



Universität St.Gallen

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis

Dufourstrasse 50, 9000 St.Gallen

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Universität St.Gallen (HSG)
Institut für Rechtswissenschaft und
Rechtspraxis
Bodanstrasse 4
9000 St.Gallen

Prof. Dr. Martin Eggel
Lehrstuhl für Privatrecht mit
Schwerpunkt Zivilgesetzbuch
T +41 71 224 30 77
martin.eggel@unisg.ch
irphsg.ch

St.Gallen, 20. November 2024

Gutachten: Reformbedarf im Herabsetzungs- und Ausgleichsrecht

From insight to impact.

Universität St.Gallen – Hochschule für
Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG)



Inhaltsverzeichnis

QUELLENVERZEICHNIS	III
STELLUNGNAHME	1
1 AUFTRAG UND VORGEHEN	1
2 «TECHNISCHE» ETAPPE DER ERBRECHTSREFORM ALS TEILREVISION DER PRIVATRECHTSKODIFIKATION	1
3 VORBEMERKUNGEN	2
3.1 Sinn einer Auseinandersetzung mit dem Zweckelement	2
3.2 Zweck des Pflichtteilsrechts	3
3.2.1 Aus historischer Sicht	3
3.2.2 Aktuelle Diskussion	5
3.2.3 Aus rechtsvergleichender Sicht	5
3.3 Zweck des Ausgleichsrechts	10
3.3.1 Aus historischer Sicht	10
3.3.2 Aktuelle Diskussion	12
3.3.3 Aus rechtsvergleichender Sicht	13
4 HERABSETZUNG	16
4.1 Vorfrage: Klärung des Verhältnisses von Erbenstellung und erbrechtlichem Vermögensanfall?	16
4.1.1 Grundproblematik	16
4.1.2 Enterbung	16
4.1.3 Virtuelle Erbenstellung	17
4.1.4 Pflichtteilsvermächtnis	19
4.1.5 Herabsetzung des gesetzlichen Erbrechts (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)	21
4.1.6 Gesetzlicher oder gewillkürter Erwerb (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB)	22
4.2 Wirkungen der Herabsetzung	23
4.2.1 Allgemeines	23
4.2.2 «Herabsetzung» zweiten Grades (Ergänzung von Art. 525 ZGB und Anpassung von Art. 528 Abs. 2 ZGB)	23
4.2.3 Neufassung von Art. 526 ZGB: Regelung der Frage des Rangs der Herabsetzung von positiven Erbverträgen	25
4.2.4 Ausweitung von Art. 526 ZGB auf Zuwendungen unter Lebenden	26
4.3 Auslegung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB: Objektive oder subjektive Theorie	28
4.4 Sinn und Zweck der 5-Jahres-Frist in Art. 527 Ziff. 3 ZGB?	31
4.5 Lebzeitige Zuwendungen durch dem Erblasser nahestehende Personen (Zulässigkeit des Durchgriffs) (Art. 527 ZGB)	33
4.6 Nachverfügungen gegenüber Pflichtteilserben: Herabsetzung statt Ungültigerklärung (Art. 531 ZGB)	34
5 AUSGLEICHUNG	34
5.1 Auslegung von Art. 626 ZGB	34
5.1.1 Verhältnis von Art. 626 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB	34
5.1.2 Versorgungs- oder Schenkungskollation insbesondere	35
5.1.3 Stellung des überlebenden Ehegatten bei der gesetzlichen Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB)	36
5.2 Vorgehen bei Art. 628 Abs. 1 ZGB	39
5.3 Weitere Einzelfragen des Ausgleichsrechts	40
5.3.1 Lebzeitige Zuwendungen durch dem Erblasser nahestehende Personen (Zulässigkeit des Durchgriffs)	40
5.3.2 Zuwendungstags- oder Todestagsprinzip	41
5.3.3 Zeitpunkt der Abgabe einer Ausgleichsordnung	41
5.3.4 Vermutung einer Ausgleichsdispens	43
5.3.5 Abzug von Pflegeleistungen gegenüber dem Erblasser	43
6 EXKURS: BEGRIFFSKLÄRUNGEN	44
6.1 «Unentgeltliche Zuwendungen» statt «Schenkungen» (Art. 527 Ziff. 3 ZGB; Art. 626 ZGB)	44
6.1.1 Im Allgemeinen	44
6.1.2 Zum Trust insbesondere	45
6.2 Bestimmung der Zuwendungen mit «Ausstattungscharakter» in Art. 626 Abs. 2 ZGB	45
6.3 Bestimmung der Ausbildungskosten über das «übliche Mass» hinaus	46
6.4 Klärung der Rechtsnatur der Frist von Art. 533 ZGB	46
7 PROZESSNAHE UND PROZESSRECHTLICHE ASPEKTE	47
7.1 Einredeweise Geltendmachung der Herabsetzung	47
7.2 Aussergerichtlicher Vergleich über die Herabsetzung	48
7.3 Einführung eines Erbprozessrechts?	49
8 SCHLUSSBETRACHTUNG	49
ANHANG: KONSOLIDIERTE VORSCHLÄGE	IX

Quellenverzeichnis

Vorarbeiten

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 10. Mai 2017, abrufbar unter <https://www.rhf.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf> (zit. Bericht Vernehmlassung); Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht), Vorentwurf vom 4. März 2016, abrufbar unter: <https://www.rhf.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf> (zit. VE 2016); Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht), Weitere Stellungnahmen: Elektronisch zusammengestellte Vernehmlassungen vom 5. Juni 2020, abrufbar unter: <https://www.rhf.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/stgn-organisationen.pdf.download.pdf/stgn-organisationen.pdf> (zit. Stellungnahme [Kurzbezeichnung VERNEHMLASSUNGSTEILNEHMER/IN]); Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 4. März 2016, abrufbar unter: <https://www.rhf.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf> (zit. Bericht VE 2016); BREITSCHMID PETER, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zu Händen des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17.06.2010) (Zürich 2013) (zit. Bericht BREITSCHMID); PIOTET DENIS, Rapport adressé à l'Office Federal de la Justice sur la révision du Livre Troisième du Code civil suisse, «Des successions» ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524 (Pully 2012) (zit. Bericht PIOTET).

Materialien

Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), Botschaft vom 29. August 2018 (BBl 2018 5813) (zit. Botschaft 2018); Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Unternehmensnachfolge), Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom 10. April 2019 (zit. Bericht VE Unternehmensnachfolge); Disegno di legge delega n. 1151, 19.03.2019 (Italien); Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015), Erläuterungen zur Regierungsvorlage Nr. 688 BlgNR 25. GP (Österreich); HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (Bern 1901), Erstes Heft: Einleitung, Personen- und Familienrecht (zit. HUBER, Erläuterungen VE Heft 1), Zweites Heft: Das Erbrecht (zit. HUBER, Erläuterungen VE Heft 2); HUBER EUGEN, Zweiter Teilentwurf: Das Erbrecht, mit Erläuterungen (Bern 1895) (zit. HUBER, Erläuterungen TE[2]); Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 10. Mai 2017, «Bundesrat fällt Grundsatzentscheide für ein modernes Erbrecht» (abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-66655.html>) (zit. Medienmitteilung BJ); Parlamentarische Initiative SCHENKER (06.432), «Erbrechtliche Zuwendungen und Schenkungen an Personen mit einer besonderen beruflichen Funktion» vom 3. März 2009; Postulat SCHENKER (12.3220), «Massnahmen gegen Erbschleicherei» vom 15. März 2012; Schweizerisches Bundesarchiv: Online-Amtsdruckschriften, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (1891–1999) (zit. REDNER/IN in Sten.Bull.[NR/SR], Datum, S.); Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission, 1901–1903 (zit. Prot.Exp.Komm.); Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch (vom 28. Mai 1904, in: BBl 1904 IV 1 ff.) (zit. Botschaft 1904).

Literatur

Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung (5.A. Basel 2023) (zit. PraxKomm-BEARBEITER/IN, Art. N); AEBI-MÜLLER REGINA E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten: Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts (2.A. Bern 2007) (zit. AEBI-MÜLLER, Begünstigung); AEBI-MÜLLER REGINA E., Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, successio 2012, S. 4 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit); ALEXY ROBERT, Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung (7.A. Frankfurt a.M. 2012); AMACKER ISABELLE, Die Verhältnismässigkeit der Herabsetzung unter Berücksichtigung von Art. 532 ZGB (Zürich/Basel/Genf 2021); ANTOGNINI DANIEL, Zur einredeweisen Geltendmachung der Herabsetzung nach Art. 533 Abs. 3 ZGB, successio 2024 (erscheint demnächst); Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Erbrecht (4.A. Zürich 2023) (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. N); BADDELEY MARGARETA, La réserve héréditaire: quo vadis?, successio 2014, S. 282–291; BARBA VINCENZO, La successione dei legittimari (Napoli 2020 = Quaderni di diritto delle successioni e della famiglia no. 40); BARTA HEINZ, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (Wien 2004); BASILE GIOVANNA, Aktiv- und Passivlegitimation, Rechtsbegehren und Klagefundament bei der Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB) (Zürich/Basel/Genf 2016); BAUMANN ANDREAS, Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen, Pflegerecht 2012, S. 81 ff.; BECEREN

BÜSRA, Unternehmenszuwendung zu Lebzeiten des Erblassers, unter besonderer Berücksichtigung von Nutznießungsrechten an Aktien (Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2021); BECK ALEXANDER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts (2.A. Bern 1976); BENN JURIJ, Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung (Diss. Zürich 2000, Zürich 2000 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 160); BIRRER STEFAN, Der Erbvertrag in Kombination mit einer Vermögensübertragung unter Lebenden nach Art. 534 ZGB (Zürich/Basel/Genf 2013 = Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 76); BOLLAG JACOB, Der virtuelle Erbe, Analyse und Weiterentwicklung der Theorie von der virtuellen Erbenstellung (Diss. Luzern 2021, Zürich 2021 = Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 162); Bonomi Andrea (Hrsg.), Le droit des successions en Europe, Actes du colloque de 21 février 2003 (Genf 2003); BORYSIK WITOLD, Roman principle *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* and the reasons of its modern rejection, in: Benincasa Zuzanna/Urbanik Jakub (Hrsg.), *Mater Familias, Scritti romanistici per Maria Zabłocka* (Warschau 2016), S. 63–83; BRAUN ALEXANDRA, Forced Heirship in Italy, in: Reid Kenneth G.C./De Waal Marius J./Zimmermann Reinhard (Hrsg.), *Comparative Succession Law, Vol. III: Mandatory Family Protection* (Oxford 2020), S. 108–138; BREITSCHMID PETER, Aktuelle Überlegungen zu Enterbung und Erbnwürdigkeit – Zum Stellenwert des erblasserischen Willens, in: Meier Philipp/Tappy Denis (Hrsg.), *Jurisconsultus es, iuris nihil a te alienum putamus, Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Piotet*, Bern 2023, S. 113 ff. (zit. BREITSCHMID, FS Piotet); BREITSCHMID PETER, Bemerkungen zu BGE 128 III 314, 5C.61/2002, Urteil vom 14.6.2002, AJP 2003, S. 706 f. (zit. BREITSCHMID, AJP 2003); BREITSCHMID PETER, Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit, *successio* 2007, S. 6 ff. (zit. BREITSCHMID, *successio* 2007); BREITSCHMID PETER, Die Revision(en) des Erbrechts, *Anwaltsrevue* 2021, S. 21 ff. (zit. BREITSCHMID, *Anwaltsrevue* 2021); BREITSCHMID PETER, Enterbung – knappe aktuelle Überlegungen zu differenzierter Handhabung eines alten Instituts, *successio* 2021, S. 209 ff. (zit. BREITSCHMID, *successio* 2021); BREITSCHMID PETER, Länderbericht Schweiz I: Erbrechtliche Revisionsagenden – Überlegungen zu einer europäisch-rechtsvergleichenden Tagung aus schweizerischer Perspektive, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), *Reformen des Erbrechts in Europa* (Zürich/Basel/Genf 2023 = *successio*-Schriften, Bd. 5), S. 1 ff. (zit. BREITSCHMID, Länderbericht); BREITSCHMID PETER, Urteilsbesprechung Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 29.10.1996 (5C.174/1995), AJP 1997, S. 1551 ff. (zit. BREITSCHMID, AJP 1997); BREITSCHMID PETER, Vorweggenommene Erbfolge und Teilung, in: Breitschmid Peter/Druey Jean Nicolas (Hrsg.), *Praktische Probleme der Erbteilung* (Bern 1997), S. 49 ff. (zit. BREITSCHMID, *Vorweggenommene Erbfolge*); BREITSCHMID PETER/EGGEL MARTIN/EITEL PAUL/FANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA, Erbrecht (4.A. Zürich/Genf 2023) (zit. BREITSCHMID *et al.*); BRÜCKNER CHRISTIAN, Zur Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen, *successio* 2008, S. 194 ff.; BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen (3.A. Zürich/Basel/Genf 2012); Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), *Kurzkommentar ZGB* (2.A. Basel 2018) (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER/IN, Art. N); Bundesamt für Justiz (Hrsg.), *Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes* (4.A. Bern 2019) (aktualisiert per 2023) (zit. *Gesetzgebungsleitfaden des Bundes*, N); BYDLINSKI FRANZ/BYDLINSKI PETER, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (4.A. Wien 2023); CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, La riforma dei diritti riservati ai legittimari (n.d.), abrufbar unter: <https://notariato.it/it/notariato/la-riforma-dei-diritti-riservati-ai-legittimari/> (zit. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, La riforma); CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Successione legittima ed eredi legittimari (artt. 565, ss c.c.) (n.d.), abrufbar unter: https://notariato.it/wp-content/uploads/TABELLA1_SUCCESIONE_LEGITTIMA_EREDI_LEGITTIMARI.pdf (zit. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Successione legittima); Cordes Albrecht/Lück Heiner/Werkmüller Dieter/Schmidt-Wiegand Ruth (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1: Aachen – Geistliche Bank* (2.A. Berlin 2008) (zit. HRG-BEARBEITER/IN, Stichwort, Sp.); DEVILLE SOPHIE, Volonté individuelle et liberté de disposer par libéralité, in: Nicod Marc (Hrsg.), *De la volonté individuelle* (Toulouse 2018), S. 249–261; DRUEY JEAN NICOLAS, Ausgleichung oder rapport? Einige Fragen zu Art. 626 ZGB, in: Sturm Fritz (Hrsg.), *Mélanges Paul Piotet: recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Professeur à l'Université de Lausanne* (Bern 1990), S. 25 ff. (zit. DRUEY, *Ausgleichung oder rapport?*); DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts (5.A. Bern 2002) (zit. DRUEY, Grundriss, § N); DUTTA ANATOL, Länderbericht Deutschland: Das Fünfte Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs – „Kein Ort (für Reform). Nirgends“, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), *Reformen des Erbrechts in Europa* (Zürich/Basel/Genf 2023 = *successio*-Schriften, Bd. 5), S. 49 ff. (zit. DUTTA, Länderbericht); DUTTA ANATOL, Mehr Testierfreiheit wagen? Ein Streifzug durch Roland Donaths unveröffentlichte Habilitationsschrift, in: Dutta Anatol/Heinze Christina (Hrsg.), «Mehr Freiheit wagen»: Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow (Tübingen 2018), S. 111–128 (zit. DUTTA, *Mehr Testierfreiheit*); DUTTA ANATOL, Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung (Tübingen 2014 = Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 101) (zit. DUTTA, *Warum Erbrecht?*); ECCHER BERNHARD, 6. Erbrecht, in: ECCHER BERNHARD/SCHURR FRANCESCO A./CHRISTANDL GREGOR, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien 2009, S. 615 ff. (zit. ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*); ECCHER BERNHARD, Bd. VI: Erbrecht, in: Bydlincki Peter/Kerschner Ferdinand (Hrsg.), *Lehrbuchreihe Bürgerliches Recht* (6.A. Wien 2016) (zit. ECCHER, *Bürgerliches Recht*); EGGEL MARTIN, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu BGE 143 III 425, AJP 2018, S. 407 ff. (zit. EGGEL, AJP 2018); EGGEL MARTIN, Zur Bindungswirkung des Erbvertrages nach dem revidierten Erbrecht, ZBJV 159 (2023), S. 653 ff. (zit. EGGEL, ZBJV 2023); EGGEL MARTIN, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht (Diss. Bern 2013 = *Abhandlungen zum Schweizerischen Recht*, Bd. 795) (zit. EGGEL, *Surrogation*); EGGEL MARTIN/GERSTER NATHALIE, Revision des Erbrechts – Behandlung der Säule 3a und Änderungen im Herabsetzungsrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 4./5. Mai 2022*, Bern 2022 (= INR, Bd. 27); EGGEL MARTIN/LIECHTI FABRIZIO, Fragen zur einredeweisen Geltendmachung der erbrechtlichen Herabsetzung und Ungültigkeit,

successio 2022, S. 5 ff.; Eigenmann Antoine/Rouiller Nicolas (Hrsg.), Commentaire du droit des successions (Art. 457–640 CC; Art. 11–24 LDFR) (Bern 2012) (zit. SHK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. N); EITEL PAUL, Berner Kommentar, Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Der Erbgang (Bern 2004) (zit. BK ZGB-EITEL, Art. N); EITEL PAUL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht: Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung (Habil. Bern 1997, Bern 1998 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 613) (zit. EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen); EITEL PAUL, Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, ZBJV 142/2006, S. 457 ff. (zit. EITEL, ZBJV 2006); EITEL PAUL, Die Pflichtteilsberechnungsmasse, ZBJV 154/2018, S. 451 ff. (zit. EITEL, ZBJV 2018); EITEL PAUL, Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, ZBJV 134/1998, S. 729 ff. (zit. EITEL, ZBJV 1998); EITEL PAUL, Was lehrt uns BGE 131 III 49 auch noch? Ergänzende Hinweise im Anschluss an die Urteilsanmerkungen von Thomas Weibel, Jusletter 18. April 2005; EITEL PAUL, Zur Durchführung der Herabsetzung bei ehevertraglichen Totalvorschlagszuweisungen und Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge im neuen Erbrecht, in: Lüthi David/Christen Remo/Hasler Patrick/von Rohr Christian Rudolf (Hrsg.), Verband solothurnischer Notare – 100 Jahre Festschrift (Solothurn 2022) (zit. EITEL, FS Solothurner Notare); EITEL PAUL/BIERI MARJOLEIN, Der Durchgriff und sein Durchbruch ins Erbrecht, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), Equus und aequus – et cetera, Liber amicorum für Benno Studer zum 70. Geburtstag (Zürich/Basel/Genf 2019), S. 5 ff.; EITEL PAUL/BRAUCHLI SILVIA, Trusts im Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts, successio 2012, S. 116 ff.; EITEL PAUL/ZEITER ALEXANDRA, Öffentliches Inventar und (vollständig übergangener) virtueller Erbe, Urteilsbesprechung BGE 143 III 369 ff., successio 2019, S. 292 ff.; ENGISCH KARL, Einführung in das juristische Denken (12.A. Stuttgart 2018); ESCHER ARNOLD JUN./ESCHER ARNOLD SEN., Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457–536) (3.A. Zürich 1959) (zit. ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. N); ESCHER ARNOLD JUN./ESCHER ARNOLD SEN., Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. III: Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB) (3.A. Zürich 1960) (zit. ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. N); ESSER JOSEF, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: Baur Fritz *et al.* (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag (Tübingen 1974) (zit. ESSER, FS Raiser); ESSER JOSEF, Verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis (Frankfurt a.M. 1972) (zit. ESSER, Verständnis); FANKHAUSER ROLAND/JUNGO ALEXANDRA, Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick, recht 2019, S. 1 ff.; GASSLER CHRISTINE MICHAELA, Familiäre Krisen und ihre Folgen auf den Pflichtteilsanspruch nach dem Erbrechts- Änderungsgesetz 2015 (Diplomarbeit Universität Salzburg 2020); Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB (7.A. Basel 2022) (zit. BsK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. N); Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB (7.A. Basel 2023) (zit. BsK ZGB II-BEARBEITER/IN, Art. N); GEISER THOMAS/FLÜCKIGER ANDREAS, Ungültigkeits- und Herabsetzungs-Einreden sind gemäss Art. 521/533 Abs. 3 ZGB jederzeit möglich, Jusletter 4. Juli 2022; GIOVAGNOLI ROBERTO, Manuale di diritto civile (2.A. Turin 2022); GÖKSU TARKAN, Das Rechtsbegehren der Herabsetzungsklage, in: Schmid Jörg/Aebi-Müller Regina/Breitschmid Peter/Graham-Siegenthaler Barbara/Jungo Alexandra (Hrsg.), Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel, Zürich/Basel/Genf 2022, S. 247 ff. (zit., GÖKSU, FS Eitel); GÖKSU TARKAN, Informationsrechte der Erben, AJP 2012, S. 953 ff. (zit. GÖKSU, AJP 2012); GÖKSU TARKAN, Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017, successio 2018, S. 313 ff. (zit. GÖKSU, successio 2018); GUILLAUME FLORENCE, Trust, réserves héréditaires et immeubles, AJP 2009, S. 39 ff.; GUINAND JEAN, Libéralités entre vifs et conjoint survivant, in: Sturm Fritz (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet: recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Professeur à l'Université de Lausanne (Bern 1990), S. 55 ff.; GUINAND JEAN/STETTLER MARTIN/LEUBA AUDREY, Droit des successions, (6.A. Zürich/Basel/Genf 2005); GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979; GUTZWILLER PETER MAX, Schweizerisches Internationales Trustrecht: Kommentar zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006 (Basel 2007); HAIDMAYER BARBARA, Die Revision des Erbrechts – Änderungen im Pflichtteilsrecht und Unterstützungsanspruch für Lebenspartner, AJP 2018, S. 1544 ff.; HELLGARDT ALEXANDER, Regulierung und Privatrecht: Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung (Habil. München 2015, Tübingen 2016 = Ius Privatum, Bd. 207); HENNINGER JULIA, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge: am Beispiel der Familienaktiengesellschaft (Diss. Freiburg 2019, Freiburg 2019 = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 394); HERZOG SABINE, Trusts und schweizerisches Erbrecht: Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts – unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung (Diss. Luzern 2015, Zürich 2016); HOFER SIBYLLE, Eugen Huber – Vordenker des Schweizer Zivilrechts (Zürich 2023); HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Innovation und Recht, Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte (Tübingen 2016); HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. 2 (Basel 1888) (zit. HUBER, System und Geschichte II); HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. 4 (Basel 1893) (zit. HUBER, System und Geschichte IV); HUWILER BRUNO, Privatrecht und Methode: Bemerkungen aus Anlass des Buches von Ernst A. Kramer über Juristische Methodenlehre, recht 1999 (Sonderheft), S. 1 ff.; JAHNEL WERNER, Grundlagen des österreichischen Erbrechts unter besonderer Berücksichtigung des österreichisch-schweizerischen Erbfalls, successio 2019, S. 65 ff.; JAKOB DOMINIQUE/DARDEL DANIELA, Der Schutz des virtuellen Erben, AJP 2014, S. 462 ff.; JAKOB DOMINIQUE/PICHT PETER, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung – Materielle rechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, AJP 2010, S. 885 ff.; JAUN MANUEL, Zur erbrechtlichen Problematik von Wertveränderungen bei Zuwendungen unter Lebenden, ZBJV

138/2002, S. 96 ff.; JOFFROY STÉPHANE, La planification successorale en droit européen comparé: À propos de la transmission de l'entreprise familiale (Diss. Université Panthéon-Assas, Paris 2020); JUNG PETER, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR (2.A. Zürich/Basel/Genf 2016) (zit. ZK OR-JUNG, Art. N); JUNGO ALEXANDRA, Die ehevertraglich begünstigte Ehegattin zwischen Pflichtteilsansprüchen gemeinsamer und nichtgemeinsamer Kinder, in: Schmid Jörg/Aebi-Müller Regina/Breitschmid Peter/Graham-Siegenthaler Barbara/Jungo Alexandra (Hrsg.), Spuren im Erbrecht – Festschrift für Paul Eitel (Zürich/Basel/Genf 2022), S. 371 ff.; KAUFMANN HORST ALBERT, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten und die pflichtteilsrechtliche Herabsetzung, bei Eugen Huber, im Schweizerischen Zivilgesetzbuch und beim heutigen Reformgesetzgeber (Bern 1981 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 472); KELLER FRANZ, Erbrechtliche Fragen bei Wertveränderungen (Diss. Freiburg 1972, Zürich 1972); KLÖTI DANIELA, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse (Diss. Bern 2013, Bern 2014); KOLLER PIUS, Der ausgleichsrechtliche Durchgriff / Besprechung von BGer, 5A_425/2020, 5A_435/2020, 15.12.2022 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), AJP 2023, S. 769 ff. (zit. KOLLER, AJP 2023); KOLLER PIUS, Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht, AJP 2021, S. 19 ff. (zit. KOLLER, AJP 2021); KOLMASCH WOLFGANG, Gesetzgebung: Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015), Zak 2015/457, S. 250 ff.; KRAMER ERNST, Juristische Methodenlehre (6.A. Bern 2019); KRASCHOWETZ DANIELA, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (Diplomarbeit Universität Graz 2016, Graz 2016); KRAUSLER NIKOLAUS, Umgehung des Pflichtteils bei periodischer Verschenkung des Einkommens? Missbrauchsmöglichkeiten des Ausnahmetatbestands von § 784 Fall 1 ABGB, Österreichische Notariatszeitung 11/2019, S. 401 ff.; Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (4.A. Zürich 2021) (zit. OFK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. N); KSON-BOUVET ANNA-GAËLLE, Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants: Une histoire de famille (Diss. Université Panthéon-Assas 2018, Paris 2018); KUNZ HANS, Die Ausgleichspflicht des überlebenden Ehegatten nach dem ZGB, SJZ 25/1928/29, S. 305 ff.; Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Reformen des Erbrechts in Europa (Zürich/Basel/Genf 2023 = successio-Schriften, Bd. 5); LAVANCHY LÉONARD, Geltung der objektiven oder subjektiven Theorie bei der Anwendung von Art. 527 ZGB in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, BJM 2018, S. 257 ff.; LIENHARD BETTINA, Finanzielle Abgeltung von Betreuungsleistungen zwischen nahestehenden Personen und Bekannten, Familien- und erbrechtliche Ansprüche de lege lata und ferenda (Diss. Zürich, Zürich 2017 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 281); LIMBACH FRANCIS, Länderbericht Frankreich, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Reformen des Erbrechts in Europa (Zürich/Basel/Genf 2023 = successio-Schriften, Bd. 5), S. 85 ff.; LÖTSCHER CORDULA, Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft, successio 2019, S. 174 ff.; MALAURIE PHILIPPE/BRENNER CLAUDE, Droit des successions et des libéralités, in: Malaurie Philippe/Aynès Laurent (Hrsg.), Droit civil (9.A. Paris 2020); MAZEAUD HENRI/MAZEAUD LÉON/MAZEAUD JEAN, in: Breton André (Hrsg.), Leçons de droit civil, Bd. IV/2: Successions, Libéralités (4.A. Paris 1982) (zit. MAZEAUD/BRETON); MEYER CAROLINE, Die Rechtsstellung des teilweise oder vollständig übergangenen Pflichtteilerben, BJM 2008, S. 177 ff.; MICHALSKI LUTZ/SCHMIDT JESSICA, BGB – Erbrecht (5.A. Heidelberg 2019); MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre (4.A. Zürich 2024); MÜLLER JAKOB ARNOLD, Das Verhältnis von Ausgleich und Herabsetzung im schweizerischen Erbrecht (Diss. Bern 1949, Bern 1949); MUSCHELER KARLHEINZ, Erbrecht, 2 Bände (Tübingen 2010); NOBEL PETER, Der wirtschaftlich Berechtigte – Ein unsicheres Konzept: Bundesgerichtsentscheid vom 8. April 1999, SZW 1999, S. 258 ff.; OSTERLOH-KONRAD CHRISTINE, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, in: Beck Karin E.M./Osterloh-Konrad Christine (Hrsg.), Unternehmensnachfolge (Berlin/Heidelberg 2009 = MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Bd. 12); PALTZER EDGAR H./FEHR MARCO, Virtuelle Erben und ihr Recht auf Auskunft und Information, successio 2022, S. 330 ff.; PARADISO MASSIMO, Corso di istituzioni di diritto privato (12.A. Turin 2022); PATTI FRANCESCO PAOLO, Länderbericht Italien: Der aktuelle Stand des Erbrechts, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Reformen des Erbrechts in Europa (Zürich/Basel/Genf 2023 = successio-Schriften, Bd. 5), S. 127 ff.; PÉRÈS CÉCILE, Compulsory Portion in France, in: Reid Kenneth G.C./De Waal Marius J./Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Comparative Succession Law, Vol. III: Mandatory Family Protection (Oxford 2020), S. 78–107; PÉRÈS CÉCILE/POTENTIER PHILIPPE, La réserve héréditaire, Rapport du groupe de travail, remis le 13 décembre 2019 (Paris 2019); PICENONI VITO, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag (Habil. Zürich 1955, Zürich 1955) (zit. PICENONI, Auslegung); PICENONI VITO, Die Behandlung von Grundstücksgeschäften in der Ausgleich und Herabsetzung, ZBGR 59/1978, S. 65 ff. (zit. PICENONI, ZBGR 1978); Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil II (Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. fin. CC) (Basel 2016) (zit. CR CC II-BEARBEITER/IN, Art. N); PIOTET PAUL, Des libéralités réductibles selon l'art. 527 ch. 1 CC, JdT 1992 I, S. 347 ff. (zit. P. PIOTET, JdT 1992 I); PIOTET PAUL, Erbrecht, in: Gutzwiller Max *et al.* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV, 1. Halbband (Basel 1978) (zit. P. PIOTET, SPR IV/1); PIOTET PAUL, L'essentiel sur le rapport légal, in: Piotet Denis/Tappy Denis (Hrsg.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils: recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette Sandoz (Zürich/Genf 2006), S. 401 ff. (zit. P. PIOTET, FS Sandoz); PIOTET PAUL, La libéralité accomplissant un devoir moral est-elle réductible?, ZBGR 70/1989, S. 201 ff. (P. PIOTET, ZBGR 1989); PIOTET PAUL, La réduction d'un pacte successoral positif onéreux, ZBGR 62/1981, S. 193 ff. (zit. P. PIOTET, ZBGR 1981); PIOTET PAUL, La réduction selon l'art. 527 ch. 1 cc de libéralités "faites à titre d'avancement d'hoirie" qui "ne sont pas soumises au rapport", JdT 1982 I, S. 23 ff. (zit. P. PIOTET, JdT 1982 I); PIOTET PAUL, Le conjoint survivant et le rapport successoral selon l'art. 626 al. 2 CC, ZSR 83/1964 I, S. 15 ff. (zit. P. PIOTET, ZSR 1964); PRADERVAND-KERNEN MARYSE, Divorce, régime matrimonial et nouveau droit successoral, in: Pradervand-Kernen Maryse/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (Hrsg.), Journée de droit des successions 2022 (Bern 2022), S. 41 ff.; RABL CHRISTIAN, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in: Rabl Christian, Zöchling-Jud Brigitta (Hrsg.), Das neue Erbrecht – Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (Wien 2015), S. 1–12; Reid Kenneth G.C./De Waal Marius J./Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Comparative

Succession Law, Vol. III: Mandatory Family Protection (Oxford 2020); RÖSLI ARNOLD, Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 522–533 und 626–633 (Diss. Zürich 1935, Andelfingen 1936); ROSSEL VIRGILE, Manuel du droit civil de la Suisse romande (Cantons de Genève, Fribourg, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Valais et Berne (Jura Bernois) (Basel 1886); ROSSEL VIRGILE/MENTHA FRITZ-HENRI, Manuel du droit civil suisse, Bd. II (2.A. Lausanne/Genf 1922); RÖTHEL ANNE, Familie und Vermögen im Erbrecht: Aktualisierungen von Erbfolge, Pflichtteil und Besteuerung, *JuristenZeitung* 66 (2011), S. 222 ff. (zit. RÖTHEL, Aktualisierungen); RÖTHEL ANNE, Umgehung des Pflichtteilsrechts, *AcP* 212 (2012), S. 157 ff. (zit. RÖTHEL, Umgehung); RÜTHERS BERND, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts (Trier 2003); RÜTHERS BERND/FISCHER CHRISTIAN/BIRK AXEL, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre* (12.A. München 2022); Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/ Limperg Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB* (4.A. München 2004/9.A. München 2022) (zit. MüKo BGB-BEARBEITER/IN, Auflage Erscheinungsjahr, § N); SCALISI MANUELA, Clausola di diseredazione e profili di modernità, in: Consiglio Nazionale del Notariato (Hrsg.), *Studio n. 339-2012/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 20/09/2012* (Palermo 2012); SCHAUER MARTIN, Länderbericht Österreich, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), *Reformen des Erbrechts in Europa* (Zürich/Basel/Genf 2023 = successio-Schriften, Bd. 5), S. 67 ff.; SCHEUBA ELISABETH, Pflichtteilsrecht, in: Gruber Michael/Kalss Susanne/Müller Katharina/Schauer Martin (Hrsg.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge* (Wien 2010), S. 189–249; SCHNYDER BERNHARD, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1990 und 1991 – Erbrecht, *ZBJV* 1993, S. 167 ff.; SCHRANER MARIUS, *Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR*, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR)* (3.A. Zürich/Basel/Genf 2000) (zit. ZK OR-SCHRANER, Art. N); SCHWENDENER ULRICH, Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen unter sich und in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten (Diss. Zürich 1959, Zürich 1959); SCHWIMANN MICHAEL/ECCHER BERNHARD, *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen, Bd. 3, §§ 531–858 ABGB*, Wien 1989 (zit. PraxKomm ABGB III-BEARBEITER); SEEBERGER LIONEL HARALD, Die richterliche Erbteilung (Diss. Freiburg 1992, Freiburg 1992); SOGO MIGUEL, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren (Diss. Zürich 2007, Zürich/Basel/Genf 2007 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 152); SOLARSKY VIRÄG ASTRID, Der englische Trust im internationalen Erbrecht der Schweiz: Eine Diskussion unter dem Standpunkt des Kollisionsrechts (Diss. Zürich 1998, Zürich 1999); SPAHR STÉPHANE, Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales (Diss. Fribourg 1994, Fribourg 1994 = Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Suisse, Bd. 135); SPIRIG SANDRA/HENNINGER JULIA, Leistungen unter Familienangehörigen und ihre Berücksichtigung in der Erbteilung, in: Büchler Andrea/Fankhauser Roland (Hrsg.), *Zehnte Schweizer Familienrechtstage, 9./10. September 2022 in Zürich* (Bern 2023), S. 117 ff.; SPIRO KARL, Rechtspolitische Miscellanea zum Erbrecht des Ehegatten, in: Vischer Frank/Staehelin Adrian (Hrsg.), *Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling* (Basel/Stuttgart 1976), S. 265 ff.; STEINAUER PAUL-HENRI, Acquisitions et libéralités ab intestat, in: Jungo Alexandra/Breitschmid Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), *Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel* (Zürich/Basel/Genf 2018 = successio-Schriften, Bd. 2), S. 77 ff. (zit. STEINAUER, Silser Erbrechtsgespräche); STEINAUER PAUL-HENRI, Le conjoint survivant comme créancier du rapport, in: Piotet Denis/Tappy Denis (Hrsg.), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils: recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette Sandoz* (Zürich/Genf 2006), S. 423 ff. (zit. STEINAUER, FS Sandoz); STEINAUER PAUL-HENRI, *Le droit des successions* (2.A. Bern 2015) (zit. STEINAUER, successions); STOBBE OTTO, *Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. V*, (Berlin 1885); STODMANN ERIC, L'avancement d'hoirie et sa réduction (Diss. Lausanne 1962, Lausanne 1962); STRAZZER RENÉ, Keine Aktivlegitimation des virtuellen Erben zur (isolierten) Erbteilungsklage, *Urteilsbesprechung 5A_765/2022, successio 2023*, S. 343 ff.; STRAZZER RENÉ/ZEITER ALEXANDRA, „Neues vom virtuellen Erben“, *Urteilsbesprechung BGE Nr. 4A_458/2011, BGE 138 III 354 ff.* = *Praxis* 2012 Nr. 130, successio 2013, S. 142 ff.; SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO, Die Revision des Erbrechts (Zürich/Basel/Genf 2016); THORENS JUSTIN, Quelques considérations concernant les rapports en droit successoral, in: Oberson Raoul/Thorens Justin/Jagmetti Riccardo (Hrsg.), *Treizième Journée Juridique de Genève* (1973), *Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève*, Bd. 43 (Genf 1974), S. 27 ff.; TUOR PETER, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB* (2.A. Bern 1952) (zit. BK ZGB-TUOR, Art. N); TUOR PETER/PICENONI VITO, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB* (2.A. Bern 1964) (zit. BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. N); TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (15.A. Zürich 2023) (zit. TUOR/SCHNYDER/BEARBEITER/IN, § N); UMLAUFT MANFRED, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, *iFamZ* September 2011, S. 282 ff.; VOLLENWEIDER EUGEN, Die erbrechtliche Ausgleichung von Lebensversicherungs-Ansprüchen (Diss. Bern 1951, Arbon 1952); VOLLERY LUC, Les relations entre rapports et réunions en droit successoral: l'article 527 chiffre 1 du Code civil et le principe de la comptabilisation des rapports dans la masse de calcul des réserves (Diss. Fribourg 1993, Fribourg 1994 = Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Suisse, Bd. 134); VON BURG ROGER, Der Trust in der Schweiz: Auswirkungen der Ratifikation des Haager Trust-Übereinkommens, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IX* (Basel 2007), S. 463 ff.; Kunz Lena/Dobler Katrin/Raff Thomas/Löhnig Martin/Marotzke Wolfgang/Baldus Christian (Hrsg.), *J. VON STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5: Erbrecht, §§ 1967–2063* (Berlin 2020) (zit. Staudinger/BEARBEITER/IN, § N); Herzog Stephanie/Olshausen Wolfgang/Otte Gerhard (Hrsg.), *J. VON STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5: Erbrecht, §§ 2303–2345* (Berlin 2021) (zit. Staudinger/BEARBEITER/IN, § N); VON TUHR ANDREAS/PETER HANS,

Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (mit Supplement), (3.A. Zürich 1984); VON ZEILLER FRANZ, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Bd. 2, Zweite Abteilung (Wien/Triest 1812); WALTER TONIO, Kleine Stilkunde für Juristen (2.A. München 2017); WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68–96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (2.A. Bern 2005) (zit. BK OR-WEBER, Art. N); WEIBEL THOMAS, Das Ende der Solidarhaftung der Erben (Diss. Basel 2002, Basel 2002 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Privatrecht, Bd. 63) (zit. WEIBEL, Solidarhaftung); WEIBEL THOMAS, Im Dickicht der Ausgleichung verirrt – Anmerkungen zum (noch) nicht publizierten BGE 5C.67/2004 vom 19. November 2004, Jusletter 18.4.2005 (zit. WEIBEL, Jusletter 2005); WEIBEL THOMAS/MATA ALINE, Die Erbteilung (Zürich/Basel/Genf 2020); WEIMAR PETER, Berner Kommentar, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457–516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen (Bern 2009) (zit. BK ZGB-WEIMAR, Art. N); WEIMAR PETER, Zehn Thesen zur erbrechtlichen Ausgleichung, in: Gauch Peter (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag (Freiburg 1995), S. 833 ff.; WEINGART CLAUDIO, Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen im internationalen Verhältnis – unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts (Diss. Zürich 2010, Zürich/Basel/Genf 2010 = Zürcher Studien zum Privatrecht, 224); WEISS KINGA M./HOFSTETTER DOMINO M., Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht, AJP 2014, S. 342 ff.; WELSER RUDOLF/ZÖCHLING-JUD CHRISTA, Bd. II: Schuldrecht Allgemeiner Teil – Schuldrecht Besonderer Teil – Erbrecht, in: Koziol Helmut/Welser Rudolf (Hrsg.), Grundriss des bürgerlichen Rechts (14.A. Wien 2015); WENDEHORST CHRISTIANE, Compulsory Portion and Other Aspects of Family Protection in Austria, in: Reid Kenneth G.C./De Waal Marius J./Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Comparative Succession Law, Vol. III: Mandatory Family Protection (Oxford 2020), S. 233 ff.; Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR (7.A. Basel 2020) (zit. BsK OR I-BEARBEITER/IN, Art. N); Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964l OR inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen (7.A. Basel 2024) (zit. BsK OR II-BEARBEITER/IN, Art. N); WIDMER PIERRE, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung: eine kritisch-rechtsvergleichende Studie zur Theorie des Vorempfangs (Diss. Bern 1969, Bern 1971 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 408); WILDISEN CHRISTOPH, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten (Diss. Freiburg, Freiburg 1997 = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 167); WINISTÖRFER MICHÈLE, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht (Diss. Zürich 2000, Zürich 2000 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 162); WOLF STEPHAN, Besonderheiten des schweizerischen Erbrechts, aus der Sicht des ABGB, recht 2010, S. 120 ff. (zit. WOLF, recht 2010); WOLF STEPHAN, in Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Bern 2014) (zit. BK ZGB-WOLF, Art. N); WOLF STEPHAN, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV 143/2007, S. 301 ff. (zit. WOLF, ZBJV 2007); WOLF STEPHAN, Verfügungen unter Lebenden vs. «unzulässige» Umgehung der Verfügungsbeschränkung – wann greift die Herabsetzungsklage gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB?, ZBJV 150/2014, S. 435 ff. (WOLF, ZBJV 2014); WOLF STEPHAN/BERGER CÉDRIC, Das Pflichtteilsvermächtnis – praktische Bedeutung und offene Fragen, AJP 2023, S. 267 ff.; WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Erbrecht, 1. Teilband (Basel 2012) (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1); WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Erbrecht, 2. Teilband (Basel 2015) (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/2); WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht (2.A. Bern 2020); WOLF STEPHAN/JORDI NADINE, Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere ehgüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 26./27. März 2008 (Bern 2008 = INR, Bd. 5), S. 29 ff.; WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012 (= INR 13) (Bern 2012), S. 23 ff.; WÜST HANS, Warten auf das Bundesgericht... Bleibt der überlebende Ehegatte gegenüber Nachkommen weiterhin ausgleichungsberechtigt?, successio 3/2009, S. 231 ff.; ZEITER ALEXANDRA, Die Ausgleichungspflicht von Nachkommen: de lege lata – de lege ferenda, in: Jungo Alexandra/Breitschmid Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel (Zürich/Basel/Genf 2018 = successio-Schriften, Bd. 2), S. 57 ff.; ZEITER ALEXANDRA/BARTH SALOME, Der Willensvollstreckter und das Pflichtteilsvermächtnis, in: Breitschmid Peter/Eitel Paul/Jungo Alexandra (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle (Zürich/Basel/Genf 2021), S. 445 ff.; ZIMMERMANN REINHARD, Compulsory Portion in Germany, in: Reid Kenneth G.C./De Waal Marius J./Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Comparative Succession Law, Vol. III: Mandatory Family Protection (Oxford 2020), S. 268 ff. (zit. ZIMMERMANN, Compulsory Portion); ZIMMERMANN REINHARD, Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 84/2020, S. 465 ff. (zit. ZIMMERMANN, RabelsZ 2020); ZIMMERMANN REINHARD, Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht: Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen, Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Nr. 1/2021 (Bd. 85), S. 1 ff. (zit. ZIMMERMANN, RabelsZ 2021); ZIMMERMANN REINHARD/BAUER FRANZ/BIALLUCH MARTIN/HUMM ANDREAS/KLAPDOR LISA-KRISTIN/KÖHLER BEN/SCHMIDT JAN PETER/SCHOLZ PHILIPP/WIEDEMANN DENISE, Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht: Ein Reformvorschlag (Tübingen 2022)

(zit. ZIMMERMANN *et al.*); ZINGG DENNIS, Durchgriff im Zusammenhang mit der Ausgleichung «indirekter» lebzeitiger Zuwendungen, *ius.focus* 2023 Nr. 28, S. 3 f. (zit. ZINGG, Durchgriff); ZINGG DENNIS, Offene Fragen bei Art. 527 ZGB und der Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen (Zürich/Basel/Genf 2022) (zit. ZINGG, Offene Fragen); ZITELMANN ERNST, Kunst der Gesetzgebung (Dresden 1904); ZOLLER BEAT, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des Umgehungstatbestands (Diss. Zürich 1998, Zürich 1998 = Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 141).

Stellungnahme

1 Auftrag und Vorgehen

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist das Herabsetzungs- und Ausgleichsrecht, das auf Änderungsbedarf hin überprüft werden soll.

Im Zuge des Berichts des Bundesrates zur Modernisierung des Familienrechts vom 25. März 2015 und der Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (Motion 10.3524) wurden bereits Änderungsvorschläge zu diesen Gebieten in der Form eines Vorentwurfs erarbeitet (VE 2016), die in der anschliessenden Vernehmlassung ausführlich kommentiert wurden¹. Diese in der bereits in Kraft getretenen ersten Etappe der Erbrechtsreform kaum aufgenommenen Vorbringen sind Ausgangslage des vorliegenden Gutachtens. Ziel ist es, die aktuelle Rechtslage zu den bereits vom Bundesrat vorgelegten Themen darzustellen und insbesondere konkrete Verbesserungs- und Regelungsvorschläge (Gesetzesvorschläge) mit Blick auf das geltende Recht bzw. den Vorentwurf zu machen.

Zusätzlich werden weitere ausgewählte Aspekte thematisiert, die als revisionsbedürftig eingeschätzt werden. Da es um keine Totalrevision geht, beschränkt sich die Betrachtung auf diejenigen Fragen, mit denen sich die Praxis und die rechtsanwendenden Behörden periodisch konfrontiert sehen dürften und für welche die geltenden Bestimmungen zu keiner rechtssicheren Lösung führen.

Aufgrund der Eigenheiten dieses Teils des schweizerischen Erbrechts und der sehr technischen Fragen von nicht unerheblichem Detaillierungsgrad, wird auf einen breiten Einbezug rechtsvergleichender Erkenntnisse verzichtet.

2 «Technische» Etappe der Erbrechtsreform als Teilrevision der Privatrechtskodifikation

Die anstehende Etappe der Erbrechtsreform wird bisweilen als die «technische» bezeichnet². Das fasst treffend zusammen, was sich aus dem hievordeschriebenen Auftrag ergibt, nämlich dass es um die Klärung offener bzw. umstrittener praktischer Fragen innerhalb des Bestehenden geht.

Gleichwohl ist zu bedenken, dass auch solche vorderhand technischen Anpassungen «klärender Art» nicht von ihrer politischen Dimension gelöst werden können: Eine *wertende Betrachtung* im Sinne der Bezugnahme auf und Einfügung in das bisherige Recht und insbesondere dessen *Zwecksetzungen*³ – oder deren deklarierte Änderung – ist unumgänglich^{4,5}.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls darauf hinzuweisen, dass sich als klärungsbedürftig erweisende Fragen oft auf Unsicherheiten bei Grundlagen oder Grundbegriffen zurückführen lassen. Es wird dann davon gesprochen, dass dogmatische Präzisierungen oder Festlegungen vorzunehmen seien. Dabei ist zu beachten, dass das Erbrecht Teil der Privatrechtskodifikation und damit auch ihrer Begrifflichkeiten, ja ihrer Dogmatik schlechthin ist (Art. 7 ZGB; Obligationenrecht als fünfter Teil des Zivilgesetzbuches).

¹ Siehe dazu die Auflistung im Quellenverzeichnis unter «Vorarbeiten».

² Vgl. z.B. Medienmitteilung BJ; BREITSCHMID, *Anwaltsrevue* 2021, S. 21; DERS., *Länderbericht*, S. 14; zur (abgeschlossenen) ersten Etappe siehe z.B. FANKHAUSER/JUNGO, S. 1 ff.

³ Zur Bedeutung des teleologischen Elements bei der Auslegung KRAMER, S. 171 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 444 ff.; BYDLINSKI/BYDLINSKI, S. 43 ff.

⁴ Vgl. etwa Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, N 584 a.E.

⁵ Darin liegt der Grund für die Aufarbeitung des Zwecks der Herabsetzung unter Ziff. 3.2 hienach und des Zwecks der Ausgleichung unter Ziff. 3.3 hienach.

Freilich sind Begriffe nicht «überzeitlich» oder ganz «vorkodifikatorisch»⁶, sondern beziehen ihre Gestalt aus dem geltenden Recht⁷. Doch diesem sind sie eben *ganz und als Ganzes verpflichtet*⁸. Mit Blick auf die anstehende Revision bedeutet dies, dass nicht ohne Not neue, dem allgemeinen Privatrecht unbekanntere Figuren geschaffen oder durch Änderungen zu erbrechtlichen Eigenheiten gemacht werden sollten, wenn nicht überzeugende Gründe dafürsprechen (was selbstredend ein politischer Entscheid ist)⁹¹⁰. Es ist nicht zu vergessen, dass einheitliche und gefestigte Rechtsbegriffe nichts anderes bedeuten, als dass für gewisse Sachverhalte die gleichen Rechtswirkungen angeordnet sein sollen und sie damit einen wichtigen Beitrag zu Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit leisten¹¹.

Grenzen der Begriffsklärungen – aus der Sache inhärenten Gründen – ergeben sich auch bei den Ermessenbegriffen und *unbestimmten Rechtsbegriffen*¹². Bei diesen besteht stets ein Spannungsfeld zwischen dem Bedarf nach Konkretisierung und der Gewährleistung ausreichenden Handlungsspielraums für die rechtsanwendenden Behörden¹³. Und gerade offene Rechtsbegriffe im Zivilrecht entziehen sich oftmals fast gänzlich der klaren gesetzgeberischen Konkretisierung¹⁴.

Die nachstehenden Vorschläge werden sich an den vorstehenden Überlegungen orientieren, dass es sich nämlich – zusammengefasst – um die Überarbeitung eines Teils der Privatrechtskodifikation handelt.

3 Vorbemerkungen

3.1 Sinn einer Auseinandersetzung mit dem Zweckelement

Mit Blick auf diesen privatrechtlichen Gesamtkontext, in welchen jede «technische Reform» einzuordnen ist, gilt es die *Zwecke* im Auge zu behalten, die das Erbrecht und seine Institutionen – diesfalls Herabsetzung und Ausgleichung – als Teile einer umfassenden Kodifikation verfolgen. Diese Zwecke sind keineswegs unveränderlich und gerade deshalb auf jeden Fall zu kennen: Bevor rechtliche «Stellschrauben» angezogen oder gelockert werden können, gilt es sich zu vergewissern, wie die «Maschinerie» gemäss dem «Bauplan» ihres Konstrukteurs zusammenspielt.

Dies bedingt eine Auseinandersetzung mit dem diesbezüglichen Verständnis des *historischen Gesetzgebers*¹⁵, aber auch den *geänderten Auffassungen* – und etwaigen Zwecks substitutionen oder -ergänzungen – im Verlaufe des vergangenen Jahrhunderts¹⁶. Die Herausarbeitung des Zwecks der beiden Institute scheint schliesslich das Feld darzustellen, in dem sich eine *rechtsvergleichende*

⁶ Wobei solchen Begriffsbildungen im Rahmen des historischen Auslegungselements eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt, siehe KRAMER, S. 135 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 486 ff.; BYDLINSKI/BYDLINSKI, S. 35 ff.

⁷ Vgl. RÜTHERS, S. 10. Zur diesbezüglichen Bedeutung des grammatikalischen Elements KRAMER, S. 67 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 452 ff.; BYDLINSKI/BYDLINSKI, S. 27 ff.

⁸ Zur Bedeutung des systematischen Elements KRAMER, S. 99 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 459 ff.; BYDLINSKI/BYDLINSKI, S. 32 f.

⁹ Zur Wichtigkeit einer guten inneren Systematik und zur Vermeidung begrifflicher und terminologischer Widersprüche siehe auch Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, N 611; MÜLLER/UHLMANN, S. 133 ff.; zu Stil und Methode WALTER, S. 26 ff.

¹⁰ So etwa die Klärung der Rechtsnatur der Fristen von Art. 533 ZGB unter Ziff. 6.4 hienach und der einredeweisen Geltendmachung des Herabsetzungsanspruchs unter Ziff. 7.1 hienach.

¹¹ Zur stabilisierenden, rationalisierenden und entlastenden Funktion der Dogmatik siehe ALEXY, S. 326 ff.; weiter ESSER, Verständnis, S. 90 ff.; DERS., FS Raiser, S. 517 ff., S. 522 ff.; auch HOFFMANN-RIEM, S. 132 ff.; HELLGARDT, S. 388 ff.

¹² KRAMER, S. 66 ff., insb. S. 78; ENGISCH, S. 155 ff., m.w.H.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 523 f.

¹³ Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, N 390; für ausgeprägte Konkretetheit etwa ZITELMANN, S. 31.

¹⁴ So bspw. die Beschreibung des Begriffs der «Ausstattung» unter Ziff. 6.2 hienach oder der «Ausbildungskosten über das übliche Mass» unter Ziff. 6.3 hienach.

¹⁵ Für die Herabsetzung Ziff. 3.2.1 und für die Ausgleichung Ziff. 3.3.1 hienach.

¹⁶ Für die Herabsetzung Ziff. 3.2.2 und für die Ausgleichung Ziff. 3.3.2 hienach.

Betrachtung am fruchtbarsten erweisen dürfte¹⁷, wobei eine solche auf die umliegenden Länder – mit Ausnahme des Fürstentums Liechtenstein – beschränkt bleiben muss¹⁸.

3.2 Zweck des Pflichtteilsrechts

3.2.1 Aus historischer Sicht

Der nach EUGEN HUBER das gesamte Privatrecht durchziehende Gegensatz «zwischen der zwingenden Ordnung und der freien Befugnis, sich die Rechtsverhältnisse nach den eigenen Bedürfnissen zu gestalten»¹⁹ findet sich besonders in der Frage nach der Verfügungsfreiheit im Erbrecht wieder²⁰. Der Schweizer Gesetzgeber sah sich beim Erlass des ZGB unter anderem mit der Herausforderung konfrontiert, dass die Verfügungsfreiheit des Erblassers in den verschiedenen kantonalen Gesetzgebungen unterschiedlich stark ausgeprägt war²¹. Gemeinsam war den Pflichtteilsrechtsordnungen jedoch, dass sie alle auf dem *System der disponiblen Quote* fussten. Im Hinblick auf die Fragen der pflichtteilsberechtigten Subjekte, der Höhe der jeweiligen disponiblen Quote²² und der Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen unterschieden sich die verschiedenen Rechtsordnungen demgegenüber stark.

- Was den *Kreis der Pflichtteilsberechtigten* und die *Höhe der Pflichtteilsquote* betrifft, wurde vor allem eine grössere Dispositionsfreiheit in den französischsprachigen Kantonen wahrgenommen²³. Vor diesem Hintergrund entschied sich der Gesetzgeber für eine Liberalisierung²⁴, bei der die Gebundenheit gegenüber den Nachkommen und den Erben des elterlichen Stammes nach deren Distanz zum Erblasser abgestuft wurde²⁵. Es wurde diesbezüglich einerseits angeführt, es sei der Westschweiz nicht zuzumuten, auf ihre altüberlieferte grosse Dispositionsfreiheit zu verzichten, würden doch mit zu viel Gebundenheit aufgrund der Verschiedenheit der Verhältnisse schon abstrakt betrachtet sicher berechnete Interessen verletzt²⁶. Ebenfalls wurde darauf geachtet, dass der Kreis der Pflichtteilserben – nicht das wirtschaftliche Ergebnis – sich mit der familiären Unterstützungspflicht traf²⁷. Was die Quoten betraf, versuchte man sich einem Mittelwert anzunähern²⁸.
- Hinsichtlich der *Zusammensetzung der Pflichtteilsberechnungsmasse* bezogen die welschen Rechtsordnungen in der Tendenz – in Übereinstimmung mit dem französischen Code civil – sowohl

¹⁷ Für die Herabsetzung Ziff. 3.2.3 und für die Ausgleichung Ziff. 3.3.3 hienach.

¹⁸ Weitere Rechtsordnungen können hier keine Berücksichtigung finden, zumal diese oft entweder selbst an die erwähnten angelehnt oder der schweizerischen von ihrer Gesamtkonzeption her fremd sind. Siehe aber für anschauliche Zusammenstellungen ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2021, S. 1 ff.; PÉRÈS/POTENTIER, S. 36 ff.; diverse Beiträge bei Künzle (Hrsg.) oder Reid/De Waal/Zimmermann (Hrsg.); bereits älter der Konferenzband von Bonomi (Hrsg.).

¹⁹ HUBER, Erläuterungen VE Heft 1, S. 25.

²⁰ HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 21 f.

²¹ Botschaft 1904, S. 50; HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 22 f.; DERS., *System und Geschichte IV*, S. 622 f.

²² Zum Ganzen HUBER, *System und Geschichte II*, S. 260 ff.

²³ HUBER, *System und Geschichte IV*, S. 630 ff.; vgl. auch KLÖTI, S. 6.

²⁴ Zu den diesbezüglichen Debatten, die in ein (optionales) Pflichtteilsrecht für Geschwister mündeten, siehe Prot.Exp.Komm., S. 106 ff.; HUBER in *Sten.Bull.NR*, 7. Juni 1907, S. 296 ff.; BÜHLMANN in *Sten.Bull.NR*, 13. Dezember 1905, S. 1367; MING in *Sten.Bull.NR*, 13. Dezember 1905, S. 1353, 1366 f.

²⁵ HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 22; DERS., *System und Geschichte II*, S. 267 ff. Gemäss HUBER geht es um die Abstufung der Quoten gemäss den Systemen von Zürich, Solothurn und Basel-Stadt (*Sten.Bull.NR*, 13. Dezember 1905, S. 1355).

²⁶ Botschaft 1904, S. 51; HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 24. So wurde beispielsweise argumentiert, es sei unverständlich, warum ein Erblasser, dessen Geschwister vor vielen Jahrzehnten ausgewandert seien, nicht voll über sein Vermögen verfügen dürfe (SCHULTHESS in *Sten.Bull.SR*, 21. März 1906, S. 149).

²⁷ HUBER in *Sten.Bull.NR*, 13. Dezember 1905, S. 1356; DERS. in *Sten.Bull.NR*, 28. Juni 1905, S. 843.

²⁸ HUBER in *Sten.Bull.NR*, 13. Dezember 1905, S. 1355.

den Nachlass des Erblassers als auch sämtliche Schenkungen zu Lebzeiten ein²⁹, womit im Ergebnis ein Schenkungsverbot in diesem Umfang bestand³⁰ und die Verfügungsfreiheit – auch und gerade zu Lebzeiten – insofern stark eingeschränkt war. Für die weiteren Kantone waren demgegenüber lebzeitige Zuwendungen nur dann einzubeziehen, wenn damit eine Umgehung des Pflichtteilsrechts beabsichtigt wurde³¹, was mit ganz unterschiedlichen Regelungen erreicht wurde. Bisweilen wurde dies gar so umgesetzt, dass sämtliche Schenkungen zu Lebzeiten innert einer bestimmten Frist vor dem Tod zur Pflichtteilsberechnungsmasse gezählt wurden³². Im Rahmen der parlamentarischen Arbeiten wurde sodann ebenfalls hinsichtlich der Berücksichtigung von lebzeitigen Zuwendungen ein liberaler Ansatz verfolgt, der sich im Wesentlichen darauf fokussierte, eine Umgehung oder Aushöhlung des Pflichtteilsrechts durch Zuwendungen unter Lebenden zu verhindern, ohne jedoch die Verfügungsfreiheit zu Lebzeiten zu stark einzuschränken: Bereits der Vorentwurf von 1900 umschrieb den Umfang der Masse praktisch so wie heute in Art. 527 ZGB festgehalten³³, was man vor allem als Übernahme der Ansätze der deutschsprachigen Kantone deuten muss³⁴. Einzig für den heutigen Art. 527 Ziff. 3 ZGB erfolgte erst im Rahmen der Beratung durch die Grosse Expertenkommission zwecks Vermeidung einer Überlastung der Gerichte durch eine Vielzahl an potentiellen Prozessen eine Reduktion der Frist von zehn auf fünf Jahre sowie die Ausnahme der Gelegenheitsgeschenke von der Regel³⁵.

Die Aufgabe des Erbrechts – und damit auch des Pflichtteilsrechts – bestand für HUBER darin, den Frieden der aufeinanderfolgenden Generationen untereinander zu wahren³⁶ (*Konfliktprävention*), einmal erschaffene Werte über den Tod hinaus zu erhalten (*Vermögenserhalt*) und die vom Erblasser hinterlassenen Güter in einer billigen und wirtschaftlich angemessenen Weise zu verteilen (*Gleichbehandlung in Billigkeit*)³⁷. In Bezug auf die Frage, ob die Entscheidung über die billige Verteilung der Güter ganz dem Erblasser überlassen werden sollte, zeigte sich HUBER kritisch. Für eine gesetzliche Regelung des Erbrechts spreche, dass der Einzelne mit dem Tod grundsätzlich seine Rechte verliere und ihm die über das Leben hinausgehende Verfügung über seine Güter eigentlich nicht zugestanden werden könne. Und selbst wenn doch, hätte jedermann Pflichten gegenüber seiner Familie und der Gemeinschaft zu erfüllen, deren Missachtung das Gesetz nicht leichtfertig zuzulassen habe³⁸. Entsprechend kann davon ausgegangen werden, dass der Zweck des gesetzlichen Pflichtteilsrecht in

²⁹ HUBER, System und Geschichte II, S. 302, mit Verweisen auf Art. 580 CC/Waadt, Art. 657 CC/Neuenburg, Art. 764 CC/Freiburg und Art. 607 CC/Wallis.

³⁰ HUBER, System und Geschichte II, S. 305, mit Verweisen auf Art. 578 CC/Waadt, Art. 946 CC/Wallis, Art. 763 CC/Freiburg, Art. 649 CC/Neuenburg, Satz. 722 CG/Bern, und § 565 CG/Luzern.

³¹ HUBER, System und Geschichte II, S. 306, mit Verweisen auf § 890 PG/Zürich und § 1914 PG/Schaffhausen, § 296 BG/Glarus, § 18 Erbgesetz Appenzell Ausserrhoden, § 8 Erbgesetz Appenzell Innerrhoden und § 64 Erbgesetz Thurgau. St. Gallen habe als einziger Kanton grundsätzlich keine Anfechtbarkeit von Schenkungen vorgesehen und bei der Berechnung der Pflichtteile ausschliesslich auf den Nachlass abgestellt (Art. 243 Erbgesetz St. Gallen).

³² Namentlich §§ 1313 ff. CG/Solothurn, die alle Schenkungen fünf Jahre vor dem Tod des Erblassers einbezogen (vgl. HUBER, System und Geschichte II, S. 308). Eine solche zeitliche Schranke kannte auch § 2325 des deutschen BGB von 1900.

³³ Siehe Art. 547 VE(1900)-ZGB.

³⁴ HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 94.

³⁵ HUBER in Prot.Exp.Komm, S. 170 ff.; zum Hintergrund der Fünfjahresfrist siehe Fn. 32 hievor.

³⁶ HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 4, relativiert diesen Aspekt jedoch insofern, als dass eine Rechtsordnung, sofern sie einmal verwurzelt ist, abstrakt und auch ohne Fortbestehen der sie ursprünglich bedingenden wirtschaftlichen Umstände, den Zweck der Erhaltung des Friedens erfüllt.

³⁷ HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 4.

³⁸ HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 7. Es sei jedoch ganz grundlegend angemerkt, dass HUBER selbst Verfügungen von Todes wegen als Ausnahme und die gesetzliche Erbfolge als Regel sah (HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 26): Das Vererben im Sinne der gesetzlichen Erbfolge sei, wo keine besonderen Umstände vorliegen, eine sittliche Pflicht, und das Recht gebe dem Erblasser lediglich «eine grössere Freiheit, von der er Gebrauch machen soll, sobald er Gründe zu haben glaubt, die jenes sittliche Bedenken überwiegen und es ihm statthaft erscheinen lassen, sich durch seine Verfügungen zu der Überlieferung in Widerspruch zu setzen» (HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 25).

der Sicherung und Fortführung der familiären Solidarität über den Tod hinaus (*familiäre Solidarität; Unterstützungspflicht*) gesehen wurde³⁹.

3.2.2 Aktuelle Diskussion

Nun waren und sind die dem Pflichtteilsrecht zugrundeliegenden Wertehaltungen in der Schweiz und andernorts im Verlauf der letzten Jahrzehnte einem mit mannigfaltigen gesellschaftlichen Liberalisierungen verbundenen Wandel unterworfen. Gerade dieser Wandel dürfte es gewesen sein, der – jedenfalls für die Schweiz – die gegenständliche, etappenweise Erbrechtsrevision angestossen hat⁴⁰.

Hierzulande wird das Pflichtteilsrecht allerdings immer noch auch als Beschränkung der Verfügungsfreiheit verstanden, der die gesetzgeberische Absicht zugrunde liegt, das Vermögen zumindest teilweise in der Familie zu erhalten (*Vermögenserhalt*; auch *familiäre Solidarität*), Familienmitglieder abzusichern bzw. zu versorgen (wiederum *familiäre Solidarität; Unterstützungspflicht*), sowie Gleichheit in der Familie – wenigstens in gewissen Grenzen – zu erhalten (*Gleichbehandlung*) und damit Streitpotentiale zu reduzieren (*Konfliktprävention*)⁴¹.

Eher erst in der jüngeren Diskussion (wieder) hinzugetreten ist das Anliegen, den Nachlass vor unlauteren Eingriffen Dritter zu schützen (*Schutz vor Erbschleicherei*)⁴². Der Einbezug auch weiterer Zwecke mag Zeichen dafür sein, dass die Begründung des historischen Gesetzgebers nicht mehr als im Letzten genügend eingeschätzt wird, dem Institut des Pflichtteilsschutz aber nach wie vor grosse Bedeutung beigemessen wird⁴³. Diese Diskursdynamik dürfte orientierungshalber einen kurzgefassten Rundblick auf die in den Nachbarstaaten geführten Reformdebatten rechtfertigen.

3.2.3 Aus rechtsvergleichender Sicht

3.2.3.1 Deutschland

Das seit seinem Erlass weitgehend unverändert gebliebene deutsche Pflichtteilsrecht findet sich in den §§ 2303 ff. BGB und baut auf der gesetzlichen Erbfolge der §§ 1922 ff. BGB auf: Pflichtteilsberechtigten sind grundsätzlich die Nachkommen («Abkömmlinge»), der überlebende Ehegatte oder eingetragene Partner sowie die Eltern des Erblassers; letztere jedoch nur, wenn ihnen keine Abkömmlinge vorgehen⁴⁴. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils und ist immer ein persönlicher, rein monetärer Anspruch der Berechtigten, die Erben sein können, aber nicht müssen⁴⁵.

³⁹ Vgl. dazu auch HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 17 f., mit Ausführungen zum Verhältnis des gesetzlichen Erbrechts zur familiären Unterstützungspflicht (dazu auch HOFER, S. 142); weiter SCHERRER-FÜLLEMANN in Sten.Bull.NR, 13. Dezember 1905, S. 1360: «Die materielle Bedeutung des Pflichtteils ist die, dass die ökonomische Zukunft eines pflichtteilsberechtigten Erben durch den Erblasser möglichst sichergestellt werden soll».

⁴⁰ Statt Vieler Botschaft 2018, S. 5818; zu entsprechenden Fragestellungen bereits BREITSCHMID, *successio* 2007, S. 6 f.

⁴¹ Siehe zu all diesen Zwecken Botschaft 2018, S. 5829, m.w.H., u.a. auf BADDELEY, S. 283; HAIDMAYER, S. 1546 f.

⁴² Vgl. etwa die (abgelehnte) parlamentarische Initiative SCHENKER (06.432) sowie das Postulat DERS. betreffend Massnahmen gegen Erbschleicherei (12.3220). In gewissem Umfang wird die Möglichkeit, auf die Errichtung letztwilliger Verfügungen einzuwirken, durch die sich aus dem Pflichtteilsrecht ergebenden Beschränkungen der Verfügungsfreiheit im Ergebnis limitiert.

⁴³ Bereits HUBER schien dem Gedanken des Pflichtteilsschutzes beträchtliches Beharrungsvermögen zuzugestehen (Erläuterungen VE Heft 2, S. 4); für eine Beibehaltung, allenfalls mit Modifikationen, auch WOLF, ZBJV 2007, S. 311 ff. Demgegenüber erscheint BREITSCHMID, Länderbericht, S. 17 f. (m.H. auf ZIMMERMANN *et al.*) «eine gewisse Flexibilisierung des kontinentalen Pflichtteilskonzepts in Richtung einer bedarfs- und versorgungsorientierten family-provision-Betrachtungsweise durchaus ein bedenkenwerter Ansatz».

⁴⁴ §§ 2303 und 2309 BGB; ZIMMERMANN, *Compulsory Portion*, S. 269 f., 277 ff.; MICHALSKI/SCHMIDT, N 621 ff.; grundlegend MUSCHELER, N 4084 ff.; Staudinger/OTTE, § 2303 N 2 ff.

⁴⁵ Siehe § 2304 BGB; ZIMMERMANN, *Compulsory Portion*, S. 270, 286 f.; JOFFROY, S. 63. Gleichwohl stehen Pflichtteilsberechtigten ohne Erbenstellung gewisse Informationsrechte zu (insb. gemäss § 2314 BGB; ZIMMERMANN, *Compulsory Portion*, S. 288; MICHALSKI/SCHMIDT, N 642 ff.; MUSCHELER, N 4140 ff.; Staudinger/OTTE, § 2303 N 1).

Ausgangspunkt der Berechnung der Pflichtteilsberechnungsmasse ist «*der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls*» (§ 2311 Abs. 1 BGB), dem auf Verlangen der Berechtigten lebzeitige Schenkungen während der letzten zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers in bestimmtem Umfang hinzugeschlagen werden (§ 2325 BGB)⁴⁶. Schon aus dem Wortlaut des § 2303 Abs. 1 BGB erschliesst sich, dass die Pflichtteilsberechtigten «*von dem Erben den Pflichtteil verlangen*» können (bzw. müssen), dieser also klageweise geltend zu machen ist⁴⁷.

Bereits im Entstehungsprozess des BGB wurde die Existenzberechtigung des Pflichtteilsrechts kritisch hinterfragt, aber letztlich klar befürwortet. Im Vordergrund stand dabei als Zweck zunächst der – wie oben dargestellt, auch für HUBER zentrale – *Interessenausgleich zwischen Testierfreiheit und Absicherung nahestehender Angehöriger, insbesondere der Nachkommen*⁴⁸. Im damaligen Kontext, Ende des 19. Jahrhunderts, trat ergänzend das Konzept der *Familie als wirtschaftlich-sozialer Einheit* hinzu, die gemeinsam und solidarisch über Vermögenswerte verfügte⁴⁹. Um also Absicherung und Vermögenserhalt mit der Testierfreiheit vereinbar zu machen, sollten bestimmte Angehörige – auf eigenes Verlangen und sofern nicht besondere Gründe die Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils rechtfertigen⁵⁰ – auch gegen den Willen des Erblassers an dessen Nachlass teilhaben können⁵¹.

Das Pflichtteilsrecht war sodann im Jahr 2005 Gegenstand eines vielbeachteten Entscheids des Bundesverfassungsgerichts, in dem es den innerfamiliären Vermögenserhalt sowie die Solidarität der Familienmitglieder endgültig zum Hauptzweck erklärte, indem es festhielt, dass die «*grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass [...] durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet*» wird⁵². Vor diesem Hintergrund und mit dieser Zielsetzung ist das dem schweizerischen

⁴⁶ Das deutsche Modell der Hinzurechnung funktioniert heute linear-abnehmend: Für jedes zwischen Schenkung und Erbfall vergangene Jahr reduziert sich der Hinzurechnungswert um einen Zehntel (§ 2325 Abs. 3 BGB). Reicht der Nachlass zur Deckung der Pflichtteile nicht aus, so besteht ein subsidiärer Rückleistungsanspruch gegen die Beschenkten (§ 2329 BGB; zum Ganzen ZIMMERMANN, Compulsory Portion, S. 289 f.; MICHALSKI/SCHMIDT, N 705 ff.; MUSCHELER, N 4215 ff.; Staudinger/HERZOG, Vor § 2325 N 1 ff.).

⁴⁷ MICHALSKI/SCHMIDT, N 721 ff.; vgl. auch MUSCHELER, N 4098 f.

⁴⁸ ZIMMERMANN, Compulsory Portion, S. 272 ff., mit rechtshistorischen und -philosophischen Hinweisen; OSTERLOH-KONRAD, S. 51 ff. In diesem Zusammenhang steht auch die frühneuzeitliche Debatte, ob der Pflichtteil nur dasjenige umfassen soll, was zur *Existenzsicherung* an Unterhalt erforderlich ist, oder auch darüber hinausgehende Erwerbungen von Todes wegen. Der Pflichtteil wird im heutigen Diskurs fast selbstverständlich quotal verstanden, und einzelne Vorschläge zur bedarfsabhängigen Ausgestaltung müssen in den hier näher betrachteten Rechtsordnungen wohl als Randerscheinung gelten (siehe z.B. DUTTA, Mehr Testierfreiheit, S. 116 ff.; OSTERLOH-KONRAD, S. 55 ff., je m.H. auf stärker bedarfsorientierte Modelle in Norwegen, England, Polen, Tschechien und anderen Staaten; vgl. für Deutschland aber immerhin die Vorschläge *de lege ferenda* bei ZIMMERMANN *et al.*, S. 31 ff.; DUTTA, Länderbericht, S. 61; rechtsvergleichend auch MUSCHELER, N 4090 ff.).

⁴⁹ ZIMMERMANN, Compulsory Portion, S. 274, 315; ausführlich DUTTA, Warum Erbrecht?, S. 385 ff. Dieses Konzept dürfte sich aber nach einer anderen Auffassung heute weitgehend überholt haben, denn «[k]aum noch lässt sich von einem «*Familienvermögen*» sprechen, wird doch das Vermögen in den meisten Bevölkerungskreisen gefühlsmäßig ausschließlich Einzelpersonen zugeordnet; die Familie als Produktionsgemeinschaft hat ausgedient» (OSTERLOH-KONRAD, S. 55). In diesem Zusammenhang wird dem Pflichtteilsrecht – den früheren Solidaritätszweck teilweise ersetzend – auch eine *Verteilungsfunktion* (bzw. ein «*Streueffekt*») zugeschrieben, die dazu beitrage «*die Konzentration zu großer Vermögen in der Hand Einzelner zu verhindern*» (OSTERLOH-KONRAD, S. 58; vgl. auch DUTTA, Warum Erbrecht?, S. 185 ff.).

⁵⁰ Siehe dazu §§ 2333 und 2338 BGB; vgl. auch ZIMMERMANN, Compulsory Portion, S. 303 ff.

⁵¹ Letztlich wurde die Daseinsberechtigung des Pflichtteilsrechts von Gesetzesredaktor GOTTFRIED VON SCHMITT auch mit dem Handeln des Erblassers selbst begründet: Wer heirate und Nachkommen in die Welt setze, gebe zu deren Gunsten (jedenfalls implizit) einen Teil seiner ertümlichen Freiheit auf, über den Tod hinaus über sein Vermögen zu verfügen (siehe zum Ganzen ZIMMERMANN, Compulsory Portion, S. 274 ff., m.w.H.). Nach RÖTHEL, Aktualisierungen, S. 223, geht es somit «*zugleich um den Schutz berechtigter Erwartungen*».

⁵² In BVerfGE 112, 332 ff. (vgl. bereits BGHZ 98, 226 [233]; 109, 306 [313]) in Erwägung gezogen – und letztlich verworfen – wurden die Argumente, dass «*die durchschnittliche Lebenserwartung der Menschen erheblich gestiegen [sei], und die*

ähnliche, wenngleich in seiner Schutzwirkung teilweise schwächer ausgestaltete Pflichtteilsrecht in der deutschen Rechtsordnung – ungeachtet des gesellschaftlichen Wertewandels⁵³ – heute wohl tiefer verankert, als es dies in der Vergangenheit lange war⁵⁴.

