

| | |
|---------------------|---|
| Dokument | AJP 2016 S. 1085 |
| Autor | Balthasar Bessenich |
| Titel | Gestaltungsmittel in Verfügungen von Todes wegen |
| Seiten | 1085-1094 |
| Publikation | Aktuelle Juristische Praxis |
| Herausgeber | Arnold F. Rusch |
| Frühere Herausgeber | Ivo Schwander |
| ISSN | 1660-3362 |
| Verlag | Dike Verlag AG |

AJP 2016 S. 1085

Gestaltungsmittel in Verfügungen von Todes wegen

Auflage, Bedingung, Befristung sowie subsidiäre und alternative Anordnungen



Balthasar Bessenich*

Auflagen, Bedingungen und Befristungen sind zentrale Instrumente zur Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen. Der Autor analysiert diese Gestaltungsmittel und die damit verbundenen Stolpersteine in der Beratungspraxis. Er wirft die Frage auf, was an einer Nachlassplanung überhaupt als sicher betrachtet werden kann, und zeigt die Labilität der Nachlassplanung auf.

Les charges, conditions et limitations dans le temps sont des instruments essentiels pour aménager les dispositions pour cause de mort. L'auteur analyse ces moyens d'aménagement et les obstacles qui y sont liés dans la pratique. Il soulève la question de savoir ce qui peut être considéré comme sûr dans la planification successorale et met en évidence le caractère fragile et instable d'une telle planification.

* Balthasar Bessenich, Dr. iur., Advokat und Notar, Fachanwalt SAV Erbrecht, Basel.



I. Einleitende Bemerkungen

Der Titel stellt bereits klar, dass die Auseinandersetzung mit dem Thema vorliegend nicht aus der Perspektive des Rechtsvertreters erfolgen soll, der die Interessen seiner Klientenschaft zu wahren sucht, eventuell mit in einem Laientestament verfassten Formulierungen kämpfend. Aus dem Wort «Gestaltungsmittel» folgt, dass sich die nachfolgenden Ausführungen auf Fragen und Problemstellungen im Hinblick auf die Beratungs- oder Planungspraxis ausrichten.

Die Auseinandersetzung mit dem Thema ruft in Erinnerung, wie labil die Basis einer jeden Nachlassplanung ist. Eigentlich ist nur Eines ganz sicher: Dass der letztwillig Verfügende eines Tages sterben wird. Aber ansonsten ist vieles nur mehr oder minder wahrscheinlich, aber sicher nicht sicher¹.

- So wird die Absterbensreihenfolge bei jeder Nachlassplanung so vorausgesetzt, wie sie der Statistik entspricht. Aber diese ist eben alles andere als sicher.
- Der Umfang und vor allem auch die Zusammensetzung des beziehungsweise der Vermögen der Beratenen ist weiteren Veränderungen und Schwankungen unterworfen. Während der laufenden Beratung verändern sich die Passiven, die dann nach Abschluss des Mandates zur Reduktion von Aktiven führen sollten.
- Die Bedürfnisse der am Nachlass interessierten Personen ändern sich. Sind die Nachkommen noch in der Ausbildung oder am Beginn ihrer beruflichen Karriere, ist ein Mittelzufluss durch Erbgang von ganz anderer Bedeutung, als wenn über 70-jährige Nachkommen noch eine Erbschaft antreten. Und in gleicher Weise ändern sich auch Aspekte, die man als Anerkennung der Bedürfnisse durch Erblasser umschreiben könnte.
- Weit verbreitet – bekanntermassen in etwa fünfzig Prozent aller Fälle – gehen Personen Beziehungen ein, die zu einer Heirat und zur Elternschaft führen, aber in einer Scheidung enden. Danach schliesst sich vielleicht eine weitere Beziehung an, die zu einer weiteren Elternschaft und einer weiteren Heirat führen kann. Der Weg zur Patchwork-Familiensituation ist gezeichnet durch wechselhafte Interessen und wechselnde gesetzliche Erbfolgeregeln bzw. Pflichtteilsansprüche.

AJP 2016 S. 1085, 1086

- Spätes Sterben und damit Erben führt auch vermehrt zu Rechtsgeschäften unter Lebenden mit erbrechtlicher Bedeutung. Insbesondere Grossschenkungen mit Ausstattungskarakter dürften angesichts der demographischen Entwicklungen eher zunehmen, denn abnehmen. Solche Grossschenkungen wirken sich auf vorhandene Verfügungen von Todes wegen oder die voraussichtlich geltende gesetzliche Erbfolge aus und können Anpassungsbedarf entstehen lassen – sofern man sich dessen überhaupt bewusst ist.
- Eine Nachlassplanung kann auch problematisch werden, wenn man Tatsachen verkennt, die beim Erbgang entweder neu gegeben sind oder erst richtig erkannt werden. Geht man beim Verfassen einer Verfügung von Todes wegen davon aus, dass das Bild über dem Esstisch das Bild eines Schülers des Meisters ist, so sieht die Nachlasszusammensetzung ganz anders aus, wenn sich dann herausstellt, dass es das Bild des Meisters selbst ist. Das überraschende Fehlen eines Objektes, welches Gegenstand einer Teilungsregel oder eines Vermächtnisses ist, führt wiederum zur Frage, ob sich eine Verschaffungspflicht der Erben ergibt oder nicht. Vermögenswerte, die beim Verfassen der letztwilligen Verfügung vorhanden waren, können zum Zeitpunkt des Erbanges neu verpfändet sein, oder einem Ausfuhrverbot wegen Kulturgüterschutzbestimmungen unterliegen.

¹ Ergänzte und bereinigte Fassung eines Vortrages, gehalten am St. Galler Erbrechtstag vom 19. Juni 2014 in Zürich. Vgl. die laientaugliche Tour d'Horizon bei Benno Studer, Stolpersteine, NZZFolio November 2003, 76 ff.

• Und schliesslich entwickelt sich auch unser Recht fort. Der Bundesgerichtsentscheid zur Ungültigkeit des gemeinsamen Testamentes² führt zu einer ganzen Reihe von Nachlassplanungen, die überraschende Wendungen genommen haben. Das 1988 in Kraft getretene Ehe- und Ehegattenerbrecht brachte ebenfalls Veränderungen mit sich, die eine Überprüfung der nach altem ZGB entworfenen Testamente und Erbverträge nahelegte. Und die Revision von Art. 473 ZGB mit der Beseitigung des Achtelstreits bewirkte, dass Verfügungen von Todes wegen, die zu spezifisch formuliert waren und die die mögliche Bereinigung des Achtelstreits – sei es durch ein Bundesgerichtsurteil oder durch den Gesetzgeber – nicht offenhielten, entweder das rechtlich Zulässige nicht ausschöpfen oder die Grenzen des Zulässigen überschreiten.

