

# successio

Zeitschrift für Erbrecht /  
Revue de droit des successions

Nr. 3/14

Nachlassplanung und -abwicklung  
[www.successio.ch](http://www.successio.ch)

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

**praxis:** Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich |  
Erbrecht 2011–2013 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur

**rechtsprechung:** Surprenant peut-être, mais pas invalide pour autant  
ATF 5A\_323/2013 | Vorerst keine provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung  
gegen einen Erben für eine von diesem anerkannte Schuld des Erblassers  
BGE 5A\_40/2013

**successio** – Zeitschrift für Erbrecht / Revue de droit des successions / Succession Quarterly Review  
Nachlassplanung und -abwicklung  
[www.successio.ch](http://www.successio.ch)

8. Jahrgang Heft 3/14

## 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 Rumo-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), lic. iur., Zürich  
Prof. Dr. iur. Hans Rainer Künzle, Rechtsanwalt, KENDRIS AG, Zürich  
Patrick Burgy, lic. iur., Partner, KPMG AG, St. Gallen/Zürich

## Erscheinungsart

4-mal jährlich

## Preise

Abonnementspreis: CHF 250.–  
Mitglieder Verein «Successio»: CHF 225.–  
Studenten: CHF 125.–  
Einzelpreis: CHF 65.–

## Anzeigenverkauf und -beratung

Publicitas Publimag AG  
Mürtschenstrasse 39, Postfach  
8010 Zürich (Switzerland)  
Tel.: +41 44 250 31 31  
Fax: +41 44 250 31 32  
[service@publimag.ch](mailto:service@publimag.ch)  
[www.publicitas.ch/publimag](http://www.publicitas.ch/publimag)

## Verlag und Abonnementsverwaltung

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach  
8022 Zürich (Switzerland)  
Tel.: +41 44 200 29 19  
Fax: +41 44 200 29 08  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)  
E-Mail: [successio@schulthess.com](mailto:successio@schulthess.com)  
ISSN 1662-2650

Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn nicht spätestens acht Wochen vor Ende des Bezugszeitraums schriftlich gekündigt wird.

Studierende legen bitte eine Kopie ihrer Legitimationskarte bei.

## successio Heft 3/14

### Compact

Zusammenfassungen für die Schnell-  
leserin und den Schnellleser 196



### Schwerpunkt / Focus

Thomas Sutter-Somm/Benedikt Seiler  
Die inter partes-Wirkung der erbrecht-  
lichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte  
Probleme 198



### Praxis / Pratique

Harold Grüninger  
Aktuelles aus dem Stiftungs- und  
Gemeinnützigkeitsbereich 212

Paul Eitel/Felix Horat  
Erbrecht 2011–2013 – Rechtsprechung,  
Gesetzgebung, Literatur 226



### Rechtsprechung / Jurisprudence

Paul-Henri Steinauer  
Surprenant peut-être,  
mais pas invalide pour autant  
ATF 5A\_323/2013 272

Michael Nonn  
Vorerst keine provisorische Rechtsöffnung  
in der Betreuung gegen einen Erben  
für eine von diesem anerkannte Schuld  
des Erblassers  
BGE 5A\_40/2013 275

## **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 Erb Stiftungen, 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<sup>ème</sup> 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





# Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme

Thomas Sutter-Somm\*/Benedikt Seiler\*\*

## Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitende Bemerkungen
- II. Grundsätze der Ungültigkeitsklage
  - 1. Zweck der Ungültigkeitsklage
  - 2. Sachlegitimation
    - a) Aktivlegitimation
    - b) Passivlegitimation
  - 3. Prozessuale Aspekte
- III. Inter partes-Wirkung im Besonderen
  - 1. Inter partes-Wirkung als Ausnahme bei Gestaltungsentscheiden
  - 2. Rechtsprechung des Bundesgerichts
  - 3. Konsequenzen der inter partes-Wirkung
    - a) Problemstellung
    - b) Literatur
    - c) Stellungnahme anhand unterschiedlicher Konstellationen/Fallbeispiele
    - d) Ungültigkeit einer Erbeinsetzung im Besonderen
      - (1) Quotenerbeinsetzung
      - (2) Erbeinsetzung mit Zuweisung eines bestimmten Vermögenswertes
    - e) Ungültigkeit eines Vermächnisses im Besonderen

## IV. Fazit

### I. Einleitende Bemerkungen

Literatur und Rechtsprechung sind sich weitgehend einig darüber, dass der gutheissende Entscheid über eine erbrechtliche Ungültigkeitsklage (Art. 519 ff.

ZGB) nur Wirkungen zwischen den Prozessparteien entfaltet (sog. inter partes-Wirkung)<sup>1</sup>.

Ein nur zwischen den Prozessparteien wirkendes Gestaltungsurteil hat jedoch eine Reihe von Folgeproblemen zur Konsequenz. So ist in der Literatur und vor allem in der Rechtsprechung einerseits nicht klar, ob die Rechtswirkungen eines Ungültigkeitsurteils generell auf die Prozessparteien beschränkt sind oder ob es allenfalls auch Fälle gibt, in denen dem Ungültigkeitsurteil gleichwohl erga omnes-Wirkung zukommen muss. Andererseits besteht Unklarheit darüber, was der Umstand, dass einem Gestaltungsentscheid lediglich inter partes-Wirkung zukommt, im Einzelnen genau bedeutet bzw. was für weitere Konsequenzen aus dieser eingeschränkten Urteilswirkung zu ziehen sind. Im Folgenden soll – nach einer kurzen Darstellung der grundlegenden Eigenschaften dieses Rechtsinstituts – diesen Problempunkten nachgegangen und insbesondere anhand von unterschiedlichen Einzelfällen Stellung genommen werden.

### II. Grundsätze der Ungültigkeitsklage

#### 1. Zweck der Ungültigkeitsklage

Art. 519 ff. ZGB sieht die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen zufolge mangelnder Verfügungsfähigkeit des Erblassers (Art. 467 f. ZGB), Willensmängel (Art. 469 ZGB), Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) sowie Formmängel (Art. 520 f. ZGB) vor. Entsprechend dem Grundsatz des favor testamenti gilt im Schweizer Erbrecht, dass mangelhafte Verfügungen von Todes wegen lediglich anfechtbar sind. Unterbleibt die Anfechtung mittels Ungültigkeitsklage, so bleibt die mit einem Mangel behaftete Verfügung gültig<sup>2</sup>.

\* Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm ist Ordinarius für Zivil- und Zivilprozessrecht an der Universität Basel.

\*\* Dr. iur. Benedikt Seiler ist wissenschaftlicher Assistent, Lehrbeauftragter und Habilitand an der Universität Basel. Die Autoren danken Herrn Prof. Dr. Roland Fankhauser für die Diskussionen im Zusammenhang mit den aufgeworfenen Fragen.

1 Zu dieser Rechtsprechung vgl. hinten III.2.

2 Statt vieler DANIEL ABT, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011 (PraxKomm Erbrecht), Art. 519 N 1.

Die Ungültigkeitsklage gibt somit jedem Erben oder Bedachten die Möglichkeit, Verfügungen von Todes wegen, welche nicht im Einklang mit den gesetzlichen Erfordernissen stehen, anzufechten. Wird dies unterlassen, so kann somit selbst eine rechtswidrige Verfügung wirksam werden, sofern der Mangel nicht derart ausgeprägt ist, dass ausnahmsweise Nichtigkeit angenommen werden muss<sup>3</sup>.

## 2. Sachlegitimation

### a) Aktivlegitimation

Gemäss Art. 519 Abs. 2 ZGB kann die Ungültigkeitsklage von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse<sup>4</sup> daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde. Dies gilt entsprechend dem Verweis in Art. 520 Abs. 3 ZGB auch bei Formmängeln, stellt also in allen Fällen der Ungültigkeit eine Legitimationsvoraussetzung dar. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht keine aktiv notwendige Streitgenossenschaft. Jede Person, die ein Interesse im Sinne von Art. 519 Abs. 2 ZGB geltend machen kann, ist selbstständig zur Erhebung der Ungültigkeitsklage legitimiert.

### b) Passivlegitimation

Die Ungültigkeitsklage ist gegen die Personen zu richten, die aus der angefochtenen Verfügung zum Nachteil des Klägers Vorteile erbrechtlicher Art ziehen. Passivlegitimiert ist also, wer ein Interesse an der Aufrechterhaltung der betreffenden Verfügung hat<sup>5</sup>. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht auch hier grundsätzlich keine passiv notwendige Streitgenossenschaft.

Das Fehlen einer notwendigen Streitgenossenschaft stellt im Zusammenhang mit Gestaltungs-klagen eine Ausnahme dar<sup>6</sup>. Der Umstand, dass bei der Ungültigkeitsklage weder auf der Aktiv- noch auf der Passivseite eine notwendige Streitgenossenschaft besteht, führt denn auch dazu, dass der Un-

gültigkeitsklage lediglich inter partes-Wirkung zukommt<sup>7</sup>. Die Gründe, welche die Rechtsprechung zu dieser Ausnahme bewogen, sind somit letztlich dieselben, weshalb der Ungültigkeitsklage lediglich inter partes-Wirkung zukommen soll. Die Möglichkeit zur selbstständigen Geltendmachung der Ungültigkeit entspricht der inter partes-Wirkung des Ungültigkeitsurteils<sup>8</sup>.

Ausnahmsweise wird das Vorliegen einer passiv notwendigen Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) jedoch angenommen, wenn der Gegenstand der angefochtenen Verfügung von Todes wegen eine «unteilbare Einheit» bildet. Dies wurde vom Bundesgericht für eine Konstellation bejaht, in welcher sich die Ungültigkeitsklage gegen einen Vermächtnisvertrag<sup>9</sup> richtete, durch den der Erblasser sein Landgut einem Dritten vermacht und sich dieser im Gegenzug dazu verpflichtet hat, den Erben einen bestimmten Betrag zu bezahlen. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Ungültigkeitsklage in diesem Fall im Sinne einer notwendigen Streitgenossenschaft sowohl gegen den Vermächtnisnehmer bzw. Vertragspartner als auch gegen alle Miterben zu richten sei, sofern diese nicht bereits auf der Klägersseite am Prozess beteiligt sind (oder im Voraus erklären, das Urteil für sich gelten zu lassen, sog. Abstandserklärung)<sup>10</sup>. Streng genommen handelt es sich hierbei nicht um eine passive notwendige Streitgenossenschaft im klassischen Sinne. Vielmehr handelt es sich um die gleiche Konstellation, wie bei der erbrechtlichen Teilungsklage nach Art. 604 Abs. 1 ZGB oder bei der Statusklage gemäss Art. 256 Abs. 2 ZGB. In Fällen, in denen die Klage eines Einzelnen möglich ist, aber alle anderen Beteiligten am Prozess auf der Aktiv- oder Passivseite aus Gründen einer umfassenden Rechtskraft des Urteils am Prozess teilnehmen müssen, ist die Bezeichnung

3 Eingehend zu den Fällen, in denen ausnahmsweise Nichtigkeit angenommen wird, vgl. insbes. PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-ABT, Art. 519 N 2 ff.; HANS MICHAEL RIEMER, Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge, Unter Art. 20 OR fallende und weitere Tatbestände bei Verfügungen von Todes wegen, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 245 ff.

4 Dabei muss es sich um ein erbrechtliches Interesse handeln, wie die präzisere französische Fassung des Gesetzestextes zum Ausdruck bringt («L'action peut être intentée par tout héritier ou légataire intéressé»), vgl. hierzu BGER. 5C.163/2003 vom 18. September 2003 (E. 2.1).

5 BGE 96 II 79, 99 f. (E. 9.b).

6 Vgl. hierzu hinten III.1.

7 DANIEL ABT, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anwaltsrevue 2013, S. 266 ff., S. 268.

8 PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-ABT, Art. 519 N 56; DANIEL ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2002, S. 60. Zur Darstellung dieser Rechtsprechung vgl. hinten III.2.

9 Zum Vermächtnisvertrag vgl. EDGAR SCHÜRMAN, Der Vermächtnisvertrag nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Diss. Basel 1987.

10 BGE 97 II 201, 205 (E. 3) mit Verweis auf BGE 89 II 429 ff. Ebenso Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 1. Juli 1992, in: RVJ 2005, S. 320 ff. (E. 3.b); ABT, Ungültigkeitsklage (Anm. 8), S. 61; PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-ABT, Art. 519 N 66; CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012, Rz. 15.



«prozessrechtlich notwendige Streitgenossenschaft» treffender<sup>11</sup>.

Diese Ausnahme ist für die vorliegende Thematik von Relevanz: Sind alle Personen, welche an der Aufhebung bzw. Aufrechterhaltung der angefochtenen Verfügung ein Interesse haben, beteiligt, so ist die Besonderheit der inter partes-Wirkung stark zu relativieren, da eben grundsätzlich alle am Rechtsverhältnis materiell beteiligten Personen am Prozess beteiligt sein müssen und folglich auch von den Urteilswirkungen erfasst werden<sup>12</sup>.

### 3. Prozessuale Aspekte

Seit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 ist der Erbrechtsprozess weitgehend geregelt durch die Bestimmungen des ZGB sowie der ZPO<sup>13</sup>. Allerdings enthält die ZPO kaum explizite Vorschriften zum Erbrecht wie Art. 28 ZPO betreffend die örtliche Zuständigkeit<sup>14</sup>. Mangels anderweitiger Anordnungen wird der Erbrechtsprozess grundsätzlich durch den Dispositions- (Art. 58 Abs. 1 ZPO) und Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) geprägt.

Auch in erbrechtlichen Verfahren gilt weitgehend das Schlichtungsobligatorium gemäss Art. 197 ZPO. Davon ausgenommen sind insbesondere jene Fälle, in welchen das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt<sup>15</sup>, also für die Fälle gemäss Art. 249 Bst. b ZPO, für den Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie für vorsorgliche Massnahmen (Art. 248 Bst. d ZPO).

In erbrechtlichen Streitigkeiten gilt – abgesehen von Nachlässen mit einem Wert von unter 30000 Franken<sup>16</sup> sowie dem Rechtsschutz in klaren Fällen<sup>17</sup> – das ordentliche Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO. Die Berechnung des Streitwerts erfolgt nach den Grundsätzen von Art. 91 ff. ZPO.

Eine wichtige Bestimmung stellt vorliegend Art. 64 Abs. 2 ZPO dar. Zur Wahrung der Verwirklichungsfrist nach Art. 521 ZGB muss die Ungültigkeits-

klage fristgemäss rechtshängig i.S.v. Art. 62 Abs. 1 ZPO gemacht werden, was grundsätzlich die fristgemässe Einreichung eines entsprechenden Schlichtungsgesuchs erfordert. Hinsichtlich der weiteren Besonderheiten, welche sich im Erbrechtsprozess unter der neuen ZPO ergeben, sei auf eine frühere Publikation verwiesen<sup>18</sup>.

## III. Inter partes-Wirkung im Besonderen

### 1. Inter partes-Wirkung als Ausnahme bei Gestaltungsentscheiden

Ein gutheissendes, rechtskräftiges Gestaltungsurteil entfaltet grundsätzlich erga omnes-Wirkung, also Wirkung gegenüber jedermann<sup>19</sup>. Wird etwa eine Ehe geschieden, so werden auch nicht am Prozess beteiligte Dritte, z.B. Kinder im Hinblick auf die spätere erbrechtliche Situation (Art. 120 Abs. 3 ZGB), von dieser veränderten Rechtslage erfasst. Das rechtskräftige Scheidungsurteil bewirkt, dass die Parteien nun gegenüber jedermann als geschieden gelten. Gleichsam wirkt der Entscheid, welcher die Klage auf Auflösung der Gesellschaft gemäss

11 Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/MARCO CHEVALIER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, in: *successio* 1/2007, S. 20 ff., S. 30, Anm. 100 mit Hinweis auf die deutsche Lehre.

12 Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Anm. 10), Rz. 15; DANIEL ABT, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Anwaltsrevue* 2013, S. 266 ff., S. 267.

13 Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist der Anwendungsbereich der ZPO jedoch auf gerichtliche Angelegenheiten beschränkt, vgl. Art. 1 Bst. b ZPO.

14 Zwei weitere «erbrechtliche» Bestimmungen finden sich in Art. 249 Bst. c und Art. 269 Bst. b ZPO.

15 Art. 198 Bst. a ZPO.

16 Vgl. Art. 243 Abs. 1 ZPO.

17 Vgl. Art. 248 Bst. b ZPO.

18 THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, in: *successio* 2013, S. 354 ff.

19 Statt vieler MARC WEBER, in: Karl Spühler/Luca Tencio/Dominik Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013 (BSK ZPO), Art. 87 N 7. Nach einer Mindermeinung ist zu unterscheiden zwischen materieller Rechtskraft und Gestaltungswirkung, wobei erstere stets, also auch bei Gestaltungsurteilen, generell nur inter partes wirke (vgl. ISAAK MEIER/MIGUEL SOGO, *Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zürich 2010, S. 218; MIGUEL SOGO, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007, S. 216 ff. und S. 232 ff.; PAUL OBERHAMMER, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar (KUKO ZPO)*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 87 N 5 f.; vgl. auch WALTHER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990, Rz. 503, anders aber Rz. 358). Das Bundesgericht nimmt diese Unterscheidung nicht vor, vgl. BGE 136 III 123, 127 f. (E. 4.4.1); BGE 81 II 33, 36 (E. 3); BGer. 5A\_134/2013 vom 23. Mai 2013 (E. 5.1); BGer. 5A\_89/2011 vom 1. September 2011 (E. 2.1.2), wo jeweils allgemein festgehalten wird, dass das Ungültigkeitsurteil nur zwischen den Prozessparteien wirke. U.E. ist diese Unterscheidung im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzulehnen. Für die vorliegenden Fragestellungen hat diese Problematik jedoch keine Relevanz.



Art. 545 Ziff. 7 OR gutheisst, insofern erga omnes, als die Gesellschaft mit Wirkung gegenüber jedermann aufgelöst wird<sup>20</sup>. Bei Gestaltungsclagen, die auf die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind, welches mehrere Personen umfasst und damit mit Wirkung für bzw. gegen alle modifiziert werden soll, müssen grundsätzlich alle am Rechtsverhältnis materiell beteiligten Personen in den Prozess einbezogen werden, entweder auf Kläger- oder Beklagenseite. Es liegt eine notwendige Streitgenossenschaft vor<sup>21</sup>.

Nur ausnahmsweise wirken Gestaltungsurteile nur zwischen den am Prozess beteiligten Parteien (inter partes-Wirkung). Eine solche Ausnahme wird für die gutgeheissene oder abgewiesene erbrechtliche Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage oder auch bei einer abgewiesenen (nicht einer gutgeheissenen) aktienrechtlichen Anfechtungsklage nach Art. 706 OR angenommen<sup>22</sup>. Nachfolgend wird die Rechtsprechung, welche diese Ausnahme für die Ungültigkeitsklage begründet hat, näher dargestellt.

## 2. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1914 festgehalten, dass ein Urteil über eine erbrechtliche Ungültigkeitsklage lediglich inter partes-Wirkung entfalten könne und das ungültige Testament für die anderen, nicht am Prozess beteiligten Personen, aufrecht erhalten bleiben würde. Diese Feststellung wurde im Zusammenhang mit der Streitwertberechnung getroffen, wobei das Bundesgericht Folgendes ausführte: «(...) *mais cette nullité, si elle était prononcée, ne pourrait déployer ses effets que partiellement et à l'égard des recourants seuls (...). De même qu'il est loisible à des héritiers légaux de laisser un testament nul déployer ses effets à l'égard d'une partie des bénéficiaires qui y sont indiqués, de même le jugement qui sera rendu en la cause ne pourra produire d'effets qu'à l'égard*

*de ceux qui l'auront provoqué*»<sup>23</sup>. Abgesehen von der Betonung der Freiheit der gesetzlichen Erben, ein ungültiges Testament unangefochten und damit wirksam werden zu lassen, erfolgte keine eigentliche Begründung der inter partes-Wirkung.

Eine Begründung, weshalb die Wirkung des Ungültigkeitsentscheidungs auf die Prozessparteien beschränkt sein müsse, findet sich in einem zweiten, nur vier Jahre später ergangenen Entscheid. In diesem Fall war die Ungültigkeitsklage nur gegen einzelne Bedachte eines zufolge mangelnder Testierfähigkeit ungültigen Testaments gerichtet. Das Bundesgericht führte Folgendes aus: «*Da auch die von einem verfügungsunfähigen Erblasser errichtete letztwillige Verfügung nach dem System des ZGB nicht schlechthin nichtig, sondern lediglich anfechtbar ist und das Vorliegen eines blossen Anfechtungsgrundes feststellende Urteil nach allgemeinen Grundsätzen Rechtskraft nur gegenüber denjenigen Personen zu erlangen vermag, gegen die es ergangen ist, kann demnach durch die Gutheissung der Klage gegen die Beklagten (...) das angefochtene Testament (...) nicht in seiner Gesamtheit, sondern nur in Bezug auf die Zuwendungen an die Genannten aufgehoben werden. In allen übrigen Punkten, d.h. in Bezug auf die weiteren darin ausgesetzten Vermächtnisse bleibt es vor der Hand aufrecht. Die von einzelnen Kommentatoren vertretene abweichende Ansicht mag für das gemeine Recht zutreffen, wo die Erbeseinsetzung einen notwendigen Bestandteil des Testamentes bildete und ihre Ungültigkeit daher auch diejenige aller anderen darin enthaltenen Anordnungen nach sich zog, für das ZGB, welchem ein solches Abhängigkeitsverhältnis fremd ist, kann sie nicht als richtig anerkannt werden, wie sie denn auch im Texte des Gesetzes keinerlei Stütze findet*»<sup>24</sup>.

Eine ähnliche Begründung findet sich in einem dritten Entscheid aus dem Jahre 1931, wo die Ungültigkeitsklägerin ein zufolge Formmangel ungültiges Testament anfocht, dabei aber nicht alle darin Begünstigten ins Recht fasste. Dieses Vorgehen wurde vom Bundesgericht erneut ausdrücklich als zulässig bezeichnet, wobei es betonte, dass dies zur Konsequenz habe, dass das Urteil nur zwischen den Prozessparteien wirke. Weiter wies das Bundesgericht darauf hin, dass das Gesetz keine Bestimmung enthalte, welche denjenigen, der die Gültigkeit eines Testaments bestreite, verpflichte, alle diejenigen gleichzeitig einzuklagen, welchen das Testament Rechte verleiht: «(...) *mais une telle solution ne s'expliquerait pas dans le système du code civil où (...) les circonstances énoncées à l'art. 505 CC ne*

20 Vgl. BGE 106 II 226 ff.

21 WEBER, BSK ZPO (Anm. 19), Art. 87 N 7; ROGER MORF, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 70 N 9 f. Aus der älteren Literatur vgl. etwa RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997.

22 Vgl. etwa WEBER, BSK ZPO (Anm. 19), Art. 87 N 7; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Basel 2012, Rz. 555; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, § 24, Rz. 15; jeweils mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

23 BGE 40 II 190, 192.

24 BGE 44 II 107, 116 f.



*rendent pas le testament radicalement nul, mais autorisent seulement à en demander l'annulation. Si l'action apparaît ainsi comme recevable, il n'en reste pas moins, à raison de la nature de l'action et en vertu d'un principe général de procédure, que le jugement qui interviendra ne sera pas, contrairement à l'opinion de la Cour de Justice civile, opposable aux autres intéressés (...), solution également justifiée d'un point de vue pratique, car on ne voit pas pourquoi le demandeur, l'héritier légal par exemple, ne pourrait pas se borner à conclure à l'annulation d'une partie seulement des dispositions testamentaires»<sup>25</sup>.*

In BGE 81 II 33 bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung unter Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur erneut. Diese Rechtsprechung «kann sich vor allem auf die Erwägung stützen, dass es im Belieben der Beteiligten steht, ob und allenfalls wieweit sie eine letztwillige Verfügung gelten lassen wollen. Im Unterschied etwa zu Klagen, die den Familienstand betreffen, kommt bei der Klage auf Ungültigkeitserklärung eines Testaments kein öffentliches Interesse in Betracht, das verlangen würde, dass das die Klage gutheissende Urteil gegenüber jedermann wirke»<sup>26</sup>.

Es kann also festgehalten werden, dass der Grund, weshalb das Bundesgericht eine inter partes-Wirkung favorisiert, primär darin liegt, dass es im Belieben der zur Ungültigkeitsklage Legitimierten steht, ob und allenfalls in welchem Umfang sie eine Verfügung von Todes wegen unangefochten und somit gelten lassen wollen. Weiter führte das Bundesgericht zum ersten Mal dieser Begründung an, dass überdies kein öffentliches Interesse in Betracht komme, welches verlangte, dass das Ungültigkeitsurteil erga omnes wirke.

In neueren publizierten sowie unpublizierten Entscheidungen hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt, jedoch ohne weitere Ausführungen zum Zweck oder den Konsequenzen der inter partes-Wirkung<sup>27</sup>.

Insbesondere hinsichtlich des ersten Arguments ist dem Bundesgericht beizupflichten. Möchte etwa ein gesetzlicher Erbe aus Pietät gegenüber dem Erblasser die Verfügung unangefochten (und damit wirksam) lassen, so ist dies sein Recht, unabhängig

von anderen, klagewilligen Erben. Das Recht weiterer Klagelegitimierter zur Anfechtung wird dadurch nicht beschnitten. Der Kläger hat es in der Hand, seine Anfechtung insofern zu beschränken, als die Ungültigkeit nur gegenüber den von ihm ins Recht gefassten Passivlegitimierten herbeigeführt wird. Würde das Ungültigkeitsurteil erga omnes wirken, so wäre der Kläger oft faktisch genötigt, auf die Anhebung der Klage zu verzichten, um die Verfügung nicht gegenüber jedwelchen Personen zu Fall zu bringen<sup>28</sup>.

Wie bereits erläutert<sup>29</sup>, besteht für diese Ausnahme von der erga omnes-Wirkung der Gestaltungsklagen eine Art Gegen Ausnahme, welche ebenfalls von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt wurde: Hat die angefochtene Verfügung eine unteilbare Einheit zum Gegenstand, so besteht eine passive (bzw. prozessrechtlich) notwendige Streitgenossenschaft, womit sich die Problematik der inter partes-Wirkung im Ergebnis stark relativiert bzw. sich gar nicht erst stellt.

### 3. Konsequenzen der inter partes-Wirkung

#### a) Problemstellung

Die zuvor dargestellte Rechtsprechung hält die Beschränkung der Wirkung in personeller Hinsicht von Ungültigkeitsurteilen fest. Ihr kann allerdings nicht entnommen werden, was diese besondere Urteilswirkung im Einzelnen für Konsequenzen hat. Dieses Problem sei an folgenden Beispielen dargestellt und erläutert:

(1) Einer von mehreren Erben ist mit der Einsetzung eines Willensvollstreckers nicht einverstanden und lässt die entsprechende Verfügung mit Erfolg für ungültig erklären. Erlischt das Willensvollstreckerman dat nur gegenüber dem klagenden Erben, während es gegenüber den am Prozess nicht Beteiligten bestehen bleibt?

(2) Einer von mehreren Erben ficht mit Erfolg eine testamentarische Teilungsregel an, wonach einem anderen Erben ein Bild zukommen sollte. Ist diese Teilungsregel von den nicht am Ungültigkeitsprozess beteiligten Erben weiterhin zu beachten, während sie für die Prozessparteien nicht mehr gilt?

(3) Einer von zwei gesetzlichen Erben lässt das Testament, mit dem eine Drittperson zum Alleinerben

25 BGE 57 II 150, 152 (E. 1). Bestätigt in BGE 78 II 181, 183 (E. b).

26 BGE 81 II 33, 36 (E. 3).

27 BGE 136 III 123, 127 (E. 4.4.1); BGer. 5A\_134/2013 vom 23. Mai 2013 (E. 5.1.1); BGer. 5A\_89/2011 vom 1. September 2011 (E. 2.1.2); BGer. 5A\_727/2009 vom 5. Februar 2010 (E. 4.3).

28 In diesem Sinne ABT, Ungültigkeitsklage (Anm. 8), S. 169 f.; ROLF RASCHEIN, Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1954, S. 84.

29 Vgl. vorne II.2.b.

berufen wurde, für ungültig erklären. Erhält der anfechtende gesetzliche Erbe nun die gesamte Erbschaft oder lediglich die Hälfte, da die Ungültigkeit grundsätzlich die Anwendung der gesetzlichen Erbfolge zur Konsequenz hat?

(4) Der Erblasser wendet einer Stiftung einen Vermögensvorteil im Sinne eines Vermächnisses zu. Das Vermächtnis beschwert die drei gesetzlichen Erben des Erblassers. Einer dieser drei lässt diese erblasserische Anordnung für ungültig erklären. Ist damit das Vermächtnis vollumfänglich für ungültig erklärt worden und erhält die Stiftung daher nichts oder bleiben die beiden anderen, nicht am Prozess beteiligten gesetzlichen Erben mit dem Vermächtnis beschwert? Falls ja, in welchem Umfang?

## b) Literatur

In der Literatur finden sich nur wenige Hinweise zur Lösung der dargestellten Problemfälle. Insbesondere in der neueren Standardliteratur zum Erbrecht (sowie zum Zivilprozessrecht) beschränken sich die Aussagen vorwiegend auf das Vorliegen der inter partes-Wirkung<sup>30</sup>, während sich die ältere

Lehre meistens noch mit der Grundsatzfrage auseinandersetzt, ob der Ungültigkeitsklage inter partes-Wirkung zukommen soll oder nicht<sup>31</sup>.

Vereinzelt finden sich jedoch auch nähere Ausführungen zu den Konsequenzen der inter partes-Wirkung. So vertritt GULDENER zunächst ebenfalls die Auffassung, dass die durch gutheissendes Ungültigkeitsurteil verfügte Rechtsgestaltung nur im Verhältnis zwischen den Prozessbeteiligten eintritt, während es gegenüber weiteren Bedachten bei den Anordnungen der Verfügung bleibt<sup>32</sup>. Einschränkend bzw. präzisierend fügt er an, dass dem Bundesgericht jedoch zu widersprechen sei, wonach sich die Rechtskraft des Urteils auf die Prozessparteien beschränke, denn das Urteil sei auch für Dritte massgebend, soweit die im Verhältnis zu den Prozessparteien eingetretene Rechtsänderung für sie von Bedeutung ist. Verdeutlicht wird dies an einem Beispiel: Hat der gesetzliche Erbe A gegen den eingesetzten Erben B mit seiner Ungültigkeitsklage obsiegt, so sei der weitere eingesetzte Erbe C, auch wenn er nicht am Prozess beteiligt war, mit der Behauptung ausgeschlossen, sein Miterbe sei B. Die durch Urteil verfügte Rechtsänderung sei von jedermann zu beachten, nur greife die Rechtsgestaltung nicht auf Rechtsverhältnisse über, die nicht Gegenstand des Urteils waren (so etwa hinsichtlich der Stellung des C als eingesetzten Erben). Die Ungültigerklärung sei auch für die Erbschaftsgläubi-

30 JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 12, Rz. 57; ROLANDO FORNI/GIORGIO PIATTI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 4. Aufl., Basel 2011 (BSK ZGB II), Art. 521 f. N 30; ROLAND FANKHAUSER, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 2. Aufl., Art. 457–640 ZGB, Zürich/Basel/Genf 2012 (CHK ZGB), ZGB 519 N 7; PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-ABT, Art. 519 N 74; JEAN GUINAND/MARTIN STETTNER/AUDREY LEUBA, Droit des successions, 6. Aufl., Zürich 2005, S. 197, Rz. 415; ANTOINE EIGENMANN, in: Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller (Hrsg.), Commentaire du droit des successions, Commentaire Stämpfli, Bern 2012, Art. 519 N 31; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, § 67, Rz. 13; BRÜCKNER/WEIBEL (Anm. 10), Rz. 12; SUSANNE MARXER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2011 (Handkomm ZGB), Art. 520 N 3; HAROLD GRÜNINGER, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012 (KUKO ZGB), Art. 519 N 4; FRANÇOIS BOHNET, Actions civiles, Conditions et conclusions, commentaire pratique, Basel 2013, § 32, Rz. 23; ALEXANDER R. MARKUS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walther (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2013, Art. 87 N 19 (BK ZPO I), THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Basel 2012, Rz. 532; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND

(Anm. 22), § 24, Rz. 15; WEBER, BSK ZPO (Anm. 19), Art. 87 N 7; DANIEL FÜLLEMANN, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar (DIKE Komm.), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 87 N 9; FLORIAN MOHS, in: Gehri/Kramer (Anm. 21), Art. 87 N 16.

31 PETER TUOR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952 (BK ZGB), Vorbem. zu Art. 519 ff. N 6a f.; ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1960 (ZK ZGB), Art. 519 N 6; STEINER JOHANN, Das Erfordernis des richterlichen Urteils für die Ungültigerklärung oder Herabsetzung von Verfügungen von Todes wegen, Diss. Freiburg 1938, S. 66 f.; RASCHEN (Anm. 28), S. 83 f.; HAGMANN HANS, Das eigenhändige Testament im schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1918, S. 56 f.; WELTI MAX, Willensmängel bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1928, S. 87. Eine besonders ausführliche Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet sich bei KARL HERZOG, Die Ungültigkeitsklage wegen Formmangels bei Testamenten, in: Besonderheit ihrer Wirkungen, Diss. Basel 1947, S. 93 ff.

32 MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 382.



ger und Erbschaftsschuldner verbindlich. Dies sei unbedenklich, da im Ungültigkeitsprozess die Of-  
ficialmaxime (gemeint ist in der Terminologie der  
heutigen ZPO der Untersuchungsgrundsatz<sup>33</sup>) an-  
wendbar sei<sup>34</sup>, jedenfalls insoweit, als es gelte, zu  
verhindern, dass die Erbberechtigung des Beklag-  
ten, über die er nur durch rechtzeitige und formge-  
rechte Ausschlagung verfügen könne, nicht zu Un-  
recht verneint werde<sup>35</sup>. Anzumerken ist, dass sich  
diese letzte Ausführung noch auf das frühere kantonale  
Prozessrecht des Kantons Zürich bezog. Unter Herrschaft der ZPO kommen für erbrechtliche  
Prozesse jedenfalls allgemein der Dispositions-  
(Art. 58 Abs. 1 ZPO) und der Verhandlungsgrundsatz  
(Art. 55 Abs. 1 ZPO) zur Anwendung<sup>36</sup>, was  
auch für den erbrechtlichen Ungültigkeitsprozess  
gilt<sup>37</sup>.

Hinsichtlich der vorliegenden Problematik der  
inter partes-Wirkung scheint die Ansicht von PAUL  
PIOTET in die gleiche Richtung zu gehen. Er führt  
ein ähnliches Beispiel an, in welchem der (einzige)  
Intestaterbe C lediglich gegen B als eingesetzten  
Erben mit Erfolg vorgeht, während der zweite ein-  
gesetzte Erbe A nicht eingeklagt wird. Dieses Ur-  
teil stelle zwar zweifellos fest, dass die Erbeinset-  
zung des A wie jene des B ungültig ist. Gleichwohl  
könne das Urteil die Erbeinsetzung nur gegenüber  
B als ungültig erklären. Aber als Gestaltungsurteil  
wirke dies trotzdem gegenüber jedermann in dem  
Sinne, dass A keine internen Rückgriffsmöglichkei-  
ten gegen B habe, wenn er eine Erbschaftsschuld  
tilgt, dass er eine allfällige Teilungsklage nunmehr  
gegen C und nicht gegen B erheben müsse, dass er  
Verfügungen über Nachlassobjekte gemeinsam mit  
C und nicht mit B treffen müsse etc.<sup>38</sup>

STEINAUER betont zunächst ebenfalls die inter  
partes-Wirkung des Ungültigkeitsentscheids sowie  
die Konsequenz, dass es deswegen zu mehreren,  
unter Umständen sich widersprechenden Urteilen  
kommen könne<sup>39</sup>. In der Folge schliesst er sich der  
Ansicht von PIOTET an, wonach das Ungültigkeits-  
urteil trotz inter partes-Wirkung auch nicht am Pro-  
zess Beteiligten entgegengehalten werden könne,  
welche zu akzeptieren haben, dass sich der Nachlass  
entsprechend dem Urteil abwickelt, dass etwa eine  
Person, deren Erbenstellung für ungültig erklärt  
wurde, nicht mehr für Erbgangsschulden hafte<sup>40</sup>.

Auch ABT schliesst sich dieser Ansicht unter Be-  
zugnahme auf GULDENER an, indem er ausführt,  
dass die Rechtsgestaltung des Ungültigkeitsurteils  
von jedermann zu beachten sei, nur greife die  
Rechtsgestaltung nicht auf Rechtsverhältnisse über,  
die nicht Gegenstand des Urteils waren. Auch er  
betont, dass das Ungültigkeitsurteil insbesondere  
für Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner  
verbindlich sei. Damit bleibe es dem Kläger bei  
Vorliegen besonderer Interessen immer noch mög-  
lich, einzelne Personen bzw. einzelne Verfügungen  
von der Sanktion der Ungültigkeit zu verschonen.  
Ein zusätzliches Argument wird sodann darin ge-  
sehen, dass beispielsweise bei einer ungültigen Auf-  
lage, wo mit der Ungültigkeitsklage kaum alle je  
erdenklichen Vollziehungsberechtigten ins Recht ge-  
fasst werden können, auch weitere Prozesse über den  
gleichen Gegenstand vermieden werden könnten<sup>41</sup>.

### c) Stellungnahme anhand unterschiedlicher Konstellationen/Fallbeispiele

Die genannten Ausführungen scheinen einiges für  
sich zu haben. Dass das Ungültigkeitsurteil – in den  
Worten von GULDENER – auch für nicht am Prozess  
Beteiligte massgebend sein kann, soweit die Rechts-  
änderung durch das Gestaltungsurteil für sie von

33 Eingehend hierzu THOMAS SUTTER, Auf dem Weg zur  
Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht,  
Zürich 1998, Rz. 234. Vgl. auch Art. 55 Abs. 2 ZPO.

34 GULDENER (Anm. 32), S. 382 f., Anm. 80b.

35 GULDENER (Anm. 32), S. 171 f.

36 THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, Der Erb-  
rechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine  
Stolpersteine für die Praxis, in: *successio* 1/2013, S. 2 ff.,  
S. 2.

37 Sogo, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile  
(Anm. 19), S. 301.

38 PAUL PIOTET, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Erb-  
recht, Erster Halbband, Basel 1978–1981, Nachtrag  
1986, S. 247 f. Vgl. auch DENIS PIOTET, Les inefficacités  
des dispositions à cause de mort en droit suisse, in:  
François Bohnet (Hrsg.), *Quelques actions en annula-  
tion*, Neuchâtel 2007, S. 51 ff. (Les inefficacités), S. 70 f.;  
PAUL PIOTET, La protection du réservataire en droit suc-  
cessoral suisse, in: ZSR I/1972, S. 25 ff., S. 51 ff.; FRITZ  
RAPP, Urteilswirkungen gegenüber Dritten, in: Franz  
Hasenböhler/Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Zivilprozess-*

recht, Arbeitsrecht: Entwicklungen im kantonalen, na-  
tionalen und internationalen Recht, Kolloquium zu  
Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997,  
S. 31 ff., S. 32 f.

39 PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, Bern  
2006, Rz. 776a.

40 STEINAUER (Anm. 39), Rz. 776a, Anm. 33.

41 ABT, Ungültigkeitsklage (Anm. 8), S. 171. Vgl. zu die-  
sem Argument auch allgemein HERZOG (Anm. 31),  
S. 97, der die inter partes-Wirkung jedoch generell ab-  
lehnt, da allgemein mehrere Prozesse hinsichtlich der  
gleichen Verfügung zu verhindern seien. Praktische  
Probleme sind bei gleichzeitig rechtshängigen Prozes-  
sen damit kaum verbunden, weil das Gericht die Ver-  
fahren, für die ein einheitlicher Gerichtsstand gilt  
(Art. 28 Abs. 1 ZPO), vereinigen kann, vgl. Art. 125  
Bst. c ZPO.

Bedeutung ist, zeigt sich auch an einem Beispiel, welches bereits an anderer Stelle erläutert wurde<sup>42</sup>: Richtet sich die Ungültigkeitsklage eines einzelnen von mehreren Miterben ausschliesslich gegen die Einsetzung eines Willensvollstreckers, so hätte eine absolute inter partes-Wirkung letztlich zur Konsequenz, dass der Willensvollstrecker bloss «anteilmässig» abzusetzen wäre, was nicht denkbar ist. Dies würde zu unlösbaren Problemen in Bezug auf das Handeln des Willensvollstreckers gegenüber Dritten sowie in Bezug auf das Verhältnis des Willensvollstreckers zu den Erben führen<sup>43</sup>.

In konsequenter Anwendung der dargestellten Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Einsetzung eines Willensvollstreckers als «unteilbare Einheit» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufzufassen ist, womit von einer passiven (bzw. prozessrechtlich) notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen ist. Die Ungültigkeitsklage muss in diesem Fall also sowohl gegen den Willensvollstrecker als auch gegen alle übrigen, nicht bereits als Kläger teilnehmenden Miterben sowie allfällige Vermächtnisnehmer gerichtet werden, andernfalls die Klage mangels Sachlegitimation abzuweisen ist, soweit sie die Einsetzung des Willensvollstreckers betrifft.

Ähnlich verhält es sich auch, wenn eine testamentarische Teilungsregel für ungültig erklärt werden soll. Einer solchen nur zwischen einzelnen Erben die Geltung abzusprechen, während sie in Bezug auf andere aufrecht zu erhalten wäre, würde in den meisten Fällen ebenfalls zu unlösbaren Problemen führen. Teilungsregeln sind grundsätzlich ebenfalls als «untrennbare Einheit» zu qualifizieren, womit eine passiv notwendige Streitgenossenschaft besteht.

Hinsichtlich Auflagen ist je nach konkretem Einzelfall zu differenzieren: Denkbar ist, dass nur eine Person auflagebelastet ist. In diesem Fall muss eine individuelle Befugnis zur Anfechtung mittels Ungültigkeitsklage angenommen werden, sofern die entsprechende Verfügung von Todes wegen mit einem Ungültigkeitsgrund behaftet ist. Sind demgegenüber mehrere Personen von der Auflage betroffen, so verhält es sich grundsätzlich gleich wie bei der Einsetzung eines Willensvollstreckers. Es besteht also eine notwendige Streitgenossenschaft.

Es kann somit festgehalten werden, dass ein rechtskräftiger Ungültigkeitsentscheid sowohl hinsichtlich einer Einsetzung eines Willensvollstre-

ckers als auch hinsichtlich einer Teilungsregel wie jedes andere Gestaltungsurteil gegenüber jedermann (erga omnes) wirkt.

#### **d) Ungültigkeit einer Erbeinsetzung im Besonderen**

##### **(1) Quotenerbeinsetzung**

Hinsichtlich der Ungültigkeit einer Erbeinsetzung ist zunächst zu betonen, dass hier klarerweise nicht von einer «unteilbaren Einheit» ausgegangen werden kann. Bei der vorne unter III.2. dargestellten Rechtsprechung, welche die inter partes-Wirkung begründete, ging es denn auch jeweils um die Ungültigerklärung einer Erbeinsetzung. Es scheint dies der «klassische Fall» der inter partes-Wirkung zu sein.

Beizupflichten ist der zitierten Literatur im Zusammenhang mit der Ungültigerklärung einer Erbeinsetzung darin, dass eine Person, deren Erbenstellung für ungültig erklärt wurde, nicht mehr für Erbgangsschulden haftet oder dass diese nicht mehr in Verfahren einbezogen werden muss, wo eine notwendige Streitgenossenschaft besteht, also etwa nicht mehr zur Teilungsklage passivlegitimiert ist.

Vorausgesetzt ist hier allerdings, dass die Erbenstellung des Beklagten vollumfänglich aufgehoben wird, wie dies etwa in den Beispielen von PIOTET und GULDENER der Fall ist. Es kann also die auf den ersten Blick erstaunliche Situation eintreten, dass eine Person keine Erbenstellung mehr aufweist, obwohl andere Personen ihre Erbenstellung aus derselben, mit einem Ungültigkeitsgrund behafteten Verfügung ableiten. Auch für nicht am Prozess Beteiligte gilt die erfolgreich eingeklagte Person nicht mehr als Erbin, mit allen rechtlichen Konsequenzen.

Bei den von diesen Autoren genannten Beispielen geht es jeweils um Konstellationen, in denen nur ein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, welcher gegen einen von mehreren eingesetzten Erben vorgeht. Unklarer scheint die umgekehrte Situation zu sein, also wenn die Ungültigkeitsklage bei Vorhandensein mehrerer gesetzlicher Erben nur von einzelnen gesetzlichen Erben erhoben wird, während andere gesetzliche Erben auf die Klageerhebung verzichten. Dazu folgendes Beispiel:

Gemäss Testament sollen die beiden Nachkommen A und B, als einzige gesetzliche Erben, auf den Pflichtteil gesetzt werden, welcher sich auf  $\frac{3}{8}$  beläuft, während C im Rahmen der verfügbaren Quote, also für einen Viertel, als Erbe eingesetzt wird. Es stellt sich heraus, dass das Testament formungültig ist. B klagt gegen C auf Ungültigkeit dieses Testaments und erhält Recht. A möchte (jedenfalls vorderhand) nicht prozessieren. In welchem Um-

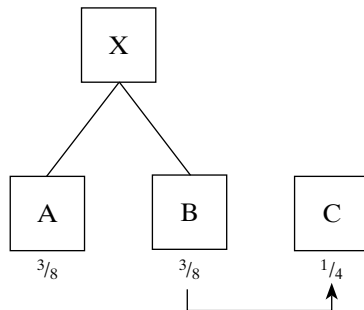
42 SUTTER-SOMM/CHEVALIER (Anm. 11), S. 22.

43 SUTTER-SOMM/CHEVALIER (Anm. 11), S. 22. Vgl. auch DANIEL ABT, Die Absetzung des Willensvollstreckers (Anm. 7), S. 267.



## Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme

fang gestaltet das Ungültigkeitsurteil die Rechtslage hinsichtlich B und C?



Den vorne dargestellten Lehrmeinungen kann keine klare Lösung zu dieser Problematik entnommen werden. Konkrete Lösungsansätze liefert hierzu, soweit ersichtlich, einzig ABT, welcher grundsätzlich die Anwendung einer Art «Eintrittsprinzip» postuliert. Dieses Prinzip führt nur in Fällen, in welchen alle gesetzlichen Erben gemeinsam gegen einzelne eingesetzte Erben vorgehen (bzw. nur ein gesetzlicher Erbe besteht), im Ergebnis zur richtigen Lösung. Wird es auf die vorliegende Konstellation angewendet, so gelangt man zu folgendem Ergebnis: aufgrund der inter partes-Wirkung würde keine Änderung der Verhältnisse in Bezug auf A eintreten; im Verhältnis B–C würde demgegenüber aufgrund der gutgeheissenen Klage C als Erbe wegfallen und durch B ersetzt. ABT merkt für solche Konstellationen an, dass auch eine Art «Anwachsprinzip» denkbar sei. Demnach würde wiederum keine Änderung der Stellung von A erfolgen. Im Verhältnis B–C würde C nun die Hälfte seines ursprünglichen Anspruchs verlieren, welcher nun bei B «anwächst». C bleibt noch die Hälfte seines Viertels. Welches dieser beiden Prinzipien zur Anwendung gelangen sollte, wird letztlich offengelassen<sup>44</sup>.

Nach der vorliegend vertretenen Ansicht ist dem Anwachsungsprinzip der Vorzug zu geben, während das Eintrittsprinzip anzulehnen ist.

Unbestritten ist, dass die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung gelangt, wenn ein Testament mittels Ungültigkeitsklage zu Fall gebracht wird<sup>45</sup>. Wendet

man auf das genannte Beispiel das Eintrittsprinzip an, so würde B  $\frac{5}{8}$  des Nachlasses erhalten. Der gesetzliche Erbanspruch von B beträgt gemäss Art. 457 Abs. 2 ZGB jedoch nur die Hälfte des Nachlasses. Weshalb ihm aus der Tatsache, dass (zunächst) lediglich er von seinem Recht auf Ungültigerklärung Gebrauch macht, mehr zukommen soll, ist nicht ersichtlich.

Wendet man hingegen das Anwachsungsprinzip an, so erhält B zusätzlich  $\frac{1}{8}$  des Nachlasses, womit ihm insgesamt die Hälfte zukommt, was seinem gesetzlichen Anspruch entspricht. Ein Anspruch auf  $\frac{5}{8}$  der Erbschaft findet dagegen keine Stütze im Gesetz. Vielmehr würde sich diese Ansicht etwa nicht mit Art. 521 ZGB vertragen: Steht die Frist für die Ungültigkeitsklage für A noch offen, nachdem B bereits im Sinne des Eintrittsprinzips die gesamten  $\frac{1}{4}$  bei C erstritten hätte, so wäre C nicht mehr passivlegitimiert, obwohl A seinerseits einen gesetzlichen Anspruch auf die Hälfte des Nachlasses hat, wenn auch er mit Erfolg die Ungültigkeit in einem späteren Verfahren geltend machen würde. Dieser Anspruch besteht gemäss Art. 521 ZGB für eine bestimmte Dauer. Das Vorgehen von B gegen C kann keinen Einfluss hierauf haben.

Man könnte auch nicht sagen, dass es dem A nunmehr obliege, gegen B vorzugehen, denn letzterer wäre nicht zur Ungültigkeitsklage passivlegitimiert, da er ja gerade keine Vorteile aus der fraglichen Verfügung zieht<sup>46</sup>, sondern aus deren Ungültigkeit.

Wie bereits erläutert<sup>47</sup>, sind mit einem Ungültigkeitsgrund behaftete Verfügungen im Sinne des *favor testamenti* lediglich anfechtbar. Die Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen führt also im Gegensatz zur Ungültigkeit im OR nicht zur Nichtigkeit. Das Erfordernis der erfolgreichen Anhebung der Ungültigkeitsklage für die Ungültigkeit entspricht der Tendenz der Erhaltung des erblasserischen Willens<sup>48</sup>. Verzichtet ein Erbe (vorliegend A) auf eine Anfechtung, so tut er dies, um dem Willen des Erblassers Nachachtung zu verschaffen. Es ist sein Recht, den erblasserischen Willen trotz Vorliegen etwa eines Formmangels – unter Vorbehalt des Anfechtungsrechts von weiteren Personen, oder mit anderen Worten zumindest was seine anteilmässige Berechtigung betrifft – rechtswirksam zu belas-

44 Vgl. ABT, Ungültigkeitsklage (Anm. 8), S. 170 mit eigenem Beispiel. Ein ähnliches Beispiel findet sich bei HERZOG (Anm. 31), S. 91 f., welcher das «Anwachsprinzip» anwendet, sofern die erga omnes-Wirkung abgelehnt wird.

45 Nur ausnahmsweise bewirkt die Ungültigerklärung einer Verfügung von Todes wegen nicht die Anwendung der gesetzlichen Erbfolge. Dies ist dann der Fall, wenn eine frühere, im ungültigen Testament widerrufenen Verfügung wieder auflebt, vgl. BGer. 5A\_89/2011 vom 1. September 2011 (E. 2.1.2). Aus der Lehre statt vieler

PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-ABT, Art. 519 N 73. Vgl. auch Art. 533 Abs. 2 ZGB. Wie es sich in solchen Konstellationen verhält, wird an anderer Stelle zu erläutern sein.

46 Dies ist jedoch eine Voraussetzung der Aktivlegitimation zur Ungültigkeitsklage, vgl. vorne II.2.a.

47 Vgl. vorne II.1.

48 BSK ZGB II (Anm. 30)-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 21.

sen<sup>49</sup>. Deshalb erscheint es sachgerecht, wenn jener Anteil, den A erstreiten könnte, bei C verbleibt, sofern A auf die Anfechtung verzichtet. Gegen das Recht eines Erben, aus Pietät gegenüber dem Erblasser auf eine Anfechtung zu verzichten, wendet HERZOG – der noch generell von der erga omnes-Wirkung des Ungültigkeitsurteils ausgeht – ein, dass dieser Erbe seinen Anteil, welcher ihm aufgrund der Anfechtung durch einen anderen Erben (also entgegen seinem Willen) als Folge der erga omnes-Wirkung zukommt, den im ungültigen Testament Bedachten schenken und so den Willen des Erblassers wenigstens teilweise «wiederherstellen» könne<sup>50</sup>. Bei der Annahme der inter partes-Wirkung unter Anwendung des Eintrittsprinzips wäre selbst ein solcher Ausgleich durch die nicht prozesswilligen Erben unmöglich. Diese Auffassung würde also letztlich die Freiheit des einzelnen Erben, eine anfechtbare letztwillige Anordnung des Erblassers wirksam zu belassen, weitergehend einschränken als die Annahme der erga omnes-Wirkung. Wie vorne dargestellt<sup>51</sup>, wurde die inter partes-Wirkung vom Bundesgericht aber gerade zum Zweck eingeführt, den Erben diese Freiheit zu belassen.

Mit dem Gesetz viel eher vereinbar scheint es, die vorliegende Problematik in Analogie zur Herabsetzungsklage zu lösen. Die Ähnlichkeit beider Klagen liegt auf der Hand: Es handelt sich bei beiden Klagen um Rechtsinstitute, mit denen sich insbesondere die gesetzlichen Erben bzw. Pflichterben gegen Verfügungen des Erblassers zur Wehr setzen können<sup>52</sup>. Beide Klagen haben letztlich den Zweck, Verfügungen, welche gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechen, anzufechten und so die normative Grundlage des Teilungsverfahrens zu bilden<sup>53</sup>. Dies ist der innere Grund, weshalb der Gesetzgeber diese beiden Klagen auch in systematischer Hinsicht gleich behandelt, indem ihnen ein

gemeinsamer Abschnitt im vierzehnten Titel des ZGB gewidmet ist<sup>54</sup>. Auch in prozessualer Hinsicht bestehen weitgehend Gemeinsamkeiten<sup>55</sup>. Ungültigkeit und Herabsetzung von Verfügungen von Todes wegen können von den Berechtigten nicht ohne Weiteres geltend gemacht werden. Nicht nur ungültige, sondern auch pflichtteilsverletzende Verfügungen bleiben nach dem Prinzip *favor testamenti* rechtswirksam bis zu ihrer erfolgreichen Anfechtung<sup>56</sup>. Wir haben es somit in beiden Fällen mit Rechtsverhältnissen zu tun, die erst auf einen (rechtskräftigen) gerichtlichen Entscheid hin in ihrer Wirksamkeit gehemmt bzw. modifiziert werden<sup>57</sup>. Daraus geht hervor, dass es sich nicht um Feststellungs- sondern um Gestaltungsklagen (Art. 87 ZPO) handelt. Wie bereits dargelegt<sup>58</sup>, stellt die Ungültigkeitsklage insofern eine besondere Gestaltungsklage dar, als ihre Wirkungen im Gegensatz zum Normalfall<sup>59</sup> auf die Prozessparteien beschränkt sind. Diese Ausnahme – und das ist vorliegend die gewichtigste Gemeinsamkeit beider Klagen – trifft auch auf die Herabsetzungsklage zu; auch bei ihr besteht dieselbe Einschränkung hinsichtlich der Urteilswirkung<sup>60</sup>. Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, dem Ungültigkeitsurteil ein grundlegend anderes Wirkungsmuster zuzugestehen als dem Herabsetzungsurteil<sup>61</sup>.

