

Dokument	<b>AJP 2016 S. 513</b>
Autor	<b>Stephanie Hrubesch-Millauer, Melanie Bürki</b>
Titel	<b>Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015 zum Erbrecht</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Herausgeber	<b>Arnold F. Rusch</b>
Frühere Herausgeber	<b>Ivo Schwander</b>
ISSN	<b>1660-3362</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

---

AJP 2016 S. 513

## **Ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015 zum Erbrecht**



**Stephanie Hrubesch-Millauer,**  
*Prof.* Dr. iur., Professorin für Privatrecht  
an der Universität Bern



Melanie Bürki  
BLaw, Hilfsassistentin an der Universität Bern



## I. Internationales Privatrecht

### A. Internationale Zuständigkeit in Erbsachen

BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Am 9. Juli 2003 verstarb die Erblasserin C.B. an ihrem letzten Wohnsitz in Monaco. Ihre Nichte A. bedachte C.B. mit einem Vermächtnis von Fr. 1'000'000.–, welches am 12. Juni 2011 bezahlt wurde. Alleinerbe ist B.B., der Adoptivsohn der Erblasserin.

A. beantragte mit Klage vom 17. März 2014 vor dem Bezirksgericht Luzern, dass B.B. *ihr aus dem Vermächtnis* Verzugszinsen von Fr. 384'017.– nebst Zins zu 5% seit dem 13. Juni 2011 zu bezahlen habe. Das Verfahren wurde schliesslich auf die Frage der *örtlichen Zuständigkeit* beschränkt. Das Bezirksgericht Luzern verneinte eine schweizerische Zuständigkeit und trat auf die Klage nicht ein.

Auch das Kantonsgericht Luzern trat mit Entscheid vom 31. März 2015 nicht auf die Klage ein. Dabei erwog es, dass der *Verzugszins ein Nebenrecht der Hauptforderung* sei, welche einen Anspruch aus Vermächtnis darstelle. Dieser Anspruch sei erbrechtlicher Natur, insbesondere auch die Frage der Fälligkeit und Herausgabe des Vermächtnisses. Somit könne von einer erbrechtlichen Streitigkeit im Sinne von Art. 86 ff. IPRG gesprochen werden. Weiter erwog das Kantonsgericht, dass A. die Voraussetzungen der Heimatzuständigkeiten nach Art. 87 IPRG nicht dargelegt, und auch keine Notzuständigkeit gemäss Art. 3 IPRG geltend gemacht habe.<sup>1</sup> Gegen diesen Entscheid des Kantonsgerichts Luzern erhob A. Beschwerde ans Bundesgericht.

Vor Bundesgericht brachte die Beschwerdeführerin vor, dass es bei den Zinsen für das Vermächtnis um eine obligationenrechtliche Geldschuld gehe; sei das Vermächtnis einmal bezahlt, so entfalle der Bezug zum Erbrecht. Der Wohnsitz beider Parteien sei in der Schweiz und es sei schweizerisches Recht anzuwenden.<sup>2</sup>

Das Bundesgericht befand die Feststellung der Vorinstanzen, dass aufgrund des ausländischen Wohnsitzes der Erblasserin ein *internationaler Sachverhalt* vorliege, als zutreffend. Da das *Lugano-Übereinkommen sachlich nicht auf erbrechtliche Angelegenheiten* anwendbar sei, wozu auch Vermächtnisse gehören würden, richte sich die internationale Zuständigkeit nach *Art. 86 Abs. 1 IPRG*. Nach dieser Norm seien die schweizerischen Gerichte oder Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers für erbrechtliche Streitigkeiten und das Nachlassverfahren zuständig. Die Prinzipien des Vorranges des Wohnsitzes und der Nachlasseinheit werden damit durch das IPRG verwirklicht. Somit bestehe grundsätzlich *keine schweizerische Zuständigkeit*.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 2.

<sup>2</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.

<sup>3</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.

Zur Behauptung der Beschwerdeführerin, dass ihre Forderung obligationenrechtlicher Natur sei, erwiderte das Bundesgericht, dass es sich grundsätzlich *nach dem Erbstatut* bestimme, welche erbrechtlichen Klagen zur Verfügung stehen. Dies gelte *auch für die Nebenfolgen und die Tragweite des erbrechtlichen Instituts*. Das anzuwendende Sachstatut ergebe sich vorliegend aus dem monegasischen internationalen Privatrecht. Da sich die Beschwerdeführerin zu dieser Frage nicht äusserte, scheitere die Beschwerde bereits an diesem Punkt.<sup>4</sup>

Der Vollständigkeit halber und mit Bezug auf vergangene Rechtsprechung führte das Bundesgericht aus, dass aus schweizerischer Sicht eine Klage *dann als erbrechtlich* gelte, wenn sich die Parteien auf einen erbrechtlichen Teil berufen, um einen Teil ihrer Erbschaft zu fordern und die Existenz ihrer Rechte feststellen zu lassen. Erbrechtliche Streitigkeiten betreffen somit *Klagen, mit welchen die Höhe oder der Bestand erbrechtlicher Ansprüche bestritten oder geltend gemacht wird*.<sup>5</sup>

Das Bundesgericht führte aus, dass die strittige Zinsforderung vorliegend auf einem Vermächtnis gründe, welches ein erbrechtliches Institut sei. Deshalb sei auch im internationalen Verhältnis die erbrechtliche Natur einer Klage auf Ausrichtung des Vermächtnisses gegeben. Selbst wenn der vermächtnisbelastete Erbe Wohnsitz in der Schweiz hat, scheidet eine auf Art. 86 IPRG gestützte schweizerische Zuständigkeit aus.<sup>6</sup>

---

AJP 2016 S. 513, 514

Weiter sei klar, dass die Verzinsung des Vermächtnisses einen genügenden Zusammenhang mit dem Erbgang aufweise, weshalb sie als erbrechtlich im Sinne von Art. 86 IPRG zu betrachten sei und mithin für die betreffende Klage keine internationale Zuständigkeit in der Schweiz bestünde.<sup>7</sup> Das Bundesgericht wies die Beschwerde schliesslich ab, soweit auf sie eingetreten wurde.<sup>8</sup>

*Anmerkungen:* Das Vermächtnis verleiht dem Begünstigten einen obligatorischen Anspruch auf die zugewendeten Werte. Dem Vermächtnisnehmer fällt in den meisten Fällen der zugewendete Vermögenswert nur mittelbar zu.<sup>9</sup> Mit der Eröffnung des Erbgangs hat er eine Forderung gegen den Beschwerdeführer auf Verschaffung des Vermächtnisses, was ihn in die Stellung eines Gläubigers versetzt.<sup>10</sup> Dem Bundesgericht und der Vorinstanz ist beizupflichten, wenn sie feststellen, dass die auf einem Legat verlangten Zinsen aus schweizerischer Sicht keine selbständige obligationenrechtliche Schuld darstellten. Kommt der Vermächtnisbelastete der Forderung auf Aushändigung nicht nach, so mag zwar Verzugszins gemäss Art. 102 ff. OR geschuldet sein, jedoch macht dies die Forderung noch nicht zu einer obligationenrechtlichen. Der Grund für die Entstehung des Verzugszinses, nämlich das Legat von Fr. 1'000'000.–, ist ein erbrechtlicher; dies hat aufgrund ihres erbrechtlichen Ursprungs auch für die Verzugszinsen selbst zu gelten.

Gemäss Art. 86 IPRG sind sämtliche Streitigkeiten und Verfahren betreffend den Nachlass an einem einzigen Ort durchzuführen, nämlich am letzten Wohnsitz des

---

<sup>4</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.

<sup>5</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4; mit Hinweis auf BGE 132 III 677 E. 3.3 und BGE 137 III 369 E. 4.3.

<sup>6</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.

<sup>7</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.

<sup>8</sup> BGer 5A\_313/2015 vom 26. Mai 2015, E. 5.

<sup>9</sup> Fabian Burkart, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 3.A., Basel 2015, Art. 484 ZGB, N 56; Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, in: *Schweizerisches Privatrecht* Bd. IV/1, Bern 2012, 247.

<sup>10</sup> Bruno Huwiler, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 5. A., Basel 2015, Art. 484 ZGB, N 1; Alfred Escher, in: Alfred Escher (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Art. 457–536 ZGB, 3. A., Zürich 1959, Art. 484 ZGB, N 7; Peter Weimar, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar*, Art. 457–516 ZGB, Art. 484 ZGB, N 6, jedoch mit dem Hinweis, dass sich Vermächtnis und gewöhnliche Forderung trotzdem unterscheiden; vgl. auch BGE 100 II 440, E. 5a.

Erblassers.<sup>11</sup> Grundsätzlich gilt diese Wohnsitzzuständigkeit unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Erblassers und unabhängig davon, wo sich die Nachlasswerte befinden.<sup>12</sup> Aus dem Prinzip der Nachlasseinheit folgt, dass sämtliche der genannten Verfahren und Streitigkeiten grundsätzlich einem einheitlichen Gerichtsstand unterliegen, nämlich demjenigen der (Haupt-) Nachlasszuständigkeit.<sup>13</sup> Art. 87 IPRG stellt eine Abweichung von der Grundregel des Art. 86 IPRG dar und begründet eine Zuständigkeit der Heimatbehörden, falls sich die ausländischen Behörden nicht mit dem Nachlass befassen (Abs. 1), oder wenn der Erblasser sein in der Schweiz gelegenes Vermögen oder seinen gesamten Nachlass letztwillig schweizerischer Zuständigkeit oder schweizerischem Recht unterstellt hat (Abs. 2).<sup>14</sup>

Die Beschwerdeführerin konnte im vorliegenden Fall nicht darlegen, dass eine Heimatzuständigkeit infolge Nichtbefassung der ausländischen Behörde mit dem Nachlass oder letztwilliger Unterstellung des Nachlasses unter schweizerische Zuständigkeit i.S.v. Art. 87 IPRG vorliegt. Aus diesem Grund steht bei dieser erbrechtlichen Streitigkeit grundsätzlich kein schweizerischer Gerichtsstand zur Verfügung, da die Erblasserin ihren letzten Wohnsitz in Monaco hatte. Folglich ist der Entscheid des Bundesgerichts nicht zu beanstanden.

## II: Erbenvertreter

### A. Passivlegitimation im Verfahren zur Bestellung eines Erbenvertreters

In *BGer 5A\_796/2014* vom 3. März 2015 befasste sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt: Der zu seinen Lebzeiten in U. in Genf wohnhafte marokkanische Staatsangehörige D.A. verstarb am 13. April 2011 in Casablanca, Marokko, ohne seinen Willen letztwillig verfügt zu haben. Als gesetzliche Erben hinterliess er seine Ehefrau B.A. sowie zwölf Kinder.

Am 5. Dezember 2012 stellte die Witwe B.A. beim Justice de paix in Genf *aufgrund der Vielzahl der Erben und deren mehrheitlich ausländischen Wohnsitze das Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters im Sinne von*

---

AJP 2016 S. 513, 515

*Art. 602 Abs. 3 ZGB.* Mit Verfügung vom 23. September 2013 wurde Anwalt C. als Erbenvertreter eingesetzt. Die vom Erben A.A. dagegen eingereichte Berufung wurde vom Cour de Justice du canton de Genève gutgeheissen und das Begehren um Einsetzung eines Erbenvertreters abgewiesen, da B.A. fälschlicherweise nicht alle beteiligten Erben in das Ernennungsverfahren involviert hatte.

Am 16. April 2014 reichte B.A., diesmal unter Einbezug sämtlicher Erben, zum zweiten Mal ein Gesuch um Einsetzung eines Erbenvertreters ein. Anwalt C. wurde schliesslich mit Verfügung vom 16. Juni 2014 als Erbenvertreter eingesetzt.