Jegliche Beratung in erbrechtlichen Fragen befasst sich mit einem sich fortentwickelnden Gegenstand. Die Frage an die Klientschaft «Was wollen Sie?» ist zentral. Aber in gleicher Weise zentral ist die Frage «Was wollen Sie, wenn es anders kommt als Sie/wir heute denken?».

Aus dieser Ausgangslage folgt auch, dass der wichtigste Rat am Ende jeder Beratung an die Klientschaft immer sein muss, sie könne nicht davon ausgehen, dass diese Beratung die endgültige Lösung sei. Die einmal gefundene Lösung sollte einer periodischen Kontrolle unterliegen, auf die man die Klientschaft hinweisen sollte.

II. Zum Problem der Höchstpersönlichkeit von Verfügungen von Todes wegen

Lotet man in der Besprechung mit der Klientschaft die Alternativen und die Subsidiaritäten ihres Willens aus, so kommt man rasch an den Punkt, wo zurückgefragt wird: «Muss ich da was regeln? Was würden Sie regeln?»; oder geantwortet wird: «Das sollen dann die Erben erledigen (oder der Willensvollstrecker).»

Das Ausloten der Varianten zeigt die Grenzen des letzten Willes auf. Die beratene Person weiss entweder nicht, was sie für diesen Fall will, oder sie will eine Variante nicht regeln, weil sie diese für völlig unwahrscheinlich erachtet. Setzt man nun dieses Verhalten mit dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit in Verbindung, ist damit auch klar, dass die Grenze möglicher Inhalte eines Testamentes relativ rasch erreicht wird.

Das Prinzip der Höchstpersönlichkeit ist an sich klar, sowohl im formellen wie im materiellen Sinn³. Einprägsam formulieren es Wolf/Genna: «Es gibt keine Vertretung im Willen.» – jedenfalls nicht bei Verfügungen von Todes wegen⁴. Im Einzelnen sind aber die Grenzen mitunter überraschend unscharf.

AJP 2016 S. 1085, 1087

² Vgl. dazu Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Basel 2012, 177 ff.

³ Peter Breitschmid, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB II, 5. A., Basel 2015 (zitiert: BSK ZGB II-Autor/in), Art. 498 N 12 ff.; Wolf/Genna (FN 2), 173 ff.; Peter Weimar, Berner Kommentar, Band III, 1. Abteilung, Das Erbrecht, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-Weimar), Einleitung N 26 ff.; Jean Guinand/Martin Stettler/Audrey Leuba, Droit des successions, 6. A., Zürich 2005, N 236; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, Bern 2002, § 8 N 16 ff.; Martin Lenz, in: Daniel Abt/Thomas Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015 (zitiert: PraxKomm-Autor/in), Art. 498 ZGB N 25 ff.; sehr knapp und absolut formuliert bei Paul-Henri Steinauer, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, N 271, der aber bemerkenswerterweise das Prinzip der Höchstpersönlichkeit bei den erbrechtlichen Grundsätzen nicht erwähnt und darlegt, N 23 ff.

⁴ Wolf/Genna (FN 2), 173; jede Vollmacht, bei der nicht alle Elemente des abzuschliessenden Vertrages vorgegeben werden, führt zu einer Vertretung im Willen, bei einer Generalvollmacht auch in Bezug auf objektiv-wesentliche Elemente.

Unumstritten ist, dass der Erblasser den Begünstigten Wahlrechte einräumen kann. Klassisch und bekannt ist dies insbesondere beim Nutzniessungsvermächtnis⁵. Ebenso unumstritten sind die Vorrechte bzw. Vorzugsrechte in Bezug auf die Erbteilung, wo typischerweise Ehegatten sich wechselseitig das Recht einräumen, zu bestimmen, was sie in Anrechnung an ihre güter- und erbrechtlichen Ansprüche übernehmen wollen. Ebenso klar unzulässig ist es, Dritte, Erben oder der Willensvollstrecker z.B. zur Zuweisung von Gegenständen des Nachlasses zu ermächtigen⁶. Dies ist aber insofern erstaunlich, als die faktischen Auswirkungen dieser Klauseln identisch sind. Das Vorrecht des überlebenden Ehegatten führt in gleicher Weise dazu, dass die anderen Erben nicht mitbestimmen können, was sie aus dem Nachlass erhalten. Nicht der Erblasser, sondern eine andere Person bestimmt verbindlich, wie gewisse Erben ihre erbrechtlichen Ansprüche erfüllt erhalten.

In diesem Zusammenhang ist auch noch bemerkenswert, dass das Gesetz selbst in Bezug auf Losbildung und Losziehung die «Vertretung im Willen» als Lösung anordnet, wenn ein Erblasser gar nichts zur Teilung verfügt hat und sich auch die Erben nicht einigen können (Art. 611 Abs. 2, Art. 612 Abs. 3, Art. 613 Abs. 3 ZGB).

Dass der Gestaltungsraum wegen des Prinzips der Höchstpersönlichkeit enger sein soll, wenn man eine Verfügung von Todes wegen aufsetzt, als wenn man gar nichts schreibt, ist meines Erachtens nicht naheliegend⁷. Guinand/Stettler/Leuba weisen zu Recht daraufhin, dass der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit die Rechte der gesetzlichen Erben schützt, indem Eingriffe in deren Rechte auf dem erblasserischen Willen beruhen sollen⁸. M.E. beschränkt sich der Schutz der Rechte der gesetzlichen Erben auf Pflichtteilsrechte. Weitergehende Schutzrechte sind dem ZGB nicht zu entnehmen. Im vorliegenden Zusammenhang ist der in der Verfügung von Todes wegen ausgedrückte Wille darauf ausgerichtet, dass er einer anderen Person Kompetenzen zuerkennen will. Am erblasserischen Willen mangelt es also gerade nicht, er soll aber wegen des Prinzips der Höchstpersönlichkeit nicht massgebend sein. Wenn es der Wille der verfügenden Person sein kann, dass einer der Erben in Bezug auf die Erbteilung durch ein Vorrecht bevorzugt sein soll, drängt sich die Frage auf, was daran wesentlich anders ist, als wenn z.B. eine neutrale Person, die weder als Erbe noch als Vermächtnisnehmer persönliche Interessen am Nachlass hat, die Teilung administriert, so z.B. der Willensvollstrecker⁹. Damit keine Missverständnisse entstehen: Die vorliegenden Ausführungen beziehen sich nur auf die Offenheit in Bezug auf die Zuweisung der Nachlassgegenstände, nicht auf das Festlegen der Erbquote oder eines Vermächtnisses an sich¹⁰.