49 So spricht auch das Bundesgericht von der Freiheit der Erben, eine Verfügung nicht lediglich unangefochten, sondern wirksam zu lassen. Vgl. BGE 81 II 33, 36 (E. 3): «Sie kann sich vor allem auf die Erwägung stützen, dass es im Belieben der Beteiligten steht, ob und allenfalls wieweit sie eine letztwillige Verfügung gelten lassen wollen»; BGE 136 III 123, 127 (E. 4.4.1): «Il est, en effet, loisible aux intéressés de décider si et, le cas échéant, dans quelle mesure, ils entendent admettre la validité d'une disposition de dernière volonté» (Hervorhebungen durch die Verfasser).

50 HERZOG (Anm. 31), S. 104 f.

51 Vgl. III.2.

52 VITO PICENONI, Die Verjährung der Testamentsungültigkeits- und Herabsetzungsklage (Art. 521 und 533 ZGB), in: SJZ 1967, S. 101 ff., S. 101.

53 VITO PICENONI (Anm. 52), S. 102; STEINER (Anm. 31), S. 2.

54 Sechster Abschnitt des vierzehnten Titels: «Die Ungültigkeit und Herabsetzung der Verfügung».

55 So ist etwa der Einredemechanismus beider Klagen identisch geregelt, vgl. Art. 521 Abs. 3 und Art. 533 Abs. 3 ZGB; die Gestaltungswirkung sowohl des Ungültigkeits- als auch des Herabsetzungsurteils tritt extunc ein, vgl. PROTET, Les inefficacités (Anm. 38), S. 70 f. Das Bundesgericht behandelt die Klagefristen sowohl bei der Ungültigkeitsklage (vgl. BGE 102 II 293, 296) wie auch bei der Herabsetzungsklage (vgl. BGE 121 III 249, 250) als Verwirkungsfristen.

56 Statt vieler PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 522 N 13.

57 STEINER (Anm. 31), S. 3.

58 Vgl. III.1.

59 Gestaltungsklagen wirken grundsätzlich erga omnes, WEBER, BSK ZPO (Anm. 19), Art. 87 N 7.

60 Statt vieler STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Anm. 22), § 24, Rz. 15.

61 In diesem Sinne BK-TUOR (Anm. 30), Vorbem. zu Art. 519–521 N 6b. Als grundlegender Unterschied zwischen den Wirkungen dieser beiden Klagen könnte vorgebracht werden, dass die Verfügung von Todes wegen durch die Ungültigerklärung ihre Wirkung verliert, während bei einer Herabsetzung derselben die Wirkung der Verfügung lediglich (auf das erlaubte Mass) reduziert wird. Dem kann entgegnet werden, dass es durchaus denkbar ist, dass eine Verfügung durch ein Herabsetzungsurteil ebenfalls gänzlich ihrer Wirkung beraubt wird, nämlich dann, wenn die Pflichtteilsverletzung nur



## Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme

Der gemeinsame sechste Abschnitt kennt nur eine Bestimmung, welche sich über die Wirkungen eines Entscheids ausspricht. Dies ist Art. 525 Abs. 1 ZGB, der sich jedoch mit der Wirkung der Herabsetzungsklage befasst. Liegen auch herabsetzbare Zuwendungen an pflichtteilsberechtigte Erben vor, so findet eine Kombination der Grundsätze von Art. 525 Abs. 1 und Art. 523 ZGB Anwendung<sup>62</sup>. Entsprechende Normen finden sich nicht unter den Bestimmungen für die Ungültigkeitsklage. Diese sind allerdings nach der vorliegend vertretenen Ansicht aufgrund der Verwandtschaft zur Herabsetzungsklage auf den Ungültigkeitsprozess sinngemäss anzuwenden. Auch bei Art. 525 Abs. 1 ZGB geht es darum, dass ein einzelner Erbe, wenn er seinen Pflichtteilsanspruch geltend macht, alle Passivlegitimierten einklagen muss, will er seinen vollen Pflichtteil erhalten. Tut er dies nicht, so erhält er nur einen entsprechenden Anteil, damit die Pflichtteilsansprüche der übrigen Aktivlegitimierten hinsichtlich einer allfälligen späteren Geltendmachung ihrerseits gewahrt bleiben<sup>63</sup>. Sind die Passivlegitimierten ebenfalls pflichtteils geschützt, so findet gemäss Art. 523 ZGB bei Überschreitung der Verfügungsbefugnis unter den Miterben eine Herabsetzung lediglich im Verhältnis der Beträge statt, die ihnen über ihren Pflichtteil hinaus zugewendet werden. Es wird also in jedem Fall verhindert, dass der Kläger aus dem Umstand, dass nur er seinen Pflichtteil gerichtlich durchsetzen möchte, mehr bekommt, als ihm tatsächlich von Gesetzes wegen zusteht. Er erhält maximal seinen Pflichtteil. Die Gleichartigkeit der Wertungslage, welche eine sinngemässe Anwendung nahelegt<sup>64</sup>, ist demnach jedenfalls dann klarerweise zu bejahen, soweit es im Ungültigkeitsverfahren ebenfalls um eine Vermögenszuwendung wie namentlich eine Erbeinsetzung geht. Werden Art. 525 Abs. 1 ZGB sowie Art. 523 ZGB im Ungültigkeitsverfahren sinngemäss angewandt, so führt dies letztlich zum Anwachsungsprinzip. Bei genauer Betrachtung scheint auch das Bundesgericht dem zu folgen, wie aus BGE 78 II 181 ff. hervorgeht. Es bemass den Streitwert einer Ungültigkeitsklage, welche gegen ein Vermächtnis (Umfang: 10000.–)

durch vollständige Reduktion der Verfügung beseitigt werden kann. Gleichsam ist eine Teilungültigkeit möglich, was sich bereits aus Art. 520 Abs. 2 ZGB ergibt. Folgt man wie vorliegend vertreten dem «Anwachungsprinzip», ist dieser Unterschied ohnehin weiter zu relativieren.

62 Statt vieler PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 525 N 9.

63 BRÜCKNER/WEIBEL (Anm. 10), Rz. 69 f.

64 ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern/München 2013, S. 205 ff.

gerichtet war und von einer von mehreren Erbinnen ausging, aufgrund der Erbquote der Klägerin von einem Viertel auf 2500.–, da das Urteil das Vermächtnis im Übrigen Umfang nicht berühre<sup>65</sup>.

Es gibt jedoch auch Stimmen in der Lehre, welche die Anwendung eines Eintrittsprinzips auch für solche Konstellationen zu postulieren scheinen. Leitet einer von mehreren gesetzlichen Erben ein Ungültigkeitsverfahren ein, so trägt er das Prozessrisiko alleine<sup>66</sup>. Zum Ausgleich dieses Risikos wird erwo-gen, dem Kläger den Nutzen einer erfolgreichen Anfechtung ebenfalls alleine zukommen zu lassen. In diese Richtung scheinen WOLF/GENNA zu gehen, welche ausführen, dass die inter partes-Wirkung im Ergebnis materiell-rechtlich betrachtet nicht selten zu einer Besserstellung des erfolgreichen Ungültigkeitsklägers führe, was angesichts der von diesem auf sich genommenen Prozessrisiken sachgerecht erscheine<sup>67</sup>.

Eine Konstellation, wonach ein einzelner von mehreren Berechtigten aufgrund der Übernahme eines Prozessrisikos letztlich mehr erhält als andere, gleichsam Berechtigte, kennt das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht mit der sogenannten Übernahme der Forderung zur Eintreibung gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG, mit welcher das Betreibungsamt den Übernehmer zur Eintreibung der Forderung ermächtigt. Dieser übernimmt die Eintreibung auf eigene Kosten. Zum Ausgleich dieses Risikos kommt dafür der Nutzen einer allfälligen erfolgreichen Eintreibung in erster Linie dem übernehmenden Gläubiger zu<sup>68</sup>. In ihrer Wirkung kommt die Übernahme der Abtretung von Rechtsansprüchen nach Art. 260 SchKG gleich; auch hier handeln die Abtretungsgläubiger auf eigene Gefahr und in erster Linie auch zu eigenem Nutzen<sup>69</sup>. Die Situation ist jedoch eine völlig verschiedene:

Primär ist zu bemerken, dass es im Bereich des SchKG um die Vollstreckung eines Anspruchs geht,

65 BGE 78 II 181, 182 f. (insbes. E. b).

66 Grundsätzlich werden der unterliegenden Partei sämtliche Prozesskosten auferlegt, vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO. Nur ausnahmsweise können nicht am Prozess beteiligte Dritte zur Kostentragung gemäss Art. 107 f. ZPO verpflichtet werden. Das blosses Nichterheben einer Untätigkeitsklage stellt selbstredend keinen solchen Ausnahmefall dar.

67 STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Erbrecht, Erster Teilband, Basel 2012, S. 440.

68 Eingehend hierzu etwa KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 27, Rz. 57 ff.

69 PETER AMBERG, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009 (KUKO SchKG), Art. 131 N 15.



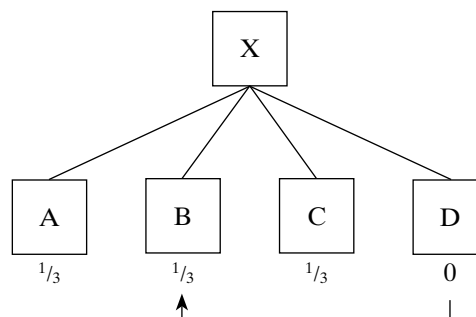
nicht um den materiellen Anspruch als solchen. Ebenfalls zu betonen ist, dass ein Abtretungsgläubiger gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 260 Abs. 1 SchKG – obwohl er in den Genuss einer vollstreckungsrechtlichen Privilegierung aufgrund des von ihm übernommenen Risikos kommt – keinesfalls mehr erhält, als ihm aufgrund des materiellen Rechts zusteht. Resultiert aus dem Vorgehen des Abtretungsgläubigers ein Überschuss, so profitieren die anderen Gläubiger davon<sup>70</sup>. Bei Anwendung des Eintrittsprinzips würde der Kläger – wie dargelegt – jedoch mehr erhalten als seinen gesetzlichen Anspruch. Weiter müssen die anderen Gläubiger gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG der Abtretung zustimmen<sup>71</sup> bzw. gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG auf die Geltendmachung des fraglichen Anspruchs verzichten<sup>72</sup>, während der Ungültigkeitskläger gerade keine Zustimmung (oder Verzichtserklärung) bei den anderen zur Ungültigkeitsklage Aktivlegitimierten einzuholen braucht.

Demgegenüber kennt das Privatrecht etwa mit Art. 756 Abs. 1 OR ein Gegenbeispiel, wonach jeder Aktionär berechtigt ist, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Tut ein einzelner Aktionär dies, so muss er auf Leistung an die Gesellschaft klagen. Obwohl er damit von einem allfälligen Prozessserfolg höchstens indirekt und in reduziertem Masse profitieren kann, trägt er grundsätzlich das volle Prozesskostenrisiko, wobei zudem der Streitwert, welcher für die Kostenhöhe massgebend ist, anhand des ganzen eingeklagten Betrags bemessen wird<sup>73</sup>.

Es kann nicht sein, dass Prozessrisiken als Argument für die Grösse eines materiellen Anspruchs benützt werden, da es sich hierbei um zwei verschiedene Fragen handelt. Das Prozessrecht dient der Durchsetzung des materiellen Rechts<sup>74</sup>, nicht dessen Modifizierung. Eine Konstellation, wonach einem von mehreren Berechtigten zufolge (freiwilliger) Übernahme eines Prozessrisikos mehr zukomme, als es das materielle Recht vorsieht, ist dem Schweizer Recht fremd und auch nicht sachgerecht.

Im Übrigen erscheinen die bereits genannten Argumente ohnehin als gewichtiger. Es darf letztlich nicht darum gehen, dass wer – eventuell sogar über den Weg von Art. 257 ZPO – schneller ein Ungültigkeitsurteil erwirken kann, allenfalls auch am gesetzlichen Anspruch des anderen partizipiert.

Die Notwendigkeit der Ablehnung eines Eintrittsprinzips zeigt sich noch deutlicher an einem weiteren Beispiel, an welchem nur gesetzliche Erben beteiligt sind:



X setzt in einem formungültigen Testament A, B und C je zu einem Drittel als Erben ein, D wird übergegangen. D klagt nur gegen B mit Erfolg auf Ungültigkeit des Testaments. Die Anwendung des Eintrittsprinzips hätte die unannehmbare Folge, dass D nun an die Stelle von B tritt und somit einen Drittel des Nachlasses erhielte (also wiederum mehr als seinen gesetzlichen Anspruch von einem Viertel) und B überhaupt nichts, also auch nicht seinen gesetzlichen Anspruch, welcher sich gemäss Art. 457 Abs. 1 ZGB ebenfalls auf einen Viertel beläuft. Zunächst ist bereits fraglich, ob sich ein solches Vorgehen mit Art. 523 ZGB vereinbaren liesse. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb B letztlich sogar weniger als den gesetzlichen Anspruch erhalten soll und dies, obwohl der Erblasser ihn sogar weitergehend begünstigen wollte. Weiter hätte dies zur Konsequenz, dass B, dessen gesetzlicher Anspruch als Nachkomme zu  $\frac{3}{4}$  pflichtteilsgeschützt ist (Art. 471 Ziff. 1 ZGB), nunmehr die Herabsetzungsklage offenstünde. Allerdings genügte es nicht, dies im Ungültigkeitsprozess gegen D einzuwenden, denn seine Herabsetzungsklage müsste sich – sofern er die vollständige Wiederherstellung seines Pflichtteils anstrebt – gemäss Art. 523 ZGB gegen A, C und D richten. Insofern würde ihm die Herabsetzungseinrede ohne die Beteiligung von A und C am Verfahren, wenn überhaupt, so doch nur sehr beschränkt nützen. Er müsste also ein neues Verfahren zwecks Herabsetzung gegen A, B und D einleiten. Eine solche Aneinanderreihung von Prozessen ist klarerweise abzulehnen. Kommt dazu, dass es andernfalls der Willkür von D entspringen könnte,

70 Art. 131 Abs. 2 i.f. SchKG bzw. Art. 260 Abs. 2 i.f. SchKG.

71 Vgl. Art. 131 Abs. 2 Satz 1 SchKG; KUKO SchKG (Anm. 69)-AMBERG, Art. 131 N 6 ff.

72 Erfolgt die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG vor dem Verzicht der Gesamtheit der Gläubiger, so ist die Abtretung nichtig, BGE 118 III 57, 59 f. (E. 4).

73 ANDREAS BINDER/VITO ROBERTO, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Art. 530–771 OR, Zürich/Basel/Genf 2012, OR 756 N 15.

74 Statt vieler GULDENER (Anm. 32), S. 52 f.



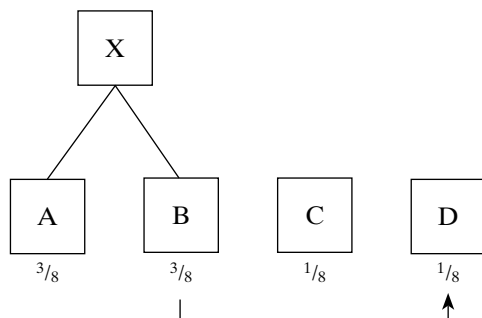
## Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme

ob dem B nun seinerseits ein Verfahren gegen alle anderen Erben mit entsprechendem Prozesskostenrisiko aufgezwungen wird.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass es dem D – sofern er seinen vollen gesetzlichen Erbteil erhalten möchte – unter sinngemässer Anwendung von Art. 523 ZGB obliegt, alle aus der angefochtenen Verfügung Begünstigten einzuklagen. In diesem Fall würde das Ungültigkeitsurteil dazu führen, dass ihm von A, B und C jeweils  $\frac{1}{12}$  anwächst, womit letztlich alle ihren gesetzlichen Anteil von einem Viertel erhalten. Entscheidet sich D also dazu, lediglich gegen B vorzugehen, so erweitert sich seine Quote um  $\frac{1}{12}$  des Nachlasses, jene von B würde auf einen Viertel reduziert.

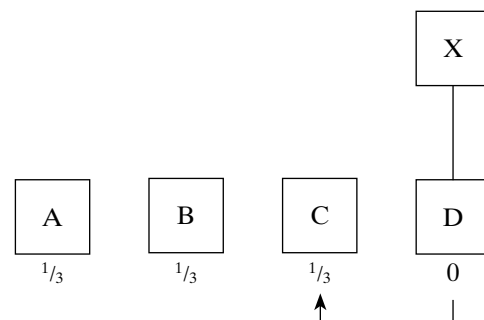
Das Anwachsungsprinzip kommt auch zur Anwendung, wenn die Erbeinsetzung sowohl gesetzliche als auch eingesetzte Erben betrifft, jedoch nur ein Teil der gesetzlichen Erben gegen einen Teil der eingesetzten Erben vorgeht, wie im nächsten Beispiel:

Der Erblasser setzt seine beiden Nachkommen A und B auf den Pflichtteil von je  $\frac{3}{8}$  und seine Geliebte D und den gemeinnützigen Verein C je zu  $\frac{1}{8}$  als Erben ein. A respektiert den Willen des Erblassers. B klagt hingegen auf Ungültigkeit. Aufgrund von Sympathie zu C fasst er nur D ins Recht. Diese Beschränkung führt nach den vorne ausgeführten Grundsätzen dazu, dass bei B im Falle seines Obsiegens  $\frac{1}{16}$  der Erbschaft anwächst, während D mit einer Quote von  $\frac{1}{16}$  als Erbe bestehen bleibt. Möchte B seinen gesetzlichen Erbteil, so hat er C und D ins Recht zu fassen. Dieses Ergebnis erscheint sachgerecht: Dem B bleibt es also möglich, seinen gesetzlichen Anspruch zu erstreiten, welcher ihm zufolge Ungültigkeit des Testaments zusteht. Gleichsam ist das Recht des A gewahrt, von einer Anfechtung abzusehen und, zumindest was seinen Anteil betrifft, den letzten Willen des Erblassers wirksam werden zu lassen.



Dass ein Ungültigkeitskläger – wie der Herabsetzungskläger – stets alle Passivlegitimierten einzuklagen hat, um seinen vollen Anspruch zu erhalten,

erhellt auch an folgendem Beispiel: Der Erblasser setzt in einem ungültigen Testament drei Personen zu einem Drittel als Erben ein, während der einzige gesetzliche Erbe D vollständig übergegangen wird. Fasst D nun lediglich den C ins Recht, so erhält er – auch unter Anwendung des Eintrittsprinzips – lediglich einen Drittel. Möchte er seinen gesamten gesetzlichen Anspruch, welcher vorliegend die ganze Erbschaft betrifft, so hat er klarerweise A, B und C einzuklagen.



### (2) Erbeinsetzung mit Zuweisung eines bestimmten Vermögenswertes

Gemäss Art. 483 Abs. 2 ZGB ist jede Verfügung als Erbeinsetzung zu betrachten, nach der ein Bedachter die Erbschaft insgesamt oder zu einem Bruchteil erhalten soll. Das Vorliegen einer Erbeinsetzung wird also vermutet, wenn dem Bedachten eine Quote des Nachlasses überlassen werden soll<sup>75</sup>. Werden hingegen nicht eine Quote, sondern bestimmte Vermögenswerte des Nachlasses zugewendet, so liegt regelmässig nicht eine Erbeinsetzung, sondern ein Vermächtnis vor. Zwingend ist dies allerdings nicht, vielmehr ist mittels Auslegung zu ermitteln, ob es sich bei einer derartigen Anordnung allenfalls um eine Erbeinsetzung mit Teilungsregel handelt<sup>76</sup>.

Liegt eine Erbeinsetzung mit Teilungsregel vor, so ist – wie allgemein bei Teilungsregeln<sup>77</sup> – davon auszugehen, dass diese eine untrennbare Einheit bilden, weshalb auch hier eine notwendige passive Streitgenossenschaft im genannten Sinne besteht.

75 Handkomm ZGB (Anm. 30)-STUDHALTER, Art. 483 N 5; BSK ZGB II (Anm. 30)-STAEHELIN, Art. 483 N 3; PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-SCHÜRMANN, Art. 483 N 10.

76 Handkomm ZGB (Anm. 30)-STUDHALTER, Art. 483 N 6; PraxKomm Erbrecht (Anm. 2)-SCHÜRMANN, Art. 483 N 10; KUKO ZGB (Anm. 30)-GRÜNINGER, Art. 483 N 1.

77 Vgl. vorne III.3.c.

#### e) Ungültigkeit eines Vermächtnisses im Besonderen

Wie verhält es sich, wenn ein Vermächtnis für ungültig erklärt, die Ungültigkeitsklage jedoch nur von einem von mehreren beschwerten Erben erhoben wurde?

Auch hier ist zunächst zu unterscheiden, ob das Vermächtnis eine «unteilbare Einheit» darstellt und somit eine notwendige Streitgenossenschaft besteht oder nicht. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Ungültigkeitsentscheid, welcher ein Vermächtnis betrifft, die gleiche Wirkung zeigt, wie bei der Ungültigerklärung einer Erbeinsetzung, jedenfalls soweit es nicht in Einzelfällen doch als «unteilbare Einheit» qualifiziert werden muss, was namentlich beim Quotenlegat nicht der Fall ist.

Wird beispielsweise in einer Verfügung von Todes wegen angeordnet, dass die drei gesetzlichen Erben mit einem Vermächtnis im Umfang von 60000 Franken zugunsten eines Dritten belastet sein sollen, und wird diese Anordnung von einem dieser drei Erben erfolgreich mittels Ungültigkeitsklage angefochten, so führt das Urteil dazu, dass der klagende Erbe nicht mehr mit diesem Vermächtnis belastet ist. Hinsichtlich der anderen beiden Erben bleibt es hingegen bei der Belastung von je 20000 Franken. Auch in diesem Fall findet also eine anteilmässige Reduktion statt, wovon auch das Bundesgericht ausgeht<sup>78</sup>. Damit der Vermächtnisnehmer seine Begünstigung vollständig verliert, ist somit auch hier erforderlich, dass alle drei gesetzlichen Erben im Sinne einer einfachen bzw. freiwilligen Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO) zusammen als Kläger im Ungültigkeitsprozess auftreten oder jeder Erbe alleine und separat auf Ungültigkeit klagt.

#### IV. Fazit

Die vom Bundesgericht eingeführte inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage kann nicht auf alle denkbaren erblasserischen Anordnungen angewendet werden. Sie ist primär auf die Anfechtung einer Erbeinsetzung zugeschnitten. Namentlich der Entscheid, welcher die Einsetzung eines Willensvollstreckers oder eine Teilungsregel für ungültig erklärt, muss ohne Zweifel auch für die nicht am Ungültigkeitsprozess beteiligten Erben gelten. Wegen der grundsätzlichen Freiheit der Erben, ob und allenfalls wieweit sie eine Verfügung von Todes wegen anfechten, wirkt die Ungültigkeitserklärung insbesondere einer Erbeinsetzung oder eines (nicht unteilbaren) Vermächtnisses lediglich zwischen den Prozessparteien (inter partes). Auch in diesen Fällen führt die inter partes-Wirkung jedoch nicht in jedem Fall dazu, dass der obsiegende Kläger an die Stelle des Beklagten tritt, vielmehr sind Art. 525 Abs. 1 sowie Art. 523 ZGB sinngemäss anzuwenden, woraus ein sogenanntes «Anwachungsprinzip» resultiert. Daraus ergibt sich, dass – je nach Konstellation – auch ein mit Erfolg ins Recht gefasster Beklagter allenfalls teilweise als Erbe bzw. Bedachter bestehen bleibt, denn nach diesem Prinzip erfolgt – wie bei der Herabsetzungsklage – eine verhältnismässige Ungültigkeitserklärung, wobei ein gesetzlicher Erbanspruch aufseiten des Beklagten zu beachten ist.

---

78 BGE 78 II 181, 182 f.



# Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich

Harold Grüninger\*

Die vorliegende Zusammenfassung gibt einen punktuellen Überblick über die Entwicklungen in der schweizerischen Stiftungslandschaft im Jahre 2013 unter Einschluss von neu errichteten Stiftungen, Literatur und Entscheiden.

## Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung – Facts and Figures
  - II. Neuerrichtungen 2013 (Auswahl)
    - 1. Umwandlung Rechtsform
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 2. Fusionen und Sitzverlegungen in die Schweiz
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 3. Erbstiftungen
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 4. Museen/Sammlungen
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 5. Festivals
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 6. Missbrauch Kinder/Frauen
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 7. Medizin – Forschung etc.
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 8. Künstler/Kunst
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 9. Unterstützung anderer Organisationen
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 10. Compliance/Werte
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 11. Tiere
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 12. Sport
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
    - 13. Verschiedenes
      - a) Umfeld
      - b) Beispiele
  - III. Löschungen 2013 (Auswahl)
  - IV. Publikationen (Auswahl)
    - 1. Kommentare und Gesamtdarstellungen
    - 2. Regelmässige Übersichten
    - 3. Schweizerischer Juristentag 2013 (Thema Stiftungsrecht)
    - 4. Foundation Governance
    - 5. Dissertationen/Monografien/Tagungsbände/Studien
    - 6. Fachartikel
  - V. Gerichtsentscheide
    - 1. BVGer vom 31.7.2013 – B-1703/2013
      - a) Sachverhalt
      - b) Entscheid
      - c) Bemerkungen
    - 2. BVGer vom 2. Januar 2013 – C-6590/2010
      - a) Sachverhalt
      - b) Entscheid
- 
- I. Einleitung – Facts and Figures
- Seit dem Jahr 2009 steht die Motion Luginbühl (09.3344) im Raum, welche der Ständerat Werner Luginbühl am 20.3.2009 zur «Steigerung der Attraktivität der Stiftungslandschaft Schweiz» lanciert hat. Über die Jahre hat der Bundesrat bei der Be-

\* Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, LL.M., Partner Homburger Rechtsanwälte.

arbeitung dieser Motion weitere Vorstösse aus dem Parlament und aus der Verwaltung mitberücksichtigt. Dazu gehört das Postulat Moret (10.3332) zur «Analyse einer allfälligen gesetzlichen Regelung von Trusts in der Schweiz». Überdies wurde die Frage nach der Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht, namentlich die mögliche Einführung eines Oberaufsichtssystems integriert. Die auf Kantonsebene organisatorisch mit der klassischen Stiftungsaufsicht eng verknüpfte Aufsicht über Personalfürsorgestiftungen hat ein solches Oberaufsichtssystem per 1.1.2012 realisiert und gleichzeitig die Aufsichtsbehörden in öffentlich-rechtliche Anstalten umgewandelt. Der Bundesrat hat am 27.2.2013 dem National- und dem Ständerat seinen Bericht zur dergestalt angereicherten Motion Luginbühl vorgelegt<sup>1</sup> und sich darin deutlich gegen eine Reform des Stiftungs- und Stiftungsaufsichtsrechts, also auch gegen die Einführung eines Oberaufsichtssystems für die klassischen Stiftungen ausgesprochen<sup>2</sup>. Er weist auf die erheblichen Unterschiede zwischen den klassischen und Personalfürsorgestiftungen und deren Rechtsgrundlagen und darauf hin, dass einer Oberaufsicht für klassische Stiftungen auch angesichts der vielfältigen Stiftungszwecke kaum eine sinnvolle Aufgabe zugewiesen werden könnte. Der Bundesrat beantragt daher den Räten, die Motion Luginbühl abzuschreiben, die Zielsetzung derselben jedoch als Daueraufgabe zu verstehen und die zivil- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen für die klassischen Stiftungen in regelmässigen Abständen auf ihre Wettbewerbsfähigkeit hin zu überprüfen.

Auf Initiative der parlamentarischen Arbeitsgruppe Philanthropie ist eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe Philanthropie/Stiftungen mit führenden Experten aus verschiedenen Disziplinen derzeit daran, eine Stiftungsstrategie der Schweiz zu erarbeiten und darauf abgestimmt, allfälligen gesetzgeberischen Handlungsbedarf auszuloten<sup>3</sup>.

Die Gesamtzahl der im Handelsregister eingetragenen Stiftungen betrug per 1.1.2014 noch 17431 und damit 216 weniger als im Vorjahr. Davon sind schätzungsweise knapp 13000<sup>4</sup> sog. klassische Stif-

tungen. Der Rest verteilt sich in erster Linie auf Personalfürsorgestiftungen und auf ein paar wenige, freiwillig im Register eingetragene Familien- und kirchliche Stiftungen. Neu eingetragen wurden im Jahr 2013 insgesamt 401 Stiftungen und 618 gelöscht, wobei bei den aufgelösten Stiftungen nach wie vor die Mehrzahl Personalfürsorgestiftungen betrifft. Nach Angaben des CEPS<sup>5</sup> wurden 159 gemeinnützige Stiftungen liquidiert und 381 neu errichtet. Die Eidg. Stiftungsaufsicht überwacht per 1.1.2014 insgesamt 3834 Stiftungen und damit rund 30% aller klassischen Stiftungen in der Schweiz, nämlich diejenigen, deren Wirkungskreis über die Kantons- oder Landesgrenze hinausreicht.

Der vorliegende Bericht konzentriert sich auf eine Auswahl von im Jahre 2013 neu errichteten Stiftungen. Anschliessend sind einige Löschungen exemplifiziert. Der Bericht wird abgerundet durch eine Auswahl von dem Stiftungsrecht gewidmeten Publikationen und Hinweise auf zwei Entscheide des Bundesverwaltungsgerichtes.

## II. Neuerrichtungen 2013 (Auswahl)

### 1. Umwandlung Rechtsform

#### a) Umfeld

Vereine mit schwindender oder unstabiler Mitgliederbasis überlegen sich zuweilen eine Umwandlung in eine von Launen von Mitgliedern unabhängige und überdies staatlich beaufsichtigte Stiftung. Namentlich das den Stiftungen eigene Erstarrungs- und Trennungsprinzip<sup>6</sup> macht die Stiftung zu einer stabilen Rechtsform, bei welcher nicht sich möglicherweise über die Zeit verändernde Interessen von Mitgliedern, sondern die Sache, bzw. der Zweck im Vordergrund steht<sup>7</sup>. Diese Gesichtspunkte spie-

---

sind nicht alle Unternehmensstiftungen gemeinnützig. Das CEPS verweist auf eine verbesserte Erhebungsmethode, welche erkläre, warum die Gesamtzahl der gemeinnützigen Stiftungen per Anfang 2014 unter derjenigen per Anfang 2013 liege, obgleich im selben Zeitraum mehr gemeinnützige Stiftungen errichtet als liquidiert wurden. Dem Verfasser dieses Beitrages ist keine Erhebungsmethode bekannt, welche die Zahl der klassischen Stiftungen auf eine Stiftung genau erfassen liesse, weshalb er es bei einer Schätzung belässt, welche im Ergebnis jedoch sehr nahe bei der vom CEPS bezeichneten genauen Gesamtzahl liegt.

1 Medienmitteilung des EJPD vom 27.2.2012 unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-02-27.html> (zuletzt besucht am 29.6.2014).

2 Vgl. ausführlich JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, S. 185 ff.

3 Vgl. Schweizer Stiftungsreport 2014, CEPS Forschung und Praxis – Band 12, S. 10.

4 Gemäss dem Schweizer Stiftungsreport 2014, CEPS Forschung und Praxis – Band 12, S. 4 und 5, sind es genau 12909 gemeinnützige Stiftungen, wobei nicht alle klassischen Stiftungen gemeinnützig sind. Insbesondere

5 Schweizer Stiftungsreport 2014, CEPS Forschung und Praxis – Band 12, S. 4.

6 Vgl. hierzu JAKOB, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, ZSR 2013 II, S. 253 f.

7 Vgl. SCHÖNENBERG/VON SCHNURBEIN, Transformation vom Verein in eine Stiftung: Juristische und betriebswirtschaftliche Folgen, in: Jusletter 7, September 2009.



len bereits bei der Rechtsformwahl anlässlich der Errichtung eines Vereins oder einer Stiftung eine Rolle. Vereine gelten als demokratische, von den Mitgliedern beherrschte Institutionen, während den Stiftungen etwas diktatorisches, vom Stifter bestimmtes anhaftet<sup>8</sup>. Ähnliche Überlegungen können einen bestehenden Verein dazu bewegen, sich in eine Stiftung umzuwandeln bzw. sein Vermögen und seinen Betrieb ganz oder teilweise auf eine Stiftung zu übertragen.

Das seit dem 1.7.2004 geltende Fusionsgesetz sieht die Umwandlung eines Vereins in eine Stiftung nicht vor. Die Praxis behilft sich mit dem ebenfalls im Fusionsgesetz geregelten Institut der Vermögensübertragung. Demnach errichtet ein Verein oder errichten ihm nahestehende Personen eine Stiftung und übertragen anschliessend das Vermögen oder Teile des Vermögens auf die neu errichtete Stiftung. Der Verein kann sich in diesem Zusammenhang liquidieren oder z.B. als Förderverein fortbestehen.

Im Berichtsjahr sind einige «Umwandlungen» von Vereinen in Stiftungen bzw. Stiftungserrichtungen durch Vereine erfolgt, in einem Fall von einer Genossenschaft in eine Stiftung.

### b) Beispiele

- Katzenhilfe Nordwestschweiz, Villmergen, Urkundendatum 30.11.2012 (Handelsregistereintrag 18.2.2013). Diese Stiftung bezweckt den Betrieb des Katzenasyls «Zur letzten Zuflucht» und die Rettung in Not geratener Katzen, sowohl solche mit Halter, Streuner, als auch Verwilderte, Unterstützung in Not geratener Katzenhalter, Engagement, dass verwilderte Katzenpopulationen in ihrem angestammten Revier bleiben und dort betreut werden können etc. Entstanden ist diese Stiftung durch eine Umwandlung des Vereins Katzenhilfe Nordwestschweiz, der zuvor verschiedene Vereine in sich aufnahm (Cat Sitter Service; Katzenhilfe Basel Regio). Als Grund für die Umwandlung wird genannt, dass der Vereinszweck änderbar und damit das Vereinsvermögen gefährdet wäre<sup>9</sup>.
- Stiftung GGN (Stiftung Gemeinnützige Gesellschaft von Neumünster), Zürich, Urkundendatum vom 23.1.2013. Die Generalversammlung des Trägervereins Gemeinnützige Gesellschaft

Neumünster hat beschlossen, ihr Vermögen und damit auch Land und Gebäude des Alters- und Pflegewohnheims Neumünster<sup>10</sup> in eine Stiftung überzuführen. Soweit ersichtlich besteht der Verein einstweilen fort. Die Stiftung bezweckt die Förderung gemeinnütziger Tätigkeit in der Stadt Zürich, aber auch im Kanton Zürich. Sie kann Tätigkeiten in den Bereichen Wohnen im Alter und Alterspflege vorab und bis auf Weiteres durch den Betrieb des Alters- und Pflegewohnheims Neumünster entfalten. Sie wahrt insbesondere das historische Gedankengut der 1831 gegründeten Gemeinnützigen Gesellschaft Neumünster.

- Stiftung Contetto, Zürich, Urkundendatum vom 30.8.2013. Der Verein contetto sozialpädagogische Familien Zürich (ehem. Verein HPP) mit Betriebsbewilligung für ein Kinder- und Jugendheim hat sein Vermögen und den Betrieb auf die neu errichtete Stiftung Contetto übergeführt<sup>11</sup>, welche heute anstelle des Vereins eine Betriebsbewilligung vom Kanton Zürich für ein Kinder- und Jugendheim mit dezentraler Struktur hält. Der Zweck der Stiftung besteht in der professionellen Förderung und Unterstützung der Entwicklung von gefährdeten oder benachteiligten Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen. Die Stiftung schafft dafür geeignete Unterstützungsangebote, namentlich das Angebot von vollbetreuter, stationärer Unterbringung in professionellen, dezentral geführten sozialpädagogischen Familien.
- Stiftung Wohn- und Pflegeheim Utzigen, Vechigen/BE, Urkundendatum 30.5.2013. Infolge gewandelter Bedürfnisse haben die noch 37 Genossenschaftsgemeinden die Genossenschaft rückwirkend auf den 1. Januar 2013 in eine Stiftung umgewandelt. Eine Betriebs AG sowie Immobilien AG sind geplant. Zweck der Stiftung ist die Erstellung und der Betrieb von Heimen zur Pflege und Betreuung von betagten, pflegebedürftigen sowie körperlich oder geistig behinderten Menschen, namentlich im Sinne einer Holding-Stiftung der Betrieb des Wohn- und Pflegeheims Utzigen. Die Stiftung bezweckt zudem den Erwerb, das Halten, die Verwaltung und die Veräusserung von Beteiligungen an Unternehmen mit gleichem oder ähnlichem Zweck wie hiervor umschrieben, namentlich das Halten sämtlicher Aktien der Wohn- und Pflege-

8 Vgl. zum Vergleich der beiden Rechtsformen RIEMER, BK (1990), Die Vereine, ST N 305 ff. zu Verein und Stiftung.

9 Vgl. [www.katzenhilfe.ch/verein/index.html](http://www.katzenhilfe.ch/verein/index.html) (zuletzt besucht am 29.6.2014).

10 Vgl. [www.apwh-neumuenster.ch](http://www.apwh-neumuenster.ch) (zuletzt besucht am 29.6.2014).

11 Vgl. [www.contetto.ch](http://www.contetto.ch) (zuletzt besucht am 29.6.2014).

heim Utzigen Betriebs AG sowie der Wohn und Pflegeheim Utzigen Immobilien AG.

- **FONDATION RIVES PUBLIQUES**, Mies/VD, Urkundendatum 5.6.2013. Rives Publiques besteht als ein 2003 gegründeter Verein für den Zweck des freien Zugangs zu den Ufern der Seen und Wasserläufe der Schweiz<sup>12</sup>. Dieser nicht im Handelsregister eingetragene Verein hat obige Stiftung mit weitgehend identischen Organen und identischem Zweck errichtet. Der Zweck der Stiftung lautet: La mise à disposition du public d'accès aux rives et d'un cheminement pédestre continu tout au long des lacs et cours d'eau de Suisse. Die Stiftung wurde dem Vernehmen nach zum Sammeln von bedeutenden Mitteln und Legaten für den weiterhin bestehenden Verein und dessen Tätigkeit bzw. Projekte errichtet.
- **Stiftung Fernfachhochschule Schweiz**, Brig FFH-CH, Urkundendatum 19.6.2013. Die wachsenden Studierendenzahlen und der Geschäftsumfang sind die hauptsächlichen, für eine Umwandlung des 1998 errichteten entsprechenden Vereins in eine Stiftung genannten Gründe. Die Stiftung<sup>13</sup> bezweckt die Wahrung nationaler Aufgaben im Bereiche der Lehre mittels Fernstudium und e-Learning, der angewandten Forschung und Entwicklung auf Hochschulebene sowie Dienstleistungen für Dritte.
- **Stiftung GFZ (Gemeinnützige Frauen Zürich)**, Zürich. Urkundendatum 18.10.2013. Der GFZ (Gemeinnütziger Frauenverein Zürich) setzt sich seit 1885 für die Anliegen von Frauen, Kindern und Familien ein und betreut derzeit über 1000 Kinder in 11 Kindertagesstätten und in Tagesfamilien in der Stadt Zürich<sup>14</sup>. Der neue Rechtsformmantel soll heutigen Herausforderungen gerecht werden, insb. die Corporate Governance und die langfristige Sicherung des Vereinsvermögens verbessern. Der Verein selbst bleibt als Gönnerverein mit neuem Vorstand bestehen.

## 2. Fusionen und Sitzverlegungen in die Schweiz

### a) Umfeld

Das per 1.1.2004, also vor gut zehn Jahren in Kraft getretene Fusionsgesetz findet seinen praktischen

Niederschlag zunehmend auch bei Stiftungen. Im Berichtsjahr 2013 sind einige Fusionen, erstaunlicherweise mehrheitlich sog. Kombinationsfusionen, aber auch eine seltene Sitzverlegung<sup>15</sup> einer Stiftung aus dem Fürstentum Liechtenstein in die Schweiz zu finden.

### b) Beispiele

- **Stiftung Familien Support Bern West**. Diese Stiftung wurde am 8. August 2013 im Handelsregister des Kantons Bern als Kombinationsfusion der Stiftung Schulheim Ried mit der Stiftung Familien-Support Bern-Brünnen eingetragen. Der Zweck der neuen Stiftung<sup>16</sup> ist, befähigende, zukunftsorientierte sowie bedarfsgerechte teilstationäre und ambulante soziale Dienstleistungen – auch sonderpädagogische Bildungsleistungen – mit dem Ziel, Kinder, Jugendliche und Familien in der Erhaltung, Wiedererlangung und Erweiterung ihrer Kompetenzen zu fördern und zu unterstützen. Die Stiftung ist Vertragspartnerin der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern und untersteht deren Fachaufsicht. Sie untersteht überdies der Bernischen BVG und Stiftungsaufsicht (BBSA) und ist damit ein Beispiel einer Stiftung, welche zwei Aufsichtsbehörden hat.
- **Stiftung Ausbildung KBB**. Diese Stiftung ist aus einer Kombinationsfusion der Stiftung für die berufliche Ausbildung im Baugewerbe des Berner Oberlandes, Thun, und der Stiftung für die berufliche Ausbildung im Baugewerbe des Oberaargau-Emmental, Burgdorf, hervorgegangen<sup>17</sup>. Sie wurde am 4.9.2013 im Handelsregister des Kantons Bern eingetragen. Der Zweck der Stiftung besteht in der Förderung der beruflichen Aus- und Weiterbildung von Mitgliedern, Angestellten, Mitarbeitenden und Lernenden des Kantonal-Bernischen Baumeisterverbandes (KBB) und von Holzbau Schweiz Sektion Bern.

12 Vgl. [www.rivespubliques.ch](http://www.rivespubliques.ch) (zuletzt besucht am 29.6.2014).

13 Vgl. <http://www.ffhs.ch/home/home> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

14 Vgl. [www.gfz-zh.ch](http://www.gfz-zh.ch) (zuletzt besucht am 29.6.2014).

15 Auf der Basis des IPRG Art. 161 f. i.V.m. Art. 126 f. HRegV.

16 Vgl. <http://www.familien-support.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

17 Vgl. <http://www.kbb-bern.ch/medien-publikationen/medienschaffende/medienscommuniques.html> (zuletzt besucht am 30.6.2014), wonach die Mitgliedfirmen des Kantonal-Bernischen Baumeisterverbandes KBB die zwei bestehenden Stiftungen zur beruflichen Ausbildung im Bauhauptgewerbe und die Genossenschaft Maurer-Lehrhalle, mit einem Gesamtvermögen von über vier Millionen Franken, per Ende 2013 in die neue kantonale Stiftung Ausbildung KBB übertragen haben.



- **Fondazione Lang e per la Cultura Italiana del Cantone Ticino**<sup>18</sup>, Lugano, 20.9.2013. Fusione per combinazione Fondazione «Arturo e Marguerite Lang», Lugano e la Fondazione per la Cultura Italiana del Cantone Ticino, Lugano.
- **Fondation Segré**, Zug, Handelsregistereintrag am 10.1.2013. Die Segré Stiftung, eine Stiftung nach dem Recht des Fürstentums Liechtenstein, registriert beim Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt des Fürstentums Liechtenstein, gemäss Art. 161 ff. IPRG, hat ihren Sitz von Vaduz (FL) in die Schweiz verlegt. Offers financial support to partner organisations concerned with the conservation of nature and with education<sup>19</sup>.

### 3. Erbstiftungen

#### a) Umfeld

Betagte Personen mit oder vor allem ohne pflichtteilsberechtigten Erben erwägen im Rahmen ihrer Nachfolgeplanung zuweilen die letztwillige Errichtung einer sog. Erbstiftung<sup>20</sup>. Im Berichtsjahr waren zahlreiche entsprechende Beispiele anzutreffen. Berater empfehlen allerdings regelmässig, Stiftungen zu Lebzeiten mit möglicherweise bloss einem verhältnismässig bescheidenen Vermögen zu errichten und ihnen Leben einzuhauchen. Der Stifter oder die Stifterin haben auf diese Weise eine Möglichkeit «ihrer» Stiftung eine Richtung vorzugeben, welche dem Stifterwillen entspricht, und allenfalls auch zu Lebzeiten korrigierend einzugreifen, falls sich die Stiftung bzw. ihr Stiftungsrat vom Stifterwillen entfernt.

Von der Zweckausrichtung her finden sich unter den Erbstiftungen die unterschiedlichsten Zwecke, wie die nachstehenden Beispiele illustrieren. Erkennbar sind diese Stiftungen meist daran, dass ihr Urkundendatum vom Eintragungsdatum im Handelsregister i.d.R. erheblich abweicht. Das Urkundendatum entspricht dem der letztwilligen Verfügung, welche möglicherweise nach Ableben des Stifters oder der Stifterin noch der Präzisierung oder Umsetzung in einer Zusatzurkunde bedarf, welche dann datenmässig ebenfalls Erwähnung findet.

#### b) Beispiele

- **Die Paul und Bertha Hoenen-Wirz-Stiftung**, mit Sitz in Basel, 9.4.2013/16.12.1997. Diese Stiftung

bezweckt, Stipendien an Musikschüler auszurichten.

- **Irene Jaeger-Stiftung**, Bremgarten bei Bern, 5.4.2013/6.4.2005. Tierschutz.
- **Kaspar Mozzetti Stiftung**, Zürich, 7.5.2013/21.7.2005. Soz. Wohnungsbau in Dübendorf für betagte, bedürftige und behinderte Menschen.
- **Béatrice Ederer-Weber Stiftung**, Zürich, 8.5.2013/20.6.2006. Gegen Tierquälerei und Missbrauch von Tieren für Forschung.
- **Rita Zimmermann Musik-Stiftung**, Bern, 13.6.2013/22.10.2012. Förderung musische Kunst.
- **Martha-Frefel-Stiftung**, Wängi, 3.7.2013/1.2.2006. Hilfestellung an Benachteiligte und Notleidende dieser Welt, insbesondere die Unterstützung von Menschen mit Behinderungen.
- **Max und Martha Dangel Stiftung**, Zürich, 8.7.2013/30.3.2012. Unterstützung gemeinnütziger Institutionen, welche sich für das Wohlergehen von Kindern einsetzen.
- **Rösli und Willy Frey-Salzmänn-Stiftung**, Olten, 18.7.2013/29.2.2008. Unterstützt junge, finanziell bedürftige Personen im Kanton Solothurn mit einem Stipendium für eine Ausbildung im Bereich der Künste.
- **Fondation Lotty Buol**, Corsier-sur-Vevey, 12.8.2013/27.10.2010. But: La fondation a pour but de venir en aide à la petite enfance notamment en aidant les jeunes parents à former et éduquer leurs enfants.
- **Clara Hoffmeister-Walser-Stiftung**, Chur, 21.8.2013/3.12.1987. Erhaltung eines Stücks Grünfläche in der Stadt Chur für spätere Generationen.
- **Erika Schwarz Stiftung**, Zürich, 26.8.2013/24.9.2012. Setzt sich ein für junge Menschen und für Menschen mit psychischen Problemen.
- **Fondation Emilienne Jaton**, Pully, 10.9.2013/29.10.1998. Elle a pour but l'aide, de toute manière appropriée, à des œuvres d'utilité publique chrétiennes, à toute personne sans ressources, temporairement ou durablement en situation de crise.
- **Familie Haldimann Stiftung**, Weinfelden, 13.9.2013/24.5.1983. Unterstützung in geeigneter Form von bäuerlichen Familien im Kanton Thurgau, welche in Not geraten sind und Hilfe bedürfen.
- **Fondazione Caritatevole Maria Rosa Grassi**, Lugano, 17.9.2013/16.3.2005. Favorire e sviluppare, su base nazionale ed internazionale, l'attività caritatevole attraverso la messa a disposizione di mezzi finanziari a persone fisiche o organizzazioni benemerite, con precedenza a quelle ispirate ai principi della fede cattolico-romana.
- **Heidi Ras Stiftung**, Zürich, 30.10.2013/23.2.2011. Förderung von schweizerischen Projekten im

18 Vgl. <http://www.fondazione-lang.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

19 Vgl. [www.fondationsegre.org](http://www.fondationsegre.org) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

20 Vgl. ZEITER, Die Erbstiftung, Diss. Fribourg 2001.



Bereich Technik und Entwicklung, Förderung der klinischen Erforschung von Krankheiten mit dem Ziel, Diagnostik, Therapien und Langzeitprognosen zu verbessern. Förderung des kulturellen insb. musikalischen Schaffens in der Schweiz.

- Stiftung Rollis – Senta Meyer, Bern, 26.6.2013/11.6.2004. Ausbildungsbeiträge an Jugendliche.

#### 4. Museen/Sammlungen

##### a) Umfeld

Die Schweiz gilt mit mehr als 1000 Museen als eigentliches Museumsland<sup>21</sup>. Stiftungen sind naheliegende und geeignete Rechtsträger für Museen oder Sammlungen, welche in Museen Aufnahme finden. Vor diesem Hintergrund erstaunt es wenig, dass auch im Berichtsjahr 2013 zahlreiche Stiftungen entstanden sind, welche Museen begründen, unterstützen oder Sammlungen halten.

##### b) Beispiele

- Greisinger Museum Stiftung<sup>22</sup>, Jenins, 23.9.2013. Bezweckt Erhalt von Grafiken, Gemälden, Büchern etc. mit Schwerpunkt J.R.R. Tolkiens Mitteleerde und Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit.
- Stiftung Opticum Universum, Fribourg, 19.3.2013. Aufbau und Betrieb eines Museums der Geschichte der wissenschaftlichen Optik sowie eines Planetariums und einer Kunst- und Kunsthandwerksgalerie.
- Fondation Pierre-Pertuis, Sonceboz-Sombeval, 15.3.2013. L'acquisition de l'immeuble, dit Maison Bourquin, sis à la route de Pierre-Pertuis 2 à Sonceboz-Sombeval et entretien de ce bâtiment.
- Stiftung Kulturzentrum Sternen Thayngen, Thayngen, 30.5.2013. Erhalt der Liegenschaft Sternen und die Errichtung des Reiatmuseums darin.
- Stiftung Oldtimermuseum von Rosmarie und Wilfried Scheebeli, Mettmenstetten, 7.5.2013. Weiterführung Oldtimermuseum.
- Bö-Stiftung, Heiden, 17.6.2013. Unterstützung und Förderung aller Massnahmen und Aktivitäten, die bewirken können, dass die Erinnerung an Carl Böckli alias Bö erhalten bleibt. Die Stiftung ist im Museum Heiden<sup>23</sup> untergebracht.

21 Vgl. [www.museum-schweiz.ch](http://www.museum-schweiz.ch) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

22 Vgl. [www.greisinger.museum](http://www.greisinger.museum) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

23 Vgl. <http://www.boe-archiv.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

- nufnuf-art fondation, Semsales/FR, 21.6.2013. Collection, l'entretien et la restauration des œuvres d'art et B.D. Verbunden mit der nufnuf Art Galerie<sup>24</sup>.

- Fondation René Burri, Lausanne, 18.6.2013. Réunir l'œuvre du photographe suisse René Burri.

- Fondazione Mecri, Minusio, 21.6.2013. La creazione e la gestione di un museo, in zona «Mondacce» a Minusio del artistico di Aldo Crivelli.

- Fondation pour le Musée du Léman, Nyon, 19.7.2013. Soutenir toutes actions en faveur du développement du Musée du Léman<sup>25</sup>.

- Fondazione Centro Giacometti, Bregaglia, 14.1.2013. La fondazione mira alla realizzazione e alla gestione del Centro Giacometti in Val Bregaglia. Il Centro Giacometti è un istituzione permanente di utilità pubblica<sup>26</sup>.

- Stiftung Casa Fusch, Vordemwald, 9.7.2013. Bezweckt Pflege und Unterhalt der Kunstgegenstände wie Bilder, Skulpturen, Plastiken usw. sowie der ihr vom Stifter gewidmeten übrigen Vermögenswerte wie insbesondere der Liegenschaft Casa Fusch in Ardez.

#### 5. Festivals

##### a) Umfeld

Beispiele wie die seit 1996 bestehende Zürcher Festspielstiftung<sup>27</sup> zeigen, dass Stiftungen als Rechtsträger für sich wiederholende Veranstaltungen Verwendung finden. Dabei ist nicht untypisch, dass ein Festival oder eine Veranstaltung zunächst mehr oder weniger informell oder z.B. in Vereinsform<sup>28</sup> organisiert ist und sich später in Stiftungsform verfestigt. Im Berichtsjahr haben sich drei, seit einigen Jahren bestehende Musik-Veranstaltungen in Form einer Stiftung organisiert.

##### b) Beispiele

- Greenfield Festival Foundation, Basel, 4.1.2013. Unterstützt und fördert Projekte im Zu-

24 Vgl. [www.nufnuf-art.ch](http://www.nufnuf-art.ch) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

25 Vgl. [www.museeduleman.ch](http://www.museeduleman.ch) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

26 Vgl. [www.centrogiacometti.ch](http://www.centrogiacometti.ch) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

27 Vgl. [www.zuercher-festspiele.ch](http://www.zuercher-festspiele.ch) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

28 Vgl. Verein Street Parade Zürich, eingetragen seit 1996 mit dem Zweck der jährlichen Durchführung der «Street Parade», einer Demonstration für Liebe, Frieden, Freiheit, Grosszügigkeit und Toleranz, kurz für die House und Techno-Kultur, jeweils im Sommer. <http://www.streetparade.com> (zuletzt besucht am 30.6.2014).



sammenhang mit Musik im In- und Ausland, insbesondere solche junger Künstler und musikalische Ausbildungsprojekte. Das Greenfield Festival ist ein seit 2006 mit ca. 40 Bands auf dem Flugplatz Interlaken durchgeführtes 3-tägiges Musikfestival<sup>29</sup>.

- Fondation Cully Classique, Bourg-en-Lavaux, 25.2.2013. Organiser, chaque année à Cully, un festival de musique essentiellement classique, ainsi que la présentation d'événement artistiques et culturels; veiller au maintien de l'identité et des spécificités de «Cully Classique». Seit 2003 durchgeführtes Festival<sup>30</sup>.
- Stiftung Open Air Lumnezia, Lumnezia, 25.3.2013. Sicherstellung, Unterstützung und Durchführung Open Air Lumnezia/GR. Seit 1984 von Jungmannschaft durchgeführt.

### 6. Missbrauch Kinder/Frauen

#### a) Umfeld

Das Thema des Missbrauchs namentlich von Frauen und Kindern in verschiedenen Formen ist ein Anliegen von zunehmender Resonanz. Im Berichtsjahr wurden folgende drei Stiftungen in diesem Bereich errichtet:

#### b) Beispiele

- Christina Krüsi Foundation, Winterthur, 25.6.2013. Diese Stiftung setzt sich dafür ein, dass die Öffentlichkeit Kinder bewusst vor Gewalt und Missbrauch schützt<sup>31</sup>.
- FWS Frauen Wohnhaus Stiftung, Grüningen, 14.12.2012. Errichtung und Betrieb eines Wohnheims für misshandelte Frauen sowie für werdende junge Mütter.
- OKey-Stiftung für das Kind in Not, c/o Kantonsspital Winterthur, 29.10.2012. Setzt sich für einen wirksamen und koordinierten Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Gefährdung und Misshandlung ein. Aufbau, Sicherstellung und Weiterentwicklung von Beratungsangeboten für Kinder und Jugendliche, die körperlich, sexuell oder psychisch misshandelt oder vernachlässigt worden sind.

### 7. Medizin – Forschung etc.

#### a) Umfeld

Medizin und Forschung gehören traditionell zu von Stiftungen unterstützten Anliegen, insb. in der Form von Forschungsstiftungen. Diese finden sich häufig im Umfeld der medizinischen Fakultäten an Universitäten oder an Universitätsspitalern. Auch im Berichtsjahr 2013 sind einige Stiftungen dieser Art entstanden.

