summarisches *Verfahren* auf Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO dürfte aufgrund der oftmals komplexen Sachverhalte von Beginn weg ausscheiden. Somit kommt – je nach Streitwert – entweder das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren zur Anwendung¹⁶⁵.

Der *Streitwert* ist der potenzielle Prozessgewinn des pflichtteilsberechtigten Erben, d.h. der Wert seines Pflichtteils bzw. der Betrag, um welchen die Zuwendungen an den Beklagten im Falle des Ob-siegens des Klägers herabgesetzt würden¹⁶⁶.

Nach Art. 28 Abs.1 ZPO ist der *Gerichtsstand* der Herabsetzungsklage am letzten Wohnsitz des Erblassers. Durch Prorogation (Art. 17 ZPO) oder Einlassung (Art. 18 ZPO) kann davon abgewichen werden¹⁶⁷. Auch bei *internationalen Sachverhalten* sind grundsätzlich aus schweizerischer Kollisionsrechts-sicht die schweizerischen Gerichte und Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig (Art. 86 Abs. 1 IPRG). Dabei ist materiell schweizerisches Recht anwendbar (Art. 90 Abs. 1 IPRG), sofern die Parteien keine – auch implizit mögliche – Rechtswahl getroffen haben¹⁶⁸. Wird durch die Rechtswahl ein nach schweizerischem Recht grundsätzlich beste-

153 BGE 121 III 249 E. 2a = Pra 1996, Nr. 126; BGE 180 II 288 E. 3.a; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1109.

154 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 4.

155 BGE 121 III 249 E. 2b; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 77; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 11; CHK-FANKHAUSER, Art. 533 ZGB N 2.

156 SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 355.

157 BGE 138 III 354 E. 5.

158 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 77.

159 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 6; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 533 ZGB N 2; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1111.

160 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 7; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 77; BK-TUOR, Art. 533 ZGB N 7; CHK-FANKHAUSER, Art. 533 ZGB N 3.

161 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 79.

162 CHK-FANKHAUSER, Art. 533 ZGB N 4; BGE 120 II 417 E. 2.

163 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 8; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 533 ZGB N 1; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 504.

164 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 79a.

165 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 79a.

166 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 17; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 360.

167 Vgl. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 360; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1107.

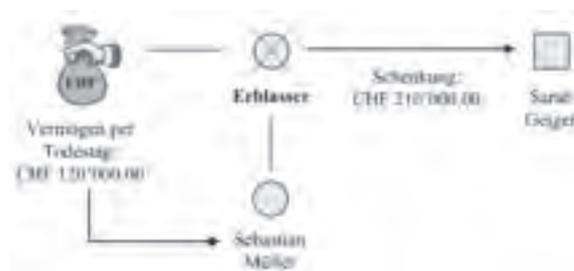
168 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 17 f.



hender Pflichtteilsanspruch ausgeschaltet, so stellt dies keine Verletzung des schweizerischen Ordre public dar¹⁶⁹. Hatte der Erblasser letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat, so ist betreffend Zuständigkeit Art. 4 EuErbVO zu beachten (vgl. 2.3.) Zuständigkeitsbegründend kann auch in einem Mitgliedstaat belegenes Nachlassvermögen sein (Art. 10 EuErbVO). Sofern der Erblasser keine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO getroffen hat, untersteht seine gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen grundsätzlich dem Recht des Staates, in welchem er zum Todeszeitpunkt gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO)¹⁷⁰.

4.4 Rechtsbegehren einer Herabsetzungsklage

Gehen wir als Beispiel davon aus, dass der Erblasser Hans Müller seinem Sohn Sebastian Müller ein Vermögen von CHF 120000.00 hinterlässt. Wenige Wochen vor seinem Tod schenkte er seiner Freundin Sarah Geiger, welche sich in Geldnöten befand, CHF 210000.00. Mangels gütlicher Einigung strebt Sebastian Müller die Herabsetzungsklage an.



Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen zur Herabsetzungsklage sind für das vorliegende Fallbeispiel etwa folgende Rechtsbegehren denkbar:¹⁷¹

1. Es sei festzustellen, dass der Nachlass von Hans Müller (verstorben am 27. Oktober 2015) die im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven mit dem Wert von insgesamt CHF 330000.00 umfasst.
2. Es sei festzustellen, dass der Pflichtteil des Klägers an diesem Nachlass drei Viertel beträgt.
3. Es sei die lebzeitige Schenkung an die Beklagte in Höhe von CHF 210000.00 soweit herabzusetzen, als dies zur Wahrung des Pflichtteils des Klägers erforderlich ist.
4. Demgemäss sei die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger den vom Gericht festgesetzten Betrag von CHF 127500.00 zzgl. Zins zu 5% ab Klageeinleitung zu bezahlen.

In Bezug auf das Klagebegehren 1 sei auf die allgemeine Streitigkeit betr. Feststellungsbegehren verwiesen (vgl. auch 6.4.).¹⁷²

Der in Klagebegehren 4 geforderte Verzugszins kann ab Klageeinleitung geltend gemacht werden, da die Beklagte dadurch in Verzug gesetzt wird. Vorbehalten bleibt die Bösgläubigkeit der beklagten Partei (Art. 528 ZGB); diesfalls entsteht der Zinsanspruch bereits ab dem Todestag des Erblassers¹⁷³.

5. Die Ausgleichungsklage

5.1 Rechtslage/Ausgangslage

Die Ausgleichung hat die Gleichbehandlung der gesetzlichen Erben zum Ziel. Um diese Gleichstellung zu erreichen, müssen die gesetzlichen Erben lebzeitige unentgeltliche oder entgeltliche Zuwendungen, die sie vom Erblasser als Erbvorbezug erhalten, ihren Miterben im Rahmen der Erbteilung zur Ausgleichung bringen¹⁷⁴. Der Erblasser kann von der gesetzlichen Vermutung der Gleichbehandlung seiner Erben absehen, indem er eine Nichtanordnung der Ausgleichung bzw. einen Ausgleichsdispens vornimmt¹⁷⁵. Ausgleichungspflichtig unter den gesetzlichen Erben sind nach Art. 626 Abs. 1 ZGB nur Zuwendungen, welche der Erblasser bei der Hingabe ausdrücklich als Anrechnung an den Erb-

169 BGE 102 II 136 E. 4.

170 Gemäss Art. 20 EuErbVO muss es sich dabei nicht um das Recht eines Mitgliedstaates handeln, auch materielles Drittstaatrecht (z.B. der Schweiz) ist anwendbar.

171 PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB N 11.

172 Vgl. statt vieler SUTTER-SOMM, S. 171 f., m.w.H.

173 BGE 115 II 211 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_97/2014 vom 23. Oktober 2014 E. 5; PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 11.

174 Vgl. PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB N 1.

175 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 142.

teil der Empfänger getätigt hat¹⁷⁶. In solchen Fällen spricht man auch von einer *gewillkürten* bzw. *freiwilligen Ausgleichung*¹⁷⁷. Daneben bezeichnet Art. 626 Abs. 2 ZGB gewisse Zuwendungen («Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl.») an die Nachkommen, welche ohne ausdrücklichen Ausgleichungsdispens des Erblassers von den Erben zur Ausgleichung gebracht werden müssen (sog. *gesetzliche Ausgleichung* bzw. *Deszendentenkollation*)¹⁷⁸.

5.2 Voraussetzung der Ausgleichungsklage

a) Aktivlegitimation

Zur Ausgleichungsklage aktivlegitimiert ist jeder am Nachlass beteiligte gesetzliche Erbe für sich alleine; das Urteil entfaltet dementsprechend nur unter den Prozessbeteiligten Wirkung (*inter partes*)¹⁷⁹. In Fällen von Art. 626 Abs. 1 ZGB ist auch der überlebende Ehegatte bzw. eingetragene Partner aktivlegitimiert¹⁸⁰.

Ob der überlebende Ehegatte bzw. eingetragene Partner auch in Fällen von Art. 626 Abs. 2 ZGB ausgleichungsberechtigt bzw. -pflichtig ist, ist umstritten. Das Bundesgericht sieht in seiner neueren Rechtsprechung eine Ausgleichungsberechtigung – jedoch keine Ausgleichungsverpflichtung – des überlebenden eingetragenen Partners bzw. Ehegatten vor¹⁸¹. Im Gegensatz hierzu spricht die herrschende Lehre dem überlebenden eingetragenen Partner bzw. Ehegatten weder eine gesetzliche Aktiv- noch eine Passivlegitimation zu¹⁸².

Grundsätzlich sind eingesetzte, nicht-gesetzliche Erben nicht aktiv- und passivlegitimiert¹⁸³. In Fällen, wo der Erblasser auch zu ihren Gunsten oder Lasten Ausgleichungsanordnungen getroffen hat, müssen jedoch auch diese gemäss mehreren Lehrmeinungen aktiv- oder passivlegitimiert sein¹⁸⁴. Eine spezielle Konstellation entsteht, wenn eine Person gleichzeitig eingesetzte und gesetzliche Erbin ist: Ist die letztwillige Regelung im Einklang mit der gesetzlichen Erbfolge, ist sie aktivlegitimiert. Trifft dies nicht zu, so wird angenommen, dass der Erblasser eine Ungleichbehandlung wünschte, und es wird anstelle einer Herabsetzung eine Ausgleichung vorgenommen¹⁸⁵.

b) Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist der gesetzliche Miterbe, welcher die lebzeitige Zuwendung erhalten hat und zum Zeitpunkt des Erbgangs noch Erbe ist¹⁸⁶. Daraus folgt, dass wer die Erbschaft ausschlägt (Art. 566 ff. ZGB), auf sie verzichtet (Art. 495 ZGB), erbunwürdig ist (Art. 540 ZGB) oder enterbt wurde (Art. 477 ff. ZGB), nicht mehr ausgleichungspflichtig ist¹⁸⁷. In diesen Fällen ist der nach Art. 627 ZGB an die Stelle des weggefallenen gesetzlichen Erben tretende Ersatzerbe passivlegitimiert, da neben der Erbberechtigung auch die Ausgleichungspflicht auf ihn übergeht¹⁸⁸.

5.3 Prozessuale Bemerkungen

Das Ausgleichungsrecht ist systematisch Bestandteil des Erteilungsrechts. Bevor eine Erbteilung durchgeführt werden kann, muss als Vorfrage die Teilungsmasse eruiert werden. Die Ausgleichungsklage beantwortet diese Frage, indem sie abklärt, ob und inwieweit lebzeitige Zuwendungen ausgeglichen werden müssen¹⁸⁹. Folglich wird grundsätzlich

176 PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 2; Urteil des Bundesgerichts 5C.202/2006 vom 16. Februar 2007.

177 BK-EITEL, Art. 626 ZGB N 5; CHK-FANKHAUSER, Art. 626 ZGB N 2; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1905; BGE 124 III 102 = Pra 1998, Nr. 102.

178 PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 3; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1908; BGE 124 III 102 = Pra 1998, Nr. 102; CHK-FANKHAUSER, Art. 626 ZGB N 2.

179 BGE 54 II 111 E. 5; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 96; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 149.

180 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 6; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 149.

181 BGE 77 II 228 E. 3.c; Urteil des Bundesgerichts 5A_141/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 9.2; der Meinung des Bundesgerichts folgend BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 149 und 154; PIOTET, SPR IV/1, S. 313; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 17 f.

182 Ausführlich BK-EITEL, Art. 626 ZGB N 146 ff., m.w.H.; CHK-FANKHAUSER, Art. 626 ZGB N 3, m.w.H.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 Rz 10; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 19 ff.

183 PIOTET, SPR IV/1, S. 368; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 150.

184 PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 98; BGE 124 III 102 E. 5; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 8; DRUEY, § 7 Rz 24 und 28.

185 Zum Ganzen BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 151; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB N 6; a.M. BREITSCHMID, S. 74 f.

186 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 152; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1898.

187 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 142; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1898.

188 PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 97; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 142 und 153; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1900.

189 CHK-FANKHAUSER, Art. 626 ZGB N 1; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 1; BK-EITEL, Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB N 15; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 142.



im Rahmen einer Erbteilungsklage eine Ausgleichungsklage geltend gemacht¹⁹⁰. Während die Erbteilungsklage eine Gestaltungsklage ist, stellt die Ausgleichungsklage selbst lediglich die Teilungsmasse fest und ist somit selbstständig betrachtet als *Feststellungsklage* zu qualifizieren¹⁹¹. Gemäss Ansicht SUTTER-SOMM/LÖTSCHER ist bei der Geltendmachung von Ausgleichungsansprüchen im erbrechtlichen Teilungsprozess kein besonderes Rechtsbegehren für die Ausgleichung notwendig, da die Ausgleichungspflicht zum Sachverhalt gehöre und entsprechend von jener Partei zu behaupten und zu beweisen sei, welche sich darauf berufe.¹⁹²

Daraus ergibt sich die Frage, ob die Ausgleichungsklage auch alleine als Feststellungsklage (sog. *reine Ausgleichungsklage*) geltend gemacht werden kann. Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass beim kumulativen Vorliegen eines Feststellungsinteresses¹⁹³ und eines Fehlens der Möglichkeit der Durchsetzung mittels Leistungsklage bzw. einer gleich wie einer Leistungsklage vollstreckbaren Gestaltungsklage, die Ausgleichungsklage auch selbstständig als Feststellungsklage geltend gemacht werden kann¹⁹⁴. Auch die herrschende Lehre bejaht die Möglichkeit der Geltendmachung der Ausgleichung entweder im Erbteilungsprozess oder als Gegenstand eines eigenen Verfahrens¹⁹⁵. Da die Klärung der Ausgleichungsfragen oftmals eine aussergerichtliche Erbteilung ermöglicht, fordert die herrschende Lehre auch eine gewisse Grosszügigkeit bei der Zulassung solch reiner Ausgleichungsklagen¹⁹⁶.

Im Ermöglichen einer gütlichen und aussergerichtlichen Erbteilung liegt auch ein den Ansprüchen des Bundesgerichts genügendes *Feststellungsinteresse* zur Geltendmachung einer reinen Ausgleich-

ungsklage. Weiter statuiert die Klärung von generellen Unklarheiten, von Ungewissheiten bezüglich der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien und von anderweitigen Hindernissen, welche den Abschluss der Erbteilung verhindern, ein Feststellungsinteresse¹⁹⁷. Andererseits ist eine reine Feststellungsklage nicht zulässig, wenn für die zu erfolgende Erbteilung noch weitere Klagen erforderlich sind¹⁹⁸. Abschliessend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht ein erforderliches Feststellungsinteresse nicht leichtfertig bejaht, weswegen es stets empfehlenswert ist, die Ausgleichungsklage nach Möglichkeit als Leistungs- oder Gestaltungsklage auszugestalten¹⁹⁹.

Die Erfüllung der Ausgleichungspflicht bedarf keines eigenen Rechtsbegehrens, wenn sie im Rahmen einer Erbteilungsklage in der Begründung geltend gemacht wird. Korrespondierend steht diese Option auch dem Beklagten – ohne Erhebung einer Widerklage – in seiner Antwort zu²⁰⁰.

Zwischen *mehreren Ausgleichungsschuldern* besteht keine Solidarhaftung. Der einzelne Ausgleichungsschuldner haftet nur für den ihm tatsächlich zugeflossenen, ausgleichungspflichtigen Betrag²⁰¹.

Die *Beweislast* bei Ausgleichungsklagen richtet sich nach Art. 8 ZGB. Entsprechend müssen die Zuwendung des Erblassers sowie – im Rahmen von Art. 626 Abs. 1 ZGB – deren Charakter als Vorempfang vom Ausgleichungsgläubiger dargelegt werden. Auch der Beweis des Schenkungscharakters bei gemischten Schenkungen ist vom Ausgleichungsgläubiger zu beweisen²⁰². Immerhin statuiert Art. 610 Abs. 2 ZGB eine Auskunftspflicht der Erben, welche den Beweis etwas erleichtert²⁰³. Macht andererseits ein Ausgleichungsschuldner im Rahmen von Art. 626 Abs. 2 ZGB einen Ausgleichungsdispens geltend, so ist es an ihm diesen nachzuweisen²⁰⁴.

Die Ausgleichungsklage kann geltend gemacht werden, solange die Erbteilung noch nicht abge-

190 Vgl. BGE 123 III 49 E. 1.a; BGE 67 II 207 E. 1; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 85; SUTTER-SOMM, S. 171.

191 BGE 123 III 49 E. 1.a; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 86.

192 SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 358; ebenso bereits SUTTER-SOMM, S. 171; a.M. BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 158 ff.

193 Zu den Anforderungen an dieses Feststellungsinteresse vgl. PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 88 m.w.H.

194 BGE 123 III 49 E. 1.a; Urteil des Bundesgerichts 5C.66/2003 vom 24. April 2003 E. 1.4; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 87.

195 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 20; CHK-FANKHAUSER, Art. 626 ZGB N 8; BK-EITEL, Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB N 30 ff.; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 87 ff.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 162; SUTTER-SOMM, S. 171 f.

196 Vgl. PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 89; BK-EITEL, Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB N 33; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 163.

197 Vgl. PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 88; BGE 123 III 49 E. 1.a m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5C.66/2003 vom 24. April 2003 E. 1.5.

198 BGE 123 III 49 E. 1.a; BGE 84 II 685 E. 3; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 88.

199 PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 111; BK-EITEL, Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB N 33; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 21.

200 SUTTER-SOMM, S. 171 f.

201 PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 12; BGE 68 II 83 E. 2.

202 Zum Ganzen PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 100; BGE 77 II 228 E. 3.b; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 166.

203 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 17.

204 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 166.

geschlossen ist²⁰⁵. Erlangen Erben erst nach erfolgter Erbteilung Kenntnis bezüglich ihrer Ausgleichungsansprüche, so können sie einzeln nachträglich mittels Ausgleichungsklage gegen den Ausgleichungsschuldner vorgehen²⁰⁶. Hat ein betroffener Erbe hingegen Kenntnis über seinen Ausgleichungsanspruch und macht er ihn während laufender Erbteilung nicht geltend, so wird dies als endgültiger Verzicht des Berechtigten auf seinen Anspruch gewertet²⁰⁷.

In der Regel wird die Anwendung eines summarischen *Verfahrens* auf Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO aufgrund der oftmals komplizierten Rechtslagen bei Ausgleichungsstreitigkeiten von vornherein nicht infrage kommen. Je nach Streitwert kommt somit entweder das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren zur Anwendung²⁰⁸.

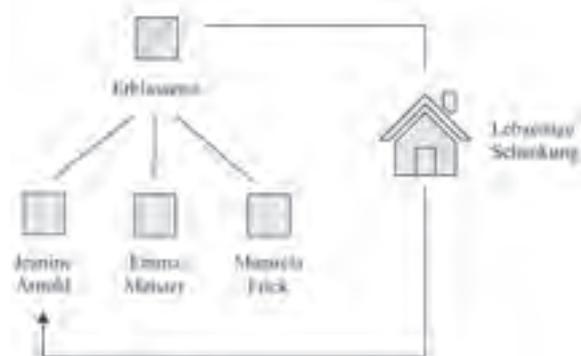
Bei der Eruiierung des *Streitwerts* muss nach der vom Kläger gewählten Form der Ausgleichungsklage differenziert werden: Macht er eine *Feststellungsklage* geltend, so «berechnet sich der Streitwert nach dem Wert der im Streit stehenden ausgleichungspflichtigen Zuwendung, multipliziert mit den Quoten der am Prozess beteiligten ausgleichungsberechtigten Miterben»²⁰⁹. Andererseits bemisst sich der Streitwert bei einer *Leistungsklage* nach dem Wert des vom Kläger geltend gemachten Ausgleichungsbetrags, somit dem potenziellen Prozessverlust des Beklagten²¹⁰.

Da die Ausgleichungsklage eine erbrechtliche Klage ist, befindet sich der *Gerichtsstand* auch bei ihr am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 1 ZPO)²¹¹. Für internationale Verhältnisse vgl. 2.3.

5.4 Rechtsbegehren einer Ausgleichungsklage

Nehmen wir folgende Sachverhaltskonstellation: Eine Erblasserin hinterlässt die drei Töchter, Jeanine Arnold, Emma Meister und Manuela Frick. Knapp zehn Jahre vor ihrem Tod schenkte die Erb-

lasserin ihrer ältesten Tochter Jeanine Arnold die Liegenschaft GB Bern Parzelle 117. Obwohl die Erblasserin explizit verfügt hat, dass die Schenkung auszugleichen sei, weigert sich Jeanine Arnold dem nachzukommen. Die Ausgleichungsgläubigerinnen Emma Meister und Manuela Frick klagen in der Folge gegen die Ausgleichungsschuldnerin.



Ist – wie vorliegend – eine Sache vorhanden, die nach Wahl des Beklagten (Art. 628 Abs. 1 ZGB) in natura eingeworfen (sog. Realkollation) oder durch Geldersatz abgegolten (sog. Idealkollation) werden kann, so wird der Kläger die *Ausgleichungsklage als Leistungsklage* geltend machen²¹². Die Rechtsbegehren zum Fallbeispiel könnten z.B. so aussehen:²¹³

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, die ihr am 17. Juni 2007 von der Erblasserin geschenkte Liegenschaft Grundbuch Bern Parzelle 117
 - a) entweder in die Erbmasse einzuwerfen
 - b) oder sie mit ihrem durch ein gerichtliches Bewertungsgutachten zu ermittelnden heutigen Wert der Erbschaft hinzuzuzählen und auf ihren eigenen Erbteil anrechnen zu lassen.
2. Der Beklagten sei durch das Gericht eine angemessene Frist zur Ausübung der Wahl gemäss Klagebegehren Ia oder Ib anzusetzen, unter Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Urteil aufgrund der Wertanrechnung gemäss Klagebegehren Ib ergeht.

Für das folgende Rechtsbegehren einer *Ausgleichungsklage als blosse Feststellungsklage (reine Ausgleichungsklage)* wird vom obigen Fall ausgegangen, jedoch mit dem Unterschied, dass die Erblasserin ihrer Tochter Jeanine Arnold nicht eine Liegenschaft, sondern CHF 77 000.00 für den Er-

205 CHK-FANKHAUSER, Art. 626 ZGB N 8; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 92; ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB N 21; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 20.

206 SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 358; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 92; BGE 67 II 207 E. 2.

207 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 156; BGE 45 II 4.

208 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 156a.

209 PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 99.

210 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 157; BAUMANN, S. 8; PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 99.

211 Urteil des Bundesgerichts 5A_92/2012 vom 4. Mai 2012 E. 4.

212 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 159.

213 Siehe auch BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 160.



werb eines Grundstücks schenkte. Die Schwestern können in diesem Fall das Rechtsbegehren in Anlehnung an BRÜCKNER/WEIBEL wie folgt formulieren²¹⁴:

«Es sei festzustellen, dass die im Jahr 2007 erfolgte Schenkung von CHF 77000.00 durch die Erblasserin an die Beklagte eine ausgleichungspflichtige Zuwendung darstellt, welche der für die Erbteilung massgeblichen Berechnungsmasse hinzuzuzählen und an den Erbteil der Beklagten anzurechnen ist.»

Der im Feststellungsurteil eruierte Ausgleichungsbetrag ist auf die Teilungsmasse anzurechnen und für die schlussendlich zu erfolgende Teilung massgebend. Der Erbteil der Beklagten wird mit dem auf die Erbquoten der Klägerinnen zukommenden Mehrbetrag (der auf den Erbteil der Klägerinnen zugerechnet wird) belastet. Das Feststellungsurteil entfaltet nur unter den involvierten Parteien Wirkung und betrifft die Ansprüche der anderen Miterben nicht. Wird den Klägerinnen kein Ausgleichungsanspruch zugesprochen, so können sie diesen aufgrund der *res iudicata* in der folgenden Erbteilung nicht mehr geltend machen. Dies gilt auch dann, wenn anderen Miterben im Teilungsprozess ein Ausgleichungsanspruch zugestanden wird²¹⁵.

Wie dargelegt, können alle Erben einzeln gegen den Beklagten eine Ausgleichungsklage erheben. Zuweilen werden Ausgleichungsansprüche einzelner Erben auch erst im Erbteilungsprozess vom Gericht geprüft. In solchen Fällen kann es vorkommen, dass der gleiche Sachverhalt²¹⁶ unterschiedlich beurteilt wird. Will der Beklagte dies verhindern, steht ihm die Möglichkeit offen, nach Erhalt der Feststellungsklage eines Miterben eine Teilungswiderklage zu erheben. Dies führt zum Einbezug aller Miterben in die Beurteilung der Ausgleichungsfrage und zum Wegfallen des Feststellungsinteresses der einzelnen Erben, weshalb diese keine eigene reine Ausgleichungsklage mehr geltend machen können²¹⁷.

Es empfiehlt sich für den Kläger, die Ansetzung der im letzten Rechtsbegehrensbeispiel in Rechtsbegehren 2 geforderten Frist dem Ermessen des Gerichts zu überlassen. Mit der oben gewählten Formulierung erreicht der Kläger, dass der Beklagte

ohne Antwort innert der vom Gericht anzusetzenden Frist dem klägerischen Antrag stillschweigend zustimmt²¹⁸.

Zu beachten ist schliesslich, dass für die Ausgleichung die Werte am Todestag massgeblich sind²¹⁹. Dabei ist es unbeachtlich, dass ein Urteil und dessen Vollzug wesentlich später erfolgt oder das Geld in der Zwischenzeit entwertet ist²²⁰.

6. Die Erbteilungsklage

6.1 Rechtslage/Ausgangslage

Das Ziel der Erbengemeinschaft liegt in der einvernehmlichen Einigung über die Aufteilung der Erbschaft. Oftmals treten bei der Erbteilung jedoch Probleme auf, sei es weil sich die Erben über die Aufteilung nicht einigen können oder weil nicht alle Erben bei der Teilung mitwirken²²¹. Um die Erbteilung nicht unnötig in die Länge zu ziehen, kann der einzelne Erbe nach Art. 604 ZGB die Erbteilungsklage geltend machen. Mit dieser kann er *jederzeit* seinen Teilungsanspruch durchsetzen²²².

6.2 Voraussetzung der Erbteilungsklage

a) Aktivlegitimation

Zur Erbteilungsklage aktivlegitimiert ist jeder, unbeachtlich ob gesetzlicher oder eingesetzter, Erbe einzeln²²³. Mehrere Erben können gemeinsam in *einfacher (nicht notwendiger) Streitgenossenschaft* klagen²²⁴. Nach Art. 571 Abs. 2 ZGB verwirkt ein Erbe seine Ausschlagungsbefugnis, wenn er während der Ausschlagungsfrist gemäss Art. 567 ZGB eine Erbteilungsklage geltend macht²²⁵.

Aktivlegitimation kommt auch der nach Art. 609 Abs. 1 ZGB mitwirkenden Behörde zu, sollte eine einvernehmliche Teilung nicht möglich oder der Erbteil eines Erben gepfändet sein²²⁶.

214 Rechtsbegehren aus BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 158; vgl. auch PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 101.

215 So BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 163a.

216 Beispielsweise bei einer gemischten Schenkung.

217 Zum Ganzen BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 163b.

218 So BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 164.

219 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1993 ff.

220 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 165.

221 BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 1.

222 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 1 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1639; BGE 101 II 41 E. 3.a.

223 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1652.

224 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_809/2011 vom 15. März 2012 E. 2.2; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 43; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 6.

225 BGE 101 II 346 E. 9.b; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 205.

226 BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 16; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 7; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL,

Wurde ihnen in einem Gestaltungsurteil Erbenstellung zugesprochen, so sind auch anfänglich virtuelle Erben²²⁷ zur Erbteilungsklage aktivlegitimiert²²⁸. Vor Anerkennung der Erbenstellung, können virtuelle Erben weder an der Verwaltung der Erbschaftsgüter teilnehmen, noch sind sie für Erbschaftsschulden haftbar²²⁹. Suspensiv bedingte Erben, wie beispielsweise Nacherben, müssen zuerst den Eintritt der Bedingung abwarten, bevor sie eine Erbteilungsklage geltend machen können²³⁰.

Zur Erbteilungsklage nicht aktivlegitimiert sind der Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)²³¹, der Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) und der Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB)²³². Nicht aktivlegitimiert ist weiter der blosse Nutzniesser²³³. Schliesslich sind Vermächtnisnehmer von der Erhebung einer Erbteilungsklage ausgeschlossen, vielmehr müssen diese gegebenenfalls mittels Vermächtnisklage ihre Ansprüche geltend machen²³⁴.

Die Erbengemeinschaft als solche kann im Erbteilungsprozess weder als Kläger noch als Beklagte auftreten²³⁵.

b) Passivlegitimation

Da die Erbteilungsklage zum Erlass eines gegenüber allen Erben wirkenden Urteils führt, muss sie stets gegen sämtliche Miterben gerichtet werden²³⁶. Diese nicht auf der Klägerseite mitwirkenden Mit-

erben sind als *notwendige Streitgenossenschaft* passivlegitimiert²³⁷. Dies gilt auch im Rechtsmittelverfahren nach Erlass des erstinstanzlichen Teilungsurteils. Ein einzelner Erbe kann zwar unabhängig von seinen Miterben ein Erbteilungsurteil anfechten, muss dabei aber gegen sämtliche Miterben – unbeachtet ob diese im vorinstanzlichen Prozess an seiner Seite klagten – vorgehen²³⁸. Damit wird verhindert, dass ein einzelner Miterbe durch Weigerung der Mitwirkung am Rechtsmittelverfahren dieses blockieren und die noch vorhandenen Rechtsmittel seiner vorherigen Streitgenossen verkürzen kann²³⁹.

Liegt dem Gericht jedoch von vornherein eine unmissverständliche Erklärung einzelner Erben vor, dass sie sich mit dem klägerischen Begehren als einverstanden erklären oder dass sie das Urteil, unbeachtlich vom Ausgang des Prozesses, anerkennen werden, so genügt die Belangung der übrigen Miterben²⁴⁰. Hierfür genügt nach WEIBEL «eine schriftliche Erklärung gegenüber dem angehenden Kläger, welche dieser dem Gericht vorweisen kann»²⁴¹. Dennoch empfiehlt derselbe dem Kläger, den mit der Klage einverständlichen Miterben – ob als Miterbe oder Verfahrensbeteiligter – zur Vermeidung von Unklarheiten ins Verfahren miteinzubeziehen, damit dieser bei Bedarf seine Erklärung gegenüber dem Gericht abgeben kann «und die (Bindungs-) Wirkungen des Urteils unmissverständlich klar sind»²⁴².

Verzichtet ein Erbe auf seine Erbansprüche, ohne dass eine dinglich wirkende Erbteilsabtretung gemäss Art. 635 Abs. 1 ZGB oder eine rechtsgültige Ausschlagung vorliegt, so bleibt dieser formell Erbe und muss dementsprechend in den Erbteilungsprozess miteinbezogen werden²⁴³.

Art. 609 ZGB N 1; Urteil des Bundesgerichts 5A_777/2012 vom 3. Dezember 2012 E. 3.

227 Virtuelle Erben sind «pflichtteilsgeschützte Erben oder Begünstigte aus einer früheren Verfügung, die durch Verfügung von Todes wegen vom Nachlass ausgeschlossen sind» (BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 206).

228 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 10; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 16.

229 Urteil des Bundesgerichts 5C.81/2003 vom 21. April 2004; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 206.

230 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 206.

231 Die Aktivlegitimation des Willensvollstreckers ist in der Lehre umstritten. Vgl. BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 48; PIOTET, SPR IV/2, S. 864; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 8; a.M. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 359.

232 Vgl. PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 8; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1653; vgl. zum Erbenvertreter Urteil des Bundesgerichts 4A_416/2013 vom 28. Januar 2014 E. 3.3.

233 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 208.

234 ZK-ESCHER, Art. 604 ZGB N 3; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 47.

235 BGE 100 II 440 E. 1; BGE 89 II 429 E. 3 und 4; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 11; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 209.

236 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1654.

237 Urteil des Bundesgerichts 5A_809/2011 vom 15. März 2012 E. 2.1; BGE 130 III 550 E. 2.1.1; CHK-GRAMM-SIEGENTHALER, Art. 604 ZGB N 17 f.; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 11; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1654.

238 BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 17; Urteil des Bundesgerichts 5A_809/2011 vom 15. März 2012 E. 2.2; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 15.

239 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 209a.

240 BGE 136 III 123 E. 4.4.1 = Pra 2010, Nr. 111; BGE 86 II 451 E. 3; BGE 100 II 440 E. 1; BGE 74 II 217 E. 4; BGE 93 II 15 E. 2.b; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 17; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 209b.

241 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 13.

242 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 13.

243 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 210; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 12; OGer ZH, ZR 2004, S. 12 ff.



6.3 Prozessuale Bemerkungen

Die Erbteilungsklage ist eine *Gestaltungsklage*, mit welcher die Vornahme der Teilung angestrebt wird. Wird sie gutgeheissen, so tritt das Erbteilungsurteil an die Stelle der vertraglichen Erbteilung²⁴⁴. Durch die rechtskräftige Zuweisung verschafft das Gestaltungsurteil dem Erben unmittelbares Eigentum an der Erbschaftssache²⁴⁵.

Mit *Klagehäufung* können materiell-rechtliche, für die Erbteilung präjudizielle Fragen dem Gericht im Rahmen der Erbteilungsklage vorgelegt werden²⁴⁶. Mögliche Begehren sind unter anderem²⁴⁷:

- Gültigkeit von Verfügungen von Todes wegen (Art. 519 ff. ZGB; vgl. 3.)
- Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB; vgl. 4.)
- Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB; vgl. 5.)
- Durchsetzung von gesetzlichen (Art. 612a ff. ZGB) und erblasserischen Teilungsvorschriften (Art. 608 ZGB)
- Ansprüche von Hausgenossen (Art. 606 ZGB)
- Gutheissung oder Berichtigung eines amtlichen Teilungsentwurfes (Art. 611 Abs. 2 ZGB)
- Tilgung oder Sicherstellung der Schulden des Erblassers vor der Teilung (Art. 610 Abs. 3 ZGB)
- Anordnung zur Bestimmung des Anrechnungswertes von Liegenschaften durch einen amtlichen Sachverständigen (Art. 618 ZGB)
- Anrechnung von Ersatzansprüchen bei Nutzung und Verbrauch von Vermögenswerten des Nachlasses durch einen Erben²⁴⁸

Bei der Erbteilungsklage als *doppelseitiger Klage (actio duplex)* kann der Beklagte ohne Erhebung einer Widerklage eigene Rechtsbegehren stellen²⁴⁹. Somit ist im Erbteilungsprozess jede Partei sowohl Kläger wie auch Beklagter²⁵⁰.

Gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkennt (Dispositionsprinzip). Ob

dieser Grundsatz auch bei doppelseitigen Klagen wie der Erbteilungsklage ausnahmslos zur Anwendung gelangt, ist derzeit noch unklar, dürfte aber wohl bejaht werden.²⁵¹

Ist der Erbgang eröffnet, so «kann jeder Erbe jederzeit die Teilung der Erbschaft bzw. des ungeteilten Rests der Erbschaft verlangen»²⁵². Dies ändert sich auch dann nicht, wenn die Erben die Erbengemeinschaft fortgesetzt und die Teilung über Jahre hinweg hinausgeschoben haben²⁵³ oder wenn noch unverteilte Erbschaftsaktiven nach einer vermeintlich abgeschlossenen Teilung entdeckt werden²⁵⁴.

Ist eine Ungültigkeitsklage (vgl. 3.) hängig, so muss deren Ausgang genauso abgewartet werden wie die Fristen für das öffentliche Inventar (Art. 580 und Art. 587 ZGB), die amtliche Liquidation (Art. 594 ZGB) und die Ausschlagung (Art. 567 ZGB)²⁵⁵, denn bis dahin ist ungeklärt, gegen wen sich der Teilungsanspruch überhaupt richtet und ob dieser Teilungsanspruch gegebenenfalls durch eine Gesamtliquidation des Nachlasses hinfällig oder ausgeschlossen wird²⁵⁶. Wurde ein Willensvollstrecker eingesetzt, so muss dessen Teilungsvorschlag dem Gericht vorliegen, bevor eine Erbteilungsklage geltend gemacht werden kann. Hiervon kann insbesondere aus Gründen der Prozessökonomie abgewichen werden²⁵⁷.

Die Anwendung eines summarischen *Verfahrens* auf Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO ist nur bei einfachsten und klaren Verhältnissen²⁵⁸ denkbar. In den meisten Fällen wird bei der Erbteilungsklage aber je nach Höhe des Streitwerts das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren angewendet²⁵⁹.

244 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 3.

245 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 200; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 2.

246 BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 5; Urteil des Bundesgerichts 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011.

247 Vgl. Aufzählung in BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 5; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 27.

248 Urteil des Bundesgerichts 5A_776/2009 vom 27. Mai 2010.

249 SUTTER-SOMM/CHEVALIER, S. 40; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 4; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S. 356.

250 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 203.

251 Vgl. auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, S.357.

252 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 211; OGer ZH, ZR 2004S. 130 f.

253 BGE 116 II 267 E. 7; KGer GR, PKG 1988, S. 18 ff.; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 4 f.

254 BGE 75 II 288 E. 2; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 211; ZK-ESCHER, Art. 604 ZGB N 1a; SEEBERGER, S. 49; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 5.

255 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 211a.

256 Vgl. ZK-ESCHER, Art. 604 ZGB N 1; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 4; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 10 f.

257 OGer ZH, V0130137, 8.11.2013 E. 2.5; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 95; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 211a; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 58, m.w.H.; a.M. KGer GR, PKG 1997, S. 22 f.; SEEBERGER, S. 43.

258 So beispielsweise bei «klarer Zusammensetzung des Nachlasses; klar unzulässige Weigerung eines oder mehrerer Miterben, in die einvernehmliche Teilung einzuwilligen» (BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 211b).

259 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 211b.

Der *Streitwert* bemisst sich in der Regel nach dem Nettowert des eingeklagten Erbteils²⁶⁰. Auf den gesamten Wert des zu teilenden Nachlasses wird in Fällen abgestellt, wo der Teilungsanspruch als solcher Streitgegenstand ist²⁶¹. Da dem Kläger eine Vorschusspflicht obliegt, sollte dieser mit seinen Miterben zuerst klären, ob der Teilungsanspruch als solcher bestritten ist, bevor er die Teilungsklage anhebt²⁶².

Der *Gerichtsstand* für die Erbteilungsklage befindet sich grundsätzlich am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 1 ZPO). Alternativ kann beim Gericht am Ort der gelegenen Sache bei Klagen auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks geklagt werden (Art. 28 Abs. 3 ZPO). Dieser alternative Gerichtsstand kann jedoch nur ebendiese Teilfrage und nicht die gesamte Erbteilung beurteilen²⁶³. Die kantonale Gerichtsorganisationsgesetzgebung bestimmt die *sachliche Zuständigkeit*²⁶⁴. Von den gesetzlichen Gerichtsständen können die Parteien mittels *Prorogation* durch Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO) oder *Einlassung* (Art. 18 ZPO) abweichen²⁶⁵. Weiter ist auch denkbar, dass die Erben die Zuständigkeit eines *Schiedsgerichts* durch einen schriftlichen Schiedsvertrag vereinbaren (Art. 358 ZPO bzw. Art. 178 IPRG)²⁶⁶.

Liegt ein *internationaler Sachverhalt* vor, so liegt die Zuständigkeit grundsätzlich am letzten schweizerischen Wohnsitz des Erblassers (Art. 86 Abs. 1 IPRG). Im Anwendungsbereich der EU-Erbrechtsverordnung ist bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers in einem Mitgliedstaat wiederum Art. 4 EuErbVO betreffend die Zuständigkeit anwendbar. Hinterlässt der Erblasser Nachlassvermögen in einem Mitgliedstaat, so wird – unabhängig von seinem letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort – unter den Voraussetzungen von Art. 10 EuErbVO entweder eine vollumfängliche (Abs. 1)

oder eine teilweise (Abs. 2) Zuständigkeit in diesem Staat begründet.

6.4 Rechtsbegehren einer Erbteilungsklage

a) Abstraktes Rechtsbegehren

Gemäss umstrittener Ansicht²⁶⁷ kann die Erbteilungsklage abstrakt wie folgt formuliert werden²⁶⁸:

Der Nachlass von Clemens Sutter (verstorben am 30. August 2015) sei festzustellen und zu teilen.

Zur Begründung der Zulässigkeit dieses Rechtsbegehrens wird u.a. angeführt, dass es sich bei der Erbteilungsklage um eine sog. *actio duplex* handle, die es rechtfertige, den Grundsatz der Bestimmtheit der Rechtsbegehren zu lockern, zumindest dann, wenn der Kläger begründeterweise keine genauer bestimmten Anträge stellen kann.²⁶⁹ Dies könne etwa der Fall sein, wenn der Beklagte dem Kläger entgegen seiner Pflicht keine Auskünfte über herabsetzungs- bzw. ausgleichungspflichtige Tatbestände erteilt²⁷⁰. In der Lehre gibt es jedoch auch vereinzelt Stimmen, welche abstrakte Rechtsbegehren aufgrund einer Verletzung des Bestimmtheitsgebots als unzulässig erachten²⁷¹. GöKSU etwa vertritt die Ansicht, dass die ZPO für die Erbteilungsklage keine Lockerung des Bestimmtheitsgebots vorsehe. Auch der Verhandlungsgrundsatz an sich, wonach den Parteien nichts Unbeantragtes zugesprochen werden könne, spreche sich gegen die Zulässigkeit des abstrakten Rechtsbegehrens aus²⁷². Aber nicht nur das allgemein gehaltene Teilungsbegehren, sondern auch das Feststellungsbegehren erweise sich als unzulässig. Es fehle einerseits an einem genügenden Feststellungsinteresse, andererseits werde damit unzulässigerweise die Feststellung von Tatsachen verlangt.²⁷³

Während das Bundesgericht abstrakte Rechtsbegehren bei der Erbteilungsklage unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnungen zugelassen

260 Urteil des Bundesgerichts 5A.514/2009 vom 25. Januar 2011 E. 3 und 4; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 25.

261 BGE 127 III 396 E. 1.b.cc; BGE 86 II 451 E. 2; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 212.

262 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 25.

263 BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 28 ZPO N 26 ff.

264 Vgl. BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 56; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 19.

265 BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 22; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 56; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 18; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz 1655.

266 BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 23; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 20.

267 Pro insb. BK ZPO-HURNI, Art. 58 ZPO N 46; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 31; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 68; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 212; Contra insb. GÖKSU, S. 138 f.

268 Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 212; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 31.

269 BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 68; BK ZPO-HURNI, Art. 58 ZPO N 46.

270 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 31; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 68.

271 So GÖKSU, S. 138 f.

272 GÖKSU, S. 143 f.

273 GÖKSU, S. 127 ff.



hat²⁷⁴, ist die strittige Frage unter Geltung der eidgenössischen Zivilprozessordnung – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden. Zumindest aber kann festgehalten werden, dass selbst bei Unzulässigkeit des allgemeinen Rechtsbegehrens, dieses nicht absolut ungültig ist. Es gibt Fallkonstellationen, bei denen sich die Verwendung eines abstrakten Rechtsbegehrens nicht vermeiden lässt. GöKSU führt als Beispiel etwa die Stufenklage an.²⁷⁵ Das entsprechende Rechtsbegehren einer Stufenklage könnte diesfalls etwa wie folgt formuliert werden:

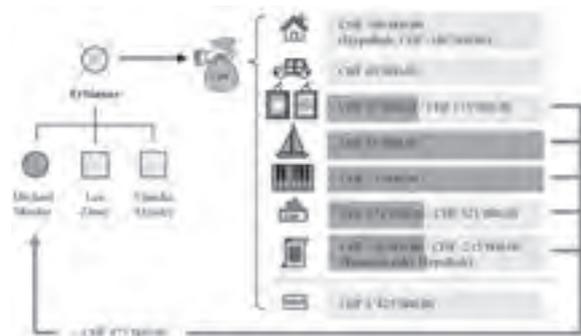
1. «Es sei der Beklagte unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB und Art. 343 ZPO mit Busse im Widerhandlungsfall zu verurteilen, dem Kläger über sein Verhältnis zum Erblasser, insbesondere über die von diesem erhaltenen Vorbezüge und Darlehen sowie über sonstige Vereinbarungen mit dem Erblasser, umfassend Auskunft zu erteilen und die entsprechenden Unterlagen offenzulegen»²⁷⁶.
2. Es sei der nach Auskunftserteilung zu bestimmende Nachlass gemäss den nach Auskunftserteilung präzisierten Rechtsbegehren zu teilen.

b) Zuweisungsbegehren nach herrschender Lehre

Bis zu BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017 (BGE 143 III 425; siehe sogleich 6./6.4/c.) empfahl es sich dem Kläger – wie erwähnt –, die umstrittenen Punkte direkt im Rechtsbegehren zu umschreiben und seine Vorstellung der Teilung darzulegen²⁷⁷. Dies umfasste insbesondere die *Zuweisung der Erbschaftsaktiven und Erbschaftspassiven* an die einzelnen Erben²⁷⁸. Das Gericht erwartete aber keine Aufstellung eines exakten Teilungsplans, da dies zur Vereitelung des bundesrechtlich gewährleisteten Teilungsanspruchs führen würde²⁷⁹.

Beispiel:

Vor knapp zwei Jahren ist der Erblasser, Leo Meister, verstorben. Seinen drei Kindern Michael Meister, Lea Zanei und Claudia Meister hinterliess er eine Liegenschaft, ein Auto, zwei Gemälde, ein Segelboot, einen Flügel, Barschaften und einige Passiven. Michael Meister hat genug von der Erbgemeinschaft und möchte endlich teilen. Er hat denn auch bereits genaue Vorstellungen davon, welche Gegenstände er in sein Alleineigentum überführen möchte. Dagegen wehren sich Lea Zanei und Claudia Meister, welche das Ansinnen ihres Bruders als pietätlos betrachten. Das Vermögen des Vaters dürfe nicht auseinandergerissen, sondern müsse zusammengehalten werden. Michael Meister strebt daher die Erbteilungsklage an, wobei er folgende Nachlassgegenstände künftig sein eigen nennen möchte (dunkelgrau hinterlegt):



Entsprechend dem Gesagten wären (in Anlehnung an BRÜCKNER/WEIBEL) folgende Rechtsbegehren denkbar²⁸⁰:

274 Urteil des Bundesgerichts 5A_316/2009 E. 1; Urteil des Bundesgerichts 5A_654/2008 vom 12. Februar 2009 E. 6.2; BGE 101 II 41 E. 3.a, 4.b und 4.c; BGE 84 II 685 E. 3.

275 GöKSU, S. 144 f.

276 Klagebegehren 1 aus BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 38.

277 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 201 und 214; ferner BGE 69 II 369.

278 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 30.

279 Urteil des Bundesgerichts 5A_654/2008 vom 12. Februar 2009 E. 6.2; BGE 101 II 41 E. 3.a, 4.b und 4.c; BGE 84 II 685 E. 3; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 30.

280 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 212 f.

1. Es sei der Nachlass des am 15. Oktober 2014 verstorbenen Leo Meister festzustellen, d.h., es sei festzustellen, dass der Nachlass die in der Klagebeilage 1 (Inventar 15. Dezember 2014) aufgeführten Aktiven und Passiven umfasst.
2. Es sei festzustellen, dass der Kläger an diesem Nachlass zu einem Drittel berechtigt ist.
3. a) Es seien drei gleichwertige Lose zu bilden, wobei das Gericht den einzelnen Losen folgende Aktiven und Passiven zuzuweisen habe: <Liste der drei Lose, je mit Aktiven und Passiven nach den Vorstellungen des Klägers [siehe Grafik untenstehend]>.
b) Dem Kläger sei das erste der drei vorerwähnten Lose zuzuweisen.
4. Es sei der Kläger von allen Erbschaftspassiven zu entlasten, die nicht gemäss Klagebegehren 3 seinem Los zugewiesen werden.

Partei	Asset / Liability	Value (CHF)
Michael Meister	Immobilien	69'000.00
	Bankguthaben	91'900.00
	Wertpapiere	175'000.00
	Andere Aktiva	85'000.00
	Summe	420'900.00
Leo Zueri	Bankguthaben	77'000.00
	Andere Aktiva	227'000.00
Claudia Meister	Bankguthaben	321'000.00
	Andere Aktiva	-50'000.00
	Summe	-50'000.00

Der Kläger hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre keinen Rechtsanspruch auf die im Rechtsbegehren geltend gemachte Zuweisung bestimmter Erbschaftssachen²⁸¹. Die Zuweisungsbegehren dienen dem Gericht aber als Hilfe, um einen nach seinem pflichtgemässen Ermessen vernünftigen Teilungsmodus zu eruieren. In der Gutheissung bzw. Abweisung der Zuweisungsbegehren durch das Gericht war dementsprechend auch kein prozessuales Obsiegen bzw. Unterliegen des Klägers zu sehen²⁸².

Obwohl in Klagebegehren 1 die Feststellung des Nachlassumfangs gefordert wird, handelt es sich hierbei nicht um Feststellungsklagen im engeren

Sinne²⁸³. Mit diesem Klagebegehren soll vielmehr das Teilungssubstrat festgestellt werden, welches für das anschliessende Teilungsurteil massgeblich ist. Die für die Ermittlung des Teilungssubstrats notwendige Inventarisierung der Aktiven und Passiven wird aber nicht vom Gericht vorgenommen, sondern wird diesem von den Parteien vorgelegt²⁸⁴. Das Erbteilungsgericht hat dann «den ihm von den Parteien nachgewiesenen Umfang des Teilungssubstrats in seinem Urteil so deutlich zu beschreiben, dass klar ist, worauf sich das Teilungsurteil bezieht»²⁸⁵. Dies stimmt mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts überein, welches als Aufgaben des Erbteilungsgerichts die Bestimmung der Teilungsquoten, die Feststellung des Nachlasses und die soweit als mögliche Durchführung der Teilung aufführt²⁸⁶.

Die in Klagebegehren 2 geforderte Feststellung der Erbquoten der Parteien, oder zumindest die des Klägers, ist eine weitere notwendige Vorfrage. Die Teilung kann nur vorgenommen werden, wenn die Erbanteile der Parteien, ob strittig oder nicht, festgestellt wurden²⁸⁷.

c) Zuweisungskompetenz nach neuerer Rechtsprechung (BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017; publiziert BGE 143 III 425)²⁸⁸

Kernfrage von BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017 (BGE 143 III 425) war, ob dem Gericht die Kompetenz zukomme, den Parteien direkt und ohne Befolgung der gesetzlichen Teilungsvorschriften, d.h. nach objektiven Kriterien und gerichtlichem Ermessen, die Lose zuzuweisen²⁸⁹.

Nach umfassender Aufarbeitung von Lehre und Rechtsprechung konstatiert das Bundesgericht, dass das Erbteilungsgericht gemäss Art. 610 ff. ZGB nur «Lose zu bilden, zur Losziehung zu schreiten und Erbschaftsgüter, die weder geteilt noch einem Los zugewiesen werden können, zu verkaufen und den Erlös zu verteilen» habe²⁹⁰. Über keine Kompetenz verfüge es dagegen bei der Zuweisung der Lose –

281 Vorbehalten eines speziellen Anspruchs des Klägers aufgrund gesetzlicher Ausnahmen (z.B. Art. 612a oder Art. 613a ZGB), des bäuerlichen Erbrechts oder testamentarischer Teilungsvorschriften (BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 202). Vgl. auch PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 33; BGE 101 II 41 E. 4.a.

282 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 202.

283 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 34.

284 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 34; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 216.

285 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 216.

286 Urteil des Bundesgerichts 5A_654/2008 vom 12. Februar 2009 E. 6.2; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 216; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 34, m.w.H.

287 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 218; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 34; BGE 120 II 417 E. 2; BGE 108 II 288 E. 2; BGE 103 II 88 E. 3.

288 Aus aktuellem Anlass wird in Ergänzung zur Originalfassung des Tagungsbeitrages auch BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017 (BGE 143 III 425) thematisiert.

289 BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017, E. 5.

290 BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017, E. 5.3.



vorbehältlich Teilungsvorschriften des Erblassers und besonderer Vorschriften (vgl. etwa Art. 608 oder 613b ZGB)²⁹¹.

Damit stellt sich das Bundesgericht der heute h.L. entgegen²⁹². Während die Befürworter den pragmatischen Weg beschreiten, hält das Bundesgericht strikte am Gesetzeswortlaut fest.

Das Urteil wird Auswirkungen auf die Praxis haben. Zu Recht wird angeführt, dass die Erbteilungsklage künftig ohne Zuweisungsbegehren zu formulieren sei und Sachverhaltsdarstellungen, welche namentlich einen besonderen Bezug zu einem Erbschaftsobjekt darlegen sollen, obsolet würden²⁹³.

Letztlich hängt es nunmehr nicht mehr von objektiven Kriterien und dem Ermessen des Erbteilungsgerichts ab, welcher Erbe, welche(s) Los(e) zugewiesen erhält, sondern vom Zufall. Zu umgehen wäre der Zufallsentscheid, – welcher das gerichtliche Erbteilungsverfahren unattraktiv macht²⁹⁴ – durch eine erhöhte Kompromissbereitschaft der einzelnen Erben.

7. Erben ist ganz schön (schwer) ...

... So eine allgemeine Redewendung!

Die überblicksmässigen Ausführungen haben einige Schwierigkeiten von erbrechtlichen Prozessen und Rechtsbegehren aufgezeigt. Unseres Erachtens liegen sie insbesondere der Tatsache zugrunde, dass im Falle des Erbens ganz verschiedene Komponenten zusammenspielen und sich gegenseitig beeinflussen; so kann z.B. die finale Erbteilung, eigentlich ja das Endziel eines Erbschaftsprozesses, erst dann durchgeführt werden, wenn eine Reihe von Vorfragen geklärt wurde, so z.B. nach Abklärung der Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen oder nach einer allfälligen Herabsetzung. Verschiedene Urteile können zudem nur dann gefällt werden, wenn die Sachlage geklärt ist, d.h. Auskunft über relevante Tatsachen gegeben wurde. Hier bietet es sich an, eine Klage mit einem entsprechenden Auskunftsbegehren kombiniert als Stufenklage gemäss Art. 85 ZPO einzureichen. Möglich ist auch, dass Nachlassobjekte in einem Beweisverfahren

(z.B. durch ein Gutachten) erst eine Wertbestimmung erfahren müssen.

Hinzu kommt, dass nicht nur zwei Parteien, sondern eine Vielzahl von Personen in irgendeiner Weise an einem Nachlass in verschiedenen Funktionen beteiligt sein können, sei es, dass sie zu Lebzeiten Schenkungen bekommen haben, sodass eine Herabsetzungsklage oder auch eine Ausgleichung notwendig ist, oder dass jemand im Besitz von Nachlassgegenständen ist usw. Erschwerend ist auch, dass die Erblasserin oder der Erblasser zu Lebzeiten kaum je Willens ist, Vermögensverhältnisse und z.B. allfällig getätigte Zuwendungen an bestimmte Personen offenzulegen. Erbrecht und die prozessuale Durchsetzung erbrechtlicher Ansprüche sind damit höchst anspruchsvoll.

Rechtsbegehren werden des Öfteren als «das Herzstück der Klage» oder auch als «Dreh- und Angelpunkt» einer Klageschrift bezeichnet – zu Recht. Insbesondere im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO), bei welcher einer Partei nicht mehr und nichts anderes zugesprochen werden darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat, ist die sorgfältige und bedachte Wahl der Rechtsbegehren unabdingbar. Beim Wortlaut der Rechtsbegehren ist grundsätzlich auch dem Bestimmtheitsgebot genügend Achtung zu verschaffen²⁹⁵.

Diese Regeln gelten grundsätzlich auch bei erbrechtlichen Klagen, wobei z.B. im Zusammenhang mit der Erbschaftsklage bezüglich des Bestimmtheitsgebots zu beachten ist, dass die Erbschaftsklage klarerweise durch das Zivilgesetzbuch als Gesamtklage ausgestaltet ist und ja gerade der Vorteil ist, dass die einzelnen Gegenstände keine nähere Bestimmung erfahren müssen (Herausgabe der Erbschaft als solche; Gesamtklagecharakter). Ob Bestimmtheitsgebot oder das Feststellungsinteresse bei sog. doppelseitigen Klagen wie etwa der Erbteilungsklage absolut gelten oder zu lockern sind, ist derzeit – soweit ersichtlich – gerichtlich noch nicht entschieden.

291 BGer 5A_396/2015 vom 22.06.2017, E. 5 ff.

292 Vgl. etwa SEEGER, S. 65 ff.; BK-WOLF, Art. 604 ZGB N 81; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 604 ZGB N 7; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 45 und Art. 611 ZGB N 5 ff. A.M. MERZ, S. 85 ff.; ZK-ESCHER, Art. 604 ZGB N 5 ff.

293 ABT, dRSK, Rz 16.

294 BK-WOLF, Art. 611 ZGB N 17; BSK-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 611 ZGB N 3; PraxKomm-WEIBEL Art. 611 ZGB N 6.

295 GÖKSU, S. 138. Die Rechtsbegehren sollen nahezu unverändert ins Dispositiv übernommen werden können.

Bibliographie

ABT DANIEL, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2001 (zit. ABT, Ungültigkeitsklage).

ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., Basel 2015 (zit. Prax-Komm Erbrecht-AUTOR/IN).

ABT DANIEL, Prozessuale Erbteilung: Zufallsentscheid oder Zuweisungskompetenz?, in: dRSK, publiziert am 29.08.2017 (zit. ABT, dRSK).

AMMANN DARIO, Materielle und prozessuale Aspekte der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. AMMANN).

BAUMANN ANDREAS, Gebühren und Kosten im erbrechtlichen Mandat, *successio* 2013, S. 5 ff. (zit. BAUMANN).

BREITSCHMID PETER, Vorweggenommene Erbfolge und Teilung. Probleme um Herabsetzung und Ausgleichung, in: Druey Jean Nicolas/Breitschmid Peter (Hrsg.), Praktische Probleme der Erbteilung, Bern/Stuttgart/Wien 1997, S. 66 ff. (zit. BREITSCHMID).

BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Erbrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-AUTOR/IN).

BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012 (zit. BRÜCKNER/WEIBEL).

DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002 (zit. DRUEY).

EITEL PAUL, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 626–632 ZGB), Bern 2004 (zit. BK-EITEL).

ESCHER ARNOLD, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457–536 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-ESCHER).

ESCHER ARNOLD, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), III. Band: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1960 (zit. ZK-ESCHER).

GÖKSU TARKAN, Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, S. 127 ff. (zit. GÖKSU).

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149 ZPO, Bern 2013 (zit. BK ZPO-AUTOR/IN).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-AUTOR/IN).

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, 5A_12/2009, Urteil vom 25. März 2009, II. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn, Zivilkammer, vom 17. November 2008, K. und L. (Beschwerdeführer) gegen B. (Beschwerdegegnerin) betreffend Testamentsungültigkeit, AJP 2010, S. 241 ff. (zit. HRUBESCH-MILLAUER).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012 (zit. KREN KOSTKIEWICZ).

MERZ HANS, Zur Auslegung einiger erbrechtlicher Teilungsregeln, in: Zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Peter Tuor, Bern 1946, S. 85 ff. (zit. MERZ).

MOSHE AMIR, Die Erbschaftsklage im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, in einer Gegenüberstellung mit dem deutschen Erbschaftsanspruch des bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Basel 2014 (zit. MOSHE).

PIOTET PAUL, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 1. Halbband, Erbrecht, Basel/Stuttgart 1978 (zit. PIOTET, SPR IV/1).

PIOTET PAUL, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 2. Halbband, Erbrecht, Basel/Stuttgart 1981 (zit. PIOTET, SPR IV/2).

SEEBERGER LIONEL HARALD, Die richterliche Erbteilung, Diss. Freiburg i.Ü. 1992 (zit. SEEBERGER).

SEILER BENEDIKT, Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Habil Basel 2016 (zit. SEILER).



SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK ZPO-AUTOR/IN).

STEINER JOHANN, Das Erfordernis des richterlichen Urteils für die Ungültigerklärung oder Herabsetzung von Verfügungen von Todes wegen, Diss. Freiburg 1945 (zit. STEINER).

SUTTER-SOMM THOMAS, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, *successio* 2010, S. 165 ff. (zit. SUTTER-SOMM).

SUTTER-SOMM THOMAS/CHEVALIER MARCO, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, *successio* 2007, S. 24 ff. (zit. SUTTER-SOMM/CHEVALIER).

SUTTER-SOMM THOMAS/LÖTSCHER CORDULA, Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, *successio* 2013, S. 355 ff. (zit. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER).

SUTTER-SOMM THOMAS/MOSHE AMIR, Die Erbschaftsklage des ZGB (Art. 598–600 ZGB), *successio* 2008, S. 268 ff. (zit. SUTTER-SOMM/MOSHE).

TUOR PETER, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457–536 ZGB), 2. Aufl., Bern 1952 (zit. BK-TUOR).

TUOR PETER/PICENONI VITO, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), 2. Aufl., Bern 1964 (zit. BK-TUOR/PICENONI).

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015 (zit. TUOR/SCHNYDER/AUTOR/IN).

VÖLK TAMARA MONIKA, BGE 133 III 1 ff., 5C.126/2006, 23.08.2006, *successio* 2007, S. 130 ff. (zit. VÖLK).

WEISS KINGA M./BIGLER MANUEL, Die EU Erbrechtsverordnung – Neue Herausforderungen für die internationale Nachlassplanung aus Schweizer Sicht, *successio* 2014, S. 163 ff. (zit. WEISS/BIGLER)

WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang:

Die Teilung der Erbschaft (Art. 602–619 ZGB), Bern 2014 (zit. BK-AUTOR/IN).

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 1. Halbband, Erbrecht, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1).

WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017 (zit. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER).

Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

Annina Vögeli¹

Inhaltsverzeichnis

- A Grundlegung**
 - I. Vorbemerkungen**
 - II. Terminologisches und Definitorisches**
 - III. Zweck und Zulässigkeit trans- und postmortaler Vollmachten**
 - IV. Errichtung und Erlöschen trans- und postmortaler Vollmachten**
 - 1. Errichtung trans- und postmortaler Vollmachten**
 - 2. Erlöschen trans- und postmortaler Vollmachten**
- B Rechte und Pflichten des Bevollmächtigten**
 - I. Umfang trans- und postmortaler Vollmachten**
 - II. Pflichten des Bevollmächtigten gegenüber der Erbengemeinschaft**
- C Erscheinungsformen trans- und postmortaler Vollmachten und ihre Bedeutung im Rahmen der Nachlassplanung**
 - I. Trans- und postmortale Vollmachten in der Bankpraxis**
 - II. Trans- und postmortale Vollmachten und Willensvollstreckung**
 - III. Trans- und postmortale Vollmachten zur Umgehung erbrechtlicher Bestimmungen**
- D Stellungnahme**
- Zusammenfassende Schlussbetrachtung**

A Grundlegung

I. Vorbemerkungen

Der Stellvertretung kommt nicht nur im kaufmännischen Verkehr grosse Bedeutung zu, sie erlangt ihre Bedeutung auch im Kontext des Bedürfnisses von Privatpersonen, für den Eintritt ihrer Hilfsbedürftigkeit die Fortführung des *courant normal* sicherzustellen. Ob sich eine rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht auch dazu eignen kann, den *courant normal* nach dem eigenen Ableben sicherzustellen, soll nachfolgend untersucht werden. Vorwiegend im Kontext der Bankkundenbeziehung thematisiert, finden transmortale und postmortale Vollmachten bislang jedoch nur wenig eigenständige und vertiefte Beachtung in der Literatur. Der vorliegende Beitrag versucht nicht nur, diese Lücke zu füllen, sondern insbesondere zu beleuchten, welche Bedeutung trans- und postmortalen Vollmachten im Rahmen der Nachlassplanung zukommen könnte und sollte. Die Teile A und B sollen den Leser² deshalb mit den Eigenheiten trans- und postmortaler Vollmachten vertraut machen, damit er sich in Teil C ein Bild darüber zu machen vermag, welchen Erscheinungsformen trans- und postmortaler Vollmachten im Rahmen der Nachlassplanung welche Bedeutung zugemessen werden kann bzw. wo trans- und postmortale Vollmachten an ihre Grenzen stossen. Das insbesondere postmortalen Vollmachten zugeschriebene Missbrauchspotenzial wird anhand der Bankpraxis beleuchtet, und auch der Vorwurf, die postmortale Vollmacht diene der Umgehung formeller und/oder materieller erbrechtlicher Vorschriften, soll einer Darstellung zugeführt werden. Die gewonnenen Erkenntnisse erlauben schliesslich ein Fazit darüber, welche nachlassplanerische Be-

¹ MLaw UZH, Assistentin und Doktorandin am Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB von Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich; die Autorin wird gefördert durch den Forschungskredit der Universität Zürich, Verfügung Nr. FK-17-013. Abschluss des Manuskripts im Dezember 2016.

² Der vorliegende Beitrag verwendet der Einfachheit und Leserfreundlichkeit halber meist nur die männliche Form; die jeweiligen Ausführungen beziehen sich aber selbstverständlich auf Angehörige beider Geschlechter, sodass die Verwendung der männlichen Form explizit als geschlechtsunabhängig verstanden werden soll.



deutung trans- und postmortalen Vollmachten bemessen werden kann.

II. Terminologisches und Definitorisches

Ein Blick in die Literatur zeigt, dass eine durchaus uneinheitliche Terminologie vorherrscht, um die rechtsgeschäftlich erteilten Ermächtigungen in Vollmachten mit Wirkung über den Tod hinaus und Vollmachten mit Wirkung erst auf den Tod hin zu unterscheiden. ZÄCH/KÜNZLER beispielsweise erfassen unter dem Begriff der «postmortalen Vollmacht» zwei verschiedene Arten von Vollmachten, die sie wie folgt unterscheiden: Während sie die Vollmacht, die schon zu Lebzeiten des Vollmachtgebers bestand und auch nach dessen Tod fortbesteht, als «Vollmacht über den Tod hinaus» oder auch «vererbliche Vollmacht» bezeichnen, verstehen sie unter der «Vollmacht auf den Todesfall» eine Vollmacht, die erst mit dem Tod des Vollmachtgebers wirksam wird.³ Explizit als «transmortale Vollmacht» definiert wird die von ZÄCH/KÜNZLER als «Vollmacht über den Tod hinaus» bezeichnete Vollmacht bei GEISER, der sie von der *procura post mortem*, der Vollmacht, die erst nach dem Tod Wirkungen entfalten soll, abgrenzt.⁴ Dieselbe Unterscheidung in zwei eigenständige, nicht unter einem Begriff zusammengefasste Vollmachten findet sich auch bei DE CAPITANI, der allerdings auf *termini technici* verzichtet und sie schlicht als «Vollmacht über den Tod hinaus» und «Vollmacht auf den Tod» bezeichnet.⁵ BREITSCHMID/MATT wie auch EMCH ET AL., deren Terminologie mit jener von ZÄCH/KÜNZLER übereinstimmt, weisen schliesslich noch darauf hin, dass die Vollmacht über den Tod hinaus häufig auch als «T-Vollmacht» bezeichnet wird.⁶

Interessant ist nicht nur, dass der technische Begriff der transmortalen Vollmacht nur wenig explizite Verwendung findet und der Begriff der postmortalen Vollmacht uneinheitlich entweder als Überbegriff für beide Arten der Vollmachten oder auch nur als Bezeichnung für die Vollmacht auf den Tod hin verwendet wird. Interessant ist auch, dass sich die Terminologie in der deutschen Literatur auffallend einheitlich(er) darstellt und in zwei «Lager» unterteilen lässt: So finden sich mit BENDEL/DIETZ und TSCHAUNER Vertreter, welche die «transmortale Vollmacht» lediglich als Unterkategorie der «postmortalen Vollmacht» betrachten und die Vollmacht auf den Tod entsprechend als «postmortale Vollmacht im engeren Sinne» bezeichnen⁷; ihnen gegenüber stehen Autoren, welche die beiden Arten von Vollmachten nicht unter einem Begriff erfassen und sie unter Verwendung der technischen Begriffe in «transmortale Vollmachten» und «postmortale Vollmachten» unterscheiden⁸. Diese Einheitlichkeit in der Begrifflichkeit erstaunt gerade angesichts der Tatsache, dass es sich bei diesen Begriffen nicht um *termini technici* des deutschen BGB handelt.

Angesichts dieser uneinheitlichen Terminologie in der schweizerischen Lehre lohnt sich denn die Festlegung einer Sprachregelung mit Geltung für den vorliegenden Beitrag: In simpler Anlehnung an die lateinischen Wortbedeutungen⁹ wird eine transmortale Vollmacht nachfolgend verstanden als Vollmacht, die über den Tod hinaus gilt, während eine postmortale Vollmacht definiert wird als Vollmacht, die erst mit Eintritt des Todes Wirkungen entfalten soll.

Einer weiteren Sprachlegung bedarf sodann die Tatsache, dass unter einer Vollmacht nachfolgend einzig die Vollmacht als rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht i. S. v. Art. 32 ff. OR verstanden wird. Die Prokura und andere Handlungsvollmachten i. S. v. Art. 458 ff. OR, die nach expliziter gesetzlicher Regelung in Art. 465 Abs. 2 OR durch den Tod des Geschäftsherrn nicht erlöschen, werden nachfolgend ausgeklammert, da ihre vertiefte Behandlung den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde.