5 BSK ZGB II-Stachelin (FN 3), Art. 482 N 5; Wolf/Genna (FN 2), 173 f.; BK-Weimar (FN 3), Einleitung N 28, 39; -Druey (FN 3), § 8 N 26; Harold Grüniger, in: Andrea Büchler/-Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012 (zit. KuKo-Autor/in), Art. 498 ZGB N 3; zum Wahlrecht bei Art. 473 ZGB siehe auch BSK ZGB II- Stachelin (FN 3), Art. 473 N 17 f., und PraxKomm-Nertz (FN 3), Art. 473 ZGB N 10, beide m.w.N.

6 BGE 81 II 22 («katholische Priesteramtskandidaten»); 68 II 155 («Sacré-Coeur»); Wolf/Genna (FN 2), 174, 175; BK-Weimar (FN 3), Einleitung N 30 f.; Steinauer (FN 3), N 272; Druey (FN 3), § 8 N 23 ff.; Andrea Dorjee-Good, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-Autor/in), Art. 498 ZGB N 2.

7 Vgl. auch BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 498 N 12 i.f.

8 Guinand/Stettler/Leuba (FN 3), N 236.

9 Wie hier Druey (FN 3), § 8 N 30, und BSK ZGB II-Breitschmid (FN 3), Art. 498 N 13; kritisch gegen eine Eingrenzung des Grundsatzes Wolf/Genna (FN 2), 177, und BK-Weimar (FN 3), Einleitung N 34.

10 Aus der Beurkundungspraxis unter deutschem Erbrecht kenne ich das so genannte Supervermächtnis oder Bestimmungs- und Zweckvermächtnis zu Gunsten der Nachkommen: die Eltern setzen sich je als Alleinerben ein und bestimmen, dass der Überlebende von ihnen für eine möglichst optimale, streitvermeidende Vermögensverteilung und zum Ausnutzen der erbschaftsteuerlichen Freibeträge das Recht hat, die von ihm den Nachkommen geschuldete Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen sowie festzulegen, wer aus dem Kreis der Vermächtnisnehmer etwas erhält, ob er etwas erhält, was und auch wann der jeweils Bedachte etwas bekommt. Zuzugeben ist, dass der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des § 2065 BGB durch die §§ 2151, 2153 und 2156 BGB ergänzt wird – was aber m.E. umso mehr dafür spricht, auch im schweizerischen Erbrecht den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit nicht über den erblasserischen Willen zur Delegation zu stellen und so diese Delegation zu verunmöglichen.

III. Zur Auflage

A. Ausgangslage

Der Inhalt einer Auflage ist grundsätzlich bekannt und vertraut: Es soll etwas geschehen oder nicht geschehen, die mit der Auflage beschwerte Person – gesetzliche oder eingesetzte Erben, Vermächtnisnehmer, nicht aber Dritte – hat eine Leistung zu erbringen oder etwas zu unterlassen. Es sind Bedürftige zu unterstützen, ein Objekt nicht zu verkaufen oder ein Objekt in bestimmter Weise zu nutzen, bspw. wie in einem Bundesgerichtsentscheid als Kindergarten¹¹. Dabei ist der Inhalt der Auflage nach

AJP 2016 S. 1085, 1088

heutiger Auffassung des Bundesgerichts nicht auf das aus dem Nachlass Erhaltene begrenzt, in Analogie zum Verschaffungsvermächtnis ist eine Verschaffungsaufgabe möglich¹².

Die Auflage ist zunächst abzugrenzen gegenüber der Bedingung. Eine Vermutung zu Gunsten oder Ungunsten des einen oder anderen gibt es nicht, die Auslegung ist entscheidend¹³. Die Auflage ist sodann weiter abzugrenzen gegenüber dem Vermächtnis und dem Untervermächtnis.¹⁴ Das Vermächtnis vermittelt dem Berechtigten ein Forderungsrecht gegenüber den Erben oder den spezifisch Beschwerten¹⁵. Die Auflage ist aber auch nicht ein blosser Wunsch, sondern sie ist eine Anordnung, aus der sich ein Vollzugsanspruch ergibt, der nötigenfalls klageweise durchgesetzt werden kann¹⁶.

B. Beratungspraxis

Aus der Sicht der Beratungspraxis ist immer dann zu einer Auflage zu raten, wenn der dem Vermächtnis eigene Anspruch aus welchen Gründen auch immer unerwünscht ist, aus einer Verfügung von Todes wegen keine Forderung entstehen und es damit auch keine Forderungsklage geben soll. Ich kann mir dies nur vorstellen, wenn eine Verfügungsmacht des Vermächtnisnehmers über seinen Anspruch unerwünscht ist. Die Durchsetzung einer Anordnung soll nicht in das Belieben einer einzelnen Person gesetzt sein, sondern durch die Umschreibung als Auflage soll der Kreis der Personen erweitert werden, welche nötigenfalls auf dem Gerichtsweg die Durchsetzung einer Anordnung verlangen können. Die zentrale Frage bei der Auflage ist und bleibt aber,

11 BGE 120 II 182, 184 f.; BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 14, Beispiele in N 16; Wolf/Genna (FN 2), 322 ff.; Guinand/Stettler/Leuba (FN 3), N 319, Beispiele in 321; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 2 ff., Beispiele in N 12; weitere Beispiele auch bei Hans Michael Riemer, Bedingungen und Auflagen, namentlich bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen, Zugleich eine Analyse von BGE 120 II 182 ff., Jusletter 17.7.2000, Rz 5. Eingehend Beatrice Uffer-Tobler, Die erbrechtliche Auflage, Diss. Bern 1982, Beispiele 9 ff., und v.a. Franz Müller, Die erbrechtliche Auflage beim Testament, Diss. Zürich 1981, 6 ff. zum Erlass von Art 482 ZGB.

12 BGE 101 II 25; BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 15; Steinauer (FN 3), N 585; Wolf/Genna (FN 2), 323 f.; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 11; CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6) Art. 482 ZGB N 6; Druey (FN 3), § 11 N 29; Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, 148; Uffer-Tobler (FN 11), 64 f.; a.A. Guinand/Stettler/Leuba (FN 3), N 321.

13 BGE 120 II 182, 184 f.; BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 1; Steinauer (FN 3), N 588 f.; Wolf/Genna (FN 2), 319; -Druey (FN 3), § 11 N 32; Guinand/Stettler/Leuba (FN 3), N 324; PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 1; CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 9; KuKo-Grüniger (FN 5), Art. 482 ZGB N 8; eingehend Uffer-Tobler (FN 11), 33 ff.