#### b) Beispiele

- Forschungsstiftung Thoraxchirurgie und Pneumologie, Haut-Vully, 30.7.2013. Forschung in der Thoraxchirurgie und der Pneumologie.
- Fondazione Epatocentro Ticino, Lugano, 27.6.2013. La promozione ed il sostegno della ricerca scientifica nel campo delle patologie del fegato, attraverso il versamento di aiuti finanziari ad istituti scientifici di carattere universitario e non, il conferimento di particolari premi e anche il finanziamento diretto di progetti e lavori di ricerca scientifica.
- The Brain and Heart Research Foundation for Autonomic dysfunction and mortality in infants and adults (ADMIA Foundation), Zürich, 15.8.2013. Unterstützung von Forschung und Entwicklung zum Verständnis und zur Bekämpfung menschlicher Krankheiten<sup>32</sup>.
- European Rheumatology Research Foundation ERRF, Kilchberg, 8.5.2013. Förderung der rheumatologischen Forschung.
- Fondation de la société internationale pour l'arthroscopie de la hanche, Riaz, 29.5.2013. Promouvoir la recherche et la formation dans le domaine de l'arthroscopie de la hanche.
- Banff Foundation, Meggen, 31.1.2013. Weltweite Förderung der kollaborativen Forschung und der Verbesserung des Wissens im Bereich der Transplantationspathologie<sup>33</sup>.
- Schweizerische Herzrhythmus-Stiftung, Bern, 4.3.2013. Information der Bevölkerung in der Schweiz über die wachsende Bedeutung von Herzrhythmusstörungen<sup>34</sup>.
- Stiftung Gesundheitszentrum Zaubenberg, Hirschthal, 18.9.2012. Unterstützung des Gesundheitszentrums Zaubenberg<sup>35</sup>.

29 Vgl. [www.greenfieldfestival.ch/foundation](http://www.greenfieldfestival.ch/foundation) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

30 Vgl. [www.cullyclassique.ch](http://www.cullyclassique.ch) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

31 Vgl. [www.christinakruesifoundation.com](http://www.christinakruesifoundation.com) (zuletzt besucht am 30.6.2014). CHRISTINA KRÜSI ist die Autorin des Buches *Mein Paradies war die Hölle*. Demnach war sie 6- bis 11-jährig Sexsklavin von Missionaren im bolivianischen Urwald.

32 Vgl. <http://admia.org> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

33 Vgl. <http://www.banfffoundation.org> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

34 Vgl. <http://shrs.ch/de/stiftung/portrait> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

35 Vgl. <http://www.zaubenberg.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

- Fondation vaudoise de cardiologie interventionnelle, Lausanne, 1.3.2013. Encourager la recherche, la clinique, la formation, voire les mesures d'enseignement dans le domaine de la cardiologie interventionnelle.
- Hans Feller Stiftung, Bern, 12.11.2009/15.8.2013. Förderung der Forschung in der Augenheilkunde durch Gewährung von Beiträgen an ophtalmologische Forschungsvorhaben der Universitätsklinik für Augenheilkunde des Inselspitals Bern.

## 8. Künstler/Kunst

### a) Umfeld

Die Kunst und Kultur gehört zu häufigen Zwecken von gemeinnützigen Organisationen in Stiftungsform unter Einschluss der Unterstützung von Künstlern. Gemäss CEPS Studie<sup>36</sup> sind dem Bereich Kultur und Freizeit 37% der im letzten Jahr neu errichteten Stiftungen gewidmet. Nachstehend sind einige Beispiele im Bereich Kunst und Künstler aufgeführt.

### b) Beispiele

- Joseph Haydn Stiftung, Basel, 8.5.2013. Förderung des Werkes des Komponisten Joseph Haydn<sup>37</sup>.
- Young Artist Foundation, Bern, 3.10.2013. Förderung junger KünstlerInnen<sup>38</sup>.
- Kurt Redel Stiftung, Basel, 15.4.2013. Förderung junger Künstler auf musikalischem Gebiet in Europa, auch in der Region Basel.
- Karolina Blaberg Stiftung, Zürich, 25.1.2013. Förderung der Kunst im In- und Ausland.
- Fondation Milanollo, Lausanne, 13.6.2013. Promouvoir et aider par tous les moyens possibles de jeunes artistes, notamment dans le domaine de la musique.
- Arthur-Märki-Stiftung, Aarau, 22.2.2011/23.6.2012/26.3.2013. Förderung und Unterstützung des Kunstturnens und des Balletts in der Schweiz.
- Stiftung mechanische Werkstätte Wiesental, Eschlikon, 13.6.2013. Aufrechterhaltung der ehemaligen mechanischen Werkstätte in der Liegenschaft Wiesental.

36 Vgl. Band 12, Der Schweizer Stiftungsreport 2014, S. 5.

37 Vgl. dazu <http://www.christophnfmuellet.ch/index.php/joseph-haydn-stiftung-basel> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

38 Nicht zu verwechseln mit der 1978 in Hollywood errichteten gleichnamigen The Young Artist Foundation.

## 9. Unterstützung anderer Organisationen

### a) Umfeld

Manche Stiftungen verfolgen ihre Zwecke direkt oder operativ, indem sie Projekte suchen oder entwickeln, welche zur Zweckerfüllung dienen. Ein eigentlicher Stiftungsbetrieb erfordert erhebliche Mittel und in der Regel eigenes Personal. Beides steht nicht allen Stiftungen bzw. Stiftern zur Verfügung. Weit verbreitet sind jedoch auch Stiftungen, welche bestehende gemeinnützige Institutionen unterstützen, ohne dass sie selber Projekte betreiben. Dies kann unabhängig von der Vermögensgrösse der Fall sein. Manchmal kann man sich fragen, ob Stifter bei dieser Art von Unterstützungsleistungen nicht direkt eine bestehende Institution unterstützen möchten, ohne dafür eine eigene Organisation zu errichten, welche administriert, in der Regel revidiert etc. werden muss und damit Kosten verursacht. In neuerer Zeit wird in diese Richtung zuweilen eine Art Zwischenform propagiert, die sog. Dachstiftung<sup>39</sup>. Die Stifterfreiheit lässt die eine oder andere Art der Stiftung zu. Hier sind unter Umständen die Berater gefragt, welche die Frage der Errichtung oder Ausgestaltung einer Stiftung begleiten.

### b) Beispiele

- Fondation PubliCap, Nyon, 19.12.2012. Soutenir les activités de l'association «Centre d'Animation des Pharmaciens de Suisse»<sup>40</sup>.
- Fondation Solyna<sup>41</sup>, Prilly, 20.6.2013. Promouvoir et soutenir financièrement les activités de l'association «AFESIP (Action for Women in Distressing Situations) ayant son siège à Phnom Penh (Cambodge)»<sup>42</sup>.
- Stiftung Arpeggio Schweiz<sup>43</sup>, Bern, 2.7.2013. Ideelle und materielle Unterstützung der Asociación Cultural Arpegio (Arpegio Perú)<sup>44</sup>.
- Humana People to People Foundation, Carouge, 22.8.2013. Contribuer à des projets de développement et des activités de bienfaisance dans le

39 Vgl. STUDEN, Die Dachstiftung – das Tragen und Verwalten von Unterstiftungen unter dem Dach einer selbständigen Stiftung, Schriften zum Stiftungsrecht Band 3, Zürich 2011.

40 Vgl. <http://www.pharmacap.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

41 Vgl. [www.fondationsolyna.ch](http://www.fondationsolyna.ch) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

42 Vgl. <http://www.afesip.org> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

43 Vgl. <http://www.arpeggio.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

44 Vgl. <http://arpeggioperu.jimdo.com> (zuletzt besucht am 30.6.2014).



monde entier, notamment à des programmes et à des projets mené par «The Federation for Associations connected to the international HUMANA PEOPLE TO PEOPLE Movement (FAIHPP)»<sup>45</sup>.

- **Fondazione Amici di AMCA**, Giubiasco, 24.8.2013. Sostenere e promuovere l'attività dell'Associazione per l'aiuto medico al Centro America (AMCA).
- **Stiftung ALLOPA**, Zürich, 24.7.2013. Unterstützung gemeinnütziger Stiftungen und insbesondere der OPA – Objective Polyglot Apprenticeship, Stiftung in Zürich, welche Berufsbildung fördert.

### 10. Compliance/Werte

#### a) Umfeld

Der Begriff der Compliance<sup>46</sup> ist eine Zeiterscheinung. Namentlich Finanzinstitute und Finanzintermediäre haben im Umfeld der Vermeidung von Geldwäscherei ihre Compliance-Anstrengungen und -Abteilungen verstärkt. Darüber hinaus sind Werte ein zentrales Thema z.B. multinationaler Unternehmen. Es erstaunt daher wenig, dass Compliance und Wertediskussionen vermehrt von Stiftungen getragen auftreten.

#### b) Beispiele

- **Compliance Stiftung**, Zürich, 22.6.2013. Diese Stiftung<sup>47</sup> bezweckt die Förderung der Weiterbildung von Unternehmen, Verbänden und natürlichen Personen zum Thema Compliance.
- **Stiftung Globale Werte Allianz**, Basel, 23.7.2013. Die Stiftung Globale Werte Allianz (Foundation Global Values Alliance)<sup>48</sup> ist eine gemeinnützige Stiftung, welche sich die praktische Umsetzung ethischer Werte und Normen in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft zur Aufgabe macht. Als Kombination aus Denkfabrik und operativ arbeitender Stiftung übernimmt die Stiftung die Anwaltschaft für die Entwicklungsziele der Vereinten Nationen, des UN Global

Compact und für ein auf interkulturell, interreligiös und international anerkannten Werten beruhendes Wirtschaftsethos. Die Stiftung setzt dabei auf strategische Forschungs- und Anwendungs-Partnerschaften mit Organisationen und Institutionen im In- und Ausland.

- **Board Foundation**, St. Gallen, 1.6.2013. Weiterentwicklung der Führung und Aufsicht von Unternehmen und Organisationen in Forschung, Lehre und Praxis.
- **SWIPRA**, Zürich, 28.2.2013. Unterstützung von Anlegern im In- und Ausland in Bezug auf die Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte an Publikumsgesellschaften. Stiftung für wertorientiertes Investieren<sup>49</sup>.
- **earthbeat solutions foundation**, Zürich, 14.1.2013. Aufklärungsarbeit gegenüber Industrie und Konsumenten, um ein öffentliches Bewusstsein für die harte, gesundheits- und umweltgefährdende Arbeit zu schaffen, welche die Gewinnung und Produktion von natürlichen Ressourcen (für die Schmuckindustrie) mit sich bringt<sup>50</sup>.

### 11. Tiere

#### a) Umfeld

Die Tierwelt unter Einschluss von Hunden, Katzen etc. sowie Initiativen gegen Tierquälerei sind traditionelle Themen für Stiftungen. Im Berichtsjahr sind unter anderem zwei auf Pferde ausgerichtete Stiftungen entstanden.

#### b) Beispiele

- **Freiberger Pferde Stiftung**, Horriwil, 13.5.2013. Förderung des Freiberger Pferdes<sup>51</sup>.
- **Jean-Pierre und Sonja Siegfried Stiftung**, Basel, 18.12.2012. Erhaltung und Erforschung von Equiden, namentlich des Przewalskipferdes. Is a rare and endangered subspecies of wild horse native to the steppes of central Asia, specifically Mongolia.

45 Vgl. [www.humana.org](http://www.humana.org) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

46 Dieser Begriff wird auch in der deutschen Sprache verwendet. Er bedeutet so viel wie Einhaltung oder Befolgung bzw. Ordnungsmässigkeit oder Übereinstimmung. Die Tatsache, dass dieser englische Begriff auch in der deutschen Sprache Verwendung findet, ist ein Indiz dafür, dass er sich nur schwer ins Deutsche übersetzen lässt.

47 Vgl. [www.compliance-stiftung.com](http://www.compliance-stiftung.com) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

48 Vgl. <http://www.globalewerteallianz.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

49 Vgl. <http://swipra.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014). SWIPRA ist ein nicht-gewinnorientierter und unabhängiger Stimmrechtsberater für Institutionelle Anleger und eine Stiftung nach Schweizer Recht mit Sitz in Zürich. SWIPRA erarbeitet ihre Stimmrechtsempfehlungen in Zusammenarbeit mit dem Institut für Banking und Finance der Universität Zürich («IBF») und stellt ihre Empfehlungen ihren Kunden über das eigene Advisory Tool auf der Sherpany-Plattform zur Verfügung.

50 Vgl. <http://earthbeatfoundation.org> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

51 Vgl. [www.freiberger-pferde.ch](http://www.freiberger-pferde.ch) (zuletzt besucht hat am 30.6.2014).

- Tasunka Cante Foundation, Küssnacht/SZ, 5.9.2013. Verbesserung des Wohlergehens der Tiere und des Verständnisses ihrer Bedürfnisse<sup>52</sup>.

## 12. Sport

### a) Umfeld

Sportliche Bestrebungen finden sich häufiger in Vereins- als in Stiftungsform, namentlich wenn es um den Zusammenschluss von sportlich interessierten Personen und ihre eigene sportliche Tätigkeit geht. Die Unterstützung von Sport und Sportlern findet demgegenüber häufig in Stiftungen ihren Niederschlag, zuweilen mit gesellschaftlichen Ansätzen in Richtung der Lösung gesellschaftlicher Herausforderungen mit der Hilfe des Sportes verbunden.

### b) Beispiele

- United Volleyball Foundation, Sarnen, 21.5.2013. Förderung des Volleyballsports<sup>53</sup>.
- Bärn fägt – Stiftung für Berner Spiel-, Sport- und Erlebnistage, Bern, 25.3.2013. Ermöglicht Kindern und Jugendlichen Sporterlebnisse, welche sich positiv auf Gesundheit, Wohlbefinden, Selbstwertgefühl und Sozialkompetenz auswirken.
- Future Foundation, Biel, 24.6.2013. Förderung des Sports und Fussballs, insb. der Juniorenbewegung des FC Biel.
- Athletes World Foundation, Lausanne, 5.7.2013. Soutenir financièrement des athlètes poursuivant des études tout en se vouant à la pratique d'un ou plusieurs sports<sup>54</sup>.
- Eishockey Nachwuchs Förderung Innerschweiz, Zug, 4.10.2013. Förderung von Jugendlichen im Eishockeysport.

## 13. Verschiedenes

### a) Umfeld

Stiftungen sind für unendlich vielfältige Zwecke einsetzbar. Eine kleine Auswahl mag dies illustrieren.

### b) Beispiele

- Stiftung Freude herrscht, Bern, 12.6.2013. Förderung der sportlichen Aktivität und der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen<sup>55</sup>.
- Patricia und Kurt Hauser-Stiftung «lux aeterna», Glarus Nord, 22.5.2013. Die Stiftung will die seit 1357 bestehende Tradition des ewigen Lichts von Näfels erhalten und weiterführen.
- Fondation Bernard Clavel, Lausanne, 12.11.2012. But d'éclairer la vie, les engagements, l'œuvre de Bernard Clavel<sup>56</sup>.
- The Geneva Consensus Foundation, Genf, 8.1.2013. Contribuer à la politique mondiale par une démarche internationale de consensus.
- Lindt & Sprüngli Cocoa Foundation, Kilchberg, 29.1.2013. Engagement für die soziale und ökologische Nachhaltigkeit des Anbaus, der Gewinnung sowie der Produktion und Verarbeitung von Cocoa sowie anderen im Zusammenhang mit der Schokoladeherstellung stehenden Rohmaterialien in den jeweiligen Ländern<sup>57</sup>.
- Stiftung Zehntenhaus Niederlenz, Niederlenz, 5.12.2012. Halten von Beteiligungen an der Swissevent GmbH; kann Massnahmen treffen um das historische und denkmalgeschützte Zehntenhaus in Niederlenz zu unterhalten und zu erhalten.
- Isaac Dreyfus-Bernheim Stiftung (aus Anlass des 200-jährigen Jubiläums der Dreyfus Söhne & Cie Aktiengesellschaft, Banquiers, Basel), Basel, 17.1.2013. Verfolgung wohlthätiger, humanitärer, kultureller und edukativer Ziele, namentlich die Gewährung von vorwiegend periodischen Zuwendungen.
- Walter Pfister Stiftung, Luzern, 12.12.2012. Periodische Prämierung einer geistreich-witzigen und humorvollen Produktion im Raum Basel im gesamten Kulturbereich.
- Fondation Internationale des Sciences et Culture de la vigne et du vin – FISCVV, Aigle, 11.1.2013. Promouvoir la sauvegarde de la culture de la vigne et du vin dans un souci d'amélioration de l'environnement naturel.
- Venture Foundation, Windisch, 2.5.2013/20.6.2013. Jungunternehmertum in der Schweiz fördern. Durchführung Geschäftsplanwettbewerb Venture 20XX.

52 Vgl. <http://www.tasunka-cante-foundation.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

53 Vgl. <http://uvof.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

54 Vgl. <http://athletesworldfoundation.org> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

55 Vgl. <http://freude-herrscht.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

56 Vgl. [http://en.wikipedia.org/wiki/Bernard\\_Clavel](http://en.wikipedia.org/wiki/Bernard_Clavel) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

57 Vgl. <http://www.lindt.com/swf/eng/company/social-responsibility/memberships> (zuletzt besucht am 30.6.2014).



- Fondation de Famille Mauvernay, Siviriez, 8.5.2013. Fournir aux membres de la famille du Docteur Rolland-Yves Mauvernay des prestations d'assistance telles que le paiement de médicaux, d'éducation, d'établissement ou d'autres but analogues.

### III. Löschungen 2013 (Auswahl)

Gemäss Forschungen des CEPS<sup>58</sup> sind im Berichtsjahr 159 gemeinnützige Stiftungen liquidiert worden. Teilweise sind diese Stiftungen nicht einfach verschwunden, sondern leben bspw. im Rahmen von Fusionen oder Vermögensübertragungen weiter. Der häufigste Grund für die Löschung von Stiftungen liegt in der Erschöpfung ihrer Mittel, sei es, dass die Stiftung vom Stifter auf Zeit angelegt war oder die Märkte oder Ausgabepolitik des Stiftungsrates zur Erschöpfung der Mittel führen. Einmalig dürfte demgegenüber die Löschung derjenigen Stiftung sein, welche mit Sitz in Sion vom dortigen Register irrtümlicherweise zweimal eingetragen und dann einmal wieder gelöscht worden ist.

- Fondation Sir Peter Ustinov, Genf (13.8.2002–26.9.2013)<sup>59</sup>
- Stiftung Gymnasium Marienburg, Thal/SG (30.6.1999–2.10.2013)<sup>60</sup>
- Volkshochschule Uster, Uster (21.4.1948–24.7.2013)
- Volkshochschule Elgg, Elgg (21.4.1948–20.2.2013)
- Fondazione Vivere in Lavizzara, Lavizzara/TI (15.1.2010–24.7.2013)
- Stiftung zur Förderung der osteuropäischen Perspektive, Zürich (9.8.2007–23.7.2013)
- HAGAL Foundation, Ingenbohl (5.1.2011–16.7.2013). Konkursverfahren abgeschlossen. Zweck war Unterstützung und Förderung finanziell schlechter gestellter Kinder.
- Stiftung Dr. Hans Ernst, Dietlikon (7.7.1980–11.7.2013). Zweck war Sicherung und Erhalt der Firma F. Ernst in AG, Freienbach. Ihrerseits 27.6.2011 infolge Konkurs gelöscht.
- Fondation Cheval Mon Ami, Yverdon-les-Bains (1.6.2010–18.6.2013). Konkurs
- The Institute for Peace Studies, Genf (14.2.2006–31.5.2013)

- Stiftung Start, Frauenfeld (29.11.2002–27.5.2013). Gründungszentrum, in welchem Jungunternehmern Räumlichkeiten, Infrastruktur und Beratung gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wird.
- Stiftung Unterstützung der Gemeinde Pinaya (Bolivien), Uttigen/BE (25.1.–14.5.2013). EDI stellt ursprüngliche Nichtigkeit fest und hebt auf.
- International Foundation for Safe and Secure Energy Technologies (IFSSET), Muri (23.6.2008–29.4.2013)
- Fondation la Joie des Arts, Sion (4.7.2011–18.3.2013). Suite à son inscription par erreur à double, la fondation est radiée du registre du commerce.
- Stiftung Regionalmuseum Rorschach, Rorschach (17.10.2011–9.1.2013)
- International Legal Foundation, Zürich (7.1.1998–12.3.2013). Förderung juristische Aus- und Weiterbildung in Russland
- Stiftung Ray of Hope, Basel (20.1.2011–12.3.2013)<sup>61</sup>. Nicht zu verwechseln mit Stiftung Rays of Hope, Baar (errichtet 2.9.2005)
- Stiftung zur Erhaltung der Büste Karls des Grossen im Hohen Dom zu Aachen, Zürich (24.9.2004–7.3.2013). Aktiven und Passiven gehen infolge Fusion auf die Lorange Institute of Business Zurich Foundation in Horgen über, errichtet 7.3.2013, ebenso GSBA-Innovationsstiftung, Horgen (8.7.1981–7.3.2013)
- Alexander Andreas Prinz zu Schaumburg-Lippe Stiftung, Zug (15.2.2011–22.11.2013). Verfügung EDI 15.6.2011, Aufsicht des Bundes unterstellt und zugleich aufgehoben. Zweck war Organisation, Planung, Unterstützung und Verwirklichung von Charity Events.
- Stiftung Corporate Governance, Zug (10.4.2003–14.1.2013)

### IV. Publikationen (Auswahl)

1. **Kommentare und Gesamtdarstellungen**
  - Siffert Rino/Turin Nicholas (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013.
  - Hrubesch-Millauer Stephanie/Bosshardt Martina, Personenrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2013 (Seiten 201–230).
  - Jakob Dominique, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 2013, S. 446 ff.

58 Vgl. Band 12, Der Schweizer Stiftungsreport 2014, S. 4.

59 Vgl. <http://www.ustinov-foundation.org> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

60 Vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Gymnasium\\_Marienburg](http://de.wikipedia.org/wiki/Gymnasium_Marienburg) (zuletzt besucht am 30.6.2014).

61 Vgl. <http://www.rayofhope.ch> (zuletzt besucht am 30.6.2014).

- Jakob Dominique/Uhl Matthias, Vereins- und Stiftungsrecht 2011/2012 – Länderbericht Schweiz, in: Rainer Hüttemann et al. (Hrsg.): Non Profit Law Year Book 2012/2013, Hamburg 2013, S. 287 ff.

## 2. Regelmässige Übersichten

- Eckhardt Beate/Jakob Dominique/von Schnurbein Georg, Der Schweizer Stiftungsreport 2013, CEPS Forschung und Praxis – Band 08, Basel 2013.
- Grüninger Harold, Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich, *successio* 2013, S. 116 ff.
- Jakob Dominique, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, *SJZ* 109 (2013), S. 446 ff.
- Jakob Dominique/Dardel Daniela/Uhl Matthias, Verein – Stiftung – Trust. Entwicklung 2012, *njus.ch*, Bern 2013.

## 3. Schweizerischer Juristentag 2013 (Thema Stiftungsrecht)

- Jakob Dominique, Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, Gutachten zum Schweizerischen Juristentag 2013, *ZSR* 2013, S. 185 ff.
- Vez Parisima, Surveillance étatique et autorégulation des fondations classiques, *ZSR* 2013, S. 342 ff.

## 4. Foundation Governance

- Foundation Governance Bd. 10: Von Schnurbein Georg/Egger Philipp (Hrsg.), Innovation statt Stagnation – Wie sich Stiftungen aus der Krise befreien, Basel 2013 – mit Beiträgen verschiedener Autoren.
- Schöbel Sarah Katharina, Corporate Governance im Stiftungsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Situation in der Schweiz und in Deutschland sowie europarechtlicher und internationaler Entwicklungen, Diss. Zürich 2012.

## 5. Dissertationen/Monografien/Tagungsbände/Studien

- Gierhake Olaf, Rechtliche Fragen der Vermögensnachfolge für deutsche Unternehmen mit deutschen, österreichischen und liechtensteinischen Stiftungen, Zürich/St. Gallen 2013.
- Jakob Dominique (Hrsg.), Stiften und Gestalten – Anforderung an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld, Basel 2013, Schriften zum Stiftungsrecht Bd. 4 (Beiträge zum 2ten Zürcher Stiftungsrechtstag).

- Liatowitsch Manuel/Fischer Eliane, Stiftungen und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Schnurr Francesco A. (Hrsg.), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, Band des 5. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages 2012, Zürich/Basel/Genf 2013.

- Von Schnurbein Georg/Wyser Rafael/Bethmann Steffen, Handlungsempfehlungen zur Gestaltung eines nationalen Stiftungsregisters in der Schweiz, Basel 2012, Grundlagenpapier des CEPS.

## 6. Fachartikel

- Baumann Lorant Roman, Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde, *SJZ* 2013, S. 517 ff.
- Burkart Thierry/Kieser Hannes, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, *ST* 2013, S. 209 ff.
- Degen Christoph, Überholte Stiftungszwecke: wie lässt sich das Problem vermeiden?, *Revue der schweizerischen gemeinnützigen Gesellschaft*, Nr. 3. Juni 2013, S. 24 ff.
- Degen Christoph/Baumann Lorant Roman, Unzweckmässige Reform vom Tisch, weitere Schritte nötig – aktuelle Entwicklungen im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitssektor, in: *Die Stiftung, Magazin für das Stiftungswesen und Philanthropie (Schweiz): Stiftungsmarkt Schweiz*, Special November 2013, S. 10 f.
- Eckhardt Beate/von Orelli Lukas, Bei Provisionen hört die Freundschaft auf – wie Stiftungen die Rückzahlung von Retrozessionen geltend machen können, in: *Die Stiftung, Magazin für das Stiftungswesen und Philanthropie (Schweiz): Stiftungsmarkt Schweiz*, Special November 2013, S. 14 f.
- Geinoz François, Ein Zuhause für neue Stiftungen – die Vorteile einer Dachstiftung, in: *Die Stiftung, Magazin für das Stiftungswesen und Philanthropie (Schweiz): Stiftungsmarkt Schweiz*, Special November 2013, S. 42 f.
- Gmür Markus/Oprandi Patrizia, Vergütung von Vorstand, Stiftungsrat und Geschäftsleitung in Schweizer Hilfswerken, Zürich 2013.
- Hertig David/von Schnurbein Georg, Die Vermögensverwaltung gemeinnütziger Stiftungen. State of the Art?, Hrsg. von Globalance Bank AG/Center for Philanthropy Studies, Basel 2013.
- Hinz Andreas/Morais Paulo/Zulliger Deborah, Current Challenges and Practices in Philanthropy, Case Studies from Switzerland and Liechtenstein, Oktober 2013.



- Jakob Dominique, Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Stiftung (Fundatio Europaea) – Streifzug durch eine europäische Kulissenlandschaft?, npoR 2013, S. 1 ff.
- Jakob Dominique/Picht Peter, Responsible Investments by Foundations from a Legal Perspective, The International Journal of Not-for-Profit Law, Vol. 15, Issue 1, April 2013, S. 53 ff.
- Jakob Dominique/Picht Peter, Sustainable Investments by Foundations from a Legal Perspective, successio 2013, S. 98 ff.
- Jakob Dominique/Picht Peter, Vom Stiftungszweck zur Anlagestrategie, Stiftungsrechtliche Überlegungen zu nachhaltigen und verantwortlichen Investitionen von Stiftungen, Stiftung & Sponsoring 6/2012, S. 26 ff.
- Jakob Dominique/Uhl Matthias, Kooperieren in unbekanntem Gelände – was setzt eine internationale Zusammenarbeit voraus und in welchen rechtlichen Bahnen verläuft sie?, in: Die Stiftung, Magazin für das Stiftungswesen und Philanthropie (Schweiz): Stiftungsmarkt Schweiz, Special November 2013, S. 12 f.
- Koller Thomas, Die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit in der neueren Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, in: Rainer Hüttemann et al. (Hrsg.), Non-Profit Law Year Book 2012/2013, Hamburg 2013, S. 175 ff.
- Leupin Yvan/Tabet Habib, La fondation de droit de suisse au prisme de l'Ordonnance sur le Registre du commerce du 17 octobre 2007, in: REPRAX 2013/2, p. 2 ff.
- Oehri Oliver/Dreher Christoph/Jochum Christoph/von Schnurbein Georg, Formen der modernen Philanthropie – neue Perspektiven für Stiftungen, Vaduz 2013.
- Schönenberg Daniela, Rechtliche Herausforderungen für Sozialunternehmen in der Schweiz, npoR 2013, S. 8 ff.
- Studen Goran, Nichts Neues im «Stiftungsparadies» Schweiz?, npoR 2013, S. 61 ff.
- Uhl Matthias, Die Überführung eines Stiftungszweckbetriebs in eine «Zweckholding». Stiftungs-, fusions- und gemeinnützigkeitsrechtliche Aspekte, in: Loacker/Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St.Gallen 2012, S. 359 ff.
- Vez Parisima, Les sous-ensembles flous de la fondation, in: Alexandra Rumo-Jungo et al. (Hrsg.): Une empreinte sur le Code civil. Mélanges en l'honneur de Paul Henri-Steinauer, Bern 2013, S. 145 ff.
- Wuffli Peter A./Kirchschläger Andreas R./Nay Martin, Wirkungsmessung unternehmerischer Philanthropie, ST 2013, S. 355 ff.

## V. Gerichtsentscheide

### 1. BVGer vom 31.7.2013 – B-1703/2013<sup>62</sup>

#### a) Sachverhalt

Bei dieser Entscheidung geht es um eine 1998 errichtete Stiftung mit dem Zweck einen Beitrag an das allgemeine Ziel zu leisten, dass Menschen sich geistig, seelisch und leiblich in Freiheit und Harmonie mit der Natur und ihren Mitmenschen entwickeln und entfalten können. Das EDI wurde als Aufsichtsbehörde im Handelsregister eingetragen. Dennoch war bei der Aufsichtsbehörde kein Dossier auffindbar und keine Aufsichtsübernahmeverfügung erlassen, wie das dem courant normal entspricht.

Am 22.11.2012 schreibt das Handelsregister dem EDI, dass bei dieser Stiftung weder eine Revisionsstelle eingetragen sei noch eine hiervon dispensierende Verfügung der Aufsicht vorliege.

Mit Verfügung vom 6.3.2013 hat die Stiftungsaufsicht ihre Funktion als Aufsichtsbehörde bestätigt und die Verpflichtung auf Rechenschaftsablage inkl. Bericht der Revisionsstelle und Angaben zum Stiftungsrat angeordnet. Dafür wurde eine Gebühr von CHF 800 erhoben.

Die Stiftung hat mit Datum vom 27.3.2013 hiergegen Beschwerde erhoben, u.a. wegen zu hohem Notariatshonorar, Aufsichtskosten und Revisionskosten.

#### b) Entscheid

Das Bundesverwaltungsgericht hält zunächst fest, dass die Rechnungen des Notars und des Handelsregisters anlässlich der jeweiligen Rechnungsstellung bei der entsprechenden Beschwerdeinstanz hätten angefochten werden müssen. Dafür sei es heute zu spät.

Bezüglich der Voraussetzungen für die Befreiung von einer Revisionspflicht stellt das Gericht fest, dass diese nicht erfüllt sind, weil die zulässige Bilanzsumme in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die Limite von CHF 200'000 überschritten habe. Sodann führt das Gericht aus, dass an eine Laienbeschwerde keine zu hohen formellen Anforderungen gestellt werden dürften. Materiell laufe die Beschwerde der Beschwerdeführerin dahin hinaus, dass sie die Unterstellung unter die Eidgenössische Stiftungsaufsicht als unverhältnismässig rüge. Das Gericht bestätigt die Zuständigkeit der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht. Die Tatsache, dass die Aufsichtsübernahme verspätet erfolgt ist, hat darauf keinen Einfluss. Die Aufsicht sei zwingend für alle

<sup>62</sup> Vgl. JAKOB/DARDELL/UHL, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2013, Bern 2014, S. 50 f.



klassischen Stiftungen aufgrund ihrer Rechtsform. Wie der Fall zeigt, kann ein Eintrag im Handelsregister auch ohne Aufsichtsübernahmeverfügung erfolgen (BGE 120 II 375).

Da die Stiftungsurkunde eine Tätigkeit im In- und Ausland vorsehe, ergäbe sich die Zuständigkeit der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht. Das Argument einer unnötigen Bürokratie und unverhältnismässiger Aufwand ist gegen präventive Aufsichtsmittel nicht zu hören.

Zu den beanstandeten Gebühren sei zu beachten, dass diese dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip unterliegen. Die Gebührenverordnung<sup>63</sup> sieht einen Gebührenrahmen von CHF 600–3000 für die Aufsichtsübernahme anlässlich der Errichtung und einen Stundensatz von CHF 150 vor. Im vorliegenden Fall wurden CHF 800 verfügt. Das ist kein unverhältnismässiger Betrag und nicht höher, als wenn die Aufsichtsübernahme korrekterweise bereits 1998 erfolgt wäre. Ein Gebührenerlass ist bei Bedürftigkeit möglich. Diese Voraussetzung sei bei einem Stiftungskapital von über CHF 200000 nicht gegeben.

Im Ergebnis hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde abgewiesen und die Verfahrenskosten von CHF 800 der Beschwerdeführerin auferlegt.

### c) Bemerkungen

Bemerkenswert an diesem Fall ist in erster Linie die Tatsache, dass diese 1998 im Handelsregister eingetragene Stiftung lange ohne formell zuständige Aufsichtsbehörde verblieb. Damit solche Fälle nicht vorkommen, schreibt Art. 96 HRegV vor, dass das Handelsregisteramt die Errichtung einer Stiftung der Stiftungsaufsichtsbehörde mitzuteilen hat, die nach den Umständen zuständig erscheint, und ihr eine Kopie der Stiftungsurkunde oder der Verfügung von Todes wegen sowie einen Auszug aus dem Handelsregister zustellt. Die Aufsichtsbehörde hat die Übernahme der Aufsicht dem Handelsregisteramt zur Eintragung anzumelden oder die Mitteilung über die Errichtung der Stiftung umgehend der zuständigen Behörde zu überweisen. Falls, wie zu empfehlen ist, die voraussichtlich zuständige Aufsichtsbehörde bereits im informellen Vorprüfungsverfahren die Aufsichtsübernahme in Aussicht gestellt hat, sind die Anmeldenden gut beraten, dies dem Handelsregisteramt zusammen mit dem Eintragungsgesuch mitzuteilen. So lassen sich namentlich in Zweifelsfällen administrative Leerläufe vermeiden. Der Entscheid selbst ist von dieser

63 SR 172.041.18.

sachverhaltsbezogenen Anomalität abgesehen folgerichtig und konsequent.

## 2. BVGer vom 2. Januar 2013 – C-6590/2010<sup>64</sup>

### a) Sachverhalt

Bei diesem Urteil geht es um eine Stiftung, welche die Förderung von Fürsorgeeinrichtungen für die Professoren der Universität Zürich bezweckt. Im Zusammenhang mit einer geplanten Fusion hat die Aufsichtsbehörde verfügt, dass zu den Destinatären nebst einer Genossenschaft die Versicherungskasse für das Staatspersonal gehöre. Dies ergebe sich aufgrund einer *zeitgemässen Auslegung* der Stiftungsurkunde, indem heute jede Vorsorgeeinrichtung als Destinatärin zu erfassen sei, welche die Professoren der Universität Zürich sowie Witwen, Witwer und Waisen zu Destinatären habe. Die Stiftung hat sich gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht beschwert.

### b) Entscheid

Das Bundesverwaltungsgericht erörtert die aufsichtsrechtlichen Grundsätze und die rechtlichen Grundlagen zum Stiftungszweck. Sodann stellt das Gericht fest, das Stiftungsgeschäft sei grundsätzlich nach Massgabe des Willensprinzips auszulegen, während die sog. Vertrauentheorie keine Anwendung findet. Sofern allerdings Bestimmungen der Urkunde mehrdeutig sind, dürfen ausserhalb von ihr liegende Tatsachen zur Interpretation herangezogen werden<sup>65</sup>. Das Gericht äussert sich nicht dazu, ob ausserhalb der Urkunde liegende Tatsachen in dieser mindestens angedeutet sein müssen, ob also die sog. *Andeutungstheorie* anzuwenden sei<sup>66</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zum Schluss, dass die im Zeitpunkt der Stiftungserrichtung noch nicht existierende Versicherungskasse für das Staatspersonal in Auslegung der Stiftungsurkunde keine Destinatärseigenschaft haben könne, sodass die Auslegung der Aufsichtsbehörde mit dem Stifterwillen nicht in Übereinstimmung zu bringen ist. Die entsprechende Verfügung der Aufsichtsbehörde wurde daher aufgehoben.

64 Vgl. JAKOB/DARDELL/UHL, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2013, Bern 2014, S. 47 f.

65 Vgl. E. 4.6.

66 Vgl. JAKOB/DARDELL/UHL, Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2013, Bern 2014, S. 47; KUKO ZGB-Jakob, Art. 80 N 21 f.



# Erbrecht 2011–2013 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur

Paul Eitel/Felix Horat\*

## Inhaltsverzeichnis

### Vorbemerkungen

#### I. Leiturteile des Bundesgerichts (amtliche Sammlung der BGE)\*\*

1. BGE 137 III 369 (Klage auf Vollzug eines Erbteilungsvertrags [Ausgleichszahlung, Soulte] als erbrechtliche Streitigkeit; Art. 86 Abs. 1 IPRG [sowie Art. 18 GestG, Art. 28 ZPO und Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ])
2. BGE 138 III 354 (Verwirkung der Herabsetzungsklage bei virtueller Erbenstellung [sowie erbrechtliche Informationsansprüche]; Art. 533 ZGB [sowie Art. 17 Abs. 3 des Niederlassungs- und Konsularvertrags zwischen der Schweiz und Italien] und BGE 139 V 1 (keine Haftung für Erblasserschulden bei virtueller Erbenstellung))
3. BGE 138 III 449 (Vergütungsanspruch des Willensvollstreckers; Art. 517 Abs. 3 ZGB)
4. BGE 138 III 489 (Erbvertragsstatut und ausländisches Erbvertragsverbot; Art. 19 und 95 IPRG [sowie Auslegung eines Erbvertrags zwischen kinderlosen Ehegatten i.V.m. einem später abgeschlossenen Ehevertrag; Anfechtung von letztwilligen Verfügungen wegen Erbvertragswidrigkeit; Art. 494 Abs. 3 ZGB])
5. BGE 138 III 497 (Anfechtung eines Erbverzichtsvertrags zu Gunsten der Nachkommen durch Gläubiger; Art. 578 ZGB [sowie Art. 524 ZGB und Art. 285 ff. SchKG])
6. BGE 138 III 545 (öffentliches Inventar, Beginn des Fristenlaufs; Art. 580 Abs. 2 und Art. 567 Abs. 2 ZGB)
7. BGE 138 III 570 (erbrechtliche Streitigkeit, Einrede der Rechtshängigkeit; Art. 9 IPRG und Art. 8 des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen)
8. BGE 139 III 93 (Haftung für Arrestschaden; Art. 273 SchKG; sowie Klagelegitimation des Willensvollstreckers niederländischen Rechts; Art. 96 i.V.m. Art. 23 IPRG)
9. Weitere
  - a) BGE 137 III 337 (individuelle gebundene Vorsorge [Säule 3a]; Bewertung im Rahmen der Ermittlung der Vorschlagsbeteiligungsansprüche; Art. 214 ZGB; sowie Erfüllung der Ansprüche; Art. 4 Abs. 3 BVV 3)
  - b) BGE 137 III 344 (Gewinnanspruch der Miterben, Zuweisung zu einer Bauzone als Veräußerung, massgebender Veräußerungszeitpunkt; Art. 28 ff. BGG)
  - c) BGE 138 III 150 (Aufhebung von Miteigentum an einem Grundstück und güterrechtliche Auseinandersetzung; Art. 650 f. und 196 ff. ZGB)
  - d) BGE 138 III 157 (Genugtuungsanspruch des überlebenden Konkubinatspartners bei stabilem Konkubinatsverhältnis; Art. 47 OR)

\* Paul Eitel, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht sowie ordentlicher Professor an der Universität Luzern und Titularprofessor an der Universität Freiburg; Felix Horat, MLaw, Rechtsanwalt, Horw. Wir danken Frau Marjolein Bieri, BLaw, Hilfsassistentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, für ihre Unterstützung. – Leicht ergänzter Nachdruck eines unter dem Titel «Erbrecht» bereits erschienenen Beitrags in: Aktuelle Anwaltspraxis 2013, Bern 2013, 173 ff.

\*\* Abdruck in successio 2/2014.

- e) BGE 138 III 193 (güterrechtliche Auseinandersetzung betreffend ein landwirtschaftliches Eigengewerbe; Art. 212 ZGB bzw. Art. 196 ff. ZGB und Art. 17 BGBB)
- f) BGE 138 III 689 (Hinzurechnung von Zuwendungen des Ehemannes an die Mutter des ausserehelichen Kindes; Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)
- g) BGE 137 II 182 (landwirtschaftliches Gewerbe; Art. 7 BGBB)
- h) Anhang: BGE 137 III 16 (Verjährungsbeginn bei Forderungen auf Schadenersatz [und Genugtuung] aus vertragswidriger Körperverletzung; Art. 130 Abs. 1 [sowie Art. 46 Abs. 2, Art. 75 und Art. 99 Abs. 3] OR)

## II. Weitere höchstgerichtliche Urteile (Website des Bundesgerichts; Auswahl)

1. Auslegung
2. Ungültigkeit
  - a) Verfügungsunfähigkeit
  - b) Willensmängel (sowie Erbunwürdigkeit)
  - c) Klagelegitimation und Urteilswirkung
3. Verfahrensfragen
  - a) Erbrechtliche Streitigkeit
  - b) Wohnsitz
  - c) Erbteilungsprozess (Verfahrensbeteiligte)
  - d) numerus clausus (?)
  - e) Teilentscheid vs. Vor- oder Zwischenentscheid
  - f) Rechtskraft
  - g) Unzuständigkeitseinrede (Rechtsmissbrauch); Feststellungsklage bzw. Teilungsklage und Verantwortlichkeit des (Mit-)Erben
4. Erbrechtliche Ämter
  - a) Willensvollstrecker
  - b) Weitere
5. Sicherungsmassregeln
6. Varia
  - a) Enterbung
  - b) Erbvertrag
  - c) Informationsansprüche
  - d) Bäuerliches Erbrecht
7. Entscheidungen kantonaler Gerichte (Auswahl)
  - a) Testamentsnichtigkeit
  - b) Testierwille
  - c) Enterbung/Erbunwürdigkeit
  - d) Erbteilung
  - e) Erbenausschlussklausel

## III. Gesetzgebung

1. Neue erbrechtliche Bestimmungen im ZGB (Revision des Erwachsenenschutzrechts)
2. Projekte und Anregungen

## IV. Literatur

1. Allgemeines
  - a) Grundlagenliteratur
  - b) Alter/Tod und Erbrecht: Verfügungsfähigkeit, Betreuungs- und Pflegeleistungen, Verwandtenunterstützung
  - c) Kindes- und Erwachsenenschutz/ Erbrecht
  - d) Schulden/Haftung im Erbrecht
  - e) Steuern und Erbrecht
  - f) Varia
2. Kommentierungen, Hand- und Lehrbücher
3. Verfahren
  - a) Allgemeines
  - b) Erbrechtliche Klagen
  - c) Sicherungsmassregeln und vorsorgliche Massnahmen
  - d) Schiedsgerichtsbarkeit
4. Erbteilung
5. Informationsansprüche
6. Ehegattenerbrecht (sowie eingetragene Partnerschaft und Konkubinats)
7. Verfügungsarten
8. Willensvollstreckung
9. Unternehmenserbrecht («bürgerlich» und «bäuerlich»)
10. Stiftung (und Gemeinnützigkeit)
11. Trust
12. Varia
13. Blick über die Grenze I
  - a) «Klassisches» IPR
  - b) EuErbVO
  - c) Planung (Schweiz/Deutschland, Österreich, Frankreich)
14. Blick über die Grenze II
  - a) EuErbVO
  - b) Reformbemühungen
  - c) Grundrechte und Erbrecht
  - d) Grundlagenliteratur
  - e) Auslegung
  - f) Trust
  - g) Türkei
  - h) China
  - i) Varia



## II. Weitere höchstgerichtliche Urteile (Website des Bundesgerichts; Auswahl)

### 1. Auslegung

(35) In 5A\_850/2010<sup>129</sup> vom 4.5.2011 resümiert das Bundesgericht die Grundsätze der Testamentsauslegung (bezogen auf ein öffentliches Testament) wie folgt<sup>130</sup>: «3.1.1 *Le testament est une déclaration de volonté unilatérale, non soumise à réception. Son interprétation doit donc viser à déterminer la volonté réelle du disposant. Le juge doit partir du texte du testament, qui seul exprime valablement la volonté librement manifestée du disposant. Si celui-ci est clair, il n'a pas à recourir à d'autres éléments d'interprétation. En revanche, si les dispositions testamentaires manquent de clarté au point qu'elles peuvent être comprises aussi bien dans un sens que dans un autre, le juge doit interpréter les termes dont le testateur s'est servi en tenant compte de la logique interne du testament, voire de circonstances extrinsèques lorsque celles-ci permettent d'éclairer la volonté exprimée dans le texte, aussi confuse ou incomplète soit-elle; il peut également se référer à l'expérience générale de la vie et au principe du favor testamenti, selon lequel, entre deux solutions possibles, il faut choisir la plus favorable au maintien de l'acte (ATF 124 III 414 consid. 3 et les références citées; ...). Le juge doit toutefois toujours rechercher la volonté réelle du disposant; une interprétation fondée sur le principe de la confiance, soit selon le sens compris de bonne foi par le destinataire de la déclaration de volonté, est exclue (ATF 131 III 601<sup>131</sup> consid. 3.1, 106 consid. 1.1 et les références citées; ...). 3.1.2 Lorsqu'il procède à l'interprétation, le juge peut présumer que ce qui est déclaré dans le texte correspond à ce qui a été voulu dans la mesure où, normalement, le disposant comprend les mots qu'il écrit selon le sens général de la langue (langage courant, langage juridique; ...). Il peut toutefois arriver que le terme ou l'expression utilisés par le disposant soient ambigus ou inexacts, soit en raison d'une simple faute d'orthographe, soit parce que l'expression a été employée dans un sens différent de celui qu'elle a dans la langue courante ou dans le langage juridique. Dès lors, conformément à l'art. 18 al. 1 CO, qui s'applique par analogie à l'interprétation des dispositions de dernière volonté (art. 7 CC), il y*

*a lieu de rechercher la volonté réelle du disposant, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont il a pu se servir... Celui qui prétend que la volonté du disposant diffère du texte et du sens courant supporte le fardeau de la preuve (ATF 131 III 601 consid. 1.2; ...). 3.1.3 Le Tribunal fédéral revoit librement l'interprétation des dispositions de dernière volonté effectuée par l'autorité cantonale. Il est toutefois lié par les constatations de fait, dont peuvent être déduits la volonté interne du disposant et les motifs qui l'ont inspiré (ATF 131 III 106 consid. 2; 125 III 35<sup>132</sup> consid. 3a; 120 II 182 consid. 2a et les références citées). Le recourant ne peut remettre en cause ces constatations de fait que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte, c'est-à-dire de manière arbitraire, ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF; pour l'interprétation d'un testament, cf. arrêt 5A\_114/2008 du 7 août 2008 consid. 2.3 publié in RNR 2009, p. 299).»*

(36) Der Erblasser X. hinterliess seine fünf Töchter C., B., D., E. und A.; er hatte testiert wie folgt<sup>133</sup>:

«Article premier.

*Je révoque et annule toutes dispositions pour cause de mort que j'aurais pu prendre antérieurement aux présentes.*

Article deuxième.

*J'institue pour héritières de tous mes biens à mon décès, chacune pour le montant de sa réserve, mes cinq filles C., B., D., E. et A. À défaut de l'une ou de l'autre, je lui substitue ses descendants, par parts égales entre eux et par souche à tous les degrés.*

Article troisième.

*Je lègue la quotité disponible de ma succession à celle (celles) de mes filles qui se portera (porteront) attributaire(s) de mon chalet <...> à F.*

Article quatrième.

*J'exprime le voeu que mon chalet soit attribué à celles de mes filles qui en garderont la propriété, si possible pour une valeur équivalent (recte: équivalant) au montant de l'estimation fiscale valable au jour de mon décès. Les attributaires devront toutefois inscrire au registre foncier une annotation de quote-part au gain, en ce sens que, pour le cas où elles devraient vendre le chalet, notamment pour des raisons financières, le gain qu'elles réaliseraient devrait être partagé, sans aucune diminution pour les années de possession, avec mes autres héritières non attributaires du chalet, et ce pour une durée de vingt-cinq ans dès l'attribution.»*

Umstritten war das Schicksal des Chalets; im Teilungsprozess standen sich zwei Erbinnengruppen gegenüber, C., D. und E. (Klägerinnen) bzw. A. und B. (Beklagte); die beiden kantonalen Instanzen hatten entschieden, dass das Grundstück im Rahmen einer privaten Versteigerung unter den Erbinnen zu veräussern sei (vgl. Art. 612

129 Besprechungen: CHRISTINE ZEMP GSPONER, in: *successio* 2012, 216 ff.; FABIENNE ELMIGER, in: *Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, 21.6.2011.

130 E. 3.1.

131 Vgl. zu dieser Entscheidung EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 2 f.

132 Vgl. zu dieser Entscheidung EITEL, 2001 (siehe Vorbemerkungen), 165.

133 Sachverhalt, A.

ZGB), da der Erblasser in seinem Testament keine Regelung für den Fall getroffen habe, dass alle Erbinnen das Chalet würden übernehmen wollen und es diesbezüglich auch zu keiner Einigung unter den Erbinnen gekommen sei<sup>134</sup>; dem widersetzten sich die Erbinnen A. und B. beim Bundesgericht mit Erfolg, sie können die Liegenschaft übernehmen und müssen ihren drei Schwestern lediglich deren Pflichtteil (dementsprechend ermittelt anhand des Verkehrswerts) in Form eines Geldbetrags auszahlen<sup>135</sup>. Den Ausschlag geben die folgenden Erwägungen des Bundesgerichts<sup>136</sup>: «*Les dispositions du de cujus manquent certes de clarté puisqu'il n'a pas désigné l'attributaire ou fixé plus précisément les critères de détermination de celle-ci. Il s'est en effet contenté d'exprimer le vœu que le chalet soit attribué à celles de ses filles <qui en garderont la propriété>. Toutefois, il a utilisé le verbe <garder> en relation avec la propriété du chalet, ce qui, dans le langage courant, signifie <conserver pour soi>, <ne pas se dessaisir>. Par ce terme, il a manifesté la volonté que le chalet soit maintenu en mains familiales le plus longtemps possible. En outre, il a clairement manifesté la volonté de favoriser une reprise avantageuse de l'immeuble, puisqu'il a attribué à la ou aux héritières qui se porteront attributaires, la quotité disponible (article troisième) et exprimé le vœu que la valeur d'attribution soit, si possible, arrêtée au montant de l'estimation fiscale au jour du décès, avec annotation d'une quote-part au gain (article quatrième). Des termes mêmes et de la logique interne du testament, on déduit que le disposant entendait favoriser celle ou celles de ses filles qui non seulement demanderont l'attribution du chalet, mais qui le conserveront le plus sûrement, en facilitant leur reprise financière de celui-ci.*» Nicht weiter erwogen wird mithin, dass im Testament «nur» von einem *vœu* die Rede war, und inwiefern das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit tangiert sein könnte.

(37) Wie in BGE 138 III 489<sup>137</sup> um die Auslegung eines Erbvertrags geht es in 5A\_530/2012<sup>138</sup> vom 30.10.2012<sup>139</sup>.

(38) Die Erblasserin hatte ihren Gesamthandanteil an den Nachlassgrundstücken ihrer Mutter mit Erbvertrag vom 15.4.1981 zu einem Drittel der Beschwerdeführerin (Nichte) und zu zwei Dritteln dem Beschwerdegegner (Neffe) zugewendet; am 5.10.2005 wurde eine Parzelle verkauft, worauf die Erblasserin CHF 318'743.45 «netto» auf ihr Konto ausbezahlt erhielt; in Testamenten vom 16.3.2006 und vom 6.6.2003 hatte sie bestimmt, dass ihre gesamte Hinterlassenschaft an die Beschwerdeführerin fallen solle<sup>140</sup>. Die erste Instanz hatte befunden, dass das Konto der Beschwerdeführerin zufalle; die zweite dagegen, dass es zwischen den Parteien aufzuteilen sei. Das Bundesgericht bestätigt<sup>141</sup>: «Aus den dargelegten Gründen besteht die erbvertragliche Zuwendung im Anteil der Erblasserin am Ergebnis der Liquidation der im Ge-

samteigentum der Erbgemeinschaft A. stehenden und im Erbvertrag aufgelisteten Parzellen. Der Anteil der Erblasserin am Erlös aus dem Verkauf der Parzelle Nr. 3708 (Teilliquidation, ...) ist folglich zu zwei Dritteln dem Beschwerdegegner und zu einem Drittel der Beschwerdeführerin zuzuweisen. Bezieht sich die Zuwendung der Erblasserin nicht auf eine bestimmte, ihr gehörende Sache (z.B. ein Grundstück), sondern auf einen vermögensrechtlichen Anspruch, erübrigt es sich, auf die Ausführungen des Kantonsgerichts einzugehen, ob bei einem Verkauf einer erbvertraglich zugewendeten Sache der erlangte Erlös an ihre Stelle tritt.»

## 2. Ungültigkeit

### a) Verfügungsunfähigkeit

(39) Seit BGE 124 III 5 vom 16.12.1997 und BGE 117 II 231 vom 23.5.1991 ist in der amtlichen Sammlung kein Entscheid mehr veröffentlicht worden betreffend einen Ungültigkeitsprozess wegen Verfügungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung. In dieser Berichtsperiode sind sechs Entscheide zu vermerken (davon fünf betreffend Testamente). Allgemein interessieren insbesondere die Beweislastverteilung, die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen und die Beweiswürdigung, häufig bezogen auf Aussagen von Urkundspersonen und Beurkundungszeugen oder Ärzten (bzw. ärztliche Gutachten [einschliesslich Verweisungen auf solche in den Urkunden selber]) und Pflegepersonal, aber auch auf den Urkundeninhalt, etwa unter den Aspekten der Komplexität, der Wichtigkeit oder des bisherigen «Lebensentwurfs» des Erblassers.