A.A. legte gegen diese Verfügung Rechtsmittel ein, in dem als Beklagte einzig B.A. und C. aufgeführt waren. Die angerufene Erstinstanz wies die Beschwerde aufgrund *fehlender Passivlegitimation* ab.

---

<sup>11</sup> Tarkan Göksu/Oscar Olano, in: Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, Art. 86 IPRG, N 4; Barbara Graham-Siegenthaler, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Anhang IPR, N 16.

<sup>12</sup> PraxKomm Erbrecht-Graham-Siegenthaler (FN 11), Anhang IPR, N 17.

<sup>13</sup> Anton Heini, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, Art. 86 IPRG, N 3; Anton K. Schnyder/Manuel Liatowitsch, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 86 IPRG, N 5.

<sup>14</sup> CHK-Göksu/Olano (FN 11), Art. 87 IPRG, N 1; PraxKomm Erbrecht-Graham-Siegenthaler (FN 11), Anhang IPR, N 20, 25; ZK IPRG-Heini (FN 13), Art. 87 IPRG, N 1, 12.

Die hierauf eingereichte Beschwerde wurde in der Folge auch vom Bundesgericht abgewiesen. Vorweg wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Bestellung eines Erbenvertreters mit Wirkung für alle Erben erfolge, da dieser nicht nur als Vertreter und im Interesse eines einzelnen Erben handle. Entsprechend müssten *im Ernennungsverfahren sämtliche Erben miteinbezogen* werden. Folglich sei auch eine *Beschwerde gegen die Einsetzung eines Erbenvertreters gegen alle übrigen Erben* zu richten. Diesen komme im Rechtsmittelverfahren Parteistellung zu.<sup>15</sup> Da der Kläger in seiner Beschwerde seine elf Geschwister, die alle passivlegitimiert seien, nicht aufführte, sei diese abzuweisen.<sup>16</sup>

*Anmerkungen:* Gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB bedürfen Verwaltungs- und Verfügungshandlungen der Zustimmung aller Miterben. Dieses Einstimmigkeitsprinzip führt bei Uneinigkeit schnell zur Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft. Aus diesem Grund kann jeder Miterbe beim zuständigen Gericht die Ernennung eines Erbenvertreters verlangen. Jede handlungsfähige Person, auch ein Miterbe oder eine juristische Person, kann zum Erbenvertreter ernannt werden.<sup>17</sup> Seine Befugnisse und Pflichten entsprechen denen des Willensvollstreckers und des amtlichen Erbschaftsverwalters. Als gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft verpflichtet und berechtigt er diese unmittelbar, auch ohne Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung der Erben.<sup>18</sup> Voraussetzung für die Einsetzung eines Erbenvertreters ist das Begehren von mindestens einem Erben, wobei es sich gegen sämtliche Miterben zu richten hat, welche nicht als Gesuchsteller mitwirken.<sup>19</sup> Dieser Entscheid zeigt denn auch deutlich, dass bei der Ernennung wie auch im Rechtsmittelverfahren immer sämtliche Erben in das Verfahren zur Bestellung eines Erbenvertreters miteinbezogen werden müssen. Dies hat zur Folge, dass Erben, welche nicht als Gesuchsteller mitwirken als Gegenpartei zu nennen sind, ansonsten ist das Rechtsmittel vom Gericht abzuweisen.

### III. Willensvollstrecker

#### A. Bezeichnung eines Willensvollstreckers

In *BGer 5A\_644/2015* vom 24. November 2015 befasste sich das Bundesgericht mit einer erbvertraglichen Klausel, in welcher ein Notar als Willensvollstrecker eingesetzt wurde.

Am 26. März 2004 schlossen die Ehegatten E.E. und F.E. einen Erbvertrag ab, in welchem «le notaire A., à U., à défaut son successeur» als Willensvollstrecker beim Tod des zweiten Ehegatten eingesetzt wurde. Dieser Erbvertrag wurde beim Notar hinterlegt. Im Juni 2008 verzichtete Notar A. mit sofortiger Wirkung auf sein Notariatspatent. E.E. verstarb am 1. Mai 2014, woraufhin das Friedensgericht dem A. ein Willensvollstreckerzeugnis zustellte. Dieses wurde am 2. Oktober 2014 nichtig erklärt.

Am 26. Februar 2015 verstarb F.E. Gleichtags übergab A. den Erbvertrag dem Friedensgericht, mit der Erläuterung, F.E. habe am 23. März 2009 die Hinterlegung bei ihm bekräftigt, woraus folge, dass dies auch für das Willensvollstreckermandat gelte.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> BGer 5A\_796/2014 vom 3. März 2015, E. 5.2.

<sup>16</sup> BGer 5A\_796/2014 vom 3. März 2015, E. 5.3.

<sup>17</sup> Peter C. Schaufelberger/Katrin Keller Lüscher, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. A., Basel 2015, Art. 602 ZGB, N 40 f.; Thomas Weibel, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 602 ZGB, N 56.

<sup>18</sup> BSK-Schauvelberger/Keller Lüscher (FN 17), Art. 602 ZGB, N 47; PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 602 ZGB, N 71 ff. unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>19</sup> Barbara Graham-Siegenthaler, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 2. A., Zürich 2012, Art. 602 ZGB, N 21; PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 602 ZGB, N 61 f. unter Hinweis auf die Lehre und BGer 5A\_796/2014, sowie die abweichende Meinung des OGer ZH, PE130005 vom 21. Januar 2014, E. 3.4.

<sup>20</sup> «[...] par voie de conséquence, dans son prolongement, le mandat d'exécuteur testamentaire

Am 12. März 2015 wehrte sich der Sohn B. des Verstorbenen gegen die Anerkennung von A. als Willensvollstrecker und gegen die Aushändigung eines Willensvollstreckerzeugnisses. Das Friedensgericht stellte daraufhin fest, dass die Ernennung von A. zum *Willensvollstrecker an seine Funktion als No-*

---

[AJP 2016 S. 513, 516

*tar* und nicht an ihn als Privatperson gebunden sei. Da er nicht mehr als Notar tätig sei und auch keinen Nachfolger habe, sei die Ernennungsklausel ungültig. Die von A. gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht abgewiesen, woraufhin A. mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gelangte.

Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass der Zusatz «à défaut son successeur» nur so gedeutet werden kann, dass ein allfälliger Büronachfolger von A. Willensvollstrecker würde. Das Willensvollstreckermandat sei damit nicht an die Person von A., sondern an seine Funktion als Notar gebunden. Diese Voraussetzung erfülle A. nicht mehr.<sup>21</sup> A. hingegen argumentierte, dass der Erblasser deutlich zum Ausdruck gebracht habe, er wünsche, dass A. seinen Willen vollstrecke. Auch bei Kenntnis des Berufswechsels von A. hätte der Erblasser seinen Willen nicht geändert.<sup>22</sup>

Das Bundesgericht legte die fragliche Klausel aus und kam zum Schluss, dass die Wahl des Nachfolgers des Notars als Ersatzwillensvollstrecker nur heissen kann, dass *auch der erste Willensvollstrecker durch seine Funktion* bezeichnet werde. Zudem liesse sich auch aus dem Sachverhalt keine besondere Verbundenheit des Erblassers mit A. herleiten, welche nachweisen würde, dass seine Ernennung nicht von seiner Funktion als Notar abhängig sei. Unter diesen Umständen behaupte der Beschwerdeführer zu Unrecht, dass der erwähnte Begriff «Notar» nichts weiter sei als ein irrtümlicher Ausdruck, welcher korrigiert werden könne. Folglich könne A. nicht aufgrund der streitigen Klausel zum Willensvollstrecker ernannt werden, da er seine Eigenschaft als Notar verloren habe.<sup>23</sup> Abschliessend wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.<sup>24</sup>

*Anmerkungen:* Dieser Entscheid ist insofern interessant, als es nicht unüblich ist, bei Bedarf dem beurkundenden Notar in Erbverträgen oder öffentlich beurkundeten Testamenten ein Willensvollstreckermandat einzuräumen. Daher könnte dieser Entscheid von einer gewissen praktischen Relevanz sein. Die Argumentation des Bundesgerichts überzeugt aber nicht. Bei der Auslegung ist auf den Wortlaut, sowie die Systematik als primäre Auslegungsmittel abzustellen.<sup>25</sup> Im vorliegenden Fall ist der Wortlaut unklar, da A. in seiner Funktion als Notar oder als Privatperson gemeint sein kann und auch die Systematik des Textes keinen klaren Hinweis darauf gibt, wie die Klausel «le notaire A., à U., à défaut son successeur» zu verstehen ist. Das Bundesgericht hat keine ergänzenden Auslegungsmittel miteinbezogen, insbesondere wurde der Bekräftigung vom 23. März 2009 durch F.E. keine Beachtung geschenkt. Auch wenn A. zu diesem Zeitpunkt nicht mehr als Notar tätig war, so wollte der Erblasser ihn anscheinend immer noch mit Angelegenheiten betrauen, welche im Zusammenhang mit seinem Nachlass standen. Mit Einsetzung eines Willensvollstreckers bezweckt der Testator, dass sich jemand um seinen Nachlass kümmern soll. Wie die Bestätigung der Hinterlegung zeigt, war eine Betreuung seines Nachlasses auch nach beendeter Notariatstätigkeit von A. noch das Ziel des Erblassers. Im vorliegenden Fall hatte Notar A. zudem keinen Nachfolger und das Willensvollstreckermandat entfiel vollumfänglich, was kaum im Interesse von F.E. gewesen sein kann. Es erscheint wahrscheinlicher, dass F.E. auf jeden Fall einen

---

contenu dans lesdites dispositions.»

<sup>21</sup> BGer 5A\_644/2015 vom 24. November 2015, E. 3.1.

<sup>22</sup> BGer 5A\_644/2015 vom 24. November 2015, E. 3.2.

<sup>23</sup> BGer 5A\_644/2015 vom 24. November 2015, E. 3.3.3.

<sup>24</sup> BGer 5A\_644/2015 vom 24. November 2015, E. 4.

<sup>25</sup> Vgl. die allgemeinen Ausführungen des Bundesgerichts zur Auslegung in BGer 5A\_644/2015 vom 24. November 2015, E. 3.3.1.

Willensvollstrecker wünschte und dafür A., oder ersatzweise dessen Büronachfolger, vorsah.

Weiterführend könnte man sich fragen, was gilt, wenn in einer Klausel stehen würde, dass «Notar X. als Willensvollstrecker eingesetzt wird» (ohne «ansonsten sein Nachfolger»). Bedeutet die Erwähnung der beruflichen Qualifikation automatisch, dass bei Wegfallen derselben – zu denken ist ja beispielsweise auch an die Pensionierung eines Notars – auch das Willensvollstreckermandat entfällt, oder gilt das nur für den hier zu beurteilenden Fall? Das Bundesgericht stellte hier hauptsächlich auf den Zusatz «à défaut son successeur» ab, aber u.E. stellt sich die (Auslegungs-) Frage auch ohne einen solchen Zusatz, sobald ein Willensvollstrecker mit einer gewissen Eigenschaft genannt wird (z.B. Notar, Treuhänder etc.).

## B. Verantwortlichkeit und Honorar des Willensvollstreckers

Den BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014 und 5A\_573/2014 vom 16. Dezember 2015 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Erblasserin J.B. setzte in ihrer letztwilligen Verfügung neun Erben ein (vorwiegend Grossneffen und -nichten) und ernannte ihren Buchhalter H., ihren Notar G. sowie ihren Vermögensberater I. zu Willensvollstreckern. Über die Höhe der Vergütung für das Willensvollstreckermandat der drei berufenen Personen schwieg sie.