14 Vgl. hierzu BGer 5A_106/2014; KGer SG, I. Zivilkammer, 20.6.2014, BO.2013.14.

15 BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 17; Steinauer (FN 3), N 589 f.; Druey (FN 3), § 11 N 30; PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 16; eingehend Uffer-Tobler (FN 11), 39 ff.

16 BSK ZGB II-Staehelin, Art. 482 N 19; PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 17: im Zweifel ist ein «Wunsch» als bindende Auflage zu betrachten; a.A. CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 7; Uffer-Tobler (FN 11), 57 f.

wer überhaupt das Kostenrisiko und die Vorfinanzierungslast auf sich nimmt, um dem Willen eines Erblassers zum Durchbruch zu verhelfen.

In der Beratungspraxis kommt die Auflage am ehesten zur Diskussion, wenn die Frage diskutiert wird, ob die Rechtsnachfolger über das Erhaltene frei verfügen sollen, oder ob ein Veräußerungsverbot angeordnet werden soll¹⁷. Ein absolutes unlimitiertes Veräußerungsverbot wird dabei kaum je diskutiert¹⁸. Immer wieder wird aber das Bedürfnis formuliert, dass das durch den Erbgang Erworbene nicht sofort versilbert werden soll. Hinterfragt man dann aber, was denn zu gelten habe, wenn sich die Bedürfnisse des Empfängers geändert haben und er auf die Veräußerung bzw. Versilberung des Wertes angewiesen ist, ob dies auch dann unmöglich sein soll, wird auf die Formulierung einer entsprechenden Auflage oft verzichtet und allenfalls ein entsprechend formulierter Wunsch des Erblassers aufgenommen.

C. Stolpersteine

Ein Stolperstein in der Beratungspraxis zur Auflage ist sicherlich die Formulierung der entsprechenden Anordnung. Es muss aus der Formulierung klar hervorgehen, dass es sich um eine Auflage handelt¹⁹. Der Text darf vom unbefangenen Dritten nicht als eine missglückte Vermächtnisanordnung verstanden werden. Diesbezüglich ist die Vermutung zugunsten eines Vermächtnisses von

AJP 2016 S. 1085, 1089

Bedeutung. Formuliert wird etwa: «Was als Legat verstanden werden kann, soll als Legat behandelt werden.»²⁰ Diese Vermutung führt zum entsprechenden Risiko der Auslegung durch Personen, die an den Diskussionen im Rahmen der Beratung nicht teilgenommen haben.

Die Unsittlichkeit oder die Rechtswidrigkeit einer Auflage sollte in der Beratung durch die Leserschaft kein Stolperstein sein²¹. Bei der Frage der (Un-)Sittlichkeit ist dem Wandel der Zeit bzw. der Auffassungen besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Der gesellschaftliche Wandel schlägt unter Umständen in eine Richtung, die ein vor langer Zeit verfasstes Testament als sehr verstaubt erscheinen lässt und die dazu führen kann, dass dieses Testament angefochten wird²². Bei solchen Aspekten ist m.E. jedoch auch zu hinterfragen, ob es für die verfügende Person nicht möglich sein soll, seine geliebten und geliebten Überzeugungen zum Gegenstand einer Auflage machen zu können und diese seinen Rechtsnachfolgern auferlegen zu dürfen. Wenn jemand seinen katholischen Glauben gelebt und darin seine Erfüllung gefunden hat, aus Überzeugung

17 Dazu BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 39.

18 In der anwaltlichen Praxis war ich vor einigen Jahren mit einem absoluten Veräußerungsverbot konfrontiert, das sehr weitgehende Sicherungen und Bestimmungen über die Verwendung des Ertrages eines Mehrfamilienhauses umfasst hat. Die Bedingungen dieses Testaments kann man als Knebelung zusammenfassen. Im Zusammenhang mit der einvernehmlichen Überführung der Immobilien AG in direkt gehaltenen Immobilienbesitz kam es sogar noch zu einer Perfektionierung der Überwachung der Vermächtnisnehmerin durch den Willensvollstrecker. Das Bild der letztwillig verfügenden Person, das sich aus ihrem Testament ergibt, war alles andere als vorteilhaft, sondern eben durchtränkt von einem weitgehenden Misstrauen. In dieses Bild passte auch, dass der Willensvollstrecker für das Führen eines ersten Vergleichsgespräches zur Bereinigung der Situation von der gemeinnützigen Vermächtnisnehmerin die Zahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 4'000.– verlangt hat.

19 Beispiele bei Uffer-Tobler (FN 11), 37 ff.

20 BGE 103 II 225, 226, 101 II 25, 28; BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 17; Druey (FN 3), § 11 N 30; PraxKomm--Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 16; CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 7; weniger weit gehend Steinauer (FN 3), N 589a; Uffer-Tobler (FN 11), 47 ff., stützt sich dagegen auch bei der Konversion eines ungültigen Vermächtnisses in eine Auflage auf den erblasserischen Willen, und erwähnt die Vermutung zugunsten des Legats gar nicht, 39 ff.

21 Übersichtlich zusammengefasst bei BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 33 ff.; PraxKomm--Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 42 ff., eingehend Müller (FN 11), 164 ff.

22 Vgl. zur Illustration BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 98 ff., dessen Ausführungen aus ganz anderen Zeiten zu stammen scheinen als dem Erscheinungsjahr 2009.

seinem Land als Soldat oder auf andere Weise gedient hat, so erachte ich es als ohne weiteres zulässig, wenn er seine Überzeugungen mit entsprechenden Auflagen verknüpft, mögen diese auch zum Zeitpunkt des Erbanges antiquiert, verschroben oder «komisch» erscheinen.

Bei der Redaktion von Auflagen ist stets das Pflichtteilsrecht im Auge zu behalten. Auflagen, die sich wirtschaftlich auswirken, also eine finanziell messbare Belastung ergeben, sind bei der Pflichtteilsberechnung nach unumstrittener Auffassung anzurechnen²³. Rein ideelle Auflagen, ohne wirtschaftliche Auswirkungen, sind meines Erachtens aber in gleicher Weise nur zu Lasten der verfügbaren Quote zulässig und dürfen die Pflichtteile der Erben oder Vermächtnisnehmern nicht verletzen. Denn der Pflichtteilsanspruch ist nach derzeit geltender Gesetzgebung grundsätzlich voraussetzungslos gegeben. Er wird nur sozusagen negativ begrenzt durch die Bestimmungen über die Enterbung bzw. über die Erbunwürdigkeit. Daraus leite ich ab, dass der Pflichtteil insbesondere des Nachkommens diesem frei von jeglicher Auflage zukommen muss²⁴.

