

Die erbrechtlichen Klagen

von

Christian Brückner

Text der 1. Auflage (1999)
3. Auflage erscheint 2012

Inhaltsverzeichnis:

1.	Einleitung	4
1.1	Gegenstand der Darstellung	4
1.2	Überblick über die wichtigsten Streit-Konstellationen	4
1.3	Zitierweise	5
2.	Ungültigkeitsklage (= Anfechtung des Testaments oder Erbvertrags, Art. 519 ZGB)	6
3.	Herabsetzungsklage	8
3.1	Testament oder Erbvertrag als Anfechtungsobjekt (Art. 522-526 ZGB)	8
3.2	Herabsetzungsklage: Lebzeitige Zuwendung als Anfechtungsobjekt (Art. 527-533 ZGB)	11
4.	Klage auf Feststellung oder Aberkennung der Erbenqualität bestimmter Personen	14
5.	Erbschaftsklage (Art. 598-600 ZGB)	15
6.	Klage auf Auskunftserteilung über lebzeitige Vorgänge und Verhältnisse	20
7.	Erbteilungsklage	24
7.1	Vorausklage: Klage auf Tilgung der Nachlassschulden	28
7.2	Teilungsklage	30
7.2.1	Gesamtklage (allgemeine Erbteilungsklage, Art. 538 Abs. 2 und 604 Abs. 1 ZGB)	31
7.2.2	Partielle Teilungsklage (Art. 604 Abs. 2 ZGB)	26
8.	Klage auf Vollzug des Erbteilungsvertrags	36
9.	Ausgleichungsklage (Art. 626 ff. ZGB)	38
10.	Anfechtung des Teilungsvertrags (Art. 638 ZGB)	42
11.	Vermächtnisklage (Art. 601 ZGB)	43
12.	Streit zwischen Miterben über Fragen der Nachlassverwaltung	45
13.	Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB)	47
14.	Beschwerdeführung gegen Handlungen des Erbenvertreters	48
15.	Rechtsbehelfe gegen den Willensvollstrecker	50
16.	Beispiel einer kombinierten Teilungs-, Ausgleichs- und Herabsetzungskonstellation (2 Klagen)	54

Vorbemerkung

Die vorliegende Arbeit ist die überarbeitete Fassung der Arbeitsunterlage des Workshops "*Streitige Nachlassabwicklung*", veranstaltet von der Arbeitsgruppe "Fortbildung im Recht" der Basler Advokatenkammer am 15./19.6.1995. Der Verfasser dankt Herrn cand. iur. *Pascal Leumann* für die Durchsicht des Manuskripts und dessen Nachführung auf den Stand vom 31.7.1998.

1. Einleitung

1.1 Gegenstand der Darstellung

- 1 In der vorliegenden Darstellung wird eine Reihe erbrechtlicher Fragen aus der Optik der Prozesssituation beleuchtet. Den Hauptteil machen jene zivilprozessualen Rechtsbehelfe aus, die in wörtlicher oder sinngemässer Anwendung von Art. 538 Abs. 2 am "forum hereditatis", d.h. am letzten Wohnsitz des Erblassers anzubringen sind.
- 2 Im Sinne einer knappen Wegleitung für den Praktiker werden die einzelnen Rechtsbehelfe nach einheitlichem Muster vorgestellt. Die Formulierungsvorschläge für die Rechtsbegehren entsprechen der Basler Praxis (Sätze im Konjunktiv der indirekten Rede: "*Es sei der Beklagte ... zu verurteilen*"). Die Rechtsbegehren betreffend die Kostenfolgen werden jeweils nicht dargestellt.
- 3 Das bäuerliche Erbrecht wird nicht behandelt; auf internationalprivatrechtliche Aspekte bei Belegenheit der Erbschaft in mehreren Staaten, ausländischer Nationalität oder ausländischem Letztdomizil des Erblassers oder einzelner Erben wird in der Regel nicht eingetreten; diesbezüglich wird auf Art. 86-95 IPRG verwiesen, für die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Todes auf Art. 51 lit. a IPRG.

1.2 Überblick über die wichtigsten Streit-Konstellationen

- 4 - **Wer ist Erbe?** --> Ungültigkeitsklage (Art. 519 ZGB), vgl. Ziff. 10 ff. (evtl.: Klagen um die Auslegung des Testaments oder um Berichtigung von Zivilstandsregistrierungen, d.h. Feststellung einer auf Verwandtschaft gegründeten Erbenqualität; die zuletzt genannten Situationen werden nicht behandelt).
- 5 - **Was gehört zur Erbschaft?** (Behändigen der Erbschaftsaktiven von Dritten) --> Erbschaftsklage (Art. 598 ZGB), vgl. Ziff. 60 ff.
- 6 - **Wie viel hat jeder Pflichtteilserbe mindestens zu gut?** --> Herabsetzungsklage (Art. 522 ZGB); vgl. Ziff. 22 ff.
- 7 - **Teilung der Erbschaft: Wer erhält was?** --> Erbteilungsklage (Art. 604 Abs. 1 ZGB; vgl. Ziff. 134 ff.), evtl. verbunden mit Ausgleichsbegehren; ausnahmsweise selbständige Ausgleichungsklage (Art. 626 ZGB; vgl. Ziff. 170 ff.).
- 8 - **Welche Verwaltungshandlungen sind während der Dauer der Erbengemeinschaft vorzunehmen?** (Vorgehen bei Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft wegen Dissenses über die vorzunehmenden Verwaltungshandlungen) --> Begehren an die zuständige Behörde um amtliche Einsetzung eines Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB (Ziff. 212 ff).

1.3 Zitierweise

9 In der vorliegenden Darstellung gilt folgende Zitierweise:

- DRUEY, JEAN-NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 4. A., Bern 1997, zitiert: DRUEY (1997)

- ESCHER, ARNOLD, Zürcher Kommentar zu Art. 457-536 ZGB (Zürich 1959) und zu Art. 537-640 ZGB (Zürich 1960), zitiert: ZK-ESCHER (1959 bzw. 1960)

- JOST, ARTHUR, Der Erbteilungsprozess im schweizerischen Recht, Bern 1960, zitiert: JOST (1960)

- PIOTET, PAUL, Das Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV, 1. Halbband (S. 1-519) Basel 1978, 2. Halbband (S. 520-1072) Basel 1981, zitiert: PIOTET, SPR IV/1 (1978) bzw. IV/2 (1981).

- Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Kommentar zu Art. 457-977 ZGB und zu Art. 1-61 SchIT ZGB, Basel/Frankfurt a.M. 1998, zitiert: ZGB-Autor (ZGB-FORNI/PIATTI, ZGB-HUWILER, ZGB-KARRER, ZGB-SCHAUFELBERGER, ZGB-STAEHELIN)

- TUOR, PETER, Berner Kommentar zu Art. 457-536 ZGB, Bern 1952 (Nachdruck 1973), zitiert: BK-TUOR (1952)

- TUOR, PETER/PICENONI, VITO, Berner Kommentar zu Art. 537-640 ZGB (Bern, 1957-1973, Nachdruck 1984), zitiert: BK-TUOR/PICENONI (1957/1973)

Folgende beim Abschluss des Manuskriptes angekündigten Arbeiten konnten nicht mehr berücksichtigt werden:

- NÄF-HOFMANN, MARLIES und HEINZ, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Eine Einführung für den Praktiker, Neuauflage, Zürich 1998

- ZOLLER, BEAT, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des Umgehungstatbestandes, Zürich 1998.

2. Ungültigkeitsklage (= Anfechtung des Testaments oder Erbvertrags, Art. 519 ZGB)

- 10** Vorbemerkung: Die Ungültigkeitsklage führt bei Gutheissung zu einem Gestaltungsurteil. Will der Kläger zugleich die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des Nachlasses erlangen, so muss er separat oder im gleichen Verfahren (mit Klagenhäufung, vgl. Ziff. 65) die Erbschaftsklage erheben (ZK-ESCHER [1960], Art. 519 N 8 und Vorbem. zu Art. 598 N 15).
- 11** Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB).
- 12** Aktivlegitimation: Die Aktivlegitimation steht jedem zu, der als Erbe ein Interesse an der Ungültigerklärung hat. Die gesetzlichen Erben haben die Aktivlegitimation, wenn sie vom Intestat Recht im Falle der Ungültigkeit des Testaments als Nachfolger berufen sind; eine notwendige Streitgenossenschaft besteht zwischen ihnen nicht (KG VS 1.7.1992 i.S. Steiner/Praz, RVJ 1992, 320-328, E. 3a), jedoch wirkt die richterliche Ungültigerklärung nur zugunsten der Kläger, wogegen das Testament gegenüber jenen Erben, die nicht geklagt haben, weiterhin seine Gültigkeit behält (vgl. BGE 81 II 33; ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Art. 519/520, N 30; PIOTET, SPR IV/1 [1978], S. 274 f.; BK-TUOR [1952], Vorbemerkungen zu Art. 519/521 N 6b; ZK-ESCHER [1959], Art. 519 N 6; PICENONI, SJZ 63/1967, S. 107).
- 13** Aktivlegitimiert sind auch die Bedachten aus früheren Testamenten, wenn ihnen bei Aufhebung des aktuellen Testaments ein Vorteil zukäme; vgl. DRUEY (1997), § 12 N 48, S. 155.
- 14** Aktivlegitimiert ist gemäss BGE 85 II 601 auch der Willensvollstrecker.
- 15** Passivlegitimation: Die Klage auf Ungültigerklärung des Testaments muss sich gegen jene Personen richten, die aus der ungültigen Verfügung zum Nachteil des Klägers erbrechtliche Vorteile ziehen (BGE 96 II 100). Die Kläger müssen nur dann sämtliche Miterben als Beklagte ins Verfahren einbeziehen, wenn der Gegenstand der angefochtenen Verfügung eine unteilbare Einheit bildet (KG VS 1.7.1992 i.S. Steiner/Praz, RVJ 1992 320-328, E. 3b; BGE 89 II 429; 97 II 205, E. 3). Klagen die Kläger nur gegen einen Teil der Bedachten, so entfaltet das Urteil nur im Verhältnis zwischen den Prozessparteien seine Wirkung.
- 16** Rechtsbegehren:

"1. Die letztwillige Verfügung (oder: der Erbvertrag) des Erblassers ... [Spezifikation des angefochtenen Testaments durch Abschlussort und Datum] sei ungültig zu erklären.

2. Variante 1 (gesetzlicher Erbe): Es sei festzustellen, dass der Kläger als gesetzlicher Erbe zu einem Viertel am Nachlass beteiligt ist;

Variante 2 (eingesetzter Erbe): Es sei festzustellen, dass der Kläger aufgrund der früheren letztwilligen Verfügung vom ... als eingesetzter Erbe zu einem Drittel am Nachlass beteiligt ist."

- 17 Erläuterungen: Das Hauptbegehren ist als Gestaltungsbegehren, nicht als Feststellungsbegehren zu formulieren; denn das Urteil hat die letztwillige Verfügung aufzuheben, nicht bloss deren Rechtswidrigkeit festzustellen.
- 18 Der angerufene Ungültigkeitsgrund ("infolge Formmangels", "wegen Urteilsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung" etc.) ist nicht im Rechtsbegehren, sondern in der Klagebegründung zu nennen.
- 19 Das hier vorgeschlagene Rechtsbegehren Nr. 2 (Feststellungsbegehren betreffend die aus der Ungültigkeit zugunsten des Klägers und zulasten der Beklagten fliessenden Rechtsfolgen) ist sinnvoll, wenn diese Rechtsfolgen von den Beklagten möglicherweise bestritten werden könnten, ansonsten überflüssig, aber unschädlich. Wer ein überflüssiges Feststellungsbegehren stellt, das in einem gleichzeitig gestellten Leistungs- oder Gestaltungsbegehren aufgeht, hat sich nicht "überklagt" und braucht aus diesem Grunde keine Kostenfolgen zu gewärtigen.
- 20 Klage auf Teilungültigerklärung ist möglich (BGE 119 II 208, E. 3bb), etwa wenn nur eine bestimmte Anordnung im Testament wegen Willensmangels des Erblassers oder wegen Verletzung materiellen Rechts (ungerechtfertigte Enterbung; Verletzung erbvertraglicher Pflichten, Missachtung eines lebzeitig erteilten Ausgleichsdispenses u.a.m.) angefochten wird.
- 21 Anhang: Nichtigkeitsklage. - Im Gegensatz zur Ungültigkeitsklage ist die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung eine Feststellungsklage mit Wirkung gegen jedermann, unabhängig davon, ob sämtliche Bedachten als Beklagte genannt werden. Nichtig sind insbesondere gefälschte (von Dritten hergestellte) Testamente, ferner dem Erblasser unter Zwang oder Drohung abgerungene Testamente sowie sinnlose (unverständliche) Testamente (vgl. ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Art. 519/520, N 4; DRUEY [1997], § 12 N 59 ff., S. 158). Da Nichtigkeitsgründe von den mit dem Nachlass befassten Behörden von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, ist nicht erforderlich, dass der Kläger sämtliche aus dem nichtigen Testament begünstigten Personen als Streitgenossenschaft ins Recht fasst.