Einer Klärung bedarf schliesslich die Tatsache, dass sich dieser Beitrag explizit mit trans- und post-

3 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 46. Diese Terminologie vertreten auch BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 88; EMCH ET AL. 845 ff.; CHK-KUT Art. 35 N 13; SCHMID 264; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 7; ZOBL, AJP 2001, 1007. Ähnlich auch ERB 274, der die Vollmacht auf den Todesfall stattdessen «Vollmacht für den Todesfall» nennt, sie aber ausdrücklich als Synonym der Begriffe «Vollmacht post mortem» sowie «ausschliesslich postmortale Vollmacht» bezeichnet.

4 GEISER 27. Dieser Terminologie bedienen sich auch WOLF/GENNA, welche die transmortale von der postmortalen Vollmacht unterscheiden (ZK PartG-WOLF/GENNA Art. 31 N 84; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 167) sowie WOLF (WOLF 85 f.; BK-WOLF Art. 602 N 73).

5 DE CAPITANI 69 ff. Gleichermassen wird diese Terminologie verwendet von ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER 66 ff.; AEBI-MÜLLER 08.131 ff.; BAUEN/ROUILLER 196 f.; BRUNNER 21 ff.; KÜNZLE, Einleitung PraxKomm, 100 f.

6 BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 88; EMCH ET AL. 845.

7 BENDEL/DIETZ 3; TSCHAUNER 1.

8 Vgl. z.B. KRUG 48; PAMP, ErbR 2013, 196; PAPPENMEIER 1 f.; SEIF, AcP 2000, 193; STAUDINGER-REIMANN Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N 60 f.; TRAPP, ZEV 1995, 314 f.; TRIMBORN VON LANDENBERG § 1 N 31.

9 trans (Präp. bei Akk.) = über, über...hin, über...hinaus; post (Präp. bei Akk., zeitl.) = nachher, danach, später.

mortalen Vollmachten auseinandersetzt, Vollmachten also, die den Tod überdauern oder erst mit dessen Eintritt Wirkung erlangen. Da nur natürliche Personen versterben können, wird also den nachfolgenden Ausführungen stets zugrunde gelegt, dass es sich beim Vollmachtgeber um eine natürliche Person handelt.

III. Zweck und Zulässigkeit trans- und postmortalen Vollmachten

Zusätzlich zum mit dem Institut der direkten Stellvertretung grundsätzlich angestrebten Zweck – dem rechtserheblichen Handeln des Vertreters mit Wirkung für den Vollmachtgeber infolge rechtsgeschäftlicher Einräumung von Vertretungsmacht¹⁰ – wird mit trans- und postmortalen Vollmachten spezifisch die Fortführung des *courant normal*¹¹ nach dem Tod angestrebt¹². So wird denn auch beiden Vollmachten der Zweck zugeschrieben, die Zeit bis zur Legitimation der Erben, die zum Beispiel aufgrund behördlicher Abklärungen in Form eines Erbenrufs i. S. v. Art. 555 ZGB oder bei Anordnung behördlicher Erbschaftsverwaltung i. S. v. Art. 554 ZGB unter Umständen sehr lang sein kann, zu überbrücken, um so trotzdem Geschäfte mit Wirkung für den Nachlass tätigen zu können.¹³ Aus nachlassplanerischer Sicht wird ein Unterschied zwischen der trans- und der postmortalen Vollmacht aber darin zu sehen sein, dass die transmortalen Vollmacht wohl vorwiegend zwecks Fortführung oder Abschluss begonnener Geschäfte über den Tod hinaus gewählt wird, während der künftige Erblasser mit der postmortalen Vollmacht stattdessen überhaupt erst die Tätigkeit neuer Transaktionen nach Eintritt des

Todes bzw. die Tätigung von Geschäften mit Wirkung für den Nachlass anstreben wird.¹⁴

Während das Gesetz in Art. 35 Abs. 1 OR angesichts der Tatsache, dass es sich beim Tod nicht um einen zwingenden Erlösungsgrund einer Vollmacht handelt¹⁵, ausdrücklich die Möglichkeit der Errichtung einer transmortalen Vollmacht vorsieht, wird die postmortale Vollmacht vom Gesetz nicht erwähnt. Dennoch ist die Rechtswirksamkeit auch dieses Instituts in der Lehre heute anerkannt.¹⁶ Zwar wird gegen die Zulässigkeit der postmortalen Vollmacht eingewendet, sie stelle eine Umgehung der materiellen, zumindest aber der formellen erbrechtlichen Vorschriften dar.¹⁷ Weitere Bedenken gründen in der Tatsache, dass die Vertretungsmacht über den Tod hinaus einen sehr erheblichen Eingriff in die Interessensphäre der Erben ermögliche¹⁸. Vorgebracht wird ausserdem, dass die postmortale Vollmacht im gesetzlichen *numerus clausus* der Verfügungsarten gemäss Art. 481 ff. ZGB fehle, was zu ihrer Unzulässigkeit führe.¹⁹ Diese Einwände vermögen allerdings an der Zulässigkeit der postmortalen Vollmacht ebenso wenig zu ändern wie Befürchtungen, wonach es Ausdruck von Misstrauen sei, wenn statt einem transmortal «nur» ein postmortal Bevollmächtigter eingesetzt werde bzw. dem postmortal Bevollmächtigten zu Lebzeiten noch keine Verfügungsberechtigung eingeräumt (bzw. zugetraut) worden sei.²⁰ Schliesslich gilt heute auch die Ansicht, wonach postmortale Vollmachten nicht für Angelegenheiten eingesetzt wer-

10 BSK OR I-WATTER Art. 32 N 1 f. und N 12 f. Die Beweggründe für die Einsetzung eines Stellvertreters sind vielfältiger Natur, wobei wohl neben dem Bedürfnis nach effizienterer Abwicklung bzw. Delegation von Rechtsgeschäften die Vorsorge im Hinblick auf eine temporäre oder dauernde Erschwerung oder Unmöglichkeit der Wahrnehmung der eigenen Rechte im Vordergrund stehen dürfte.

11 Welche Geschäfte vom *courant normal* (noch) erfasst sind, wird in Teil D erneut aufzugreifen sein, hier wird vorweg auf BREITSCHMID/MATT verwiesen, die unter der Fortführung des *courant normal* die Fortführung insbesondere laufender Geschäfte und letzter Rechnungen verstehen (BREITSCHMID/MATT, successio 2010, 89).

12 BREITSCHMID/MATT, successio 2010, 88 f.

13 BREITSCHMID/MATT, successio 2010, 88 f.; ERB 275 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 55.

14 ZOBL, AJP 2001, 1009. Inwiefern diesem angestrebten Zweck auch Missbrauchsabsichten zugrunde liegen können, wird in Teil C zu vertiefen sein.

15 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 2.

16 AEBI-MÜLLER 08.135; AUBERT, Semaine Judiciaire 1991, 287; BREITSCHMID/MATT, successio 2010, 88; DE CAPITANI 81; EMCH ET AL. 847; ERB 296; GEISER 28; CHK-KUT Art. 35 N 13; KÜNZLE, Einleitung PraxKomm, N 100; SCHULTZ-MEISTER 178 f.; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 47; ZOBL, AJP 2001, 1009. Genauso wird die postmortale Vollmacht auch in der deutschen Lehre überwiegend für zulässig gehalten (STAUDINGER-REIMANN Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N 59, 61; TRAPP, ZEV 1995, 315 m. w. H.).

17 Statt vieler: EMCH ET AL. 847. Inwiefern diese Befürchtung trotz anerkannter Zulässigkeit der postmortalen Vollmacht ihre Berechtigung hat, wird in Abschnitt C III diskutiert.

18 GEISER 23; PAPANMEIER 39; TRAPP, ZEV 1995, 315.

19 WOLF/GENNA, SPR IV/1, 168.

20 AEBI-MÜLLER 08.135. Vorweg sei diesen Befürchtungen bereits an dieser Stelle entgegengehalten, dass der Zweck des Überbrückens der «Legitimations-Wartezeit» gleichermaßen auch von einem erst postmortal Bevollmächtigten erreicht werden kann.



den dürfen, welche typischerweise dem Willensvollstrecker obliegen²¹, als überholt²².

IV. Errichtung und Erlöschen trans- und postmortaler Vollmachten

1. Errichtung trans- und postmortaler Vollmachten

Die Vollmacht ist ein einseitiges, formfrei mögliches, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das weder annahmebedürftig noch annahmefähig ist.²³ Um überhaupt entstehen zu können, muss die Vollmacht an den Bevollmächtigten adressiert sein, dessen Kenntnisnahme ist allerdings nicht erforderlich; der Zugang der Erklärung bei ihm genügt bereits, um die Vollmacht entstehen zu lassen.²⁴ Weiter muss der Vollmachtgeber die Bevollmächtigung nicht selbst erteilen, sondern kann diese auch durch einen bereits bevollmächtigten Vertreter erklären lassen.²⁵ Unter Abwesenden erklärt, wird die Vollmacht als empfangsbedürftige Willenserklärung mit Zugang beim Vertreter wirksam.²⁶

In persönlicher Hinsicht ist für das Entstehen der Vollmacht aufseiten des Vollmachtgebers Handlungsfähigkeit erforderlich, aufseiten des Bevollmächtigten ist hingegen weder für das Entstehen noch für das Bestehen der Vollmacht Handlungsfähigkeit erforderlich; notwendig ist einzig die Urteilsfähigkeit des Bevollmächtigten.²⁷

Bezüglich der Formvorschriften ist schliesslich zwischen der transmortalen und der postmortalen

Vollmacht zu unterscheiden: Transmortale Vollmachten unterliegen den allgemeinen Vorschriften von Art. 32 ff. OR²⁸, können also formfrei errichtet werden²⁹. Als überzeugende Begründung führt GEISER an, dass Art. 35 Abs. 1 OR vorsehe, dass eine Weitergeltung der Vollmacht sich gar aus der Natur des Geschäftes ergeben könne, sodass für eine explizite Anordnung der Weitergeltung ebenso wenig Formvorschriften einzuhalten seien.³⁰ Daraus kann aber richtigerweise nicht geschlossen werden, dass transmortale Vollmachten nicht auch in Form bzw. als Teil einer letztwilligen Verfügung angeordnet werden können.³¹ Zu beachten ist allerdings, dass die in einem Erbvertrag enthaltene Anordnung der Weitergeltung einer Vollmacht an der erbvertraglichen Bindungswirkung nicht teilhaben kann³², da die jederzeitige Widerruflichkeit der transmortalen Vollmacht eine erbvertragliche Bindung verunmöglicht³³.

Demgegenüber werden postmortale Vollmachten aufgrund ihrer Wirkung erst auf den Todesfall hin nach h.M. als formbedürftige Rechtsgeschäfte von Todes wegen behandelt.³⁴ Entsprechend finden als *lex specialis* zu den obligationenrechtlichen die erbrechtlichen Formvorschriften Anwendung, sodass postmortale Vollmachten nach h.M. den Formvorschriften von Art. 498 ff. ZGB unterliegen³⁵, wobei

21 Vgl. BÖCKLI, SJZ 1922/23, 147 und ZK-OSER Art. 35 N 4.

22 ZOBL, AJP 2001, 1009; a.M. – und damit mit BÖCKLI und OSER übereinstimmend – nun aber wieder WOLF/GENNA, SPR IV/1, 168.

23 BGer, Urteil 4A_270/2007 vom 19.2.2008, E. 4.1.2; CHK-KUT Art. 33 N 5 f.; BSK OR I-WATTER Art. 33 N 8; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 28 ff.

24 CHK-KUT Art. 33 N 5; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 28 ff.

25 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 31.

26 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 28. Bezüglich der Frage, ob die Vollmacht ihre Wirksamkeit auch erlangt, wenn sie vom Vollmachtgeber bloss gegenüber einem Dritten kundgegeben wird, wenn dies der Bevollmächtigte später erfährt, herrscht in der Lehre Uneinigkeit: Während KUT und ZÄCH/KÜNZLER dies verneinen (CHK-KUT Art. 33 N 5; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 32) und das Bundesgericht sie darin unterstützt (BGE 101 II 117 ff., 119, E. 4), vertritt WATTER die Ansicht, dass eine solche Kundgabe indirekt zur Bevollmächtigung des Vertreters führe, falls dieser davon erfahre und nach Treu und Glauben annehmen dürfe, der Vertretene habe ihn bevollmächtigen wollen (BSK OR I-WATTER Art. 33 N 9).

27 CHK-KUT Art. 32 N 30; BSK OR I-WATTER Art. 32 N 21; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 31 ff.

28 BSK OR I-WATTER Art. 35 N 8.

29 GEISER 35; CHK-KUT Art. 35 N 14; KÜNZLE, Einleitung PraxKomm, N 101; BSK OR I-WATTER Art. 33 N 14 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 68; ZOBL, AJP 2001, 1009.

30 GEISER 35.

31 GEISER 35; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 69. Darin sieht GEISER allerdings nicht sehr viel Sinn, weil die Frage der Weitergeltung einer Vollmacht sich regelmässig unmittelbar nach dem Tod und damit noch vor der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen stelle (GEISER 35). ZÄCH/KÜNZLER hingegen weisen darauf hin, dass diese Art der Vollmachterteilung die Erben über das Bestehen der Vollmacht informiere und ihnen somit einen rechtzeitigen Widerruf ermögliche (BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 69).

32 GEISER 35; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 69.

33 GEISER 35.

34 AUBERT, Semaine Judiciaire 1991, 287; BREITSCHMID/MATT, successio 2010, 88; DE CAPITANI 82; DRUEY § 8 N 37 und 43; GEISER 35; CHK-KUT Art. 35 N 14; SCHMID 264 f.; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 8; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 167 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 70; ZOBL, AJP 2001, 1009 f. A.M. AEPPLI, SJZ 1948, 36; ERB 300 ff.

35 AUBERT, Semaine Judiciaire 1991, 287; BREITSCHMID/MATT, successio 2010, 88; GEISER 35; CHK-KUT Art. 35 N 14; KÜNZLE, Einleitung PraxKomm, N 100; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 8; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 70; ZOBL, AJP 2001, 1009 f. A.M. die herrschende Lehre und Rechtsprechung in Deutschland, die den Standpunkt vertritt, dass die Errichtung einer Vollmacht auf

auch hier die jederzeitige Widerruflichkeit eine erbvertragliche Bindung verunmöglicht³⁶. Die gesetzliche Verankerung dieser herrschenden Meinung schlägt denn auch JUNG in Art. 192 Abs. 3 OR 2020 vor, indem dort nicht nur (erstmalig) die Zulässigkeit der postmortalen Vollmacht statuiert, sondern auch ausdrücklich festgehalten wird, dass die postmortale Vollmacht für ihre Wirksamkeit den Bestimmungen über letztwillige Verfügungen unterliege.³⁷ BREITSCHMID/MATT denken dies weiter, indem sie anmerken, dass die postmortale Vollmacht mithin wie ein Testament nach Art. 556 ff. ZGB amtlich zu eröffnen wäre und sich der Bevollmächtigte nicht einfach durch die Vollmacht, sondern durch den Erbschein, der ja dann seine Bevollmächtigung ausdrücken würde, legitimieren müsste.³⁸ DE CAPITANI gibt jedoch zu bedenken, dass die mit diesem Verfahren verbundenen Umtriebe derart beträchtlich seien, dass die postmortale Vollmacht in der Praxis wohl ausscheide³⁹, und auch BREITSCHMID/MATT merken an, dass die postmortale Vollmacht damit für *jenen* Zweck, für den man sie gerne hätte, «tot» sei⁴⁰.

2. Erlöschen trans- und postmortalen Vollmachten

Abgesehen vom Tod des Vollmachtgebers, der bei der transmortalen Vollmacht als Erlöschungsgrund ausdrücklich wegbedungen worden ist und bei der postmortalen Vollmacht als suspensive Bedingung überhaupt erst die Rechtswirksamkeit der Vollmacht auslöst, gelten sowohl für transmortale wie auch für postmortale Vollmachten die ordentlichen (gesetzlichen und gewillkürten) Erlöschungsgründe nach Art. 34 f. OR⁴¹, wobei einerseits zwischen dem Er-

löschen noch zu Lebzeiten des Erblassers und jenem erst nach dem Tode des Erblassers und andererseits zwischen dem Eintritt des Erlöschungsgrundes beim Vollmachtgeber und jenem beim Bevollmächtigten zu unterscheiden ist.

Für die transmortale Vollmacht ist aufseiten des Vollmachtgebers von den gesetzlich geregelten Fällen in Art. 35 Abs. 1 OR wohl einzig der Fall des Konkurses tatsächlich relevant⁴², zumal davon auszugehen ist, dass der Vollmachtgeber in Anbetracht des von ihm mit der Vollmacht verfolgten Zwecks – der Fortführung des *courant normal* – auch die Handlungsunfähigkeit sowie die Verschollenerklärung als Erlöschungsgründe wegbedungen wird. Tatsächlich finden sich in der Praxis, namentlich in Bankformularverträgen, in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut von Art. 35 Abs. 1 OR Bestimmungen, wonach die Vollmacht trotz Verlust der Handlungsfähigkeit nicht untergehe.⁴³ Für die

den Todesfall – sofern keine Umgehung zwingenden Erbrechts beabsichtigt sei – nicht der Form der letztwilligen Verfügung bedürfe (STAUDINGER-REIMANN Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N 61; ZOB, AJP 2001, 1010 m. w. H.).

36 GEISER 35.

37 JUNG Art. 192 OR 2020.

38 BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 88. Wenn EMCH ET AL. die Einreichung der postmortalen Vollmacht i. S. v. Art. 556 Abs. 2 ZGB nur in Erwägung ziehen in Abhängigkeit von der Prüfung, ob es sich beim entsprechenden Schriftstück um eine «testamentsähnliche Verfügung» handle, so lässt sich daraus schliessen, dass sie die postmortale Vollmacht nicht per se als letztwillige Verfügung betrachten und damit von der herrschenden Meinung abweichen (EMCH ET AL. 849).

39 DE CAPITANI 82.

40 BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 88. Vgl. dazu eingehend die Ausführungen in Teil C.

41 CHK-KUT Art. 35 N 16; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 13; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 71.

42 DE CAPITANI erachtet eine den Konkursfall überdauernde Vollmacht «vernünftigerweise» als nicht zulässig (DE CAPITANI 71) und ERB sieht im Konkurs einen zwingenden Erlöschungsgrund, da der Vollmachtgeber durch den Konkurs das Verfügungsrecht über sein Vermögen verliert (ERB 263); nach h.M. muss allerdings unterschieden werden zwischen der Konstellation, in welcher sich die fragliche Vollmacht auf das vom Konkursbeschluss erfasste Vermögen bezieht (Konkurs als zwingender Erlöschungsgrund), und jener Konstellation, in welcher die Vollmacht das konkursfreie Vermögen oder persönliche Angelegenheiten betrifft (Konkurs als dispositiver Erlöschungsgrund) (CHK-KUT Art. 35 N 6; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 6; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 32 f.).

43 BGE 132 III 222 ff., 225, E. 2.2; CR CO I-CHAPPUIS Art. 35 N 11; DE CAPITANI 71; CHK-KUT Art. 35 N 9; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 4. Zu beachten ist allerdings die anderslautende Meinung von ENGEL, welcher den Eintritt der Handlungsunfähigkeit aufseiten des Vollmachtgebers als zwingenden Erlöschungsgrund und entgegenstehende Anordnungen als nichtig erachtet (ENGEL 399). Diese Meinung hat auch ZÄCH in der ersten Auflage seines Berner Kommentars vertreten und dies damit begründet, dass das Erteilen der Vollmacht eine Erweiterung der Handlungsfähigkeit darstelle und dies demjenigen verwehrt sei, der von Gesetzes wegen in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt sei (BK-ZÄCH Art. 35 N 16). Dagegen brachte WATTER in der 5. Auflage des BSK OR I jedoch zutreffend vor, dass die Vollmacht in einem Zeitpunkt erteilt worden sei, in dem der Vollmachtgeber (noch) handlungsfähig und damit auch in der Erweiterung seiner Handlungsfähigkeit gesetzlich nicht eingeschränkt gewesen sei (5. Aufl. BSK OR I-WATTER Art. 35 N 4), worin das Bundesgericht ihm zugestimmt hat (BGE 132 III 222 ff., 224, E. 2.1 mit Bespr. ARROYO, ZBJV 2005, 621). Diese Meinung teilen denn nun auch ZÄCH/KÜNZLER in der zweiten Auflage des Berner Kommentars (BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 16). Nachdem WATTER seine Aussage in der 6. Auf-



Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

postmortale Vollmacht, deren Rechtswirksamkeit überhaupt erst durch den Tod ausgelöst wird, können jene Erlöschungsgründe, die sich nur zu Lebzeiten des Vollmachtgebers realisieren können, hingegen gar nicht erst relevant sein. Auch aufseiten des Bevollmächtigten führt der Eintritt eines gesetzlichen Erlöschungsgrundes nach ausdrücklichem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 OR zum Untergang der Vollmacht, wobei auch hier die dispositiven Erlöschungsgründe wegbedungen werden können. So kann der Vollmachtgeber beispielsweise den Fortbestand der trans- wie auch der postmortalen Vollmacht über den Tod des Bevollmächtigten hinaus anordnen⁴⁴, sodass die Vollmacht auf dessen Erbengemeinschaft übergeht⁴⁵. Fraglich hingegen ist der praktische Nutzen einer Statuierung des Fortbestands der Vollmachten bei Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Bevollmächtigten⁴⁶, zumal dann

lage des BSK OR I nun in den Kontext des «neuen» Kindes- und Erwachsenenschutzrechts stellt (vgl. BSK OR I-WATTER Art. 35 N 4), soll dies Anlass zur Anmerkung sein, dass *nach* Inkrafttreten des «neuen» Kindes- und Erwachsenenschutzrechts errichtete Aufträge und Vollmachten, welche die Personen- oder Vermögenssorge zum Gegenstand haben und *bereits vor* Eintritt der Urteilsunfähigkeit wirksam werden sollen, zulässig und wirksam sind ohne den Formvorschriften oder Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vorsorgeauftrags zu unterstehen (BREITSCHMID/MATT, Pfliegerrecht 2012, 226; BSK ZGB I-RUMO-JUNGO Art. 360 N 12c; SCHMID 296 je m. w. H.). Daran anknüpfend weist SCHMID mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum alten Vormundschaftsrecht zu Recht darauf hin, dass das Vorhandensein einer Vollmacht über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus die zusätzliche Anordnung erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen nicht ausschliesst (SCHMID 272 m. w. H.). Gerade wenn der Vollmacht ein Grundverhältnis in Form eines Auftrags i. S. v. Art. 394 ff. OR zugrunde liegt, ist z.B. Art. 397a OR zu beachten, der eine Meldepflicht des Beauftragten bei dauernder Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers ausdrücklich statuiert, «wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint».

44 ERB 275.

45 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 78. Sinnvoll ist dies laut ZÄCH/KÜNZLER allerdings nur dann, wenn ein Alleinerbe vorhanden ist oder anstelle der Erbengemeinschaft ein Vertreter handeln kann (BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 78). Ausserdem wird bei der Anordnung des Fortbestands der Vollmacht über den Tod des Bevollmächtigten hinaus das Vertrauensverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Erbengemeinschaft des Bevollmächtigten keine unwesentliche Rolle spielen.

46 Bezüglich der Handlungsunfähigkeit aufseiten des Bevollmächtigten vertreten KUT, WATTER sowie ZÄCH/KÜNZLER die Auffassung, dass es sich grundsätzlich um einen dispositiven Erlöschungsgrund handle (CHK-KUT Art. 35 N 5; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 4; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 18; a.M. noch 5. Aufl. BSK OR

der mit der Vollmacht verfolgte Zweck des rechts- erheblichen «Handeln-Könnens» mit Wirkung für den Vollmachtgeber u.U. nicht erreicht werden kann, was gleichermassen auch für den Fall der Verschollenerklärung des Bevollmächtigten gelten wird. ZÄCH/KÜNZLER weisen schliesslich darauf hin, dass die Erlöschungsgründe auch bei den Erben des Vollmachtgebers als Universalsukzessoren dieses letzteren eintreten können: Sobald auch nur in der Person eines einzigen Erben ein Erlöschungsgrund besteht, erlischt sowohl die transmortale wie auch die postmortale Vollmacht.⁴⁷

Zum Erlöschen trans- wie auch postmortaler Vollmachten können schliesslich weitere Erlöschungsgründe führen, die zwar in Art. 34 f. OR nicht ausdrücklich geregelt sind, sich aber aus den allgemeinen Erlöschungsgründen einer Obligation ergeben.⁴⁸ So kann die sog. Spezialvollmacht, die dem Bevollmächtigten zur Erledigung eines einzelnen Geschäftes eingeräumt wird⁴⁹, mit der Erledigung dieses Geschäftes untergehen oder auch gegenstandslos werden, wenn das Geschäft, für das sie erteilt wurde, nicht mehr erledigt werden kann⁵⁰. Eine Vollmacht erlischt sodann mit Ablauf der ihr gesetzten Frist oder mit Eintritt der ihr zugrunde liegenden resolutiven Bedingung.⁵¹ Weiter führt die willentliche⁵² Beendigung des Grundverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem – bei dem es sich i. d. R. um ein vertragliches Verhältnis, z.B. einen Auftrag, handelt – wegen der vermuteten sog. Abstraktheit der Vollmacht zwar nicht zum automatischen Erlöschen der Vollmacht, i. d. R. ist jedoch davon auszugehen,

I-WATTER Art. 35 N 4, wonach der Verlust der Handlungsfähigkeit des Bevollmächtigten zum Erlöschen der Vollmacht führe). Der dauernde Verlust der Urteilsfähigkeit des Bevollmächtigten führt jedoch nach Ansicht von KUT und ZÄCH/KÜNZLER zwingend zum Erlöschen der Vollmacht (CHK-KUT Art. 35 N 5; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 18). Im Umgang mit dieser Problematik überbinden Banken denn auch regelmässig in ihren AGB die Haftung für Schäden aus mangelnder Handlungsfähigkeit von Bevollmächtigten den Kunden (ENGEL 399; ERB 273).

47 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 71.

48 ZK-OSEER Art. 35 N 1.

49 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 93.

50 BK-ZÄCH/KÜNZLER Vorbemerkungen zu Art. 34–35 N 7 f.

51 BK-ZÄCH/KÜNZLER Vorbemerkungen zu Art. 34–35 N 10 f.

52 Geht das Grundverhältnis wegen eines Grundes unter, der ausserhalb des Willens der Parteien liegt (z.B. Tod), gehen Grundverhältnis und Vollmacht häufig zusammen unter, weil solche Tatsachen von Gesetzes wegen (u.U. dispositive) Untergangsgründe für beide Institute sind (BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 14), vgl. beispielsweise für den Auftrag Art. 405 Abs. 1 OR.

dass die Vollmacht zum Zweck der Erfüllung des Grundgeschäfts erteilt worden ist und entsprechend (stillschweigend) auf die Dauer des Grundverhältnisses befristet oder auf die Beendigung des Grundverhältnisses auflösend bedingt ist.⁵³ Schliesslich kann auch die Niederlegung bzw. der Verzicht des Bevollmächtigten die ihm erteilte Vollmacht zum Erlöschen bringen.⁵⁴ Durch Verjährung kann eine Vollmacht allerdings nicht untergehen: Die Art. 127 ff. OR kommen auf die Vollmacht nicht zur Anwendung, weil die Vollmacht kein Recht, sondern eine Fähigkeit ist.⁵⁵

Schliesslich kann sowohl die trans- wie auch die postmortale Vollmacht gemäss Art. 34 Abs. 1 OR vom Vollmachtgeber zu dessen Lebzeiten jederzeit widerrufen werden. Bei diesem aufhebenden Gestaltungsrecht handelt es sich um eine einseitige, formfrei mögliche⁵⁶, empfangsbedürftige, an den Bevollmächtigten gerichtete Erklärung, wobei dessen Kenntnisnahme nicht nötig ist, sondern bereits der Zugang der Erklärung bei ihm genügt, um die Vollmacht zum Erlöschen zu bringen.⁵⁷ Nach dem Tode des Vollmachtgebers steht dieses Widerrufsrecht dem Willensvollstrecker, dem Erbenvertreter, dem Erbschaftsverwalter sowie den Erben des Vollmachtgebers als dessen Universalsukzessoren zu⁵⁸, wobei jeder Erbe selbstständig und einzeln die Vollmacht

widerrufen kann⁵⁹. Da die Erben von Gesetzes wegen eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bilden (Art. 602 ZGB), kann gegen den Willen eines einzelnen Erben kein Geschäft wirksam werden, sodass der Widerruf bereits eines einzelnen Erben zum Untergang der Vollmacht führt.⁶⁰ Wo der Vollmachtgeber seinen Willen ohne Widerrufsmöglichkeit seiner Erben diesen letzteren «aufzwingen» möchte, muss er sich anderer Konstruktionen bedienen⁶¹, zumal die jederzeitige Widerruflichkeit gemäss Art. 34 Abs. 2 OR nach h.M. zwingenden Charakter hat⁶².

Der Eintritt eines nicht wegbedungenen Erlösungsgrundes führt *ex nunc* zum Erlöschen der Vollmacht⁶³ und bleibt aufgrund der Abstraktheit der Vollmacht ohne Einfluss auf ein mögliches Grundverhältnis⁶⁴. Einmal erloschen, lebt die Vollmacht schliesslich nicht wieder auf, wenn der Erlösungsgrund nachträglich dahinfällt.⁶⁵

B Rechte und Pflichten des Bevollmächtigten

I. Umfang trans- und postmortaler Vollmachten

Die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber vermittelt dem Bevollmächtigten Vertretungsmacht – die Rechtsmacht, mit Wirkung für den Vollmachtgeber zu handeln⁶⁶ – und

53 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 32 N 160; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 14 ff.

54 BK-ZÄCH/KÜNZLER Vorbemerkungen zu Art. 34–35 N 4 ff. Ist diese Vollmacht im Zusammenhang mit einem Grundverhältnis erteilt worden, macht gerade die Abstraktheit der Vollmacht eine solche Erklärung seitens des Bevollmächtigten notwendig, damit er sich – unter Aufrechterhaltung des Grundverhältnisses – der Vollmacht entledigen kann (BK-ZÄCH/KÜNZLER Vorbemerkungen zu Art. 34–35 N 4).

55 BK-ZÄCH/KÜNZLER Vorbemerkungen zu Art. 34–35 N 13 f. Möglich ist lediglich, dass eine Vollmacht infolge langer Untätigkeit oder Veränderung der Umstände nach Art. 2 ZGB erlischt (BK-ZÄCH/KÜNZLER Vorbemerkungen zu Art. 34–35 N 14).

56 Möglich ist so auch der stillschweigende Widerruf, etwa durch ein Eigengeschäft des Vollmachtgebers oder durch Zurückverlangen der Vollmachtsurkunde vom Bevollmächtigten (CHK-KUT Art. 34 N 9; BSK OR I-WATTER Art. 34 N 5; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 3).

57 CHK-KUT Art. 34 N 6; BSK OR I-WATTER Art. 34 N 3; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 1. Auch hier führt die Abstraktheit der Vollmacht dazu, dass ihr Widerruf grundsätzlich keinen Einfluss auf das Grundverhältnis hat, was Art. 34 Abs. 1 OR ausdrücklich statuiert.

58 DE CAPITANI 70; ERB 287 f.; CHK-KUT Art. 35 N 16; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 11; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 169; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 72.

59 DE CAPITANI 70; GEISER 36; CHK-KUT Art. 35 N 16; PIOTET, SJZ 1994, 4; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 11; BK-WOLF Art. 602 N 73; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 169; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 73. A.M. ENGEL 401, der den einstimmigen Widerruf der gesamten Erbengemeinschaft für erforderlich erachtet.

60 GEISER 36; PIOTET, SJZ 1994, 4; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 73.

61 GEISER 37; BSK OR I-WATTER Art. 34 N 9.

62 DE CAPITANI 70; ERB 248; BSK OR I-WATTER Art. 34 N 8; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 17 ff. Anders das deutsche BGB in § 168, das statuiert, dass eine Vollmacht unwiderruflich sein kann, wenn sich dies aus dem ihr zugrunde liegenden Grundverhältnis ergibt (PAPENMEIER 110; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 17).

63 CHK-KUT Art. 34 N 6; CHK-KUT Art. 35 N 18; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 14; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 9; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 91.

64 CHK-KUT Art. 34 N 11; CHK-KUT Art. 35 N 19; BSK OR I-WATTER Art. 34 N 7; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 15; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 11; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 93. Vgl. auch Art. 34 Abs. 1 sowie Art. 35 Abs. 3 OR.

65 CHK-KUT Art. 35 N 18; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 14; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 92.

66 CHK-KUT Art. 32 N 19 f.; BSK OR I-WATTER Art. 32 N 13 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 32 N 2 f.



Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

bewirkt, dass der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber verpflichten und berechtigen darf⁶⁷. Wie weit der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber zu verpflichten vermag, bestimmt sich nach dem Umfang der Vollmacht⁶⁸, den der Vollmachtgeber in den Grenzen der Privatautonomie (Art. 19 und 20 OR) frei bestimmen kann⁶⁹. Neben Weisungen an den Bevollmächtigten⁷⁰ kann sich der Vollmachtgeber zur Gestaltung der Vollmacht gewillkürter Schranken bedienen; diese können zeitlicher, örtlicher, persönlicher oder sachlicher Natur sein⁷¹. In Konstellationen, in welchen der Vollmacht ein Grundverhältnis zugrunde liegt, wird sich trotz der Abstraktheit der Vollmacht ein enger Zusammenhang zwischen Grundverhältnis und Vollmacht abzeichnen, da sich deren Umfang auf jene Handlungen erstrecken wird, die der Vertreter aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Vertragsverhältnis heraus tun darf bzw. soll, um die Interessen des Vollmachtgebers zu fördern.⁷²

Während sich eine zeitliche Schranke in Form einer resolutiven oder suspensiven Bedingung (deren Eintritt gewiss oder auch ungewiss sein kann) wie auch in Form einer Befristung zeigt⁷³, ist die wohl häufigste Form einer Schranke in örtlicher Hinsicht die Begrenzung auf nur eine Zweigniederlassung wie sie Art. 460 Abs. 1 OR für die Prokura vorsieht⁷⁴. Persönliche Beschränkungen können sodann in Fallkonstellationen, in welchen das Vertretungsverhältnis nicht auf beiden Seiten in nur einer Person besteht, relevant werden: So kann der Vollmachtgeber mehreren Bevollmächtigten beispielsweise (1) eine Einzelvollmacht (auch: Individualvollmacht) erteilen, indem jedem Vertreter eine Vollmacht für einen je unterschiedlichen Bereich erteilt wird, in welchem er berechtigt ist, allein zu handeln, (2) eine Solidarvollmacht erteilen, indem den Vertretern dieselbe Vollmacht erteilt wird, sie aber je allein für den Vertretenen handeln können, oder (3) eine Kollektivvollmacht erteilen, die den einzelnen Vertreter nur berechtigt, mit einem oder

mehreren anderen zusammen für den Vollmachtgeber zu handeln, um überhaupt eine Vertretungswirkung herbeiführen zu können.⁷⁵ In sachlicher Hinsicht ist schliesslich vor allem zu unterscheiden zwischen (1) der Spezialvollmacht, die nur den Abschluss eines bestimmten Geschäftes autorisiert, (2) der Gattungsvollmacht, die den Bevollmächtigten für Geschäfte bestimmter Gattung ermächtigt, und (3) der Generalvollmacht, die dem Bevollmächtigten Vollmacht für sämtliche Geschäfte wirtschaftlicher Natur erteilt, die ein bestimmtes Vermögen betreffen.⁷⁶

Unumstritten ist, dass sich die trans- und postmortale Vollmacht mit Eintritt des Todes auf das Nachlassvermögen bezieht⁷⁷, sodass der Eintritt des Todes bei transmortalen Vollmachten u.U. dazu führen kann, dass auf diesen Zeitpunkt hin getroffene, besondere Weisungen des Erblassers hinzukommen, die den Umfang der Vollmacht verändern⁷⁸. Wie PAPENMEIER allerdings richtig anmerkt, hilft die Aussage, dass sich nach Ableben des Vollmachtgebers beide Vollmachten auf das Nachlassvermögen beschränken, nicht weiter, wenn es um die Eingehung von Verbindlichkeiten geht, weshalb er diesbezüglich konkretisiert, dass der Bevollmächtigte nur in jenem Umfang Verbindlichkeiten eingehen könne, wie er dies tun könnte, wenn der Erblasser noch leben würde.⁷⁹ Weiter ist zum Umfang trans- und postmortaler Vollmachten zu bemerken, dass der Bevollmächtigte – zusätzlich zur Vertretungsmacht – häufig über den Nachlass würde verfügen können, dies aber meist nicht darf.⁸⁰ Darin zeigt sich nicht nur der Unterschied zwischen dem rechtlichen Können im Aussenverhältnis und dem (gewillkürt eingeschränkten) rechtlichen Dürfen gemäss Innenverhältnis, sondern spiegelt sich auch die wohl häufig vorkommende nachlassplanerische Intention, dass der Bevollmächtigte zumindest keine Verfügungen über die *Substanz* des Nachlasses⁸¹ vornehmen kön-

67 BSK OR I-WATTER Art. 33 N 8; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 30.

68 BSK OR I-WATTER Art. 32 N 14; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 60.

69 CHK-KUT Art. 33 N 13; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 60.

70 CHK-KUT Art. 33 N 31; BSK OR I-WATTER Art. 33 N 17; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 102 f.

71 CHK-KUT Art. 33 N 13; BSK OR I-WATTER Art. 33 N 22 ff.; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 60.

72 BSK OR I-WATTER Art. 33 N 17.

73 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 110 ff.

74 CHK-KUT Art. 33 N 33; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 113.

75 CHK-KUT Art. 33 N 15 ff.; BSK OR I-WATTER Art. 33 N 24; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 61 ff.

76 CHK-KUT Art. 33 N 30; BSK OR I-WATTER Art. 33 N 22; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 33 N 93 ff.

77 TSCHAUNER 78; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 57.

78 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 57.

79 PAPENMEIER 54 f. Dieser Frage kommt insbesondere auch im Umgang mit trans- oder postmortal Bevollmächtigten durch Banken grosse Bedeutung zu, wenn letztere darüber wachen, ob sich die vom Bevollmächtigten getätigten Geschäfte noch im Rahmen des *courant normal* bewegen oder aber über diesen bereits hinausgehen (vgl. auch BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 88 f.).

80 BÖCKLI, SJZ 1922/23, 147; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 66 f.

81 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 67.

nen soll. Und schliesslich wird der Vollmachtgeber den Umfang seiner von ihm erteilten Vollmacht entsprechend dem spezifischen, für den Einzelfall verfolgten Zweck gestalten: Möchte ein künftiger Erblasser sicherstellen, dass seine Ehefrau dadurch, dass sie nach seinem Ableben nicht über seine Konten verfügen kann, keine Beeinträchtigung der Lebenshaltung erfährt, empfiehlt sich beispielsweise eine postmortale Generalvollmacht, während sich im Fall des für den Vollmachtgeber prozessierenden Anwalts eher eine transmortale Spezialvollmacht anbietet.

II. Pflichten des Bevollmächtigten gegenüber der Erbgemeinschaft

Die Tatsache, dass bei trans- und postmortalen Vollmachten mit Eintritt des Todes Vollmachtgeber und Vertretener nicht mehr identisch sind, führt dazu, dass vom Bevollmächtigten getätigte Geschäfte ihre Wirkungen zwar vorerst in der Person des Erblassers hervorbringen, aufgrund der Universalsukzession die Wirkungen dieser Geschäfte aber schliesslich die Erben treffen.⁸² Entsprechend liegt die Frage nahe, ob der Bevollmächtigte die Interessen des Erblassers oder jene der Erben zu verwirklichen habe; Bedeutung erlangt diese Frage in Konstellationen, in welchen diese Interessen einander zuwiderlaufen.⁸³ Die Literatur ist sich diesbezüglich uneinig: ZÄCH/KÜNZLER vertreten die Meinung, dass die postmortale Vollmacht nicht dazu da sei, um den (letzten) Willen des Erblassers zu vollziehen, sondern der Interessenwahrung der Erbgemeinschaft diene – gerade auch weil das Institut der Vollmacht stets den Interessen der (jeweilig) Vertretenen zu dienen habe.⁸⁴ Weiter ergebe sich die Vorrangstellung der Erben auch aus dem Zweck des Instituts, die nach dem Tod des Erblassers anfänglich fehlende Legitimation überbrücken und unaufschiebbare Geschäfte erledigen zu können.⁸⁵ Nach ZÄCH/KÜNZLER gehen die Interessen des Erblassers nur dann vor, wenn dieser im Rahmen seiner gesetzlichen Verfügungsfreiheit und unter Beachtung der dafür vorgeschriebenen Formvorschriften Verfügungen von Todes wegen trifft.⁸⁶ WATTER teilt

diese Auffassung nicht und schreibt dem Bevollmächtigten eine primäre Interessenbindung gegenüber dem Verstorbenen zu.⁸⁷ Die Gefahr, dass der Bevollmächtigte gegen die Interessen der Erben handle, werde dadurch gemildert, dass jedem Erbe ein jederzeitiges Widerrufsrecht zustehe.⁸⁸ KUT vertritt seinerseits eine vermittelnde Position; seiner Ansicht nach muss der Bevollmächtigte neben den Interessen des verstorbenen Vollmachtgebers auch jene der Erben beachten.⁸⁹ Einig sind sich die genannten Autoren aber darin, dass jedenfalls nicht gegen die klaren Interessen der Erbgemeinschaft gehandelt werden dürfe.⁹⁰

Gerade weil der trans- oder postmortal Bevollmächtigte (spätestens) mit dem Tod des Vollmachtgebers wirtschaftlich den Nachlass berechtigt und verpflichtet, ist die Frage, wer unter welchen Voraussetzungen Auskunft und Rechenschaft über die Tätigkeit des Bevollmächtigten verlangen kann, von grosser praktischer Bedeutung; dabei steht ausser Zweifel, dass jedem Erben einzeln ein zwingender Anspruch auf Auskunft zusteht.⁹¹ Dieses Kontrollrecht ist nach Ansicht von GEISER schon deshalb zwingend notwendig, weil der Bevollmächtigte im Gegensatz zum Willensvollstrecker keiner amtlichen

Charakters der jederzeitigen Widerruflichkeit gemäss Art. 34 Abs. 2 OR nicht bindend seien (BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 60; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 34 N 17 ff.).

87 BSK OR I-WATTER Art. 35 N 10. Diese Ansicht scheint auch der deutsche BGH in ständiger Rechtsprechung zu teilen: Er verneint eine Rücksichtnahmepflicht des postmortal Bevollmächtigten auf das Interesse und den Willen der Erben mit der Begründung, dass die postmortale Vollmacht gerade den Zweck habe, Rechtsgeschäfte unabhängig vom Willen der Erben und auch vor ihrer Ermittlung auszuführen (TSCHAUNER 85 m. w. H.). Diese Ansicht wird laut GRUNEWALD auch von der herrschenden Meinung in Deutschland geteilt, die Autorin selbst vertritt aber mit Hinweis auf einen Entscheid des BGH aus dem Jahr 2009 (BGH v. 24.3.2009 – XI ZR 191/08) die Ansicht, dass der Bevollmächtigte nicht ermächtigt sei, Handlungen vorzunehmen, die den schutzwürdigen Interessen des Erben zuwiderlaufen oder deren Kenntnis diesen vermutlich zum vorzeitigen Widerruf der Vollmacht veranlasst hätte (GRUNEWALD, ZEV 2014, 581). In einem seither ergangenen Beschluss des OLG Frankfurt a.M. (Beschluss v. 9.3.2015 – 20 W 49/15) hat sich dieses jedoch klar gegen diese Ausführungen von GRUNEWALD und deutlich für die herrschende Meinung ausgesprochen (vgl. ZEV 2015, 648 ff., mit Anm. GRUNEWALD).

88 BSK OR I-WATTER Art. 35 N 11.

89 CHK-KUT Art. 35 N 15.

90 CHK-KUT Art. 35 N 15; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 10; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 59 f.; ZOBL, AJP 2001, 1008 f.

91 GEISER 39.

82 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 46 und 60.

83 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 60.

84 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 59 f. Die Ansicht teilen auch BREITSCHMID/MATT, die die Interessen der Erben als Rahmen für die Tätigkeit des Bevollmächtigten definieren (BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 89).

85 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 60.

86 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 60. Weiter merken sie an, dass in einer Verfügung von Todes wegen erteilte Vollmachten für die Erben aber aufgrund des zwingenden



Aufsicht unterstehe.⁹² Uneinigkeit herrscht in der Literatur jedoch hinsichtlich der Frage, ob sich aus der trans- und insbesondere der postmortalen Bevollmächtigung eine Verpflichtung des Bevollmächtigten zur Information der Erben des Vollmachtgebers herleiten lasse: Während ZÄCH/KÜNZLER und BREITSCHMID/MATT dies verneinen⁹³, vertreten ERB wie auch WATTER die gegenteilige Ansicht und begründen dies mit der im Grundverhältnis – das ja auf die Universalsukzessoren übergeht – enthaltenen Treuepflicht⁹⁴ bzw. der Geschäftsführung ohne Auftrag bei der isolierten Vollmacht⁹⁵. BREITSCHMID/MATT sind zwar mit ERB insofern einer Meinung, als auch sie betonen, dass das qualifizierte rechtliche Verhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Nachlassbeteiligten dazu führen könne, dass das postmortale Tätigwerden des Bevollmächtigten als auftragslose Geschäftsführung für die Erben zu qualifizieren sei.⁹⁶ Ihrer Meinung nach lässt sich daraus aber keine Verpflichtung des Bevollmächtigten zur Information der Erben des Vollmachtgebers ableiten.⁹⁷ Eng verknüpft ist die Frage der Informationspflicht schliesslich auch mit der Frage nach der sog. Rückfragepflicht bzw. danach, ob sich der im Rahmen des erblasserischen Auftrags handelnde Bevollmächtigte der Zustimmung der (nunmehr bzw. spätestens dann über den Bestand der Vollmacht informierten) Erben versichern müsse.⁹⁸ Auch hier wird danach unterschieden, ob der trans- oder postmortalen Vollmacht ein Grundverhältnis zugrunde liegt: Informations- wie auch Rückfragepflichten werden meist mit der Begründung bejaht, dass sie sich aus dem Grundverhältnis ergeben, während für die isolierte Vollmacht die Berücksichtigung besonderer Pflichten verneint wird.⁹⁹ TRAPP wendet gegen

die Rückfragepflicht allerdings zu Recht ein, dass gerade für den Zeitraum bis zur Legitimation der Erben, der durch die Erteilung der Vollmacht ja überbrückt werden soll, gar kein Ansprechpartner für den Bevollmächtigten vorhanden sei bzw. man währenddessen die Zustimmung präsumptiver Erben genügen lassen müsste.¹⁰⁰

C Erscheinungsformen trans- und postmortaler Vollmachten und ihre Bedeutung im Rahmen der Nachlassplanung

I. Trans- und postmortale Vollmachten in der Bankpraxis

Die Bankvollmacht wird definiert als die durch einseitige Willenserklärung des Vollmachtgebers bzw. Bankkunden einem Dritten rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht gegenüber jener Bank, mit welcher der Vollmachtgeber in privater oder kommerzieller Geschäftsbeziehung steht oder stehen wird.¹⁰¹ In der Bankpraxis wird dabei fast durchwegs der Erlöschungsgrund des Todes wegbedungen und die Vollmacht entsprechend transmortal ausgestaltet.¹⁰² Diese Vereinbarung ist insofern für alle Beteiligten vorteilhaft, als sie die Gewissheit verschafft, dass das Ableben des Vollmachtgebers

sich allerdings in der Schweizer Lehre nicht: Mit ZÄCH/KÜNZLER und BREITSCHMID/MATT finden sich Vertreter der Ansicht, dem Bevollmächtigten obliege die Interessenwahrung der Erbengemeinschaft, gleichzeitig verneinen diese Autoren hingegen eine Informationspflicht (BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 88 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 59 ff.); demgegenüber bejaht WATTER die Informationspflicht des Bevollmächtigten, obwohl er diesen als den Erblasserinteressen verpflichtet erachtet (BSK OR I-WATTER Art. 35 N 10 f.). Dafür findet sich bei TSCHAUNER eine Erklärung: Die blosser Tatsache, dass der Bevollmächtigte den Willen der Erben zu beachten habe, bedeute nicht, ohne Zustimmung der Erben keine Rechtsgeschäfte mehr vornehmen zu dürfen (TSCHAUNER 99).

¹⁰⁰ TRAPP, ZEV 1995, 315.

¹⁰¹ BAUEN/ROUILLER 193; EMCH ET AL. 816; ERB 127. Die Bankvollmacht ist von der Bankverwaltungsvollmacht zu unterscheiden, bei welcher die Bank sowohl Bevollmächtigte als auch Drittkontrahentin in einer Person ist und sich deshalb normalerweise auch das Recht zum Selbstkontrahieren und zur Doppelvertretung ausbedingen wird (ERB 209).

¹⁰² BAUEN/ROUILLER 196; BRETTON-CHEVALLIER/NOTTER, *not@lex* 2011, 130; BRUNNER 143; DE CAPITANI 69; EMCH ET AL. 845; HAMM/FLURY, *Der Schweizer Treuhänder* 2002, 36; PAMP, *ErbR* 2013, 196; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 51; ZOBL, *AJP* 2001, 1008.

⁹² GEISER 39 f.

⁹³ BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 89; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 62. Gleicher Ansicht ist auch der deutsche BGH: Dass das auf den Erben übergegangene Widerrufsrecht mangels Kenntnis des Erben von der Vollmacht häufig keinen Schutz gewähre, sei im Hinblick auf den Zweck der Vollmacht hinzunehmen (TSCHAUNER 8 m. w. H.).

⁹⁴ ERB 278 f.; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 11.

⁹⁵ ERB 278 f.

⁹⁶ BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 89.

⁹⁷ BREITSCHMID/MATT, *successio* 2010, 89.

⁹⁸ ERB 278 f. Für die Diskussion in Deutschland vgl. beispielhaft GRUNEWALD, ZEV 2014, 579 ff.; TRAPP, ZEV 1995, 315 ff.; TSCHAUNER 85 ff.

⁹⁹ TRAPP, ZEV 1995, 315; TSCHAUNER 98 f. Der von TRAPP aufgezeigte Zusammenhang, wonach Befürworter der Rückfragepflicht diese gerade deshalb befürworten, weil sie auch Anhänger der Ansicht seien, dass der Bevollmächtigte mit Eintritt des Todesfalls zum Vertreter der Erbeninteressen werde (TRAPP, ZEV 1995, 315), spiegelt

(bzw. die Wartezeit bis zur Legitimation der Erben) keine Lücke in die kontinuierliche Abwicklung des Bankverkehrs reisst¹⁰³ und sich die Bank bei allfälliger Unkenntnis des Versterbens ihres Kunden nicht dem Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung ausgesetzt sieht¹⁰⁴. Weiter liegt die transmortale Wirkung der Bankvollmacht auch deshalb im Interesse der Bank, weil sie – auch wenn sie Kenntnis vom Ableben ihres Kunden hätte – aufgrund des Bankkundengeheimnisses keine aktive Erbenermittlung betreiben darf.¹⁰⁵ Aufseiten der (u.U. noch nicht legitimierten) Universalsukzessoren kann als Vorteil der transmortalen Ausgestaltung der Bankvollmacht beispielhaft die dem Bevollmächtigten so eingeräumte Möglichkeit von Aktienverkäufen zwecks Verhinderung von Kursverlusten angeführt werden. Verbreitet ist die transmortale Vollmacht in der Bankpraxis gemäss ZOB^L schliesslich nicht zuletzt auch deshalb, weil sie – etwa im Gegensatz zur Willensvollstreckung – ohne grosse Formalitäten erteilt werden kann.¹⁰⁶ Nun wären allerdings auch Konstellationen denkbar, in welchen ein Vollmachtgeber eine Bankvollmacht erst mit Wirkung auf den Tod hin erteilen möchte, was in zahlreichen Motiven gründen kann: Unter Umständen scheut der Kunde davor zurück, eine transmortale Vollmacht zu errichten, da er den zu Bevollmächtigenden nicht schon zu Lebzeiten zu Verfügungen zulassen will.¹⁰⁷ Will

der Bankkunde ein Mitglied seiner Erbengemeinschaft zum postmortal Bevollmächtigten ernennen, besteht das spezifische Motiv dieser Konstellation meist in einer Erleichterung der erbrechtlichen Legitimation gegenüber der Bank bzw. darin, dem Erben unmittelbar nach dem eigenen Ableben die Verfügungsmacht ohne jegliche Formalitäten einräumen zu können.¹⁰⁸ Schliesslich wird in der Literatur m.E. ausser Acht gelassen, dass ein weiteres Motiv der Errichtung einer postmortalen Bankvollmacht darin bestehen kann, dass in gewissen Konstellationen für eine Vollmacht zu Lebzeiten schlicht noch keine Notwendigkeit besteht. Zu denken ist beispielsweise an die Konstellation eines langjährigen Konkubinats, in dessen Rahmen die Partner je eigene Konti führen, wobei das Konkubinat schliesslich im fortgeschrittenen Alter in eine Ehe mündet, ohne dass jedoch die Eheschliessung Anlass zu Vollmachterteilung gäbe. Hier besteht keine Notwendigkeit, Bewährtes durch Erteilung einer transmortalen Vollmacht zu ändern, allerdings kann beispielsweise ein mögliches Einkommensgefälle zwischen den Ehegatten das Bedürfnis nach einer postmortalen Vollmacht zwecks Vermeidung einer Beeinträchtigung der Lebenshaltung bei Ableben des besser verdienenden Ehegatten hervorrufen. Bereits 1973 hat sich nun allerdings die Schweizerische Bankiervereinigung gegen die Annahme postmortaler Vollmachten ausgesprochen¹⁰⁹ und tatsächlich stehen Banken diesen Vollmachten oft mit grosser Zurückhaltung gegenüber¹¹⁰: Diese Skepsis hat ihre Ursache darin, dass die Erben des verstorbenen Kunden per Universalsukzession Rechtsnachfolger in der Vertragsbeziehung zwischen der Bank und dem verstorbenen Erblasser werden¹¹¹, sodass der Bank fortan eine Interessenwahrungspflicht gegenüber der Erbengemeinschaft als ihrer neuen Vertragspartei zukommt¹¹². Weiter fällt gerade bei (häufig vorkommender) Unkenntnis der Erben über den

103 BRUNNER 143; DE CAPITANI 69 f.; PAMP, ErbR 2013, 197; SCHULTZ-MEISTER 18; ZOB^L, AJP 2001, 1008.

104 ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER 66 f. Bei BRUNNER und STÖCKLI ist nachzulesen, dass die Bankpraxis in der unsicheren Zeit zwischen Kenntnisnahme vom Tod des Bankkunden und Legitimation der Erben aus Sicherheitsgründen eine «interne Sperrung» der Vermögenswerte des verstorbenen Bankkunden vornehme; es handelt sich dabei um eine interne Weisung für die Bankangestellten, dass bei dieser Bankbeziehung eine erhöhte Sorgfalt verlangt werde respektive allfällige Handlungen vorab mit der für das Konto zuständigen Person und der Compliance-Abteilung abgeklärt werden müssen (BRUNNER 120; STÖCKLI 282). Diese interne Sperrung wird nicht nach aussen kommuniziert und erst aufgehoben, wenn sich die Erbengemeinschaft mittels Erbbescheinigung ausweisen kann (BRUNNER 120). Die Bank ist also daran interessiert, möglichst rasch vom Ableben des Kunden Kenntnis zu erlangen (STÖCKLI 282).

105 BSK ZGB II-BREITSCHMID Vorbemerkungen zu Art. 467–536 N 43; BRUNNER 114. In BGer, Urteil 4C.234/1999 vom 12.1.2000, E. 3e hat das Bundesgericht allerdings – im Kontext postmortaler Vollmachten – festgehalten, dass Banken u.U. die Pflicht haben, eigene Nachforschungen nach Erben zu betreiben.

106 ZOB^L, AJP 2001, 1008.

107 ERB 297; OEXL 17. In der Literatur wird dies oft als Ausdruck eines gewissen Misstrauens gedeutet (AEBI-MÜLLER 08.135; DE CAPITANI 71).

108 ERB 303.

109 Schweizerische Bankiervereinigung, Zirkular Nr. 5159 vom 22. Oktober 1973.

110 BRUNNER 24; EMCH ET AL. 850; ERB 302 f.; HAMM/FLURY, Der Schweizer Treuhänder 2002, 35; SCHULTZ-MEISTER 176 f.; STOLL, successio 2013, 37; BSK OR I-WATTER Art. 35 N 7; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 51; ZOB^L, AJP 2001, 1009.

111 ZR 1994 Nr. 67, 181 ff., 185 (Bundesgericht); ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER 64; BRETTON-CHEVALLIER/NOTTER, not@lex 2011, 132; BRUNNER 113; OEXL 15 f.; STÖCKLI 281; ZOB^L, AJP 2001, 1008 f.

112 BGer, Urteil 4C.295/1992 vom 28.10.1993, E. 3a (= ZR 1994 Nr. 67); BGer, Urteil 4C.234/1999 vom 12.1.2000, E. 3d; BRETTON-CHEVALLIER/NOTTER, not@lex 2011, 132; STÖCKLI 283.



Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

Bestand einer postmortalen Vollmacht¹¹³ die Möglichkeit der Ausübung ihres Widerrufsrechts als Schutzmechanismus ausser Betracht. Seitens der Banken wird die Verweigerung postmortaler Vollmachten denn auch begründet mit deren Missbrauchspotenzial sowie der Tatsache, dass diese Vollmachten entsprechend häufig Ausgangspunkt von Rechtsstreitigkeiten bildeten.¹¹⁴ Das der postmortalen Vollmacht zugeschriebene, im Vergleich zur transmortalen Vollmacht grössere Missbrauchspotenzial wird in der Literatur damit begründet, dass die postmortale Vollmacht nicht zur Fortsetzung oder zum Abschluss begonnener Geschäfte, sondern der Tötigung neuer Transaktionen diene.¹¹⁵ Weiter falle der Vollmachtgeber als Weisungsgeber für den Bevollmächtigten und somit als Kontrollinstanz weg, was das postmortale Handeln des Bevollmächtigten zumindest kritisch erscheinen lasse.¹¹⁶ Der Kern des Problems ist für Banken aber wohl darin zu sehen, dass sich das der Vollmacht grundsätzlich immanente Missbrauchsrisiko angesichts des Fehlens eines Ansprechpartners für die Bank akzentuiert: Taucht nämlich ein Bevollmächtigter am Schalter auf, der sich mit einer postmortalen Vollmacht ausweist, so sieht sich die Bank nicht nur (möglicherweise) mit einem unbekanntem Gesicht konfrontiert, sondern kann sich im Hinblick auf den Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung gerade nicht zwecks Absicherung mit einer Rückfrage an den Vollmachtgeber wenden. Meist werden zudem auch die Rechtsnachfolger noch nicht legitimiert und der Bank somit noch nicht bekannt sein, sodass auch sie als mögliche Ansprechpartner ausser Betracht fallen. Sind allerdings legitimierte¹¹⁷ Rechtsnachfolger als Ansprechpartner vorhanden und liegt die Vermutung nahe, dass (geplante) Handlungen des (auch transmortal) Bevollmächtigten den Interessen der Erben zuwiderlaufen, so ist die Bank gut beraten, angesichts ihrer Interessenwahrungs-

pflicht die Zustimmung der Erben einzuholen¹¹⁸; eine Haltung, die auch das Bundesgericht teilt.¹¹⁹

Weiter steht seitens der Banken gegenüber postmortalen Vollmachten auch die Vermutung im Raum, dass deren Motiv in der Umgehung (materieller gleichermassen wie formeller) erbrechtlicher Vorschriften liege.¹²⁰ Nur beispielhaft erwähnt (weil nachfolgend vertieft) sei die Vermeidung der Errichtung einer letztwilligen Verfügung nach den Formvorschriften von Art. 498 ff. ZGB, die Verletzung von Pflichtteilsansprüchen durch Ermöglichung von Verfügungen, die ausserhalb der Schranken der Verfügungsfreiheit liegen, sowie die Vermeidung der Bestellung eines Willensvollstreckers.¹²¹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Banken postmortale Vollmachten angesichts des ihnen inhärenten Potenzials für Rechtsstreitigkeiten, Unsicherheiten und Risiken grundsätzlich ablehnen, womit die Bedeutung, die der postmortalen Vollmacht in der Bankpraxis im Rahmen der Nachlassplanung zukommt, eher klein ist.¹²²

II. Trans- und postmortale Vollmachten und Willensvollstreckung

Trans- und postmortale Vollmachten werfen im Kontext der Willensvollstreckung – neben der später zu vertiefenden Frage nach einer möglichen Umgehung erbrechtlicher Vorschriften – vor allem die Frage auf, ob sie allenfalls nachlassplanerische Bedeutung erlangen als ergänzendes Instrument für den Willensvollstreckter bei der Erfüllung seiner Aufgaben.

113 BSK OR I-WATTER Art. 35 N 11.

114 DE CAPITANI 81 f.; EMCH ET AL. 850; ERB 302 f.; OEXL 17. KÜNZLE drückt sich diesbezüglich sogar noch deutlicher aus und vertritt die Ansicht, dass der postmortalen Vollmacht «der Missbrauchsgedanke förmlich ins Gesicht geschrieben steht» (KÜNZLE, SJZ 2000, 493; KÜNZLE, Business Succession Planning, 133).

115 BRUNNER 24; BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 63; ZOBL, AJP 2001, 1009.

116 BREITSCHMID, successio 2007, 235.

117 Sind die Rechtsnachfolger noch nicht legitimiert, so wäre analog der Ausführungen zur Rückfragepflicht des Bevollmächtigten (vgl. Abschnitt B II) TRAPPS Einwand anzuführen, der infrage stellt, ob man eine Zustimmung nur präsumptiver Erben genügen lasse wolle (TRAPP, ZEV 1995, 315).

118 AUBERT, Semaine Judiciaire 1991, 290 ff.; BRETTON-CHEVALLIER/NOTTER, not@lex 2011, 130; BRUNNER 145 f.; SCHULTZ-MEISTER 174; ZOBL, AJP 2001, 1008 f. In der Literatur wird daraus gar eine Pflicht, wenn es seitens der Bank nicht bei einer Vermutung bleibt, sondern sie vielmehr weiss oder wissen muss, dass (geplante) Verfügungen des Bevollmächtigten den Interessen der Erben zuwiderlaufen (vgl. statt vieler BRUNNER 145 f.). Hierin liegt aufgrund des qua Universalsukzession zwischen Erbengemeinschaft und Bank bestehenden Vertragsverhältnisses eine Ausnahme von der grundsätzlichen Regel, dass Dritte bei Kenntnis einer postmortalen Vollmacht keiner Informationspflicht gegenüber den Erben unterliegen (vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 35 N 63).

119 Für den Fall einer transmortal Bevollmächtigten: BGer, Urteil 4C.295/1992 vom 28.10.1993, E. 3a (= ZR 1994 Nr. 67); im Fall eines postmortal Bevollmächtigten hätte sich die Bank gar der Existenz von Erben versichern müssen: BGer, Urteil 4C.234/1999 vom 12.1.2000, E. 3e.

120 BAUEN/ROUILLER 197; DE CAPITANI 82; EMCH ET AL. 847; ERB 302 f.; ZOBL, AJP 2001, 1009.

121 ERB 303 f.

122 BRETTON-CHEVALLIER/NOTTER, not@lex 2011, 129; BRUNNER 24; ERB 303; ZOBL, AJP 2001, 1009.

Analog der Wartezeit der Erben bis zu ihrer Legitimation ist auch für den Willensvollstrecker zu fragen, ob er bis zur Ausstellung eines (durch den Willensvollstrecker zu beantragenden¹²³) Willensvollstreckerausweises¹²⁴ in seiner Handlungsfähigkeit für den Nachlass eingeschränkt ist und ihm entsprechend gedient wäre, wenn der Erblasser ihn zusätzlich zu seiner Bestellung als Willensvollstrecker noch postmortal bevollmächtigen würde. Während nach deutschem Recht dem Testamentsvollstrecker zusätzlich postmortale Vollmachten erteilt werden können¹²⁵, ist dies nach schweizerischem Recht theoretisch denkbar und zulässig, allerdings aus mehreren Gründen nicht zielführend: (1) Während den Erben als Universalsukzessoren in der Schweiz ein jederzeitiges Widerrufsrecht mit zwingendem Charakter zukommt¹²⁶, kennt das deutsche Recht mit der Auflage eines Verbots des Widerrufs abgesicherte Vollmachten¹²⁷. (2) Die Dauer bis zur Ausstellung des Testamentsvollstreckerausweises ist in Deutschland länger als in der Schweiz, weshalb der Überbrückungsfunktion postmortaler Vollmachten in Deutschland eine grössere Bedeutung zukommt.¹²⁸ Ausserdem wird in der Schweiz gerade bei sog. offenen letztwilligen Verfügungen – welche dann vorliegen, wenn die Ernennung eines Willensvollstreckers bereits bekannt ist – dem Willensvollstrecker in der Praxis die letztwillige Verfügung in Kopie bereits zusammen mit der amtlichen Mitteilung über seine Ernennung – und damit u.U.

gar noch vor Ausstellung des Willensvollstreckerausweises – zugestellt¹²⁹; in dringenden Fällen kann er sich so auch mit dieser – nach Bedarf zusätzlich beglaubigten – Kopie (allenfalls zusammen mit dem Todesschein des Erblassers) legitimieren.¹³⁰ (3) Schliesslich werden postmortale Vollmachten – wie am Beispiel der Bankpraxis gezeigt – in der Schweiz u.U. gar nicht akzeptiert.

Es bleibt die Frage, ob dem Willensvollstrecker mittels einer postmortalen Vollmacht wenigstens die Verantwortlichkeit im Hinblick auf die Unzulässigkeit unentgeltlicher Zuwendungen bei Trinkgeldern und ähnlichen Schenkungen genommen werden könnte: Dieses Verbot ist im deutschen BGB in § 2205 Satz 3 ausdrücklich verankert und ergibt sich im schweizerischen Recht aus der Praxis.¹³¹ Während PAPANMEIER dies für das deutsche Recht bejaht und die postmortale Vollmacht für diese Konstellation entsprechend als Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers in Erwägung zieht¹³², ist dies zwar auch nach schweizerischem Recht theoretisch denkbar, allerdings führt auch hier das jederzeitige Widerrufsrecht der Erben dazu, dass sich die postmortale Vollmacht nur beschränkt eignet. Weiter ist m.E. fraglich, ob hierzu seitens des Nachlassplaners überhaupt ein Bedürfnis bestehen würde: Einerseits kann der Erblasser den Willensvollstrecker zu aussergewöhnlichen Geschäften letztwillig besonders ermächtigen¹³³, andererseits steht ihm als Pendant für unentgeltliche Zuwendungen stets die Möglichkeit eines durch den Willensvollstrecker auszurichtenden Vermächtnisses offen.

123 KÜNZLE, Willensvollstrecker, 155 f.

124 Zwar könnte dem Willensvollstrecker selbstverständlich auch die Erbbescheinigung i. S. v. Art. 559 ZGB als Legitimationsurkunde dienen (PraxKomm-CHRIST/EICHNER Art. 517 N 21; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU Art. 517 N 20; KÜNZLE, Beginn und Ende, 26), deren Ausstellung kann aber – wie gezeigt – unter Umständen lange dauern, wohingegen der Vorteil des Willensvollstreckerausweises gerade darin besteht, dass er auch schon vor Eröffnung der letztwilligen Verfügung ausgestellt werden kann (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU Art. 517 N 20; BK-KÜNZLE Art. 517–518 N 36).

125 BENDEL/DIETZ N 52 f.; STAUDINGER-REIMANN Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N 96, 98 f.

126 Vgl. Ausführungen in Abschnitt A IV 2. Von ebendiesem Widerrufsrecht haben die gesetzlichen Erben, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, im Falle einer transmortalen Vollmacht zugunsten des Willensvollstreckers Gebrauch gemacht: BGer, Urteil 6B_582/2014 vom 7.1.2015, E. 3.2 f.

127 STAUDINGER-REIMANN Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N 99. Die Sicherstellung dieser Auflage kann sodann wiederum mittels Testamentsvollstreckung – in der Person desselben Testamentsvollstreckers! – sichergestellt werden, vgl. STAUDINGER-REIMANN Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N 99.

128 KÜNZLE, successio 2010, 230.

III. Trans- und postmortale Vollmachten zur Umgehung erbrechtlicher Bestimmungen

Auffallend ist, dass der postmortalen im Vergleich zur transmortalen Vollmacht nicht nur ein grösseres Missbrauchspotenzial zugeschrieben wird¹³⁴, sondern sie in der Literatur stets auch mit einer möglichen Umgehung materieller wie auch formeller erbrechtlicher Vorschriften konnotiert ist.¹³⁵ So wird die postmortale Vollmacht in Verbindung gebracht

129 KÜNZLE, Willensvollstrecker, 152 f.; BK-KÜNZLE Art. 517–518 N 28.

130 KÜNZLE, Beginn und Ende, 26.

131 KÜNZLE, Willensvollstrecker, 247 f.

132 PAPANMEIER 19.

133 KÜNZLE, Willensvollstrecker, 248.

134 Vgl. Abschnitt C I, wo dies stellvertretend anhand der Bedeutung trans- und postmortaler Vollmachten in der Bankpraxis dargestellt wird.