Die Wahrscheinlichkeit einer Vollziehungsklage schätze ich nicht als allzu hoch ein. Wie oft haben Sie schon eine rein altruistische Klage für Ihre Klientschaft ausgearbeitet und eingereicht, eine Klage, die im besten Fall nur zu einem Ersatz der Anwalts- und der Gerichtskosten führt? Es müsste also einen Kläger, eine Klägerin geben, die klagen will, ohne etwas für sich erreichen zu wollen. Aber selbst wenn es nun eine klagende Partei gäbe, die an der Auflage ideell interessiert ist, stellt sich die Frage, wie sie davon überhaupt etwas wissen kann.

D. Art. 482 Abs. 4 ZGB

Daniel Staehelin gesteht Tierschutzvereinigungen und -verbänden ein Klagerecht zu, wenn Verfügungen von Todes wegen zu Gunsten von Tieren dazu führen, dass die Erben oder eine vom Erblasser bestimmte Person sich um dieses Tier zu kümmern hat²⁵. Nach meiner Erfahrung wären solche Vereinigungen und Verbände auch motiviert, im Bedarfsfall Vollziehungsklagen zu erheben. Nun scheinen aber Auflagen gemäss Art. 482 Abs. 4 ZGB nicht systematisch demjenigen Tierschutzverein eröffnet zu werden, der für den Wohnort des Erblassers «zuständig» ist. Somit ist auch in diesen Fällen, wo es nach meiner Einschätzung zweifellos nicht an klagebereiten Parteien mangelt, nicht mit einer Vollziehungsklage zu rechnen.

AJP 2016 S. 1085, 1090

E. Schiedsklausel als Auflage

Im Zusammenhang mit Auflagen wird schliesslich diskutiert, ob eine letztwillig verfügende Person ihren Rechtsnachfolgern auferlegen kann, dass Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht zu entscheiden sind. Die Schiedsfähigkeit erbrechtlicher Ansprüche ist unumstritten. Damit ist es also sicher möglich, ad hoc, nach Entstehen der Streitlage, oder in einem Erbvertrag die Beurteilung durch ein Schiedsgericht zu

²³ BGE 101 II 25, 30, 99 II 375, 381; Wolf/Genna (FN 2), 328; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 38; Steinauer (FN 3), N 600; Druey (FN 3), § 6 N 53; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 69 N 5 ff.

²⁴ BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 22; Steinauer (FN 3), N 600; Guinand/Stettler/Leuba (FN 3), N 153; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 38; PraxKomm-Nertz (FN 3), Art. 470 ZGB N 11; CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 6; CHK-Wildisen (FN 6), Art. 470 ZGB N 8; KuKo-Grüniger (FN 5), Art. 482 ZGB N 4; a.A. Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (FN 23), § 69 N 5 ff.; Druey (FN 3), § 6 N 53; Uffer-Tobler (FN 11), 160; Müller (FN 11), 325 f.

²⁵ BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 3a; ebenso PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 58; ablehnend wohl BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 36 i.V.m. 120. Müller (FN 11), 204 ff., verlangt für die Aktivlegitimation das Handeln im Interesse des Erblassers aus Gründen der Pietät, der Verwandtschaft, des öffentlichen Interesses oder des Eigeninteresses, was bei Tierschutzvereinen gegeben ist.

vereinbaren. Umstritten ist aber die einseitige Anordnung in einem Testament. Als Argument dagegen wird meist vorgebracht, das Pflichtteilsrecht schütze die pflichtteilsberechtigten Erben vor der Pflicht, ein Schiedsgericht anzurufen²⁶.

Ich sehe dies in dieser Absolutheit nicht als richtig an²⁷. Das Pflichtteilsrecht schützt nicht davor, dass der pflichtteilsgeschützte Erbe zur Durchsetzung seines Anspruchs allenfalls ein Gericht anzurufen hat und damit einhergehend Prozess- und Anwaltskosten vorzufinanzieren und zu riskieren hat²⁸. Ob nun also zur Durchsetzung des Pflichtteilsrechtes ein Schiedsgericht oder das nach der ZPO zuständige staatliche Gericht angerufen werden muss, kann keinen Unterschied bedeuten. Je nach den anwendbaren Gerichts- und Anwaltstarifbestimmungen ist durchaus denkbar, dass eine schiedsgerichtliche Beurteilung sogar günstiger sein kann. Ein Vorbehalt ist aber für die Fälle anzubringen, in denen die Anordnung der schiedsgerichtlichen Beurteilung dazu führt, dass einer Partei die unentgeltliche Rechtspflege versagt bleibt. Die Unmöglichkeit, im Rahmen eines schiedsgerichtlichen Verfahrens als mittellose Partei seine Rechte geltend zu machen und gegebenenfalls durchzusetzen, muss für solche Fälle dazu führen, dass eine Schiedsklausel nicht zu beachten ist, weil diese dann den Pflichtteilsanspruch des ZGB ökonomisch verletzt²⁹.

IV. Bedingungen und Befristungen

A. Ausgangslage

In diesem Abschnitt geht es um Bedingungen oder Befristungen, durch die für die Zeit nach dem Erbgang eine resolutive oder suspensive Rechtslage³⁰ entsteht, die erst später durch den Eintritt der Bedingung oder das Erreichen der Befristung verändert wird³¹.

Dabei ist im Auge zu behalten, dass bei jedem Erbgang eine Phase der Unklarheit oder Unsicherheit besteht. Auch bei sofortiger Kenntnis des Todes des Erblassers ist der Antritt der Erbschaft nur rechtsdogmatisch unmittelbar vollzogen, dem System der Universalsukzession folgend. Rein faktisch ist der Tod zuerst den zuständigen Behörden mitzuteilen, diese haben die letztwilligen Verfügungen zu eröffnen, es darf keine Einsprache nach Art. 559 ZGB erhoben worden sein und die Ausschlagungsfrist ist ungenutzt abzuwarten. Erst nach Erlangen des Erbscheins ist auch in unumstrittenen, eindeutigen Fällen der kraft Universalsukzession sofort berufene Erbe als Rechtsnachfolger inthronisiert. Ist die Rechtsnachfolge gar umstritten, ergeben sich ohne weiteres über Jahre hin dauernde Zeitspannen der Unklarheit. Vorliegend geht es dagegen um Bedingungen oder Befristungen, die über diese bei jedem Erbgang vorhandene Zeitspanne der schwebende Übergänge zu einer Rechtslage führen, die in ihrem Bestand vom Eintritt einer Bedingung oder dem Ablauf einer Frist abhängt. Es

26 BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 14 ff. mit vielen Nachweisen zum Stand der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung.