(40) In 5A\_439/2012<sup>142</sup> vom 13.9.2012 hält das Bundesgericht fest<sup>143</sup> (vgl. noch ausführlicher den gleichentags von der II. zivilrechtlichen Abteilung in gleicher Zusammensetzung in französischer Sprache ergangenen 5A\_384/2012<sup>144</sup>): «Letztwillig über sein Vermögen verfügen kann gemäss Art. 467 ZGB nur, wer urteilsfähig ist. Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB). Der Begriff der Urteilsfähigkeit enthält zwei Elemente: Die intellektuelle Komponente besteht in der Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen; das Willens- bzw. Charakterelement im Vermögen, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und

134 Vgl. Sachverhalt, B. sowie E. 2 und E. 3.2.

135 Vgl. E. 4 f.

136 E. 3.3.

137 Vgl. vorn Nrn. 9 f.

138 Besprechung: ALEXANDRA HIRT, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 9.1.2013.

139 In diesem Entscheid finden sich die massgebenden Auslegungsgrundsätze in E. 3.1.

140 Vgl. Sachverhalt, A.

141 E. 3.3.

142 Besprechung: ALEXANDRA HIRT, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 11.12.2012.

143 E. 2.

144 E. 6.1.1 f.



allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten (BGE 124 III 5 E. 1a S. 7 f. mit Hinweisen). Die Urteilsfähigkeit ist die Regel. Sie wird vermutet. Folglich hat derjenige, der ihr Nichtvorhandensein behauptet, die Tatsachen zu beweisen, aus denen auf Urteilsunfähigkeit zu schliessen ist. Die Vermutung der Urteilsfähigkeit ist dann umgestossen, wenn die betreffende Person ihrer allgemeinen Verfassung nach aufgrund der Lebenserfahrung im Normalfall und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss, wie dies bei bestimmten Geisteskrankheiten oder auch dann der Fall sein kann, wenn sich der Erblasser in einem dauernden Zustand alters- und krankheitsbedingten geistigen Abbaus befindet. Der Gegenpartei steht in diesem Fall der Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit im massgeblichen Zeitpunkt in einem luziden Intervall gehandelt hat (vgl. BGE 124 III 5 E. 1b S. 8 f.). Gelangt das Sachgericht auf der Basis von willkürfrei festgestellten Tatsachen zur Erkenntnis, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung urteilsfähig war, werden die hiervor dargelegten Vermutungen jedoch allesamt hinfällig.» Ferner führt das Bundesgericht aus<sup>145</sup>: «Die Feststellungen über den geistigen Zustand einer Person, über die Art und Tragweite möglicher Störungen und betreffend die Frage, ob und inwieweit die betroffene Person zur Beurteilung der Folgen ihres Handelns und zur Leistung von Widerstand gegenüber Versuchen der Willensbeeinflussung befähigt war, sind tatsächlicher Natur (BGE 124 III 5 E. 4 S. 13).» Sodann wird festgehalten<sup>146</sup>: «Von den tatsächlichen Feststellungen über den Geisteszustand der Erblasserin ist die Rechtsfrage zu unterscheiden, ob von diesem geistigen Gesundheitszustand auf die Urteilsfähigkeit zu schliessen ist, soweit dieser Schluss vom Begriff der Urteilsfähigkeit selbst bzw. von der allgemeinen Lebenserfahrung oder vom hohen Grad der Wahrscheinlichkeit abhängt, der für den Ausschluss der Urteilsfähigkeit erforderlich ist (BGE 124 III 5 E. 4 S. 13; 117 II 231 E. 2c S. 235 mit Hinweisen).» Die angesprochene Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen sei, so das Bundesgericht weiter, namentlich bei der Auswertung von Aussagen Sachverständiger zu beachten<sup>147</sup>: «Zieht das Gericht im Hinblick auf die Beurteilung der Urteilsfähigkeit – sei es als Zeugen, sei zur Erstellung eines Gutachtens – einen medizinischen Sachverständigen bei, so hat sich dieser darauf zu beschrän-

ken, den Geisteszustand der untersuchten Person möglichst genau zu beschreiben und aufzuzeigen, ob und in welchem Mass ihr geistiges Vermögen versagt bzw. versagte. Welche rechtlichen Schlüsse aus dem Ergebnis der medizinischen Beurteilung zu ziehen sind, namentlich ob vom beschriebenen geistigen Gesundheitszustand auf die Urteilsfähigkeit zu schliessen sei oder nicht, hat als Rechtsfrage allein der Richter zu beurteilen (Urteil 7B.121/2001 vom 25. Juni 2006 E. 4a; allgemein Urteil 5A.21/1994 vom 31. Mai 1995 E. 4a, in: BIAR 1997 S. 188, nicht veröffentlicht in BGE 121 III 274, mit Hinweis auf BGE 118 Ia 144).»

(41) Für die am 15.11.1912 geborene Erblasserin (verstorben am 21.2.2007) war am 3.2.2006 eine Verwaltungsbeiratschaft (aArt. 395 Abs. 2 ZGB) errichtet worden; am 12.4.2006 hatte sie in ihrer Wohnung ein öffentliches Testament errichtet und zwei frühere Testamente vom 16.9.1993 und vom 2.7.1998 widerrufen<sup>148</sup>: Einem erstinstanzlich eingeholten alterspsychiatrischen Gutachten der kantonalen Psychiatrischen Dienste vom 16.6.2010 zufolge hatte die Erblasserin an einer mittelschweren Demenz gelitten (im Sinne der 10. Fassung der «*International Classification of Diseases*» [«*ICD-10*»]); unter Berücksichtigung von Zeugenaussagen von Spitex-Pflegerinnen und des Hausarztes kam die Vorinstanz willkürfrei zum Schluss, dass keine schwere Demenz im Sinne von ICD-10 attestiert worden sei<sup>149</sup>; und auch die angebliche Befangenheit des beurkundenden Notars und Willensvollstreckers, die Nachvollziehbarkeit des angefochtenen Testaments vor dem Hintergrund desjenigen von 1998 sowie die Verbeiraturung der Erblasserin wurden willkürfrei (nicht) berücksichtigt<sup>150</sup>. Sodann sei, so das Bundesgericht weiter, mit Blick auf die zu prüfende Rechtsfrage «... in keiner Weise zu beanstanden, wenn das Obergericht nicht näher auf die Einschätzung des Hausarztes Dr. U. eingeht, der zufolge die Erblasserin im April 2006 nicht mehr urteilsfähig gewesen sein soll, um das streitige Testament zu unterschreiben. Ebenso wenig kommt es darauf an, wie das Gutachten aufgrund der darin enthaltenen Beschreibung der mittelgradigen Demenz zum – nach den Worten der Beschwerdeführerin – «diametral umgekehrten» Schluss kommen konnte, die Erblasserin sei im Frühjahr 2006 in Bezug auf das fragliche Testament «mit grosser Wahrscheinlichkeit» urteilsfähig gewesen.»<sup>151</sup> Das Bundesgericht schliesst<sup>152</sup>: «Nach dem in Erwägung 3.2 Ausgeführten hat das Obergericht willkürfrei festgestellt, es sei ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Erblasserin trotz ihrer kognitiven Störungen grundsätzlich wusste und auch wollte, was in dem vom Notar vorbereiteten öffentlichen Testament geschrieben stand (E. 3.1). Diese tatsächliche Erkenntnis lässt in rechtlicher Hinsicht keinen anderen Schluss zu, als dass die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung der öffentlichen letztwilligen Verfügung im Sinne von Art. 16 ZGB über die Fähigkeit verfügte, vernunftgemäss zu handeln, also ur-

145 E. 3 (vor E. 3.1).

146 E. 4 (vor E. 4.1).

147 E. 4.1.

148 Vgl. Sachverhalt, A.

149 Vgl. E. 3.1 bzw. E. 3.2.

150 Vgl. E. 3.2.2 bzw. E. 3.2.3.

151 E. 4.1.

152 E. 4.2.

teilsfähig war. Angesichts dieser Erkenntnis erübrigt es sich, zu erörtern, ob der Beschwerdeführerin der Beweis gelungen ist, dass ihre Mutter zum fraglichen Zeitpunkt schon seit längerer Zeit dauernd urteilsunfähig war, oder ob die Erblasserin an einer Geistesstörung litt, wegen der sie mit grosser Wahrscheinlichkeit ihrer allgemeinen Verfassung nach im Normalfall urteilsunfähig war (E. 2).»

(42) In 5A\_384/2012<sup>153</sup> (wie soeben erwähnt ebenfalls vom 13.9.2012) geht es erneut um ein öffentliches Testament, diesmal eines Erblassers, welcher im Errichtungszeitpunkt sogar bereits seit mehreren Jahren unter Vormundschaft (aArt. 369 ZGB) gestanden hatte, mit der Besonderheit, dass im Testament selber auf ein psychiatrisches Gutachten hingewiesen wurde. Auch dieses Testament erweist sich nicht als ungültig.

(43) Der 1930 geborene Erblasser war am 24.10.1996 entmündigt worden, gestützt auf ein Gutachten von Dr. D. betreffend die Urteilsfähigkeit in Bezug auf einen bedingten Grundstücksverkauf, welchen der Erblasser 1991 mit einer seiner Schwestern abgeschlossen hatte<sup>154</sup>; er hatte zudem am 3.9.1991 und am 9.10.1996 je ein eigenhändiges Testament errichtet<sup>155</sup>. Im öffentlichen Testament vom 19.4.2005 verfügte der Erblasser (verstorben am 26.11.2007<sup>156</sup>)<sup>157</sup>:

«1. Je révoque toutes dispositions de dernière volonté prises antérieurement aux présentes.

2. Je déclare instituer en qualité de seule héritière de tous mes biens la Fondation B. à X.

3. Dans la mesure où le présent testament pourrait être contesté par mes héritiers légaux au motif de mon incapacité de tester, je souhaite que soit annexé au présent acte le rapport, daté du 6 avril 2005, du Centre de psychiatrie gériatrique de l'Hôpital psychiatrique cantonal de G., à H., signé par le Dr I., médecin chef CPG, qui atteste en conclusion de mes capacités de disposer pour cause de mort.

Exécuteur testamentaire:

Je nomme en qualité d'exécuteur testamentaire de ma succession Me F., notaire à J.»

(44) Zwei der vier Geschwister des Testators reichten gegen die Stiftung B. eine Klage ein «en constatation [sic] de la nullité du testament authentique»<sup>158</sup>. Die Vorinstanz hatte befunden, die Entmündigung allein sei nicht ausschlaggebend und die Umstände, unter denen der Erblasser im August 2005 testieren wollte, würden auf keine alters- oder krankheitsbedingte Geistesschwäche hinweisen<sup>159</sup>; das Gutachten von Dr. D. habe ein Geschäft betroffen, dessen Komplexität in nichts mit dem öffentlichen Testament vergleichbar sei, und Dr. I. habe den Erblasser im Hinblick auf die Begutachtung zweimal gesehen und dessen Verfügungsfähigkeit klar bejaht<sup>160</sup>; und angesichts der nicht engen Beziehungen des Erblassers zu sei-

nen Geschwistern sei die Begünstigung von «une fondation hospitalière» trotz des Misstrauens des Erblassers gegenüber den «blouses blanches» nicht überraschend, zumal die Vormundin ihr Amt jahrelang gewissenhaft ausgeübt habe<sup>161</sup>. Dagegen vermochte die (verbliebene) einzige Beschwerdeführerin auch vor Bundesgericht nichts auszurichten<sup>162</sup>.

(45) Ebenfalls kein Erfolg beschieden war dem Ungültigkeitskläger in 5A\_18/2012<sup>163</sup> vom 11.4.2012. Im Übrigen ist dieser Entscheid u.a. auch zu entnehmen, wie es sich verhält, wenn im Lauf eines Prozesses ein weiterer Ungültigkeitsgrund angerufen wird<sup>164</sup>: «Sostenendo un errore nell'espressione di libera volontà del testatore in applicazione dell'art. 519 cpv. 1 n. 2 CC, il ricorrente – che tenta invano di asserire il contrario – si avvale di un'argomentazione giuridica cui non aveva fatto capo davanti al Tribunale d'appello e che si concretizza pertanto in una nuova proposta di sussunzione. La formulazione di una nuova argomentazione davanti al Tribunale federale è di principio ammissibile, presuppone tuttavia che la Corte cantonale abbia già accertato la realizzazione dei presupposti fattuali della nuova ipotesi giuridica e che questi emergano dalla decisione impugnata (art. 105 cpv. 1 LTF; DTF 130 III 28 consid. 4.4 pag. 34; 129 III 135 consid. 2.3.1 pag. 144).» Zudem hält das Bundesgericht dem Ungültigkeitskläger mit Blick auf den Umstand, dass ein internationaler Sachverhalt gegeben ist, vor<sup>165</sup>: «Dal giudizio impugnato risulta che F. è deceduto a X., suo ultimo domicilio, il 16 marzo 2001. Da esso non emerge che egli abbia sottoposto la successione ad uno dei suoi diritti nazionali e nemmeno che sia finora mai stato fatto valere che la capacità di disporre dovesse essere esaminata alla luce di un diritto che non fosse quello svizzero. Così come le istanze cantonali chiamate per competenza a giudicare la vertenza, anche il Tribunale federale esaminerà quindi la stessa applicando il diritto svizzero. A questo stadio della procedura, la pretesa secondo cui la capacità di disporre dovesse essere esaminata in base ad un diritto diverso da quello svizzero comporterebbe per altro una chiara violazione del principio della buona fede (al riguardo, cfr. analogamente DTF 136 III 174 consid. 5.1.2 pag. 177 seg.; 134 I 20 consid. 4.3.1 pag. 21 seg.; 132 II 485 consid. 4.3 pag. 496 seg.; 130 III 66 consid. 4.3 pag. 75 seg.).»

(46) Der Sohn B. hatte 1977 mit den Eltern F. (Vater) und E. (Mutter) einen Erbverzichtsvertrag abgeschlos-

153 Besprechung: ALEXANDRA HIRT, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 11.12.2012.

154 Vgl. Sachverhalt, A.a.

155 Vgl. Sachverhalt, A.b.

156 Vgl. Sachverhalt, A.c.

157 Sachverhalt, A.b.

158 Vgl. Sachverhalt, A.c und B.

159 Vgl. E. 3.1.

160 Vgl. E. 3.2.

161 Vgl. E. 3.3.

162 Vgl. E. 5 (Tatfragen) bzw. E. 6 (Rechtsanwendung).

163 Besprechung: GIAN SANDRO GENNA, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 11.6.2012.

164 E. 8.1.

165 E. 3.3.



sen; am 11.8.1993, nach dem Tod der Mutter, hatte der Vater den Sohn A. in einem öffentlichen Testament als Universalerben eingesetzt und dem Sohn B. ein Geldvermächtnis ausgesetzt; am 18.7.2000 hoben der Vater und B. den Erbverzichtsvertrag von 1977 auf, tags darauf, am 19.7.2000, hob der Vater das Testament von 1993 auf und errichtete ein neues öffentliches Testament; darin setzte er seine beiden Söhne zu gleichen Teilen als Erben ein, wobei er zusätzlich die Ausgleichung seiner lebzeitigen Zuwendungen an A. anordnete; am 9.2.2001 schenkte der Vater zudem A. seinen Miteigentumsanteil an einer Wohnung, ohne Ausgleichungsverpflichtung; er verstarb im März 2001<sup>166</sup>; im Streit stand vor Bundesgericht noch die Verfügungsfähigkeit des Erblassers bei der Aufhebung des Erbverzichtsvertrags, der Errichtung des öffentlichen Testaments und der Schenkung in seinem letzten Lebensjahr<sup>167</sup>. Zwar verhielt der Erblasser sich möglicherweise während einer bestimmten Periode «*come un demente*», aber die fraglichen Rechtsgeschäfte wurden nicht in dieser abgeschlossen<sup>168</sup>; auch der Umstand, dass im öffentlichen Testament der Name des Testators einen Fehler aufwies, half dem Ungültigkeitskläger nicht wirklich<sup>169</sup>; vor allem massgebend war vielmehr die Würdigung der medizinischen Dokumente und Einschätzungen betreffend den Zustand des Erblassers<sup>170</sup>: «*Riferendosi allo stato mentale del de cuius, i Giudici d'appello elencano dapprima i ricoveri ospedalieri di F., si esprimono sul referto peritale del dott. G., nonché sulla deposizione e sui documenti prodotti dal dott. H. In merito alle degenze ospedaliere, osservano che nessuna di esse risulta essere stata dovuta a problemi di ordine psichico. Riguardo al referto peritale del dott. G. – prodotto dal ricorrente a sostegno della demenza di cui sarebbe stato affetto il padre, ma non considerato determinante dal Giudice di prime cure – confermano il giudizio datone dal Pretore, rilevando che lo stesso è stato redatto senza mai conoscere F. e senza chiedere le cartelle cliniche al medico curante dott. H. In relazione alla deposizione ed ai documenti prodotti dal dott. H. sottolineano per contro che quest'ultimo è stato medico di F. a partire dal 25 gennaio 1995 e fino alla sua morte, che in tale contesto egli lo visitava regolarmente e che, tranne negli ultimi giorni di vita in cui il paziente si trovava in uno stato comatoso, non aveva mai avuto modo di dubitare del fatto che fosse capace di intendere e di volere.*»

(47) Mit Erfolg angefochten wurde dagegen das eigenhändige Testament (bzw. der eigenhändige «Nachtrag» [«Anhang», «*codicille*»] zu einem eigenhändigen Testament) des Erblassers in den einen Tag später, am 12.4.2012, entschiedenen und miteinander vereinigten Prozessen 5A\_436/2011<sup>171</sup> und 5A\_443/2011. Erneut lag ein internationaler Sachverhalt vor; und ähnlich wie am Vortag befindet die II. zivilrechtliche Abteilung (in gleicher Zusammen-

setzung)<sup>172</sup>: «*En l'espèce, le litige revêt un caractère international en raison de la nationalité britannique du de cuius. Le Tribunal fédéral doit donc examiner la question du droit applicable (ATF 136 III 142 consid. 3.2; 135 III 562 consid. 3.2; 131 III 153 consid. 3). Pour ce faire, il faut se référer au droit international privé du for et qualifier le rapport juridique selon la lex fori (ATF 136 III 142 consid. 3.2; 135 III 562 consid. 3.2), à savoir, en l'espèce, la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291) dès lors que la capacité de discernement du disposant n'est pas soumise à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (RS 0.211.312.1). Selon l'art. 94 LDIP, une personne peut disposer pour cause de mort si, au moment de disposer, elle en a la capacité en vertu du droit de l'Etat de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou en vertu du droit de l'un de ses Etats nationaux. En l'espèce, le premier juge a examiné la capacité de disposer du de cuius à la seule lumière du droit suisse et l'a niée. Dans son appel, la défenderesse a argumenté en faisant exclusivement référence à ce droit et n'a jamais prétendu que, selon le droit anglais, la capacité de disposer s'apprécierait de manière différente. La cour cantonale s'est quant à elle contentée d'un examen à l'aune du droit suisse et a admis la capacité du disposant. Le Tribunal fédéral limitera également son examen à ce seul droit, dès lors que les parties ne sauraient, sans contrevenir au principe de la bonne foi, prétendre à ce stade de la procédure que la capacité de disposer du de cuius s'apprécierait différemment en droit anglais (cf. s'agissant de l'invocation tardive d'un moyen de droit en procédure: ATF 136 III 174 consid. 5.1.2; 134 I 20 consid. 4.3.1; ATF 132 II 485 consid. 4.3; ATF 130 III 66 consid. 4.3).*»

(48) Der Erblasser X., geboren am 26.5.1920 und englischer Staatsbürger, war am 13.2.2003 mit letztem Wohnsitz in Genf verstorben; er hinterliess zwei Töchter A.X. und B.X., ferner C., seine Lebensgefährtin ab 1996/1997<sup>173</sup>; am 7.4.1997 hatte X. ein Testament errichtet, worin er den Töchtern mehrere Vermächtnisse aussetzte; in einem Nachtrag vom 12.11.1997 vermachte er den Töchtern bzw. der C. bestimmte Werke von Diego Giacometti<sup>174</sup>; die Vorinstanz hatte die gegen den Nachtrag gerichtete Ungültigkeitsklage der Töchter abgewiesen<sup>175</sup>, nämlich aufgrund einer Würdigung mehrerer ärztlicher Begutachtungen und obwohl sie berücksichtigte, dass der Erblasser möglicherweise von C. beeinflusst worden und nicht mehr bei bester Gesundheit war<sup>176</sup>; indessen, so das Bun-

166 Vgl. Sachverhalt, A.

167 Vgl. Sachverhalt, B.

168 Vgl. E. 5.2.

169 Vgl. E. 5.4.

170 E. 5.1.

171 Besprechung: ALEXANDRA HIRT, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 24.7.2012.

172 E. 5.1.

173 Vgl. Sachverhalt, A.a.

174 Vgl. Sachverhalt, A.b.

175 Vgl. nur E. 5 (vor E. 5.1).

176 Vgl. E. 5.3.



desgericht, ging sie dabei rechtsfehlerhaft vor<sup>177</sup>: «En l'occurrence, une telle appréciation – lorsqu'il y a lieu de déterminer laquelle des deux présomptions (présomption de capacité ou présomption d'incapacité de discernement) doit prévaloir dans un cas concret – n'est pas conforme au droit fédéral. En présence d'un diagnostic de démence sénile posé en avril 1997 déjà tant par les neurologues du HUG que par le médecin neurologue traitant, il y a lieu, selon l'expérience générale de la vie, de présumer l'incapacité de discernement en novembre 1997 en particulier lorsque, comme en l'espèce, les facultés mentales doivent être déterminées pour accomplir des affaires complexes telles que la rédaction d'un testament, qui compte parmi les actes les plus exigeants.» Sodann misslingt C. auch der Nachweis eines luziden Intervalls<sup>178</sup>.

(49) In Teil II. des soeben erwähnten Entscheids<sup>179</sup> geht es überdies um Forderungen der beiden Töchter gegen die Lebensgefährtin des Erblassers, u.a. auch aus Einkünften, welche einer Gruppe von Offshoregesellschaften entstammten (namentlich domiziliert in Panama und auf den Bermudas), die ihrerseits von einem diskretionären BVI Trust gehalten wurden, wobei sämtliche Ausgaben des Trusts entsprechend den Wünschen des Erblassers getätigt wurden<sup>180</sup>. Das Bundesgericht befindet, dass die Vorinstanz willkürfrei das Vorliegen eines Sham Trust und die Nichtexistenz der Offshoregesellschaften angenommen habe, weshalb davon auszugehen sei, dass C. die entsprechenden Zuwendungen direkt aus dem Vermögen des Erblassers erhalten habe<sup>181</sup>. Zum Sham Trust führt es aus<sup>182</sup>: «Il y a sham trust lorsque le settlor utilise le trust de manière artificielle; tel est le cas s'il conserve de fait tous les pouvoirs sur les biens en trust, qu'il entend récupérer en fin de compte. Un tel trust se révèle inefficace en application de la maxime «he who comes to equity must come with clean hands»... S'agissant de la reconnaissance en Suisse, un trust créé conformément à la loi qui le régit, doit être reconnu en tant que tel (art. 11 al. 1 de la Convention de La Haye). Avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye, les trusts anglo-saxons présentant un degré d'organisation suffisamment élevé étaient soumis au régime applicable aux sociétés (art. 150 ss LDIP; arrêt 4C.255/1998 du 3 septembre 1999 consid. 2e/bb publié in SJ 2000 I p. 269). Un sham trust ne peut être reconnu en Suisse dès lors qu'il est inefficace selon le droit qui le régit (art. 11 al. 1 Convention de La Haye; cf. avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye: Jugement du Bezirksgericht de Zurich in ZR 98 n. 52 consid. 2.2.3).» Und in Bezug

auf die Offshoregesellschaften wird festgehalten<sup>183</sup>: «En ce qui concerne les sociétés offshores, l'application de la théorie de la transparence («Durchgriff») est régie par le droit qui régit le statut de la société dominée (ATF 128 III 346 consid. 3.1; arrêt 4A\_337/2009 du 16 octobre 2009 consid. 1.1; ...). Cela étant, si l'ordre juridique étranger désigné ne connaît pas le principe de la transparence et que cela doit conduire à un résultat qui n'est pas compatible avec l'ordre public suisse, l'application du droit étranger peut être écartée en vertu de l'ordre public négatif (art. 17 LDIP; ATF 128 III 346 consid. 3.1.4 in fine). Selon la théorie de la transparence, qui s'applique à toutes les formes de personnes morales (cf. arrêt 5A\_587/2007 du 28 février 2008 consid. 2.3 publié in Pra 2008 n. 108 p. 691 et les références citées), on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas des entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur, qui, économiquement, ne fait qu'un avec elle. On doit dès lors admettre, à certains égards, que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une lient également l'autre; ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes (art. 2 al. 2 CC; ATF 132 III 489 consid. 3.2, 737 consid. 2.3; 121 III 319 consid. 5 a/aa; 102 III 165 consid. II/1, 72 II 67 consid. 3c; cf. également arrêts 4A\_58/2011 du 17 juin 2011 consid. 2.4.1; 5A\_175/2010 du 25 mai 2010 consid. 3.3.4; 5A\_587/2007 du 28 février 2008 consid. 2.1 et 2.2).»

(50) Die vorstehend wiedergegebenen Auseinandersetzungen schlugen sich auch in 5A\_434/2012 vom 18.12.2012 nieder, betreffend mehrere Rechtsfragen um das Institut des Sicherungsinventars<sup>184</sup> nach Art. 553 ZGB<sup>185</sup>: «La question litigieuse est celle de savoir si les créances éventuelles en restitution découlant des prélèvements opérés au bénéfice de tiers, entre le 1er janvier 1999 et le décès du de cujus, sur les avoirs de la structure de trust et de sociétés offshores mise en place par celui-ci doivent être portées à l'inventaire de l'art. 553 CC.» In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit hält das Bundesge-

177 E. 5.6.

178 Vgl. E. 5.7.

179 Besprechung: OLIVER ARTER, in: AJP 2013, 1695 ff.

180 Vgl. nur Sachverhalt, A.c sowie E. 6 ff.

181 Vgl. E. 9.

182 E. 9.3.1 a.E.

183 E. 9.3.2.

184 Vgl. zu diesem auch hinten Nr. 97.

185 E. 3 (vor E. 3.1).



richt fest<sup>186</sup>: «*En raison de la nationalité étrangère du défunt, le litige revêt un caractère international. Le Tribunal fédéral doit donc examiner la question du droit applicable (ATF 136 III 142 consid. 3.2; 135 III 562 consid. 3.2; 131 III 153 consid. 3). Pour ce faire, il faut se référer au droit international privé du for et qualifier le rapport juridique selon la lex fori (ATF 136 III 142 consid. 3.2; 135 III 562 consid. 3.2), à savoir, en l'espèce, la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291). Selon l'art. 92 al. 2 LDIP, les mesures conservatoires prononcées par les autorités suisses, compétentes en raison du dernier domicile du défunt en Suisse (art. 86 al 1 LDIP), sont régies par le droit suisse nonobstant la professio juris en faveur du droit anglais contenue dans le testament du 7 avril 1997 (art. 90 al. 2 LDIP).*» Sodann führt das Bundesgericht zu Funktion und Inhalt des Sicherungsinventars aus<sup>187</sup>: «*Selon la jurisprudence, l'inventaire successoral au sens de l'art. 553 al. 1 CC est une mesure de sûreté à caractère provisoire ne réglant pas le fond du litige (ATF 94 II 55 consid. 3). Son établissement a pour but de déterminer la consistance du patrimoine du défunt à l'ouverture de la succession; l'inventaire de l'art. 553 CC a donc aussi une fonction de preuve et tend à assurer la dévolution de l'hérédité, à savoir éviter que des biens ne disparaissent entre l'ouverture de la succession et le partage (arrêts 5A\_892/2011 du 21 juin 2012 consid. 5.1.2; 5A\_686/2011<sup>188</sup> du 28 novembre 2011 consid. 2; 5P.400/1999 du 25 mai 2000 consid. 5). Il n'est par conséquent pas nécessaire que l'inventaire comporte la liste des passifs du de cujus, une description détaillée des biens, une estimation de ceux-ci (à moins que le droit cantonal ne l'exige en se fondant sur la réserve de l'art. 553 al. 2 CC) ou une liste des libéralités rapportables ou sujettes à réunion (ATF 120 II 293 consid. 2; 118 II 263 consid. 4b/bb). Mais l'inventaire doit s'étendre à tous les biens extants, y compris ceux sis à l'étranger ... et ceux qui n'étaient pas en possession du de cujus... Il ne suffit pas de porter à l'inventaire les biens et avoirs qui ressortent du registre foncier et d'extraits de comptes et de dépôts bancaires, mais il faut y inventorier toutes les autres prétentions contre des tiers... Les actifs, dont l'appartenance à la succession est litigieuse, doivent également y figurer avec les réserves correspondantes (ATF 118 II 264 consid. 4b/bb; ...).*» Schliesslich wird zur Frage der Auskunftspflicht Dritter<sup>189</sup> gegenüber der zustän-

digen Behörde im Inventarverfahren erwogen<sup>190</sup>: «*3.3.2.1 Selon la jurisprudence, l'autorité compétente doit pouvoir obtenir, en vue d'établir l'inventaire, des renseignements de la part des héritiers et des tiers au sujet du patrimoine du de cujus à son décès, mais non sur ce qui s'est passé auparavant (ATF 118 II 264 consid. 4b; ...). L'ordre de fournir des renseignements peut être muni de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (ATF 118 II 264 consid. 4b/aa). 3.3.2.2 Dans le cadre de l'établissement de l'inventaire de l'art. 553 CC, dont le but est d'assurer la dévolution de l'hérédité, à savoir éviter que des biens ne disparaissent entre l'ouverture de la succession et le partage (cf. supra consid. 3.2.2), le droit d'obtenir des renseignements de la part de tiers ne saurait s'étendre, faute de base légale explicite, au-delà du but conservatoire de l'inventaire ... Le droit d'obtenir des informations est en effet garanti par d'autres dispositions, notamment les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC entre cohéritiers et à l'égard des tiers (ATF 132 III 677<sup>191</sup> consid. 4.2.4), l'art. 581 al. 2 CC en cas d'inventaire officiel, ainsi que par les normes contractuelles lorsque le droit a été acquis en vertu de l'art. 560 CC, par exemple envers une banque (ATF 133 III 664<sup>192</sup> consid. 2.5). Il s'ensuit que les tiers ne sont tenus de renseigner l'autorité compétente pour l'établissement de l'inventaire de l'art. 553 CC que lorsque le droit aux renseignements apparaît d'emblée évident, à savoir, notamment, lorsque le défunt était titulaire d'un compte auprès d'un établissement bancaire ou propriétaire d'un bien en possession d'un tiers. En revanche, l'autorité ne saurait obtenir, par ce biais, en procédure gracieuse, des informations sur les avoirs dont le de cujus n'était que l'ayant droit économique et lorsque le droit aux renseignements est contesté ...<sup>193</sup> En effet, l'autorité chargée de l'inventaire conservatoire de l'art. 553 CC ne saurait statuer définitivement, dans le cadre d'une procédure gracieuse, sur la question de l'existence et de l'étendue du droit aux renseignements, car elle priverait les parties, auxquelles les informations sont demandées, d'une procédure contradictoire. Même si l'inventaire ne produit aucun effet matériel..., l'obtention d'informations par l'autorité rend toute contestation civile au sujet du droit aux renseignements superflue. Or, une décision définitive sur l'existence et*

186 E. 3.1.

187 E. 3.2.2.

188 Vgl. hinten Nrn. 97 f.

189 Vgl. dazu auch hinten Nrn. 107 ff.

190 E. 3.3.2.1 und E. 3.3.2.2.

191 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 20 f.

192 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 15 f.

193 Es folgen Hinweise auf die unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur.

*l'entendue d'un tel droit doit nécessairement intervenir en procédure contentieuse...»*

(51) Vor diesem Hintergrund ergibt sich<sup>194</sup>: *«Il s'ensuit que d'éventuelles créances en restitution, dont les recourants ignorent tout et au sujet desquelles l'autorité compétente n'est pas habilitée à obtenir des renseignements, ne peuvent figurer à l'inventaire de l'art. 553 CC. En conséquence, la mention effectuée en 2008 et selon laquelle aucun élément précis n'avait pu être réuni s'agissant d'éventuels avoirs du défunt auprès de G., est suffisante et ne doit pas être complétée. Aussi, c'est sans arbitraire que, dans son résultat, la décision entreprise rejette la requête des recourants tendant à faire porter à l'inventaire lesdites créances. Le recours est ainsi mal fondé sur ce point. La question de l'inventarisation des avoirs de la structure de trust et de sociétés offshore au moment du décès de cujus ainsi que celle de la possibilité d'obtenir des renseignements en vue de leur estimation ne sont quant à elles pas litigieuses devant le Tribunal fédéral.»*

(52) Mit Erfolg angefochten wurde schliesslich auch ein öffentliches Testament, in 5A\_191/2012 vom 12.10.2012. Als massgebend erwiesen sich dabei einzig zwei bestimmte ärztliche Gutachten (bzw. eines davon)<sup>195</sup>: *«En présence de deux expertises effectuées du vivant de la de cujus en vue de la donation de la parcelle, il est superflu d'examiner quelle présomption doit prévaloir ...; il convient bien plus de les opposer et, sur la base des constatations qu'elles contiennent, de déterminer in concreto si la disposante avait ou non la capacité de tester au moment déterminant. En l'occurrence, l'expertise K. et L. constate que la défunte a réagi de manière adéquate à l'expression de ses émotions en reconnaissant des visages familiers et exprimant de l'hostilité pour d'autres; qu'elle a exprimé son opposition à la proposition de donner son immeuble à l'examinatrice, mais s'est montrée très émue et détendue quand était évoquée une donation dudit immeuble en faveur des recourants. Les experts se fondent sur une nouvelle approche élargie des malades présentant des démences séniles. Lors de son audition du 5 mai 2003, le Dr K. a exposé que, auparavant ceux-ci étaient considérés de façon restrictive sur les plans pratique, gnosique et phasique, les atteintes à ces facultés permettant de définir la démence, et que, depuis quelques années, cette conception a été élargie à la dimension émotionnelle pour déterminer les capacités de mémoire, d'expression et de décision des personnes concernées. Il a toutefois précisé que cette nouvelle conception devrait à l'avenir faire l'objet d'une nomenclature idoine au niveau OMS et DSM. L'expertise du Prof. M. détaille bien davantage l'état de la patiente: elle n'est pas capable de tenir une conversation; ne peut prononcer son nom de famille que si l'on inclut l'amorce*

*verbale «vous êtes Madame...»; ignore qu'elle est divorcée; s'adresse à l'expert par «Madame»; ne peut utiliser d'autres objets qu'un verre; mais, parfois, réagit émotionnellement de manière correcte. C'est sur la base de ces constatations que le spécialiste a diagnostiqué une démence à un stade avancé – probablement une encéphalopathie dégénérative de type Alzheimer ou mixte vasculaire et dégénérative –, précisant en outre que, vu l'évolution lente de la maladie, l'aptitude de l'intéressée n'était pas meilleure en juin 2002. Enfin, en présence d'une expertise médicale effectuée in vivo, l'attestation du notaire et des témoins contenue dans le testament public au sujet de la capacité de discernement du disposant n'est pas déterminante tout particulièrement lorsque, comme en l'espèce en ce qui concerne l'expertise K. et L., ceux-ci en connaissaient les conclusions. Il suit de là que, en présence de deux expertises aux conclusions divergentes, on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir privilégié celle qui se fonde sur une conception reconnue et faisant l'objet d'une nomenclature au niveau OMS et DSM plutôt que sur celle, qui se base sur une conception nouvelle de l'appréciation des affections mentales privilégiant une approche émotionnelle, qui n'est pas encore universellement admise et qui nécessiterait un complément des nomenclatures internationales. L'appréciation juridique de la cour cantonale, quant à la méthode à suivre, est ainsi conforme au droit.»*

(53) Die Erblasserin, geboren am 29.4.1913, war am 1.11.2007 verstorben; sie hatte keine gesetzlichen Erben; seit dem 9.6.1997 war sie verbeiständet; am 30.7.2002 machte sie in einem öffentlichen Testament einem Ehepaar zwei Grundstücke; am 13.1.2003 wurde sie vorsorglich und am 28.10.2003 rechtskräftig entmündigt; im Zeitraum zwischen 1997 und 2003 war sie mit Blick auf ihre Urteilsfähigkeit mehrfach begutachtet worden<sup>196</sup>. Am 16.3.2009 wurde wegen des Vermächtnisses eine Erbschaftsteuer in der Höhe von CHF 1839752 veranlagt<sup>197</sup>. Am 19.2.2010 reichte das Ehepaar eine Vermächtnisklage ein, welche sistiert wurde; am 15.7.2010 klagte der Kanton Genf auf Ungültigerklärung des Vermächtnisses<sup>198</sup>. An der Gutheissung dieser Klage vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Kanton Genf für das Vermächtnis Erbschaftssteuern veranlagt und dem Ehepaar verlängerte Zahlungsfristen gewährt hatte<sup>199</sup>.

(54) 5A\_647/2011 vom 31.5.2012 befasst sich mit der Verfügungsfähigkeit einer Erblasserin im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Erbvertrags. Das Bundesgericht bejaht mit beiden Vorinstanzen die Verfügungsfähigkeit. Es verweist dabei wiederholt auf 5A\_436/2011 vom 12.4.2012 (in welchem

194 E. 3.4.

195 E. 4.6.

196 Vgl. Sachverhalt. A.

197 Vgl. Sachverhalt, A.d.

198 Vgl. Sachverhalt, A.f und B.a.

199 Vgl. E. 5.



das eigenhändige Testament eines Erblassers wegen Verfügungsunfähigkeit für ungültig erklärt worden war)<sup>200</sup>. Die massgebenden Erwägungen der zweiten Instanz fasst das Bundesgericht so zusammen<sup>201</sup>: «*Per stabilire lo stato di salute mentale della disponente J., il Tribunale di appello si è fondato in primo luogo sulla perizia giudiziaria del dott. L. del 21 giugno 2007, assunta durante l'istruttoria esperita dal Pretore. Secondo tale perizia J. era affetta almeno dal 2003 da una demenza mista (di tipo Alzheimer sovrapposta con una di tipo Lewy-bodies). Il Tribunale di appello ha considerato compatibili con tale malattia i vari comportamenti anomali riscontrati da diversi testi nel corso degli anni 2003/2004, essenzialmente stati confusionali e vuoti di memoria; anche la prescrizione del farmaco «Exelon», indicato per la cura dell'Alzheimer, conferma la diagnosi del perito. A queste prove e testimonianze, il Tribunale di appello ha contrapposto numerose altre testimonianze che attestano alla disponente J., durante lo stesso periodo, la mancanza di seri disturbi nel comportamento quotidiano. Considerato che il morbo di Alzheimer è solitamente una malattia degenerativa progressiva, il cui decorso è normalmente molto lento, e che J. era sottoposta ad una terapia che permetteva di ritardare il decorso naturale della malattia, il Tribunale di appello ha concluso di non ravvisare elementi sufficienti che inducano a sovvertire con verosimiglianza preponderante la presunzione dell'art. 16 CC.*» Dazu führt das Bundesgericht u.a. aus<sup>202</sup>: «*Come ha rettammente rammentato il Tribunale di appello..., un'accertata limitazione di grado medio delle facoltà cognitive e di volontà può invero costituire un caso limite: avuto riguardo alla natura strettamente personale dell'atto in questione e in considerazione degli interessi in gioco, il giudice deve tuttavia tendenzialmente decidere a favore di una sufficiente capacità di discernimento (sentenza 5C.32/2004 del 6 ottobre 2004 consid. 4.3.2, ...). Che esista anche dottrina dissidente, come fanno notare i ricorrenti, non basta per convincere il Tribunale federale della necessità di riconsiderare tale giurisprudenza. Ciò vale a maggior ragione nel presente caso, in cui il perito ha ritenuto che J. soffrisse, al momento della stipulazione del contratto successorio, al più di una forma lieve-moderata di demenza, ossia di un disturbo di una gravità minore rispetto alla demenza accertata nel precedente di riferimento.*» Ebensovienig half den Klägern und Beschwerdeführern, dass die Erblasserin mit der Bedachten einen Erbvertrag abgeschlossen (und sich

nicht mit der Errichtung eines Testaments «be gnügt») hatte, zumal eine enge Beziehung zwischen den Vertragsparteien bestand, ohne dass die Erblasserin von der Bedachten abhängig gewesen wäre<sup>203</sup>.

(55) Die (verwitwete und kinderlose) Erblasserin J. war am 16.3.2005 im Alter von 87 Jahren verstorben; in einem eigenhändigen Testament vom 15.12.1978 hatte sie sieben Nichten/Neffen als ihre Erben eingesetzt und insbesondere den Willensvollstrecker beauftragt, ihr Grundstück zu verkaufen und den Erlös auf die Erben aufzuteilen; am 17.5.2004 schloss sie mit H. einen Erbvertrag ab und vermachte ihr das Grundstück; diesem Vertrag wurde als Anhang ein Arztzeugnis beigefügt, gleichentags erstellt von Dr. K., welcher die Erblasserin seit 35 Jahren betreut hatte; kurze Zeit später folgten zwei Spitalaufenthalte der Erblasserin (31.5.–4.6.2004 und 11.–19.8.2004); als sie am 16.3.2005 ein drittes Mal ins Spital eingeliefert wurde, verstarb sie dort gleichentags<sup>204</sup>. Die sieben Kläger zogen erfolglos die Aussagen von Dr. K. und weiterer (nicht sachverständiger) Zeuginnen in Zweifel und verwiesen auf weitere «fragwürdige» Umstände<sup>205</sup>. Sodann erwies sich insbesondere das Gutachten von Dr. L. als gewichtig<sup>206</sup>. Vor diesem Hintergrund bemerkt das Bundesgericht<sup>207</sup>: «*In conclusione, seppur vada concesso che l'apprezzamento che il Tribunale di appello ha fatto delle singole prove discusse ai considerandi precedenti è – come peraltro sempre in casi del genere – effettivamente delicato, esso non viola il divieto dell'arbitrio.*»

### b) Willensmängel (sowie Erbenwürdigkeit)

(56) In 5A\_692/2011<sup>208</sup> vom 22.3.2012 befindet das Bundesgericht über die Ungültigkeit eines öffentlichen Testaments wegen Willensmängeln sowie über die Erbenwürdigkeit eines eingesetzten Erben. Zum Ungültigkeitstatbestand hält es fest<sup>209</sup>: «4.1.1 Verfügungen, die der Erblasser unter dem Einfluss eines Irrtums errichtet hat, sind nach Art. 469 Abs. 1 ZGB ungültig; eine solche Verfügung wird nach Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB auf erhobene Klage für ungültig erklärt. Es kann sich um einen Erklärungs- oder einen Motivirrtum handeln. Der Irrtum braucht kein wesentlicher im Sinne von Art. 23 ff. OR zu sein. In Betracht fallen kann jeder Motivirrtum, der die Verfügung entscheidend beeinflusst hat. Die Ungültigerklärung eines Testaments wegen Motivirrtums rechtfertigt sich indessen nur dann, wenn als wahrscheinlich dargetan ist,

200 Vgl. vorn Nrn. 47 f.

201 E. 4.1.

202 E. 5.2.

203 Vgl. E. 5.4.

204 Vgl. Sachverhalt, A.

205 Vgl. E. 4.2 bis E. 4.4.

206 Vgl. E. 4.4.6.

207 E. 4.4.7.

208 Besprechungen: REGINA E. AEBI-MÜLLER, in: *successio* 2013, 231 ff.; DANIEL ABT, in: Weblaw, *Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, 26.6.2012.

209 E. 4.1.

dass die Erblasserin bei Kenntnis der Sachlage vorgezogen hätte, die angefochtene Verfügung aufzuheben, statt sie unverändert fortbestehen zu lassen (BGE 119 II 208 E. 3/bb S. 210 f.; 94 II 139 E. 4 S. 140 f.; 75 II 280 E. 6 S. 287; Urteil 5A\_204/2007 vom 16. Oktober 2007 E. 6.1, in: ZBGR 92/2011 S. 30; ...). 4.1.2 Was eine Person wollte, wusste oder dachte und ob sie sich irrte, stellt eine Tatfrage dar. Hingegen ist Rechtsfrage, welche Folgen dieser Irrtum oder andere Willensmängel haben (Urteile 5A\_204/2007<sup>210</sup> vom 16. Oktober 2007 E. 6.1, in: ZBGR 92/2011 S. 30; 5C.273/2005<sup>211</sup> vom 14. März 2006 E. 3.1, in: ZBGR 89/2008 S. 335; 5C.37/1993 vom 17. Juni 1993 E. 3b/aa, nicht publ. in: BGE 119 II 208).» Im Anschluss daran wird sodann ausgeführt<sup>212</sup>: «7.2.1 Nach Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist unwürdig Erbe zu sein oder aus einer Verfügung von Todes wegen irgendetwas zu erwerben, wer den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht oder daran verhindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen. 7.2.2 Die Gründe gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB stimmen fast wortwörtlich mit dem Ungültigkeitsgrund gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 469 Abs. 1 ZGB überein. Immerhin nennt Art. 469 Abs. 1 ZGB – anders als Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB – zusätzlich auch den Ungültigkeitsgrund des Irrtums... Der Begriff der Arglist gemäss Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB stimmt mit dem Begriff «arglistiger Täuschung» in Art. 469 Abs. 1 ZGB überein. Arglist kann in der Erregung oder der Benutzung einer schon vorhandenen falschen Vorstellung bei der Erblasserin bestehen. Zusätzlich muss dieses Bewirken oder Ausnützen einer falschen Vorstellung bei der Erblasserin aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls eine schwere Verfehlung gegen die Erblasserin bedeuten, die nach dem Empfinden der Allgemeinheit als unerträglich erscheint und zu missbilligen ist. Dass das Verhalten des Erben einen Straftatbestand erfüllt, mag einen Anhaltspunkt für die Schwere der Einflussnahme auf den erblasserischen Willen abgeben, ist aber nicht notwendig (vgl. zum Ganzen: BGE 132 III 305<sup>213</sup> E. 3.3 S. 309 f. mit Hinweisen). Zwischen dem Verhalten des angeblich Erbnwürdigen und dem Erfolgseintritt (Errichten oder Widerrufen einer Verfügung von Todes wegen) ist wei-

ter ein Kausalzusammenhang erforderlich (vgl. BGE 132 III 305 E. 3.5 S. 310 f.).» Der Entscheid dürfte die Hürden für eine Bejahung der Erbnwürdigkeit als «erbrechtliche Höchststrafe» (wieder) erhöhen, jedenfalls in Bezug auf Personen, welche dem Erblasser (auch) verwandtschaftlich nahe stehen.

(57) Die verwitwete Erblasserin starb am 7.11.2005 im Alter von 92 Jahren; ihre Ehe blieb kinderlos, aber die Ehegatten adoptierten 1956 einen Knaben (B., Jahrgang 1950) und 1958 ein Mädchen (A., Jahrgang 1954); diesen altrechtlichen Adoptivkindern stand kraft der Adoptionsverträge ein gesetzliches Erbrecht zu, aber kein Pflichtteilsrecht<sup>214</sup>. Am 30.6.1998 hatte die Erblasserin ihr erstes öffentliches Testament errichtet; darin bestätigte sie die beiden Adoptivkinder als ihre einzigen Erben, richtete der A. als Vorausvermächtnis den Inhalt ihres Wohnhauses sowie sämtliche Liegenschaften ohne das Wohnhaus aus, vermachte 4/6 ihrer Wertschriften ebenfalls der A. und 1/6 (jedoch höchstens CHF 1 Mio.) dem B. und setzte weitere Vermächtnisse aus, darunter CHF 30000 an ihr Patenkind C.<sup>215</sup> Im zweiten öffentlichen Testament vom 18.8.2005 verfügte die Erblasserin (neben weiteren Vermächtnissen in Ziff. 3c) u.a. Folgendes<sup>216</sup>:

«1. Widerruf

Ich widerrufe sämtliche allfällig von mir verfassten früheren Verfügungen von Todes wegen.

2. Erbeinsetzung

Als meine einzigen Erben bestätige ich meine Adoptivkinder A. und B., welche jedoch kein Pflichtteilsrecht besitzen.

3. Vermächtnis

a) Ich verfüge über mein Mobiliar in dem Sinne, dass ich die Gegenstände in meinem Haus jeweilen mit dem Namen des Begünstigten versehen werde.

b) Ich verfüge, dass mein Adoptivsohn B. meine sämtlichen Liegenschaften, mit Ausnahme meiner Wohnliegenschaft (...), vermächtnisweise zu Alleineigentum übernehmen kann. Allfällige auf den Liegenschaften haftende Hypothekarschulden hat er mit zu übernehmen. Diese Vermächtnisse sind auf den Erbteil von B. nicht anrechenbar.

c) Von meinen Vermögenswerten in Aktien, Obligationen, Sparheften, Kontoguthaben etc. erhalten:

meine Adoptivtochter A. CHF 1000000 ...

mein Adoptivsohn B. CHF 2000000 ...

mein Patenkind, Frau C. CHF 1000000 ...»

(58) Das Bundesgericht verneint mit den Vorinstanzen die Erbnwürdigkeit von B. und erklärt (nur, aber immerhin) die Ziff. 3b und 3c (erstes und zweites Lemma) dieses Testaments für ungültig<sup>217</sup>. Den vorinstanzlichen Erwägungen war insbesondere Folgendes zu entnehmen<sup>218</sup>: Das Verhältnis der Erblasserin zu B. war lange Jahre, bis 2004, eher schlecht, nachher wieder besser, dasjenige zu A. bis 2005 sehr gut; das Verhältnis zwischen A. und B. war schlecht; zum einen hatte die Erblasserin sozusagen aus eigenem Antrieb bereits entschieden, ihr erstes Testament zu ändern (wie sich etwa aus den Aussagen

210 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 55 f.

211 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 16 f.

212 E. 7.2.

213 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 10 f.

214 Vgl. Sachverhalt, A.a.

215 Vgl. Sachverhalt, A.b.

216 Sachverhalt, A.c.

217 Vgl. Sachverhalt, B. und C. sowie E. 9.

218 Vgl. E. 4.2.1.



der zunächst ebenfalls eingeklagten C.<sup>219</sup> ergab); hinzu kamen sodann die Einflussnahmen durch B.; diese hätten zu Beginn des Jahres 2005 das Sozialübliche noch nicht überstiegen, jedoch habe er in der Folge massive Vorwürfe gegen A. erhoben, welche sich nicht erhärtet hätten. Sodann hält das Bundesgericht fest<sup>220</sup>: «Im Ergebnis erachtete es das Obergericht als erwiesen, dass die massive Bevorzugung des Beschwerdegegners im Testament vom 18. August 2005 (Ziff. 3b und 3c erstes und zweites Lemma [Vermächtnisse an Adoptivkinder; ...]) auf dessen Einflussnahme und damit auf einen mangelhaften Willen der Erblasserin zurückzuführen sei. Mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte die Erblasserin die Verfügung bei Kenntnis der wahren Sachlage (Unrichtigkeit der Vorwürfe gegen die Beschwerdeführerin) insoweit anders getroffen. Anderes gelte hingegen in Bezug auf die Ziff. 1 des Testaments vom 18. August 2005. Den Willen zur Aufhebung, das heisst zum Widerruf des ersten Testaments habe die Erblasserin bereits Anfang 2005 entwickelt und bis zur Abfassung des Testaments vom 18. August 2005 beibehalten. Sinngemäss hält das Obergericht fest, weder sei damals (Anfang 2005) die Erblasserin vom Beschwerdegegner beeinflusst worden noch habe sie sich in einem Irrtum befunden.» Dabei war die Vorinstanz jedenfalls nicht in Willkür verfallen<sup>221</sup>. Eine arglistige Täuschung der Erblasserin durch B. hatte die Vorinstanz dagegen schon wegen fehlenden Vorsatzes verneint; insbesondere der in einem Bericht von B. über die Liegenschaftsverwaltung durch A. erhobene Diebstahlsvorwurf sei zwar moralisch verwerflich, stelle aber keine schwere, als unerträglich erscheinende Verfehlung dar und sei im Vergleich zum Sachverhalt in BGE 132 III 305 weniger gravierend, zumal B. durchaus auch zugunsten der Erblasserin handeln wollen<sup>222</sup>. Das Bundesgericht selber erwägt sodann<sup>223</sup>: «Das Obergericht hat zurecht darauf hingewiesen, dem Bericht des Beschwerdegegners vom Juli 2005 sei eine gewisse Berechtigung nicht abzuspüren, soweit darin die Liegenschaftsverwaltung thematisiert werde. Auch wenn es nachvollziehbar erscheint, dass bei fehlender oder falscher Buchhaltung (und insbesondere fehlenden Belegen) der Verdacht von Unregelmässigkeiten aufkommen kann, hat der Beschwerdegegner zwar die vorgefundenen unübersichtlichen Verhältnisse unkritisch übernommen und vor schnell Anschuldigungen gegen die Beschwerdeführerin erhoben. Eine schwere und gemeinhin zu missbilligende Verfehlung ... kann aber dem Beschwerdegegner nicht vorgeworfen werden. Zu berücksichtigen ist dabei namentlich, dass die Vorwürfe insbesondere des unberechtigten Geldbezugs im Zusammenhang mit der tatsächlich zur Kritik Anlass gebenden Liegenschaftsverwaltung der Beschwerdeführerin erhoben wurden. Eine arglistige Täuschung im dargelegten Sinne kann dem Beschwerdegegner nicht vorgeworfen werden, und der obergerichtliche Entscheid ist insofern nicht zu beanstanden. Zu beachten wäre im Übrigen auch, dass die Erblasserin selbst bereits Anfang 2005 von gewissen Unredlichkeiten der Beschwerdeführerin ausgegangen ist (vgl. E. 4.2.1 oben).

Insofern erübrigen sich aber nach dem Gesagten weiterführende Bemerkungen.»

### c) Klagelegitimation und Urteilswirkung

(59) In 5A\_89/2011<sup>224</sup> vom 1.9.2011 interessiert zum einen die Praxis zur Aktivlegitimation bei der Ungültigkeitsklage (das «Interesse» im Sinne von Art. 519 Abs. 2 ZGB)<sup>225</sup>: «*Dans le cadre spécifique de l'action en nullité du testament (art. 519 CC), la jurisprudence et la doctrine unanime ont admis que l'intérêt matériel à la déclaration de nullité se mesure aux effets que produira le jugement, notamment en faveur de quelles personnes il créera un droit... L'intérêt à interjeter recours suppose que l'admission de l'action en nullité des dispositions à cause de mort soit susceptible de procurer un avantage au recourant (ATF 81 II 33 consid. 2 p. 35 s.; ...). Autrement dit, l'action en nullité doit être dirigée contre les personnes qui tirent des dispositions testamentaires des avantages de nature successorale au détriment du demandeur (ATF 96 II 79 consid. 9b p. 99 s. avec les références).*» Zum andern erinnert das Bundesgericht an die «reduzierte» Wirkung (*inter partes*) der Ungültigerklärung einer Verfügung von Todes wegen<sup>226</sup>: «*Le prononcé de nullité du testament a pour effet de soumettre la succession au droit ab intestat ou de faire revivre des dispositions à cause de mort antérieures valables, révoquées par l'acte annulé... Selon la jurisprudence fédérale et la doctrine majoritaire, le jugement de nullité du testament n'a d'effets qu'entre les parties au procès (ATF 136 III 123 consid. 4.4.1 p. 127 s.; 81 II 33 consid. 3 p. 36; ...).*» Die Umsetzung dieser Prinzipien kann allerdings in verwickelten Fällen zu erheblichen Schwierigkeiten führen.

(60) Dies trifft vorliegend zu, weil mehrere Begünstigte angesichts zweier unklarer Testamente (Auswechslung von Begünstigten in Bezug auf zwei Liegenschaften) unterschiedliche Interessen verfolgten, teilweise Prozesse anhoben und teilweise ausserprozessuale Vereinbarungen trafen<sup>227</sup>.

## 3. Verfahrensfragen

### a) Erbrechtliche Streitigkeit

(61) Der Begriff der erbrechtlichen Streitigkeit ist, wie schon BGE 137 III 369<sup>228</sup> und BGE 138 III 570<sup>229</sup> zu entnehmen ist, sowohl bei nationalen als

219 Vgl. Sachverhalt, B. und C.

220 E. 4.2.2.

221 Vgl. E. 6.

222 Vgl. E. 7.3.

223 E. 7.5.

224 Besprechung: DANIEL ABT, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 3.2.2012.

225 E. 2.1.1.

226 E. 2.1.2.

227 Vgl. Sachverhalt, A. bis C.

228 Vgl. vorn Nrn. 1 f.

229 Vgl. vorn Nrn. 15 f.

auch bei internationalen Sachverhalten relevant. Ein nationaler Sachverhalt lag 5A\_92/2012<sup>230</sup> vom 4.5.2012 zugrunde. Die Ehefrau hatte nach dem Ableben des Ehemanns an dessen letztem Wohnsitz im Kanton Genf<sup>231</sup> auf Feststellung geklagt, dass bestimmte testamentarische Verfügungen in ihrem mit dem Ehemann abgeschlossenen Erbvertrag frei widerruflich seien bzw. eventuell, dass diese für ungültig zu erklären seien<sup>232</sup>. Obschon in erster Linie nicht das Schicksal des Nachlasses des Erblassers, sondern desjenigen der noch lebenden Ehefrau infrage stand, wird die Unzuständigkeitsrede der Beklagten vom Bundesgericht im Anschluss an die Vorinstanzen abgewiesen<sup>233</sup>.