3.2.3.2 Österreich

Das über 200 Jahre alte Pflichtteilsrecht des ABGB⁵⁵ wurde zuletzt mit dem Erbrechtsänderungsgesetz 2015 – ebenso weitreichend wie eilig – modernisiert, wobei jene Novelle mindestens teilweise Materien betraf, die auch Gegenstand der zu begutachtenden ZGB-Revision sind⁵⁶. Seit Inkrafttreten der neuen Bestimmungen 2017 steht ein – seit jeher rein wertmässig-monetärer⁵⁷ – Pflichtteilsanspruch nur mehr Nachkommen und überlebenden Ehegatten sowie eingetragenen Partnern zu, und zwar jeweils im Umfang der Hälfte ihrer gesetzlichen Erbquote⁵⁸. Die Geltendmachung erfolgt (grundsätzlich) durch die Pflichtteilklage im streitigen Verfahren, sofern der Pflichtteil nicht durch Zuwendung auf den Todesfall des Verstorbenen (§ 780 ABGB) oder Schenkung unter Lebenden (§ 781 ABGB) gedeckt wurde⁵⁹.

Dass das österreichische Pflichtteilsrecht vorrangig dem *Vermögens-* oder vielmehr *Nachlasserhalt in der Familie* und der *wirtschaftlich-sozialen Absicherung* bestimmter Angehöriger dienen sollte, war bei der

sozialen Sicherungssysteme [...] im Laufe der Zeit die soziale Absicherung durch den Familienverband weitgehend ersetzt» und «die Kinder in der Regel nichts zur Entstehung des Vermögens des Erblassers beigetragen» hätten, sowie dass «allein eine biologische Verbundenheit zwischen dem Erblasser und seinen Kindern noch keine Nachlassbeteiligung gegen den Willen des Erblassers» rechtfertige (N 22). Demgegenüber diene das Pflichtteilsrecht «vielmehr der Festigung innerfamiliärer Beziehungen. Seine Beseitigung wäre ein Beitrag zur Erosion der Familie» (N 23). Dazu (überwiegend kritisch) ZIMMERMANN, Compulsory Portion, S. 296 ff.; DERS., RabelsZ 2020, S. 528 f.; JOFFROY, S. 61 ff.; OSTERLOH-KONRAD, S. 55; DUTTA, Länderbericht, S. 53 f., 61; MUSCHELER, N 4089.

⁵³ Vgl. ZIMMERMANN, Compulsory Portion, S. 316 ff., m.H. auf offene Fragen, z.B. betreffend die Unternehmensnachfolge. In diesem Zusammenhang ebenso kritisch OSTERLOH-KONRAD, S. 56 f., m.w.H. Weiterführend zu den Funktionen des Erbrechts und ihrer Umsetzung über die Zeit hinweg DUTTA, Warum Erbrecht?, S. 151 ff.

⁵⁴ Gleichwohl wird in der Lehre bisweilen weiterhin die Abschaffung der Pflichtteile diskutiert, so etwa bei ZIMMERMANN *et al.*, S. 99 ff.

⁵⁵ Zur Geschichte von ABGB und Pflichtteilsrecht vom 19. bis ins frühe 21. Jahrhundert siehe WENDEHORST, S. 235 f., 237 ff.; SCHAUER, S. 67 ff.

⁵⁶ Unter anderem wurden Anpassungen vorgenommen betreffend die Position von überlebenden Ehegatten und Lebenspartnern *ab intestat* (§§ 744 ff. ABGB), Erbuwürdigkeit und Pflichtteilsverwirkung, Änderung der gesetzlichen Erbquoten, Anrechnung und Auszahlungsmodalitäten der Pflichtteile (Stundung, §§ 766 f. ABGB; ausführlich ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 173 ff.). Ferner wurde ein grundlegend neuartiges «Pflegevermächtis» zur Abgeltung unentgeltlicher lebzeitiger Pflegeleistungen nahestehender Personen eingeführt (§§ 677 f. ABGB; vgl. auch Fn. 64 hienach). Zu alledem und überwiegend kritisch zum politischen Entstehungsprozess des ErbRÄG 2015 siehe WENDEHORST, S. 236 f.; ebenso RABL, S. 2 ff.; ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 152; KOLMASCH, S. 250 ff.; SCHAUER, S. 70 ff.

⁵⁷ Der Pflichtteilsanspruch räumt keine Erbenstellung ein, und kann nach freiem Ermessen des Erblassers auch durch Vermächtnis, Schenkung oder andere Begünstigungen erfüllt werden (vgl. § 761 Abs. 1 und § 762 ABGB; so bereits VON ZEILLER, § 774 ABGB N 1; zu einer terminologischen Korrektur – der Streichung des Begriffs der Noterben – siehe JAHNEL, S. 73 Fn. 86). Dispositiv handelt es sich um einen persönlichen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegenüber der Verlassenschaft oder den eingetragenen Erben auf Auszahlung in Geld (§§ 546 f. und § 764 Abs. 1 ABGB; WENDEHORST, S. 238; BARTA, S. 1028 f.; ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 161 ff.; WELSER/ZÖCHLING-JUD, S. 609). Reicht die Verlassenschaft nicht aus, um alle Pflichtteilsansprüche zu befriedigen, so besteht gemäss § 764 Abs. 2 und §§ 789 ff. ABGB die Möglichkeit, Vermächtnisse und lebzeitige Schenkungen anzufechten und die Erstattung des Fehlbetrags zu verlangen.

⁵⁸ §§ 756 ff. ABGB; siehe auch WENDEHORST, S. 243; WELSER/ZÖCHLING-JUD, S. 611 f.; ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 152 ff., m.H. zur Erhöhung der Pflichtteilsquoten bei Ausfall einzelner Berechtigter (S. 155). In rechtstatsächlicher Hinsicht rechtfertigt sich ein Hinweis darauf, dass das Einantwortungsverfahren mit entsprechender Instruktion der Erbberechtigten dazu führt, dass Pflichtteile relativ häufig geltend gemacht werden (WENDEHORST, S. 241 f.).

⁵⁹ ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 171 f.; WELSER/ZÖCHLING-JUD, S. 609, 614, 621.

Redaktion des ABGB im 18. Jahrhundert unumstritten⁶⁰, und gehört bis heute zu seinen zentralen, wenngleich inzwischen weniger gefestigten⁶¹ Zwecksetzungen⁶²; «*es haben sich, wenn auch mit unterschiedlicher Gewichtung, fünf wesentliche Funktionen des Pflichtteilsrechts herauskristallisiert: Versorgungsfunktion, Abgeltungsfunktion, familienschützende Funktion, vermögensverteilende Funktion, Ausgleichsfunktion bzw Rechtsfriedensfunktion [...]»*⁶³. Besonderheiten des österreichischen Erbrechts in diesem Kontext sind zudem die – jedenfalls aus schweizerischer Optik – dogmatisch nicht ganz einfach einzuordnenden gesetzlichen (Pflicht-)Vermächtnisse und Unterhaltsansprüche⁶⁴. Insgesamt fällt damit zum einen der österreichische Pflichtteilsschutz an sich (ungeachtet ergänzender Figuren) in einer Zusammenschau verschiedener Faktoren eher schwach aus⁶⁵, und zum anderen scheint er – systemisch bedingt – nur begrenzt als Referenz hinsichtlich der sich in der Schweiz stellenden Fragen geeignet.

3.2.3.3 Frankreich

Das Pflichtteilsrecht («*réserve héréditaire*», Art. 912 ff. CC/FR) des heutigen französischen Code civil wirkt primär zugunsten der Nachkommen des Erblassers; ihre Anzahl beeinflusst auch den Umfang der verfügbaren Quote⁶⁶. Die Vorfahren des Erblassers haben keinen Pflichtteilsanspruch mehr⁶⁷, dafür steht dem überlebenden Ehegatten subsidiär – falls der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt – ein Viertel des Nachlasses als Pflichtteil zu⁶⁸. Die Pflichtteilsberechnungsmasse gemäss Art. 922 CC/FR setzt sich zusammen aus dem Nettonachlass zuzüglich sämtlicher lebzeitiger Schenkungen (ungeachtet des

⁶⁰ Siehe bereits VON ZEILLER, § 770 ABGB N 2: «*Der Grund, aus dem das Gesetz die Familien-Glieder zur Erbfolge, und insbesondere die Notherben zum Pflichttheile, beruft, liegt in der Familien-Einheit, und in der Absicht, daß das Vermögen in der Familie verbleiben, und hierdurch das Andenken, das Ansehen, die Würde derselben erhalten, und fortgepflanzt werden soll*». Ebenso ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 151; WELSER/ZÖCHLING-JUD, S. 609; KRASCHOWETZ, S. 6; SCHEUBA, S. 193 f.

⁶¹ Zur Wandelung seiner Funktion etwa SCHEUBA, S. 194.

⁶² Anzumerken ist jedoch, dass dieses Zweckverständnis, trotz breiter Befürwortung der Beibehaltung der Pflichtteile, im Zuge der Novelle 2015 nicht ohne Widerspruch blieb, namentlich mit dem (auch andernorts häufig vorgebrachten; vgl. nur Fn. 52 hievore) Argument, dass infolge der gestiegenen Lebenserwartung viele der Pflichtteilerben selbst bereits ein hohes Alter erreicht hätten und insofern zur Existenzsicherung in den wenigsten Fällen auf den Pflichtteil angewiesen wären. Kritisiert wurde aber vor allem, dass nie eine ernsthafte öffentliche Debatte über Alternativen stattgefunden habe (zum Ganzen WENDEHORST, S. 242; SCHAUER, S. 70, m.H. auf die akademische Diskussion in Fn. 9 f.), sowie dass «*die Rechtsvergleichung bei der Reform nahezu keine Rolle spielte*» (DERS., S. 72).

⁶³ GASSLER, S. 5 f., m.w.H.

⁶⁴ Zu den gesetzlichen Vermächtnissen gehören namentlich ein gesetzliches Vorausvermächtnis an den überlebenden Ehegatten oder Lebensgefährten über die gemeinsame Wohnung und den Hausrat (§ 745 ABGB) sowie das bereits erwähnte Pflegevermächtnis (§§ 677 f. ABGB). Unterhaltsansprüche können Kindern (§ 233 ABGB) oder überlebenden Ehegatten und eingetragenen Partnern (§ 747 ABGB) zustehen, gehen aber den Pflichtteilen gemäss h.L. nach. Siehe zu alledem ausführlich WENDEHORST, S. 251 ff.

⁶⁵ Dies ergibt sich u.a. daraus, dass es sich um einen wertmässigen Anspruch ohne Erbenstellung bzw. sich daraus ergebende Erbenrechte handelt (§ 761 Abs. 1 ABGB), dass der Pflichtteil den Berechtigten nicht unbedingt lastenfrei zukommen muss (§ 762 ABGB), oder dass neben Enterbung (§§ 769 ff. ABGB) und Erbnunwürdigkeit (§§ 539 ff. ABGB) auch die Minderung der Pflichtteile auf die Hälfte bei fehlendem Naheverhältnis (§ 776 ABGB) möglich ist. Auch die Berechnungsmethode («Pflichtteilsermittlung», §§ 778 ff. ABGB) ist mit einer bloss zweijährigen Hinzurechnungsfrist für lebzeitige Schenkungen an Dritte (§ 782 Abs. 1 ABGB) und diversen Ausnahmetatbeständen (§§ 784 f. ABGB) nicht auf einen starken Pflichtteilsschutz hin ausgerichtet (hierzu ausführlich WENDEHORST, S. 242 ff.; BARTA, S. 1027 ff.; ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 155 ff.; WELSER/ZÖCHLING-JUD, S. 614 ff.).

⁶⁶ Die verfügbare Quote («*quotité disponible*») beträgt die Hälfte des Nachlasses bei einem Kind, ein Drittel bei zwei Kindern und ein Viertel bei drei oder mehr Kindern (Art. 913 CC/FR; ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 511; PÉRÈS, S. 88 f.; JOFFROY, S. 56); anders als etwa in der Schweiz, Deutschland und Österreich, ist die gesetzliche Erbquote für die Pflichtteilsberechnung irrelevant (dasselbe gilt für Italien, siehe BRAUN, S. 119). Erbverzicht und Ausschlagung einzelner Pflichtteilerben beeinflussen die Anteile der anderen nicht (PÉRÈS, S. 90, 101).

⁶⁷ Zum Ausgleich allfälliger Schenkungen der Eltern an den Erblasser («*droit de retour légal*») siehe PÉRÈS, S. 93 f.

⁶⁸ Art. 914 und 916 CC/FR; siehe auch ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 511; PÉRÈS/POTENTIER, S. 34; oder PÉRÈS, S. 94 ff.; LIMBACH, S. 86 Fn. 3 m.H. zu jüngeren Gesetzesrevisionen. Bei einem Zusammentreffen von Nachkommen und Ehegatten erhöht eine «*quotité disponible spéciale*» die Verfügungsfreiheit des Erblassers, indem dieser – mit einer gewissen Ähnlichkeit zu Art. 473 ZGB – den überlebenden Ehegatten mit der freien Quote oder einem teilweisen oder umfassenden Nutzniessungsrecht begünstigen kann (Art. 1094-1 CC/FR; ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 512 f.).

Schenkungszeitpunkts!) zum Wert im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs⁶⁹. Hinsichtlich der Natur des Anspruchs fand mit der Revision 2006 eine deutliche Abkehr vom Prinzip der Noterbenschaft bzw. eine Hinwendung zu einem grundsätzlich bloss wertmässigen Pflichtteilsanspruch ohne unmittelbare Erbberechtigung statt⁷⁰; weiterhin ist dieser Pflichtteil klageweise mittels der «action en réduction» (Art. 921 ff. CC/FR) geltend zu machen.

Diese Wendung geht einher mit einer gewissen Schwächung des ursprünglich zentralen Zwecks, (auch entgegen dem expliziten Erblasserwillen) das *Vermögen in der Familie und diese selbst als soziale Einheit zu erhalten*⁷¹, zugunsten der individuellen Gestaltungsfreiheit des Erblassers, aber auch jener der Pflichtteilerben (etwa hinsichtlich der Disposition über künftige, noch nicht angefallene Erbteile)⁷². Der subsidiäre Ehegattenpflichtteil, zusammen mit den Sonderrechten an Wohnung und Hausrat (Art. 763 ff. CC/FR), spiegelt sodann eine – wenngleich untergeordnete – soziale *Absicherungsfunktion* wider⁷³. Als weiterer Zweck gilt der Ausgleich zwischen dem Prinzip der *Gleichbehandlung* der Kinder und der Möglichkeit der Eltern, mittels der verfügbaren Quote einen eigenen Gestaltungswillen zu verwirklichen⁷⁴. Schliesslich erfüllt das Pflichtteilsrecht nach der französischen Lehre auch einen ganz allgemeinen *Schutzzweck*, nämlich zugunsten der Pflichtteilerben vor willkürlicher Enterbung oder Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit durch Androhung der Enterbung, und zugunsten des Erblassers vor Erbschleicherei und anderen Formen unlauterer Einflussnahme durch die Ausnützung körperlicher oder geistiger Altersschwäche⁷⁵. Alle diese Zwecksetzungen beanspruchen – trotz der rechtspolitischen Kontroversen und der erwähnten Schwächung der Pflichtteilerbenstellung in den letzten Jahren – weiterhin Geltung⁷⁶, sodass eine Abschaffung derselben auf absehbare Zeit nicht ernsthaft zur Debatte steht⁷⁷.

3.2.3.4 Italien

Zum Kreis der Noterben gemäss dem heutigen⁷⁸ italienischen Codice civile («*legittimari*», Art. 536 CC/IT) gehören der überlebende Ehegatte oder eingetragene Partner, die Nachkommen und die Vorfahren; die verfügbare Quote variiert und fällt in klassischen Familienkonstellationen eher gering

⁶⁹ Nicht in die Berechnung einbezogen werden demgegenüber Prämienzahlungen an Lebensversicherungen; siehe zum Ganzen PÉRÈS, S. 102.

⁷⁰ Art. 924 CC/FR; in dieser Entwicklung kann eine Annäherung an das deutsche und österreichische, abgeschwächte Pflichtteilsverständnis erblickt werden (vgl. PÉRÈS, S. 99; ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 511; LIMBACH, S. 85 ff.). Ferner durchbrechen verschiedene Figuren wie das «mandat à effet posthume» (Art. 812 ff. CC/FR) oder Sonderrechte des überlebenden Ehegatten an Wohnung und Hausrat (Art. 763 ff. CC/FR) den grundsätzlichen Anspruch auf lastenfreien Erhalt des Pflichtteils (vgl. ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 510 f., m.w.H.; PÉRÈS, S. 85, 99 f.).

⁷¹ ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 512. PÉRÈS bezeichnet diese Funktion auch als «*family solidarity, expressing the social duty to leave part of one's assets on death to certain relatives*» (S. 86), und «*to protect the family as a unit and to ensure that assets are kept within that unit*» (S. 100). Demnach soll es – gesellschaftspolitisch motiviert – nicht bloss um den *Vermögenserhalt*, sondern auch um den *Zusammenhalt der Familie an sich* gehen (vgl. auch KSON-BOUVET, S. 23; PÉRÈS/POTENTIER, S. 53, 67 ff.).

⁷² PÉRÈS, S. 101. So sind auch die Hauptkritikpunkte der französischen Lehre am Pflichtteilsrecht die, dass es übermässig in die individuelle Freiheit und das Eigentumsrecht eingreife und sich – insb. hinsichtlich der Unternehmensnachfolge – wirtschaftlich schädlich auswirke (PÉRÈS/POTENTIER, S. 52 ff.; vgl. für die Schweiz HENNINGER, insb. S. 87 ff.).

⁷³ PÉRÈS, S. 95 f.

⁷⁴ PÉRÈS, S. 86 f.; PÉRÈS/POTENTIER, S. 53, 72 ff.; KSON-BOUVET, S. 29.

⁷⁵ PÉRÈS, S. 86. Dem Zweck des Erblasserschutzes liegt freilich die altüberlieferte Annahme zugrunde, dass es nur natürlich sei, dass dieser seine engsten Angehörigen am stärksten begünstigen wolle, und dass übermässigen Begünstigungen anderer Personen grundsätzlich mit einer gewissen Skepsis zu begegnen sei.

⁷⁶ So jedenfalls PÉRÈS, S. 86 f.; PÉRÈS/POTENTIER, S. 63: «*Dans leur ensemble, les Français sont d'abord attachés à la réserve héréditaire des enfants [...]. Celle-ci repose ensuite sur des justifications qui demeurent solides dans la société contemporaine.*»

⁷⁷ Vgl. dazu und zu möglichen Konsequenzen PÉRÈS/POTENTIER, S. 63 ff.

⁷⁸ Siehe für eine kurze historische Darstellung, insb. der Fassungen von 1865 und 1942, BRAUN, S. 110 ff.

aus⁷⁹. Zur Bestimmung der Höhe der Pflichtteile bzw. des Umfangs einer allfälligen Verletzung, wird die Pflichtteilsberechnungsmasse nach Art. 553 ff. i.V.m. Art. 747 ff. CC/IT ermittelt⁸⁰, was auch einen weitgehenden Einbezug lebzeitiger Schenkungen umfasst (Art. 555 CC/IT). Die Pflichtteilserberben haben nicht nur einen geldwerten Anspruch, sondern ein echtes, dinglich wirkendes und vor dem Erbgang nicht verzichtbares (Not-)Erbenrecht, das sie allerdings – wenn ihnen das Erbrecht entzogen wurde – als virtuelle Erben und in jedem Fall grundsätzlich mittels Herabsetzungsklage (*«azione di riduzione»*) geltend machen müssen⁸¹.

Das vergleichsweise restriktive italienische Pflichtteilsrecht wurde verschiedentlich kritisiert bzw. eine Liberalisierung gefordert; diverse Reformvorschläge, darunter ein vom (soeben dargestellten, «neuen») französischen und vom deutschen Recht inspirierter Entwurf der italienischen Notarenvereinigung aus dem Jahr 2011, wurden bis heute nicht aufgenommen⁸². Schon allein von dieser Ausgestaltung her lässt sich erkennen, dass das italienische Pflichtteilsrecht die Zwecke des *Vermögenserhalts* und der *Absicherung* innerhalb der Familie in den Vordergrund stellt und gegenüber der Verfügungsfreiheit des Erblassers sehr stark gewichtet⁸³, wenngleich die jüngere Rechtsprechung immerhin in Sonderfällen zu einer vorsichtigen Öffnung tendiert⁸⁴.

3.3 Zweck des Ausgleichsrechts

3.3.1 Aus historischer Sicht

Bei der Ausgestaltung der Ausgleichung im schweizerischen ZGB orientierte sich der Gesetzgeber hauptsächlich an der deutschen sowie der französischen Ordnung der damaligen Zeit.⁸⁵ Die beiden Systeme kannten im Hinblick auf Objekte, Subjekte und Durchführung der Ausgleichung

⁷⁹ Ist nur ein Kind vorhanden, beträgt seine Quote die Hälfte des Nachlasses, mehrere Kinder zusammen erhalten zwei Drittel (Art. 537 CC/IT). Beim Zusammentreffen eines überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners mit Nachkommen beträgt der Pflichtteil für Ehegatten und das einzige Kind jeweils ein Drittel bzw. bei mehreren Kindern ein Viertel für den Ehegatten und, zu untereinander gleichen Teilen, die Hälfte für die Kinder (Art. 542 CC/IT). Beim Zusammentreffen des Ehegatten mit Vorfahren erhalten diese ein Viertel und jener die Hälfte (Art. 544 CC/IT). Überleben weder Vorfahren noch Nachkommen, so erhält der überlebende Ehegatte die Hälfte des Nachlasses (Art. 540 CC/IT). Eine Enterbung kennt das italienische Recht bis heute nicht; zurückgegriffen werden kann nur auf die allgemeinen Regeln über die Erbunwürdigkeit. Siehe zum Ganzen ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 507 f.; ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*, S. 679 f.; GIOVAGNOLI, S. 274 ff.; JOFFROY, S. 59 ff.; BRAUN, S. 113 ff.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Successione legittima*, S. 1 f.; SCALISI, S. 2 f.

⁸⁰ Der Herabsetzung unterliegen demnach Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge (Art. 553 CC/IT), testamentarische Zuwendungen (Art. 554 CC/IT) und schliesslich lebzeitige Schenkungen (Art. 555 CC/IT), und zwar grundsätzlich durch Rückleistung *in natura*. Besondere zeitliche Beschränkungen für die Hinzurechnung lebzeitiger Zuwendungen kennt das italienische Recht nicht. Die Anrechnung erfolgt in der Regel zum Wert im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs (Art. 747 und 750 CC/IT), wobei Wertkorrekturen für Aufwendungen, Spesen, Verbrauch etc. geltend gemacht werden können (Art. 748 CC/IT). Siehe zur Hinzurechnung auch BRAUN, S. 120, 127 ff.; vgl. ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*, S. 680 f.

⁸¹ Der Erblasser kann zwar ein Vermächtnis *«in sostituzione della legittima»* hinterlassen, doch haben die Pflichtteilserberben das Recht, dieses auszuschlagen und stattdessen den Pflichtteil zu verlangen (Art. 551 CC/IT); der Erblasser kann mithin das Noterbenrecht nicht alleine wegbedingen (siehe ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 508 f., m.w.H.; BRAUN, S. 121 ff.; ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*, S. 683 f., 685 f.). Umgekehrt ist zu beachten, dass eine Erbenstellung nur hergestellt werden kann, wenn der Pflichtteilserbe seinen Pflichtteil noch nicht dem Werte nach erhalten hat (ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*, S. 687; BARBA, S. 27 ff.).

⁸² CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La riforma*; vgl. zum Ganzen ZIMMERMANN, *RabelsZ* 2020, S. 509; BRAUN, S. 109, 134 ff.; vgl. auch PATTI, S. 130 zum Disegno di legge delega n. 1151 v. 19.03.2019, insb. Art. 1 Ziff. 1 lit. c.

⁸³ Nach PATTI, S. 128, *«sind die charakteristischen Merkmale der italienischen Regelung das Verbot von Erbverträgen und der erhebliche Schutz, der den legitimierten Erben gewährt wird»*. Für eine ausgleichende Sicht BARBA, S. 32 ff.

⁸⁴ Siehe insb. den Leitentscheid der Zivilrechtlichen Abteilung des Obersten Kassationsgerichtshofs vom 12. Juni 2006, Nr. 13524, betreffend Gleichbleiben der Pflichtteilsquote der Nachkommen im Fall, dass der überlebende Ehegatte die Erbschaft nicht antritt; vgl. auch BRAUN, S. 120 f., m.w.H.; BARBA, S. 38.

⁸⁵ DRUEY, *Ausgleichung oder rapport?*, S. 30; vgl. zur Aufteilung in ein deutsches und französisches System auch P. PIOTET, *SPR IV/1*, S. 291, und bereits HUBER, *Erläuterungen VE Heft 1*, S. 30.

unterschiedliche Ausgestaltungen. Diese ergaben sich aus Unterschieden bei den zugrunde gelegten Gerechtigkeitszielen der Regelungen.

- Die Ausgleichung im *deutschen BGB* von 1896 basierte auf der – aus damaliger Sicht aus historischen Vorbildern abgeleiteten – Annahme eines spezifischen Gleichheitsgedankens⁸⁶, nämlich «*dass ein Erblasser mangels besonderer Anweisung die [...] Stammeserbfolge durch bestimmte lebzeitige Zuwendungen nicht hat durchbrechen, sondern, dass er sein Vermögen gleichmässig unter seinen Abkömmlingen hat verteilen wollen.*»⁸⁷ Dies galt jedenfalls für Zuwendungen der Eltern an ihre Kinder zu besonderen Anlässen, wobei die diesbezügliche historische Wurzel in der Abschichtung (auch Absonderung, *i.e.* vermögensrechtliche Verselbständigung) erblickt wurde⁸⁸. Darüber hinaus sollte die Ausgleichung nur greifen, wenn sie verfügt wurde⁸⁹. Vor diesem Hintergrund kam das BGB hinsichtlich der Objekte der (gesetzlichen) Ausgleichung zu einem Ausstattungsbegriff, der nicht nur Zuwendungen anlässlich der Begründung wirtschaftlicher Selbständigkeit umfasste, sondern alles, was in Rücksicht auf die Erhaltung und Verbesserung der Selbständigkeit hingegeben wurde (*erweiterte Versorgungskollation*)⁹⁰. Verpflichtet und berechtigt hinsichtlich der – kraft dispositiven Gesetzesrechts bestehenden – Ausgleichung waren nur als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangende Nachkommen des Erblassers, nicht aber andere Erben (*Deszendentenkollation*). Dieser Ausgestaltung liegt folglich und bis heute die Annahme zugrunde, der Erblasser strebe nach *Gleichbehandlung seiner Nachkommen bei bestimmten Zuwendungen*.⁹¹ Eine weitergehende Ausgleichung kann sich nur durch erblasserische Anordnung ergeben⁹².
- Auch dem Ausgleichungsrecht des *französischen Code civil* liegt eine bestimmte Ausprägung des Gleichheitsprinzips zugrunde.⁹³ Das Gleichheitsziel ist diesfalls jedoch wesentlich weiter gefasst als im hievor beschriebenen deutschen Recht: In der ursprünglichen Fassung des Code civil nahmen *sämtliche gesetzlichen Erben*, sowohl als Schuldner als auch Gläubiger an der gesetzlichen Ausgleichung teil.⁹⁴ Jeder, der von der Ausgleichung profitieren kann, ist dieser auch unterstellt, und wer ihr nicht unterstellt ist, kann sich nicht auf sie berufen und wird durch erhaltene lebzeitigen Zuwendungen durch diese mit Blick auf den Nachlass bevorzugt (*Erbenkollation*).⁹⁵ Der Ausgleichung unterliegen dabei alle direkten und indirekten Schenkungen, mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken, was zu einem weitestgehenden Einbezug lebzeitiger unentgeltlicher Zuwendungen führt. Der Zweck der Zuwendung ist dabei unerheblich (*Schenkungskollation*)⁹⁶. Die Annahme, der Erblasser wünsche *Gleichbehandlung*, ist hier ungleich *umfassender*.

Was das Ausgleichungsrecht der kantonalen Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts betrifft, so ist festzuhalten, dass nach allen Rechtsordnungen – ausser dem genferischen Code civil – nur

⁸⁶ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 56.

⁸⁷ MüKo BGB-HELDRICH, 4.A. 2004, § 2050 N 1 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁸⁸ Dies lässt sich exemplarisch etwa STOBBE, S. 42 ff., entnehmen; vgl. auch HRG-OLECHOWSKI, Abschichtung, Sp. 24 ff., m.w.H.

⁸⁹ STOBBE, S. 45. Damit verbunden ist auch der Gedanke, die genannten Zuwendungen seien ein Vorempfang auf das Erbe (*antizipative Erbsachenkreierung*), weshalb es zu einer Idealkollation zum Wert der Sache im Zuwendungszeitpunkt kommen muss.

⁹⁰ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 72 ff.

⁹¹ MüKo BGB-FEST, 9.A. 2022, § 2050 N 1.

⁹² § 2050 Abs. 3 BGB; MüKo BGB-FEST, 9.A. 2022, § 2050 N 32; MUSCHELER, N 1380; Staudinger/LÖHNIG, § 2050 N 1.

⁹³ Vgl. MALAURIE/BRENNER, S. 509.

⁹⁴ MAZEAUD/BRETON, N 1651. Mit der Erbrechtsrevision wandelte sich die Stellung des überlebenden Ehegatten als Ausgleichungssubjekt. Er ist seither zwar weder Ausgleichungsschuldner noch -gläubiger, muss sich zu Lebzeiten empfangene Zuwendungen aber dennoch auf seinen gesetzlichen Anspruch anrechnen lassen, sie jedoch nicht in die Erbmasse zurückführen (MALAURIE/BRENNER, S. 519 f.).

⁹⁵ DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 33 f.; MALAURIE/BRENNER, S. 509. Die Erbschaft nimmt sozusagen als Ganzes an der Ausgleichung lebzeitiger Zuwendungen teil, weshalb – im Gegensatz zum BGB (dazu Fn. 89 hievor) – die Einwerfung in natura (*Realkollation*) die Regel bildet(e); dies jedenfalls bis zur Revision von 2006 (vgl. Fn. 130 hienach).

⁹⁶ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 331.

Nachkommen der gesetzlichen Ausgleichung unterworfen waren.⁹⁷ Hinsichtlich der Objekte verwies etwa HUBER darauf, dass die Gesetze ganz verschiedene Ausdruckweisen kennen würden, wobei die Nachkommen je nach kantonaler Rechtsordnung Aussteuern, Heiratsgut oder teilweise auch sonstige Schenkungen unter Lebenden auszugleichen hätten⁹⁸. ROSSEL hielt sodann, gleich wie HUBER, fest, dass gemäss den Rechtsordnungen der Romandie, in Nachahmung des französischen CC, stets sämtliche Schenkungen auszugleichen waren⁹⁹.

Die Frage, ob überhaupt eines der damals bekannten Ausgleichungssysteme, und wenn ja, welches dem ZGB zugrunde liegt, ist bis heute nicht geklärt. Dies wohl vor allem auch deshalb, weil die Kodifikation in ihren Entwurfsstadien in diesen Fragen eine beachtliche Entwicklung erlebte: Der Teilentwurf von 1895 trägt, abgesehen von einer allfälligen Einschränkung hinsichtlich der Ausgleichungsobjekte, eher französische Züge¹⁰⁰. Art. 634 Abs. 1 des VE 1900 beinhaltet dann erstmals eine Einschränkung im Hinblick auf die Subjekte – wie im BGB – auf die Nachkommen («Ausgleichung unter Nachkommen»), obgleich HUBER dazu in seinen Erläuterungen erklärte, dass er – zumindest mit Blick auf den Kreis der gesetzlich Ausgleichungspflichtigen – dem französischen Modell folgen wolle und die Ausgleichung für alle gesetzlichen Erben vorgesehen sein soll¹⁰¹. Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich insofern auflösen, als die Kodifikationen der Romandie die gesetzliche Ausgleichung nur unter Nachkommen vorsahen, was sowohl HUBER wie auch ROSSEL bekannt war, weshalb unter dem in den Erläuterungen genannten «französischen Modell» wohl eher ein «welsches» verstanden werden muss¹⁰². In Bezug auf die Objekte ist sodann bezeichnend, dass MENTHA in der Expertenkommission für eine ausgedehnte bzw. französische Lösung eingetreten ist und auch nach Abschluss der Gesetzgebungsarbeiten gemeinsam mit ROSSEL die Auffassung vertreten hat, dass das Gesetz in diesem Sinne zu verstehen sei.¹⁰³ Für diese Auslegung spricht auch die Tatsache, dass HUBER die Ergänzung um «Schulderlass und dgl.» in Art. 626 Abs. 2 ZGB lediglich als redaktionelle Anpassung verstand¹⁰⁴ und dass sich Nationalrat GOTTOFREY in der parlamentarischen Beratung wohl im Sinne eines französischen Zugangs hinsichtlich der Ausgleichungsobjekte geäussert hat¹⁰⁵. Die weiteren Materialien geben wenig Aufschluss darüber, welches System eher als Referenzpunkt diente und liefern höchstens Indizien¹⁰⁶. Die bis heute anhaltenden Lehrstreitigkeiten rund um die Ausgleichung sind wohl auch Konsequenz davon, dass der damalige Gesetzgeber nicht deutlich genug gemacht hat, welcher Konzeption der Ausgleichung und folglich welchem Verständnis von Gleichbehandlung er zu folgen gedenkt.

3.3.2 Aktuelle Diskussion

Als Grundidee hinter dem Institut der Ausgleichung wird seither in der Schweizer Diskussion regelmässig die Verwirklichung einer *Gleichheits- bzw. Gleichbehandlungsidee* und somit die Verwirklichung von *Gerechtigkeit* genannt¹⁰⁷. Diese Auffassung ist allerdings – jedenfalls in ihrer

⁹⁷ HUBER, System und Geschichte II, S. 455 f.; ROSSEL, S. 245.

⁹⁸ HUBER, System und Geschichte II, S. 456.

⁹⁹ ROSSEL, S. 244 ff.; HUBER, System und Geschichte II, S. 458 f.

¹⁰⁰ Siehe DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 29, zu Art. 611 TE. In den Erläuterungen zum Teilentwurf wurde etwa auch festgehalten, dass sich «mit der Teilung [...] aus dem Prinzip der Gleichstellung der Erben die Einverfung des vorempfangenen Gutes [verbindet]» (HUBER, Erläuterungen TE[2], S. 193).

¹⁰¹ HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 141.

¹⁰² So die Einschätzung von EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 239 f.

¹⁰³ ROSSEL/MENTHA, N 1161.

¹⁰⁴ HUBER, in Prot.Exp.Komm, Sitzung vom 22. März 1902, S. 281.

¹⁰⁵ GOTTOFREY in Sten.Bull.NR, 29. März 1906, S. 383.

¹⁰⁶ Botschaft 1904, S. 59 f.; DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 30; HOFFMANN in Sten.Bull.SR, 12. Juni 1906, S. 502.

¹⁰⁷ Vgl. dazu EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 278 ff.; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 626 N 1 ff.; BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 626 N 35b; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 1; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 317; WIDMER, S. 19; BGE 124 III 102 E. 5a S. 106; BGE 44 II 356 E. 3 S. 360.

Absolutheit – keinesfalls unbestritten¹⁰⁸. Die Zielzuweisung «Gerechtigkeit» ohne präzise Beschreibung des zugrundeliegenden Gerechtigkeitsgedankens scheint zudem ohnehin etwas verkürzt zu sein, ist es doch grundsätzlich die Funktion einer jeden Rechtsordnung, eine möglichst gerechte Ordnung zwischen den Rechtssubjekten zu verwirklichen¹⁰⁹. Klarheit über die verschiedenen gedanklichen Linien hinter dem Institut der Ausgleichung zu haben – besonders was den Kreis der Subjekte und die Ausgleichungsobjekte betrifft – ist schon deshalb unerlässlich, da die unbewusste Vermischung unterschiedlicher und vielleicht sogar gegenläufiger Gleichheits- und Gerechtigkeitsanliegen bei der Gesetzgebungsarbeit bzw. der späteren Auslegung des Gesetzes zu Schwierigkeiten führen kann.

3.3.3 Aus rechtsvergleichender Sicht

3.3.3.1 Deutschland

Einige rechtshistorische Bemerkungen zum deutschen Ausgleichungsrecht wurden hievor insofern angebracht¹¹⁰, als sie bereits für den schweizerischen Gesetzgeber bei der Entstehung des ZGB wegleitend gewesen sein könnten. An dieser Stelle ist daher nur mehr kurz zusammenfassend auf das – wiederum relativ konstant gebliebene – zeitgenössische Zweckverständnis und dessen Auswirkungen auf die deutsche Zivilrechtsdogmatik einzugehen: Das Ausgleichungsrecht des BGB geht von einer *Gleichbehandlungsabsicht des Erblassers hinsichtlich seiner Nachkommen untereinander* als Ausgleichungsobjekte aus (*Deszendentenkollation*¹¹¹), wovon dieser durch ausdrückliche Anordnung abweichen kann¹¹². Gesetzliche Ausgleichungsobjekte sind allerdings nur bestimmte Grosszuwendungen (*erweiterte Versorgungskollation*; siehe die in § 2050 Abs. 1 und 2 BGB genannten Tatbestände¹¹³); «[a]ndere Zuwendungen unter Lebenden sind zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat» (§ 2050 Abs. 3 BGB). Die Ausgleichung erfolgt durch rechnerische Einbringung der erhaltenen Zuwendungen (Idealkollation) zum Wert im Zeitpunkt der Zuwendung unter Berücksichtigung der Geldentwertung¹¹⁴.

¹⁰⁸ ZOLLER, S. 15, bringt vor, dass sich die Gleichbehandlung nicht auf alle Erben, sondern lediglich Nachkommen erstreckt. VOLLERY, S. 31, sowie WEIMAR, S. 843 f., stellen sich auf den Standpunkt, dass aufgrund der dispositiven Natur der Ausgleichung keine Gerechtigkeit erzwungen würde.