27 Als Mitglied des Vereins «Schweizerischer Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen» (SVSE) ist meine Vorbefassung nicht zu leugnen.

28 BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 18.

29 Art. 380 ZPO; Bernhard Berger/Franz Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, Rz. 572, Rz. 1043; Christoph Müller, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2016, Art. 380 ZPO N 4 f.

30 Aus meiner Erinnerung an Spiros Vorlesung OR AT (um 1982): Wer ein guter Jurist ist, kann aus jeder Resolutivbedingung eine Suspensivbedingung formulieren, ohne dass sich in der Sache eine Änderung der Rechtslage vor und nach Bedingungseintritt ergibt. Beispiel zu dieser These und dem Thema (basierend auf dem Hinweis von Peter Breitschmid zur italienischen Rechtslage, ZSR 1983 I, 115): Eine privatorische Klausel bekannten Musters könnte man auch als Suspensivbedingung formulieren mit der ausdrücklichen Anerkennung der zu schützenden Verfügung von Todes wegen als Bedingung.

31 BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 4 f., 8; PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 7 f.; Wolf/Genna (FN 2), 328 f.; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 41 ff., N 73 ff. zur Befristung; CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 3; Guinand/Stettler/Leuba (FN 3), N 322.

geht also um Fälle, in denen neben dem Eintritt des Erbgangs und des Erlebens desselben im Zustand der Erbfähigkeit noch weiteres zu erfüllen ist, eben die Bedingung oder die Befristung.

Auf solche Anordnungen sind die Grundsätze zur Vor- bzw. Nachverfügung anzuwenden – zwei Personen werden sukzessive als Erben oder als Vermächtnisnehmer berufen –, die ja der gesetzlich geregelte Hauptfall

AJP 2016 S. 1085, 1091

der bedingten Verfügung von Todes wegen ist³². Dies gilt auch, wenn die Person der vor- oder nachberufenen Person in der Verfügung offengelassen wird. In diesem Fall ist die konstruktive Nachverfügung anzuwenden, mit den gesetzlichen Erben als Ersatzerben der fehlenden eingesetzten Erben bzw. nicht genannten Vermächtnisnehmer³³. Weiter sind auf solche Anordnungen die Bestimmungen über Bedingungen nach Art. 151 ff. OR und über die Nutzniessung nach Art. 745 ff. ZGB ergänzend anwendbar³⁴.

B. Beratungspraxis

Nach meiner Wahrnehmung sind die Anordnungen mit Bedingungen oder Befristungen oft Vor- und Nacherbschaften und kommen meist bei Patchwork-Familien vor. Das Vor- und Nachvermächtnis ist sehr selten. Ich kann mich persönlich nur an einen Fall erinnern: Der Freundin des Erblassers sollten Bilder und Möbel aus der Familie weiter verbleiben, nach ihrem Tod aber dem Sohn des Erblassers und dessen Nachkommen zukommen (und nicht den Nachkommen der Freundin). Recht häufig dagegen ist die Regelung der Wiederverheiratung, wenn die Kinder im Erbgang des zuerst verstorbenen Elternteils zurückgesetzt werden sollen.

Einem Kollegen lag dieser Fall vor: Der einzusetzende Erbe, ein Ausländer ohne jede Chance auf «Naturalisierung», sollte ein umfangreiches, in der Schweiz gelegenes Wohnimmobilienportfolio erben. Wegen der Lex Koller und der derzeitigen Tendenzen im Parlament erschien dem Kollegen eine direkte Erbeinsetzung als zu riskant und er wählte eine Nacherbeneinsetzung mit dem Verkauf bzw. Börsengang des Portfolios als Nacherbfall.

C. Stolpersteine

Stolpersteine in der Beratungspraxis sehe ich zum einen in einer unvollständigen Regelung der vor bzw. nach Bedingungseintritt bzw. bis zur Fristerreicherung geltenden Rechtslage. In der Beratung hat man sich zu fragen, ob klar ist, was wann zu gelten hat, und wie die Überführung der einen Rechtslage in die andere Rechtslage effektiv erfolgen kann. Die Sicherheit der Umsetzung und gegebenenfalls der Durchsetzung ist zu hinterfragen. Wissen die Berechtigten um ihre neu entstehenden Rechte, können sie diese in Erfahrung bringen, faktisch wie rechtlich. Bei der Redaktion der letztwilligen Verfügungen ist auch der Problematik Rechnung zu tragen, welches die Rechtsfolgen beim Entfallen der Bedingung sein sollen.

Weit verbreitetes Beispiel für eine bedingte Anordnung ist, wie eben schon erwähnt, die Regelung der Wiederverheiratung. Wo immer die Ansprüche der Nachkommen eines Ehepaars am Familienvermögen in Ausschöpfung der im Gesetz umschriebenen Möglichkeiten eingeschränkt werden, insbesondere bei der Zuweisung beider Vorschläge an den überlebenden Ehegatten unter dem Güterstand der

³² BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 10; Steinauer (FN 3), N 557; PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 11.

³³ Steinauer (FN 3), N 550b ff.; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 48 f.

³⁴ BSK ZGB II-Staehelin (FN 3), Art. 482 N 11; Steinauer (FN 3), N 559b, 563, 564a; PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 12; Piotet (FN 12) 98; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 45; CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 5; KuKo-Grüniger (FN 5), Art. 482 ZGB N 3.

Errungenschaftsbeteiligung, ist die Frage zu regeln, wie sich eine Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten auswirken soll. Sinnvollerweise sieht man nicht eine Rückabwicklung vor, die meist rein faktisch wegen der fehlenden Unterlagen zum Nachvollzug der Vermögensentwicklungen nicht mehr durchführbar ist. In der Praxis einfacher und sicherer zu handhaben sind Regelungen, die zu einem Auszahlungsanspruch der Nachkommen führen, der anhand der im Inventar des zuerst verstorbenen Elternteils dargelegten Vermögensverhältnisse berechnet wird (selbstverständlich für Liegenschaften unter Zugrundelegung des Verkehrswerts und nicht des Steuerwerts). Dabei setzt dieser Ansatz voraus, dass es zu einer Inventarisierung kommt. Diese bedingten Anordnungen sind wiederum oft ihrerseits bedingt, als der überlebende Ehegatte die Fälligkeit dieser Forderung vermeiden kann, indem er mit seinem neuen Gatten einen Erbverzichtsvertrag eingeht und so Auswirkungen der Zweitheirat auf das Eigengut ausschliesst³⁵.