135 BAUEN/ROUILLER 197; DE CAPITANI 82; EMCH ET AL. 847; ERB 302 f.; ZOBL, AJP 2001, 1009.



Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

mit der Umgehung der formellen Vorschriften zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung, der Verletzung materieller Vorschriften durch Ermöglichung von Verfügungen, die u.U. ausserhalb der Schranken der Verfügungsfreiheit liegen, wie auch mit der Umgehung der Bestellung eines Willensvollstreckers.¹³⁶

Die Vermutung einer Umgehung der formellen Vorschriften in Art. 498 ff. ZGB gründet einerseits in der Formfreiheit der Vollmacht und andererseits in der Tatsache, dass mit ihr – wie noch zu zeigen sein wird – unter gewissen Voraussetzungen im Ergebnis genauso Eigentum verschafft werden kann, wie dies mit einer Verfügung von Todes wegen möglich ist. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre und Rechtsprechung in Deutschland, welche die Formfreiheit sowohl für die trans- wie auch für die postmortale Vollmacht vorsieht¹³⁷, qualifiziert die herrschende Lehre in der Schweiz die postmortale Vollmacht allerdings aufgrund ihrer Wirkung erst auf den Todesfall hin als formbedürftiges Rechtsgeschäft von Todes wegen, was die Beachtung der entsprechenden Formvorschriften (Art. 498 ff. ZGB) wie auch die Pflicht zur Einlieferung zwecks anschliessender amtlicher Eröffnung (Art. 556 ff. ZGB) nach sich zieht¹³⁸. Folgt man der Auffassung der herrschenden Lehre, fällt somit in der Schweiz eine Umgehung erbrechtlicher Errichtungsvorschriften mittels postmortaler Vollmacht ausser Betracht; grundsätzlich bliebe so theoretisch einzig bei einer transmortalen Vollmacht Umgehungspotenzial. Praktisch wären aber natürlich trotzdem Konstellationen denkbar, in welchen versucht würde, den postmortalen Charakter einer formfrei errichteten, transmortalen Vollmacht zu verstecken, um zu verhindern, dass mit ihr angestrebte Eigentumsübertragungen den an der Erbschaft Beteiligten im Rahmen einer amtlichen Testamentseröffnung zur Kenntnis gebracht würden (vgl. Art. 558 Abs. 1 ZGB). Diese Vollmacht wäre dann allerdings im Einzelfall wegen Missachtung der zu ihrer Errichtung erforderlichen Formvorschriften ungültig und nicht – wie für die formrichtigen «Umgehungsvollmachten» noch zu zeigen sein wird – als Folge rechtsmissbräuchlicher Gesetzesumgehung nichtig.

Grundsätzlich gilt Gleiches auch im Hinblick auf die Umgehung materieller erbrechtlicher Bestimmungen, sodass sich auch hier theoretisch einzig die transmortale Vollmacht zur Realisierung von Umgehungsabsichten eignet. Der Unterschied zur

bereits behandelten Vermutung einer Umgehung formeller Vorschriften besteht nun aber im mit der Vollmacht angestrebten Ziel, das laut ERB darin bestehe, die Eigentumsübertragung nach dem eigenen Versterben in vereinfachter Form zu ermöglichen.¹³⁹ Angesichts dieser sachenrechtlichen Komponente bzw. dem in diesem Zusammenhang interessierenden Verpflichtungsgeschäft, welches durch den Bevollmächtigten getätigt wird und sodann seinem Verfügungsgeschäft zugrunde liegt, muss noch vor der Vertiefung einzelner Umgehungskonstellationen kurz auf die Bedeutung des guten Glaubens Dritter eingegangen werden: Zwar wird der Umfang der Vollmacht vom Erblasser bestimmt¹⁴⁰, die Lehre ist sich aber trotz Uneinigkeit hinsichtlich der Frage der Interessenwahrung durch den Bevollmächtigten darin einig, dass jedenfalls nicht gegen die *klaren* Interessen der Erbengemeinschaft gehandelt werden dürfe¹⁴¹. Mit dem Ableben des Erblassers wird also der Umfang der Vollmacht bzw. die Vertretungsbefugnis beschränkt durch das Verbot von gegen die *klaren* Interessen der Erbengemeinschaft verstossenden Handlungen.¹⁴² Nun ist an dieser Stelle zu differenzieren zwischen (a) einem Bevollmächtigten, der sich über diese modifizierte Vertretungsbefugnis hinwegsetzt, indem er eine Handlung tätigt, die gegen die *klaren* Interessen der Erbengemeinschaft verstösst, und (b) einem Bevollmächtigten, der sich innerhalb seiner (nun etwas eingeschränkteren) Vertretungsbefugnis bewegt¹⁴³. Eine weitere Differenzierung ist sodann erforderlich zwischen (a) einem Bevollmächtigten, dessen Vertretungsmacht grösser als seine Vertretungsbefugnis ist, und (b) einem Bevollmächtigten, dessen Vertretungsmacht sich mit seiner Vertretungsbefugnis deckt. In den nachfolgend darzustellenden Umgehungskonstellationen wird die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten regelmässig grösser sein als seine Vertretungsbefugnis: Während der Erblasser die (von der herrschenden Lehre statuierte) Einschränkung der Vertretungsbefugnis nicht beeinflussen kann,

136 EMCH ET AL. 847; ERB 303 f.

137 STAUDINGER-REIMANN Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N 70; ZOBL, AJP 2001, 1010 m.w.H.

138 Vgl. Abschnitt A IV 1.

139 ERB 297.

140 Vgl. Abschnitt B I.

141 Vgl. Abschnitt B II.

142 Diese unbefriedigend-unklare Umschreibung der Einschränkung der Vertretungsbefugnis dürfte im Einzelfall beträchtliches Konfliktpotenzial bergen: Wann verstösst eine Handlung des Bevollmächtigten gegen die *klaren* Erbeninteressen, wann hingegen zwar gegen die Interessen der Erben, nicht aber gegen deren *klare* Interessen?

143 Dies schliesst allerdings nicht aus, dass dieser Bevollmächtigte mit seinen Handlungen ebenfalls gegen die Interessen der Erben verstösst, nicht aber gegen deren *klare* Interessen, vgl. jedoch Fn. 142.

wird er – immer unter der Prämisse von Umgehungsabsichten – seinem Bevollmächtigten die Vertretungsmacht gerade nicht einschränken wollen. Wenn nun ein Bevollmächtigter, welcher gegen die klaren Erbeninteressen handelt, zwar Vertretungsmacht hat, allerdings aufgrund seiner Handlung seine Vertretungsbefugnis überschreitet, wird er seine Vollmacht zumindest überschreiten, nicht zwingend aber missbrauchen.¹⁴⁴ Für den Eintritt der Vertretungswirkung ist nun zentral, ob dem Dritten, dessen Begünstigung der Bevollmächtigte vollziehen soll, bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass der Bevollmächtigte sich pflichtwidrig (weil seine Vertretungsbefugnis überschreitend) verhält; diesfalls kann er sich nicht auf den Schutz von Art. 33 Abs. 3 OR berufen bzw. es tritt keine Vertretungswirkung ein.¹⁴⁵ Nur wenn der Dritte die Einschränkung der Vertretungsbefugnis nicht kennt und diese auch nicht kennen muss, vermag der Bevollmächtigte trotz seiner Vollmachtsüberschreitung die Erbengemeinschaft zu verpflichten.¹⁴⁶ Trotzdem ist im Hinblick auf Art. 38 OR bzw. die Herbeiführung der Vertretungswirkung durch den Bevollmächtigten sodann weiter zu fragen, ob ein Missbrauch vorliegt: In diesem zweiten Schritt wird nicht mehr die Vollmachtserteilung infrage gestellt, vielmehr wird nun im Hinblick auf das Vertretungsgeschäft gefragt, ob der Dritte angesichts des Verhaltens des Bevollmächtigten einen Missbrauch der Vollmacht bemerkt hat oder hätte bemerken müssen.¹⁴⁷ Nur wenn der Dritte kein treuwidriges Verhalten bemerkt hat und auch nichts hätte bemerken müssen, ist das durch den Bevollmächtigten getätigte Verpflichtungsgeschäft zustande gekommen, ansonsten die Vorschriften der Art. 38 f. OR anwendbar werden.¹⁴⁸

Damit zeigt sich, dass es hinsichtlich des Eigentumserwerbs massgeblich vom guten Glauben des begünstigten Dritten abhängt, ob ein Bevollmächtigter, (1) dessen Vertretungsmacht grösser ist als seine Vertretungsbefugnis und (2) der seine Ver-

tretungsbefugnis überschreitet, indem er gegen die klaren Interessen der Erben verstösst, überhaupt ein die vertretenen Universalsukzessoren bindendes Verpflichtungsgeschäft tätigen kann. Daraus folgt unmittelbar die Feststellung – und dies ist eine Erkenntnis, die nachlassplanerisch bzw. bei der Wahl des Bevollmächtigten zu berücksichtigen wäre – dass ein Bevollmächtigter, der seine Vertretungsbefugnis durch sein Handeln gegen die klaren Erbeninteressen überschreitet, sich selbst mangels Gutgläubigkeit nie gültig Eigentum verschaffen können.¹⁴⁹ Nur bei einem Bevollmächtigten, der sich an den Rahmen seiner nun etwas eingeschränkteren Vertretungsbefugnis hält, indem er nicht gegen die klaren Erbeninteressen handelt, erübrigt sich hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts die Frage nach der Gutgläubigkeit des Dritten (oder bei Selbstkontrahieren: des Bevollmächtigten selbst).¹⁵⁰ Wenn ERB also von einer vereinfachten Eigentumsübertragung spricht und wenn nun nachfolgend einzelne Konstellationen aufgezeigt werden, welche der (in Umgehungsabsicht handelnde) Nachlassplaner mittels einer trans- oder postmortalen Vollmacht zu realisieren gedenkt, ist stets Folgendes in Erinnerung zu behalten: Im Hinblick auf den Eigentumserwerb kann das dem Verfügungsgeschäft zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft mit Bindungswirkung für die Erben nur abgeschlossen werden, wenn der Bevollmächtigte entweder im Rahmen seiner Vertretungsbefugnis handelt – was dann der Fall sein wird, wenn er mit seinen Handlungen nicht gegen die klaren Interessen der Erbengemeinschaft verstösst – oder aber bei Überschreitung dieser Vertretungsbefugnis immerhin der begünstigte Dritte gutgläubig ist.

Als exemplarisches Beispiel für eine Umgehungsabsicht materieller erbrechtlicher Bestimmungen durch den Erblasser, die er mittels einer trans- oder postmortalen Vollmacht zu erreichen suchen wird, ist an eine unmittelbar nach dem Ableben des Erblassers getätigte Schenkung zu denken, die – wäre sie noch zu Lebzeiten des Erblassers getätigt worden – der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 3 ZGB unterliegen würde. Von einer solchen Schenkung könnte gleichermassen auch der von der Ausgleichung i. S. v. Art. 626 Abs. 2 ZGB befreite Nachkomme des Nachlassplaners profitieren, der so der

144 Vgl. hierzu die Ausführungen zur Abgrenzung zwischen Überschreiten und Missbrauch einer Vollmacht bei BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 38 N 12 ff., insb. N 24.

145 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 38 N 24.

146 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 38 N 24. Hier zeigt sich exemplarisch die Problematik der unbefriedigend-unklar definierten Einschränkung der Vertretungsbefugnis: M.E. muss ein (rechtsunkundiger) Dritter, der vom Todesfall des Vollmachtgebers Kenntnis hat, nicht wissen, dass der Bevollmächtigte (nunmehr) nur Handlungen tätigen darf, die nicht gegen die klaren Erbeninteressen verstossen, weil – mit Verweis auf Fn. 142 – durchaus unklar ist, was unter den klaren Erbeninteressen zu verstehen ist.

147 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 38 N 24.

148 BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. 38 N 24.

149 Das Selbstkontrahieren an sich dürfte hingegen vom Vollmachtgeber regelmässig intendiert und damit erlaubt sein.

150 Es sei aber auch hier ein letztes Mal auf Fn. 142 verwiesen bzw. die Frage aufgeworfen, welche Handlungen des Bevollmächtigten innerhalb seiner nunmehr eingeschränkten Vertretungsbefugnis liegen bzw. nicht gegen die klaren Erbeninteressen verstossen.



Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

Herabsetzung gemäss Art. 527 Ziff. 1 ZGB entgehen könnte. Im Ergebnis kann eine solchermaßen getätigte Schenkung faktisch einem Vermächtnis nach Art. 484 ZGB gleichkommen, wobei der Vorteil des Ausrichtens eines «Vermächtnisses» via Vollmacht darin besteht, dass der «Vermächtnisnehmer» für die Ausrichtung seines «Vermächtnisses» nicht auf das Wohlwollen der Erbengemeinschaft bzw. die klageweise Geltendmachung seines obligatorischen Anspruches gegenüber derselben angewiesen ist. Konkret wäre z.B. ein mittels postmortaler Vollmacht ausgerichtetes «Vermächtnis» denkbar, welches der Sicherung des Unterhalts einer ausser-ehelichen Affäre dienen soll – für komplexe Konstellationen ganzer «Nebenfamilien», wie sich der Sachverhalt von ZR 2001 Nr. 42 präsentierte, würden Vollmachten allerdings kaum ausreichen, was auch der dortige Nachlassplaner antizipiert und zur Verwirklichung seines Ziels ausländische Stiftungen gewählt hat.¹⁵¹ Als weitere Ausprägung einer Umgehungsabsicht wäre weiter das Anliegen eines Nachlassplaners vorstellbar, die Erbteilung zu antizipieren und zu vereinfachen, indem er jeden seiner pflichtteilsgeschützten Erben mit einer postmortalen Vollmacht ausstattet, die zu je einem eigenen Konto Zugang verschafft, das über Vermögen in der Höhe des dem einzelnen zustehenden Pflichtteils verfügt. Einer Bevollmächtigung könnte weiter auch die Absicht zugrunde liegen, auf solchem Wege im Ergebnis eine Erbeinsetzung i. S. v. Art. 483 ZGB zu realisieren, die allerdings gegenüber der (form-)richtigen Erbeinsetzung vorgezogen würde, um dem Bevollmächtigten die solidarische Schuldenhaftung sowie die schwerfällige Entscheidungsfindung in der Gesamthandgemeinschaft zu ersparen.

Eine weitere Umgehungsfunktion wird der postmortalen Vollmacht schliesslich bei EMCH ET AL. wie auch bei ERB zugeschrieben, die vermuten, dass mit einer postmortalen Vollmacht die Bestellung eines Willensvollstreckers i. S. v. Art. 517 f. ZGB zu vermeiden versucht werde.¹⁵² Für den Vollmachtgeber stehe in solchen Fällen weniger die Sorge um die ununterbrochene Verwaltung seines Vermögens im Vordergrund als vielmehr die Ernennung eines «besonderen Willensvollstreckers» für ein bestimmtes (den pflichtteilsgeschützten Erben wohl meist unbekanntes und v.a. unbekannt zu bleibendes) Vermögen.¹⁵³ Zwar ist es richtig, dass die postmortale Vollmacht – gerade im Gegensatz zur Willensvollstre-

ckung¹⁵⁴ – von jedem Erben jederzeit widerrufen werden kann (sofern er denn von der Existenz der postmortalen Vollmacht Kenntnis hat) und der postmortal Bevollmächtigte – ebenfalls im Gegensatz zum Willensvollstrecker¹⁵⁵ – die Erben in ihrem Handeln nicht einzuschränken vermag. Die gleiche Wirkung wie mit der Bestellung eines Willensvollstreckers kann mit einer postmortalen Vollmacht allerdings insofern erreicht werden, als beide Institute dazu führen, dass eine vom Erblasser eingesetzte Person angesichts ihrer Vertretungs- und – sofern durch den Nachlassplaner nicht eingeschränkt – Verfügungsmacht mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft handeln kann.¹⁵⁶ Da der Bevollmächtigte im Gegensatz zum Willensvollstrecker¹⁵⁷ keiner Aufsicht untersteht, liegt die Vermutung nahe, dass mit der postmortalen Vollmacht ein der Willensvollstreckung zumindest möglichst nahekommendes Institut angestrebt wird, mit dem von genau dieser fehlenden Kontrolle zu profitieren gesucht wird.

Allen «Umgehungskonstellationen» gemeinsam ist schliesslich die Rechtsfolge: Würde im zu beurteilenden Einzelfall mit einem an sich rechtmässigen Institut – i.c. der (theoretisch nur transmortalen) Vollmacht – tatsächlich ein rechtlich verbotener Zweck – i.c. Verletzung erbrechtlicher Vorschriften – angestrebt, so würde diese rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung die Nichtigkeit der Vollmacht nach sich ziehen.¹⁵⁸

D Stellungnahme

Grundsätzlich teile ich die Auffassung von SCHULTZ-MEISTER, die gegen die scharfe Ablehnung postmortaler Vollmachten anführt, dass es sachlich ungerechtfertigt sei, dieses Rechtsphänomen *in toto* zu missbilligen, während die transmortale Vollmacht als eng verwandte Rechtsfigur als durchaus erlaubte und nicht zu missbrauchende Erscheinung beurteilt werde.¹⁵⁹ Das der postmortalen Vollmacht zugeschriebene Missbrauchspotenzial wird m.E. ausserdem jeweils nur wenig substantiiert: Allein die Tatsache, dass ein Bevollmächtigter einer Bank bereits zu Lebzeiten des Vollmachtgebers bekannt ist, schützt nämlich noch nicht davor, dass dieser Bevollmächtigte bei Wegfall seines Weisungsgebers das ihm

151 Vgl. zur Schilderung des Sachverhalts BREITSCHMID, *successio* 2007, 236.

152 EMCH ET AL. 847; ERB 303.

153 EMCH ET AL. 847.

154 KÜNZLE, Willensvollstrecker, 89.

155 KÜNZLE, Willensvollstrecker, 89.

156 TSCHAUNER 36 f. Für den Willensvollstrecker vgl. KÜNZLE, Willensvollstrecker, 245 ff.

157 KÜNZLE, Willensvollstrecker, 394 ff.

158 EMCH ET AL. 847.

159 SCHULTZ-MEISTER 177.

von der Bank bereits entgegengebrachte Vertrauen nicht erst recht ausnützt. Richtig ist hingegen – und hierin ist den Kritikern zuzustimmen –, dass das Ableben des Vollmachtgebers insofern Missbrauch Vorschub leisten könnte, als ein Ansprechpartner für die Bank mittelfristig wegfällt, wovon ein glaubwürdig auftretender Bevollmächtigter in missbräuchlicher Absicht profitieren könnte. Dieses Problem besteht für die Bank nach dem Ableben ihres Kunden jedoch unabhängig davon, ob sich ein Bevollmächtigter am Schalter als trans- oder postmortale Bevollmächtigter präsentiert. Insofern wendet sich dieses Argument viel eher gegen das auf Vollmachten (egal welcher Art) gestützte Handeln nach dem Tod des Vollmachtgebers als gegen spezifisch postmortale Vollmachten.

Weiter vermag das Argument nicht zu überzeugen, dass Misstrauen allein schon die erst postmortale Bevollmächtigung erwecken soll. Die hierfür angeführte Begründung, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem offenbar nicht derart herzlich sei, dass der Bevollmächtigte schon zu Lebzeiten für den Vollmachtgeber handeln dürfe¹⁶⁰, lässt m.E. ausser Acht, dass eine Bevollmächtigung immer Ausdruck von Vertrauen ist.

Vor allem aber wird ausser Acht gelassen, dass für eine erst postmortale Bevollmächtigung zahlreiche Motive denkbar sind, die nicht in Umgehungsabsichten gründen müssen. Es sei an das in Abschnitt C I. angeführte Beispiel eines langjährigen Konkubinatspaares erinnert, das nach Eheschliessung in fortgeschrittenem Alter schlicht keinen Bedarf hat, Bewährtes – nämlich keine Bevollmächtigung des Partners – zeitlebens zu ändern, allerdings im Hinblick auf einen eintretenden Todesfall in der postmortalen Vollmacht eine Überbrückungslösung sieht. Wer hier alternativ die Bestellung einer Willensvollstreckung vorschlägt, lässt ausser Acht, dass dies den Betroffenen u.U. überfordern kann, Potenzial für Interessenkonflikte birgt oder ganz grundsätzlich für den jeweiligen Nachlass zu weit gehen könnte. Aber auch einem Kontoinhaber, der zeitlebens die Kontrolle über sein Vermögen ausschliesslich autonom wahrnehmen will, dürfen nicht ohne nähere Überprüfung der Umstände bereits Umgehungsabsichten unterstellt werden, wenn er einem seiner Nachkommen eine erst postmortale Vollmacht erteilt.

So erstaunt es denn auch, dass Lehre und Praxis die grundsätzliche Ablehnung des Instituts der postmortalen Vollmacht einer Beurteilung im Einzelfall vorziehen. Zwar ist es durchaus nachvollzieh-

bar und legitim, dass sich Banken vor einem Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung schützen wollen. Eine generell ablehnende Haltung gegenüber postmortalen Vollmachten *in toto* dürfte dann aber m.E. ihren Grund nicht in einer Vernachlässigung des *know-your-customer*-Prinzips haben. Wenn auch den Banken darin beigespflichtet werden kann, dass Vollmachten für sie mit grossen Unsicherheiten und Potenzial für Rechtsstreitigkeiten verbunden sind, so muss gerade angesichts dieses Prinzips daran erinnert werden, dass die Bank ihren Teil beitragen kann zur frühzeitigen Erkennung einer – angesichts des durch den Vollmachtgeber zeitlebens definierten *courant normal* – sich abzeichnenden ungewöhnlichen Transaktion.

Schliesslich kann auch die Kommunikation aufseiten des Vollmachtgebers zahlreiche Missbrauchsvermutungen und -realisierungen frühzeitig verhindern. Würde der Vollmachtgeber die Bank nämlich vorgängig über die erteilte Vollmacht, den Bevollmächtigten, den Kreis der über die Vollmacht in Kenntnis gesetzten Personen sowie seine Beweggründe für die Erteilung der Vollmacht informieren¹⁶¹, ist zumindest denkbar, dass die Bank – vielleicht nach einer zusätzlich persönlichen Begegnung mit dem Bevollmächtigten – der postmortalen Vollmacht nicht mehr mit grundsätzlicher Ablehnung gegenüberstehen würde. Damit würden sich weiter auch die in der Praxis entwickelten Umgehungsversuche¹⁶² des Annahmeverbots postmortaler Vollmachten erübrigen.

Für die Beurteilung im Einzelfall spricht sodann auch die Möglichkeit, die Vollmacht mit Kontrollmechanismen zu flankieren: Eine postmortale Vollmacht, die als Kollektivvollmacht erteilt worden ist, würde möglicherweise eine nähere Betrachtung genauso verdienen, wie ein vom Vollmachtgeber zusätzlich eingesetzter Willensvollstrecker, der über den Gebrauch der postmortalen Vollmacht wacht.

161 So offenbar auch geschehen im Sachverhalt, der BGer, Urteil 6B_582/2014 vom 7.1.2015, zugrunde lag, vgl. E. 3.3.

162 Vgl. EMCH ET AL. 851, wo beschrieben wird, dass das Annahmeverbot z.B. durch Übergabe eines verschlossenen Couverts, das gemäss Instruktion des Kunden erst bei seinem Tod geöffnet werden soll und eine Vollmacht oder einen Auftrag enthält, zu umgehen versucht wird. Bei ERB ist sodann nachzulesen, dass gelegentlich eine Bankvollmacht über den Tod hinaus erteilt wird mit der Anordnung an die Bank, das Konto sei bezüglich Verfügungen des Bevollmächtigten zu Lebzeiten des Vollmachtgebers gesperrt zu halten, was allenfalls sogar mit einer entsprechenden (Verzichts-)Erklärung des Bevollmächtigten verbunden ist, er werde von seiner Vollmacht zu Lebzeiten des Vollmachtgebers keinen Gebrauch machen (ERB 298).

160 Vgl. DE CAPITANI 71.



Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

Genauso wie mich die grundsätzliche Ablehnung der postmortalen Vollmacht nicht vollends überzeugt, zweifle ich allerdings auch daran, dass die – obwohl in der Praxis sehr verbreitete – transmortale Vollmacht so viel weniger Anlass zu Bedenken geben soll. Nicht nur ruft hier KÜNZLE zu Recht in Erinnerung, dass die transmortale Vollmacht aufgrund des jederzeit möglichen Widerrufs durch die Erbengemeinschaft ein untaugliches Instrument der Nachlassplanung darstelle¹⁶³, auch sieht sich eine Bank spätestens mit dem Ableben des Vollmachtgebers mit denselben soeben dargelegten Fragen konfrontiert, die sich ihr auch im Umgang mit postmortalen Vollmachten stellen. Die transmortale Vollmacht ist daher nach meiner Auffassung der postmortalen Vollmacht gleichzustellen, zumal sie dieselben Gefahren birgt bzw. dieselben Chancen bietet.

Ich komme entsprechend zum Schluss, dass statt einer pauschalen Ablehnung über eine differenzierte(re) Betrachtungsweise nachzudenken wäre: In Anlehnung an die Einleitung von ERB zur Zulässigkeit der postmortalen Vollmacht im Bankverkehr¹⁶⁴ wäre m.E. dahingehend zu differenzieren, dass die postmortale Vollmacht nicht wegen möglicher Umgehungsgefahren *in toto* abzulehnen ist, sondern dass sie – bzw. genauer: eine transmortale Vollmacht mit verstecktem postmortalen Charakter¹⁶⁵ – bloss *im Einzelfall* wegen *tatsächlicher* Umgehung erbrechtlicher Normen nichtig sein kann. Darüber hinaus erscheint es mir fraglich, ob das Bedürfnis der Bank nach Absicherung im Hinblick auf Sorgfaltspflichtverletzungen stärker zu gewichten ist als das Bedürfnis des Nachlassplaners, von einem rechtlich zulässigen Institut im Rahmen einer Nachlassplanung, die frei ist von Intentionen rechtsmissbräuchlicher Gesetzesumgehung, Gebrauch machen zu können.

Zusammenfassende Schlussbetrachtung

Der vorliegende Beitrag hat sich zum Ziel gesetzt, trans- und postmortale Vollmachten daraufhin zu untersuchen, ob sie sich als Instrument zur Erreichung des mit ihnen angestrebten Zwecks der Fortführung des *courant normal* nach dem Tod eignen. Nachdem die Eigenheiten trans- und postmortaler Vollmachten im Hinblick auf ihre Errichtung, ihr

Erlöschen und die Stellung des Bevollmächtigten insbesondere nach Ableben des Vollmachtgebers Gegenstand der Darstellungen in den Teilen A und B bildeten, wurden in Teil C die Erscheinungsformen trans- und postmortaler Vollmachten auf deren tatsächliche Bedeutung im Rahmen der Nachlassplanung untersucht. Die dortigen Ausführungen haben allerdings gezeigt, dass zahlreiche Faktoren dazu führen, dass der praktische Anwendungsbereich transmortaler und postmortaler Vollmachten im Rahmen der Nachlassplanung nur sehr beschränkt ist: (1) Postmortalen Vollmachten steht man aufgrund ihres Missbrauchspotenzials wie auch ihrer Prädisposition als Instrument zur Umgehung formeller und materieller erbrechtlicher Bestimmungen grundsätzlich mit grosser Skepsis gegenüber, und gerade von Banken werden sie teilweise gar nicht akzeptiert. (2) Ist der Bank die Erbengemeinschaft bekannt, wird sie bei dieser zwecks Absicherung im Hinblick auf den Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung die Zustimmung zur Ausführung einer vom Bevollmächtigten gewünschten Transaktion einholen, was die Intention des Vollmachtgebers u.U. unterläuft. (3) Postmortale Vollmachten laufen Gefahr einer Ungültigerklärung, wenn der Vollmachtgeber nicht weiss oder absichtlich ausser Acht lässt, dass die postmortale Vollmacht nach h.M. als formbedürftiges Rechtsgeschäft von Todes wegen qualifiziert wird und somit die entsprechenden Formvorschriften von Art. 498 ff. ZGB zu beachten sind. (4) Sobald auch nur ein Mitglied der Erbengemeinschaft oder aber ein möglicher Willensvollstrecker, Erbenvertreter oder Erbschaftsverwalter Kenntnis von einer trans- oder postmortalen Vollmacht hat, darf davon ausgegangen werden, dass sie das ihnen zwingend und jederzeit zustehende Widerrufsrecht ausüben werden. Da die Existenz einer solchen Vollmacht allerdings meist nicht bzw. erst zu spät bekannt wird, könnte die so «gewonnene» Zeit dem Bevollmächtigten zwar noch zur Realisierung des der Vollmacht zugedachten inoffiziellen Zwecks dienen. Trotzdem reicht dem Nachlassplaner angesichts des Widerrufsrechts eine Vollmacht nicht, wenn er der Erbengemeinschaft seinen Willen verbindlich aufzwingen möchte.

Diese Erkenntnisse führten entsprechend zum Schluss, dass der Bedeutung postmortaler Vollmachten im Rahmen der Nachlassplanung starke Grenzen gesetzt sind durch die in der Praxis ihr gegenüber vorherrschende Skepsis oder gar die verbreitete Verweigerung ihrer Annahme. Aber auch der Anwendungsbereich transmortaler Vollmachten als Instrument der Nachlassplanung ist aufgrund des jederzeitigen Widerrufsrechts sowie der nach dem Ableben des Vollmachtgebers bei ihr gleicher-

163 KÜNZLE, SJZ 2000, 493.

164 Vgl. ERB 302.

165 Vgl. hierzu die Ausführungen in Abschnitt C III, die gezeigt haben, dass sich eine Umgehung erbrechtlicher Normen theoretisch nur durch eine transmortale Vollmacht erreichen lässt, welche den intendierten postmortalen Charakter zu verstecken versucht.

massen auftretenden Unsicherheiten beschränkt. So eignen sich denn transmortale Vollmachten vorwiegend zur Beendigung laufender Geschäfte bzw. zur Überbrückung der u.U. langen Phase bis zur Legitimation der Erbengemeinschaft. Die in der abschliessenden Stellungnahme vertretene Gegenposition in Form von Kritik an der pauschalen Ablehnung postmortaler Vollmachten trotz deren Zulässigkeit sowie die infolgedessen vertretene Anregung zur differenziert(er)en Beurteilung im Einzelfall vermögen an der Akzeptanz und Verwendung trans- und postmortaler Vollmachten in der Praxis wohl nur wenig zu ändern.

Literaturverzeichnis

ABEGG PHILIPP/GEISSBÜHLER ALEX/HAEFELI KURT/HUGGENBERGER ERIC, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

AEBI-MÜLLER REGINA E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007.

AEPPLI OSWALD, Im Hinblick auf den Tod des Bankkunden abgeschlossene Depotverträge, SJZ 1948, 33 ff.

ARROYO MANUEL, Kein Erlöschen der Vollmacht mit Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers bei vorgängiger Vereinbarung ihres Weiterbestehens – Urteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, ZBJV 2005, 620 ff.

AUBERT MAURICE, Procuration encore valable après décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client à l'égard des héritiers, Semaine Judiciaire 1991, 285 ff.

BAUEN MARC/ROUILLER NICOLAS, Schweizer Bankkundengeschäft, Einführung für Bankkunden und ihre Berater, Bankkonto – Bankverträge – Bankgeheimnis – Private Banking – E-Banking, Zürich 2010.

BENGEL MANFRED/DIETZ FLORIAN, 1. Kapitel: Das Amt des Testamentsvollstreckers, in: Bengel Manfred/Reimann Wolfgang (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., München 2013, 1 ff.

BÖCKLI ALFRED, Die vererbliche Vollmacht, SJZ 1922/23, 145 ff.

BREITSCHMID PETER, Das Bankkonto im Erbgang – Probleme rund um die Vermögensverwaltung vor und nach dem Tod, successio 2007, 220 ff.

BREITSCHMID PETER, Vorbemerkungen zu Art. 467–536 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015. (Zitiert: BSK ZGB II-BREITSCHMID Vorbemerkungen zu Art. 467–536 N [x])

BREITSCHMID PETER/MATT ISABEL, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung, Insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, successio 2010, 85 ff.

BREITSCHMID PETER/MATT ISABEL, Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.), Pfliegerrecht 2012, 223 ff.

BRETTON-CHEVALLIER CLAUDE/NOTTER MÉGEVAND, La banque face aux demandes de renseignements des héritiers, Aspects contractuels, successoraux et de droit international privé, not@lex 2011, 121 ff.

BRUNNER GENEVIÈVE, Der Tod des Bankkunden, Rechtsprobleme bei der Vererbung der Bankbeziehung aus schweizerischer Sicht, Zürich/Basel/Genf 2011 (= Diss. St. Gallen 2010) (= Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht Bd. 9).

CHAPPUIS CHRISTINE, Kommentierung zu Art. 35 OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012. (Zitiert: CR CO I-CHAPPUIS Art. 35 N [x])

CHRIST BERNHARD/EICHNER MARK, Kommentierung zu Art. 517 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015. (Zitiert: PraxKomm-CHRIST/EICHNER Art. 517 N [x])

DE CAPITANI WERNER, Vorkehren im Hinblick auf den Tod des Bankkunden, in: Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bern 1976 (= Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 36), 67 ff.

DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002.



Transmortale und postmortale Vollmachten als Instrumente der Nachlassplanung?

EMCH URS ET AL., Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011.

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2. Aufl., Bern 1997.

ERB FELIX, Die Bankvollmacht, Zürich 1974 (= Diss. Freiburg i.Ü. 1974).

GEISER THOMAS, Über den Tod hinaus wirksame Vollmacht und wirksamer Auftrag, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (Lugano) (Hrsg.), Temi scelti di diritto ereditario, atti della giornata di studio del 16 ottobre 2000, Basel 2002, 21 ff.

GRUNEWALD BARBARA, Die Verwendung post- und transmortaler Vollmachten zum Nachteil des Erben, ZEV 2014, 579 ff.

HAMM MICHAEL/FLURY ROBERT, Zuwendungen im Todesfall, Wie können die Verfügungsfreiheit erweitert und die Gefangenschaft in der Erbengemeinschaft vermieden werden?, Der Schweizer Treuhänder 2002, 33 ff.

JUNG PETER, Kommentierung zu Art. 192 OR 2020, in: Huguenin Claire/Hilty Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich/Basel/Genf 2013.

KARRER MARTIN/VOGT NEDIM PETER/LEU DANIEL, Kommentierung zu Art. 517 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015. (Zitiert: BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU Art. 517 N [x])

KRUG WALTER, Die Besonderheiten des Erbprozesses im Schiedsverfahren und das Schiedsverfahren aus der Sicht des Nachlassgerichts, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Schiedsgerichte in Erbsachen, Referate des Weiterbildungsseminars des Vereins Successio an der Universität Zürich vom 29. Juni 2011, Zürich/Basel/Genf 2012 (= Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht Bd. 10), 33 ff.

KÜNZLE HANS RAINER, Estate planning – vom Erbrecht zur umfassenden Erbschaftsplanung, SJZ 2000, 485 ff.

KÜNZLE HANS RAINER, Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht, Zürich 2000 (= Habil. Zürich 1998) (= Schweizer

Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht Bd. 1). (Zitiert: KÜNZLE, Willensvollstrecker)

KÜNZLE HANS RAINER, Business Succession Planning, in: Weber Peter Johannes/Weber Marc/Seitz Riccardo/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Liber discipulorum et amicorum, Festschrift für Prof. Dr. Kurt Siehr zum 65. Geburtstag, Zürich 2001 (= Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht Bd. 2), 127 ff. (Zitiert: KÜNZLE, Business Succession Planning)

KÜNZLE HANS RAINER, Beginn und Ende der Willensvollstreckung, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Referate der Weiterbildungsseminare an der Universität St. Gallen vom 7. September 2004 und 1. September 2005, Zürich 2006 (= Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht Bd. 8), 19 ff. (Zitiert: KÜNZLE, Beginn und Ende)

KÜNZLE HANS RAINER, (Deutsche) Testamentsvollstreckung und (schweizerische) Willensvollstreckung, successio 2010, 224 ff.

KÜNZLE HANS RAINER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Teil, Die Willensvollstrecker, Art. 517–518 ZGB, Bern 2011. (Zitiert: BK-KÜNZLE Art. [y] N [x])

KÜNZLE HANS RAINER, Einleitung, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015. (Zitiert: KÜNZLE, Einleitung PraxKomm)

KUT AHMET, Kommentierung zu Art. 32–35 OR, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016. (Zitiert: CHK-KUT Art. [y] N [x])

OEXL OLIVER, Praktische Probleme der Vermögensverwaltung und Nachlassplanung aus der Sicht des Bankjuristen, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Bern 2005 (= Berner Bankrechtstag Bd. 11), 13 ff.

OSER HUGO, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929. (Zitiert: ZK-OSER Art. [y] N [x])

- PAMP RÜDIGER, Das «abgeräumte Bankkonto» – Vollmachtsgebrauch und Beweislastfragen (Teil 1), *ErbR* 2013, 194 ff.
- PAPENMEIER THOMAS, Transmortale und postmortale Vollmachten als Gestaltungsmittel, Bonn 2013 (= Diss. Leipzig 2012).
- PIOTET PAUL, Un des héritiers ou autres communistes peut-il révoquer la procuration donnée par tous?, *SJZ* 1994, 1 ff.
- REIMANN WOLFGANG, Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228, in: Baldus Christian (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5: Erbrecht, Abschnitt 3: Testament, Titel 6: Testamentsvollstrecker, 16. Aufl., Berlin 2016. (Zitiert: STAUDINGER-REIMANN, Vorbemerkungen zu §§ 2197–2228 N [x])
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kommentierung zu Art. 360 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014. (Zitiert: BSK ZGB I-RUMO-JUNGO Art. 360 N [x])
- SCHMID JÖRG, Vollmachten und Vorsorgeauftrag, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlassenteilung, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 27. August 2013 in Zürich und vom 12. September 2013 in Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2014, 259 ff.
- SCHULTZ-MEISTER CHARLOTTE-ELISABETH, Die Vollmacht über den Tod hinaus nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1960.
- SEIF ULRIKE, Die postmortale Vollmacht, *AcP* 2000, 192 ff.
- STÖCKLI BEAT, Die Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Zürich 2008 (= Diss. St. Gallen 2007) (= Schweizer Schriften zum Bankrecht Bd. 86).
- STOLL DANIEL, Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?, *successio* 2013, 35 ff.
- TRAPP ANDREAS, Die post- und transmortale Vollmacht zum Vollzug lebzeitiger Zuwendungen, *ZEV* 1995, 314 ff.
- TRIMBORN VON LANDENBERG DIETER, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, Widerruf, Auskünfte und Rechtsverfolgung, 2. Aufl., Bonn 2012.
- TSCHAUNER HEIKO, Die postmortale Vollmacht, München 2000 (= Diss. München 2000) (= Münchener Juristische Beiträge Bd. 11).
- WATTER ROLF, Kommentierung zu Art. 32–35 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011. (Zitiert: 5. Aufl. BSK OR I-WATTER Art. [y] N [x])
- WATTER ROLF, Kommentierung zu Art. 32–35 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015. (Zitiert: BSK OR I-WATTER Art. [y] N [x])
- WOLF STEPHAN, Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, insbesondere aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Bern 2005 (= Berner Bankrechtstag Bd. 11), 59 ff.
- WOLF STEPHAN, Kommentierung zu Art. 602 ZGB, in: Wolf Stephan/Eggel Martin, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014. (Zitiert: BK-WOLF Art. 602 N [x])
- WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Kommentierung zu Art. 31 PartG, in: Geiser Thomas/Gremper Philipp (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2007. (Zitiert: ZK PartG-WOLF/GENNA Art. 31 N [x])
- WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, Teilband 1, Basel 2012 (= Schweizerisches Privatrecht Bd. IV/1). (Zitiert: WOLF/GENNA, SPR IV/1)
- ZÄCH ROGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, Bern 1990. (Zitiert: BK-ZÄCH Art. [y] N [x])
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. Aufl., Bern 2014. (Zitiert: BK-ZÄCH/KÜNZLER Art. [y] N [x])
- ZOBL DIETER, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb- und Schuldrecht, *AJP* 2001, 1007 ff.



Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017)¹

Hans Rainer Künzle²

Vorbemerkung: Die nachfolgend zitierten Gerichtsentscheide sind auch bei «successio online» (www.successio.ch) in der Rubrik «Entscheide»/«Bundesgericht» bzw. «Kantonale Gerichte» abrufbar.

Inhaltsübersicht

- A. Literatur
- B. Nacherbschaft (Art. 490 ff. ZGB)
- C. Ernennung (Art. 517 ZGB)
- D. Annahme durch den Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB)
- E. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)
- F. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)
- G. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)
- H. Herabsetzungsklage (Art. 527 ff. ZGB)
- I. Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB)
- J. Mitteilung der letztwilligen Verfügung (Art. 558 ZGB)
- K. Öffentliches Inventar (Art. 580 ff. ZGB)
- L. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 und 595 Abs. 3 ZGB)
- M. Aufsicht über Rechtsanwälte (Art. 12 f. BGFA)
- N. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)
- O. Schätzungsverfahren (Art. 618 ZGB)
- P. Erbteilung (Art. 634 ZGB)
- Q. Haftung (–)
- R. Besitz (Art. 919 ZGB)
- S. Internationales Privatrecht (IPRG)
- T. Steuern
- U. Prozessrecht (BGG/ZPO)
- V. Schiedsgerichtsbarkeit
- W. Betreuung (SchKG)
- X. Strafrecht (StGB)
- Y. Strafprozessrecht

-
- 1 Ausführliche und ergänzte Fassung des Vortrags, welcher am 12. Schweizerischen Erbrechtstag vom 31. August 2017 (organisiert vom Verein Successio [www.verein-successio.ch]) an der Universität Zürich gehalten wurde; zu früheren Updates siehe Hans Rainer Künzle, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2015-2016, successio 11 (2017) 21–44; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2014–2015, successio 10 (2016) 26–43; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2013–2014, successio 9 (2015) 123–137; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2012-2013, successio 8 (2014) 120-139; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2011–2012, successio 7 (2013) 23–34; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2010–2011, successio 5 (2011) 270-280; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2009-2010, successio 4 (2010) 281-293; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2008–2009, successio 3 (2009) 267–280; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2007-2008, successio 2 (2008) 299–308; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2006-2007, successio 1 (2007) 248–258; ders., Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung, successio 1 (2007) 42–48; ders., Einleitung – Aktuelle Gerichtspraxis zur Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, 1–17; ders., Einleitung – Aktuelle Gerichtspraxis zur Willensvollstreckung, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zürich 2004, 1-17.
 - 2 Prof. Dr. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Zürich (www.rwi.uzh.ch/lehre/forschung/tp/tit-kuenzle.html), Partner von KENDRIS AG, Wengistrasse 1, 8004 Zürich (www.kendris.com).

A. Literatur

In der Berichtsperiode sind viele Monografien³ und Aufsätze⁴ erschienen, welche sich mehr oder

- 3 Vgl. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/STEFAN WOLF/MARC AMSTUTZ/ROLAND FANKHAUSER, Orell Füssli Kommentar zum ZGB, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK-Bearbeiter); Hans Rainer Künzle (Hrsg.), 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, Zürich 2017 (Band 13 Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht); JASMIN MALLA, Willensvollstrecker und Erben im Steuerrecht, Diss. Zürich, Zürich 2016; BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeitsklage, Zürich 2017; EMIL W. STARK/BARBARA LINDENMANN, Berner Kommentar zu Art. 919–941 ZGB, 4. A., Bern 2016; THOMAS SUTTER-SOMM/Franz Hasenböhler/CHRISTOPH LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016.
- 4 Vgl. BALTHASAR BESSENICH, Zur Bewertung von Nachlassregelungen – methodische Hinweise, *successio* 11 (2017) 143–147; PETER BREITSCHMID, Behördliche Aufsicht über Willensvollstrecker, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 235–277; BENOÎT CHAPPUIS, La profession d’avocat, in: Tome 1: Le cadre légal et les principes essentiels, 2. A., Zürich 2016; FABIENNE ELMIGER, Teilungsgrundsätze und Teilungsregeln – unter besonderer Berücksichtigung von Ausgleichszahlungen, *successio* 11 (2017) 108–124; ANDREW G. GARBARSKI, Le lésé et la partie plaignante dans la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral, *SJ* 139 (2017) II 125–149; MARC’ANTONIO ITEN, Vom Schwarzen Peter im Erbrecht: Haftet der Nachlass, die überlebende Ehegattin, der Willensvollstrecker oder haften die Erben, *TREX* 2017, 76–81; MARTIN KARRER, Die Absetzung des Willensvollstreckers – 5D_136/2015, *successio* 10 (2016) 310–313; DERS., Willensvollstrecker, Haftung, *successio* 11 (2017) 54–64; DERS., Willensvollstreckerhonorar sowie Forderung, *successio* 11 (2017) 155–158; HANS RAINER KÜNZLE, Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Festschr. Thomas Sutter-Somm, hrsg. v. Roland Fankhauser et al., Zürich 2016, S. 933–950 (zit. Aufsicht); DERS., Ausländische Vollstrecker in der Schweiz / Der Willensvollstrecker im Ausland, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 37–66 (zit. Vollstrecker); DANIEL LEU, Aufgaben und Befugnisse des Willensvollstreckers in der Erbteilung: Länderbericht Schweiz, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2017, S. 143–172; FRANÇOIS LOGOZ, La délivrance de legs par l’exécuteur testamentaire, in: *Journée de droit successoral* 2017, hrsg. v. Paul-Henri Steinauer et al., Bern 2017, S. 149–179; THOMAS M. MAYER, Trust und schweizerisches Erbrecht, *successio* 11 (2017) 159–173; ERNST STAEHELIN, Ausreisser? Ausreisser!, *Anwaltsrevue* 19 (2016) 393–396; RENÉ STRAZZER, Die Vergütung des Willensvollstreckers – Länderbericht Schweiz, in: 1. Schweizerisch-deutscher Testamentsvollstreckertag, hrsg. v. Hans Rainer Künzle Zürich 2017, S. 105–127; STEPHAN WOLF/SIBYLLE HOFER/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/REGINA

weniger mit dem Willensvollstrecker befassen und jeweils im Sachzusammenhang behandelt werden. Daneben wurde das Thema auch an Seminaren behandelt.⁵

B. Nacherbschaft (Art. 490 ff. ZGB)

a) Das Zürcher Obergericht hat sich im Urteil PF160029 vom 19.09.2016 mit den Kosten des Nacherbschaftsinventars befasst, welche vom Nachlass bezogen wurden und gegen welche eine Willensvollstreckerin Beschwerde führte (Reduktion von CHF 10000 auf CHF 7000). Das Gericht hat sich nicht zur Legitimation der Willensvollstreckerin geäußert. Da es sich um eine Nachlass-Schuld handelt,⁶ war die *Willensvollstreckerin berechtigt, Beschwerde zu führen*.⁷

C. Ernennung (Art. 517 ZGB)

a) Im Urteil HC/2016/802 des Kantonsgerichts Waadt vom 30.08.2016 war die *Ernennung von «Me. L., Notaire»* als Willensvollstrecker auszulegen. Die Ernennung wurde infrage gestellt, weil Herr L. im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers bereits pensioniert war. Das Gericht hielt die Ernennung aber für gültig mit der Begründung, Herr L. sei zum «notaire honoraire» ernannt worden.⁸ Im Ergebnis

AEBI-MÜLLER, Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorwurf des EJPD, *AJP* 25 (2016) 1419–1429; STEPHAN WOLF/RICARDO BRAZEROL, Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch das Gericht, *AJP* 25 (2016) 1430–1443.

- 5 Vgl. INGRID JENT SØRENSEN/THOMAS ENGLER, Willensvollstreckeraufsicht, ZAV Fachgruppe vom 20.09.2016 (unveröffentlicht); HANS RAINER KÜNZLE, Nachlassverwaltung durch Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter und Erbenvertreter, St. Galler Erbrechtstag vom 29.6.2016 (unveröffentlicht; zit. Erbrechtstag); CHRISTINE ZEMP GSPONER, Überlegungen zur Dauerwillensvollstreckung (aus der Praxis), ZAV Fachgruppe Erbrecht vom 20.09.2016 (unveröffentlicht).
- 6 Vgl. MANUEL LIATOWITSCH, Kommentar zu Art. 487–492a ZGB, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. *PraxKomm-LIATOWITSCH*), Art. 490 ZGB N 11.
- 7 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker (Art. 517–518 ZGB), Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517–518 ZGB N 113 mit dem Hinweis auf die Kosten des amtlichen Inventars in *BJM* 1190, 329.
- 8 Vgl. *JdT* 2016 III 182 = *Not@lex* 2017, 77: «La désignation comme exécuteur testamentaire d’un notaire en



wird mit diesem Entscheid die von STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER⁹ und MIR¹⁰ vertretene Meinung unterstützt, dass die Pensionierung eines Notars nicht zur Ungültigkeit seiner Ernennung führe (Kritik an BGer. 5A_644/2015 vom 24.11.2015). Mit DENIS PIOTET ist allerdings anzufügen, dass die Begründung des Kantonsgerichts Waadt nicht überzeugt.¹¹ Der Notar ist nicht wegen seiner Ernennung als «notaire honoraire» weiter geeignet, eine Willensvollstreckung durchzuführen, sondern weil er seine beruflichen Fähigkeiten mit der Pensionierung nicht abgegeben hat und weil man bei einer Willensvollstrecker-Ernennung auch auf die Person und nicht nur auf die berufliche Position abstellt.

b) Das Obergericht Zürich hat im Urteil LF150059 (60 und 61) vom 19.12.2016 die Tatsache, dass in einem späteren Testament, welches den ganzen Nachlass regelte und keine Willensvollstrecker-Ernennung enthielt, einen *Widerruf des im früheren Testament ernannten Willensvollstreckers* gesehen (E. 5.3). Diesem Entscheid ist zustimmen.¹² Zu bemerken ist, dass es in der Praxis oft nicht einfach zu beurteilen ist, ob ein späteres Testament das frühere vollständig oder nur teilweise ersetzt. In letzterem Fall muss durch Auslegung festgestellt werden, ob und in welchem Umfang ein Widerruf der (früher angeordneten) Willensvollstreckung vorliegt. Dazu der nachfolgende Fall.

c) Das Obergericht Zürich hatte im Urteil LF160073 vom 28.12.2016 die Einsetzung von *zwei Willensvollstreckern in zwei zeitlich sich folgenden letztwilligen Verfügungen* zu beurteilen: A wurde im Erbvertrag vom 20.07.2000 eingesetzt und B im Testament vom 26.07.2010, welches die Erbfolge teilweise neu regelte (E. 3.1). Zunächst wurden zwei beschränkte Willensvollstreckerbescheinigungen ausgestellt. Nachdem sich die Willensvollstrecker im Beschwerdeverfahren auf die gemeinsame Führung des Mandates geeinigt hatten, wurden zwei umfas-

sende Willensvollstreckerbescheinigungen für gemeinsames Handeln ausgestellt (Erw. 3.3). Das ist auf den ersten Blick eine pragmatisch gute Lösung des Falles. Ich habe allerdings Zweifel, ob sie mit dem geltenden Recht vereinbar ist.¹³ Die Ernennung des Willensvollstreckers kann nach geltendem Recht einzig vom Erblasser angeordnet und weder von der Aufsichtsbehörde noch von den Willensvollstreckern beeinflusst werden.¹⁴ Deshalb hätte m.E. das Gericht die beiden letztwilligen Verfügungen des Erblassers auslegen müssen. Zu welchem Ergebnis das geführt hätte, ob zu einer Tätigkeit der zwei Willensvollstrecker in zwei Teilbereichen oder zum Widerruf der Ernennung von A., kann mangels Sachverhaltsangaben nicht beurteilt werden.

d) In der Praxis wurde mir die Frage gestellt, ob es Sinn mache, einen *Willensvollstrecker nur unter der Bedingung einzusetzen*, dass die Erben den Nachlass innert einer bestimmten Frist (z.B. innert 6 oder 12 Monaten) nach dem Ableben des Erblassers nicht geteilt oder die von ihm angeordneten Vermächtnisse nicht ausbezahlt haben.¹⁵ Eine bedingte Einsetzung ist zulässig,¹⁶ m.E. aber wenig sinnvoll, weil der Willensvollstrecker den Vollzug eines Vermächtnisses nicht beschleunigen kann, wenn sich

indiquant sa qualité reste pertinente lorsque ce notaire cesse son activité ministérielle et reçoit le titre de notaire honoraire» (Leitsatz).

9 Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MÉLANIE BÜRKI, *Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahre 2015*, AJP 25 (2016) 515 ff.

10 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 22 f.

11 DENIS PIOTET/MATTHIEU VERNAZ, *Chronique de jurisprudence civile*, not@lex 2017, 77: Le titre de «notaire honoraire» n'a aucune portée officielle et ne fait que de témoigner d'un arrêt des fonctions notariales.

12 Ebenso BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 17, mit Verweis auf ZR 84 (1985) Nr. 12 und RBOG 1981 Nr. 6.

13 Im Rahmen der Erbrechtsrevision wird diskutiert, dass der Willensvollstrecker einen Nachfolger ernennen können soll (Vernehmlassung Kantone, Kanton St. Gallen, S. 6 f.). Die Ernennung eines Mit-Vollstreckers ist aber (anders als in § 2199 Abs. 2 BGB, siehe dazu WOLFGANG REIMANN, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Erbrecht, §§ 2197–2228 BGB [Testament 2 – Testamentsvollstreckung], Berlin 2016, § 2199 BGB N 12–15) – nicht vorgesehen, obwohl auch eine solche Öffnung ernsthaft zu überlegen wäre, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 22.

14 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 17 und 20.

15 Möglicher Text: «Der Willensvollstrecker tritt sein Amt innert 6 (12) Monaten nach meinem Ableben an, sofern meine Erben den Nachlass bis dann nicht geteilt und die von mir angeordneten Vermächtnisse ausbezahlt haben. Es ist an meinen Erben, der zuständigen Behörde gegenüber zu erklären, dass im vorbestimmten Zeitraum die Erbteilung erfolgt ist. Ansonsten soll die zuständige Behörde den von mir bezeichneten Willensvollstrecker einsetzen und ihm die dazu notwendigen Zeugnisse ausstellen».

16 Vgl. MARTIN KARRER/NEDIM PETER VOGT/DANIEL LEU, *Kommentar zu Art. 517–518, Art. 551–559 und Art. 580–597 ZGB*, in: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt und Thomas Geiser, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-KARRER/VOGT/LEU), Art. 517 ZGB N 4; BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 17 mit Verweis auf ZR 66 (1967) Nr. 100.

die (schuldenden) Erben und der Vermächtnisnehmer streiten,¹⁷ und weil der Willensvollstrecker die Erben nicht zur Teilung zwingen kann¹⁸ und diese – um seinen Einsatz zu verhindern – die Erben-gemeinschaft in eine einfache Gesellschaft über-führen können.¹⁹

e) ZEMP GSPONER behandelte in einer Weiterbil-dungsveranstaltung des Zürcher Anwaltsverbandes die Dauer-Vollstreckung und die *Willensvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft*. Sie führt aus, dass die Willensvollstreckung «nach – umstritte-ner – Lehre (ZK-ESCHER, PIOTET) nur für eine Erbengeneration möglich, somit bei Vor- Nacherben-einsetzung nur zulässig für Vorerbschaft»²⁰ sei. Die Aussage, dass eine Dauervollstreckung maximal so lange dauern dürfe, wie ein (davon betroffener) Erbe lebt, ist herrschende Meinung.²¹ Wenn der Erblasser den Vorerben (statt mit einer Abwick-lungs-Vollstreckung) (soweit zulässig)²² mit einer Dauervollstreckung belastet, kann er damit sicher-stellen, dass von der Vorerbschaft auch noch etwas für den Nacherben übrig bleibt. Wie die Nacherb-schaft eine zweite letztwillige Verfügung des Erb-lassers ist, ist die Willensvollstreckung bezüglich der Nacherbschaft auch eine separate Ernennung (und keine [unzulässige] Fortsetzung der Willens-vollstreckung über die Vorerbschaft),²³ selbst wenn man die gleiche Person dafür einsetzt. Deshalb ist die Willensvollstreckung über eine Nacherbschaft (wie im deutschen Recht²⁴ und anders als oben an-gegeben) zulässig.²⁵ In der Praxis äussert sich der Erblasser häufig nicht klar dazu, ob er den Willens-vollstrecker (welcher ohne besondere Anordnung

ein Abwicklungs-Vollstrecker ist)²⁶ nur für die Vor-erbschaft oder auch für die Nacherbschaft ernenen will.²⁷ In solchen Fällen schlägt BREITSCHMID vor, dass die Ernennung nur für die Vorerbschaft gelten soll, weil eine Ernennung für die Nacherb-schaft leicht zu Konflikten mit dem Willensvollstreck-er des Nacherben führen kann.²⁸ Ich habe diese Ansicht im Berner Kommentar übernommen.²⁹ Wenn man allerdings bedenkt, dass der Vorerbe nicht über diesen Teil seines Vermögens verfügen kann, und der Willensvollstrecker des Vorerben für das Nacherbschaftsvermögen nicht zuständig ist und sich die Nacherben somit selbst um dieses Ver-mögen kümmern müssen, entspricht dies kaum dem (vermutlichen) Willen des (ursprünglichen) Erb-lassers. Er hat den Willensvollstrecker vielmehr für alle seine Verfügungen eingesetzt und nicht nur für einen Teil davon. Deshalb schlage ich vor, dass ohne besondere Anordnung des Erblassers in einem Tes-tament, welches Vor- und Nacherbschaft vorsieht, der Willensvollstrecker sowohl die Abwicklung der Vorerbschaft als auch der Nacherbschaft durchfüh-ren soll.³⁰

D. Annahme durch den Willens-vollstrecker (Art. 517 ZGB)

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_701/2016 vom 06.04.2017³¹ mit der Annahme des Mandates durch den Willensvollstrecker befasst. H hat für die B GmbH am 06.12.2015 um *Fristverlängerung* ge-beten, weil er seinen Mit-Gesellschafter zuerst fra-gen möchte, bevor er sich äussere. Am 23.12.2015 erklärte H im Namen der B GmbH die Annahme. Das Bundesgericht bemängelte, dass H nur kollek-tiv zeichnungsberechtigt sei und deshalb seine An-nahme nicht gültig erfolgt sei (E. 3.3). Es hielt zu-dem fest, dass (anders als nach Gesetz vorgesehen)

17 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 291 f.; vgl. zu dieser Problematik auch hinten, E. g).

18 Der Willensvollstrecker kann weder die Teilungsklage einreichen, noch einen eigenen Teilungsplan vollziehen, sondern den Erben nur Teilungsvorschläge machen, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 319 ff., 322 ff. und 302 ff.

19 Vgl. dazu LORENZ BAUMANN, *Geteilt – oder noch nicht geteilt?*, *successio* 9 (2015) 105; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 10 (2016) 33.

20 ZEMP GSPONER (Fn. 5), Folie 6.

21 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 51 mit Verweis auf BGE 51 II 49.

22 Vgl. dazu BGer. 5A_914/2013 vom 04.04.2014; KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 128.

23 Ebenso KGer. SG BE.2014.1 vom 12.06.2014.

24 Vgl. dazu REIMANN (Fn. 13), § 2205 BGB N 225 ff.

25 Ebenso PETER BREITSCHMID, *Willensvollstreckung und Nacherbschaft*, in: *Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme* (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, S. 67 ff.

26 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 2 und Art. 517–518 ZGB N 55.

27 Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Erblasser einen Vorerben und einen Nacherben bestimmt und anschliessend (wie üblich) schreibt: «Als Willensvollstreck-er ernenne ich X.»

28 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 25), S. 68.

29 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 56.

30 Im BGB unterscheidet man anders die Testamentsvoll-streckung bezüglich der Nacherbschaft, welche schon mit dem Vorerbfall, und diejenige, welche erst mit dem Nacherbfall beginnt (§ 2222 BGB; siehe dazu REIMANN [Fn. 13], § 2222 BGB N 9).

31 Fallgeschichte: OGer. ZH LF150005 vom 13.07.2015, BGer. 5A_635/2016 vom 21.06.2016 (Rückweisung), OGer. ZH LF160045 vom 15.08.2016.



eine *ausdrückliche Erklärung erwartet* werden durfte, nachdem H um eine Fristverlängerung ersucht habe (E. 3.2). Dagegen ist an sich nichts einzuwenden. Allerdings gehe ich mit der kantonalen Vorinstanz davon aus, dass beide Erklärungen von H ungültig waren und dieser Fall deshalb gar nicht vorlag, es kam deshalb – anders als nach dem Bundesgericht – zu einer stillschweigenden Annahme. Auch wenn man das alleinige Handeln von A in beiden Fällen akzeptieren würde, käme man zum Schluss, dass die Annahme gültig erfolgt sei. Das Ergebnis dieses Bundesgerichtsurteils befriedigt deshalb nicht.

E. Aufgaben des Willensvollstreckers (Art. 517 ZGB)

a) Zu den Aufgaben des Willensvollstreckers kann es auch gehören, den *Ort der Bestattung durchzusetzen*.³² Das zeigt das Urteil des Bundesgerichts 5A_906/2016 vom 28.04.2017. Der König von Burundi Mwambutsa IV lebte in der Schweiz im Exil und wurde 1977 in Meyrin beigesetzt, entsprechend seinem Wunsch im Testament, damals umgesetzt von seiner Lebenspartnerin, welche auch Willensvollstreckerin war. Da sich im Laufe der Zeit die politischen Verhältnisse in seinem Heimatland änderten, hatten seine Angehörigen den Wunsch, ihn im Heimatland zu bestatten. Der Erblasser kann seinen Bestattungsort selbst bestimmen (E. 3.3.1),³³ und dieser Wunsch geht dem Wunsch der Angehörigen vor (E. 3.3.2).³⁴ Deshalb wurde eine Bestattung im Heimatland abgelehnt.

b) In einem *Steuerschätzungsverfahren* betreffend zwei Liegenschaften tauchte der Willensvollstreckter erst im Zusammenhang mit einer Beschwerde auf. Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_999/2015 vom 29.05.2017 entschieden, dass der Willensvollstreckter grundsätzlich anstelle der Erben auftreten könne, weil seine Ermächtigung exklusiver Natur sei, dass er im vorliegenden Fall aber nur vom Vater und nicht auch von der (ebenfalls verstobenen) Mutter zum Willensvollstreckter eingesetzt worden

sei,³⁵ weshalb im Nachlass der Mutter nur die Erben selbst handeln können (E. 2).³⁶

c) Im Urteil ZL.2016.00053 vom 15.06.2016 hat sich das Sozialversicherungsgericht Zürich mit der *Rückerstattung zu Unrecht bezogener Zusatzleistungen* befasst. Weil der Erblasser die Meldung einer Reduktion der Heimtaxe unterlassen hatte (E. 2), wurde dem Willensvollstreckter eine Verfügung auf Rückforderung zugestellt. Der Willensvollstreckter haftet nur mit dem im Nachlass vorhandenen Vermögen (E. 4.4). Die Erben, welche nach Art. 603 ZGB solidarisch (mit ihrem ganzen Vermögen) haften, wurden nicht in das Verfahren einbezogen und sie haften nicht, weil ihnen gegenüber der Rückforderungsanspruch verwirkt ist (E. 6). Es entspricht der herrschenden Lehre und Praxis, dass das Haftungssubstrat auf die Nachlassaktiven beschränkt ist, wenn der Willensvollstreckter eingeklagt wird.³⁷ In allen Fällen, in denen es nicht klar ist, ob Rückforderungsansprüche aus dem Nachlass befriedigt werden können, müssen Gläubiger (daneben) auch von Anfang an die Erben ins Verfahren einbeziehen, weil Verjährungs- und Verwirkungsfristen sonst zum Verlust des Anspruchs führen können.

d) Der Regierungsrat Nidwalden hat im Urteil Nr. 259 vom 12.04.2016 entschieden, dass der Willensvollstreckter nicht legitimiert sei, *Beschwerde gegen eine Erbbescheinigung* zu erheben, dass also «... die Feststellung der Erbberechtigung nicht in den Geschäftsbereich des Willensvollstreckers fallen und somit auch nicht Objekt eines durch ihn zu erledigenden Prozesses sein könne». Der Willensvollstreckter kann die Erbbescheinigung nur anfechten, soweit er davon selber betroffen ist,³⁸ was bei einer streitigen Erbberechtigung nicht der Fall ist.³⁹

e) SUTTER-SOMM/GRIEDER⁴⁰ haben sich mit der Frage befasst, ob der Willensvollstreckter eine *Ver-*

32 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 15.

33 «Chaque personne a, dans les limites de la loi, de l'ordre public et des bonnes moeurs, le droit de disposer de son propre cadavre (ATF 129 I 173 consid. 4 ...). Ce droit permet ainsi à une personne de déterminer la forme des funérailles ainsi que le mode et le lieu d'inhumation.»

34 Ebenso schon BGer. 1C_430/2009 vom 04.02.2010; HANS RAINER KÜNZLE, Einleitung; in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-KÜNZLE), Einl N 156.

35 «... le mandat de l'exécuteur testamentaire confié par le père ne s'étend pas aux droits que les hoirs ont acquis dans la succession de leur mère» (E. 2).

36 In einem parallelen Verfahren, 2C_1124/2015 vom 31.05.2017, E. 1.2, hat sich das Bundesgericht mit der Rechtsstellung des Willensvollstreckers nicht näher befasst, weil die Parteien sich im bisherigen Verfahren nicht damit auseinandergesetzt hatten (E. 1.2).

37 Vgl. BGE 116 II 131 E. 3b; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 77.

38 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 486.

39 Ebenso KGer. GR ERZ 10 51 vom 03.05.2010 (E. 2 c/cc).

40 Vgl. SUTTER-SOMM/GRIEDER (Fn. 3), Art. 21 ZPO N 6.

schollenenerklärung beantragen könne. Das Bundesgericht hat diese Frage offengelassen⁴¹ und BSK-WEBER hat sie verneint.⁴² SUTTER-SOMM/GRIEDER lassen die Frage ebenfalls offen. Wie schon in einem früheren Jahresbericht erwähnt,⁴³ hat der Willensvollstrecker, der sein Amt nach einer Verschollenenerklärung beginnen kann, ein eigenes Interesse an diesem Verfahren und sollte deshalb legitimiert sein.

f) HRUBESCH-MILLAUER befasst sich mit der Frage, *ob der Willensvollstrecker die Erben bestimmen dürfe*.⁴⁴ Sie führt aus, dass dem Willensvollstrecker nicht die Aufgabe zugewiesen werden könne, die Erben auszuwählen (mit Verweis auf BGE 81 II 22),⁴⁵ dass ihm aber die Bestimmung des am besten geeigneten (vom Erblasser bestimmten) Begünstigten überlassen werden dürfe (mit Verweis auf BGE 100 II 98).⁴⁶ Sie erwähnt auch, dass dieser Fall vom Bundesgericht als Grenzfall bezeichnet wurde. Der Umfang des Ermessens des Willensvollstreckers bei der Erbteilung ist (im Gegensatz zur Verwaltung der Erbschaft)⁴⁷ gering, dürfte sich im Lauf der Zeit aber vergrössern.⁴⁸ Vor allem im Rahmen der Unternehmensnachfolge ist die Bestimmung des geeignetsten Nachfolgers durch den Willensvollstrecker, welcher unter Umständen erst Jahre nach dem Tod des Erblassers bestimmt werden kann, ein grosses Bedürfnis.

g) LOGOZ befasst sich mit der Aufgabe des Willensvollstreckers, *Vermächtnisse auszurichten*.⁴⁹ Er listet dabei verschiedene Problemfälle auf: (1) So lange der Kreis der Erben nicht feststeht (unbekannte Erben), darf der Willensvollstrecker das Vermächtnis nicht ausrichten, weil es nicht fällig ist

(Art. 562 Abs. 2 ZGB).⁵⁰ Umstritten⁵¹ ist, ob der Erblasser eine frühere Ausrichtung anordnen kann⁵² oder nicht.⁵³ (2) Wenn der Inhalt des Vermächtnisses umstritten ist oder die letztwillige Verfügung angefochten wird, welche das Vermächtnis anordnet, darf der Willensvollstrecker die Ausrichtung ablehnen.⁵⁴ (3) Wenn alle Schuldner die Einwilligung zur Auslieferung verweigern, wird der Willensvollstrecker auf die Ausrichtung verzichten, wenn dagegen nur einzelne Schuldner die Einwilligung zur Auslieferung des Vermächtnisses verweigern, kann der Willensvollstrecker diesen eine Frist (von 10–14 Tagen) zur Einreichung einer Klage oder Aufsichtsbeschwerde ansetzen und (bei Untätigkeit) danach das Vermächtnis ausrichten.⁵⁵ (4) Der Willensvollstrecker muss sicherstellen, dass die Schulden des Nachlasses (welche nach Art. 564 Abs. 1 ZGB Vorrang haben)⁵⁶, bezahlt werden (können), bevor die Vermächtnisse ausgerichtet werden. Dabei ist zu beachten, dass eine spätere Rückzahlung nur erschwert möglich ist, wenn für den Vermächtnisnehmer eine Versicherungsleistung gekauft wird.⁵⁷ (5) Wenn aus der Sicht des Willensvollstreckers möglicherweise Pflichtteile verletzt sind, muss er die Erben darauf hinweisen (Informations- und keine Beratungspflicht). Wenn ein unteilbares Vermächtnis auszuliefern ist, kann der Willensvollstrecker den Vermächtnisnehmer wählen lassen, ob er das (unteilbare) Vermächtnis erhalten und eine Ausgleichszahlung im Umfang der Pflichtteilsverletzung leisten möchte oder ob die verfügbare Quote ausgerichtet werden soll. Wenn das Vermächtnis aus einer Rentenleistung besteht, können die schuldenenden Erben wählen, ob sie die Rente kürzen oder ob sie die verfügbare Quote auszahlen wollen.⁵⁸

41 Vgl. BGE 90 II 376, E. 6.

42 Vgl. MAX WEBER, Kommentar zu Art. 20–22 ZPO, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Karl Spühler, Luca Tencchio und Dominik Infanger, Basel 2010 (zit. BSK-WEBER), Art. 21 ZPO N 4.