3. Herabsetzungsklage

3.1 Testament oder Erbvertrag als Anfechtungsobjekt (Art. 522-526 ZGB)

- 22 Vorbemerkung: Art. 525 Abs.1 ZGB verlangt die proportionale Herabsetzung sämtlicher letztwilliger Zuwendungen, bis der Pflichtteil des Klägers aufgefüllt ist. Haben zudem lebzeitige Zuwendungen zur Pflichtteilsverletzung beigetragen, so werden in erster Linie die Zuwendungen von Todes wegen, dann erst die lebzeitigen herabgesetzt. Je später eine Zuwendung erfolgt ist, desto eher wird sie herabgesetzt (Art. 532 ZGB).
- 23 Diese Prioritätenfolge der Herabsetzung mehrerer Zuwendungen lässt es als zweckmässig erscheinen, dass der Kläger die Klage gegen sämtliche in Frage kommenden Zuwendungsempfänger richtet. In diesem Falle hat der Kläger die beste Chance, seinen Pflichtteil vollständig aufzufüllen.
- 24 Der Kläger (= Herabsetzungsgläubiger) ist jedoch prozessual nicht verpflichtet, gegen sämtliche Zuwendungsempfänger (= Herabsetzungsschuldner) zu klagen. Er kann einzelne von ihnen unbehelligt lassen. Bloss kann er dadurch die Situation der anderen nicht erschweren. Die anderen müssen sich die Herabsetzung trotzdem nur in jenem Umfange gefallen lassen, wie wenn sämtliche Herabsetzungsschuldner ins Verfahren einbezogen worden wären (vgl. PIOTET, SPR IV/1 [1978], S. 488). Gegebenenfalls müssen sie sich mit einer Einrede zur Wehr setzen. Dabei ist es misslich, wenn vorfrageweise über die Herabsetzungsfähigkeit anderer lebzeitiger Zuwendungen gestritten werden muss, deren Empfänger nicht in den Prozess einbezogen sind. Der Kläger sollte deshalb stets sämtliche potentiellen Herabsetzungsschuldner gleichzeitig einklagen.
- 25 Bei den nachfolgenden Formulierungsvorschlägen wird nur jene einfachste Variante gezeigt, bei welcher der Kläger sämtliche in Frage kommenden Herabsetzungsschuldner gleichzeitig ins Verfahren einbezieht.
- 26 Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB).
- 27 Aktivlegitimation: Jeder in seinem Pflichtteil verletzte Erbe einzeln. - Ausnahmsweise gewisse Gläubiger des Pflichtteilserven (Art. 524 ZGB).
- 28 Passivlegitimation: Jede übermässig begünstigte Person (Miterbe oder Vermächtnisnehmer) einzeln.
- 29 Rechtsbegehren:

Es sei angenommen, der Erblasser habe im Testament angeordnet: "Mein einziger Nachkomme X. ist Erbe zu einem Viertel, mein Freund Y. ist Erbe zu drei Vierteln. Die Z-Stiftung erhält ein Barlegat von Fr. 100'000.--." - Der Nachlass habe einen Netto-Wert von Fr. 1'100'000.--.

Würde das Testament gemäss seinem Wortlaut vollzogen, so erhielte der Pflichtteilserbe Werte von Fr. 250'000.--, Y. Fr. 750'000.-- und die Z-Stiftung Fr. 100'000.--. Der

Pflichtteil des X. beläuft sich aber auf 75% von Fr. 1'100'000.--, d.h. auf Fr. 825'000.--. Dieser Pflichtteilsanspruch muss aufgefüllt werden, indem beide Bedachten Y. und Z-Stiftung je um eine gleich grosse Quote herabgesetzt werden. Auf Anhieb sieht es so aus, als ob die aufzufüllende Differenz einen Wert von Fr. 575'000.-- hätte (250'000.-- + 575'000.-- = 825'000.--) und als ob der eingesetzte Erbe X. und die Z-Stiftung von ihren Empfängern von total Fr. 850'000.-- diese Differenz von Fr. 575'000.-- herauszugeben hätten und gesamthaft also nur den Restbetrag von Fr. 275'000.-- behalten dürften. Dieser Restbetrag macht 22% der ursprünglichen Zuwendungen aus. Das Rechtsbegehren könnte also lauten:

"Es seien die Zuwendungen an Y. und an die Z-Stiftung je auf 22% ihres Wertes herabzusetzen, nämlich der Erbteil des Y. auf 22% des Nachlasses und das Vermächtnis zugunsten der Z-Stiftung auf Fr. 22'000.--."

- 30** Das Beispiel zeigt die rechnerische Schwierigkeit, wenn gleichzeitig Quoten (Erbteile) und Frankenbeträge (Legate) herabgesetzt werden müssen. Noch schwieriger wird die Sache rechnerisch, wenn es sich um Sachlegate mit umstrittener Bewertung handelt. Solange der Wert des Nachlasses und derjenige der Legate nicht abschliessend feststeht (und er kann sich während des Herabsetzungsprozesses laufend verändern; man denke an Kursschwankungen von Wertschriften, die zum Nachlass gehören, oder an den schwankenden Verkehrswert von Vermächtnisliegenschaften), steht auch nicht fest, welche Herabsetzungsquote für die beiden Beklagten die richtige ist.

- 31** Will man rechnerische Fehler im Rechtsbegehren vermeiden, so muss man dieses abstrakter formulieren und nur das Ziel, nämlich die Auffüllung des Pflichtteils auf eine bestimmte Quote des gesamten Nachlass-Wertes, verlangen, die Konkretisierung durch Bewertungen und abschliessende Berechnungen aber dem Richter anheimstellen (vgl. BGE 121 III 249):

"1. Es seien die Zuwendungen an Y. und an die Z-Stiftung proportional auf jenen Bruchteil ihres Wertes herabzusetzen, der dem Kläger seinen vollen Pflichtteil im Werte von drei Vierteln des Gesamtnachlasses verschafft."

2. Zu diesem Zwecke sei der Teilungswert des Gesamtnachlasses festzustellen, soweit erforderlich durch richterliche Einholung von Bewertungsgutachten, und es sei auf der Grundlage des so ermittelten Gesamtwertes die Verhältniszahl festzusetzen, um welche die angefochtenen Zuwendungen herabgesetzt werden müssen."

- 32** Erläuterungen: Die Herabsetzungsklage gegen letztwillig Bedachte zielt auf ein Gestaltungsurteil ab, das die Berechtigungen am Nachlass (Erbteile und Vermächtnisse) abweichend vom letzten Willen des Erblassers neu gestaltet. Diese Rechtsgestaltung, nicht eine blosser Feststellung, ist im Rechtsbegehren zu verlangen.

- 33** Die Verhältniszahl, um welche Erbquoten und Vermächtnisse proportional herabzusetzen sind, sollte im Urteilsdispositiv verbindlich festgesetzt werden, obgleich dies verfrüht ist, nämlich vor dem Zeitpunkt der tatsächlichen Teilung. Wird die Ermittlung des Herabsetzungsfaktors einem späteren Vollstreckungsverfahren überlassen, so erneuert sich der Streit möglicherweise in einer weiteren Prozessrunde.

- 34** Im obigen Beispiel würde das Rechtsbegehren Nr. 1 genügen. Die in Nr. 2 verlangten Ausführungshandlungen könnten auch in der Klagebegründung dargestellt werden.

3.2 Herabsetzungsklage: Lebzeitige Zuwendung als Anfechtungsobjekt (Art. 527-533 ZGB)

- 35** Vorbemerkung: Richtet sich der Anspruch gegen einen Miterben, so bringt der Ausgleichsanspruch gemäss Art. 626 ZGB dem Kläger mehr, nämlich die Auffüllung seines vollen Erbteils, nicht bloss des Pflichtteils, und dies ausserdem ohne die fünfjährige Frist des Art. 527 Ziff. 3 ZGB, die die früher erfolgten lebzeitigen Zuwendungen aus der Herabsetzungs-, nicht jedoch aus der Ausgleichsmasse herausfallen lässt. Sind die Voraussetzungen des Art. 626 ZGB zweifelhaft, so empfiehlt sich die Kombination des Hauptbegehrens auf Ausgleich mit einem Eventualbegehren auf Herabsetzung (in diesem Sinne hat die Ausgleichung vor der Herabsetzung der Vorrang; vgl. ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Vorbemerkungen vor Art. 522-533, N 12; zum Themenkreis insgesamt: PAUL EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht - Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung, Bern 1998).
- 36** Die oben aufgezeigten rechnerischen und prozesstechnischen Schwierigkeiten können ins Unbewältigbare anwachsen bei Herabsetzungsklagen gegen lebzeitig bedachte Personen. Hier muss vorfrageweise die Herabsetzbarkeit als solche, d.h. die Frage geklärt werden, ob eine bestimmte Zuwendung unter den Katalog von Art. 527 ZGB fällt (dies dürfte in manchen Fällen umstritten sein). Zu diesem Zweck sind die in den Nachlass fallenden, d.h. am Todestag vorhandenen Vermögenswerte des Erblassers und die früher erfolgten lebzeitigen Zuwendungen insgesamt per Todestag zu bewerten ("Todestagsprinzip", vgl. Art. 474 Abs. 1, 537 Abs. 2, 630 ZGB; ZGB-STAEHELIN [1998], Art. 475 N 6), wie wenn Herabsetzung und Erbteilung am Todestag schlagartig gerechnet und vollzogen worden wären. Die Summe dieser Werte ergibt die Herabsetzungs-Berechnungsmasse. Bezogen auf diese rechnerische Grösse, die vom Wert des am Todestag und später vorhandenen Nachlasses, d.h. der wertmässig laufend schwankenden Teilungsmasse, in der Regel abweicht, beantwortet sich die Frage, ob und in welchem Umfange der Herabsetzungsgläubiger von den Beklagten die Herabsetzung beanspruchen kann. Das Todestagsprinzip ordnet Chancen und Risiken von Wertänderungen den jeweiligen Beklagten zu: Der Kläger soll aus der Verzögerung der Nachlassabwicklung keinen Nutzen und keine Schaden haben (vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995, S. 473, Ziff. 4). (Im übrigen erfolgt die Erbteilung zu den Werten per Teilungstag; Art. 617 Abs. 1 ZGB).
- 37** Die Sache wird zusätzlich erschwert durch die Notwendigkeit, die einzelnen Herabsetzungsschuldner in der zeitlichen Prioritätenfolge gemäss Art. 532 ZGB zu belangen (wogegen für die Ermittlung des Umfangs der Herabsetzungs-Berechnungsmasse alle herabsetzungsfähigen, auch die frühesten lebzeitigen Zuwendungen, einzubeziehen sind). Den Gipfel der Kompliziertheit erreicht das Verfahren durch das dem Herabsetzungsschuldner eingeräumte Wahlrecht gemäss Art. 526 ZGB: Er kann sich noch während des Prozesses darüber aussprechen, ob er in natura zurückleisten oder ob er Geld einwerfen will.

38 Wird das Herabsetzungsbegehren als blosses Eventualbegehren einem Ausgleichungsbegehren beigefügt, so erreicht die Klage einen noch höheren Grad der Kompliziertheit, indem die Ausgleichungs-Berechnungsmasse alle ausgleichungspflichtigen Zuwendungen, bis zurück in beliebige Vergangenheit, die Herabsetzungs-Berechnungsmasse nur die pflichtteilsverletzenden Zuwendungen und (im Falle des Art. 527 Ziff. 3) nur zurück auf fünf Jahre erfasst.

39 Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB).

40 Aktivlegitimation: Jeder in seinem Pflichtteil verletzte Erbe einzeln.

41 Passivlegitimation: Jeder Empfänger einer herabsetzungsfähigen Zuwendung einzeln.

42 Rechtsbegehren:

Ausgegangen sei von einem einfachen Tatbestand: Ein verwitweter Vater hinterlässt einen einzigen Sohn X. und einen Nachlass im Wert von Fr. 100'000.--. Ein halbes Jahr vor seinem Tod hatte der Vater das hypotheckenfreie Einfamilienhaus seiner Lebenspartnerin Y. geschenkt. Das Haus hatte damals und hat heute einen Verkehrswert von Fr. 1'000'000.--. Die Beschenkte Y. muss dem Sohn X. also einen Wert von Fr. 725'000.-- restituieren (und kann einen Wert von Fr. 275'000.-- behalten), damit der Sohn seinen Pflichtteil von Fr. 825'000.-- (75% von einer gesamten Herabsetzungs-Berechnungsmasse von Fr. 1'100'000.--) erhält.