(62) Die Ehegatten (Jahrgänge 1927 bzw. 1924) hatten 1949 geheiratet<sup>234</sup>. Am 12.8.2003 hatten sie in Solothurn einen Erbvertrag abgeschlossen; darin hatten sie den überlebenden Ehegatten maximal begünstigt und festgestellt, dass sie keine Pflichtteilsrben hätten; sodann setzten sie in Bezug auf den Nachlass des überlebenden Ehegatten zu gleichen Teilen die beiden Neffen der Ehefrau (darunter D.) sowie zwei solothurnische Anwälte und Notare als Erben ein (Art. 5), bezeichneten diese beiden als Willensvollstrecker und wandten ihrer Hausangestellten ein bedingtes Geldvermächtnis in Höhe von CHF 100000 zu<sup>235</sup>. Am 23.5.2007 verstarb der Ehemann; der zuständigen Behörde wurde eine beglaubigte Kopie des Erbvertrags eingereicht, wobei die Bestimmungen betreffend den Nachlass des überlebenden Ehegatten abgedeckt waren, worauf die Ehefrau eine komplette Kopie des Erbvertrags verlangte<sup>236</sup>. Am 8.3.2010 teilte sie den vier eingesetzten Erben sodann mit, dass der Inhalt des Erbvertrags weder dem Willen des Erblassers noch dem ihrigen entspreche und bei beiden ein wesentlicher Irrtum vorliege; weiter machte sie geltend, dass sie Art. 5 als testamentarische, frei widerrufliche Verfügung betrachte und sie zu widerrufen beabsichtige (Art. 509 ZGB); gleichzeitig verlangte sie von den Bedachten die Anerkennung des Widerrufs bzw. der Ungültigerklärung der fraglichen Bestimmungen im Erbvertrag, was einzig D. und die Hausangestellte akzeptierten; dazwischen, am 23.3.2010, hatte die Ehefrau den Neffen D., die Hausangestellte und zwei «*paroisses*» als Erben eingesetzt<sup>237</sup>. Zum einen befindet das Bundesgericht<sup>238</sup>: «*L'action en constatation ouverte par la veuve soulève une question en rapport étroit avec la succession de son défunt époux, tant par son objet que par la qualité des parties. En conséquence, les autorités du for successoral au sens des art. 18 aLFors et 28 CPC sont compétentes ratione loci pour connaître de l'action en constatation de la révocation de dispositions à cause de mort.*» Zum andern hält das Bun-

desgericht fest<sup>239</sup>: «*Dans l'hypothèse où la cause devra être tranchée à la lumière des dispositions de l'action en annulation, il importe peu de distinguer, à l'instar de l'autorité précédente, si l'intimée a agi pour son propre compte, pour celui de son défunt époux ou encore pour les deux. L'action en annulation entre vifs suppose en effet que tous les cocontractants soient vivants au jour de l'ouverture de l'action. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, l'époux cocontractant étant prédécédé à l'ouverture de l'action. Il en résulte que l'argumentation des recourants, fondée sur l'action en annulation de dispositions à cause de mort du vivant du disposant, tombe à faux, l'un au moins des cocontractants dont la volonté était viciée étant décédé au jour de l'ouverture de l'action. L'action en annulation des dispositions à cause de mort du pacte successoral du 12 août 2003 ouverte par la veuve est donc bien une action de nature successorale. En se basant sur l'art. 519 CC, l'intimée requiert l'annulation des volontés exprimées de manière bilatérale dans le pacte successoral, alléguant un vice de la volonté du défunt affectant les dispositions litigieuses (art. 519 al. 1 ch. 2 CC) et en se prévalant de sa qualité d'héritière légale du défunt (art. 519 al. 2 CC). S'agissant d'une action en annulation des dispositions à cause de mort sur une succession ouverte (art. 519 CC), le tribunal du dernier domicile du défunt est compétent au sens des art. 18 aLFors et 28 CPC (cf. supra consid. 4).*»

(63) Um den Begriff der erbrechtlichen Streitigkeit im Zusammenhang mit einem internationalen Sachverhalt geht es in 5A\_627/2012 vom 3.12.2012. Gestritten wurde um eine Vereinbarung über ein vertragliches Gewinnbeteiligungsrecht an einem Grundstück, das im Rahmen einer Erbteilung zugewiesen worden war. Das Bundesgericht befindet<sup>240</sup>: «*Zur Debatte steht mithin eine Klage auf Durchsetzung der rechtsgeschäftlich vorgenommenen Erbteilung, und der Zusammenhang mit der Verteilung des Nachlasses ist genügend eng, um die betreffende Klage als eine erbrechtliche Streitigkeit im Sinn von Art. 86 Abs. 1 IPRG erscheinen zu lassen.*»

(64) Der Erblasser war am 17.4.2000 verstorben; vereinbart wurden gegenseitige Gewinnbeteiligungsrechte an sämtlichen Nachlassgrundstücken für zehn Jahre ab Grundbucheintrag, mit Hinweis auf das BGG und aArt. 619 ff. ZGB; der Beschwerdeführer hatte am 31.8.2006 eine Liegenschaft zu einem Anrechnungswert von CHF 480000 übernommen und sie 2008 für CHF 16 Mio. verkauft<sup>241</sup>. Er erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit, da er seinen Wohnsitz in den USA hatte<sup>242</sup>.

## b) Wohnsitz

(65) Wesentlich ist bei erbrechtlichen Streitigkeiten unter verschiedensten Gesichtspunkten (bei internationalen Sachverhalten z.B. überdies mit Blick auf das anwendbare Recht), wo der Erblasser seinen

230 Besprechung: FRANÇOIS LOGOZ, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 22.11.2012.

231 Vgl. Sachverhalt, A.

232 Vgl. Sachverhalt, C.c.

233 Vgl. Sachverhalt, C.c. und E. 7.

234 Vgl. Sachverhalt, A.

235 Vgl. Sachverhalt, B.

236 Vgl. Sachverhalt, C. (vor C.a) und C.a.

237 Vgl. Sachverhalt, C.b und C.c.

238 E. 5.2.1 a.E.

239 E. 5.2.2 a.E.

240 E. 5 a.E.

241 Vgl. Sachverhalt, A.

242 Vgl. Sachverhalt, B. sowie E. 2.



letzten Wohnsitz hatte. In 5A\_270/2012<sup>243</sup> vom 24.9.2012<sup>244</sup> erläutert das Bundesgericht dazu<sup>245</sup>: «Le domicile est déterminé selon les critères prévus par l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, dont la teneur correspond à celle de l'art. 23 al. 1 CC. La notion de domicile comporte deux éléments: l'un objectif, la présence physique en un lieu donné; l'autre subjectif, l'intention d'y demeurer durablement (ATF 137 II 122 consid. 3.6 p. 126 s., III 593 consid. 3.5 p. 600; 136 II 405 consid. 4.3 p. 409 s., 135 III 49 consid. 6.2 p. 56). 4.2.1 L'élément objectif du domicile (i.e. la présence physique en un endroit donné) ne suppose pas nécessairement que le séjour ait déjà duré un certain temps; si la condition subjective (i.e. la manifestation de l'intention de rester durablement en ce lieu) est par ailleurs remplie, la constitution d'un domicile peut se produire dès l'arrivée dans le nouveau pays de séjour; en d'autres termes, pour déterminer si l'intéressé s'y est créé un domicile, ce n'est pas la durée de sa présence à cet endroit qui est décisive, mais bien la perspective d'une telle durée (arrêts 5A\_432/2009 du 23 décembre 2009 consid. 5.2.1, 5A\_398/2007 du 28 avril 2008 consid. 3.2, 5C.163/2005 du 25 août 2005 consid. 4.1, 5C.99/1993 consid. 3a; ...; idem, pour la résidence habituelle: arrêts 5A\_607/2008 du 2 mars 2009 consid. 4.4, 5A\_440/2011 du 25 novembre 2011 consid. 2.2). 4.2.2 Pour déterminer si une personne réside dans un lieu déterminé avec l'intention de s'y établir durablement (élément subjectif du domicile), la jurisprudence ne se fonde pas sur la volonté interne de l'intéressé; seules sont décisives les circonstances objectives, reconnaissables pour les tiers, permettant de déduire une telle intention (ATF 127 V 237 consid. 1 p. 238; 120 III 7 consid. 2b p. 8; 119 II 64 consid. 2b/bb p. 65; arrêts 5A\_659/2011 du 5 avril 2012 consid. 2.2.2; 5A\_432/2009 du 23 décembre 2009 consid. 5.2.1;...). Pour qu'une personne soit domiciliée à un endroit donné, il faut donc que des circonstances de fait objectives manifestent de manière reconnaissable pour les tiers que cette personne a fait de cet endroit, ou qu'elle a l'intention d'en faire, le centre de ses intérêts personnels, sociaux et professionnels (ATF 119 II 64 consid. 2b/bb p. 65; arrêt 5C.163/2005 du 25 août 2005 consid. 4.1 et les références citées). Un endroit peut (encore) constituer le domicile d'une personne qui a manifesté son intention de transférer par la suite son domicile dans un autre pays, si elle n'a pas encore mis son intention à exécution. Ainsi, dans le cas

*d'une personne qui s'apprêtait à déménager à l'étranger au terme d'un voyage se terminant en Suisse et qui s'était cassée le col du fémur avant le départ, demeurant empêchée de retourner dans son pays et qui est donc restée en Suisse jusqu'à son décès, le Tribunal fédéral a admis la constitution d'un domicile en Suisse (arrêt 5A\_725/2010 du 12 mai 2011 consid. 2.3 et 4). 4.2.3 Le lieu où la personne réside (élément objectif) et son intention de s'établir (élément subjectif) constituent des questions de fait dont la solution lie le Tribunal fédéral (ATF 120 III 7 consid. 2a p. 8). Si ces manifestations de volonté relèvent du fait, les conclusions à en tirer quant à l'intention de s'établir au sens des art. 23 CC et 20 LDIP constituent une question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir dans le cadre des griefs invoqués (art. 98 LTF, cf. supra consid. 1.4 et 2.1; ATF 120 III 7 consid. 2a et la référence citée).»*

(66) Diese Grundsätze hatte die Vorinstanz (aus dem Gesichtswinkel der Verletzung verfassungsmässiger Rechte<sup>246</sup>) richtig angewandt<sup>247</sup>. Der Erblasser, geboren 1920 und französischer Staatsangehöriger, hatte während mehr als 60 Jahren in N. (Frankreich) gelebt; seiner ersten Ehe mit der 2007 verstorbenen Ehefrau waren drei Kinder entsprossen; am 9.10.2007 setzte er seine zehn Enkel als «*légataires universels*» seines ganzen Nachlasses ein; seit Februar 2008 lebte er mit einer Frau zusammen, welcher er am 26.10.2009 in einem «*codicille*» zu seinem Testament die verfügbare Quote zuwandte, worauf er sie am 7.12.2009 heiratete<sup>248</sup>. Ab November 2009 wurden Vorbereitungen für einen Umzug in die Schweiz getroffen, u.a.: am 17.12.2009 wurde der bestehende Mietvertrag für die Wohnung in N. gekündigt und die Schlüsselübergabe auf den 22.12.2009 in Aussicht gestellt; am 18.12.2009 wurde vom Anwalt des Ehepaars bei der kantonalen Steuerverwaltung ein Gesuch um Besteuerung nach Aufwand gestellt; am 22.12.2009 unterschrieb ein weiterer vom Ehepaar bevollmächtigter Anwalt einen Mietvertrag für eine Villa in Q. (Kanton Waadt), mit Wirkung ab dem 15.12.2009; der Hausrat wurde am 23.12.2009 dorthin gebracht; gleichentags meldete die Ehefrau sich bei der Einwohnerkontrolle an<sup>249</sup>. Indessen war der Erblasser am 22.12.2009 «*victime d'un accident vasculaire cérébral*» geworden und ins Spital N. eingeliefert worden, wo er am 2.1.2010 verstarb<sup>250</sup>. In der Folge wurden von der Ehefrau und den Kindern des Erblassers in Frankreich und in der Schweiz mehrere Verfahren anhängig gemacht<sup>251</sup>. Im vorliegenden Verfahren hatte die erste Instanz sich «*déclaré incompétente pour traiter de la succession de feu X*»; gegen diesen Entscheid vermachte die Ehefrau, die auch die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters nach Art. 554 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB beantragt hatte, in der Folge nichts mehr auszurichten<sup>252</sup>.

246 Vgl. E. 1.4 und E. 4.

247 Vgl. E. 4.3.

248 Vgl. Sachverhalt, A.a und A.b.

249 Vgl. Sachverhalt, A.b.

250 Vgl. Sachverhalt, A.c.

251 Vgl. Sachverhalt, B.

252 Vgl. Sachverhalt, B.f und E. 1.2.4 sowie E. 9.

243 Besprechung: TARKAN GÖKSU, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 12.12.2012.

244 Vgl. ferner 5A\_725/2010 vom 12.5.2011; hinten Nrn. 95 f.

245 E. 4.2.



Mithin hatten der Erblasser und seine zweite Ehefrau den Wettlauf mit der Zeit (in mehrfacher Hinsicht) verloren.

(67) In 5A\_267/2012 vom 21.11.2012 geht es, zwischen den gleichen Parteien wie im soeben erwähnten Entscheid 5A\_270/2012 vom 24.9.2012, um ein Gesuch der Ehefrau um Einsetzung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB), welches ebenfalls in allen Instanzen erfolglos bleibt<sup>253</sup>.

### c) Erbteilungsprozess (Verfahrensbeteiligte)

(68) Hin und wieder wird (mit «einschneidenden» Konsequenzen) übersehen, dass in Erbteilungsprozessen grundsätzlich alle Erben entweder auf der Kläger- oder auf der Beklagtenseite aufzutreten haben bzw. aufzuführen sind, wie auch in allfälligen Rechtsmittelverfahren alle Erben auf der Aktiv- oder auf der Passivseite aufzutreten haben bzw. aufzuführen sind, und zwar nötigenfalls auch in wechselnder Zusammensetzung. Dies war in der Berichtsperiode gleich zweimal der Fall, in den Entscheiden 5A\_372/2011<sup>254</sup> vom 4.10.2011 und 5A\_809/2011<sup>255</sup> vom 15.3.2012, wo festgehalten wird<sup>256</sup>: «2.1 Die Teilungsklage (Art. 604 ZGB) zielt darauf ab, dass das Gericht die Teilung der Erbschaft, der sich die Beklagten widersetzen, anordnet und/oder dem Kläger seinen Erbanteil zuteilt. Soweit sie die Abtrennung des dem Kläger zustehenden Anteils von der Erbmasse und den Austritt des Klägers aus der Erbgemeinschaft bezweckt, ist die Klage gestaltender Natur. Sie muss gegen alle Miterben erhoben werden, weil sie zu einem Urteil führt, das gegenüber allen Erben wirkt, und weil sie das Schicksal von Vermögensgegenständen regelt, die den Miterben und dem Kläger als Gesamteigentümern gehören (Art. 602 Abs. 2 ZGB; vgl. BGE 130 III 550<sup>257</sup> E. 2.1.1 S. 552). 2.2 Die Grundsätze gelten selbst im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht (vgl. BGE 130 III 550 E. 2.1.2 S. 552) und damit auch im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen (vgl. Urteil 5A\_372/2011 vom 4. Oktober 2011 E. 2.1.2). Jeder Erbe ist unabhängig von seinen Miterben befugt, eine Beschwerde zu erheben, hat er doch einen eigenen Anspruch auf Teilung (vgl. Art. 604 Abs. 1 ZGB). Aufgrund des materiellen Rechts aber muss er dabei alle Miterben als Beschwerdegegner in das Verfahren einbeziehen, selbst wenn einer oder

mehrere von ihnen in kantonaler Instanz an seiner Seite prozessiert haben. Das Urteil muss – wie dargelegt (vgl. E. 2.1) – seine Wirkungen gegenüber allen Erben entfalten und erfasst die Vermögensgegenstände, die allen Erben als Gesamteigentümern gehören. Soll seine Beschwerde nicht abgewiesen werden, ist der Beschwerdeführer folglich gehalten, alle seine Miterben vor Bundesgericht zu belangen und ihnen dadurch Parteistellung in der Beschwerdeinstanz zu verschaffen (vgl. BGE 130 III 550 E. 2.1.2 S. 552 f.; Urteil 5A\_372/2011 vom 4. Oktober 2011 E. 2.1.2). 2.3 Unterlässt es der Beschwerdeführer, einen seiner Miterben als Beschwerdegegner in das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren einzubeziehen, liegt keine bloss ungenaue Parteibezeichnung vor, die von Amtes wegen berichtigt werden könnte. Einen Miterben, gegen den die Begehren des Beschwerdeführers nicht gerichtet sind, kann das Bundesgericht weder von Amtes wegen als Beschwerdegegner behandeln noch im Sinne von Art. 24 Abs. 2 lit. a BZP zum Streite beiladen. Denn die Beschwerde in Zivilsachen gegen ein Gestaltungsurteil hat nur im Umfang der Begehren aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG), so dass für Miterben, gegen die keine Begehren gerichtet werden, das letztinstanzliche kantonale Urteil rechtskräftig geworden ist (vgl. Urteil 5A\_372/2011 vom 4. Oktober 2011 E. 2.1.2; BGE 130 III 550 E. 2.1.3 S. 553).»

(69) Die erste Instanz hatte den Erbeil des Beschwerdeführers auf 651/2880 und denjenigen des Beschwerdegegners auf 93/2880 festgesetzt (ferner diejenigen der weiteren Miterben); in der zweiten Instanz hatte der Beschwerdeführer u.a. für sich eine Erhöhung auf 2883/11520 und für den Beschwerdegegner eine Verminderung auf 93/11520 verlangt; die Rechtsmittel beim Bundesgericht reichte er nur mehr gegen den Beschwerdegegner ein<sup>258</sup>.

(70) Nach Art. 609 Abs. 1 ZGB hat auf «Verlangen eines Gläubigers, der den Anspruch eines Erben auf eine angefallene Erbschaft erworben oder gepfändet hat, oder der gegen ihn Verlustscheine besitzt, ... die Behörde an Stelle dieses Erben bei der Teilung mitzuwirken». In 5A\_126/2011<sup>259</sup> vom 21.7.2011<sup>260</sup> führt das Bundesgericht dazu aus<sup>261</sup>: «*La mission de l'autorité conformément à l'art. 609 al. 1 CC s'épuise dans la participation au partage, partage qu'elle ne peut ni effectuer ni diriger elle-même. Elle, ou le représentant qu'elle a désigné,*

253 Vgl. Sachverhalt, B. und E. 9.

254 Besprechung: FABIENNE ELMIGER, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 22.11.2011.

255 Besprechung: FABIENNE ELMIGER, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 29.5.2012.

256 E. 2.

257 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2005 (siehe Vorbemerkungen), 89 f.

258 Vgl. Sachverhalt, B.d und B.e sowie C.

259 Besprechung: FRANÇOIS LOGOZ, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 27.1.2012.

260 Vgl. zu Art. 609 ZGB sodann auch den Nichteintretensentscheid 5A\_777/2012 vom 3.12.2012 (Besprechung: FRANÇOIS LOGOZ, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 11.3.2013).

261 E. 4.2.2.1.



*prend la place de l'héritier-débiteur dans le partage en tant qu'administrateur officiel de sa part. C'est elle qui agit, à l'exclusion de l'héritier qu'elle remplace, dans l'action en partage (ATF 129 III 316<sup>262</sup> consid. 3; ...) ou lors de l'adoption du contrat de partage (art. 634 CC; ...). L'autorité intervenant au partage, est indépendante, dans ses décisions, de la volonté de l'héritier-débiteur, lequel n'est pas habilité à prendre part aux négociations de partage; elle tient cependant compte des désirs de celui-ci, tant que faire se peut... L'héritier-débiteur, qui estime que l'intervenant au partage n'a pas exécuté correctement ses fonctions, peut s'en plaindre auprès de l'autorité de surveillance (arrêt 5A\_496/2007 du 30 octobre 2007 consid. 1; ...).»*

(71) *In casu* hatte die Behörde bzw. ein von ihr ernannter Anwalt im Rahmen eines Erbteilungsprozesses anstelle des Beschwerdeführers einen Erbteilungsvertrag abgeschlossen, bevor der Beschwerdeführer seine Schulden getilgt hatte<sup>263</sup>; in der Folge versuchte dieser erfolglos den gerichtlichen Abschreibungsentscheid aufheben zu lassen<sup>264</sup>, wobei das Bundesgericht u.a. ausführt<sup>265</sup>: «*La cour cantonale a relevé que l'intervenant avait transmis au recourant pour détermination un projet de partage correspondant plus ou moins à la solution retenue, mais que celui-ci n'avait pas répondu à son invitation. Elle a en outre précisé que, même si l'intervenant avait omis de prendre l'avis de l'héritier-débiteur, il pouvait tout au plus en répondre dans le cadre d'une plainte à l'autorité de surveillance, sans que la convention soit pour autant invalide. En tant que le recourant prétend que le projet transmis diffère de beaucoup de l'acte conclu en fin de compte, il ne fait qu'opposer sa propre appréciation des faits à celle retenue par la juridiction cantonale sans démontrer en quoi cette dernière serait arbitraire; une telle critique se révèle donc irrecevable (cf. supra consid. 2.2). Au demeurant, l'art. 609 al. 1 CC constitue une restriction légale à la liberté de partager des héritiers (ATF 114 II 418 consid. 2a). Aussi, comme exposé ci-dessus (cf. supra consid. 4.2.2.1), le recourant ne saurait se prévaloir d'un quelconque droit élémentaire à prendre part aux opérations de partage; en raison de l'intervention de l'autorité en application de l'art. 609 al. 1 CC, seule celle-ci, ou le représentant désigné par elle, est habilitée à participer aux négociations en vue du partage. Enfin, il y a lieu d'admettre, avec la cour cantonale, que, dans l'hypothèse où l'intervenant aurait effectivement exécuté les tâches confiées en violation de ses devoirs, notamment en informant insuffisamment l'héritier-débiteur, il convenait alors de s'en plaindre auprès de l'autorité de surveillance ou, éventuellement, d'invalider l'acte. En conséquence, le recours est également mal fondé sur ce point.*»

262 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2003 (siehe Vorbemerkungen), 105 f.

263 Vgl. Sachverhalt, A. und B.

264 Vgl. Sachverhalt, B. und C.

265 E. 5.

### d) **numerus clausus (?)**

(72) In 5A\_92/2011<sup>266</sup> vom 18.5.2011 lässt das Bundesgericht letztlich wohl die Frage offen, ob es in der Tat einen *numerus clausus* der erbrechtlichen Klagen gibt; vielmehr beschränkt es sich auf die Feststellung, dass weder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz noch ein richterliches Präjudiz bestehe, aus welchem eine Pflicht des Gerichts zur Qualifizierung einer Klage innerhalb des *numerus clausus* abzuleiten sei.

(73) Entsprechend unterbleibt auch die Qualifizierung des folgenden, von der Vorinstanz zu Recht gutgeheissenen Rechtsbegehrens<sup>267</sup>: «Es sei der Beklagte zu verpflichten, die im Nachlass von A., gest. 6.2.1974, noch nicht getilgte Restanz gemäss partiellem Erbteilungsvertrag [vom] 12.10./2.11.1984 zu tilgen, dem Kläger seinen Anteil von der Hälfte von 13/16 zuzuweisen und ihm unter Abzug des Vorempfangs von CHF 30000.00<sup>268</sup> gemäss Erbvertrag der Eltern der Parteien vom 20.11.1973 den Betrag von CHF 100406.25 innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils zu überweisen.» Ausserdem sei hier darauf hingewiesen, dass die Vorinstanz einen «weiteren» Vorempfang willkürfrei als unbewiesen erachtet hatte, da die Erblasserin in einem ersten, eigenhändigen Testament einen solchen noch erwähnt hatte, aber nicht mehr in einem zweiten, öffentlichen Testament<sup>269</sup>.

### e) **Teilentscheid vs. Vor- oder Zwischenentscheid**

(74) Gerade in erbrechtlichen Verfahren vor Bundesgericht immer wieder heikel ist die Umschreibung der anfechtbaren Entscheide (und damit der Eintretensvoraussetzungen) in den Art. 90–94 BGG (Randtitel: «Endentscheide» [Art. 90], «Teilentscheide» [Art. 91], «Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und den Ausstand» [Art. 92], «Andere Vor- und Zwischenentscheide» [Art. 93] sowie «Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung» [Art. 94]), insbesondere diejenige zwischen Teilentscheiden und (anderen) Vor- und Zwischenentscheiden (mit der Konsequenz bzw. dem Risiko für die [nicht] beschwerdeführende Partei [und ihren Anwalt], dass die [fälschlicherweise erfolgte] Einreichung sogleich, die [fälschlicherweise erfolgte] Nichteinreichung später einen höchstgerichtlichen Nichteintretensentscheid provoziert). Die zwei hier

266 Besprechungen: KINGA M. WEISS, in: *successio* 2013, 51 ff.; GIAN SANDRO GENNA, in: *Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, 12.7.2011.

267 Sachverhalt, A.

268 Welcher eigentlich zunächst zwecks Bildung der Teilungsmasse hätte zum Nachlass hinzugefügt werden müssen; vgl. E. 4.1.3.

269 Vgl. Sachverhalt, A. bzw. E. 4.2.

vorliegenden Verfahren<sup>270</sup> münden beide in einen Nichteintretensentscheid.

(75) In 5A\_883/2010 und 5A\_887/2010<sup>271</sup> vom 18.4.2011 führt das Bundesgericht u.a. aus<sup>272</sup>: «Teilentscheide sind Endentscheide für einen Teil der Begehren oder für einen Teil der Parteien. Unter Herrschaft des Bundesrechtspflegegesetzes von 1943 (OG) hat die Rechtsprechung gerade im Erbrecht die selbstständige Anfechtbarkeit von Entscheiden über einzelne Streitpunkte in weitem Umfang zugelassen ... Die Praxis kann nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes nicht unbesehen weitergeführt werden, zumal Art. 91 BGG insbesondere für die Fälle der objektiven Klagenhäufung (lit. a) den Begriff des Teilentscheids eigenständig umschreibt. Ein Entscheid, der nur einen Teil der gestellten Begehren behandelt, ist nur dann ein anfechtbarer Teilentscheid, wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können. Unabhängigkeit ist zum einen so zu verstehen, dass die gehäuften Begehren auch Gegenstand eines eigenen Prozesses hätten bilden können. Zum anderen erfordert die Unabhängigkeit, dass der angefochtene Entscheid einen Teil des gesamten Prozessgegenstands abschliessend beurteilt, so dass keine Gefahr besteht, dass das Schlussurteil über den verbliebenen Prozessgegenstand im Widerspruch zum bereits rechtskräftig ausgefallenen Teilurteil steht (vgl. BGE 135 III 212 E. 1.2.2 und 1.2.3 S. 217). Die Voraussetzungen dürften bei verbundenen erbrechtlichen Klagen häufig erfüllt sein. So ist das Urteil über die Ungültigkeitsklage im Rahmen des Ungültigkeits- und Herabsetzungsprozesses – wie bis anhin (vgl. BGE 124 III 406 E. 1a S. 409) – als Teilentscheid anfechtbar (Urteil 5A\_12/2009 vom 25. März 2009 E. 1; vgl. für ein ähnliches Beispiel: Urteil 5A\_437/2008<sup>273</sup> vom 23. Februar 2009 E. 1.1: Widerruf einer letztwilligen Verfügung; Urteil 5A\_115/2007<sup>274</sup> vom 31. Oktober 2007 E. 1: Tilgung von Nachlassschulden). Entscheide über blosse Grundsatfragen sind hingegen keine Teilentscheide, sondern als Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG zu betrachten (allgemein: BGE 136 III 165 E. 1.1 S. 170; vgl. für den Entscheid, ob bürgerliches oder bürgerliches Erbrecht anwendbar ist: Urteil

5A\_512/2007 vom 17. April 2008 E. 1.4, nicht veröffentlicht in BGE 134 III 433<sup>275</sup>).» Anschliessend wird ausgeführt<sup>276</sup>: «Ob die beurteilten Begehren auch Gegenstand eines eigenen Prozesses hätten bilden können, hängt davon ab, ob an ihrer Beurteilung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Namentlich mit Bezug auf die Ausgleichungsklage hat die Rechtsprechung festgehalten, dass es zwei aufeinanderfolgende Prozesse, von denen notwendigerweise erst der zweite die Erbteilung herbeizuführen vermag, grundsätzlich zu vermeiden gilt. Eine von der Erbteilungsklage getrennte Behandlung lässt sich rechtfertigen, wenn sich die Parteien in einem Erbteilungsvertrag über die übrigen Streitpunkte geeinigt haben oder nach dem Urteil über die Ausgleichungspflicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einigen vermögen (vgl. BGE 123 III 49 E. 1b S. 52 f.; vgl. Urteil 5C.66/2003<sup>277</sup> vom 24. April 2003 E. 1, wo die Berufungsfähigkeit eines Teilurteils über die Ausgleichungspflicht verneint wird).»

(76) Vor diesem Hintergrund kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die konkret im Streit stehenden Begehren der Kläger und Beschwerdeführer auf Zuweisung von Aktien aus dem Nachlass und auf Ausgleichung lebzeitiger Zuwendungen nicht zum Gegenstand eines selbstständigen Prozesses hätten gemacht werden können, u.a. weil auch bei einer Vorabentscheidung mit grosser Wahrscheinlichkeit keine gütliche Einigung unter den Parteien erwartet werden könne und den Begehren der Kläger und Beschwerdeführer im Falle ihrer Begründetheit ohne eine (bisher aber unterbliebene) Auseinandersetzung mit den Begehren der Beklagten nicht entsprechen werden könnte<sup>278</sup>. Entsprechend ist auch kein beschwerdefähiger Vor- und Zwischenentscheid gegeben<sup>279</sup>; und ebensowenig kann auf das Sub-Eventualbegehren des einen Klägers auf Herabsetzung eingetreten werden<sup>280</sup>: «Zum einen hat die Ausgleichung gegenüber der Herabsetzung den Vorrang (vgl. BGE 126 III 171<sup>281</sup> E. 3a S. 173), so dass sich ein Herabsetzungsbegehren als unzulässig erweist, solange über die Ausgleichungspflicht nicht endgültig entschieden ist. Zum anderen können die angebliche Pflichtteilsverletzung und das bezifferte Herabsetzungsbegehren nicht beurteilt werden, wenn die genaue Höhe des Nachlasses noch nicht festgestellt ist und – wie hier – die Sache zur Bewertung der Stimmrechts- und der Stammaktien an das Bezirksgericht zurückgewiesen wurde (vgl. BGE 121 III 249 E. 2b S. 251).»

270 Vgl. ausserdem noch 5A\_307/2011 und 5A\_310/2011 vom 13.7.2011 (Nachfristansetzung zur Beschwerdeverbesserung in einem Erbteilungsprozess).

271 Besprechung: FRANÇOIS LOGOZ, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 27.1.2012.

272 E. 4.1.

273 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 73 f.

274 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 89 f.

275 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 30 f.

276 E. 4.2.

277 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2005 (siehe Vorbemerkungen), 98.

278 Vgl. E. 4.3.

279 Vgl. E. 5.

280 E. 6.

281 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2001 (siehe Vorbemerkungen), 166.



(77) In 5A\_920/2010 vom 11.3.2011 führt das Bundesgericht aus<sup>282</sup>: «Ein Teilentscheid ist eine Variante des Endentscheids. Mit ihm wird über eines oder einige von mehreren Rechtsbegehren (objektive oder subjektive Klagenhäufung) abschliessend befunden (BGE 134 III 426 E. 1.1 S. 428; 135 III 212 E. 1.2.1 S. 217; ...). Es handelt sich dabei nicht um verschiedene materiell-rechtliche Teilfragen eines Rechtsbegehrens, sondern um verschiedene Rechtsbegehren (BGE 133 V 477 E. 4.1.2 S. 480). Ein Entscheid, der nur einen Teil der gestellten Begehren behandelt, ist jedoch nur dann ein vor Bundesgericht anfechtbarer Teilentscheid, wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können (Art. 91 lit. a BGG), d.h. wenn die gehäuften Begehren auch Gegenstand eines eigenen Prozesses hätten bilden können (BGE 135 III 212 E. 1.2.1 und 1.2.2 S. 217).»

(78) Der Sohn des Erblassers hatte gegen die Ehefrau und die Tochter des Erblassers im Zusammenhang mit einem Ehe- und Erbvertrag zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau sowie einem Testament des Erblassers eine Klage eingereicht; dabei verlangte er<sup>283</sup>: «... die Feststellung der Nichtigkeit des Erbvertrages (Ziff. 1), eventualiter dessen Ungültigkeit (Ziff. 1.1), subeventualiter die Herabsetzung der Enterbung auf das zulässige Mass (Ziff. 1.2), die Feststellung, dass die Beklagten erbunwürdig seien (Ziff. 2), die Feststellung des Nachlasses unter Hinzurechnung der lebzeitigen Zuwendungen (Ziff. 3) und der Anteile am Nachlass (Ziff. 4) sowie dessen Teilung (Ziff. 5); ferner wurde die unentgeltliche Rechtspflege verlangt (Ziff. 6).» Die erste Instanz beschränkte das Verfahren vorläufig auf die Begehren Ziff. 1–1.2 und hiess sodann in einem Zwischenurteil das Begehren Ziff. 1.2 gut, erklärte die verfügte Enterbung für ungültig und setzte diese auf das zulässige Mass herab, worauf die zweite Instanz (Appellationsgericht) auf die von beiden Seiten erhobenen Rechtsmittel nicht eintrat und das Bundesgericht auch auf die Beschwerde in Zivilsachen der Tochter nicht eintritt<sup>284</sup>, u.a. mit folgenden Erwägungen<sup>285</sup>: «Die Argumentationsstränge bezüglich der Begehren Ziff. 1–1.2 und Ziff. 2 überlappen sich und insbesondere sind die Begehren Ziff. 1.1 und 2 eng miteinander verknüpft (siehe E. 5), weshalb nach den zutreffenden Erwägungen des Appellationsgerichts auch die Gefahr sich widersprechender Entscheide bestünde (dazu BGE 135 III 212 E. 1.2.3 S. 217). Demnach liegt mit Bezug auf die Begehren Ziff. 1–1.2 kein Teilentscheid i.S.v. Art. 91 lit. a BGG vor, sondern ein Zwischenentscheid.»

282 E. 4.

283 Sachverhalt, B.

284 Vgl. Sachverhalt, B. und C. sowie Dispositiv Ziff. 1.

285 E. 4 a.E.

## f) Rechtskraft

(79) In 5A\_706/2011<sup>286</sup> vom 21.8.2012 geht es um die formelle und materielle Rechtskraft. Das Bundesgericht führt aus<sup>287</sup>: «*La questione sollevata concerne la vincolatività di una sentenza e la sua esecutività. Una sentenza è definitivamente vincolante quando non ne può più essere richiesto un riesame tramite un rimedio di diritto ordinario (forza di giudicato, «formelle Rechtskraft»); essa vincola le parti, con la conseguenza che non può più essere proposta un'azione identica («materielle Rechtskraft»; ...). L'esecutività di una decisione giudiziaria va usualmente di pari passo con la forza di giudicato: la parte vincente può esigerne l'esecuzione appena essa è cresciuta in giudicato. Così l'introduzione di un appello (rimedio di diritto ordinario) preclude l'esecutività della decisione impugnata (v. ora art. 315 cpv. 1 CPC [RS 272]). Vi sono tuttavia eccezioni: così l'autorità giudiziaria superiore può autorizzare l'esecuzione anticipata di una sentenza presso di lei impugnata (art. 315 cpv. 2 CPC). Viceversa, un appello contro provvedimenti cautelari (art. 308 cpv. 1 lett. b CPC) non sospende l'esecutività dei medesimi (art. 315 cpv. 4 lett. b CPC), a meno che – eccezione all'eccezione – non decida altrimenti l'autorità superiore (art. 315 cpv. 5 CPC).*»

(80) Diese Grundsätze hatten die Vorinstanzen zutreffend dargestellt<sup>288</sup>; umstritten war der Aspekt der «Vollstreckbarkeit» («*esecutività*») einer angeordneten Sicherungsmassregel<sup>289</sup>. Diese betraf den Nachlass eines bereits 1978 in Italien verstorbenen Erblassers mit italienischer Staatszugehörigkeit, nachdem im Jahr 1992 weitere Vermögenswerte zum Vorschein gekommen waren, worauf zwei der drei Töchter gegen die testamentarisch maximal begünstigte Ehefrau vorgingen (in Italien und in der Schweiz)<sup>290</sup>. Die erste Instanz hatte am 8.4.2009 verschiedene Guthaben blockiert und die Gesuchsteller aufgefordert, binnen 60 Tagen in der Hauptsache zu klagen, andernfalls die angeordnete Massnahme dahinfallen werde<sup>291</sup>; dagegen wurde ein Rechtsmittel ergriffen, wogegen die Gesuchsteller opponierten und gleichzeitig ihrerseits ein Anschlussrechtsmittel ergriffen<sup>292</sup>; während dieses Verfahrens liessen die Gesuchsteller die 60-tägige Frist ungenutzt verstreichen, worauf die zweite Instanz das Rechtsmittel zutreffend als gegenstandslos und das Anschlussrechtsmittel als hinfällig erklärte<sup>293</sup>.

286 Besprechung: GIAN SANDRO GENNA, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 18.12.2012.

287 E. 2.2.

288 Vgl. E. 2.3.

289 Vgl. E. 3.

290 Vgl. Sachverhalt, A.a und A.b sowie B.

291 Vgl. Sachverhalt, B. a.E.

292 Vgl. Sachverhalt, C.a.

293 Vgl. Sachverhalt, C.b und C.c sowie D. bzw. E. 7.

**g) Unzuständigkeitseinrede (Rechtsmissbrauch); Feststellungsklage bzw. Teilungsklage und Verantwortlichkeit des (Mit-)Erben**

(81) In 5A\_87/2011<sup>294</sup> vom 23.9.2011 erläutert das Bundesgericht, unter welchen Umständen die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit (vorliegend gestützt auf Art. 17 Abs. 3 des Niederlassungs- und Konsularvertrags zwischen der Schweiz und Italien<sup>295</sup>) rechtsmissbräuchlich erhoben wird<sup>296</sup>: «3.1.1 Aux termes de l'art. 17 al. 3 de la Convention italo-suisse, les contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Italien mort en Suisse, au sujet de sa succession, sont portées devant le juge du dernier domicile que l'Italien avait en Italie. Cette disposition n'est cependant pas impérative; une prorogation de juridiction est toujours possible, même par acceptation tacite (ATF 136 III 461<sup>297</sup> consid. 5.4; ATF 91 III 19 consid. 2b in fine). En cas d'acceptation tacite de compétence, le défendeur ne peut plus contester la compétence du juge saisi du litige lorsqu'il est entré en matière sur le fond sans soulever l'exception d'incompétence (ATF 123 III 35 consid. 3b; 122 III 298 consid. 4; 118 Ib 468 consid. 4a; cf. également arrêt 5C.110/2002 du 4 juillet 2002 consid. 2.2 publié in SJ 2003 I p. 14). Seule importe la volonté du défendeur de procéder au fond; elle ne saurait cependant être admise pour la seule raison qu'actionné devant deux tribunaux, il fait valoir devant l'un que le même litige est déjà en cours devant l'autre, à son avis incompétent (ATF 123 III 35 consid. 3b) ou qu'il a auparavant requis la mainlevée d'une opposition formée par le demandeur au commandement de payer (arrêt 4C.189/2001 du 1<sup>er</sup> février 2002 consid. 6a). 3.1.2 En vertu de l'art. 2 al. 2 CC – qui fait partie de l'ordre public positif directement applicable (ATF 128 III 201 consid. 1c) – l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Le juge possède ainsi le pouvoir de corriger les effets de l'application (formelle) de la loi lorsque celle-ci se heurte aux impératifs (matériels) des intérêts à protéger selon la justice (ATF 134 III 52 consid. 2.1; ...). L'existence d'un abus de droit s'apprécie au regard des circonstances du cas d'espèce, en prenant en considération les divers cas de figure mis en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 134 III 52 consid. 2.1; 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités). Ainsi l'exercice d'un droit peut être abu-

*sif s'il contredit un comportement antérieur, qui avait suscité des attentes légitimes chez l'autre partie (venire contra factum proprium; cf. ATF 130 III 113 consid. 4.2; ...). Dans un procès, les parties peuvent notamment être tentées d'adapter leur argumentation afin de justifier ou de contester les compétences successives des autorités... Le Tribunal fédéral a notamment jugé abusif de la part du demandeur d'exciper du défaut de légitimation passive à l'action reconventionnelle du défendeur alors qu'il admet sa propre légitimation active pour sa demande principale (ATF 108 II 216 consid. 1b) ou d'invoquer, après avoir été débouté, l'incompétence d'une autorité qu'il a lui-même saisie (arrêt 4P.111/2002 du 8 octobre 2002 consid. 2.4).»*

(82) Die 1906 geborene und 2001 im Kanton Genf verstorbene Erblasserin (mit belgischer Staatsangehörigkeit) hatte vier Kinder (drei Töchter und einen Sohn) und zahlreiche Testamente hinterlassen; sie hatte die Kinder zu gleichen Teilen als ihre Erben eingesetzt; der Sohn schlug die Erbschaft für sich und sein Kind aus, zwei der drei Töchter schlugen sie ebenfalls aus; die Tochter A.X. nahm die Erbschaft an, erhielt eine Erbenbescheinigung, liess verschiedene Nachlassgegenstände versteigern und erzielte einen Erlös von £ 1 550 000; in der Folge machten die Kinder der beiden anderen Töchter geltend, sie hätten die Erbschaft nicht ausgeschlagen; am 2.5.2008 reichte A.X. eine Klage gegen ihre Nichten und Neffen ein, auf Feststellung ihrer Alleinerbenstellung, subsidiär auf Feststellung, dass sie, die Klägerin A.X., gutgläubige Besitzerin der versteigerten Nachlassgegenstände gewesen sei und gestützt auf Art. 938 ZGB nicht zur Rückerstattung verhalten werden könne; am 4.2.2010 zog A.X. das Hauptbegehren zurück<sup>298</sup>. Einen Monat zuvor, am 6.1.2010, hatten drei Enkel der Erblasserin eine Erbteilungsklage gegen A.X. angehoben<sup>299</sup>. Da A.X. in ihrer eigenen Feststellungsklage zumindest in ihrem Hauptbegehren eine erbrechtliche Klage angehoben hatte, erweist sich ihre Einrede als rechtsmissbräuchlich<sup>300</sup>; und aus diesem Grund lässt das Bundesgericht auch offen, ob der fragliche Staatsvertrag überhaupt anwendbar wäre oder nicht<sup>301</sup>.

(83) Am gleichen Tag (23.9.2011) betreffend die gleichen Parteien ist 5A\_88/2011<sup>302</sup> ergangen, nachdem die Vorinstanz auf die Feststellungsklage (auf das Eventualbegehren) der A.X. nicht eingetreten war, weil die Klägerin eine Erbteilungsklage hätte anheben können<sup>303</sup>. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass es sich dabei nicht um eine erbrechtliche Klage handle, weshalb Art. 17 Abs. 3 des Staatsvertrags nicht anwendbar sei<sup>304</sup>. Sodann lässt es die Feststellungsklage zu<sup>305</sup>: «En l'espèce, l'action en con-

294 Besprechung: BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, in: *successio* 2012, 288 ff.

295 Vgl. vorn Nr. 3.

296 E. 3.1.

297 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 6 f.

298 Vgl. Sachverhalt, A.

299 Vgl. Sachverhalt, B.

300 Vgl. E. 3.3.

301 Vgl. E. 4.

302 Wie Fn. 294.

303 Vgl. Sachverhalt, A. bis C.

304 Vgl. E. 4.

305 E. 5.2.



statation de droit est recevable, puisque la recourante ne pouvait pas tenter une action condamnatoire pour faire établir qu'elle ne doit pas restituer le produit de la vente aux enchères de Londres en vertu des art. 938 ss CC. En effet, au-delà de la question du partage de la succession de la de cujus avec les intimés – dont elle ne conteste désormais plus la qualité d'héritiers –, la recourante a un intérêt à ce que soit constaté si elle est ou non tenue de restituer à la masse successorale le produit de ladite vente. Contrairement à la jurisprudence citée par la cour cantonale, où la constatation requise concernait l'obligation de rapporter – laquelle relève sans conteste du droit successoral (ATF 123 III 49 consid. 1) –, la recourante fonde son droit sur les seuls droits réels et entend obtenir que soit reconnue sa prétention sur le produit de la vente, qui exclut ses cohéritiers; elle n'agit donc pas en partage (ATF 136 III 123 consid. 4.3.2; 91 II 264 consid. 2). D'ailleurs, le demandeur à une action en constatation de droit ne saurait perdre son intérêt à l'action du seul fait du dépôt d'une action formatrice indépendante déposée par la partie défenderesse; dans de telles circonstances, il serait en revanche expédient de procéder à une jonction de causes afin d'éviter que des jugements contradictoires ne puissent être rendus. C'est donc à tort que la cour cantonale a formellement déclaré irrecevable la demande en constatation formée par la recourante. Cela étant, en considérant que le produit de la vente des biens de la succession était tombé dans la masse successorale par l'effet de la subrogation patrimoniale, la juridiction a en réalité jugé le fond de la cause et a rejeté la demande. Elle a en effet, par sa décision, dénié à la recourante le droit de se prévaloir de sa possession illégitime de bonne foi des biens de la succession pour refuser la restitution du produit de la vente. Il convient dès lors de contrôler si la cour cantonale a correctement appliqué le droit sur ce point.» Entsprechend prüft das Bundesgericht nunmehr zunächst, ob der Veräusserungserlös in die Teilungsmasse gefallen sei<sup>306</sup>. Im Hinblick darauf erläutert es<sup>307</sup>: «La subrogation réelle peut revêtir deux formes. 6.1.1 La première est celle de la subrogation réelle proprement dite ou au sens strict, c'est-à-dire le remplacement d'une chose par une autre comme objet de droit réel déterminé. Elle est ainsi un mode particulier d'acquisition d'un droit réel sur la chose de remplacement, en ce sens que, en dérogation aux règles ordinaires sur l'acquisition du droit réel, la loi prévoit qu'un droit déterminé est acquis du simple fait que le bien de remplacement prend la place du bien détruit ou aliéné...

Cette dérogation aux règles générales ne doit être admise que dans les cas prévus par la loi... 6.1.2 La seconde forme est celle de la subrogation réelle au sens large ou subrogation patrimoniale, c'est-à-dire le remplacement d'une chose par une autre dans un patrimoine: le bien acquis, selon les règles ordinaires, prend dans le patrimoine la place du bien aliéné. La subrogation patrimoniale n'est donc pas un mode particulier d'acquisition d'un bien, mais un mode de répartition des biens acquis entre les divers patrimoines séparés de l'acquéreur... Elle pré suppose donc que l'acquéreur d'un bien soit titulaire de plusieurs patrimoines... La subrogation patrimoniale, comme la subrogation réelle stricto sensu, a lieu de plein droit, indépendamment de la volonté juridique de l'acquéreur, chaque fois que l'acquisition est en relation adéquate avec la diminution ou non-augmentation du patrimoine en cause. Sans cela, le but même de la subrogation patrimoniale, à savoir le maintien de la substance des patrimoines spéciaux, serait compromis, puisqu'il dépendrait de la volonté d'un des intéressés de sauvegarder les intérêts de l'autre ou des autres...» Vorliegend, so das Bundesgericht weiter, habe die Vorinstanz zu Unrecht eine «subrogation patrimoniale» bejaht, aus folgenden Gründen<sup>308</sup>: «6.2.1 Au décès du de cujus, ses droits et obligations passent à ses héritiers qui forment une communauté prenant fin par le partage (art. 602 al. 1 CC). La communauté héréditaire s'étend à l'ensemble des biens extants du de cujus. Ces biens forment le patrimoine commun des héritiers qui est distinct des biens dont chacun d'eux est propriétaire à titre personnel... Les héritiers profitent ensemble des accroissements de ce patrimoine, de même qu'ils supportent ensemble ses réductions. Ils deviennent propriétaires communs des biens acquis en emploi de biens successoraux, conformément aux règles ordinaires sur l'acquisition des choses et des droits (ATF 116 II 259 consid. 4a; 52 II 195, p. 199; cf. cependant ATF 75 II 288 consid. 3; 69 II 357 consid. 8; ...). Si les héritiers remplacent un bien faisant partie de la succession par un autre bien qu'ils acquièrent pour la communauté, il y a ainsi subrogation patrimoniale dans les biens de la succession. L'opération suppose que les hoirs disposent d'un bien à remplacer et d'autres valeurs tirées des biens successoraux pour acquérir un bien de remplacement ou quelque nouveau bien et que ce soit la communauté qui devienne titulaire du nouveau droit acquis... Le emploi exige ainsi la coopération des héritiers selon les règles relatives à l'administration des biens de la communauté héréditaire; or, ils ne sont habilités à disposer qu'en com-

306 Vgl. E. 6 (vor E. 6.1).

307 E. 6.1.

308 E. 6.2.

mun (art. 602 al. 2 CC; ATF 125 III 219<sup>308a</sup>; consid. 1a et les références citées; ...). En conséquence, si un des cohéritiers non habilité à représenter l'hoirie aliène un bien de la succession, le mécanisme de la subrogation patrimoniale n'opère pas, à moins qu'il n'ait agi pour le compte de la communauté et que tous ses membres aient ratifié l'aliénation et l'acquisition... 6.2.2 En l'espèce, les faits, tels qu'ils ressortent de l'arrêt cantonal, ne laissent aucun doute quant à la volonté de la recourante d'aliéner les biens de la succession en son seul nom et pour son propre compte. Elle disposait alors d'un certificat officiel attestant de sa qualité d'unique héritière. Même si un tel certificat ne constitue qu'une pièce de légitimation provisoire pour disposer des biens composant la succession, qui n'a pas pour effet de statuer matériellement et définitivement sur la qualité d'héritier (ATF 128 III 318<sup>309</sup> consid. 2.2.2 et les références citées), la recourante a clairement agi à titre de seule propriétaire des biens mis en vente; peu importe que son droit soit valable ou non. Dans ces circonstances, il n'est pas possible d'admettre qu'elle aurait vendu pour le compte de l'hoirie et que les membres de celle-ci auraient agi en commun, fût-ce par une ratification ultérieure. Il n'y a donc pas eu de subrogation patrimoniale en l'espèce. Les titulaires du patrimoine personnel de l'héritier et de celui de l'hoirie n'étant pas identiques, seule une subrogation réelle au sens strict permettrait qu'un bien acquis par un héritier en son nom et pour son propre compte au moyen d'un bien de l'hoirie dont il est membre, tombe de plein droit dans les biens communs de cette dernière. Or, faute d'une disposition légale à ce sujet (cf. consid. 6.1.1), il ne saurait être dérogé aux règles ordinaires sur l'acquisition des droits réels. En matière successorale, une subrogation réelle au sens strict ne peut en effet intervenir que dans l'hypothèse où l'héritier est habilité à agir en pétition d'hérédité (art. 599 al. 1 CC); cette action n'est cependant pas ouverte entre cohéritiers, lesquels doivent agir en partage (ATF 75 II 288 consid. 3; 69 II 357 consid. 4; cf. cependant ATF 102 II 329 consid. 5c qui semble permettre l'action en pétition d'hérédité entre cohéritiers lorsque la communauté héréditaire a été dissoute et que le défendeur a conservé certains biens qu'il doit encore restituer).» Sodann führt das Bundesgericht aber auch aus, dass A.X. sich gar nicht auf die Bestimmungen der Art. 938 ff. ZGB über die Verantwortlichkeit des Besitzers stützen könne, da sich

308a Vgl. zu dieser Entscheidung EITEL, 2001 (siehe Vorbemerkungen), 166.

309 Vgl. zu dieser Entscheidung EITEL, 2003 (siehe Vorbemerkungen), 103.

ihre Verantwortlichkeit wegen der Veräusserung der Nachlassgegenstände nicht aus sachenrechtlichen, sondern aus erbrechtlichen Bestimmungen ergebe<sup>310</sup>. Und schliesslich lässt es offen, ob A.X. überhaupt ein Feststellungsinteresse habe; es befindet nämlich<sup>311</sup>: «En effet, l'intérêt à l'action est une condition de recevabilité dont le demandeur doit démontrer, pour autant que l'intérêt relève du fait, qu'elle est satisfaite (ATF 123 III 49 consid. 1a). Or, la recourante qui a fondé sa demande sur les seuls droits réels et lui a dénié tout caractère successoral, n'a allégué aucun fait susceptible d'établir son intérêt à une action en constatation de droit de nature successorale. Cela étant, les questions de la restitution du produit de la vente et de la responsabilité de la recourante seront examinées une fois déterminé le droit applicable, dans le cadre de l'action en partage intentée par les intimés et actuellement pendante devant les instances judiciaires du canton de Genève.» Es ist mithin nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht in dieser Sache noch ein weiteres Mal angerufen wird.

#### 4. Erbrechtliche Ämter

##### a) Willensvollstrecker

(84) In 5A\_738/2011 vom 15.5.2012 stellt das Bundesgericht klar, wer allein einen Willensvollstrecker bestimmen kann (bzw. allenfalls «muss»)<sup>312</sup>: «À teneur de l'art. 517 al. 1 CC, le testateur peut, par une disposition testamentaire, charger de l'exécution de ses dernières volontés une ou plusieurs personnes capables d'exercer les droits civils. L'exécuteur testamentaire est ainsi une personne désignée par le de cujus dans son testament pour administrer et exécuter ses dispositions pour cause de mort.... À moins que le de cujus ait désigné un exécuteur de remplacement, l'exécution testamentaire prend fin par la mort de l'exécuteur testamentaire...; la fonction n'est ainsi pas transmissible aux héritiers de celui-ci...»

(85) Die Beschwerdeführerin hatte (bezogen auf einen internationalen Sachverhalt<sup>313</sup>) nicht darzutun vermocht, dass die am 27.8.2008 in Lausanne verstorbene Erblasserin mit dänischer Staatsangehörigkeit eine Vermächtnisnehmerin, welche am 26.9.2010 verstorben war, als Willensvollstreckerin eingesetzt hatte; und erst recht kamen weder deren Alleinerbin noch der Vater derselben als Willensvollstrecker infrage<sup>314</sup>.