¹⁰⁹ Vgl. dazu EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 94 ff.

¹¹⁰ Siehe Ziff. 3.3.1 hievor.

¹¹¹ Namentlich der überlebende Ehegatte ist weder Ausgleichungsschuldner noch -gläubiger (EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 61 f., m.w.H.; DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 26; MUSCHELER, N 1362; Staudinger/LÖHNIG, § 2050 N 10; siehe auch Ziff. 5.1.3 hienach).

¹¹² Bleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge, so muss die Ausgleichungsdispens grundsätzlich im selben Zeitpunkt wie die Zuwendung erfolgen. Liegt indessen eine gewillkürte Erbfolge vor, die von der gesetzlichen abweicht, so wird davon ausgegangen, dass der Erblasser seine letztwilligen Anordnungen unter Berücksichtigung etwaiger lebzeitiger Zuwendungen an seine Nachkommen getroffen habe, weshalb dann das Testament allein massgebend ist und jede Ausgleichungspflicht explizit darin angeordnet werden muss (§ 2052 BGB *e contrario*; MUSCHELER, N 1362; Staudinger/LÖHNIG, § 2050 N 4; EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 62 f.; zum Ganzen DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 26).

¹¹³ Dazu bereits Ziff. 3.3.1 hievor; ausführlich MUSCHELER, N 1370 ff.; Staudinger/LÖHNIG, § 2050 N 16 ff., insb. N 22 ff.; EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 57 ff.; vgl. auch DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 26.

¹¹⁴ § 2055 BGB; MUSCHELER, N 1381; Staudinger/LÖHNIG, § 2055 N 1 ff.; EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 61, m.w.H. Auch die Erbeneigenschaft muss in Deutschland zum Zeitpunkt der Zuwendung (und nicht der Eröffnung oder Teilung des Nachlasses) vorliegen (DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 27 f.).

3.3.3.2 Österreich

Das österreichische Modell der «Anrechnung beim Erbteil»¹¹⁵ (§§ 752 ff. ABGB) war ebenfalls Gegenstand des bereits erwähnten ErbRÄG 2015.¹¹⁶ In seiner aktuellen Ausgestaltung ist es – wie das Ausgleichsrecht des ZGB – grundsätzlich dispositiv und kennt eine gewillkürte und eine gesetzliche Ausprägung. In beiden Fällen erfolgt die Anrechnung durch Idealkollation, und zwar zum inflationsbereinigten Wert im Schenkungszeitpunkt (§ 755 ABGB)¹¹⁷.

- Im Unterschied zur schweizerischen Rechtslage gelten für die *gewillkürte Anrechnung* (§ 752 ABGB) – der mit ausdrücklichem Willen des Erblassers jeder Erbe bis zum allfälligen Pflichtteil unterstellt werden kann – besondere Formvorschriften, nämlich entweder diejenigen der (einseitig widerruflichen) letztwilligen Verfügung oder einer (bindenden) schriftlichen Vereinbarung¹¹⁸. Dabei kann der Erblasser beliebig die Berücksichtigung von Werten anordnen und auch die Art der Bewertung festlegen; im Übrigen kann jeder Miterbe die gewillkürte Anrechnung geltend machen und die Anrechnungspflicht geht auch auf Ersatzerben aller Art über (§§ 560, 606 und 754 ABGB)¹¹⁹.
- Bei der *gesetzlichen Anrechnung* – wenn keine letztwillige Verfügung vorliegt¹²⁰ – muss sich (seit 2015 neu¹²¹) ein Kind des Erblassers auf Verlangen eines anderen Kindes sämtliche Schenkungen unter Lebenden i.S.v. § 753 i.V.m. § 781 ABGB anrechnen lassen, sofern nicht *«der Verstorbene die Schenkung aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens»^[122] gemacht hat oder den Erlass dieser Anrechnung letztwillig verfügt oder mit dem Geschenknehmer [schriftlich, Anm.] vereinbart hat»*.

Auch nach dieser tiefgreifenden Revision folgt das österreichische Ausgleichsrecht aber weiterhin der deutschen Tradition¹²³: Hauptzweck der gesetzlichen Anrechnung ist klar und deutlich, *«eine vom*

¹¹⁵ Im Übrigen wird zwischen der «Anrechnung beim Erbteil» (§§ 752 ff. ABGB) und der «Anrechnung auf den Pflichtteil» (§§ 756 ff. ABGB) unterschieden: Ersteres entspricht der Ausgleichung i.S.v. Art. 626 ff. ZGB, letzteres der Hinzurechnung nach Art. 475 i.V.m. Art. 527 Ziff. 1 ZGB («[...] der Zweck der Anrechnung beim Pflichtteil [ist] die vermögensmäßige Gleichbehandlung der Noterben; was jedoch nicht bedeutet, daß alle Kinder des Erblassers wertmäßig gleich viel erhalten müssen [...]. Die Schenkungsanrechnung dient aber [...] andererseits auch der Wahrung der letztwilligen Verfügungsfreiheit des Erblassers [...]», OGH, 05.09.1996, 2 Ob 529/95, m.H. auf PraxKomm ABGB III-ECCHER, §§ 788 f. N 1 [Hervorhebungen hinzugefügt]; ausführlich auch WELSER/ZÖCHLING-JUD, S. 623 ff. bzw. S. 626 ff.).

¹¹⁶ ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 119.

¹¹⁷ Vgl. DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 27 f., insb. Fn. 11, m.H. zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015.

¹¹⁸ § 752 ABGB; ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 120 f.

¹¹⁹ ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 120.

¹²⁰ Es gilt dieselbe Vermutung wie im schweizerischen Ausgleichsrecht: *«Bei der gewillkürten Erbfolge kommt es nur zur Anrechnung, wenn sie der Erblasser verfügt. Das Gesetz nimmt an, dass ein Erblasser, der den Vermögensübergang ordnet, auch bedenkt, ob er einen Ausgleich durch Anrechnung will. Bei der gesetzlichen Erbfolge der Kinder sind hingegen Vorempfänge und Vorschüsse von Gesetzes wegen anzurechnen»* (WELSER/ZÖCHLING-JUD, S. 624; EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 49; für die Schweiz z.B. BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 136 ff.).

¹²¹ Dazu ECCHER, Bürgerliches Recht, S. 121: *«Diese mit dem ErbRÄG 2015 eingeführte Bestimmung bedeutet einen grundsätzlichen Paradigmenwechsel im Anrechnungsrecht. Nunmehr sind bei der gesetzlichen Erbfolge der Kinder grundsätzlich sämtliche Schenkungen (unbefristet) anrechnungspflichtig und nicht mehr wie vor der Reform – abgesehen von vereinbarten Vorschüssen – nur bestimmte im Gesetz definierte Vorempfänge (§ 788: zur Ausstattung, zum Antritt eines Amtes oder Gewerbes und zur Bezahlung von Schulden volljähriger Kinder). Die Änderung beruht auf der nachgewiesenen Tatsache, dass unentgeltliche Zuwendungen der Eltern an ihre Kinder in der Bevölkerung als Zuwendungen der vorweggenommen Erbfolge, sohin als anrechnungspflichtige Zuwendungen verstanden werden und, wenn eine Anrechnung nicht gewünscht ist, dies besonders vereinbart werden müsste. Diese neue Sichtweise durchzieht auch die pflichtteilsrechtlichen Anrechnungsvorschriften (§§ 780, 781 ff [...])»*. Im Ergebnis wurde damit ein Systemwechsel von der (erweiterten) Versorgungskollation hin zur Schenkungskollation vollzogen: Ausgleichsobjekt sind nicht mehr bloss Zuwendungen zur Existenzbegründung, -sicherung oder -verbesserung, sondern auch *«jede andere Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt»* (§ 781 Abs. 2 Ziff. 6 ABGB; vgl. bereits 2011 UMLAUFT, S. 282 f.).

¹²² Hierzu erläuternd KRAUSLER, S. 402 ff.

¹²³ Noch vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 25. Eine eigentliche Änderung der *ratio legis* liegt nur einem Teil der Bestimmungen des ErbRÄG 2015 zugrunde; mehrheitlich sei es dem Gesetzgeber

Erblasser vermutlich nicht beabsichtigte Ungleichbehandlung der Kinder zu vermeiden»¹²⁴. Demnach erfolgt die gesetzliche Anrechnung – wenngleich hinsichtlich der Ausgleichungsobjekte nunmehr der Schenkungs- anstelle der Versorgungskollation gefolgt wird – auch nur wertmässig und symmetrisch unter Deszendenten¹²⁵.

3.3.3.3 Frankreich

Da auch das französische Ausgleichsrecht (*«rapport des donations»*) bereits relativ ausführlich historisch abgehandelt wurde¹²⁶, kann es diesbezüglich wiederum bei einer kurzen Zusammenfassung der heutigen Rechtslage hinsichtlich ihrer Zwecke bleiben: Das Gerechtigkeits- bzw. Gleichbehandlungsverständnis bezieht sich hier nicht bloss auf die Nachkommen des Erblassers untereinander, sondern *«Subjekte des rapport und damit ausgleichungspflichtig und -berechtigt sind gemäss Art. 843 i.V.m. Art. 845 und 857 CC[FR] alle Empfänger von Zuwendungen [...], sofern sie Miterben sind, also die Erbschaft nicht ausschlagen»*¹²⁷, in erster Linie die gesetzlichen Erben¹²⁸. Ausgleichungsobjekt sind mangels explizit anderslautender Anordnung des Erblassers sämtliche direkten und indirekten Schenkungen an Erben und Erbinnen, nicht aber solche an Vermächtnisnehmer (Art. 843 CC/FR)¹²⁹. Die Einwerfung erfolgt heute, anders als früher, grundsätzlich durch Idealkollation (Art. 858 CC/FR), wobei der Bestand im Zuwendungszeitpunkt und der Wert im Zeitpunkt der Teilung massgebend sind¹³⁰.

Das französische Ausgleichsrecht verfolgte somit ursprünglich nicht nur den Zweck, *alle Erben untereinander hinsichtlich grundsätzlich sämtlicher lebzeitiger Zuwendungen*¹³¹ gleich zu behandeln, sondern in einem gewissen Umfang auch allfällige *lebzeitige Ungleichbehandlungen rückgängig* zu machen. Diese Zielsetzung wurde aber im Zuge der letzten Reformen des Code civil zumindest leicht abgeschwächt, und der Trend zu einer Eindämmung von Anwendbarkeit und Tragweite des rapport zugunsten der erblasserischen Verfügungsfreiheit scheint sich zumindest fortzusetzen, wenn nicht zu verstärken¹³².

3.3.3.4 Italien

Im italienischen Ausgleichsrecht wird – wie auch im französischen, das diesem als historisches Vorbild diente¹³³ – grundsätzlich jede direkte oder indirekte Schenkung erfasst; der Kreis der Ausgleichungsobjekte ist aber auf die Nachkommen und den überlebenden Ehegatten untereinander beschränkt, sofern diese an der Erbschaft als Erben teilnehmen (Art. 737 Abs. 1 CC/IT)¹³⁴. Die Bewertungsbasis bei der Idealkollation (Anrechnung) ist im italienischen (wie auch im französischen)

«um die sprachliche Modernisierung des Gesetzestextes oder die Aufnahme bisher nicht ausdrücklich formulierten, jedoch bereits geltenden Normbestandes» gegangen (RABL, S. 5 ff., m.H. auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage Nr. 688 BlgNR 25. GP, im vorliegenden Kontext insb. S. 23 der Regierungsvorlage zu §§ 752 ff. ABGB).

¹²⁴ Weiterhin auch KRAUSLER, S. 404.

¹²⁵ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 55. Die Frage nach einem allfälligen Einbezug des überlebenden Ehegatten in die gesetzliche Anrechnung stellt sich somit ausschliesslich in Bezug auf die Pflichtteilsermittlung (hierzu § 787 ABGB).

¹²⁶ Siehe wiederum Ziff. 3.3.1 hievore.

¹²⁷ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 67 ff., m.H. auf Kritik am (damals) geltenden Recht.

¹²⁸ DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 26.

¹²⁹ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 63 ff., m.H. auf weitere Konkretisierungen der Ausgleichungsobjekte in Art. 851 ff. CC/FR; ausstattungsähnliche Zuwendungen sind auszugleichen, während Unterhalts- und Ausbildungskosten sowie Gelegenheitsgeschenke grundsätzlich nicht dem rapport unterworfen sind.

¹³⁰ So heute explizit Art. 860 Abs. 1 CC/FR; vgl. (noch zum alten Recht) EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 67, m.w.H. zu Ausgleichungsmethoden.

¹³¹ Unerheblich sind namentlich Umfang und Zweck der Zuwendung (insbesondere, ob es sich um eine Ausstattung handelt oder nicht), aber auch, ob die Zuwendung in Erfüllung einer sittlichen Pflicht gemacht wurde (vgl. EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 65).

¹³² Etwa DEVILLE, N 5; vgl. auch bereits EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 69, m.w.H.

¹³³ Statt vieler DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 25 f.

¹³⁴ PARADISO, S. 810; ECCHER, Italienisches Zivilrecht, S. 699; DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 26.

Recht der (Verkehrs-)Wert im Zeitpunkt der Teilung¹³⁵, und auch nach dem italienischen Recht bleiben die von den Gesetzenormen abweichenden Verfügungen des Erblassers vorbehalten, sei es die Dispensierung von der Ausgleichspflicht oder umgekehrt deren Anordnung¹³⁶.

Vor diesem Hintergrund ist es dem italienischen Recht also an der *Gleichbehandlung bestimmter Erben* hinsichtlich *aller Arten von unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen* (und damit an einer Korrektur von Dispositionen, welche die von Todes wegen vorgesehenen Vermögensübergänge beeinflussen) gelegen, sofern nicht der Erblasser nachweislich davon abweichen wollte¹³⁷.

4 Herabsetzung

4.1 Vorfrage: Klärung des Verhältnisses von Erbenstellung und erbrechtlichem Vermögensanfall?

4.1.1 Grundproblematik

Soll eine Person als Erbe, allein oder quotal, dem Erblasser in sein Vermögen – das mit dem Tod zum Nachlass wird – nachfolgen, so muss sie dazu juristisch betrachtet zunächst *Erbin* werden. D.h., es muss ihr, kraft Gesetzes oder Verfügung von Todes wegen, die Rechtsstellung einer Erbin zukommen. Das umfasst verschiedene subjektive Rechte, die dieser Person stets genuin allein zustehen, selbst wenn sie neben anderen Personen Erbin wird, also eine Erbenmehrheit besteht. Dazu gehört in erster Linie das Ausschlagungsrecht, dann aber auch die nicht ererbten, erbrechtlichen Informationsansprüche oder das Recht, Sicherungsmassregeln zu verlangen. Es handelt sich dabei um Rechte, die beim Erben als Erbe originär entstehen und die nicht kraft Universalsukzession derivativ vom Erblasser her auf ihn übergehen.

Hauptfolge der beschriebenen subjektiven Erbenstellung ist die Nachfolge in das Vermögen bzw. den Nachlass des Erblassers als Ganzes. Grundsätzlich gehen sämtliche übertragbaren Rechte und Rechtslagen, Pflichten und Pflichtenlagen auf den Erben über¹³⁸. Diese wirtschaftliche Seite ist notwendig mit dem Erwerb der Erbenstellung verbunden und dessen Folge¹³⁹.

Das Verhältnis von Erbenstellung und Vermögensanfall wird in verschiedenen Zusammenhängen bedeutsam, besonders aber auch im Herabsetzungsrecht. Allein darauf ist – mit Blick auf den Gutachtens-auftrag¹⁴⁰ – nachfolgend einzugehen.

4.1.2 Enterbung

Insbesondere wenn ein Pflichtteilserbe enterbt bzw. übergegangen wird, wird bisweilen die Frage gestellt, ob dies zu einem Entzug der Erbenstellung als solcher führt oder einzig die Universalsukzession verhindert¹⁴¹. Die Diskussion ist eine lang geführte: So ging bis in die frühen 70er Jahre die ganz herrschende Meinung dahin¹⁴², dass ein vollständig übergangener Pflichtteilserbe seine Erbenstellung

¹³⁵ Die Idealkollation stellt heute nach Art. 746 f. und 750 CC/IT den Regelfall dar (vgl. DRUEY, *Ausgleichung oder rapport?*, S. 28; ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*, S. 701).

¹³⁶ PARADISO, S. 810; ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*, S. 701; DRUEY, *Ausgleichung oder rapport?*, S. 27.

¹³⁷ PARADISO, S. 810; ECCHER, *Italienisches Zivilrecht*, S. 699.

¹³⁸ Zur Universalsukzession statt aller WOLF/GENNA, *SPR IV/1*, S. 24 ff.

¹³⁹ Bei einer Erbenmehrheit bedeutet dies: Nur wer Erbe ist, kann Teil der Rechtsgemeinschaft zu gesamter Hand am ganzen Nachlass, mit allen Aktiven und Passiven, werden. Die Rechtsgemeinschaft zu gesamter Hand ist demnach erst die Folge gemeinschaftlicher Berechtigung. Ihr voraus geht die Tatsache, dass eine Mehrheit von Erben vorhanden ist.

¹⁴⁰ Dazu Ziff. 1 hievov.

¹⁴¹ So jüngst etwa BREITSCHMID, *FS Piotet*, S. 124.

¹⁴² BGE 70 II 142 E. 2 S. 147; BGE 56 II 17 E. 2 S. 20; auch noch BGer 5A_610/2013, E. 2.2.1 (widersprüchlich); offen gelassen in BGE 125 III 35 E. 3b/bb S. 40 unter Hinweis auf BGE 104 II 75 E. II.3b/bb S. 84 f.; ausführlich ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 522 N 3 f., m.w.H.; BK ZGB-TUOR, Art. 522 N 5 f., 19; BECK, S. 107 f.

behält, solange nicht ein zureichender Enterbungsgrund nach Art. 477 ff. ZGB vorliegt. Heute dürfte demgegenüber überwiegend vertreten werden, dass auch eine Verfügung von Todes wegen ohne zureichenden Enterbungsgrund bloss herabsetzbar (und allenfalls ungültig) ist¹⁴³, und mittels entsprechender Klage beseitigt werden muss, damit die Erbenstellung ins Recht gesetzt wird¹⁴⁴.

Nach hier vertretener Auffassung geht es bei einer Enterbung – aus zureichendem Grund oder nicht – um einen Entzug der Erbenstellung als solcher, was mit einer Umformulierung von Art. 477 Abs. 1 und Art. 478 Abs. 1 ZGB deutlich gemacht werden könnte.

Vorschlag

Art. 477 ZGB I B. Enterbung I I. Gründe

¹ Der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen einem Erben weniger als seinen Pflichtteil zuweisen oder ihm die Erbenstellung vollständig entziehen, was unanfechtbar bleibt:

[...]

Art. 478 ZGB I B. Enterbung I II. Wirkung

¹ Der Enterbte kann bei Vorliegen der vorstehenden Gründe weder an der Erbschaft teilnehmen noch die Herabsetzungsklage geltend machen.

4.1.3 Virtuelle Erbenstellung

Wurde einem Pflichtteilerben, ohne dass Enterbungsgründe vorliegen oder er seinen Pflichtteil dem Werte nach erhalten hätte, oder jedem anderen Erben durch eine mangelhafte Verfügung sein Erbrecht entzogen¹⁴⁵, so gilt er – sobald er seine Erbenstellung wiederherstellen will – als sogenannter virtueller Erbe¹⁴⁶. Bis die entsprechende Klage in ein Urteil oder einen gerichtlich genehmigten Vergleich mündet¹⁴⁷, sind solche (virtuelle) Erben noch nicht Erben¹⁴⁸. Es ergibt sich dies daraus, dass mit einer Enterbung – sei dies im Sinne von Art. 477 ff. ZGB oder weitergehend (grundlos) – die Erbenstellung entzogen wird¹⁴⁹ und entsprechende Verfügungen von Todes wegen ihre Gültigkeit solange behalten, bis sie erfolgreich angefochten worden sind (Anfechtungsprinzip). In der Lehre wird diese für den klagenden Noch-nicht-Erben schwierige Situation diskutiert, v.a. im Zusammenhang mit der Möglichkeit desselben, die Anordnung von Sicherungsmassregeln¹⁵⁰ zu verlangen oder Informationsansprüche geltend zu machen¹⁵¹.

Mit Blick darauf, dass die entsprechenden Gestaltungsklagen bei gegebenem Sachverhalt zu Urteilen mit Wirkung *ex tunc* führen, liegt bezüglich dieser herzustellenden Erbenstellung eine Anwartschaft

¹⁴³ BGE 115 II 211 E. 4 S. 212 f. (der anders eingeschätzt wird von BGer 5A_610/2013, E. 2.2.1); BGE 128 III 318 E. 2 S. 320 ff.; BGE 138 III 354 E. 5 S. 358 f.; BGE 139 V 1 E. 4.2 S. 4; BK ZGB-WEIMAR, Vor Art. 470, N 15 ff.; BsK ZGB II-PIATTI, Vor Art. 522–533 N 2; STEINAUER, successions, N 787; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Vor Art. 522 ff. ZGB N 3, m.w.H.

¹⁴⁴ Dazu Ziff. 4.1.3 sogleich.

¹⁴⁵ Siehe Ziff. 4.1.2 soeben.

¹⁴⁶ Zu diesem durchaus verschieden verwendeten Begriff (dazu etwa WOLF/BERGER, S. 270) siehe PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Vor Art. 522 ff. ZGB N 3 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 449 f.; DRUEY, Grundriss, § 6 N 12; JAKOB/DARDEL, S. 462 ff.; BOLLAG; EITEL/ZEITER, S. 292 ff.; PALTZER/FEHR, S. 330 ff.; STRAZZER, S. 343 ff.; STRAZZER/ZEITER, S. 142 ff.; BASILE, S. 15 ff.; KLÖTI, S. 10 ff.; MEYER, S. 177 ff.

¹⁴⁷ Siehe Ziff. 7.2 hienach.

¹⁴⁸ So jedenfalls nach der Klärung gemäss Ziff. 4.1.2 soeben.

¹⁴⁹ Wiederum Ziff. 4.1.2 soeben.

¹⁵⁰ BGer 5A_610/2013, E. 2.2.1, gesteht dem virtuellen Erben zu, ein Erbschaftsinventar nach Art. 553 ZGB zu verlangen.

¹⁵¹ Für einen Informationsanspruch (wohl im Sinne von Art. 607 Abs. 3 ZGB): PraxKomm-WEIBEL, Vor Art. 607 ff. ZGB N 22; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Vor Art. 522 ff. ZGB N 3b; BsK ZGB II-LEU, Art. 518 N 17; BK ZGB-WOLF, Art. 610 N 28; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 71; SUTTER-SOMM/AMMANN, S. 14 ff.; JAKOB/DARDEL, S. 473, m.H.; GÖKSU, AJP 2012, S. 956.

vor, die man durchaus schützen könnte. Dies würde dadurch erfolgen, dass man der betreffenden Person bestimmte Schutzansprüche bereits zukommen lässt, die ihr ohnehin zukommen würden, sobald die geltend gemachte Position «Erbenstellung» zum Vollrecht wird. Zu denken ist insbesondere an die Möglichkeit, (ausgewählte) Sicherungsmassregeln zu verlangen (Art. 551 ff. ZGB) sowie Informationsansprüche gegenüber Miterben geltend zu machen (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB). Weitergehende Rechte sollten einem virtuellen Erben allerdings nicht zukommen, geht es doch einzig darum, eine Anwartschaft zu sichern.

Da es grundsätzlich einer erfolgreichen Klage bzw. eines Gestaltungsurteils bedarf, ist die Anwartschaft in jedem Fall bloss eine sog. «gebrechliche»¹⁵². Zudem ist zu bedenken, dass die Fälle von unterschiedlicher inhaltlicher Intensität sind, das Werden zum Vollrecht also unterschiedlich wahrscheinlich ist: Wer etwa eine Erbensetzung aus einem früheren Testament unter Berufung auf Ungültigkeit eines späteren Testaments infolge Urteilsunfähigkeit durch Ungültigkeitsklage herzustellen versucht, sieht sich grösseren Unwägbarkeiten gegenüber und ist in einer weniger erfolgsversprechenden Stellung, als ein gänzlich übergangener Pflichtteilserbe, der seine Erbenstellung herzustellen versucht, weil er seinen Pflichtteil dem Werte nach nicht erhalten hat. Vor diesem Hintergrund sollten die hievordiskutierten Schutzrechte nur Personen zugestanden werden, deren Klage dazu geeignet ist, überhaupt Erbenstellung (wieder)herzustellen. Nach hier vertretener Auffassung wäre die Position eines virtuellen Erben sogar allein auf Pflichtteilserven zu beschränken¹⁵³, wie dies die grosse Mehrheit der Literatur vorschlägt¹⁵⁴: Nur deren Stellung rechtfertigt es, eine entsprechende Anwartschaft mit Rechtsansprüchen zu schützen, die letztlich ein Stück weit das Vollrecht antizipieren¹⁵⁵.

Vorschlag

Art. 533a ZGB IV. Virtuelle Erben

¹ Wurde einem Pflichtteilserven seine Erbenstellung durch eine ungültige oder herabsetzbare Verfügung entzogen, so kann er, noch bevor er klage- oder einredeweise seine Erbenstellung herstellen lassen, ein Sicherungsinventar nach Art. 553 verlangen und die entsprechenden Parteirechte ausüben sowie Informationsansprüche nach Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 geltend machen, wie wenn er bereits Erbe wäre.

Mit einer Einfügung wie hier vorgeschlagen wird indirekt ebenfalls deutlich gemacht, dass ein Pflichtteilserbe mit einer Herabsetzung in der Lage ist, eine ihm zukommende Erbenstellung auch mit unmittelbarer, «dinglicher» Wirkung herzustellen¹⁵⁶. Das Pflichtteilsrecht wird folglich – sofern der Pflichtteilserbe seinen Pflichtteil nicht bereits dem Werte nach erhalten hat – klar als *echtes Noterbenrecht*

¹⁵² In anderem Kontext BK ZGB-TUOR, Art. 494 N 8.

¹⁵³ Wollte man – entgegen dem hier vertretenen – weiter gehen und sämtlichen möglichen Erben die diskutierte virtuelle Erbenstellung – mit entsprechenden Schutzansprüchen – zuerkennen, so wäre folgender Wortlaut (mit der Marginalie «Virtuelle Erben») denkbar: «Wurde einem eingesetzten oder gesetzlichen Erben seine Erbenstellung durch eine ungültige oder herabsetzbare Verfügung entzogen, so kann er, noch bevor er klage- oder einredeweise seine Erbenstellung herstellen lassen, ein Sicherungsinventar nach Art. 553 verlangen und die entsprechenden Parteirechte ausüben sowie Informationsansprüche nach Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 geltend machen, wie wenn er bereits Erbe wäre.»

¹⁵⁴ BGE 143 III 369 E. 2.1 S. 370; BGE 138 III 354 E. 5 S. 357 ff.; BGE 115 II 211 E. 4 S. 212; BK ZGB-WOLF, Art. 602 N 23; BsK ZGB II-PIATTI, Vor Art. 522–533 ZGB N 2; PALTZER/FEHR, S. 330 f.; BOLLAG, S. 3, 81 ff.; JAKOB/DARDEL, S. 466; WEIBEL/MATA, S. 7; LÖTSCHER, S. 188 ff.; PraxKomm-JUNGO/FANKHAUSER, Art. 479 ZGB N 16 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 1051; ausführlich SUTTER-SOMM/AMMANN, S. 14 ff.

¹⁵⁵ Zur Problematik der «fishing expedition» bzw. des «Pflichtteils-Torpedos» siehe BREITSCHMID, FS Piotet, S. 124; vgl. auch BREITSCHMID, successio 2021, S. 210.

¹⁵⁶ Gleichzeitig wird vorbereitet, dass ein Pflichtteilsvermächtnisnehmer blosser Vermächtnisnehmer ist. Siehe dazu Ziff. 4.1.4 hienach.

statuiert¹⁵⁷. Mit dem Hinweis auf die einredeweise Geltendmachung wird schliesslich geklärt, dass die Herabsetzung auch gegen andere als direkte erbrechtliche Ansprüche vorgebracht werden kann¹⁵⁸.

4.1.4 Pflichtteilsvermächtnis

4.1.4.1 Zulässigkeit und Ausgestaltung in den Grundzügen

In der Literatur wird diskutiert, ob es zulässig ist, einem Pflichtteilerben – ohne dass Enterbungsgründe nach Art. 477 ff. ZGB vorliegen würden – seine Erbenstellung unanfechtbar zu entziehen, indem man ihm an Stelle seines Erbrechts ein Vermächtnis in der Höhe seines Pflichtteils zukommen lässt (Pflichtteilsvermächtnis)¹⁵⁹. Dabei gehen die Meinungen auch bezüglich der Frage auseinander, ob das Bundesgericht zur Zulässigkeit dieser Gestaltung Stellung genommen hat¹⁶⁰. Vor diesem Hintergrund wurde bereits in der Vernehmlassung zum VE 2016 vorgeschlagen, die Streitfrage zu klären¹⁶¹.

Nach hier vertretener Auffassung sichert der Pflichtteil bereits unter geltendem Recht dem Pflichtteilerben in erster Linie einen bestimmten Wert. Das zeigt sich mitunter darin, dass sich die Pflichtteilsquote auf die sogenannte Pflichtteilsberechnungsmasse und nicht den Nachlass bezieht. Insofern ist dem Pflichtteilerben nicht die Erbenstellung, sondern eine bestimmte Wertpartizipation gesichert. Dass die Einforderung des Pflichtteils – nach bestimmten Auffassungen schon unter geltendem Recht – zur Herstellung der Erbenstellung führen kann (echtes Noterbenrecht)¹⁶², ändert daran nichts: Hat ein Pflichtteilerbe seinen Pflichtteil dem Werte nach erhalten¹⁶³ und ist er folglich in diesem nicht verletzt, steht ihm die Geltendmachung der Herabsetzung nicht zu. Folglich liesse sich die Frage durch eine Anpassung von Art. 522 Abs. 1 ZGB klären.

Will man ein Pflichtteilsvermächtnis zulassen, so muss man ebenfalls klären, dass mit einer Ausschlagung eines solchen Vermächtnisses, die *ex tunc* wirkt¹⁶⁴, nicht eine Situation herbeigeführt werden kann, mit der der Pflichtteilerbe anschliessend seine Erbenstellung gleichwohl wiederherstellen könnte, würde das Pflichtteilsvermächtnis als Gestaltungsmittel doch sonst praktisch sinnlos. Auch bei einer Ausschlagung müsste dem Pflichtteilerben die Berufung auf die Herabsetzung deshalb verwehrt bleiben¹⁶⁵. Dazu schiene die Einfügung eines dritten Absatzes in Art. 522 ZGB sinnvoll, der gleichzeitig die Zulässigkeit eines Pflichtteilsvermächtnisses implizit bekräftigen würde.

¹⁵⁷ BGE 104 II 75 E. II.3b/bb S. 84 f.; statt Vieler WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 459 ff.; WOLF, recht 2010, S. 124 ff., m.H. auf HUBER, Erläuterungen VE Heft 2, S. 67; ZIMMERMANN, RabelsZ 2020, S. 517 f.

¹⁵⁸ EGGEL/LIECHTI, S. 23 f.

¹⁵⁹ Die Zulässigkeit des Entzugs der Erbenstellung mittels eines Pflichtteilsvermächtnisses **befürwortend** ZEITER/BARTH, S. 447 ff.; LÖTSCHER, S. 189; BK ZGB-WOLF, Art. 602 N 23; BsK ZGB II-STAEHELIN, Art. 470 N 4 f.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 6; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 1048; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 378; STEINAUER, successions, N 787; BK ZGB-WEIMAR, Vor Art. 470 ff. N 22; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Vor Art. 522 ff. ZGB N 7; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 522 N 6; CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 522 N 11; CR CC II-PIOTET, Art. 522 N 8; **ablehnend** demgegenüber BsK ZGB II-PIATTI, Art. 522 N 4, m.H. auf ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 522 N 6 und BK ZGB-TUOR, Art. 522 N 10; zusammenfassend WOLF/BERGER, S. 267 ff. Das ist abzugrenzen von einem Vermächtnis ausmachend die Pflichtteilsquote am reinen Nachlass. Dieses kann, falls die Pflichtteilsberechnungsmasse auch lebzeitige Zuwendungen des Erblassers umfasst, dem Pflichtteilerben seinen Pflichtteil nicht verschaffen und er muss Herabsetzungsklage ergreifen. Vgl. auch BsK ZGB II-HUWILER/EGGEL, Art. 484 N 95 f.

¹⁶⁰ Nach LÖTSCHER, S. 189, m.H., habe das Bundesgericht «*das Pflichtteilsvermächtnis in BGE 67 II 100 [E. 2 S. 104 f.] explizit für zulässig erklärt und später auch mehrfach geschützt*»; WOLF/BERGER, S. 269, m.H., vertreten die Auffassung, das Bundesgericht habe «*sich bisher nicht explizit zur Zulässigkeit und Wirkung des Pflichtteilsvermächtnisses geäussert*».

¹⁶¹ Stellungnahme WengerPlattner, S. 8 N 41.

¹⁶² Dazu Ziff. 4.1.3 hievore.

¹⁶³ Dies umfasst ohne Weiteres, dass er den Pflichtteil ungemindert, unbelastet, unbedingt und frei von Auflagen erhält (in sog. «*biens aisément negociables*»). Zum Ganzen WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447 f.

¹⁶⁴ Siehe etwa BGer 5A_304/2018, E. 3.2.2, m.w.H.; BsK ZGB II-SCHWANDER, Art. 566 N 1; CHK ZGB-GÖKSU, Art. 566 N 1; OFK ZGB-MÜLLER/STAMM, Art. 566 N 1; SHK ZGB-ROUILLER/GYGAX, Art. 566 N 2; DRUEY, Grundriss, § 15 N 42.

¹⁶⁵ Dazu für das italienische Recht ECCHER, Italienisches Zivilrecht, S. 684.

Gleichzeitig wäre damit – noch einmal (zusammen mit Art. 533a ZGB wie hier vorgeschlagen) – deutlich gemacht, dass er Pflichtteilserbe, der seinen Pflichtteil dem Werte nach nicht erhalten hat, Erbenstellung erlangen kann.

Vorschlag

Art. 522 ZGB I B. Herabsetzungsklage I I. Voraussetzungen I 1. Im Allgemeinen

¹ Die Erben, die trotz Zuwendungen zu Lebzeiten und Erwerbungen von Todes wegen dem Werte nach weniger als ihren Pflichtteil erhalten, [...].

[...]

³ Schlägt ein Pflichtteilserbe, dem vom Erblasser anstelle seines Erbrechts ein Vermächtnis zugewendet wurde, mit dem er, unter Einbezug allfälliger lebzeitiger Zuwendungen, seinen Pflichtteil dem Werte nach erhalten würde, dieses aus, so steht ihm die Geltendmachung der Herabsetzung nicht zu.

4.1.4.2 Herausforderungen

Es darf dabei nicht unterschätzt werden, dass mit einer solchen Gestaltungsmöglichkeit sowohl für den mittels Pflichtteilsvermächtnisses ausgeschlossenen Pflichtteilserben wie auch die mit dem Vermächtnis beschwerten Erben gewisse Herausforderungen verbunden sind.

So ist der *Pflichtteilsvermächtnisnehmer* eben – im hier erarbeiteten Vorschlag – nicht Erbe und auch nicht virtueller Erbe¹⁶⁶, weshalb ihm die Geltendmachung von Sicherungsmassregeln und Informationsansprüchen verwehrt werden könnte. Es stehen ihm neben einer Vermächtnisklage (Forderungsklage) bloss die üblichen Gläubigerschutzmechanismen und Vollstreckungsmassnahmen zur Verfügung, mit der erheblichen Schwierigkeit, seine Forderung allenfalls bereits nicht rechtsgenügend substantiieren und beweisen zu können, jedenfalls was ihre Höhe betrifft. Auch mit Blick auf die Klärung der Wirkungen der Enterbung wäre es allenfalls angezeigt, hinsichtlich der Informationsansprüche – die freilich nicht eigentlicher Teil dieses Gutachtens sind – eine Anpassung zugunsten übergangener¹⁶⁷ und anderweitig abgefundener Pflichtteilserben vorzunehmen.

Vorschlag

Art. 533a ZGB I V. Virtuelle Erben

² Dieselbe Stellung kommt einem Pflichtteilsvermächtnisnehmer zu, solange er sein Vermächtnis geltend machen kann.

Für die *vermächtnisbeschwerten Erben* können besonders lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an Dritte, die der Herabsetzung unterliegen, zu Schwierigkeiten führen.

- Vermächtnisbeschwerte Pflichtteilserben etwa können sich veranlasst sehen, allenfalls lange bevor der (Pflichtteils-)Vermächtnisnehmer seinen Anspruch geltend macht, allfällige eigene Herabsetzungsansprüche bereits fristwährend einklagen zu müssen, da die Forderungsberechnung in jedem Fall mit Blick auf die Pflichtteilsberechnungsmasse erfolgt¹⁶⁸, ohne dass die hinzurechenbaren Erwerbungen und Zuwendungen von den weiteren Pflichtteilserben ihrerseits geltend gemacht worden sein müssten. Dem könnte begegnet werden mit der Festsetzung der Verjährung von Vermächtnissen auf ein Jahr (Art. 601 ZGB) bzw. einem Gleichlauf mit den relativen Verwirkungsfristen der Herabsetzungsklage¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Seine Klage würde nicht zu einer Herstellung der Erbenstellung führen, womit er nicht in den Anwendungsbereich der Norm fällt, wie in diesem Gutachten vorgeschlagen.

¹⁶⁷ Dazu Ziff. 4.1.3 hievov.

¹⁶⁸ Anders bei einem Vermächtnis ausmachend die Pflichtteilsquote am reinen Nachlass. Dazu Fn. 159 und BsK ZGB II-HUWILER/EGGEL, Art. 484 N 96 a.E.