43 Wäre die Bewertungsfrage nicht streitig, so könnte das Rechtsbegehren folgendermassen lauten:

44 "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, nach ihrer Wahl

a) entweder die Liegenschaft Parzells 1234 in Sektion V des Grundbuches B an den Kläger als Alleinerben des Erblassers zu Eigentum zu übertragen, Zug um Zug gegen Bezahlung von Fr. 275'000.-- durch den Kläger,

b) oder dem Kläger den Betrag von Fr. 725'000.-- zu bezahlen.

2. Der Beklagten sei durch das Gericht eine angemessene Frist anzusetzen zur Ausübung der Wahl gemäss Klagebegehren 1a oder 1b, unter Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Urteil aufgrund der Wertanrechnung gemäss Klagebegehren 1b ergeht."

45 Muss damit gerechnet werden, dass die Beklagte den vom Kläger angenommenen Teilungs- und Anrechnungswert der geschenkten Liegenschaft bestreitet und einen niedrigeren Wert behauptet, so wäre das soeben gezeigte Rechtsbegehren untauglich. Wiederum müsste dann abstrakt geklagt und die Bewertung dem Richter anheimgestellt werden, beispielsweise folgendermassen:

46 "1. Die Beklagte sei zu verurteilen, nach ihrer Wahl

a) *entweder die Liegenschaft Parzells 1234 in Sektion V des Grundbuches B an den Kläger als Alleinerben des Erblassers zu Eigentum zu übertragen, Zug um Zug gegen Bezahlung eines vom Richter festzusetzenden Geldbetrages,*

b) *oder dem Kläger einen vom Richter festzusetzenden Geldbetrag zu bezahlen,*

wobei die Geldbeträge in beiden Fällen so festzusetzen sind, dass der Kläger seinen Pflichtteil von drei Vierteln der um den Wert der erwähnten Liegenschaft vermehrten Erbschaft seines Vaters ungeschmälert erhält.

2. *Zu diesem Zwecke sei der Teilungswert der Erbschaft zuzüglich der der Herabsetzung unterliegenden lebzeitigen Zuwendungen festzustellen, soweit erforderlich durch richterliche Einholung eines Bewertungsgutachtens für die erwähnte Liegenschaft, und es sei auf der Grundlage des so ermittelten Gesamtwertes der Umfang des klägerischen Pflichtteils und der zulässige Maximalwert der beklagischen Begünstigung festzusetzen.*

3. *Der Beklagten sei durch das Gericht eine angemessene Frist anzusetzen zur Ausübung der Wahl gemäss Klagebegehren 1a oder 1b, unter Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Urteil aufgrund der Wertanrechnung gemäss Klagebegehren 1b ergeht."*

- 47** Erläuterungen: Die Herabsetzungsklage gegen lebzeitig Bedachte zielt auf ein Leistungsurteil ab, das den Beklagten zur Rückleistung einer seinerzeit gültig zu Eigentum empfangenen Sache oder zur Bezahlung von Geldersatz verpflichtet. Das Urteil verschafft dem Kläger, im Gegensatz zur vindikatorischen Natur der Erbschaftsklage (vgl. Ziff. 69), nicht unmittelbar das Eigentum, hat also keine dingliche Wirkung (BGE 110 II 232; abweichend ein Teil der älteren Lehre, die auch für die Herabsetzungsklage dingliche Wirkung annahm, vgl. ZK-ESCHER [1959], Art. 528 N 6).
- 48** Die Feststellung, dass die angefochtene Zuwendung der Herabsetzung unterliegt, braucht nicht in einem Feststellungsbegehren ausdrücklich verlangt zu werden. Vielmehr hat der Kläger die Herabsetzbarkeit in der Klagebegründung zu behaupten und zu begründen. Der Richter wird die Herabsetzbarkeit in der Urteilsbegründung behandeln und gegebenenfalls vorfrageweise bejahen. Nur die daraus folgende Konsequenz, nämlich die Herausgabepflicht des Beklagten, geht aber ins Urteilsdispositiv ein.
- 49** Da der Beklagte in der Regel mindestens einen Teil der empfangenen Zuwendung behalten darf und gemäss Art. 526 ZGB das Wahlrecht hat, ob er die Sache in natura zurückgeben oder Geldersatz leisten will, können während des Herabsetzungsprozesses keine vorsorglichen Massnahmen wie z.B. Grundbuchsperrern gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Sicherung der betreffenden Sache angeordnet werden (TC TI, I. Camera Civile, Urteil vom 30.3.1993, Rep. 1993 S. 159 f.).

4. Klage auf Feststellung oder Aberkennung der Erbenqualität bestimmter Personen

- 50 Vorbemerkung: Die Erbenqualität eingesetzter Erben wird im Ungültigkeitsprozess festgestellt; vgl. hierzu vorn, Ziff. 10.
- 51 Die Erbenqualität gesetzlicher Erben ist in der Regel nicht streitig, sondern ergibt sich schlüssig aus dem Zivilstandsregister. Streitigkeiten sind denkbar, wenn das Erbrecht aus einem Adoptionsverhältnis unklar ist, oder wenn einzelne Personen aus Ländern stammen, in denen keine verlässlichen Zivilstandsregister existieren, oder wenn aufgrund komplizierter Verwandtschaftsverhältnisse und Unklarheiten über das anwendbare (evtl. ausländische) Erbstatut unklar ist, ob eine Person aufgrund ihrer Verwandtschaft zum Kreis der gesetzlichen Erben gehört.
- 52 Gesetzliche Erben können allenfalls mit der Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit vom Nachlass ausgeschlossen werden.
- 53 Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB).
- 54 Aktivlegitimation: Jede Person, die ihre Erbenqualität behauptet oder welche die Erbberechtigung einer anderen Person bestreitet, selbständig.
- 55 Passivlegitimation: Bei klägerischer Behauptung der Erbenqualität: Alle übrigen Erben als notwendige Streitgenossenschaft.
- 56 Bei Bestreitung der Erbenqualität einer anderen Person: Diese andere Person.
- 57 Rechtsbegehren:

(**Feststellung der Erbenstellung infolge Verwandtschaft**): *"Es sei festzustellen, dass der Kläger infolge seiner Verwandtschaft gesetzlicher Erbe [z.B.:] zu einem Viertel des am ... verstorbenen X.Y. ist."*
- 58 (**Ausschluss des Beklagten von der Erbschaft infolge Erbunwürdigkeit**): *"Es sei festzustellen, dass der Beklagte infolge Erbunwürdigkeit von der Erbschaft des am ... verstorbenen X.Y. ausgeschlossen ist."*
- 59 Erläuterungen: In beiden dargestellten Fällen handelt es sich um Feststellungsklagen. Die Erbunwürdigkeit ist von den mit dem Nachlass befassten Behörden von Amtes wegen auch dann zu berücksichtigen, wenn kein privater Kläger auftritt, also etwa dann, wenn der Alleinerbe den Erblasser umgebracht hat.

5. Erbschaftsklage (Art. 598-600 ZGB)

- 60** Vorbemerkung: Erbschaftsklage heisst jene Klage, mit der der Erbe einzelne Erbschaftssachen oder die Erbschaft als ganzes von einem Nicht-Erben am "forum hereditatis" innerhalb der besonderen Verjährungsfristen von Art. 600 ZGB herausverlangt.
- 61** Im Prozess gegen den Nicht-Erben können drei Dinge umstritten sein: die Erbenqualität des Klägers, die Nicht-Erbenqualität des Beklagten und die Zugehörigkeit der herausverlangten Sachen zum Nachlass. Der besondere Gerichtsstand und die besondere Verjährungsregelung der Erbschaftsklage erscheint grundsätzlich nur insofern gerechtfertigt, als sich der Prozess um die Frage der Erbberechtigung der einen oder anderen Partei dreht; denn nur diesbezüglich hat der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers besondere Erkenntnismöglichkeiten und nur diesbezüglich drängt sich die Vereinigung aller (Erbschafts-)Prozesse in der Hand des gleichen Richters auf.
- 62** Dreht sich der Streit aber darum, ob eine bestimmte Sache beim Tode des Erblassers zu dessen Vermögen gehört hatte oder nicht, so ist der besondere Gerichtsstand nicht gerechtfertigt. Behauptet der Beklagte beispielsweise, die Sache gehöre ihm, weil er sie vom Erblasser zu Lebzeiten geschenkt erhalten habe, so erweist sich der Streit als einer, der vom Erblasser, wenn er selber zu Lebzeiten prozessiert hätte, am Wohnsitz des Beklagten zu führen gewesen wäre. Zu Lebzeiten hätte der Erblasser Eigentum geltend gemacht, die Einwendungen des Beklagten widerlegt und die Sache vindiziert. Warum ein solcher Streit nach dem Tode des Erblassers zur "Erbschaftsklage" werden soll und nun am letzten Wohnsitz des Erblassers ausgetragen werden kann oder muss, ist nicht ersichtlich. Das Bundesgericht qualifiziert aber auch solche Klagen als Erbschaftsklagen (vgl. BGE 119 II 114), wobei die Zugehörigkeit der umstrittenen Sache zum Nachlass "vorfrageweise" geklärt werde; dies ist eine eigenartige Betrachtungsweise, da ja in solchen Fällen die "Vorfrage" das einzige ist, worüber gestritten wird.
- 63** Trotzdem lässt sich die bundesgerichtliche Vermengung von Erbschaftsklagen (Streit um das Erbrecht der Prozessparteien) und Singularklagen (Streit um das ehemalige Eigentum des Erblassers an einer bestimmten Sache) erklären, und zwar durch eine im Gesetz angelegte Schwierigkeit. Bestimmt man die Identität und damit die rechtliche Qualifikation einer Klage im Sinne des modernen Zivilprozessrechts aufgrund der drei Kriterien (a) der Identität der Parteien, (b) der Identität der Rechtsbegehren und (c) der Identität des Lebensvorgangs, auf welches der Kläger sein Begehren abstützt (vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 199 ff., insbesondere S. 202; OSCAR VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., Bern 1992, § 38 N 5, S. 188; POUDRET/WURZBURGER/HALDY, Procédure civile vaudoise, 2. A., Lausanne 1996, art. 120 N 5, p. 255), so lassen sich Streitigkeiten um das Erbrecht und Streitigkeiten um das ehemalige Eigentumsrecht des Erblassers nicht unterscheiden. Allemal behauptet der Kläger, die umstrittene Sache habe ehemals dem Erblasser gehört; der Kläger sei Erbe und der Beklagte sei Nicht-Erbe. - Unterschiedlich sind im einen und anderen Falle lediglich die Vorbringen des Beklagten: entweder anerkennt er die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlass und behauptet, er habe als Erbe ein besseres Recht daran, oder er bestreitet die Zugehörigkeit zum Nachlass und

behauptet, er habe als Nicht-Erbe ein besseres Recht daran. - Die Art der Verteidigung des Beklagten kann aber an der Qualifikation der Klage nichts ändern. - Die vorliegende Darstellung folgt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und übernimmt den weiten Begriff der Erbschaftsklage.