310 Vgl. E. 7.3.

311 E. 8.

312 E. 2.2.

313 Vgl. E. 2.1.

314 Vgl. Sachverhalt, A.a und A.b, E. 1.3 a.E. und E. 2 (vor E. 2.1) sowie E. 2.3 f.



(86) In 5A\_713/2011<sup>315</sup> vom 2.2.2012 wird aufgezeigt, wer mit welchen Rechtsbehelfen gegen den Willensvollstrecker vorgehen kann. Das Bundesgericht hält fest<sup>316</sup>: «3.1 *L'exécuteur testamentaire est soumis à la surveillance de l'autorité qui a le pouvoir d'ordonner l'exécution ou d'interdire un acte déterminé et de prendre des mesures disciplinaires (art. 518 CC et art. 595 al. 3 CC par analogie avec l'administrateur officiel; ATF 90 II 376 consid. 3 p. 383 ss; ...), dont la plus grave est la destitution de l'exécuteur testamentaire pour cause d'incapacité ou de violation grossière de ses devoirs... La révocation de l'exécuteur testamentaire a des conséquences majeures sur l'administration future de la succession, l'autorité de surveillance n'ayant pas le pouvoir de nommer un remplaçant à l'exécuteur testamentaire destitué et, faute de désignation d'un exécuteur testamentaire de remplacement par le disposant, les héritiers devant liquider eux-mêmes la succession... 3.2 L'autorité de surveillance n'intervient en principe que sur plainte, laquelle peut être déposée par les héritiers légaux, institués et potentiels, ainsi que par toute personne gratifiée par le disposant d'une libéralité testamentaire... L'héritier, le légataire ou le bénéficiaire qui dépose une plainte doit au surplus être intéressé au point critiqué... En d'autres termes la plainte peut émaner de toute personne participant matériellement à la succession (ATF 90 II 376 consid. 3 p. 383), car on ne peut imposer à ceux qui ont des droits dans une succession le maintien d'un exécuteur testamentaire qui n'est pas à la hauteur de sa tâche ou qui n'y voue pas tous ses soins (ATF 66 II 148 p. 150 s.). Le créancier d'un héritier, de même que l'ex-époux du disposant ne sont notamment pas légitimés à déposer une plainte contre l'exécuteur testamentaire...» Sodann verneint das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation einer auf den Überrest eingesetzten Co-Nachterbin<sup>317</sup>; im Hinblick darauf charakterisiert es die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung und die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest<sup>318</sup>: «La substitution fidéicommissaire d'héritiers (art. 488 ss CC) est une disposition pour cause de mort en vertu de laquelle la succession, ou une part de la succession, est acquise à titre universel par un premier héritier, le grevé, puis, quand se réalise une condition ou quand arrive un terme – soit l'ouverture de la substitution –, elle est transférée à titre universel du grevé à*

*un second héritier, l'appelé... La substitution fidéicommissaire règle ainsi deux dévolutions successives (arrêt 2P.31/2004 du 25 février 2005 consid. 3.2). Tant que le grevé succède directement au disposant, l'appelé est un héritier du testateur sous condition suspensive (ATF 95 II 519 consid. 3 p. 522; ...), c'est-à-dire qu'il ne devient héritier du disposant qu'à l'ouverture de la substitution. Exceptionnellement, l'appelé succède immédiatement au disposant lorsque le grevé meurt avant ce dernier, est indigne ou répudie (art. 492 al. 3 CC); il s'agit alors d'un cas de substitution vulgaire... L'appelé n'a donc aucun droit dans la succession avant le terme fixé par le testateur pour l'ouverture de la substitution...; il ne dispose que d'une expectative successorale et de prérogatives relatives à l'octroi de mesures de sûretés... Cela est d'autant plus vrai lorsque le disposant prévoit une substitution fidéicommissaire sur les biens résiduels (ou «pour le surplus», «auf den Überrest», arrêt 5C.18/1997 du 1<sup>er</sup> décembre 1997 consid. 7a). Bien que non prévue par le Code civil, cette institution est admise par la jurisprudence (ATF 133 III 309<sup>319</sup> consid. 5 p. 310, 100 II 92 p. 93 s.; arrêts 5C.53/2006 du 12 avril 2007 consid. 5.2; 2P.31/2004 précité consid. 3.2). Sa particularité par rapport à la substitution fidéicommissaire ordinaire réside en ce que le grevé n'est pas tenu de maintenir l'existence et la consistance de la succession pour qu'elle parvienne dans la mesure du possible intacte à l'appelé lors de la substitution. Dans la substitution fidéicommissaire sur les biens résiduels, le grevé peut disposer des biens successoraux et entamer le patrimoine reçu, non seulement pour ses besoins de base mais également pour mener une vie plus aisée...; il peut, le cas échéant, épuiser le patrimoine hérité. L'appelé acquerra par conséquent seulement ce qui restera éventuellement de la succession au moment de l'ouverture de la substitution (ATF 102 Ia 418 consid. 3a p. 421, 100 II 92 p. 94) et ne dispose d'aucune action contre l'héritier grevé s'il ne reçoit rien de celui-ci à l'ouverture de la substitution, sous réserve de l'abus de droit du grevé qui aurait dilapidé les biens de la succession ou détruit dolosivement ces biens (art. 2 CC; ATF 100 II 92 p. 95 s.; ...).»*

(87) In 5A\_794/2011<sup>320</sup> vom 16.2.2012 erläutert das Bundesgericht, unter welchen Voraussetzungen die Absetzung eines Willensvollstreckers als «ultima ratio» infrage kommt<sup>321</sup>: «Der Willensvollstre-

315 Besprechungen: MARTIN KARRER, in: successio 2012, 300 ff.; TARKAN GÖKSU, in: Weblaw, Digitaler Rechtssprechungs-Kommentar, 30.4.2012.

316 E. 3.

317 Vgl. E. 4.3.

318 E. 4.2.

319 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 24 f.

320 Besprechungen: MARTIN KARRER, in: successio 2013, 63 ff.; ALEXANDRA HIRT, in: Weblaw, Digitaler Rechtssprechungs-Kommentar, 25.4.2012.

321 E. 3.



cker steht von Gesetzes wegen in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters und damit unter der Aufsicht der Behörde, bei der die Erben gegen die von ihm beabsichtigten oder getroffenen Massregeln Beschwerde zu erheben befugt sind (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB). 3.1 Die Aufsichtsbehörde hat das formelle Vorgehen und die persönliche Eignung des Willensvollstreckers sowie die pflichtgemässe Amtsführung und deren Zweckmässigkeit zu prüfen, die Beurteilung materiell-rechtlicher Fragen, wie etwa der Auslegung der letztwilligen Verfügung, hingegen den Zivilgerichten zu überlassen (vgl. BGE 91 II 52 E. 1 S. 56; seither: Urteile 5P.227/1994 vom 7. September 1994 E. 2 und 5A\_395/2010<sup>322</sup> vom 22. Oktober 2010 E. 3.8). Sie kann einen Willensvollstrecker wegen Unfähigkeit oder grober Pflichtwidrigkeit von seinem Amt abberufen (BGE 90 II 376 E. 3 S. 383; 66 II 148 E. 2 S. 150; ...). Auch im Bereich der Willensvollstreckung gilt als Grundregel, dass Prävention (z.B. Empfehlungen, Weisungen, Ermahnung) vor Sanktion (z.B. Verweis, Absetzung) und mildere vor schärferer Anordnung geht (vgl. Urteil 5P.199/2003<sup>323</sup> vom 12. August 2003 E. 1.2). Eine Amtsentsetzung muss sich als notwendig und verhältnismässig erweisen (vgl. Urteil 5P.529/1994 vom 13. März 1995 E. 8, in: AJP 1996 S. 85 f.). 3.2 Der Willensvollstrecker verfügt über einen Ermessensspielraum hinsichtlich zweckmässiger Massnahmen zur Ausübung seines Amtes. Das Bundesgericht hat sich bei der Überprüfung der Ermessensbetätigung des Willensvollstreckers Zurückhaltung aufzuerlegen. Es ist auf Rechtskontrolle beschränkt (Art. 95 BGG) und kann somit erst bei Rechtsfehlern eingreifen, insbesondere wenn das Ermessen überschritten oder missbraucht wurde, d.h. wenn sich der Willensvollstrecker Ermessen anmass, wo ihm gar keines zukommt, wenn er sich auf Gesichtspunkte stützt, die keine Rolle spielen dürfen, oder wenn er rechtserhebliche Umstände ausser Acht lässt. Zu korrigieren sind auch Entscheide, die im Ergebnis stossend ungerecht sind (Urteil 5A\_395/2010 vom 22. Oktober 2010 E. 3.12, ...). 3.3 Fehlende «persönliche Eignung» führt zur Absetzung, wenn das Verhalten eines Willensvollstreckers, einen Tatbestand der Erbunwürdigkeit erfüllt (vgl. BGE 132 III 305<sup>324</sup> E. 6.5 S. 315), wenn ein Willensvollstrecker mangels fachlicher Kenntnisse unfähig

ist, sein Amt persönlich wahrzunehmen (vgl. Urteil 5P.65/1994 vom 9. Mai 1994 E. 3), oder wenn ein Willensvollstrecker sich als vertrauensunwürdig erweist, sei es, dass er finanzielle Mittel aus dem Nachlass eigenmächtig seinem eigenen Konto gutschreibt, statt die Gelder zinsbringend auf einem Konto der Erblasserin anzulegen (vgl. Urteil 5P.190/1993 vom 17. August 1993), oder sei es, dass er sonstige «Mischgeschäfte» (z.B. einen Überbrückungskredit an Dritte) tätigt und sein Privatvermögen vom Nachlass nicht klar abgrenzt (vgl. Urteil 5P.439/1993 vom 14. November 1994 E. 7). Der Verlust der Vertrauenswürdigkeit ist häufig auf Interessenkollisionen des Willensvollstreckers zurückzuführen, die ihrerseits die Ursache für schwere Pflichtverletzungen sein können. In diesen Zusammenhang gehören Fälle, in denen der Willensvollstrecker aufgrund seiner engen Beziehung zu einzelnen Erben oder interessierten Drittpersonen seine Rechenschafts- und Informationspflicht vernachlässigt (vgl. Urteil 5P.83/1988 vom 2. September 1988 E. 3) oder in denen der Willensvollstrecker mit dem Erblasser selbst derart verbunden ist, dass er die behördliche Ermittlung der Erben behindert und die Erbberechtigung der mutmasslichen Alleinerbin bestreitet, dass er einen erblasserischen Willen vollstreckt, der offenkundig in formrichtiger letztwilliger Verfügung nicht enthalten ist, und dass er vor diesem Hintergrund im Ausland gelegene Vermögenswerte nicht in das Nachlassinventar aufnimmt und seine Informationspflichten gegenüber der mutmasslichen Alleinerbin verletzt (vgl. Urteil 5P.227/1994 vom 7. September 1994 E. 3, 5 und 6).»

(88) Der Willensvollstrecker im konkret vorliegenden Nachlass hatte das Bundesgericht bereits in der vergangenen Berichtsperiode beschäftigt<sup>325</sup>. Im vorliegenden Fall rügt das Bundesgericht im Anschluss an die Vorinstanz u.a.: Der Willensvollstrecker argumentiere widersprüchlich<sup>326</sup> sowie in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht unzutreffend<sup>327</sup> und habe grundlos mit der Vollstreckung zugewartet<sup>328</sup>; damit habe er seine Pflichten verletzt<sup>329</sup>. Zudem habe er sich um der Gewährung persönlicher Vorteile willen der Vollstreckung des letzten Willens der Erblasserin widersetzt (indem er für sein Einlenken den Rückzug der Aufsichtsbeschwerde, den Verzicht auf die Geltendmachung von Forderungen und eine Saldoerklärung verlangt habe); es sei daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dies als mit der Stellung eines Willensvollstreckers unvereinbar betrachtet und seine Vertrauenswürdigkeit als beeinträchtigt angesehen habe<sup>330</sup>.

322 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 56 f.

323 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2005 (siehe Vorbemerkungen), 98.

324 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 10 f.

325 Vgl. 5A\_495/2010 vom 10.1.2011.

326 Vgl. E. 4.7.1.

327 Vgl. E. 4.7.2.

328 Vgl. E. 4.7.3.

329 Vgl. E. 8.

330 Vgl. E. 5.2 f.



(89) «Trotz» Art. 554 Abs. 2 ZGB ist es sodann nicht ausgeschlossen, dass eine Erbschaftsverwaltung angeordnet und der Willensvollstrecker nicht als Erbschaftsverwalter eingesetzt wird (5A\_725/2010 vom 12.5.2011<sup>331</sup>). Dass ein Willensvollstrecker indessen nicht leichthin abgesetzt wird, zeigt 5A\_414/2012<sup>332</sup> vom 19.10.2012 über eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker in einem Nachlass, dessen einer Erbe verstorben war, worauf in dessen Nachlass ebenfalls ein Willensvollstrecker amtierte, welcher die Beschwerde erhob (hernach erwies sich überdies, dass die Vorinstanz, wie sie im Rechtsmittelverfahren einräumte, dem «obsiegenden» Willensvollstrecker zu Unrecht keine Parteientschädigung zugesprochen hatte<sup>333</sup>)<sup>334</sup>.

(90) Die beiden Vorinstanzen hatten unterschiedlich entschieden<sup>335</sup>. Das Bundesgericht hält u.a. fest: Der Vorwurf des Interessenkonflikts sei im Rahmen eines Ungültigkeitsprozesses und nicht eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens zu klären<sup>336</sup>; der Willensvollstrecker war im Rückstand mit der Inventarerrichtung und mit der Kontaktaufnahme mit den Banken sowie der Rechenschaftsablage, erledigte diese Pendenzen aber während des laufenden Verfahrens<sup>337</sup>.

(91) Von Aufsichtsbeschwerdeverfahren zu unterscheiden sind ordentliche Zivilprozesse, in denen es, wie in BGE 138 III 449<sup>338</sup>, um Vergütungsansprüche des Willensvollstreckers geht oder um Schadenersatzansprüche gegen den Willensvollstrecker, wie in 5A\_111/2011<sup>339</sup> vom 20.4.2011. Mit Blick auf den Eintritt eines Schadens zufolge nicht unverzüglicher Einziehung fälliger Guthaben durch den Willensvollstrecker hatte die Vorinstanz dem Bundesgericht zufolge erwogen<sup>340</sup>: «Werde einem Willensvollstrecker eine Unterlassung vorgeworfen, sei zu prüfen, ob nach hypothetischer Annahme des Richters der Schaden bei pflichtgemäsem Handeln nicht eingetreten wäre. Für diese Beurteilung des hypothetischen Kausalzusammenhangs gelte das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.» In der Folge wurde die Haftbarkeit des von den Erben eingeklagten Willensvollstreckers bejaht, und dieser dringt mit seiner Rüge der Ver-

letzung von Art. 518 ZGB sowie der Art. 97 und 398 OR (die nur im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde behandelt wird) vor Bundesgericht nicht durch<sup>341</sup>.

(92) *In concreto* hatte der Willensvollstrecker es versäumt beim Arbeitgeber des Erblassers die Auszahlung einer variablen Erfolgsbeteiligung (eines Bonus) zu verlangen, bevor der Arbeitgeber überschuldet war und es zu einem Nachlassverfahren kam; die Nachlassdividende betrug dann 20%, sodass für die Erben ein Ausfall bzw. ein Schaden in Höhe von CHF 23838.50 resultierte<sup>342</sup>.

### b) Weitere

(93) Inhaber weiterer erbrechtlicher Ämter sind der Erbschaftsverwalter (Art. 554 f. ZGB), der amtliche Erbschaftsverwalter bzw. Liquidator (Art. 595 ZGB) und der Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB). Da deren Einsetzung als vorsorgliche Massnahme gilt, sind die Beschwerdegründe eingeschränkt und die Anforderungen an die Beschwerdebegründung erhöht. So führt das Bundesgericht in 5A\_121/2012<sup>343</sup> vom 16.4.2012 aus<sup>344</sup>: «Bei der Einsetzung eines Erbenvertreter – und a fortiori auch bei der Anordnung einer vorübergehenden Vermögensverwaltung im Sinn von Art. 393 ZGB infolge Vakanz beim Erbenvertretermandat – handelt es sich um eine Sicherungsmassregel und damit um eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG, weil es dabei um die Gewährleistung einer geordneten Erledigung laufender Angelegenheiten während einer beschränkten Zeit (bis zur Teilung der Erbschaft) geht (Urteile 5A\_787/2008<sup>345</sup> vom 22. Januar 2009 E. 1.1; 5D\_133/2010<sup>346</sup> vom 12. Januar 2011 E. 1.1). Bei solchen Massnahmen kann lediglich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (vgl. Art. 98 BGG), so wie es auch bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde der Fall wäre (vgl. Art. 116 BGG). Im Zusammenhang mit der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 98 i.V.m. 106 Abs. 2 BGG), wonach das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten

331 Vgl. hinten Nrn. 95 f.

332 Besprechungen: MARTIN KARRER, in: *successio* 2013, 236 ff.; TARKAN GÖKSU, in: *Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, 15.1.2013.

333 Vgl. 5A\_399/2012 vom 3.12.2012.

334 Vgl. auch den Nichteintretensentscheid 5A\_750/2012 vom 14.1.2013.

335 Vgl. Sachverhalt, B. sowie E. 3.

336 Vgl. E. 4.3.

337 Vgl. E. 8.3.2.

338 Vgl. vorn Nrn. 7 f.

339 Besprechung: DANIEL ABT, in: *Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, 29.6.2011.

340 E. 2.1.2.

341 Vgl. nur E. 2.2 und E. 3.

342 Vgl. E. 2.1.

343 Besprechung: GIAN SANDRO GENNA, in: *Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, 4.6.2012.

344 E. 1.

345 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 105.

346 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 88 f.

werden, soweit appellatorische Ausführungen gemacht werden oder direkt die Anwendung von Gesetzesrecht kritisiert wird. Zulässig sind demgegenüber die im Folgenden zu beurteilenden Gehörsrügen (Art. 29 Abs. 2 BV) und ferner die Willkürzüge (Art. 9 BV).»

(94) Die Erblasserin war am 26.2.2004 verstorben und hinterliess als gesetzliche Erben den Ehemann sowie die fünf gemeinsamen Kinder; auf Antrag eines Kindes wurde am 31.1.2005 rechtskräftig ein Erbenvertreter eingesetzt<sup>347</sup>. Nachdem dieser sein Mandat niedergelegt hatte, wurde die Erbenvertretung am 24.11.2008 aufgehoben; dagegen reichten drei Kinder mit Erfolg ein Rechtsmittel ein, worauf der Nachlass am 20.1.2009 superprovisorisch vorübergehend unter vormundschaftliche Verwaltung gestellt wurde und am 16.3.2009 auf den 1.1.2010 ein neuer Erbenvertreter eingesetzt werden konnte<sup>348</sup>. Der Ehemann versuchte in der Folge erfolglos, den Zustand gemäss dem Entscheid vom 24.11.2008 herbeizuführen<sup>349</sup>.

(95) In 5A\_725/2010<sup>350</sup> vom 12.5.2011 geht es demgegenüber um einen internationalen Sachverhalt und die Einsetzung eines Erbschaftsverwalters. Wiederrum führt das Bundesgericht zunächst aus<sup>351</sup>: «*La présente affaire se rapporte à la compétence internationale pour ordonner l'administration d'office d'une succession, mesure qui est de nature provisionnelle selon l'art. 98 LTF (arrêts 5A\_502/2008<sup>352</sup> du 4 mars 2009 consid. 1.2; 5A\_758/2007<sup>353</sup> du 3 juin 2008 [administration d'office au sens de l'art. 490 al. 3 CC]; cf. aussi: arrêt 5A\_787/2008<sup>354</sup> consid. 1.1 [désignation d'un représentant de la communauté héréditaire au sens de l'art. 602 al. 3 CC]). Il s'ensuit – ce que paraissent méconnaître les recourants – que le Tribunal fédéral ne peut examiner l'application des art. 20 et 86 LDIP que sous l'angle de l'arbitraire (arrêts 5A\_754/2009 précité consid. 1.2; 5A\_171/2010<sup>355</sup> du 19 avril 2010 consid. 2.2).*» Anschliessend wendet das Bundesgericht sich der Voraussetzung des Wohnsitzes zu (vgl. dazu auch 5A\_270/2012 vom 24.9.2012<sup>356</sup>)<sup>357</sup>: «*Con-*

*formément à l'art. 86 al. 1 LDIP, la compétence pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux appartient aux autorités judiciaires ou administratives suisses du dernier domicile du défunt. En vertu de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, qui repose sur les mêmes critères que l'art. 23 al. 1 CC (ATF 119 II 167 consid. 2b et les références), une personne physique a son domicile dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir. Le lieu où une personne réside et – ce qui est litigieux dans le cas présent – son intention de s'y établir constituent des questions de fait dont la solution lie le Tribunal fédéral (ATF 136 II 405 consid. 4.3 et les citations).*» Sodann hält das Bundesgericht den Beschwerdeführern vor<sup>358</sup>: «*À toutes fins utiles, il faut néanmoins relever que l'argumentation des recourants se fonde sur des prémisses juridiques erronées. En instance cantonale, ils avaient expressément invoqué l'art. 24 al. 1 CC, en vertu duquel une personne conserve son domicile (i.e. aux États-Unis) aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau (i.e. en Suisse); or, dans les rapports internationaux (cf. art. 1er al. 1 LDIP), l'art. 24 CC ne s'applique pas (art. 20 al. 2 in fine LDIP; ATF 119 II 64 consid. 2a/aa et 167 consid. 2b). De surcroît, les motifs sur lesquels repose l'intention de s'établir ne sont pas déterminants...; aussi celle-ci peut-elle être dictée par la force des circonstances*» (ATF 127 V 237 consid. 2c; 133 V 309 consid. 3.1).» Und schliesslich befindet das Bundesgericht<sup>359</sup>: «*Lorsque le de cuius a désigné un exécuteur testamentaire (art. 517 al. 1 CC), l'autorité compétente peut provoquer l'entrée en fonction de celui-ci sans ordonner d'administration d'office; elle peut également, si elle a décidé d'instaurer pareille mesure (cf. supra, consid. 5.2), confier celle-ci à l'exécuteur testamentaire conformément à l'art. 554 al. 2 CC... Aux termes de l'art. 554 al. 2 CC, s'il y a un exécuteur testamentaire désigné, l'administration de l'hérité lui est remise. Selon le Tribunal fédéral, l'exécuteur testamentaire n'a pas automatiquement la qualité d'administrateur, car, si les conditions d'une administration d'office sont réalisées, encore faut-il qu'il soit désigné à cette fonction par l'autorité compétente (ATF 42 II 339 consid. 3; ...). Malgré les termes absolus de la loi, l'autorité compétente peut désigner une autre personne que l'exécuteur testamentaire lorsque celui-ci n'a pas les qualités requises pour administrer la succession (ATF 98 II 276 consid. 4 et la doctrine citée). À cet égard, l'existence d'un conflit objectif d'intérêts s'oppose à ce qu'un exécuteur testamentaire soit dé-*

347 Vgl. Sachverhalt, A.

348 Vgl. Sachverhalt, B.

349 Vgl. nur Sachverhalt, C. und D. sowie E. 4.

350 Besprechungen: MARTIN KARRER, in: *successio* 2013, 63 ff.; FRANÇOIS LOGOZ, in: *Weblaw, Digitaler Rechtssprechungs-Kommentar*, 27.1.2012.

351 E. 1.3.

352 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 103.

353 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 71 f.

354 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 105.

355 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 97 f.

356 Vgl. vorn Nrn. 65 f.

357 E. 2.1.

358 E. 4.2.

359 E. 5.3.



*signé comme administrateur d'office; cette situation se présente, notamment, lorsque celui-là revêt au surplus la position d'héritier (ou de légataire)...»*

(96) Die Beschwerdeführer machten erfolglos geltend, die Erblasserin J., mit französischer und amerikanischer Staatsangehörigkeit, geboren am 14.8.1912 in Frankreich und verstorben am 18.1.2010 in N. (Kanton Genf), habe ihren letzten Wohnsitz nicht in der Schweiz, sondern in den USA gehabt; ebenso verlangten sie eventualiter erfolglos die Ernennung des Willensvollstreckers zum Erbschaftsverwalter<sup>360</sup>. Die Vorinstanz hatte u.a. zutreffend erwogen<sup>361</sup>: *«L'autorité précédente a retenu que feu J. était domiciliée en Floride (USA) chez sa nièce L. jusqu'en 2003. Cette année-là, les intéressées ont entrepris un voyage qui les a conduites à Genève. Le 15 août 2003, alors qu'elle s'appretait à repartir aux États-Unis avec sa nièce, J. s'est fracturé le col du fémur, ce qui a entraîné son immobilisation jusqu'au 13 octobre 2003. Son état de santé l'empêchant de retourner aux États-Unis, elle a emménagé dans un appartement dont elle était propriétaire à N.; elle n'a plus quitté ce logement jusqu'à son décès en 2010. Certes, on ne peut parler d'un abandon de domicile puisque l'appartement qui constituait son domicile américain a été vendu par les héritiers de sa nièce sans qu'elle ait été consultée; il n'en demeure pas moins que, à partir de la vente de cet appartement, elle était dans l'impossibilité de retourner vivre dans son ancien domicile. En outre, on ne saurait admettre que le domicile de son petit-neveu, B., se substituait à son ancien domicile américain; en effet, le prénommé a expressément admis que la défunte n'utilisait son adresse personnelle qu'en guise de boîte aux lettres, et il n'a pas été rendu vraisemblable qu'elle aurait manifesté l'intention de s'installer chez son petit-neveu. S'agissant de ses intérêts matériels, la défunte ne possédait qu'un «dépôt» aux États-Unis, alors qu'elle était propriétaire de deux appartements en France et d'un autre à N.; elle possédait, de surcroît, des «intérêts financiers» dans des sociétés françaises. Partant, on ne peut affirmer que ses intérêts économiques étaient principalement situés aux États-Unis. Enfin, l'intéressée n'avait plus de relations avec ses deux fils depuis plusieurs années, au point de vouloir les exhériter au profit de tiers, sans avoir entretenu, pour autant, des rapports plus étroits avec sa «lointaine famille américaine» pendant ces dernières années.»*

## 5. Sicherungsmassregeln

(97) Die «klassischen» Sicherungsmassregeln (darunter die soeben unter den erbrechtlichen Ämtern behandelte Erbschaftsverwaltung) sind in den Art. 551 ff. ZGB aufgeführt. Dementsprechend befindet das Bundesgericht auch in 5A\_686/2011 vom 28.11.2011<sup>362</sup>: *«Das gemäss Art. 553 ZGB erstellte Inventar<sup>363</sup> hat lediglich Sicherungs- bzw. Beweisfunktion und ist inhaltlich jederzeit abänderbar. Vor diesem Hintergrund ist eine Inventaraufnahme*

nach Art. 553 ZGB als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG zu qualifizieren. Dies gilt sowohl für einen anordnenden wie auch für einen (im Anschluss an den Vollzug) genehmigenden Entscheid, wie er vorliegend angefochten ist (vgl. Urteil 5A\_169/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.4 betreffend Inventaraufnahme gemäss Art. 318 Abs. 2 ZGB). 3. Im Rahmen von Art. 98 BGG kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Zur Anwendung gelangt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG)...»

(98) Die Anwendung dieser Grundsätze mündet in einen Nichteintretensentscheid des Bundesgerichts<sup>364</sup>. Der Beschwerdeführer hatte bei der zweiten Instanz erfolglos die Verweigerung der Genehmigung des Inventars durch die erste Instanz verbunden mit der Rückweisung an, eventualiter Neuaufnahme durch den zuständigen Gemeinderat verlangt<sup>365</sup>.

(99) In 5A\_255/2011<sup>366</sup> vom 13.9.2011 geht es in einem weiteren internationalen Sachverhalt um die örtliche Zuständigkeit für die Eröffnung eines Testaments und die Ausstellung einer Erbenbescheinigung sowie um die Einziehung einer Erbenbescheinigung. Zwei Ehegatten, beide libanesischer und brasilianischer Staatsangehörigkeit und Eltern zweier gemeinsamer Kinder, waren am 8.3.2002 in Brasilien eines gewaltsamen Todes gestorben<sup>367</sup>. In der Folge wurde der Grossvater mütterlicherseits in Brasilien als Vormund und Erbschaftsverwalter ernannt; nachdem die brasilianischen Behörden erklärt hatten, sich nicht um die in der Schweiz gelegenen Gegenstände zu kümmern, stellte ein Genfer Notar am 19.8.2004 eine Erbenbescheinigung aus<sup>368</sup>. Im Libanon verlangten die Grossmutter väterlicherseits und ein Bruder des Ehemannes, welche überdies als Vormünder der Kinder ernannt worden waren, die Umsetzung eines Testaments, worin der Erblasser seine Mutter als einzige Erbin aller ausserhalb Brasiliens gelegener Gegenstände eingesetzt hatte<sup>369</sup>. Mutter (in der Folge ihre Erben) und Bruder des Ehemannes verlangten am 4.10.2005 (und in den nächsten Instanzen erfolglos) die Eröffnung dieses Testaments, die Annullierung der Erbenbescheinigung und die Ausstellung einer testamentskonformen Erbenbescheinigung<sup>370</sup>. Das Bundesgericht führt zunächst aus<sup>371</sup>: *«En effet, le*

360 Vgl. Sachverhalt, A.a und A.b sowie C. und E. 6.

361 E. 4 (vor E. 4.1).

362 E. 2 f.

363 Vgl. auch vorn Nrn. 50 f.

364 Vgl. E. 4.

365 Vgl. Sachverhalt, A. a.E. und B.

366 Besprechungen: MARTIN KARRER, in: *successio* 2012, 113 ff.; DELPHINE PANNATIER KESSLER, in: *Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar*, 6.12.2011.

367 Vgl. Sachverhalt, A.a.

368 Vgl. Sachverhalt, A.b.

369 Vgl. Sachverhalt, A.c.

370 Vgl. Sachverhalt, B. und C. sowie E. 7.

371 E. 1.2.

prononcé refusant l'ouverture d'un testament en Suisse ainsi que l'annulation du certificat d'héritier et la délivrance d'un nouveau certificat conforme audit testament statue sur des mesures de sûreté visant uniquement à assurer la conservation et la gestion des biens de la succession, sans préjuger la question de l'existence des droits que les parties intéressées pourraient avoir sur ces biens (ATF 128 III 318<sup>372</sup> consid. 2); il constitue ainsi une décision de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF qui ne peut être attaquée que pour violation des droits constitutionnels (arrêt 5A\_495/2010<sup>373</sup> du 10 janvier 2011 consid. 1.2; arrêt 5A\_754/2009 du 28 juin 2010 consid. 1.2).» Ferner hält das Bundesgericht fest (betreffend die fehlende Zuständigkeit zur Testamentseröffnung und zur Ausstellung einer entsprechenden Erbenbescheinigung<sup>374</sup>)<sup>375</sup>: «En vertu de l'art. 88 al. 1 LDIP, si un étranger, domicilié à l'étranger à son décès, laisse des biens en Suisse, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu de situation sont compétentes pour régler la part de succession sise en Suisse dans la mesure où les autorités étrangères ne s'en occupent pas. Les motifs d'inaction de l'autorité étrangère peuvent être de nature juridique ou purement factuelle... Le motif d'inaction est de nature juridique lorsque l'autorité du pays du domicile n'est compétente que pour des biens situés sur son territoire; cette question est résolue par le droit que désignent les règles de droit international privé du dernier domicile du défunt (art. 91 al. 1 LDIP; arrêt 5A\_754/2009 du 28 juin 2010 consid. 3.1; ...). Les motifs sont factuels lorsque les autorités étrangères seraient certes compétentes d'après leur droit, mais en fait restent inactives, alors que les parties ont entrepris les démarches nécessaires, le cas échéant, conformément au droit applicable dans cet État: elles ont par exemple requis la délivrance d'un certificat d'héritier ou l'établissement d'un inventaire, intenté une action en réduction ou en partage (arrêt 5A\_171/2010<sup>376</sup> du 19 avril 2010 consid. 4.3; ...).» Und weiter führt das Bundesgericht aus<sup>377</sup>: «S'agissant de la requête tendant à l'annulation du certificat d'héritier établi en faveur des intimées, il ne saurait y être donné suite, indépendamment de la question de la compétence des autorités suisses qui peut demeurer indécise sur

ce point. En effet, la procédure d'établissement du certificat d'héritier n'a pas pour objet de statuer matériellement et définitivement sur la qualité d'héritier (ATF 128 III 318 consid. 2.2.2 et les références citées; ...). L'interprétation définitive des dispositions pour cause de mort, de même que la question qui y est liée de savoir si une personne possède ou non la qualité d'héritier, relève de la compétence du juge ordinaire et non de celle de l'autorité chargée de délivrer le certificat d'héritier (arrêt 5A\_495/2010 du 10 janvier 2011 consid. 2.3.2). Celle-ci peut cependant annuler un certificat d'héritier s'il se révèle par la suite matériellement erroné (arrêt 5P.15/2005<sup>378</sup> du 7 mars 2005 consid. 3; ...).»

(100) In 5A\_344/2012 vom 18.9.2012, wiederum mit einem internationalen Sachverhalt, geht es um die Anerkennung eines «acte d'hoirie»<sup>379</sup>. Dieser war am 5.5.2007 von einem Familiengericht in Ägypten ausgestellt worden und betraf den Nachlass eines Erblassers islamischen Glaubens mit ägyptischer Staatsangehörigkeit, geboren 1940 und verstorben 2007 in Paris (offenbar Intestaterbfolge); er hinterliess weder Nachkommen noch Vorfahren, sondern einzig Geschwister und eine Ehefrau christlichen Glaubens, welche er am 6.5.1980 nach ägyptischem und Scharia-Recht geheiratet hatte<sup>380</sup>. Das Bundesgericht hält fest<sup>381</sup>: «Selon l'art. 29 al. 1 let. a et b LDIP, la requête en reconnaissance ou en exécution sera accompagnée d'une expédition complète et authentique de la décision et d'une attestation constatant que celle-ci n'est plus susceptible de recours ordinaire ou qu'elle est définitive. Selon la jurisprudence, il convient d'éviter tout formalisme excessif dans l'application de cette disposition. Les exigences visées ont pour seul but de fournir, par un moyen de preuve formel, la certitude que la décision est authentique et qu'elle a acquis force de chose jugée; leur absence n'entraîne toutefois pas le refus de l'exequatur, si l'authenticité de la décision et le fait qu'elle est passée en force ne sont pas contestés ou ressortent des autres pièces du dossier (arrêt 5P.353/1991 du 24 avril 1992 consid. 3c non publié aux ATF 118 Ia 118; s'agissant de l'art. IV ch. 1 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 [RS 0.277.12], cf. arrêt 5A\_427/2011 du 10 octobre 2011 consid. 5 in SJ 2012 I p. 81; arrêt 4P.173/2003 du 8 décembre 2003 consid. 2).»

372 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2003 (siehe Vorbemerkungen), 103.

373 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 101 f.

374 Vgl. E. 4.3.

375 E. 4.1.

376 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 97 f.

377 E. 5.

378 Recte: 5P.17/2005; vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 62 f.

379 Vgl. Sachverhalt, A.b und B.a.

380 Vgl. Sachverhalt, A.a. und A.b.

381 E. 4.3.



(101) Die Vorinstanzen hatten argumentiert, dass auf das Gesuch nicht eingetreten werden könne, weil der «*acte d'hoirie*» weder im Original eingereicht worden war noch versehen mit einer Rechtskraftbescheinigung<sup>382</sup>. In der Tat hatten die Gesuchsteller in der ersten Instanz lediglich eine Kopie vorgelegt, in der zweiten dagegen das Original, mit Übersetzung sowie Beglaubigungen derselben<sup>383</sup>. Das Bundesgericht hebt den angefochtenen Entscheid wegen überspitztem Formalismus auf<sup>384</sup>. Im «*acte d'hoirie*» war der Übergang des Nachlasses auf die fünf Geschwister des Erblassers als dessen einzige gesetzliche Erben festgestellt worden; die Ehefrau war im Verfahren nicht beteiligt, und im «*acte d'hoirie*» wurde auch nicht festgehalten, dass der Erblasser verheiratet war<sup>385</sup>. Französische Gerichte hatten sie als einzige Erbin des ganzen Nachlasses bezeichnet, deutsche sie einerseits und die Geschwister des Erblassers andererseits als Erben zu je 50%<sup>386</sup> (nach schweizerischem Recht wäre das Verhältnis somit 75% zu 25% gewesen; Art. 458 und 462 Ziff. 2 ZGB).

(102) Am Rande sei sodann verwiesen auf 1B\_269/2012 vom 5.6.2012, betreffend eine staatsanwaltschaftliche Nichtanhandnahmeverfügung nach einer Strafanzeige gegen Gemeindeorgane, welche beim zuständigen Gericht einzig das Testament des Erblassers eingereicht hatten, nicht aber den von ihm mit der Ehefrau abgeschlossenen Ehevertrag<sup>387</sup>; die Vorinstanz war auf das dagegen eingereichte Rechtsmittel wegen fehlender Beschwerdelegitimation des Anzeigestellers nicht eingetreten<sup>388</sup>. Das Bundesgericht befindet<sup>389</sup>: «2.2 ... Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Bekanntmachung nach Art. 556 ZGB dazu dient, Kenntnis darüber zu erhalten, wer Erbe ist. Um die Grösse der Erbanteile geht es dabei noch nicht. Für die Frage der Erbenstellung ist der Ehevertrag jedoch belanglos. Nach herrschender Auffassung besteht denn auch keine bundesrechtliche Pflicht zur Einreichung von Eheverträgen... Es verletzt demnach Bundesrecht nicht, wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, der Beschwerdeführer sei nicht beschwert, weil der Ehevertrag nicht weitergeleitet wurde. 2.3 Im Übrigen begründete die Vorinstanz ihren Entscheid subsidiär mit der materiellen Argumentation, die Beschwerde wäre abzuweisen, falls darauf einzutreten sei. In der Tat ist der objektive Tatbestand von Art. 254 Abs. 1 StGB, wonach durch das Nichtweiterleiten des Ehevertrages eine Urkunde hätte beschädigt, vernichtet, beiseitegeschafft oder entwendet werden müssen, offensicht-

lich nicht erfüllt. Überdies ist überhaupt nicht ersichtlich, dass die vom Beschwerdeführer angezeigten Behördenmitglieder von der Absicht, jemanden am Vermögen oder an andern Rechten zu schädigen oder sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, geleitet gewesen wären, wie es zusätzliches Tatbestandsmerkmal von Art. 254 Abs. 1 StGB ist.»

## 6. Varia

### a) Enterbung<sup>390</sup>

(103) 5A\_370/2011<sup>391</sup> vom 5.9.2011 gehört zu den wenigen Entscheiden, in welchen sich eine Enterbung als durchsetzbar erwiesen hat<sup>392</sup>. Er zeigt zudem exemplarisch die Tragweite von Art. 120 Abs. 2 ZGB auf, aus welchem abgeleitet wird, dass erbrechtliche Ansprüche von Ehegatten erst mit Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils entfallen. Und schliesslich ist dem Entscheid zu entnehmen, dass eine Enterbung nicht auch zur Aufhebung güterrechtlicher Ansprüche des Ehegatten führt.

(104) Der Erblasser hatte (u.a.) seine Ehefrau enterbt, «wegen schwerer Drohung, mehrfachem Unterlassen der Nothilfe und massiver Vernachlässigung der ehelichen ... Unterstützungspflichten»<sup>393</sup>. Die erste Instanz hatte eine rechtmässige Enterbung gestützt auf Art. 477 Ziff. 2 ZGB bejaht<sup>394</sup>, und gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts hatte die Vorinstanz ihren Entscheid, hauptsächlich im Anschluss an Erwägungen der ersten Instanz, auf folgende Tatsachen gestützt<sup>395</sup>: «Der Erblasser wurde Ende 1990 wegen einer Krebsgeschwulst im Mundrachenraum (Oropharynxkarzinom) operiert und war seither auf eine sog. Trachealkanüle angewiesen, die regelmässig und sorgfältig gewechselt werden musste. Am 16. April 2007 wurde der Erblasser notfallmässig in das Kantonsspital Luzern eingeliefert, da er grösste Schwierigkeiten bei der Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme gehabt habe. Es sei der Beschwerdeführerin bewusst gewesen, dass sich der Erblasser über drei Wochen vor der

382 Vgl. Sachverhalt, B.

383 Vgl. E. 4.4.

384 Vgl. E. 4.4 a.E.

385 Vgl. Sachverhalt, A.b.

386 Vgl. Sachverhalt, A.c und A.d.

387 Vgl. Sachverhalt, A. und B.

388 Vgl. Sachverhalt, C.

389 E. 2.2 und E. 2.3.

390 Vgl. sodann (zur Herabsetzung) auch 5A\_717/2010 vom 21.7.2011 (Besprechung: DANIEL ABT, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 11.10.2011); dieser Entscheid zeigt im Wesentlichen (nur) auf, dass beim aufeinanderfolgenden Ableben zweier Ehegatten klar zu unterscheiden ist zwischen zwei verschiedenen Nachlässen (siehe insbesondere E. 4.2); siehe ferner: 5D\_6/2011 vom 3.6.2011 (Besprechung: HANS-PETER KÜMIN, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 6.9.2011).

391 Besprechung: FABIENNE ELMIGER, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 22.10.2011.

392 Vgl. demgegenüber 5A\_429/2011 vom 9.8.2011 (Besprechung: GIAN SANDRO GENNA, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 14.10.2011).

393 Vgl. Sachverhalt, A.

394 Vgl. E. 6.1.

395 E. 6.2.

Spitaleinlieferung in einem schlechten, sich kontinuierlich verschlimmernden Zustand befunden habe. Die Beschwerdeführerin habe die nötigen Hilfeleistungen nicht an die Hand genommen, nichts gegen die Verwahrlosung unternommen und es zugelassen, dass der Erblasser in eine lebensbedrohliche Situation geraten sei. Es sei im Übrigen sehr wahrscheinlich, dass der Erblasser tagsüber zu Hause nicht mehr geduldet worden sei, weshalb er sich im Winter 2006/2007 jeweils draussen auf einer Parkbank aufgehalten habe. Er habe einige Jahre sein Essen in einem Mikrowellenherd, den ihm die Beschwerdeführerin in sein Schlafzimmer gestellt habe, wärmen und dort einnehmen müssen. Sie habe ihm auch eine WC-Schüssel neben dem Bett einbauen lassen. Es sei schwer vorstellbar, dass der Erblasser freiwillig im gleichen Raum, in dem sich das WC befand, gegessen und geschlafen habe. Nach seiner Entlassung aus dem Spital habe sich herausgestellt, dass die Beschwerdeführerin die Ersparnisse des Erblassers auf ihre Konti habe überweisen lassen. Sie habe dem Erblasser, nachdem er zu seinem Sohn gezogen sei, zumindest bis zum Erlass einer dringlichen Massnahme die finanzielle Unterstützung versagt, obwohl sie dazu in der Lage gewesen wäre. Die AHV-Einkünfte des Erblassers, auf die dieser keinen Zugriff mehr gehabt habe, sowie die Mietzinseinnahmen aus seinem Haus seien auf ihre Konti geflossen und von ihr verwaltet worden. Auch seine Ersparnisse von rund einer Million Franken seien auf einem ihrer Konti gelegen; diese habe sie offensichtlich für sich behalten wollen. Mit diesem Verhalten habe die Beschwerdeführerin ihre ehelichen Beistandspflichten schwer verletzt.»

## b) Erbvertrag

(105) 5A\_686/2012<sup>396</sup> vom 12.11.2012 ist ein Nichteintretensentscheid betreffend eine Beschwerde in einem Prozess, in welchem ein Testament wegen Erbvertragswidrigkeit erfolgreich angefochten worden war<sup>397</sup>. Die Vorinstanz hatte u.a. eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB verneint<sup>398</sup>.

(106) Das Bundesgericht erläutert den Vertrag wie folgt<sup>399</sup>: «Die Ehegatten E. und F., die am 18. November 1938 geheiratet hatten, schlossen am 20. März 1978 einen Ehe- und Erbvertrag. Sie unterstellten sich dem Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft (Art. 1) und sahen vor, dass der überlebende Ehegatte das im Zeitpunkt des Todes des erstversterbenden Ehegatten vorhandene Vermögen vollumfänglich güterrechtlich zu Eigentum erhalten solle, da die gemeinsamen vier Kinder bereits Erbvorbezüge erhalten hätten, die ihren erbrechtlichen Anspruch wertmässig überstiegen (Art. 2 und Art. 3). Die Ehegatten bestimmten weiter, dass nach dem Tod des Zweitversterbenden oder bei gleichzeitigem Ableben der ganze Nachlass an die vier Kinder als alleinige Erben fallen solle (Art. 4) und dass sich der Überlebende schon heute verpflichte, im Fall einer Wiederverehelichung mit dem künftigen Partner keine ehe- oder erbver-

tragliche Vereinbarung einzugehen, durch die das Erbrecht der Kinder eingeschränkt werden könnte (Art. 5 des Ehe- und Erbvertrags).»

## c) Informationsansprüche

(107) Oft stehen bis vor Bundesgericht Informationsansprüche von (pflichtteilsberechtigten) Erben (gegenüber Miterben oder Dritten) im Streit, wobei es häufig um internationale Sachverhalte geht<sup>400</sup>. Eine Auseinandersetzung zwischen zwei Töchtern um die Nachlässe eines Ehepaars (S. und T.), welche das Bundesgericht bereits einmal beschäftigt hatte (internationaler Sachverhalt; wobei aber Eltern und Kinder ausschliesslich brasilianische Staatsangehörige waren bzw. sind und in Brasilien wohnten bzw. wohnen), bildet den Hintergrund der miteinander vereinigten Verfahren 5A\_136/2012 (zwischen den beiden Töchtern X. und W.) und 5A\_137/2012 (zwischen der Bank Z. [ehemals Y.] und W.) vom 17.12.2012<sup>401</sup>.

(108) Im ersten Verfahren rügt das Bundesgericht, dass die Vorinstanzen zu Unrecht befunden hatten, das Bundesgericht habe im seinerzeitigen Entscheid 5C.291/2006<sup>402</sup> vom 30.5.2008 die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden und Gerichte umfassend und nicht «nur» in Bezug auf Auskunftsbegehren bejaht<sup>403</sup>: «3.1 Es steht fest und ist unbestritten, dass die Klägerin mit Klage vom 4. März 2004 neben dem Auskunftsbegehren ihren Erbschaftsanteil einfordert und die Existenz erbrechtlicher Titel feststellen will. Die Beklagte 1 macht geltend, die Interpretation des Bundesgerichtsurteils sei willkürlich, weil es keine Aussage zulasse, ob die Zuständigkeit für die Rechtsbegehren (Ziff. 1b bis 6) gegeben sei, erst recht nicht, soweit diese mit Replik vom 23. November 2009 ergänzt worden seien. Das Bundesgerichtsurteil beziehe sich nur auf Informationsansprüche; andere Zuständigkeitsfragen seien nicht erledigt, was die Vorinstanz verkannt habe. 3.2 Das Bundesgericht hat im Berufungsverfahren betreffend Zuständigkeit mit Urteil 5C.291/2006 vom 30. Mai 2008 (E. 4.2) entschieden, dass die mit der Klage aufgeworfenen Fragen des Erwerbs bzw. des Bestandes des Nachlasses und der entsprechenden Informationsbedürfnisse der Erben so eng miteinander verknüpft sind, dass es sich rechtfertigt, auch für die auf einen Nachlass in der Schweiz bezogenen Auskünfte, in der Art wie sie von der Klägerin verlangt

396 Besprechung: FABIENNE ELMIGER, in: Weblaw, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 15.1.2013.

397 Vgl. Sachverhalt, A. und B.

398 Vgl. E. 2.3.

399 Sachverhalt, A.a.

400 Vgl. dazu auch vorn Nr. 50.

401 Vgl. Sachverhalt, A.

402 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 17 f.

403 E. 3.



werden, Art. 88 Abs. 1 IPRG zum Tragen kommen zu lassen. In Gutheissung der Berufung und Aufhebung des angefochtenen Beschlusses hat das Bundesgericht die Sache zwecks Eintreten auf die Klage gegen die Beklagte 1 an die Vorinstanz zurückgewiesen. 3.3 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bezieht sich das Bundesgerichtsurteil lediglich auf Informationsansprüche im Rahmen eines Streites um den Bestand eines Nachlasses. Nach der Feststellung, dass sich die Gerichte und Behörden von Brasilien nur mit den dort gelegenen Nachlässen von S. und T. befassen würden (Urteil 5C.291/2006 Lit. A, E. 3.1), war Gegenstand der Beurteilung durch das Bundesgericht, ob das Vorhandensein von Nachlasswerten eine Voraussetzung für den Informationsanspruch ist (Urteil 5C.291/2006 E. 4 Ingress). Nach den Erwägungen im Bundesgerichtsurteil (E. 4.2) ist für den Informationsanspruch betreffend die internationale Zuständigkeit ohne Belang, ob sich im massgebenden Zeitpunkt Vermögenswerte des Erblassers in der Schweiz befunden haben... Das Bundesgericht hat zur Anwendung von Art. 88 IPRG ausdrücklich offen gelassen, ob beim <den Bestand eines Nachlasses betreffenden Streit> für den Zeitpunkt, in welchem Vermögenswerte vorhanden sein müssen, auf denjenigen des Todes des Erblassers oder denjenigen der Klageeinleitung abzustellen ist. Wenn das Bundesgericht diese Frage offen gelassen und erwogen hat, das Obergericht habe das Wesen des von der Klägerin geltend gemachten Informationsanspruchs verkannt, kann das Dispositiv mit der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz <zwecks Eintreten auf die Klage> nur so verstanden werden, dass lediglich die Zuständigkeit betreffend Auskunftsbegehren rechtlich beurteilt worden ist. 3.4 Die mit der Neuurteilung befasste kantonale Instanz hat die rechtliche Beurteilung, mit der die Zurückweisung vom Bundesgericht begründet wurde, ihrer Entscheidung zugrunde zu legen (BGE 125 III 421 E. 2a S. 423; 133 III 201 E. 4.2 S. 208). Mit dem Bundesgerichtsurteil wurde – im selbständigen Verfahren über den Zwischenentscheid – einzig die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Beurteilung der Auskunftsbegehren in der Klage vom 4. März 2004 bejaht. Nach dem Dargelegten ist mit dem massgebenden Art. 66 OG, welcher bei Erlass jenes Bundesgerichtsurteils galt (vgl. Urteil 4A\_5/2008 vom 22. Mai 2008 E. 1.1), nicht vereinbar, wenn das Obergericht angenommen hat, die Frage der Zuständigkeit zur Beurteilung der weiteren Klagebegehren sei vom Bundesgericht im Rückweisungsentscheid abschliessend beurteilt worden. Das Obergericht ist auf die Berufung der Beklagten 1 gegen den erstinstanzlichen Beschluss, mit welchem der

Antrag, über die Zuständigkeit zur Beurteilung der Rechtsbegehren Ziff. 1b bis 6 zu entscheiden, als unzulässig erachtet wurde, zu Unrecht nicht eingetreten.»

(109) Im zweiten Verfahren hält das Bundesgericht zunächst fest, dass der Beweis der vollständigen Erfüllung der Rechenschaftspflicht der beauftragten Bank obliege (Art. 400 OR)<sup>404</sup>. Weiter führt es aus<sup>405</sup>: «Nach der Rechtsprechung ist die Beklagte 2 – als Bank und Beauftragte – gestützt auf das Auftragsrecht verpflichtet, den Erben in dem Umfang Auskunft zu erteilen, wie die Pflicht den Erblassern gegenüber bestanden hat (BGE 136 III 461<sup>406</sup> E. 4 S. 463; ...). Dass es im Erbgang zu Wissensdefiziten und zum Verlust von Belegen über Vorgänge kommen kann, ändert am ererbten Auskunftsrecht grundsätzlich nichts (BGE 133 III 664<sup>407</sup> E. 2.6 S. 668), zumal der Beauftragte den Auftraggeber allgemein über alles zu informieren hat, was für ihn von Bedeutung sein kann...» Ferner stellt das Bundesgericht fest<sup>408</sup>: «Sodann hat das Obergericht zu Recht mit Hinweis BGE 136 III 461 E. 4 S. 463 festgehalten, dass gestützt auf schweizerisches Auftragsrecht kein Auskunftsrecht des Erben bezüglich Vermögenswerten besteht, an denen der Erblasser bloss wirtschaftlich berechtigt war.»

(110) Dem Entscheid ist im Übrigen zu entnehmen, dass das Obergericht das erstinstanzliche Urteil bzw. die Auskunftsspflicht zutreffend abgeändert hatte, soweit die Bank «in allgemeiner Form über (erwähnte) Kontobeziehungen hinaus zur Auskunft über allfällige Vermögenswerte» verpflichtet worden war<sup>409</sup>. Demnach war (und ist) die Bank nur (aber immerhin) zu Folgendem verpflichtet<sup>410</sup>: «unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle ..., a) der Klägerin sämtliche Korrespondenz im Zusammenhang mit den Konto- bzw. Depotbeziehungen 21.883 ECO und 23.470 DOMINIQUE auszuhändigen; b) der Klägerin Rechenschaft und Auskunft, inkl. Identität des Empfängers bzw. Identität des Inhabers des Empfängerkontos, über sämtliche Überweisungen zu Lasten der Konti/Depot 21.883 ECO und 23.470 DOMINIQUE zu geben, namentlich, aber nicht abschliessend über folgende Transaktionen [...]»

#### d) Bäuerliches Erbrecht

(111) In 5A\_752/2012 vom 20.11.2012 geht es um die Zuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke in

404 Vgl. E. 4.2.1.

405 E. 4.3.1.

406 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 6 f.

407 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 15 f.

408 E. 4.3.2.

409 E. 4.4.2.

410 Sachverhalt, D.



einer Erbteilung. Zunächst wird geprüft, in welchem Zeitpunkt für die Gesamtheit der Nachlassgrundstücke die Gewerbeeigenschaft gegeben sein muss<sup>411</sup>: «Für den Fall der Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes, das sich in der Erbschaft befindet (Art. 11 Abs. 1 BGG), hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Gewerbeeigenschaft im Zeitpunkt des Erbgangs bereits bestehen muss und sich nicht erst in der Zukunft (zum Beispiel durch Zukauf) entwickeln darf. Für die Beurteilung des Zuweisungsanspruchs ist demnach grundsätzlich der Zeitpunkt des Erbgangs massgeblich, wobei insbesondere im Rahmen von Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG in beschränktem Mass auch Investitionsmöglichkeiten zu berücksichtigen sind. Dahingestellt bleiben konnte, welcher Zeitpunkt ausschlaggebend ist, ob insbesondere auf den Zeitpunkt des Teilungsbegehrens abzustellen ist, wenn die Erbengemeinschaft seit Jahrzehnten besteht, so dass der Tod des Erblassers im Jahre 1929 als massgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Gewerbeeigenschaft kaum mehr in Betracht kommen kann (Urteil 5A\_140/2009<sup>412</sup> vom 6. Juli 2009 E. 2.3, in: BIAR 2011 S. 84 und successio 2011 S. 240). Die offen gelassene Frage, ob bei der geschilderten Ausgangslage ausnahmsweise auf den Zeitpunkt der Teilungsklage oder des Zuweisungsbegehrens abgestellt werden darf, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet...» Sodann setzt das Bundesgericht sich mit der Frage auseinander, in welchem Zeitpunkt die für die Zuweisung landwirtschaftlicher Nachlassgrundstücke zum doppelten Ertragswert erforderliche «Beherrschung» eines landwirtschaftlichen Gewerbes gegeben sein müsse<sup>413</sup>: «3.2 Für den Fall der Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks gemäss Art. 21 Abs. 1 BGG ist die Lehre – soweit sie sich äussert – einhellig. Ein Erbe muss Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder wirtschaftlich über ein landwirtschaftliches Gewerbe verfügen nicht schon zur Zeit des Erbgangs, sondern im Zeitpunkt seines Zuweisungsbegehrens, spätestens aber im Rahmen der Erbteilung oder im Zeitpunkt eines Zuweisungsbegehrens eines anderen Erben... 3.3 Die einhelligen Lehrmeinungen beseitigen gleichwohl nicht alle Bedenken. Der Zuweisungsanspruch an einem landwirtschaftlichen Einzelgrundstück war dem bisherigen Recht nicht bekannt und wurde mit Art. 21 BGG neu geschaffen. Er bezweckt die Verbesserung der Struktur bestehender landwirt-

schaftlicher Gewerbe (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht [BGG] vom 19. Oktober 1988, BBl 1988 III 953 S. 1000 f. zu Art. 22 des Entwurfs). Der Erbe muss bereits Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein oder über ein solches wirtschaftlich verfügen (Votum des Berichterstatters, AB 1990 S 227). Die von der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagene Ausdehnung des Zuweisungsanspruchs zu Gunsten von Erben, die statt Eigentum oder Verfügungsmacht lediglich ein Zuweisungs- oder Kaufrecht auf ein landwirtschaftliches Gewerbe besitzen, wurde in den Beratungen abgelehnt (vgl. AB 1991 N 116 f., S 144 f. und N 1697). Die Gesetzesmaterialien legen zumindest nahe, dass der Erbe, der die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks verlangt, im Zeitpunkt, in dem sich die Frage erstmals stellen kann, d.h. grundsätzlich bei der Eröffnung des Erbgangs durch den Tod des Erblassers, ein landwirtschaftliches Gewerbe als Eigentümer oder Verfügungsberechtigter bereits besitzen muss und nicht bloss eine Option auf den Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes hat. Nur – sowohl im Nachlass als auch beim Erben – bestehende landwirtschaftliche Gewerbe sind zu erhalten und profitieren von den erbrechtlichen Vorzugsbestimmungen (vgl. BGE 134 III 1<sup>414</sup> E. 4.2 S. 9).» Das Bundesgericht lässt diese Frage dann aber offen<sup>415</sup>.