Am 25. September 2000 verstarb J.B., woraufhin in Genf der Erbgang eröffnet wurde und die drei in der letztwilligen Verfügung genannten Personen das Willensvollstreckermandat annahmen. In der Folge verlangten einige Erben mehrmals von den Willensvollstreckern Auskunft über die Nachlassliquidation, insbesondere über die Realisierung der Aktienwerte, die Schulden des Nachlasses,

---

[AJP 2016 S. 513, 517

sowie Honorare und Steuern. Eine definitive Abrechnung wurde von den Willensvollstreckern auf den 22. November 2005 angekündigt. Die Nachlassaktiven beliefen sich auf Fr. 13'727'831.–, die Passiven (inkl. Steuern, Willensvollstreckerhonorar) auf Fr. 6'680'225.90, woraus sich ein Nettonachlass von Fr. 7'047'605.– ergab. Das Aktienportefeuille der Erblasserin wies per 30. September 2000 einen Wert von Fr. 11'151'528.65 auf und wurde zwischen 2001 und 2003 gesamthaft zu einem Preis von Fr. 10'270'982.50 verkauft.

Am 29. Juni 2007 klagten sechs der Erben gegen die Willensvollstrecker, mit dem Begehren, diese seien zu einer Schadenersatzzahlung von Fr. 2'029'439.– zuzüglich 5% Zins seit dem 1. April 2001 zu verurteilen. Daraufhin erstellten die Willensvollstrecker am 4. Dezember 2009 erstmals eine definitive Abrechnung, welche Auskunft über den Stand des Nachlasses per Todestag (Brutto) und den Nettowert nach Vornahme der Liquidationstätigkeiten gab. Am 26. November 2012 entschied die erste Instanz, dass die Willensvollstrecker einige ihrer Pflichten verletzt haben, was den Erben einen Schaden von Fr. 1'515'445.– verursacht habe. Zudem wurde das Honorar der Willensvollstrecker auf Fr. 150'000.– reduziert. Die Willensvollstrecker legten gegen dieses Urteil erfolgreich Beschwerde ein, die zweite Instanz reduzierte die Beträge vieler Schadensposten und erachtete das von den Willensvollstreckern berechnete Honorar von Fr. 550'000.– als gerechtfertigt.

Mit unterschiedlichen Rechtsbegehren erhoben H. und I. (BGer 5A\_573/2014), sowie G. (BGer 5A\_569/2014) und die sechs Erben (BGer 5A\_522/2014) beim Bundesgericht Beschwerde gegen dieses Urteil.

Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass die *Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers analog derjenigen eines Auftragnehmers* beurteilt werde. Pflichtverletzung, Schaden sowie Kausalität müssten folglich von den Erben bewiesen werden, während das Verschulden zu vermuten sei (Art. 97 OR).<sup>26</sup> Der Willensvollstrecker sei verantwortlich für getreue und sorgfältige Ausführung der ihm

---

<sup>26</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 4.1.

übertragenen Aufgaben (*Art. 398 Abs. 2 OR analog*).<sup>27</sup> Da in Fällen vertraglicher Verantwortlichkeit Art. 43 Abs. 1 OR analog anwendbar sei, könne das Gericht die Höhe des Schadenersatzes reduzieren oder ihn gar verweigern, zum Beispiel wenn die Erben in die schädigende Handlung des Willensvollstreckers eingewilligt hätten.<sup>28</sup>

Gemäss einer privaten Expertise hatte die Erblasserin mit 71.32% hochspekulativen Risikoanteilen in ihrem Portefeuille eine aggressive Anlagestrategie verfolgt. Die Risiken beruhten insbesondere darauf, dass 43.75% des Vermögens in Nestlé-Aktien investiert waren. Gemäss dem Experten hätten die Willensvollstrecker diesen Wert auf 5% senken müssen. Der Verlust basiere auf der aggressiven Anlagestrategie der Erblasserin, welche nach ihrem Tod fortgesetzt wurde und auf dem Wertverlust infolge der im Jahr 2001 geplatzten Technologieblase. Diese habe sich schon im Jahr 2000 abgezeichnet, sei aber vom Vermögensverwalter nicht vorhergesehen worden. Wäre das Portefeuille nach Eröffnung des Erbganges zwischen Ende September und Ende Dezember 2000 liquidiert worden, hätte daraus kein Wertverlust resultiert.<sup>29</sup>

Gemäss der Vorinstanz hatten die Willensvollstrecker nicht den vielversprechendsten Moment zum Verkauf abgewartet, sondern wurden von der Börsenkrise 2001 überrascht und ordneten den Verkauf der Titel erst an, als liquide Mittel benötigt wurden. Auch wenn den Willensvollstreckern das Nichtvorhersehen der Börsenkrise nicht vorgeworfen werden könne, müsse doch beachtet werden, dass 60% des Portefeuilles aus Schwankungen unterworfenen Aktien bestand. Die Willensvollstrecker hätten zwar nicht den Auftrag, mit dem Aktienverkauf einen Profit zu generieren, jedoch müssten sie im Sinne einer sorgfältigen Mandatsführung die Titel, welche schnell an Wert verlieren können, verkaufen.<sup>30</sup>

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Willensvollstrecker eine *Anlagestrategie* für die Dauer ihres Mandates festsetzen müssten, wenn der Wert des Nachlasses wichtig sei, insbesondere dann, wenn er Wertschriften enthalte. Dies gelte zumindest dann, wenn die Erben sich auf keine neue Strategie einigen können oder wenn der Erblasser keine Anweisungen gegeben habe. Ein Willensvollstrecker habe zwar gewisse Freiheiten, doch seine Strategie müsse auf objektiven Kriterien beruhen und die *Substanz des Nachlasses bestmöglich erhalten*. Bei der Definition der Anlagestrategie seien die *Risikokapazitäten des Nachlasses und der Erben*, die *Wichtigkeit des Nachlasses* und die *Notwendigkeit liquider Mittel* zu berücksichtigen. Zudem müsse er die Anlagestrategie nach Möglichkeit

---

AJP 2016 S. 513, 518

so wählen, wie die Erben ihren Teil des Nachlasses verwenden würden. Aufgrund dieser Punkte sei ein Willensvollstrecker unter Umständen dazu *angehalten, die Anlagestrategie anders zu wählen, als dies ein Erblasser zu Lebzeiten getan hatte*.<sup>31</sup>

In Anbetracht seiner allgemeinen Informationspflicht muss der Willensvollstrecker gemäss Bundesgericht die Erben über die Zusammenstellung des Portefeuilles, die Anlagestrategie des Erblassers und seine geplanten Massnahmen informieren. Das gelte selbst dann, wenn die Erben ihm keine verbindlichen Anweisungen geben können.<sup>32</sup> Die Willensvollstrecker argumentierten, die Anlagestrategie sei nicht aggressiv und entspreche der über Jahre von Erfolg gekrönten Strategie der Erblasserin.<sup>33</sup> Im vorliegenden Fall wies auch nichts darauf hin, dass die Erblasserin die Kompetenz der Willensvollstrecker, eine andere Anlagestrategie zu wählen, begrenzt hätte.<sup>34</sup> Das Bundesgericht widersprach der Vorinstanz, gemäss welcher die Willensvollstrecker die Wertschriften einige Wochen nach Annahme des Mandats

---

<sup>27</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 4.3.

<sup>28</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 4.7.

<sup>29</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.1.

<sup>30</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.1.

<sup>31</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.2.1.

<sup>32</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.2.2.

<sup>33</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.3.3.

<sup>34</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.4.1.





hätten verkaufen sollen. Nichts weist darauf hin, dass die Erben den Willensvollstreckern sofort nach dem Tod von J.B. mitgeteilt hätten sie wollen die Wertschriften nicht in natura teilen. Ebenso wenig bestünden Anhaltspunkte, dass die Erben den Verkauf der Wertschriften innert einer bestimmten Frist verlangt hätten.<sup>35</sup>

Das Bundesgericht hielt jedoch fest, Willensvollstrecker müssten zuerst den Verkauf der riskantesten Titel veranlassen, wenn liquide Mittel für die Tilgung von Nachlasspassiven und Erbschaftssteuern benötigt würden. Durch den Verkauf der Nestlé-Aktien hätten im vorliegenden Fall die Erbschaftssteuern gedeckt werden können. Der Entscheid, diese Aktien im März 2001 zu verkaufen, sei folglich mit den Sorgfaltspflichten vereinbar. Auch die unterlassene Information der Erben (Anlagestrategie, genaue Portfeuillezusammenstellung etc.) reiche für sich allein nicht, um die Willensvollstrecker für den Wertverlust verantwortlich zu machen.<sup>36</sup>

Da die Willensvollstrecker die erste Steuererklärung der Erben falsch ausgefüllt hatten, mussten sie in der Folge zwei Steueranwälte mit der Aufgabe betrauen, die korrekte Besteuerung herbeizuführen. Die Vorinstanz verpflichtete die Willensvollstrecker zur Rückzahlung der Honorare, da diese Kosten durch ihren Fehler verursacht wurden.<sup>37</sup>

Die Willensvollstrecker argumentierten, dass infolge der nachträglichen korrekten Veranlagung ein Nettogewinn für den Nachlass erzielt wurde. Die Schadenminderungspflicht der Erben führe dazu, dass diese sich den «Gewinn» aus der nachträglichen Steuerberichtigung anrechnen lassen müssten, weshalb die Honorare nicht mehr als Schaden auf die Willensvollstrecker abgewälzt werden könnten.<sup>38</sup> Das Bundesgericht verneinte die adäquate Kausalität zwischen dem Schaden und dem erzielten Vorteil, sowie eine Verletzung der Schadenminderungspflicht der Erben.<sup>39</sup>

Zudem verpflichtete das Bundesgericht die Willensvollstrecker zum Ersatz von Verzugszinsen, welche die Steuerverwaltung den Erben in Rechnung gestellt hatte.<sup>40</sup>

Die Willensvollstrecker machten ausserdem geltend, die Kosten der privaten Expertise, welche die Erben in Auftrag gaben, um die Höhe ihres Verlustes aus dem Aktienverkauf festzustellen, sei nicht von ihnen, sondern von den Erben zu tragen.<sup>41</sup> Das Bundesgericht erachtete diese Expertise für unnötig, da die Erben zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe bereits Klage eingereicht hatten. Aus diesem Grund hiess es die Beschwerde der Willensvollstrecker in diesem Punkt gut, womit die Erben für die Kosten aufzukommen hatten.<sup>42</sup>

Mit der Begründung, die Nachlassliquidation sei äusserst kompliziert und langwierig gewesen, forderten die Willensvollstrecker von den Erben ein *Honorar* von 4% der Nachlassaktiven, ausmachend Fr. 550'960.80. Sie informierten die Erben nicht über ihren Zeitaufwand, die genauen Tätigkeiten und erstellten keine Abrechnung über Honorare und Auslagen. Die erste Instanz hatte das Willensvollstreckerhonorar auf Fr. 150'000.– reduziert.<sup>43</sup> Die Erben argumentierten, sie würden den Willensvollstreckern nur für die nützlichen und pflichtgemäss ausge-

---

AJP 2016 S. 513, 519

führten Leistungen ein Honorar schulden, ausserdem sei ein Entgelt, welches 4% der Nachlassaktiven ausmache, überzogen und unbillig.<sup>44</sup>

---

<sup>35</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.4.2.

<sup>36</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 5.4.3.

<sup>37</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 6.1.

<sup>38</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 6.2.

<sup>39</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 6.4.

<sup>40</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 7.3.5.

<sup>41</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 8.1.