- 64** Zwischen den Miterben können während der Dauer der Erbengemeinschaft keine Erbschaftsklagen über die Herausgabe von Erbschaftssachen geführt werden, da alle Miterben das gleiche Recht und die gleiche Pflicht haben, die Erbschaftssachen bis zum Vollzug der Teilung zu besitzen. Hingegen kann mit der Erbschaftsklage vom Miterben verlangt werden, dass er seine Schulden, die er gegenüber dem Erblasser hatte und die er seit dem Erbfall nun der Erbengemeinschaft schuldet, regliere, soweit diese Schulden den eigenen Erbteil des Miterben wertmässig übersteigen (BGE 54 II 112).
- 65** Die beiden ersten Streitgegenstände (Erbenqualitäten der Parteien) sind am häufigsten dann umstritten, wenn die Gültigkeit eines Testamentes im Streite liegt. Dann empfiehlt sich Klagenhäufung im gleichen Verfahren, nämlich vorweg die Klage auf Testamentsanfechtung (Ungültigkeitsklage zwecks Entscheid über die Erbberufung) und anschliessend die Erbschaftsklage auf Herausgabe der Erbschaftssachen - alles in der gleichen Klageschrift.
- 66** Die Berufung der Parteien zur Erbschaft braucht aber nicht Prozessthema zu sein. In dem bereits erwähnten, jüngsten publizierten Bundesgerichtsentscheid über eine Erbschaftsklage, BGE 119 II 114, ging es ausschliesslich um die Frage, ob der beklagte Nicht-Erbe ein Inhabersparheft von der Erblasserin zu deren Lebzeiten geschenkt erhalten, oder ob er es sich eigenmächtig angeeignet hatte. Die angebliche Schenkung erschien den Gerichten als unglaubwürdig, so dass die Klägerin (die Alleinerbin) im Prozess obsiegte und der Beklagte das Sparheft herausgeben musste. - Ein solcher Prozess erweist sich als Geltendmachung eines geerbten Vindikationsanspruchs.
- 67** Ist die Berufung des Klägers zur Erbschaft anerkannt und nur das geerbte Eigentumsrecht streitig, so gelten für die Befristung der Klage die grundsätzliche Unverjährbarkeit des Eigentums (zugunsten des Klägers) und die sachenrechtlichen Ersitzungsregeln (zugunsten des Beklagten). Ist zusätzlich oder ausschliesslich die Berufung des Klägers zur Erbschaft streitig, so gelten zusätzlich die Klagefristen gemäss Art. 600 Abs. 1 ZGB (ein Jahr seit Kenntnis, längstens 10 Jahre), sofern sie kürzer sind als die sachenrechtlichen Fristen. Durch den Tod des potentiellen Vindikationsklägers können sich die für ihn geltenden Klagefristen nicht verlängern (vgl. in diesem Sinne ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Art. 600 N 7 mit Verweis auf PIOTET, SPR IV/2 [1981], 745 und ZK-ESCHER [1960], Art. 600 N 8 sowie auf eine abweichende Meinung des AppGer BS in BJM 1982, 132).
- 68** Gemäss Art. 599 Abs. 1 ZGB kann die Erbschaftsklage sowohl als Gesamtklage *"auf Herausgabe der Erbschaft"* als auch als Singularklage *"auf Herausgabe der folgenden Erbschaftssachen ... (Liste, oder Bezugnahme auf ein Inventar)"* formuliert werden. Schliesslich ist die Kombination denkbar, nämlich als Begehren auf bestimmte Sachen (alle jene, deren Existenz im Besitz des Beklagten dem Kläger bekannt ist) und zudem *"auf alle übrigen Erbschaftssachen, die der Beklagte in seinem Besitz hat"*.

- 69 Das Urteil wirkt bezüglich der zur Erbschaft gehörenden Sachen dinglich, wie ein Vindikationsurteil. Mit dem Urteil wird das sachenrechtliche Eigentum der Erbengemeinschaft an der betreffenden Sache festgestellt und der aus diesem Eigentum fließende Herausgabeanspruch der Erben gegenüber dem Beklagten begründet.
- 70 Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB; BK-TUOR/PICENONI (1957/1973), Art. 538 N 14; ZK-ESCHER [1960], N 4 zu Art. 538 ZGB; PIOTET, SPR IV/2 [1981], S. 553); bei Auslandsbezug: bei letztem Wohnsitz in der Schweiz grundsätzlich hiesiger Gerichtsstand, Art. 86 Abs. 1 IPRG, jedoch nicht ausschliesslich: für auswärtige Grundstücke Gerichtsstand des Belegenheitsstaates, wenn dieser die Zuständigkeit beansprucht (Art. 86 Abs. 2 IPRG); für Ausländer mit letztem Wohnsitz im Ausland gilt Art. 88 Abs. 1 IPRG: ausländische Zuständigkeit, ausser bei Untätigkeit der ausländischen Behörden, wodurch Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte am Belegenheitsort der streitigen Vermögenswerte begründet wird (zum IPR vgl. ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Art. 599 N 13).
- 71 Aktivlegitimation: *"Wer als gesetzlicher oder als eingesetzter Erbe ein besseres Recht auf eine Erbschaft oder auf Erbschaftswerte zu haben glaubt als der Besitzer"* (Art. 598 Abs. 1 ZGB).
- 72 Richtet sich die Erbschaftsklage gegen einen Nicht-Erben, so sind sämtliche Miterben nur gemeinsam aktivlegitimiert (notwendige Streitgenossenschaft; ZK-ESCHER [1960], Art. 598 N 3; GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, S. 297 f.). Bei Geldforderungen gegenüber einem Miterben bilden alle anderen Miterben die notwendige Streitgenossenschaft, so dass auch in diesem Falle sämtliche Miterben in den Prozess einbezogen sind. - Bei dringlichen prozessualen Vorkehren kann ein einzelner Miterbe fristwährend gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB als gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft handeln (BGE 93 II 15, 58 II 195; JOST [1960], S. 153); die Zustimmung der andern ist nachzureichen.
- 73 Werden nach abgeschlossener Teilung weitere Erbschaftssachen entdeckt, so besteht diesbezüglich erneut die Erbengemeinschaft als notwendige Streitgenossenschaft.
- 74 Passivlegitimation: Der besitzende Nicht-Erbe. - Vorübergehender Verlust des Besitzes, insbesondere wegen sichernder Massnahmen (z.B. vorsorgliche Sperrung eines Sparhefts durch die Bank) hebt die Passivlegitimation nicht auf (BGE 119 II 117, E. 4b; 56 II 258, E. 2).
- 75 Bei der Erbschaftsklage auf Geldzahlung gegen einen Miterben ist dieser passivlegitimiert.
- 76 Rechtsbegehren:

Variante 1: Kombinierte Gesamt- und Singularklage des Alleinerben gegen einen Beklagten, der aufgrund eines ungültigen Testaments seinerseits als eingesetzter Alleinerbe den ganzen Nachlass behändigt hatte (bei einer Mehrheit von Miterben und Putativ-Miterben auf der Kläger- oder Beklagtenseite sind Pluralformen zu wählen):

"1. Der Beklagte sei zu verurteilen

a) zur Herausgabe der Erbschaftssachen A, B, C [soweit eine Herausgabe im Sinne von Besitzübertragung möglich ist] an den Kläger;

b) zur Herausgabe aller weiteren in seinem Besitze befindlichen Sachen und Rechte, die zur Erbschaft des am ... verstorbenen X.Y. gehören, an den Kläger;

c) zur Herausgabe aller Surrogate (Ersatzgegenstände), die der Beklagte seit Besitzerwerb der Erbschaft anstelle veräussert oder untergegangener Erbschaftssachen erworben hat, an den Kläger;

d) zur Bezahlung von Schadenersatz an den Kläger in Höhe von Fr. ... für die während seiner Besitzesdauer entstandenen Verluste und Schäden an Erbschaftssachen und -rechten;

2. das Grundbuchamt G sei anzuweisen, auf dem Wege der Grundbuchberichtigung den Beklagten als Eigentümer der Parzelle P zu löschen und den Kläger K als neuen Eigentümer einzutragen;

3. das Amt für geistiges Eigentum sei anzuweisen, den Beklagten als Patentinhaber für das Patent P zu löschen und den Kläger als Patentinhaber einzutragen;

4. die Bank B sei anzuweisen, den Beklagten B als Kontoinhaber zu löschen und den Kläger als neuen Kontoinhaber vorzumerken."

77 Variante 2: Singularklage gegen einen Beklagten, der keinen erbrechtlichen Erwerb behauptet (Vorbild: BGE 119 II 114):

"1. Der Beklagte sei zu verurteilen zur Herausgabe der Sache A an den Kläger".

78 Erläuterungen: Eine reine Gesamtklage ist gemäss Gesetz zulässig, hat aber wenig praktischen Sinn. Die Zivilrechtspflege hilft dem Kläger nicht, Erbschaftssachen aufzufinden. Was dem Kläger verborgen bleibt, das kann er faktisch nicht erstreiten. Daran ändert auch ein wohlklingendes Urteil auf "Herausgabe der gesamten Erbschaft des X.Y." nichts.

79 Die Berufung und Nicht-Berufung der Parteien zur Erbschaft ist, sofern streitig, in einer Gestaltungsklage (im Falle der Testamentsanfechtung) oder in einer Feststellungsklage (im Falle des Streits um die gesetzliche Erbberechtigung und die Quotenberechtigung oder im Falle eines Streits um die Auslegung eines als gültig anerkannten Testaments) geltend zu machen. Die Gestaltungs- oder Feststellungsklage kann separat erhoben werden, oder auf dem Wege der Klagenhäufung zusammen mit der Erbschaftsklage in der gleichen Klageschrift (vgl. ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Art. 598 N 10).

80 Sind die Erbenqualitäten der Parteien nicht streitig, so ist ein einleitendes Feststellungsbegehren überflüssig, aber unschädlich (z.B.: "Es sei festzustellen, dass der Kläger Erbe ist, bzw. dass der Beklagte nicht Erbe ist").

- 81** Dass der Kläger im Falle seiner Erstreichung der Erbenstellung (etwa durch Testamentsanfechtung) auch die Nachlassschulden übernehmen muss, versteht sich und braucht im Rechtsbegehren der Erbschaftsklage nicht erwähnt zu werden. Der Beklagte hat die Schuldenbefreiung gegebenenfalls einredeweise geltend zu machen, worauf sich der Kläger in der Replik bei seiner Bereitschaft behaften lassen kann, die Nachlassschulden zu übernehmen.
- 82** Für die im Urteil zugesprochenen Gegenstände entsteht res iudicata. Die abstrakte Zusprechung "der Erbschaft" schafft aber nicht res iudicata für später entdeckte Erbschaftssachen, deren Zugehörigkeit zur Erbschaft vom Beklagten bestritten werden. Entdeckt der Kläger solche Sachen, so kann er erneut auf deren Herausgabe klagen. Anerkennt der Beklagte die Zugehörigkeit einer Sache zur Erbschaft, so fällt deren Behändigung durch den ehemaligen Kläger in den Bereich der Vollstreckung des ergangenen Gesamt-Urteils (vgl. aber die abweichende Meinung von PATRICK SOMM, Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Basel 1994, S. 44, Text zu Fn 214).
- 83** Der Rechtsbehelf gegen Miterben auf Herausgabe von Erbschaftssachen nach Abschluss des Teilungsvertrags oder nach Rechtskraft eines Teilungsurteils ist keine Erbschaftsklage, sondern eine Klage auf Durchsetzung des Teilungsaktes bzw. ein Begehren um Vollstreckung des Teilungsurteils (BGE 69 II 366 f.).
- 84** Die Rechtsbegehren Nr. 2-4 zielen ab auf unmittelbare richterliche Urteilsvollstreckung. Ohne solche Begehren muss sich der Kläger selber um die Vollstreckung kümmern und sich mit dem gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 erstrittenen Urteil ans Grundbuchamt, Patentamt und an die Bank wenden. Dann fallen ihm die Grundbuchgebühren zu (sofern er nicht in einem zusätzlichen Rechtsbegehren vorausschauend die Verurteilung des Beklagten zur Tragung der Grundbuchgebühren verlangt hat). Wird der Richter selber gemäss den Begehren 2-4 tätig, so gehen die Gebührenrechnungen ans Gericht und werden, als Teil der Gerichtsgebührenrechnung, automatisch dem Beklagten überbunden (vgl. PIOTET, SPR IV/2 [1981], 779).
- 85** Das Rechtsbegehren Nr. 4 zielt nicht darauf ab, dass durch das Urteil ein neues Vertragsverhältnis (Kontobeziehung) zwischen Kläger und Bank geschaffen wird (dies könnte durch das Urteil nicht bewirkt werden), sondern auf die autoritative Feststellung, dass die Kontobeziehung seit dem Tod des Erblassers bereits zwischen dem Kläger und der Bank bestanden hat, und zwar von Gesetzes wegen kraft Erbgang und Universalsukzession. Der Pseudo-Erbe (der Beklagte) ist also zu Unrecht als neuer Kontoinhaber vermerkt worden und ist konform zur tatsächlichen Rechtslage zu löschen. Wie bei der Grundbuchberichtigung (Rechtsbegehren 2) handelt es sich auch gegenüber der Bank bloss um eine Berichtigung gemäss der wirklichen Rechtslage, nicht um eine richterliche Rechtsgestaltung.