43 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 18.

44 Vgl. OFK-HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 3), Art. 539 ZGB N 5.

45 Vgl. BGE 81 II 22: Heranbildung katholischer Priesteramtskandidaten; ebenso BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 291: der Willensvollstrecker darf die Vermächtnisnehmer nicht bestimmen, mit Verweis auf BGE 89 II 278 E. 4.

46 Vgl. BGE 100 II 98: Zuwendung an die Leprakranken.

47 Vgl. dazu BGer. 5D_136/2015 vom 06.04.2016 E. 4; KARRER (Fn. 4), successio 10 (2016) 310 ff.; KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 26.

48 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 94.

49 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 149 ff.

50 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 158 f.

51 Vgl. PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, N 1083b.

52 So BRUNO HUWILER, Kommentar zu Art. 562 ZGB, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell et al., 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-HUWILER), Art. 562 ZGB N 6.

53 So PETER TUOR/VITO PICENONI, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), Bern 1973 (zit. BK-TUOR/PICENONI), Art. 562 ZGB N 9.

54 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 159 f.

55 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 160 f.

56 Vgl. dazu PETER BREITSCHMID, Kommentar zu Art. 563–565 ZGB, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB), hrsg. v. Heinrich Honsell u. a., 5. A., Basel 2015 (zit. BSK-BREITSCHMID), Art. 564 ZGB N 2 ff.

57 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 161 f.

58 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 162 f.



(6) Verfügt der Erblasser ein zu hohes Vermächtnis im Sinne vom Art. 486 Abs. 1 ZGB, muss der Willensvollstrecker darauf achten, dass dieses gekürzt wird.⁵⁹ (7) Der Willensvollstrecker muss daneben für die Bezahlung der Erbschaftssteuer sorgen, indem er nur den Nettobetrag des Vermächtnisses ausrichtet.⁶⁰ Es ist sehr wertvoll, dass sich LOGOZ mit dieser in der Praxis immer wieder vorkommenden Problematik eingehend auseinandersetzt und die möglichen Problemfälle näher beleuchtet. In strittigen Fällen muss der Willensvollstrecker mit dem Schuldner (einzelnen oder allen Erben) und dem Gläubiger des Vermächtnisses (einem oder mehreren Vermächtnisnehmer[n]) eine Lösung suchen, diese Parteien gegebenenfalls auch auffordern, die Rechtslage durch den Richter klären zu lassen. Wenn es endgültig nicht gelingt, den Umfang des Vermächtnisses zu klären, kann der Willensvollstrecker die Auslieferung des Vermächtnisses verweigern, allenfalls wird er den nicht bestrittenen Umfang des Vermächtnisses ausrichten oder – nach erfolgloser Aufforderung zur Klage – den aus seiner Sicht richtigen Umfang ausrichten.⁶¹ Für den Willensvollstrecker besteht die Schwierigkeit in der Praxis häufig darin, mögliche Problemfälle frühzeitig zu erkennen und die Auslieferung (mindestens vorläufig) zu verweigern.

h) Der *Umgang mit Waffen* wurde bereits in einem früheren Jahresbericht behandelt.⁶² Dabei wurde bereits auf die unterschiedliche Rechtslage in den USA hingewiesen.⁶³ DEAN befasst sich erneut mit diesem Thema.⁶⁴ In den USA wird empfohlen, den Empfänger der Waffe im Testament namentlich zu bezeichnen, gleichzeitig aber auch vorzusorgen für den Fall, dass der Begünstigte die notwendige Bewilligung nicht besitzt. Dafür wird folgende Formulierung vorgeschlagen: «... any beneficiary who would inherit a firearm considered illegal in their state should be treated as predeceasing the testator».⁶⁵

i) Am St.Galler Erbrechtstag habe ich die *Ausübung des Aktienstimmrechts* durch den Willens-

vollstrecker behandelt.⁶⁶ Der Willensvollstrecker handelt anstelle der Erben.⁶⁷ Der Erblasser kann dem Willensvollstrecker Weisungen für die Ausübung des Aktienstimmrechts erteilen. Im übrigen stimmt der Willensvollstrecker nach seinem Ermessen (im Interesse der Erben). Der Nachfolger sollte – soweit der Erblasser ihn nicht selbst bestimmt hat – von den Erben gemeinsam bestimmt werden.⁶⁸ Wenn der Willensvollstrecker selbst auch am Unternehmen beteiligt ist, befindet er sich in einer Interessenkollision, insbesondere beim Entscheid über die Dividendenausschüttung und beim Verkauf der Gesellschaft.⁶⁹ Wenn der Erblasser 100% der Aktien besass, kann sich der Willensvollstrecker keine Décharge erteilen.⁷⁰

j) Eine weitere Aufgabe des Willensvollstreckers ist das «Handling» von *Verantwortlichkeitsansprüchen* gegen den Erblasser. Der Willensvollstrecker setzt den gegen den Erblasser eingeleiteten Prozess fort.⁷¹ Da Verantwortlichkeitsklagen wegen der solidarischen Haftung der Erben (Art. 603 ZGB) auch gegen jeden einzelnen Erben angehoben oder fortgesetzt werden können,⁷² sollte der Willensvollstrecker die Erben bei entsprechender Konstellation auf die Möglichkeit des öffentlichen Inventars (Art. 580 ff. ZGB) hinweisen. Besonderheiten sind zu beachten, wenn der Erblasser bei US-Gesellschaften als director tätig war: Bei dieser Konstellation ist das öffentliche Inventar insofern wirkungslos, als in den USA eigene Regeln für die Haftung des executor bzw. der Erben gelten: Der Anspruch richtet sich nach dem Tod des Erblassers in der Regel zunächst gegen den executor. In Kalifornien geht der Anspruch nur dann auf die Erben über, wenn der Kläger eine entsprechende Erklärung gegenüber dem Gericht abgibt.⁷³ Ansonsten ist die Haftung auf das im jeweiligen Staat gelegene Vermögen beschränkt.⁷⁴ Da die Klagesumme nicht von Anfang an feststeht, empfiehlt es sich für die Erben,

59 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 163 f.

60 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), S. 164 ff.

61 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 292.

62 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 10 (2016) 38 ff.

63 Im Gegensatz zur Schweiz darf der executor Waffen besitzen (27 CFR § 479.90a Estates: «The executor ... may possess a firearm registered to a decedent during the term of probate ...»).

64 Vgl. DEAN, 51 Real Prop T&E Law J 543–558 (2016).

65 Vgl. DEAN, 51 Real Prop T&E Law J 530 (2016).

66 Vgl. KÜNZLE (Fn. 5), S. 7 ff.

67 Ebenso für den Erbenvertreter OGer. ZH LF130072 vom 31.07.2014 E. 6.

68 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 333.

69 Vgl. KÜNZLE (Fn. 5), S. 8.

70 BGE 118 II 496 (Erbengemeinschaft).

71 BGE 99 II 176 E. 4.

72 Vgl. BGE 123 III 89 E. 3e.

73 Zum entsprechenden Verfahren vgl. Federal Rule of Civil Procedure 25.

74 Vgl. dazu etwa HANS RAINER KÜNZLE, *Der Willensvollstrecker im schweizerischen und US-amerikanischen Recht*, Zürich, 2000, S. 206 und 208 (Kalifornien kennt das öffentliche Inventar nicht; die Haftung der Erben ist beschränkt auf den Nachlass in Kalifornien).

die Frist für die Annahme der Erbschaft zu verlängern (Art. 576 ZGB), bis die Klagesumme und das Haftungssubstrat feststehen.

F. Honorar (Art. 518 Abs. 3 ZGB)

a) Im Urteil 4A_552/2016 vom 24.05.2017 hat das Bundesgericht bei der Berechnung des Willensvollstrecker-Honorars *zwischen zwei Expertisen zu wählen* und dazu ausgeführt: «aux pages 35 à 37, la cour cantonale a relaté soigneusement les raisons pour lesquelles elle a privilégié les conclusions de l'expert judiciaire N. A l'instar des premiers juges, elle a mis en exergue le caractère précis et détaillé du rapport d'expertise du prénommé, alors que celui du premier expert judiciaire M. prenait appui sur l'expertise privée sans expliquer son raisonnement et sans examiner de manière détaillée les nombreux problèmes qu'a rencontrés l'exécuteur testamentaire dans sa mission. En outre l'expert N. a lui-même expliqué clairement pourquoi il convenait de se distancer tant de l'expertise privée que de l'expertise judiciaire M. On cherche vainement en quoi ce raisonnement de l'autorité cantonale serait arbitraire» (E. 4.3.1). Wenn die Gerichte zwischen mehreren Gutachten zu wählen haben, werden sie (wie vorliegend) auf dasjenige Gutachten abstellen, welches eine klare, umfassende und widerspruchsfreie Begründung liefert und die Fragen am klarsten beantwortet.⁷⁵

b) STRAZZER zeigt die *Entwicklung auf vom reinen Pauschalhonorar über das Zeithonorar mit Pauschalzuschlag zum heute allgemein angewandten reinen Zeithonorar*.⁷⁶ Die Höhe des Stundensatzes richtet sich nach der Erfahrung des Willensvollstreckers, nach der Struktur des Nachlasses und seiner Kompliziertheit, wobei Auslandsbezug und Dringlichkeit besondere Anforderungen stellen und einen höheren Stundensatz rechtfertigen; der Stundensatz, welcher schon bei einer Tätigkeit zu Lebzeiten des Erblassers verrechnet wurde, gilt sicher

als angemessen.⁷⁷ Die Gerichtspraxis zeigt folgendes Bild:⁷⁸ Das Bezirksgericht Zürich hat den Stundensatz von CHF 200 für einen Rechtsanwalt in den Jahren 1986–1995 als bescheiden bezeichnet und nicht beanstandet.⁷⁹ Das Bundesgericht erwähnt in BGE 138 III 419 das Honorar eines Rechtsanwalts in den Jahren 2004–2006 von CHF 350/Stunde und einer Mitarbeiterin von CHF 300/Stunde sowie eines Zuschlags von +0,5% auf den Bruttoaktiven, ohne dieses Honorar aber materiell zu beurteilen. Das Obergericht Zürich⁸⁰ hat das Honorar eines pensionierten Leiters der Abteilung Willensvollstreckung einer Bank in den Jahren 1995–2009 von CHF 370/Stunde um 20% reduziert wegen der Ausführung von untergeordneten Arbeiten und um weitere 30% nach Wegfall der professionellen Infrastruktur. Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_582/2014 vom 07.01.2015 das Honorar eines selbstständigen Treuhänders von CHF 230 erwähnt, aber materiell nicht beurteilt. Im Urteil BGE 142 III 9⁸¹ wird erwähnt, dass das Cour de Justice Genève den Stundensatz für drei Willensvollstrecker (einen Notar, einen Steuerberater und einen Vermögensverwalter) von CHF 375 als angemessen angesehen hat. Das Bundesgericht äusserte sich dazu nicht. STRAZZER folgert aus dieser Praxis, dass ein Stundensatz von CHF 300–500 für Anwälte mit eigener Praxis im Kanton Zürich angemessen sei. Gemäss der Praxis der Honorarkommission des Zürcher Anwaltsverbands (ZAV) dürfen Stundensätze von CHF 250–370 + 50% Zuschlag, also maximal von CHF 375–555 in Rechnung gestellt werden.⁸² Es ist zu begrüssen, dass ein Rahmen für die Honorierung des Willensvollstreckers erarbeitet wurde. Für Regionen in der Schweiz mit tieferen Mietkosten als Zürich dürfte dieser Rahmen noch etwas tiefer anzusetzen sein.⁸³ Im übrigen ist zu empfehlen, den üblichen (oder allenfalls den bei vergleichbaren Fällen üblicherweise angewendeten) Stundensatz zu verwenden. Mit einem solchen muss der Erblasser rechnen.

75 Zum Umgang mit mehreren Gutachten vgl. auch KGer. VD HC/2016/627 vom 03.05.2016 E. 3.1: «En vertu de l'art. 243 CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, aujourd'hui abrogé), le juge apprécie librement la valeur et la portée des expertises, mais s'il statue contrairement aux conclusions de l'expert, il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction. Selon la jurisprudence, le juge ne saurait en outre, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert...».

76 Vgl. STRAZZER (Fn. 4), S. 108 ff.

77 Vgl. STRAZZER (Fn. 4), S. 110 ff.

78 Vgl. STRAZZER (Fn. 4), S. 114 ff.

79 Bezirksgericht Zürich vom 14.09.2000, E. 2, abgedruckt bei ANDREAS FLÜCKIGER, Das Honorar des Willensvollstreckers, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2006, S. 246 ff.

80 Vgl. OGer. ZH LB 120074 vom 22. Mai 2013.

81 Vgl. dazu MARTIN KARRER, Willensvollstrecker, Haftung, BGE 142 III 9, successio 11 (2017) 54 ff.

82 Vgl. ZAV-Info 2/2012, Juli 2012.

83 Ebenso STRAZZER (Fn. 4), S. 116.



c) BÜRGI führt im OFK-Kommentar aus: «Die Klage gegen den Willensvollstrecker auf Rückerstattung von zu viel bezogenem Honorar basiert auf *ungerechtfertigter Bereicherung* und ist von allen Erben gemeinsam anzustrengen.»⁸⁴ Dies entspricht der Praxis⁸⁵ und herrschenden Lehre.⁸⁶

G. Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. ZGB)

a) Das Kantonsgericht Baselland befasst sich im Urteil 400 16 265 vom 22.11.2016⁸⁷ mit einer Ungültigkeitsklage gegen den Willensvollstrecker und einer damit zusammenhängenden *vorsorglichen Massnahme*. Wenn der Grund für die Absetzung des Willensvollstreckers vom Richter zu beurteilen ist (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), ist dieser (richtigerweise) auch für vorsorgliche Massnahmen zuständig (E. 5). Das Kantonsgericht behandelte den seltenen Fall eines *Irrtums*: Der Erblasser setzte zwei Willensvollstrecker als Interessenvertreter ein, und er befand sich im Irrtum über künftige Ereignisse, weil er den Fall nicht regelte, dass einer der Willensvollstrecker sein Mandat niederlegte. Die Klage scheiterte daran, dass sich nicht alle Erben am Verfahren beteiligten, denn es liegt eine *notwendige Streitgenossenschaft* vor (E. 6).⁸⁸ Eine dagegen eingereichte Beschwerde an das Bundesgericht wurde mit Urteil 5A_54/2017 vom 10.08.2017 abgewiesen, weil der Kläger keinen nicht wiederzumachenden Nachteil der vorsorglichen Massnahme darlegen konnte (E. 2.1–2.3).

b) SEILER⁸⁹ führt zur *Aktivlegitimation* des Willensvollstreckers bei der Ungültigkeitsklage aus, dass dieser nur gegen die spätere, ihn absetzende (z.B. ihn nicht mehr erwähnende) oder einschränkende letztwillige Verfügung (z.B. Einsetzung eines zweiten Willensvollstreckers) vorgehen kann,⁹⁰ nicht aber gegen die ihn ernennende,⁹¹ denn er kann die Willensvollstreckung ja ohne Weiteres ablehnen.

Dieser Hinweis ist wichtig, schränkt er doch die Klagemöglichkeiten des Willensvollstreckers ein.⁹² Zur *Passivlegitimation* führt SEILER aus: «Die Ungültigkeitsklage ist insbesondere gegen den Willensvollstrecker zu richten, wenn es um seine Ernennung als Willensvollstrecker, um den Inhalt, den Umfang oder die Dauer seines Amtes geht oder wenn weitere vom Erblasser dem Willensvollstrecker erteilte Befugnisse wegen einer Ungültigerklärung in Frage stehen.»⁹³ Wenn Erben eine Ungültigkeitsklage gegen die letztwillige Verfügung erheben, den Willensvollstrecker aber nicht als Beklagten einbeziehen, bleibt seine Einsetzung bestehen.⁹⁴ Es ist wichtig, dass im Falle der Anordnung einer Willensvollstreckung auch der Willensvollstrecker in den Prozess einbezogen wird.⁹⁵

H. Herabsetzungsklage (Art. 527 ff. ZGB)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_267/2016 vom 18.01.2017 wiederholt, dass sich die *Dauer-Willensvollstreckung* auf die verfügbare Quote beschränkt und sonst herabsetzbar ist.⁹⁶

I. Erbschaftsverwaltung (Art. 554 ZGB)

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_895/2016 vom 12.04.2017 bestätigt, dass der Willensvollstrecker beim Vorhandensein eines *Interessenkonflikts* nicht als Erbschaftsverwalter eingesetzt wird (Art. 554 Abs. 2 ZGB). Das ist insbesondere der Fall, wenn er Erbe ist und zwischen den Erben ein Konflikt besteht (E. 3.2). Dies entspricht der herrschenden Lehre und Praxis.⁹⁷

84 Vgl. OFK-BÜRGI (Fn. 3), Art. 517 ZGB N 7.

85 Vgl. BGer. 5A_705/2015 vom 21.06.2016 E. 6.2–6.3; dazu KARRER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 155 ff.

86 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 27 Fn. 69 m.w.N.

87 Ebenfalls abgedruckt in CAN 2017 Nr. 28.

88 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 29.

89 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 209 ff.

90 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 210: «Die Aktivlegitimation ist generell dann anzunehmen, wenn seine eigene Stellung als Willensvollstrecker durch die mangelhafte Verfügung betroffen ist.»

91 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 212: «Hinsichtlich der Verfügung, welche die Einsetzung des Willensvollstreckers erst an-

ordnet, ist der Willensvollstrecker nicht zur Ungültigkeitsklage aktivlegitimiert.»

92 Vgl. dazu auch KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 29.

93 SEILER (Fn. 3), N 231.

94 Vgl. SEILER (Fn. 3), N 232.

95 Zur notwendigen Streitgenossenschaft der Erben vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 29.

96 «Es verhält sich nicht anders als im Fall der Anordnung einer Willensvollstreckung auf Lebenszeit des Erben (Urteil 5A_914/2013 vom 4. April 2014 E. 3.4)» (E. 7.1); vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 128.

97 Vgl. HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, hrsg. v. Andrea Büchler und Dominique Jakob, 2. A., Basel 2017 (zit. KUKO ZGB-KÜNZLE), Art. 554 ZGB N 10.

J. Mitteilung der letztwilligen Verfügung (Art. 558 ZGB)

Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_839/2016 vom 05.07.2016 entschieden, der Willensvollstrecker sei *nicht berechtigt, Beschwerde* gegen die Anordnung *zu erheben*, dass den Erben alle letztwilligen Verfügungen mitzuteilen seien (E. 2). Es ist zwar richtig, dass nach Art. 557 Abs. 3 ZGB alle letztwilligen Verfügungen zu eröffnen sind und nach Art. 558 Abs. 1 ZGB somit auch den Erben bzw. Vermächtnisnehmern mitzuteilen und dass der Willensvollstrecker kein Beschwerderecht hat, weil ihm dazu das (eigene) Interesse fehlt.⁹⁸ Nicht verständlich ist allerdings, weshalb der Juge de paix als zuständige Eröffnungsbehörde die Mitteilung an den Willensvollstrecker delegieren durfte, zumal das nach herrschender Lehre nicht zulässig ist.⁹⁹

K. Öffentliches Inventar (Art. 580 ff. ZGB)

Im Sachverhalt (A.) des Urteils 5A_548/2016 des Bundesgerichts vom 23.12.2016 ist zu lesen, dass der Willensvollstrecker den *Antrag stellte, einen Nachtrag zum öffentlichen Inventar vorzunehmen*, welcher dann vom zuständigen Notariat auch tatsächlich vorgenommen wurde. Dieses Vorgehen widerspricht sowohl der Praxis¹⁰⁰ als auch der Lehre,¹⁰¹ denn es gehört nicht zu den Aufgaben des Willensvollstreckers, Forderungen beim öffentlichen Inventar anzumelden.

L. Aufsicht (Art. 518 Abs. 1 und Art. 595 Abs. 3 ZGB)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_298/2016 vom 18.07.2016 eine Beschwerde gegen ein *vorsorgliches Verfügungsverbot* abgewiesen, da kein Nachweis eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils

erbracht wurde (E. 4). Dieser Fall ist die Fortsetzung des Urteils 5A_594/2015 vom 31.08.2015.¹⁰²

b) Das Kantonsgericht Waadt hat im Urteil HC/2016/1003 vom 19.10.2016 die Verzögerung bei der Inventarerstellung (nacktes Eigentum an einem Schloss), insbesondere hervorgerufen durch den Experten, nicht als Grund für die *Absetzung* eines Willensvollstreckers gesehen. Dieser Entscheid ist nachvollziehbar, da keine grobe Pflichtverletzung vorlag.¹⁰³

c) In der Revision des Erbrechts werden nach *Art. 518 Abs. 4 Vorentwurf* «die Willensvollstrecker der Aufsicht des Gerichts unterstellt». Die Professoren der Universität Bern (WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER)¹⁰⁴ lehnen diesen Vorschlag ab, weil die Dualität des Verfahrens nicht behoben wird (was richtig ist) und weil ein Eingriff in die kantonale Kompetenz ohne triftige Gründe erfolge. Das letzte Argument teile ich nicht, weil die heutige Situation nicht befriedigt, in welcher Behörden, die von komplexen Rechtsfragen überfordert sind, die Entscheidungsfindung und Begründung an einen Rechtsanwalt auslagern.¹⁰⁵ Weiter wird argumentiert, Art. 518 Abs. 1 ZGB verweise auf den Erbschaftsverwalter. M.E. ist beim Willensvollstrecker eine andere Behandlung gerechtfertigt, weil sich bei ihm häufiger komplexere Rechtsfragen stellen als beim Erbschaftsverwalter. Unterstützt wird der Vorschlag von BREITSCHMID¹⁰⁶ mit den Argumenten, der Eingriff in die föderalistische Behördenorganisation sei minimal und er gewährleiste, dass die in der ZPO enthaltenen prozessualen Grundsätze einheitlich angewendet werden. Er hält auch den Dualismus des Verfahrens weiterhin für sinnvoll: «im Grunde geht es darum, Fälle «klaren Rechts» im niederschwelligeren Aufsichtsverfahren zu identifizieren und rasch einer Lösung zuzuführen, was etwa auch bei offensichtlichen Interessenkollisionen wichtig ist, die sich u.U. ja erst in der Art der Mandatsausübung konkretisieren und gar nicht mehr im Wege einer Anfechtungsklage namhaft gemacht werden

98 Zur Notwendigkeit eines Interesses vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 557 ZGB N 17.

99 Vgl. FRANK EMMEL, Kommentar zu Art. 551–559 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-EMMEL), Art. 558 ZGB N 13; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 558 ZGB N 7; KUKO ZGB-KÜNZLE (Fn. 97), Art. 558 ZGB N 7.

100 Vgl. BGE 110 II 228 E. 2.

101 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 106.

102 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), successio 11 (2017) 41.

103 Die Absetzung setzt eine grobe Pflichtverletzung voraus, vgl. BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Kommentar zu Art. 517–518 ZGB, in: Praxiskommentar Erbrecht, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm-CHRIST/EICHNER), Art. 518 ZGB N 97.

104 Vgl. WOLF/HOFER/HRUBESCH-MILLAUER/AEBI-MÜLLER (Fn. 4), AJP 25 (2016) 1426.

105 Dies trifft etwa auf den in verschiedenen Kantonen zuständigen Gemeinderat zu.

106 Vgl. BREITSCHMID (Fn. 4), S. 235 ff.



können». Dieser Ansicht stimme ich zu. Schon nach heutigem Recht muss es möglich sein, dass die Aufsichtsbehörde, welche sich mit Pflichtverletzungen des Willensvollstreckers befasst, auch offensichtliche (klare) Interessenkollisionen behandelt. Dies stellt eine Differenzierung gegenüber meiner bisher vertretenen Ansicht dar, wonach nicht nur die vom Erblasser geschaffene, sondern auch die vom Willensvollstrecker verursachte Interessenkollisionen vom Gericht zu behandeln sind.¹⁰⁷ JENT-SØRENSEN/ENGLER drücken es etwas anders aus: «Die tatsächliche konkrete Tätigkeit des Willensvollstreckers kann im aufsichtsrechtlichen Verfahren immer geprüft werden»¹⁰⁸ mit Verweis auf PF130013¹⁰⁹ und PF150068.¹¹⁰ Eine vergleichbare Abstufung wird übrigens bei der Auskunft gemacht, wo einfache Fälle im summarischen Verfahren (von der Aufsichtsbehörde), komplexe Fragestellungen dagegen im ordentlichen Verfahren (vom Gericht) zu behandeln sind.¹¹¹

d) JENT-SØRENSEN/ENGLER¹¹² berichteten an einer Weiterbildungsveranstaltung des Zürcher Anwaltsverbandes über die Praxis des Zürcher Obergerichts als Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker und publizierten diese Erkenntnisse danach.¹¹³

Zum *Verfahren* führen sie aus, dass im Kanton Zürich in erster Instanz das Einzelgericht im summarischen Verfahren zuständig ist (Art. 139 und Art. 142a GOG). Dieses führt kein «eigentliches» Beschwerdeverfahren durch. In zweiter Instanz ist das Obergericht zuständig und zwar die II. Zivilkammer (Art. 48 GOG). Seit 2011 wurden beim Obergericht 18 Rechtsmittelverfahren anhängig gemacht. Anzeigen, welche nicht zur Beschwerde legitimierte Personen einreichen könnten (Art. 139 Abs. 2 GOG), gibt es in der Praxis keine.¹¹⁴ Bei Be-

schwerdeanträgen werden für Laien herabgesetzte Anforderungen gestellt,¹¹⁵ was richtig ist, häufig aber dennoch nicht zum Erfolg führt. Die Ermittlung des Sachverhalts erfolgt grundsätzlich von Amtes wegen (Art. 83 Abs. 2 GOG), aber die Beteiligten haben weitgehende Mitwirkungspflichten (Art. 55 Abs. 2, Art. 247 Abs. 2 und Art. 255 ZPO).¹¹⁶ Es handelt sich um einen vermögensrechtlichen Streit,¹¹⁷ dessen Streitwert sich am Nachlasswert und an der Höhe des Willensvollstreckerhonorars orientiert, häufig aber nicht konkret festgelegt wird.¹¹⁸ Vom Spektrum der möglichen Massnahmen, welche die Aufsichtsbehörde unabhängig von Anträgen anordnen kann,¹¹⁹ kommen Ermahnung, Weisungen und Verweis, aber auch die Absetzung häufiger vor, während die Androhung einer Bestrafung (Art. 292 StGB) selten ist¹²⁰ und eine Ordnungsbusse offenbar kaum je ausgesprochen wird.¹²¹ Die Aufsichtsbehörde darf auch materiell-rechtliche Vorfragen behandeln,¹²² diese Ergebnisse sind allerdings für den Richter nicht bindend.¹²³ Die Rechtsmittel werden im Entscheid PF130013¹²⁴ näher behandelt: Trotz Anwendung der ZPO handelt es sich um kantonales Verfahrensrecht,¹²⁵ und der Rechtsweg richtet sich deshalb nicht nach der ZPO (Art. 308 und 319), sondern nach dem GOG

107 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 454 und 532; anders das Bundesgericht (BGer. 5A_414/2012 vom 19.10.2012; BGE 90 II 376 E. 5), welches nur die vom Erblasser verursachte Interessenkollision vom Gericht beurteilen lassen will; nochmals anders BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 104, welche für alle Verfahren die Aufsichtsbehörde für zuständig halten.

108 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 6.

109 Vgl. OGer. ZH PF130013 vom 23.12.2013 E. 7.

110 Vgl. OGer. ZH PF150068 vom 29.01.2016 E. 2.3 und 4.3.

111 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 221.

112 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 1 ff.

113 Vgl. THOMAS ENGLER/INGRID JENT-SØRENSEN, Behördliche Mitwirkung beim Erbgang – Mechanik eines «eigenartigen Verfahrens», SJZ 113 (2017) 421 ff.

114 Die Aufsichtsbehörde kann in diesen Fällen von Amtes wegen tätig werden, vgl. dazu BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 98.

115 Vgl. etwa OGer. ZH PF14001 vom 20.01.2014 mit Verweis auf PF110034 vom 22.08.2011.

116 Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 423: eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz.

117 Vgl. BGE 135 III 578 E. 6.

118 Vgl. OGer. ZH PF140001 vom 20.01.2014 E. IV. 1 («jedenfalls bedeutend») Dispositiv Ziff. 6 («übersteigt CHF 30000»).

119 Vgl. OGer. ZH NL100014 vom 01.03.2010.

120 Vgl. OGer. ZH PF160007 vom 31.05.2016.

121 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 8.

122 Vgl. OGer. ZH PF120062 vom 05.02.2013 E. 2.4 (Beendigung der Willensvollstreckung).

123 Ebenso BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 595 ZGB N 22.

124 Vgl. OGer. ZH PF130013 vom 23.12.2013 E. II. 2.–7.; bestätigt für den Erbenvertreter durch OGer. ZH LF160043 vom 21.09.2016 E. II. 2.

125 Vgl. OGer. ZH PF130013 vom 23.12.2013 E. II. 5.2 mit Verweis auf Art. 595 Abs. 3 i.V.m. Art. 54 SchlT; a.M. MANUEL HÜSSER, Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Zürich 2012, S. 106: «Da nach vorliegender Auffassung die von einem Gericht geführten Aufsichtsverfahren in den abschliessenden Anwendungsbereich des Bundesrechts fallen, bleibt kein Platz für ergänzendes kantonales Verfahrensrecht. Entsprechend sind im Kanton Zürich die Bestimmungen über die Aufsichtsbeschwerde gemäss § 82 ff. GOG/ZH nicht ergänzend anwendbar.»

(§ 84 GOG),¹²⁶ und somit steht eine Beschwerde und keine Berufung als Rechtsmittel zur Verfügung. Diese Begründung ist einleuchtend¹²⁷ und meine frühere Kritik¹²⁸ somit hinfällig. Es wäre allerdings zu wünschen, dass sich die Rechtsmittel für derart wichtige Verfahren aus dem Gesetzestext ergeben und nicht durch komplizierte Überlegungen erarbeitet werden müssen. Vor der zweiten Instanz (dem Obergericht) gilt ein Novenverbot.¹²⁹

Praktisch relevante *Themen der Aufsichtsbeschwerden* sind die Information und Dokumentation sowie Interessenkonflikte.¹³⁰ Bei längeren Mandaten darf ein jährlicher Rechenschaftsbericht erwartet werden.¹³¹ Dass höhere Anforderungen an die periodische Rechenschaft gestellt werden können, wenn der Willensvollstrecker Erbe ist,¹³² kann ich nicht unterstützen. «Die Schwelle für einen beachtlichen Interessenkonflikt ist in der Praxis sehr hoch.»¹³³

e) Seit vielen Jahren wird diskutiert, ob der Willensvollstrecker bei der Aufsichtsbehörde *Anfragen* durchführen könne. LOGOZ¹³⁴ schreibt dazu: «Pour certains auteurs, l'exécuteur testamentaire peut lui-même saisir l'autorité pour lui demander des instructions ... Son principe a été indirectement admis par le Tribunal fédéral qui a reconnu qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'exécuteur testamentaire qui, placé devant un choix délicat, sollicite l'accord de l'autorité de surveillance et exécute ponctuellement les instructions de cette autorité» (mit Verweis auf BGE 101 II 47 E. 3). ENGLER/JENT-SØRENSEN sind anderer Ansicht, nämlich dass der Willensvollstrecker die Entscheide selber treffen müsse und die Verantwortung nicht auf die Aufsichtsbehörde abschieben könne.¹³⁵ Es ist somit zu be-

fürchten, dass solche Anfragen von den Aufsichtsbehörden nicht beantwortet werden.

f) Im Aufsichtsverfahren über den Willensvollstrecker gibt es nach STAEHELIN/SCHWEIZER¹³⁶ *keine Nebenintervention*: Während die materiell berechtigte Person (der Erbe) im Prozess des Prozessstandschafters (Willensvollstreckers) als Nebenintervenient auftreten kann, gilt dies im Aufsichtsverfahren nicht, «da kein Zivilprozess vorliegt und deshalb die ZPO nicht anwendbar ist». Eine Nebenintervention ist insofern nicht notwendig, als die Aufsichtsbehörde die Erben im summarischen Aufsichtsverfahren regelmässig einbindet.

M. Aufsicht über Rechtsanwälte (Art. 12 f. BGFA)

a) Das Bundesgericht hat im Urteil 2C_1086/2016 vom 10.05.2017¹³⁷ entschieden, dass die *Willensvollstrecker-Tätigkeit eines Anwalts der anwaltlichen Aufsicht unterstehe* (E. 2.1).¹³⁸ Es stellt eine Pflichtverletzung dar, wenn ein Anwalt innert 7 Monaten nach einem rechtskräftigen Urteil keine freiwillige Rückzahlung von zu Unrecht aus dem Nachlass bezogenen Kosten und Willensvollstreckerhonoraren leistet (E. 2.2). Die Einwendungen gegen weitere Pflichtverletzungen (die Auskunft müsste in der Kanzlei geltend gemacht werden und es gebe keine unterjährige Rechenschaftspflicht) waren untauglich (E. 4.3).

b) Das Bundesgericht hat im Urteil BGE 142 III 307 (2C_586/2015 vom 09.05.2016) im Zusammenhang mit einem Honorarstreit eines verstorbenen Rechtsanwalts ausgeführt, dass eine *Entbindung des Willensvollstreckers und Rechtsanwalts vom Anwaltsgeheimnis* nur dann erfolgen dürfe, wenn der Willensvollstrecker einen Kostenvorschuss verlangt habe oder darlege, warum es nicht möglich war, einen Kostenvorschuss zu verlangen (E. 4.3.3). STAEHELIN bestätigt, dass es in diesem Fall sinnvoll sei, einen Rechtsanwalt als Willensvollstrecker einzusetzen (vgl. E. 3.2.2), weil der Anspruch sonst nicht weiter verfolgt werden kann,¹³⁹ er kritisiert aber zu Recht,

126 Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 423.

127 Ebenso PETER REETZ, Kommentar zu Art. 309 ZPO, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 309 ZPO N 53.

128 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 9 (2015) 137 und *successio* 8 (2014) 137.

129 Vgl. OGer. ZH PF 130006 vom 22.04.2013 E. 2 (mit Verweis auf PS110019 vom 21.02.2011) und PF130013 vom 23.12.2013 E. 8.3.

130 Vgl. JENT-SØRENSEN/ENGLER (Fn. 5), S. 2 ff.

131 Vgl. OGer. ZH NL 070078 vom 04.10.2007.

132 So offenbar Bezirksgericht Bülach EA120001 vom 11.01.2013 (unpubliziert).

133 ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 430, mit Verweis auf OGer. ZH NL 070078 vom 04.10.2007 E. III. 3.6.

134 Vgl. LOGOZ (Fn. 4), N 79.

135 Vgl. ENGLER/JENT-SØRENSEN (Fn. 113), SJZ 113 (2017) 428.

136 Vgl. STAEHELIN/SCHWEIZER (Fn. 4), Art. 74 ZPO N 28.

137 Vorinstanz: VGer. Zürich VB.2016.00288 vom 06.10.2016.

138 Siehe auch CHAPPUIS (Fn. 4), S. 187.

139 Vgl. STAEHELIN (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 19 (2016) 396.



dass es für Anwälte keine Pflicht zur Erhebung eines Kostenvorschusses gebe.¹⁴⁰

N. Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB)

a) WOLF/BRAZEROL¹⁴¹ äussern sich zu der seit längerem diskutierten Frage, ob der *Willensvollstrecker zur Teilungsklage legitimiert* sei und *verneinen* dies. Zur Begründung geben sie an, dass im Gesetz und in den Materialien keine Basis dafür vorhanden sei. Zudem widerspreche es dem individuellen Teilungsanspruch jedes Erben nach Art. 604 Abs. 1 ZGB. Der Willensvollstrecker solle den nicht teilungswilligen Erben keine (kostspielige) Erbteilung aufzwingen können (*nemo invitus agere cogitur*), auch nicht *de lege ferenda*.¹⁴² Eine Ausnahme besteht nur, wenn der Erblasser Erbe in einem anderen Nachlass war, dann kann der Willensvollstrecker in diesem Nachlass (quasi als Erbe) die Erbteilung verlangen. Ich stimme dieser Ansicht zu, obwohl ich in früheren Stellungnahmen *de lege ferenda* die Aktivlegitimation bejaht habe,¹⁴³ weil der Willensvollstrecker nicht Partei für die teilungswilligen Erben ergreifen sollte (damit verletzt er seine Neutralität)¹⁴⁴ und weil das Primat¹⁴⁵ für den Entscheid über die Teilung oder Nichtteilung bei den Erben liegt und nicht beim Erblasser (dessen letzten Willen der Willensvollstrecker umsetzt).

O. Schätzungsverfahren (Art. 618 ZGB)

a) Das Kantonsgericht Luzern hat im Urteil 1B 15 62 vom 04.07.2016¹⁴⁶ festgehalten, dass der Willensvollstrecker befugt sei, Nachlassliegenschaften durch die in Art. 618 ZGB vorgesehene Amtsstelle vor-

prozessual schätzen zu lassen.¹⁴⁷ Dieses Gutachten ist «als verbindliches Gutachten gemäss Art. 618 ZGB zu qualifizieren. Dieses unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung» (E. 5.1.2).¹⁴⁸

b) Nach dem Verwaltungsgericht Graubünden (Urteil U 16 7 vom 26.04.2016) ist der Erbe, welcher berechtigt ist, eine Liegenschaft aus dem Nachlass zu übernehmen, nicht (allein) zur *Beschwerde gegen die vom Willensvollstrecker veranlasste Schätzung* legitimiert, sondern nur alle Erben gemeinsam (E. 3c). Angesichts der Tatsache, dass ein Erbe, welcher berechtigt ist, die Liegenschaft zu übernehmen, selbstständig eine solche Schätzung beantragen kann,¹⁴⁹ ist nicht einzusehen, weshalb man ihm (dem künftigen Eigentümer) durch eine wörtliche Auslegung des Ausdrucks «Eigentümer» in Art. 13 Schätzungsgesetz die Beschwerde verweigern sollte. Dieser Entscheid befriedigt nicht.

P. Erbteilung (Art. 634 ZGB)

a) Das Bundesgericht führt im Urteil 5A_37/2016 vom 12.9.2016 aus, wenn ein Erbe *eine vom Willensvollstrecker vorbereitete Erklärung unterzeichne*, wonach eine Testamentsklausel eine Teilungsvorschrift darstelle, so sei das noch kein Erbteilungsvertrag, und schon gar kein Verzicht auf ein Legat (E. 3).¹⁵⁰ Es empfiehlt sich für den Willensvollstrecker, immer klarzustellen, dass Erklärungen der Erben erst dann verbindlich sind, wenn alle Erben den als solchen bezeichneten Erbteilungsvertrag unterzeichnet haben.¹⁵¹

140 Vgl. STAEHELIN (Fn. 4), *Anwaltsrevue* 19 (2016) 393; ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, *Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Kostenvorschuss* AJP 26 (2017) 621 ff., weist darauf hin, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung in zwei späteren Entscheiden (BGer. 2C_215/2015 vom 16.06.2016 und BGer. 2C_704/2016 vom 06.01.2017) etwas abgeschwächt hat; die grundsätzliche Kritik aber bleibt (623 ff. m.w.N. in Fn. 4).

141 Vgl. WOLF/BRAZEROL (Fn. 4), AJP 25 (2016) 1432.

142 Anders LEU (Fn. 4), S. 168.

143 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 324.

144 Zur Neutralität des Willensvollstreckers vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7) Art. 517–518 ZGB N 302 mit Verweis auf Rep. 1943, 467: «un gestore imparziale».

145 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 310 f.

146 KGer. LU 1B 15 62 vom 04.07.2016 = CAN 2017 Nr. 23 = LGVE 2016 I Nr. 18.

147 KGer. LU 1B 15 62 vom 04.07.2016 E. 5.1.2: «Nach § 81 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB; SRL 200) erfolgt diese Schätzung nach den Vorschriften des kantonalen Schätzungsgesetzes vom 27. Juni 1961 (SchG; SRL 626). Dafür zuständig ist nach § 29 SchG die Abteilung Immobilienbewertung der Dienststelle Steuern des Kantons Luzern.»

148 Ebenso THOMAS WEIBEL, *Kommentar zu Art. 602–628 ZGB*, in: *Praxiskommentar Erbrecht*, hrsg. v. Daniel Abt und Thomas Weibel, 3. A., Basel 2015 (zit. *Prax-Komm-WEIBEL*), Art. 618 ZGB N 9.

149 Vgl. *PraxKomm-WEIBEL* (Fn. 148), Art. 618 ZGB N 5; OGer. ZH ZR 1973 Nr. 43 E. 3.

150 Im Originalwortlaut: «basti considerare che una dichiarazione redatta dall'esecutore testamentario e firmata dagli eredi secondo la quale una determinata clausola testamentaria vada intesa come semplice norma di divisione non costituisce ancora un contratto di divisione, ed ancor meno una rinuncia al legato».

151 Vgl. dazu LORENZ BAUMANN, *Geteilt – oder noch nicht geteilt?*, *successio* 9 (2015) 96 ff.

b) Das Obergericht Zürich hat im (strafrechtlichen) Entscheid UE140265 vom 16.02.2015 festgehalten, dass der Willensvollstrecker nicht befugt sei, die Teilung selbstständig zu verfügen, d.h. ohne die Zustimmung sämtlicher Erben durch einseitigen Realakt verbindlich zum Abschluss zu bringen (E. 2.1. b). Die sog. «neue Zürcher Praxis» gibt es nicht mehr.¹⁵²

c) LEU¹⁵³ empfiehlt, die *Schätzer* wenn möglich mit schriftlichem Einverständnis aller Erben zu bestimmen, allenfalls ein Schiedsgutachten einzuholen. Dieser Hinweis ist für die Praxis sehr wichtig. Wenn es gelingt, die Zustimmung aller Erben für das einzuhaltende Verfahren zu erhalten, stehen die Chancen gut, dass die Schätzung von ihnen auch akzeptiert wird. LEU¹⁵⁴ weist darauf hin, dass für bestimmte Gegenstände nur eine beschränkte Anzahl Schätzer vorhanden sind (z.B. für die Echtheit von Kunstwerken oder Altlasten bei Grundstücken). Diese sollten mit Vorsicht eingesetzt werden, weil sie sonst bei späterem Gerichtsverfahren nicht mehr zur Verfügung stehen.

d) ELMIGER schreibt: «Teilungsvorschriften des Erblassers treten hingegen hinter der Einigung der Erben zurück, wobei Letzteres bei Einsetzung eines Willensvollstreckers umstritten ist (von der herrschenden Lehre jedoch bejaht wird).»¹⁵⁵ Ich würde dies eher so beschreiben, dass die ältere Lehre noch anderer Ansicht war, während die jüngere Lehre fast einstimmig den Erben zugesteht, dass sie Teilungsvorschriften des Erblassers durch eine nachfolgende Einigung der Erben beseitigen können, auch bei Vorhandensein eines Willensvollstreckers. Weiter führt ELMIGER aus: «Die Behörde, welche auf Verlangen eines Erben die Losbildung nach Art. 611 Abs. 2 ZGB vorzunehmen hat, und der Willensvollstrecker haben nach herrschender Lehre keine hoheitlichen Teilungskompetenzen».¹⁵⁶ Dieser Aussage kann ich zustimmen.¹⁵⁷

Q. Haftung (-)

a) Der wichtigste Entscheid des Bundesgerichts in der Berichtsperiode ist das Urteil 4A_280/2016

152 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 319.

153 Vgl. LEU (Fn. 4), S. 143 ff.

154 Vgl. LEU (Fn. 4), S. 148 f.

155 Vgl. ELMIGER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 109.

156 Vgl. ELMIGER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 114.

157 Die «neue Zürcher Praxis» gilt nicht mehr, vgl. dazu vorne, Fn. 152.

vom 10.10.2016,¹⁵⁸ in welchem es um die Haftung für *pflichtwidrige Anlage in Optionen* ging. Das Bundesgericht führte aus: Der Willensvollstrecker muss «nach den Umständen eine andere Anlagestrategie wählen, als sie der Erblasser verfolgte» (E. 3.1). Diese Aussage ist richtig, sie gilt aber nur (was das Bundesgericht nicht erwähnt), weil es sich vorliegend um eine Dauerwillensvollstreckung handelt (bei der Abwicklungs-Willensvollstreckung könnte man die Strategie des Erblassers bis zur [baldigen] Verteilung fortsetzen).¹⁵⁹ Man stellt mit Erstaunen fest, dass das Bundesgericht (entgegen seiner sonstigen Praxis) auf jegliches Literaturzitat verzichtet und nur eigene Entscheide zitiert, obwohl gerade diese Fragestellung von ihm in der bisherigen Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht behandelt wurde. Zum Inhalt der Anlagestrategie führt das Bundesgericht aus: «Namentlich wenn eine Neuanlage oder die Liquidation gewisser Bestandteile des Vermögens erforderlich ist, muss der Willensvollstrecker eine konservative Anlagestrategie wählen» (E. 3.1).¹⁶⁰ Diese Ausführungen sind im vorliegenden Fall zutreffend, aber nur (was nicht erwähnt wird), weil es sich um die Anlage für einen minderjährigen Erben handelt. Allgemein kann gesagt werden, dass sich die Anlagestrategie an der Risikofähigkeit des jeweiligen Erben ausrichten muss.¹⁶¹ Eine Pflichtverletzung lag vor, da sogar ein höheres Risiko eingegangen wurde als seinerzeit bei der Verwaltung des Vermögens für den Erblasser.¹⁶² Ein Haftungsausschluss im Vertrag mit der Erblasserin wird nach dem Bundesgericht nicht auf die Willensvollstreckung übertragen (E. 3.3). Die Begründung liegt darin, dass dieser Vertrag zwar auf die Erben übertragen wurde (Art. 560 ZGB), die Verwaltung des Vermögens durch den externen Vermögensverwalter aber durch die Willensvollstreckung abgelöst wurde, bei welcher sich die Haftung (analog) nach Art. 398 ff. OR richtet.¹⁶³

158 Auch abgedruckt in HAVE 2017, 85; Vorinstanz: OGer. ZH LB150026 vom 15.03.2016; weiter vgl. SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/THIRZA DÖBELI/LEANDRO LEPORI, *Das schweizerische Bankprivatrecht* 2016, SZW 89 (2017) 233 f.

159 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 176 ff. und 165 ff.

160 Ähnlich heisst es in E. 3.2: «grundsätzlich im Rahmen der Willensvollstreckung ohnehin gebotenen konservativen Anlagestrategie».

161 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 177.

162 Vgl. die Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid, OGer. ZH LB150026 vom 15.03.2016 E. 8.

163 Vgl. PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 103), Art. 518 ZGB N 102.



b) Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_290/2016 vom 30.03.2017¹⁶⁴ zur Haftung des Willensvollstreckers für eine *fehlende Partizipation der Erben an der Wertsteigerung* eines Nachlassgutes Stellung bezogen¹⁶⁵ und dies als Pflichtverletzung beurteilt (E. 2.4.3). Wenn mehrere Begünstigte (Erben und Vermächtnisnehmer) an einem Nachlassgut beteiligt sind, hat der Willensvollstrecker bei der Ausrichtung des Vermächtnisses dafür zu sorgen, dass der Mehrwert verteilt wird¹⁶⁶ und nicht nur den Vermächtnisnehmern zukommt.¹⁶⁷ Bei dieser Haftung gilt die übliche Beweislastverteilung.¹⁶⁸

c) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil UE140265 vom 16.02.2015 mit der Frage befasst, ob *ein einzelner Erbe legitimiert* sei, die Haftung des Willensvollstreckers geltend zu machen, und kommt zum Schluss, dass diese Frage noch nicht abschliessend geklärt sei: «In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht diese Frage offen gelassen (BGer vom 26. April 2013 [5A_881/2012], E. 4.3.). ... In der Literatur wird diese Frage kontrovers diskutiert ... Während ein Teil der Lehre die Auffassung vertritt, jeder Erbe sei einzeln zur Geltendmachung des Anspruchs legitimiert, die Klage müsse indessen auf Leistung an die Erbengemeinschaft gerichtet werden (KARRER... KÜNZLE...), befürwortet die herrschende Lehre ... eine differenzierende Betrachtung, je nachdem in wessen Rechtssphäre sich der Schaden realisiert hat (...), sie verlangt also eine gemeinsame Klage der Erben, wenn der Schaden im noch unverteilten Nachlass eingetreten ist. Diese Darstellung, welche sich hauptsächlich auf Literatur zu Art. 602 ZGB stützt, übersieht, dass sowohl

BREITSCHMID/KAMP¹⁶⁹ als auch WOLF/GENNA¹⁷⁰ sich klar für eine Klagelegitimation des einzelnen Erben ausgesprochen haben, jeweils mit dem Hinweis, dass kein gesamthandschaftlicher Anspruch vorliege. Das Bundesgericht hat die Klagelegitimation in BGE 101 II 47 E. 1 untersucht und dabei ebenfalls die einzelnen Erben betrachtet, ohne auf eine notwendige Streitgenossenschaft hinzuweisen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Klagelegitimation der einzelnen Erben herrschende Meinung in Lehre und Praxis ist. Noch nicht restlos geklärt ist, ob (vor Durchführung der Erbteilung) an den Erben oder an die Erbengemeinschaft¹⁷¹ zu zahlen ist.

d) Das Bezirksgericht Winterthur hat im (nicht veröffentlichten) Entscheid FV160015 vom 10.03.2017 zur *Legitimation von mehreren Vermächtnisnehmern* Stellung genommen: Wenn ein Vermächtnis an mehrere Personen gemeinsam ausgerichtet wird, bilden diese eine Streitgenossenschaft und können nur gemeinsam vom Willensvollstrecker Schadenersatz verlangen (E. 1–4; Streit zwischen zwei Vermächtnisnehmern über einzelne Gegenstände). Diesem Entscheid kann ich nicht zustimmen: Nicht nur (wie gerade gesehen) jeder Erbe,¹⁷² sondern auch jeder Vermächtnisnehmer kann einzeln den Willensvollstrecker haftbar machen.¹⁷³

e) ITEN beschreibt die Haftung des Willensvollstreckers gegenüber Erben, Vermächtnisnehmern und Erbschaftsgläubigern: Wenn der Willensvollstrecker gegenüber *Vermächtnisnehmern und Nachlassgläubigern* Pflichtverletzungen begeht, können diese den Willensvollstrecker erst belangen, nachdem sie erfolglos versucht haben, ihren Anspruch gegen-

164 Siehe dazu auch ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2017, BN 2017, 146.

165 «Nella fattispecie, è litigiosa esclusivamente la questione della violazione dei doveri di esecutrice testamentaria da parte della ricorrente, per avere escluso gli opposenti (eredi di E.) dall'aumento di valore della successione intervenuto dopo l'apertura della stessa» (E. 2.3).

166 Zum Vorgehen bei unklaren Situationen vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 293.

167 Die Haftung basiert unter anderem darauf, dass der Willensvollstrecker bei der Ausrichtung der Vermächtnisse selbstständig handelt und keine Zustimmung der Erben benötigt, vgl. dazu PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 103), Art. 518 ZGB N 67.

168 «Spetta agli eredi che si reputano lesi dimostrare che l'esecutore testamentario ha disatteso i propri doveri, nonché comprovare l'esistenza del danno e del nesso causale. Incombe per contro all'esecutore testamentario dimostrare l'assenza di una sua colpa» (E. 2.2).

169 Vgl. PETER BREITSCHMID/ANNASOFIA KAMP, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 110 (2014) 131, mit der Begründung: «da bzgl. der Geltendmachung etwa von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen einen erbrechtlichen Mandatsträger nicht mehr ein gesamthandschaftlich zu verachtender erbrechtlicher Anspruch im Streit liegt».

170 Vgl. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1: Erbrecht, 1. Teil, Basel 2012, S. 351: «Jeder Erbe ... ist je einzeln zur Verfolgung des Haftungsanspruchs aus der vertragsanalogen Verschuldenshaftung gegen den Willensvollstrecker aktiv legitimiert. Der entsprechende Anspruch steht mithin nicht dem Nachlass als solchem zu, sondern nur den konkret geschädigten Erben...».

171 Dieser Ansicht hat sich auch DANIEL ABT, Ansprüche der Erben bezüglich Willensvollstreckerhonorar werden (sehr) kritisch beurteilt, dRSK publiziert am 08. Juli 2013, N 15, angeschlossen.

172 Vgl. vorne, Q. c).

173 Ebenso WOLF/GENNA (Fn. 170), S. 351; BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 113.

über den Erben durchzusetzen, weil der Schaden erst dann feststeht.¹⁷⁴

R. Besitz (Art. 919 ZGB)

STARK-LINDENMANN¹⁷⁵ befassen sich mit der *Herausgabe von Nachlassgegenständen*: «Bei Streit zwischen dem Willensvollstrecker und den Erben kann der Erstere die Erbschaftssachen nach ZR 15 Nr. 122 nicht direkt vom unselbständigen unmittelbaren Besitzer herausverlangen, sondern muss seinen Anspruch gegen die Erben durchsetzen. Er richtet sich auf Einräumung des unselbständigen Besitzes».¹⁷⁶ In der Praxis ist es allerdings so, dass der Willensvollstrecker den Besitz häufig nicht braucht, um seine Aufgaben erfüllen zu können, und ihn den Erben überlassen kann.¹⁷⁷

S. Internationales Privatrecht (IPRG)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_612/2016 vom 01.03.2017 mit einer *stillschweigenden Rechtswahl* befasst, diese im vorliegenden Fall aber verneint, obwohl das Testament in der Schweiz erstellt wurde und schweizerische Institute (u.a. die Willensvollstreckung) erwähnt werden, «pour le motif déjà que le testament a été rédigé à une époque où son auteure était domiciliée en Suisse (1989), situation qui rendait inconcevable l'hypothèse d'une «élection» de for et de droit» (E. 4.3; Art. 87 und Art. 90 IPRG). Heute gehört es zur «guten Ordnung», dass der Erblasser auch bei einem schweizerischen Wohnsitz die Zuständigkeit und das anwendbare Recht in der letztwilligen Verfügung bestimmt, insbesondere wenn aufgrund des Nachlassgutes (oder der Staatsangehörigkeit) ein Auslandsbezug besteht, welcher nach anderen Rechtsordnungen (insbesondere Art. 10 EU-ErbVO) zu Anknüpfungen im Ausland führen kann.¹⁷⁸

b) Das Obergericht Zug hat sich im Urteil vom 12.02.2016¹⁷⁹ mit der *vorfrageweisen Klärung der Aktivlegitimation des Willensvollstreckers* bei einer Vertragsklage zu befassen: Der Erblasser hatte schwedisches Recht gewählt (Art. 90 Abs. 2 IPRG), der Nachlass wurde in Schweden eröffnet und ein Nachlassverwalter eingesetzt, welchem in der Schweiz ein Willensvollstreckerzeugnis aufgestellt wurde (E. 3.2). Nachdem der Nachlassverwalter des Amtes enthoben wurde, erfolgte auch ein Widerruf des Willensvollstreckerzeugnisses (E. 3.2). Die Anwendung des schwedischen Erbrechts auf diese Vorfrage¹⁸⁰ ist nicht zu beanstanden.

c) Im Rahmen der Revision von Art. 86–96 IPRG¹⁸¹ wird Art. 92 Abs. 2 IPRG geändert werden. Nach jetzigem Stand der Revisionsarbeiten lautet der Text wie folgt: «Die Durchführung der einzelnen Massnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde. Diesem Recht unterstehen namentlich die sichernden Massnahmen und die Nachlassabwicklung mit Einschluss der verfahrensrechtlichen Aspekte der Nachlassverwaltung oder Willensvollstreckung sowie der Frage der Berechtigung des Nachlassverwalters oder Willensvollstreckers am Nachlass und seiner Verfügungsmacht darüber.» (Unterstreichung = Änderung). Die Anwendung des Eröffnungsstatuts auf den Willensvollstrecker soll damit auf die verfahrensrechtlichen Aspekte eingeschränkt werden, wie das in der Lehre vorgeschlagen wird.¹⁸² Zu Einzelheiten vgl. den nächsten Abschnitt.

174 Vgl. ITEN (Fn. 4), TREX 2017, 79.

175 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN (Fn. 3), Art. 919 ZGB N 138.

176 Ebenso PraxKomm-CHRIST/EICHNER (Fn. 103), Art. 518 ZGB N 23.

177 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 23.

178 Zu Einzelheiten vgl. den Mitte 2018 erscheinenden Zürcher Kommentar: HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, Zürich 2018, Vorbem. zu Art. 86–96 IPRG N 166, Art. 87 IPRG N 24 und Art. 90 IPRG N 16 ff.

179 Vgl. ZGGVP 2016, 232.

180 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 92 ff.

181 Das Bundesamt für Justiz arbeitet an einem Vorentwurf für Art. 86–96 IPRG und wird dabei begleitet von einer Expertengruppe, bestehend aus Prof. Andrea Bonomi (Universität Lausanne), Dr. Alessandra Ceresoli (Erbrechtsamt Basel), Prof. Barbara Graham-Siegenthaler (Universität Luzern), Dr. Kinga M. Weiss (Walder Wyss AG; Zürich) und dem Autor.

182 Ausgangspunkt dieser Entwicklung war ANTON HEINI, Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 92 IPRG N 10 und 22; ihm folgten unter anderem ANDREAS BUCHER, Das neue internationale Erbrecht, ZBGR 69 (1988) 154, ANTON SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, Kommentar zu Art. 86–96 IPRG, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht, hrsg. v. Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt, Anton Schnyder und Stephen Berti, 3 A., Basel, 2013, Art. 92 IPRG N 5 und 8 sowie BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 14; ich habe diese Idee weiter entwickelt, vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Vorbem. zu Art. 517–518 ZGB N 74 f.



d) Im Rahmen des 1. schweizerisch-deutschen Testamentsvollstreckertags an der Universität Zürich¹⁸³ habe ich mich mit der *Abgrenzung des Erb- und Eröffnungsstatuts* beim Willensvollstrecker befasst: Zum Eröffnungsstatut (Art. 92 Abs. 2 IPRG) gehören (1) Form und Frist der Annahme durch den Vollstrecker, (2) Entgegennahme der Annahme durch die Behörde und Ausstellung des Vollstreckerzeugnisses, (3) Aufsicht (Art. 518 i.V.m. Art. 554 und 595 ZGB) inkl. Verfahren der Absetzung und des Ersatzes, (4) Örtlicher Umfang der Befugnisse (In- und Ausland), (5) Verhältnis zu den Gläubigern und zu anderen Dritten und (6) Vorsorgliche Massnahmen. Zum Erbstatut gehören (1) Zulässigkeit (ob überhaupt ein Vollstrecker ernannt werden kann), (2) Person des Ernennenden (Erblasser/Dritter), (3) Person des Vollstreckers, (4) Form der Ernennung (in der letztwilligen Verfügung/im Erbvertrag), (5) Inhalt und Wirkung der Annahme der Vollstreckung, (6) Aufgaben des Vollstreckers (Rechte und Pflichten), (7) Zulässige Dauer der Vollstreckung, (8) Möglichkeit des Widerrufs/der Absetzung/des Ersatzes des Vollstreckers.

e) MAYER¹⁸⁴ befasst sich mit dem *Zusammenspiel des auf einen Trust anwendbaren Rechts* (welcher vom HTÜ bzw. Art. 149a ff. IPRG geregelt wird) mit dem auf das Testament anwendbaren Recht, welches seine Errichtung letztwillig verfügt (und Art. 86 ff. IPRG untersteht). Das auf den Trust anwendbare Recht kommt selbst dann zur Anwendung, wenn ein Trustee eingesetzt wird, welcher Funktionen eines Willensvollstreckers erfüllt. Soweit dies aber als unzulässige Umgehung des materiellen Erbrechts angesehen wird, kann die letztwillige Verfügung in eine Willensvollstreckung umgedeutet werden.¹⁸⁵

T. Steuern

a) Das Bundesgericht hat in mehreren Urteilen¹⁸⁶ zugelassen, dass der Willensvollstrecker in *Sachen Staats- und Gemeindesteuern Beschwerde* erhob. Dabei handelte es sich um eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 lit. a und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG i.V.m. Art. 73 StHG). Der Willensvollstrecker handelte dabei als Prozess-

standschafter.¹⁸⁷ Offengelassen wurde, wie weit eine Beschwerde des Willensvollstreckers eine selbstständige Beschwerde der Erben verdrängt.¹⁸⁸

b) Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-977/2016 vom 28.06.2016 die *Beschwerde* eines Willensvollstreckers in Sachen *Mehrwertsteuer* (Einfuhr von geerbten Kunstwerken) entgegengenommen. Dies entspricht der bisherigen Praxis¹⁸⁹ und Lehre.¹⁹⁰

c) MALLA¹⁹¹ befasst sich mit der Rechtsstellung des Willensvollstreckers im Steuerrecht. Sie kommt zu folgendem Schluss: «Bei der Bestimmung der Aufgaben und Kompetenzen des Willensvollstreckers im Steuerrecht ist, soweit das Steuerrecht selbst keine Besonderheiten vorsieht, von dem Tätigkeitsbereich auszugehen, den ihm das Privatrecht verleiht.»¹⁹² «Die Behandlung von *Erbschaftssteuern* liegt im Kompetenzbereich des Willensvollstreckers, soweit sie aus dem Nachlass zu bezahlen sind.»¹⁹³ Diese Aussage ist richtig, darüber hinaus ist der Willensvollstrecker aber in vielen Kantonen am Verfahren beteiligt bzw. er wird haftbar gemacht, auch wenn einzig die Erben die Erbschaftsteuer schulden.¹⁹⁴

U. Prozessrecht (BGG/ZPO)

a) Das Bundesgericht ist im Urteil 5A_16/2017 vom 15.02.2017 auf eine Beschwerde gegen eine *prozessleitende Verfügung* nicht eingetreten: Das Bezirksgericht beschränkte das Verfahren auf Auskunft und Absetzung des Willensvollstreckers (daneben wurde eine Erbteilungsklage eingereicht) (Art. 125 lit. a ZPO).¹⁹⁵ Auf den Antrag zur Beschränkung des Verfahrens auf Auskunft wurde nicht eingetreten, weil kein nicht wiedergutzumachender Nachteil rechtlicher Natur drohte (E. 2).

183 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4 – Vollstrecker), 37 ff.

184 Vgl. MAYER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 161 f.

185 Vgl. MAYER (Fn. 4), *successio* 11 (2017) 164.

186 Vgl. BGer. 2C_485/2016 vom 24.05.2017, E. 1.1/1.2; 2C_509/2016 vom 24.05.2017, E. 1.1; 2C_687/2015 vom 17.11.2016, E. 1.2.

187 Vgl. BGer. 2C_509/2016 vom 24.5.2017, E. 1.2; 2C_687/2015, E. 1.2.1.

188 Vgl. BGer. 2C_687/2015, E. 1.2.1.

189 Vgl. BGer. 1C_290/2007 vom 28.01.2008 E. 1; BVG A-1571/2006 vom 21.01.2010 E. 1.2.

190 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 275 m.w.N.

191 Vgl. MALLA (Fn. 3), S. 1 ff.

192 Vgl. MALLA (Fn. 3), S. 240.

193 Vgl. MALLA (Fn. 3), S. 240 f.

194 Vgl. dazu BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 265.

195 Zu einem früheren Entscheid in dieser Angelegenheit vgl. OGer. ZH LB160015 vom 25.05.2016.

b) Das Cour de Justice Genève hat sich im Urteil ACJC/1065/2015 vom 11.09.2015 mit dem *Streitwert* befasst: «Est également de nature pécuniaire le litige portant sur l'institution d'un exécuteur testamentaire, la valeur litigieuse se déterminant au regard de la valeur des biens successoraux soumis à la gestion de l'exécuteur testamentaire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_55/2014 du 19 mai 2014 consid. 1.1).» Diese Ausführungen sind wenig konkret. Ein Verweis auf BGer. 5A_635/2015 vom 21.06.2016¹⁹⁶ hätte hier mehr geholfen.

c) Ich habe mich in der Festschrift für Thomas Sutter-Somm mit dem *Aufsichtsverfahren* befasst:¹⁹⁷ Der Inhalt der Beschwerde umfasst ein Rechtsbegehren, Tatsachenbehauptungen und Beweismittel. Die Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen schliesst eine Mitwirkungspflicht der Erben nicht aus. Ausser bei Dringlichkeit muss der Willensvollstrecker die Gelegenheit erhalten, die Akten einzusehen und Stellung zu beziehen. Üblicherweise gibt es keinen doppelten Schriftenwechsel. Die Parteien können (auch ohne Aufforderung) auf Zustellung von Schriftsätzen der Gegenpartei replizieren, was so lange fortgesetzt wird, bis sich keine Partei mehr äussert. Es gibt keine Beweismittelbeschränkung. Eine mündliche Verhandlung ist nicht vorgesehen, kann von einer Partei aber verlangt werden. Beim Entscheid ist die Aufsichtsbehörde nicht an Parteianträge gebunden.

d) SCHWANDER führt aus, dass die *Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers* (Art. 28 ZPO) allgemein für Klagen gegen den Willensvollstrecker¹⁹⁸ und für Beschwerden gegen den Willensvollstrecker¹⁹⁹ gilt. Ich teile diese Ansicht, auch im Zusammenhang mit der Haftung, trotz anderer Meinung im Basler Kommentar,²⁰⁰ weil bei einem ausländischen Willensvollstrecker und bei mehreren Willensvollstreckern keine ausländische oder unklare Zuständigkeit bestehen sollte.

e) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_692/2016 vom 24.04.2017 mit der *Kostenverteilung und Ent-*

schädigung im Aufsichtsverfahren befasst. Da der Willensvollstrecker in seiner Beschwerde, welche reformatorischer Natur ist, keinen konkreten Antrag gestellt hat, weder für die Kostenverteilung noch für die Entschädigung, ist das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht eingetreten (E. 2.1–2.2).

f) Das Bundesgericht hat im Urteil 5D_76/2017 vom 11.05.2017 festgehalten, dass auf eine Anfechtung des Willensvollstreckerhonorars nicht eingetreten werde, wenn *kein klarer Antrag* vorliege, wie das angefochtene Urteil (Zahlung von Fr. 16000 von A an B und C) zu ändern sei (E. 3) und wenn *keine genügende Begründung* vorliege, weshalb der Entscheid zu ändern sei (E. 4).

V. Schiedsgerichtsbarkeit

a) Im Rahmen der Revision von Art. 176-193 IPRG ist geplant, Art. 178 Abs. 2 IPRG wie folgt zu ändern: «Für Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften gelten die Bestimmungen dieses Kapitels sinngemäss.» Ab Inkrafttreten der Revision werden auch in der Schweiz²⁰¹ *Schiedsklauseln in Testamenten* zulässig sein.²⁰² Ein Schiedsrichter kann dann – wie ein Willensvollstrecker – im voraus namentlich bestimmt werden. Der Schweizerische Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (SVSiE)²⁰³ ist dabei, seine Schiedsklauseln und Einführungsbestimmungen anzupassen und noch besser auf das Mehrparteienverfahren auszurichten.

b) In der Festschrift für Thomas Sutter-Somm habe ich mich auch mit der *Schiedsfähigkeit des Aufsichtsverfahrens über den Willensvollstrecker* befasst.²⁰⁴ M.E. sind die vom Richter behandelten materiell-rechtlichen Fragen der Aufsicht ebenso schiedsfähig, wie die von der Aufsichtsbehörde behandelten formellen Fragen, soweit diese vermögensrechtlicher Natur sind. Auszugehen ist davon, dass Aufsichtsverfahren «grundsätzlich vermögens-

196 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 11 (2017) 41 f.

197 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4 – Aufsicht), S. 941 ff.