<sup>42</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 8.4.

<sup>43</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 9.1.

<sup>44</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 9.2.

Das Bundesgericht hielt dazu fest, die gemäss *Art. 517 Abs. 3 ZGB* geschuldete Vergütung bemesse sich an der *Komplexität der Aufgaben, dem Umfang und der Dauer des Auftrages sowie am Mass der Verantwortung*.<sup>45</sup> Bei fehlerhafter Aufgabenerfüllung sei die Rechtsprechung zum Auftragsrecht heranzuziehen. Dabei habe der Auftragnehmer Anspruch auf eine Vergütung für die vertragsgemäss ausgeführten Tätigkeiten, während bei komplett unnützer Aufgabenerfüllung ein Vergütungsanspruch vollständig entfallen könne. *Bei fehlerhafter Ausführung sei die Entschädigung des Auftragnehmers zu reduzieren*, bis die gegenseitigen Leistungen wieder im Gleichgewicht seien. Werde jedoch die Pflichtverletzung des Auftragnehmers korrigiert und resultiere daraus kein Nachteil für den Auftragnehmer, so sei selbst bei unnützer Aufgabenerfüllung eine Vergütung geschuldet.<sup>46</sup>

Die Vorinstanz hatte entschieden, dass die Willensvollstrecker Anrecht auf das gesamte Honorar haben. Diese Auffassung teilte das Bundesgericht nicht. Es hielt fest, das Gericht müsse jede Aufgabe der Willensvollstrecker einzeln betrachten, analysieren wie nützlich diese gewesen sei und das Honorar entsprechend anpassen. Weiter befand das Bundesgericht die Tätigkeiten der Willensvollstrecker nicht als unnützlich, sondern erwog, es sei nicht auszuschliessen, dass bei fehlerloser Erfüllung der Aufgaben ebenso viele Arbeitsstunden angefallen wären. Daher müssten die Fehler auch nicht zwingend zu einer Reduktion der Entschädigung führen. In der Folge wies das Bundesgericht diesen Punkt zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurück, damit diese das Honorar unter Berücksichtigung aller Umstände erneut festsetze.<sup>47</sup>

*Anmerkungen:* Zu diesem Entscheid ist folgendes Grundsätzliches festzuhalten: Gemäss *Art. 518 Abs. 1 ZGB* hat der Willensvollstrecker die gleichen Rechte und Pflichten wie ein amtlicher Erbschaftsverwalter. Gemeint ist mit dieser Verweisung der Erbschaftsliquidator nach *Art. 595 ff. ZGB*.<sup>48</sup> Der Willensvollstrecker hat die Befugnis zur Vornahme aller Verwaltungshandlungen und ist dabei nicht an die Weisungen der Erben gebunden. Er kann über die zum Nachlass gehörenden Sachen und Rechte verfügen; seine Vertretungs- und Verfügungsmacht umfasst alle Handlungen, welche seine Aufgabe mit sich bringen kann.<sup>49</sup> Da dem Willensvollstrecker ein *grosser Ermessensspielraum* zusteht, muss er seine Entscheide nach sachlich vertretbaren Kriterien treffen und zudem Rücksicht auf die schützenswerten Interessen aller Beteiligten nehmen. Daher hat er sich bei der *Verwaltung von Wertschriften* an einer bestimmten *Anlagestrategie* zu orientieren und einen Fachmann beizuziehen, falls er selbst mit der Materie ungenügend vertraut ist.<sup>50</sup> Er ist aber nicht verpflichtet, ein in weitgehend soliden Aktien angelegtes Vermögen in konservative Anlagen umzuschichten.<sup>51</sup> Die vom Willensvollstrecker zu treffenden Vorkehren sind abhängig von erblasserischen Anweisungen und den Bedürfnissen des Nachlasses. Dabei ist eine nachvollziehbare Liquiditätsplanung anzustreben, da je nach Kanton und Verwandtschaftsgrad hohe Erbschaftssteuern anfallen können.<sup>52</sup> Umstritten ist in der

<sup>45</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 9.3.1.

<sup>46</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 9.3.2.

<sup>47</sup> BGer 5A\_522/2014, 5A\_569/2014, 5A\_573/2014, vom 16. Dezember 2015, E. 9.5.

<sup>48</sup> Martin Karrer/Nedim Peter Vogt/Daniel Leu, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. A., Basel 2015, Art. 618 ZGB, N 1, unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>49</sup> Bernhard Christ/Mark Eichner, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 518 ZGB, N 22, 24; ausführlich: Hans Rainer Künzle, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 517–518 ZGB, Bern 2011, Art. 517–518 ZGB, N 194 ff.

<sup>50</sup> BK-Künzle (FN 49), Art. 517–518 ZGB, N 98; PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner (FN 49), Art. 518 ZGB, N 49.

<sup>51</sup> PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner (FN 49), Art. 518 ZGB, N 50; Peter Breitschmid, Behördliche Aufsicht über den Willensvollstrecker, in: Jean Nicolas Druey/Peter Breitschmid (Hrsg.), Willensvollstreckung I, Bern/Stuttgart/Wien 2001, 162 f.; vgl. auch BGer 5P.440/2002 vom 23. Dezember 2002, E. 2.3.

<sup>52</sup> Peter Breitschmid, Das Bankkonto im Erbgang – Probleme rund um die Vermögensverwaltung vor und nach dem Tod, in: *successio* 2007, 220 ff., Fn. 84; Thomas Geiser, Sorgfalt in der Vermögensverwaltung durch den Willensvollstrecker, in: *successio* 2007, 178 ff., 182.

Lehre, ob der Willensvollstrecker grundsätzlich an die Anlagestrategie des Erblassers gebunden ist.<sup>53</sup>

Den Willensvollstrecker trifft eine *Auskunftspflicht gegenüber den Erben*, so muss er auf ihre Anfrage hin innert nützlicher Frist die gewünschten Auskünfte erteilen und ihnen wenn nötig Einsicht in die Akten gewähren. Die Erben können eine Abrechnung über die Aufwendungen und Erträge (insbesondere Zinsen) verlangen und bei länger dauernder Willensvollstreckung sogar eine jährliche

---

AJP 2016 S. 513, 520

Abrechnung erwarten.<sup>54</sup> Für beabsichtigte oder vorgenommene Handlungen, wie etwa den geplanten Verkauf einer Erbschaftssache, untersteht der Willensvollstrecker zudem einer Mitteilungspflicht und muss die Erben gegebenenfalls ohne Aufforderung informieren.<sup>55</sup>

Bei *Pflichtverletzung* sind die Art. 394 ff. und 97 ff. OR analog anwendbar.<sup>56</sup> Voraussetzung der Haftung ist, dass der Willensvollstrecker gegen seine in Art. 518 Abs. 2 ZGB umschriebenen Pflichten verstösst, indem er sein Amt unsorgfältig ausführt.<sup>57</sup>

Das *Honorar* des Willensvollstreckers gilt als angemessen, wenn die notwendigen und tatsächlich erbrachten Stunden in Rechnung gestellt werden und wenn der Stundenansatz der Komplexität, dem Umfang und der Dauer des Mandates, sowie der Verantwortung des Willensvollstreckers gerecht wird. Bezüglich der Verantwortung spielt der Wert des Nachlasses eine Rolle, jedoch ist er nicht allein ausschlaggebend. Da der effektive Arbeitsaufwand im Vordergrund stehen muss, ist eine prozentuale Bemessung der Vergütung am Nachlassvermögen abzulehnen. Hat der Willensvollstrecker nach den Umständen des Einzelfalles unsorgfältig gehandelt, so ist ein Honorarabzug gerechtfertigt.<sup>58</sup>

Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid ist u.E. nicht zu beanstanden. Da auch der Vermögensberater der Erblasserin zum Willensvollstrecker ernannt wurde, mussten diese zur *Verwaltung des Portefeuilles* keinen externen Fachmann beiziehen. Es kann den Willensvollstreckern auch kaum zum Vorwurf gemacht werden, dass sie die Börsenkrise nicht vorzeitig erkannt und die Aktien sofort verkauft hatten. Kursverläufe sind selbst für Börsenexperten schwierig zu prognostizieren, hingegen ist es relativ einfach im Nachhinein zu behaupten, gewisse Anzeichen hätten erkannt werden müssen. Diese Anzeichen im entsprechenden Moment auch wirklich zu erkennen, ist bedeutend schwieriger. Auch wenn mit einem Anteil von 60% Aktien (hauptsächlich Nestlé) ein «Klumpenrisiko» bestand, so handelte es sich dabei um die Aktien einer grundsätzlich soliden Gesellschaft und nicht um hochspekulative Finanzinstrumente, wie beispielsweise Optionen. Der Entscheid, die Wertschriften nicht sofort nach Antritt des Mandats zu versilbern, ist auch wegen des Grundsatzes der Naturalteilung, welcher bei Aktien und sonstigen Wertpapieren problemlos durchführbar ist, richtig.

Der Argumentation des Bundesgerichts ist auch bezüglich der *Auskunftspflicht* zu folgen. Dieser kamen die Willensvollstrecker im vorliegenden Fall zwar unvollständig nach, doch es erscheint zweifelhaft, dass pflichtgemässe Information den Kursverlust

---

<sup>53</sup> Bejahend: Hans Rainer Künzle, Die Anlagestrategie des Willensvollstreckers, in: *successio* 2009, 51 ff., 62; Geiser (FN 52), 182; BSK-Karrer/Vogt/Leu (FN 48), Art. 618 ZGB, N 29a; verneinend: Breitschmid (FN 52), Fn. 84, welcher auf die Risikoeignung und -neigung der Erben abstellt.

<sup>54</sup> BK-Künzle (FN 49), Art. 517–518 ZGB, N 217, 219; BSK-Karrer/Vogt/Leu (FN 48), Art. 618 ZGB, N 17; PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner (FN 49), Art. 518 ZGB, N 33.

<sup>55</sup> BK-Künzle (FN 49), Art. 517–518 ZGB, N 223 f.; BSK-Karrer/Vogt/Leu (FN 48), Art. 618 ZGB, N 17 m.w.H.; a.M. PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner (FN 49), Art. 518 ZGB, N 34.

<sup>56</sup> Vgl. auch BSK-Karrer/Vogt/Leu (FN 48), Art. 618 ZGB, N 109, unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>57</sup> BK-Künzle (FN 49), Art. 517–517 ZGB, N 424; BSK-Karrer/Vogt/Leu (FN 48), Art. 618 ZGB, N 112.

<sup>58</sup> BSK-Karrer/Vogt/Leu (FN 48), Art. 617 ZGB, N 29, unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung; vgl. hierzu auch Stephanie Hrubesch-Millauer, Probleme mit der Vergütung des Willensvollstreckers, in: *AJP/PJA* 2005, 1209 ff., 1212 f., 1217.

vermieden oder bedeutend gemindert hätte. Die Willensvollstrecker haben folglich nicht gegen ihre Pflichten verstossen, indem sie die Anlagestrategie der Erblasserin beibehielten und die Aktien erst verkauften, als liquide Mittel zur Bezahlung der Erbschaftssteuern benötigt wurden.

Da sich das Honorar nicht nur an der Verantwortung des Willensvollstreckers (und damit indirekt am Betrag der Nachlassaktiven) bemisst, ist ein pauschales Entgelt von 4% der Nachlassaktiven nicht sachgerecht. Wie das Bundesgericht richtig feststellt, sind die Aufgaben der Willensvollstrecker einzeln zu betrachten und entsprechend ihrer Nützlichkeit zu honorieren. Hierzu ist eine Abrechnung, welche Aufschluss über die genauen Tätigkeiten der Willensvollstrecker und deren Zeitaufwand gibt, unentbehrlich.