6. Klage auf Auskunftserteilung über lebzeitige Vorgänge und Verhältnisse

- 86** Vorbemerkung: Zur Auskunftspflicht unter den Erben hielt PETER BREITSCHMID in einem Beitrag der HSG Weiterbildungsstufe vom 4.10.1994 fest, "dass gemäss Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB alle Erben einander alles mitzuteilen haben, was für die Teilung der Erbschaft von Belang sein könnte. Unter die Voraussetzung 'Verhältnis zum Erblasser' (Art. 610 Abs. 2 ZGB) fallen unbestreitbar Vermögensverschiebungen zwischen Erblasser und Erben, wobei lebzeitige Zuwendungen fraglos miterfasst sind. Diese müssen mitgeteilt werden, **wenn sie die Teilung als objektiv zu beeinflussen geeignet erscheinen**. Im Streitfall entscheidet darüber der Richter, und er hat die Auskunftspflicht schon dort zu bejahen, wo solche Vorgänge stattgefunden haben, die unter irgendeinem Titel bei der Erbteilung in Berücksichtigung fallen könnten, und das Wissen darum zur Gewährleistung der Gleichberechtigung der Erben in der Teilung notwendig scheint. Wie der zu befragende Erbe das gezeigte Verhältnis zum Erblasser qualifiziert, kann im Verfahren um die Auskunftserteilung keine Rolle spielen, da er eine durch dieses Verhältnis mögliche Beeinflussung der Teilung naturgemäss bestreiten wird. Gegenstand jenes Verfahrens bildet zudem nicht die Frage, ob dieses Verhältnis eines Erben zum Erblasser die Teilung tatsächlich beeinflusse - was ohnehin erst nach Auskunftserteilung beurteilt werden könnte -, sondern ob dies allenfalls möglich wäre" (zur spezifischen Informationsnot im Erbrecht vgl. im übrigen JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995, S. 336).
- 87** Am häufigsten wollen Erben Bankauskünfte, namentlich beim Verdacht von Pflichtteilsverletzungen. Vgl. hiezu hinten, Ziff. 90.
- 88** Seltener sind Auskunftsbegehren gegenüber Spitälern und Ärzten (Einsicht in die Krankengeschichte des Erblassers) sowie gegenüber Notaren und Rechtsanwälten (Einsicht in die Nachlassplanung und Testamentsberatung). Deren juristische Beratungsdossiers haben gegenüber neugierigen Erben verschlossen zu bleiben. Wird der Rechtsberater des Erblassers später als dessen Willensvollstrecker tätig, so schuldet er den Erben Auskünfte aufgrund seiner gesamten erworbenen Kenntnisse über die Vermögensverhältnisse des Erblassers. Hingegen hat er Informationen über den persönlichen Bereich des Erblassers geheim zu halten (vgl. JEAN-CLAUDE WENGER, Der Anwalt als Willensvollstrecker, in: Das Anwaltsgeheimnis, Zürich 1997, S. 68 ff.).
- 89** Aus dem Medizinalbereich sind zwei Fälle aus neuerer Zeit publiziert, nämlich ein BGE vom 3.11.1989 (publiziert in RDAF 1990 S. 45-49), wo die Alleinerbin die Urteilsunfähigkeit der Erblasserin gestützt auf deren Krankengeschichte in einem staatlichen Spital in Genf hätte beweisen wollen, um ein durch die Erblasserin kurz vor ihrem Tod abgeschlossenes Rechtsgeschäft rückgängig zu machen; das auf dem verwaltungsgerichtlichen Weg gestellte Gesuch wurde abgewiesen, weil sich die Gesuchstellerin ungeschickterweise auf ein "ererbtes" Akteneinsichtsrecht der Erblasserin (anstatt zulässigerweise auf ein eigenes Rechtsschutzinteresse) berufen hatte. - In einem Urteil des OG SH vom 22.12.1989 (publiziert in ZBl 1990, S. 364 ff.) wurde das eigene Rechtsschutzinteresse einer anderen Gesuchstellerin bejaht, die einen Kunstfehler des Spitals anlässlich der ärztlichen Behandlung der Erblasserin vermutete; die Akteneinsicht wurde einem Vertrauensarzt, nicht der Gesuchstellerin persönlich,

gewährt, ebenfalls in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren und ebenfalls unter Betonung, dass sich die Gesuchstellerin nicht auf "geerbte" Patientenrechte der Erblasserin berufen könne, da die Patientenrechte höchstpersönlicher Natur sind und nicht auf die Erben übergehen. In einem Entscheid vom 26.04.1995 ist auch das Bundesgericht diesem Lösungsansatz gefolgt (Pra. 85 Nr. 94 und plädoyer 1995 Nr. 4, S. 70, nicht in der Amtlichen Sammlung).

- 90** Banken erteilen routinemässig Auskunft über den Depot- und Kontenstand sowie die Marchzinsen per Todestag, und zwar an jeden Erben einzeln. (BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1997, Art. 47 N 18 möchten vererbte Vertragsrechte den Erben nur gemeinsam, den gesetzlichen Anspruch auf Ermittlung des Nachlasses dagegen jedem Erben einzeln zuerkennen - eine subtile Differenzierung, deren praktische Bedeutung gering ist und deren Anwendung dem juristisch ungeschulten Bankpersonal in der Regel kaum zugemutet werden kann).
- 91** Hat der Erblasser keinen Geheimhaltungswillen erkennen lassen, so geben die Banken in der Regel weitere Auskünfte, bis 10 Jahre in die Vergangenheit zurück. Gegenüber den Pflichtteilserven sind die Banken hiezu verpflichtet (vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1997, Art. 47 N 17 ff.). Gegenüber Erben ohne Pflichtteilsrecht beschränkt sich die Auskunftspflicht auf den Vermögensstand am Todestag (vgl. PIERRE-ANDRÉ BÉGUIN, Secret bancaire et successions, in: Les nouveaux défis au secret bancaire suisse, herausgegeben von PAOLO BERNASCONI, Bellinzona/Lausanne 1996, S. 30). Die vertragliche Auskunftsschuld der Bank gegenüber ihrem ehemaligen Kunden und dessen Erben dauert noch 10 Jahre über die Beendigung der Kontobeziehung hinaus (vgl. BK-FELLMANN, OR 400 N 99 und N 103 ff.).
- 92** Hat der Erblasser die Bank von ihrer Auskunftsschuld befreit, indem er nach Beendigung der Kontobeziehung für den Erhalt aller nötigen Auskünfte Quittung erteilt und auf weitere Auskünfte verzichtet hat oder indem er in einer compte-joint-Beziehung eine Regelung getroffen hat, wonach alle Vertragsrechte dem überlebenden Kontoinhaber zufallen, unter Ausschluss der Erben (Erbenausschlussklausel), so haben die Pflichtteilserven trotzdem einen Auskunftsanspruch gegenüber der Bank für alle Vorgänge bis 10 Jahre vor dem Todestag, und zwar aus Erbrecht, nicht aus Vertrag. Es handelt sich um den Anspruch jedes Pflichtteilserven, den Umfang seines Pflichtteils zu ermitteln. Diesen Anspruch kann der Erblasser seinen Pflichtteilserven nicht entziehen. Allerdings müssen Auskunftsbegehren, die durch keine konkreten Verdachtsgründe substantiiert sind, in der Regel an der Schranke des Rechtsmissbrauchs scheitern. Hat der Erblasser durch die lebzeitige Vernichtung von Bankakten oder in anderer Weise signalisiert, dass er bestimmte Vorgänge nicht im Kreise seiner Familie publik werden lassen wollte, so müssen sich die Pflichtteilserven mit der treuhänderischen Verifikation zufrieden geben, dass ihre Pflichtteilsrechte nicht tangiert sind. Analog zu dem im Medizinalbereich eingeschalteten Vertrauensarzt ist ein Sonderprüfer einzusetzen, der die in Händen der Bank vorhandenen Belege prüft und den Erben unter Wahrung der Diskretionsbedürfnisse Dritter Bericht erstattet. In diesem Sinne fordern AUBERT/HAISSLY/TERRACINA, Responsabilité des banques suisses à l'égard des héritiers, in: SJZ 92 [1996], Nr. 8, S. 140, es sei eine Abwägung zwischen

Geheimhaltungsinteresse des Erblassers und Informationsbedürfnis der Erben notwendig.

- 93 Gleich ist vorzugehen bei Berufsgeheimnissen, etwa von Anwälten in Gemeinschaftspraxen bezüglich ihrer Geschäftskonten. Die Erben eines verstorbenen Berufsgeheimnisträgers können von dessen Partnern nicht verlangen, das Guthaben des Erblassers per Todestag durch eigene Einsichtnahme in die Praxisbuchhaltung zu verifizieren - und dabei Klientennamen zu erfahren.
- 94 Zuständig: Der Richter am Sitz der beklagten Bankniederlassung.
- 95 Aktivlegitimation: Jeder gesetzliche oder eingesetzte Erbe selbständig (BGE 89 II 93; SJZ 61 [1965], 355), ferner der Willensvollstrecker und der Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB.
- 96 Passivlegitimation: Die betreffende Bank.
- 97 Rechtsbegehren:
- Variante 1 (Editionsbegehren):** *"Es sei die Beklagte unter Androhung der Verzeigung zur Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle des Ungehorsams zur Edition folgender Akten im Original oder in beglaubigter Fotokopie zu verurteilen ..."*
- 98 **Variante 2 (Begehren um Einsichtnahme):** *"Es sei die Beklagte unter Androhung der Verzeigung zur Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle des Ungehorsams zu verurteilen, dem Kläger oder einer vom Kläger bevollmächtigten Person binnen 30 Tagen seit Rechtskraft des Urteils Einsicht in die Bewegungen sämtlicher Konten und Depots bei der Niederlassung N zu gewähren, die auf den Namen des Erblassers E, allein oder zusammen mit anderen Personen, lauteten, und zwar für den Zeitraum der 10 vor Klageanhebung verflossenen Jahre, ferner dem Kläger auf dessen Begehren gegen Erstattung der Kosten Kopien der betreffenden Unterlagen auszuhändigen."*
- 99 Erläuterungen: Der Informationsanspruch umfasst sowohl den Anspruch auf Aktenevision als auch denjenigen auf anderweitige Auskunftserteilung, insbesondere Akteneinsicht, soweit die Edition nicht möglich oder nicht tunlich ist. (Vgl. DRUEY, Der Anspruch des Erben auf Information, BJM 1988 S. 113 ff.; C. WETZEL, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, unter besonderer Berücksichtigung seines Anspruchs auf Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB, Diss. Zürich 1985, Rz 243 ff.; A. OSWALD, Die Auskunftspflicht im Erbgang, Diss. Zürich 1976).
- 100 In einem Urteil des TC TI vom 24.7.1992 wurde festgehalten, dass die beklagte Bank ab Klageeinleitung verpflichtet ist, die Dokumente der verflossenen 10 Jahre weiterhin aufzubewahren und während der ganzen Prozessdauer intakt zu erhalten; sie darf im Falle einer mehrjährigen Prozessdauer trotz Art. 962 OR nicht entsprechend dem Voranschreiten der Verjährungsfrist die alten Jahrgänge vernichten.
- 101 Die Klägerin - eine Tochter des Erblassers - hatte in diesem Falle nachweisen können, dass der Vater für sich, seine drei Töchter und seine Mätresse bei der Bank im Jahre 1978 fünf Konten eröffnet und auf jedes Konto Fr. 300'000.-- einbezahlt hatte. Diese

Konten lauteten zwar insgesamt auf den Namen des Vaters, ihre Einrichtung war den Töchtern aber als Vorkehr für den Todesfall erläutert worden. Nach dem Ableben des Vaters im Jahre 1986 zeigte sich, dass bei der betreffenden Bank nur noch unbedeutende Vermögenswerte vorhanden waren. Die Klägerin klagte am 9.10.1987 gegen die Bank auf Auskunftserteilung. Mit Klagebeantwortung vom 5.10.1990 (!) erklärte die Bank, sie habe gestützt auf Art. 962 OR alle Dokumentation vernichtet, die vor dem 5.10.1980 ergangen sei (die fraglichen Konten waren vermutlich gerade zwischen 1978 und 1980 abgeräumt worden). Das Kantonsgericht TI hiess die Klage für den Zeitraum ab 9.10.1977 gut, brachte zum Ausdruck, dass es der Behauptung der angeblich erfolgten Aktenvernichtung keinen Glauben schenkte und dass eine solche Vernichtung jedenfalls rechtswidrig gewesen wäre.