(112) Der Erblasser (Jahrgang 1907) war am 25.2.1988 verstorben; er hinterliess als Erben die Ehefrau (Jahrgang 1924) sowie die drei Kinder B. (Jahrgang 1956), C. (Jahrgang 1958) und D. (Jahrgang 1964), ferner mehrere landwirtschaftliche Grundstücke im Halte von 88727 m<sup>2</sup>, welche er 1981 dem Sohn B. verpachtet hatte; das Erbteilungsbegehren ist seit Sommer 1998 hängig<sup>416</sup>. B. verlangte (zusammen mit seiner Mutter und seinem Bruder) die Zuweisung zum Ertragswert, C. die Zuweisung zum doppelten Ertragswert; B. akzeptierte den erstinstanzlichen Entscheid, wonach kein landwirtschaftliches Gewerbe vorlag und er nicht zur Selbstbewirtschaftung geeignet war; C. unterlag in allen Instanzen, weil sie weder Eigentümerin eines landwirtschaftlichen Gewerbes war noch über ein solches wirtschaftlich verfügte<sup>417</sup>. Insbesondere vermochte ihr nicht zu helfen, dass sie am 28.3.2012 den Betrieb ihres Ehemannes übernommen hatte<sup>418</sup>.

(113) In 2C\_600/2012 vom 29.11.2012 geht es um die Eigenschaft des Pächters als Selbstbewirtschafteter eines landwirtschaftlichen Gewerbes, welcher das Vorkaufsrecht nach Art. 47 Abs. 1 BGG gel-

411 E. 3.1.

412 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 79.

413 E. 3.2 f.

414 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 28 f.

415 Vgl. E. 3.3 a.E.

416 Vgl. Sachverhalt, A.

417 Vgl. Sachverhalt, B. sowie E. 5.

418 Vgl. E. 3 (vor E. 3.1) und E. 3.5.



tend gemacht hatte<sup>419</sup>. Das Bundesgericht umschreibt sie so<sup>420</sup>: «Come ricordato nell'impugnata sentenza, alla cui esposizione può essere fatto riferimento e prestata adesione ..., per potere acquistare, tra l'altro, un'azienda agricola dev'essere ottenuta un'autorizzazione (art. 61 cpv. 1 e 80 LDFR), la quale viene concessa solo se, cumulativamente, il prezzo pattuito non è esorbitante (art. 63 LDFR) e l'acquirente è un coltivatore diretto ai sensi dell'art. 9 LDFR. Secondo detto disposto è coltivatore diretto colui che coltiva di persona il suolo agricolo o, se si tratta di un'azienda agricola, la dirige personalmente (cpv. 1); inoltre è ritenuto idoneo alla coltivazione diretta chi ha le capacità, necessarie secondo la concezione usuale nel Paese, per coltivare lui stesso il suolo agricolo e per dirigere personalmente un'azienda agricola (cpv. 2). Per consolidata prassi, condivisa dalla dottrina, per vedersi riconoscere la qualità di coltivatore diretto, l'attività dirigenziale non è di per sé sufficiente, occorrendo infatti che la persona presti in misura rilevante la propria opera nell'azienda. Per quanto riguarda la coltivazione diretta, l'interessato deve possedere in misura media delle capacità professionali, morali e fisiche che gli consentano, secondo gli usi propri dell'agricoltura, di coltivare in modo conveniente un'azienda. Ciò è il caso di chi ha seguito una scuola di agricoltura o ha già gestito secondo le regole dell'arte un'azienda simile a quella che intende acquistare. Per contro il fatto di non possedere altri fondi o aziende agricoli oppure di non essere iscritto nei registri agricoli cantonali (il cui scopo principale è la gestione dei pagamenti diretti, percepiti in modo facoltativo) non porta a negare l'adempimento di tale esigenza (cfr. causa 2C\_747/2008 del 5 marzo 2009 consid. 3.1 e 3.3, non pubblicati in DTF 135 II 123 segg., con numerosi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali). Occorre poi aggiungere che, conformemente alla prassi (DTF 134 III 586<sup>421</sup> consid. 3.1.2 e 3.1.3 con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, segnatamente DTF 111 II 326 consid. 3c/bb pag. 328 seg. e 107 II 30 consid. 3b pag. 34 seg.) con la quale la dottrina concorda, al fine di determinare se sia data l'idoneità alla coltivazione diretta, possono anche essere considerate le competenze degli altri membri della famiglia, ad esempio quelle dei figli, che prestano lavoro nell'azienda. Questo modo di procedere, come precisato nella sentenza federale criticata a torto dai ricorrenti (cfr. consid. 2.3), permette di assecondare lo scopo principale della gestione

personale, cioè il consolidamento della proprietà fondiaria degli agricoltori, garantendone la continuità (DTF 134 III 586 consid. 3.1.4 pag. 590).»

(114) In concreto ist der Pächter Selbstbewirtschafter<sup>422</sup>: Er und vor ihm sein Vater hatten das Gewerbe seit mehr als 50 Jahren gepachtet; er ist dazu weiterhin in der Lage und sein Sohn beabsichtigt, die Bewirtschaftung dereinst fortzuführen.

(115) Das BGBB ist seit seinem Inkrafttreten am 1.1.1994 bereits mehrfach teilrevidiert worden. Dies gilt auch in Bezug auf Art. 7. Daran erinnert das Bundesgericht in 2C\_650/2012 vom 21.1.2013<sup>423</sup>: «Gemäss Art. 7 Abs. 1 BGBB in der Fassung gemäss Ziff. I des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 2007 (AS 2008 3585; BBl 2006 6337), welche seit 1. September 2008 in Kraft ist, gilt als landwirtschaftliches Gewerbe eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und zu deren Bewirtschaftung, wenn sie landesüblich ist, mindestens eine Standardarbeitskraft (SAK) nötig ist. In der Fassung vom 20. Juni 2003 (AS 2003 4123), welche bis zum 31. August 2008 in Kraft stand, verlangte Art. 7 Abs. 1 BGBB für die Qualifikation als landwirtschaftliches Gewerbe, dass die Bewirtschaftung mindestens drei Viertel einer Standardarbeitskraft benötigt.» Vor diesem Hintergrund ist auch das Übergangsrecht einschlägig<sup>424</sup>: «Gemäss Art. 94 Abs. 1 BGBB (i.V.m. Art. 95b BGBB) richtet sich eine Erbteilung nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Erbgangs gegolten hat; wird das Teilungsbegehren nicht innert Jahresfrist seit Inkrafttreten dieses Gesetzes gestellt, so gilt in jedem Fall das neue Recht.»

(116) Eine Tochter hatte am 22.7.2009 die zuständige Behörde um Feststellung der Gewerbeeigenschaft des Hofes Y. im Nachlass ihres am 10.7.2007 verstorbenen Vaters ersucht (nachdem sie den Hof bereits zu Lebzeiten des Erblassers bewirtschaftet hatte). Die Behörde befand, dass der Hof rund 0.5 SAK benötige; eine von der Tochter im Rechtsmittelverfahren eingereichte Expertise des Schweizerischen Bauernverbands ergab demgegenüber ein Potenzial von 0.812 SAK. Indessen wandte die Vorinstanz zutreffend das «neue» Recht an<sup>425</sup>: «Die Vorinstanz hat ... festgehalten, dass innert der gemäss Art. 94 Abs. 1 BGBB massgeblichen Frist weder von der Beschwerdeführerin noch von einem der andern Erben ein Teilungsbegehren gestellt worden ist. An diesen von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ist das Bundesgericht grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG)... Zwar behauptet die Beschwerdeführerin im vorliegenden Zusammenhang die offensichtliche Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Feststellungen und verweist dabei im

419 Vgl. Sachverhalt, A.

420 E. 2.2.

421 Vgl. zu diesem Entscheid EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nrn. 32 f.

422 Vgl. E. 2.4.

423 E. 2.1.

424 E. 4.1 a.A.

425 E. 4.2.

Wesentlichen auf das Schreiben ihres damaligen Rechtsvertreters vom 19. August 2009 an die Beschwerdegegner, mit welchem «in verbindlicher Weise die Zuweisung des (...) Hofes Y (...) beansprucht» wurde. Wie die Vorinstanz aber willkürfrei erkannt hat, lässt der Wortlaut dieses Schriftstücks eine Teilungsabsicht jedenfalls nicht zweifelsfrei erkennen. In diesem Zusammenhang durfte die Landwirtschaftliche Rekurskommission auch berücksichtigen, dass das besagte Schreiben von einem Anwalt verfasst wurde, von welchem eine präzise Wortwahl erwartet werden kann. Gegen eine Teilungsabsicht spricht sodann, dass die Beschwerdeführerin noch mit E-Mail vom 10. März 2011 mitteilte, sie «wünsche die Teilung des Nachlasses derzeit nicht». Dass sich diese Erklärung nicht auf den Hof Y., sondern nur auf die Bereitschaft zu einer vollständigen Erbteilung bezogen haben soll, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet, erscheint wenig plausibel und wäre wohl zumindest für den nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner 2 auch nicht ohne Weiteres so zu verstehen gewesen. Bei dieser Sachlage ist es unter den hier massgeblichen Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Schreiben vom 19. August 2009 kein Teilungsbegehren erkannte.»

## 7. Entscheidungen kantonaler Gerichte (Auswahl)

### a) Testamentsnichtigkeit

(117) Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt befindet in einem Urteil vom 25.2.2010<sup>426</sup>, dass ein Testament, welches vollständig mit Computer geschrieben und lediglich handschriftlich unterzeichnet worden ist, nicht nur anfechtbar, sondern nichtig ist. Ferner verneint es die Möglichkeit einer «Heilung» des nichtigen Testaments – in welchem insbesondere eine Willensvollstreckerin eingesetzt wurde – durch Erteilung einer über den Tod hinaus gültigen Generalvollmacht an dieselbe Person, da damit die strengen erbrechtlichen Formvorschriften für letztwillige Verfügungen unterlaufen würden. Zu beachten bleibt, dass das Appellationsgericht im Rahmen der Überprüfung eines Entscheides der Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt keine materiellrechtlichen Fragen beurteilen musste.

(118) Nach dem Tod von Gerda B. am 16.1.2008 lagen dem Erbschaftsamt einerseits ein öffentlich beurkundetes Testament vom 24.10.1996 und andererseits ein mittels Computer geschriebenes und ausgedrucktes Schriftstück vor, welches die Überschrift «letztwillige Verfügung» trug und handschriftlich mit dem Namen Gerda B. unterzeichnet war. Letzteres war auf den 3.10.2007 datiert und enthielt insbesondere die Anordnung, Margerite A. solle «das vorhandene Testament mit meinem Mann und mir» ausführen und darüber hinaus das Vermögen der Erblasserin bei der Bank X. als Schenkung erhalten.

### b) Testierwille

(119) In einem Urteil vom 5.11.2010<sup>427</sup> hatte das Kantonsgericht Wallis zu beurteilen, ob ein von der Erblasserin handschriftlich verfasstes Schriftstück eine verbindliche erbrechtliche Verfügung oder aber lediglich einen unverbindlichen Wunsch enthielt. Als unerlässliche Voraussetzung für das Vorliegen und die Gültigkeit eines Testaments bezeichnet es (neben der Erfüllung der in Art. 520a ZGB geregelten Formvorschriften) das Vorhandensein eines Testierwillens (*animus testandi*). Ob sich aus einem Schriftstück als Gesamtes ein *animus testandi* ergibt und dieses folglich als letztwillige Verfügung qualifiziert werden kann, ist durch Auslegung zu ermitteln.

(120) Die Erblasserin lebte vor ihrem Tod während Jahren mit ihrer Tochter Y. zusammen, von welcher sie auch gepflegt wurde. Jahre nach ihrem Tod tauchte ein von der Erblasserin verfasstes Schriftstück mit folgendem Wortlaut auf: «Meine lieben Kinder lasst mir Y. im Hause. Ich bitte sehr da ich Euch verlassen muss. Mama. Seid lieb zueinander.» Die Auslegung durch das Kantonsgericht Wallis ergab, dass dieses Schriftstück lediglich einen starken moralischen Appell an die übrigen Kinder, jedoch keine verbindlichen Anordnungen enthalte, da sich aus dem als blosser Bitte formulierten Wunsch kein Testierwille ableiten lasse. Dies wurde einerseits mit der Verwendung der Ausdrücke «Meine lieben Kinder...» und «Ich bitte sehr...» begründet und andererseits mit dem Umstand, dass die Erblasserin zwar Jahre zuvor den Rechtsanwalt und Notar C. bezüglich Möglichkeiten, ihre Tochter Y. zu begünstigen, kontaktiert, in der Folge jedoch keine konkreten Schritte unternommen hatte. Da die Erblasserin folglich nicht letztwillig verfügt hatte, lag weder ein Vermächtnis noch die Einräumung eines Wohnrechts an Y., eine Teilungsvorschrift oder eine Auflage vor.

### c) Enterbung/Erbinwürdigkeit

(121) In einem Urteil vom 4.10.2010<sup>428</sup> befasst sich das Kantonsgericht Wallis mit der Zulässigkeit einer Enterbung gestützt auf Art. 477 Ziff. 2 ZGB. Es hält zunächst im Anschluss an BGE 106 II 304 fest, dass der Enterbungsgrund von Art. 477 Ziff. 2 ZGB gegeben ist, wenn der Enterbte schuldhaft und rechtswidrig in gesinnungs- und wirkungsmässig schwerer Weise gegen seine familienrechtlichen Pflichten verstossen hat. Sodann erwägt das Kantonsgericht, bei der Pflicht zu Beistand, Rücksicht und Achtung zwischen Eltern und Kindern gemäss Art. 272 ZGB handle es sich grundsätzlich um eine familienrechtliche Pflicht gemäss Art. 477 Ziff. 2 ZGB, deren Verletzung bei entsprechender Schwere einen Enterbungsgrund darstelle.

426 In: BJM 2011, 318 ff.

427 In: RVJ/ZWR 2011, 308 ff. und ius.focus 12/2011, 3.

428 In: ius.focus 9/2011, 5.



(122) A. hatte seinen Adoptivsohn X. mittels Testament wegen Verletzung der ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten enterbt. Er warf ihm insbesondere mangelnden Dank für finanzielle Unterstützung, fehlendes Aufrechterhalten des Familienbandes sowie dessen Abwesenheit bei seiner Krankheit vor. Das Kantonsgericht erachtete im konkreten Fall den Nachweis einer schweren, widerrechtlichen und schuldhaften Verletzung von Art. 272 ZGB allerdings als nicht erbracht.

(123) Das Obergericht des Kantons Zürich gelangt in einem Urteil vom 18.8.2011<sup>429</sup> mittels grammatikalischer, teleologischer und systematischer Auslegung zum Schluss, dass Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auch dann anwendbar ist, wenn der Erblasser dazu gebracht wird, ein unwirksames bzw. ungültiges Testament zu errichten. Demnach ist erbunwürdiges Verhalten insbesondere auch gegenüber einem testierunfähigen Erblasser möglich.

(124) Der Klägerin wurde vorgeworfen, ihre Mutter arglistig dazu veranlasst zu haben, eine frühere letztwillige Verfügung zu widerrufen und an deren Stelle ein sie begünstigendes öffentliches Testament zu errichten, indem sie gegenüber der Mutter (wie auch dem beurkundenden Notar) vorgab, an der unheilbaren Krankheit Multiple Sklerose zu leiden. Die Mutter war zu diesem Zeitpunkt jedoch unbestrittenermassen testierunfähig. Das Obergericht weist die Sache zur Beurteilung der Frage, ob der Klägerin tatsächlich erbunwürdiges Verhalten vorgeworfen werden kann, an die Vorinstanz zurück, nachdem diese die Prüfung dieser Frage unterlassen hatte, da sie davon ausging, Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB setze die Errichtung einer wirksamen Verfügung von Todes wegen voraus.

### d) Erbteilung

(125) In einem Urteil vom 17.1.2010<sup>430</sup> fasst das Obergericht des Kantons Luzern zusammen, unter welchen Umständen einem Erben die Zuweisung einer den Betrag seines Erbteils übersteigenden Erbschaftssache mit Ausgleichszahlung zugemutet werden kann. Ausgehend vom Gedanken, dass Ausgleichssumme und Wert des Erbteils in einem vernünftigen Verhältnis stehen müssen, ist dies ausnahmsweise zulässig, wenn die Differenz zwischen dem Wert der Erbschaftssache und dem Betrag des Erbteils nicht erheblich ist bzw. nur eine geringe Ausgleichszahlung geleistet werden muss (wobei allerdings nicht von einer starren Obergrenze von 10% des Erbteils ausgegangen wird).

(126) Die Erbengemeinschaft stritt um die Zuteilung einer Liegenschaft, bestehend aus vier landwirtschaftlichen Grundstücken, welche im Wesentlichen die Aktiven des Nachlasses bildete und deren Wert sich auf CHF 590000 belief. Während die Kläger zusammen Anspruch auf 32/39 der Erbschaft hatten, betrug der Erbteil des Beklagten lediglich 4/39. Wäre die Liegenschaft dem

Beklagten zugeteilt worden, hätte dieser zu einer seinen Erbteil um 875% übersteigenden Ausgleichszahlung verpflichtet werden müssen. Unter diesen Umständen konnte die Liegenschaft dem Beklagten (unabhängig von den persönlichen Verhältnissen, den Bedürfnissen und Absichten der Erben) nicht zugeteilt werden.

(127) Das Steuergericht des Kantons Solothurn beschäftigt sich in einem Urteil vom 11.4.2011<sup>431</sup> mit der Frage der Abgrenzung zwischen einem Darlehen und einem (ausgleichspflichtigen) Erbvorbezug, wenn ein Erblasser einem späteren Erben eine Geldsumme überlässt. Dazu hält es fest, dass je nach Ausgestaltung beides möglich sei und daher insbesondere geprüft werden müsse, ob eine – für einen Darlehensvertrag typische – Rückerstattungspflicht vereinbart wurde oder nicht.

(128) A.X. überliess ihrer Tochter B.X. zu Lebzeiten insgesamt rund CHF 652'795 als Darlehen, wobei vereinbart wurde, dass die Darlehensvaluta (inkl. Zins) mit dem Ableben von A.X. zur Zahlung fällig werde. Die Erben von A.X. machten geltend, dass es sich bei diesen Zuwendungen nicht um Darlehen, sondern um ausgleichspflichtige Vorempfänge gemäss Art. 626 ff. ZGB gehandelt habe, da bei der A.X. von Anfang an der *animus donandi* vorhanden gewesen sei und nie ein Rückerstattungsanspruch bestanden habe. Im Inventar über den Nachlass von A.X. waren die Darlehen inkl. Zins allerdings ausdrücklich als solche erwähnt, bei den Teilungsvorschriften war festgehalten, dass B.X. sich diese anrechnen lassen müsse, und die Erben von A.X. bestätigten unterschriftlich, dass keine ausgleichspflichtigen Vorempfänge im Sinne von Art. 626 ZGB bestehen würden. Ausserdem liess die Tochter B.X. als Vertreterin von A.X. eine Veranlagungsverfügung im Nachsteuerverfahren (der A.X.) unangefochten in Rechtskraft erwachsen, in welcher CHF 652'795 als «nicht deklarierte Darlehen» aufgerechnet wurden. Derselbe Betrag wurde zudem in der Steuererklärung der A.X. für das Jahr, in welchem sie verstarb, als Guthaben gegenüber B.X. ausgewiesen. Aus all diesen Gründen qualifizierte das Steuergericht des Kantons Solothurn die Zuwendungen an B.X. als Darlehen.

(129) In einem Urteil vom 7.10.2010<sup>432</sup> entscheidet das Obergericht des Kantons Thurgau, der Anspruch auf Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung sei unverjährbar. Es hält zunächst fest, dass die gegenteilige Auffassung mit Art. 219 Abs. 3 ZGB unverträglich sei und dazu führen würde, «dass bei der Auflösung des Güterstands durch den Tod des einen Ehegatten der überlebende Ehegatte innert zehn Jahren seit dem Tod die güterrechtliche Auseinandersetzung abschliessen oder zumindest die Verjährung unterbrechen müsste»<sup>433</sup>. Ferner begründet das Obergericht seine Auffassung insbesondere mit der engen Verknüpfung von güter- und erbrechtlicher Auseinandersetzung, welche sich

429 In: ZR 2012, Nr. 1, 1 ff.

430 In: LGVE 2010 I Nr. 8; ZBJV 2011, 836 ff.

431 In: KSGE 2011 Nr. 3, 18 ff.

432 In: RBOG 2010 Nr. 9.

433 E. 2b.

nicht mit einer Befristung des Anspruchs auf die güterrechtliche Auseinandersetzung verträge. Die güterrechtliche Auseinandersetzung sei in der Regel eine Vorstufe der Erbteilung und die Bestimmungen über Letztere seien sinngemäss auch auf die Form der Teilung bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung anwendbar (wofür beispielhaft auf Art. 246 ZGB hingewiesen wird). Demzufolge könne die güterrechtliche in die erbrechtliche Auseinandersetzung integriert werden; eine Unterscheidung sei mithin nicht erforderlich. Für diese einheitliche Behandlung von güter- und erbrechtlicher Auseinandersetzung werden zudem praktische Gründe angeführt. Deren Ergebnisse würden nämlich häufig einen Kompromiss darstellen, weshalb oft nicht zwischen güter- und erbrechtlichen Ansprüchen unterschieden werden könne. Sodann sei Art. 604 Abs. 1 ZGB, wonach der Teilungsanspruch der Miterben jederzeit geltend gemacht werden kann, analog auf den Anspruch des überlebenden Ehegatten auf Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung anwendbar. Ob es sich beim Anspruch auf güterrechtliche Auseinandersetzung um ein (unverjährbares) Gestaltungsrecht handelt, wird dagegen offengelassen.

#### e) **Erbausschlussklausel**

(130) Das Handelsgericht des Kantons Zürich hält in einem Urteil vom 26.6.2008<sup>434</sup> fest, dass die Frage der Gültigkeit einer Erbausschlussklausel in einem Compte-joint-Vertrag offenbleiben kann, wenn sich im Prozess nicht die Bank und die Erben, sondern die Bank und ein Solidargläubiger des Compte-joint gegenüberstehen. Die Bank kann in einem solchen Verhältnis mit befreiender Wirkung an jenen Solidargläubiger leisten, welcher sie zuerst rechtlich (mittels Klageanhebung) belangt (vgl. Art. 150 Abs. 3 OR). Dem würde lediglich die Ungültigkeit oder Nichtigkeit des gesamten Vertragsverhältnisses entgegenstehen, wobei die Ungültigkeit von einem Dritten (ob auch die Bank dazu berechtigt wäre, konnte offengelassen werden) rechtzeitig und formgerecht geltend gemacht werden müsste.

(131) Vier Jahre vor dem Tod von P.F. eröffnete dieser gemeinsam mit dem Kläger bei der beklagten Bank eine Konto-/Depotbeziehung. Sie vereinbarten, dass jeder der gemeinsamen Konto-/Depotinhaber berechtigt sei, «allein, selbständig, unabhängig von den anderen Kontoinhabern und in jeder Hinsicht uneingeschränkt über das Gemeinsamt Konto-/depot zu verfügen, dieses zu belasten und gegebenenfalls auch aufzuheben»<sup>435</sup>, wobei weder Tod noch Verschollenerklärung, Verlust der Handlungs-

fähigkeit, Konkurs oder die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für einen Kontoinhaber etwas an der Verfügungsmacht der übrigen Kontoinhaber ändern sollte. Sodann enthielt der Vertrag eine Erbausschlussklausel, wonach auch bei Tod bzw. Verschollenerklärung eines Kontoinhabers die übrigen Kontoinhaber ermächtigt bleiben, die Erben sich an diese zu halten haben und gegenüber der Bank keinerlei Rechte geltend machen können. Zudem wurden Solidargläubigerschaft und -schuldnerschaft vereinbart. Gestützt auf diese vertragliche Vereinbarung verpflichtete das Handelsgericht die Bank, dem Kläger den Saldo des Compte-joint auszuzahlen.

### III. Gesetzgebung

#### 1. **Neue erbrechtliche Bestimmungen im ZGB (Revision des Erwachsenenschutzrechts)**

(132) Am 1.1.2013 ist die Änderung des ZGB betreffend «Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht» in Kraft getreten. Die neuen *erbrechtlichen* Bestimmungen lauten wie folgt<sup>436</sup>:

(133) Art. 468: «Wer urteilsfähig ist und das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, kann als Erblasser einen Erbvertrag abschliessen.» (Abs. 1). «Personen unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, bedürfen der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.» (Abs. 2).

(134) Art. 492a: «Ist ein Nachkomme dauernd urteilsunfähig und hinterlässt er weder Nachkommen noch einen Ehegatten, so kann der Erblasser eine Nacherben-einsetzung auf den Überrest anordnen.» (Abs. 1). «Die Nacherben-einsetzung fällt von Gesetzes wegen dahin, wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird.» (Abs. 2).

(135) Art. 531 (zweiter Satzteil neu): «Eine Nacherben-einsetzung ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils ungültig; vorbehalten bleibt die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen.»

(136) Art. 544: «Erfordert es die Wahrung seiner Interessen, so errichtet die Kinderschutzbehörde eine Beistandschaft.» (Abs. 1<sup>bis</sup>; betreffend *nasciturus*). «Wird das Kind tot geboren, so fällt es für den Erbgang ausser Betracht.» (Abs. 2).

(137) Art. 553 Abs. 1: «Die Aufnahme eines Inventars wird angeordnet, wenn:

1. ein minderjähriger Erbe unter Vormundschaft steht oder zu stellen ist;
2. ein Erbe dauernd und ohne Vertretung abwesend ist;
3. einer der Erben oder die Erwachsenenschutzbehörde es verlangt;
4. ein volljähriger Erbe unter umfassender Beistandschaft steht oder unter sie zu stellen ist.»

(138) Art. 554 Abs. 3: «Stand die verstorbene Person unter einer Beistandschaft, welche die Vermögensverwaltung umfasst, so obliegt dem Beistand auch die Erb-schaftsverwaltung, sofern nichts anderes angeordnet wird.»

434 In: ZBGR 2012, 91 ff.

435 S. 91.

436 BBl 2009, 141 ff., 181.



## 2. Projekte und Anregungen

(139) Als seit Langem bedeutungsvollstes Projekt im Gesetzgebungsprozess erscheint die Motion von Ständerat FELIX GUTZWILLER, eingereicht am 17.6. 2010, mit folgendem Wortlaut<sup>437</sup>: «Der Bundesrat wird beauftragt, das über hundertjährige, nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen. Dabei sollen das geltende Recht in seinem Kerngehalt bewahrt und die Familie als institutionelle Konstante auch weiterhin geschützt werden. Trotz Teilrevision soll es dem Erblassenden weiterhin freistehen, die Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen.» Der Ständerat hat die Motion am 23.9.2010 gutgeheissen. Der Nationalrat hat sie am 2.3.2011 ebenfalls gutgeheissen, allerdings versehen mit einem einschränken den Klammerzusatz hinter dem zweiten Satz des Motionstextes («keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren»).

(140) Die Anliegen der Motion GUTZWILLER sollten freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass das geltende Erbrecht noch in weiteren, wenn auch weniger «spektakulären» Punkten reformbedürftig sein könnte. So weist PETER BREITSCHMID in einem Beitrag über die «Zeit im ZGB»<sup>438</sup> zutreffend darauf hin, dass die Einjahresfristen in den Art. 521 und 533 ZGB zu kurz bemessen seien.

(141) Am 16.8.2011 wurde im Bundesblatt der Wortlaut der Eidgenössischen Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erb-schaftssteuerreform)» veröffentlicht<sup>439</sup>. Die Sam-melfrist ist am 16.2.2013 abgelaufen; die Initianten haben die erforderliche Zahl gültiger Unterschriften beizubringen vermocht. Zudem zeitigte die Initiative bereits «Vorwirkungen»<sup>440</sup>.

437 Vgl. dazu und zum Folgenden EITEL, 2011 (siehe Vorbe-merkungen), Nr. 127 (mit weiteren Hinweisen).

438 In: Private Law, national – global – comparative, Fest-schrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 205 ff., 216 f. Vgl. ferner hinten Nr. 174.

439 Vgl. BBl 2011 6459 ff.

440 Vgl. PETER BREITSCHMID, «Erben und Erbschaftssteuer-n – Steuerdonnerstrollen im Wahlherbst», in: succes-sio 2011, 333 ff.; DERS., «Sale» – Schlussverkauf für die Erbschaftssteuer», in: NZZ 12.12.2011, 15; BRUNO EUGSTER, «Ungereimtes zum Erbrecht und zur Initia-tive für eine Erbschaftssteuer», in: NZZ 7.9.2011, 25; NIKLAUS LÜCHINGER/RENÉ SCHWARZENBACH, «Rechts-politisch fragwürdige Erbschafts-Initiative», in: NZZ 14.9.2011, 23.

## IV. Literatur

### 1. Allgemeines

#### a) Grundlagenliteratur

(142) Mehrere anregende Hinweise auf (unter ver-schiedenen Gesichtspunkten) lesenswerte Literatur (zu erbrechtlichen Themen im engeren wie auch im weiteren Sinn) gibt PETER BREITSCHMID, «Aussen-sichten aufs Erbrecht mit Potenzial für Insider»<sup>441</sup>.

(143) Entsprechend dem Titel seiner Dissertation befasst sich PHILIP R. BORNHAUSER mit theoreti-schen und praktischen Aspekten des Ehevertrags und des Erbvertrags (einschliesslich verbundener Ehe- und Erbverträge): «Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis»<sup>442</sup>. Die Arbeit enthält am Schluss zwar keine Muster-urkunde(n), aber eine Checkliste mit einer Aufstel-lung der wichtigsten, vor der Vertragsredaktion auf jeden Fall abzuklärenden Punkte.

(144) In einem Beitrag unter dem Titel «Clause testa-mentaire et liberté du mariage, Une étude com-parative basée sur l'affaire américaine SHAPIRA» beleuchtet ANNE-SOPHIE PAPEIL anhand eines aktuellen Falls aus den USA «höherrechtliche» Schranken der Testierfreiheit<sup>443</sup>.

#### b) Alter/Tod und Erbrecht: Verfügungs-fähigkeit, Betreuungs- und Pflegeleistun-gen, Verwandtenunterstützung

(145) Angesichts der demografischen Entwicklung interessieren die verschiedenen Bezüge zwischen Alter und Erbrecht immer mehr. Dies gilt vorab für das (freilich «klassische») Thema der Verfügungs-fähigkeit alter(nder) Erblasser. Die «Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis» ist Gegenstand einer umfassenden, differenzierten Studie von REGINA E. AEBI-MÜLLER<sup>444</sup>. Weiter sind in diesem Kontext zwei Beiträge aus einem Ta-gungsband zum neuen Erwachsenenschutzrecht<sup>445</sup> zu erwähnen<sup>446</sup>: ANDREAS U. MONSCH, «Die Beurtei-lung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Men-schen mit Demenz» und STEPHAN WOLF/ANNA LEA SETZ, «Handlungsfähigkeit, insbesondere Ur-teilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar».

441 In: successio 2012, 234 ff.

442 Zürich/Basel/Genf 2012 (Zürcher Studien zum Privat-recht Band 243).

443 In: successio 2012, 72 ff.

444 In: successio 2012, 4 ff.

445 Vgl. auch hinten Nr. 148.

446 In: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkund-sperson, Bern 2012 (INR 13), 1 ff., 23 ff.

(146) «Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen» zeigt ANDREAS BAUMANN auf<sup>447</sup>. JUDITH WIDMER resümiert «Die Entwicklung der Verwandtenunterstützungspflicht unter Berücksichtigung des Systems der sozialen Sicherheit»<sup>448</sup>.

(147) Noch unmittelbarer als das Schicksal des Vermögens des Erblassers interessiert mitunter das Schicksal seines Leichnams. Dafür sei verwiesen auf eine Übersicht von PETER BREITSCHMID/ISABEL MATT, «Organspende, Sektion und Bestattung – zivilrechtliche Streifzüge»<sup>449</sup>, auf einen Tagungsbericht von CHRISTELLE HAAS-LEIMACHER, «Le corps humain et ses organes après le décès: la mort au service de la vie?»<sup>450</sup> und auf einen weiteren Beitrag von SUSAN MAURER/DANIEL KERSTING, «Ist der Leichnam eine Sache?»<sup>451</sup>.

### c) Kindes- und Erwachsenenschutz/ Erbrecht

(148) In den zahlreichen Publikationen zum neuen Erwachsenenschutzrecht werden die neuen erbrechtlichen Bestimmungen<sup>452</sup>, wenn überhaupt, nur am Rande behandelt. Vgl. aber immerhin den Beitrag von ALEXANDRA ZEITER, «Neues Erwachsenenschutzrecht – Die neuen Bestimmungen im Erbrecht»<sup>453</sup> sowie die Kommentierung (PAUL EITEL/ALEXANDRA ZEITER) im neuen (auch in einer französischen Fassung vorliegenden) «FamKomm Erwachsenenschutz»<sup>454</sup>. Ferner sei aus der Fülle der Beiträge zum Vorsorgeauftrag (und zur Patientenverfügung) verwiesen auf DANIEL STOLL, «Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?»<sup>455</sup>

### d) Schulden/Haftung im Erbrecht

(149) «Erblasser, Erbengemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner» interessieren FRANCO LORANDI<sup>456</sup>. Ausgangspunkt ist dabei der Erblasser als (ursprünglicher) Schuldner.

(150) ARNOLD F. RUSCH äussert sich zu: «Schadenersatz für entgangenes Erbe? Zur Haftung des

Beraters in der Nachlassplanung»<sup>457</sup>. Aufgezeigt werden insbesondere die Schwierigkeiten beim «Einbezug» des intendierten Erben in den Beratervertrag.

### e) Steuern und Erbrecht

(151) PETER MÄUSLI-ALLENSPACH setzt eine bereits veröffentlichte Übersicht zu den schweizerischen Erbschafts- und Schenkungssteuern<sup>458</sup> fort mit dem Beitrag «Erbschafts- und Schenkungssteuern in der Schweiz – ein Überblick, Teil 2: Interkantonales und internationales Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht der Schweiz»<sup>459</sup>. GLADYS LAFFELY MAILLARD befasst sich mit «Planification matrimoniale et successorale en matière d'assurance des 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> piliers – Aspects de droit fiscal»<sup>460</sup>. PETER J. MARTI erläutert in einem Kommentar und anhand zahlreicher Beispiele die Eigenheiten des solothurnischen Steuerrechts: «Nachlasssteuer, Erbschafts- und Schenkungssteuer des Kantons Solothurn»<sup>461</sup>.

### f) Varia

(152) Einen «Leitfaden für Kunstinventare, Für Erben, Willensvollstrecker und ihre Berater» legt BERTOLD MÜLLER vor<sup>462</sup>. Der Autor weist u.a. darauf hin, dass Fachkenntnisse in rechtlicher, steuerlicher und logistischer Hinsicht unerlässlich seien, bei (Teil-)Verkäufen zudem Vertrautheit mit dem Kunstmarkt.

(153) MELANIE STUDER/MATTHIAS SCHWEIZER/ELKE BRUCKER-KLEY befassen sich mit dem Thema «Sterben und Erben in der digitalen Welt»<sup>463</sup>. Im Vordergrund stehen persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Aspekte sowie die technische Umsetzung möglicher Lösungen.

(154) STEFAN RIEDER fragt: «Sind Ferienentschädigungen vererbbar?»<sup>464</sup> Grundsätzlich sei die Frage zu verneinen.

---

447 In: Pfleregerecht 2012, 81 ff.

448 In: successio 2012, 223 ff.

449 In: successio 2011, 82 ff.

450 In: successio 2011, 106 ff.

451 In: Jusletter 29.8.2011.

452 Vgl. Nrn. 133 ff.

453 In: successio 2011, 254 ff.

454 Bern 2013 (Hrsg.: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler).

455 In: successio 2013, 35 ff.

456 In: AJP 2012, 1378 ff.

---

457 In: AJP 2012, 672 ff.

458 Vgl. EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 145.

459 In: successio 2012, 184 ff.

460 In: not@lex 2011, 45 ff.

461 Basel 2012.

462 In: ST 2011, 177 ff.

463 In: Jusletter 17.12.2012.

464 In: AJP 2012, 1579 ff.



## 2. Kommentierungen, Hand- und Lehrbücher

(155) In der Kommentarliteratur liegt erfreulicherweise ein weiterer «Berner Kommentar» vor, von HANS RAINER KÜNZLE<sup>465</sup>. Damit ist alles, was Judikatur und Literatur zur Willensvollstreckung zu bieten haben, Stand heute zusammengefasst und analysiert.

(156) Ferner sind gleich vier Kommentare neu aufgelegt worden: Der «Basler Kommentar»<sup>466</sup>, der «PraxKomm»<sup>467</sup>, der «CHK»<sup>468</sup> (nunmehr bestehend aus mehreren Bänden, darunter praktischerweise einer allein<sup>469</sup> zum Erbrecht) und der «OFK»<sup>470</sup>. Zu Ihnen gesellt sich nunmehr der von ANTOINE EIGENMANN/NICOLAS ROULLER herausgegebene «Commentaire du droit des successions (art. 457–640 CC; art. 11–24 LDFR)»<sup>471</sup>, an welchem acht Autorinnen und Autoren mitgewirkt haben. Der eigentliche Textteil umfasst 1040 Seiten; hinzu kommen ein Register der zitierten Erlasse und ein Schlagwortregister.

(157) In der Handbuchreihe «SPR» war das Erbrecht von PAUL PIOTET bearbeitet worden, in deutscher Übersetzung erschienen in den beiden berühmten Teilbänden von 1978 (SPR IV/1) bzw. 1981 (SPR IV/2). Der nun neu vorliegende erste Teilband

stammt von STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA<sup>472</sup>. Sein «Charakter» unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht markant vom «Vorgänger», leistet deswegen aber (aus anderem Gesichtswinkel) nicht minder wertvolle Dienste (nämlich insbesondere mit der konsequenten Fokussierung auf die Praxis des Bundesgerichts und die herrschende Lehre).

(158) Aus der in erster Linie für «Bologna-Studierende» geeigneten (?) Literatur sind zu erwähnen: Das «Übungsbuch Erbrecht» von GRITLI RYFFEL<sup>473</sup>, das «Repetitorium zum Schweizerischen Erbrecht» von URS FASEL<sup>474</sup> und das «Erbrecht» von PETER BREITSCHMID/PAUL EITEL/ROLAND FANKHAUSER/THOMAS GEISER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO aus der Reihe «litera B»<sup>475</sup>.

## 3. Verfahren

### a) Allgemeines

(159) «Schweizerische Zivilprozessordnung und Erbrecht – prozessuale Chancen und Alltagsfallen» präsentieren THOMAS WEIBEL/PATRICK GERSTER<sup>476</sup>. Diskutiert werden unter anderem Abschlagszahlungen im Rahmen der gerichtlichen Erteilung, Anwendungsfälle des Summarverfahrens, Fristwahrung durch Schlichtungsgesuch und Beweisrecht.

(160) MANUEL HÜSSER behandelt im Rahmen einer Dissertation «Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit»<sup>477</sup>. Die Ausführungen zu den einzelnen gerichtlichen Verfahren beinhalten auch einen Abschnitt über «Massnahmen im Zusammenhang mit dem Erbgang»<sup>478</sup>.

(161) ANDREAS BAUMANN orientiert umfassend über «Gebühren und Kosten im erbrechtlichen Mandat»<sup>479</sup>. Berücksichtigt werden über 20 erbrechtliche Klagen (o.dgl.). Zudem enthält der Beitrag u.a. Ausführungen über das Verfahren zur Streitwertfestlegung und eine Übersicht zu den kantonalen Gerichtskosten, aber auch weiterführende Hinweise, z.B. zur Tragbarkeit der Gerichtskosten, zur Prozessfinanzierung oder zur Preisüberwachung.

465 Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker, Art. 517–518 ZGB, Bern 2011; Besprechungen in: successio 2012, 304 ff. (JÜRGEN HONEGGER/RÉNÉ STRAZZER) und in: SJZ 2012, 130 f. (PETER BREITSCHMID).

466 Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011 (Hrsg.: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser); vgl. zur 2. und zur 3. Auflage EITEL, 2003 (siehe Vorbemerkungen), 117 f. bzw. EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 151.

467 Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. Auflage, Basel 2011 (Hrsg.: Daniel Abt/Thomas Weibel); vgl. zur Voraufgabe EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 150.

468 Besprechung der Gesamtausgabe in: Jusletter 15.10.2012 (ROLAND PFÄFFLI).

469 Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (Hrsg.: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo); vgl. zur Voraufgabe EITEL, 2009 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 151.

470 ZGB, Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2011 (Hrsg.: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf); vgl. zur Voraufgabe EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 138.

471 Bern 2012.

472 Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band: Erbrecht, 1. Teilband: Erbrecht, 1. Teil, Basel 2012.

473 2. Auflage, Zürich 2011.

474 Bern 2012.

475 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012; vgl. zur Voraufgabe EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 148.

476 In: successio 2012, 33 ff.

477 Zürich/Basel/Genf 2012 (Zürcher Studien zum Privatrecht Band 247); Besprechung in: successio 2013, 186 f. (RETO FANGER).

478 S. 92 ff.

479 In: successio 2013, 5 ff.



(162) Die Schwierigkeiten des Anwalts, sich bei Ämtern und Behörden Gehör zu verschaffen, wenn ein Fall ausserhalb ihrer Routine liegt, zeigt Urs BÄNZIGER auf: «Der <neue> Neffe oder wie man sich eines <Kuckucks> entledigt»<sup>480</sup>.

### b) Erbrechtliche Klagen

(163) Sofern es für den Erbrechtspraktiker überhaupt ein unverzichtbares Werk geben sollte, ist es dasjenige von CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL über «Die erbrechtlichen Klagen»<sup>481</sup>. Die 3. Auflage ist nochmals etwas umfangreicher (und wegen des festen Einbands gleichwohl handlicher) geworden. Sie enthält nunmehr auch einen Abschnitt über die Anfechtungsklage nach Art. 494 Abs. 3 ZGB.

(164) Diese Klage ist zudem Gegenstand zweier weiterer Beiträge: DANIEL ABT, «Die Anfechtungsklage bei erbvertragswidrigen Verfügungen»<sup>482</sup> und PAUL EITEL/FABIENNE ELMIGER, «Die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit nach Art. 494 Abs. 3 ZGB»<sup>483</sup>.

### c) Sicherungsmassregeln und vorsorgliche Massnahmen

(165) Einen «Überblick über die erbrechtlichen Sicherungsmassnahmen» vermittelt RENÉ STRAZZER<sup>484</sup>. Berücksichtigt werden Siegelung, Sicherungsinventar, Erbschaftsverwaltung und Testamentseröffnung, aber auch öffentliches Inventar und Ausschlagung. «Das Nacherbschaftsinventar» (Art. 490 ZGB) präsentiert WALTER WAGNER<sup>485</sup>.

(166) Die «klassischen» Sicherungsmassregeln (Art. 551–559 ZGB) sind ebenfalls Gegenstand eines Beitrags von SIBYLLE PESTALOZZI-FRÜH über «Vorsorgliche Massnahmen und besondere Vorkehrungen im Erbrecht»<sup>486</sup>. Darüber hinaus macht die Autorin aber auch Ausführungen zu vorsorglichen Massnahmen des Prozessrechts nach Anhebung erbrechtlicher Klagen (einschliesslich der vorsorg-

lichen Beweisabnahme), zu vorsorglichen Massnahmen vor der Prozessanhebung, zur Auskunft, zum Arrest, zu weiteren (ausserprozessualen) Vorkehrungen und zu Gestaltungsmöglichkeiten betreffend Sicherungsvorkehrungen.

### d) Schiedsgerichtsbarkeit

(167) Einen veritablen Boom erlebte in der Berichtsperiode das Thema «Schiedsgerichtsbarkeit». Im Vordergrund steht dabei die Frage der Zulässigkeit erbvertraglicher und (vor allem) testamentarischer Schiedsklauseln. Entsprechend hat MICHAEL SCHLUMPF dissertiert zum Thema: «Testamentarische Schiedsklauseln»<sup>487</sup>.

(168) Ein Tagungsband unter dem Titel «Schiedsgerichte in Erbsachen»<sup>488</sup> vereinigt (neben mehreren weiteren zur Situation in Deutschland) folgende Beiträge (umrahmt von einer Einleitung und einem Ausblick des Tagungsleiters HANS RAINER KÜNZLE und versehen mit Anhängen, nämlich einem Entwurf vom 16.9.2011 für eine «Schiedsordnung der Schweizerischen Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen [SSE]», einer «Gebühren- und Honorarordnung» und einer «Musterschiedsklausel»): DIETER GRÄNICHER, «Swiss Rules»; THOMAS SUTTER-SOMM/NICOLAS GUT, «Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger (testamentarischer) Schiedsklauseln»; SIBYLLE PESTALOZZI-FRÜH, «Erbvertragliche Schiedsklauseln/Schiedsverträge im Bereich des Erbrechts/Kollisionsrechtliche Aspekte bei solchen Schiedsgerichtsverfahren»; MICHAEL SCHLUMPF, «Testamentarische Schiedsklauseln»<sup>489</sup>. Drei weitere Beiträge sind sodann in der Zeitschrift *successio* erschienen: DENIS PIOTET, «La clause arbitrale fondée sur l'acte à cause de mort et la nouvelle procédure civile»<sup>490</sup>; SIBYLLE PESTALOZZI-FRÜH, «Testamentarische Schiedsklauseln – ein risikoreiches Unterfangen (Entgegnung auf Ausführungen von Prof. Dr. Hans Rainer Künzle in *successio* Nr. 4/2010, S. 286 ff.)»<sup>491</sup>; WALTER KRUG,

480 In: AR 2011, 480 ff.

481 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012; vgl. zu den beiden Voraufgaben EITEL, 2001 (siehe Vorbemerkungen), 176 bzw. EITEL, 2007 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 139.

482 In: AR 2011, 478 f.

483 In: Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich/Basel/Genf 2011 (LBR Band 53), 241 ff.

484 In: AR 2011, 471 ff.

485 In: Eine zehnjährige notarielle Zusammenarbeit im interkantonalen Bereich, Festschrift, swisNot.ch, Zürich/Basel/Genf 2011, 15 ff.

486 In: AJP 2011, 599 ff.

487 Zürich/St. Gallen 2011 (Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band 9); Besprechung in: ZBGR 2012, 439 f. (JÜRGEN SCHMID).

488 Untertitel: 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, Schriftenreihe der KENDRIS AG, Band 10).

489 S. 109 ff., 137 ff., 195 ff., 215 ff.

490 In: *successio* 2011, 164 ff.

491 In: *successio* 2011, 170 ff.



«Schiedsgerichte in Erbsachen – kurzer Überblick über die deutsche Rechtslage»<sup>492</sup>.

## 4. Erbteilung

(169) «Le clôture et les effets du partage successoral» sind Gegenstand eines Beitrags von FRANÇOIS VOUILLOZ<sup>493</sup>; aufgearbeitet werden Judikatur und Literatur zu den Art. 634–640 ZGB. MARC HÄUSLER/MARTINA PFISTER sodann verdeutlichen «Nutzen und Ausgestaltung der behördlichen Mitwirkung bei der Erbteilung gemäss Art. 609 Abs. 1 ZGB»<sup>494</sup>.

(170) Je länger die Zeitspanne zwischen Erbgängeröffnung und Abschluss der Teilung ist, desto wichtiger werden (neben der Berücksichtigung von Nutzung und Gebrauch einzelner Erben an einzelnen Nachlasssachen) Fragen um Wertveränderungen der Nachlassgegenstände. Eine Antwort darauf (insbesondere in Anbetracht des Pflichtteilsrechts) gibt PIUS BUMANN, «Wertveränderungen des Nachlassvermögens zwischen Todestag und Teilungstag»<sup>495</sup>.

## 5. Informationsansprüche

(171) Die Informationsansprüche der Erben haben in den vergangenen Jahren die Gerichte sehr stark beschäftigt, in der vorliegenden Berichtsperiode allerdings weniger als auch schon. In der Literatur dagegen finden sich sehr viele «einschlägige» Beiträge. Im Vordergrund des Interesses stehen dabei die Tragweite des Anwaltsgeheimnisses und die Auskunftspflichten bei Bankkonti u.dgl., an denen der Erblasser «nur» wirtschaftlich berechtigt war.

(172) GENEVIÈVE BRUNNER hat dissertiert zum Thema «Der Tod des Bankkunden, Rechtsprobleme bei der Vererbung der Bankbeziehung aus schweizerischer Sicht»<sup>496</sup>. Ihre Studie behandelt selbstverständlich nicht nur die Informationsansprüche; aber die Ausführungen dazu bilden richtigerweise einen Schwerpunkt.

(173) Ausschliesslich diesem «Schwerpunktthema» gewidmet ist eine Ausgabe der Zeitschrift *not@lex*<sup>497</sup>: DENIS PIOTET, «Les fondements du droit à l'information successoral à charge de tiers non successeurs»; FRANÇOIS BIANCHI, «Demandes de

renseignements dans le cadre d'une succession: L'avocat et le notaire peuvent-ils opposer leur secret professionnel?»; CARLO LOMBARDINI, «Secret bancaire et droit à l'information des héritiers»; CÉCILE FAESSLER, «Le secret professionnel du notaire et le droit aux renseignements des héritiers». Bereits zuvor war in derselben Zeitschrift erschienen: CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, «La banque face aux demandes de renseignements des héritiers, Aspects contractuels, successoraux et de droit international privé»<sup>498</sup>. Dasselbe Bild ergibt ein Blick in die Zeitschrift *successio*: In einem Heft ein Editorial und drei Beiträge<sup>499</sup> (PAUL EITEL, «Informationsansprüche im Erbrecht – eine Standortbestimmung»; JEAN NICOLAS DRUEY, «Das Informationsrecht des Erben – die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen»; ANDREAS SCHRÖDER, «Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...»; GIAN SANDRO GENNA, «Bundesgerichtliche Widersprüchlichkeit zum Informationsanspruch im Erbrecht? BGE 136 II 461 und BGer 5A\_638/2009»), in einem anderen Heft zwei weitere Beiträge<sup>500</sup> (DOMINIQUE ROCHAT/PHILIPP FISCHER, «Compte joint et clause d'exclusion des héritiers: de la difficulté de servir plusieurs maîtres»; HANS RAINER KÜNZLE, «Auskunftspflichten gegenüber Erben»). Ferner sind zu erwähnen: TARKAN GÖKSU, «Informationsrechte der Erben»<sup>501</sup> und MICHAEL HAMM/YARA BRUSA, «Auskunftsrechte von Erben wirtschaftlich Berechtigter gegenüber Schweizer Banken? Trend zeigt Richtung Transparenz»<sup>502</sup>.

## 6. Ehegattenerbrecht (sowie eingetragene Partnerschaft und Konkubinats)

(174) Auch in dieser Berichtsperiode ist erfreulicherweise eine erbrechtliche Habilitationsschrift erschienen: ROLAND FANKHAUSER, «Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Eine Studie an der Schnittstelle zwischen Ehe- und Erbrecht»<sup>503</sup>. Neben den «klassischen» dogmatischen Ausführungen verdienen die Auswertung eigener empirischer Untersuchungen des Autors und seine Überlegungen *de lege ferenda* besondere Beachtung.

(175) Ein «Dauerbrenner» ist und bleibt Art. 473 ZGB; siehe dazu: DANIEL STAEBELIN/EVA BACH-

492 In: *successio* 2012, 158 ff.; vgl. auch hinten Nr. 209.

493 In: *Jusletter* 21.11.2011.

494 In: *Jusletter* 22.10.2012.

495 In: *successio* 2012, 310 ff.

496 Zürich/Basel/Genf 2011 (Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Schriftenreihe von KENDRIS private AG, Band 9).

497 *not@lex* Heft 3/2012, 78 ff., 85 ff., 93 ff. und 108 ff.

498 In: *not@lex* 2011, 121 ff.

499 In: *successio* Heft 3/2011, 176 f. (französische Version 178 f.), 183 ff., 189 ff., 203 ff.

500 In: *successio* Heft 4/2012, 240 ff., 256 ff.

501 In: *AJP* 2012, 953 ff.

502 In: *ST* 2013, 67 ff.

503 Bern 2011 (Schriftenreihe zum Familienrecht, *FAM PRA.ch*, Band 17); Besprechung in: *successio* 2013, 75 ff. (REGINA E. AEBI-MÜLLER).

OFNER, «Der Achtelstreit geht weiter – Neues zu Art. 473 ZGB»<sup>504</sup> (betreffend Konstellationen, in denen der Erblasser neben dem Ehegatten sowohl gemeinsame als auch nichtgemeinsame Kinder hinterlässt) und (im Anschluss an ihre Dissertation<sup>505</sup>) SABRINA CARLIN, «Les nouvelles controverses liées à l'application de l'art. 473 CC et l'influence de la quotité disponible réduite dans ce contexte»<sup>506</sup> (überdies betreffend Wahlrechte des Ehegatten).

## 7. Verfügungsarten

(176) KILIAN WUNDER/ANDREAS FLÜCKIGER zeigen die zahlreichen «Motive und Tücken der Nacherbeneinsetzung» auf<sup>507</sup>. Ihre Überlegungen münden u. a. in den Befund, dass sich die mit der Nachlassregelung verfolgten Ziele unter Umständen mit weniger risikobehafteten Dispositionen als der Nacherbeneinsetzung erreichen liessen.

(177) OLIVER ARTER hält fest: «Auflagen und Bedingungen als Mittel der Nachlassgestaltung – Präzise Formulierungen sind entscheidend»<sup>508</sup>. Neben der Abgrenzung zwischen Auflage und Bedingung kann auch diejenige zwischen Auflage und Vermächtnis infrage stehen.