AJP 2016 S. 1085, 1092

V. Alternative und subsidiäre Anordnungen

A. Ausgangslage

Die Begriffe der alternativen und der subsidiären Anordnungen sind in der erbrechtlichen Literatur nicht zu finden, weder im Sachverzeichnis noch in den Texten zu den bislang behandelten Themen. Klar ist aber, dass es neben bedingten und befristeten Anordnungen eine weitere Kategorie von Anordnungen gibt, die formell in einer Verfügung von Todes wegen angeordnet sein müssen, deren Rechtswirkungen aber nicht uneingeschränkt eintreten, also nicht vom Erbgang alleine abhängen. Der Klassiker dieser Art von nicht unbedingt geltenden Anordnungen sind jene, die von Ehegatten für die Fälle des Erst- bzw. Nachversterbens getroffen werden. Bei Bedingungen, Befristungen und Auflagen handelt es sich stets um Anordnungen, bei denen nach dem Erbgang noch nicht der Endzustand gemäss der Verfügung von Todes wegen erreicht sein wird. Die Bedingung muss noch eintreten, die Frist erst ablaufen oder das Datum erreicht werden, die Auflage muss noch erfüllt werden.

Subsidiäre und alternative Anordnungen sind Anordnungen, deren Relevanz im Moment der Niederschrift der Verfügung von Todes wegen offen ist. Zu diesem Zeitpunkt ist unklar, ob diese Anordnung im Erbgang für den Nachlass gilt. Aber im Moment des Erbanges ist es eben klar, allenfalls herleitbar, ob die Voraussetzung für die Anwendung der einen oder anderen subsidiären oder alternativen Anordnung gegeben ist oder nicht³⁶.

Die Nähe zu Bedingungen ist augenfällig, aber entscheidend und unterscheidend scheint mir zu sein, dass nur eine der subsidiären oder alternativen Anordnungen Geltung für den Nachlass beanspruchen wird. Ob meine Gattin noch lebt, wenn ich sterbe, ist meist klar, jedenfalls aber abklärbar, das Gleiche gilt bei meinen Kindern oder Nachkommen. Ob das vermachte Musikinstrument noch vorhanden ist, oder gegebenenfalls durch ein gleiches zu ersetzen ist, die zu erlassene Schuld noch besteht oder nicht, dies alles sind Anknüpfungspunkte für Anordnungen, von denen die eine oder andere nach Eintritt des Erbanges gilt.

³⁵ Um Täuschung oder Umgehung zu vermeiden, wird der Einbezug der anspruchsberechtigten Nachkommen aus der früheren Ehe als Vertragspartei bei einem solchen Erbverzichtsvertrag zu empfehlen sein. Weil auch Erbverzichtsverträge ohne weiteres einvernehmlich aufgehoben werden können, und zwar schriftlich (Art. 513 Abs. 1 ZGB), reicht die Vorlage der Urkunde allein nicht zur Sicherung der Ansprüche der Nachkommen. Diese müssen sicher sein, dass dieser Vertrag nicht ohne ihr Wissen und ihre Zustimmung aufgehoben werden kann.

³⁶ Vgl. dazu auch BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 41.

B. Beratungspraxis

Nach meiner Wahrnehmung sind subsidiäre und alternative Anordnungen allgegenwärtig: Bei jedem Ehepaar stellt sich die Frage, wie das Vor- bzw. Nachversterben geregelt wird; neben jeder eingesetzten Erbin steht die Frage nach der Ersatzerbin; bei jungen Ehepaaren oder Patchwork-Familien stellt sich die Frage der Regelung vor bzw. nach der Geburt von Kindern; Wahlrechte in Bezug auf bestimmte Objekte des Nachlasses oder Eigentum vs. Nutzniessung etc. Angesichts der Labilität jeder Nachlassplanung ist eine Nachlassplanung ohne diese Überlegungen, und damit ohne Einsatz von subsidiären und alternativen Anordnungen, schwer vorstellbar. Und wenn diese Überlegungen ausgeblendet werden, ist das Risiko unangemessener oder gänzlich fehlender Anordnungen mit entsprechendem Streitpotential unter den Interessierten sehr gross. Sorgfältige Beratung und damit pflichtgemässe Berufsausübung³⁷ verlangt daher, dass die Klientschaft zu diesen Fragestellungen befragt und ihr Wille erforscht wird.

C. Stolpersteine

Stolpersteine in der Beratungspraxis sehe ich in der klaren Formulierung der geltenden Hauptvariante zur subsidiären Anordnung bzw. in der Umschreibung aller möglichen Nebenvarianten im Falle alternativer Anordnungen³⁸: Gibt es im Gestrüpp der Kombinatorik auch keine Lücke? Trifft es in jedem der bedachten Fälle die richtigen Erben? Ist insbesondere das Herzensobjekt immer jemandem zugewiesen?

Beim Wahlrecht des überlebenden Ehegatten auf Nutzniessung nach Art. 473 ZGB oder Übernahme seines Erbteiles kann sich je nach konkreter Formulierung in der Verfügung von Todes wegen auch eine Kombination mit einer bedingten Anordnung des Erblassers ergeben: Wird das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten mit einer Ausübungsfrist verbunden und für den Fall der Nichtausübung eine Rechtsfolge angeordnet, so wird die alternative Anordnung von Nutzniessung nach Art. 473 ZGB bzw. Übernahme seines Erbteiles ergänzt um die auf die Bedingung der nicht fristgemäss ausgeübten Wahl gesetzte Anordnung des Erblassers, dass z.B. in diesem Fall die Nutzniessung nach Art. 473 ZGB zugewiesen werde.

AJP 2016 S. 1085, 1093

D. Zur privatorischen Klausel

Unter der privatorischen Klausel versteht man Anordnungen, mit welcher eine bestimmte Begünstigung davon abhängig gemacht wird, dass die begünstigte Person das Testament nicht anfecht³⁹, ansonsten sie der Begünstigung verlustig geht bzw. im Falle von Pflichtteilserben auf den Pflichtteil gesetzt wird⁴⁰.

Diese Anordnungen sind zunächst einmal nur dann formell gültig, wenn sie in einer formrichtigen Verfügung von Todes wegen enthalten sind⁴¹. Und sodann sind sie unzulässig, wenn sie die Anfechtung einer unsittlichen oder rechtswidrigen Verfügung einschränken wollen⁴². Unumstritten ist, dass das Geltendmachen der

37 Womit in Verbindung mit dem Titel «Fachanwalt SAV Erbrecht» der Haftungsmassstab wohl erhöht wird, mindestens für den Verfasser.

38 Guinand/Stettler/Leuba (FN 3), N 335, weisen auf die in der Praxis häufig unklaren oder unvollständigen Ersatzverfügungen hin.