## IV. Vermächtnisse

### A. Aushändigung von Legaten/Beweis

Das Bundesgericht beschäftigte sich in *BGer 5A\_243/2014* vom 12. Januar 2015 mit dem folgenden Sachverhalt: Erblasser E. verfügte mit eigenhändigem Testament vom 23. Oktober 1992, dass seine Lebenspartnerin A. das Grundstück Nr. 969 des Grundbuchamtes X und zusätzlich Fr. 50'000.– erhalten soll. Mit Nachtrag vom 14. November 1992 schloss der Erblasser seine Schwester B. als Erbin aus.

Am 30. Juli 1993 heirateten E. und A. Daraufhin verfasste E. am 8. März 1994 ein zweites eigenhändiges Testament, mit dem Inhalt, dass A. die Grundstücke Nrn. 969 und 57, sowie die Hälfte der Parzelle Nr. 219 des Grundbuchamtes X erhalten soll. In Bezug auf diese Hälfte hielt E. fest, dass seiner Ehefrau A. die Wahl zustehen soll, welchen Teil des Grundstückes sie bei der Teilung («divisione») beanspruchen möchte.

Am 22. Januar 1997 verstarb E., ohne Nachkommen zu hinterlassen. Seine Erbengemeinschaft bestand aus

---

[AJP 2016 S. 513, 521

der Ehefrau A., der Mutter F. und den Nichten C. und D. (Töchter der Schwester B.). Die Mutter F. verstarb daraufhin im Jahr 2000 und hinterliess B. als ihre Alleinerbin, welche an der Stelle von F. in die Erbengemeinschaft des E. eintrat.

A. erhob daraufhin Klage gegen B., C. und D. mit dem Begehren, ihr seien die Legate/Prälegate herauszugeben, insbesondere die Grundstücke Nrn. 57 und 969, sowie die Hälfte des Grundstückes Nr. 219 und die Fr. 50'000.–. Hierbei verwies A. auch auf ihr Recht, bei der Naturalteilung des Miteigentums die ihr zustehende Hälfte auswählen zu dürfen. Das Bezirksgericht Lugano wies die Klage ab und das Appellationsgericht des Kantons Tessin stützte diesen Entscheid im darauffolgenden Berufungsverfahren. Am 20. März 2014 erhob A. Beschwerde beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht hielt einleitend fest, die Beschwerdeführerin führe gegen die Beschwerdegegner eine Klage nach Art. 562 ZGB auf Aushändigung der behaupteten Vermächtnisobjekte.<sup>59</sup> Daraufhin stellte sich das Bundesgericht die Frage, ob die Beschwerdeführerin überhaupt Begünstigte eines Legates sei. E. hatte zwei Testamente verfasst, er hob aber in demjenigen vom 8. März 1994 nicht ausdrücklich das Testament vom 23. Oktober 1992 auf. Hier gelange die *gesetzliche Vermutung von Art. 511 Abs. 1 ZGB* zur Anwendung, d.h. die neuere Verfügung hebt die ältere auf, wenn nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, dass sie eine blosser Ergänzung darstellt. Um diese Vermutung umzustossen müsse der volle Beweis erbracht werden, die überwiegende Wahrscheinlichkeit genüge nicht. Dieser Beweis könne ausserdem auch mit Testamentsexterna erbracht werden.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> BGer 5A\_243/2014 vom 12. Januar 2015, E. 3.

<sup>60</sup> BGer 5A\_243/2014 vom 12. Januar 2015, E. 3.1.1.



Die Vorinstanzen sahen den Beweis als nicht erbracht. Die Beschwerdeführerin wandte daraufhin ein, der Erblasser habe ihre Position mit dem Testament vom 8. März 1994 nicht verschlechtern wollen. Das Bundesgericht argumentierte, der Wille des Erblassers, seine Frau weiter zu begünstigen, sei eine reine Annahme. Diese Annahme wiederum sei vollkommen unbewiesen und könne auch nicht mit der allgemeinen Lebenserfahrung begründet werden. Gegen die Annahme eines Legates spreche zudem, dass der Erblasser im Testament vom 8. März 1994 erneut über das Grundstück Nr. 969 verfügt hatte. Das Bundesgericht bestätigt in der Folge die vorinstanzlichen Urteile und betrachtet die Rüge der Beschwerdeführerin als unbegründet.<sup>61</sup>

Nach der Feststellung, dass das Testament vom 8. März 1994 das frühere ersetzt, stellt sich das Bundesgericht die Anschlussfrage, ob der Erblasser Legate zu Gunsten der Beschwerdeführerin (welche inzwischen seine Ehefrau geworden war) ausrichten wollte. In Anwendung von Art. 608 Abs. 3 ZGB hielt das Bundesgericht fest, dass die *Zuweisung einer Erbschaftssache grundsätzlich als Teilungsvorschrift und nicht als Legat zu verstehen* sei, sofern sich nicht etwas anderes aus der Verfügung ergebe. Die *gesetzliche Vermutung von Art. 608 Abs. 3 ZGB* könne durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden. An diesen würden keine allzu strengen Anforderungen gestellt. Gleichwohl muss der Wille, einem Erben eine Sache zusätzlich zu seinem Erbteil zu vermachen, zumindest durch Indizienbeweis aus dem Testament abgeleitet werden können.<sup>62</sup>

Die Vorinstanz konnte dem Testament keine Hinweise entnehmen, welche bestätigen würden, dass der Erblasser seiner Ehefrau die Grundstücke zusätzlich zu ihrem Erbteil vermachen wollte. Die explizite Bezugnahme auf die Teilung («divisione») bekräftige vielmehr, dass diese Verfügung eine Teilungsvorschrift darstelle. Die Beschwerdeführerin wandte ein, der Erblasser habe sie begünstigen wollen, der Begriff «divisione» nehme Bezug auf eine Naturalteilung des Grundstücks Nr. 219 (und nicht auf die Erbteilung) und alle Indizien sprächen für ein Vorausvermächtnis. Gemäss Bundesgericht genügt dies aber nicht um aufzuzeigen, dass der Erblasser nicht nur eine Teilungsvorschrift aufstellen wollte. In Folge wurde das vorinstanzliche Urteil nicht beanstandet.<sup>63</sup>

Zudem focht die Beschwerdeführerin die Erbberechtigung der Nichten C. und D. an; der Erblasser habe deren Mutter (seine Schwester B.) mit dem Nachtrag vom 14. November 1992 als Erbin ausgeschlossen hatte. Die Beschwerdeführerin bestritt eine analoge Anwendung von Art. 478 Abs. 2 ZGB, vielmehr erstrecke sich der Ausschluss der Schwester auch auf deren Kinder. Das Bundesgericht hielt fest, dass zunächst geprüft werden müsste, ob der Nachtrag zum Testament vom 23. Oktober 1992 auch für das spätere Testament vom 8. März 1994 gelte. Jedoch sei die Überprüfung der Rüge überflüssig, da gar keine Vermächtnisse zu Gunsten der Beschwerdeführerin vorlägen und es somit nicht erforderlich sei, über die Stellung der Nichten in Bezug auf eine Auslieferungspflicht zu entscheiden.<sup>64</sup>

*Anmerkungen:* Werden in einem Nachlass mehrere Testamente aufgefunden, so tritt nach gesetzlicher Ver-

---

AJP 2016 S. 513, 522

mutung von Art. 511 Abs. 1 ZGB die jüngere Verfügung an Stelle der älteren, sofern sie nicht zweifellos deren blosse Ergänzung darstellt. Wegen des Gesetzeswortlauts («zweifellos») stellt das Bundesgericht strenge Anforderungen an den Nachweis, dass die jüngere Verfügung lediglich die Ergänzung der älteren sei. Gegengründe können sich jedoch aus Wortlaut, Sinn und Gestaltung der Testamentsurkunde (z.B. Bezeichnung als Nachtrag) wie auch aus Testamentsexterna ergeben.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> BGer 5A\_243/2014 vom 12. Januar 2015, E. 3.1.1.

<sup>62</sup> BGer 5A\_243/2014 vom 12. Januar 2015, E. 3.1.2.

<sup>63</sup> BGer 5A\_243/2014 vom 12. Januar 2015, E. 3.1.2.

<sup>64</sup> BGer 5A\_243/2014 vom 12. Januar 2015, E. 3.2.

<sup>65</sup> Peter Breitschmid, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. A., Basel 2015, Art. 509–511 ZGB, N 7; Martin Lenz, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 511 ZGB, N 1 f.

Gemäss Art. 608 Abs. 3 ZGB ist im Zweifel eine Teilungsvorschrift und nicht ein Vorausvermächtnis anzunehmen, wenn aus einer Verfügung kein abweichender Wille des Erblassers ersichtlich ist. Durch das Vorausvermächtnis wird etwas zum Erbteil hinzugefügt, während die Teilungsvorschrift die Grösse der Erbteile nicht beeinflusst und der Erbteilung auch keine Nachlasswerte entzieht. Diese gesetzliche Vermutung ist widerlegbar, bei einer unklaren Verfügung muss der wirkliche Wille des Erblassers mittels Auslegung ermittelt werden.<sup>66</sup>

Der Entscheid zeigt auf, dass Unterschiede beim *Beweis des Gegenteils im Fall von Art. 511 Abs. 1 ZGB und 608 Abs. 3 ZGB* bestehen. Im ersten Fall muss der Wille des Erblassers, seine früheren Verfügungen aufzuheben, mit Sicherheit bewiesen werden. Art. 608 Abs. 3 ZGB enthält keine bestimmten Anforderungen hinsichtlich des Beweismasses, sieht aber vor, dass die Verfügung des Erblassers einen anderen Willen offenbaren muss. Zudem ist aufgrund des Wortlautes («aus der Verfügung ersichtlich») ausgeschlossen, dass der Wille nur aus externen Elementen hervorgehen kann. Durch die Verwendung des Begriffs «ersichtlich» scheint der Gesetzgeber dem Gericht sodann einen Ermessensspielraum zu lassen. Dies ist ohne Zweifel der Grund dafür, dass das Bundesgericht im Falle von Art. 608 Abs. 3 ZGB an den Beweis des Gegenteils keine allzu strengen Anforderungen stellt.<sup>67</sup>

Klar keine Ergänzung liegt bei abweichender Verfügung über dasselbe Objekt vor. Der Erblasser hat in beiden Testamenten in gleicher Weise über das Grundstück Nr. 969 verfügt, jedoch findet sich in der zweiten Verfügung das Legat über Fr. 50'000.– nicht. Betreffend Abgrenzung zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsvorschrift ist es schwierig zu beurteilen, ob der Erblasser mit der Verwendung des Wortes «divisione» wirklich auf die Erbteilung Bezug nehmen wollte. Da es sich um einen juristischen Laien handelt, ist auch denkbar, dass er auf die Realteilung des Grundstücks Nr. 219 Bezug nehmen wollte.

## V. Formvorschriften beim Testament

### A. Beurkundungsverfahren beim öffentlichen Testament

Dem Entscheid *BGer 5A\_483/2014* vom 23. April 2015 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: In einem öffentlich beurkundeten Testament setzte eine betagte, unter (altrechtlicher) Vormundschaft stehende, in einem Pflegeheim im Kanton Tessin lebende, ledige und nachkommenlose Dame zwei Drittpersonen als Alleinerben ein. Die übergangenen gesetzlichen Erben (drei Cousins väterlicherseits) erhoben gegen dieses Testament die Ungültigkeitsklage und rügten die *Verletzung der Beurkundungsvorschriften bei der Errichtung des öffentlichen Testaments*.