7. Erbteilungsklage

Vorbemerkungen:

- 102** Die Verfahrensvorschriften für die nicht-streitige Erbteilung finden sich in Art. 607 Abs. 2 ZGB - freie private Teilung nach Ermessen der Erben (vgl. ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Vorbemerkung zu Art. 607-619 N 4 ff.) - subsidiär in Art. 611 ZGB. Die praktisch zu beantwortende Frage lautet: "*Wer erhält was?*"
- 103** Der Gesetzgeber sieht mangels anderweitiger Einigung unter den Erben für ihre Beantwortung in Art. 611 ZGB ein umständliches zweistufiges Verfahren vor, nämlich (a) Losbildung, (b) Zuordnung der Lose. - Unter Losen werden «wertgleiche Häufchen» von Nachlass-Aktiven und -Passiven verstanden. Das für die Zuordnung der Lose im Dissensfall vorgesehene Zufallsprinzip (Losziehung) erheischt, dass bei ungleichen Erbquoten entsprechend viele kleine Lose gebildet werden, z.B. bei Quoten dreier Erben von 5%, 20% und 75% zwanzig Lose zu 5% (vgl. in diesem Sinne DRUEY [1997], § 16 N 84; ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 611 N 4) - eine völlig unpraktikable Regelung!
- 104** Die Idee des Gesetzgebers geht dahin, dass die Losbildung abstrakt erfolgt, unbeeinflusst von Wünschen der Erben auf einzelne Sachen. In diesem Schritt sollen sich die Erben lediglich über die Wertgleichheit und Zusammensetzung der Lose einigen, ohne daran zu denken, wer welches Los erhalten wird.
- 105** In der zweiten Runde sucht man die Einigung über die Zuordnung der Lose. Bleibt man uneinig, so entscheidet der Zufall (Losziehung).
- 106** Auch im Streitfall gilt dieses zweistufige Verfahren dem Grundsatz nach. Dabei amtiert die für alle administrativen und exekutiven Belange "zuständige Behörde" (bzw. ganz einfach "die Behörde", vgl. Art. 609 ZGB) als Gehilfin des Richters bei der Losbildung. Die anschließende Zuordnung der Lose fällt in die Kompetenz des Richters.
- 107** Klagt ein Miterbe auf Teilung, so lässt der Richter also erforderlichenfalls (d.h. wenn sich kein einfacheres Prozedere aufdrängt) durch die "zuständige Behörde" die Lose bilden bzw. einen Teilungsplan aufstellen. Gegen die diesbezüglichen Verrichtungen der "zuständigen Behörde" gibt es keine Rechtsmittel, weil es sich um bloss Vorarbeiten zum berufungsfähigen Zivilurteil handelt (JOST [1960], S. 104, spricht vom bloss präparatorischen Charakter der Losbildung, die keine Entscheidungskraft für das Teilungsgeschäft hat). Der Richter wird den von der "zuständigen Behörde" erarbeiteten Teilungsplan bei den Erben in Vernehmlassung geben und diesen Teilungsplan, nach Vornahme allfälliger Verbesserungen aufgrund der Stellungnahmen der Erben, zusammen mit dem Entscheid über die Zuordnung der Lose an die einzelnen Erben, zu seinem Teilungsurteil erheben.
- 108** Wie weit die Kompetenzen des Richters gehen, wenn sich einzelne Erben unversöhnlich quer stellen, ist umstritten.

- 109** Einigkeit besteht darin, dass jede Menge gleichartiger Sachen - insbesondere Geld, Pakete bestimmter Wertpapiere, Goldmünzen einer gleichen Sorte - in natura proportional auf die einzelnen Lose aufzuteilen ist (JOST [1960], S. 106). Jeder Erbe hat Anspruch auf die Naturalzuweisung seiner Quote an derartigen Sachmengen und der Richter ist gehalten, die Lose in diesem Sinne zu bilden oder bilden zu lassen und den Erben zuzuweisen, auch gegen deren Willen.
- 110** Auch Mengen ähnlicher Sachen - Bücher einer gemischten Bibliothek oder Baulandgrundstücke ähnlicher Grösse und Lage - können in dieser Weise gegen den Willen einzelner Erben auf die einzelnen Lose verteilt werden.
- 111** Bei Einzelsachen, die nicht in genügender Anzahl vorhanden sind, um jedes Los mit einer proportionalen Anzahl von Exemplaren zu bedienen, stellt sich folgende Alternative:
- 112** Entweder sind solche Sachen ohne wesentlichen Wertverlust teilbar. Dann sind solche Sachen in natura zu teilen und die Teile auf die Lose aufzuteilen; dies ergibt sich e contrario aus Art. 612 Abs. 1 ZGB. - Es gibt allerdings nur wenige Sachen, die ohne wesentlichen Wertverlust teilbar sind.
- 113** Oder solche Sachen sind (was die Regel sein dürfte) nicht ohne wesentlichen Wertverlust teilbar. Dann gilt Art. 612 Abs. 1 als Soll-Vorschrift für den Fall gütlicher Einigung, Art. 612 Abs. 2 als Muss-Vorschrift für den Streitfall. Das gleiche gilt für die überschüssenden Exemplare von Mengen gleichartiger und ähnlicher Sachen (z.B. für die fünfte von fünf Nestlé-Namenaktien, wenn vier Erben je einen Viertel der Erbschaft zugute haben und also jeder eine der ersten vier Nestlé-Aktien in sein Los zugeteilt erhält), und sie gilt wohl auch für zusammengehörende Sachgesamtheiten gemäss Art. 613 ZGB (wobei der Gesetzgeber in Abs. 1 mit der Soll-Vorschrift offen lässt, welche Rechtsansprüche bestehen, wenn der eine Erbe die Sachgesamtheit ungeteilt einem Los zugewiesen wissen möchte, der zweite deren ungeteilten Verkauf und der dritte die Aufteilung auf die Lose verlangt).
- 114** Der Richter wird geneigt sein, immer dann nach Art. 612 Abs. 2 vorzugehen und Einzelsachen zu versteigern, wenn sich bezüglich einer solchen Sache kein Konsens aller Erben über die Zuweisung zu einem einzelnen Los zu einem bestimmten Wert erzielen lässt. Immerhin mag ihm die neue Lehre, die eine freie richterliche Teilungskompetenz befürwortet (vgl. ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 604 N 7; DRUEY [1997], § 17 N 90, S. 238), den Rücken stärken, um aus eigener Kompetenz die Zuweisung der Lose mitsamt den darin enthaltenen, umstrittenen Einzelsachen an einzelne Erben zuzuweisen, und zwar nicht nach einem Zufallsprinzip, sondern aufgrund sachlicher Kriterien wie Eignung und Neigung der einzelnen Erben für das eine oder andere Los.
- 115** Trotz der hier aufgeführten Regeln wird es in der Zusammensetzung der Lose qualitative Unterschiede geben, nämlich aufgrund gesetzlicher Übernahmerechte einzelner Erben inbezug auf bestimmte Sachen (Anspruch des Ehegatten auf die Wohnung und den Hausrat gemäss Art. 612a ZGB; Anspruch eines Erben auf ein landwirtschaftliches

Gewerbe), ferner gegebenenfalls aufgrund der letztwillig verfügten Übernahmerechte und Teilungsvorschriften.

- 116** Das Verfahren der Losbildung und Loszuordnung, dem die Versteigerung aller Einzelstücke vorangeht, für deren Zuweisung an ein Los kein Erbenkonsens erreicht wird, erbringt eine relativ geringe Teilungs-Wertschöpfung. Dieser Begriff kann als das Mass verstanden werden, in dem die einzelnen Erben genau jene Erbschaftssachen erhalten, die sie am liebsten haben möchten. Die Erkenntnis, dass das vom Gesetzgeber vorgesehene Teilungsverfahren und seine Durchführung im Streitfall nur eine geringe Wertschöpfung erbringt, führt auch verfeindete Erben in den meisten Fällen zur Einsicht, dass sie mit einer aussergerichtlichen Erbteilung besser fahren. Es ist wohl kein Zufall, dass das letzte publizierte bundesgerichtliche Präjudiz, das die Kompetenz des Richters zur Zuweisung von Sachen gegen den Willen der Erben am Rande erwähnt hat, über 40 Jahre zurückliegt (BGE 78 II 409) und dass auch in den kantonalen Präjudizien, soweit sie in SWISSLEX seit 1952 eingelezen und richtig beschlagwortet sind, kein neueres Präjudiz zu diesem Thema zu finden ist. Auch wenn dann und wann eine Erbteilungsklage eingereicht wird, einigen sich die Erben in aller Regel, bevor es zum Urteil kommt. Die Klage ist deswegen nicht überflüssig: Sie gibt den renitenten Erben das Signal, dass es nun ernst gilt und dass es in deren eigenem Interesse liegt, zu einer vernünftigen Teilung endlich Hand zu bieten.
- 117** Wird gerichtlich geteilt, so erwächst die im ersten Schritt zu vollziehende Losbildung als solche nicht in Rechtskraft. Ist sie mit oder ohne amtliche Mitwirkung erfolgt und gibt es in der anschliessenden Zuordnungsfrage Streit, so steht auch die Bildung der Lose nochmals zur Diskussion. Der angerufene Richter entscheidet über alles. Sein Urteil regelt mit allseitiger Wirkung der Frage "*wer erhält was?*". Für die richterliche Urteilsfindung dürfte aber eine in der ersten Runde unbestritten gebliebene Losbildung eine starke präjudizielle Wirkung haben: Der Richter wird von dieser Losbildung nur aus wichtigen Gründen abweichen.
- 118** Eine selbständige Klage, die nur auf die Bildung von Losen gerichtet ist, ist nicht möglich, da sie die Parteien der Entscheidung "*wer erhält was?*" nicht näher bringt.
- 119** Die vom Gesetzgeber vorgesehene Zweistufigkeit kann zweckmässig sein bei grossen Nachlässen mit vielen gleichartigen Aktiven und verhältnismässig geringen Passiven. Bei kleineren Verhältnissen, die den Normalfall darstellen, präsentiert sich die Ausgangslage meist so, dass das geschilderte zweistufige Verfahren als eher unzweckmässig erscheint. Im Normalfall gibt es wenige Erben und zuweilen ein einziges grosses Aktivum, z.B. eine Liegenschaft, die den Erbteil jedes einzelnen Erben übersteigt, ferner einige wenige Stücke, deren Zuteilung umstritten ist.
- 120** Dabei gilt, dass Erbschaftssachen, deren Wert in keinem Los "Platz hat", mangels einer gütlichen Einigung unter den Erben keinem Los zugewiesen werden können, sondern versteigert werden müssen. Kein Erbe kann im Streitfalle verpflichtet werden, aus seinem Privatvermögen an Miterben Ausgleichszahlungen zu leisten, weil ihm Erbschaftssachen zugewiesen werden, die sein Los übersteigen. Andererseits hat auch kein Erbe Anspruch auf eine solche Zuweisung (so ZK-ESCHER, N 5 zu Art. 611 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, N 11 zu Art. 611 ZGB; PIOTET, SPR IV/2, S. 883; JOST

äussert sich widersprüchlich: S. 26 unten für die Veräusserung, wenn keine Einigung über die Zuweisung zu einem Los erfolgt, S. 107 oben für den Anspruch eines Erben auf solche Zuweisung, auch wenn die Sache sein Los wertmässig überragt, sofern er zur Bezahlung von Geldersatz bereit ist).

- 121** Ob ein Erbe Anspruch auf die Zuweisung los-übersteigender Sachen hat, wenn er die Bezahlung eines Geldausgleichs freiwillig anbietet, ist umstritten. Mit Zurückhaltung bejahend sprechen sich ZK-ESCHER (1960), Art. 611 N 5; BK-TUOR/PICENONI (1957/1973), Art. 611 N 11 und PIOTET, SPR IV/2 (1981), S. 883, aus. JOST (1960) äussert sich widersprüchlich: S. 26 unten für die Veräusserung, wenn keine Einigung über die Zuweisung zu einem Los erfolgt, S. 107 oben für den Anspruch eines Erben auf solche Zuweisung, auch wenn die Sache sein Los wertmässig überragt, sofern er zur Bezahlung von Geldersatz bereit ist; im letztgenannten Sinne äussern sich auch JEAN NICOLAS DRUEY, Die erbrechtliche Teilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, Bern 1997, S. 44 ff.; CHRISTOPH WILDISEN, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Freiburg 1997, S. 382.
- 122** Beim überlebenden Ehegatten dürfen für die Frage, welche Sachen in seinem Anteil "Platz haben", die güterrechtliche und die erbrechtliche Beteiligung jedenfalls dann zusammengezählt werden, wenn der Ehegatte diesem Vorgehen zustimmt. Hat er also aufgrund einer Gütergemeinschaft die Hälfte des ehelichen Vermögens und von Erbreehts wegen einen weiteren Viertel zugut, so kann ihm eine Liegenschaft im Werte von 75% des ehelichen Vermögens auf Anrechnung zugewiesen werden, und zwar auch gegen den Widerstand der Nachkommen.
- 123** Sind zahlreiche kleinere Erbschaftssachen wie Schmuckstücke, Kunstgegenstände, wertvolle Möbel etc. umstritten, so bringt eine einzelstückweise Versteigerung unter den Miterben die grössere Teilungs-Wertschöpfung (vgl. zu diesem Begriff Ziff. 116) als eine abstrakte Losbildung und Zuweisung nach dem Zufallsprinzip. Am zweckmässigsten verfährt man in einem solchen Falle, indem man sämtliche zu versteigernden Objekte mit einem provisorischen Schätzwert versieht und die Summe dieser Schätzwerte als den provisorischen Gesamtwert der Steigerungsmasse bekanntgibt. Die Erben sind an einem Ort zur Versteigerung zu versammeln. Jedem Erben wird provisorisch ein kalkulatorisches Geldguthaben in der Höhe seines Anteils am provisorischen Gesamtwert der Teilungsmasse gutgeschrieben. Zulasten dieses kalkulatorischen Guthabens kann jeder Erbe nun bei der Versteigerung mitbieten, bis sein Guthaben aufgebraucht ist. Wird ein Objekt über seinem provisorischen Schätzwert zugeschlagen, so erhöht sich der Gesamtwert der Steigerungsmasse um die Differenz. Diese Differenz ist unverzüglich den kalkulatorischen Guthaben der Erben hinzuzuzählen. Wird ein Objekt unter seinem provisorischen Schätzwert zugeschlagen, so sind die kalkulatorischen Guthaben der Erben entsprechend zu reduzieren. - Am Schlusse hat jeder Erbe genau jene Sachen, die er am liebsten erhalten wollte bzw. er hat es selber zu vertreten, wenn er einzelne begehrte Objekte nicht ersteigern konnte, weil er sein kalkulatorisches Guthaben für den Erwerb anderer Sachen aufgebraucht hat.