¹⁶⁹ Allerdings kann selbst eine kurze Verjährungsfrist erst mit Fälligkeit einsetzen, die bei mangelnder Klarheit über die Aktiven und Passiven des Nachlasses und weitere Bemessungsparameter nicht eintreten wird. Dazu BsK ZGB II-HUWILER/EGGEL, Art. 562 N 9a, m.w.H.

- Für blasse Erben kann dies gar dazu führen, dass ein solches Vermächtnis den Betrag der Erbschaft übersteigen könnte und sie sich auf Art. 486 Abs. 1 ZGB berufen müssten, was wiederum den Pflichtteilsvermächtnisnehmer vor gewisse Herausforderungen stellt, würde er doch diesfalls seinen Pflichtteil dem Werte nach eben gerade nicht erhalten. Die durch ihn anschliessend anzuhebende Herabsetzungsklage kann dazu führen, dass der Erwerb der vermächtnisbeschwerten Erben weiter reduziert oder ganz beseitigt würde. Damit bliebe Art. 486 Abs. 1 ZGB für sie wirkungslos. Da die beschwerten Erben solchenfalls aber (wohl) ihre Erbenstellung verlieren würden, entgingen sie immerhin einer Haftung über das Erbschaftsvermögen hinaus.

4.1.5 Herabsetzung des gesetzlichen Erbrechts (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

Ebenfalls (auch) mit der Frage des Verhältnisses von Erbenstellung und Vermögensanfall hängt die Problematik zusammen, wie – für den Fall, dass dies überhaupt als möglich erachtet wird¹⁷⁰ – sich eine vollständige Herabsetzung der gesetzlichen Erwerbungen von Todes (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) auswirkt. Es ist denkbar, dass damit die Erbenstellung ganz beseitigt wird, oder aber, dass dem Erben die Stellung als solche – und damit etwa die grundsätzliche Möglichkeit, Informationsansprüche geltend zu machen und Sicherungsmassregeln zu verlangen – verbliebe und nur der Vermögensanfall, d.h. die Universalsukzession¹⁷¹, beseitigt würde¹⁷². Nimmt man sich dieser Streitfrage an, so würde damit gleichzeitig der hievorige angesprochene Lehrstreit¹⁷³ geklärt, ob eine Herabsetzung der gesetzlichen Erwerbungen von Todes wegen unter die Pflichtteilsquote am reinen Nachlass möglich ist.

Nach hier vertretener Auffassung wäre es angezeigt, dass jeder Erbe, der eine gänzliche Herabsetzung seines gesetzlichen Erbrechts gewärtigen muss, damit auch seine Erbenstellung verliert. Dies würde die Haftungssituation zugunsten des Herabsetzungsschuldners klären, gleichzeitig würde zugunsten der verbleibenden oder definitiven Erben deutlich, dass dem nunmehrigen Nicht-Erben keine Informationsansprüche oder Begehren um Sicherungsmassregeln mehr zukämen (sofern dies aufgrund der fortgeschrittenen Zeit überhaupt noch relevant sein sollte).

Vorschlag

Art. 526 ZGB I B. Herabsetzungsklage I II. Wirkung I 2. Bei Erwerbungen von Todes wegen

¹ Werden Erwerbungen der gesetzlichen Erbfolge zur Gänze herabgesetzt, so verliert der Herabsetzungsschuldner rückwirkend seine gesetzliche Erbenstellung.

¹⁷⁰ In diesem mit der jüngsten Reform des Erbrechts («politische» Etappe) entstandenen Streit haben sich zwei Meinungen herausgebildet: Während ein Ansatz (JUNGO, S. 383, ihrerseits beziehend auf STEINAUER, Silser Erbrechtsgespräche, S. 83 f.; auch PRADERVAND-KERNEN, S. 76 f., 81, 85 f., in der Lösung von Beispielen) davon ausgeht, dass die Pflichtteilsquote am reinen Nachlass immer unantastbar bleibt (selbst wenn der betreffende Pflichtteilerbe durch anderweitige Erwerbungen in seinem Pflichtteil gedeckt ist), hält ein anderer Teil der Lehre dafür (EGGEL/GERSTER, S. 102 ff., m.H. in Fn. 103; EITEL, FS Solothurner Notare, S. 105 ff.), dass die Erwerbungen von Todes wegen gemäss der gesetzlichen Erbfolge (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) gänzlich herabgesetzt werden können.

¹⁷¹ Er würde also nicht in das zum Nachlass werdende Vermögen – alle Aktiven *und* Passiven – des Erblassers eintreten. Damit entfielen etwa auch der (gesamthänderische) Erwerb der Erblasserschulden. Dass die Universalsukzession unterbleibt, hindert aber nicht die Haftung für Erbgangsschulden und – dies könnte jedenfalls postuliert werden – die zusätzliche solidarische Haftung als Erbe gemäss Art. 603 Abs. 1 ZGB (wobei hiergegen gewichtige systematisch-dogmatische und teleologische Gründe eingewendet werden könnten).

¹⁷² In der Tendenz wird unter geltendem Recht vertreten, dass es wohl nur um eine Beseitigung der vermögensrechtlichen Folgen geht. Siehe EGGEL/GERSTER, S. 108; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 532 ZGB N 2c.

¹⁷³ Siehe Fn. 170 soeben.

4.1.6 Gesetzlicher oder gewillkürter Erwerb (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB)

Schliesslich ist für das Pflichtteilsrecht immerhin indirekt – für die Herabsetzungsreihenfolge (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB) – relevant, unter welchen Umständen durch Verfügung von Todes wegen des Erblassers aus einem gesetzlichen Erwerb ein gewillkürter Erwerb wird, oder gar ein teilweise gesetzlicher, teilweise gewillkürter. Die Problematik lässt sich leicht an folgendem Beispiel erläutern: Ein verheirateter Erblasser ohne Nachkommen will nicht, dass seine Frau erbt, vielmehr soll das Geld «zurück» in die elterliche Parentel fallen. Deshalb enterbt er – ohne zureichenden Grund nach Art. 477 ff. ZGB – seine Ehegattin. Zusätzlich statuiert er verschiedene Vermächtnisse. Will nun die überlebende Ehegattin ihren Pflichtteil herstellen, so ist zu entscheiden, ob zunächst die Erben aus der elterlichen Parentel heranzuziehen sind, und dann erst die Vermächtnisnehmer – weil die Erben der elterlichen Parentel gesetzliche Erben sind, deren Erwerb zuerst herabgesetzt wird (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), oder aber ob beide gleichzeitig verhältnismässig herabzusetzen sind, weil es sich um gewillkürte Erwerbungen von Todes wegen handelt (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Kurz: Entscheidend ist, ob die Erben kraft Gesetzes oder durch Verfügung von Todes wegen erwerben. Dies hängt von der Formulierung der Verfügung von Todes wegen ab, und wird durch Auslegung zu ermitteln sein¹⁷⁴. Dass hierbei Nuancen entscheidend sein können, die oft den Willen des Erblassers nicht wirklich reflektieren werden, liegt auf der Hand¹⁷⁵. Das nimmt auch die bereits anlässlich der ersten Etappe der Erbrechtsreform geführte Diskussion wieder auf, ob die Einreihung des gesetzlichen Erwerbs von Todes wegen wertungsmässig passend ist¹⁷⁶. Entscheidend wird sein, wie man die Tatsache einordnet, dass der Erblasser die gesetzliche Ordnung unangetastet bzw. unangesprochen lässt:

- Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass der Erblasser, solange er die weitere Erbfolge nicht anspricht, damit sein Desinteresse bekundet. Folglich soll dieser Erwerb zuerst herabgesetzt werden und dann erst die gewillkürten Zuwendungen von Todes wegen. M.a.W., was er in einer Verfügung von Todes wegen ordnet, ist ihm ein Anliegen, und das ist deshalb zunächst zu schonen.
- Denkbar ist aber auch zu vertreten, dass ein urteilsfähiger Erblasser, sobald er mittels Verfügung von Todes wegen den Kreis der Erben oder ihre Erbquoten verändert, stets das Ganze im Blick haben wird bzw. im Blick haben muss.

In gewisser Hinsicht ist damit die Bedeutung der Parömie «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*»¹⁷⁷ angesprochen, jedenfalls was die Festlegung der Erbenstellung und der Erbquote betrifft. Ohne dass auf belastbare empirische Zahlen zurückgegriffen werden könnte, dürfte wohl davon auszugehen sein, dass ein Erblasser, der seine Erben samt Erbquoten bestimmt, in der Regel eine Gesamtbetrachtung vornehmen wird. So wird ja etwa bei einer Beurteilung der Urteilsfähigkeit im Rahmen der Verfügungsfähigkeit geprüft, ob der Erblasser in der Lage ist, das, was er von Todes wegen

¹⁷⁴ So grundlegend BGE 46 II 213 E. 4 S. 222. Hat der Erblasser einem gesetzlichen Erben etwa mehr als das gesetzlich Vorgesehene zugewiesen, so geht die h.L. – entgegen dem Wortlaut von Art. 481 Abs. 2 ZGB – davon aus, dass es sich um eine gewillkürte Erbfolge handelt (ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 481 N 9 f., Art. 483 N 6; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 95; CR CC II-BADDELEY, Art. 481 N 20; PraxKomm-GRÜNINGER, Art. 481 ZGB N 6; BsK ZGB II-STAEHELIN, Art. 481 N 4; a.M. BK ZGB-TUOR, Art. 481 N 8, m.H. auf den Gesetzeswortlaut; vgl. BK ZGB-WEIMAR, Art. 483 N 8; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 525 ZGB N 2 [«*teils als eingesetzter, teils als gesetzlicher Erbe*»], m.H. auf WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 590; zum Ganzen EGGEL/GERSTER, S. 122 Fn. 153, m.w.H.). Die Diskussion erfolgt häufig im Kontext der Frage, wie sich derjenige Teil der Erbschaft vererbt, über den nicht verfügt wurde.

¹⁷⁵ Bei Formulierungen wie «*Ich enterbe meine Frau.*» oder «*Ich enterbe meine Frau. Es gilt die gesetzliche Erbfolge.*» dürfte die gesetzliche Erbfolge greifen. Kritisch ist aber wohl bereits die Formulierung: «*Ich enterbe meine Frau. Als meine Erben setze ich meine Geschwister ein. Sollte einer meiner vorgenannten Erben vorverstorben sein, so setze ich an dessen Stelle seine Nachkommen in allen Graden nach Stämmen ein.*» In allen diesen Fällen tritt komplexitätssteigernd noch hinzu, dass das gesetzliche Erbrecht erst durch eine negative Verfügung von Todes wegen greifen kann («*Reflexerwerb*») (dazu EGGEL/GERSTER, S. 124 f.).

¹⁷⁶ Dazu EGGEL/GERSTER, S. 113 ff., m.w.H.

¹⁷⁷ Hierzu etwa BORYSIK, S. 63 ff.

anzuordnen gedenkt, zu der bereits (von Gesetzes wegen) bestehenden Ordnung in Bezug zu setzen¹⁷⁸. Insofern könnte es angezeigt sein, im Gesetz zu statuieren, dass für den Fall, dass der Erblasser den Kreis der Erben oder deren Erbquoten mittels Verfügung von Todes wegen abändert, sämtliche in diesem Nachlass erworbenen Rechtsstellungen als Erbe samt Quote als gewillkürter Erwerb zu behandeln sind.

Vorschlag

Art. 470 ZGB I A. Verfügbarer Teil I I. Umfang der Verfügungsbefugnis

[...]

³ Trifft der Erblasser Verfügungen betreffend den Kreis der Erben oder die Erbquoten, so gilt jede im betreffenden Erbgang erworbene Erbenstellung samt Quote als gewillkürter Erwerb, soweit es sich nicht um eine blosser Bestätigung der gesetzlichen Erbfolge handelt.

Dies ist auch in seinen Auswirkungen auf die gesetzliche Ausgleichung hin zu überprüfen¹⁷⁹.

4.2 Wirkungen der Herabsetzung

4.2.1 Allgemeines

Die Herabsetzung ist ein viel diskutiertes, komplexes Rechtsgebiet¹⁸⁰, weshalb sich auch der am 1. Januar 2023 in Kraft getretene (erste) Teil der Erbrechtsreform damit befasst hat. Dabei ging es v.a. um die Gegenstände (gesetzlicher Erwerb; Versicherungen¹⁸¹; güterrechtlicher Erwerb) und die Reihenfolge der Herabsetzung, während weitere Vorschläge des VE 2016 betreffend verschiedene Einzelfragen der Wirkungen der Herabsetzung nicht berücksichtigt worden sind.

Auf drei mit den Wirkungen der Herabsetzung verbundene, damals diskutierte Aspekte ist nachfolgend einzugehen, nämlich die «Herabsetzung» zweiten Grades¹⁸², die Neufassung von Art. 526 ZGB¹⁸³ sowie die Ausweitung und Umplatzierung des bisherigen Art. 526 Abs. 2 ZGB¹⁸⁴.

Bevor aber auf die genannten Einzelfragen einzugehen ist, ist festzuhalten, dass der textliche Einbezug auch der gesetzlichen Erwerbungen in die Beschreibung der Wirkungen der Herabsetzung – wie bereits in Art. 525 Abs. 1 und 2 VE(2016)-ZGB vorgeschlagen («für alle erbrechtlich Begünstigten»; «der Erwerb von Todes wegen einer Person») – zu begrüßen ist, nachdem diese seit Inkrafttreten der ersten Etappe der Erbrechtsreform klar Gegenstand der Herabsetzung sind (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)¹⁸⁵.

4.2.2 «Herabsetzung» zweiten Grades (Ergänzung von Art. 525 ZGB und Anpassung von Art. 528 Abs. 2 ZGB)

Unter den Stichworten «Herabsetzung zweiten Grades» oder «indirekte Herabsetzung»¹⁸⁶ werden zwei Probleme diskutiert:

¹⁷⁸ Siehe PraxKomm-ZEITER, Art. 467 ZGB N 10a; AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit, S. 7 f.; WOLF/SETZ, S. 38. Die ältere Lehre dürfte diesbezüglich weniger streng sein (so PraxKomm-ZEITER, Art. 467 ZGB N 10).

¹⁷⁹ Siehe etwa Ziff. 5.3.4 hienach.

¹⁸⁰ Siehe nur etwa die Monographien von AMACKER; BASILE; BOLLAG; EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen; HERZOG; H. A. KAUFMANN; KLÖTI; MÜLLER; STAUDMANN; VOLLERY; WINSTÖRFER; ZINGG, Offene Fragen; ZOLLER.

¹⁸¹ Offen geblieben ist etwa die Frage nach dem Einbezug von Versicherungen ohne Rückkaufswert. Siehe EGGER/GERSTER, S. 98. Es ist abzuwägen, ob dies in der vorliegenden Reform geklärt werden und Art. 529 Abs. 1 ZGB noch einmal leicht angepasst werden soll («und – wo ein solcher fehlt – mit der Versicherungssumme»).

¹⁸² Siehe Ziff. 4.2.2 sogleich.

¹⁸³ Siehe Ziff. 4.2.3 hienach.

¹⁸⁴ Siehe Ziff. 4.2.4 hienach.

¹⁸⁵ Bei Art. 525 Abs. 2 ZGB hat dies noch zu Streitfragen geführt (vgl. PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 525 ZGB N 13, m.w.H.), die nun beendet sein dürften.

¹⁸⁶ Vgl. etwa Bericht Vernehmlassung, S. 53.

- a. Einmal wird thematisiert, wie damit umzugehen ist, wenn jemand von Todes wegen erwirbt und darin herabgesetzt wird, gleichzeitig aber seinerseits mit der Ausrichtung eines Vermächnisses oder der Ausführung einer Auflage beschwert ist (Art. 525 Abs. 2 ZGB; Herabsetzung von «Unterzuwendungen»)¹⁸⁷.
- b. Dann wird ebenfalls in diesen Kontext gestellt¹⁸⁸ der Rückleistungsanspruch eines erbvertraglich Begünstigten bezüglich seiner Gegenleistung unter Lebenden, wenn dieser in seinem Erwerb von Todes wegen herabgesetzt wird (Art. 528 Abs. 2 ZGB).

Der Problematik hat sich der VE 2016 durch eine Anpassung von Art. 525 ZGB angenommen, was in der Vernehmlassung eher befürwortend aufgenommen wurde¹⁸⁹.

a. Vorab ist festzuhalten, dass die Ergänzung um *Auflagen*, wie in Art. 525 Abs. 2 VE(2016)-ZGB vorgeschlagen, grundsätzlich zu begrüßen ist¹⁹⁰, wenngleich nicht alle Auflagen herabsetzbar sein werden. Ebenso zu begrüßen ist – wie bereits festgestellt – die sprachliche Klärung, dass jeder Erwerb von Todes wegen unter die Bestimmung fällt¹⁹¹. Ein Einbezug auch von Zuwendungen unter Lebenden, wie etwa in der Vernehmlassung vorgeschlagen¹⁹², ist demgegenüber abzulehnen: Zeitgleiche Zuwendungen dürften hier eher die Ausnahme bilden und zudem können beschwerende Vermächnisse oder Auflagen nur bei einem gleichzeitigen Erwerb von Todes wegen vorliegen.

Zu prüfen wäre allenfalls, ob ebenfalls die Ergänzung «*oder mit der Verpflichtung zur Ausrichtung satzungsbedingter Zuwendungen*» aufgenommen werden sollte: Damit könnten Trusts oder Stiftungen, für die mit der Zuwendung von Todes wegen die Verpflichtung verbunden ist, ihrerseits Zuwendungen vorzunehmen, die Regel ebenfalls anrufen.

Was die Ergänzung um Art. 525 Abs. 3 VE(2016)-ZGB angeht, regelnd die Situation bei bereits erfolgter Erfüllung eines Vermächnisses oder Vollziehung einer Auflage, so scheint diese nicht angezeigt¹⁹³. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung wurde bisher in der Schweiz denn auch kaum vertreten¹⁹⁴. Wer in seinem Erwerb von Todes wegen herabgesetzt wird – also passivlegitimiert bezüglich einer Herabsetzung ist – und seinerseits mit Verfügungen von Todes wegen belastet ist, seien es Vermächnisse oder Auflagen, soll richtigerweise eine verhältnismässige Herabsetzung verlangen können (so Art. 525 Abs. 2 ZGB). Warum aber bei Erfüllung oder Vollzug der entsprechenden Pflichten diese Herabsetzung vom Pflichtteilsberechtigten – und nicht von dem in seinen Ansprüchen herabgesetzten von Todes wegen Erwerbenden – verlangt und eingeklagt werden soll (Art. 525 Abs. 3 VE[2016]-ZGB), einer Person also, die an den entsprechenden Rechtsverhältnissen nie beteiligt war, ist nicht begründbar: Natürlich soll es Sache desjenigen sein, der Schuldner etwa eines Untervermächnisses ist, dieses sowohl auszurichten, wie auch gegebenenfalls eine Reduktion (Herabsetzung) desselben zu verlangen und allenfalls bereits Geleistetes zurückzuerlangen, wenn nötig. Nach hier vertretener Auffassung soll insbesondere das Konkursrisiko denjenigen treffen, der in

¹⁸⁷ Dazu BK ZGB-TUOR, Art. 525 N 9 ff.; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 525 N 6 ff.; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 481 ff.; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 525 N 6 f.; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 525 ZGB N 13 f.

¹⁸⁸ Bericht VE 2016, S. 47; auch BK ZGB-TUOR, Art. 525 N 14.

¹⁸⁹ Stellungnahme SNV, S. 7; Stellungnahme UniGE, S. 11; **ablehnend** Stellungnahme UniBS, S. 19. Stellungnahme BADDELEY, S. 20, 22, mahnt an, Interpendenzen mit anderen Normen zu beachten.

¹⁹⁰ Ebenso Stellungnahme UniBS, S. 19.

¹⁹¹ Siehe Ziff. 4.2.1 hievore. Dies ist unter geltendem Recht nicht ganz unumstritten. Gemäss P. PIOTET, SPR IV/1, S. 482 ff., erfasst die Bestimmung nur das Untervermächtnis.

¹⁹² Stellungnahme WengerPlattner, S. 8 N 38.

¹⁹³ Ebenso Stellungnahme UniBS, S. 19; für abweichende Auffassungen in der Vernehmlassung siehe Bericht Vernehmlassung, S. 53 Fn. 454.

¹⁹⁴ Soweit ersichtlich halten einzig STEINAUER (successions, N 849d) und P. PIOTET (SPR IV/1, S. 482, m.H. in Fn. 26 auf BK ZGB-TUOR, Vor Art. 522–533 N 29 f.) dafür; vgl. dazu auch BsK ZGB II-PIATTI, Art. 525 N 6.

einer obligatorischen Beziehung mit dem Betreffenden steht¹⁹⁵. Jener entscheidet ja letztlich auch, ob und wann er erfüllen will und kann sich bezüglich Rückforderungsansprüchen absichern lassen. Hinzu kommt, dass auch bei der vom VE 2016 vorgeschlagenen Lösung nach hierseitiger Einschätzung nicht alle Beteiligten in einen Prozess einbezogen werden müssten: Die Passivlegitimation erfährt keine Ausdehnung, sondern es gibt zwei Passivlegitimierte für zwei unterschiedliche Herabsetzungsgegenstände¹⁹⁶ und diese könnten separat eingeklagt werden¹⁹⁷.

Vorschlag

Art. 525 ZGB I II. Wirkung I 1. Herabsetzung im Allgemeinen

² Wird der Erwerb von Todes wegen einer Person herabgesetzt, die zugleich mit Vermächtnissen oder Auflagen oder mit der Verpflichtung zur Ausrichtung satzungsbedingter Zuwendungen beschwert ist, so kann diese verlangen, dass diese entsprechend herabgesetzt werden.

b. Eine Anpassung von Art. 528 Abs. 2 ZGB wurde – zu Recht – bereits im Rahmen des Vorentwurfs verworfen¹⁹⁸. Hintergrund der Diskussion sind Unklarheiten betreffend die Reichweite der Norm¹⁹⁹. Nach hier vertretener Auffassung wäre diese Problematik ohnehin nicht vom Herabsetzungsrecht her zu regeln und zu konzipieren – wenn man denn nicht (voll) entgeltliche Erbverträge der Herabsetzung ganz entziehen will –, sondern als Folge einer «Leistungsstörung» bei den Regeln zum Erbvertrag zu behandeln²⁰⁰. Insofern wäre eher zu prüfen, den bestehenden Art. 528 Abs. 2 ZGB aus dem Herabsetzungsrecht zu lösen und den Regeln zum Erbvertrag zuzuordnen. Zwingend erforderlich ist dies freilich nicht.

4.2.3 Neufassung von Art. 526 ZGB: Regelung der Frage des Rangs der Herabsetzung von positiven Erbverträgen

Der VE 2016 hat Art. 526 einen neuen Gehalt geben und das bisher darin Geregelte – die Zuwendung von nicht teilbaren Vermächtnisinhalten – Art. 528 ZGB als Abs. 3 zuweisen wollen, worauf noch zurückzukommen sein wird²⁰¹. Zudem ist der seinerzeit vorgeschlagene Art. 526 Abs. 2 VE(2016)-ZGB (Herabsetzung des Intestaterwerbs) inhaltlich mittlerweile in Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geltendes Recht geworden. Zu prüfen bleibt damit hier die Frage, ob die in Art. 526 Abs. 1 VE(2016)-ZGB vorgeschlagene Regelung des Rangs von positiven Erbverträge in der Herabsetzungsreihenfolge zu übernehmen ist.

Nach heutigem Recht ist es so, dass bindende und widerrufliche Verfügungen von Todes wegen (Erbverträge und letztwillige Verfügungen) mit Blick auf ihre Wirkungen (von Todes wegen) als gleichzeitig eingeordnet werden, und deshalb auch in gleicher Weise an gleicher Stelle

¹⁹⁵ **A.M.** Bericht PIOTET, S. 54; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 483 f. Die Begründung von P. PIOTET, wonach der Pflichtteilerbe, der die Herabsetzung erwirke, durch Universalsukzession an die Stelle desjenigen Erbe trete, dessen Anteil herabgesetzt wurde, und damit auch Beschwerter des ursprünglich den herabgesetzten Anteil belastenden Vermächtnisses werde, ist abzulehnen: Derartige Belastungen werden bei der Herabsetzung berücksichtigt, so dass der Pflichtteilsberechtigte, der seinen Pflichtteil durch Herabsetzung herzustellen versucht, seinen Pflichtteil am Ende auch erhalten wird. Der *Folgeanspruch* von Art. 525 Abs. 2 ZGB steht allein derjenigen Person zu, die in ihren Ansprüchen herabgesetzt wurde (und dient bei ihr auch nicht der Herstellung des eigenen Pflichtteils, sondern versucht dem naheliegenden Willen des Erblassers zum Durchbruch zu verhelfen, dass die Herabsetzung von den Begünstigten anteilig zu tragen ist). Siehe dazu PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 525 ZGB N 13 f., m.w.H.

¹⁹⁶ **A.M.** Stellungnahme UniBS, S. 18 f.

¹⁹⁷ Ist einer der Passivlegitimierten etwa offensichtlich zahlungsunfähig, könnte es angezeigt sein, die Ansprüche gegen ihn gar nicht erst in einem kostspieligen Prozess geltend zu machen.

¹⁹⁸ Bericht VE 2016, S. 47.

¹⁹⁹ Einlässlich zu dieser Frage P. PIOTET, ZBGR 1981, S. 193 ff.; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 528 ZGB N 8 ff.

²⁰⁰ Zum Kontext auch PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 528 ZGB N 8.

²⁰¹ Dazu Ziff. 4.2.4 sogleich.

(verhältnismässig) herabgesetzt werden²⁰². Unter dem Eindruck der Kritik von P. PIOTET am geltenden Recht wurde im VE 2016 vorgeschlagen²⁰³, dass zumindest die nach Abschluss eines Erbvertrages erlassenen Verfügungen vor den erbvertraglichen Begünstigungen herabgesetzt werden sollen, sofern sie den verfügbaren Teil ausgeschöpft haben.

Die diskutierte Anpassung könnte als konsequente Fortschreibung der Entwicklungen um Art. 494 Abs. 3 ZGB eingeordnet werden, wonach Erbverträge bereits zu Lebzeiten Wirkungen entfalten, die über den unbestrittenen Aspekt der «Bindungswirkung» hinausgehen²⁰⁴. Da es sich aber nach wie vor um Verfügungen von Todes wegen handelt, die jedenfalls ihre hauptsächlichen Wirkungen mit dem Tod des Erblassers entfalten, ergäbe sich letztlich gleichwohl schlicht eine Ungleichbehandlung von Zuwendungen, die ihre Wirkungen gleichzeitig entfalten, und dies in einem Kontext, in dem sich die Anfechtungsreihenfolge konzeptionell nach dem Zeitpunkt der Zuwendungen bestimmt (vgl. Art. 532 ZGB). Weil aber die gesetzlichen Erwerbungen von Todes wegen – die ja ebenfalls zur gleichen Zeit ihre Wirkung entfalten – vorgezogen gereiht werden (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB) und auch der Erblasser mittels Verfügung die Reihenfolge bei Erwerbungen von Todes wegen selbstbestimmt festlegen bzw. von der gesetzlichen Ordnung abweichen kann²⁰⁵, ist eine Regelung, wonach bindende und nicht bindende Verfügungen von Todes wegen in der Herabsetzungsreihenfolge anders behandelt werden, denkbar. Zu berücksichtigen bleibt: Gibt es spätere Verfügungen von Todes wegen, dürften diese in vielen Fällen mit dem abgeschlossenen Erbvertrag nicht vereinbar sein und der erbvertraglich Begünstigte könnte sie – bereits unter geltendem Recht – durch eine Anfechtung nach Art. 494 Abs. 3 ZGB beseitigen lassen. Damit dürfte das Ergebnis gleich ausfallen.

Will man eine entsprechende Regelung vornehmen, so schiene unter systematischen Gesichtspunkten eher eine Anpassung von Art. 532 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB angezeigt, der sich gemäss Randtitel mit der Reihenfolge der Herabsetzung befasst. Bei der Formulierung wäre darauf zu achten, den angesprochenen Bezug zu Art. 494 Abs. 3 ZGB herzustellen²⁰⁶.

Vorschlag

Art. 532 ZGB

¹ Der Herabsetzung unterliegen wie folgt der Reihe nach, bis der Pflichtteil hergestellt ist:

[...]

2. die Zuwendungen von Todes wegen, darunter zuerst diejenigen, die von einem erbvertraglich Begünstigten mittels Anfechtungsklage nach Art. 494 Abs. 3 beseitigt werden können; [...]

4.2.4 Ausweitung von Art. 526 ZGB auf Zuwendungen unter Lebenden und auf Sachgesamtheiten (Sammlung Unternehmen, ...) und Platzierung als Art. 528 Abs. 3 revZGB?

Gelangt nach geltendem Recht das Vermächtnis einer einzelnen, nicht ohne Wertverlust teilbaren Sache zur Herabsetzung, so kann der Begünstigte wählen, ob er die Sache selbst gegen Vergütung des Mehrbetrages oder aber den verfügbaren Betrag beanspruchen will (Art. 526 ZGB). Gemäss Wortlaut des Artikels sind Sachgesamtheiten («einer einzelnen Sache») und Zuwendungen unter Lebenden

²⁰² BsK ZGB II-PIATTI, Art. 525 N 7, m.H. auf BK ZGB-TUOR, Art. 525 N 7 und ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 525 N 5; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 488, m.w.H.; CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 525 N 2; OFK ZGB-MINNIG, Art. 525 N 3, m.w.H.; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 532 ZGB N 5. Siehe aber auch BsK ZGB II-PIATTI, Art. 532 N 2, m.H. auf die Auffassung von P. PIOTET, SPR IV/1, S. 488, wonach ein Erbvertrag nur subsidiär zu den ihm nachgehenden Verfügungen von Todes wegen herabsetzbar sein sollte, um zu vermeiden, dass es im Ergebnis zu einem Widerruf von an sich einseitig unwiderruflichen Erbvertragsklauseln komme.

²⁰³ Bericht VE 2016, S. 50.

²⁰⁴ Dazu etwa EGGEL, ZBJV 2023, S. 678 ff., m.w.H.

²⁰⁵ Was sich aus den einhelligen Ausführungen zu Art. 525 ZGB ergibt: BsK ZGB II-PIATTI, Art. 525 N 1; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 489, m.w.H.; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 532 ZGB N 2; EGGEL/GERSTER, S. 117.

²⁰⁶ Ähnlich wohl Stellungnahme Advokatenkammer BS, S. 15 ff.

(«Vermächtnis»; s. auch Randtitel und damit die systematische Stellung) nicht erfasst. Die h.L. hält demgegenüber dafür, dass die in Art. 526 ZGB statuierte Lösung auch auf Sachgesamtheiten und Zuwendungen unter Lebenden zur Anwendung kommen sollte²⁰⁷. Das hat der VE 2016 mit einer Neufassung und Verschiebung der Bestimmung aufgenommen (Art. 528 Abs. 3 VE[2016]-ZGB)²⁰⁸, was in der Vernehmlassung begrüsst wurde²⁰⁹.

Nach hierseitiger Einschätzung kann eine solche Klärung bzw. Anpassung inhaltlich durchaus vorgenommen werden: Damit wird der Gedanke gefestigt bzw. weiter umgesetzt, dass inhaltliche Entscheide des Erblassers («A soll Gegenstand B erhalten») – sei es in Rechtsgeschäften unter Lebenden wie von Todes wegen – möglichst zu respektieren sind, und über das Pflichtteilsrecht von den Pflichtteilserben vom Nachlass losgelöst²¹⁰ nur wertmässige, nicht aber «sachbezogene» Korrekturen erreicht werden können sollen²¹¹. Dass die rückleistungspflichtige Beklagte die Art der Rückleistung wählen kann, scheint ebenfalls sachgerecht, muss sie doch bereits die – allenfalls für sie nicht absehbare und konzeptionell nicht ihrer Rechtssphäre zuzuordnende – Herabsetzung gewärtigen²¹².

Allerdings erscheint die Umsetzung im VE 2016 systematisch nicht geglückt²¹³. Die eine Zuwendung von Todes wegen (Vermächtnis) betreffende Regelung kann in Art. 526 ZGB belassen werden, erweitert um Sachgesamtheiten, während Art. 528 ZGB um einen für die Zuwendungen unter Lebenden dasselbe anordnenden Abs. 3²¹⁴ ergänzt werden sollte, der schlicht auf Art. 526 ZGB verweist.

Vorschlag

Art. 526 ZGB I 2. Vermächtnis einer einzelnen Sache oder Sachgesamtheit

Gelangt das Vermächtnis einer einzelnen Sache, die ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden kann, oder einer Sachgesamtheit zur Herabsetzung, so kann der Bedachte entweder gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sachen selbst oder anstatt der Sachen den verfügbaren Betrag beanspruchen.

Art. 528 I 3. Bei Verfügungen unter Lebenden I b. Rückleistung

³ Gelangt die Zuwendung unter Lebenden einer einzelnen Sache, die ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden kann, oder einer Sachgesamtheit zur Herabsetzung, so kann der rückleistungspflichtige Empfänger wie in Art. 526 dieses Gesetzes vorgehen.

²⁰⁷ PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 526 ZGB N 2 f.; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 526 N 1 f.; CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 526 N 1 f.; OFK ZGB-MINNIG, Art. 526 N 2; SHK ZGB-EIGENMANN, Art. 526 N 3; BK ZGB-TUOR, Art. 526 N 6 ff.; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 526 N 3; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 508 f.

²⁰⁸ Siehe Bericht VE 2016, S. 51 f.

²⁰⁹ Stellungnahme Advokatenkammer BS, S. 15 ff.; Stellungnahme UniBS, S. 21.

²¹⁰ Zur Ausgestaltung als echtes Noterbenrecht – und damit einem Anspruch auf Erbenstellung mit Berechtigung am vorhandenen Nachlass –, wenn der Pflichtteilserbe seinen Pflichtteil nicht dem Werte nach erhalten hat, siehe Ziff. 4.1.3 a.E.

²¹¹ CR CC II-PIOTET, Art. 522 N 24 ff.; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 522 N 3; deutlich auch BGE 110 II 228 E. 7d S. 233: «Jedenfalls ist die Rückerstattung in natura mit dem Zweck und der Ausgestaltung der Herabsetzungsklage, die als persönliche Klage keinen Aussonderungsanspruch gewährt und bloss die wertmässige Wiederherstellung der Pflichtteile herbeiführen will, nicht vereinbar».

²¹² Dass die Rückleistungsschulderin über die Art und Weise der Erfüllung entscheiden darf, entspricht ferner auch dem in Art. 72 OR normierten Grundsatz; vgl. zum Wahlrecht im Kontext der Herabsetzung etwa CR CC II-PIOTET, Art. 526 N 5 f.; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 526 N 1; SHK ZGB-EIGENMANN, Art. 526 N 1; OFK ZGB-MINNIG, Art. 526 N 3; CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 526 N 1.

²¹³ Ebenso Stellungnahme UniBS, S. 21.

²¹⁴ So denn nicht Abs. 2 aus dem Herabsetzungsrecht herausgelöst wird (siehe dazu Ziff. 4.2.2.b hievore).

4.3 Auslegung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB: Objektive oder subjektive Theorie

Die Frage nach der Reichweite von Art. 527 Ziff. 1 ZGB ist eine oft diskutierte²¹⁵. Dabei geht es zunächst um die gemäss dieser Ziffer herabsetzbaren *Objekte*:

- Ein Teil der Lehre legt die Bestimmung – aus der Optik des Pflichtteilsschutzes – zurückhaltend aus, wonach nur solche Zuwendungen der Herabsetzung unterliegen, die nach dem Willen des Erblassers zur Ausgleichung hätten kommen sollen – weil er sie angeordnet oder nicht davon dispensiert hat –, dieser aber durch äussere Umstände entzogen bleiben²¹⁶. Die Perspektive ist hier der Schutz des Erblasserwillens, weshalb von der *subjektiven Theorie* gesprochen wird.
- Ein anderer Teil der Lehre und das Bundesgericht halten demgegenüber dafür, dass die Bestimmung dann greifen soll, wenn Zuwendungen, die objektiv betrachtet zur Ausgleichung gelangen müssten (weil es sich um ein Ausgleichungsobjekt nach Art. 626 Abs. 2 ZGB handelt oder durch positive Ausgleichungsanordnung des Erblassers), dieser aber entzogen werden (durch Ausgleichungsdispens des Erblassers bei der gesetzlichen Ausgleichung, weil der Zuwendungsempfänger nicht Erbe wird, usw.)²¹⁷. Da der Fokus hier auf einer bestimmten Art von Zuwendungen liegt, wird von der *objektiven Theorie* gesprochen. Diese Theorie unterstellt potentiell mehr Vermögen der Hinzurechnung und Herabsetzung²¹⁸.

Diese unterschiedlichen Zugänge werden abgeschwächt oder noch verstärkt – wobei dies vor allem die objektive Theorie betrifft –, je nach Haltung zur Frage, welche *Subjekte* im Rahmen dieser Ziffer zur Herabsetzung herangezogen werden können²¹⁹:

- Die *extensive Auslegung* steht u.a. auf dem Standpunkt, dass Art. 527 Ziff. 1 ZGB – anders als Art. 626 Abs. 2 ZGB – nicht nur Nachkommen als Zuwendungsempfänger im Blick hat, sondern die (gesetzlichen) Erben im Allgemeinen und damit etwa auch den überlebenden Ehegatten²²⁰.

²¹⁵ Vgl. etwa BGE 126 III 171 E. 3 S. 173 ff.; BGE 116 II 667 E. 2 f. S. 670 ff.; BGE 107 II 119 E. 3b S. 129 ff.; BGE 98 II 352 E. 3 S. 356 ff.; BGE 76 II 188 E. 2 S. 192 f.; BGE 71 II 69 E. 4 S. 77 f.; BGE 52 II 12 S. 14; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 527 N 4 f.; BK ZGB-TUOR, Art. 527 N 3 ff.; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 527 N 7 f.; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 449 ff.; DRUEY, Grundriss, § 6 N 74 ff.; GUINAND/STETTLER/LEUBA, S. 70 f.; ZINGG, Offene Fragen, S. 1 ff.