Der beurkundende Tessiner Notar hatte das Beurkundungsverfahren gemäss Art. 500 Abs. 1 ZGB angewendet (Selbstlesungsverfahren). Die Testatorin las den Text der Urkunde selbst und unterzeichnete diese. Der Notar zog daraufhin zwei Zeugen bei, welchen die Erblasserin erklärte, dass sie die Urkunde gelesen habe und dass diese ihre letztwillige Verfügung enthalte (Art. 501 Abs. 1 ZGB). Die Zeugen bescheinigten diese Erklärung sowie die (durch einen unabhängigen Arzt festgestellte) Tatsache, dass sich die Erblasserin im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden habe (Art. 501 Abs. 2 ZGB). Somit hatte der Notar alle Formvorschriften des Selbstlesungsverfahrens gewahrt.

Die drei gesetzlichen Erben rügten, dass der Notar das Testament *vor Anwesenheit der beiden Zeugen zudem vorgelesen* hatte. Die Klägerinnen erblickten darin eine Verletzung der Vorschriften über das Vorlesungsverfahren (Art. 502 ZGB). Die beiden kantonalen Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, so dann auch das Bundesgericht. Es führte dazu aus, dass es genüge, wenn bei der öffentlichen Beurkundung eines Testaments *zumindest eine der beiden bundesrechtlichen*

<sup>66</sup> BSK-Schauvelberger/ Keller Lüscher (FN 17), Art. 608 ZGB, N 14 f.; PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 608 ZGB, N 17 f., unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>67</sup> Paul-Henri Steinauer, Testament en faveur du conjoint: legs précipitaire ou règle de partage?, in: *successio* 2015, 241 ff., 242.

*Beurkundungsvarianten* (Selbstlesungs- oder Vorlesungsverfahren) *vollständig durchgeführt werde*. Folglich ist eine Kombination mit Elementen des anderen Verfahrens (i.c. Vorlesung der Urkunde durch den Notar) unschädlich und führt nicht zur Formungültigkeit des öffentlichen Testaments.<sup>68</sup>

AJP 2016 S. 513, 523

Die Klägerinnen brachten zudem vor, die Selbstlesung durch die Testatorin müsse mit lauter Stimme erfolgen. Hierzu hielt das Bundesgericht fest, dass eine stille Kenntnisnahme des Textes ausreichend sei. Der Notar müsse sich nur davon überzeugen, dass die Selbstlesung wirklich stattgefunden habe, wobei es durchaus schwierig sei, den Akt des Lesens tatsächlich festzustellen.<sup>69</sup>

*Anmerkungen:* Dieser Entscheid zeigt auf, wie wichtig es ist, dass sich die Urkundsperson strikt an die gesetzlich vorgesehenen Beurkundungsformen hält. Bereits die Kombination eines korrekt durchgeführten Verfahrens mit einzelnen Elementen des zweiten Verfahrens kann zu Rechtsunsicherheiten führen. Dem Bundesgericht ist beizupflichten, dass das Vorgehen des Notars<sup>70</sup> in diesem Fall nicht zur Formungültigkeit des Testaments führen kann, da eines der Beurkundungsverfahren richtig durchgeführt wurde.<sup>71</sup> Weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung finden sich Anhaltspunkte dafür, dass die Urkunde von der Testatorin akustisch wahrnehmbar gelesen werden müsste. Ferner ist hier anzumerken, dass wenn dem so wäre, einer stummen Person die öffentliche Beurkundung des Testamentes mittels Selbstlesungsverfahrens vollständig verschlossen bliebe.

## B. Ungültigkeit eines maschinengeschriebenen Testaments

In *BGer 5A\_131/2015* vom 26. Mai 2015 war das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt konfrontiert: Im Nachlass von Erblasser B.B. wurde ein auf dem Computer geschriebenes, danach ausgedrucktes und eigenhändig unterzeichnetes, sowie mit dem Geburtsdatum und dem Datum vom 3. Dezember 2013 versehenes Testament aufgefunden. Dabei verfügte der Erblasser, dass A. Alleinerbin sei.

Nach der Eröffnung des Testaments durch ein Notariat erhoben die Mutter D.B. und die Schwester E.B. Einsprache und daraufhin beim Bezirksgericht Ungültigkeitsklage, allenfalls auch Klage auf Nichtigkeit des Testaments. Die beklagte Alleinerbin A. beantragte unentgeltliche Rechtspflege, wobei das Bezirksgericht dieses Gesuch wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit abwies. Gegen diesen Entscheid erhob A. Beschwerde, welche auch vom Obergericht des Kantons Thurgau abgewiesen wurde. Gegen diesen Entscheid erhob A. wiederum Beschwerde beim Bundesgericht, mit dem Begehren um Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids.

Im bundesgerichtlichen Verfahren argumentierte A., bei objektiv-zeitgemässer Auslegung von Art. 505 ZGB sei auch ein maschinengeschriebenes Dokument eine gültige eigenhändige Verfügung. Es sei nicht mehr zeitgemäss Art. 505 ZGB dahin zu verstehen, dass der Erblasser den Griffel halte, vielmehr sei «Eigenhändigkeit» auch gegeben, wenn mit der Hand an einem technischen Gerät gearbeitet werde.<sup>72</sup>

Dem trat das Bundesgericht folgendermassen entgegen: Der klare Wortlaut von Art. 505 ZGB, wonach die eigenhändige letztwillige Verfügung von Anfang bis Ende von Hand niederzuschreiben sei, lasse keinen Spielraum für maschinengeschriebene Testamente. «Eigenhändig» und «niederschreiben» verlange, dass der Erblasser das

<sup>68</sup> BGer 5A\_483/2014 vom 23. April 2015, E. 3.

<sup>69</sup> BGer 5A\_483/2014 vom 23. April 2015, E. 4.2.2.

<sup>70</sup> Vgl. auch betreffend Mischformen bei Beurkundung eines Erbvertrags: Stephanie Hrubesch-Millauer, Urteilsbesprechung BGer 5C.56/2005 vom 15.7.2005, in: AJP/PJA 2005, 1543 ff.

<sup>71</sup> Vgl. auch schon BGE 56 II 159, E. 1: «Wurde aber das Testament sowohl von der Urkundsperson vorgelesen wie von der Testatorin selbst gelesen, (...) liegt gegenüber dem, was an Formen gesetzlich vorgeschrieben ist, ein Mehr vor, welches die Gültigkeit der Verfügung nicht berührt.»

<sup>72</sup> BGer 5A\_131/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.



Schreibgerät selber führe und ein Schriftbild entstehe. Das Selbst-Schreiben solle den Testierwillen unterstreichen, zudem könne ein eigenhändig geschriebener Text dem Erblasser weniger gut untergeschoben werden als ein vorgedrucktes Dokument. Da auch der Lehre keine abweichenden Meinungen zu diesem Thema zu entnehmen sind, erachtete auch das Bundesgericht die Rechtslage als klar und den Rechtsstandpunkt der Beschwerdeführerin A. als aussichtslos.<sup>73</sup> Die Beschwerde wurde abgewiesen, soweit das Bundesgericht darauf eintrat.<sup>74</sup>

*Anmerkungen:* Anlass, die bisherige Rechtsprechung zu nicht handschriftlichen Testamenten infrage zu stellen, gibt es nicht, denn der Wortlaut von Art. 505 Abs. 1 ZGB lässt keinen Auslegungsspielraum. So kann insbesondere «von Hand niederschreiben» nicht bedeuten, dass sich der Erblasser eines Computers bedient, um sein Testament zu verfassen.<sup>75</sup> Dieser Standpunkt ist aussichtslos und soll richtigerweise nicht mittels unentgeltlicher Prozessführung vertreten werden können. Obwohl mit Computer geschriebene Dokumente längst üblich sind, besteht kein Anlass, diese Art der Niederschrift auch für Testamente zuzulassen. Das bei der eigenhändigen Niederschrift entstehende Schriftbild beugt Fälschungen vor und das handschriftliche Verfassen führt dazu, dass sich der Testator der Bedeutung und Auswirkungen

---

[AJP 2016 S. 513, 524

seiner Verfügungen besser bewusst wird als beim Schreibvorgang am Computer.<sup>76</sup>

## VI. Erbteilung

### A. Durchsetzung eines unter Erben vereinbarten Gewinnbeteiligungsrechts an Nachlassgrundstücken

BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Erblasser B. verstarb am 17. April 2000 und hinterliess verschiedene landwirtschaftliche und nichtlandwirtschaftliche Grundstücke. Seine fünf Kinder schlossen im Zug der erbrechtlichen Auseinandersetzung mehrere Vereinbarungen. In einer Vereinbarung vom 24./26. September 2002, welche durch Notar H. verfasst wurde, stipulierten sie unter anderem folgende Klausel:

*«Den Nachkommen des Herrn B. stehen Gewinnbeteiligungsrechte an sämtlichen Grundstücken, welche sich bei seinem Tod in seinem Eigentum befunden haben, zu – gemäss BGBB und analog aArt. 619 ff. ZGB. Vom Erlös sind die Gestehungskosten, die wertvermehrenden Aufwendungen und die Grundstückgewinnsteuern in Abzug zu bringen.*

*Der Kaufkraftentwicklung ist gemäss der Entwicklung des Landesindex für Konsumentenpreise Rechnung zu tragen.*

*Die Parteien verpflichten sich, diese obligatorischen Bestimmungen auf ihre Rechtsnachfolger zu übertragen und diese zur Weiterführung zu verpflichten.*

*Allfällige Vormerkungen sind im Grundbuch aufzutragen.»*

In einer partiellen Erbteilung übernahm der Sohn X. am 31. August 2006 das nicht landwirtschaftliche Grundstück C. zu einem Anrechnungswert von Fr. 480'000.–. Er liess das bestehende Gebäude abreißen und errichtete einen Neubau auf dem Grundstück. Diese Parzelle verkaufte er im Jahr 2008 zu einem Preis von Fr. 16 Mio. Die Geschwister Y. und Z. klagten daraufhin am 4. Februar 2011 mit dem Rechtsbegehren, X. sei zu verurteilen, über den Gewinn aus dem Verkauf der Liegenschaft abzurechnen und ihnen je einen Teilbetrag von Fr. 300'000.– nebst Zins zu bezahlen.

---

<sup>73</sup> BGer 5A\_131/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.

<sup>74</sup> BGer 5A\_131/2015 vom 26. Mai 2015, E. 5.

<sup>75</sup> Statt vieler: PraxKomm Erbrecht-Martin Lenz (FN 65), Art. 505 ZGB, N 4, unter Verweis auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>76</sup> BSK-Breitschmid (FN 65), Art. 505 ZGB, N 2; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, Bern 2002, § 9, N 13.