7.1 Vorausklage: Klage auf Tilgung der Nachlassschulden

- 124** Vorbemerkung: Art. 610 Abs. 3 ZGB gibt jedem Erben einen Anspruch auf Tilgung oder Sicherstellung der Nachlassschulden vor der effektiven Teilung (vgl. ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 610 Abs. 3 N 22). Nachstehend wird nur der Tilgungsanspruch behandelt. Er kann sowohl vom Teilungskläger als auch einredeweise von den Teilungsbeklagten geltend gemacht werden (JOST [1960], S. 97 mit Verweis auf BK-TUOR [1952], Art. 610 N 12; ZK-ESCHER [1960], Art. 610 N 5).
- 125** Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB).
- 126** Aktivlegitimation: Jeder Erbe einzeln.
- 127** Passivlegitimation: Alle übrigen Erben gesamthaft (notwendige Streitgenossenschaft).
- 128** Rechtsbegehren:
- **Variante 1-1:** (wenn genügend Bargeld oder Guthaben auf Nachlasskonten bei Banken und PTT vorhanden sind, um sämtliche Nachlassschulden zu tilgen):
 - a) (Zusammenzug der liquiden Mittel auf dem Nachlass-Hauptkonto) *"1. Es sei der Miterbe M anzuweisen, das in seinem Besitz befindliche, zum Nachlass gehörende Bargeld im Betrage von Fr. X auf das Konto Nr. 123.456 bei der Kantonalbank in ... einzubezahlen;*
 - 2. es seien die Banken A, B, C sowie das Postcheckamt in Y anzweisen, die bei ihnen bestehenden, auf den Namen des Erblassers lautenden Konten zu saldieren und den Saldo zu überweisen auf das Konto Nr. 123.456 bei der Kantonalbank in ...;"*
 - b) (Schuldentilgung aus dem Nachlass-Hauptkonto): *"3. Es sei die Kantonalbank in ... anzuweisen, zulasten des Kontos Nr. 123.456 die folgenden Nachlassschulden zu bezahlen: (Liste)"*
- 129** - **Variante 1-2:** (wenn nicht genügend Bargeld vorhanden ist und demgemäss Erbschaftssachen versilbert werden müssen):
- 130** - **Variante 1-2-1:** (wenn die zu versilbernde Sache ein Grundstück ist): *"Es sei für die Liegenschaft Sektion V Parzelle 942, Mattenstrasse 81, Basel, die Versteigerung unter den Parteien, **eventualiter** die öffentliche Versteigerung anzuordnen, und es sei die Gantverwaltung anzuweisen, aus dem Steigerungserlös, nach Tilgung der Steigerungsgebühren und der durch die Versteigerung fällig gewordenen Steuern, die folgenden Beträge an folgende Nachlassgläubiger zu bezahlen: (Liste der Beträge und der Gläubiger); die Gantverwaltung sei ferner anzuweisen, einen allfälligen Überschuss auf das Nachlass-Hauptkonto Nr. 123.456 bei der Kantonalbank zu überweisen."*
- 131** - **Variante 1-2-2:** (wenn die zu versilbernde Sachen börsengängige Wertpapiere im Gewahrsam Dritter, insbesondere in demjenigen ortsansässiger Banken sind): *"Es sei die A-Bank anzuweisen, die im Wertschriftendepot Nr. 999.999 auf den Namen des*

Erblässers verwahrten Wertschriften zum Tageskurs zu veräussern und aus dem Erlös, nach Abzug der entsprechenden Bankgebühren, die folgenden Beträge an folgende Nachlassgläubiger zu bezahlen: (Liste der Beträge und der Gläubiger)."

- 132 - Variante 1-2-3:** (wenn die zu versilbernde Sache im Besitz eines Miterben ist, der sie nicht herausgibt): *"Es sei der Beklagte X (= der betreffende Miterbe und Besitzer) zu verurteilen, die Sache S binnen 30 Tagen seit Rechtskraft des Urteils an die Gantverwaltung in ... auszuliefern, unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfalle, und es sei die Gantverwaltung anzuweisen, aus dem Steigerungserlös, nach Tilgung der Steierungsgebühren und der durch die Versteigerung fällig gewordenen Steuern, die folgenden Beträge an folgende Nachlassgläubiger zu bezahlen: (Liste der Beträge und der Gläubiger); die Gantverwaltung sei ferner anzuweisen, einen allfälligen Überschuss auf das Nachlass-Hauptkonto Nr. 123.456 bei der Kantonalbank in ... zu überweisen."*
- 133 Erläuterungen:** Die Praxis geht dahin, eine öffentliche Versteigerung anzuordnen, wenn nicht jeder Erbe in der Lage wäre, bei einer internen Versteigerung mitzuwirken, sowie dann, wenn Erben bevormundet sind (BK-TUOR/PICENONI (1957/1973), Art. 612 N 24 f.; vgl. auch PIOTET, SPR IV/2 [1981], S. 887). Die Versteigerung zwischen den Miterben sollte demgemäss nur dann angeordnet werden, wenn eine echte Konkurrenzsituation besteht, die die mehreren Interessenten zwingt, realistische Angebote zu machen.

7.2 Teilungsklage

- 134** Vorbemerkung: Das Urteil ersetzt den Teilungsvertrag, ist dessen Korrelat (JOST [1960], S. 38). Es schafft eine neue Rechtslage. Es wirkt, über die Wirkung des Teilungsvertrags sowie über Feststellungs- und Leistungsurteile hinausgehend, konstitutiv, d.h. mit dem Teilungsurteil ist die Teilung, soweit dies durch das Urteil möglich ist, vollzogen.
- 135** Der Kläger konkretisiert seine Vorstellungen von der Teilung im Klagebegehren so weitgehend als möglich. Das kantonale Prozessrecht darf aber vom Kläger nicht die Aufstellung eines genauen Teilungsplanes verlangen, weil dadurch der bundesrechtlich gewährleistete Teilungsanspruch vereitelt werden könnte (so ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 610 Abs. 3 N 22). Die Beklagten stellen gemäss ihren Vorstellungen (Gegen-)Anträge. Soweit die Anträge der Beteiligten übereinstimmen, ist der Richter daran gebunden, im übrigen urteilt er nach seinem pflichtgemässen Ermessen.
- 136** Das Rechtsbegehren auf Zuweisung bestimmter Sachen an den Kläger entspringt keinem Rechtsanspruch. Kein Erbe hat a priori ein besseres Recht auf eine Nachlasssache als ein anderer Erbe (soweit nicht das bäuerliche Erbrecht für Landwirte und Art. 612a ZGB für den überlebenden Ehegatten solche Ansprüche begründen). Vielmehr helfen die Zuweisungsbegehren dem Richter, nach seinem pflichtgemässen Ermessen einen vernünftigen Teilungsmodus zu finden. Dringt ein Kläger mit seinem Zuweisungsbegehren nicht durch, so ist er prozessual nicht unterlegen. Dringt er durch, so hat er nicht obsiegt.
- 137** Aus dem gleichen Grund sollten die von der Klage abweichenden Anträge der Beklagten nicht als Widerklagen titulierte werden. Im Erbteilungsprozess verfolgen die verschiedenen Antragsteller meist nicht konträre Ziele, sondern sie unterbreiten dem Richter in ihren Zuweisungsbegehren verschiedene Varianten, gemäss denen das gemeinsam angestrebte Ziel, die Teilung, konkretisiert werden kann. Verlierer mit Kostenfolgen ist dagegen, wer sich der Teilung grundsätzlich widersetzt.

7.2.1 Gesamtklage (allgemeine Erbteilungsklage, Art. 538 Abs. 2 und 604 Abs. 1 ZGB)

138 Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB).

139 Aktivlegitimation: Jeder Erbe einzeln. - "Virtuelle Erben", d.h. zu Unrecht enterbte Pflichtteilserven, sind erst aktivlegitimiert, nachdem sie ihrer Beteiligung am Nachlass Anerkennung verschafft haben (so OG ZH, Urteil vom 8.07.1988, ZR 95 [1996] Nr. 34).

140 Passivlegitimation: Alle nicht auf der Klägerseite mitwirkenden Erben als notwendige Streitgenossenschaft.

141 Rechtsbegehren:

Variante 1 (abstraktes Begehren):

"Es sei der Nachlass des am ... verstorbenen X. festzustellen und zu teilen."

142 **Variante 2 (konkretes Begehren):**

1. *Es sei der Nachlass des am ... verstorbenen X. festzustellen, d.h. es sei festzustellen, dass der Nachlass die in der Klagebeilage 1 (Inventar vom ...) aufgeführten Aktiven und Passiven [mit folgenden Abweichungen ...] umfasst;*

2. *es sei festzustellen, dass der Kläger an diesem Nachlass zu einem Viertel berechtigt ist;*

3. **Gestaltungsbegehren**

- **Variante 1**: dem Kläger seien folgende zum Nachlass gehörenden Aktiven und Passiven in Abgeltung seines Erbteils zuzuweisen: (Liste)

- **Variante 2**:

a) *es seien vier gleichwertige Lose zu bilden, wobei der Richter den einzelnen Losen folgende Aktiven und Passiven zuzuweisen habe: (Liste der vier Lose, je mit Aktiven und Passiven nach den Vorstellungen des Klägers);*

b) *dem Kläger sei das erste der vier vorerwähnten Lose zuzuweisen;*

- **Variante 3** (wenn einzelne Erbschaftsgegenstände die Grösse der Lose übersteigen und nicht ohne Wertverlust geteilt werden können): *für die folgenden, den Wert eines Loses übersteigenden Erbschaftssachen sei die Versteigerung unter den Parteien, eventualiter die öffentliche Versteigerung anzuordnen, und es sei der Steigerungserlös zu gleichen Teilen den vier Losen zuzuweisen;*

4. - **Variante 1**: *es sei der Kläger von allen Erbschaftspassiven zu entlasten, die nicht gemäss Klagebegehren 3 [Variante 2 b] seinem Los zugewiesen werden;*

- *Variante 2: eventualiter seien die Beklagten zur Bezahlung von Fr. ... an den Kläger als Ersatzleistung für die von diesem getilgten Nachlasspassiven zu verurteilen.*"