²¹⁶ Grundlegend P. PIOTET, SPR IV/1, S. 449 ff.; ferner EITEL, ZBJV 2006, S. 468 ff.; DERS., ZBJV 1998, S. 752 ff.; DERS., Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 630 f.; DERS., Was lehrt uns BGE 131 III 49 auch noch, Rz. 25 ff.; MÜLLER, S. 120 ff.; STAUDMANN, S. 95 f.; VOLLERY, S. 320; WINISTÖRFER, S. 213 f.; ZOLLER, S. 87 ff.

²¹⁷ Bericht PIOTET, S. 42, m.w.H.; BGE 116 II 667 E. 2 f. S. 670 ff.; BGE 107 II 119 E. 3b S. 129 ff.; BGE 98 II 352 E. 3 S. 356 ff.; BGE 76 II 188 E. 2 S. 192 f.; BGE 71 II 69 E. 4 S. 77 f.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 27 ff.; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 527 N 8; BK ZGB-TUOR, Art. 527 N 4 f.; DRUEY, Grundriss, § 6 N 76; BK ZGB-WEIMAR, Art. 475 N 11; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 527 N 4; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 477; AMACKER, S. 12 f.

²¹⁸ Gleichzeitig ist damit auch eine nicht zu unterschätzende Aussage zur Reichweite – und folglich zum Zweck – des Ausgleichungsrechts getroffen, nämlich dazu, ob es bei diesem um eine Gleichbehandlung der Erben geht oder (bloss) um eine Gleichbehandlung der Erben, sofern und soweit der Erblasser das wünscht (auch und gerade im Kontext von Art. 626 Abs. 2 ZGB). Dies akzentuiert sich noch, wenn man die Frage nach der Geltung der Versorgungs- oder Schenkungskollation bei Art. 626 Abs. 2 ZGB einbezieht (zum Zweck des Ausgleichungsrechts siehe Ziff. 3.2.2 hievore). Dies ist gedanklich beim Entscheid der vorliegenden Frage im Pflichtteilsrecht einzubeziehen, inhaltlich aber andernorts – nämlich im Rahmen des Ausgleichungsrechts – zu behandeln (siehe Ziff. 5.1.2 hienach). Nach hier vertretener Auffassung sollten Art. 527 Ziff. 1 ZGB und Art. 626 Abs. 2 ZGB sicher in dieser Hinsicht kongruent verstanden werden (siehe EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 592).

²¹⁹ Zusammenfassend zu dieser Kontroverse ZINGG, Offene Fragen, S. 57 ff., m.w.H.; vgl. auch LAVANCHY, S. 261 ff.

²²⁰ So deutlich BGE 107 II 119 E. 3.b S. 130; BGER 5D_22/2015, E. 3.2; EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 594; DERS., ZBJV 2018, S. 457 f.; DERS., ZBJV 1998, S. 753 f.; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 527 ZGB N 11; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 527 N 10; BK ZGB-TUOR, Art. 527 N 4a; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 527 N 4; BK ZGB-WEIMAR, Art. 475 N 10 f.; BIRRER, S. 495; BRÜCKNER, S. 199; GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 135 ff.

- Demgegenüber geht die *restriktive Auslegung* davon aus, dass die Herabsetzungssubjekte in Art. 527 Ziff. 1 ZGB den Ausgleichsschuldern von Art. 626 Abs. 2 ZGB entsprechen²²¹.

Es handelt sich offensichtlich um einen wichtigen Aspekt des Pflichtteilsrechts, da damit seine Reichweite in bedeutender Weise bestimmt wird. Deshalb wurde (wohl) bereits im VE 2016 eine Lösung vorgeschlagen, und zwar im Sinne einer Klärung zugunsten der objektiven Theorie²²². Dies hat in der Vernehmlassung breit Anklang gefunden²²³, wenngleich die Umsetzung als nur bedingt gelungen eingeschätzt wurde²²⁴. Offen geblieben ist demgegenüber die Frage, ob die restriktive oder die extensive Auslegung den Vorzug verdient, wobei davon auszugehen ist, dass die extensive Auslegung mit der objektiven Theorie zusammen gedacht wurde, so wie dies die Mehrheit der Lehre tut.

Es dürfte sinnvoll sein, die Frage gesetzgeberisch zu beantworten. Mit Blick auf *inhaltliche* Erwägungen – doch dies ist letztlich offensichtlich ein politischer Entscheid²²⁵ – könnte man eine Klärung der Streitfrage zugunsten der *subjektiven Theorie* vertreten, mit folgender Begründung: Der Pflichtteil ist weniger – auch wenn dies regelmässig so beschrieben und wahrgenommen werden dürfte²²⁶ – eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers als vielmehr die *Sicherung eines bestimmten Wertes am* (erweiterten) *Nachlass* – nicht des Vermögens – zugunsten von Nachkommen und überlebenden Ehegatten (mittels Quote an der Pflichtteilsberechnungsmasse)²²⁷. Ziel von Art. 527 ZGB und der Herabsetzung insgesamt ist es in einer solchen Einordnung mitunter, Zuwendungen zum Nachlass zurückzuführen (oder in einem ersten Schritt immerhin diesem hinzuzurechnen), die diesem eigentlich zukommen müssten. Mit der Hinzurechnung bestimmter lebzeitiger Zuwendungen soll also verhindert werden, dass der Pflichtteilsschutz ausgehöhlt werden könnte – aber auch nicht mehr. Exemplarisch dafür steht Ziff. 4 von Art. 527 ZGB, der gleichsam den wertungsmässigen – nicht konzeptionellen – Kern der Bestimmung bildet, welche die herabsetzbaren lebzeitigen Zuwendungen festlegt: Lebzeitige Vermögensentäusserungen mit dem offensichtlichen Zweck, den Nachlass – und damit den Pflichtteil – zu schmälern, müssen erfasst sein, wenn man das Pflichtteilsrecht nicht einfach umgehen können soll²²⁸. Bei Ziff. 3 der genannten Bestimmung wird die Zurechnung begründet durch die zeitliche Nähe zum Tod des Erblassers²²⁹, bei Ziff. 2 wiederum ergibt sich die Verbindung zum Nachlass über den Einbezug (als Gegenleistung) in eine Verfügung von Todes wegen, während Ziff. 1 schliesslich die Situation adressiert, dass Zuwendungen über die Ausgleichung (nach Anordnung des Erblassers oder – infolge fehlender erblasserischer Dispens – gesetzlicher Vermutung/Anordnung) eigentlich in den Nachlass (!) fallen müssten, aufgrund äusserer Umstände aber nicht zur Ausgleichung herangezogen werden können.

Vorschlag (subjektive Theorie)

Art. 527 ZGB

Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

²²¹ Insb. P. PIOTET, SPR IV/1, S. 449 ff.; und etwa DERS., JdT 1992 I, S. 347 ff.; DERS., ZBGR 1989, S. 217; DERS., JdT 1982 I, S. 23 ff.; THORENS, S. 33 ff.; PICENONI, ZBGR 1978, S. 67 Fn. 2, m.H. auf BGE 76 II 69 E. 4.a S. 77 und BGE 76 II 188 E. 2 S. 192; wohl auch BREITSCHMID *et al.*, S. 190 f.

²²² Bericht VE 2016, S. 42 ff.

²²³ Stellungnahme NKF, S. 8; Stellungnahme SNV, S. 6 f.; Stellungnahme UniBS, S. 17 f.; Stellungnahme UniFR, S. 17; a.M. Stellungnahme UniLS, S. 11.

²²⁴ Stellungnahme NKF, S. 8; Stellungnahme Advokatenkammer BS, S. 15 ff.; Stellungnahme UniBS, S. 17 f.; Stellungnahme WengerPlattner, S. 2; Stellungnahme Verein Successio, S. 10 ff.

²²⁵ Vgl. dazu die Vorbemerkungen unter Ziff. 2 und Ziff. 3.1.

²²⁶ Dafür spricht etwa auch die systematische Stellung (Zweiter Abschnitt: Die Verfügungsfreiheit, A. Verfügbarer Teil).

²²⁷ Siehe zu den Zwecken des Pflichtteilsrechts die Ausführungen unter Ziff. 3.2.2 hievore.

²²⁸ Zum Verständnis des Zwecks von Ziff. 4 ist der in der Lehre verschiedentlich vorgetragene Hinweis auf die Anfechtungsklagen des SchKG hilfreich (siehe BsK ZGB II-PIATTI, Art. 527 N 10; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 527 N 27; WOLF, ZBJV 2014, S. 445 Fn. 44, m.H. auf BGER 5A_835/2012).

²²⁹ Zum Zweck von Art. 527 Ziff. 3 ZGB siehe Ziff. 4.4 sogleich.

1. alle unentgeltlichen Zuwendungen, die nach der gesetzlichen Ordnung mangels erblasserischer Dispens [zwischen den Nachkommen / zwischen den Pflichtteilserben / zwischen den Erben] objektiv oder nach erblasserischer Verfügung subjektiv zwar zur Ausgleichung gelangen müssten, aber im Einzelfall nicht zur Ausgleichung kommen;

Da das Bundesgericht und die wohl überwiegende Lehre die *objektive Theorie* vertreten, kann – ein Stück weit losgelöst von wertenden, politischen Zweckerwägungen – im Sinne der Rechtssicherheit dieser Lösung der Vorzug gegeben werden²³⁰. Inhaltlich verbindet sich damit folgende Stellungnahme: Je mehr das Pflichtteilsrecht gewissen Erben (Nachkommen, überlebender Ehegatte) *Vermögen* – und nicht bloss Nachlass – erhalten soll, scheint es naheliegend, weiter zurückliegende und damit mehr lebzeitige Zuwendungen einzubeziehen. Und wenn das Pflichtteilsrecht weiter auch als Instrument der *Gleichbehandlung der Pflichtteilserben* verstanden wird, so ist es ebenso naheliegend, mit der objektiven Theorie insbesondere dem gesetzlichen Ausgleichsrecht (Art. 626 Abs. 2 ZGB) auch im Pflichtteilsrecht weitestgehend Nachachtung zu verschaffen. Dies wären freilich dem Pflichtteilsrecht bisher fremde Zwecke²³¹, die allerdings von den Vertretern der objektiven Theorie bereits regelmässig angeführt werden²³². Mit dieser Lösung wird in Kauf genommen, dass die wertungsmässige Diskrepanz zwischen Art. 527 Ziff. 1 und Ziff. 3 grösser wird²³³, was nur begründbar ist, wenn der Pflichtteil eben auch eine gewisse Gleichheit zwischen den Pflichtteilserben erhalten soll. In diesem Sinne wäre die objektive Theorie zu verstehen als Absicherung der Pflichtteilserben gegen Ungleichbehandlung durch den Erblasser gegenüber anderen Pflichtteilserben, was wiederum dem Pflichtteilsrecht teleologisch besehen eher den Charakter einer Verfügungsbeschränkung beimisst. Und: Letztlich wird damit der Pflichtteil – wirtschaftlich betrachtet – vergrössert, was der Stossrichtung der ersten Etappe der Erbrechtsreform entgegenläuft²³⁴. Diesfalls würde auch der Entscheid, ob die Versorgungs- oder Schenkungskollation gelten soll, gewichtiger²³⁵. Freilich kann dem zugunsten der objektiven Theorie entgegengehalten werden, dass es mit der erfolgten Reduktion der Quoten und Verkleinerung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten im Rahmen der ersten Etappe sein Bewenden haben soll.

Vorschlag (objektive Theorie)

Art. 527 ZGB

Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

1. alle unentgeltlichen Zuwendungen, die nach der gesetzlichen Ordnung [zwischen den Nachkommen / zwischen den Pflichtteilserben / zwischen den Erben] objektiv oder nach erblasserischer Verfügung subjektiv zwar der Ausgleichung unterworfen sind oder sein müssten, aber im Einzelfall nicht zur Ausgleichung kommen;

In beiden Vorschlägen wird ein deutlicher Bezug zu Art. 626 Abs. 2 ZGB hergestellt, womit im Grunde auch die Frage nach dem Personenkreis der Herabsetzungsschuldner (extensive oder restriktive Auslegung) beantwortet wird. Ob also insbesondere der überlebende Ehegatte in Art. 527 Ziff. 1 ZGB als Herabsetzungsschuldner einbezogen ist, hängt davon ab, wie man Art. 626 Abs. 2 ZGB ausgestaltet wird. Will man die Frage ausdrücklich klären, könnte der Personenkreis ausdrücklich aufgenommen werden.

Sollte man sich für eine zurückhaltende Ausgestaltung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB – und auch Art. 626 Abs. 2 ZGB – entscheiden, so wäre zu erwägen, ob man nicht die Tragweite der Art. 527 Ziff. 3 und 4

²³⁰ Ebenso SCHNYDER, S. 187 f.

²³¹ Dazu wiederum Ziff. 3.2.2 hievov.

²³² Etwa ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 527 N 8: «[...] dass andernfalls die Pflichtteilsberechtigten hilflos zusehen müssten, wie der Erblasser die einen Erben durch Dispens von der Ausgleichung begünstigt und durch diese Begünstigung ihren Pflichtteil schmälert, [...]»; BK ZGB-TUOR, Art. 527 N 4a: «[...] so läge es in der Macht des Erblassers, Erben auf Kosten pflichtteilsberechtigter Erben zu bevorzugen».

²³³ Bericht PIOTET, S. 42 f.

²³⁴ Bericht PIOTET, S. 43, sowie Stellungnahme UniLS, S. 11, die gleich die Abschaffung von Ziff. 1 vorschlagen.

²³⁵ Dazu Ziff. 5.1.2 hienach; zu den Zusammenhängen mit dem Ausgleichsrecht auch Fn. 218 hievov.

ZGB klären und gegebenenfalls erweitern will, wie dies von der Lehre vor diesem Hintergrund schon verschiedentlich vorgetragen wurde²³⁶. Zu denken wäre insbesondere an eine Verlängerung der Frist von Ziff. 3, aber auch einer deutlicheren Formulierung von Ziff. 4, wie folgt:

Art. 527 ZGB

Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

[...]

4. die Entäusserung von Vermögenswerten, die der Erblasser treuwidrig zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat oder bei denen er eine solche in Kauf genommen hat.

Zu bedenken wäre schliesslich noch, wie sich dies – besonders wenn der objektiven Theorie gefolgt würde – auf Art. 579 Abs. 1 ZGB auswirken soll²³⁷.

4.4 Sinn und Zweck der 5-Jahres-Frist in Art. 527 Ziff. 3 ZGB?

Verschiedentlich wird über Sinn und Zweck der 5-Jahres-Frist von Art. 527 Ziff. 3 ZGB in unterschiedlichen Bezügen diskutiert: Bereits im Bericht zum VE 2016 wurde etwa die in der Lehre aufgeworfene Frage thematisiert, ob die Differenzierung begründbar ist, dass unentgeltliche Zuwendungen im Anwendungsbereich von Art. 527 Ziff. 1 ZGB zeitlich unbegrenzt bei der Herabsetzung Berücksichtigung finden, während die gleichen und gleichartige Zuwendungen im Rahmen von Art. 527 Ziff. 3 ZGB nur dann einzubeziehen sind, wenn sie längstens fünf Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind²³⁸. Ebenso wird die Abgrenzung von Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB diskutiert, auch mit Blick auf die Ungleichbehandlung in zeitlicher Hinsicht, m.a.W., ob nicht auch Ziff. 4 zeitlich begrenzt werden müsste²³⁹. Schliesslich wird über die Länge der Frist selbst und ihren Wirkungsmechanismus debattiert²⁴⁰.

Was das *Verhältnis von Ziff. 3 zu Ziff. 1* angeht, ist zu beachten, dass die Situation, mit der sich letztere Ziffer befasst, zeitlich auf den Erbgang zu liegen kommt: Die Ausgleichspflicht entsteht erst mit dem Tod des Erblassers; erst dann entscheidet sich, ob Zuwendungen zur Ausgleich herangezogen werden (können) oder nicht, und folglich auch, ob sie – wenn sie der Ausgleich entzogen bleiben – in die Herabsetzung einzubeziehen sind. Dogmatisch und teleologisch kann also nicht davon gesprochen werden, dass bei Ziff. 1 ein längerer Zeitraum berücksichtigt würde, als bei Ziff. 3. Zuzugeben ist, dass dies wirtschaftlich betrachtet der Fall sein mag. Es ist aber zu bedenken, dass Ziff. 1 eben eine ganz eigene Funktion hat: Unabhängig davon, ob man der subjektiven oder der objektiven Theorie folgt²⁴¹, geht es darum, dass der Mechanismus der Ausgleichung wenigstens in einem bestimmten Umfang sicher zum Tragen kommt und nicht durch äussere Umstände – die ja insbesondere auch durch Ausgleichungsverpflichtete herbeigeführt werden können (Ausschlagung) – aussichtslos würde. Geschützt wird der Wille des Erblassers nach Gleichbehandlung. Dies wird erreicht durch den Einbezug in die Pflichtteilsberechnung und die Herabsetzung. Demgegenüber ist der Zweck der Ziff. 3 und 4 ganz und gar auf das Pflichtteilsrecht bezogen, dass nämlich verhindert werden soll, dass dieses umgangen werden könnte. Ein Gleichlauf mit Blick auf Fristen scheint folglich vor diesem Hintergrund nicht angezeigt.

²³⁶ Siehe WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 477, m.w.H.

²³⁷ Das Bundesgericht vertritt bei dieser Bestimmung – ohne auf Art. 527 Ziff. 1 ZGB Bezug zu nehmen – die subjektive Theorie. Siehe BGE 131 III 49 E. 4.2 f. S. 56 ff.; kritisch dazu WEIBEL, Jusletter 2005. Begründungen für eine Ungleichbehandlung beider Normen werden vorgetragen und wären zu prüfen; zum Ganzen PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 527 ZGB N 11b ff., m.w.H.

²³⁸ Bericht VE 2016, S. 45.

²³⁹ Bericht BREITSCHMID, N 39.

²⁴⁰ Bericht BREITSCHMID, N 39.

²⁴¹ Dazu Ziff. 4.3 hievore.

Damit ist auch das *Verhältnis der beiden Ziff. 3 und Ziff. 4* bereits angesprochen. *Ziff. 4* ist im Grunde notwendig verbunden mit dem Pflichtteilsrecht und bildet deshalb wertungsmässig den Kern von Art. 527 ZGB²⁴²: Wenn eine gewisse Quote am Nachlass der Verfügungsfreiheit des Erblassers entzogen und den Pflichtteilserven gesichert sein soll, so darf das nicht ausgehöhlt oder entkernt werden durch unentgeltliche Zuwendungen unter Lebenden die letztlich einzig oder grösstenteils darauf abzielen, den Nachlass zu schmälern, obwohl sie dogmatisch noch das Vermögen betreffen. Werden solche lebzeitigen Geschäfte vorgenommen, um die Wertsicherung «Pflichtteil» zu umgehen, so verdient dies – wie jedes andere rechtsmissbräuchliche Verhalten – keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Die Bestimmung ist ein Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots²⁴³.

Demgegenüber ist *Ziff. 3* eine – wohl aus Gründen der Beweiserleichterung – von allen Umständen des Einzelfalls abstrahierende Bestimmung, mit der alle unentgeltlichen Zuwendungen in die Pflichtteilsberechnung einbezogen werden, die in einer gewissen zeitlichen Nähe zum Tod des Erblassers – und damit zum Nachlass – stehen. Man könnte aufgrund der durch die Abstrahierung erreichten Beweiserleichterung von einem konzeptionellen Kern von Art. 527 ZGB sprechen: Für alle unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen innert dieser – letztlich austauschbaren, aber typischen²⁴⁴ – Frist geht der Gesetzgeber unwiderlegbar davon aus (Fiktion), dass sie in einer solchen Nähe zum Tod, und damit zum Nachlass – über den der Erblasser ja eben nur bis zur Grenze des Pflichtteilsrechts verfügen soll – zu liegen kommen, dass sie in die Pflichtteilsberechnungsmasse einzubeziehen sind²⁴⁵. Es zeigt sich hier noch einmal deutlich: Pflichtteilsschutz bedeutet Erhalt des *Nachlasses*. Damit dieses Anliegen nicht ausgehöhlt werden kann, müssen über die sog. Pflichtteilsberechnungsmasse auch bestimmte lebzeitige Zuwendungen einbezogen werden, *i.e.*, für hinzurechen- und gegebenenfalls herabsetzbar erklärt werden. Die gewählte Fünfjahresfrist ist – wie ausgeführt – durchaus typisch, kann aber verlängert²⁴⁶ oder verkürzt²⁴⁷ werden, was schon die Gesetzgebungsgeschichte der geltenden Norm zeigt²⁴⁸. Ebenfalls könnte angeordnet werden, dass die Hinzurechen- und Herabsetzbarkeit der Zuwendungen jährlich abnehmen²⁴⁹. Verbunden ist damit jeweils eine Stellungnahme zur Reichweite des Pflichtteils und damit seiner wirtschaftlichen Bedeutung: Je mehr sich der Pflichtteil auch auf das Vermögen bezieht, umso eher wird einem Gedanken von Verfänglichkeit des *Vermögens* – nicht bloss des Nachlasses – gegenüber Nachkommen und überlebendem Ehegatten Nachachtung verschafft²⁵⁰.

²⁴² Dazu bereits Ziff. 4.3 a.E. hievov; zur bundesgerichtlichen Anwendungspraxis von Art. 527 Ziff. 4 ZGB auch BREITSCHMID, AJP 2003, S. 706 f.

²⁴³ Wenn HUBER die der Norm als Vorbilder zugrundeliegenden kantonalen Normen beschreibt, so spricht er davon, dass diese sich der Fälle annähmen, «*da die Form einer Schenkung unter Lebenden dazu missbraucht worden sei, die Bestimmungen über den Pflichtteil zu umgehen*» (HUBER, System und Geschichte II, S. 307 [Hervorhebung durch den Verfasser]; auch nach RÖTHEL, Umgehung, S. 166, «*ist eine Missbrauchsabsicht [...] in der Schweiz konstitutive Voraussetzung für die Schenkungseinbeziehung*»).

²⁴⁴ Weitere Beispiele von Fünfjahresfristen etwa aus dem SchKG finden sich in Art. 8a Abs. 4 oder Art. 288 Abs. 1; siehe aber auch Art. 128, Art. 210 Abs. 2, Art. 219 Abs. 3, oder Art. 371 Abs. 1 und 2 OR und insb. Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

²⁴⁵ Vgl. ZINGG, Offene Fragen, S. 28.

²⁴⁶ Etwa auf eine zehnjährige Frist wie Art. 127 OR und im VE(1900)-ZGB.

²⁴⁷ Etwa eine dreijährige Frist wie bei Art. 67 OR. Allerdings ist zuzugeben, dass die dreijährigen Fristen eher die relativen Verwirkungsfristen betreffen.

²⁴⁸ Siehe Ziff. 3.2.1 hievov.

²⁴⁹ Ein gleitendes «Abschmelzen» wie in § 2325 Abs. 3 BGB (vgl. bereits Fn. 46): «*Die Schenkung wird innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt. Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe*». Demgegenüber aufgeschlossen Bericht BREITSCHMID, N 39; allgemein-rechtsvergleichend zu den Fristen RÖTHEL, Umgehung, S. 164 ff., insb. S. 165.

²⁵⁰ Dazu wiederum Ziff. 3.2.1 hievov.

4.5 Lebzeitige Zuwendungen durch dem Erblasser nahestehende Personen (Zulässigkeit des Durchgriffs) (Art. 527 ZGB)

Bisweilen wird im Herabsetzungsrecht thematisiert, ob nicht Zuwendungen, die der Erblasser über eine von ihm beherrschte juristische Person ausrichtet, ihm selbst als Zuwendungen aus seinem Vermögen zuzurechnen seien²⁵¹.

Zu diskutieren wäre damit die Figur des Durchgriffs²⁵² und seine allfällige Relevanz für das Herabsetzungsrecht²⁵³. Dazu ist vorab kurz darzulegen, was mit «Durchgriff» bezeichnet wird. Zu unterscheiden ist zwischen echtem und unechtem Durchgriff.

- Von einem *echten* Durchgriff wird gesprochen, wenn einzelfallweise die formale Trennung zwischen zwei Personen unberücksichtigt bleibt, weil die Berufung darauf rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist und beide Personen wirtschaftlich identisch sind²⁵⁴. In der Regel führt dies zu einer Haftung des Gesellschaftsinhabers für Gesellschaftsschulden (*Haftungsdurchgriff*)²⁵⁵. Soll umgekehrt die Gesellschaft für eine Schuld des Gesellschafters haften, so liegt ein *umgekehrter Haftungsdurchgriff* vor, der nur unter der strengen Voraussetzung angenommen wird, dass Alleineigentümerschaft oder Quasi-Alleineigentümerschaft besteht²⁵⁶.
- Bei einem *unechten* Durchgriff (*Zurechnungsdurchgriff*) wird eine die äusseren Formen durchdringende Auslegung einer Rechtsnorm vorgenommen, so dass es keinen Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) braucht²⁵⁷. Dies ist etwa beim umgekehrten ergänzenden Zurechnungsdurchgriff der Fall, bei dem einem Gesellschafter bestimmte Umstände seiner Gesellschaft zugerechnet und für ihn massgeblich erklärt werden²⁵⁸.

Da juristische Personen grundsätzlich nicht schenken²⁵⁹, scheint es naheliegend, gleichwohl erfolgte unentgeltliche Zuwendungen einer vollständig vom Erblasser kontrollierten juristischen Person diesem *zuzurechnen*, da sie letztlich auch nur von dieser vollständigen Beherrschung her zu erklären sein und Bestand haben werden (Problematik der rechtsgenügelichen *causa* in Dreiecksverhältnissen). Ebenfalls liessen sich so die Ausschüttungen aus Trusts und allenfalls (privatnützigen) Stiftungen erfassen. Demgegenüber ist eine Erweiterung der diesbezüglichen Haftung nicht nötig. Vorgeschlagen wird eine Ergänzung von Art. 527 ZGB um einen Abs. 2:

Vorschlag

Art. 527 ZGB

²⁵¹ Siehe etwa KOLLER, AJP 2021, S. 19 ff.; DERS., AJP 2023, S. 769 ff.; EITEL/BIERI, S. 5 ff.

²⁵² Zum Durchgriff im Allgemeinen siehe statt Vieler BsK ZGB I-REITZE, Vor Art. 52–59 N 7; BsK OR II-HÄUSERMANN/SCHMIDT, Vor Art. 620 N 15 ff. Die nachfolgenden Ausführungen sind auch unter Einbezug des Dissertationsprojekts und der Mithilfe von LUZIUS KAUFMANN, Rechtsanwalt, St. Gallen, entstanden.

²⁵³ Zum Verhältnis von Durchgriff und indirekten Zuwendungen siehe KOLLER, AJP 2021, S. 29; PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 46 ff.

²⁵⁴ BGE 144 III 541 E. 8.3.1 f. S. 545 ff., m.w.H.

²⁵⁵ BGE 144 III 541 E. 8.3.4 S. 548.

²⁵⁶ BGE 102 III 165 E. II.3 S. 172 f.; BGer 5A_587/2007, E. 4.1; BGer 5A_330/2012, E. 4.1 f. Im ausgleichsrechtlichen Kontext siehe KOLLER, AJP 2021, S. 21 f.; EITEL/BIERI, S. 9 ff.; zum umgekehrten Durchgriff im Allgemeinen BGer 4C.381/2001, E. 3a; BGer 5A_498/2007, E. 2; NOBEL, S. 258 ff.; BsK ZGB I-REITZE, Vor Art. 52–59 N 7.

²⁵⁷ Dazu etwa ZK OR-JUNG, Art. 620 N 235 ff.

²⁵⁸ ZK OR-JUNG, Art. 620 N 257 ff.; Obergericht Solothurn, ZKBER.2018.82 vom 23.04.2019 E. II.5.2.

²⁵⁹ Seinen Grund findet dies im wirtschaftlichen Zweck der Unternehmen, der grundsätzlich eine gewisse Gegenleistungs- oder Vorteilerwartung selbst an *prima facie* unentgeltliche Zuwendungen (z.B. Sponsoring) knüpft. Zum (steuerrechtlichen) Grundsatz, dass Kapitalgesellschaften nicht schenken, siehe BGer 2C_655/2018, E. 4.3; BGer 2A.303/1994, E. 3d.

² Dem Erblasser wird als Zuwendung zugerechnet, was von zum Zuwendungszeitpunkt durch ihn kontrollierten juristischen Personen oder von ihm errichteten Sondervermögen unentgeltlich zugewendet wurde.

4.6 Nachverfügungen gegenüber Pflichtteilerben: Herabsetzung statt Ungültigerklärung (Art. 531 ZGB)

In einer Stellungnahme zum Vorentwurf wurde vorgeschlagen, Art. 531 ZGB anzupassen, da sich dieser unbestritten auf einen Fall der Herabsetzung und nicht der Ungültigkeit bezieht²⁶⁰. Darüber, dass der Wortlaut der Bestimmung «irreführend»²⁶¹ ist, dürfte weitgehend Einigkeit bestehen und es ist unangefochtene bundesgerichtliche Rechtsprechung²⁶², dass es sich um einen Herabsetzungstatbestand und eine besondere Art der Herabsetzungsklage handelt²⁶³.

Vorschlag

Art. 531 ZGB

Eine Nachverfügung ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils und insoweit vollständig herabsetzbar; vorbehalten bleibt die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen.

5 Ausgleichung

5.1 Auslegung von Art. 626 ZGB

5.1.1 Verhältnis von Art. 626 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB

Zu prüfen ist zunächst, ob man Art. 626 Abs. 1 ZGB etwas klarer fassen will, damit der Gedanke mit vollständiger Klarheit zum Ausdruck gebracht wird, wonach *sämtliche* Erben das zur Ausgleichung bringen müssen, was ihnen der Erblasser mit entsprechender Anordnung zugewendet hat. Ausgleichungsgläubiger und Ausgleichungsschuldner sind folglich potentiell sämtliche Erben, soweit der Erblasser dies für unentgeltliche lebzeitige Zuwendungen mit entsprechender Verfügung von Todes wegen anordnet (Art. 626 Abs. 1 ZGB) (*gewillkürte Ausgleichung*).

Für den *Kreis seiner engsten Familienangehörigen*²⁶⁴ wird betreffend gewisse Zuwendungen²⁶⁵ eine Ausgleichung durch dispositives Gesetzesrecht – von dem der Erblasser mit ausdrücklicher Dispens abweichen kann²⁶⁶ – angeordnet (Art. 626 Abs. 2 ZGB) (*gesetzliche Ausgleichung*)²⁶⁷.

Vorschlag

Art. 626 ZGB I A. *Ausgleichungspflicht der Erben II. Gewillkürte und gesetzliche Ausgleichung*

¹ *Die Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser mit entsprechender Anordnung bei Lebzeiten unentgeltlich zugewendet hat.*

² [S. Ziff. 5.1.2 sogleich.]

²⁶⁰ Stellungnahme UniLS, S. 11.

²⁶¹ BsK ZGB II-PIATTI, Art. 531 N 1.

²⁶² Siehe BsK ZGB II-PIATTI, Art. 531 N 1, m.H. auf BGE 75 II 190 E. 3 S. 193; BGE 108 II 288 E. 2 S. 291.

²⁶³ BsK ZGB II-PIATTI, Art. 531 N 1; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 531 ZGB N 1, m.w.H.; wohl auch ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 531 N 7 (analog); BK ZGB-TUOR, Art. 531 N 4 f.

²⁶⁴ Zur Stellung des überlebenden Ehegatten siehe Ziff. 5.1.3 hienach.

²⁶⁵ Dazu Ziff. 5.1.2 sogleich.

²⁶⁶ Dazu etwa BGE 131 III 49 E. 4.2 S. 56; BGE 124 III 102 E. 5a S. 106; BGE 126 III 171 E. 2 S. 172; BGE 118 II 282 E. 3 S. 285 ff.; BGer 5C.190/1999, E. 2; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 19; PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 78 ff.; KUKO ZGB-WEBER, Art. 626 N 1.

²⁶⁷ Zur Terminologie statt aller PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 1.

5.1.2 Versorgungs- oder Schenkungskollation insbesondere

Die Diskussion, ob Art. 626 Abs. 2 ZGB auf dem Grundsatz der *Versorgungskollation* oder demjenigen der *Schenkungskollation* steht, wurde und wird breit geführt²⁶⁸. Im Kern – aber in vielen Nuancen vertreten – geht es darum, ob der gesetzlich vorgesehenen Ausgleichspflicht unter den erbenden Nachkommen²⁶⁹ nur unentgeltliche Zuwendungen unterliegen, denen objektiver Ausstattungscharakter zukommt (Versorgungskollation)²⁷⁰, oder ob sämtliche unentgeltlichen Zuwendungen (einer gewissen Grösse) darunter zu fassen sind (Schenkungskollation)²⁷¹. Wenig überraschend wurde das Thema auch vom VE 2016 aufgenommen²⁷² und wohl zugunsten der Versorgungskollation zu klären versucht. Das wurde gemischt beurteilt²⁷³, wobei vor allem auch die unklare Umsetzung kritisiert wurde²⁷⁴.

Es dürfte sinnvoll sein, diese offene Frage gesetzgeberisch zu beantworten²⁷⁵. Für welche Variante man sich entscheidet, hängt damit zusammen, wie man den sorgfältigen Erblasser einschätzt: Ist ihm an einer Gleichbehandlung der Nachkommen hinsichtlich Zuwendungen zur Ausstattung gelegen oder vielmehr sämtlicher (grösserer) unentgeltlicher Zuwendungen? Dies ist mangels Vorhandensein von Zahlen klar ein politischer Entscheid. Nicht zu unterschätzen ist der Zusammenhang mit der Bedeutung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB: Folgt man dort der objektiven Theorie, ist es entscheidend, welche Zuwendungen nach Art. 626 Abs. 2 ZGB der Ausgleichung unterliegen würden. Eine Dispens des Erblassers könnte eine zwar nach der gesetzlichen Ordnung der Ausgleichung unterliegende Zuwendung derselben entziehen, womit ihr aber nicht die Relevanz für die Pflichtteilsberechnung über Art. 527 Ziff. 1 ZGB genommen wäre. Es wird damit – je nach Vorentscheid bei Art. 527 Ziff. 1 ZGB – eine ganz bedeutende Festlegung der Bindung des Vermögens des Erblassers erfolgen und auch, welches Verständnis von Gleichbehandlung der Erben verfolgt wird²⁷⁶.

Für die Lösung «*Versorgungskollation*» wurde etwa vorgeschlagen, zur Umschreibung der Ausstattung die Worte des Bundesgerichts zu übernehmen²⁷⁷. Nach hier vertretener Auffassung sollte das Wort

²⁶⁸ Ausführliche Zusammenfassung im Bericht PIOTET, S. 39 ff., oder bei ZEITER, S. 66 ff. Auf die Frage, ob bloss Schenkungen oder auch andere unentgeltliche Zuwendungen der gesetzlichen Ausgleichung unterworfen sind, wird im Rahmen der Begriffsklärungen zurückzukommen sein (siehe Ziff. 6.1 hienach).

²⁶⁹ Zur Stellung des überlebenden Ehegatten siehe Ziff. 5.1.3 hienach.

²⁷⁰ In der Schweiz entschied sich Gesetzesredaktor HUBER für eine Anlehnung an diese deutsche Lösung, dazu Ziff. 3.3.1 hievori; siehe BGE 131 III 49 E. 4.1.2 S. 55; BGE 116 II 667 E. 3 S. 673 (wonach allerdings Liegenschaftszuwendungen stets Ausstattungscharakter zukomme, bestätigt etwa in BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 158); BGE 107 II 119 E. 3b S. 130 ff.; BGE 77 II 36 S. 38; BGE 76 II 188 E. 6 S. 196; ebenso ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 527 N 14, Art. 626 N 39; BSK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 14 ff.; CR CC II-PIOTET, Art. 626 N 46; PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 49 ff.; BENN, S. 57 ff.; P. PIOTET, FS Sandoz, S. 404 ff.; AEBI-MÜLLER, Begünstigung, S. 207; STEINAUER, successions, N 184, m.w.H. in Fn. 42; SEEBERGER, S. 256 f.; GUINAND/STETTLER/LEUBA, S. 103 ff.; VOLLERY, S. 33 ff.; STAUDMANN, S. 48 ff.; AMACKER, S. 9 f.

²⁷¹ DRUEY, Grundriss, § 7 N 38; EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 295 ff.; EITEL, ZBJV 1998, S. 736 f.; BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 76 ff., insb. N 92; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 26 ff.; RÖSLI, S. 83 ff.; die Schenkungskollation mit Blick auf den Gesetzeswortlaut klar ablehnend BGE 116 II 667 E. 3 S. 674 (und weitere in Fn. 270 soeben). Hinsichtlich der Zuwendungsgrösse finden sich unterschiedliche Standpunkte: Von den Grosszuwendungen mit Blick auf den jeweiligen Nachlass (so etwa BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 91 ff.; WINISTÖRFER, S. 174 ff.) bis hin zu sämtlichen Zuwendungen abgesehen von Gelegenheitsgeschenken («französische Konzeption»; vgl. WIDMER, S. 85 ff.; ROSSEL/MENTHA, N 1161).

²⁷² Bericht VE 2016, S. 42 ff.

²⁷³ Bezüglich der Versorgungskollation **positiv** etwa Stellungnahme NKF, S. 8 ff.; **ablehnend** Stellungnahme SGNV, S. 6 f. (insb. auch hinsichtlich der technischen Umsetzung); Stellungnahme UniFR, S. 17 f.

²⁷⁴ Stellungnahme SGNV, S. 6 f.; Stellungnahme SNV, S. 6 f.; Stellungnahme UniGE, S. 10 f.; Stellungnahme Verein Successio, S. 10 ff.

²⁷⁵ Ebenso Stellungnahme UniBS, S. 17 f.; Stellungnahme WengerPlattner, S. 2.

²⁷⁶ Zum Zweck der Ausgleichung siehe Ziff. 3.3.2 hievori.

²⁷⁷ Grundlegend und statt Vieler BGE 76 II 188 E. 6 S. 196: «Zweck der Existenzbegründung, -sicherung und -verbesserung». Siehe auch Stellungnahme UniFR, S. 12; Stellungnahme UniGE, S. 10.