198 Vgl. Ivo Schwander, Kommentar zu Art. 28 ZPO, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, hrsg. v. Alexander Brunner, Dominik Gasser und Ivo Schwander, 2.A., Zürich 2016, Art. 28 ZPO N 3; ebenso ALEXANDER ZÜRCHER, Kommentar zu Art. 28 ZPO, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Fn. 3), Art. 28 ZPO N 10.

199 Vgl. SCHWANDER (Fn. 198), Art. 28 ZPO N 13.

200 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (Fn. 16), Art. 518 ZGB N 14: Wohnsitz des Willensvollstreckers.

201 In Deutschland ist die Grundlage für Schiedsklauseln in Testamenten § 1066 ZPO, in Österreich § 581 Abs. 2 ZPO und in Liechtenstein § 598 Abs. 2 ZPO.

202 Zu Schiedsklauseln in Verträgen unter den Erben sowie Erbverträgen vgl. SIBYLLE FRÜH-PESTALOZZI, Erbvertragliche Schiedsklauseln/Schiedsverträge im Bereich des Erbrechts/Kollisionsrechtliche Aspekte bei solchen Schiedsgerichtsverfahren, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2012, S. 201 ff.

203 Vgl. www.schiedsgerichte-erbsachen.ch.

204 Vgl. KÜNZLE (Fn. 4 – Aufsicht), S. 934.



rechtlicher Natur»²⁰⁵ sind. In Deutschland ist die Schiedsfähigkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers umstritten und wird von den Gerichten mehrheitlich verneint.²⁰⁶

c) In den USA wurde im case Moschke v. Timber Ridge Assisted Living Inc. die Klage des personal representative bezüglich «elder abuse and *wrongful death*» vom Schiedsgericht abgelehnt mit der Begründung: «... there was the possibility of conflicting rulings if this action is split between claims that can be forced into arbitration and those that cannot ... recovery in wrongful death action belongs to the heirs, not to the decedent or the estate...».²⁰⁷ Vergleichbar kann der Willensvollstrecker in der Schweiz auch keine Genugtuungsansprüche von Angehörigen des Erblassers (vor einem Schiedsgericht) geltend machen, weil diese nicht in den Nachlass fallen.²⁰⁸

W. Betreuung (SchKG)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 5A_741/2016 vom 06.12.2016 mit der *Wissenszurechnung vom Willensvollstrecker an die Erben* und mit dem Fristenlauf befasst. Das Grundbuchamt meldete die Aufhebung des Eintrags «faillite sur la part de BA», welcher zur Erbengemeinschaft gehörte, am 24.05.2016 an den Willensvollstrecker. Die betreibungsrechtliche Beschwerde erfolgte am 01.07.2016 (nach Ablauf der 10-tägigen Frist) und war verspätet, weil das Wissen des Willensvollstreckers den Erben anzurechnen war (E. 3).

b) Die Aufsichtsbehörde Bern hat im Urteil 16 273 vom 23.11.2016 zur *Betreibung gegen eine unverteilter Erbschaft* Folgendes ausgeführt: Der Gläubiger muss sich erkundigen, ob ein Willensvollstrecker

vorhanden ist, bevor er gegen die unverteilter Erbschaft vorgeht (E. 15.1). Er darf die Betreuung grundsätzlich an einzelne Erben zustellen, aber er handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er die Betreuung an denjenigen Erben richtet, von dem er ausgeht, dass er keinen Rechtsvorschlag macht, nicht aber an einen Erben, von dem er annehmen muss, dass er Rechtsvorschlag machen würde. Eine solche Betreuung ist nichtig (E. 15.3.3).

c) Das Kantonsgericht Luzern hat sich im Urteil 2C 16 12 vom 27.05.2016²⁰⁹ mit einer *Betreibung durch den Willensvollstrecker* befasst. Die Betreuung erfolgte durch die «Erbengemeinschaft A., bestehend aus: B., vertreten durch Willensvollstreckerin C AG...». Wenn nur noch ein Erbe vorhanden ist, gibt es keine Erbengemeinschaft mehr und somit endet auch die Willensvollstreckung (E. 4.2). In dieser dezidierten Form würde ich dieser Aussage nicht zustimmen. Die Willensvollstreckung endet, wenn die Erbteilung abgeschlossen²¹⁰ ist und nicht, wenn nur noch ein Erbe vorhanden ist, denn sonst gäbe es keine Willensvollstreckung bei einem Alleinerben.²¹¹ Entscheidend war vorliegend die (unnötige) Bezeichnung «vertreten durch...» ohne Vorliegen einer Vollmacht, weshalb ich dem Ergebnis des Entscheids zustimmen kann.

X. Strafrecht (StGB)

a) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_1162/2016 vom 27.04.2016²¹² mit dem Vorwurf der *Veruntreuung, ungetreuen Geschäftsbesorgung und Urkundenfälschung* gegenüber einem Willensvollstrecker befasst. Während auf kantonaler Ebene ein einzelner Erbe Beschwerde führen kann,²¹³ gilt dies

205 BGer. 5A_794/2011 vom 16.02.2012 E. 1.

206 Vgl. BGH IV ZB 25/16 vom 17.05.2017; OLG Stuttgart 8 W 166/16 vom 07.11.2016, ZEV 2017, 269; OLG Karlsruhe 11 Wx 94/07 vom 28.07.2009, ZEV 2009, 466.

MANZUR ESSKANDARI/DANIELA BLICK, Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht, ErbStB 2017, 275 f.; PETER BECKER, Keine testamentarische Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung des Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht, NotBZ 2017, 257 ff.; KARLHEINZ MUSCHELER, Entlassung des Testamentsvollstreckers und letztwillige Schiedsklausel, ZEV 2009, 317 ff.

207 Vgl. Moschke v. Timber Ridge Assisted Living Inc., 244 CA4th 583 (2016).

208 Vgl. dazu etwa ANGELA HENSCH, Tod des Arbeitnehmers, AJP 25 (2016) 168.

209 Ebenfalls abgedruckt in: CAN 2017 Nr. 24 und LGVE 2016 I Nr. 15.

210 Vgl. BSK-KARRER/VOGT/LEU (FN. 16), Art. 517 ZGB N 24: «Die Willensvollstreckung endet mit ... der vollständigen Erledigung der unter sie fallenden Aufgaben...».

211 Vgl. BGE 142 V 233: Die Ernennung als Alleinerbe und Willensvollstrecker kann nicht als Begünstigung im Sinne des BVG ausgelegt werden; GABRIELA RIEMER-KAFKA, Rechtsprechung des Bundesgerichts 2016 im Bereich der beruflichen Vorsorge, SZS 61 (2017) 74 f.; weiter vgl. BK-KÜNZLE (FN. 7), Art. 517–518 ZGB N 8, mit Verweis auf BGE 96 II 79, wo der Alleinerbe selbst Willensvollstrecker war.

212 Vorinstanz: OGer. ZH UE150336 vom 05.09.2016; gleicher Fall wie im Vorjahr: BGer. 6B_309 und 314/2015 vom 19.11.2015.

213 Vgl. Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO, Art. 310 Abs. 2 und Art. 322 Abs. 2 StPO.

auf Bundesebene nicht, dort ist nur die *Erben-gemeinschaft zur Beschwerde legitimiert*²¹⁴ (E. 1.2).

b) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_417/2016 vom 05.08.2016 mit dem Vorwurf *der Veruntreuung, der ungetreuen Geschäftsbesorgung und der Urkundenfälschung* gegenüber dem Willensvollstrecker befasst. Nach der Einstellung des Verfahrens *führen die Erben Beschwerde* mit der Begründung, ihr rechtliches Gehör sei verletzt. Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde ein, weist sie aber ab, weil keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt (E. 2 und 3).

c) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_828/2016 vom 29.08.2016 mit dem Vorwurf *des Betrugs, der Veruntreuung und der ungetreuen Geschäftsbesorgung* gegenüber einem Willensvollstrecker befasst. Die Erben brachten vor, der Willensvollstrecker habe den Nachlass um CHF 3 000 000 geschädigt und die Vermächtnisnehmer unvollständig informiert. Das Verfahren wurde eingestellt. Der Privatkläger ist nicht zur *Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung* legitimiert, wenn sich der Entscheid nicht auf seine Zivilansprüche auswirkt. Dies ist umso weniger der Fall, wenn die Erben gestützt auf den gleichen Sachverhalt ein Zivilverfahren rechts-hängig gemacht haben (E. 2).

d) Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_1311/2016 vom 30.12.2016 mit *Urkundenfälschung* befasst, genauer mit falschen Angaben über die Anwesenheit in einem Kaufvertrag. Wenn die *Erben auf eine Strafverfolgung* des Notars *verzichten*, kann der Willensvollstrecker nicht an einer solchen festhalten (E. 3.1).²¹⁵

e) Das Bundesgericht hat sich im Urteil BGer. 6B_1337/2016 vom 02.06.2017 mit *Urkundenfälschung* befasst, genauer mit der Fälschung von Unterschriften auf einer Vollmacht zur Liegenschafts-schenkung. Der Willensvollstrecker und Erbe der Vollmachtgeberin wehrt sich gegen die Einstellung des Verfahrens. Im Erbfall gehen nur diejenigen Verfahrensrechte über, die sich auf die Durchset-zung der adhäsionsweise geltend gemachten privat-rechtlichen Ansprüche beziehen (E. 2.1.3). Der *Willensvollstrecker* ist deshalb *nicht zur Beschwerde legitimiert*.

f) Das Kantonsgericht Baselland hat sich im Urteil 470 16 79 vom 13.09.2016 mit einer Beschwerde gegen die *Einstellung eines Strafverfahrens* befasst. Ein Erbe machte Strafanzeige wegen Schädigung der Erblasserin. Nach Einstellung des Strafverfahrens erhob der *Willensvollstrecker Beschwerde*. Nach Art. 382 Abs. 3 StPO sind zwar die Angehörigen dazu legitimiert, nicht aber der Willensvollstrecker, zumal keine Forderungen adhäsionsweise geltend gemacht wurden (E. 1.6–1.10).

g) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil UE150260 vom 15.07.2016 mit einer *ungetreuen Geschäftsbesorgung* befasst. Es führte aus, «... dass sich ein Willensvollstrecker dann in einer (straf-) rechtlichen Grenzzone bewegt, wenn er sich ohne Einwilligung der Erben laufend aus den Erbschafts-mitteln eine selbst festgelegte Entschädigung aus-bezahlt» (E. 8c). Diese Aussage, welche von WOLF/GENNA²¹⁶ übernommen wurde, habe ich schon in einem früheren Bericht als zu streng bezeichnet.²¹⁷ Die Aussage stimmt nur, wenn das bezogene Honorar (darüber hinaus) völlig unangemessen ist, denn der Willensvollstrecker braucht keine Einwilligung der Erben zur Auszahlung des Honorars. Im kon-kreten Fall lag keine strafrechtliche Handlung vor, zumal zwei Erbinnen dem Vorgehen des Willens-vollstreckers ausdrücklich zugestimmt hatten (E. 8c). Wie das Gericht schliesslich (zu Recht) ausführt, gehören Streitigkeiten über die Angemessenheit des Willensvollstreckerhonorars ins Zivilverfahren (E. 8c).

h) Das Obergericht Zürich hat sich im Urteil UE150336 vom 05.09.2016²¹⁸ mit dem Vorwurf *der Veruntreuung, der ungetreuen Geschäftsbesorgung und der Urkundenfälschung* gegenüber dem Wil-lensvollstrecker befasst.²¹⁹ Da die Untersuchung ergab, dass keine strafbare Handlung vorlag, wurde das Verfahren eingestellt.

216 Vgl. WOLF/GENNA (Fn. 170), S. 344.

217 Vgl. KÜNZLE (Fn. 1), successio 8 (2014) 8.

218 Zur Fallgeschichte: OGer. ZH UE140265 vom 16.02.2015; BGer. 6B_309/2015 vom 19.11.2015.

219 Die Vorwürfe lauteten: Der Willensvollstrecker «habe pflichtwidrig nicht dafür gesorgt, dass Vermögenswerte des Nachlasses zum bestmöglichen Preis veräussert worden seien. Sodann sei wegen seines pflichtwidrigen Verhaltens der Nachlass nicht mehr in natura vorhanden. Zudem seien wertvolle Nachlassgegenstände – wie Stiche und ein Teppich – dem Nachlass ohne jede Gegenleistung unterschlagen worden» (E. 3.2).

214 Vgl. Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG.

215 «L'exécuteur testamentaire auquel l'administration des biens successoraux a été confiée ne fait pas valoir, pour autant, son propre droit matériel» (E. 3.1).



i) BESSENICH²²⁰ macht Überlegungen zum *Umgang des Willensvollstreckers mit Kinderpronographie* und weist darauf hin, dass bereits der Besitz strafbar sei. Der Willensvollstrecker muss – ähnlich wie bei Waffen²²¹ – dafür sorgen, dass Personen, welche solche Objekte besitzen dürfen (Strafverfolgungsbehörden), die Objekte aus dem Nachlass «entfernen».

diese vom Bundesgericht offengelassen wurde.²²³ Selbst führt er aus: «C'est donc *a priori* uniquement à l'aune de l'art. 121 CPP que la qualité de partie plaignante pourrait lui être éventuellement reconnue, mais au vu de l'interprétation très restrictive qui est faite de cette disposition par la jurisprudence, la situation est tout sauf évidente.» M.E. ist eine Klagelegitimation abzulehnen.²²⁴

Y. Strafprozessrecht

a) GARBARSKI²²² führt zur Klagelegitimation des Willensvollstreckers im Strafverfahren aus, dass

220 Vgl. BESSENICH, *successio* 11 (2017) 143 ff.

221 Vgl. dazu KÜNZLE (Fn. 1), *successio* 10 (2016) 38 ff.

222 Vgl. GARBARSKI (Fn. 4), SJ 139 (2017) II 125 ff.

223 Zuletzt BGer. 1B_348/2012 vom 03.10.2012.

224 Vgl. BK-KÜNZLE (Fn. 7), Art. 517–518 ZGB N 496.



Öffentliches Inventar – was sind «Papiere des Erblassers», die zu einer Inventarisierung von Amtes wegen führen?

BGer 5A_392/2016*

Michael Nonn**

Der Instanzenzug im Zusammenhang mit der Inventarisierung (oder Nichtinventarisierung) einer Forderung im Verfahren des öffentlichen Inventars ist erst nach einem (ersten) Abschluss des Inventars im Sinne von Art. 584 Abs. 1 ZGB möglich. Nach diesem Abschluss werden nur noch von Amtes wegen zu inventarisierende Forderungen berücksichtigt, wobei ein an die Treuhänderin des Erblassers gerichtetes und auch dort befindliches Schreiben nicht als «Papier des Erblassers» im Sinne von Art. 583 Abs. 1 ZGB gilt.

Inhaltsverzeichnis

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
 - 1. Das Verfahren zur Aufnahme des öffentlichen Inventars
 - a. Das Verhältnis zwischen Auflagefrist nach Art. 584 ZGB und Deliberationsfrist nach Art. 587 ZGB
 - b. Die Erstreckbarkeit der Fristen
 - 2. Die Inventarisierung von Amtes wegen gemäss Art. 583 ZGB
 - a. Die «Papiere des Erblassers»
 - b. Die Schadenersatzpflicht der Erben
 - 3. Zusammenfassende und abschliessende Bemerkungen

I. Sachverhalt

Der Erblasser B.A. verstarb am 2. Oktober 2014 anlässlich des Absturzes eines Hubschraubers, den er selbst geflogen hatte. Er hinterliess seine Witwe

C.A., einen Sohn D. aus erster Ehe und einen gemeinsamen Sohn A.A., welcher noch nicht volljährig war und daher einen Beistand erhielt.

Am 28. Oktober 2014 verlangten C.A. und D. die Aufnahme eines öffentlichen Inventars, welches durch die zuständige Juge de paix du district de Lausanne mit Verfügung vom 9. Dezember 2014 und einer Frist zur Anmeldung von Forderungen gegenüber dem Erblasser (bzw. von Schulden gegenüber dem Erblasser) bis zum 23. Januar 2015 angeordnet wurde.

Mit Schreiben vom 13. März 2015 teilte die Juge de paix den Erben mit, dass sie den Abschluss des Inventars bis zum rechtskräftigen Abschluss des laufenden Zivilprozesses über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit (und Haftung) des Erblassers im Zusammenhang mit dem Hubschrauberabsturz aufschiebe, und am 21. Juli 2015 erstellte die Juge de paix einen Entwurf des Inventars über die Aktiven und Passiven des Nachlasses.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 – mithin neun Monate nach Ablauf der Frist zur Anmeldung von Forderungen – machte die X, AG im öffentlichen Inventar eine Forderung gegenüber dem Erblasser in Höhe von CHF 500000.00 geltend, wovon CHF 370000.00 auf die behauptete Differenz zwischen dem Verkaufswert des zerstörten Hubschraubers und seinem Versicherungswert entfielen. Die X, AG berief sich in diesem Zusammenhang auf ein Schreiben vom 26. November 2014 an die Treuhän-

* Urteil des Bundesgerichts vom 1. November 2016.

** Dr. iur. Michael Nonn, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und öffentlicher Notar, Fachanwalt SAV Erbrecht, SwissLegal asg.advocati, St.Gallen.



Öffentliches Inventar – was sind «Papiere des Erblassers», die zu einer Inventarisierung von Amtes wegen führen?

derin der Witwe (und des Erblassers), welches einen Kontoauszug des Erblassers mit einer Schuld von CHF 133 710.30 sowie einen Unfallrapport der (französischen) Behörden enthielt, der einen Pilotenfehler als Unfallursache auswies.

Mit Anzeige vom 6. November 2015 teilte die Juge de paix die Aufnahme der geltend gemachten Forderung in das Inventar gestützt auf Art. 583 ZGB (von Amtes wegen) mit, da aus den Papieren des Erblassers eine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Erblasser und der X. AG hervorgehe. Mit Schreiben vom 25. November 2015 bestritt die Witwe C.A. die Inventarisierung der fraglichen Forderung wegen verspäteter Eingabe; mit Schreiben vom 27. November 2015 bestritt auch der verbeiständete A.A. die Inventarisierung und machte insbesondere geltend, es liege kein Fall der Aufnahme von Amtes wegen vor. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 gab die Juge de paix dieser letzten Eingabe, welche sie als Wiedererwägungsgesuch auf ihre Anzeige vom 6. November 2015 entgegennahm, keine Folge.

Gegen diese Verfügung beschwerte sich A.A. bei der Vorinstanz, welche die fragliche Forderung in Gutheissung der Beschwerde wieder aus dem Inventar entfernte.

Gegen diesen Entscheid wiederum setzt sich die X. AG mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zur Wehr, welches die Beschwerde letztlich abweist.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hält das Bundesgericht zunächst fest, dass Entscheide im Zusammenhang mit dem öffentlichen Inventar gem. Art. 580 ff. ZGB – im Gegensatz zu denjenigen im Zusammenhang mit dem Sicherungsinventar gem. Art. 553 ZGB – keine Entscheidungen über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG darstellen.

Im Zusammenhang mit den Rügen der Beschwerdeführerin, welche einerseits die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (sowohl auf Stufe Kanton als auch auf Stufe Bund) und andererseits die Verletzung der ZPO als ergänzendes kantonales Recht umfassten, stellt das Bundesgericht in der Folge die Phasen der Aufnahme eines öffentlichen Inventars ausführlich und mit zahlreichen Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung dar:

1. Zuerst erfolgt seitens der mit der Inventaraufnahme betrauten Behörde der Aufruf an die Gläubiger und Schuldner des Erblassers, ihre Forderungen bzw. Schulden innerhalb der angegebenen Frist, welche mindestens einen Monat ab der

ersten Auskündung zu betragen hat, einzugeben. Die Gläubiger sind dabei auf die Folgen der Nichtanmeldung aufmerksam zu machen¹, nämlich die sog. Präklusion, also den grundsätzlichen Verlust sowohl des Nachlasses als auch des persönlichen Vermögens der Erben als Haftungssubstrat: Nur (aber immerhin) wenn Gläubiger ohne eigene Schuld die Anmeldung ihrer Forderung im Inventar unterlassen haben oder wenn die Aufnahme ihrer Forderung trotz Anmeldung unterblieben ist, haften die Erben noch, und diesfalls auch nur, soweit sie aus der Erbschaft bereichert sind²; in allen Fällen können Gläubiger ihre Forderungen geltend machen, soweit diese durch ein Pfandrecht an Erbschaftsachen gedeckt sind³. Ansonsten aber sind die Erben weder persönlich noch mit der Erbschaft für nicht inventarisierte Forderungen haftbar⁴.

2. Ist die publizierte Frist abgelaufen, erfolgt die Aufnahme von Forderungen und Schulden des Erblassers nur noch von Amtes wegen⁵, also wenn diese aus öffentlichen Büchern oder aus den Papieren des Erblassers ersichtlich sind⁶. Diese Aufnahme ist den Schuldner und Gläubigern anzuzeigen⁷, normalerweise per Einschreiben⁸.

3. Nach Ablauf der publizierten Frist soll das Inventar von der zuständigen Behörde im Grundsatz so rasch als möglich formell geschlossen⁹ und während mindestens eines Monats zur Einsicht der Beteiligten aufgelegt werden¹⁰. Diese Schliessung des Inventars kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn ein Verfahren hängig ist, dessen Ausgang für die Frage der Solvenz des Nachlasses entscheidend ist¹¹.

1 Art. 582 ZGB.

2 Art. 590 Abs. 2 ZGB.

3 Art. 590 Abs. 3 ZGB.

4 Art. 590 Abs. 1 ZGB.

5 Verweise auf COUCHEPIN/MAIRE, in: Eigenmann/Rouiller (Hrsg.), *Commentaire du droit des successions*, Bern 2012, Art. 583 ZGB N 10, und PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 19 zu Art. 583 ZGB.

6 Art. 583 Abs. 1 ZGB.

7 Art. 583 Abs. 2 ZGB.

8 Verweise auf PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 18 zu Art. 583 ZGB, und auf BK-TUOR/PICENONI, N 7 zu Art. 583 ZGB.

9 Verweise auf ZK-ESCHER, N 1 zu Art. 584 ZGB, BK-TUOR/PICENONI, N 4 zu Art. 584 ZGB, PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 2 zu Art. 584 ZGB, und BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 2 zu Art. 584 ZGB.

10 Art. 584 Abs. 1 ZGB.

11 Verweis auf BK-TUOR/PICENONI, N 4 zu Art. 584 ZGB, welche allerdings eher der Verlängerung der Frist zur Erklärung über die Annahme gem. Art. 587 Abs. 2 ZGB den Vorzug geben; weitere Verweise auf PraxKomm

4. Der Abschluss des Inventars ist ein rein administrativer Akt ohne Rechtskraft¹²; die Richtigkeit der inventarisierten Forderungen und Schulden wird zwar vermutet, ist aber nicht rechtskräftig erwiesen, sondern das Inventar repräsentiert lediglich die Anmeldungen der Gläubiger und ihre Behauptungen¹³. Die zuständige Behörde hat denn auch keine Kompetenz zur materiellen Überprüfung der angemeldeten Ansprüche¹⁴.
5. Die Phase der Einsicht nach dem Abschluss des Verfahrens soll insbesondere den Erben die Möglichkeit geben, das Inventar zu vervollständigen oder zu korrigieren, sei es im Bereich der Schätzung von Aktiven, der Aufnahme von verspätet angemeldeten Forderungen gegen den Erblasser oder der Nichtaufnahme von rechtzeitig angemeldeten Forderungen gegenüber Dritten¹⁵. Nach einigen Autoren sei es zunächst an der Behörde, allfällige Einwendungen gegen das Inventar zu behandeln und dieses in der Folge dann definitiv zu schliessen, um wiederum den Erben die Monatsfrist zur Erklärung über den Erwerb der Erbschaft anzusetzen¹⁶, während andere Autoren der Auffassung seien, die beiden Fristen, also die Frist zur Bereinigung des Inventars¹⁷ und die sogenannte Deliberationsfrist¹⁸, könnten durchaus auch parallel laufen¹⁹; die Frage könne im vorliegenden Fall aber offengelassen werden.
6. In einer weiteren Erwägung hält das Bundesgericht fest, dass das öffentliche Inventar nach den Regeln des kantonalen Rechts errichtet werde, und legt die Regelung des Kantons Waadt

dar, welche das öffentliche Inventar dem summarischen Verfahren vor dem Juge de paix unterstellt und gemäss welcher dieser nach dem Abschluss des Inventars jeden Erben auffordert, binnen eines Monats zum Inventar Stellung zu nehmen²⁰; während dieser Zeit bleibe das Inventar beim Gerichtsschreiber für die Interessierten offen zur Einsicht²¹, und wenn sich während dieser Zeit eine Anfechtung ergebe, so sei es am Juge de paix, diese unter Einbezug der Betroffenen zu entscheiden²².

Im Anschluss an diese eher grundlegenden Ausführungen hält das Bundesgericht für den konkreten Fall fest, dass hier – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – ein eigentlicher Abschluss des Inventars im Sinne von Art. 584 ZGB nie erklärt worden sei. Art. 148 Abs. 3 CDPJ VD (EGZGB VD) halte zwar in Umsetzung von Art. 584 ZGB fest, dass das Inventar nach Ablauf der Frist gem. Rechnungsruf zu schliessen sei, eine Sistierung sei aber trotzdem denkbar und im vorliegenden Fall mit Schreiben der Juge de paix vom 13. März 2015 auch explizit erfolgt.

Weiter sei auch – wiederum entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht *der Bestand* der fraglichen Forderung gegenüber dem Erblasser bestritten, sondern vielmehr *ihre Aufnahme von Amtes wegen* in das Inventar, nachdem sie während der Frist gem. Rechnungsruf nicht angemeldet worden war. Die Anfechtung der Inventarisierung hätte somit zunächst vor der Justice de paix erfolgen sollen und nicht vor dem Kantonsgericht als Vorinstanz. Trotzdem wäre es angesichts des weiteren Verlaufs vor den kantonalen Behörden sinnlos, die Sache an den Anfang zurückzuverweisen, sondern es entspreche dem Gebot der Prozessökonomie, die hier aufgeworfene Frage nun auch zu klären.

Somit nun materiell in der Sache selbst angekommen, geht das Bundesgericht auf die Rüge der Beschwerdeführerin ein, wonach die Vorinstanz Art. 583 ZGB verletzt habe, indem sie die zwar verspätet geltend gemachte, von der Juge de paix aber

Erbrecht-NONN/ENGLER, N 2 zu Art. 584 ZGB, und auf KAUFMANN, Die Errichtung des öffentlichen Inventars im Erbrecht, 1959, S. 105.

- 12 Verweise auf PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 1 zu Art. 584 ZGB, und KAUFMANN, a.a.O., S. 109.
- 13 Verweis auf CREUX, Les inventaires civils, not@lex 2014, S. 69 ff., S. 79 f.
- 14 Verweise auf COUCHEPIN/MAIRE, a.a.O., N 11 zu Art. 589, und BK-TUOR/PICENONI, N 10a zu Art. 581 ZGB.
- 15 Verweise auf HUBERT-FROIDEVAUX, Le bénéficiaire d'inventaire, in: Steinauer et al. (Hrsg.), Journée de droit successoral 2016, 123 ff., N 36, BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 3 zu Art. 584 ZGB, und PFYL, Die Wirkungen des öffentlichen Inventars (Art. 587–590 ZGB), 1996, S. 12.
- 16 Art. 587 Abs. 1 ZGB; Verweise auf STEINAUER, Le droit des successions, 2. Aufl. 2015, N 1022, BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 11 ff. zu Art. 584 ZGB, COUCHEPIN/MAIRE, a.a.O., N 5 zu Art. 584, und ZK-ESCHER, N 1 zu Art. 587 ZGB.
- 17 Art. 584 Abs. 1 ZGB.
- 18 Frist zur Erklärung über den Erwerb der Erbschaft gem. Art. 587 Abs. 1 ZGB.
- 19 Verweise auf PIOTET, Erbrecht, in: SPR IV, 1975, S. 721 f., BK-TUOR/PICENONI, N 2 zu Art. 587 ZGB, und BGer 5P.195/2000 vom 27.6.2000, E. 4.

- 20 Art. 149 Abs. 1 CDPJ (EGZGB VD); das Bundesgericht zitiert hier das EGZGB VD leider unvollständig, denn Art. 149 Abs. 1 CDPJ verlangt weiter den Hinweis an die Erben darauf, dass ihr Schweigen als Annahme unter öffentlichem Inventar interpretiert werde – hier handelt es sich also um die Deliberationsfrist gem. Art. 587 ZGB, und nicht etwa um die Einsichtsfrist gem. Art. 584 ZGB.
- 21 Art. 149 Abs. 2 CDPJ.
- 22 Verweise auf HUBERT-FROIDEVAUX, a.a.O., N 39, CREUX, a.a.O., S. 83, STEINAUER, a.a.O., N 1022, COUCHEPIN/MAIRE, a.a.O., Art. 584 ZGB N 3, und BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 8 zu Art. 584 ZGB.



Öffentliches Inventar – was sind «Papiere des Erblassers», die zu einer Inventarisierung von Amtes wegen führen?

von Amtes wegen inventarisierte Forderung wieder aus dem Inventar gestrichen habe, weil sie nicht aus den Papieren des Erblassers ersichtlich sei. In diesem Zusammenhang führt das Bundesgericht aus, dass sich aus der Steuererklärung des Erblassers ein Bestand an Aktien der Beschwerdeführerin, aber keine Schuld ihr gegenüber ergebe. Eine solche Schuld sei demgegenüber ausschliesslich aus einem Schreiben der Beschwerdeführerin an die Treuhänderin des Erblassers ersichtlich, dem ein Kontoauszug mit einer Schuld des Erblassers gegenüber der Beschwerdeführerin beigelegt habe und in welchem ausserdem noch die Geltendmachung von Forderungen aus dem Helikopterunfall vorbehalten worden seien, welche aber zum Zeitpunkt des Schreibens noch nicht hätten quantifiziert werden können.

Der Ausdruck «Papiere des Erblassers», wie er in Art. 583 ZGB enthalten sei, umfasse alle Dokumente des Erblassers, welche Informationen über den Stand seines Vermögens enthielten, insbesondere auch die Buchhaltung, Kontokorrentauszüge, Verträge, Schuldtitel, die ganze Korrespondenz und Wertpapiere, letztlich an sich alle Dokumente, welche man am Domizil des Erblassers aufzufinden vermöge. Die inventarisierende Behörde habe die Pflicht, nach solchen Dokumenten zu suchen und diese zu prüfen; umgekehrt hätten aber auch die Erben die Pflicht, die Behörde auf den Stand des Nachlassvermögens aufmerksam zu machen und insbesondere unaufgefordert die ihnen bekannten Schulden des Erblassers zu melden.

Für den vorliegenden Fall kommt das Bundesgericht abschliessend zum Ergebnis, dass sich der einzige Hinweis auf die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Schuld des Erblassers in einem Schreiben der Beschwerdeführerin an die Treuhänderin des Erblassers und seiner Frau und damit gerade nicht in seinen Papieren finde, weshalb die Vorinstanz Art. 583 ZGB nicht verletzt habe, indem sie die fragliche Forderung wieder aus dem Inventar gestrichen habe, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei. Offenbleiben könne die Frage, ob und inwieweit sich die Erben verantwortlich gemacht haben, indem sie ihre Pflicht zur Bekanntgabe der ihnen bekannten Schulden des Erblassers verletzen²³, da diese Frage nicht das öffentlichen Inventar, sondern eben die Verantwortlichkeit der Erben betreffe.

23 Art. 581 Abs. 3 ZGB.

III. Bemerkungen

Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid hat eine prozessuale und eine materiell-rechtliche Seite, welche nachfolgend getrennt behandelt werden sollen.

1. Das Verfahren zur Aufnahme des öffentlichen Inventars

Obwohl das Bundesgericht zunächst fast kochbuchartig die Phasen der Inventaraufnahme wiedergibt und damit die Hoffnung nach Klärung offener Fragen schürt, werden diese leider auch in diesem Entscheid nicht abschliessend höchstrichterlich geklärt.

Klar sind soweit die «groben Züge»: Es ergeht ein Rechnungsruf, und wer diesem Folge leistet oder Gläubiger bzw. Schuldner einer von Amtes wegen zu inventarisierenden Schuld bzw. Forderung ist, der findet im Inventar Erwähnung²⁴. Einem so im Inventar aufgeführten Gläubiger des Erblassers haftet für die inventarisierte Schuld des Erblassers ihm gegenüber sowohl der Nachlass als auch das persönliche Vermögen der Erben²⁵. Wer sich demgegenüber auf den Rechnungsruf hin zu spät oder gar nicht meldet, der wird auf die blossere Bereicherungshaftung der Erben verwiesen, wenn er die Anmeldung ohne eigene Schuld unterlassen hat oder wenn seine Forderung trotz Anmeldung nicht in das Inventar aufgenommen worden ist²⁶. Umgekehrt können durch Pfänder aus dem Nachlass gesicherte Forderungen im Umfang der Pfandhaft immer und unabhängig von einer Inventarisierung geltend gemacht werden²⁷.

Unklar bleiben demgegenüber weiterhin die Details: Was genau bedeuten die *Schliessung des Inventars* und der Beginn seiner *Auflage zur Einsicht der Beteiligten* gem. Art. 584 Abs. 1 ZGB im Verhältnis zum *Abschluss des Inventars* und dem *Beginn der sog. Deliberations- oder Überlegungsfrist*

24 Art. 582 und 583 ZGB.

25 Art. 589 Abs. 3 ZGB.

26 Art. 590 Abs. 2 ZGB; «trotz Anmeldung nicht in das Inventar aufgenommen» meint damit sowohl die vollständige Nichtaufnahme als auch eine unvollständige Aufnahme, wobei sich der Gläubiger für den Rest bei Ausfall an das Gemeinwesen oder den zuständigen Inventarisierungsbeamten halten kann, vgl. hierzu BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 9 zu Art. 590 ZGB, mit weiteren Hinweisen.

27 Art. 590 Abs. 3 ZGB; für einen allfälligen Pfandausfall gilt dann aber wieder die normale Präklusionsregelung, vgl. auch PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 28 zu Art. 590 ZGB (mit Hinweis auf abweichende Lehrmeinungen), weshalb auch einem pfandgesicherten Gläubiger in jedem Fall die Anmeldung seiner Forderung zu empfehlen ist.

gem. Art. 587 Abs. 1 ZGB? Laufen die Auflagefrist und die Deliberationsfrist parallel, oder sind diese gestaffelt hintereinander anzusetzen? Ist die Auflagefrist wirklich im Gegensatz zur Deliberationsfrist nicht erstreckbar, kann aber von Anfang an schon für länger als einen Monat festgesetzt werden oder bei Unsicherheiten bzw. offenen Verfahren, die sich auf die Solvenz des Nachlasses auswirken können, ausgesetzt werden – und hilft dies für die Beantwortung der Fragen weiter?

a. Das Verhältnis zwischen Auflagefrist nach Art. 584 ZGB und Deliberationsfrist nach Art. 587 ZGB

Auch wenn das Bundesgericht die Frage des Verhältnisses zwischen diesen beiden Fristen und insbesondere die Frage, ob sie parallel oder gestaffelt laufen, ausdrücklich offenlässt, fällt doch immerhin auf, dass die Autoren, welche einen gestaffelten Fristenlauf bevorzugen, zuerst genannt werden²⁸, während in der Lehre selber der parallele Fristenlauf als herrschende Lehre bezeichnet wird²⁹. Die Lehre geht wohl auf die Materialien zurück, aus welchen hervorgeht, dass seinerzeit zumindest stillschweigend von einem parallelen Fristenlauf ausgegangen wurde, die Diskussion sich jedoch hauptsächlich um die Dauer der Auflagefrist gedreht hat und somit nichts zur Diskussion über die Frage der Parallelität beizutragen vermag³⁰.

Es ist letztlich in der Tat die ratio legis, welche die m.E. einzig richtige Lösung liefert: Wenn das öffentliche Inventar seinen Zweck erfüllen und den Erben die Entscheidung über die Annahme der Erbschaft auf einer zumindest hinsichtlich der Passiven gesicherten Basis ermöglichen soll, so muss dieses Inventar vor Beginn der Deliberationsfrist *unveränderlich feststehen*. Aufgrund der mit einer fehlenden, unvollständigen oder unrichtigen Inventarisierung verbundenen Konsequenzen für die Gläubiger (Präklusion, Verweis auf die blosse Bereicherungshaftung) ist gleichzeitig klar, dass diese nach Ablauf der im Rechnungsruf genannten Frist die Möglichkeit haben müssen, die Aufnahme ihrer Forderungen zu *verifizieren* und gegebenenfalls *richtigzustellen*. Obwohl auch die Erben während der Auflagefrist die Möglichkeit haben, in das Inventar Einsicht

zu nehmen, ist ihnen angesichts der grundsätzlich fortlaufenden Veränderbarkeit des Inventars während der Auflage nicht zuzumuten, schon ihren definitiven Entscheid über die Annahme der Erbschaft fällen zu müssen. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen kann die Lösung nur darin liegen, dass nach Ablauf der im Rechnungsruf genannten Frist insofern ein (erster) Abschluss des Inventars erfolgt, als während der ab dann laufenden Auflagefrist gem. Art. 584 Abs. 1 ZGB nur noch von Amtes wegen zu inventarisierende Forderungen berücksichtigt werden, alle bereits inventarisierten Forderungen aber von allen Beteiligten eingesehen und gegebenenfalls (und selbstverständlich nur mit entsprechenden Nachweisen) korrigiert werden können. *Nach* Ablauf der Auflagefrist erfolgt der zweite, eigentliche Abschluss des Inventars, und damit verbunden beginnt für die Erben die Deliberationsfrist gem. Art. 587 Abs. 1 ZGB zu laufen³¹.

Wird nach dem ersten Abschluss des Inventars eine von einem Gläubiger geforderte Korrektur am Inventar nicht vorgenommen, so muss dieser die Möglichkeit haben, die Korrektur durchsetzen zu lassen. Angesichts der Tatsache, dass das konkrete Verfahren der Inventaraufnahme vom kantonalen Recht geregelt wird, kann diese Durchsetzung auf unterschiedliche Weise erfolgen. Für einen Instanzenzug immer notwendig ist aber – dies stellt der hier besprochene Entscheid klar – ein (erster) Abschluss des Inventars im Sinne von Art. 584 Abs. 1 ZGB³²; davor kann ausschliesslich bei der inventarisierenden Behörde interveniert werden.

b. Die Erstreckbarkeit der Fristen

Für die Deliberationsfrist statuiert Art. 587 Abs. 2 ZGB positivrechtlich eine Erstreckbarkeit³³; in Art. 584 ZGB findet sich demgegenüber zwar die Möglichkeit einer längeren Auflagefrist, dafür aber keine Erstreckungsmöglichkeit. Während die Lehre soweit ersichtlich davon ausgeht, dass die Auflagefrist somit – und eben im Gegensatz zur Delibera-

28 E. 4.4.; in BGER 5P.195/2000 vom 27.6.2000 wurde allerdings der Vorwurf der Willkür bei der nicht gestaffelten Fristansetzung im Kanton AG abgewiesen, sodass in diese Reihenfolge vielleicht doch nicht zu viel hineininterpretiert werden darf.

29 BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 11 zu Art. 584 ZGB, mit ausführlicher Darstellung und zahlreichen Hinweisen.

30 PFYL, a.a.O., S. 15, mit Hinweisen auf die Ratsprotokolle.

31 So schon ZK-ESCHER, N 1 zu Art. 587 ZGB, auf welchen u.a. PFYL, a.a.O., S. 14 f., BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 12 f. zu Art. 584 ZGB, und PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 19 zu Art. 584 ZGB, verweisen.

32 E. 4.6.1; so auch PANNATIER KESSLER, *Bénéfice d'inventaire/Clôture et délai de contestation*/Art. 583 ZGB, in: dRSK vom 17.1.2017.

33 Obwohl das Gesetz von der «Einräumung einer weiteren Frist» und nicht explizit von der Erstreckung der ersten Frist spricht, ist klar, dass diese zweite Frist sich nahtlos an die erste anschliessen muss, da der unbenutzte Fristablauf gem. Art. 588 Abs. 2 ZGB den Entscheid der Erben präjudiziert, vgl. auch PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 7 zu Art. 587 ZGB.



Öffentliches Inventar – was sind «Papiere des Erblassers», die zu einer Inventarisierung von Amtes wegen führen?

tionsfrist – nicht erstreckbar sei³⁴, hält das Bundesgericht nun in einem Nebensatz und im Zusammenhang mit der Regelung im EGZGB VD fest, dass trotz der in Art. 148 Abs. 3 EGZGB VD vorgeschriebenen Schliessung des Inventars, welche letztlich Art. 584 Abs. 1 ZGB umsetze, eine Sistierung der Frist sehr wohl denkbar sei³⁵. Nachdem Art. 148 Abs. 3 EGZGB VD aber wie gezeigt an sich die *Deliberationsfrist* beschreibt³⁶, wird letztlich nicht restlos klar, ob das Bundesgericht nun wirklich die Erstreckbarkeit der *Auflagefrist* nach Art. 584 Abs. 1 ZGB postulieren will.

Aus Praktikabilitätsgründen scheint eine Erstreckungsmöglichkeit auch der Auflagefrist nach Art. 584 Abs. 1 ZGB ohne Weiteres sinnvoll. Der Bedarf nach einem möglichst umgehenden ersten Abschluss des Inventars im Sinne von Art. 584 Abs. 1 ZGB zur raschen Klarstellung der Verhältnisse nach Ablauf der Eingabefrist gem. Rechnungsruf³⁷ vermag daran nichts zu ändern: Es macht Sinn, dass möglichst bald nach Ablauf der Eingabefrist gem. Rechnungsruf das Inventar für neu eingegebene Forderungen gesperrt wird, sodass quasi die «Grundmenge» der eingegebenen Forderungen bekannt ist; damit ist aber noch nicht dargetan, dass und wieso die nachfolgende Auflagefrist nicht erstreckbar sein soll – es erscheint umgekehrt im Hinblick auf den Zweck des öffentlichen Inventars sogar geboten, mögliche Unsicherheiten betreffend die eingegebenen Forderungen zu bereinigen, *bevor* die *Deliberationsfrist* zu laufen beginnt³⁸. Dass diese wiederum unzweifelhaft erstreckbar ist, vermag die Problematik unklarer Verhältnisse im Inventar zwar ein wenig zu entschärfen; letztlich wäre aber – wiederum im Hinblick auf den Zweck des öffentlichen Inventars³⁹ eine grosszügigere Erstreckungsmöglichkeit und damit auch die Möglichkeit zur Klarstellung der Verhältnisse *vor* Beginn der *Deliberationsfrist* fast wichtiger als die Möglichkeit, diese Frist erstrecken zu lassen.

2. Die Inventarisierung von Amtes wegen gemäss Art. 583 ZGB

a. Die «Papiere des Erblassers»

Die bundesgerichtliche Aufzählung der grundsätzlich als «Papiere des Erblassers» geltenden Unterlagen entspricht zunächst der auch in der Lehre vertretenen Ansicht⁴⁰. Allerdings geht das Bundesgericht insofern einen Schritt weiter als die Lehre, als es ausdrücklich eine *Pflicht* der Behörde statuiert, die Unterlagen des Erblassers nach «Papieren» im Sinne von Art. 583 ZGB zu durchsuchen und diese entsprechend zu prüfen⁴¹. Es bleibt unklar, wie eine solche Pflicht in der Praxis konkret umgesetzt werden müsste, ohne dass sie sich letztlich auf die Pflicht der Erben zur Anmeldung der ihnen bekannten Forderungen und Schulden des Erblassers reduziert; ein aktives Vorgehen der Behörde in diesem Punkt würde aber immerhin die regelmässig recht hohen Kostenvorschüsse rechtfertigen, welche für die Aufnahme eines öffentlichen Inventars verlangt werden, auch wenn eine Staatshaftungsklage im Falle der Vernachlässigung der Ausforschungspflicht eher die Ausnahme bleiben dürfte.

So grosszügig wie das Bundesgericht bei der Umschreibung der infrage kommenden Papiere ist, so formalistisch geht es in der Folge an die Frage heran, welche Papiere als solche *des Erblassers* zu gelten haben. Hier wird ein Schreiben an die Treuhänderin des Erblassers samt Beilagen rundweg als nicht im Sinne von Art. 583 ZGB zu *seinen* Papieren gehörend qualifiziert. Auf den ersten, eben sehr formalistischen Blick ist dies natürlich möglich: Es sind letztlich in der Tat nicht Papiere im Besitz des Erblassers und damit zumindest insofern nicht «seine» Papiere. Umgekehrt kann vor dem Hintergrund der allgemeinen Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Beauftragten⁴² mit Fug und Recht die Frage gestellt werden, ob Papiere, welche von ihrem Inhalt her ohne Weiteres als Papiere im Sinne von Art. 583 ZGB qualifizieren würden, dem «Fundus» des Erblassers nicht auch dann zugerechnet werden können bzw. müssen, wenn sie sich (noch) nicht in seinem eigentlichen Besitz befinden, wohl aber in seinem über das Auftragsverhältnis zum

34 PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 18 zu Art. 584 ZGB.

35 E. 4.6.1; vgl. auch oben Ziff. II.6., und Fn 20.

36 Oben Ziff. II.6., Fn 20.

37 E. 4.2; vgl. auch oben Ziff. II.3 und Fn 9.

38 Immer davon ausgehend, dass diese erst nach Ablauf der Auflagefrist zu laufen beginnt; vgl. hierzu soeben unter lit. a.

39 Vgl. oben lit. a.

40 Vgl. BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 2 zu Art. 583 ZGB, mit Hinweisen auf ZK-ESCHER, N 3 zu Art. 583 ZGB, und BK-TUOR/PICENONI, N 3 zu Art. 583 ZGB.

41 Anders PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 10 zu Art. 583 ZGB, wo der Begriff «Papiere des Erblassers» eng gefasst und eine solche Pflicht verneint wird, und BSK-WISSMANN/VOGT/LEU, N 2 zu Art. 583 ZGB, wo das Fehlen einer Ausforschungspflicht, noch mit Verweis auf die Voraufgabe des Praxiskommentars Erbrecht, ausdrücklich unterstützt wird.

42 Art. 400 OR.

Treuhänder auf *dessen* (auftragsbezogenen) Besitz erweiterten Einflussbereich, mithin in einem Bereich, auf welchen der Erblasser einen auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch hat.

Versetzt man sich umgekehrt in die Lage eines Gläubigers, der immer schon über den Treuhänder des Erblassers mit diesem kommuniziert hat, so erscheint es doch etwas weit hergeholt, wenn man die ganze noch beim Treuhänder befindliche Korrespondenz als nicht zu den Papieren des Erblassers zählend qualifizieren wollte. Dies würde für die Gläubiger letztlich bedeuten, dass sie einen «potenziellen Erblasser» – also im Zweifel letztlich jede Gegenpartei – sicherheitshalber immer mit der Post an allfällige Beauftragte zumindest einkopieren, wenn nicht gar die Korrespondenz ausschliesslich an die Gegenpartei zu richten und den Beauftragten lediglich einzukopieren hätte, was zweifelsohne weder auftrags- noch erbrechtlich gefordert sein kann.

Im konkreten Fall hätte die Beschwerdeführerin somit rund sieben Wochen nach dem tragischen Unfalltod des Erblassers dessen Erben einkopieren oder eben besser noch direkt anschreiben müssen, damit die Korrespondenz nach den hier vom Bundesgericht aufgestellten Regeln zu «seinen Papieren» gezählt hätte. Ein solches Vorgehen würde zweifellos als nachgerade pietätlos empfunden und darf daher von einem Gläubiger wohl nicht gefordert werden. Die beim Treuhänder oder Rechtsanwalt eines Erblassers liegenden Papiere müssten somit an sich auch noch zu den «Papieren des Erblassers» im Sinne von Art. 583 Abs. 1 ZGB gezählt werden. Tut man dies, so erweist sich allerdings die vom Bundesgericht aufgestellte Pflicht der Behörde zur Erforschung und Untersuchung der Papiere des Erblassers⁴³ wiederum als schwierig, wenn nicht sogar aufgrund von bestehenden Berufsgeheimnissen unmöglich.

b. Die Schadenersatzpflicht der Erben

Die vom Bundesgericht – quasi als «Kompensation» zur streng sachenrechtlichen Auslegung des Begriffs «Papiere des Erblassers» – ausdrücklich vorbehaltenen Schadenersatzpflicht der Erben, welche eine ihnen bekannte Schuld des Erblassers nicht unangefordert gemeldet haben⁴⁴, greift nur dann, wenn den Erben eben ein Wissen um die fragliche Schuld des Erblassers bzw. Forderung des Gläubigers nachgewiesen werden kann. Dies dürfte wiederum oft bzw. regelmässig nur dann problemlos möglich sein,

wenn sich die fraglichen Dokumente – obwohl an einen Vertreter gerichtet – beim Erblasser befunden haben, womit sie automatisch auch zu «seinen Papieren» im Sinne von Art. 583 Abs. 1 ZGB gehört hätten. Konsequenz zu Ende gedacht ergibt sich hier somit regelmässig ein klassischer Zirkelschluss, welcher dem Gläubiger, der sich auf den gewohnten Kommunikationskanal mit dem Erblasser (also über dessen Beauftragten) verlassen hat, entsprechend wenig weiterhilft. Der vorsichtige Gläubiger gibt somit seine Forderung (selbstverständlich) in jedem Fall auch dann während der Frist gemäss Rechnungsruf ein, wenn er an sich der Auffassung ist, sie ergebe sich (auch) aus den Papieren des Erblassers.

3. Zusammenfassende und abschliessende Bemerkungen

Angesichts der seltenen höchstrichterlichen Entscheide rund um das öffentliche Inventar, welche in einem gewissen Kontrast zur Wichtigkeit dieses Instituts stehen, ist der vorliegende Entscheid trotz der teilweise offengelassenen Fragen sehr willkommen.

Die Erwägungen zum Verfahren werden durch die Tatsache der hier anwendbaren kantonalen Gesetze etwas verwässert bzw. lassen sich nur im Grundsatz auf alle anderen Kantone übertragen. Fest steht immerhin, dass vor einem ersten Abschluss des Inventars im Sinne von Art. 584 Abs. 1 ZGB kein Instanzenzug zur Bereinigung von Inventareinträgen möglich ist und dass – dies allerdings schon wieder vor dem Hintergrund einer konkreten kantonalen Regelung – eine Sistierung bzw. Erstreckung der Auflagefrist gem. Art. 584 Abs. 1 ZGB möglich sein muss.

Die Definition der «Papiere des Erblassers» erscheint vor dem Hintergrund obligationenrechtlicher Überlegungen letztlich etwas zu eng, auch wenn sie sachrechtlich vertretbar ist. Die Erbenhaftung bei nicht offengelegten Schulden des Erblassers, welche vom Bundesgericht als «Ausweg» angeboten wird, dürfte sich letztlich regelmässig als Zirkelschluss erweisen und nicht weiterhelfen.

Im konkreten Fall aufgrund der Abweisung der Beschwerde nicht mehr notwendig war die Diskussion, in welchem Substanziierungs- und Beweisgrad eine Forderung geltend gemacht werden muss, nachdem diese im Schreiben an die Treuhänderin noch nicht weiter substantiiert, sondern erst in der deutlich verspäteten Anmeldung im Inventar beziffert worden war. Aufgrund der fehlenden materiellen Rechtskraft des Inventars dürften die Anforderungen an die Substanziierung und den Nachweis der Forderung auch bei der Anmeldung im Inventar

43 E. 5.3, vgl. auch oben Ziff. II.

44 Art. 581 Abs. 3 ZGB; vgl. E. 5.4.



Öffentliches Inventar – was sind «Papiere des Erblassers», die zu einer Inventarisierung von Amtes wegen führen?

eher niedrig sein; trotzdem bleibt auch ein lediglich als administrativer Akt geltender Inventareintrag zweifellos nicht ohne eine gewisse Reflexwirkung auf die materielle Rechtslage. Es kommt hinzu, dass die genaue (behauptete) Höhe der Forderung sich gerade nicht aus den Papieren des Erblassers ergab, auch wenn man das Schreiben an die Treuhänderin zu seinen Papieren zählen wollte. Auf eine genaue Bezifferung des Anspruches kann zwar verzichtet werden, wo dies innert Frist nicht möglich oder nicht zumutbar ist; trotzdem muss aber bei der Anmeldung eine so präzise Umschreibung der Forde-

rung vorgenommen werden, dass diese dann letztlich gegenüber den Erben durchgesetzt werden kann, und in der Lehre wird ausserdem die Angabe eines Schätzungsbetrages verlangt⁴⁵. Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben waren, geht aus dem Entscheid nicht abschliessend hervor. Es darf aber vor dem Hintergrund, dass es zu dieser Frage soweit ersichtlich zumindest keine neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung gibt, gespannt auf einen Entscheid gewartet werden, in welchem diese Thematik abgehandelt werden muss.

45 Vgl. zum Ganzen PraxKomm Erbrecht-NONN/ENGLER, N 10 ff. zu Art. 582 ZGB, mit weiteren Hinweisen.



Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGG

BGer 5A_682/2014 und 5A_692/2014¹

Pius Koller²

Inhaltsverzeichnis

- I. Kurzfassung Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Zusammenfassung Erwägungen
- III. Bemerkungen

I. Kurzfassung Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Ehegatten E. und F. führten zu Lebzeiten den Landwirtschaftsbetrieb G. Sie waren Eltern von dreizehn Kindern. E. wendete seiner Ehefrau F. letztwillig die Nutzniessung an seiner Erbschaft zu. Diese bewirtschaftete den Landwirtschaftsbetrieb G. insbesondere mit Hilfe eines ihrer Söhne (im Urteil und fortan Kläger benannt) weiter bis zu dessen Heirat im Jahre 1985, nach welcher der Kläger auf dem Landwirtschaftsbetrieb H. seiner Ehefrau bauerte. Der Landwirtschaftsbetrieb G. wurde ab 1991 von der Schwester des Klägers und deren Ehemann zur Bewirtschaftung übernommen. Auch nach dem Tod der Mutter F., welche keine letztwillige Verfügung hinterliess, bewirtschafteten die Schwester und deren Ehemann den Landwirtschaftsbetrieb G. weiter, bis dieser schliesslich ab Ende 2005 von ihrem Sohn (im Urteil und fortan Beklagter 9.3 benannt) übernommen wurde.

2. Bei der Teilung der Nachlässe von E. und F. blieben insbesondere die Zuweisung des Landwirtschaftsbetriebs G., Lidlohn- und Pachtzinsforde-

rungen sowie das Eigentum am Maschinenpark des Betriebs G. streitig.

3. Das Bezirksgericht führte die Erbteilung durch und wies den Landwirtschaftsbetrieb G. dem Beklagten 9.3 zum doppelten Ertragswert von CHF 71820.00 zu. Den Maschinenpark mit einem Anrechnungswert von CHF 36500.00 wies es dem Kläger unter Abgeltung seines Lidlohnanspruchs in gleicher Höhe zu. Abgewiesen wurde neben anderen Punkten insbesondere die Pachtzinsforderung des Nachlasses gegen den Beklagten 9.3.

4. Das Kantonsgericht bestätigte auf Berufung des Klägers hin, mit welcher dieser insbesondere die Zuweisung des Landwirtschaftsbetriebs G. beantragte, die Zuweisung des Landwirtschaftsbetriebs G. zum doppelten Ertragswert an den Beklagten 9.3. Bezüglich des Maschinenparks ordnete es die öffentliche Versteigerung und die Aufteilung des Erlöses nach Erbquoten an. Ebenso wurde vorfrageweise im Rahmen der Feststellung des Nachlasses eine Pachtzinsforderung in der Höhe von CHF 79800.00 der Nachlässe gegen den Beklagten 9.3 anerkannt, welche ebenfalls nach Erbquoten auf die Erben aufzuteilen sei. Die Erhöhung des Lidlohnanspruchs des Klägers wurde abgewiesen.

5. Sowohl der Kläger als auch der Beklagte 9.3 gelangten mit Beschwerde ans Bundesgericht, wobei die Verfahren vereinigt wurden. Der Kläger beantragte die Zuweisung der landwirtschaftlichen Grundstücke an ihn zum doppelten Ertragswert sowie die Zusprechung eines Lidlohnanspruches in Höhe von CHF 73000.00, welcher vorab vom Sparkonto der Nachlässe zu begleichen sei. Der Beklagte 9.3 beantragte namentlich, der Maschinenpark sei gemäss dem Entscheid des Bezirksgerichts dem Kläger unter Abgeltung seiner Lidlohnforderung zuzuweisen, und auf die Geltendmachung einer Pachtzins-

1 Urteile des Bundesgerichts vom 16. Juli 2015. Sowohl der Kläger als auch der Beklagte 9.3 führten Beschwerde vor Bundesgericht. Die beiden Verfahren wurden vereinigt.

2 Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht und dipl. Ing. Agr. FH bei Ritter Koller AG, Möhlin.



Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGG

forderung des Nachlasses gegenüber dem Beklagten 9.3 sei nicht einzutreten.

II. Zusammenfassung Erwägungen

6. Erwägung 4: Das Bundesgericht hält fest, dass die Zuweisung zum doppelten Ertragswert eines sich in einem Nachlass befindlichen landwirtschaftlichen Einzelgrundstückes nach Art. 21 Abs. 1 BGGB derjenige Erbe verlangen könne, der Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt, und wenn das Grundstück sich im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes befindet.

7. Erwägung 5.1: Zu der Frage, in welchem Zeitpunkt das Eigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder die wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein solches bestehen muss, führt das Bundesgericht aus, dass gestützt auf den Gesetzestext und die Lehre die Stellung des Zuweisungsbegehrens relevant sein soll. Das Bundesgericht äussert an dieser Auffassung jedoch Zweifel, da die Gesetzmateriale nahelegen, dass die Eigentümerstellung bzw. die wirtschaftliche Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Todes des Erblassers gegeben sein müsse. Das Bundesgericht lässt diese Frage jedoch offen.³

8. Erwägung 5.2.1: Das Bundesgericht führt aus, dass der Kläger die Zuweisung der landwirtschaftlichen Grundstücke gemäss Art. 21 Abs. 1 BGGB aufgrund seiner behaupteten wirtschaftlichen Verfügungsmacht über den Landwirtschaftsbetrieb H. verlange. Der Kläger habe mittels Ehe- und Erbvertrag von 2007 seine Ehe der Gütergemeinschaft unterstellt, wobei die Ehefrau den Landwirtschaftsbetrieb H. zum Gesamteigentum einbrachte. Im Jahr 2008 und somit während des Erbteilungsprozesses haben die Ehegatten in einem neuen Ehe- und Erbvertrag vereinbart, dass der Kläger im Falle der Auflösung des Güterstandes die Zuweisung des Betriebes H. zu Alleineigentum verlangen könne.

9. Erwägung 5.2.2: Das Bundesgericht führt weiter aus, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht nur gegeben sei, wenn der Zuweisungsansprecher ohne Zutun eines Dritten, auf vertraglichem oder gesetzlichem Wege, Alleineigentum an einem landwirtschaftlichen Gewerbe erlangen könne.

10. Erwägung 5.2.3: Das Bundesgericht erwägt, dass der Ehe- und Erbvertrag des Klägers aus dem Jahr 2007 für den Fall einer Auflösung des Güterstandes keine Bestimmungen über die Zuweisung des Betriebes H. enthalte. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass der Kläger somit aus Art. 36 Abs. 1 BGGB keine wirtschaftliche Verfügungsmacht über das landwirtschaftliche Gewerbe H. ableiten könne. Nach dieser Bestimmung könne die Zuweisung eines im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Landwirtschaftsbetriebs jener Eigentümer verlangen, der den Willen hat, den Betrieb als Alleinbewirtschafter weiterzuführen, und dazu auch in der Lage ist. Das Bundesgericht führt dazu aus, dass die eherechtlichen Bestimmungen des ZGB dem Art. 36 BGGB vorgehen und somit bei einer Auflösung des Güterstandes gemäss Art. 242 Abs. 1 ZGB die Ehefrau den Landwirtschaftsbetrieb H. aus dem Gesamtgut zurücknehmen würde, da er unter der Errungenschaftsbeteiligung in ihr Eigentum fiel.

11. Erwägung 5.2.4: Das Bundesgericht erwägt, dass der Ehe- und Erbvertrag von 2007 ausserdem eine Regelung enthalte, welche dem überlebenden Ehegatten den gesamten nicht pflichtteilsbelasteten Teil des Nachlasses zuweise. Der pflichtteilsbelastete Teil befände sich in der Erbschaft, und jeder Erbe könne die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes gestützt auf Art. 14 BGGB verlangen. Es bestehe zwar grundsätzlich die Möglichkeit, gemäss Art. 19 BGGB den überlebenden Ehegatten als Übernehmer des Gewerbes zu benennen, jedoch sei eine solche Bestimmung im Ehe- und Erbvertrag nicht enthalten.

12. Erwägung 5.2.5: Das Bundesgericht geht davon aus, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht des Klägers über den Landwirtschaftsbetrieb H. erst mit dem Ehe- und Erbvertrag von 2008 und somit nach Stellung des Zuweisungsbegehrens⁴ begründet

³ Das Bundesgericht verweist hierzu auf sein Urteil 5A_752/2012 vom 20. November 2012, in welchem es ausführte, dass Kauf oder Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes erst während des Berufungsverfahrens für den Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 BGGB zu spät sei.

⁴ Aus dem Gesetzestext von Art. 21 BGGB ergibt sich nicht, in welcher Form das Zuweisungsbegehren zu stellen ist. Nach hier vertretener Auffassung muss es genügen, wenn der Zuweisungsansprecher sein Begehren gegenüber seinen Miterben äussert. Eine formelle Teilungsklage auf Zuweisung muss nicht erhoben werden.

wurde. Diesen Zeitpunkt erachtet das Bundesgericht als zu spät, insbesondere da der Wortlaut des Vertrages darauf schliessen lasse, dass er einzig zum Zweck des Zuweisungsverfahrens geschlossen worden war. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Erlangung von Eigentum oder wirtschaftlicher Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe erst im Erbteilungsprozess (und somit nach Stellung des Zuweisungsbegehrens) zu spät sei. Weiter lässt es die Frage nach dem massgeblichen Zeitpunkt jedoch ausdrücklich offen.

13. Erwägung 5.3: Der Kläger macht geltend, der Beklagte 9.3 müsse, damit sein Zuweisungsbegehren durchzudringen vermag, bereits im Zeitpunkt des Erbgangs Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BGGB gewesen sein. Das Bundesgericht bestätigt, dass die Vorinstanz nicht geprüft habe, ob der Beklagte 9.3 bereits im Zeitpunkt des Erbgangs im Besitz eines landwirtschaftlichen Gewerbes war. Hierzu führt das Bundesgericht aus, dass es nur legitimiert sei, das Vorbringen des Klägers zu prüfen, wenn dieses ohne Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen oder des Beweisverfahrens beurteilt werden könne. Da dies jedoch nicht möglich sei, sehe es sich an die Feststellung der Vorinstanz gebunden, der Beklagte 9.3 sei im für die Zuweisung massgeblichen Zeitpunkt Alleineigentümer des Landwirtschaftsbetriebs J. gewesen.

14. Erwägung 6: Streitig blieb die Frage, ob der Landwirtschaftsbetrieb J. des Beklagten 9.3 als landwirtschaftliches Gewerbe gelten kann.

15. Erwägung 6.1: Das Bundesgericht führt aus, während des hängigen Erbteilungsprozesses habe sich der Gewerbebegriff aufgrund der Revision des Art. 7 BGGB grundlegend geändert⁵, da anstelle von drei Vierteln einer Standardarbeitskraft (SAK) nach neuem Recht eine volle SAK zur Bewirtschaftung notwendig sei, damit ein landwirtschaftliches Gewerbe angenommen werden könne. Hinzu komme, dass für den Zuweisungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 BGGB einzig Eigenland berücksichtigt werden soll, auf längere Dauer zugepachtete Grundstücke also unbeachtet blieben.⁶

16. Erwägung 6.2: Das Bundesgericht erwägt, dass der Landwirtschaftsbetrieb des Beklagten 9.3 gemäss Gerichtsgutachten 0.786 SAK ohne und 3.095 SAK mit Pachtland benötige, weshalb die Frage des anwendbaren Rechts relevant sei. Während das Bezirksgericht entschieden habe, dass die Frage nach altem Recht zu beurteilen sei, stellte sich das Kantonsgericht auf den Standpunkt, zumindest ein Teil des Pachtlandes könne berücksichtigt werden, weshalb der Betrieb des Beklagten 9.3 zur Bewirtschaftung 1.339 SAK benötigte und somit auch die strengereren Voraussetzungen des neuen Rechts erfüllt seien.

17. Erwägung 6.3.1: Das Bundesgericht zieht in Erwägung, der während des kantonalen Berufungsverfahrens am 1. Januar 2014 in Kraft getretene Art. 7 Abs. 4^{bis} BGGB besage, dass für die Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe nach Art. 21 Abs. 1 BGGB vorliege, auch die auf längere Dauer zugepachteten Grundstücke nach Art. 7 Abs. 4 lit. c BGGB zu berücksichtigen seien. Im Zuge der Einführung des neuen Art. 7 Abs. 4^{bis} BGGB seien jedoch keine Bestimmungen eingeführt worden, welche das Übergangsrecht dieser Neuerung regeln.

18. Erwägung 6.3.2: Das Bundesgericht führt aus, dass somit Art. 1 SchlIT ZGB mit dem Grundsatz des Verbots der Rückwirkung den Ausgangspunkt für die übergangsrechtliche Beurteilung bilde. Eingeschränkt werde diese Bestimmung durch Art. 2 SchlIT ZGB, welcher die Rückwirkung erlaube, wenn die Gesetzesbestimmung um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sei und die Interessenabwägung zugunsten der Rückwirkung ausfalle.

19. Erwägung 6.3.3: Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass es sich bei Art. 7 Abs. 4^{bis} BGGB um eine öffentlich-rechtliche Bestimmung handle, die sofort anzuwenden sei, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 SchlIT ZGB erfüllt sind. Die Bestimmung sei auch der öffentlichen Ordnung halber eingeführt worden, da die im Widerspruch zur einheitlichen Rechtsordnung stehende Rechtsprechung zu Art. 21 BGGB eine Klarstellung dahingehend benötigte, dass nun auch auf längere Dauer zugepachtete Grundstücke in die Berechnung miteinbezogen werden.

20. Erwägung 6.3.4: Dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Anwendung der Bestimmung stehen nach Auffassung des Bundesgerichts auch keine überwiegenden privaten Interessen entgegen, da mit

5 Die Gesetzesrevision trat per 1. September 2008 in Kraft, wobei der Erbteilungsprozess bereits seit Mai desselben Jahres hängig war.

6 So zumindest die bisherige Rechtsprechung. Vgl. dazu unten Ziff. 37.



Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGG

der Überprüfung und Neubeurteilung dieser Frage hatte gerechnet werden müssen. Auch verfolge der Kläger gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts keine schützenswerten Interessen im Sinne des bürgerlichen Erbrechts⁷, indem er eventual beantrage, dass ihm die landwirtschaftlichen Grundstücke zum Verkehrswert zugewiesen werden.

21. Erwägung 6.3.5: Somit kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass das Kantonsgericht kein Bundesrecht verletzt habe, indem es die auf längere Dauer zugepachteten Grundstücke in die Beurteilung der Gewerbeeigenschaft des landwirtschaftlichen Betriebs des Beklagten 9.3 miteinbezogen hatte.

22. Erwägung 6.4: Das Bundesgericht führt aus, dass Grundstücke für mindestens sechs Jahre gepachtet sein müssen, um das Kriterium der längeren Dauer gemäss Art. 7 Abs. 4 BGG zu erfüllen. Dass die zugepachteten Grundstücke des Beklagten 9.3 diese Voraussetzung erfüllen, werde vom Kläger nicht bestritten.

23. Erwägung 6.5: Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass somit auf die Rüge des Klägers, das Eigenland des Beklagten 9.3 genüge nicht zur Annahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes, nicht mehr einzugehen sei, da der Betrieb des Beklagten 9.3 inklusive Pachtland über 3 SAK benötige.

24. Erwägungen 7.1–7.4: Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts können volljährige Kinder und Grosskinder nach Art. 334 ZGB eine angemessene Entschädigung verlangen für Aufwendungen, welche sie ihren Eltern oder Grosseltern im gemeinsamen Haushalt zugewendet haben. Obwohl das Gesetz nur von den Eltern spreche, gelte diese Bestimmung auch für einen einzelnen Elternteil, sofern ihm die Stellung des Familienhauptes zukomme.⁸ Hierbei könne es schon ausreichen, wenn das Kind nur einen Teil seiner Einkünfte oder seiner Arbeitskraft in den gemeinsamen Haushalt mitbringe, jedoch müsse eine gewisse Regelmässigkeit vorliegen, und das Kind müsse durch seine Leistungen in seiner ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit eingeschränkt sein. Bescheidene Geldleistungen oder Arbeitsleistungen nach Feierabend könnten somit unter Umständen als blosses Entgelt für Leis-

tungen der Eltern im gemeinsamen Haushalt angesehen werden, welche keinen Lidlohnanspruch begründen. Für die Berechnung der Höhe des Lidlohnanspruches könne auf die vom Schweizerischen Bauernverband (SBV) in Brugg ermittelten Lidlohnansprüche abgestellt werden.