Dem vorliegenden Urteil ging ein Verfahren zur internationalen Zuständigkeit voraus, da X. Wohnsitz in den USA hatte und bestritt, dass es sich bei Fragen zum Gewinnbeteiligungsrecht um eine erbrechtliche Streitigkeit im Sinn von Art. 86 Abs. 1 IPRG handle. Das Regionalgericht Oberland bejahte seine internationale Zuständigkeit, das Obergericht des Kantons Bern sowie das Bundesgericht bestätigten diesen Entscheid.<sup>77</sup>

Das Regionalgericht Oberland bejahte die Gewinnabrechnungspflicht und verurteilte X. zur Abrechnung, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe von Art. 292 StGB. Das Obergericht stützte diesen Entscheid, woraufhin X. am 10. September 2014 Beschwerde beim Bundesgericht einreichte, mit dem Begehren um Aufhebung der kantonalen Entscheide und Abweisung der Klage.<sup>78</sup>

Das Bundesgericht stützte die Argumentation der Vorinstanzen, wonach mit der Vereinbarung vom 24./26. September 2002 ein Gewinnbeteiligungsrecht in Bezug auf sämtliche Grundstücke des Nachlasses vereinbart worden war und nicht nur für landwirtschaftliche Parzellen. Dies leiteten alle drei Instanzen aus den verwendeten Formulierungen («sämtliche Grundstücke»; «obligatorische Bestimmungen»; «allfällige Vormerkungen») sowie aus Sinn und Zweck der Vereinbarung ab. Die Formulierung «sämtliche Grundstücke» sei in ihrer Ausdruckskraft viel stärker als die Formulierung «analog BGG und aArt. 619 ZGB». Zudem sei es den Geschwistern darum gegangen, dass nicht einer der Erben «sofort Geld mache und eine Liegenschaft sofort verkaufe». Die Liegenschaften wurden gemäss Testament den Nachkommen zu den amtlichen Werten zugewiesen, das Gewinnbeteiligungsrecht sollte diese Verteilung abfedern.<sup>79</sup>

X. machte geltend, dass es sich bei der Offenlegungs- und Abrechnungspflicht lediglich um prozessuale Mitwirkungspflichten im Sinne von Art. 160 ZPO handle. Die Anwendung von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB komme nicht in Frage, weil die Teilung schon vollzogen sei und da keine Gesetzeslücke bestehe, scheidet auch eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen aus. Zudem würden Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB lediglich eine Offenlegungs-, nicht aber eine Abrechnungspflicht begründen.<sup>80</sup>

Das Bundesgericht argumentierte, das Gewinnanteilsrecht solle eine im Rahmen der Erbteilung erfolgende, wertmässige Ausgleichung der einzelnen Erbteile (Lose) ermöglichen. Dies löse bei Eintritt der Bedingung (Veräusserungsfall) zunächst eine Offenlegungs- bzw. Abrechnungs- und in der Folge eine Zahlungspflicht aus. Vor dem Hintergrund dieses Zwecks müsse eine umfassende Aufklärungspflicht über Verkaufsgewinne in der Vereinbarung als enthalten gelten. Da es sich um eine Pflicht auf

---

AJP 2016 S. 513, 525

vertraglicher Grundlage handelt, gehe es um materiell-rechtliche Verpflichtungen, welche auch strafbewehrt sein können.<sup>81</sup>

Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass es aufgrund des engen Zusammenhangs mit dem Erbgang um eine analoge Anwendung von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB gehe. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass diese erbrechtlichen Normen *die Erben umfassend zu gegenseitiger Auskunft und Information, aber nicht zur Erstellung einer eigentlichen Abrechnung* verpflichten. Jedoch spreche bei Auslegung der Vereinbarung vom 24./26. September 2002 nach dem Vertrauensprinzip alles dafür, dass die Parteien eine Abrechnungspflicht vorgesehen haben, da abzugsfähige Positionen aufgeführt werden und die Kaufkraftsentwicklung zu berücksichtigen sei. Das Bundesgericht erachtete die Unterscheidung überdies als kaum relevant, es stützte die Argumentation des Obergerichts, wonach eine umfassende Auskunftserteilung die

---

<sup>77</sup> BGer 5A\_627/2012 vom 3. Dezember 2012.

<sup>78</sup> BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015, Sachverhalt.

<sup>79</sup> BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015, E. 2.

<sup>80</sup> BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015, E. 3.

<sup>81</sup> BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015, E. 3.

Abrechnung gewissermassen enthalte, da es bei der Auskunftserteilung nicht um ein blosses Zusenden eines Stapels unsortierter Belege, sondern um aktive Information gehe.<sup>82</sup> Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit auf sie eingetreten werden konnte.<sup>83</sup>

*Anmerkungen:* Dieser Entscheid des Bundesgerichts verdient volle Zustimmung. Die streitige Klausel der Vereinbarung vom 24./26. September 2002 ist in ihrem Wortlaut und ihrer Zweckverfolgung so klar («Gewinnbeteiligungsrechte an sämtlichen Grundstücken»), dass die Argumentation, die Erben hätten das Gewinnbeteiligungsrecht nur für landwirtschaftliche Parzellen vereinbaren wollen, kaum vertretbar ist. Da Baulandparzellen deutlich höhere Gewinnchancen aufweisen als landwirtschaftliche Grundstücke, erscheint es zudem widersinnig, dass gerade diese vom Gewinnbeteiligungsrecht ausgenommen sein sollen. Vielmehr ist dem Bundesgericht beizupflichten, wenn es festhält, die Erben hätten mit dem Gewinnbeteiligungsrecht eine möglichst ausgeglichene Nachlassverteilung angestrebt.

Zuzustimmen ist dem Bundesgericht und der Vorinstanz auch bezüglich Abrechnungspflicht des Beschwerdeführers. Aufgrund der Nähe zwischen dem Zweck der Vereinbarung und der Erbteilung erscheint die *analoge Anwendung* der Art. 607 Abs. 3 und 610 Abs. 2 ZGB und deren Rechtsfolge als sachlich angemessen. Art. 607 Abs. 3 ZGB statuiert die Pflicht der sich im Besitz von Erbschaftssachen befindenden Miterben, einander bei der Teilung genauen Aufschluss darüber zu geben. Diese Informationspflicht wird ergänzt durch Art. 610 Abs. 2 ZGB. Gemäss dieser Norm haben sich die Erben bei der Teilung alles über ihr Verhältnis zum Erblasser mitzuteilen, was für die gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft von Bedeutung ist. Diese Auskunfts- und Informationspflicht beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben und hat die faire Nachlassabwicklung zum Ziel. Folglich haben sich die Erben beispielsweise über lebzeitige Schenkungen des Erblassers, Erbvorbezüge, Darlehen oder sonstige Vereinbarungen mit dem Erblasser gegenseitig zu orientieren und die entsprechenden Unterlagen offenzulegen (Steuerunterlagen, Bankbelege, schriftliche Vereinbarungen etc.).<sup>84</sup> Aus diesem Grund hat die Auskunftserteilung im Falle eines Gewinnbeteiligungsrechts vernünftigerweise auch die Abrechnung über erzielte Verkaufsgewinne sowie über getätigte Investitionen zu enthalten.

## **B. Unabhängigkeit des Begehrens um Zuweisung einer Erbschaftssache von den restlichen Aspekten der Erbteilung (Teilentscheid)**

BGer 5A\_678/2014 und 5A\_725/2014 vom 27. Juli 2015 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: A., B. und C. sind die Kinder und Erben der 1999 bzw. 2002 verstorbenen Ehegatten D. Im Nachlass der Eltern befand sich unter anderem eine mit vier Ferienhäuschen bebaute Parzelle am Ufer des Bodensees. Für die Nutzung der Häuschen besteht eine Konzession bis 30. April 2017. Ein Landwirtschaftsbetrieb, sowie ein Schloss mit Zugang zum Bodensee waren in einer ersten Etappe der Erbteilung bereits an A. gegangen.

Am 23. September 2004 reichte B. beim Bezirksgericht Kreuzlingen Klage auf Feststellung und Teilung des Restnachlasses ein. Zudem beantragte er die Zuteilung der Seeparzelle an sich unter Anrechnung an seinen Erbanspruch. C. anerkannte die Klage, während A. in seiner Klageantwort ebenfalls die Feststellung und Teilung des Restnachlasses verlangte, zudem sei die Seeparzelle ihm in Anrechnung an seinen Erbteil zuzuweisen. Die beiden Parteien konnten sich bezüglich Zuweisung (oder allenfalls öffentliche Versteigerung) der umstrittenen Parzelle sowie deren Verkehrs- und Anrechnungswert nicht einigen, was dann auch Gegenstand mehrerer Verfahren

<sup>82</sup> BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015, E. 3.

<sup>83</sup> BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015, E. 5.

<sup>84</sup> PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB, N 15 f.; BSK-Schauelberger/Keller Lüscher (FN 17), Art. 610 ZGB, N 17 f.

vor Bezirks-, Ober- und Bundesgericht war. Schliesslich gelangten sowohl A. wie auch B. wiederum mit Beschwerde

---

AJP 2016 S. 513, 526

ans Bundesgericht. A. verlangte eine neue Verkehrswertschätzung und die Zuweisung der Parzelle an B. zu einem Anrechnungswert von Fr. 1'334'000.–, während B. eine Reduktion des Anrechnungswertes auf Fr. 153'000.– und bei einem höheren Anrechnungswert bedingte Rückerstattungen von A. und C. verlangte.

Da beide Beschwerdeführer dasselbe Urteil anfochten, vereinigte das Bundesgericht die Beschwerden, um sie in einem Urteil zu behandeln.<sup>85</sup> Da die Frage der Zuteilung nicht mehr strittig war, befasste sich der angefochtene Entscheid hauptsächlich mit dem massgeblichen Anrechnungswert. Offen war im obergerichtlichen Verfahren noch die Entscheidung über allfällige Ausgleichszahlungen und über von B. geltend gemachte, unbezifferte Kosten.<sup>86</sup>

Das Bundesgericht stellte sich die Frage, ob der angefochtene Entscheid als Teilentscheid im Sinne von Art. 91 lit. a BGG zu qualifizieren sei. Da das Urteil des Obergerichts nur einen Teil der gestellten Begehren behandelte, könne nur dann ein vor Bundesgericht anfechtbarer Teilentscheid vorliegen, wenn die Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können. Dies verneinte das Bundesgericht, da im vorliegenden Fall *nur die Höhe des Anrechnungswertes für die Zuweisung der Parzelle an B. streitig war* (Art. 617 f. ZGB). Die *einfache Zuweisung* einer Erbschaftssache im Sinne von Art. 612 Abs. 1 ZGB an einen von mehreren Erben könne *nicht zum Gegenstand* eines eigenen Prozesses gemacht werden, *es sei denn*, die Erben hätten sich über sämtliche anderen Aspekte der Erbteilung geeinigt oder sie vermöchten sich mit hoher Wahrscheinlichkeit nach dem Urteil über die Zuweisung zu einigen. Da zwischen A. und B. weiterhin sämtliche verbliebenen Fragen heftig umstritten waren und auch keine Einigung absehbar war, erachtete das Bundesgericht die Voraussetzungen für einen Teilentscheid als nicht erfüllt.<sup>87</sup>

Da vorliegend auch die Voraussetzungen für die bundesgerichtliche Beurteilung eines Zwischenentscheides nicht gegeben waren, trat das Bundesgericht auf die Beschwerden nicht ein.<sup>88</sup>

*Anmerkungen:* Gemäss Art. 617 ZGB sind den Erben *Grundstücke zum Verkehrswert im Zeitpunkt der Teilung anzurechnen*. Diese Norm dient dem Grundsatz der Wahrung der Gleichbehandlung der Erben, da sich Wertschwankungen während der Dauer der Erbengemeinschaft nicht zugunsten oder zulasten eines bestimmten Erben auswirken sollen.<sup>89</sup> Wie alle Teilungsregeln ist Art. 617 ZGB *dispositiver Natur*; Vereinbarungen der Erben über die Bewertung oder eine entsprechende Teilungsvorschrift des Erblassers gehen somit vor.<sup>90</sup> Art. 618 ZGB bestimmt, dass ein amtlich bestellter Sachverständiger den Anrechnungswert eines Grundstücks zu schätzen hat, falls die Erben sich darüber nicht einigen können. Wird ein solches Gutachten im Erbteilungsprozess verlangt, so ist die Schätzung nicht bindend, sondern das Gericht kann sie frei würdigen und mit triftigen Gründen auch davon abweichen.<sup>91</sup> Falls sich die Erben über die Zuweisung einer Sache nicht einigen können, so ist diese gemäss Art. 612 Abs. 2 ZGB zu verkaufen und der Erlös zu teilen. Damit diese Norm nicht bereits zur Anwendung kommt, wenn ein einzelner Miterbe die Zustimmung zur Naturalteilung verweigert, müssen drei Bedingungen kumulativ erfüllt sein. So müsste

---

<sup>85</sup> BGer 5A\_678/2014, 5A\_725/2014 vom 27. Juli 2015, E. 1.