Ausstattung beibehalten werden und seine Konkretisierung – wenn überhaupt – anderweitig sichergestellt werden²⁷⁸.

Vorschlag «Versorgungskollation»

Art. 626 ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben II. Gewillkürte und gesetzliche Ausgleichung

² *Was der Erblasser seinen Nachkommen unentgeltlich zum Zwecke der Ausstattung zugewendet hat, haben diese untereinander als Erbvorbezug auszugleichen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde.*

Ohne weitere die Formulierung betreffende Schwierigkeiten umzusetzen wäre der Ansatz «Schenkungskollation», bei dem letztlich sämtliche unentgeltlichen Zuwendungen – unter Vorbehalt der Regelungen von Art. 631 f. ZGB – der Ausgleichung unterstünden.

Vorschlag «Schenkungskollation»

Art. 626 ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben II. Gewillkürte und gesetzliche Ausgleichung

² *Was der Erblasser seinen Nachkommen unentgeltlich zugewendet hat, haben diese untereinander als Erbvorbezug auszugleichen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde. Vorbehalten bleiben Art. 631 und 632 dieses Gesetzes.*

In beiden Fällen wären allenfalls²⁷⁹ Art. 579 Abs. 2 ZGB an Art. 626 Abs. 2 ZGB anzupassen und die Auswirkungen auf die Erblassergläubiger zu bedenken.

5.1.3 Stellung des überlebenden Ehegatten bei der gesetzlichen Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB)

Eine weitere, bereits lange geführte Diskussion ist diejenige betreffend die Stellung des überlebenden Ehegatten im Rahmen der gesetzlichen Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB), ob er nämlich in diesem Kontext Ausgleichungsgläubiger ist²⁸⁰ und – dies allein de lege ferenda – ob er Ausgleichungsschuldner werden sollte²⁸¹. Es wurde im VE 2016 vorgeschlagen, die gesetzliche Ausgleichung auch auf Ehegatten zu erweitern, ja im Grunde auf jedermann, was gemischt aufgenommen wurde²⁸² bzw. es wurde angemahnt, dies erst sorgfältig zu klären²⁸³.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage nach der Ausgestaltung der Subjekte der gesetzlichen Ausgleichung sinnvollerweise zu klären, wobei eine enge Verbindung zur Frage nach den Objekten der Ausgleichung besteht: So folgen Autoren, welche die Gläubigerstellung des Ehegatten verneinen, in der Regel der Theorie der Schenkungskollation²⁸⁴, jene, die dem Ehegatten die Gläubigerstellung zugestehen, eher der Versorgungskollation²⁸⁵. Die Bestimmung des Umfangs der

²⁷⁸ Dazu Ziff. 6.2 hienach.

²⁷⁹ Dazu Fn. 237 hievov.

²⁸⁰ Siehe insb. **bejahend** BGE 77 II 228 E. 3 S. 229 ff.; offengelassen in BGE 89 II 76 E. 1 S. 76 und verschiedenen weiteren Entscheiden; diese bejahende Rechtsprechung befürwortend: P. PIOTET, SPR IV/1, S. 313 ff.; P. PIOTET, FS Sandoz, S. 404; STEINAUER, FS Sandoz, S. 423 ff.; DRUEY, Grundriss, § 7 N 27; THORENS, S. 35 ff.; AEBI-MÜLLER, Begünstigung, S. 208; BENN, S. 90 ff.; VOLLERY, S. 105; SEEGER, S. 257 ff.; GUINAND, S. 62; WILDISEN, S. 193 f.; MÜLLER, S. 73 ff.; STAUDMANN, S. 24 ff.; VOLLENWEIDER, S. 31 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 333 f.; **ablehnend** demgegenüber: BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 626 N 11 ff. und 35 ff., insb. N 35a; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 626 ZGB N 6 ff.; PICENONI, ZBGR 1978, S. 66 f.; BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 146 ff.; KUNZ, S. 307, m.w.H.; RÖSLI, S. 43; WIDMER, S. 106 Fn. 328; SCHWENDENER, S. 93 ff. Zum Ganzen auch BsK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 6.

²⁸¹ DRUEY, Grundriss, § 7 N 25, m.H. auf ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 626 N 6 ff., BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 626 N 35a, und EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 311 ff.; siehe auch BsK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 6.

²⁸² Eher **ablehnend** Stellungnahme NKF, S. 8 ff.

²⁸³ Stellungnahme Verein Successio, S. 10 ff.; Stellungnahme SGNV, S. 6; Stellungnahme SNV, S. 7; Stellungnahme BAVAAB, S. 4; Stellungnahme UniBS, S. 28.

²⁸⁴ KUNZ, S. 307 ist soweit ersichtlich der einzige der in Fn. 280 hievov genannten Autoren, der die Versorgungskollation bejaht, aber die Gläubigerstellung ablehnt.

²⁸⁵ WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 331, 333 f. vertreten gleichzeitig die Schenkungskollation und die Gläubigerstellung des Ehegatten, jedoch ohne sonderlich ausführliche Argumentation. DRUEY, Grundriss, § 7 N 38, und THORENS, S. 34 ff., folgen ebenso der Schenkungskollation, unter gleichzeitiger Bejahung der Gläubigerstellung des Ehegatten.

ausgleichungspflichtigen Zuwendungen ist deshalb zentral, weil das Zugestehen der Gläubigerstellung an den überlebenden Ehegatten umso ungerechter empfunden werden dürfte, je mehr Zuwendungen der Ausgleichungspflicht unterliegen, da der Ehegatte, zumindest aktuell, unbestrittenermassen nicht Schuldner der gesetzlichen Ausgleichung ist²⁸⁶. Die Überlegungen, die dabei zum Tragen kommen, hängen eng mit den bereits erläuterten, hinter der Ausgleichung stehenden *Gerechtigkeitsideen*²⁸⁷ sowie dem Gedanken der *Symmetrie der Ausgleichung* zusammen («wer die Ausgleichung verlangen kann, muss selber auch zur Ausgleichung herangezogen werden können»).

Wenn das Prinzip der Gleichbehandlung lediglich auf die Nachkommen unter sich bezogen wird, verletzt ein Zuerkennen der Gläubigerstellung an den und damit eine Privilegierung des überlebenden Ehegatten des Erblassers dieses Prinzip nicht²⁸⁸. Zudem kann bei Bejahung der Versorgungskollation argumentiert werden, dass eine Ausstattung des Ehegatten ohnehin nicht üblich sei und folglich, falls eine Ausstattung ausnahmsweise erfolge, auch eine Begünstigungsabsicht und die Ausnahme von der Ausgleichung anzunehmen sei²⁸⁹. Da sich Ehegatten zu gegenseitigem Beistand verpflichtet sind und als Wirtschaftsgemeinschaft gelten, dürften Zuwendungen mit Ausstattungskarakter zwischen ihnen vorkommen, aber – regelmässig im Rahmen des Unterhalts – ohnehin geschuldet sein (oder aber wenigstens über eine *causa sui generis* verfügen, die sich aus Art. 159 Abs. 3 ZGB ergibt) und folglich nicht als unentgeltlich (im Sinne einer *causa donandi*) zu qualifizieren sein²⁹⁰, womit er schon *de facto* als Ausgleichungsschuldner entfällt.

Gegner der Gläubigerstellung des überlebenden Ehegatten wenden ein, dass die Idee der Gleichbehandlung übergreifende Geltungskraft besitze und eine Abweichung deshalb besonders gerechtfertigt werden müsse; insbesondere die Korrelation von Rechten und Pflichten erscheine als Standard, wohingegen eine Privilegierung eher die Ausnahme sei²⁹¹. Eine Korrelation von Schuldner- und Gläubigerstellung in der Ausgleichung lässt sich denn auch in den relevanten umliegenden Rechtsordnungen beobachten²⁹².

Eine Privilegierung des Ehegatten im Rahmen der Ausgleichung dürfte folglich umso ungerechter empfunden werden, je weiter der Kreis der ausgleichungspflichtigen Objekte gezogen wird²⁹³. Dies erscheint jedenfalls deshalb naheliegend, weil mit der Ausdehnung des Umfangs der Objekte auch der Umfang der Zuwendungen, die sowohl Ehegatte als auch Nachkommen zugewendet werden können, steigt, aber nur von letzteren zur Ausgleichung gebracht werden müssen. So man sich für eine Klärung der gesetzlichen Ausgleichung im Sinne der Schenkungskollation entscheiden sollte, könnte eine blosser Stellung als Ausgleichungsgläubiger des überlebenden Ehegatten kaum vertreten werden, was teilweise auch von jenen, welche die Gläubigerstellung grundsätzlich bejahen, anerkannt wird²⁹⁴.

Im Hinblick auf die nachfolgenden Erwägungen seien noch zwei weitere Aspekte aus der Auseinandersetzung rund um die Stellung des überlebenden Ehegatten in der gesetzlichen Ausgleichung hervorgehoben:

²⁸⁶ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 330.

²⁸⁷ Dazu Ziff. 3.3 hievov.

²⁸⁸ P. PIOTET, ZSR 1964, S. 30 f.; WIDMER, S. 20; DRUEY, Ausgleichung oder rapport?, S. 35 f.

²⁸⁹ BGE 77 II 228 E. 3c S. 234; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 314; SEEGER, S. 258; a.M. SPIRO, S. 268 ff.

²⁹⁰ Gerade anders, aber im Ergebnis gleich BREITSCHMID, Vorweggenommene Erbfolge, S. 77, nach dem die Ausstattung von Nachkommen nicht Begünstigung, sondern eine Art Abschluss der elterlichen Unterhaltspflicht darstelle, während Zuwendungen an den Ehegatten dies gerade nicht seien. Einen Einbezug der Ehegatten ebenfalls grundsätzlich ablehnend, wengleich mit anderer Begründung P. PIOTET, SPR IV/1, S. 314, wonach eine Begünstigung des Ehegatten ausserordentlich sei, und deshalb nicht in das Gleichbehandlung anstrebende System von Abs. 2 einzubeziehen sei.

²⁹¹ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 328.

²⁹² Vgl. dazu Ziff. 3.3.3 hievov.

²⁹³ Vgl. nur EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 330; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 314.

²⁹⁴ P. PIOTET, SPR IV/1, S. 296; vgl. auch EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 330 f.

- Zum einen ist dies der Umstand, dass aus der Bejahung der Gläubigerstellung stossende Vermögensflüsse innerhalb der Familie resultieren können: Ein Ehegatte darf wohl davon ausgehen, dass zu Lebzeiten die Existenz des jeweils anderen gesichert ist und für den Fall des Vorversterbens etwa durch angepasste Vorschlagsbeteiligungen oder eine Verfügung von Todes wegen vorgesorgt werden kann²⁹⁵. Insbesondere seit 1988 hat sich die Stellung des überlebenden Ehegatten durch einen höheren Pflichtteil, höhere güterrechtliche Beteiligungen sowie Leistungen der Sozialversicherungen so weit verbessert, dass mittlerweile eher nach Wegen gesucht wird, die Nachkommen zu schützen, und eine derartige Maximalbegünstigung des Ehegatten als stossend empfunden werden könnte²⁹⁶. Sollte es nun auch noch im Rahmen der Ausgleichung zu Geldflüssen von Nachkommen zurück an den überlebenden Ehegatten kommen, würde dies noch akzentuiert und dürfte als unpassend wahrgenommen werden. Denn: Bei einer Zuwendung an Kinder geht Familienvermögen auf die nächste Generation über, wofür den nicht direkt Begünstigten derselben (Deszendenten-)Generation ein Ausgleich zustehen soll, nicht aber dem Ehegatten. Sollte der Ehegatte von der Ausgleichung profitieren können, würde Vermögen in die ältere Generation zurückgeführt, was kaum im Sinne der verheirateten Erblasser sein wird, die sich üblicherweise als Schicksalsgemeinschaft verstehen und Zuwendungen nur ausrichten, wenn sie selbst – d.h., beide – nicht mehr darauf angewiesen sind²⁹⁷. So merkte bereits PICENONI an, dass ihm kein Fall bekannt sei, bei dem Nachkommen Zuwendungen zugunsten ihrer Eltern hätten konferieren müssen²⁹⁸. Dies deckt sich auch mit der Annahme DRUEYS, dass Eltern es bevorzugen mit der warmen statt mit der kalten Hand zu geben, also ihr Geld lieber vor ihrem Tod noch verschenken, als es zu vererben²⁹⁹. Ein teilweises Zurückfliessen der Zuwendungen dürfte somit kaum dem Erblasserwillen entsprechen³⁰⁰. Sodann scheint es störend, wenn nur den Nachkommen eine Ausgleichungspflicht gegenüber dem überlebenden Ehegatten auferlegt würde, nicht aber anderen gesetzlichen Erben³⁰¹.
- Ebenfalls in die Erwägungen einzubeziehen sind die (zunehmend) häufigen Fälle von Zweitehen³⁰². Es könnte in solchen Konstellationen die Ausgleichung von Zuwendungen verlangt werden, die allenfalls aus dem Vermögen des Erblassers getätigt wurden, noch bevor der zweite Ehegatte überhaupt durch die Ehe potentielle Erbenstellung erlangt hat. Ein weiteres Problem besteht darin, dass diese Lösung die Nachkommen aus erster Ehe insofern schlechter stellt, als sie regelmässig nicht gesetzliche Erben des zweiten Ehegatten sein werden und diesen folglich bei seinem Tod nicht beerben. Unter Umständen profitieren also die Nachkommen aus der zweiten Ehe, von Ausstattungen an Nachkommen aus der ersten Ehe. Diese Resultate stehen klar im Gegensatz zum Grundgedanken der Ausgleichung³⁰³.

Die Frage nach den Subjekten der gesetzlichen Ausgleichung ist eine politische. Vorliegend wird jedoch gestützt auf die vorstehenden Überlegungen die Ansicht vertreten, dass die gesetzliche Ausgleichung auf die Nachkommen beschränkt werden sollte, unter Zugrundelegung der Versorgungskollation³⁰⁴.

²⁹⁵ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 328.

²⁹⁶ WÜST, S. 231 f., m.H. auf BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 146 ff.

²⁹⁷ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 329 f.; a.M. wohl WINISTÖRFER, S. 194; vgl. ferner PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 20, mit dem Hinweis, dass Eltern regelmässig Zuwendungen auch gemeinsam tätigen und ein Zurückfliessen in diesen Fällen umso stossender wirkt.

²⁹⁸ PICENONI, Auslegung, S. 51.

²⁹⁹ DRUEY, Grundriss, § 7 N 1.

³⁰⁰ EITEL, Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen, S. 330.

³⁰¹ PICENONI, Auslegung, S. 52.

³⁰² SCHWENDENER, S. 100 f., erläutert diese Problematik am Beispiel eines Nachkommen des Erblassers aus erster Ehe, dem im Erbgang der Ehegatte aus zweiter Ehe gegenübersteht. Dieser kann nun bei einer Bejahung der Stellung als Ausgleichungsgläubiger vom Nachkommen, zu dem keine Blutsverwandschaft besteht, die Ausgleichung bestimmter erblasserischer lebzeitiger Zuwendungen verlangen.

³⁰³ Zum Ganzen SCHWENDENER, S. 100 ff.; vgl. ferner BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 153; PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 22.

³⁰⁴ Dazu Ziff. 5.1.2 hievov.

Der Zweck der gesetzlichen Ausgleichung würde damit auf die *Gleichbehandlung der Nachkommen* im Hinblick auf einen engen Kreis an Zuwendungen beschränkt.

Vorschlag «Gleichbehandlung unter Nachkommen»

Art. 626 ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben II. Gesetzliche und gewillkürte Ausgleichung

² Was der Erblasser seinen Nachkommen unentgeltlich zum Zwecke der Ausstattung zugewendet hat, haben diese untereinander als Erbvorbezug auszugleichen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde.

Sollte jedoch die Auffassung vertreten werden, die gesetzliche Ausgleichung bezwecke die Schaffung von umfassender Gleichheit unter sämtlichen nächsten Familienangehörigen, so wäre folgerichtig eher auf die Schenkungskollation abzustützen³⁰⁵ und Nachkommen wie Ehegatten jedenfalls *symmetrisch* zu Subjekten der Ausgleichung zu erklären. Diesfalls wäre wohl ebenfalls Art. 627 Abs. 2 ZGB anzupassen.

Vorschlag «Ausgleichung nach Schenkungskollation unter sämtlichen Erben»

Art. 626 ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben II. Gesetzliche und gewillkürte Ausgleichung

² Was der Erblasser seinen Nachkommen oder seinem überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner unentgeltlich zugewendet hat, haben diese untereinander als Erbvorbezug auszugleichen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde. Vorbehalten bleiben Art. 631 und 632 dieses Gesetzes.

5.2 Vorgehen bei Art. 628 Abs. 1 ZGB

Im Rahmen der Diskussion des VE 2016 wurde weiter vorgeschlagen, verschiedene offene Fragen des Vorgehens bei Art. 628 Abs. 1 ZGB zu klären, insbesondere wie der Ausgleichungsschuldner zur Ausübung seines Wahlrechts anzuhalten ist und was die Folgen der Nichtausübung sind³⁰⁶. In der Praxis und den Darstellungen in der Literatur zeigen sich in diesem Zusammenhang tatsächlich gewisse Unsicherheiten³⁰⁷.

Art. 628 ZGB statuiert eine Alternativobligation (Wahlobligation), weshalb Art. 72 OR (i.V.m. Art. 7 ZGB) analog zur Anwendung kommt³⁰⁸. Damit kann – nach hier vertretener Auffassung – auf genügend gefestigtes dogmatisches Instrumentarium zurückgegriffen werden, das auch für den vorliegenden erbrechtlichen Kontext passt. M.a.W. ist die Ausgleichungspflicht in dieser Hinsicht ganz und gar eine Obligation, und es ist entsprechend nach den Regeln des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts vorzugehen. Nach einhelliger Auffassung handelt es sich beim Wahlrecht um ein änderndes Gestaltungsrecht³⁰⁹, das diesfalls nach klarem Gesetzeswortlaut dem Schuldner zukommt. Übt dieser sein Wahlrecht nicht aus, so muss der Gläubiger vorliegend – da er nur Erfüllung verlangen und letztlich klagen kann – alternativ klagen³¹⁰ und es muss das Urteil alternativ ausgesprochen werden³¹¹. In der Vollstreckung kann sich der Gläubiger für eine Alternative entscheiden, wobei der Schuldner bis zum Abschluss des Vollstreckungsverfahrens mit der anderen Leistung erfüllen kann³¹².

So dieses Vorgehen aufgrund erbrechtlicher Besonderheiten (Gegenüberstehen und Wechselwirkung von Herabsetzung und Ausgleichung; Bestehen mehrerer Ausgleichungsforderungen etc.) als

³⁰⁵ Wiederum Ziff. 5.1.2 hievorig.

³⁰⁶ SUTTER-SOMM/AMMANN, S. 92 ff.; Stellungnahme UniBS, S. 29.

³⁰⁷ Siehe etwa BGE 118 II 264 E. 4b.bb S. 272 f.; BGE 84 II 685 E. 3 S. 694 f.; BK ZGB-EITEL, Art. 628 N 4, 13 ff.; PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 628 ZGB N 2, 7, 33 ff.; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 628 N 1 f.; BRÜCKNER/WEIBEL, N 159 ff.; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 320 f.; SEEBERGER, S. 293 f.

³⁰⁸ Für eine analogieweise Anwendung auch ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 628 N 10 ff.; weiterführend BsK ORI-SCHROETER, Art. 72 N 2 ff.; BK OR-WEBER, Art. 72 N 45 ff.

³⁰⁹ BsK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 11; BK OR-WEBER, Art. 72 N 29 ff.; BK ZGB-EITEL, Art. 628 N 13 f.

³¹⁰ BsK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 18; ZK OR-SCHRANER, Art. 72 N 54, m.H. auf BK OR-WEBER, Art. 72 N 5 (vgl. auch N 53).

³¹¹ BsK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 22; VON TUHR/PETER, S. 80.

³¹² BsK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 22; zum Meinungsstreit zusammenfassend ZK OR-SCHRANER, Art. 72 N 46 ff.

ungeeignet eingeschätzt werden sollte, dürfte es sinnvoll sein, das Wahlrecht in einer Kaskade übergehen zu lassen (dazu sogleich), und den Ausübungszeitpunkt auf den Eintritt der Novenschranke zu legen. Kommt es dann zu keiner Ausübung des Wahlrechts, geht es in einem ersten Umgang auf die Gläubiger über. Um diesfalls die Verfahrensbeteiligten bei der Bestimmung des Zeitpunkts nicht unnötigen Unsicherheiten auszusetzen, wird man eine gerichtliche Aufforderung verlangen, auf welche die Gläubiger umgehend zu reagieren haben. Üben auch die Gläubiger das Wahlrecht nicht aus, so geht es – in übertragenem Sinne – auf das Gericht über, das nach freiem Ermessen entscheidet³¹³.

Vorschlag

Art. 628 ZGB I C. Berechnungsart II. Einwerfung oder Anrechnung

^{1bis} Übt der ausgleichsverpflichtete Erbe sein Wahlrecht bis zum Eintritt der Novenschranke nicht aus, so geht es auf den Gläubiger über. Übt auch dieser das Wahlrecht nicht unmittelbar nach Aufforderung durch das Gericht aus, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.

5.3 Weitere Einzelfragen des Ausgleichsrechts

5.3.1 Lebzeitige Zuwendungen durch dem Erblasser nahestehende Personen (Zulässigkeit des Durchgriffs)

Verschiedentlich wird im Ausgleichsrecht thematisiert, ob nicht Zuwendungen, die der Erblasser über eine von ihm beherrschte juristische Person ausrichtet, ihm als Zuwendungen aus seinem Vermögen zuzurechnen seien und diesbezüglich eine – gewillkürte oder gesetzliche – Ausgleichung möglich würde³¹⁴. Das Bundesgericht hat das in einem kürzlich ergangenen Entscheid bejaht³¹⁵. Ebenfalls wird diskutiert, ob dasselbe für Zuwendungen an von einem Erben beherrschte juristische Personen gelten soll³¹⁶.

Diskutiert wird damit die Figur des Durchgriffs in seiner möglichen Relevanz für das Ausgleichsrecht. Bezüglich des Begriffs kann auf bereits Ausgeführtes beim Herabsetzungsrecht verwiesen werden³¹⁷.

Gleiches gilt für die Erwägungen betreffend unentgeltliche Zuwendungen einer vom Erblasser kontrollierten juristischen Person an die Erben³¹⁸: Solche sollten auch im Ausgleichsrecht einbezogen werden, aus den bereits im Kontext des Herabsetzungsrechts angeführten Gründen. Ob ebenfalls Zuwendungen des Erblassers an von einem Erben beherrschte juristische Personen diesem in der Ausgleichung zuzurechnen sind, lässt sich nur mit Blick auf den Zweck des Ausgleichsrechts beantworten: Wenn es um die Gleichbehandlung eines bestimmten Kreises von Personen bezüglich bestimmter unentgeltlicher Zuwendungen geht³¹⁹, ist damit wohl gemeint, dass sämtliche betreffenden Zuwendungen, die in deren wirtschaftliche Sphäre fliessen, einzubeziehen sind. Von diesem erbrechtsspezifischen Zweck her gedacht, scheint es vertretbar, die Tatsache, dass es sich um zwei verschiedene Rechtssubjekte handelt, diesfalls als gleichsam bloss «äussere Form» zu übergehen³²⁰.

³¹³ Denkbar ist auch die gesetzliche Anordnung eines Losentscheids, wobei – nach hierseitiger Auffassung – ein wohlerwogener Ermessensentscheid eines Gerichts stets Vorrang vor dem Zufall beanspruchen sollte. Dazu in anderem Zusammenhang EGGEL, AJP 2018, S. 420 ff., m.w.H.

³¹⁴ Vgl. etwa KOLLER, AJP 2023, S. 769 ff.; KOLLER, AJP 2021, S. 19 ff.; EITEL/BIERI, S. 5 ff.; ZINGG, Durchgriff, S. 3 f.

³¹⁵ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163 f.

³¹⁶ PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 46 f.; KOLLER, AJP 2021, S. 27 f.; EITEL/BIERI, S. 16 f.; offen gelassen in BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 164; vgl. aber BGer 5A_994/2014, E. 5.4 f.

³¹⁷ Siehe Ziff. 4.5 hievor.

³¹⁸ Wiederum Ziff. 4.5 hievor.

³¹⁹ Dazu Ziff. 3.3 hievor.

³²⁰ Wohl zu weitreichend wäre es, die Geltendmachung einer allfälligen Ausgleichungsschuld auch gegenüber den betreffenden juristischen Personen zuzulassen, nach den Regeln über die Schuldnersolidarität (Art. 143 ff. OR), womit

Mit Blick auf die nachfolgend vorgeschlagene Formulierung wäre insbesondere sicherzustellen, dass die Materialien deutlich machen, worauf sich «kontrolliert» (beherrscht) bezieht, nämlich auf die Doktrin im Zusammenhang mit dem Durchgriff. Gleichzeitig liesse sich in diesem Zusammenhang auch leicht klären, dass Zuwendungen an bzw. aus einem Trust (Sondervermögen) der Ausgleichung im erblasserischen Nachlass unterliegen können.

Vorschlag

Art. 626 ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben I I. Gewillkürte und gesetzliche Ausgleichung

³ Dem Erblasser wie den ausgleichungsverpflichteten Erben wird als Zuwendung zugerechnet, was von oder zugunsten von zum Zuwendungszeitpunkt kontrollierten juristischen Personen oder von ihnen je errichteten Sondervermögen unentgeltlich zugewendet wurde.

Weiter wäre zu prüfen, wo die Figur des Durchgriffs im Erbrecht ebenfalls von Bedeutung sein könnte, was nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist.

5.3.2 Zuwendungstags- oder Todestagsprinzip

Eine verschiedentlich in der Literatur zum Herabsetzungs- und Ausgleichungsrecht diskutierte Frage ist diejenige nach dem für die Bewertung der einzubeziehenden Zuwendungen massgeblichen Stichtag. In der Regel ist der Verkehrswert im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs (d.h., am Todestag) massgeblich, für Geldzuwendungen demgegenüber gilt das Nominalwertprinzip (womit im Ergebnis auf den Wert am Tage der Zuwendung abgestellt wird)³²¹. Für Unternehmen wurde in den Reaktionen auf den VE 2016 etwa vorgeschlagen, das Zuwendungstagsprinzip zu verankern³²², da damit das unternehmerische Risiko sinnvoller alloziert würde. Im Vorentwurf zur Unternehmensnachfolge wurde ein Wechsel zum Zuwendungstagsprinzip für Unternehmer verworfen, es sei denn, der übernehmende Erbe hätte nachzuweisen vermocht, dass eine Steigerung des Unternehmenswertes seit der Übertragung stattgefunden habe (wobei dies im Kontext der weiteren Änderungen des Vorentwurfs Unternehmensnachfolge zu sehen ist)³²³.

Mit Blick darauf, dass die Einführung von erbrechtlichen Regeln über die Unternehmensnachfolge einem separaten Prozess zugewiesen wurde, wird darauf vorliegend nicht näher eingegangen. Was sich demgegenüber bereits aus Gründen der Gleichbehandlung diskutieren liesse, wäre, dass man bei Geldzuwendungen eine Abkehr vom Nominalwertprinzip vollzieht³²⁴. Dies müsste inhaltlich wohl dadurch sichergestellt werden, dass der Betrag ab dem Zeitpunkt der Zuwendung indexiert und/oder verzinst wird³²⁵.

5.3.3 Zeitpunkt der Abgabe einer Ausgleichungsanordnung

Ebenfalls Gegenstand von Auseinandersetzungen in der Lehre ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Erblasser eine Ausgleichungsanordnung treffen kann. Unumstritten ist, dass dies vor und zum Zeitpunkt der Zuwendung möglich ist, sowohl im Sinne einer positiven Anordnung wie auch einer

im Ergebnis auch ein Haftungsdurchgriff angeordnet würde («und es können die entsprechenden Ausgleichungsansprüche nach den Regeln über die Solidarität auch diesen Personen gegenüber geltend gemacht werden»).

³²¹ BsK ZGB II-PIATTI, Art. 630 N 1, 4; BK ZGB-EITEL, Art. 630 N 3 f., 30 ff.; PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 630 ZGB N 2, 6, 9; BENN, S. 151 f.; zum Nominalwertprinzip im Besonderen BGer 5C.174/1995, E. 5b, sowie die Urteilsbesprechung von BREITSCHMID, AJP 1997, S. 1551 ff.

³²² Stellungnahme Verein Successio, S. 12.

³²³ Vgl. Bericht VE Unternehmensnachfolge, S. 14 f.

³²⁴ Ausführlich zum Thema BK ZGB-EITEL, Art. 630 N 30 ff., m.H. auf KELLER, S. 1 ff., und SPAHR, S. 7 ff.; BK OR-WEBER, Art. 84 N 182 ff.; SEEBERGER, S. 306 f.; BENN, S. 152; JAUN, S. 100 f.

³²⁵ Dazu BK ZGB-EITEL, Art. 630 N 31 f.; vgl. auch Ziff. 3.3.3.1 f. hievor zur Umsetzung im deutschen und österreichischen Recht.

Dispens³²⁶. Während die herrschende Meinung eine nachträgliche Ausgleichsdispens für zulässig hält³²⁷, lehnt das Bundesgericht³²⁸ die nachträgliche Anordnung einer Ausgleichung – entgegen der wohl herrschenden, jüngeren Lehre³²⁹ – als unzulässig ab. Vor diesem Hintergrund wurde in der Vernehmlassung zum VE 2016 angeregt, die Streitfrage seitens des Gesetzgebers zu klären³³⁰. Dem ist zuzustimmen.

Es mag naheliegend erscheinen, sich bereits aus Gründen der Rechtssicherheit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzuschliessen. Diese scheint durchaus begründet: Erfolgt eine Zuwendung, muss sich der Zuwendungsempfänger verbindlich darauf einstellen können, ob er diese unentgeltlich und ohne späteren erbrechtlichen Einbezug erhält, oder ob er sie sich dereinst im Erbgang anrechnen lassen muss (bzw. ob sie – gegebenenfalls – in die Herabsetzung einbezogen werden könnte)³³¹.

Andererseits ist zu bedenken, dass die Anordnung einer Ausgleichung nicht unmittelbar die *causa* einer Zuwendung betrifft, sondern damit einzig ihre Behandlung im Erbgang geregelt wird³³². Es handelt sich, m.a.W., nicht um eine Zuwendung in Anrechnung an die künftige Erbschaft auf der Ebene ihrer *causa (proxima)*³³³. Da folglich auch nicht der Tatbestand des jeweiligen Geschäfts selbst betroffen ist, müsste eine nachträgliche Änderung der Ausgleichungsordnung grundsätzlich zulässig sein.

Weil es sich bei Anordnungen betreffend die Ausgleichung um Verfügungen von Todes wegen handelt, können diese auch erbvertraglich verbindlich getroffen werden. Das kann die Rechtsbeständigkeit nachträglicher, abweichender Verfügungen betreffen, was aber nicht eine Eigenheit des Ausgleichungsrechts ist und deshalb auch nicht in diesem Zusammenhang zu regeln ist. Aufgenommen werden kann immerhin, dass die Ausgleichung regelnde Verfügungen formfrei erlassen werden können³³⁴.

Vorschlag (nachträgliche positive Ausgleichungsanordnung zulässig)

Art. 626^{bis} ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben I II. Erblasserische Anordnungen

¹ Die Ausgleichung regelnde Verfügungen von Todes wegen sind formfrei vor, mit und nach der entsprechenden Zuwendung möglich.

Vorschlag (nachträgliche positive Ausgleichungsanordnung unzulässig)

Art. 626^{bis} ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben I II. Erblasserische Anordnungen

¹ Die Ausgleichung regelnde Verfügungen von Todes wegen sind formfrei vor, mit und nach der entsprechenden Zuwendung möglich. Ausgeschlossen bleibt eine einseitige nachträgliche positive Anordnung der Ausgleichung.

Zu bedenken ist, dass damit für alle Erbgänge ab Inkrafttreten der klärenden Bestimmung festgelegt wäre, was für Verfügungen von Todes wegen im Zusammenhang mit der Ausgleichung zulässig sind. Da diese ihre Wirkungen erst mit dem Tod entfalten, kann, für den Fall, dass nachträgliche positive

³²⁶ BREITSCHMID *et al.*, S. 184, m.H. auf BGE 118 II 282 ff. und BGE 76 II 188 ff.; CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 626 N 5; BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 51; PraxKomm-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 71.

³²⁷ BGE 118 II 282 E. 3 S. 286; BGE 69 II 71 E. 2 S. 73; BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 52; BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 626 N 46; SHK ZGB-EIGENMANN, Art. 626 N 24; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 626 N 46; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 348; WIDMER, S. 158 ff.; WINISTÖRFER, S. 154 ff.; BECEREN, S. 208 f.

³²⁸ BGE 118 II 282 E. 3 S. 286; BGE 77 II 228 E. 3b S. 233; BGE 76 II 188 E. 6 S. 195.

³²⁹ BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 626 N 32, 47; BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 54; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 348 ff.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 2003; CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 626 N 5; DRUEY, Grundriss, § 7 N 49 f.; BENN, S. 247; AEBI-MÜLLER, Begünstigung, S. 209 f.; a.M. ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 626 N 45; WEIMAR, S. 849 f.

³³⁰ Stellungnahme WengerPlattner, S. 2.

³³¹ So BGE 76 II 188 E. 6 S. 197: «[I]st diese [die Zuwendung, Anm.] nicht auf Anrechnung an den Erbteil erfolgt, so kann die Anrechnung nicht später vom Erblasser einseitig verfügt und so der ohne erbrechtliche Bedeutung vorgenommenen Zuwendung nachträglich der Charakter eines Erb-Vorbezuges aufgeprägt werden».

³³² Vgl. BGE 69 II 71 E. 2 S. 73 f.; BGE 67 II 207 E. 5 S. 213; siehe auch BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 626 N 32, m.w.H.

³³³ Anders wohl WEIMAR, S. 835 f.

³³⁴ Dazu einlässlich BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 56 ff.; Abwägungen bei WIDMER, S. 162 ff. und 174 ff.

Ausgleichungsanordnungen für unzulässig erklärt werden, eine solche unter dem alten Recht erlassene einseitige Anordnung keinen Bestand haben.

5.3.4 Vermutung einer Ausgleichungsdispens

Das Bundesgericht hat verschiedentlich entschieden, dass Zuwendungen an Nachkommen im Sinne von Art. 626 Abs. 2 ZGB *nicht* der Ausgleichung unterstehen – eine anderslautende ausdrückliche erblasserische Verfügung vorbehalten –, falls der Erblasser seine Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen mit abweichenden Quoten geregelt hat³³⁵. Damit befindet sich das Höchstgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, wonach es sich bei der Ausgleichung um ein Institut des gesetzlichen Erbrechts (Intestaterbrecht) handle, weshalb eine gesetzliche Ausgleichung bei gewillkürter Erbfolge entfallen müsse³³⁶.

Mit der Einführung einer Bestimmung wie nachfolgend vorgeschlagen, liesse sich gleich mehrerlei klären: Implizit wird damit deutlich gemacht, dass die Ausgleichung primär nicht ein Institut des Intestaterbrechts, sondern der *familiären Gleichbehandlung* ist, und sich folglich Art. 626 Abs. 2 ZGB eben auf die Nachkommen – und nach der Revision allenfalls den überlebenden Ehegatten³³⁷ – bezieht, unabhängig davon, ob sie als gewillkürte oder gesetzliche Erben zur Erbfolge berufen sind³³⁸. Weiter wird geklärt, dass die gesetzlich angeordnete Ausgleichung gemäss Abs. 2 nur unter dem in dieser Bestimmung bezeichneten Erbenkreis greifen soll: Sobald der Erblasser weitere Personen als eingesetzte Erben einbezieht, so soll er selbst bezüglich der Ausgleichung mittels Verfügungen von Todes wegen Klarheit schaffen³³⁹. Und schliesslich soll selbst in dem von Abs. 2 bezeichneten Erbenkreis die gesetzlich angeordnete Ausgleichung vermutungsweise nur solange Platz greifen, wie der Erblasser unter diesen Erben nicht eine Ungleichbehandlung bezüglich der Erbquoten anordnet und damit zum Ausdruck bringt, dass er eine eigene, vom Gesetz und der in ihm angelegten Gleichbehandlung abweichende Regelung treffen will. Demgegenüber wird man davon ausgehen müssen, dass die gesetzliche Ausgleichung weiterhin zum Tragen kommen soll, wenn der Erblasser etwa die Stämme gleich behandelt³⁴⁰.

Vorschlag

Art. 626^{bis} ZGB I A. Ausgleichungspflicht der Erben II. Erblasserische Anordnungen

² Ändert der Erblasser die Erbquoten oder den Kreis der Erben derart, dass es zu einer Ungleichbehandlung von Stämmen oder gegebenenfalls des Ehegatten oder eingetragenen Partners im Vergleich zu den Proportionen der gesetzlichen Erbfolge kommt, so wird vermutet, dass er damit auch von der gesetzlichen Ausgleichung dispensieren will.

5.3.5 Abzug von Pflegeleistungen gegenüber dem Erblasser

Seit geraumer Zeit findet eine Diskussion zum Einbezug von erbrachten Pflegeleistungen von Erben zugunsten des Erblassers statt³⁴¹. Während aus planerischer Sicht durchaus Lösungen bekannt sind, ist ein Einbezug von auf Zusehen hin geleisteter Unterstützung selbst in grossem Ausmass für den Fall einer fehlenden rechtlichen Aufarbeitung zu Lebzeiten des Erblassers kaum möglich.

³³⁵ BGE 124 III 102 E. 4b S. 105; BGE 53 II 202 E. 2 S. 204 f.; offen gelassen in BGE 51 II 374 E. 1 S. 380 f.; siehe auch BGE 67 II 207 E. 5 S. 212 f.