## 8. Willensvollstreckung

(178) HANS RAINER KÜNZLE beobachtet kontinuierlich die Entwicklungen in Theorie und Praxis auf dem Gebiet der Willensvollstreckung (in einem weiten Sinne verstanden). Eine Frucht dieser Beobachtungen ist nunmehr der bereits erwähnte «Berner Kommentar»<sup>509</sup>. Hinzu kommen die (weiterhin) jährlich erscheinenden Berichte «Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2010–2011)»<sup>510</sup> und «Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2011–2012)»<sup>511</sup>. Ausserdem liegt vor: HANS RAINER KÜNZLE, «Interessenkollision im Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt»<sup>512</sup>.

(179) Die Willensvollstreckung ist aber auch Gegenstand zweier Dissertationen: MARKUS PICHLER, «Die Stellung des Willensvollstreckers in <nicht-erbrechtlichen> Zivilprozessen, unter besonderer

Berücksichtigung der Stellung der Erben»<sup>513</sup> und MARC'ANTONIO ITEN, «Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers, Sorgfaltspflicht und andere ausgewählte Probleme»<sup>514</sup>.

## 9. Unternehmenserbrecht («bürgerlich» und «bäuerlich»)

(180) Mehrere Beiträge befassen sich mit dem «bürgerlichen» Unternehmenserbrecht: So KINGA M. WEISS, «Nachlassplanung für Familienunternehmen»<sup>515</sup> und TOBIAS SOMARY/JUANA VASELLA, «Nachlassplanung und familieninterne Unternehmensnachfolge: Ehegüter- und erbrechtliche Fragen»<sup>516</sup>; ferner in einem Sammelband<sup>517</sup> auch PETER BREITSCHMID, «Aktuelle Entwicklungslinien von Erbrecht und Erbschaftssteuer mit Blick auf die Nachfolge in Familienunternehmen vorab in der Schweiz, Deutschland und Italien» und PAUL EITEL, «Eigentumstransfer an Familienunternehmen in der Schweiz – erbrechtliche Aspekte».

(181) «Das Unternehmen in der Erbteilung, Die Teilungsart (Art. 607–619 ZGB)» ist Gegenstand der Dissertation von FABIENNE ELMIGER<sup>518</sup>. Die Autorin befasst sich hauptsächlich mit den gesetzlichen Teilungsvorschriften bzw. mit der Rechtslage bei Fehlen erblasserischer Teilungsvorschriften, mit der Bestimmung des Übernehmers durch den Erblasser, mit erblasserischen Teilungsvorschriften ohne Bestimmung des Übernehmers und mit der Delegation der Befugnis zur Bestimmung des Übernehmers durch den Erblasser. Vorgespannt sind alledem auch Ausführungen zum landwirtschaftlichen Gewerbe in der Erbteilung.

(182) Das «bäuerliche» Unternehmenserbrecht wird naturgemäss prominent behandelt in der neuen, stark erweiterten Auflage des vom Schweizerischen Bauernverband herausgegebenen, grünen «BGBB-Kommentars» aus Brugg<sup>519</sup>. Gleich zwei Beiträge steuert sodann FRANZ A. WOLF bei: «Im Spannungsfeld zwischen Gewinnanspruch, erb-

504 In: Jusletter 19.9.2011.

505 Vgl. EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 163.

506 In: successio 2012, 174 ff.

507 In: successio 2012, 82 ff.

508 In: ST 2011, 745 ff.

509 Nr. 155.

510 In: successio 2011, 270 ff.

511 In: successio 2013, 23 ff.

512 In: SJZ 2012, 1 ff.

513 Zürich/Basel/Genf 2011 (Zürcher Studien zum Privatrecht Band 235); Besprechung in: successio 2013, 80 f. (RETO FANGER).

514 Zürich/Basel/Genf 2012 (Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht, Schriftenreihe von KENDRIS private AG, Band 11).

515 In: AR 2011, 474 ff.

516 In: ST 2011, 291 ff.

517 In: Doing Succession in Europe, Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective, Zürich/Basel/Genf 2011, 173 ff., 271 ff.

518 Zürich/Basel/Genf 2012 (LBR Band 68).

519 Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Auflage, Brugg 2011.



rechtlicher Ausgleichung und Herabsetzung, Die unentgeltliche Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke an Nachkommen mit späterer Zuweisung zur Bauzone»<sup>520</sup> und «Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung»<sup>521</sup>.

## 10. Stiftung (und Gemeinnützigkeit)

(183) Vorab sei verwiesen auf den im Rahmen der Reihe njus.ch erschienenen Band von DOMINIQUE JAKOB/GORAN STUDEN/MATTHIAS UHL, «Verein – Stiftung – Trust, Entwicklungen 2011»<sup>522</sup>. Ebenfalls laufend verfolgt wird das Stiftungsrecht von HAROLD GRÜNINGER, der in der Zeitschrift *successio* jährlich berichtet über «Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht»<sup>523</sup>.

(184) DOMINIQUE JAKOB/PETER PICTH beschreiben «Sustainable Investments by Foundations from a Legal Perspective»<sup>524</sup>. Weitere Beiträge zu Einzelthemen stammen von OLIVER ARTER («Die schweizerische Familienstiftung»<sup>525</sup>), von HABIB TABET («L'interdiction de la fondation d'entretien en droit suisse: un anachronisme?»<sup>526</sup>) und von PETER BREIT-SCHMID/RAPHAEL KOBLER/NAÏMA BERNHART, ««Sie sammeln und wissen nicht, wer es kriegen wird» – macht Geben seliger [und «reicher»] denn Nehmen?»<sup>527</sup>).

## 11. Trust

(185) Seit dem Inkrafttreten des Haager Trustübereinkommens für die Schweiz hat auch die hiesige Trustliteratur einen Boom erlebt. Diese war aber bisher noch zu wenig ausgiebig auf primär erbrechtliche Fragestellungen fokussiert<sup>528</sup>. Das soeben<sup>529</sup> erwähnte «Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Privatrecht als kulturelles Erbe» enthält nun aber gleich mehrere Beiträge zum Trust und seiner «Einbettung» ins schweizerische Erbrecht<sup>530</sup>: THOMAS GEISER, «Familienfideikommiss und Trusts – Fortschritt oder kollektives Vergessen?»; DOMINIQUE JAKOB/PETER PICTH, «Der Einsatz von Trusts in Vor- und Nacherbschaftskonstellationen – Ge-

danken zum Zusammenspiel von Haager Trust Übereinkommen und Art. 488 Abs. 2 ZGB»; IVO SCHWANDER, «Sham, Durchgriff und Ordre public – vor Schweizer Gerichten». Auch die diesem Autor gewidmete Festschrift über «Innovatives Recht» enthält Ausführungen von DOMINIQUE JAKOB/PETER PICTH, «Das Haager Trust-Übereinkommen und seine Geltungseinschränkungen – ein Fass der Danaiden?»<sup>531</sup>. Und schliesslich sei verwiesen auf PAUL EITEL/SILVIA BRAUCHLI, «Trusts im Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts»<sup>532</sup>.

(186) Eine umfassende Übersicht zur Trustliteratur findet sich im (ebenfalls bereits erwähnten<sup>533</sup>) Band von DOMINIQUE JAKOB/GORAN STUDEN/MATTHIAS UHL. Herausgegriffen seien hier nur: Die beiden Dissertationen aus dem Genfer Centre de droit bancaire et financier von DELPHINE PANNA-TIER KESSLER («Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts, *Tracing* en droit civil suisse»<sup>534</sup>) und von AUDE PEYROT («Le trust de *common law* et l'exécution forcée en Suisse»<sup>535</sup>) sowie eine Masterarbeit von NATALIE NABHOLZ («Die Besteuerung von irrevocable discretionary Trusts in der Schweiz»<sup>536</sup>).

## 12. Varia

(187) Mitunter zeitigt das Erbrecht (bzw. die Gier der «Erbanwärter») schlimme Folgen. Daran erinnert eine Rezension des Sachbuchs (nicht: des Kriminalromans) von GERNOT HÄMMERLE, «Falsche Erben/Testamentsfälscher bei Gericht»<sup>537</sup>.

(188) Dass aber auch der («freiwillige») Humor bei der «Erbrechtslektüre» (und bei den Erbrechtlern) nicht zu kurz zu kommen braucht, zeigen zwei weitere Beiträge in der Zeitschrift *successio* auf: DANIEL ABT, «Die Geschichte des 18. Kamels, Dies ist die Geschichte eines Reisenden auf seinem langen Weg durch die Wüste»<sup>538</sup> und PETER BREIT-SCHMID, «Die Episode der 35 Kamele – oder: Zur Höhe des Willensvollstreckerhonorars bei unvollständiger Teilung, Bemerkungen in Fortsetzung zu Daniel Abt, Die Geschichte des 18. Kamels, *successio* 2011 339»<sup>539</sup>.

520 In: *successio* 2011, 221 ff.

521 In: *successio* 2012, 280 ff.

522 Bern 2012.

523 In: *successio* 2011, 112 ff. und *successio* 2012, 101 ff.

524 In: *successio* 2013, 82 ff.

525 In: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, Bern 2012, 107 ff.

526 In: *not@lex* 2011, 67 ff.

527 In: *Liber amicorum Nedim Peter Vogt* (Nr. 185), 43 ff.

528 Vgl. EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 174.

529 Fn. 527.

530 Basel 2012, 89 ff., 175 ff., 233 ff.

531 Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 543 ff.

532 In: *successio* 2012, 116 ff.

533 Nr. 183.

534 Genf/Zürich/Basel 2011.

535 Genf/Zürich/Basel 2011.

536 Basel 2011.

537 In: *successio* 2012, 309 (LUIGI R. ROSSI).

538 In: *successio* 2011, 339.

539 In: *successio* 2012, 313 f.

### 13. Blick über die Grenze I

#### a) «Klassisches» IPR

(189) PETER BREITSCHMID/ÜLKÜ CIBIK fragen: «Rechtswahl oder Rechtsmissbrauch – Gestaltungsoption oder «Inländerbenachteiligung»?»<sup>540</sup>. Die Autoren betonen die Bedeutung «gelebter Mehrpoligkeit» im Vergleich zu «steuerneinsparenden Wohnsitzen», «Schuldentilgungsoptimierungen» und «billigen Enterbungen»<sup>541</sup>.

(190) YVAN LEUPIN beleuchtet «Les effets de la scission successorale en droit suisse»<sup>542</sup>. Der Autor erörtert, im Anschluss an seine Dissertation<sup>543</sup>, insbesondere die Möglichkeit eines Systems der Ausgleichung, das es ermöglichen könnte, im Ausland erhaltene Vermögenswerte bei der Teilung des Teilnachlasses in der Schweiz zu berücksichtigen.

#### b) EuErbVO

(191) Die EuErbVO wirft bereits ihre Schatten voraus<sup>544</sup>. Zwei Beiträge orientieren darüber aus spezifisch schweizerischer Sicht: ANDREA BONOMI, «La compétence des juridictions des Etats membres de l'Union européenne dans les relations avec les Etats tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions»<sup>545</sup> und PHILIPPE FRÉSARD, «Le nouveau Règlement européen des successions: l'essentiel en bref»<sup>546</sup>.

#### c) Planung (Schweiz/Deutschland, Österreich, Frankreich)

(192) ALEXANDER PFEIFFER befasst sich in seiner Dissertation mit dem Thema «Nachlassplanung deutsch-schweizerischer Ehepaare, Internationalprivatrechtliche, ehgüterrechtliche, erbrechtliche, rechtsgeschäftliche und gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten»<sup>547</sup>. Dabei unterscheidet der Autor systematisch zwischen internationalen ehgüter- und erbrechtlichen Vorkehrungen (je nach Wohnsitz bzw. gewöhnlichem Aufenthalt), nationalen ehgüter- und erbrechtlichen Vorkehrungen und Gestaltungen unter Lebenden.

(193) Den Charakter eines Leitfadens hat demgegenüber das Buch von JOST APPEL/URTE APPEL,

«International Vererben, Deutschland Österreich Schweiz, Erbrechtliche und steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der gewillkürten und vorweggenommenen Erbfolge in Europa»<sup>548</sup>. Einen «Cas pratique de planification successorale franco-suisse» präsentieren JULIEN SAINT-AMAND/MURIEL CARPON<sup>549</sup>.

### 14. Blick über die Grenze II

#### a) EuErbVO

(194) Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO) wird bald einmal angewendet. Charakteristisch für sie ist die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers.

(195) Auf einer einzigen Druckseite Platz hat ein Beitrag von DANIEL LEHMANN in Form von Antworten auf zehn Fragen: «EuErbVO: Die Verordnung im Kurzüberblick»<sup>550</sup>. Sodann sei auf folgende Beiträge verwiesen: STEPHAN LORENZ, «Erbrecht in Europa – Auf dem Weg zu kollisionsrechtlicher Rechtseinheit»<sup>551</sup>; STEPHANIE HERZOG, «Die EU-Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO)»<sup>552</sup>; CHRISTIAN FRIEDRICH MAJER, «Die Geltung der EU-Erbrechtsverordnung für reine Drittstaatsverhältnisse»<sup>553</sup>; CARL-FRIEDRICH NORDMEIER, «EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente»<sup>554</sup>.

#### b) Reformbemühungen

(196) Mehr denn je<sup>555</sup> müssen die Diskussionen *de lege ferenda* im Ausland interessieren. Wertvolle Anregungen vermitteln etwa: Aus Deutschland ANNE RÖTHEL («Reformbedarf im Erbrecht – aus der Sicht der Wissenschaft»<sup>556</sup>) und ANDREAS FRIESER («Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung im Erbrecht – Ist unser Erbrecht noch zeitgemäss?»<sup>557</sup>), aus Österreich BERNHARD ECCHER, «Das österrei-

540 In: Festschrift für Ivo Schwander (Fn. 531), 457 ff.

541 S. 469.

542 In: *successio* 2011, 150 ff.

543 Vgl. EITEL, 2011 (siehe Vorbemerkungen), Nr. 176.

544 Vgl. Nrn. 194 f.

545 In: Festschrift für Ivo Schwander (Fn. 531), 665 ff.

546 In: Jusletter 21.1.2013.

547 Regensburg 2011 (Schriften des Instituts für ausländisches und europäisches Privat- und Verfahrensrecht der Universität Leipzig Band 17).

548 Norderstedt 2011.

549 In: Festschrift swisNot.ch (Fn. 485), 75 ff.

550 In: ZEV 2012, 533.

551 In: ErbR 2012, 39 ff.

552 In: ErbR 2013, 2 ff.

553 In: ZEV 2011, 445 ff.

554 In: ZEV 2012, 513 ff.

555 Vgl. vorn Nr. 139.

556 In: ErbR 2011, 167 ff.

557 In: ErbR 2012, 98 ff.



chische Erb- und Pflichtteilsrecht – Grundprinzipien und Reformüberlegungen»<sup>558</sup> und RUDOLF WELSER, «Die Entwicklung des Erbrechts»<sup>559</sup>.

(197) Weiter seien in diesem Kontext erwähnt: Ein von MATTHIAS SCHMÖCKEL/GERHARD OTTE herausgegebener Sammelband über «Europäische Testamentsformen»<sup>560</sup> (u.a. mit mehreren «Länderberichten», ohne die Schweiz); sowie ein Beitrag von HELMUT OFNER, «Ehegüterrechtlicher Ausgleich bei Tod eines Ehegatten?» (mit rechtsvergleichenden Betrachtungen zum deutschen und zum schweizerischen Modell)<sup>561</sup> und ein Bericht von CHRISTELLE HAAS-LEIMACHER («Accord franco-allemand sur un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts»<sup>562</sup>).

### c) Grundrechte und Erbrecht

(198) Nach wie vor ganz andere Dimensionen als hierzulande hat die Diskussion um die Tragweite von Grundrechten im Erbrecht in Deutschland, insbesondere mit Blick auf die Schranken der Testierfreiheit. Einen konzisen Überblick vermittelt LARS DITTRICH, «Verfassungsrechtliche Vorgaben des Erbrechts»<sup>563</sup>. Hinzu kommt die Dissertation von MARTIN GILBERT, «Unmoralische Angebote, Grundrechtskitsch und die kalte Hand des Erblassers, Sittenwidrige Potestativbedingungen in letztwilligen Verfügungen»<sup>564</sup>.

(199) Weiter gehören in diesen Kontext zwei Dissertationen (wenngleich nicht auf die Tragweite der Grundrechte ausgerichtet): EVA MARIA BLOMBERG, «Freiheit und Bindung des Erblassers, Eine Untersuchung erbrechtlicher Verwirklichungsklauseln»<sup>565</sup> und TOBIAS BREITLING, «Rechtsfolgen von sittenwidrigen Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen, Erblasserwille und objektives Recht»<sup>566</sup>. Ferner sei an dieser Stelle erwähnt: Die Dissertation von MARC SCHUBERT, «Die Verfassungswidrigkeit der Erbschaft- und Schenkungsteuer und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Neuregelung»<sup>567</sup>.

(200) Einen Einblick in die Diskussion in Österreich vermittelt GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER, «Familien- und Erbrecht im Lichte des Verfassungsrechts»<sup>568</sup>.

### d) Grundlagenliteratur

(201) Hand- und Lehrbücher gibt es insbesondere in Deutschland sehr viele. Ausserordentlich beeindruckend ist aber das «Erbrecht» von KARLHEINZ MUSCHELER<sup>569</sup>. Als besonders ertragreich auch für die hiesige Leserschaft erweist sich die Lektüre des «AT» dieses zweibändigen *opus magnum* des Autors.

(202) Interessante Einblicke vermittelt auch der von REINHARD ZIMMERMANN herausgegebene Sammelband «Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts»<sup>570</sup>. Weiter ist eine gediegene Festschrift zu erwähnen, welche ausnahmsweise gleich zwei Jubilaren gewidmet ist und ausschliesslich erbrechtlich ausgerichtete Beiträge enthält: «Erbrecht und Vermögensnachfolge, System, Struktur, Vertrag»<sup>571</sup>.

### e) Auslegung

(203) Einen umfassenden Überblick vermittelt das Handbuch von CLAUS-HENRIK HORN/LUDWIG KROISS, «Testamentsauslegung – Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen»<sup>572</sup>. Behandelt werden nach der Auslegung letztwilliger Verfügungen auch die Auslegung von Ehegattentestamenten und Erbverträgen, die Anfechtung letztwilliger Verfügungen, das internationale Erbrecht und aussergerichtliche und gerichtliche Verfahrensfragen.

(204) Ein hierzulande (trotz der «Querschenschungsproblematik») noch kaum bewegendes Thema greift SEBASTIAN SPIEGELBERGER auf: «Auslegungsvertrag und Erbvergleich»<sup>573</sup>.

### f) Trust

(205) Zwei Dissertationen richten ihren Blick auf den Trust (durch die Brille des deutschen Juristen): JULIA REMDE, «Der Trust als Gestaltungsmittel der Vermögensverselbständigung und des Vermögens-

558 In: recht 2011, 53 ff.

559 In: Festschrift 200 Jahre ABGB, Wien 2011, 713 ff.

560 Baden-Baden 2011 (Schriften zum Notarrecht Band 23).

561 In: Festschrift 200 Jahre ABGB (Fn. 559), 513 ff.

562 In: successio 2011, 247 f.

563 In: ZEV 2013, 14 ff.

564 Frankfurt am Main 2009 (Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht Band 2).

565 Tübingen 2011 (Studien zum Privatrecht Band 12).

566 Frankfurt am Main 2012 (Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht Band 12).

567 Frankfurt am Main 2011 (Finanz- und Steuerrecht in Deutschland und Europa Band 11).

568 In: Festschrift 200 Jahre ABGB (Fn. 559), 1587 ff.

569 2 Bände, Tübingen 2010; Besprechung in: successio 2014, 73 ff. (PAUL EITEL).

570 Tübingen 2012.

571 Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann zum 70. Geburtstag, München 2012.

572 München 2012.

573 In: ErbR 2012, 165 ff.

schutzes»<sup>574</sup> und SARA MELINA BERENDSEN, «Der englische Express Trust, Eine rechtsvergleichende Untersuchung und ihre kollisionsrechtlichen Konsequenzen»<sup>575</sup>.

(206) Ebenfalls in diesen Kontext gehört eine weitere Dissertation (welche sich auf Institute des deutschen Erbrechts bezieht): BERNHARD HOFMANN, «Die *rules against perpetuities* im deutschen Erbrecht»<sup>576</sup>.

### g) Türkei

(207) Ganz spezielle Bezüge bestehen zwischen dem schweizerischen und dem türkischen Erbrecht. Dabei ist leider einzuräumen, dass sich die türkische Literatur erheblich stärker mit der schweizerischen befasst als umgekehrt. Dies hauptsächlich aus Gründen (vorhandener bzw. fehlender) sprachlicher Kompetenz. Vor diesem Hintergrund ist zu verweisen auf einen von HILMAR KRÜGER/YASEMIN KÖRTEK herausgegebenen Sammelband: «Beiträge zum türkischen Recht, Erbrecht und Sozialrecht»<sup>577</sup>, u.a. mit Beiträgen von RONA SEROZAN («Die Entwicklung des türkischen Erbrechts» [wegen der ausserordentlich kenntnisreichen Dichte des Textes, der zahlreichen rechtsvergleichenden Hinweise und des Einbezugs der sozialen Realität besonders ertragreich]), BAKI İLKAY ENGIN («Die gesetzliche Erbfolge im neuen türkischen Zivilgesetzbuch») und HILMAR KRÜGER («Erbrechtliche Probleme in den deutsch-türkischen Beziehungen»).

### h) China

(208) Über das «Erbrecht in China» berichtet CHRISTINA EBERL-BORGES<sup>578</sup>. Anders als etwa in der Sowjetunion sei das Erbrecht in China nie ganz abgeschafft worden, und die geltende Verfassung ent-

hält eine Eigentums- und Erbrechtsgarantie. Das chinesische Erbrecht gilt als sehr einfach in dem Sinne, dass vieles nur rudimentär geregelt ist. Das dürfte sich nach der Auffassung der Autorin ändern, nachdem in China mittlerweile offenbar mehr als eine Million Millionäre leben. Bis anhin seien wichtige Wertungen u.a. die Honorierung von Versorgungs- und Pflegeleistungen an den Erblasser und die Versorgung besonders bedürftiger Personen aus dem Nachlass.

### i) Varia

(209) Mit Blick auf die Themen, welche hierzulande im Vordergrund stehen, sei sodann aus dem deutschen Schrifttum zunächst verwiesen auf zwei weitere Aufsätze: MICHAEL IVENS, «Grundstücksschenkung unter Niessbrauchsvorbehalt»<sup>579</sup> (den Ausführungen des Autors ist u.a. zu entnehmen, dass entsprechende Rechtsgeschäfte auch in Deutschland an Bedeutung gewonnen haben) und RÜDIGER WERNER, «Das Schiedsverfahren als Instrument zur Lösung erbrechtlicher Streitigkeiten»<sup>580</sup> (dieses habe sich in der Praxis als alternatives Konfliktlösungsverfahren etabliert).

(210) Hinzu kommen z.B. diese drei Dissertationen: INA LUTZ, «Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht im spanischen Código Civil im Vergleich mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Unter besonderer Berücksichtigung von Immobilienerbschaften»<sup>581</sup> (u.a. mit Hinweisen zur *mejora* und Überlegungen *de lege ferenda*); SIMONE SCHÖNBERGER, «Postmortaler Persönlichkeitsschutz»<sup>582</sup>; ROMAN SPRENGER, «Die Unvereinbarkeit des Amtes des Testamentsvollstreckers mit seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter einer natürlichen Person als Erben»<sup>583</sup>.

574 Frankfurt am Main 2012 (Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Band 5333).

575 Hamburg 2010 (Studien zum Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht sowie zum UN-Kaufrecht Band 45).

576 Frankfurt am Main 2012 (Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft, Band 5271).

577 Berlin 2010 (Deutsch-türkische Rechtsstudien Band 9).

578 In: ErbR 2013, 15 ff.

579 In: ZEV 2012, 71 ff.

580 In: ZEV 2011, 506 ff.

581 Frankfurt am Main 2011 (Schriften zum Medien-, Urheber- und Wirtschaftsrecht Band 11).

582 Bielefeld 2011 (Schriften zum deutschen, europäischen und vergleichenden Zivil-, Handels- und Prozessrecht Band 254).

583 Berlin 2011 (Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 413).



# Surprenant peut-être, mais pas invalide pour autant

ATF 5A\_323/2013\*

Paul-Henri Steinauer\*\*

*Pour décider si un document qui remplit les conditions de forme d'un testament olographe mais dont le texte est équivoque comporte une disposition pour cause de mort, le tribunal doit considérer le document dans son ensemble et peut tenir compte d'éléments extrinsèques. Le fait que le contenu et les circonstances de la rédaction de ce document peuvent surprendre ne signifie pas encore qu'il ne s'agit pas d'un testament valable.*

## Table des matières

- I. Les faits
- II. La décision
- III. Remarques

### I. Les faits

Par testament public du 16 mars 2006, A, née en 1924, a institué héritière unique la Fondation X. Elle a en outre légué à sa nièce Y des écuries situées à C ainsi qu'une somme de deux millions de francs. Y vit avec son mari Z à E, près de plusieurs immeubles appartenant à A.

Le 7 janvier 2007, A a rédigé à la main le texte suivant, qu'elle remit à Y :

«7.01.07

*Les immeubles de E doivent être conservés par Y et Z.*

A»

A est décédée le 30 juillet 2007 sans laisser d'héritier réservataire.

Le 14 novembre 2008, la Fondation X a ouvert action contre Y et Z devant le Tribunal civil de Baden. Elle concluait principalement à ce qu'il soit constaté que le document du 7 janvier 2007 ne constitue pas une disposition pour cause de mort et, pour le cas où il serait tout de même considéré comme tel, à la nullité de la disposition. L'action, l'appel interjeté devant le Tribunal cantonal d'Argovie et le recours au Tribunal fédéral furent rejetés.

### II. La décision

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que le premier but de la forme olographe est de manifester que le testateur a la volonté de tester (*l'animus testandi*). L'établissement de cette volonté est une condition essentielle pour admettre l'existence d'une disposition pour cause de mort. Si le texte est équivoque, le tribunal doit prendre en considération le document dans son ensemble et il peut en outre tenir compte d'éléments extrinsèques au document. C'est ce qu'a fait à juste titre la cour cantonale, en revenant sur les circonstances de l'élaboration du texte litigieux et en mettant celui-ci en relation avec le testament authentique dans lequel la *de cuius* avait légué à sa nièce les écuries ainsi que la somme de deux millions de francs. Le Tribunal cantonal avait en effet tenu compte du fait que la *de cuius* et sa nièce avaient une passion commune pour l'équitation, que la première avait d'ores et déjà légué à la seconde des écuries et une importante somme d'argent, mais qu'elles auraient eu, le 7 janvier 2007, une discussion à propos des frais énormes liés aux écuries et que cela aurait incité la *de cuius* à faire le legs supplémentaire contesté. Dès lors que les faits extrinsèques ayant servi à interpréter le document ne sont pas contestés, une violation de l'art. 8 CC n'entre pas en ligne de compte: le tribunal apprécie libre-

\* Arrêt du Tribunal fédéral du 23 août 2013.

\*\* Professeur à l'Université de Fribourg. Je remercie Mme Camille Joye, assistante à la Faculté de droit de Fribourg, de l'aide qu'elle m'a apportée lors de la préparation de ce commentaire.



ment les preuves et cette appréciation ne peut être contestée que si elle ne respecte pas les exigences de l'art. 97 al. 1 LTF.

La recourante relevait aussi, en plus d'autres arguments, que la défunte avait été jusque-là très attentive lors de l'élaboration de ses dispositions de dernières volontés, qu'elle avait, depuis 2000, établi quatre testaments avec l'aide d'un notaire et d'un avocat et qu'il était donc très improbable que, compte tenu de sa grande importance, le document atypique du 7 janvier 2007 constituait véritablement un testament. Le Tribunal fédéral relève que A., âgée alors de 83 ans, se trouvait à cette date en clinique dans un état de santé inquiétant, qu'elle ne savait pas si elle pourrait sortir de l'hôpital et qu'il peut paraître normal qu'elle ait voulu régler elle-même ses affaires ce jour-là. Le fait que, ayant effectivement vécu encore six mois après sa sortie de l'hôpital, A. ne se soit pas adressée à son notaire ou son avocat ne suffit pas à exclure qu'elle ait réellement voulu disposer pour cause de mort dans le document du 7 janvier 2007.

De même, la volonté de tester ne peut pas être écartée, comme le soutenait la recourante, du fait que le premier legs aurait été suffisant pour couvrir les frais des écuries ou parce que le document litigieux paraît inapproprié en tant qu'il favorise également l'époux de Y (celui-ci n'avait pas de liens particuliers avec la défunte, n'avait pas un intérêt spécial pour les sports équestres et, en cas de divorce, aurait pu garder sa part du legs sans que celle-ci serve au financement des écuries). Le Tribunal fédéral note que, quel qu'en soit le fondement, ces observations ne remettent pas en question l'interprétation du document litigieux.

Pour le cas où il serait constaté que ce document est un testament valable en la forme, la recourante faisait encore valoir que la *de cuius* était dans une erreur manifeste lorsqu'elle l'a rédigé. Elle aurait en effet oublié qu'elle avait déjà attribué 2,6 millions de francs à la Fondation G pour la conservation des écuries et qu'elle avait ainsi prévu une rétribution mensuelle de 10000 francs pour la personne qui s'occuperait des dites écuries après sa mort. Même s'il n'est pas nécessaire qu'elle soit essentielle selon les art. 23 ss CO, une erreur ne peut toutefois être retenue, selon l'art. 519 al. 1 ch. 2 CC, que s'il est établi que le testateur aurait modifié les dispositions litigieuses s'il avait eu connaissance du juste état des choses. Le Tribunal fédéral, suivant la cour cantonale, a considéré que le fait que la défunte n'ait pas fait mention de la Fondation G le 7 janvier 2007 ne prouvait ni qu'elle n'y ait pas pensé ce jour-là ni, le cas échéant, qu'elle aurait disposé autrement si elle y avait pensé. Ainsi, même si l'on devait considérer

que la testatrice était dans l'erreur, il manque la preuve du rapport de causalité entre l'erreur et la disposition qui a été prise.

Finalement, le Tribunal fédéral rejette l'argument selon lequel il est improbable que la défunte ait voulu prendre deux fois la même disposition, savoir mettre des moyens à disposition pour assurer la conservation de l'écurie. La rente annuelle garantie par l'intermédiaire de la Fondation G n'est en effet pas suffisante pour couvrir les frais de fonctionnement des écuries, cela même si ceux-ci ne sont pas de 300000 francs comme l'affirment les intimés, mais de 180000 francs comme le prétend la recourante. Encore une fois, l'argument selon lequel la nièce de la défunte aurait déjà eu suffisamment de moyens avec le legs de deux millions n'est pas déterminant.

Le Tribunal fédéral conclut en estimant que la cour cantonale a valablement considéré le document litigieux comme une disposition pour cause de mort et qu'il n'est pas nécessaire de décider si la cour cantonale a jugé à bon droit que la testatrice n'était pas dans l'erreur.

### III. Remarques

La décision du Tribunal fédéral est à mon sens convaincante. Elle n'appelle pas de grands commentaires, dans la mesure où elle met en œuvre des principes jurisprudentiels bien établis en matière d'interprétation des dispositions pour cause de mort. Trois points méritent cependant d'être mis en évidence.

1. L'arrêt réaffirme le principe que *l'interprétation d'un testament à l'aide d'éléments extrinsèques n'est admissible que si la volonté du de cuius a trouvé une expression, certes équivoque, mais bien réelle tout-de-même, dans le document revêtu de la forme légale d'un testament (Andeutungsprinzip):* «Die Auslegung einer Willenserklärung setzt aber – wie erwähnt – voraus, dass ein animus testandi aus der Verfügung hervorgeht. Daher darf durch die Auslegung <nichts in die Verfügung hineingelegt werden, was nicht darin enthalten ist> (so PETER WEIMAR, in: Berner Kommentar, 2009, Die Verfügungen von Todes wegen – Einleitung, N 71). In diesem Sinne ist die erwähnte Rechtsprechung zu verstehen, wonach der Richter so genannte Externa nur insoweit zur Auslegung heranziehen darf, als sie ihm erlauben, eine im Text enthaltene Angabe zu klären oder zu erhärten und den Willen zu erhellen, der in der gesetzlich vorge-



schriebenen Form zum Ausdruck kommt [...]» (cons. 2.1). Le Tribunal fédéral renvoie pour le reste à ses arrêts 131 III 601, cons. 3.1, et 131 III 106, cons. 1.1. Il écarte ainsi implicitement, à mon avis avec raison, une interprétation complétive des testaments sur la base d'une volonté hypothétique du *de cuius* (voir notamment à ce sujet WEIMAR, op. cit., N 78, avec réf. ; P. BREIT-SCHMID, Formvorschriften im Testamentsrecht, thèse, Zurich 1982, p. 155 ss ; P.-H. STEINAUER, Le droit des successions, Berne 2006, N 289 sv.). Pour reprendre encore les termes de P. WEIMAR (*loc. cit.*, N 82) : « Weder die Motive des Erblassers noch Hypothesen, die Dritte über dessen Willen aufgestellt haben, können den wirklichen Willen des Erblassers ersetzen. »

2. L'arrêt montre une fois de plus que, *lorsqu'une personne dispose de ses biens dans la forme prescrite pour les testaments olographes, il n'est pas facile de prouver qu'elle pas eu la volonté de prendre des dispositions pour cause de mort*. En l'espèce, la volonté de la *de cuius* de laisser certains immeubles à sa nièce et au mari de celle-ci ressortait, certes de manière peu claire, du texte du document du 7 janvier 2007. Les éléments extrinsèques établis par le tribunal, y compris le fait que la *de cuius* était à ce moment gravement atteinte dans sa santé et hospitalisée sans savoir quelle serait l'issue de son séjour à l'hôpital, confirmaient la volonté de disposer pour cause de mort. La volonté de tester de la *de cuius* a donc été admise à juste titre.
3. Plusieurs arguments de la recourante soulignaient le caractère surprenant du document

établi par la *de cuius* le 7 janvier 2007 (document atypique, écrit à la hâte par une personne qui avait l'habitude de se faire conseiller par des spécialistes, document non retravaillé alors que la *de cuius* aurait pu le faire après sa sortie de l'hôpital, legs non seulement à la nièce mais aussi au mari de celle-ci). Tout cela peut effectivement surprendre, mais ne démontre pas que la *de cuius* n'a pas eu la volonté de disposer pour cause de mort de la manière qu'elle a choisie. De même, l'arrêt rejette-t-il l'argument que le comportement des bénéficiaires du legs pourrait faire douter de la volonté de tester de la *de cuius*. *Seul est déterminant le point de savoir si la de cuius a vraiment voulu disposer pour cause de mort dans le sens qui ressort du texte revêtant la forme d'un testament olographe*. De ce point de vue aussi, il n'est pas facile de prouver que ce qui est exprimé ne correspond pas à la réelle volonté de l'auteur du testament. Même si cette volonté – dont il est établi qu'elle n'était pas viciée au sens de l'art. 469 CC – a sans doute été de répondre au souhait de la nièce. Et même si le legs n'aurait peut-être pas été strictement nécessaire d'un point de vue économique pour garantir le fonctionnement des écuries. Volonté de faire plaisir, volonté surprenante, volonté peut-être inutile, mais volonté valable : seules les causes énoncées aux art. 519 ss CC ouvrent l'action en nullité des dispositions pour cause de mort. A juste titre, car la possibilité de disposer à sa guise pour cause de mort dans les limites de la quotité disponible doit rester le privilège ultime de tout propriétaire.



# Vorerst keine provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung gegen einen Erben für eine von diesem anerkannte Schuld des Erblassers

BGE 5A\_40/2013\*

Michael Nonn\*\*

*Die Anerkennung einer Schuld des Erblassers nach dessen Tod unterliegt dem Einstimmigkeitsanfordernis innerhalb der Erbengemeinschaft. Eine nur von einem Erben unterzeichnete Schuldanererkennung berechtigt daher nur dann zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung in der Betreuung gegen ihn selbst, wenn überprüft wurde, ob er bei der Abgabe der Schuldanererkennung zur Vertretung der Erbengemeinschaft ermächtigt war. Der Verfasser plädiert für eine differenzierte Betrachtungsweise.*

## Inhaltsverzeichnis

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen

### I. Sachverhalt

Der 1923 in Russland geborene und am 14. November 2001 in Genf verstorbene A.X. hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau B.X. sowie seine drei erwachsenen Kinder C.X., D.X und E.X.

Zu Lebzeiten hatte A.X. zusammen mit dem ebenfalls 1923 geborenen A.Y. an zahlreichen Geschäftsprojekten, hauptsächlich im Erdölbereich, gearbeitet. Nach dem Tode von A.X. führte seine Witwe B.X. mit A.Y. Gespräche hinsichtlich des Abschlusses dieser Geschäfte und verfasste schliesslich im Rahmen dieser Gespräche am 24. September 2004 zuhänden von A.Y. eine handschriftliche Erklärung mit folgendem Wortlaut:

«Genève, 24/09/2004

Cher A. Y.,

Nous référant à nos différentes discussions, nous venons vous confirmer que nous vous paierons un montant de USD 2500000 (deux millions et demi

de dollars USD) durant le mois prochain ou aussitôt que le procès que vous connaissez sera réglé.

Cela règle toutes obligations entre nous, ce qui n'a pas pu être fait plus tôt en raison du décès de notre bien-aimé mari et père.

Mme B.X. et famille»

Nachdem A.Y. selber im Jahr 2006 auch verstorben war, leitete der als Willensvollstrecker in dessen Nachlass eingesetzte Rechtsanwalt G. namens dieses Nachlasses eine Betreuung für den Betrag von CHF 2243703.17 zuzüglich Zins in Höhe von 5% seit dem 24. November 2004 gegen B.X. ein, wobei er sich darauf berief, dass die Erklärung von B.X. vom 24. September 2004 eine Schuldanererkennung darstelle. B.X. erhob vollumfänglich Rechtsvorschlag.

Am 3. Oktober 2012 erteilte die erste Instanz provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 2238465.00 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5% seit dem 24. November 2004. Mit Urteil vom 23. November 2012 wies die zweite Instanz eine Be-

\* Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 2013.

\*\* Dr. iur. Michael Nonn, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und öffentlicher Notar, Fachanwalt SAV Erbrecht.



## Vorerst keine provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung gegen einen Erben für eine von diesem anerkannte Schuld des Erblassers

schwerde gegen dieses Urteil ab, worauf B.X. eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht einreichte und die Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens verlangte.

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht legt zunächst dar, dass es die Vorinstanz für irrelevant erachtet habe, ob die ins Recht gefasste B.X. mit der ausschliesslich von ihr verfassten und unterzeichneten Erklärung vom 24. September 2004 die Erbengemeinschaft gültig habe verpflichten können, da sie als Erbin in jedem Fall persönlich und solidarisch hafte. Die Beschwerdeführerin mache im bundesgerichtlichen Verfahren nunmehr insbesondere geltend, dass diese Einschätzung falsch sei und die Vorinstanz diese Frage hätte prüfen sollen.

Vor diesem Hintergrund hält das Bundesgericht fest, dass es sich beim Rechtsöffnungsverfahren – unabhängig davon, ob provisorische oder definitive Rechtsöffnung angebeht werde – um einen Urkundenprozess handle, bei welchem nicht in erster Linie die Ermittlung der materiellen Wahrheit, sondern vielmehr die Frage der Existenz eines entsprechenden Rechtsöffnungstitels im Zentrum stehe. Der Rechtsöffnungsrichter habe daher im Verfahren betreffend Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung von Amtes wegen insbesondere das Vorhandensein einer Schuldanerkennung zu überprüfen sowie die Übereinstimmung vom aus der Schuldanerkennung Berechtigten mit dem Betreibenden wie auch die Übereinstimmung vom aus der Schuldanerkennung hervorgehenden Schuldner mit dem Betriebenen; schliesslich sei auch die Übereinstimmung zwischen der in Betreuung gesetzten und der anerkannten Forderung von Amtes wegen zu überprüfen<sup>1</sup>.

Das Bundesgericht gibt weiter der Vorinstanz insoweit Recht, als eine Schuld des Erblassers durchaus auch nach seinem Tode von seinen Erben rechtsgültig anerkannt werden könne, was aber einer Erklärung sämtlicher Erben oder eines zur Vertretung der Erbengemeinschaft ermächtigten Einzelnen bedürfe; sei die Erklärung nur von einem nicht entsprechend ermächtigten Einzelnen unterzeichnet, so vermöge sie die Erben(gemeinschaft) nur im Falle nachträglicher Genehmigung zu verpflichten, wobei der Vertragspartner bei Ausbleiben dieser Genehmigung Schadenersatzansprüche gegenüber

dem nicht ermächtigten Erklärenden geltend machen könne<sup>2</sup>.

Der Rechtsöffnungsrichter müsse sich somit nicht mit der anerkannten Schuld als solcher auseinandersetzen, wohl aber prüfen, ob die Anerkennung selber wirklich von der gesamten Erbengemeinschaft stamme, denn nur dann rechtfertige sich die Erteilung der Rechtsöffnung gegen jedes Mitglied der Erbengemeinschaft gestützt auf die persönliche und solidarische Haftung jedes der Erben für die Schulden des Erblassers; dies darzutun sei die Pflicht des Gläubigers (und Gesuchstellers)<sup>3</sup>.

Für den vorliegenden Fall kommt das Bundesgericht aufgrund der im fraglichen Schriftstück vom 24. September 2004 verwendeten Formulierungen («Mme B.X. et famille», «notre bien-aimé mari et père»), aber auch aufgrund der Tatsache, dass das Schriftstück in der ersten Person Plural («nous») verfasst worden war, zum Schluss, dass die Erbengemeinschaft als Schuldnerin habe bezeichnet werden wollen und dass die Beschwerdeführerin somit nicht eine persönliche Schuld habe anerkennen wollen, sondern eben eine solche der Erbengemeinschaft, was ihr wiederum nur bei entsprechender Ermächtigung überhaupt möglich gewesen sei. Die Vorinstanz habe daher Bundesrecht verletzt, indem sie die Prüfung einer solchen Ermächtigung als irrelevant erachtet habe.

Die Beschwerde wird somit gutgeheissen und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### III. Bemerkungen

Die Anerkennung einer Schuld des Erblassers nach dessen Tod, aber noch vor der Erbteilung, stellt grundsätzlich eine Verfügung dar, welche dem für die Erbengemeinschaft als Gesamthandverhältnis geltenden Einstimmigkeitsprinzip unterliegt<sup>4</sup>.

Wurde eine im Namen einer Erbengemeinschaft abgegebene Schuldanerkennung nicht von allen ihren Mitgliedern unterzeichnet, so muss daher – soll diese Anerkennung der Erbengemeinschaft entgegengehalten werden – in der Tat überprüft werden, ob diejenigen Erben, welche die Schuldanerkennung unterzeichnet haben, hierzu ermächtigt waren. Eine solche Ermächtigung kann im Rahmen einer Spezial- oder Generalvollmacht und grundsätzlich formfrei erfolgen, wenngleich sich selbstverständlich im Interesse der Rechtssicherheit die

1 Mit Verweis auf BGE 139 III 444, E. 4.1.1 und dortige Hinweise (Urteil 5A\_236/2013 vom 12. August 2013).

2 Mit diversen Verweisen auf die Lehre.

3 Wiederum mit diversen Verweisen auf die Lehre.

4 Vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB.

Schriftform empfiehlt und insbesondere Banken und Grundbuchämter regelmässig noch weiter gehende Anforderungen stellen (spezielle Bankformulare bzw. Beglaubigung der Unterschriften)<sup>5</sup>.

Selbst eine stillschweigende Vollmachterteilung ist denkbar<sup>6</sup>, wenngleich die Überprüfung einer derart erteilten Vollmacht nicht mehr im Rahmen des als Urkundenprozess ausgestalteten Rechtsöffnungsverfahrens möglich sein dürfte, sondern – aufgrund der klaren und wenig überraschenden Aussagen des Bundesgerichts zur Beweislastverteilung – über eine Abweisung des Gesuches um provisorische Rechtsöffnung in den ordentlichen Prozess verlegt werden müsste.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen erscheint der Entscheid des Bundesgerichts zunächst ohne Weiteres nachvollziehbar. Ein etwas ungutes Gefühl verbleibt nur (aber immerhin!) bei der Berücksichtigung der Tatsache, dass sich nun genau diejenige Person, welche die Schuldanererkennung im Namen der Erbengemeinschaft abgegeben hat, in einer ausschliesslich gegen sie selbst gerichteten und auf genau diese Erklärung abgestützten Betreuung mit Erfolg darauf berufen können soll, ihre Ermächtigung zur Abgabe einer solchen Erklärung sei nicht überprüft worden.

Zudem haftet die Beschwerdeführerin als Erbin persönlich und solidarisch für die Schuld des Erblassers<sup>7</sup>, sodass es letztlich fast schon als rechtsmissbräuchlich erscheinen mag, wenn sie zunächst eine Schuldanererkennung ausspricht, sich dann aber in einer nicht etwa gegen die ganze Erbengemeinschaft<sup>8</sup>, sondern ausschliesslich gegen sie gerichteten Betreuung darauf berufen können soll, die Schuld sei von ihr nicht in eigenem Namen anerkannt worden, und zur rechtsgültigen Vertretung der Erbengemeinschaft sei sie nicht legitimiert gewesen.

Unter diesem Aspekt vermag daher die bundesgerichtliche Argumentation nicht mehr vollends zu überzeugen:

Wenn der Rechtsöffnungsrichter u.a. auch die Übereinstimmung des dem aus der Schuldanererkennung verpflichteten mit dem in der Betreuung ins Recht gefassten Schuldners überprüfen und – so

wohl die Konsequenz – bei fehlender Übereinstimmung die Rechtsöffnung verweigern muss, so hat er doch auch dann ein Problem, wenn die Schuldanererkennung von allen Mitgliedern der Erbengemeinschaft unterzeichnet ist, sich die Betreuung aber nach wie vor nur gegen ein Mitglied dieser Erbengemeinschaft richtet. Auch hier stimmt – bei streng formeller Betrachtungsweise – der aus der Schuldanererkennung Verpflichtete (die Erbengemeinschaft) nicht mit dem Betrieben (lediglich ein Mitglied der Erbengemeinschaft) überein. Hier würde nun aber – so zumindest darf das vorliegende Urteil des Bundesgerichts verstanden werden – der Erteilung der Rechtsöffnung nichts im Wege stehen, eben weil ja letztlich jeder Erbe persönlich und solidarisch für die Schulden des Erblassers haftet.

Wenn dies möglich sein soll, dann müsste doch die Berücksichtigung des Grundsatzes, wonach jeder Erbe persönlich und solidarisch für die Schulden des Erblassers haftet, umgekehrt auch schon im Stadium der Schuldanererkennung möglich sein, in dem einem Gläubiger immer dann die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann, wenn sich seine Betreuung gegen dasjenige Mitglied oder diejenigen Mitglieder richtet, welche(s) die Schuldanererkennung unterzeichnet hat bzw. haben, und zwar unabhängig davon, ob diese Schuldanererkennung in eigenem Namen oder im Namen der Erbengemeinschaft abgegeben wurde.

Auch das Bundesgericht scheint der Beschwerdeführerin im besprochenen Urteil nicht abschliessend gewogen, hält es doch ausdrücklich (und wohl in Vorahnung des Ausgangs des neuerlichen vorinstanzlichen Verfahrens) fest, dass der ohne entsprechende Vollmacht im Namen der Erbengemeinschaft eine Schuld des Erblassers anerkennende Erbe dem Vertragspartner, hier also dem Gläubiger, schadenersatzpflichtig werde, wenn die Genehmigung der Schuldanererkennung durch die restlichen Mitglieder der Erbengemeinschaft ausbliebe<sup>9</sup>. Diese Schadenersatzforderung dürfte dem Gläubiger allerdings nur von beschränktem Nutzen sein, würde sie doch nur den durch das Dahinfallen des Vertrages, hier der Schuldanererkennung, entstandenen Schaden (also die Tatsache, dass keine Rechtsöffnung erteilt wird, sondern ein Anerkennungsprozess geführt werden muss) abdecken, welcher in der Praxis insbesondere im Bereich der Kausalität nicht einfach geltend zu

5 Vgl. auch PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, N 32 zu Art. 602 ZGB.

6 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL, a.a.O.; vgl. zum konkludenten Handeln des Vertretenen auch BGE 112 III 88, E. 2.c).

7 Art. 603 Abs. 1 ZGB.

8 Vgl. hierzu Art. 65 Abs. 3 SchKG, gemäss welchem die gegen eine unverteilter Erbschaft gerichtete Betreuung an den für die Erbschaft bestellten Vertreter bzw., bei Fehlen eines solchen, an einen der Erben zuzustellen ist.

9 E. 2.3. am Ende; die Schadenersatzpflicht richtet sich in diesem Zusammenhang nach Art. 39 OR; so auch FELIX HORAT, Provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung gegen einen Erben für eine von diesem anerkannte Schuld des Erblassers, in: dRSK, publiziert am 27. Februar 2014.



## Vorerst keine provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung gegen einen Erben für eine von diesem anerkannte Schuld des Erblassers

machen sein dürfte. Sachgerechter erschiene es in solchen Fällen, die Rechtsöffnung zuzulassen und den übrigen Erben, soweit sie überhaupt einen Schaden erleiden, wenn nur der anerkennende Erbe betrieben ist, einen Schadenersatzanspruch nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zuzuerkennen<sup>10</sup>.

Im Ergebnis sollte im Rahmen von Rechtsöffnungsverfahren die Abwägung der Interessen aller Involvierten bei von Erben anerkannten Schulden des Erblassers nach Ansicht des Verfassers somit dahingehend erfolgen, dass die Rechtsöffnung ohne weitere Überprüfung der Vertretungsbefugnis erteilt werden kann, soweit sich die Betreuung nur gegen diejenigen Erben richtet, welche die Schuldanerkennung mit unterzeichnet haben. Erst wenn ein Mitglied der Erbengemeinschaft ins Recht gefasst werden soll, welches die Schuldanerkennung nicht selber unterzeichnet hat, wäre die Frage der Vertretungsbefugnis derjenigen Erben zu prüfen, welche die Schuldanerkennung unterzeichnet haben.

Dies würde den Interessen der am Verfahren Beteiligten umso mehr entsprechen, als mit der Gutheissung oder Abweisung des Begehrens um provisorische Rechtsöffnung – wie auch das Bundesgericht festhält<sup>11</sup> – ja nicht über den materiellen

Bestand der Forderung, sondern letztlich nur über die Verteilung die Parteirollen und damit über die Prozessführungslast im nachfolgenden Ab- oder eben Anerkennungsverfahren entschieden wird; und dass ein Erbe, der selber die ausdrückliche Anerkennung einer Schuld des Erblassers unterzeichnet hat, als Kläger in ein Aberkennungsverfahren einsteigen muss, erscheint vor diesem Hintergrund nicht falsch.

Klar sein muss allerdings – dies sei abschliessend ausdrücklich betont – auch, dass die Schuldanerkennung, auch wenn sie letztlich zu einer Gutheissung der Forderung des Gläubigers gegenüber dem ins Recht gefassten Erben führen sollte, nie die solidarische (Mit-)Haftung im Sinne von Art. 603 Abs. 1 ZGB derjenigen übrigen Erben mit sich bringen kann, welche die Schuldanerkennung nicht unterzeichnet haben. Sollte die Bonität des ins Recht gefassten Schuldners also nicht ausreichen, so könnte nicht gestützt auf das diesem gegenüber ergangenen Urteil automatisch auch auf die anderen Erben zurückgegriffen werden. Dies wäre vielmehr auch wieder nur über die Überprüfung der Vertretungsbefugnis der seinerzeitigen Unterzeichner möglich.

---

10 Geschäftsanmassung; Art. 420 Abs. 3 OR.

11 E. 2.2.



**MOSER PROGENUS AG**  
INTERNATIONALE ERBENERMITTLUNGEN

SEIT 1904

## Erben unbekannt? Erbschaftsangelegenheit ungeklärt?

- Sie sind Erbschaftsverwalter und die gesetzlichen Erben sind unbekannt?
- Sie sind innerhalb einer Behörde für die Abwicklung einer Erbschaft verantwortlich und die Erbfolge ist ungeklärt?
- Sie sind Willensvollstrecker und die Testamentserben sind unbekanntem Aufenthaltes?

**Wir sind behilflich**

**Moser Progenus AG**

Erbenermittlung · Nachlassabwicklung · Urkundenbeschaffung

Hürtimattstrasse 25 · CH-6353 Weggis · Tel 0041 41 379 00 50 · Fax 0041 41 379 00 51

moser@progenus.ch · www.progenus.ch

Neu in 2. Auflage

# Der massgebliche Kommentar zur StPO

Gesetzestext  
auch in  
englischer  
Sprache



**Kommentar zur  
Schweizerischen  
Strafprozessordnung (StPO)**

2. Auflage

**Andreas Donatsch  
Thomas Hansjakob  
Viktor Lieber (Hrsg.)**

**August 2014**

2640 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-7255-6938-0  
CHF 448.00

**Herausgeber**

**Prof. Dr. iur. Andreas Donatsch  
Dr. iur. et lic. oec. Thomas Hansjakob  
Dr. iur. Viktor Lieber**

Am 1.1.2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 in Kraft getreten. Seit der ersten Auflage dieses Werkes im Jahr 2010 sind nicht nur Gesetzesrevisionen durchgeführt worden, sondern auch zahlreiche Urteile zur StPO ergangen – vereinzelt kaum vorauszusehende, wie diejenigen zur Rechtsmittellegitimation im Haftrecht oder zur Zuständigkeit des Bundesgerichts bei der Siegelung. Die 2. Auflage des Kommentars trägt neben den zur StPO seither publizierten Kommentaren und Lehrbüchern auch den unmittelbar bevorstehenden Entwicklungen (z.B. Entwurf der Änderungen zum BÜPF [Art. 269<sup>bis</sup> und 269<sup>ter</sup>]) Rechnung. Wie bisher werden die

einzelnen Normen dieses Gesetzes in konziser Weise und eingehend kommentiert. Die Literatur und Praxis werden analysiert und bei der Auslegung der einzelnen Gesetzesbestimmungen mit berücksichtigt. Der Gesetzestext ist wiederum in deutscher, französischer und italienischer Sprache abgedruckt. Zusätzlich ist er in die englische Sprache übersetzt worden. Dies mag vorab im Zusammenhang mit der Rechtshilfe in Strafsachen hilfreich sein. Bei der Gestaltung wurde Wert auf eine übersichtliche Darstellung und eine verständliche Sprache gelegt. Der Kommentar dürfte sowohl für den Praktiker als auch für den wissenschaftlich tätigen Juristen ein unentbehrliches Arbeitsinstrument darstellen.





## Frust am Bücherregal?

Wir  
feiern die  
**50.**  
Auflage



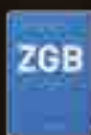
**ZGB/OR ist seit über  
100 Jahren gut aufgelegt.**

**Die klassische Textausgabe von  
Gauch/Stöckli mit Anhängen,  
Querverweisen, Sachregister und  
Anmerkungen.**

Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die bloße Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände.



50. Auflage  
2268 Seiten, gebunden  
CHF 158.00  
978-3-7255-6976-2



50. Auflage  
1052 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6978-6



50. Auflage  
1366 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6977-9

# KENDRIS

THE WEALTH OF  
INDEPENDENCE



Unabhängigkeit und Kompetenz für vermögende Privatpersonen, Familien und Unternehmen.

KENDRIS AG ist die führende unabhängige Schweizer Anbieterin von Family Office-, Trust- und Treuhand-Dienstleistungen, nationaler und internationaler Steuer- und Rechtsberatung, ART Management sowie Buchführung und Outsourcing für Privat- und Geschäftskunden.