25. Erwägung 7.5.1: Das Bundesgericht führt aus, dass der Lidlohnanspruch zu den Erbschaftsschulden zähle, aber gemäss Art. 603 Abs. 2 ZGB nicht höher sein könne als der Nettonachlass, was die Haftung der Erben begrenze. Führe die Anrechnung landwirtschaftlicher Grundstücke zum doppelten Ertragswert zu einem Überschuss an Erbschaftspassiven, könne der Anrechnungswert bis maximal zum Verkehrswert erhöht werden. Eine Erhöhung des Anrechnungswerts sei ausserdem dann möglich, wenn andernfalls der Lidlohnanspruch eines Miterben leerlaufen würde oder eine besondere Notlage eines Miterben des Übernehmers bestehe.⁹

III. Bemerkungen

26. Im vorliegenden Bundesgerichtsentscheid geht es in erster Linie um die Frage des Zuweisungsrechts nach Art. 21 Abs. 1 BGG. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

«Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Grundstück, das nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört, so kann ein Erbe dessen Zuweisung zum doppelten Ertragswert verlangen, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt und das Grundstück im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes liegt.»

Nachfolgend thematisiert wird insbesondere die Frage, zu welchem Zeitpunkt Eigentum bzw. wirtschaftliche Verfügungsmacht an einem landwirtschaftlichen Gewerbe aufseiten des Erben vorhanden sein muss. Die zweite wichtige Frage, die sich stellt, ist jene des Übergangsrechts bezüglich Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG. Schliesslich wird kurz auf die Ausführungen des Bundesgerichts zum Lidlohn eingegangen.

27. Das Bundesgericht lässt die Frage offen¹⁰, in welchem Zeitpunkt der Zuweisungsansprecher Ei-

7 Wobei das Bundesgericht nicht ausführt, was als solches schützenswertes Interesse anzusehen wäre.

8 Urteil des Bundesgerichts 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005 Erw. 4.2. Die Mutter war nach dem Versterben ihres Ehemannes die Leiterin des landwirtschaftlichen Gewerbes.

9 Vgl. Art. 18 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 BGG.

10 Wie bereits im Urteil 5A_752/2012 vom 20. November 2012.

gentum oder wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe haben muss, um die Zuweisung nach Art. 21 Abs. 1 BGGB erfolgreich geltend zu machen.¹¹ Dabei äussert es jedoch Bedenken an der Auffassung der herrschenden Lehre¹², wonach diese Voraussetzung erst bei Stellung des Zuweisungsbegehrens vorliegen muss. Das Bundesgericht deutet an, dass auch der Gesetzestext in diese Richtung zu interpretieren sei. Nach der hier vertretenen Auffassung sagt der Gesetzestext jedoch nichts über den massgeblichen Zeitpunkt aus. Er lässt sich nur insofern dahingehend interpretieren, als nicht von einem anderen Zeitpunkt die Rede ist.

28. Weiter macht das Bundesgericht die Aussage, aus den Gesetzesmaterialien sei zumindest die Tendenz dazu erkennbar, dass Eigentum oder wirtschaftliche Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs vorliegen muss. In den Materialien findet sich das Votum, dass der Erbe «bereits Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder darüber wirtschaftlich verfügen»¹³ muss. Das Bundesgericht schliesst aus dieser Formulierung offensichtlich, dass der Zuweisungsansprecher «bereits» im Zeitpunkt des Erbgangs die Voraussetzungen nach Art. 21 Abs. 1 BGGB erfüllen muss. Mit den Gesetzesmaterialien setzt sich die herrschende Lehre nicht auseinander, sondern stützt sich scheinbar einzig auf den Wortlaut des Gesetzes. Dass das Bundesgericht entgegen der herrschenden Lehre dazu tendiert, bereits den Erbgang als massgebenden Zeitpunkt für das Vorliegen von Eigentum oder wirtschaftlicher Verfügungsmacht anzusehen, zeigt Erwägung 5.3 des vorliegenden Urteils. Hier bemängelt das Bundesgericht, dass das Vorliegen dieser Voraussetzung bereits im Zeitpunkt des Erbgangs von der Vorinstanz nicht geprüft wurde. Da die dahingehende Rüge des Klägers jedoch unzulässig war, war es dem Bundesgericht nicht möglich, eine solche Prüfung nachzuholen. Dass das Bundesgericht prüfen wollte, ob Eigentum bzw. wirtschaftliche Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs vorgelegen hat, zeigt jedoch, dass es dies als relevant ansieht, hätte es doch sonst lediglich ausführen können, die Vorbringen

des Klägers seien irrelevant, da die genannte Voraussetzung ohnehin nicht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs erfüllt sein müsse.

29. Bezüglich des massgeblichen Zeitpunkts für die Eigentümerstellung bzw. für die wirtschaftliche Verfügungsmacht des Zuweisungsansprechers sagt das Bundesgericht im vorliegenden Urteil letztlich lediglich aus, dass die Erlangung von Eigentum bzw. Verfügungsmacht während des Erbteilungsprozesses als zu spät anzusehen ist. Damit verschärft es in gewissem Masse die frühere Rechtsprechung¹⁴, nach welcher es sich nur darauf festgelegt hatte, dass Kauf oder Übernahme eines landwirtschaftlichen Gewerbes während des Zuweisungsprozesses vor oberer kantonaler Instanz in jedem Fall zu spät sei. Das Bundesgericht lässt im vorliegenden Entscheid jedoch ausdrücklich offen, ob die Voraussetzung der Eigentümerstellung bzw. der wirtschaftlichen Verfügungsmacht bereits vor Stellung des Zuweisungsbegehrens erfüllt sein muss, damit das Zugrecht geltend gemacht werden kann.

30. Bereits in BGE 134 III 1 sah sich das Bundesgericht mit der Frage des massgeblichen Zeitpunkts für das Vorhandensein eines landwirtschaftlichen Gewerbes aufseiten des Zuweisungsansprechers konfrontiert. Hierbei hatte es gleichzeitig das Zuweisungsrecht nach Art. 11 Abs. 1 und nach Art. 21 Abs. 1 BGGB zu beurteilen. In Erwägung 4.2 des zitierten Entscheids führte es aus, dass ein Zuweisungsanspruch nicht daraus resultieren könne, dass die sich im Nachlass befindlichen Grundstücke und die zum Zeitpunkt des Erbgangs im Eigentum des Ansprechers stehenden Grundstücke zusammen gerechnet ein landwirtschaftliches Gewerbe bilden. Das Bundesgericht stellte in seinen Ausführungen ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Erbgangs ab. Darauf Bezug nehmend führte das Bundesgericht aus, dass ein Zugrecht nach Art. 21 Abs. 1 BGGB möglich wäre, wenn der Ansprecher selber über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügte. Das Bundesgericht spricht sich somit, nach der hier vertretenen Ansicht, grundsätzlich für eine Gleichbehandlung der Art. 11 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 BGGB und damit für das Abstellen auf den Zeitpunkt des Erbgangs aus. Somit lässt sich aus seinen Ausführungen darauf schliessen, dass das Bundesgericht in BGE 134 III 1 davon ausging, dass der Ansprecher zur Ausübung des Zugrechts nach Art. 21 Abs. 1 BGGB im Zeitpunkt des Erbgangs Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein muss.

11 Das Bundesgericht erwähnt im Urteil 5A_266/2016 vom 21. September 2016 Erw. 2.3.3, dass die Rechtsfrage des relevanten Zeitpunkts nicht restlos geklärt ist.

12 Vgl. BRUNO BEELER, Bäuerliches Erbrecht, Zürich 1998, S. 324; a.M. BENNO STUDER/PIUS KOLLER, Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, N 1 zu Art. 21 BGGB, gefordert wird das Eigentum bzw. die Verfügungsmacht bereits im Zeitpunkt des Erbgangs.

13 Votum des Berichterstatters, AB 1990 S. 227.

14 Urteil des Bundesgerichts 5A_752/2012 vom 20. November 2012 Erw. 3.2.



Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGG

31. Nach hier vertretener Auffassung wäre bei der Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe aufseiten des Zuweisungsansprechers vorliegt, in der Tat auf den Zeitpunkt des Erbgangs abzustellen. Dies würde mit Blick auf Art. 11 BGG zu einer einheitlichen Rechtsanwendung führen. Für diese Bestimmung ist es bereits Praxis¹⁵, dass die Gewerbeeigenschaft im Zeitpunkt des Erbgangs bestehen muss. Mit dem Abstellen auf den Zeitpunkt des Erbgangs würde ein klarer Zeitpunkt vorliegen und der Erbe könnte keinen Einfluss auf die Gewerbeeigenschaft nehmen, indem er den Tierbestand aufstocken oder Land zukaufen oder zupachten würde, um die Gewerbegrenze zu erreichen. Gerade aufgrund der vom Bundesgericht im kommentierten Urteil ausgesprochenen, rückwirkenden Anwendung von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG ist ein fixer Zeitpunkt nötig. Andernfalls könnten die Erben bei lange zurückliegenden Erbgingen durch Zupacht landwirtschaftlicher Grundstücke zu ihrem Betrieb die Gewerbegrenze bis zur Stellung des Zuweisungsbegehrens erlangen. Den anderen Erben wäre in diesem Fall zu empfehlen, möglichst rasch nach dem Erbgang ihre Miterben aufzufordern, eine Erklärung abzugeben, ob sie auf das Zuweisungsrecht verzichten resp. dieses geltend zu machen gedenken. Zu verneinen wäre jedoch die Frage, ob das Schweigen der Miterben auf eine derartige Aufforderung als Verzicht auf das Zuweisungsrecht zu sehen wäre. Somit wären die Miterben dazu gezwungen, möglichst rasch auf Teilung der Erbschaft zu klagen, wobei es der Zuweisungsansprecher immer noch in der Hand hätte, bis zur Stellung des Zuweisungsbegehrens im Prozess (z.B. in der Klageantwort) seinen landwirtschaftlichen Betrieb bspw. durch Zupacht zu vergrössern.

32. Damit der Zuweisungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 BGG geltend gemacht werden kann, muss der Zuweisungsansprecher laut Gesetz Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder über ein solches wirtschaftlich verfügen. Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung, dass für das Zuweisungsrecht nach Art. 21 Abs. 1 BGG nicht bereits gemeinschaftliches Eigentum als solches genügen kann. Mitunter ist also bei Bestehen gemeinschaftlichen Eigentums zusätzlich gefordert, dass der Zuweisungsansprecher ohne Zutun eines Dritten in der Lage ist, Alleineigentum an dem betreffenden landwirtschaftlichen

Gewerbe zu erlangen.¹⁶ Bezüglich der Frage, ob wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, erachtet es das Bundesgericht für den Zuweisungsanspruch als genügend, wenn der Ansprecher, der ein landwirtschaftliches Gewerbe im gemeinschaftlichen Eigentum besitzt, ohne Zutun Dritter in der Lage ist, Alleineigentum daran zu erwerben. Dies kann sowohl auf gesetzlichem als auch auf vertraglichem Wege der Fall sein.¹⁷

33. Ein Beispiel für die Regelung über den vertraglichen Weg des Ehe- und Erbvertrages hat das Bundesgericht in Erwägung 5.2.2 des vorliegenden Urteils dargelegt. Demnach soll die Beteiligung an gemeinschaftlichem Eigentum für die Ausübung des Zugrechts genügen, wenn vertraglich vereinbart ist, dass der Zuweisungsansprecher im Falle der Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes zu Alleineigentum verlangen kann. Eine solche vertragliche Regelung ist natürlich auch ausserhalb eines Ehe- und Erbvertrages im Verhältnis zwischen nicht verheirateten Personen denkbar. Im Falle von Miteigentum stellt sich dann die Frage, was gelten soll, wenn dessen Auflösung nach Art. 650 Abs. 2 ZGB auf längere Dauer¹⁸ ausgeschlossen wurde. Nach der hier vertretenen Auffassung müsste dieser Fall in der Frage der Zuweisung nach Art. 21 Abs. 1 BGG gleich behandelt werden, wie wenn kein Ausschluss der Aufhebung vorläge. Es stimmt, dass mit einem Aufhebungsausschluss auf längere Dauer verhindert wird, dass der Zuweisungsansprecher Alleineigentum an dem betreffenden landwirtschaftlichen Gewerbe erhält. Jedoch ist dabei auch ausgeschlossen, dass dieses Alleineigentum einem Dritten zufällt. Es bleibt also beim gleichen Ausgangspunkt, wie wenn kein Aufhebungsausschluss vorliegt. Der Zuweisungsansprecher hat die Möglichkeit, bei Aufhebung des gemeinschaftlichen Eigentums ohne Zutun eines Dritten Alleineigentum an dem landwirtschaftlichen Gewerbe zu erlangen.¹⁹

34. Ebenfalls nimmt das Bundesgericht in Erwägung 5.2.4 Stellung zur Frage der Regelung bei Versterben eines Ehegatten. Auch hier ist es gemäss Bundesgericht möglich, auf vertraglichem Wege

15 Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 5A_140/2009 vom 6. Juli 2009 Erw. 2.3 mit Kommentierung PIUS KOLLER in: successio 3/2011, S. 238 ff.

16 Vgl. hierzu BGE 134 III 433 mit Kommentierung ROGER BRÄNDLI in: AJP 2008, S. 1168 ff.

17 BGE 134 III 1 Erw. 3.4.3, BGE 134 III 433 Erw. 2.4.3.3 sowie Erw. 5.2.2 des kommentierten Urteils.

18 Art. 650 Abs. 2 ZGB lässt für den Ausschluss der Aufhebung eine maximale Dauer von 50 Jahren zu.

19 Sofern dies vertraglich vereinbart wurde.

wirtschaftliche Verfügungsmacht des überlebenden Ehegatten über das landwirtschaftliche Gewerbe zu begründen. Hierbei muss eine letztwillige Regelung geschaffen werden, welche nach Art. 19 Abs. 1 BGG dem überlebenden Ehegatten den Eigentumsanteil des Verstorbenen zuweist. Ohne eine solche Regelung besteht gemäss Art. 14 BGG keine Vorrangstellung des überlebenden Ehegatten vor den übrigen Erben. Dies betrifft allerdings nur jene Fälle, in denen die Zuweisung nicht, wie im vorliegenden Urteil, bereits ehevertraglich geregelt wurde.

35. Als gesetzlicher Weg für den Erwerb von Eigentum im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BGG ist somit die Bestimmung in Art. 36 Abs. 1 BGG zu sehen. Sie besagt, dass bei der Auflösung vertraglich begründeten Gesamt- oder Miteigentums an einem landwirtschaftlichen Gewerbe jeder gemeinschaftliche Eigentümer dessen Zuweisung verlangen kann, wenn er dieses selbst bewirtschaften will. Nach der hier vertretenen Auffassung kann diese Bestimmung jedoch nicht für die Begründung wirtschaftlicher Verfügungsmacht nach Art. 21 Abs. 1 BGG herangezogen werden. In einem Zuweisungsprozess müsste entschieden werden, welcher der gemeinschaftlichen Eigentümer sein Zuweisungsrecht nach Art. 36 Abs. 1 BGG durchsetzen könnte, wenn mehrere gemeinschaftliche Eigentümer bei Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums dieses Begehren stellen. In einem solchen Fall wären nach Art. 38 BGG die erbrechtlichen Bestimmungen über den Zuweisungsanspruch sinngemäss auf Art. 36 BGG anwendbar. Es wäre also nach Art. 20 Abs. 2 BGG auf die persönlichen Verhältnisse der jeweiligen Zuweisungsansprecher abzustellen. Es müsste geprüft werden, welcher Mit- oder Gesamteigentümer für die Bewirtschaftung des Gewerbes am besten geeignet wäre. Somit hätte das Gericht in einem Zeitpunkt, in welchem sich die Frage der Auflösung des vertraglichen Mit- oder Gesamteigentums noch gar nicht stellt, vorfrageweise zu bestimmen, welcher der gemeinschaftlichen Eigentümer am besten geeignet wäre, das landwirtschaftliche Gewerbe selbstständig zu bewirtschaften. Dass dies keine praktikable Lösung darstellt, liegt auf der Hand, da viel zu viele Variablen bestehen, welche im Zeitpunkt des Zuweisungsverfahrens noch nicht bekannt sind, sodass rein hypothetische Überlegungen in das Zuweisungsverfahren miteinbezogen werden müssten. Dies würde für die Gerichte einen enormen Aufwand bedeuten, wobei die Frage nach dem bestgeeigneten gemeinschaftlichen Eigentümer kaum zufriedenstellend beantwortet werden könnte. Erschwerend käme hinzu, dass zur Beantwortung der Frage der Eignung als Selbstbewirt-

schafter nicht auf das Vorhandensein einer entsprechenden Ausbildung abgestellt werden kann, da eine solche noch erworben werden könnte, auch wenn diese im Zeitpunkt des Zuweisungsprozesses noch nicht gegeben ist.²⁰

36. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Anwendungsbereich von Art. 36 Abs. 1 BGG im Verhältnis zwischen Ehegatten eingeschränkt ist. Art. 36 Abs. 3 BGG bestimmt ausdrücklich, dass insbesondere Art. 242 ZGB zum Schutz des Ehegatten vorbehalten bleibt.²¹ Diese Bestimmung besagt, dass im Falle einer Auflösung des ehelichen Güterstandes der Gütergemeinschaft jeder Ehegatte zurücknimmt, was unter der Errungenschaftsbeteiligung zu seinem Eigentum zählte. Ein in die Ehe eingebrachtes landwirtschaftliches Gewerbe, welches durch Begründung einer Gütergemeinschaft zu Gesamteigentum wurde, fällt somit bei der Auflösung der Gütergemeinschaft an den vorherigen Alleineigentümer zurück. Dasselbe gilt für ein landwirtschaftliches Gewerbe, welches zwar während der Ehe erworben wurde, jedoch nach Massgabe der Errungenschaftsbeteiligung Eigentum eines der beiden Ehegatten wäre. Bei sämtlichen anderen Konstellationen wäre zwar durchaus an eine Anwendbarkeit von Art. 36 Abs. 1 BGG zu denken. Jedoch ist hierbei auf das soeben in Ziff. 35 Ausgeführte zu verweisen. Auch hier wäre das Gericht gezwungen, im Zuweisungsprozess zu entscheiden, welcher Ehegatte im Falle einer Auflösung des gemeinschaftlichen Eigentums besser geeignet wäre, das Gewerbe zu führen. Hierbei kommt erschwerend hinzu, dass Ehegatten in aller Regel ein gemeinsames landwirtschaftliches Gewerbe auch gemeinsam bewirtschaften, sodass es umso schwerer wäre, einen der beiden Ehegatten als zur Selbstbewirtschaftung geeigneter anzusehen.²²

20 Zu denken ist etwa an die Absolvierung einer Ausbildung gemäss Art. 4 Abs. 2 DZV (SR 910.13), welche zum Bezug von Direktzahlungen berechtigt.

21 Vgl. hierzu Erw. 5.2.3 des kommentierten Entscheids.

22 Auch hier sei auf Art. 4 Abs. 2 lit. b DZV verwiesen, wonach die Anforderung an die Ausbildung zum Bezug von Direktzahlungen erfüllt ist, wenn ein Ehegatte eine abgeschlossene Lehre ergänzt mit praktischer Tätigkeit als Mitbewirtschafter eines Landwirtschaftsbetriebs vorweisen kann.



Der Anspruch der Erben auf Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke nach Art. 21 BGG

37. Sodann befasste sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid mit der Frage des Übergangsrechts zu Art. 7 BGG.²³ Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts²⁴ war für längere Dauer zugepachtetes Land für die Frage des Zuweisungsrechts nach Art. 21 Abs. 1 BGG nicht zu berücksichtigen. Mit der Einführung des neuen Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG wurde diese Rechtsprechung korrigiert. Mit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung per 1. Januar 2014 wurden jedoch keine spezialrechtlichen Übergangsbestimmungen geschaffen. Die spezialgesetzlichen Übergangsbestimmungen von Art. 94 BGG (für privatrechtliche Bestimmungen) und Art. 95 BGG (für öffentlich-rechtliche Bestimmungen) gelangen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei späteren Revisionen nur dann zur Anwendung, wenn diese vom Gesetzgeber für anwendbar erklärt wurden.²⁵ Deshalb sollen bei Fehlen spezieller Übergangsbestimmungen die Schlusstitel des ZGB subsidiär anwendbar sein. Dessen allgemeine Bestimmungen (Art. 1 bis 4 SchlT ZGB) sollen dabei auch im öffentlichen Recht Anwendung finden.²⁶ Nach diesem Grundsatz geht das Bundesgericht auch im vorliegenden Fall vor. Es erwägt zunächst, dass Art. 1 SchlT ZGB ein grundsätzliches Rückwirkungsverbot für neu eingeführte Bestimmungen statuiert. Dieses Verbot findet jedoch eine Einschränkung in Art. 2 SchlT ZGB, welcher besagt, dass eine Rückwirkung möglich ist, wenn die neue Bestimmung um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen geschaffen wurde und keine überwiegenden Interessen der rückwirkenden Anwendung entgegenstehen. Das Bundesgericht sieht diese Voraussetzungen von Art. 2 SchlT ZGB als erfüllt und schliesst daraus, dass die Bestimmung des neuen Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG mit seinem Inkrafttreten auf jegliche Erbschaften anwendbar sei, gleichgültig wann der Erbfall eingetreten ist und wann allfällige Begehren dazu gestellt worden sind. Eine solche allgemeine Rückwirkung von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG erscheint

vor allem im Hinblick auf die Interessenabwägung als problematisch, da nicht generell gesagt werden kann, dass die Rückwirkung von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG für die Betroffenen vorteilhafter sei als die bisherige Regelung. Insbesondere bringt diese Regelung Nachteile für jene Miterben, die sich die Anrechnung der landwirtschaftlichen Grundstücke zum doppelten Ertragswert entgegenhalten lassen müssen. Ausserdem ist die Regelung nachteilig für jenen Erben, welcher die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 1 BGG durch Eigenland erfüllt und gegen den aufgrund der rückwirkenden Berücksichtigung von Pachtland ein konkurrierender Zuweisungsanspruch entsteht.

38. Allenfalls lässt sich noch die Frage aufwerfen, ob auf Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG bei der Anwendung im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Bestimmung von Art. 21 Abs. 1 BGG nicht Art. 15 SchlT ZGB als übergangsrechtliche Bestimmung Anwendung finden sollte. Auch wenn das Bundesgericht verschiedentlich gesagt hat, dass es sich bei Art. 7 BGG um eine öffentlich-rechtliche Norm handelt, wäre diese Auffassung nach hier vertretener Ansicht richtig. Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG für sich alleine genommen ist zwar keine privatrechtliche Norm, fungiert im Zusammenhang mit Art. 21 Abs. 1 BGG, welcher ohne Zweifel eine privatrechtliche Bestimmung ist, aber als Hilfsnorm.²⁷ Damit rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Meinung eine Anwendung der privatrechtlichen Übergangsbestimmung auch auf diese Hilfsnorm. Dies würde dazu führen, dass jeweils das Recht anwendbar wäre, welches im Zeitpunkt des Todes in Kraft war.²⁸ Somit würde Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG nur Anwendung finden, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 2014 verstorben ist.²⁹

39. Das Bundesgericht stellt in Erwägung 7 Wichtiges in Bezug auf den Lidlohn klar. Dies ist erfreulich, da Fälle des Lidlohnverhältnisses immer seltener werden. Deshalb soll nochmals auf die Ausführungen des Bundesgerichts hingewiesen werden. Beim Lidlohn handelt es sich grundsätzlich um eine Nachlassschuld. Jedoch ist diese in ihrer Höhe nicht

23 Vgl. zu dieser Gesetzesrevision PIUS KOLLER/Franz A. Wolf, Mehr Klarheit beim Gewerbebegriff, UFA-Revue 6/2013, S. 14 f.; Benno Studer, Bäuerliches Erbrecht, in: Nachlassplanung und Nachlassenteilung, Zürich 2014, S. 474.

24 BGE 129 III 693 Erw. 5.4, bestätigt in BGE 134 III 1 mit Kommentierung Benno Studer, Drei Urteile aus dem bäuerlichen Boden- und Erbrecht, in: successio 4/2009, S. 305 f.

25 BGE 127 III 16, Erw. 2. Das Bundesgericht bezieht sich zwar einzig auf Art. 95 BGG, nach hier vertretener Auffassung sollte dies aufgrund der Gleichartigkeit der Bestimmungen auch für Art. 94 BGG gelten.

26 BGE 127 II 69.

27 Der Gesetzestext von Art. 7 Abs. 4^{bis} BGG nimmt ausdrücklich auf Art. 21 Abs. 1 BGG Bezug.

28 Art. 15 Abs. 1 SchlT ZGB besagt, dass die erbrechtlichen Verhältnisse auch dann nach dem Recht im Zeitpunkt des Todes des Erblassers beurteilt werden, wenn dieses mittlerweile geändert hat.

29 Vgl. hierzu auch Franz A. Wolf, Landwirtschaftliche Gewerbe und Zupacht: Der Gesetzgeber schafft Klarheit zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Blätter für Agrarrecht 1/2013, S. 43 f.

unbegrenzt, sondern auf die Höhe des Nettonachlasses beschränkt. Die Haftung der Erben ist somit begrenzt, was dazu führt, dass dem Lidlohngläubiger keine Forderung gegen die Miterben persönlich zukommt. Zu erwähnen bleibt, dass das Bundesgericht weiterhin darauf abstellt, dass es sich um eine Leistung handeln muss, die im gemeinsamen Haus-

halt erbracht worden ist. Dieser Ansatz ist nach hier vertretener Auffassung nicht mehr zeitgemäss, da die heutigen landwirtschaftlichen Strukturen oftmals mehrere, nicht mehr gemeinsame Wohnungen vorsehen, wenngleich der Betrieb gemeinsam bewirtschaftet wird.³⁰

30 Vgl. hierzu BENNO STUDER/PIUS KOLLER, BSK ZGB I, Basel 2014, Art. 334 N 4.; LORENZ BAUMANN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Lidlohn, in: *successio* 3/2017, S. 250 ff.



Literatur / Bibliographie

BENEDIKT SEILER, *Die erbrechtliche Ungültigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Wirkung in personeller Hinsicht, Habil. Basel 2016, Zürich 2017, LVII + 386 S. (inkl. Stichwortverzeichnis).*

Die zu rezensierende Habilitation von BENEDIKT SEILER wurde im Dezember 2015 als Habilitationsschrift bei der juristischen Fakultät der Universität Basel eingereicht und im September 2016 als schriftliche Habilitationsleistung auf Antrag der Gutachter angenommen.

Die Arbeit setzt sich mit der rechtlichen Ausgestaltung der «erbrechtlichen Ungültigkeit», mithin insbesondere mit den formellen und materiellen Wesensmerkmalen der Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff. i.V.m. Art. 467–469 und 499 ff. ZGB) auseinander. Behandelt wird auch die ungültige Enterbung bzw. die diesbezügliche Anfechtung (Art. 477 ff. ZGB; vgl. Rz 294 ff.) sowie die Ungültigkeit von erbrechtswidrigen Verfügungen (Art. 494 Abs. 3; vgl. Rz 399 ff.). Nicht näher erörtert wird die Regelung betreffend die Ungültigkeit bzw. Anfechtung des Erbteilungsvertrags (Art. 638 ZGB).

Im ersten Kapitel werden (in den §§ 1–4) die begrifflichen, rechtshistorischen sowie kontinentaleuropäisch rechtsvergleichenden Grundlagen dargestellt. Zudem werden grundlegende verfahrensrechtliche Aspekte thematisiert wie die Zuständigkeit (samt Ausführungen zur Schiedsvereinbarung durch den Erblasser, Rz 87 ff. bzw. 101 f.) und die relevanten Grundsätze des Ungültigkeitsverfahrens (vgl. Rz 103 ff.).

Das zweite Kapitel (umfassend die §§ 5 und 6) stellt die personellen Aspekte der erbrechtlichen Ungültigkeit einlässlich dar. Ein Schwerpunkt wird auf die verschiedenen Probleme betreffend die sog. inter-partes-Wirkung des gutheissenden Ungültigkeitsurteils gelegt. Die inter-partes-Wirkung bedeutet im Ergebnis, dass das Ungültigkeitsurteil nur zwischen den Prozessparteien gilt. Thematisiert wird in diesem Abschnitt sodann die Aktiv- und Passivlegitimation.

In diesem zweiten Kapitel wird u.a. aufgezeigt, dass die inter-partes-Wirkung die Ausnahme bei

Gestaltungsurteilen ist (vgl. Rz 126 ff.). Nach einer gründlichen Darstellung der Entwicklung der inter-partes-Wirkung wird letztlich auch in der vorliegenden Studie – mit Blick auf die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung und die einhellige Lehre – die inter-partes-Wirkung des Ungültigkeitsurteils bejaht. Dabei wird jedoch die Frage aufgeworfen (und alsdann einlässlich erörtert), was der Gehalt dieser besonderen Urteilswirkung sei (vgl. Rz 178).

Im Sinne einer differenzierten Auseinandersetzung mit dieser Frage wird vom Autor die jeweilige inter-partes-Wirkung in Bezug auf die diversen Verfügungsarten abgehandelt (vgl. Rz 243 ff.). Dabei wird stets auch untersucht, ob die fragliche Anordnung des Erblassers allenfalls eine sog. unteilbare Einheit im Sinne von BGE 97 II 201 ff. darstellt; damit wäre für die Gutheissung der Ungültigkeitsklage vorausgesetzt, dass alle Beteiligten am Verfahren teilnehmen (letztlich im Sinne einer prozessrechtlich notwendigen Streitgenossenschaft, vgl. Rz 239 ff.). Im erwähnten Entscheid ging es um eine spezielle Konstellation, wo sich die Ungültigkeitsklage gegen einen Vermächtnisvertrag richtete; das Bundesgericht hielt in diesem singulären Urteil fest, dass sich die Klage gegen alle Beteiligten richten müsse, die nicht bereits auf der Klägersseite am Prozess teilnehmen (mithin sowohl gegen den Vermächtnisnehmer als auch gegen alle Miterben, vgl. BGE 97 II 201, E. 3; vgl. dazu auch Rz 412 ff.). Mit Recht wird von SEILER postuliert, dass eine unteilbare Einheit nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden sollte (vgl. Rz 242).

Bei der eingehenden Darstellung der inter-partes-Wirkung in Bezug auf die verschiedenen Verfügungsarten werden verschiedene Konstellationen erörtert, namentlich die inter-partes-Wirkung bei ungültiger Erbeinsetzung (vgl. Rz 250 ff.), bei ungültiger Enterbung bzw. ungültigem Ausschluss eines gesetzlichen Erben (vgl. Rz 293 ff.), bei ungültigen Vermächtnissen (vgl. Rz 302 ff.), bei ungültiger Einsetzung eines Willensvollstreckers (vgl. Rz 320 ff.), bei ungültigen Auflagen und Bedingungen (vgl. Rz 326 ff.), bei ungültiger Teilungsvorschrift

des Erblassers (vgl. Rz 353 ff.), bei ungültigem Widerruf (vgl. Rz 364 ff.) etc.

In Bezug auf die *Einsetzung eines Willensvollstreckers* ist hervorzuheben, dass gemäss der vorliegenden Untersuchung die Gutheissung der Ungültigkeitsklage auch nur eines Miterben zur Folge haben soll, dass seine Einsetzung – auch mit Wirkung gegenüber allen Miterben – dahinfällt; es sei demnach (auch) bei dieser Konstellation nicht von einer untrennbaren Einheit bzw. einer notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen (vgl. insbesondere Rz 323 f.). Dieser Standpunkt ist bemerkenswert, zumal er der grundsätzlichen inter-partes-Wirkung bzw. der relativen Wirkung des Urteils widerspricht. In der (kantonalen) Praxis wurde diese Frage denn auch schon anders beurteilt; die Auffassung weicht sodann auch von der wohl h.L. ab (vgl. namentlich SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Die inter-partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – ausgewählte Probleme, in: *successio* 2014, 205; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 67a; in diesem Sinne auch BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3.A., Zürich 2012, Rz 324; KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung [2014–2015], in *successio* 2016, 26 ff., 34; ABT DANIEL, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; in: *AnwaltsRevue* 6–7/2013, 266 ff., 268).

Gemäss SEILER muss demgegenüber bei einer *ungültigen Teilungsvorschrift des Erblassers* ausnahmsweise von einer untrennbaren Einheit (im Sinne von BGE 97 II 201 ff.) und damit von einer notwendigen passiven Streitgenossenschaft ausgegangen werden. Dies hat zur Konsequenz, dass alle Miterben, die nicht auf der Klägerseite teilnehmen, eingeklagt werden müssen – es sei denn, sie hätten im Voraus erklärt, das Urteil für sich gelten zu lassen (sog. Prozessabstand, vgl. Rz 362 [sowie Rz 241]).

Im dritten Kapitel wird die Ungültigkeit in sachlicher Hinsicht abgehandelt, mithin Themenbereiche wie Verfügungsunfähigkeit (§ 7; Rz 432 ff.), Willensmängel (§ 8; Rz 544 ff.), Rechts- und Sittenwidrigkeit (§ 9; Rz 658 ff.), Formmängel (§ 10; Rz 690 ff.) sowie die nichtigen Verfügungen (§ 11; Rz 806 ff.).

Mit Blick auf den Untertitel der Arbeit sind diese Ausführungen verständlicherweise weniger tiefgehend als die Darstellung der Wirkungen in personeller Hinsicht. Bereichernd wäre gewesen, wenn in Bezug auf das luzide Intervall der juristisch neue Standpunkt (wonach der entsprechende Beweis unter neuropsychologischen Aspekten bei dementiellen Erkrankungen ohnehin so gut wie ausgeschlossen ist) kritisch erörtert worden wäre oder wenn auf die zunehmend bedeutsamer werdende Demenz-

Thematik bzw. die praktisch bedeutsamen MMS-Tests vertiefter eingegangen worden wäre (vgl. dazu Rz 490 f. mit FN 1162 und Rz 514 mit FN 1223).

Bei der Rechts- und Sittenwidrigkeit werden auch die Zuwendungen an Vertrauenspersonen bzw. «Erb-schleicherei»-Tatbestände erörtert (wobei der Autor bereits in den einleitenden Bemerkungen festgehalten hat, dass die «in der Praxis wichtigen, aber in der Doktrin bereits gut erfassten Zuwendungen an Vertrauenspersonen» [Rz 2] nur am Rande behandelt werden). Festzuhalten ist jedoch, dass sich der Verfasser der Arbeit teilweise – und durchaus mit Fug und Recht – kritisch zur einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung äussert (vgl. Rz 681 ff.).

In Bezug auf den Geltungsbereich von Art. 520a ZGB wird die Auffassung vertreten, dass sich der Anwendungsbereich entsprechend dem Grundsatz des *favor testamenti* auf alle Verfügungsformen erstrecken sollte (und nicht nur – gemäss dem Gesetzeswortlaut – auf die eigenhändigen letztwilligen Verfügungen; vgl. Rz 802); diese Auffassung ist zu unterstützen. Bei der Erörterung der nichtigen Verfügungen wird der *animus testandi* als massgebendes Element hervorgehoben; er ist gemäss SEILER (mit Verweisen auf andere Autoren) das wichtigste Merkmal zur Abgrenzung zwischen blosser Ungültigkeit und Nichtigkeit (vgl. Rz 809).

Das vierte Kapitel widmet sich schliesslich (in den §§ 12 und 13) den zeitlichen Aspekten der erbrechtlichen Ungültigkeit, wobei der Schwerpunkt bei der Befristung der Ungültigkeitsklage liegt.

Der Charakter der Frist als Verwirkungsfrist wird nicht infrage gestellt (vgl. Rz 829; anders – jedoch entgegen der Praxis und der h.L. – in Bezug auf die entsprechende Regelung bei der Erbschaftsklage MOSHE AMIR, Die Erbschaftsklage im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Basel 2012, Rz 547 ff.). Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die h.L. wird festgehalten, dass für die Erhebung der Einrede gemäss Art. 521 Abs. 3 ZGB nicht massgeblich ist, welche Parteirolle der fragliche Erbe im Prozess einnimmt (vgl. Rz 863). Dem bloss virtuellen Erben steht die Einrede mangels Besitz nicht zu (vgl. Rz 869).

Es ist bekannt, dass in der Schweiz die Thematik der Ungültigkeit(sklage) im Erbrecht in den letzten Jahren bzw. Jahrzehnten bereits verschiedentlich Gegenstand von Monografien und Kommentierungen war (erstmalig von ROLF RASCHEIN, Diss. Bern 1954). Gleichwohl ist es SEILER gelungen, neue, nicht leichthin ersichtliche, jedoch praxisrelevante Aspekte – insbesondere in prozessualer Hinsicht – aufzugreifen, diese wissenschaftlich fundiert abzuhandeln und differenzierte Schlüsse zu ziehen.



Man mag allenfalls vermissen, dass in SEILERS Habilitation keine Formulierungen für die Rechtsbegehren der Ungültigkeitsklage enthalten sind (namentlich bei § 4, den verfahrensrechtlichen Grundlagen) bzw. keine Auseinandersetzung mit den in der einschlägigen Literatur stipulierten Rechtsbegehren erfolgt. Zudem wäre es zu begrüßen gewesen, wenn der praktisch relevanten Demenz-Thematik mehr Platz eingeräumt worden wäre. Hilfreich wäre es sodann gewesen, wenn am Ende der verschiedenen Kapitel und/oder Paragraphen bzw. zumindest am Schluss der Monografie die wesentlichsten Erkenntnisse bzw. Aussagen zusammenfassend auf-

gezeigt worden wären; damit wären für den Leser die Kernaussagen der Arbeit schneller und benutzerfreundlicher fassbar.

Die Arbeit vermittelt somit nicht nur Denkanstösse, sondern leistet in mancherlei Hinsicht einen anspruchsvollen Beitrag im Hinblick auf die Handhabung der Ungültigkeitsklage in der Praxis – sowohl seitens der Anwaltschaft wie auch seitens der Gerichte.

*Dr. iur. Daniel Abt, Fachanwalt SAV Erbrecht,
ThomannFischer, Basel*



Erbrecht: «Feuilleton» und «Vermischte Meldungen»

Peter Breitschmid

- 1 Die Begrüssung zum 11. Erbrechtstag stand unter dem Titel «Erbrecht: «Feuilleton» und «Vermischte Meldungen»». Es wären denn von der tief in ihren fachlichen Diskussionen verstrickten Community nebst allen pragmatisch selektionierten Fussnoten und dogmatischen Höhenflügen bisweilen erbrechtstypische Allgemeinplätze zu bedenken, die insbesondere für die Klienten und ihre Familien manchmal verständlicher, möglicherweise gar unterhaltsamer und deshalb bisweilen nachvollziehbarer die Mechanismen und Gefahrenstellen aufzeigen würden, als es beraterische oder dereinst prozessualistisch-anwaltliche Ausführungen ermöglichen. Auch wenn sich Einzelne durchaus auch mit ihrer Bestattung beschäftigen, so dürften z.B. Fragen, die sich bei unterbliebener Kremation stellen, eher unberücksichtigt bleiben ... oder bislang unberücksichtigt geblieben sein:
- 2 «Publikumswirksam» war die Exhumierung von Salvador Dalí¹. Exhumierung ist Güterabwägung zwischen dem (persönlichkeits-)rechtlichen Interesse des Verstorbenen (lebzeitig: sich nicht mit dem Gedanken auseinandersetzen zu müssen, post mortem noch «behelligt» zu werden), seiner Angehörigen («Andenken» an den Verstorbenen; nicht schutzwürdig ist natürlich das blossе Interesse, Lebzeitiges «unter den Teppich zu kehren» bzw. keinen Unterhaltsforderungen ausgesetzt zu sein; konkret stand im Falle des offiziell kinderlosen Dalí allerdings eine staatliche Stiftung auf Beklagtenseite) und jenem Dritter (durchaus auch bzgl. «nur finanzieller» Interessen, ohnehin aber auch bzgl. persönlichkeitsrechtlicher Themen); selbstverständlich ist Teil der Güterabwägung, die Substanziierung der

klägerischen Ansprüche zu prüfen (ein «Sucharrest» in den Fotoalben der Prominenz ist nicht schützenswert, wohl aber eine glaubhafte Darstellung, wonach zwischen der Mutter einer Klägerin und dem Verstorbenen als möglichem Vater eine engere Beziehung bestanden habe², woraus ein schützenswertes persönlichkeitsrechtliches Interesse an Kenntnis der eigenen Abstammung und je nachdem auch wirtschaftlicher Ansprüche resultieren können. Im Prinzip kann einen das Leben noch nach dem Tod einholen ... aber wer klagt, ohne erfolgreich zu sein, trägt die Kosten, was auch bei diesem Verfahren der Fall war und für die Klägerin – abgesehen von einem emotionalen Fiasko – auch wirtschaftlich deprimierend gewesen sein dürfte. Quintessenz ist, dass mit dem Tod – ausserrechtlich – eine Zäsur eintritt und gewisse Dinge in der Vergangenheit im Unklaren bleiben; daran wird sich auch in einer weiter digitalisierten Welt wenig ändern.

- 3 In diese Kategorie fällt auch die Konstruktion des Nachruhms durch Angehörige. Zwar dürfte der Andenkenschutz durch Angehörige mittlerweile im Kern unbestritten sein. Aber kaum je unbestritten dürfte sein, wer massgebliche Angehörigenqualität hat, wie die Vereinnahmung von Helmut Kohl durch dessen zweite Ehegattin zeigt. Selbst wenn ein Verstorbener Unwillen gegenüber Nachkommen aus einer ersten Ehe signalisiert haben mochte, findet sich weder im Persönlichkeitsrecht der Witwe (die den Verstorbenen letztlich nur bezüglich eines Teils seiner Biografie zu vertreten vermag) noch in dessen persönlichkeitsrechtlichen Anliegen eine taugliche Grundlage, absolute *Distanz zu befehlen* und das *Unversöhnliche zu perpetuieren*. Im Falle von PEPs (*politically exposed persons*) kommt

1 Nur ein dürres Pressecommuniqué unter http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextoid=2f7275288842f510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=d060f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES

2 Im Sinne der Glaubhaftmachung der Vaterschaft im Rahmen einer Vaterschaftsklage oder gar deren Vermutung im Sinne der seinerzeitigen (bis zum 31.12.2010 geltenden) Fassungen von Art. 282 und 283 ZGB bzgl. Hinterlegung bzw. vorläufiger Zahlung von Unterhaltsbeiträgen.



hinzu, dass ein berechtigtes öffentliches, historisches und einer rechtsstaatlichen Staatsräson verpflichtetes Interesse besteht, Material mit entsprechender Relevanz nicht privat verwalten zu lassen. Die notwendige Triage entzieht sich wohl regelmässig dem gängigen Zivilprozess, sondern es hätte eine in demokratischem Prozess ausgewogen besetzte Kommission die verschiedenen Interessen abzuwägen. – Nur am Rande sei – wieder mit Blick auf die mediale Begleitung des Todesfalls einer PEP (aber mit Wirkung natürlich bis in die Liga der Regenbogenpresseprominenz) – angemerkt, dass die intensive und zunehmend zu einem selbstständigen Gefechtsfeld aufsteigende *PR-Litigation* ihrerseits unter den verschiedenen involvierten persönlichkeitsrechtlichen Belangen heikel werden kann; entsprechende Demarchen dienen weder der Wahrheitsfindung in nachmaligen gerichtlichen Kontroversen noch der historisch korrekten Wahrnehmung in der Familien- noch der staatlichen Geschichte und verzerren jedenfalls das Bild der betroffenen Personen. Zwar mag keine Erbunwürdigkeit eintreten, aber zweifelsohne könnten im Rahmen der Verlegung von Prozesskosten unter Umständen beträchtliche Kostenfolgen insbesondere im Rahmen von Art. 108 ZPO resultieren.

- 4 Prominenz ist ohnehin ein Risiko. Das wohl zunehmend erodierende Wohlverhalten gegenüber sogenannten *Ebenbürtigkeitsklauseln* (wonach nur eine blaublütige Heirat unter seinesgleichen Erbansprüche bestehen lasse), bietet Raum für die Bestimmung, was eine schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten sei³: Zwar ist Artenschutz (man denke an «pro specie rara») durchaus ein Anliegen, aber die grundrechtlich geschützten Grundfreiheiten dürfen – jedenfalls aus Perspektive einer auf dem Rütlichswur gründenden Rechtsordnung und dem entsprechenden Verständnis von Art. 482 ZGB – nicht tangiert werden. Entsprechend ist das Zusammenleben und auch die Heirat mit einer «Bürgerlichen» nicht *mésalliance*, sondern Persönlichkeitsrecht, und die Wahrnehmung eines Persönlichkeitsrechts fällt weder unter Art. 250 Abs. 1 Ziff. 1 bzw. Art. 249 Ziff. 2 oder 3 OR; (Adels-) Traditionen mögen durchaus schützenswert sein,

haben aber bei Konkurrenz mit ebenfalls schützenswerten und *person-näheren* Persönlichkeitsrechten zurückzutreten, weshalb eine aus dynastischer Sicht «falsche» Liebe keine *schwere* Verletzung familienrechtlicher Pflichten darstellen kann.

- 5 Die relative Prominenz normalsterblicher Nicht-Prominenter bemisst sich in *facebook-likes*. Noch bevor der erste Lehrstuhl mit einem Schwerpunkt für *digitales Erbrecht* geschaffen wird, sei allgemein-belanglos eine gewisse Gelassenheit angemahnt: Ob Münzen in Mauernischen oder Dokumente in der Täferung – schon immer ging Wichtiges verloren; in Anbetracht der Halbwertszeit sozialer Medien geht dort zudem sehr viel Unwichtiges verloren, was natürlich nichts am Anliegen ändert, Wichtiges zu erhalten. Man wird dabei auf eine gewisse Zuverlässigkeit dort hoffen dürfen, wo es um relevante (z.B. geschäftliche) Daten und Kontakte geht, und man darf wohl auch hinnehmen, dass Belangloses versickert. Indes sind doch die Möglichkeiten und Räume, welche digital geschaffen werden, zu nutzen, wo sie Nutzen versprechen. In dieser Hinsicht ist ein Entscheid des Landgerichts Berlin⁴ bemerkenswert, der den Eltern einer 15-jährigen, die unter ungeklärten Umständen durch eine im Bahnhof einführende U-Bahn tödlich verletzt worden war, Zugang zum Facebook-Account der Tochter eingeräumt hatte; bereits unter Ziff. 2 und 3 waren persönlichkeitsrechtliche Erwägungen massgeblich, und so auch hier: Zwar ist für die erziehungsberechtigten Eltern der ungeklärte Tod des Kindes ein Schicksalsschlag, der um ihrer eigenen Persönlichkeit willen der Aufbereitung bedarf; andererseits sind aber nicht nur Persönlichkeitsrechte des verunglückten Kindes berührt (das nach Art. 272 ZGB insofern kein vorbehaltloses Geheimhaltungsinteresse hätte, als das elterliche Anliegen um Klärung von seiner Seite, gewissermassen postum, Rücksicht gebietet), sondern auch jene Dritter (des Kreises von KollegInnen und FreundInnen), deren Kontakte mit dem verunglückten Kind letztlich um deren Persönlichkeit willen unter das «Brief-»

3 Die folgenden Überlegungen im Anschluss an Medienberichte, wonach ERNST AUGUST von Hannover die Zustimmung zur Heirat seines Sohnes verweigert habe und das ihm bereits leibzeitig übertragene Schloss Marienburg zurückzuverlangen gedenke; s. z.B. Tages-Anzeiger 4.7.2017 S. 13.

4 LG Berlin 17.12.2015, 20 O 172/15; KG Berlin 31.5.2017, 21 U 9/16, ZEV 2016 189 bzw. ZEV 2017 386; dazu RAUDE, Rechtsprobleme des digitalen Nachlasses: Der Anspruch der Erben auf Zugang zum Account des Erblassers in sozialen Netzwerken, ZEV 2017 433 ff., sowie nun LUDYGA, «Digitales Update» für das Erbrecht im BGB?, ZEV 2018 1 ff.

(Kommunikations-)Geheimnis fallen⁵. Es geht allerdings m.E. bei der Frage, ob Zugang auf den Facebook-Account oder andere soziale Netzwerke zu gewähren sei, nicht um ein «richtig» oder «falsch», sondern darum, die verschiedenen berührten Rechte der verschiedenen Betroffenen unter sich abzuwägen und *nach dem Gehalt der Information zu differenzieren*. Diese Differenzierung würde zunächst einem Willensvollstrecker obliegen (den – da es um ein Persönlichkeitsrecht geht – unrichtigerweise ein minderjähriges Kind gar nicht gültig zu bestellen vermöchte), im Konfliktfall gegebenenfalls dem Gericht, das im Beweisverfahren nach Art. 156 ZPO vorzugehen und Schutzmassnahmen zu treffen hätte. Aber das ist nichts Neues und nichts «Digital-Spezifisches», sondern es wäre mit einem *Schuhkarton Liebesbriefe* seit der Zeit von Eugen Huber gleichermassen vorzugehen⁶, wenn sich die emotional und rechtlich am Nachlass Beteiligten nicht zu einigen vermögen.

Fachliches Vorgehen verlangt, dass Schuhkarton und soziale Medien mit gleicher Bedacht und Empathie für die vielfältig verflochtenen Interessen der jeweiligen Beteiligten behandelt werden. «Digital» ist nicht eine von der «realen» Welt losgelöste Grösse – so wenig, wie die Kriterien «vermögens-» bzw. «persönlichkeitsrechtlich» messerscharf unterschieden werden können⁷, aber doch je sachgerecht gehandhabt werden müssen.

- 6 *Erbrecht hat Berührungspunkte mit dem Tod*. Dieser ist – weil die meisten von uns doch gerne leben – einigermassen unbeliebt. Im Rahmen

5 Dies das entscheidende (aber einseitige) Kriterium des KG Berlin (a.a.O. Anm. 4), welches das elterliche Begehren, anders als das LG, abgewiesen hatte.

6 Auch das Privatleben von Juristen bleibt ja nicht unerforscht, spezifisch zu EUGEN HUBER (nach ihrem unverzichtbaren Band «Liebe und Vernunft – Lina und Eugen Huber, Porträt einer Ehe», Zürich 2016) nun VERENA E. MÜLLER, *Der Jurist Eugen Huber* und der Physiker *Alfred Kleiner*: Eine Freundschaft bis zum Tode, in: *Fargnoli/Fasel* (Hrsg.), *Willkür und Freiheit im römischen und schweizerischen Erbrecht*, Bd. 9 der Schriftenreihe zu Eugen Huber, Bern 2017, 180 ff., sowie (dasselbst, 1 ff.), URS FASEL, *Der Erbfall Huber*.

7 Zwar ist auch Nicht-Vermögenswertes Teil des Nachlasses (LUDYGA, Fn 4, ZEV 2018 4 mit Nw. in Fn. 61; bezeichnenderweise hat sich eine Willensvollstreckung auch um diese Belange zu kümmern), aber die u.U. nötige «Abschichtung» einzelner Bereiche (dass z.B. ausstehende Rechnungen einer Partneragentur noch zu begleichen sind, aber über den Inhalt der Korrespondenz mit möglichen Kontakten ausserhalb des Kreises der erbrechtlich Begünstigten nicht allgemein umfassend Auskunft zu geben ist), wäre durchaus handhabbar (a.A. LUDYGA, a.a.O. mit entspr. Nw. in Fn 67).

einer zunehmend «autonomeren» Gestaltung gerade auch jener Lebensphasen, in denen typischerweise Autonomie entschwindet, gewinnt die Schnittstelle von altersrechtlichen und erbrechtlichen Belangen an Bedeutung. Sowohl die SAMW-Richtlinien zu «*Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz*» wie auch der Vernehmlassungsentwurf zu Richtlinien bezüglich «*Umgang mit Sterben und Tod*»⁸ wie auch der Synthesebericht zum NFP 67 «*Lebensende*» sind erbrechtliche Pflichtlektüre⁹. Nach meinem persönlichen Empfinden scheint allerdings die Entwicklung in eine günstige Richtung zu gehen: Die Medizin erkennt, dass der Tod unausweichlich und medizinische Behandlung in ausweglosen Situationen nicht weiterhin ausschliesslich Todesvermeidung bzw. künstliche Lebensverlängerung ist, sondern dass dort, wo sich das Leben menschlich und medizinisch erschöpft hat, die fachliche Behandlung auch das Sterben einschliesst; eine solche Perspektive dürfte sich weitgehend mit dem durchschnittlichen Empfinden der Bevölkerung decken, und eine solche Tendenz würde auch jene Probleme entschärfen, welche die an sich gutgemeinten Patientenverfügungen begleiten: Zunächst möchte man leben, im gegebenen Zeitpunkt dann unvermeidlicherweise sterben, aber doch nicht früher, aber auch nicht erst nach end- und zwecklosen Behandlungskreisläufen ... was aber kaum formuliert werden kann¹⁰; mittelfristig dürfte dies Patientenverfügungen abwerten, da zunehmend schwieriger unterschieden werden kann, was wirklich im Detail selbstbestimmte Anordnung und was auslegungsbedürftige Rahmenordnung ist.

8 SAMW, «*Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz*» (16. November 2017), sowie Vernehmlassungsvorlage zu «*Umgang mit Sterben und Tod*». – Wer solchen Themen weiter nachgehen möchte, mag auch THOMAS MACHO, *Das Leben nehmen – Suizid in der Moderne*, Berlin (Suhrkamp) 2017, lesen.

9 <<http://www.nfp67.ch/de>>.

10 Der deutsche BGH hat am 8.2.2017 (XII ZB 604/15; ZEV 2017 335 ff. mit Bem. MÜLLER) für Patientenverfügungen klare Bestimmtheitsgebote aufgestellt («Die schriftliche Äusserung, dass lebensverlängernde Massnahmen unterbleiben sollen, enthält für sich genommen nicht die für eine bindende Patientenverfügung notwendige konkrete Behandlungsentscheidung des Betroffenen»), was entweder Laien an sich überfordert oder sie zu einer minutiösen Abarbeitung mehrseitiger Formulare zwingt, wo sie ebenfalls durch einzelne Fragestellungen überfordert sein dürften bzw. die konkrete Situation in gesundem Zustand noch kaum adäquat zu würdigen vermögen.



- 7 Egal ob man die UNO oder die EU mag, ist der Tod ein einigermaßen universales Thema. Zumindest allen pflichtteilsbasierten Erbrechtsordnungen ist auch die **Pflichtteilsumgehungsabsicht** (bzw. «Umgehungsabsicht») ein gemeinsames Thema, und insofern sind die Erwägungen in einem Urteil des LG Düsseldorf auch für eine schweizerische Leserschaft anregend; das LG Düsseldorf zitiert (in der auch nachfolgend wiedergegebenen Passage) BGHZ 59 343 ff.¹¹:
«In der grundlegenden Entscheidung BGHZ 59, 343–353 heisst es zum Merkmal der Beeinträchtigungsabsicht:
- 88 «Die Rechtsprechung fordert durchweg, dass der Wille, den Vertragserben zu beeinträchtigen, der <treibende> oder <eigentlich leitende> C-X der Schenkung gewesen sein müsse ... In der letzteren Entscheidung wird ausgeführt, falls die Möglichkeit gegeben sei, dass der Erblasser auch aus dem C-X bestimmt worden sei, dem Beschenkten etwas zukommen zu lassen, so habe der Vertragserbe zu beweisen, dass dieser C-X gegenüber dem anderen, die erbvertragliche Anwartschaft des Vertragserben zu schmälern, der schwächere gewesen sei. Im allgemeinen spreche die Lebenserfahrung dafür, dass bei einem Menschen mit einem normalen und gesunden sittlichen Empfinden der Wunsch, durch seine Handlung den Beschenkten zu begünstigen, stärker gewesen sei als der Wille, durch eine mit derselben Handlung unvermeidbar verbundene Folge das Interesse des Vertragserben zu verletzen. Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass eine Benachteiligungsabsicht in diesem Sinne kaum je zu beweisen ist. Die Vorschrift läuft daher in der Rechtspraxis leer. Mit Recht wird im Schrifttum ... darauf hingewiesen, dass zur Wahrung des Interesses des Vertragserben eine lebensnahe und dem Schutzzweck entsprechende Auslegung der Vorschrift geboten sei. Einzelne Gerichtsentscheidungen haben auch bewusst erheblich geringere Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des geschädigten Vertragserben gestellt, um einer missbräuchlichen Ausnutzung der Verfügungsfreiheit des Erblassers entgegenzutreten und damit die Schutzfunktion des § 2287 BGB wahren zu können Nach Ansicht des Senats ist dieser Linie zu folgen. Die Auslegung muss dem Zweck der Vorschrift, den Vertragserben gegen den Missbrauch des in § 2286 BGB gewährten Rechtes zu schützen, gerecht werden.
- 89 Ist kein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers erkennbar, die Verfügung vielmehr ersichtlich darauf angelegt, dass anstelle des Vertragserben ein anderer sein wesentliches Vermögen ohne angemessenes Äquivalent erhält, so sollte die Anwendung der Vorschrift eigentlich nicht zweifelhaft sein. Die Anwendung darf nach Ansicht des Senats im besonderen nicht davon abhängig sein, ob die Absicht, den Beschenkten zu begünstigen, oder die Absicht, den Vertragserben zu benachteiligen, die überwiegende Motivationskraft hat. Die beiden Absichten werden praktisch meist in untrennbarem Zusammenhang stehen.
- Wollen die Parteien eines Erbvertrages den Vertragserben stärker schützen, so liegt es an ihnen, andere erbrechtliche Regelungen zu treffen. Dabei ist im besonderen daran zu denken, dem Erblasser vertragliche Verfügungsbeschränkungen aufzuerlegen ...»
- 90 Aus vorstehender Entscheidung ergibt sich, dass der BGH die allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln nicht infrage stellt, wenn es um das Merkmal der Beeinträchtigungsabsicht geht. Eine Abschwächung der Darlegungs- und Beweislast nimmt die Entscheidung in zweierlei Hinsicht vor:
- 91 1. Es genügt, dass der Wille zur Beeinträchtigung ein Motiv neben anderen ist.
- 92 2. Es genügt, dass ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers nicht erkennbar ist.»
- 8 Familiensoziologische Details können hier nicht vertieft werden. Gerade lebzeitige (und aus den in Rz 7 dargelegten Gründen prekäre) Zuwendungen tragen Risiken in sich: «Kinder sind wie Griechenland: Erst nehmen sie gerne das Geld, und dann gehen sie undankbar ihrer Wege.» Der Text drückt in keiner Weise die Sicht eines schweizerischen Erbrechters auf Griechenland aus, sondern ist Zitat aus dem Frontispiz eines deutschen Kiosk-Bestsellers unter dem Titel «Wer erbt, muss auch giessen»¹² – Laien wäre z.B. durchaus der Abschnitt mit dem Titel «Man muss nicht immer das Richtige tun, es reicht schon, wenn man das Falsche lässt» zu entspannter Lektüre empfohlen ... Ernster als dieser Hinweis sind nun allerdings die folgenden abschliessenden und ergänzenden Ausführungen zu nehmen:
- 9 Im Sinne eines Exkurses – das erbrechtliche Feuilleton hat seit dem Sommer nicht geruht – drängen sich einige ergänzende Überlegungen zur dem Recht immanenten (Un-)Gerechtigkeit auf. Zwar ist es in Sachen Erbrechtsreform still geblieben, was unter den spezifischen Umständen nicht einmal wirklich beunruhigt – Manches wird durch Reifung besser ... besser wäre ohnehin eine gesamthafte und insgesamt überlegte, konsistente Reform und nicht häppchenweises Stückwerk mit laufenden Feinjustierungen, wie das aktuell im Familienrecht eher politisch als sachlich dosiert abläuft. Aber es ist klar, dass die an der Front tätige Praxis Reformüberlegungen ohnehin eher dem Feuilleton zuordnet. Persönlich geht es mir dabei allerdings eher um anderes. Auch eine Erbrechtsreform wird nichts daran

11 LG Düsseldorf 25.6.2016 1 O 410/15, ZErB 2017 143 f. mit Bem. HORN (das nachfolgende Zitat 146 f.).

12 RENATE BERGMANN, *Wer erbt, muss auch giessen*, Hamburg (Rowohlt) 2016. BERGMANN ist allerdings schrullige Kunstfigur («Trümmerfrau, Reichsbahnerin, vierfach verwitwet»), Pseudonym für TORSTEN ROHDE, der den (fehlenden) Generationendialog auf die Schippe nimmt.

ändern, dass die einen erben und die anderen nichts erben. Eine Veränderung von Erbquoten und Pflichtteilen ändert nichts an der Grösse des konkreten Nachlasses, und die Wahrnehmung von erbrechtlicher Gestaltungsfreiheit wird in vielen Fällen Empfindungen von Ungerechtigkeit – nämlich Zurücksetzung und Schlechterstellung – auslösen, obwohl individualisiert-nuancierende Abweichungen vom starr-quotalen gesetzlichen Gleichheitsprinzip gleichermaßen eine höhere, individuelle Gerechtigkeit bewirken können.

- 10 Mit solchen Fragen setzt sich in einer nach dem Erbrechtstag erschienen Publikation MUSCHELER auseinander. MUSCHELER ist hier nicht näher vorzustellen¹³; aber es liegt auf der Hand, dass es ErbrechtlerInnen interessieren muss, wenn ein Erbrechtler über Ungerechtigkeit schreibt¹⁴. Während über «Gerechtigkeit» schon unzählige Werke geschrieben wurden¹⁵, besteht gerade für die Hüter der Gerechtigkeit (was JuristInnen ja angeblich sind) eine gewisse Scheu, die Selbstverständlichkeit von Ungerechtigkeit explizit einzugestehen. Und dies natürlich umso mehr in einer zeitgeschichtlichen Episode, welche das aufklärerische Gerechtigkeitsideal des «one man – one vote» als westliche Errungenschaft in einer global vernetzten, stärker durch Twitter und globalisierte Geldströme manipulierten als von einem urdemokratischen Gleichheits- und Gerechtigkeitsideal beseelten Welt dahinerodieren

13 S. die Besprechung seines *opus magnum* «Erbrecht», 2 Bde., Tübingen 2010, durch EITEL in dieser Zeitschrift, 2014 73-84.

14 KARLHEINZ MUSCHELER, Ungerechtigkeit, Bonn 2017.

15 Völlig willkürlich und provokativ-eklektisch seien etwa genannt: AMARTYA SEN, Die Idee der Gerechtigkeit, München 2010 (englischer Originaltitel: The Idea of Justice); MICHAEL J. SANDEL, Gerechtigkeit. Wie wir das Richtige tun, Berlin (Ullstein) 2013 (englischer Originaltitel: Justice); EMIL BRUNNER, Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürich (Zwingli-Verlag) 1943 [theol.]; HARRY G. FRANKFURT, Ungleichheit. Warum wir nicht alle gleich viel haben müssen, Berlin (Suhrkamp) 2016 (englischer Originaltitel: On Inequality); PAUL RICŒUR, Liebe und Gerechtigkeit – Amour et Justice, Tübingen (Mohr) 1990 (für die zweisprachige Ausgabe) – bezeichnend, dass «Gerechtigkeit» im Französischen dann gleich auch den Doppelsinn in Richtung «Justiz» enthält, welche die verflixte Pflicht hat, zwischen gesetzlichem Recht und praktischer Ungleichheit eine einigermaßen nicht allzu ungerechte Lösung zu finden. Anregend sodann auch der Gastkommentar von JONAS LÜSCHER, Denkmal der Ungerechtigkeit, NZZ 4.12.2017, 8: «Ungerechtigkeit ist mehr als nur der Mangel an Gerechtigkeit. Ihr wohnt eine ganz eigene Qualität inne.»

sieht. So wie aber die Landsgemeinde der mündigen Bürger in einer chinesischen Grossagglomeration von drei Dutzend Millionen Einwohnern nicht funktioniert und ein uns absurd scheinendes Parlament von über zehntausend ausgewählten BürgerInnen, die eher wie der Zensus einer Meinungsumfrage als wie ein Parlament in unserem Sinne funktionieren, allenfalls eine funktionierende Meinungsbildung gewährleisten bzw. bei den Betroffenen auf Verständnis und Zustimmung stossen kann, sind nominelle und qualitative Unterschiede letztlich Alltag und in vielen Belangen eingespielt: Es gibt zwar ein angebliches Modediktat, das aber längst von einer Vielzahl von Protagonisten orchestriert wird, aber der Charme liegt in der (gemässigten) Individualität. Das ist bei Nachlassplanung, aber auch beim Umgang unter Arbeitskollegen, bei der Geschäftslastverteilung am Gericht oder der Honorarverteilung in der Anwaltskanzlei nicht anders. Es ist ein offenes Geheimnis, dass sich die Zahl der wirklichen *billable hours* auch unter ausgezeichneten JuristInnen unterscheidet: Wir sind nun mal ungleich geboren, entwickeln uns ungleich, leben in teils zwar ähnlichen, aber eben doch ungleichen Verhältnissen, haben ungleiche Vorlieben und Fähigkeiten, teils die gleichen, oft aber auch ungleiche Freunde und Bekannte, hören verschiedene Musik und sind sportlich oder sind es nicht¹⁶. Zwar ist es teilweise ungerecht, dass wir ungleich sind und ungleiche Talente haben, aber es ist äusserst praktisch, dass nicht alle das gleiche mögen – manchmal erleichtert das Erbteilungen sogar ungemein! Dazu lese man – *prise de conscience!* – den fast banalen, aber desto richtigeren Abschnitt von MUSCHELER über «Das ungerechte Testament»¹⁷. Der *verfassungsrechtliche Gleichheitssatz* besagt, dass die Rechtsgleichheit verletzt ist, «wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird» (statt vieler z.B. BGE 136 I 297 E. 6.1): *Ungleiches ist ungleich, und das ist gerecht.*

16 Die Abgrenzung sinnvoller und ungerechter Ungleichheit wird von den Ungleichheitskritikern allenfalls etwas vernachlässigt (es sei hier nicht auf die eher politische Kontroverse um die Untersuchungen von PİKETTY eingetreten; dass Ungleichheit etwa im Bildungsbereich bzgl. Bildungschancen katastrophale Folgen hat, bedarf keiner näheren Begründung s. dazu zuletzt den «Bericht zur weltweiten Ungleichheit 2018», wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-german.pdf).

17 MUSCHELER, a.a.O., 41 ff.

Praxis, S. 153–168: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 153–168: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – nouvelles fondations, doctrine et jurisprudence

Practice, p. 153–168: News in the areas of Foundations and charitable/not for profit activities – New foundations, literature, jurisprudence

Harold Grüniger

Der Beitrag vermittelt einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft vornehmlich im Jahre 2017 und unter Einschluss von ausgewählten neu errichteten und gelöschten Stiftungen, Literatur und Entscheidungen und schliesst an entsprechende Überblicke in den Vorjahren an (zuletzt successio 2/2017, S. 125 ff.).

Cette contribution donne un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations principalement en ce qui concerne l'année 2017, elle comprend également une sélection de fondations nouvellement constituées et radiées ainsi que la doctrine et la jurisprudence en cette matière, et s'inscrit dans la suite des aperçus des années précédentes (dernièrement successio 2/2017, p. 125 s.).

This article provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape in 2017 including selected newly established and liquidated foundations, the literature and jurisprudence and follows corresponding overviews in prior years (most recently successio 2017, 125 et seq.).

Praxis, S. 169–186: Erbrecht 2015–2017 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur

Pratique, p. 169–186: Droit des successions 2015–2017 – Jurisprudence, législation, doctrine

Practice, p. 169–186: Law of succession 2015–2017 – Case law, legislation, literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; im Heft 3 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch anstehende Gesetzesänderungen und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans ce numéro seront résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans le prochain numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has been happening in the reporting period concerning succession law. In this issue 2, the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in issue 3 some selected other cases of the Federal Supreme Court will be introduced, which are published «only» on the website of the court. There will also be an overview of the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature.

Vorschau auf «successio Heft 3/2018»

(Angaben ohne Gewähr)

■ Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht 2017 – ein Resümee

Andrea Opel



Schwerpunkt, S. 222–231: Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2017 – Ein Resümee

Focus, p. 222–231 : Droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2017 – un résumé

Focus, p. 222–231: Inheritance and gift tax law in the year 2017 – an overview

Andrea Opel

Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2017 geben. Zunächst wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgezeigt, gefolgt von einer Darstellung ausgewählter kantonaler Entscheidungen. Im Anschluss an die Rechtsprechungsübersicht werden die einschlägigen Publikationen aus dem Jahr 2017 zusammengetragen und aktuelle Entwicklungen im Bereich der Rechtsetzung dargelegt. Schliesslich gilt es, einen Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu werfen, da sich dort in letzter Zeit Entwicklungen abzeichnen, die auch für die Schweiz bedeutsam sind.