39 Erheben der Einsprache nach Art. 559 ZGB reicht nicht, BSK ZGB II-Stachelin, Art. 482 N 40.

40 Wolf/Genna (FN 2), 329; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 54; eingehend und mit Recht sehr kritisch Peter Breitschmid, Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln im Testamentsrecht, ZSR 1983, 109 ff.

41 BGE 117 II 239, 246.

42 BSK ZGB II-Stachelin (FN 3), Art. 482 N 40; Steinauer (FN 3), N 604c; Wolf/Genna (FN 2), 330; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 68; Druey (FN 3), § 12 N 34; PraxKomm-

Pflichtteilsansprüche oder erbvertraglicher Rechte nach Art. 494 Abs. 3 ZGB nicht durch solche Anordnungen unterlaufen werden kann.

Die Durchsetzungsprognose muss in aller Regel als schlecht beurteilt werden. Ein aus der Beratungspraxis erkennbares Anwendungsfeld ist mir nicht bekannt. Entweder kann die letztwillig verfügende Person etwas anordnen oder Ansprüche entziehen, und dies dann auch durchsetzen lassen, weil sie die Vorgaben des ZGB einhält. Oder es geht um Anordnungen, die rechtsverbindlich nur mit Zustimmung der Personen angeordnet werden können, die durch diese Anordnung in ihren Ansprüchen oder Anwartschaften verletzt werden. Die Alternative ist also ein Erbvertrag oder Erbverzichtsvertrag, was dazu führt, dass ein «do ut des», eine Art «Leistungsaustausch» zu regeln ist.

Anordnungen von Ehegatten zum Nachteil ihrer Nachkommen sollen immer wieder über das gesetzlich zulässige Mass hinausgehen. Wird der Einbezug der Kinder in die Nachlassplanung thematisiert, fragen die Ehegatten oft nach Möglichkeiten, ihre Anordnungen auch ohne Zustimmung ihrer Nachkommen durchsetzbar zu gestalten. Der Charakter der privatorischen Klausel ist für mich per se paternalistisch bzw. matriarchal. Die einzige Alternative zum sachlich richtigen erbvertraglichen Einbezug der Nachkommen sehe ich darin, dass die Ehegatten in ihrem Erbvertrag vorsehen, dass der Überlebende im Rahmen der Erbteilung bereit ist, einen Erbvertrag über seinen Nachlass mit den Nachkommen abzuschliessen, falls die Nachkommen eine Pflichtteilsverletzung im Erbgang des erstversterbenden Elternteils akzeptieren.

E. Kaptatorische Verfügungen

Kaptatorische Verfügungen beinhalten die Zuwendung einer Begünstigung oder die Erbeinsetzung unter der Bedingung, dass der Begünstigte seinerseits den Verfügenden oder einen Dritten begünstigt⁴³. Das Erfüllen dieser Bedingung ist aber zum Zeitpunkt des Erbanges völlig offen: Insbesondere ist nicht sicherzustellen, dass die begünstigte Person neben dem als Nachweis vorgelegten Testament nicht noch ein später verfasstes Testament quasi in der Hinterhand bereit hat oder später noch eines niederschreibt, welches die Bedingung unterläuft. Gewissheit über die Erfüllung der Bedingung kann erst erlangt werden, wenn der Begünstigte seinerseits stirbt und seine letztwilligen Verfügungen zur Eröffnung gelangen. Will man das Risiko der verheimlichten bzw. späteren Aufhebung des für den Bedingungseintritt präsentierten Testamentes ausschliessen und integriert man die Unabänderlichkeit in die Umschreibung der Bedingung, ist man strukturell im wechselseitigen Erbvertrag. Ich erachte es schlicht als undenkbar, im Rahmen der Nachlassplanung eine kaptatorische Verfügung anstelle einer erbvertraglichen Regelung vorzuschlagen. Als zu gross erachte ich das Risiko, dass die für die Begünstigung von der letztwillig verfügenden Person vorausgesetzte andere Begünstigung nicht zum Tragen kommt⁴⁴.

VI. Schlussbemerkungen

Die im Titel genannten Anordnungen sind aus meiner Sicht sehr wichtige Instrumente zur Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen. Durch solche Anordnungen wird das Berücksichtigen bzw. das Umsetzen von Ent-

AJP 2016 S. 1085, 1094

Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 46; nur als heikel bzw. problematisch erachten sie CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 14, und KuKo-Grüninger (FN 5), Art. 482 ZGB N 12.

⁴³ BSK ZGB II-Stachelin (FN 3), Art. 482 N 41; Steinauer (FN 3), N 604b; PraxKomm-Liatowitsch/Schürmann (FN 3), Art. 482 ZGB N 47; CHK-Hrubesch-Millauer (FN 6), Art. 482 ZGB N 14; KuKo-Grüninger (FN 5), Art. 482 ZGB N 12.

⁴⁴ Wolf/Genna (FN 2), 180, die die grundsätzliche Zulässigkeit vertreten, den Erbvertrag aber für sicherer erachten; sehr wohlwollend *in favorem testamenti* BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 498 ZGB N 18; BK-Weimar (FN 3), Art. 482 ZGB N 72, erachtet diese Klauseln als ungültig.



wicklungen bis zum Todestag (alternative/subsidiäre Anordnungen) oder nach dem Todestag (Bedingungen und Befristungen) möglich. Die Auflage dient weniger der Berücksichtigung von Entwicklungen nach dem Todestag als vielmehr dem Auslösen von Entwicklungen nach dem Todestag, indem die mit der Auflage beschwerte Person etwas zu tun oder zu unterlassen hat.

Die grosse Herausforderung in der Beratungspraxis sehe ich im klientengerechten Erarbeiten der für die verschiedenen Konstellationen gewünschten Anordnungen. Die Beratung soll ja die Wünsche und Sorgen der Klientschaft erkennbar machen, die von der Klientschaft nicht bedachten Probleme aufdecken und darauf basierend Lösungen erarbeiten. Die Diskussion und damit die Regelung des Zuerst- bzw. des Nachverstrebens leuchtet jedem Ehepaar ein, ebenso die Vermeidung der gesetzlichen Erbfolge bei Personen ohne Nachkommen und ohne enge Beziehungen zur Verwandtschaft. Grosseltern mit einer Schar von Enkelkindern werden aber auf die Frage nach ihren Wünschen beim Entfallen der Nachkommen als Erben kaum eine Antwort bereit haben – und auch kaum deren Sinnhaftigkeit anerkennen. Die Herausforderung in der Praxis sehe ich deshalb in der Fragestellung: Wie viel Kombinatorik verlangt der Fall, und wie viel erträgt die Klientschaft?