³³⁶ BsK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 7; P. PIOTET, SPR IV/1, S. 352 ff.; WIDMER, S. 15 f.; AEBI-MÜLLER, Begünstigung, S. 208 f.; WINISTÖRFER, S. 189 ff. Zur Diskussion BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 136 f., m.w.H.

³³⁷ Dazu Ziff. 5.1.3 hievov.

³³⁸ Zur Abgrenzung von gesetzlicher und gewillkürter Berufung zur Erbfolge im Kontext der Herabsetzung siehe Ziff. 4.1.6 hievov.

³³⁹ Siehe dazu die treffenden Erwägungen schon zum geltenden Recht bei BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 142 und 144.

³⁴⁰ Womit man sich wertungsmässig an BGE 67 II 207 ff. orientieren würde (dazu BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 145).

³⁴¹ Siehe vertiefend dazu BAUMANN, S. 81 ff.; LIENHARD, S. 457 ff.; SPIRIG/HENNINGER, S. 117 ff.; WEISS/HOFSTETTER, S. 342 ff.

So der politische Wille gegeben ist, derartige Leistungen anerkennend im Erbrecht zu berücksichtigen, und falls man dabei nicht auf im Ausland bekannte Möglichkeiten wie etwa das gesetzliche Pflegevermächtnis zurückgreifen will³⁴², könnte eine geringfügige Änderung des Ausgleichsrechts eine – wenn auch bloss beschränkte – Lösung bieten: Erbringen Erben in Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder ihrer Unterhaltspflicht Pflegeleistungen zugunsten des Erblassers, so wird vermutet, dass der Erblasser mit Empfang dieser Leistungen die betreffenden Erben in diesem Umfang von allfälligen Ausgleichspflichtigen befreit hat.

Mit dieser Lösung werden solche Leistungen aber nur berücksichtigt, sofern lebzeitige Zuwendungen da sind oder noch erfolgen, die von der Ausgleichung ausgenommen werden können. Die Regelung bleibt demgegenüber wirkungslos, wenn der Pflege leistende Erbe keine, wohl aber etwa seine Miterben Zuwendungen erhalten hätten, die aber von der Ausgleichung ausgenommen wurden.

Vorschlag

Art. 626^{bis} ZGB I A. Ausgleichspflicht der Erben I II. Erblasserische Anordnungen

³ Erbringen Erben in Erfüllung einer sittlichen Pflicht, ihrer Unterhaltspflicht oder darüber hinaus Pflegeleistungen zugunsten des Erblassers, so wird vermutet, dass der Erblasser diese in solchem Umfang von Ausgleichspflichtigen befreit.

Dieser Mechanismus könnte allenfalls gar weitergehend implementiert werden, indem auch alle unentgeltlichen Zuwendungen von Erben an den Erblasser als ausgleichsmindernd berücksichtigt werden. Dies wäre damit zu begründen, dass Gleichbehandlung letztlich nur sicherzustellen ist, wenn der familiäre Mittelfluss umfassend betrachtet wird.

6 Exkurs: Begriffsklärungen

6.1 «Unentgeltliche Zuwendungen» statt «Schenkungen» (Art. 527 Ziff. 3 ZGB; Art. 626 ZGB)

6.1.1 Im Allgemeinen

Sowohl im Herabsetzungs- wie im Ausgleichsrecht gibt verschiedentlich die Bestimmung der Bedeutung des Begriffs der «Schenkung» zu Diskussionen Anlass, insbesondere die Frage nämlich, ob damit nicht sämtliche unentgeltlichen Zuwendungen von der jeweiligen Regelung erfasst sind³⁴³. Der VE 2016 stand offensichtlich auf diesem Standpunkt, wenn er vorgeschlagen hat, statt des Begriffs «Schenkung» den Begriff der «unentgeltlichen Zuwendung» zu verwenden³⁴⁴. Das stiess auf breite Zustimmung³⁴⁵.

Die damals vorgeschlagene Änderung kann vorgenommen werden: Sie führt – nach hier vertretener Einschätzung – letztlich nicht zu einer inhaltlichen Änderung, sondern es kommt zu einer textlichen Angleichung an Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

Ebenfalls miteinzubeziehen wären diesfalls wohl Art. 82, Art. 304 Abs. 2 und Art. 412 Abs. 1 ZGB.

³⁴² Dazu die Hinweise in Fn. 56 hievore auf die jüngste österreichische Erbrechtsnovelle.

³⁴³ Für das Herabsetzungsrecht WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 481 f.; EITEL, ZBJV 1998, S. 755; BK ZGB-TUOR, Art. 527 N 17 ff.; wohl auch BsK ZGB II-PIATTI, Art. 527 N 7 ff.; VOLLERY, S. 156 ff.; a.M. BK ZGB-WEIMAR, Art. 475 N 22 und 26; ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 527 N 19; STEINAUER, successions, N 466; H. A. KAUFMANN, S. 99 ff.; für das Ausgleichsrecht BK ZGB-EITEL, Art. 626 N 17, 25, 101; WINISTÖRFER, S. 47 ff., 100 ff., 116 ff.; AEBI-MÜLLER, Begünstigung, S. 202 ff.; P. PIOTET, ZBGR 1989, S. 201 ff.

³⁴⁴ Siehe Bericht VE 2016, S. 44 (wenngleich nicht bei allen dort aufgezählten Beispielen von einer unentgeltlichen Zuwendung auszugehen sein dürfte).

³⁴⁵ Dazu zusammenfassend etwa ZINGG, Offene Fragen, S. 25 ff., m.H. auf Rechtsprechung und Lehre.

Weitergehend kann die Frage gestellt werden, ob dieser Rechtsbegriff konkretisiert werden soll. Nach hier vertretener Auffassung ist dies nicht Aufgabe des Gesetzgebers³⁴⁶, doch ist die Ergänzung um eine beispielhafte Aufzählung denkbar³⁴⁷.

6.1.2 Zum Trust insbesondere

Mit dieser marginalen Anpassung – von der «Schenkung» zur «unentgeltlichen Zuwendung»³⁴⁸ – scheint auch die Problematik des *Trusts inter vivos* genügend geregelt, da nun bezüglich der Grundsatzfrage kein Zweifel mehr bestehen kann, dass nämlich die Errichtung und Äufnung eines Trusts sowie Ausschüttungen daraus im Rahmen der Ausgleichung und Herabsetzung als *Objekte* berücksichtigt werden können³⁴⁹. Ihr Einbezug als *Subjekte* der Ausgleichung³⁵⁰ und Herabsetzung³⁵¹ ist andernorts bereits erfolgt.

Was allfällige *Trusts causa mortis* – oder gegebenenfalls auch deren Äufnung von Todes wegen – betrifft, so wurde diesbezüglich eine kleinere Anpassung vorgeschlagen³⁵². Weitergehende Regelungen scheinen demgegenüber nicht nötig³⁵³.

Es handelt sich beim erbrechtlichen Umgang mit Trusts um eine in vielen Einzelfragen anspruchsvolle Problematik, doch scheint es nicht sinnvoll, eine weitergehende binnenschweizerische Lösung für die vielgestaltigen Konstellationen dieser – weiterhin einzig ausländischen Rechtsordnungen bekannten – Figur allein im Erbrecht zu statuieren³⁵⁴.

6.2 Bestimmung der Zuwendungen mit «Ausstattungscharakter» in Art. 626 Abs. 2 ZGB

Mit Blick auf die bei Ziff. 5.1.2 hievorig vorgeschlagene Klärung der Streitfrage der Geltung der Versorgungs- oder Schenkungskollation scheint es sinnvoll, dass sich der Gesetzgeber dazu äussert, was unter «Ausstattung» zu verstehen ist, wenn die Versorgungskollation geltendes Recht bleibt.

Nach hier vertretener Auffassung dürfte es angezeigt sein, dies in geeigneter Weise in die Materialien einfließen zu lassen. Eine Anpassung des Gesetzestextes ist demgegenüber weniger geeignet, da es sich um einen offenen, unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der sich der gesetzlichen Erfassung von seiner Funktion her entzieht (Abstraktheit vs. Konkretheit): Es ist diesen Begriffen eigen, dass sie nur von

³⁴⁶ Dazu Ziff. 2 hievorig.

³⁴⁷ Sinnvollerweise würde Art. 626 Abs. 1 ZGB wie hievorig vorgeschlagen am Ende ergänzt um: «, u.a. Handschenkungen, Schenkungsversprechen, die Erfüllung sittlicher Pflichten, Gratifikationen, unentgeltliche Leistung von Arbeit, die Errichtung einer Stiftung oder eines Trusts oder deren Äufnung oder Ausschüttungen daraus, nicht zum Verkehrswert ausgeglichene Erbvorbezüge, die unentgeltliche Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts, der unentgeltliche Verzicht auf ein beschränktes dingliches oder sonstiges Recht, sowie die Tatsache, dass man eine Forderung absichtlich verjähren oder eine Anfechtungsmöglichkeit verwirken lässt». Für die Aufzählung siehe etwa SHK ZGB-EIGENMANN, Art. 527 N 15, m.w.H.

³⁴⁸ Siehe Ziff. 6.1.1 soeben.

³⁴⁹ Siehe EITEL/BRAUCHLI, S. 138, 141.

³⁵⁰ Dazu die Ausführungen zum Durchgriff unter Ziff. 5.3.1 hievorig.

³⁵¹ Dazu die Ausführungen zum Durchgriff unter Ziff. 4.5 hievorig.

³⁵² Siehe Ziff. 4.2.2.a hievorig.

³⁵³ Ob die Errichtung eines Trusts von Todes wegen möglich ist, ist nicht durch das schweizerische Recht zu klären (so wie Art. 81 Abs. 1 ZGB dies für Stiftungen deutlich macht): So nach dem den Trust bestimmenden ausländischen Recht eine Errichtung von Todes wegen möglich ist, handelt es sich um eine Verfügung von Todes wegen, die der Herabsetzung unterliegt.

³⁵⁴ Bei den nicht geregelten Problemen kann auf überzeugende Vorschläge in der Lehre zurückgegriffen werden (siehe etwa VON BURG, S. 463 ff.; EITEL/BRAUCHLI, S. 116 ff.; GUILLAUME, S. 39 ff.; GUTZWILLER; HERZOG; JAKOB/PICHT, S. 885 ff.; SOLARSKY; WEINGART; WOLF/JORDI, S. 29 ff.).

Rechtsprechung und gegebenenfalls der Lehre vor dem Hintergrund des Einzelfalles und der Bildung von Fallgruppen konkretisiert werden können³⁵⁵.

So man sich gleichwohl für eine Einarbeitung in den Gesetzestext entscheidet, wäre allenfalls an eine beispielhafte Aufzählung zu denken, die auf vom Bundesgericht vorgeschlagene Formulierungen³⁵⁶ abstellt, gegebenenfalls in einem zu ergänzenden Abs. 3 zu Art. 626 ZGB oder – wenn Art. 626 ZGB bereits andere Änderungen erfahren sollte – bei den Art. 631 f. ZGB, die neu zu systematisieren wären.

6.3 Bestimmung der Ausbildungskosten über das «übliche Mass» hinaus

Auch bezüglich der Frage, wann über das «übliche Mass» hinausgehende Ausbildungskosten vorliegen würden, ist der Wunsch nach gesetzgeberischer Klärung nachvollziehbar³⁵⁷. Doch sollte auch diesfalls versucht werden, den gewünschten Standpunkt in geeigneter Weise in die Materialien einfließen zu lassen. Es handelt sich um einen offenen, zu konkretisierenden Begriff, den der Gesetzgeber nur begrenzt abstrakt klären kann.

So man sich für eine Einarbeitung in den Gesetzestext entscheidet, wäre zu prüfen, Art. 631 f. ZGB neu zu systematisieren.

Auch diesfalls wäre wohl Art. 579 Abs. 2 ZGB entsprechend anzupassen und es wären die Auswirkungen auf die Erblässergläubiger zu bedenken.

6.4 Klärung der Rechtsnatur der Frist von Art. 533 ZGB

Bereits unter geltendem Recht ist es bundesgerichtliche Rechtsprechung³⁵⁸ und in der Lehre weitgehend anerkannt³⁵⁹, dass in Art. 533 Abs. 1 ZGB eine Verwirkung, und nicht eine Verjährung, angeordnet wird. Bereits der Vorentwurf hat es unternommen, diesbezüglich den Gesetzestext anzupassen.

Nach hier vertretener Auffassung ist eine Klärung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angezeigt, letztlich handelt es sich um eine redaktionelle Anpassung. Es kann sich dogmatisch nicht um eine Verjährungsfrist handeln, da es um ein Gestaltungs-klagerecht geht und nicht die Durchsetzung einer bereits bestehenden materiell-rechtlichen Forderung mittels ihres Anspruchs³⁶⁰. Soll eine kohärente Dogmatik beibehalten werden, ist eine Qualifikation als Verjährungsfrist ausgeschlossen. Allerdings ist die simple Ersetzung des Wortes «Verjährung» (Marginalie) bzw. «verjährt» (Abs. 1) durch «Verwirkung» bzw. «verwirkt» der Fassung des Vorentwurfs vorzuziehen. Die weiteren dort vorgeschlagenen Anpassungen sind sprachlich weniger ausgereift als der in Kraft stehende Text.

Vorschlag

³⁵⁵ Liegt eine Generalklausel – eine Unterform des unbestimmten Rechtsbegriffs (vgl. Ziff. 2 hievior) – vor, so soll das Gericht diese nach Recht und Billigkeit bestimmen, wobei der Entscheid begründet sein muss und dem Gebot der Rechtsgleichheit unterworfen ist (vgl. KRAMER, S. 324 f.). Es ist für die Konkretisierung «objektivierend und Fallnormen bildend vorzugehen», indem durch Regelbildung Maximen für typische Fallgruppen formuliert werden (HUWILER, S. 23; vgl. KRAMER, S. 279; siehe auch bereits Ziff. 2 hievior). So etwa Liegenschaften, wenn es sich um wichtige Güter handelt. Siehe BGE 116 II 667 E. 3b.aa. S. 675; BGE 131 III 49 E. 4.1.2 S. 55.

³⁵⁶ Zuwendungen die «der Begründung, Sicherung oder Verbesserung der Existenz dienen», etwa in BGE 116 II 667 E. 3 S. 673; BGE 131 III 49 E. 4.1.2 S. 55; BGER 5A_512/2019, E. 7.3.

³⁵⁷ Stellungnahme Verein Successio, S. 12; Stellungnahme UniBS, S. 17 f.

³⁵⁸ BGE 98 II 176 E. 10 S. 178 f., m.w.H.; BGE 102 II 193 E. 2b S. 196; BGE 138 III 354 E. 5.2 S. 358.

³⁵⁹ PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 1, m.w.H.; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 533 N 1; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 502; a.M. ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 533 N 1, Art. 521 N 1; BK ZGB-TUOR, Art. 533 N 1 ff.

³⁶⁰ Statt vieler PraxKomm-ABT, Art. 521 ZGB N 1. Das von ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 521 N 1, dagegen vorgebrachte Argument, dass sich mit der Verwirkung kaum in Einklang bringen lasse, dass eine einredeweise Geltendmachung jederzeit möglich sei, ist nicht stichhaltig: Es handelt sich um die schlichte Festlegung der Voraussetzungen, wann ein rechtsgestaltendes Urteil erwirkt werden kann. Während dies verteidigungsweise stets möglich ist, ist es klageweise nur während eines Jahres zugelassen.

Art. 533 ZGB I IV. Verwirkung

¹ Die Herabsetzungsklage verwirkt mit Ablauf eines Jahres von dem Zeitpunkt an gerechnet, da die Erben von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten haben, und in jedem Fall mit Ablauf von zehn Jahren, die bei den letztwilligen Verfügungen von dem Zeitpunkte der Eröffnung, bei den andern Zuwendungen aber vom Tode des Erblassers an gerechnet werden.

Bei einer Anpassung ist konsequent vorzugehen, und es sind dieselben Anpassungen im ganzen Erbrecht vorzunehmen (Art. 521 Abs. 1 und 2 ZGB, samt Marginalie³⁶¹; allenfalls bei Art. 600 ZGB, samt Marginalie³⁶², und Art. 639 Abs. 2 ZGB³⁶³; nicht demgegenüber bei Art. 601 ZGB³⁶⁴; offen zu lassen für Art. 637 Abs. 3 ZGB³⁶⁵).

Die hievor als systemfremd ausgewiesene Qualifikation als Verjährungsfrist dürfte bei gewissen Autoren deshalb auf Anklang stossen, weil sich solche leichter unterbrechen lassen und damit allein zur Fristwahrung angehobene gerichtliche Schritte unnötig werden könnten. Wenn den kurzen Fristen streitfördernde und kostentreibende Wirkung zugesagt werden sollte³⁶⁶ und dies gemindert werden will, so ist nach hier vertretener Auffassung eher an eine Verlängerung der relativen Frist zu denken³⁶⁷, oder – allerdings mit grösster Zurückhaltung – die Möglichkeit der Verlängerung der Frist mit gerichtlich genehmigter Vereinbarung zu erlauben³⁶⁸.

7 Prozessnahe und prozessrechtliche Aspekte

7.1 Einredeweise Geltendmachung der Herabsetzung

Im Zusammenhang mit der einredeweisen Geltendmachung der Herabsetzung bestand bereits bei der Erarbeitung des Vorentwurfs eine Diskussion, insbesondere wie die Voraussetzungen bei Bestehen einer Willensvollstreckung und Erbenvertretung sind. Dies hängt damit zusammen, dass nach

³⁶¹ BGE 98 II 176 E. 10 S. 178 f., m.w.H.; BGE 102 II 193 E. 2.b S. 196; PraxKomm-ABT, Art. 521 ZGB N 1a, m.w.H.; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 521 N 1; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 435 f.; a.M. ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 521 ZGB N 1.

³⁶² Für eine Verwirkungsfrist siehe PraxKomm-ABT, Art. 600 ZGB N 2, m.w.H.; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 600 N 2. Für eine Verjährungsfrist siehe BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 600 N 1 a.E., m.H. auf Art. 127 ff. OR; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 142; wohl auch ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 600 N 9. Nach hier vertretener Auffassung bedeutet die Beantwortung dieser Frage gleichzeitig auch eine Klärung bezüglich der Rechtsnatur der Erbschaftsklage: Handelt es sich bei dieser um eine blosser Leistungsklage auf Herausgabe dessen, was bereits zur Erbschaft gehört und an dem der klagende Erbe bereits rechtszuständig ist (*rei vindicatio*), dürfte es um eine Verjährung des Anspruchs gehen. Liegt demgegenüber eine Klage vor mit auch rechtsgestaltender Wirkung, mit der etwa die Rechtszuständigkeit an Surrogaten erst eingeklagt wird (*rei vindicatio utilis*), so dürfte eher von einer Verwirkungsfrist auszugehen sein (zum Ganzen die Hinweise bei EGGEL, Surrogation, S. 206 f. und insb. Fn. 1033, m.w.H.). Aufgrund des Gutachtensauftrags ist dazu hier nicht Stellung zu nehmen.

³⁶³ Für eine Verwirkungsfrist ZK ZGB-ESCHER/ESCHER, Art. 639 N 12; BK ZGB-TUOR/PICENONI, Art. 639 N 16; BsK ZGB II-MINNIG, Art. 639 N 9; im Ergebnis auch WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 399. Für eine Verjährungsfrist PraxKomm-MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 639 ZGB N 11; WEIBEL, Solidarhaftung, S. 178 ff. Gemäss Gutachtensauftrag muss dazu hier nicht Stellung genommen werden.

³⁶⁴ Statt aller PraxKomm-ABT, Art. 601 ZGB N 3.

³⁶⁵ Bei dieser Norm wird eine Gewährleistung statuiert, womit die obligationenrechtlichen Regelungen analog (Art. 7 ZGB) zur Anwendung gelangen. Da sowohl die herrschende Meinung im Obligationen- (BGE 104 II 357 E. 4a S. 357 f.; BGE 82 II 411 E. 5 f. S. 419 f.; BsK OR I-HONSELL, Art. 210 N 3, m.w.H.) wie auch die herrschende Lehre im Erbrecht (siehe nur PraxKomm-MABILLARD/BRENNEIS-HOBI, Art. 637 ZGB N 19 f., m.w.H.) davon ausgeht, dass es sich um eine Verjährungsfrist handelt, ist der Gesetzestext so zu belassen.

³⁶⁶ Siehe etwa Bericht BREITSCHMID, N 50; vgl. auch GÖKSU, FS Eitel, S. 256 f.

³⁶⁷ Stellungnahme Verein Successio, S. 13; Stellungnahme UniBS, S. 27.

³⁶⁸ Die gerichtliche Genehmigung ist deshalb notwendig, weil es um ein Gestaltungs-klagerecht geht, das zu einem rechtsgestaltenden und insofern erga omnes wirkenden Urteil führen wird. Siehe Ziff. 7.2.

herrschender Meinung³⁶⁹ die Herabsetzungseinrede nach Art. 533 Abs. 3 ZGB jeweils dann erhoben werden kann, wenn der Pflichtteilserbe mindestens Mitbesitz an der Erbschaft hat, unabhängig von seiner Parteirolle im Prozess (insbesondere auch als Kläger). Nachdem der Vorentwurf die Problematik nicht aufgenommen hat, wurde in der Vernehmlassung vereinzelt vorgeschlagen, hier eine Klärung herbeizuführen³⁷⁰. Die Diskussion in der Lehre hat seither an Intensität zugenommen³⁷¹.

Die Beantwortung der offenen Fragen ergibt sich nach hier vertretener Auffassung aus einer Auseinandersetzung mit dem gefestigten dogmatischen Instrumentarium, das an gewissen Punkten der Präzisierung bedarf³⁷². Eine gesetzgeberische Klärung durch Änderung des Gesetzestexts scheint nicht angezeigt: So wenig wie der Gesetzgeber Einrede, Einwendung, Gestaltungsrecht und Gestaltungsklagerecht definiert bzw. formt, so wenig sollte er sich dieser besonderen Einrede in einem grösseren Ausmass als bisher annehmen.

7.2 Aussergerichtlicher Vergleich über die Herabsetzung

In der Literatur ist strittig, ob Herabsetzungsansprüche einer aussergerichtlichen Anerkennung bzw. einem aussergerichtlichen Vergleich zugänglich sind. In einem nicht publizierten Urteil hat das Bundesgericht angedeutet, dass nur ein Gerichtsurteil die Rechtslage im Zusammenhang mit etwaigen Herabsetzungstatbeständen ändern kann³⁷³. Im genannten Entscheid wird zutreffend ausgeführt, dass der Berechtigte bei sog. Gestaltungsklagerechten auf den Prozessweg verwiesen ist, und nicht – wie bei Gestaltungsrechten – durch eine blosser Willenserklärung eine Rechtsänderung herbeiführen kann³⁷⁴.

Davon ist allerdings nach hier vertretener Auffassung die Frage zu trennen, ob durch aussergerichtliche Vereinbarung eine entsprechende Rechtsänderung durch die Parteien herbeigeführt werden kann³⁷⁵. Dabei ist zu differenzieren: Können die beteiligten Parteien privatautonom diejenige Rechtslage, die durch das Gestaltungsurteil herbeigeführt werden soll, bewirken, so muss ein aussergerichtlicher Vergleich statthaft sein. Ist dies ausgeschlossen, so kann auch ein aussergerichtlicher Vergleich nicht zulässig sein. Im Kontext der Herabsetzung könnte man immerhin vertreten, dass sich die Herabsetzung von Zuwendungen unter Lebenden gegebenenfalls durch die Parteien vereinbaren lassen. Demgegenüber ist eine Vereinbarung der Herabsetzung von Erwerbungen von Todes wegen ausgeschlossen, da weder der gesetzliche Tatbestand noch der Wille des Erblassers – jedenfalls hinsichtlich der Erbberechtigung selbst oder ihrer Höhe – Dritten gegenüber wirksam verändert werden könnte.

Um eine einheitliche Lösung sicherzustellen, wird vorgeschlagen, Art. 522 Abs. 1 ZGB dahingehend anzupassen, dass die Erben «*gerichtlich*» die Herabsetzung verlangen können. Mit entsprechenden Ausführungen in der Botschaft dürfte damit hinlänglich geklärt werden, dass Rechtsgestaltungen im Zusammenhang mit der Herabsetzung nur über ein gerichtliches Forum möglich sind, wobei ein – allenfalls auch von der Schlichtungsbehörde – genehmigter gerichtlicher Vergleich ausreichen wird.

³⁶⁹ BGE 120 II 417 E. 2 S. 419; BGE 103 II 88 E. 3.c S. 93 f.; BGE 102 II 193 E. 3 S. 196 f.; BGE 101 II 305 E. 3.b S. 311; BGE 86 II 451 E. 7 S. 462; BsK ZGB II-PIATTI, Art. 533 N 4; PraxKomm-ABT, Art. 521 ZGB N 21 und 22; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 9a; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 438 f., 506 ff.; STEINAUER, successions, N 790, 822 f.; GUINAND/STETTLER/LEUBA, S. 77; DRUEY, Grundriss, § 12 N 55; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 47 a.E.; OFK ZGB-MINNIG, Art. 533 N 4; a.M. BK ZGB-WEIMAR, Vorbem. vor Art. 470 N 16, m.H. auf P. PIOTET, SPR IV//1, S. 380.

³⁷⁰ Stellungnahme WengerPlattner, S. 13.

³⁷¹ EGGEL/LIECHTI, S. 5 ff.; GEISER/FLÜCKIGER; ANTOGNINI.

³⁷² Siehe EGGEL/LIECHTI, *passim*.

³⁷³ BGer 5A_702/2016, E. 2.2; dazu GÖKSU, successio 2018, S. 314 f.; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB, N 17b f. (m.H. auf die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende, einen aussergerichtlichen Vergleich befürwortende Lehre).

³⁷⁴ Statt aller immer noch GULDENER, S. 210 ff.

³⁷⁵ Zur Unterscheidung echter und unechter Gestaltungsklagen SOGO, S. 47 ff.; vgl. auch GULDENER, S. 394 f.

7.3 Einführung eines Erbprozessrechts?

Inhalt des vorliegenden Gutachtens sind auftragsgemäss allein *konkrete* Verbesserungs- und Änderungsvorschläge für das *Ausgleichs-* und *Herabsetzungsrecht*. Gleichwohl sei darauf hingewiesen, dass verschiedene Herausforderungen des darzustellenden Rechtsgebiets im Prozessrecht begründet liegen. Da die Schweiz über kein eigenes Erbprozessrecht verfügt, scheinen Eingriffe in das allgemeine Zivilverfahrensrecht allerdings nicht sinnvoll. Zu prüfen wäre aber die Einführung eines Erbprozessrechts (als weiterer BT in der ZPO).

8 Schlussbetrachtung

Mit dem vorliegenden Gutachten wurde auftragsgemäss eine Auslegung, Analyse und Erörterung zu den Art. 522 ff. und Art. 626 ff. ZGB mit besonderem Fokus auf Problemstellungen unter der derzeit geltenden Rechtslage vorgenommen.

Aufbauend auf historischen und rechtsvergleichenden Untersuchungen zur Zwecksetzung von Herabsetzungs- und Ausgleichsrecht konnten die wichtigsten Praxisprobleme und Lehrstreitigkeiten diskutiert und konkrete Verbesserungs- und Regelungsvorschläge zur Lösung klärungsbedürftiger «technischer» Aspekte des schweizerischen Herabsetzungs- und Ausgleichsrechts erarbeitet werden. Im Kontext der *Herabsetzung* dürfte die Klärung des Verhältnisses von Erbenstellung und erbrechtlichem Vermögensanfall, der Behandlung von Konstellationen der indirekten Herabsetzung sowie der Tragweite von Art. 527 Abs. 1 ZGB im Zusammenhang mit dem Ausgleichsrecht im Fokus stehen. Was die *Ausgleichung* betrifft, stellt die Revision eine Gelegenheit dar, die jahrzehntealten Unklarheiten rund um die Versorgungs- und Schenkungskollation sowie die Behandlung des überlebenden Ehegatten auszuräumen, aber auch prozessuale Fragen wie die Ausübungsmodalitäten des Wahlrechts zwischen Ideal- und Realkollation, und weitere Einzelfragen rund um Anordnung und Dispens von Ausgleichungspflichten zu klären. Auch auf damit zusammenhängende, über den Kern des Gutachtensauftrags hinausgehende Fragestellungen (etwa betreffend die Handhabung des Durchgriffs oder die Rechtsnatur der Klagefristen im Erbrecht) konnte in gebotener Kürze eingegangen werden.

Einer möglichen Berücksichtigung der unterbreiteten Vorschläge sowie den weiteren Entwicklungen im Prozess der Revisionsgesetzgebung wird mit Interesse entgegengesehen.

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. Martin Eggel*

* Unter Mitarbeit von Bernhard Gerstl, MLE (Universität St. Gallen), RA, Wissenschaftlicher Assistent, und Philipp Kessler, BLE (Universität St. Gallen), Studentischer Mitarbeiter.

Anhang: Konsolidierte Vorschläge

Art. 470 ZGB

A. Verfügbarer Teil
I. Umfang der
Verfügungsbefugnis

[...]

³ **Trifft der Erblasser Verfügungen betreffend den Kreis der Erben oder die Erbquoten, so gilt jede im betreffenden Erbgang erworbene Erbenstellung samt Quote als gewillkürter Erwerb, soweit es sich nicht um eine bloße Bestätigung der gesetzlichen Erbfolge handelt.**

Art. 477 ZGB

B. Enterbung
I. Gründe

¹ **Der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen einem Erben weniger als seinen Pflichtteil zuweisen oder ihm die Erbenstellung vollständig entziehen, was unanfechtbar bleibt:**

[...]

Art. 478 ZGB

II. Wirkung

¹ **Der Enterbte kann bei Vorliegen der vorstehenden Gründe weder an der Erbschaft teilnehmen noch die Herabsetzungsklage geltend machen.**

[...]

Art. 522 ZGB

B.
Herabsetzungsklage
I. Voraussetzungen
1. Im Allgemeinen

¹ **Die Erben, die trotz Zuwendungen zu Lebzeiten und Erwerbungen von Todes wegen dem Werte nach weniger als ihren Pflichtteil erhalten, können gerichtlich die Herabsetzung der folgenden Erwerbungen und Zuwendungen verlangen, bis der Pflichtteil hergestellt ist:**

[...]

³ **Schlägt ein Pflichtteilserbe, dem vom Erblasser anstelle seines Erbrechts ein Vermächtnis zugewendet wurde, mit dem er, unter Einbezug allfälliger lebzeitiger Zuwendungen, seinen Pflichtteil dem Werte nach erhalten würde, dieses aus, so steht ihm die Geltendmachung der Herabsetzung nicht zu.**

Art. 525 ZGB

II. Wirkung
1. Herabsetzung im
Allgemeinen

¹ **Die Herabsetzung erfolgt für alle **erbrechtlich Begünstigten** im gleichen Verhältnis, soweit nicht aus der Verfügung ein anderer Wille des Erblassers ersichtlich ist.**

² **Wird der Erwerb von Todes wegen einer Person herabgesetzt, die zugleich mit Vermächtnissen oder Auflagen oder mit der Verpflichtung zur Ausrichtung satzungsbedingter Zuwendungen beschwert ist, so kann diese verlangen, dass diese entsprechend herabgesetzt werden.**

Art. 526 ZGB

(II. Wirkung)
2. Bei Erwerbungen
von Todes wegen

¹ **Werden Erwerbungen der gesetzlichen Erbfolge zur Gänze herabgesetzt, so verliert der Herabsetzungsschuldner rückwirkend seine gesetzliche Erbenstellung.**

² **Gelangt das Vermächtnis einer einzelnen Sache, die ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden kann, oder einer Sachgesamtheit zur Herabsetzung, so kann der Bedachte entweder gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sachen selbst oder anstatt der Sachen den verfügbaren Betrag beanspruchen.**

Art. 527 ZGB

3. Bei Verfügungen
unter Lebenden

¹ **Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen: **[Subjektive Theorie]****

a. Fälle

1. *alle unentgeltlichen Zuwendungen, die nach der gesetzlichen Ordnung mangels erblasserischer Dispens [zwischen den Nachkommen / zwischen den Pflichtteilserben / zwischen den Erben] objektiv oder nach erblasserischer Verfügung subjektiv zwar zur Ausgleichung gelangen müssten, aber im Einzelfall nicht zur Ausgleichung kommen;*
2. [...]
3. *die unentgeltlichen Zuwendungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte, oder die er während der letzten fünf [zehn / fünfzehn] Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke;*
4. *die Entäußerung von Vermögenswerten, die der Erblasser [treuwidrig] zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat [oder bei denen er eine solche in Kauf genommen hat].*

¹ Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen: **[Objektive Theorie]**

1. *alle unentgeltlichen Zuwendungen, die nach der gesetzlichen Ordnung [zwischen den Nachkommen / zwischen den Pflichtteilserben / zwischen den Erben] objektiv oder nach erblasserischer Verfügung subjektiv zwar der Ausgleichung unterworfen sind oder sein müssten, aber im Einzelfall nicht zur Ausgleichung kommen;*
2. [...]
3. *die unentgeltlichen Zuwendungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte, oder die er während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke;*
4. [...]

² Dem Erblasser wird als Zuwendung zugerechnet, was von zum Zuwendungszeitpunkt von ihm kontrollierten juristischen Personen oder von ihm errichteten Sondervermögen unentgeltlich zugewendet wurde.

Art. 528

b. Rückleistung

[...]

³ *Gelangt die Zuwendung unter Lebenden einer einzelnen Sache, die ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden kann, oder einer Sachgesamtheit zur Herabsetzung, so kann der rückleistungspflichtige Empfänger wie in Art. 526 dieses Gesetzes vorgehen.*

Art. 531 ZGB

6. Bei Nachverfügungen

Eine **Nachverfügung** ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils **und insoweit vollständig herabsetzbar**; vorbehalten bleibt die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen.

Art. 532 ZGB

III. Durchführung

¹ Der Herabsetzung unterliegen wie folgt der Reihe nach, bis der Pflichtteil hergestellt ist:

[...]

2. *die Zuwendungen von Todes wegen, darunter zuerst diejenigen, die von einem erbovertraglich Begünstigten mittels Anfechtungsklage nach Art. 494 Abs. 3 beseitigt werden können;*

[...]

Art. 533 ZGB

IV. Verwirkung

¹ Die Herabsetzungsklage **verwirkt** mit Ablauf eines Jahres von dem Zeitpunkt an gerechnet, da die Erben von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten haben, und in jedem Fall mit Ablauf von zehn Jahren, die bei den letztwilligen Verfügungen von dem Zeitpunkte der Eröffnung, bei den andern Zuwendungen aber vom Tode des Erblassers an gerechnet werden.

[...]

Art. 533a ZGB

V. Virtuelle Erben

¹ Wurde einem Pflichtteilerben seine Erbenstellung durch eine ungültige oder herabsetzbare Verfügung entzogen, so kann er, noch bevor er klage- oder einredeweise seine Erbenstellung hat herstellen lassen, ein Sicherungsinventar nach Art. 553 verlangen und die entsprechenden Parteirechte ausüben sowie Informationsansprüche nach Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 geltend machen, wie wenn er bereits Erbe wäre.

² Dieselbe Stellung kommt einem Pflichtteilsvermächtnisnehmer zu, solange er sein Vermächtnis geltend machen kann.

Art. 626 ZGB

A.
Ausgleichungspflicht
der Erben

¹ Die Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser mit entsprechender Anordnung bei Lebzeiten unentgeltlich zugewendet hat.

I. Gewillkürte und
gesetzliche
Ausgleichung

² Was der Erblasser seinen Nachkommen unentgeltlich zum Zwecke der Ausstattung zugewendet hat, haben diese untereinander als Erbvorbezug auszugleichen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde. [Versorgungskollation]

² Was der Erblasser seinen Nachkommen unentgeltlich zugewendet hat, haben diese untereinander als Erbvorbezug auszugleichen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde. Vorbehalten bleiben Art. 631 und 632 dieses Gesetzes. [Schenkungskollation]

² Was der Erblasser seinen Nachkommen oder seinem überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner unentgeltlich zugewendet hat, haben diese untereinander als Erbvorbezug auszugleichen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde. Vorbehalten bleiben Art. 631 und 632 dieses Gesetzes. [Ehegatten in der gesetzlichen Ausgleichung]

³ Dem Erblasser wie den ausgleichungsverpflichteten Erben wird als Zuwendung zugerechnet, was von oder zugunsten von zum Zuwendungszeitpunkt kontrollierten juristischen Personen oder von ihnen je errichteten Sondervermögen unentgeltlich zugewendet wurde.

Art. 626^{bis} ZGB

II. Erblasserische
Anordnungen

¹ Die Ausgleichung regelnde Verfügungen von Todes wegen sind formfrei vor, mit und nach der entsprechenden Zuwendung möglich. [Nachträgliche positive Anordnung zulässig]

¹ Die Ausgleichung regelnde Verfügungen von Todes wegen sind formfrei vor, mit und nach der entsprechenden Zuwendung möglich. Ausgeschlossen bleibt eine einseitige nachträgliche positive Anordnung der Ausgleichung. [Nachträgliche positive Anordnung unzulässig]

² Ändert der Erblasser die Erbquoten oder den Kreis der Erben derart, dass es zu einer Ungleichbehandlung von Stämmen oder gegebenenfalls des Ehegatten oder eingetragenen Partners im Vergleich zu den Proportionen der gesetzlichen Erbfolge kommt, so wird vermutet, dass er damit auch von der gesetzlichen Ausgleichung dispensieren will.

³ Erbringen Erben in Erfüllung einer sittlichen Pflicht, ihrer Unterhaltspflicht oder darüber hinaus Pflegeleistungen zugunsten des Erblassers, so wird vermutet, dass der Erblasser diese in solchem Umfang von Ausgleichungspflichten befreit.

Art. 628 ZGB

C. Berechnungsart
I. Einwerfung oder
Anrechnung

[...]

^{1bis} Übt der ausgleichungsverpflichtete Erbe sein Wahlrecht bis zum zum Eintritt der Novenschränke nicht aus, so geht es auf den Gläubiger über. Übt auch dieser das Wahlrecht nicht unmittelbar nach Aufforderung durch das Gericht aus, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.