L'objectif de la présente contribution est d'offrir un aperçu des évolutions en matière d'impôts sur les successions et les donations pour l'année 2017. La jurisprudence du Tribunal fédéral y est exposée, suivie d'une présentation de décisions cantonales choisies. Puis, sont rassemblées les publications correspondantes de l'année 2017, et les évolutions récentes en matière législative y sont abordées. Enfin, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne doit être examinée, car des évolutions, importantes pour la Suisse, se font jour ces derniers temps.

This article provides an overview of the developments in inheritance and gift tax law in the year 2017. First, the jurisprudence of the Federal Supreme Court is set out, followed by a presentation of selected cantonal decisions. Following the list of cases, the relevant publications in 2017 and the current developments in legislation are presented. Finally, the author takes a look at the case-law of the European Court of Justice, because of recent developments emerging there, which are also significant for Switzerland.

Praxis, S. 232–284: Erbrecht 2015–2017 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur

Pratique, p. 232–284: Droit des successions 2015–2017 – Jurisprudence, législation, doctrine
Practice, p. 232–284: Succession Law 2015–2017 – Case law, legislation, literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: Im Heft 2 wurden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; in diesem Heft werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch anstehende Gesetzesänderungen und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans le numéro 2 ont été résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les modifications législatives à venir, ainsi que les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the reporting period with regard to succession law. In this issue, the published leading cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in issue 3 some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published «only» on the website of the court, as well as pending legislative amendments and the published literature.

Vorschau auf «successio Heft 4/2018»

(Angaben ohne Gewähr)

■ **Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte
im erbrechtlichen Umfeld**
Jürg Schmid



Schwerpunkt, S. 299–312: Notariats- und grundbuchrechtliche Aspekte im erbrechtlichen Umfeld

Focus, p. 299–312: Aspects du droit notarial et du registre foncier dans un contexte successoral

Focus, p. 299–312: Notary and Land Register Law Aspects in the Inheritance Law Environment

Jürg Schmid

Der Beitrag richtet sich sowohl an die Notarinnen und Notare, die eine Verfügung von Todes wegen öffentlich beurkunden wie auch die Juristinnen und Juristen, die dem Erblasser bei der Regelung seines Nachlasses beratend zur Seite stehen. In einem ersten Abschnitt werden die wesentlichen beurkundungsrechtlichen Verfahrensschritte dargestellt, deren Einhaltung in der Regel die Voraussetzung für die Gültigkeit der Urkunde ist. In einem zweiten Abschnitt wird auf inhaltliche Besonderheiten bei Verfügungen von Todes wegen hingewiesen. Mit klaren Formulierungen können künftige Auslegungsstreitigkeiten vermieden werden. Im letzten Abschnitt werden grundbuchrechtliche Aspekte behandelt, welche sich im Zusammenhang mit Verfügungen über Grundstücke in der Erbteilung ergeben können.

Cette contribution s'adresse aussi bien aux notaires qui établissent une disposition à cause de mort en la forme authentique qu'aux juristes qui assistent et conseillent le testateur lors de l'organisation de sa succession. Dans une première partie, seront exposées les principales étapes, dont le respect est en général condition de validité de l'acte, de la procédure d'authentification. Dans une deuxième partie, il sera question des particularités touchant au fond des dispositions à cause de mort. Une formulation claire peut éviter que des litiges ne surviennent à propos de leur interprétation. Dans la dernière partie, seront abordées des questions relatives au registre foncier pouvant se poser, lors du partage successoral, pour des dispositions concernant des biens immobiliers.

The article is addressed both to the notaries who publicly notify a testamentary disposition and to the lawyers who assist the testator in the organisation of his or her estate. In a first chapter, the most important notarial steps are discussed, the observance of which generally is the precondition for the validity of the deed. In a second chapter attention is drawn to the content particularities of testamentary dispositions. Clear and specific language helps to avoid future interpretation disputes. The last chapter deals with land register law issues that may arise in connection with the disposal of land in the estate division.

Praxis, S. 313–319: Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017

Pratique, p. 313–319: Jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit procédural en matière successorale pour 2017

Practice, p. 313–319: Case Law of the Federal Supreme Court in Inheritance Matters of 2017

Tarkan Göksu

Im Beitrag werden ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts zum Erbprozessrecht aus dem Jahr 2017 besprochen. Das Bundesgericht äusserte sich oftmals nur beiläufig zu Themen, welche für den Erbrechtsprozess von Bedeutung sind. Allerdings hat es vereinzelt auch durchaus praktisch wegleitende Erwägungen gemacht.

Cette contribution aborde des décisions choisies rendues en 2017 par le Tribunal fédéral et relatives au droit procédural des successions. Le Tribunal fédéral ne s'est souvent prononcé sur des sujets d'importance pour le droit procédural des successions que de manière purement fortuite. Néanmoins, il a aussi parfois émis des considérations absolument déterminantes en pratique.

The article discusses selected decisions rendered by the Federal Supreme Court on inheritance procedure law in 2017. Often, the Federal Supreme Court only commented by way of obiter dictum on topics that are relevant to inheritance process law. However, it has occasionally made considerations, considered groundbreaking in practice.

Schwerpunkt, S. 5–26: Besonderheiten der Nachlassplanung bei Nachkommen mit Behinderung

Focus, p. 5–26: Particularités de la planification successorale en présence de descendants handicapés

Focus, p. 5–26: Special features of estate planning for descendants with disabilities

Regina E. Aebi-Müller/Janine Camenzind

Eltern mit einem körperlich oder geistig behinderten Kind haben viele Herausforderungen zu meistern. Zu den ganz alltäglichen Schwierigkeiten treten Besonderheiten bei der Nachlassplanung, die im Beitrag von Regina E. Aebi-Müller und Janine Camenzind beleuchtet werden. Oftmals ist schon das Planungsziel sorgfältig abzuwägen: Soll das behinderte Kind einen besonders grossen Erbanteil erhalten, oder würde ein solcher nur das Gemeinwesen entlasten, weil staatliche Leistungen (Ergänzungsleistungen, Sozialhilfe usw.) daraufhin reduziert würden? Weil ein Kind mit Behinderung regelmässig besondere Bedürfnisse hat, muss ferner sichergestellt werden, dass das behinderte Kind von seinem Erbanteil in geeigneter Weise profitieren kann. Dies kann beispielsweise Teilungsregeln betreffen oder auch die Zuwendung an einen Dritten, der sich in besonderer Weise um das Kind kümmert und diesem Erlebnisse und Extras ermöglicht, die ihm ohne eine entsprechende Anordnung nicht zuteil würden. Im Familienverbund fragt sich aber auch, welche erbrechtlichen Ansprüche allfällige Geschwister haben sollen, deren Bedürfnisse von den Eltern womöglich immer als zweitrangig angesehen wurden. Der Beitrag legt überblicksartig dar, wie sich ein konkretes Planungsanliegen mit den *de lege lata* vorhandenen rechtlichen Instrumenten umsetzen lässt und welche rechtlichen Grenzen zu respektieren sind. Dabei werden auch Querbezüge zum Sozial- und Sozialversicherungsrecht integriert.

Les parents d'enfants atteints d'un handicap physique ou mental doivent relever de nombreux défis. Aux difficultés de la vie quotidienne s'ajoutent des particularités en matière de planification successorale que met en lumière la contribution de Regina E. Aebi-Müller et Janine Camenzind. Il est, avant tout, souvent indiqué de bien considérer l'objectif de la planification: l'enfant handicapé doit-il recevoir une part successorale particulièrement importante ou est-ce que cela n'aboutirait qu'à décharger la collectivité publique puisque les prestations publiques (prestations complémentaires, aide sociale etc.) s'en trouveraient réduites? Un enfant handicapé ayant généralement des besoins bien spécifiques, il faut en outre s'assurer qu'il puisse profiter de sa part successorale d'une façon appropriée. Il peut s'agir, par exemple, de règles de partage, ou de libéralités à un tiers qui s'occupe de l'enfant avec une attention particulière et offre à celui-ci un certain nombre d'expériences et d'extra dont il ne bénéficierait pas sans une disposition en ce sens. Pour la famille considérée dans son ensemble se pose pourtant aussi la question des droits successoraux que d'éventuels frères et sœurs, dont les intérêts auront probablement toujours été considérés comme secondaires par les parents, devraient se voir reconnaître. Cette contribution traite de l'ensemble des manières de réaliser un objectif concret de planification avec les instruments juridiques dont on dispose *de lege lata*, ainsi que des différentes limites juridiques qu'il convient de respecter. Ce faisant, il sera fait état des liens avec le droit social et le droit des assurances sociales.

Parents with a physically or mentally handicapped child have to overcome many challenges. In addition to the everyday difficulties, there are special questions of estate planning, which are highlighted in the article of Regina E. Aebi-Müller and Janine Camenzind. Often the planning goal itself may already be an issue: Should the disabled child receive a particularly large share of the estate, or would such a share only relieve the burden on the community, because state benefits (supplementary benefits, social assistance, etc.) would then be reduced? Because a child with disabilities regularly has special needs, it must also be ensured that the disabled child can benefit appropriately from his or her share of the estate. This can, for example, concern division rules or also contributions to a third party who cares for the child in a special way and makes possible experiences and extras which the child would not be able to have without a corresponding order. In the family as a whole, however, the question also arises as to which inheritance rights any siblings should have, whose needs may always have been regarded as secondary by the parents. This article provides an overview of how a concrete planning issue can be implemented with the legal instruments available *de lege lata* and which legal limits must be respected. Cross-references to social law and social security law are also integrated.

Praxis, S. 27–48: Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis (2017–2018)

Pratique, p. 27–48: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2017–2018)

Practice, p. 27–48: Executorship – Current practice (2017–2018)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2017/2018 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt: Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat im Entscheid ZB.2017.11 ein superprovisorisches Verbot zur Ausstellung eines Willensvollstreckerausweises ausgesprochen (wegen klarer Testierunfähigkeit des Erblassers). Das Ergebnis der daran anschliessenden Ungültigkeitsklage entscheidet (automatisch) über das Schicksal dieser Massnahme. Das Bundesgericht hat im Urteil 5A_363/2017 entschieden, dass ein Quoten-Vermächtnisnehmer nicht legitimiert sei, eine Rückzahlung von Willensvollstreckerhonorar zu verlangen, weil er nur indirekt geschädigt sei. Verschiedene Urteile, welche sich mit Unsicherheiten beim Aufsichtsverfahren befassen, zeigen, dass es von Vorteil wäre, wenn mit der Erbrechtsrevision nur noch die Gerichte für die Aufsicht zuständig wären, weil damit einheitlich und direkt die Zivilprozessordnung zur Anwendung käme. Die vom Gemeinderat Oberägeri im Entscheid E3.2/218166 verfügte Suspendierung eines Willensvollstreckers hat aufgezeigt, dass beim Umgang mit diesem Instrument noch einige offene Fragen bestehen. Schliesslich hat das Obergericht Zürich im Urteil LB160054 entschieden, die Haftungsklage gegen den Willensvollstrecker sei an seinem Wohnort einzureichen. Es gibt jedoch gute Gründe, die Haftungsklage als erbrechtliche Klage zu betrachten, womit die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers gegeben ist (Art. 28 ZPO).

Dans le rapport annuel 2017/2018 sont traités divers points concernant l'exécution testamentaire: la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville, dans une décision ZB.2017.11, a prononcé une mesure superprovisionnelle d'interdiction de délivrance d'un certificat d'exécuteur testamentaire (pour incapacité manifeste de tester). L'issue de l'action en annulation ultérieure décide (automatiquement) du sort de cette mesure. Dans l'arrêt 5A_363/2017, le Tribunal fédéral a décidé qu'un légataire d'une quote-part n'était pas légitimé à demander le remboursement des honoraires de l'exécuteur testamentaire parce qu'il ne subissait qu'un dommage indirect. Différentes décisions traitant de questions controversées concernant la procédure de surveillance montrent qu'il y aurait avantage à ce que la révision du droit successoral ne prévoit plus que la compétence des seuls tribunaux en matière de surveillance, car cela permettrait une application uniforme et directe du Code de procédure civile. La suspension d'un exécuteur testamentaire prononcée par le conseil municipal d'Oberägeri, dans une décision E3.2/218166, a montré que concernant le maniement de cet instrument certaines questions restent encore à éclaircir. Enfin, la Cour suprême du canton de Zurich a décidé, dans un arrêt LB160054, que l'action en responsabilité contre l'exécuteur testamentaire doit être intentée à son domicile. Il y a cependant de bonnes raisons pour considérer l'action en responsabilité comme une action successorale, et par conséquent pour retenir en matière de compétence le dernier domicile du *de cuius* (art. 28 CPC).

In the annual report 2017/2018, various issues concerning executors are addressed: In its decision ZB.2017.11, the Appellate Court of Basel-City issued a super provisional ban on the issuance of an executor's certificate (due to the testator's clear inability to testify). The result of the subsequent nullity claim decides (automatically) on the fate of this measure. In judgment 5A_363/2017, the Swiss Federal Supreme Court ruled that a quota legatee was not entitled to demand repayment of executor's fees because he was only indirectly damaged. Various judgments dealing with uncertainties in the supervisory procedure show that it would be beneficial if the amendment of the law of succession were to leave only the courts competent for supervision, as this would lead to the uniform and direct application of the Civil Procedure Code. The suspension of an executor ruled by the Oberägeri municipal council in its decision E3.2/218166 has shown that there are still a number of open questions regarding the use of this instrument. Finally, in judgment LB160054, the Zurich High Court decided that the liability claim against the executor should be filed at his place of residence. There are however good reasons to regard the liability claim as a succession lawsuit, which means that jurisdiction would lie with the deceased's last domicile (art. 28 CPC).

Schwerpunkt, S. 98–112: Die Säule 3a gemäss Entwurf zur Erbrechtsrevision vom 29. August 2018

Focus, p. 98–112: Le pilier 3a aux termes du projet de révision du droit des successions du 29 août 2018

Focus, p. 98–112: Pillar 3a according to the Draft Revision of Inheritance Law of 29 August 2018

Alexandra Jungo

Gemäss dem Entwurf zur Erbrechtsrevision können die Begünstigten eines Kapitals oder einer Versicherungsleistung aus der Säule 3a diese Leistungen direkt beanspruchen, ohne dass sie güterrechtlich zu berücksichtigen wären oder in den Nachlass des verstorbenen Vorsorgenehmers fallen würden. Die Begünstigungen sind aber im Umfang des Rückkaufswerts bzw. des Kapitals hinzuzurechnen (Art. 476 E-ZGB) und gegebenenfalls herabzusetzen (Art. 528 ZGB).

Aux termes du projet de révision du droit des successions, les bénéficiaires du versement d'un capital ou d'une prestation d'assurance du pilier 3a peuvent réclamer directement ces prestations, sans qu'il en soit tenu compte dans le cadre du droit des régimes matrimoniaux, ni qu'elles tombent dans la succession du preneur de prévoyance décédé. Mais ces libéralités doivent être ajoutées à la succession pour le montant de leur valeur de rachat ou du capital (art. 476 P-CC), et éventuellement faire l'objet d'une réduction (art. 528 CC).

According to the draft revision of inheritance law, the beneficiaries of a capital or insurance benefit under Pillar 3a can claim these benefits directly, without them having to be taken into account in terms of marital property law or becoming part of the estate of the deceased pensioner. However, the benefits must be added with the amount of the surrender value resp. capital (Article 476 D-SCC) and, if necessary, reduced (Article 528 SCC).

Praxis, S. 113–127: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 113–127: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – nouvelles fondations, doctrine et jurisprudence

Practice, p. 113–127: News in the Field of Foundations and Law of Common Public Interest – New Foundations, Literature, Jurisprudence

Harold Grüniger

Der vorliegende Beitrag will einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft vornehmlich im Jahre 2018 und unter Einschluss von ausgewählten neu errichteten und gelöschten Stiftungen, Literatur und Entscheiden vermitteln und schliesst an entsprechende Überblicke in den Vorjahren an (zuletzt successio 2/2018, S. 153 ff.).

La présente contribution a pour objectif de donner un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations principalement en ce qui concerne l'année 2018, elle comprend également une sélection de fondations nouvellement constituées et radiées ainsi que la doctrine et la jurisprudence en cette matière, et s'inscrit dans la suite des aperçus des années précédentes (dernièrement successio 2/2018, p. 153 s.).

This article provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape especially in the year 2018 including selected newly established and liquidated foundations, the literature and jurisprudence and follows corresponding overviews in prior years (most recently successio 2/2018, 153 et seq.).

International, S. 141–152: Disposition Mortis Causa in the Law of

International, p. 141–152: Die Verfügung von Todes wegen im Erbrecht

International, p. 141–152: Disposition à cause de mort en droit des successions

Qiang Wang

The disposition mortis causa stipulated in the current inheritance law of the People's Republic of China has the will as its only operational method. In terms of the content, no institution of substitution or reversionary heir is provided for; disinheritance is not restricted by the legal heirs' rights on the compulsory portion; definition of legacy is overly narrow; and the decedent lacks complementary instruments for his dispositions such as the direction on testamentary burdens to have his intentions implemented to a fuller extent. All these loopholes result in a limited variety of dispositions mortis causa and fewer possibilities for the decedent to make reasonable and free dispositions. In terms of the method and content, the dispositional system of German inheritance law takes the dispositional motives and personal intentions of the decedent, which are pivoted on the devolution of the inheritance, into thorough consideration. Apart from that, the German system regulates the relationship – involving liabilities, rights and obligations – not only among the beneficiaries, the obligors of the disposition but also between them, thus providing a solid foundation for the decedent to set the goals of his disposition and structure the dispositional process in a reasonable way, while fully exerting his dispositional freedom. Furthermore, the operation of each disposition mortis causa in the German inheritance law is coherently and logically correlated with the law's other sections or titles, and, moreover, with the other books of the whole German Civil Code. All these factors are of significant referential value to China's inheritance law and system of dispositions mortis causa. Compared to the Swiss inheritance law, which has many similarities with the German inheritance law, there are additional, instructive differences to be explored.

Die Verfügung von Todes wegen kennt im gegenwärtigen Erbrecht der Volksrepublik China das Testament als die einzige operative Methode. Bezüglich des Inhalts ist weder der Nach- noch der Ersatzerbe vorgesehen; Enterbung wird nicht durch das Recht der gesetzlichen Erben auf Pflichtteile beschränkt; die Definition des Vermächtnisses ist zu eng; und dem Testator fehlen ergänzende Instrumente für seine Verfügungen wie testamentarische Auflagen, um seine Absichten besser durchsetzen zu können. All diese Schlupflöcher führen zu einer stark begrenzten Vielfalt von Verfügungen von Todes wegen und weniger Möglichkeiten für den Erblasser, vernünftige und freie Dispositionen zu treffen. Methode und Inhalt betreffend berücksichtigt das Verfügungssystem des deutschen Erbrechts die Verfügungsgründe und persönlichen Absichten des Erblassers, welche auf die Verteilung des Erbes gerichtet sind, sorgfältig. Darüber hinaus regelt das deutsche System die Beziehungen – einschliesslich Verbindlichkeiten, Rechten und Pflichten – nicht nur zwischen den Begünstigten, zwischen den Schuldner der Verfügung, sondern auch zwischen den beiden, und begründet damit für den Erblasser eine solide Grundlage, um die Ziele seiner Verfügung festzulegen, den Verfügungsprozess auf vernünftige Weise zu strukturieren und gleichzeitig seine Dispositionsfreiheit voll auszuüben. Darüber hinaus ist die Funktionsweise der einzelnen Verfügungsart von Todes wegen im deutschen Erbrecht kohärent und logisch mit den anderen Abschnitten oder Titeln und darüber hinaus mit den anderen Büchern des gesamten deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs verknüpft. Alle diese Faktoren sind für das Erbrecht von China und dessen System der Verfügungen von Todes wegen von erheblicher Bedeutung. Gegenüber dem schweizerischen Erbrecht, welches viele Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Erbrecht aufweist, sind zusätzliche, einleuchtende Unterschiede zu erschließen.

La loi successorale actuellement en vigueur en République Populaire de Chine ne retient comme unique méthode opérationnelle en matière de disposition à cause de mort que le seul testament. Quant au fond, il n'est prévu ni l'institution de la substitution vulgaire ni celle de la substitution fidéicommissaire; l'exhérédation n'est pas limitée en ce qui concerne les droits des héritiers légaux à leur réserve; la définition du legs est extrêmement restrictive; et le testateur manque d'instruments complémentaires comme celui des charges afin de préciser la mise en œuvre de ses intentions. Toutes ces lacunes ont pour conséquence une gamme restreinte de dispositions mortis causa et une possibilité amoindrie pour les testateurs de prendre des dispositions satisfaisantes et libres. En ce qui concerne la méthode et le fond, le système du droit successoral allemand relatif aux dispositions à cause de mort accorde la plus grande attention aux motifs soutenant les dispositions et les intentions personnelles du testateur s'articulant sur la dévolution successorale. En outre, le système allemand régleme les rapports – y compris les dettes, les droits et obligations – non seulement entre bénéficiaires d'une part, entre débiteurs de la disposition d'autre part, mais aussi les rapports des premiers avec les seconds, fournissant ainsi au testateur une base solide pour définir les objectifs de sa disposition et organiser le processus de transmission à cause de mort de manière satisfaisante, et dans le plein exercice de sa liberté de disposer. Par ailleurs, le fonctionnement de chaque disposition mortis causa en droit successoral allemand est dans une relation cohérente et logique avec les autres sections ou titres de la loi, et de surcroît avec les autres livres de l'ensemble du Code civil allemand. Tous ces facteurs ont valeur de référence pour le droit chinois des successions et son système de dispositions à cause de mort. En comparant le droit chinois avec le droit suisse des successions, qui présente beaucoup de similitudes avec le droit allemand des successions, apparaissent d'autres différences qu'il sera instructif d'examiner.

Schwerpunkt, S. 174–198: Das schwarze Schaf in der Erbgemeinschaft – Auswege aus einer Blockade und planerische Möglichkeiten

Focus, p. 174–198: La brebis galeuse dans la communauté héréditaire – les recours lors d’une impasse et les options de planification

Focus, p. 174–198: The black sheep in the community of heirs – ways out of a blockade and planning possibilities

Cordula Lötscher

Das zwingende Einstimmigkeitsprinzip für Handlungen der Erbgemeinschaft führt in der Praxis nicht selten zu Schwierigkeiten. Der Beitrag zeigt die Wege aus einer Blockade auf und fokussiert sodann auf präventive planerische Mittel des Erblassers zur Verhinderung einer solch unerwünschten Situation.

Le principe obligatoire de l’unanimité pour les actions de la communauté héréditaire produit en pratique souvent des problèmes. L’article démontre les chemins pour sortir de l’impasse et ensuite se concentre sur les moyens de planification du testateur pour éviter une telle situation indésirable.

The compulsory principle of unanimity for actions of the community of heirs often leads to difficulties in practice. The article shows ways out of a blockade and then focuses on preventive planning means by the testator to avoid such an undesirable situation.

International, p. 207–223 : L’élection de for par le *de cuius*

International, S. 207–223: Gerichtsstandswahl durch den Erblasser

International, p. 207–223: The choice of forum by the testator

Gian Paolo Romano

La faculté reconnue au *de cuius* étranger établi en Suisse de désigner les autorités de son Etat national pour compétentes à régler sa succession compte parmi les grandes innovations de l’Avant-projet. Cette contribution se penche sur le régime d’une telle élection de for unilatérale, les avantages qu’elle offre mais aussi les risques qu’elle comporte.

Die einem in der Schweiz ansässigen ausländischen Erblasser zuerkannte Fähigkeit, die Behörden seines Heimatstaates für die Eröffnung seines Nachlasses für zuständig zu erklären, gehört zu den grossen Neuerungen des Vorentwurfs. Dieser Beitrag untersucht das System einer solchen einseitigen Gerichtsstandswahl, die damit verbundenen Vorteile, aber auch die enthaltenen Risiken.

The recognized ability of the foreign testator resident in Switzerland to designate the authorities of his home State to settle his succession is one of the major innovations of the preliminary draft. This article examines the regime of such a unilateral choice of forum, the benefits it offers and the risks involved.

International, p. 224–237: L’extension de la portée de l’élection de droit en matière successorale – Quel avenir pour la *professio juris*?

International, S. 224–237: Die Ausdehnung der Rechtswahl in Erbfällen – Welche Zukunft hat die *professio iuris*?

International, p. 224–237: The expansion of the scope of the election of law in matters of succession - What future for the *professio juris*?

Florence Guillaume

Le choix de la loi applicable à la succession est admis en Suisse depuis longtemps dans le cadre des successions internationales. Il est prévu d’étendre la portée de la *professio juris* dans la révision en cours de la Loi fédérale sur le droit international privé, ce qui aura pour effet d’augmenter la liberté de disposer à cause de mort. Cet article examine la portée actuelle et future de la *professio juris* en mettant l’accent sur les successions qui ont des ramifications en Suisse et dans un ou plusieurs Etats membres de l’Union européenne.

Das internationale schweizerische Erbrecht kennt seit Langem die Rechtswahl. Eine Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht sieht eine Ausdehnung der Grenzen von dieser sog. *professio iuris* vor, um die erbrechtliche Verfügungsfreiheit zu erhöhen. Untersucht werden im Folgenden die gegenwärtige und zukünftige Tragweite der erbrechtlichen Rechtswahl mit der Schwerpunktsetzung auf Nachlässe, die Anknüpfungen zur Schweiz und zu einem oder mehreren EU-Mitgliedstaaten aufweisen.

The choice of law applicable to successions has been allowed in Switzerland for a long time in the context of international successions. The scope of the *professio juris* is planned to be expanded in the ongoing review of the Swiss Private International Law Act, thus increasing the freedom to dispose of property upon death. This article describes the current and future scope of the *professio juris* and focuses on the successions with ramifications in Switzerland and in one or more Member States of the European Union.

International, p. 238–248: La révision du chapitre 6 LDIP: le droit applicable à la succession à défaut de choix et aux dispositions pour cause de mort

International, S. 238–248: Die Revision von Kapitel 6 IPRG: das auf die Erbfolge anwendbare Recht bei fehlender Rechtswahl und das auf Verfügungen von Todes wegen anwendbare Recht

International, p. 238–248: The amendment of Chapter 6 of PILA: the law applicable to succession in the absence of choice of law and to dispositions *mortis causa*

Andrea Bonomi

Au-delà des modifications concernant l’élection de for et la *professio juris*, l’avant-projet de révision du chapitre 6 de la LDIP contient également des nouveautés relatives au droit applicable à la succession à défaut de choix ainsi qu’au droit applicable aux dispositions à cause de mort. La précision qu’il est proposé d’introduire à l’art. 91 al. 1^{er} LDIP renforcera la sécurité juridique, mais elle obligera les autorités suisses à appliquer un droit étranger dans des situations où l’application de *lex fori* aurait été plus simple. Les nouvelles solutions préconisées pour les actes à cause de mort, dictée par une volonté d’uniformisation avec le droit européen, favoriseront l’anticipation successorale et l’utilisation des pactes successoraux.

Neben den Änderungen betreffend die Prorogation und die *professio juris*, enthält der Vorentwurf zur Revision von Kapitel 6 IPRG auch Neuerungen betreffend das auf die Erbfolge anwendbare Recht beim Fehlen einer Rechtswahl und das auf Verfügungen von Todes wegen anwendbare Recht. Die Klarstellung, die beim Art. 91 Abs. 1 IPRG vorgeschlagen wird, verbessert zwar die Rechtssicherheit, wird aber dazu führen, dass die Schweizer Behörden ausländisches Recht auch in Fällen anzuwenden haben, in welchen die Anwendung der *lex fori* einfacher wäre. Die für die Verfügungen von Todes wegen vorgesehenen Lösungen bezwecken eine Anpassung ans europäische Recht und werden zugleich die Erbschaftsplanung und den Gebrauch von Erbverträgen fördern.

Besides the changes concerning the choice of forum and the choice of law, the preliminary draft revision of chapter 6 Swiss PIL Act includes innovations with respect to the law applicable to the succession in the absence of a choice of law and to the law applicable to dispositions upon death. The precision that is proposed to Art. 91(1) PIL Act will enhance legal certainty but will require Swiss authorities to apply foreign law in cases where it would have been easier to apply the *lex fori*. The solution envisaged for *mortis causa* dispositions, aimed at harmonisation with European law, will also further estate planning and the use of succession agreements.

Schwerpunkt, S. 259–268: Perpetuierung und Novierung von Namensrechten des Erblassers

Focus, p. 259–268: Perpétuation et novation des droits relatifs au nom du défunt

Focus, p. 259–268: Perpetuation and Novation of Naming Rights of the Deceased

Gregor Wild

Eine Novierung und Perpetuierung von Namensrechten (Art. 29 ZGB) wird dadurch erreicht, dass der Name einer natürlichen Person in eine Firma, einen Stiftungsnamen oder eine Marke aufgenommen wird. Zur Vermeidung von Konflikten und im Interesse einer langfristigen Stabilität der novierten Rechte ist einerseits den Zustimmungserfordernissen Rechnung zu tragen (sei es ante mortem oder post mortem), andererseits sollten die Rechte möglichst in die Hand eines einzigen Inhabers gelegt werden.

Une novation et perpétuation des droits relatifs au nom du défunt (art. 29 CC) est réalisée par la reprise du nom d'une personne physique dans une raison sociale, dans le nom d'une fondation ou dans une marque. Pour éviter les conflits et dans l'intérêt d'une stabilité durable des droits novés, il faut, d'une part tenir compte des exigences de consentement (que ce soit ante ou post mortem), et d'autre part que, dans la mesure du possible, une seule personne soit détentrice des droits.

A novation and perpetuation of naming rights (Art. 29 SCC) is achieved by including the name of a natural person into a company name, a foundation name or a trademark. In order to avoid conflicts and to ensure the long-term stability of the novated rights, the consent requirements must be taken into account (be it ante-mortem or post-mortem), while the rights should, as far as possible, be placed into the hands of a single holder.

Praxis, S. 269–278: Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2018

Pratique, p. 269–278: Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2018

Practice, p. 269–278: Procedural Cases of the Swiss Federal Supreme Court in Matters of Inheritance 2018

Tarkan Göksu

Im Beitrag werden ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts zum Erbprozessrecht aus dem Jahr 2018 besprochen. Das Bundesgericht äusserte sich oftmals nur beiläufig zu Themen, welche für den Erbprozess von Bedeutung sind. Allerdings hat es vereinzelt auch durchaus praktisch wegleitende Erwägungen gemacht.

La présente contribution aborde des décisions choisies du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2018. Celui-ci s'est souvent prononcé de manière fortuite sur des sujets d'importance pour le droit procédural successoral. Mais, il a aussi ponctuellement émis des considérants déterminants pour la pratique.

The article discusses selected decisions rendered in 2018 by the Swiss Federal Court on the procedural law of successions. Often, the Swiss Federal Supreme Court in passing (obiter dicta) commented on topics that are important for the procedure of inheritance law. Occasionally however, these obiter dicta have the character of quite practically guiding considerations.

Praxis, S. 279–281: Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2018 – Ein Resümee

Pratique, p. 279–281 : Droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2018 – Un résumé

Practice, p. 279–281: Inheritance and Gift Tax Law in 2018 – a Résumé

Andrea Opel

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2018, die freilich bescheiden ausgefallen sind. Nach Darlegung der Rechtsprechung werden die einschlägigen Publikationen zusammengetragen und aktuelle Entwicklungen im Bereich der Rechtsetzung und -anwendung aufgezeigt. Dabei wird ein Blick auf das neue Kreisschreiben Nr. 43 der ESTV geworfen, welches sich mit der steuerlichen Behandlung von Preisen, Ehrengaben, Auszeichnungen, Stipendien sowie Förderbeiträgen im Kultur-, Sport- und Wissenschaftsbereich befasst. Zu untersuchen gilt es dessen mögliche Reflexwirkung auf das kantonale Schenkungssteuerrecht.

La présente contribution donne un aperçu des nouveautés en droit fiscal des successions et des donations, nouveautés qui demeurent toutefois assez limitées pour l'année 2018. Après une présentation de la jurisprudence, les publications sur le sujet seront exposées, et les nouveautés législatives ainsi que celles en matière d'application du droit seront relatées. Il sera aussi donné un aperçu de la nouvelle circulaire n° 43 de l'AFC concernant le traitement fiscal des prix de concours, prix d'honneur, distinctions, bourses et contributions financières dans les domaines culturels, sportifs et scientifiques. Il faudra aussi examiner la possibilité d'un effet ricochet de cette circulaire sur le droit fiscal cantonal des donations.

The present article gives an overview of the developments in inheritance and gift tax law in 2018, which however have been modest. Following the presentation of the case-law, the relevant publications are compiled and current developments in the area of law-making and application of the law are shown. At the same time, a glance is taken at the new Circular No. 43 of the FTA, which deals with the tax treatment of prizes, honors, awards, scholarships and funding contributions in the cultural, sports and scientific field. It is important to examine its possible reflective effect on cantonal gift tax law.

International, p. 298–303: La détention d'un bien immobilier en France par le biais d'une société civile immobilière dans une succession franco-suisse

International, S. 298–303: Über eine Immobiliengesellschaft gehaltene Immobilie in Frankreich in einem schweizerisch-französischen Nachlass

International, p. 298–303: Ownership of Real Estate in France through a Civil Real Estate Company in a Franco-Swiss Estate (case studies)

Philippe Frésard/Pascal Julien St. Amand

Sous le régime de la Convention franco-suisse tentant à éviter la double imposition en matière successorale, à savoir jusqu'au 31 décembre 2014, la société civile immobilière (de droit français) était essentiellement utilisée par les résidents suisses propriétaires de biens immobiliers en France à des fins fiscales. Depuis lors, cette forme de société, loin de périr, vit une « seconde jeunesse » et demeure un outil fréquemment utilisé pour la détention d'un bien immobilier français dans ce contexte. La présente contribution donne des exemples d'utilisation, lors de l'acquisition du bien, ou lors du transfert ultérieur des parts de la société civile immobilière.

Schwerpunkt, S. 4–17: Der Aktionärsbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften)

Focus, p. 4–17: La convention d'actionnaires comme instrument de planification successorale (dans les sociétés anonymes)

Focus, p. 4–17: The shareholder agreement as an instrument of succession planning (for companies limited by shares)

Markus Vischer

Der Aktionärsbindungsvertrag (ABV) wird in der Praxis sehr oft als Instrument der Nachfolgeplanung eingesetzt. Selten wird allerdings die Frage gestellt, was er beinhalten muss, damit er seinen Zweck erfüllen kann. Das soll im Folgenden vorliegenden Beitrag dargelegt werden.

La convention d'actionnaires est très souvent utilisée dans la pratique comme instrument de planification successorale. En revanche, la question de la teneur de cette convention lui permettant de remplir son objectif, est rarement posée. Ce point sera traité dans la présente contribution.

In practice, the shareholders' agreement (ABV) is very often used as an instrument for succession planning. However, the question is rarely asked, what it must contain in order to fulfill its purpose. This will be explored in the following article.

Praxis, S. 18–42: Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis (2018–2019)

Pratique, p. 18–42: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2018–2019)

Practice, p. 18–42: Execution of wills – current practice (2018–2019)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2018/2019 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, wobei vier Themen von besonderer Bedeutung sind: (1) Der Regierungsrat Basel-Landschaft und das Kantonsgericht Basel-Landschaft haben sich mit Vorbehalten in Willensvollstrecker-Ausweisen befasst, welche nur angebracht werden dürfen, wenn der Inhalt des Ausweises vom normalen Inhalt abweicht. (2) Das Ende einer Willensvollstreckung kann im Falle einer Amtsniederlegung von der Aufsichtsbehörde den Erben durch gewöhnliches Schreiben mitgeteilt werden, dazu ist keine Verfügung notwendig. Wenn allerdings das Ende unklar ist, steht es der Aufsichtsbehörde nicht zu, das Ende festzustellen, sondern sie muss dies dem ordentlichen Richter überlassen, wie das Kantonsgericht Schwyz (ZK2 2017 55–56) zu Recht festgestellt hat, indem es das Urteil des Bundesgerichts 5A_195/2013 näher analysierte. (3) Im Zürcher Kommentar zum IPRG wurde die Abgrenzung zwischen Eröffnungs- und Erbstatut weiterentwickelt, welche in Art. 92 IPRG anzusiedeln ist. Die laufende Revision von Art. 86–96 IPRG mag zu weiteren Veränderungen dieser Abgrenzung führen. (4) Die Revision des Erbrechts gibt Anlass, dafür zu plädieren, dass nur noch Gerichte den Willensvollstrecker beaufsichtigen und dass darüber nachgedacht werden sollte, es auch einem Dritten zu überlassen, die Person des Willensvollstreckers zu bestimmen, bzw. es dem Willensvollstrecker zu überlassen, einen Ersatz für sich zu bestimmen.

Dans le rapport annuel 2018/2019 sont traités divers points concernant l'exécuteur testamentaire, dont quatre sont particulièrement importants: (1) Le Conseil d'Etat du canton de Bâle-Campagne et le tribunal cantonal de Bâle-Campagne se sont penchés sur la question des réserves ne pouvant être formulées dans les certificats d'exécuteur testamentaire que lorsque la teneur du certificat diffère de son libellé habituel. (2) La fin de l'exécution testamentaire peut, en cas de démission, être notifiée aux héritiers par une simple lettre de l'autorité de surveillance, une décision n'est pas nécessaire. En revanche, s'il existait un doute concernant la fin de l'exécution testamentaire, ce ne serait pas à l'autorité de surveillance mais au juge ordinaire de constater qu'elle a pris fin, comme le tribunal cantonal de Schwyz (ZK2 2017 55–56) l'a justement fait observer après une analyse approfondie de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_195/2013. (3) La délimitation du statut successoral et du statut d'ouverture qui doit être intégrée à l'art. 92 LDIP a été développée dans le Commentaire Zurichois de la Loi sur le droit international privé. La révision en cours des art. 86–96 LDIP pourrait conduire à des modifications de cette délimitation. (4) La révision du droit des successions est l'occasion de plaider pour une surveillance exclusivement judiciaire des exécuteurs testamentaires et pour la possibilité de laisser à des tiers le choix de la personne de l'exécuteur testamentaire ou de laisser à l'exécuteur testamentaire le choix d'un exécuteur de remplacement.

The 2018/2019 annual report deals with various issues relating to the executor, four of which are of particular interest: (1) The government of Basel-Country and the Cantonal Court of Basel-Country have dealt with reservations in executors' certificates, which may only be added, if the content of the certificate differs from the ordinary content. (2) In the event of resignation, the supervisory authority can notify the heirs by ordinary letter of the end of the executorship; no official decree is required. However, if the end is unclear, the supervisory authority is not entitled to determine the end, but must leave this to the ordinary court, as the Schwyz Cantonal Court (ZK2 2017 55–56) rightly determined by analysing in detail the Federal Court judgment 5A_195/2013. (3) In the Zurich commentary on the International Private Law Act (PILA), the distinction between the opening statute and the inheritance statute was further developed, which is to be found in Art. 92 PILA. The ongoing revision of sections 86-96 PILA may lead to further changes of this differentiation. (4) The revision of the succession law gives grounds for pleading that only courts should supervise the executor and that it should be considered letting a third party determine the person who executes the will or to leave it to the executor to determine a substitute for himself or herself.

Schwerpunkt, S. 106–133: Familien- und Erbrecht an den Schnittstellen zwischen Sachen- und Grundbuchrecht

Focus, p. 106–133: Droit de la famille et droit des successions à la jonction entre droits réels et droit du registre foncier

Focus, p. 106–133: Family and inheritance law at the interfaces between property law and land register law

Roland Pfäffli

Zwischen dem Familienrecht und Erbrecht einerseits und dem Sachenrecht andererseits gibt es vielfältige Berührungspunkte, insbesondere spielt der sachenrechtliche Rechtserwerb eine bedeutende Rolle auch im Erbrecht. In einem ersten Teil (Ziff. II bis V) wird das Zusammenspiel zwischen dem Familienrecht und dem Sachenrecht behandelt. Es folgen die Ausführungen zum Erbrecht in Verbindung mit dem Sachenrecht (Ziff. VI bis XII).

Les points de contact entre le droit de la famille et les droits réels sont multiples et variés, en particulier l'acquisition de droits réels joue aussi en droit des successions un rôle déterminant. Dans une première partie (ch. II à IV), il est question de l'interaction entre le droit de la famille et les droits réels. Les développements qui suivent, traitent du lien entre le droit des successions et les droits réels (ch. VI à XIII).

There are many points of contact between family law and inheritance law, on the one hand, and property law, on the other hand. In particular, the acquisition of rights in property law plays an important role also in inheritance law. The first part (sections II to V) deals with the interaction between family law and property law. This is followed by the comments on inheritance law in connection with property law (items VI to XII).

Praxis, S. 134–146: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 134–146: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – nouvelles fondations, doctrine et jurisprudence

Practice, p. 134–146: News in the Field of Foundations and Law of Common Public Interest – New Foundations, Literature, Jurisprudence

Harold Grüninger

Der vorliegende Beitrag will einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft vornehmlich im Jahre 2019 unter Einschluss von ausgewählten neu errichteten und gelöschten Stiftungen, Literatur und Entscheiden vermitteln und schliesst an entsprechende Überblicke in den Vorjahren an (zuletzt successio 2/2019, S. 113 ff.).

La présente contribution a pour objectif de donner un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations principalement en ce qui concerne l'année 2019, elle comprend également une sélection de fondations nouvellement constituées et radiées ainsi que la doctrine et la jurisprudence en cette matière, et s'inscrit dans la suite des aperçus des années précédentes (dernièrement successio 2/2019, p. 113 s.).

This article provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape especially in the year 2019 including selected newly established and liquidated foundations, the literature and jurisprudence and follows corresponding overviews in prior years (most recently successio 2/2019, 113 et seq.).

Praxis, S. 147–170: Erbrecht 2017–2019 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur

Pratique, p. 147–170: Droit des successions 2017–2019 – Jurisprudence, législation, doctrine

Practice, p. 147–170: Law of succession 2017–2019 – Case law, legislation, literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert; im Heft 3 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch die in Kraft getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen sowie entsprechende Projekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans ce numéro seront résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans le prochain numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les lois et modifications législatives entrées en vigueur, ainsi que les projets correspondants et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In this issue, the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in issue 3 some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published «only» on the website of the court, as are the laws and legislative changes which came into force along with related projects and the published literature.

Schwerpunkt, S. 216–226: Erbvertrag und Erbteilungsvertrag: Wessen Wille ist eigentlich entscheidend?

Focus, p. 216–226: Pacte successoral et convention de partage successoral:

Quelle volonté est-elle vraiment déterminante ?

Focus, p. 216–226: Inheritance contract and inheritance division contract:

Whose will is decisive?

Philip R. Bornhauser

Dieser Beitrag untersucht die Frage, wessen Wille beim Abschluss eines Erbvertrags sowie beim Abschluss eines Erbteilungsvertrags entscheidend ist. Letzteres vor dem Hintergrund, dass im Schweizer Recht der Grundsatz der freien privaten Erbteilung gilt. Gleichzeitig werden die Möglichkeiten analysiert, welche die Erben haben, wenn der Willensvollstrecker sich weigern sollte, den von ihnen – nach ihrem freien Willen – abgeschlossenen Erbteilungsvertrag umzusetzen.

Cette contribution a pour objet d'identifier la personne dont la volonté est déterminante lors de la conclusion d'un pacte successoral ou d'une convention de partage successoral; ceci, en tenant compte du principe de la liberté des conventions de partage en droit suisse. Dans le même temps, seront examinés les différents moyens dont disposent les héritiers en cas de refus de l'exécuteur testamentaire d'exécuter la convention de partage qu'ils ont conclue en vertu de l'autonomie de leur volonté.

This article examines the question as to whose will, intention and wishes are decisive when concluding an inheritance contract and when concluding an inheritance division contract. The latter is considered against the background that in Swiss law the principle of free private inheritance division applies. At the same time, the options of the heirs are analysed where the executor refuses to implement the inheritance division contract concluded by the heirs – exercising their free will.

Praxis, S. 227–235: Das Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2019 im Überblick

Zugleich zum Vorschlag einer Corona-Erbschaftssteuer

Pratique, p. 227–235: Droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2019

Et: De la proposition d'un impôt Covid-19 sur les successions

Practice, p. 227–235: Inheritance and Gift Tax Law in 2019

Also on the Proposal for a Corona Inheritance Tax

Andrea Opel

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2019. Dargelegt wird namentlich die während der Berichtsperiode ergangene Rechtsprechung und veröffentlichte Literatur (ohne Anspruch auf Vollständigkeit).

Zusätzlich bietet die aktuelle ausserordentliche Lage die Gelegenheit, ein altbekanntes Thema aufzugreifen: Zwecks Finanzierung der coronabedingten Krisenkosten wird derzeit unter anderem die Einführung einer Bundeserbschaftssteuer für Reiche gefordert – ein politisches Déjà-vu, das kurz reflektiert werden soll.

Cette contribution donne un aperçu des nouveautés concernant le droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2019. Il y est notamment question de la jurisprudence et des publications de la doctrine pour l'année objet du présent rapport (sans prétention à l'exhaustivité).

En outre, la situation actuelle exceptionnelle offre l'occasion de se pencher sur un vieux sujet: afin de financer les coûts dus à la crise du Covid-19, est réclamée, entre autres, l'introduction d'un impôt fédéral sur les successions concernant les riches – un déjà-vu politique qui appelle une brève réflexion.

The present article gives an overview of the developments in inheritance and gift tax law in 2019. In particular, the case law and published literature during the reporting period are presented (without any claim to completeness). In addition, the current extraordinary situation offers the opportunity to take up a well-known topic: In order to finance the corona-related crisis costs, the introduction of a federal inheritance tax for the rich is currently being postulated – a political *déjà-vu* that will be briefly reflected on.

Praxis, S. 236–292: Erbrecht 2017–2019 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur
Pratique, p. 236–292: Droit des successions 2017–2019 – Jurisprudence, législation, doctrines
Practice, p. 236–292: Law of succession 2017–2019 – Case law, legislation, literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: Nachdem in Heft 2 in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert wurden, werden in diesem Heft in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen vorgestellt, ferner auch laufende Gesetzgebungsprojekte und das erschienene Schrifttum.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu: dans le numéro 2 sont résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, les projets législatifs en cours et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In the last issue, number 2, the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in this issue some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published «only» on the website of the court, along with the current legislative projects and the published literature.

Schwerpunkt, S. 304–328: Das erbrechtliche Schicksal von Accounts bei Facebook, Google, Apple & Co.

Focus, p. 304–328: Le sort en droit successoral des comptes sur Facebook, Google, Apple & Cie

Focus, p. 304–328: The inheritance fate of accounts with Facebook, Google, Apple & Co.

Cordula Lötscher

Der digitale Nachlass ist im Rechtsalltag angekommen. Die Rechte der Erben bezüglich der digitalen Hinterlassenschaft sind in der Schweiz weitgehend ungeklärt. Der Beitrag untersucht die Vererbbarkeit von Benutzerkonten («Accounts») des Erblassers unter Berücksichtigung des Persönlichkeits- und des Datenschutzrechts.

La succession numérique fait désormais partie du paysage juridique quotidien. En Suisse, les droits des héritiers concernant l'héritage numérique sont encore largement indéterminés. Cette contribution analyse la transmissibilité successorale des comptes d'utilisateurs («accounts») du de cujus en considérant les droits de la personnalité et de la protection des données.

The digital estate has become part of everyday legal life. The rights of heirs with regard to the digital estate are largely unclear in Switzerland. The article examines the inheritability of user accounts («accounts») of the testator, taking into account personal privacy and data protection law.

Schwerpunkt, S. 329–344: Ungültigkeitsklage – prozessuale Aspekte

Focus, p. 329–344: L'action en nullité – aspects procéduraux

Focus, p. 329–344: Action for annulment – procedural aspects

Benedikt Seiler

Das Zusammenspiel zwischen materiellem Erbrecht und Zivilprozessrecht wirft insbesondere im Bereich der erbrechtlichen Ungültigkeit diverse dogmatische und praktische Fragen auf. So stellt sich etwa die Frage, welche prozessuale (oder allenfalls auch ausserprozessuale) Mittel bestehen, um die Gestaltungswirkung der Ungültigkeit herbeizuführen; die Frage, inwiefern sich die (fehlende) Prozessbeteiligung von einzelnen, in ihren erbrechtlichen Ansprüchen Betroffenen auf diese Gestaltungswirkung auswirkt; oder die Frage, welche (grundlegenden) prozessualen Unterschiede die – bisweilen nicht einfach vorzunehmende – Abgrenzung zwischen Ungültigkeit und Nichtigkeit einer mangelhaften Verfügung von Todes wegen zur Folge hat. In der jüngeren Vergangenheit hat sich die Rechtsprechung mit verschiedenen derartigen Fragestellungen befasst. Der vorliegende Beitrag liefert einen Überblick über diese Rechtsprechung sowie eine Würdigung derselben.

L'interaction entre le droit successoral matériel et la procédure civile soulève diverses questions dogmatiques et pratiques, notamment dans le domaine de la nullité (annulabilité) en droit successoral. Ainsi se pose, par exemple, la question des moyens procéduraux (et, le cas échéant, également extra-procéduraux) permettant la mise en œuvre de l'effet constitutif de l'annulation; la question de l'incidence sur l'effet constitutif, de la participation au procès (ou non-participation) de certaines personnes dont les droits successoraux sont affectés; ou encore celle des différences procédurales (fondamentales) découlant de la délimitation, parfois difficile, entre annulabilité et nullité d'une disposition à cause de mort entachée d'un vice. Récemment, la jurisprudence s'est penchée sur certaines de ces interrogations. La présente contribution donne un aperçu de cette jurisprudence et en propose une appréciation.

The interaction between material inheritance law and civil procedural law raises various dogmatic and practical questions, particularly in the area of inheritance invalidity. For example, the question arises which procedural (or possibly also extra-procedural) means exist to bring about the constitutive effect of the invalidity; the question of the extent to which the (lack of) participation in the proceedings by individuals affected in their inheritance rights affects this constitutive effect; or the question of what (fundamental) procedural differences result in the – sometimes not easy to make – differentiation between invalidity and nullity of an inadequate testamentary disposition. In the recent past, jurisprudence has dealt with various such issues. This article provides an overview and assessment of this jurisprudence.

Praxis, S. 345–356: Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2019

Pratique, p. 345–356: Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2019

Practice, p. 345–356: Procedural Cases of the Swiss Federal Supreme Court in Matters of Inheritance 2019

Tarkan Göksu

Im Beitrag werden ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts zum Erbprozessrecht aus dem Jahr 2019 besprochen. Das Bundesgericht äusserte sich oftmals nur beiläufig zu Themen, welche für den Erbrechtsprozess von Bedeutung sind. Allerdings hat es vereinzelt auch durchaus praktisch wegleitende Erwägungen gemacht.

La présente contribution aborde des décisions choisies du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2019. Celui-ci s'est souvent prononcé de manière fortuite sur des sujets d'importance pour le droit procédural successoral. Mais, il a aussi ponctuellement émis des considérants déterminants pour la pratique.

The article discusses selected decisions rendered in 2019 by the Swiss Federal Court on the procedural succession law. Often, the Swiss Federal Supreme Court only commented in passing (*obiter dicta*) on topics that are important for the procedure of inheritance law. Occasionally however, these *obiter dicta* have the character of being practically relevant guiding considerations.

Schwerpunkt, S. 4–20: Der Kapitalwert der Nutzniessung und seine Bedeutung im Erbrecht

Focus, p. 4–20: La valeur capitalisée de l'usufruit et sa portée en droit des successions

Focus, p. 4–20: The net present value of usufruct and its importance in inheritance law

Felix Horat

Wird im Rahmen der Nachlassplanung – mittels lebzeitigen Rechtsgeschäfts oder Verfügung von Todes wegen – eine unentgeltliche Nutzniessung errichtet bzw. deren Errichtung angeordnet, ist in Bezug auf die (wertmässigen) Auswirkungen der gewählten Gestaltung im Rahmen der Nachlassabwicklung der Kapitalwert der Nutzniessung ausschlaggebend. Der vorliegende Beitrag befasst sich zunächst mit der Berechnung des Kapitalwerts von Nutzniessungen und untersucht in der Folge einige Gestaltungsmöglichkeiten, welche die Errichtung einer Nutzniessung beinhalten, sowie deren erbrechtliche Konsequenzen.

Lorsque, dans le cadre de la planification successorale, par une disposition entre vifs ou à cause de mort, un usufruit à titre gratuit est constitué ou sa constitution est prévue, la valeur capitalisée de ce dernier est déterminante en ce qui concerne les répercussions (en valeur) du mode d'organisation choisi dans le cadre du règlement successoral. La présente contribution traite dans un premier temps du calcul de la valeur capitalisée des usufruits et analyse par la suite divers procédés permettant la constitution d'un usufruit ainsi que leurs conséquences successorales.

Where a free usufruct is established or its establishment ordered in the course of estate planning – whether by means of a transaction among living persons or a testamentary disposition – the net present value of the usufruct is decisive with regard to the (monetary) effects of the chosen arrangement during the settlement of the estate. The present article deals first with the determination of the net present value of usufructs and thereafter examines some options for the establishment of an usufruct as well as their respective consequences from the perspective of inheritance law.

Praxis, S. 21–45: Willensvollstreckung – Aktuelle Praxis (2019–2020)

Pratique, p. 21–45: Exécution testamentaire – Pratique actuelle (2019–2020)

Practice, p. 21–45: Executorship – Current practice (2019–2020)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2019/2020 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, wobei folgende Themen von besonderer Bedeutung sind: (1) Auch wenn die in Art. 517 Abs. 3 ZGB vorgesehene Mitteilung unterbleibt, kann die Annahme der Willensvollstreckung gegenüber der zuständigen Behörde gültig erklärt werden. (2) Wenige (formale) Aspekte des Willensvollstreckerhonorars können von der Aufsichtsbehörde behandelt werden, während der Richter über die Höhe des Honorars entscheidet. (3) Der Willensvollstrecker darf (und muss) Vorschüsse an die Erben leisten, wenn Liquidität vorhanden und verfügbar ist, sich die Auszahlung nicht negativ für Erbteilung auswirkt und klare Erbteile gegeben sind. Bei grösseren Nachlässen (über 10 Mio.) darf max. 50% des Erbteils vorzeitig ausbezahlt werden, wobei dringende Bedürfnisse zu 100% abzudecken sind, gewöhnliche Bedürfnisse nach Möglichkeit und zweckfreie Zuwendungen soweit machbar. (4) Das von einem Erben gegen den Willensvollstrecker erstrittene Urteil, mit dem die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung für ungültig erklärt wird, schliesst ein Handeln des Willensvollstreckers auch im Verhältnis zu allen anderen (am Prozess nicht beteiligten) Erben und Begünstigten aus (unteilbare Einheit). (5) Nach dem Entwurf von Art. 92 Abs. 2 IPRG wird die Anwendung des Eröffnungsstatuts künftig auf verfahrensrechtliche Fragen der Willensvollstreckung reduziert. (6) Die Betreibung gegen den Willensvollstrecker muss am Ort der unverteilter Erbschaft stattfinden.

Dans le rapport annuel 2019/2020 sont traités divers points concernant l'exécuteur testamentaire, dont les suivants sont particulièrement importants: (1) Lorsque l'exécuteur n'a pas été avisé de son mandat au sens de l'art. 517 a. 3 CC, il peut quand même déclarer valablement accepter l'exécution testamentaire auprès de l'autorité compétente. (2) L'autorité de surveillance compétente peut traiter de certains aspects (formels) concernant la rémunération de l'exécuteur testamentaire, tandis que le juge décide de son montant. (3) L'exécuteur testamentaire peut (et doit) effectuer des paiements anticipés au profit des héritiers à condition qu'il y ait des liquidités disponibles, que le paiement n'ait pas d'effet négatif sur le partage successoral et que des parts successorales apparaissent clairement. Pour les successions les plus importantes (au dessus de 10 millions), un paiement anticipé peut être effectué dans la limite maximale de 50% de la part

successorale, sachant que les besoins urgents doivent être couverts à 100%, les besoins courants dans la mesure du possible et les attributions non affectées pour autant que ce soit réalisable. (4) Le jugement obtenu par un héritier à l'encontre de l'exécuteur testamentaire invalidant la disposition de dernière volonté instituant l'exécution testamentaire exclut toute action de l'exécuteur testamentaire également dans ses rapports avec les autres héritiers et gratifiés (non parties au procès, indivisibilité). (5) D'après le projet d'art. 92 a. 2 LDIP, l'application du statut de l'ouverture en matière d'exécution testamentaire sera désormais limitée aux aspects procéduraux. (6) La poursuite contre l'exécuteur testamentaire doit être engagée au lieu de la succession non partagée.

The 2019/20120 annual report deals with various distinct questions relating to the executor, of which the following are of particular interest: (1) Even where the notification provided for in Art. 517 para. 3 SCC fails to be provided, the acceptance of the office of an executor can validly be declared to the competent authority. (2) Few (formal) aspects of the executor's fee can be dealt with by the supervisory authority, whereas the judge decides on the amount of the fee. (3) The executor may (and must) make advances to the heirs if liquidity is available and disposable, if the payment does not have a negative impact on the division of the estate and where clear inheritance shares have been determined. In the case of larger estates (exceeding 10 million), a maximum of 50% of the inheritance share may be paid out early, with urgent needs to be covered 100%, ordinary needs where possible and non-purpose donations where feasible. (4) The judgment reached by an heir against the executor, by which the testamentary disposition of the executorship is declared invalid, also excludes the executor from acting in relation to all other heirs and beneficiaries (not involved in the proceedings) (indivisible unit). (5) According to the draft of Art. 92 para. 2 PILA, in future the application of the opening statute will be limited to procedural questions of the execution. (6) The enforcement (monetary claim) against the executor must take place at the place of the undistributed estate.

International, S. 73–82: Die Revision des internationalen Erbrechts. Bestandsaufnahme und Postulat

International, p. 73–82: La révision du droit international des successions. Examen et postulat

International, p. 73–82: The revision of international inheritance law.

Comprehensive review and postulate

Raphael Dummermuth

Der Beitrag bespricht den aktuellen Entwurf zur Änderung des internationalen Erbrechts. Hauptziel der Revision ist eine Anpassung an die Rechtsentwicklungen in der Europäischen Union. Diese auf Harmonisierung ausgerichteten Revisionsarbeiten werden im Beitrag auf ihre Wirksamkeit überprüft. Ebenso besprochen wird die Möglichkeit, das internationale Erbrecht mit der Europäischen Union staatsvertraglich zu regeln.

La présente contribution aborde le projet de l'adaptation du droit suisse sur les successions internationales à l'évolution du droit de l'Union européenne. Elle examine l'efficacité de ce travail de révision visant à l'harmonisation. Il y est également discuté de la possibilité de réglementer le droit international des successions par le biais de traités internationaux avec l'Union européenne.

The article discusses the current draft for the revision of international succession law. The main objective of the revision is an alignment with the legal developments in the European Union. This revision, which is aimed at harmonization, will be examined in the article as to its effectiveness. Also discussed is the possibility of regulating the international law of succession by international treaty with the European Union.

Schwerpunkt, S. 108–116: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Erbteilung

Focus, p. 108–116: urisprudence du Tribunal fédéral en matière de partage successoral

Focus, p. 108–116: The jurisprudence of the Federal Supreme Court concerning the division of inheritance

Felix Schöbi

Der Autor schildert in einem ersten Teil die wesentlichen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit das Bundesgericht in Erbrechtsstreitigkeiten auf eine Beschwerde eintritt. Der zweite Teil handelt von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Erbteilung. Im Zentrum steht dabei der von der Lehre stark kritisierte BGE 143 III 425. Danach hat der Erbteilungsrichter nicht die Kompetenz, Nachlassgegenstände einem Erben direkt zuzuweisen. Stattdessen ist im Fall uneiniger Erben zu lösen, wer einen bestimmten Nachlassgegenstand erhält. Der Autor, selber Bundesrichter und am Urteil beteiligt, verteidigt den Losentscheid im Wesentlichen mit dem Argument, dass es häufig an plausiblen Kriterien für die Zuweisung fehlt, weshalb die Gerichte mit einem Zuweisungsentscheid überfordert sind. Schliesslich prüft der Autor, wie sich die laufenden Revisionen des Erbrechts auf die Erbteilung auswirken.

Dans une première partie, l'auteur décrit les principales conditions qui doivent être remplies pour que le Tribunal fédéral entre en matière dans un litige successoral. Dans une deuxième partie, il est question de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de partage successoral. L'ATF 143 III 425, très critiqué en doctrine, y occupe une place centrale. D'après cet arrêt, le juge du partage successoral n'a pas compétence pour attribuer directement à un héritier des biens successoraux. Au contraire, faute d'entente entre les héritiers, il faut tirer au sort celui qui recevra un bien successoral déterminé. L'auteur, lui-même juge fédéral et impliqué dans ce jugement, défend la décision de tirage au sort s'appuyant principalement sur l'argument d'un fréquent défaut de critères plausibles permettant l'attribution faisant que les tribunaux sont souvent dépassés lorsqu'ils doivent prendre une décision d'attribution. Enfin, l'auteur examine les effets que pourraient avoir sur le partage successoral les révisions en cours du droit des successions.

In the first part, the author describes the essential prerequisites that must be met for the Federal Supreme Court to respond to a complaint in inheritance disputes. The second part deals with the decisions of the Federal Supreme Court on the division of inheritance. The focus is on BGE 143 III 425, which is heavily criticized by doctrine. According to this decision, the judge dividing the estate does not have the authority to assign property to an heir directly. Instead, in the case of disagreeing heirs, a lot has to be drawn in order to determine who will receive a particular estate object. The author, himself a judge at the Federal Supreme Court and involved in the judgment mentioned above, essentially defends the drawing of lots with the argument that plausible criteria for the allocation are often lacking, which is why the courts are too challenged to render an allocation decision. Finally, the author examines how the ongoing revision of inheritance law affects the division of the estate.

Schwerpunkt, S. 117–163: Fair division: Ein Auktionsverfahren als erbrechtliches Losbildungsverfahren

Focus, p. 117–163: Fair division: Une vente aux enchères comme procédé de composition des lots en matière successorale

Focus, p. 117–163: Fair division: An auction procedure as lot formation process in inheritance law

Annina Meyer-Vögeli

Fair division ist ein spieltheoretisches Forschungsgebiet, in welchem Mathematiker, Ökonomen und Sozialwissenschaftler Verfahren entwickeln und untersuchen, welche die faire Teilung von Gütern unter verschiedenen Personen zum Gegenstand haben. Dabei sollen die Teilungsverfahren trotz oder gerade dank der unterschiedlichen Präferenzen aller Beteiligten stets so ausgestaltet sein, dass sie diesen das Gefühl vermitteln, ein zufriedenstellendes Los erhalten zu haben. Dieser Beitrag stellt ein solches *fair division*-Teilungsverfahren – ein Auktionsverfahren namens *Knaster's procedure of sealed bids* – vor und untersucht, ob es in einer Erbteilung tatsächlich Anwendung finden könnte.

Le terme *fair division* désigne une domaine de recherche relatif à la théorie des jeux dans lequel des mathématiciens, des économistes et des chercheurs en sciences sociales développent et étudient des procédés ayant pour objet un partage équitable de biens entre différentes personnes. A cet effet, les procédures de partage doivent être, malgré ou précisément grâce aux différentes préférences des participants, toujours aménagées de manière à ce qu'elles procurent à ceux-ci le sentiment d'avoir reçu un lot les satisfaisant. Cette contribution présente une telle procédure de partage-*fair division*, une vente aux enchères dite *Knaster's procedure of sealed bids*, et examine la possibilité de son utilisation dans le cadre d'un partage successoral.

Fair division is a game theory research area in which mathematicians, economists and social scientists develop and investigate procedures that deal with the fair division of goods among different people. In spite of or perhaps thanks to the different preferences of all those involved, the division procedure should always be designed in such a way as to provide the participants the feeling that they have received a satisfactory lot. This article presents such a fair division procedure – an auction process called Knaster's procedure of sealed bids – and examines whether it could actually be used in an inheritance division.

Schwerpunkt, S. 188–208: Güterrechtliche Instrumente zur Entschärfung der Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge

Focus, p. 188–208: Instruments du droit matrimonial permettant de tempérer la problématique de la réserve en matière de transmission d'entreprise

Focus, p. 188–208: Instruments in matrimonial property law for mitigating the problem of forced heirship in the case of business succession

Julia Henninger

Die ganz oder teilweise unentgeltliche Übertragung eines Unternehmens auf einen Nachkommen kann sich aufgrund des Pflichtteilsrechts als problematisch erweisen. Der Beitrag untersucht, wie diese Problematik durch den Einsatz von güterrechtlichen Instrumenten entschärft werden kann.

La transmission gratuite, ou partiellement gratuite, d'une entreprise à un descendant peut s'avérer problématique en raison du droit à la réserve successorale des héritiers réservataires. L'article examine comment cette problématique peut être résolue au moyen des instruments du droit matrimonial.

The wholly or partially gratuitous transfer of a business to a descendant may prove problematic because of the right of heirs protected by forced heirship rules. The article examines how this issue can be resolved by means of instruments of matrimonial property law.

Praxis, S. 209–212: Enterbung – knappe aktuelle Überlegungen zu differenzierter Handhabung eines alten Instituts

Pratique, p. 209–212: Exhérédation – brèves réflexions pour une approche renouvelée et différenciée d'une institution juridique ancienne

Practice, p. 209–212: Disinheritance – brief current considerations on a differentiated handling of an old institute

Peter Breitschmid

Das «Alles-oder-Nichts»-Prinzip, das der Enterbung zugrunde liegt, bewirkt eine undankbare Ausgangslage; *dass* ein Konflikt besteht, ist nicht ausserordentlich, aber die *besondere* Schwere des Verschuldens mündet in eine *besonders konfliktuelle* biografische Auseinandersetzung. Der Beitrag skizziert eine Strategie, wie sich das (vorausgesetzt: plausible) erblasserische Sanktionsanliegen in einer Art durchsetzen lässt, die für den «zu bestrafenden» Pflichtteilsrben keine Totalniederlage trotz unterbleibender Anfechtung der Enterbung bedeutet.

Le principe «du tout ou rien» sur lequel repose l'exhérédation génère une situation dès le départ délicate; l'existence d'un conflit n'a rien d'exceptionnel, mais la gravité particulière de la faute engendre une confrontation biographique particulièrement conflictuelle. Cette contribution fait l'esquisse d'une stratégie permettant d'imposer la volonté de sanction (par hypothèse vraisemblable) du défunt sans que l'héritier réservataire «à punir», même en l'absence d'action en nullité contre l'exhérédation, n'essuie une entière défaite.

The “all or nothing” principle on which disinheritance is based creates an ungrateful starting position; the fact that there is a conflict is not extraordinary, but the particular severity of the fault leads to a particularly conflictual biographical argument. The article outlines a strategy of how the (provided: plausible) testamentary sanctions can be enforced in a way that does not mean total defeat for the heirs to be punished, albeit the disinheritance not being challenged.

Praxis, S. 213–223: Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahre 2020 – Ein Resümee

Pratique, p. 213–223: Droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2020 – Un résumé

Practice, p. 213–223: Inheritance and Gift Tax Law in 2020 – a summary

Andrea Opel

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2020. Dargelegt wird namentlich die während der Berichtsperiode ergangene Judikatur und veröffentlichte Literatur (ohne Anspruch auf Vollständigkeit).

Darüber hinaus werden die neusten Urteile zum einkommenssteuerlichen Schenkungsbegriff besprochen, da diese Rechtsprechung Reflexwirkung auf das kantonale Schenkungssteuerrecht zeitigt und insbesondere im Bereich der interkantonalen Doppelbesteuerung von Belang sein dürfte.

Cette contribution donne un aperçu des nouveautés concernant le droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2020. Il y est notamment question de la jurisprudence et des publications de la doctrine pour l'année objet du présent rapport (sans prétention à l'exhaustivité).

Par ailleurs, les dernières décisions de justice concernant la notion de donation en matière d'impôt sur le revenu seront exposées, puisque cette jurisprudence a des conséquences sur le droit fiscal cantonal des donations et pourrait revêtir de l'importance notamment en ce qui concerne la double imposition intercantonale.

The present article provides an overview of the developments in inheritance and gift tax law in 2020. In particular, the relevant case law and published literature during the reporting period are presented (without any claim to completeness). In addition, the latest rulings on the definition of the term "donation" with relation to income tax are presented, as this case law has a reflex effect on cantonal gift tax law and is particularly relevant in the area of intercantonal double taxation.

Praxis, S. 224–239: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 224–239: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – nouvelles fondations, doctrine et jurisprudence

Practice, p. 224–239: News in the Field of Foundations and Law of Common Public Interest – New Foundations, Literature, Jurisprudence

Harald Grüniger

Mit dem vorliegenden Beitrag möchte der Autor einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft vornehmlich im Jahre 2020 und unter Einschluss von ausgewählten neu errichteten und reorganisierten Stiftungen, Literatur und Entscheiden vermitteln. Die Arbeit schliesst an entsprechende Überblicke in den Vorjahren an (zuletzt *successio 2/2020*, S. 134 ff.).

L'auteur de la présente contribution souhaite donner un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations, principalement en ce qui concerne l'année 2020, ainsi que d'une sélection de fondations nouvellement constituées et réorganisées, de la doctrine et de la jurisprudence. Cette chronique s'inscrit dans la suite des aperçus des années précédentes (dernièrement *successio 2/2020*, p. 134 s.)