<sup>86</sup> BGer 5A\_678/2014, 5A\_725/2014 vom 27. Juli 2015, E. 2.3.

<sup>87</sup> BGer 5A\_678/2014, 5A\_725/2014 vom 27. Juli 2015, E. 2.4.

<sup>88</sup> BGer 5A\_678/2014, 5A\_725/2014 vom 27. Juli 2015, E. 2.5 und 3.

<sup>89</sup> PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 617 ZGB, N 1 f. unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>90</sup> PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 617 ZGB, N 4 f.; BSK-Schaufelberger/Keller Lüscher (FN 17), Art. 617 ZGB, N 2.

<sup>91</sup> PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 618 ZGB, N 9; vgl. auch BSK-Schaufelberger/Keller Lüscher (FN 17), Art. 618 ZGB, N 4.



es sich um eine Erbschaftssache handeln, die durch Naturalteilung eine wesentliche Werteinbusse erfährt, sie dürfte sich wertmässig nicht in einem Los unterbringen lassen und über ihre Zuweisung, Teilung oder Veräusserung können sich die Erben nicht einigen.<sup>92</sup>

Dass unter den Parteien dieses Verfahrens verschiedenste Aspekte der Erbteilung umstritten waren, offenbart sich schon beim Lesen des Sachverhalts. Obwohl sie sich nach mehreren Verfahren auf die Zuweisung der Seeparzelle an B. einigen konnten, so war doch die Frage des Anrechnungswertes und allfälliger Gewinnbeteiligungsrechte oder Rückerstattungsansprüche weiterhin ungeklärt und Gegenstand mehrerer Verkehrswertschätzungen. Unter diesen Umständen ist es kaum wahrscheinlich, dass der bundesgerichtliche Entscheid über den Anrechnungswert die Streitigkeiten definitiv beendet hätte, insbesondere in Bezug auf das vor Obergericht noch ausstehende Urteil betreffend Ausgleichszahlungen und unbezifferte Kosten. Aus diesem Grund ist der bundesgerichtliche Nichteintretensentscheid zu befürworten.

---

AJP 2016 S. 513, 527

### **C. Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft**

In *BGer 5A\_304/2015* vom 23. November 2015 setzte sich das Bundesgericht mit folgendem Sachverhalt auseinander: A. und B. sind die Söhne von C., welcher Eigentümer einer Liegenschaft mit Bürogebäude war. C. wies diese Liegenschaft letztwillig mit einem Anteil von je 37.5% an A. und B. und mit einem Anteil von 25% seiner Schwester E. zu. Am 30. Oktober 1979 wurden die beiden Söhne, sowie die Schwester im Grundbuch als Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft eingetragen.

E. wies mit letztwilliger Verfügung ihren Anteil von 25% zu gleichen Teilen A. und B. zu, diese wurden am 12. Mai 2009 als Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen. Am 13. Februar 2012 schlossen die Brüder einen Erbteilungsvertrag, in welchem sie die Liegenschaft als das letzte ungeteilte Nachlassvermögen ihres Vaters bezeichneten, an welchem sie beide zu 50% als Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft beteiligt seien. Ebenso wurde ein Anrechnungswert festgesetzt und die Parteien vereinbarten die Auflösung der Erbengemeinschaft und die endgültige Teilung des Nachlasses, indem A. die Liegenschaft zu Alleineigentum übernehmen und dem B. für seinen Anteil Fr. 1'537'000.– bezahlen sollte. Am 13. Februar 2012 wurde A. als Alleineigentümer der Liegenschaft im Grundbuch eingetragen.

Am 21. Mai 2012 machte B. einen Erbteilungsprozess anhängig, mit dem Begehren, es sei der Nachlass von E. festzustellen und zu teilen, sowie festzustellen, dass sich beide Erben für ihren Anteil von je 12.5% an der Liegenschaft je Fr. 384'375.– an ihren Erbteil anrechnen lassen müssten. Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage gut, wogegen A. Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich erhob. Dieses wies die Berufung ab, woraufhin A. mit Berufung ans Bundesgericht gelangte.

Streitig war der Zeitpunkt der objektiv-partiellen Erbteilung und damit der in der Teilung des restlichen Nachlasses einzusetzende Wert des Eigentumsviertels. B. vertrat die Ansicht, die Erbengemeinschaft am Viertel der Erblasserin sei mit Erbteilungsvertrag vom 13. Februar 2012 aufgelöst worden und damit seien die im Erbteilungsvertrag vereinbarten Werte massgebend. Gemäss A. habe spätestens per 12. Mai 2009 (Grundbucheintrag im Nachlass von E.) eine Realteilung stattgefunden und es sei auf die Steuerwerte im damaligen Zeitpunkt abzustellen. A. machte zudem geltend, die Parteien hätten (eventuell mit der Erblasserin) die Erbengemeinschaft am Eigentumsviertel in eine einfache Gesellschaft überführt und spätestens ab Frühjahr 2009 die Liegenschaft gemeinsam verwaltet, saniert und bewirtschaftet.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 612 ZGB, N 16 f.; BSK-Schauvelberger/Keller Lüscher (FN 17), Art. 612 ZGB, N 11 f.

<sup>93</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 2.

Das Bundesgericht stellte sich die Frage, ob eine *Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft* stattgefunden hat, wenn die Erben über die blosser Verwaltung und Nutzung der Erbschaft hinaus einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln verfolgen (im vorliegenden Fall Totalrenovation, welche 2009 begonnen und 2012 abgeschlossen wurde). Vorausgesetzt hierzu sei eine vertragsmässige Bindung, welche auch stillschweigend und konkludent erfolgen könne, solange sich mindestens eine Partei rechtlich binden wolle.<sup>94</sup>

Die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft dürfe jedoch – so das Bundesgericht – nur angenommen werden, wenn ein *solcher Wille der Betroffenen* auszumachen sei. Fehlen ausdrückliche Willenserklärungen der Erben, so müsse zum gemeinsamen Zweck eine rechtsgeschäftliche Förderungspflicht hinzukommen.<sup>95</sup> Unter Hinweis auf seine Rechtsprechung hielt das Bundesgericht zudem fest, dass die Umwandlung in eine einfache Gesellschaft stets einer *ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung* unter den Miterben bedarf, insbesondere weil die Gründung einer einfachen Gesellschaft ohnehin die Ausnahme i.S.v. Art. 530 Abs. 2 OR darstelle.<sup>96</sup>

Weiter weist das Bundesgericht darauf hin, dass derjenige die *Beweislast* trage, der behauptet, die Erbengemeinschaft sei durch Umwandlung in eine einfache Gesellschaft untergegangen. Ausserdem werde weder die vollständige Teilung der Erbschaft, noch die Auflösung der Erbengemeinschaft vermutet, solange nennenswerte Nachlassgegenstände unverteilt geblieben seien. Vielmehr sei die *Fortsetzung der Erbengemeinschaft* gegenüber ihrer Auflösung durch Umwandlung in eine einfache Gesellschaft zu *vermuten*.<sup>97</sup>

Bereits das Obergericht hatte die Bildung einer einfachen Gesellschaft verneint.<sup>98</sup> Dieser Auffassung folgte auch das Bundesgericht: so bestünden insbesondere keine Anhaltspunkte, dass die Erblasserin E. sich mit ihren Neffen zu einer einfachen Gesellschaft habe zusammentun wollen.<sup>99</sup> Ebenso habe mit der Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts im Jahr 2006 keine Umwandlung stattgefunden und auch der Beginn des Bauvorhabens im Jahr 2009, sowie dessen Abschluss im Jahr 2012 würden

---

AJP 2016 S. 513, 528

nichts daran ändern. Aus diesem Grund könne der Ansicht von A., die als Erbteilungsvertrag bezeichnete Vereinbarung vom 13. Februar 2012 sei keine erbrechtliche, sondern eine gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung, nicht gefolgt werden. Durch den Abschluss des Erbteilungsvertrages vor Beendigung der Umbauarbeiten hätte die Erbengemeinschaft ihren Zweck erfüllt, nämlich die Teilung der Erbschaft. Daher sei die Erbengemeinschaft das für das Gesamteigentum massgebliche Rechtsverhältnis geblieben.<sup>100</sup>

Bezüglich des streitigen Anrechnungswertes erachtete das Bundesgericht die obergerichtliche Beurteilung, die Parteien hätten für den Eigentumsviertel der Erblasserin die Bewertung im Erbteilungsvertrag vom 13. Februar 2012 geregelt, als zutreffend.<sup>101</sup> Die Beschwerde wurde in der Folge abgewiesen, soweit das Bundesgericht darauf eintrat.<sup>102</sup>

*Anmerkungen:* Auch dieser Entscheid des Bundesgerichtes ist nachvollziehbar und zeigt auf anschauliche Weise, dass die Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft nicht leichthin angenommen werden darf. Der Zweck der

---

<sup>94</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 3.2.

<sup>95</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 3.3.

<sup>96</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 3.4.

<sup>97</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 4.1.

<sup>98</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 5.

<sup>99</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 6.1.

<sup>100</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 7.3.

<sup>101</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 9.

<sup>102</sup> BGer 5A\_304/2015 vom 23. November 2015, E. 11.

Erbengemeinschaft ist ihre eigene Liquidation, doch dieses Ziel muss nicht auf dem schnellstmöglichen Weg erreicht werden. Obwohl die Erbengemeinschaft entsprechend ihrem Zweck grundsätzlich nur vorübergehend bestehen soll, ist nichts dagegen einzuwenden, wenn sich die Erben geeinigt haben, die Erbengemeinschaft längerfristig fortzusetzen.<sup>103</sup> Da der Zweck oft in der gemeinschaftlichen Bewirtschaftung des ungeteilten Nachlassgegenstandes liegt und nicht mehr in der Teilung, kann eine konkludent vereinbarte einfache Gesellschaft vorliegen. Bei nennenswerten und ungeteilt gebliebenen Nachlassgegenständen ist aber die Fortsetzung der Erbengemeinschaft gegenüber der Umwandlung zu vermuten.<sup>104</sup> Es kommt nicht selten vor, dass Erbengemeinschaften Grundstücke nicht sofort teilen, sondern diese eine gewisse Zeit lang, ohne Willen zur Umwandlung in eine einfache Gesellschaft, weiterbewirtschaften. Ein über die bloße Auflösung der Erbengemeinschaft hinausgehender Zweck ist auch bei Umbauprojekten und Ähnlichem nicht zu vermuten, da die angestrebte Werterhaltung oder -steigerung kein genügendes Indiz für einen konkludenten Umwandlungswillen darstellt. Im Sinne von Art. 8 ZGB ist auch die Feststellung richtig, dass derjenige die Beweislast trägt, der die Auflösung der Erbengemeinschaft durch Umwandlung in eine einfache Gesellschaft behauptet.

---

<sup>103</sup> Schaufelberger/Keller Lüscher (FN 17), Art. 602 ZGB, N 37, unter Verweis auf BGE 61 II 164, E. 1.; PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 602 ZGB, N 47.

<sup>104</sup> BSK-Schaukelberger/Keller Lüscher (FN 17), Art. 602 ZGB, N 37; PraxKomm Erbrecht-Weibel (FN 17), Art. 602 ZGB, N 50, m.w.H.