This article provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape especially in the year 2020 including selected newly established and reorganized foundations, the literature and jurisprudence and follows corresponding overviews in prior years (most recently *successio 2/2020*, 134 et seq.).

Schwerpunkt, S. 278–290: Willensvollstreckung – eine «Büchse der Pandora»? Ausgewählte Stolpersteine und Haftungsrisiken des Willensvollstreckers

Focus, p. 278–290: Exécution testamentaire – Boîte de Pandore ?

Embûches et risques quant à la responsabilité de l'exécuteur testamentaire

Focus, p. 278–290: Executorship – a «Pandora's box»?

Selected stumbling blocks and liability risks of the executor

Andrea Dorjee-Good

Die Ausübung eines Willensvollstreckermandates geht mit verschiedenen Verantwortlichkeiten und Risiken einher. Im vorliegenden Beitrag werden zunächst die Grundlagen für die Verantwortlichkeit rekapituliert. Alsdann werden drei ausgewählte, praxisrelevante Stolpersteine näher beleuchtet, und es wird versucht, dem als Willensvollstrecker tätigen Leser einige Tipps mit auf den Weg zu geben, um bei seiner Mandatsausübung nicht ins «Stolpern» zu geraten. Im Vordergrund stehen die Pflichten des Willensvollstreckers im Zusammenhang mit der Verwaltung des Anlagevermögens sowie in steuerrechtlichen Angelegenheiten. Ferner wird auf das Verhältnis zwischen Auskunftspflicht des Willensvollstreckers und Anwaltsgeheimnis eingegangen.

L'exercice d'un mandat d'exécuteur testamentaire va de pair avec diverses responsabilités et risques. La présente contribution dresse au préalable un récapitulatif des fondements sur lesquels repose la responsabilité. Ensuite, trois embûches, choisies parce que significatives en pratique, seront mises en lumière et quelques astuces seront proposés au lecteur exécuteur testamentaire afin de lui éviter de «trébucher» dans l'exercice de son mandat. Les devoirs de l'exécuteur testamentaire quant à l'administration des actifs immobilisés ainsi qu'en matière fiscale se trouvent au premier plan. Par ailleurs, le rapport entre devoir d'informer de l'exécuteur testamentaire et secret professionnel de l'avocat sera examiné.

The exercise of an executor's mandate is associated with various responsibilities and risks. In this article, first the basics of responsibility are recapitulated. Then three selected, practically relevant stumbling blocks are examined in more detail and an attempt is made to give the reader working as an executor a few tips on how to avoid «stumbling» when exercising the mandate. The main focus is on the executor's obligations in connection with the management of the assets as well as tax matters. In addition, the relationship between the executor's obligation to provide information and client attorney privilege is discussed.

Pratique, p. 291–297: La réduction successorale face au legs de la chose d'autrui et à la stipulation pour autrui à cause de mort: une rectification

**Praxis, S. 291–297: Die erbrechtliche Herabsetzung angesichts des Verschaffungsvermächtnisses
und des Vertrags zugunsten Dritter von Todes wegen: eine Berichtigung**

**Practice, p. 291–297: The reduction of inheritance in face of the bequest of the property of others
and the stipulation for another by reason of death: a rectification**

Denis Piotet

Bien qu'admise par la jurisprudence du Tribunal fédéral et la très large majorité de la doctrine, la figure juridique de la stipulation pour autrui à cause de mort a été récemment remise en question, tant dans son principe que pour son décompte dans la masse successorale des réserves et de la quotité disponible. La présente contribution réexpose le fondement de l'acquisition à cause de mort par le gratifié dans le rapport de provision, et son décompte dans la règle en plus des biens extants et des libéralités entre vifs réductibles.

Obwohl die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre den Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen anerkennen, wurde dieses Rechtsinstrument – sowohl dem Grundsatz nach als auch bezüglich seiner Berücksichtigung in der Berechnung der Pflichtteilsmasse und der verfügbaren Quote – vor Kurzem infrage gestellt. Der vorliegende Beitrag erläutert erneut die Grundlage des Erwerbs von Todes wegen durch den Begünstigten im Deckungsverhältnis und dessen Hinzurechnung zum Vermögen zur Zeit des Todes und zu den herabsetzbaren Zuwendungen unter Lebenden.

Although accepted by the case law of the Federal Tribunal and the very large majority of doctrine, the legal figure of the stipulation in favor of others by reason of death has recently been questioned, both in principle and for its consideration in computing the forced heirship part of the estate and the discretionary quota. This article re-examines the basis of the acquisition by reason of death by the recipient and how this is taken into account in addition to extant assets and reducible gifts inter vivos.

International, S. 315–325: Das neue Rechtsinstitut der Erbstiftung in Russland – Ein Überblick. Unter besonderer Berücksichtigung des neuen Privatstiftungsrechts vom 9. Juni 2021

International, p. 315–325: La fondation pour cause de mort, nouvelle figure juridique en Russie – Un aperçu. Une attention particulière étant accordée au nouveau droit des fondations privées du 9 juin 2021

International, p. 315–325: The new legal institute of the inheritance foundation in Russia – An overview. With special consideration of the new private foundation law of June 9, 2021

Dominique Jakob/Inga Abramova/Claude Humbel

Das russische Erb- und Stiftungsrecht befindet sich im Umbruch: Nachdem am 1. September 2018 die Erbstiftung als nachlassplanerisches Institut eingeführt worden ist, soll per 1. März 2022 auch die Gründung einer privaten Stiftung unter Lebenden ermöglicht werden. Dieser Beitrag untersucht diese neuen Rechtsinstitute und ordnet sie in die internationalprivatrechtliche Dimension ein. Insbesondere wird beleuchtet, wann sich der Einsatz der russischen Erbstiftung auch aus Sicht der Schweizer Praxis lohnen kann.

Le droit des successions et fondations russe est en pleine mutation: après l'introduction le 1^{er} septembre 2018 de la fondation pour cause de mort comme instrument de planification successorale, la création d'une fondation privée entre vifs devrait être possible dès le 1^{er} mars 2022. Cette contribution analyse ces nouvelles figures juridiques et les inscrit dans une perspective de droit international privé. Il sera notamment mis en lumière la question de savoir quand l'utilisation de la fondation pour cause de mort russe peut aussi s'avérer utile pour la pratique suisse.

Russian inheritance and foundation law is in a state of upheaval. After the inheritance foundation was introduced as an estate planning tool on September 1, 2018, the establishment of a private foundation «intra vivos» shall also become possible on March 1, 2022. This article examines these new legal institutions and places them in the context of international private law. In particular, the article explores in which instances the use of a Russian inheritance foundation can also be worthwhile from the point of view of Swiss practice.

Schwerpunkt, S. 5–25: Fragen zur einredeweisen Geltendmachung der erbrechtlichen Herabsetzung und Ungültigkeit

Focus, p. 5–25: Questions relatives à l'exercice par voie d'exception de la réduction et de la nullité successorale

Focus, p. 5–25: Questions regarding the assertion, by way of objection, of reduction in inheritance law and of invalidity

Martin Eggel/Fabrizio Andrea Liechti

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit verschiedenen Aspekten der Möglichkeit, die Ungültigkeit oder Herabsetzung einredeweise geltend zu machen. Insbesondere wird den Fragen nachgegangen, ob blosser Mitbesitz für die Geltendmachung ausreichend ist und ob die Parteirollen im Prozess wirklich unerheblich sind.

La présente contribution traite des différentes possibilités de faire valoir par voie d'exception la nullité ou la réduction. Les questions de savoir si la simple copossession suffit pour les invoquer et si les rôles des parties dans le procès sont vraiment sans importance seront tout particulièrement examinées.

The present article deals with various aspects of the possibility of asserting the invalidity or a reduction by raised objection. In particular, the questions are investigated as to whether mere co-ownership is sufficient for the assertion and whether the roles as parties in the process are really irrelevant.

Schwerpunkt, S. 26–37: Die Erbteilungsklage als doppelseitige Klage (*actio duplex*) und deren Verhältnis zur Erbteilungswiderklage

Focus, p. 26–37: L'action en partage successoral en tant qu'*actio duplex* et son rapport à la demande reconventionnelle en partage successoral

Focus, p. 26–37: The action for division of the estate as a double-sided action (*actio duplex*) and its relationship to the counterclaim for the division of the estate

Dario Ammann/Thomas Sutter-Somm

Die Erbteilungsklage als doppelseitige Klage (*actio duplex*) ermöglicht es dem Beklagten, materielle (über die Klageabweisung hinausgehende) Anträge hinsichtlich des Teilungsanspruchs des Klägers zu stellen. Zur Geltendmachung des eigenen Liquidationsanspruchs hat der beklagte Miterbe demgegenüber eine Erbteilungswiderklage zu erheben.

L'action en partage successoral, en tant qu'*actio duplex*, permet au défendeur de déposer des conclusions matérielles (allant au-delà du rejet de l'action) concernant les droits du demandeur dans le partage. En revanche, pour faire valoir ses propres droits dans la liquidation, le cohéritier défendeur doit déposer une demande reconventionnelle en partage successoral.

The action for division of the estate as a double-sided action (*actio duplex*) enables the defendant to submit material requests (going beyond the dismissal) with regard to the plaintiff's action for division. In order to assert his own action for liquidation, the defendant co-heir has to raise a counterclaim for division of the estate.

Praxis, S. 38–47: Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2020

Pratique, p. 38–47 : Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2020

Practice, p. 38–47: Procedural jurisprudence of the Federal Supreme Court in inheritance matters 2020

Tarkan Göksu

Im Beitrag werden ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts zum Erbprozessrecht aus dem Jahr 2020 besprochen. Das Bundesgericht äusserte sich oftmals nur beiläufig zu Themen, welche für den Erbrechtsprozess von Bedeutung sind. Allerdings hat es vereinzelt auch durchaus praktisch wegleitende Erwägungen gemacht.

La présente contribution aborde des décisions choisies du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2020. Le Tribunal fédéral s'est souvent prononcé de manière fortuite sur des sujets d'importance pour le droit procédural successoral. Mais, il a aussi ponctuellement émis des considérants déterminants pour la pratique.

The article discusses selected decisions of the Federal Supreme Court on procedural inheritance law rendered in 2020. The Federal Supreme Court often commented only casually on issues that are important for procedural inheritance law. However, it has occasionally made considerations that are of practical relevance.

Praxis, S. 48–73: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2020–2021)

Pratique, p. 48–73: Pratique actuelle concernant l'exécution testamentaire (2020–2021)

Practice, p. 48–73: Executorship – Current practice (2020–2021)

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2020/2021 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, wobei folgende Themen von besonderer Bedeutung sind: (1) Bei einer Fusion wird die übernehmende Gesellschaft neue Willensvollstreckerin. (2) Der Erblasser kann die Aufgaben des Willensvollstreckers in der letztwilligen Verfügung präzisieren und ihm Weisungen erteilen oder Aufgaben im Bereich des Personenrechts übertragen. (3) Kryptowährungen wie Bitcoins verlangen neue Rollen bei der Vermögensübertragung und -verwaltung. (4) Auch wenn sich ein Erbe gegen die Bezahlung eines Vorschusses oder Honorars ausspricht, wird das Recht des Willensvollstreckers, selbstständig Zahlungen an sich selbst vorzunehmen, nicht beseitigt; übermässige Zahlungen können vom Gericht blockiert werden. (5) Die unteilbare Einheit des Willensvollstreckeramtes kann dadurch gemildert werden, dass die bei der Ungültigkeitsklage nicht beteiligten Erben beigelegt werden oder dass sie als Nebenintervenienten zugelassen werden.

Dans le rapport annuel 2020/2021 sont traités divers points concernant l'exécuteur testamentaire, dont les suivants sont particulièrement importants: (1) En cas de fusion, la société reprenante devient nouvelle exécutrice testamentaire. (2) Le défunt peut, dans la disposition de dernière volonté, préciser les tâches de l'exécuteur testamentaire et lui donner des instructions ou lui attribuer des tâches relevant du domaine du droit des personnes. (3) Les monnaies électroniques comme le Bitcoin réclament une nouvelle place dans le transfert et l'administration du patrimoine. (4) Même si un héritier se prononce contre le paiement d'un acompte ou d'un honoraire, le droit de l'exécuteur testamentaire à effectuer lui-même des paiements à son profit subsiste; des versements excessifs peuvent être bloqués par le tribunal. (5) L'unité indivisible de la fonction d'exécuteur testamentaire peut être tempérée au moyen d'une invitation des héritiers non parties à l'action en nullité à prendre part à la procédure ou en permettant leur intervention au procès.

The 2020/2021 annual report deals with various questions relating to the executor, of which the following are of particular interest: (1) In the event of a merger, the acquiring company becomes the new executor. (2) The testator can specify the tasks of the executor in the last will and give instructions or assign tasks in the area of personal law. (3) Cryptocurrencies such as bitcoins require new roles in wealth transfer and management. (4) Even where an heir speaks out against an advance payment towards the fee, the right of the executor to independently make payments to himself is not eliminated; excessive payments can be blocked by the court. (5) The indivisible unity of the executor's office can be mitigated by inviting the heirs not involved in the nullity action or by admitting them as secondary interveners.

International, S. 79–87: Die Stellung eines *personal representative* in der Schweiz

International, p. 79–87: Le statut en Suisse d'un *personal representative*

International, p. 79–87: The position of a *personal representative* in Switzerland

Thomas M. Mayer

Nach dem Erbrecht der *Common-law*-Staaten geht der Nachlass im Erbfall typischerweise auf einen sog. *personal representative* über. Der nachfolgende Beitrag erörtert nun, welche Rechtsstellung einer solchen Person aus einer schweizerischen Rechtsperspektive zukommt. Er unterscheidet dabei zwischen Nachlässen, die im Ausland behandelt werden, und solchen, die im Inland behandelt werden, und nimmt Bezug auf die hängige Revision des erbrechtlichen Kapitels des IPRG sowie die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung.

La transmission du patrimoine successoral à une personne dite *personal representative* est caractéristique du droit des successions des Etats de *common law*. La contribution qui suit aborde le statut juridique d'une telle personne du point de vue du droit suisse. Ce faisant, elle distingue entre les successions traitées à l'étranger et celles traitées en Suisse et se réfère à la révision en cours du chapitre concernant les successions de la LDIP ainsi qu'à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

According to inheritance law in common law jurisdictions, the estate is, in the event of inheritance, typically transferred to a so-called *personal representative*. The following article now discusses the legal status of such a person from a Swiss legal perspective. The article differentiates between estates that are processed abroad and those that are processed domestically, and refers to the pending revision of the inheritance law chapter of the IPLA as well as to the most recent jurisprudence of the federal court.

Schwerpunkt, S. 96–109: Der «Doppelnachlass» – Themen und Fallstricke bei der Abwicklung von Ehegattennachlässen

Focus, p. 96–109: La «double succession» – Questions et écueils concernant le règlement es successions d'époux

Focus, p. 96–109: The «double estate» – Topics and pitfalls in the settling of spouses' estates

Sandra Spirig

Verstirbt ein Ehegatte, bevor der Nachlass des vorverstorbenen Ehegatten (vollständig) abgewickelt und geteilt ist, so stehen die Erben vor der Aufgabe, nicht einen, sondern zwei Nachlässe berechnen und teilen zu müssen. In solchen «Doppelnachlass»-Konstellationen ergeben sich zahlreiche Sonderfragen güter- und erbrechtlicher, steuerlicher und prozessualer Natur, welchen der vorliegende Aufsatz nachgeht.

Lorsqu'un époux décède avant le règlement et le partage (de la totalité) de la succession de son conjoint prédécédé, les héritiers sont confrontés au règlement et partage, non pas d'une, mais de deux successions. Ces «doubles successions» présentent des problèmes spécifiques et multiples relevant du droit des régimes matrimoniaux et des successions ainsi que des problèmes de nature fiscale et procédurale qui sont l'objet de la présente contribution.

If a spouse dies before the estate of the predeceased spouse has been (completely) settled and divided, the heirs are faced with the task of having to calculate and divide not one, but two estates. In such «double estate» constellations, numerous special questions of matrimonial and inheritance law, of a tax and procedural nature arise, which this article examines.

Focus, p. 110–123: Le legs de «la réserve»

Schwerpunkt, S. 110–123: Das Vermächtnis in Höhe des Pflichtteils

Focus, p. 110–123: The legacy in the amount of forced heirship

Hugo Porchet

Le legs de la «réserve» permet au *de cuius* de léguer à un héritier réservataire sa réserve, le privant ainsi de son statut d'héritier. Le legs peut avoir pour objet une créance pécuniaire et des biens successoraux; leur valeur est déterminable par l'application d'une fraction déterminée par la loi sur la masse de calcul des réserves. Cette valeur est calculée au moment de la délivrance du legs: le *de cuius* ne peut pas exclure une participation du légataire réservataire à la plus- ou moins-value prise par les biens successoraux.

Mit dem Vermächtnis in der Höhe des Pflichtteils kann einem pflichtteilsberechtigten Erben sein Pflichtteil als Vermächtnis zugewendet werden und ihm somit seine Erbenstellung entzogen werden. Inhalt des Vermächtnisses können eine Geldforderung und einzelne Nachlassgüter sein; ihr Wert wird durch eine vom Gesetz festgesetzte Quote der Berechnungsmasse festgelegt. Der Wert zum Zeitpunkt der Ausrichtung des Vermächtnisses ist massgebend: Der Erblasser kann dem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer eine Beteiligung an dem Mehr- oder Minderwert des Nachlassvermögens nicht vorenthalten.

With a legacy in the amount of the compulsory portion, an heir entitled to a compulsory portion can be given his compulsory portion as a legacy and his position as heir can thus be withdrawn. The legacy can constitute a monetary claim and individual estate assets; their value is determined by a rate of the calculation mass established by law. The value is determined at the time the legacy is made: the testator cannot withhold from the legatee who is entitled to a compulsory portion a share of the increase or decrease in the value of the estate.

Praxis, S. 124–141: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 124–141 : Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – Nouvelles fondations, doctrine et jurisprudence

Practice, p. 124–141: News in the Field of Foundations and Law of Common Public Interest – New Foundations, Literature, Jurisprudence

Harold Grüniger

Mit dem vorliegenden Beitrag möchte der Autor einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft vornehmlich im Jahre 2021 und unter Einschluss ausgewählter neu errichteter und reorganisierter Stiftungen, Literatur und Entscheide vermitteln. Die Arbeit schliesst an entsprechende Überblicke in den Vorjahren an (zuletzt *successio 3/2021*, S. 224 ff.).

L'auteur de la présente contribution souhaite donner un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations, principalement en ce qui concerne l'année 2021, ainsi que d'une sélection de fondations nouvellement constituées et réorganisées, de la doctrine et de la jurisprudence. Cette chronique s'inscrit dans la suite des aperçus des années précédentes (dernièrement *successio 3/2021*, p. 224 s.)

This article provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape especially in the year 2021 including selected newly established and liquidated foundations, the literature and jurisprudence and follows corresponding overviews in prior years (most recently *successio 3/2021*, 224 et seq.).

International, S. 163–177: Das Erbrecht Brasiliens – Eine Übersicht

International, p. 163–177 : Le droit des successions brésilien – Un aperçu

International, p. 163–177: The inheritance law of Brazil – An overview

Beat W. Rechsteiner

Im vorliegenden Beitrag wird dargestellt, wie Erbschaften mit internationaler Beziehung aus der Sichtweise des brasilianischen Rechts abgewickelt werden. Neben Ausführungen zum materiellen Erbrecht, zu dessen verfahrensrechtlicher Durchsetzung und zur Regelung der Erbschafts- und Schenkungssteuern befasst sich der Autor darin auch mit den damit zusammenhängenden Rechtsfragen des Internationalen Verfahrens- und Privatrechts.

La présente contribution traite du règlement des successions internationales du point de vue du droit brésilien. Au-delà du droit matériel des successions, de son application sur le plan procédural et du droit fiscal des successions et des donations, l'auteur examine les questions de droit international privé et procédural concernant ces matières.

This article sets out how estates with an international connection are administered from the point of view of Brazilian law. In addition to comments on substantive inheritance law, its procedural enforcement and the regulation of inheritance and gift taxes, the author also deals with the related legal issues of international procedural and private law.

Schwerpunkt, S. 192–202: Pflichtteilsverletzung bei Vor- und Nacherbeneinsetzung

Focus, p. 192–202: *Lésion de la réserve en cas de substitution fidéicommissaire*

Focus, p. 192–202: *Violation of the Compulsory Portion in Case of Appointment of Provisional and Reversionary Heirs*

Alexandra Jungo

Die Vor- und Nacherbinneneinsetzung ist in der Praxis ein beliebtes Mittel der Nachlassplanung. Der vorliegende Beitrag untersucht vier Fragen im Zusammenhang mit der Pflichtteilsverletzung bei Nacherbeneinsetzung und kommt zu folgenden Ergebnissen: (1) Bei der Nacherbschaft auf den Überrest liegt eine Pflichtteilsverletzung vor, wenn der Pflichtteil der Vorerbin vollständig mit einer Nacherbeneinsetzung belastet ist, unabhängig davon, ob es sich um eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest handelt oder nicht. Die Tatsache, dass die Vorerbin bis zum Nacherbfall «dem Werte nach» über ihren Pflichtteil verfügen kann, ändert nichts daran. (2) Ist die Nacherbschaft herabzusetzen, erfolgt die Herabsetzung im Umfang des Pflichtteils und bleibt im Übrigen bestehen. Der (weiterhin) mit der Nacherbschaft belastete Erbteil bleibt bis zum Nacherbfall bei der Vorerbin. (3) Der Herabsetzungsanspruch (sowohl die Klage, soweit nicht verjährt, wie auch die Einrede) vererbt sich an die Erben der Vorerbin. (4) Der Verzicht auf die Geltendmachung des Herabsetzungsanspruchs durch die Vorerbin kann eine Entäußerung von Vermögenswerten i.S.v. Art. 527 Z. 4 ZGB darstellen.

La substitution fidéicommissaire est un outil de planification successorale très usité en pratique. La présente contribution examine quatre questions relatives à la lésion en cas de substitution fidéicommissaire et aboutit aux conclusions suivantes: (1) En cas de substitution fidéicommissaire pour le surplus, il y a une lésion de la réserve dès que la réserve de l'héritière est entièrement grevée, peu importe qu'il s'agisse d'une substitution fidéicommissaire pour le surplus ou non. Le fait que l'héritière grevée puisse disposer de la valeur de sa réserve jusqu'à l'ouverture de la substitution n'y change rien. (2) Si la substitution doit être réduite, la réduction se limite au montant de la réserve et la substitution est au demeurant maintenue. La part de la succession (toujours) grevée par la substitution reste acquise à l'héritière grevée jusqu'à l'ouverture de la substitution. (3) Le droit de demander la réduction (aussi bien par la voie de l'action, dans la mesure où elle n'est pas prescrite, que par celle de l'exception) est transmis aux héritiers de l'héritière grevée. (4) Un renoncement de l'héritière grevée à faire valoir son droit à réduction peut constituer une aliénation au sens de l'art. 527 ch. 4 CC.

In practice, the appointment of provisional and reversionary heirs is a popular instrument of estate planning. This article examines four questions in connection with the violation of forced heirship rules with regard to the appointment of reversionary heirs and comes to the following conclusions. (1) In the case of the appointment of a reversionary heir to the remainder, there is a violation of the compulsory portion if the compulsory portion of the provisional heir is completely burdened with the appointment of a reversionary heirship, regardless of whether it is an appointment of a reversionary heir to the remainder or not. This is true regardless of the fact that the provisional heir can dispose of her compulsory portion «in terms of value» until her death. (2) If the reversionary heirship must be reduced, the reduction shall be made up to the amount of the compulsory portion and shall otherwise remain in force. The inheritance (still) burdened with the reversionary heirship remains with the provisional heiress until her death. (3) The claim for reduction (both the action, unless time-barred, and the objection) is inherited by the heirs of the provisional heir. (4) The waiver of the assertion of the reduction claim by the provisional heir may constitute a dispossession of assets within the meaning of Art. 527 no. 4 SCC.

Praxis, S. 203–210: Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2021 – Ein Resümee

Pratique, p. 203–210: Droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2021 – Un résumé

Practice, p. 203–210: Inheritance and Gift Tax Law in 2021 – A Résumé

Andrea Opel

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2021. Dargelegt und gewürdigt wird – wenn auch nur selektiv – die während der Berichtsperiode ergangene Judikatur und veröffentlichte Literatur.

Cette contribution donne un aperçu des nouveautés concernant le droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2021. Elle présente de manière sélective et critique la jurisprudence et les publications de la doctrine pour l'année objet du présent rapport.

The present article provides an overview of the developments in inheritance and gift tax law in 2021. The case law and published literature during the reporting period are presented and commented – albeit only selectively.

Praxis, S. 211–288: Erbrecht 2019–2021 – Rechtsprechung und Literatur

Pratique, p. 211–288: Droit des successions 2019–2021 – Jurisprudence et doctrine

Practice, p. 211–288: Inheritance Law 2019–2021 – Jurisprudence and Literature

Paul Eitel / Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat. Zuerst werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert. Danach werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen sowie ausgewählte Entscheidungen kantonaler Gerichte und das erschienene Schrifttum vorgestellt.

Cette contribution, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui «s'est fait en droit des successions» pendant la période du présent compte-rendu. D'abord, les décisions de principe du Tribunal fédéral seront résumées dans un ordre chronologique. Ensuite, il sera traité dans un ordre thématique d'autres décisions choisies publiées sur le site du Tribunal fédéral ainsi que de décisions de tribunaux cantonaux et des publications doctrinales.

The contribution aims to be a comprehensive retrospective of what «has been going on in inheritance law» in the reporting period. First, the leading judgments of the Swiss Federal Supreme Court are summarized in chronological order. After that, further selected decisions that were «only» published on the website of the Swiss Federal Supreme Court are presented in a topical structure, as well as selected decisions of cantonal courts and the published literature.

Schwerpunkt, S. 300–319: Der Erbteilungsprozess als Ultima Ratio – praxisrelevante Aspekte zur Planung und Abwicklung

Focus, p. 300–319: Le partage judiciaire, ultima ratio – aspects pratiques de sa préparation et de sa réalisation

Focus, p. 300–319: The inheritance lawsuit as a last resort – practical aspects of planning and settlement

Daniel Abt

Wenn der Umgang mit Miterben im Hinblick auf die Findung einer konsensualen Erbteilung nicht zielführend bzw. geradezu ergebnisoffen ist, kann ein umsichtig geführter Erbteilungsprozess durchaus eine sinnvolle Alternative sein. Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss BGE 143 III 425 ff. hat in Bezug auf die gerichtliche Erbteilung weitreichende Veränderungen gebracht: Insbesondere hat das Teilungsgericht keine Zuweisungskompetenz mehr; grössere Vermögenswerte (wie Liegenschaften etc.) sind letztlich oftmals zu versilbern, insbesondere wenn keine gesetzlichen oder erblasserischen Teilungsvorschriften bestehen. Der Beitrag beleuchtet in praxisnaher Weise die wesentlichen Aspekte im Erbteilungsprozess und enthält aktuelle Hinweise zu regelmässig auftretenden Streitfragen.

Lorsque le contact avec des cohéritiers pour trouver un partage successoral consensuel n'offre pas de perspectives d'aboutissement ou est entravé de partis pris, un partage successoral judiciaire mené avec circonspection peut tout à fait représenter une alternative raisonnable. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en vertu de l'ATF 143 III 425 s. a apporté des changements profonds en matière de partage judiciaire: notamment le tribunal effectuant le partage n'a plus de compétence décisionnelle; les valeurs patrimoniales les plus importantes (comme les immeubles etc.) sont finalement fréquemment vendues, en particulier en l'absence de règle de partage légale ou fixée par le défunt. Cette contribution éclaire de manière pratique sur les aspects essentiels du procès en partage et fournit des indications sur les points litigieux apparaissant régulièrement.

If dealing with co-heirs with regard to finding a consensual division of the estate is not expedient or is indeed open-ended, a carefully managed lawsuit for inheritance division may definitely be a viable alternative. The new Federal Supreme Court ruling in BGE 143 III 425 et seq. has resulted in far-reaching changes with regard to the judicial division of inheritance: in particular, the estate court no longer has the power to allocate specific assets; larger assets (such as real estate, etc.) often have to be liquidated, especially if there are no statutory or testamentary division regulations. The article sheds light on the essential aspects of the estate division process from a practical point of view and contains up-to-date information on issues that arise on a regular basis.

Praxis, S. 320–329: Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2021

Pratique, p. 320–329: Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2021

Practice, p. 320–329: Procedural case law of the Federal Supreme Court in inheritance matters 2021

Tarkan Göksu

Im Beitrag werden ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts zum Erbprozessrecht aus dem Jahr 2021 besprochen. Das Bundesgericht äusserte sich oftmals nur beiläufig zu Themen, welche für den Erbrechtsprozess von Bedeutung sind. Allerdings hat es vereinzelt auch durchaus praktisch wegleitende Erwägungen angestellt.

La présente contribution aborde des décisions choisies du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2021. Celui-ci ne s'est souvent prononcé que de manière fortuite sur des sujets d'importance pour le droit procédural successoral. Mais il a, ponctuellement, également émis des considérants déterminants pour la pratique.

The article discusses selected decisions on inheritance procedural law rendered in 2021 by the Federal Supreme Court. The Federal Supreme Court often only commented in passing on topics that are of importance for inheritance procedural law. However, isolated decisions also contain groundbreaking considerations regarding practice.

Praxis, S. 330–336: Virtuelle Erben und ihr Recht auf Auskunft und Information

Pratique, p. 330–336: Les héritiers virtuels et leur droit au renseignement et à l'information

Practice, p. 330–336: Virtual heirs and their information rights

Edgar H. Paltzer/Marco Fehr

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit der Rechtsfigur des virtuellen Erben im schweizerischen Erbrecht auseinander. Analysiert wird insbesondere, welche erbrechtlichen Auskunfts- und Informationsrechte virtuelle Erben als (Nicht-) Erben während der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Pflichtteilsansprüche haben (sollten) und welche praxisrelevante Problematik die derzeitige Rechtsunsicherheit in dieser Hinsicht mit sich bringt.

La présente contribution traite de la figure juridique de l'héritier virtuel en droit suisse des successions. Il y est en particulier fait l'analyse des droits au renseignement et à l'information que les héritiers virtuels ont (devraient avoir) en tant qu'héritiers (en tant que non-héritiers) pendant la procédure judiciaire lors de laquelle ils font valoir leurs droits réservataires et de l'importante problématique pour la pratique qu'implique l'insécurité juridique actuelle sur ce point.

This article deals with the legal figure of the virtual heir in Swiss inheritance law. In particular, it discusses which information rights in inheritance matters virtual heirs (should) have as (non-)heirs during the judicial assertion of their claims to a forced heirship portion and which problems relevant to practice the current legal uncertainty entails in this regard.

Schwerpunkt, S. 4–27: Das rechtssicher(er)e Vorgehen von Erbeserben bei Bestehen einer «Haupt-» und einer «Untererbengemeinschaft»

Focus, p. 4–27: La manière de procéder des héritiers d'un héritier, pour plus de sécurité juridique en cas de « communauté héréditaire d'origine » comprenant une « sous- communauté héréditaire »

Focus, p. 4–27: The (more) legally secure procedure of heirs if there is a «main community of heirs» and a «community of sub-heirs»

Martin Eggel/Fabrizio Andrea Liechti

Der Beitrag setzt sich mit den in der Praxis nicht selten vorkommenden Fällen von Haupt- und Untererbengemeinschaften auseinander. Dabei werden die dogmatischen Grundlagen von Untergesamthandschaften aufgearbeitet, um mit Blick darauf die für Untererbengemeinschaften vorgetragenen Lösungen von Lehre und Rechtsprechung für den Fall uneiniger Erbeserben kritisch zu untersuchen. In diesem Zusammenhang wird insbesondere zu begründen versucht, wann eine Auseinandersetzung mit einem Einbezug aller Miterben in einen Prozess erledigt werden kann und wann die Einsetzung eines Spezialerbenvertreters notwendig sein dürfte.

Cette contribution traite des cas, qui ne sont pas inhabituels en pratique, de « communautés héréditaires principales » (*Haupterbengemeinschaften*) et de « sous-communautés héréditaires » (*Untererbengemeinschaften*). A cet effet, il est procédé à l'analyse des principes fondamentaux des « sous-communautés en main commune » (*Untergesamthandschaften*) afin de soumettre à un examen critique les solutions proposées par la doctrine et la jurisprudence en matière de « sous-communautés héréditaires » en cas de désaccord des héritiers d'un cohéritier. La présente contribution tente notamment d'établir quand, dans ce contexte, un partage peut être réalisé dans un procès réunissant tous les cohéritiers et quand la désignation d'un représentant spécial des héritiers devrait être nécessaire.

The article deals with the not so rare cases in practice of main communities of heirs and communities of sub-heirs. In doing so, the dogmatic foundations of sub-joint ownerships are presented in order to critically examine the solutions offered by doctrine and jurisprudence for communities of sub-heirs in the event of disunited sub-heirs. In this context, an attempt is made in particular to explain when a dispute can be settled with the inclusion of all co-heirs in a process and when the appointment of a special heir representative is likely to be necessary.

Praxis, S. 28–58: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2021–2022)

Pratique, p. 28–58: Pratique actuelle concernant l'exécution testamentaire (2021–2022)

Practice, p. 28–58: Executorship – Current practice 2021–2022

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2021/2022 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, wobei folgende Themen von besonderer Bedeutung sind: (1) Ernennung des Willensvollstreckers *de lege ferenda* durch die Aufsichtsbehörde?; (2) Formbedürftigkeit von Weisungen an den Willensvollstrecker; (3) Mitwirkung des Willensvollstreckers beim Vollzug der Teilung; (4) Aufgaben des Willensvollstreckers im digitalen Nachlass; (5) Einschränkung der Verfügungsbefugnis von Gesetzes wegen durch Sicherungsmassnahmen; (6) Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden in den Kantonen GL und BS; (7) Unzulässigkeit kantonaler Fristen im Aufsichtsverfahren; (8) kantonale Unterschiede bei den Rechtsmitteln im Aufsichtsverfahren; (9) Suspendierung als superprovisorische bzw. vorsorgliche Massnahme im Aufsichtsverfahren; (10) vorfrageweise Prüfung materiellen Rechts durch die Aufsichtsbehörde; (11) Aufschub der Teilungsklage bei Vorhandensein eines Willensvollstreckers; (12) Anwendung des Eröffnungsstatuts auf die Befugnis des Vollstreckers nach ausländischem Recht.

Dans le rapport annuel 2021/2022 sont traités divers points concernant l'exécuteur testamentaire, dont les suivants sont particulièrement importants: (1) *de lege ferenda* la nomination d'un exécuteur testamentaire par l'autorité de surveillance?; (2) le formalisme des instructions destinées à l'exécuteur testamentaire; (3) le concours de l'exécuteur testamentaire lors de l'exécution du partage; (4) les fonctions de l'exécuteur testamentaire dans l'héritage numérique; (5) la restriction du pouvoir de disposition *ex lege* par des mesures de sûreté; (6) la compétence des autorités de surveillance dans les cantons GL et BS; (7) l'illicéité des délais cantonaux dans la procédure de surveillance; (8) les différences cantonales concernant les voies de droit dans la procédure de surveillance; (9) la suspension comme mesure superprovisionnelle ou provisionnelle dans la procédure de surveillance; (10) l'examen du droit matériel par l'autorité de surveillance au moyen d'une question préalable; (11) le report de l'action en partage en présence d'un exécuteur testamentaire; (12) l'application du statut d'ouverture aux pouvoirs de l'exécuteur de droit étranger.

The 2021/2022 annual report deals with various individual questions about the executor, with the following topics being of particular relevance: (1) appointment of the executor *de lege ferenda* by the supervisory authority?; (2) form requirements of instructions to the executor; (3) participation of the executor in the execution of the estate division; (4) tasks of the executor in the digital estate; (5) restriction of the power of disposal by law through security measures; (6) jurisdiction of the supervisory authorities in the cantons of GL and BS; (7) inadmissibility of cantonal deadlines in the supervisory procedure; (8) cantonal differences in appeals in supervisory proceedings; (9) suspension as a super-provisional or precautionary measure in the supervisory proceedings; (10) preliminary examination of substantive law by the supervisory authority; (11) postponement of the action for division in the presence of an executor; and (12) application of the opening statute to the executor's authority under foreign law.

International, S. 103–114: Testamentarische Schiedsklauseln – (beschränkte) Auswirkungen der IPRG-Revision

International, p. 103–114: Clauses d'arbitrage testamentaires – Effets (limités) de la révision de la LDIP

International, p. 103–114: Testamentary arbitration clauses – (Limited) impact of PILA amendment

Barbara Lautenschlager/Rachel Pawlik

Seit 1. Januar 2021 sind Schiedsklauseln in einseitigen Rechtsgeschäften, und damit testamentarische Schiedsklauseln für internationale und nationale Schiedsverfahren, ausdrücklich zugelassen. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit allfälligen Auswirkungen dieser Neuerung auf die formelle und materielle Zulässigkeit testamentarischer Schiedsklauseln, insbesondere mit den Voraussetzungen der Gültigkeit und mit Fragen der Bindungswirkung. Zudem werden weitere Aspekte im Zusammenhang mit einer testamentarischen Schiedsklausel, wie die objektive Schiedsfähigkeit, die Bindung von Pflichtteilsberechtigten an die einseitige Schiedsklausel, die unentgeltliche Rechtspflege sowie die Zulässigkeit eines einseitigen Rechtsmittelverzichts, näher beleuchtet.

Depuis le 1^{er} janvier 2021, les clauses d'arbitrage prévues dans des actes juridiques unilatéraux, et par conséquent les clauses d'arbitrage testamentaires concernant des procédures d'arbitrage nationales et internationales, sont expressément autorisées. La présente contribution traite des effets éventuels de cette nouveauté sur la licéité formelle et matérielle des clauses d'arbitrage testamentaires, en particulier des conditions de validité et des questions relatives au caractère contraignant. Par ailleurs, d'autres éléments relevant des clauses d'arbitrage testamentaires, comme l'arbitrabilité objective, le caractère contraignant de la clause d'arbitrage unilatérale à l'égard des héritiers réservataires, l'assistance judiciaire ainsi que la licéité d'une renonciation au recours unilatérale, font l'objet d'un éclairage particulier.

Since January 1, 2021, arbitration clauses in unilateral legal transactions, and thus testamentary arbitration clauses for international and national arbitration proceedings, are expressly permitted. The present article deals with possible effects of this innovation on the formal and material admissibility of testamentary arbitration clauses, in particular with the requirements of validity and with questions of the binding effect. In addition, further aspects in connection with a testamentary arbitration clause, such as the objective arbitrability, the binding of those entitled to a compulsory portion to the unilateral arbitration clause, the free legal aid and the admissibility of a unilateral waiver to appeal, are examined in more detail.

Schwerpunkt, S. 125–140: Die Rückerstattungspflicht der Erben gemäss Art. 16a ELG und weitere Auswirkungen der EL-Revision auf das Erbrecht

Focus, p. 125–140: L'obligation de restituer des héritiers en vertu de l'art. 16a LPC et autres effets de la révision des prestations complémentaires sur le droit des successions

Focus, p. 125–140: The heirs' restitution obligation according to Art. 16a SBA and other effects of the SB revision on inheritance law

Pius Koller

Per 1. Januar 2021 ist die Revision des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung in Kraft getreten. Eines der Ziele der Revision war die Verbesserung der Verwendung von Eigenmitteln für die Altersvorsorge. Dies sollte u.a. durch eine stärkere Berücksichtigung des Vermögens in der EL-Berechnung erreicht werden. Besonders interessieren in diesem Beitrag die neuen Art. 16a und 16b ELG. Danach müssen die Erben die vom Erblasser bezogenen Leistungen zurückerstatten. Es wird im Aufsatz der Fragestellung nachgegangen, wie sich die neu eingeführte Rückerstattungspflicht nach Art. 16a ELG und der bereits vor der Revision bestehende Vermögensverzicht nach Art. 11a ELG auf die Nachlassplanung und die Nachlassabwicklung auswirken.

Le 1^{er} janvier 2021, la révision de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI est entrée en vigueur. L'un des objectifs de cette révision était l'amélioration de l'utilisation des fonds propres pour la prévoyance vieillesse. Cet objectif devait être atteint notamment au moyen d'une prise en compte renforcée du patrimoine dans le calcul des prestations complémentaires. La présente contribution s'intéresse particulièrement aux nouveaux art. 16a et 16b LPC. Ceux-ci prévoient que les héritiers doivent restituer les prestations perçues par le *de cujus*. Cette étude analyse l'impact, sur la planification successorale et le règlement successoral, de l'obligation de restitution récemment introduite par l'art. 16a LPC et du dessaisissement de fortune qui existait déjà avant la révision en vertu de l'art. 11a LPC.

On January 1, 2021, the revision of the federal law on supplementary benefits to old-age, survivors' and disability insurance (Supplementary Benefits Act – SBA) came into force. One of the objectives of the revision was to improve the use of own funds for old-age provision. This should be achieved, among other things, by taking wealth into account more strongly in the supplementary benefits calculation. The new Art. 16a and 16b SBA are of particular interest in this article. According to the new provisions, the heirs must reimburse benefits received from the testator. The article examines the question as to how the newly introduced reimbursement obligation pursuant to Art. 16a SBA and the waiver of assets pursuant to Art. 11a SBA, which already existed before the revision, affect estate planning and estate settlement.

Praxis, S. 141–155: Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich – Neue Stiftungen, Literatur, Entscheide

Pratique, p. 141–155: Nouveautés en matière de droit des fondations et autres organisations d'utilité publique – Nouvelles fondations, doctrine et jurisprudence

Practice, p. 141–155: News in the Field of Foundations and Law of Common Public Interest – New Foundations, Literature, Jurisprudence

Harold Grüninger

Der vorliegende Beitrag will einen Überblick über die Entwicklung der schweizerischen Stiftungslandschaft vornehmlich im Jahre 2022 und unter Einschluss ausgewählter neu errichteter und gelöschter Stiftungen, Literatur und Entscheide vermitteln und schliesst an entsprechende Überblicke in den Vorjahren an (zuletzt successio 2/2022, S. 124 ff.).

La présente contribution a pour objectif de donner un aperçu de l'évolution du paysage suisse des fondations, principalement en ce qui concerne l'année 2022, ainsi que d'une sélection de fondations nouvellement constituées et radiées, de la doctrine et de la jurisprudence, et s'inscrit dans la suite des aperçus des années précédentes (dernièrement successio 2/2022, p. 124 ss).

This article provides an overview of the development of the Swiss foundation landscape especially in the year 2022, including selected newly established and liquidated foundations, the literature and jurisprudence, and follows corresponding overviews in prior years (most recently successio 2/2022, 124 et seq.).

Pratique, p. 156–165 : Le (non-)respect de l'échelle de valeurs de la vocation légale et ses conséquences sur l'ordonnance de rapport

Praxis, S. 156–165: Veränderung des Verhältnisses der gesetzlichen Erbteile und ihre Wirkungen auf die Ausgleichungsanordnung

Practice, p. 156–165: (Non-)change in the ratio of statutory inheritance shares and their effects on the equalization order

Hugo Porchet

Selon le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, « *en cas d'attribution inégale des parts d'héritage, le parallélisme entre succession volontaire et succession légale n'est plus tel qu'il permettrait une application par analogie des règles sur le rapport* ». C'est pourquoi, si le *de cuius* modifie les parts de ses héritiers légaux telles que prévues aux art. 457 à 466 CC, les ordonnances de rapport légales et volontaires unilatérales tombent à moins d'être confirmées par une ordonnance de rapport volontaire concomitante à la modification de l'échelle de valeurs de la succession légale. La présente contribution analyse le fondement de cette règle, la critique et plaide pour son abandon.

Nach dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre « *ist bei gewillkürter Erbfolge mit ungleichen Erbteilen die Parallelität zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge nicht mehr derart, dass sie eine analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Ausgleichung ermöglicht* ». Demzufolge entfallen die gesetzliche und die gewillkürte Ausgleichung, wenn der Erblasser die Erbteile seiner gesetzlichen Erben gemäss Art. 457–466 ZGB verändert, es sei denn, der Erblasser bestätigt sie durch eine mit der Veränderung des Verhältnisses der gesetzlichen Erbteile einhergehende Ausgleichungsanordnung. Der vorliegende Beitrag untersucht die Grundlage dieser Regel, setzt sich damit kritisch auseinander und plädiert für deren Aufgabe.

According to the Federal Supreme Court and the majority of the doctrine, « *in the event of unequal attribution of shares of inheritance, the parallelism between testamentary succession and intestate succession is no longer such that it would allow application by analogy of the equalization rules* ». This is why, if the decedent modifies the shares of his legal heirs as provided for in Art. 457 to 466 SCC, legal and testamentary equalization lapses unless confirmed by a testamentary equalization order concomitant with the modification of the shares of the legal succession. The present article analyses the basis of this rule, criticizes it and pleads for its abandonment.

International, p. 191–214: Schweizer Errungenschaftsbeteiligung und deutsche Zugewinnngemeinschaft bei internationalen Sachverhalten – Charakteristika und Gestaltungsmöglichkeiten, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 216 ZGB

International, S. 191–214 : Le régime matrimonial de la participation aux acquêts du droit suisse et celui de la participation aux acquêts du droit allemand dans les cas internationaux – Caractéristiques et possibilités d'aménagement, en tenant compte en particulier de l'art. 216 CC

International, p. 191–214: Swiss participation in acquisitions and German community of accrued gains in international matters – characteristics and arrangement options, with special consideration of Art. 216 SCC

Kinga M. Weiss/Cornelia Maetschke-Biersack

Da in der Schweiz über 300 000 deutsche Staatsangehörige leben, sich in Deutschland zahlreiche Schweizer niedergelassen haben und viele Deutsche Vermögenswerte in der Schweiz besitzen und umgekehrt, sind grenzüberschreitende Sachverhalte zwischen der Schweiz und Deutschland keine Seltenheit. Der vorliegende Beitrag stellt überblicksartig das Schweizer Güter- und Erbrecht dem deutschen Güter- und Erbrecht gegenüber und legt ein besonderes Augenmerk auf die Unterschiede der Errungenschaftsbeteiligung und der Zugewinnngemeinschaft bei Nachlassplanungen zwischen Ehegatten. Die Ausführungen werden anhand von Fallbeispielen in grenzüberschreitenden Erbfällen zwischen der Schweiz und Deutschland konkretisiert, und es wird aufgezeigt, wie ungewollte Ergebnisse korrigiert oder verhindert werden können.

Plus de 300000 citoyens allemands vivent en Suisse, de nombreux Suisses se sont établis en Allemagne et beaucoup d'Allemands possèdent des biens en Suisse et inversement, il n'est donc pas rare d'être en présence de situations transfrontalières entre la Suisse et l'Allemagne. Dans un aperçu comparatif, la présente contribution confronte les droits des régimes matrimoniaux et des successions suisses et allemands, et met tout particulièrement l'accent sur les différences entre la participation aux acquêts du droit allemand et celle du droit suisse en ce qui concerne les planifications successorales entre époux. Des exemples pratiques de successions transfrontalières entre la Suisse et l'Allemagne illustrent le développement qui suit et il est indiqué comment des effets non désirés peuvent être corrigés ou évités.

Since over 300000 German nationals live in Switzerland, numerous Swiss have settled in Germany and many Germans own assets in Switzerland and vice versa, cross-border situations between Switzerland and Germany are not uncommon. This article provides an overview of Swiss matrimonial property and inheritance law compared to German matrimonial property and inheritance law and pays particular attention to the differences in the participation in acquisitions and the community of accrued gains in estate planning between spouses. The explanations are substantiated using case studies in cross-border inheritance cases between Switzerland and Germany, and it is shown how unwanted results can be corrected or prevented.

Schwerpunkt, S. 220–240: Das Stichtagsprinzip und seine Tragweite im Ehegüterrecht und im Erbrecht

Focus, p. 220–240: Le principe du moment déterminant et sa portée en droit des régimes matrimoniaux et en droit des successions

Focus, p. 220–240: The reference date principle and its scope in matrimonial property law and in inheritance law

Lorenz Baumann

Die Frage des relevanten Zeitpunkts für die Bewertung von Vermögenswerten ist in der güter- und erbrechtlichen Praxis von massgeblicher Bedeutung: Welche Stichtage sind zu beachten bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung, bei der Erteilung oder bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen? Wen treffen Wertveränderungen zwischen dem Todes- und dem Tag der Teilung? Welche Stichtage sind relevant für die Bewertung von lebzeitigen Zuwendungen? Wem stehen natürliche und zivile Früchte zu? Der Autor geht im vorliegenden Beitrag diesen Fragen nach und erläutert die Rechtslage anhand von Beispielen.

La question du moment déterminant pour l'évaluation de biens est essentielle dans la pratique des régimes matrimoniaux et des successions: quels sont les moments déterminants sur lesquels se baser lors de la liquidation du régime matrimonial, lors du partage successoral et lors du calcul des droits des héritiers réservataires? Qui supporte les variations de valeur intervenant entre le jour du décès et celui du partage? Quels sont les moments déterminants pour l'évaluation des libéralités entre vifs? A qui reviennent les fruits naturels et civils? Dans la présente contribution, l'auteur examine ces questions et rend compte de la situation juridique à l'aide d'exemples.

The question of the relevant point in time for the valuation of assets is of crucial importance in matrimonial and inheritance law practice: which key dates have to be observed in the division of matrimonial property, in the division of an estate or in the calculation of forced heirship claims? Who is affected by changes in value between the day of death and the day of division? Which key dates are relevant for the valuation of intra vivos transfers? Who is entitled to natural and civil fruits/proceeds? In this article, the author explores these questions and explains the legal situation by means of examples?

Praxis, S. 241–253: Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2022 – ein Resümee

Pratique, p. 241–253: Droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2022 – un résumé

Practice, p. 241–253: Inheritance and gift tax law in 2022 – a summary

Andrea Opel

Der vorliegende Beitrag gibt einen (selektiven) Überblick über die Entwicklungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht im Jahr 2022. Dargelegt und gewürdigt werden die während der Berichtsperiode ergangene Judikatur und veröffentlichte Literatur. Im Rahmen eines Ausblicks erfolgt schliesslich eine erste Einordnung der Mitte 2022 lancierten Erbschaftssteuerinitiative der Juso.

Cette contribution donne un aperçu (sélectif) des nouveautés concernant le droit fiscal des successions et des donations pour l'année 2022. Elle présente de manière critique la jurisprudence et les publications de la doctrine pour l'année objet du présent rapport. Enfin, elle effectue une mise en perspective et une première classification de l'initiative relative à un impôt sur les successions lancée au milieu de l'année 2022 par la JS.

The present article provides a (selective) overview of the developments in inheritance and gift tax law in 2022. The case law and published literature during the reporting period are presented and commented. Finally, as part of an outlook, there is an initial assessment of the inheritance tax initiative launched by the young socialist party in mid-2022.

International, S. 266–274: Individual Retirement Accounts in der Nachlassabwicklung nach Schweizer Recht

**International, p. 266–274: Individual Retirement Accounts dans le règlement successoral
en droit suisse**

**International, p. 266–274: Individual retirement accounts in estate administration
according to Swiss law**

Natalie Peter/Sandra Gulich-Merrad

«Individual Retirement Accounts», sogenannte «IRAs», werden in den USA häufig in der Steuer- und Finanzplanung verwendet. Diese Pläne haben den Vorteil, dass sie im Todesfall ausserhalb des Erbrechts an frei bestimmbare Begünstigte übertragen werden können. Aus Schweizer Sicht sind die IRAs grundsätzlich mit der Säule 3a vergleichbar. Die Erbrechtsrevision bringt Klarheit darüber, dass Leistungen aus der Säule 3a und damit auch IRAs nicht in den Nachlass gehören, jedoch Teil der Pflichtteilsberechnungsmasse sind. Daran ist bei der Nachlassplanung und Abwicklung von Personen, die IRAs besitzen, zwingend zu denken, wenn böse Überraschungen vermieden werden sollen.

Des «Individual Retirement Accounts», dits «IRAs», sont souvent utilisés aux USA en planification fiscale et financière. En cas de décès, ces outils de planification ont l'avantage de pouvoir être transmis en dehors du droit des successions à des bénéficiaires déterminés librement. Du point de vue suisse les IRAs sont en principe comparables au pilier 3a. La révision du droit successoral apporte un élément de clarification en ce sens que les prestations du pilier 3a et par conséquent aussi les IRAs ne font pas partie de la succession, mais font bien partie de la masse de calcul des réserves. Il faut absolument avoir cela à l'esprit en cas de planification et de liquidation de la succession de personnes détentrices d'IRAs si l'on veut éviter de mauvaises surprises.

Individual retirement accounts, so-called IRAs, are commonly used in tax and financial planning in the USA. The advantage of these plans is that, in the event of death, they can be transferred to freely definable beneficiaries outside of inheritance law. From a Swiss perspective, IRAs are basically comparable to pillar 3a accounts. The revision of inheritance law clarifies that benefits from pillar 3a accounts and thus also from IRAs are not part of the estate, but are part of the compulsory portion calculation mass. In order to avoid nasty surprises, this should absolutely be considered in the estate planning and administration of individuals who own IRAs.

Schwerpunkt, S. 280–288: «Das Soziale» im Erbrecht: «unattraktive Nachlässe»? Auch eine Rezension zu LUKAS BÄRFUSS' «Vaters Kiste»

Focus, p. 280–288: Le droit des successions «social»: «successions peu attrayantes»?

Ainsi qu'un compte rendu concernant le livre de LUKAS BÄRFUSS «Vaters Kiste»

Focus, p. 280–288: «The social aspect» in inheritance law: «unattractive estates»?

Also a review of LUKAS BÄRFUSS' «Father's Box»

Peter Breitschmid

Grosse Nachlässe finden tendenziell grössere Aufmerksamkeit ... eine belletristische Neuerscheinung von Bärffuss («Vaters Kiste – eine Geschichte über das Erben») gibt Anlass, soziale Aspekte des Erbens zu reflektieren (was auch für den Revisionsgesetzgeber gilt): Für die Betroffenen ist auch ein kleiner Nachlass eine grosse Sache, und Haftungsrisiken sind möglicherweise noch grösser. Allgemeine Wohlstandskritik trifft bei richtiger Betrachtung aber nicht das Erbrecht und seine «Mechanik» an sich, denn Sachen überdauern den Menschen, und so bestehen – Universalsukzession! – Werte und Eigentum sinnvollerweise fort (soweit es sich nicht um Konsumschrott handelt); Erbrecht und Eigentum sind untrennbar verflochten; Steuerfolgen sollten nicht an den vielfach belasteten Vermögenstransfer im Todeszeitpunkt knüpfen, sondern das Vermögen laufend entsprechend der Leistungsfähigkeit belasten.

En général, il est prêté une plus grande attention aux grosses successions ... une publication littéraire récente de Bärffuss («Vaters Kiste – eine Geschichte über das Erben») offre l'opportunité (aussi pour le législateur chargé de modifier la loi) de réfléchir sur les aspects sociaux de l'héritage: pour les intéressés, un petit héritage n'est pas non plus une mince affaire et comporte potentiellement de plus grands risques de responsabilité. Pourtant, il apparaît après examen qu'une critique globale de l'opulence ne vise pas spécifiquement le droit des successions et sa «mécanique», car les choses perdurent au-delà de la vie des êtres humains, et donc, logiquement, valeurs et propriété persistent – succession universelle! – (à condition qu'il ne s'agisse pas de biens de consommation sans intérêt); droit des successions et propriété sont inextricablement enchevêtrés; des conséquences fiscales ne devraient pas être attachées au transfert patrimonial par décès déjà lourdement touché, mais devraient plutôt peser sur le patrimoine de manière constante et en fonction de ses performances.

Large estates tend to attract greater attention ... a new fictional publication by Bärffuss («Father's Box – a story about inheritance») gives reason to reflect on the social aspects of inheritance (which also applies to the legislator amending the law): to those affected, also a small estate is a big deal, and liability risks are potentially even greater. However, viewed correctly, general criticism of prosperity does not apply to inheritance law and its «mechanics» per se, because things outlive people, and so – universal succession! – valuables and property sensibly continue to exist (as long as they are no consumer waste); inheritance law and property are inextricably linked; tax consequences should not be linked to the multiply burdened transfer of assets at the time of death, but should instead be burdened on an ongoing basis according to economic capacity.

Schwerpunkt, S. 289–303: Der Willensvollstrecker de lege ferenda

Focus, p. 289–303: L'exécuteur testamentaire de lege ferenda

Focus, p. 289–303: The executor de lege ferenda

Hans Rainer Künzle

Der Vorentwurf zur Erbrechts-Revision und der Entwurf zur IPRG-Revision enthalten Vorschläge für die Überarbeitung von Art. 517 und 518 ZGB sowie Art. 92 IPRG. Der Beitrag überprüft und ergänzt das geltende Recht und diese Vorschläge im Lichte der Vernehmlassungen und der herrschenden Lehre und bewährten Praxis.

L'avant-projet relatif à la modification du droit des successions et le projet de modification de la LDIP comprennent des propositions de remaniement des art. 517 et 518 CC ainsi que de l'art. 92 LDIP. La présente contribution a pour objet d'examiner et de compléter le droit en vigueur et ces propositions à la lumière des consultations, de la doctrine dominante et de la pratique établie.

The preliminary draft of the inheritance law revision and the draft of the PILA revision contain proposals for the revision of Art. 517 and 518 SCC and Art. 92 of the PILA. The article reviews and supplements the current law and these proposals in the light of the consultations, prevailing doctrine and best practice.

Praxis, S. 304–317: Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2022

Pratique, p. 304–317 : Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2022

Practice, p. 304–317: Procedural case law of the Federal Supreme Court in inheritance matters 2022

Tarkan Göksu

Im Beitrag werden ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts zum Erbprozessrecht aus dem Jahr 2022 besprochen. Das Bundesgericht äusserte sich oftmals nur beiläufig zu Themen, welche für den Erbrechtsprozess von Bedeutung sind. Allerdings hat es vereinzelt auch durchaus praktisch wegleitende Erwägungen angestellt.

La présente contribution aborde des décisions choisies du Tribunal fédéral en matière de procédure successorale pour l'année 2022. Celui-ci ne s'est souvent prononcé que de manière fortuite sur des sujets d'importance pour le droit procédural successoral. Mais il a, ponctuellement, également émis des considérants déterminants pour la pratique.

The article discusses selected decisions on inheritance procedural law rendered in 2022 by the Federal Supreme Court. The Federal Supreme Court often only commented in passing on topics that are of importance for inheritance procedural law. However, isolated decisions also contain groundbreaking considerations regarding practice.

Praxis, S. 318–336: Erbrecht 2021–2023 – Rechtsprechung und Literatur

Pratique, p. 318–336 : Droit des successions 2021–2023 – Jurisprudence et doctrine

Practice, p. 318–336: Inheritance law 2021–2023 – case law and literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: In diesem Heft werden in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile sowie die in Fünferbesetzung ergangenen Urteile des Bundesgerichts resümiert; in Heft 1/2024 werden in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen sowie ausgewählte Entscheidungen kantonaler Gerichte vorgestellt und erschienenenes Schrifttum aufgeführt.

Cette contribution propose un regard rétrospectif exhaustif sur ce qui s'est fait en droit des successions pendant la période couverte par ce compte rendu : les décisions de principe du Tribunal fédéral ainsi que celles rendues à cinq juges seront résumées dans l'ordre chronologique dans ce numéro ; dans le numéro 1/2024, il sera traité par ordre thématique d'autres décisions choisies, publiées «seulement» sur le site du Tribunal fédéral, ainsi que de certaines décisions des tribunaux cantonaux et il y sera fait état des publications doctrinales.

The article provides a comprehensive review of what «has been going on» in terms of inheritance law in the reporting period: this issue summarizes in chronological order the key judgments as well as the judgments of the Federal Court issued as a five-member court; in issue 1/2024, selected additional decisions published «only» on the Federal Court website and selected decisions from cantonal courts will be presented and topical publications will be listed in a thematic structure.

Focus, p. 5–11 : Imputation des libéralités entre vifs : L'imputation de la libéralité réductible sur la réserve ou sur la quotité disponible

Schwerpunkt, S. 5–11: Anrechnung der lebzeitigen Zuwendungen: Anrechnung der herabsetzbaren Zuwendung an den Pflichtteil oder an die verfügbare Quote

Focus, p. 5–11: Imputation of gifts during lifetime: The imputation of the reducible gift against the forced heirship portion or against the available quota

Antoine Eigenmann

La question de l'imputation des libéralités entre vifs non rapportables est controversée. L'auteur estime que la systématique légale et la ratio legis imposent de les imputer sur la réserve et non sur la quotité disponible.

Die Frage der Anrechnung von lebzeitigen Zuwendungen, die der Ausgleichungspflicht nicht unterworfen sind, ist umstritten. Der Autor ist der Meinung, dass sich aus der Gesetzessystematik und der ratio legis eine Anrechnung an den Pflichtteil und nicht an die verfügbare Quote ergibt.

The question of imputing lifetime gifts that are not subject to the equalization requirement is controversial. The author is of the opinion that the legal system and the ratio legis suggest an imputation against the forced heirship portion and not against the available quota.

Schwerpunkt, S. 12–19: Die Erbvertragswidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen und von Zuwendungen unter Lebenden

Focus, p. 12–19 : Dispositions pour cause de mort et libéralités entre vifs inconciliables avec un pacte successoral

Focus, p. 12–19: The breach of an inheritance contract by testamentary dispositions and contributions inter vivos

Ayesha Curmally/Dennis Zingg

Wer sich durch einen Erbvertrag bindet oder bereits gebunden hat, muss aufgrund der erfolgten Beratung in der Lage sein einzuschätzen, welche Vermögensdispositionen infolge der erbvertraglichen Bindung anfechtbar sein könnten. Um Auslegungsschwierigkeiten und Konflikte zu vermeiden, sollten deshalb in einem Erbvertrag der Umfang und die Grenzen der erbvertraglichen Bindung und damit auch die zukünftige Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien präzise vereinbart werden. Dieser Beitrag setzt sich mit den Elementen des Art. 494 Abs. 3 ZGB auseinander und enthält Hinweise für die Beratung sowie Formulierungsvorschläge zur Bindungswirkung eines Erbvertrags und zum Vorbehalt von lebzeitigen Zuwendungen und letztwilligen Verfügungen.

La personne qui se lie ou est déjà liée par un pacte successoral doit, après consultation juridique, être en mesure d'apprécier quels actes de disposition relatifs à son patrimoine pourraient être attaquables en raison de l'engagement issu du pacte. C'est pourquoi il faudrait, afin d'éviter des difficultés d'interprétation et des conflits, que les parties définissent précisément dans le pacte successoral la portée et les limites de l'engagement issu du pacte et, partant, leur future liberté de disposer. Cette contribution traite des éléments de l'art. 494 a. 3 CC et fournit des recommandations pour le conseil juridique ainsi que des propositions de formules concernant la portée de l'engagement issu du pacte et la réserve des libéralités entre vifs et testaments.

Anyone who is entering into or is already bound by an inheritance contract must be able to assess, based on the advice received, which dispositions of assets could be contestable as a result of being bound by the inheritance contract. In order to avoid difficulties of interpretation and conflicts, the scope and limits of the binding nature of the inheritance contract, and thus also the future freedom of disposition of the contracting parties, should be precisely agreed upon in the inheritance contract. This article deals with the elements of Art. 494 para. 3 SCC and contains guidance on providing advice as well as suggestions for the wording of the binding effect of an inheritance contract and the proviso regarding lifetime donations and testamentary dispositions.

Praxis, S. 20–43: Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung 2022–2023

Pratique, p. 20–43 : Pratique actuelle concernant l'exécution testamentaire (2022–2023)

Practice, p. 20–43: Executorship – Current Practice 2022–2023

Hans Rainer Künzle

Im Jahresbericht 2022/2023 werden verschiedene Einzelfragen zum Willensvollstrecker behandelt, wobei folgende Themen von besonderer Bedeutung sind: (1) Die Annahme des Amtes kann nicht vor dem Ableben des Erblassers erfolgen; (2) der Willensvollstreckerausweis ist ein provisorischer Legitimationsausweis ohne materiell-rechtliche Wirkung; (3) die Aufsichtsbehörde kann keine Rückzahlung des Willensvollstrecker-Honorars oder einer Maklergebühr anordnen; (4) ein vereinbartes Honorar bleibt auch dann massgebend, wenn es vom Erblasser zu tief angesetzt wurde; (5) bei fehlender Einigung der Erben darf der Willensvollstrecker die Anlagestrategie des Erblassers vorläufig fortsetzen; (6) die Aufsichtsbehörde kann die Verfügungsbefugnis des Willensvollstreckers nicht individuell einschränken; (7) der Willensvollstrecker ist nicht aktiv zur Erbschaftsklage legitimiert; (8) das öffentliche Inventar schränkt die Kompetenzen des Willensvollstreckers von Gesetzes wegen ein; (9) ein Honorar-Vorbezug ist auch ohne Zustimmung der Erben zulässig, diese sollten aber darüber informiert werden; (10) das saudische Entrustment and Liquidation Center hat eine ähnliche Funktion wie ein Willensvollstrecker.

Dans le rapport annuel 2022/2023 sont traités divers points concernant l'exécuteur testamentaire, dont les suivants sont particulièrement importants : (1) l'acceptation de la mission confiée à l'exécuteur testamentaire ne peut avoir lieu avant le décès du *de cuius*; (2) le certificat attestant la qualité de l'exécuteur testamentaire est un certificat de légitimation provisoire sans effet quant au fond ; (3) l'autorité de surveillance ne peut prescrire le remboursement de la rémunération de l'exécuteur testamentaire ou d'une commission ; (4) une rémunération ayant fait l'objet d'un accord, même si elle a été sous-évalué par le *de cuius*, continue de s'appliquer ; (5) en cas de désaccord entre les héritiers, il est permis à l'exécuteur testamentaire de poursuivre provisoirement la stratégie de placement du *de cuius*; (6) l'autorité de surveillance ne peut limiter de manière individuelle le pouvoir de l'exécuteur testamentaire de disposer des biens successoraux ; (7) l'exécuteur testamentaire n'a pas la légitimation active pour ouvrir une action en pétition d'hérédité ; (8) l'inventaire public limite de plein droit les compétences de l'exécuteur testamentaire ; (9) une avance sur la rémunération, même sans l'accord des héritiers, est licite, mais il faudrait que ceux-ci en aient été informés ; (10) l'Entrustment and Liquidation Center saoudien remplit une fonction similaire à celle d'un exécuteur testamentaire.

The 2022/2023 annual report deals with various individual questions regarding the executor, the following topics being of particular relevance: (1) acceptance of the office cannot take place before the death of the testator; (2) the executor's certificate is a provisional identification card with no substantive legal effect; (3) the supervisory authority cannot order the refund of the executor's fee or of a brokerage fee; (4) an agreed fee remains relevant even if it was set too low by the testator; (5) if the heirs do not reach an agreement, the executor may temporarily continue the testator's investment strategy; (6) the supervisory authority cannot individually restrict the executor's power of disposal; (7) the executor is not actively legitimized to file an inheritance claim; (8) the public inventory restricts the powers of the executor by law; (9) an advance draw-down of fees by the executor is also permissible without the consent of the heirs; they should, however, be informed; (10) the Saudi Entrustment and Liquidation Center has a similar function to that of an executor.

Praxis, S. 44–115: Erbrecht 2021–2023 – Rechtsprechung und Literatur

Pratique, p. 44–115 : Droit des successions 2021–2023 – Jurisprudence et doctrine

Practice, p. 44–115: Inheritance law 2021–2023 – case law and literature

Paul Eitel/Felix Horat

Der Beitrag orientiert im Sinne eines umfassenden Rückblicks über das, was sich in der Berichtsperiode «erbrechtlich getan» hat: Nachdem in Heft 4/2023 in chronologischer Reihenfolge die ergangenen Leiturteile des Bundesgerichts resümiert wurden, werden in diesem Heft in thematischer Gliederung ausgewählte weitere, «nur» auf der Website des Bundesgerichts veröffentlichte Entscheidungen sowie ausgewählte Entscheidungen kantonaler Gerichte und das erschienene Schrifttum vorgestellt.

Cet article, au moyen d'un regard rétrospectif et large, donne des indications sur ce qui s'est fait, en droit des successions, pendant la période du présent compte-rendu : dans le numéro 4/2023 sont résumées dans un ordre chronologique les décisions de principe du Tribunal fédéral, et dans ce numéro seront présentées dans un ordre thématique d'autres décisions choisies de celui-ci, uniquement publiées sur son site, une sélection de décisions de tribunaux cantonaux et les publications doctrinales.

This article provides a comprehensive retrospective of what has happened in the period concerning succession law. In the last issue, number 4/2023, the published cases of the Federal Supreme Court are summarized in chronological order; in this issue some selected other cases of the Federal Supreme Court are introduced, which are published «only» on the website of the court, along with selected decisions of cantonal courts and the published literature.