- 143** Erläuterungen: Das abstrakte Begehren "*Es sei der Nachlass des am ... verstorbenen X. festzustellen und zu teilen*" ist dann am Platze, wenn der Kläger aus zureichenden Gründen keine konkreteren Anträge stellen kann. Andernfalls soll der Kläger im Rechtsbegehren konkretisieren, was umstritten ist und was er selber bezüglich der umstrittenen Punkte erreichen will. - Zum Bestimmtheitsgebot bei erbrechtlichen Klagebegehren vgl. ZBJV 1994 S. 564, ferner BGE 69 II 369.
- 144** Bei grösseren Nachlässen mit einer Vielzahl von Erben löst die allgemeine Erbteilungsklage, d.h. die Klage auf Teilung der gesamten Erbschaft, in der Regel das zweistufige Verfahren der Losbildung und Loszuordnung aus, wobei der Richter die Losbildung an die "zuständige Behörde" delegieren kann.
- 145** Das Bundesgericht steht auf dem Boden, dass der Teilungsrichter den Nachlass festzustellen, die Teilungsquoten zu bestimmen und die Teilung soweit als möglich durchzuführen hat (JOST [1960], S. 71 mit Verweis auf BGE 69 II 357, 75 II 256, 78 II 408). Demgemäss ist es üblich, an den Beginn der Teilungsklage das Begehren um "*Feststellung des Umfangs der Erbschaft*" zu stellen. Bei diesem Begehren handelt es sich nicht um eine Feststellungsklage im prozesstechnischen Sinne. Vielmehr soll vorfrageweise das Teilungssubstrat definiert werden, auf welches sich das anschliessende Teilungsurteil bezieht. Die Ermittlung des Teilungssubstrates ist aber nicht Sache des Richters. Inventarisierung der Aktiven und Passiven mit einem allfälligen Schuldenruf obliegt de iure den Erben oder dem Willensvollstrecker, de facto in der Regel der "zuständigen Behörde". Mit dem Rechtsbegehren auf "Feststellung der Erbschaft" ist lediglich gemeint, der Zivilrichter habe den **ihm von den Parteien nachgewiesenen** Umfang des Teilungssubstrates in seinem Urteil so deutlich zu beschreiben, dass klar ist, worauf sich das Teilungsurteil bezieht.
- 146** Soweit im Rahmen der Erbteilung auch um die Ausgleichspflicht oder die Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen an Miterben gestritten wird, ist zusätzlich zur "Feststellung des Umfangs der Erbschaft" auch die Feststellung zu begehren, "*dass die Zuwendungen X, Y und Z der Ausgleichung [oder der Herabsetzung] unterliegen und mit ihrem Verkehrswert am Todestag des Erblassers in die Berechnungsmasse für den Ausgleichungsanspruch [oder den Herabsetzungsanspruch] des Klägers einzubeziehen sind.*" - Reicht der Nachlass nicht aus, um den Ausgleichs- oder Herabsetzungsanspruch des Klägers zu decken, so muss der Kläger zusätzlich ein Leistungsbegehren gegen den Ausgleichs- oder Herabsetzungsbegünstigten stellen (zur Ausgleichungsklage vgl. Ziff. 170 ff., zur Herabsetzungsklage (Ziff. 35 ff.). Dabei handelt es sich um eine Klagenhäufung (vgl. BK-TUOR/PICENONI (1957/1973), Art. 604 N 4b).
- 147** Im Rechtsbegehren der Teilungsklage muss notwendigerweise auch die Feststellung des klägerischen Erbanteils verlangt werden. Es gibt keine Vornahme der Teilung ohne Feststellung des klägerischen Erbanteils (JOST [1960], S. 71, mit Verweis auf KG SG, 23.4.1956, SJZ 54 [1958], S. 184), und zwar auch dann, wenn die Erbanteile nicht bestritten sind. Die Feststellung des Erbanteils ist ein notwendiger gedanklicher Schritt,

um vom einleitend festgestellten Umfang der Erbschaft zu den konkreten Sachzuweisungen an Kläger und Beklagte zu gelangen, in die das Urteilsdispositiv allenfalls mündet.

7.2.2 Partielle Teilungsklage (Art. 604 Abs. 2 ZGB)

148 Vorbemerkung: Partielle Teilungsklagen sind sowohl infolge von personeller Beschränkung als auch infolge von objektiver Beschränkung denkbar. Sie kommen dann vor, wenn nach Meinung des Klägers einzelne umstrittene Objekte vorweg geteilt bzw. liquidiert werden sollen, oder wenn die Erbteilung bereits fortgeschritten ist, einzelne Erben vielleicht bereits vollständig ausbezahlt worden sind und in einem späteren Stadium noch ein Dissens über die Verteilung des restlichen Nachlasses entsteht (vgl. ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 602 N 33 und Art. 604 N 6).

149 Bei objektiver Beschränkung wird lediglich die Zuteilung einzelner Erbschaftssachen zum Prozessgegenstand gemacht, ohne dass die Teilung der ganzen Erbschaft anvisiert wird. Die Zulässigkeit der objektiv beschränkten Erbteilungsklage folgt aus Art. 604 Abs. 2 ZGB ("*Teilung der Erbschaft oder einzelner Erbschaftssachen*"). Da aber jeder Erbe einen Anspruch auf Teilung der ganzen Erbschaft hat, können Partialteilungsbeklagte mit einer allgemeinen Erbschaftsklage klagen, und zwar jeder von ihnen einzeln. Angesichts einer solchen allgemeinen Klage wird die ursprüngliche Partialklage dann gegenstandslos. Da die allgemeine Erbteilungsklage nicht notwendigerweise etwas anderes und erst recht nicht das Gegenteil von dem bezweckt, was der Partialkläger anstrebt, sondern ganz einfach **mehr** als dieser, wäre es verfehlt, die allgemeine Erbteilungsklage in ihrem Verhältnis zur Partialklage als "Widerklage" zu bezeichnen.

150 Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 538 Abs. 2 ZGB).

151 Aktivlegitimation: Jeder Erbe einzeln.

152 Passivlegitimation: Alle nicht auf der Klägersseite mitwirkenden Erben als notwendige Streitgenossenschaft.

153 Rechtsbegehren:

*"1. Es sei **festzustellen**, dass die Sache ... zum [noch ungeteilt gebliebenen restlichen] Nachlass des am ... verstorbenen X. gehört;*

*2. es sei **festzustellen**, dass der Kläger und der Beklagte an diesem [restlichen] Nachlass je zur Hälfte berechtigt sind;*

*3. es sei die erwähnte Sache ... dem Kläger in Anrechnung auf seinen Erbteil zuzuweisen; **eventualiter** sei diese Sache unter den Miterben, **subeventuell** öffentlich zu versteigern, und es sei der Steigerungserlös nach Deckung der Steigerungsspesen an die Erben gemäss ihren Erbquoten zu verteilen."*

154 Erläuterungen: Hat die im Zuweisungsbegehren Nr. 3 bezeichnete Sache im Erbteil oder in dem nach früheren Teilungshandlungen noch verbliebenen Erbanspruch des Klägers nicht Platz, so kann der Kläger gemäss der oben, Ziff. 121, erwähnten Lehre begehren,

es sei ihm die Sache *"Zug um Zug gegen Bezahlung des seinen Erbteil übersteigenden Wertes an die Beklagten zuzuweisen"*.

- 155** Der Kläger kann Zuweisung eines bestimmten Objektes an sich selber beantragen, nicht aber an andere Miterben. Der Richter kann nicht auf dem Wege der partiellen Erbteilung einzelnen Erben Erbschaftssachen zuweisen, die von diesen Erben gar nicht begehrt werden.
- 156** Sinnvoll ist die Klage auf partielle Erbteilung vor allem dann, wenn ein einzelnes grosses Objekt, das in niemandes Erbteil Platz hat, liquidiert werden soll, um die Verwaltung der Erbschaft zu vereinfachen, Erbschaftsschulden tilgen zu können und die Erben in den Genuss von Abschlagszahlungen zu bringen. In einem solchen Falle beschränkt sich das Rechtsbegehren auf die dargestellten Eventualanträge.

8. Klage auf Vollzug des Erbteilungsvertrags

- 157** Vorbemerkung: Gemäss Art. 634 Abs. 1 ZGB wird die Teilung "*für die Erben verbindlich ... mit dem Abschluss des Teilungsvertrages*", wobei für diesen Vertrag auch bezüglich von Grundstücken, in Abweichung von Art. 657 ZGB, einfache Schriftform genügt (JOST [1960], S. 118; BGE 83 II 363). Der Teilungsvertrag muss im Minimum die Frage "Wer erhält was?" regeln (vgl. hiezu BGE 122 III 150 [154]). ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 634 N 19 ff., stellt einen Katalog von Erbvertragsinhalten auf.
- 158** Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (analoge Anwendung von Art. 538 Abs. 2 ZGB).
- 159** Aktivlegitimation: Jeder Vertragspartner einzeln.
- 160** Passivlegitimation: Jene anderen Vertragspartner, von denen gestützt auf den Erbteilungsvertrag etwas verlangt wird, bei Fahrnis also der Besitzer; bei Grundstücken: alle Miterben, die nicht auf der Klägersseite am Prozess mitwirken, gemeinsam als notwendige Streitgenossenschaft.
- 161** Rechtsbegehren:
- Variante 1 (bewegliche Sachen):** "*Es sei der Beklagte zu verurteilen, die zum Nachlass des X. gehörende Sache ... herauszugeben.*"
- Variante 2 (Grundstücke in der Schweiz):** "*Es seien die Beklagten A., B. und C. zu verurteilen, den am ... geschlossenen Erbteilungsvertrag über den Nachlass des am ... verstorbenen X. bezüglich des Grundstückes L zu vollziehen, und es sei das Grundbuchamt G anzuweisen, den Kläger als Alleineigentümer dieses Grundstücks einzutragen.*"
- 162** Erläuterungen: Ob der Teilungsvertrag nur obligatorische Wirkung hat, wie früher einhellig angenommen wurde (vgl. ZK-ESCHER [1960], Art. 634 N 13; JOST [1960], S. 119; neuerdings ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 634 N 32), oder ob er unmittelbar dingliche Akkreszenz des Eigentums zugunsten der übernehmenden Erben bewirkt, was in BGE 116 II 174 angedeutet ist (vgl. hiezu auch OG ZH, 12.4.1991, ZR 90-66 S. 217-223 [221 f.]) und ZBGR 75 [1994], S. 144-152, muss hier offen bleiben. Jedoch sollen die beiden Rechtsauffassungen veranschaulicht werden:
- 163** Mit dem Tod des Erblassers werden die Erben von Gesetzes wegen die Gesamteigentümer sämtlicher Erbschaftssachen, unabhängig von den Besitzverhältnissen und vom Stand der Grundbucheinträge. Allemal führt der Erbteilungsvertrag dazu, dass alle Fahrnissachen, die sich zufälligerweise bereits im Besitze der übernehmenden Erben befinden, unmittelbar in deren Alleineigentum übergehen, und zwar auf dem Wege der Akkreszenz: zusätzlich zu dem dem Übernehmer bereits zustehenden Gesamthandsanteil wachsen ihm auch die Eigentumsquoten der Miterben an.

- 164** Misst man dem Erbteilungsvertrag bloss obligatorische Wirkung zu, so begründet er für alle anderen Sachen, die sich noch nicht im Besitze der übernehmenden Erben befinden, vertragliche Herausgabeansprüche gegen die besitzenden Miterben. Bis zur Erfüllung dieser Herausgabeansprüche muss für solche Sachen weiterhin ein Gesamteigentum der Erbengemeinschaft angenommen werden. Bezüglich der Grundstücke begründet der Erbteilungsvertrag die Vertragspflicht sämtlicher Miterben, die erforderlichen Verfügungshandlungen vorzunehmen, nämlich das zuständige Grundbuchamt gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB anzuweisen, den übernehmenden Erben als Alleineigentümer einzutragen.
- 165** Misst man dem Erbteilungsvertrag statt dessen dingliche Wirkung zu, so gehen mit seiner Unterzeichnung sämtliche Erbschaftssachen unmittelbar, d.h. bezüglich der Fahrnis (abweichend von Art. 714 ZGB) ohne Besitzübertragung und bezüglich Grundstücken ohne Grundbucheintrag ins Alleineigentum des übernehmenden Erben über.
- 166** Gegen die Akkreszenztheorie hat sich neuestens JÜRIG SCHMID in der redaktionellen Besprechung des erwähnten Zürcher Obergerichtsentscheides vom 12.4.1991 ausgesprochen (vgl. ZBGR 75 [1994] S. 152), wobei SCHMID eine nicht restlos überzeugende Unterscheidung macht zwischen dem Ausscheiden einzelner Gesamthänder aus dem Gesamteigentum an einzelnen Sachen und der Übertragung der Nachlassgegenstände von der Erbengemeinschaft auf die übernehmenden Erben. Im ersten Fall bejaht SCHMID die dingliche Akkreszenz, im zweiten Fall verneint er sie.
- 167** Steht man auf dem Standpunkt der obligatorischen Wirkung des Erbteilungsvertrags, so kann das Rechtsbegehren nur auf eine Leistung lauten (Leistungsklage); bezüglich der Grundstücke in der Schweiz kann sogleich auch der richterliche Vollzug der vom Prozessgegner geschuldeten Leistung beantragt werden ("*... und es sei das Grundbuchamt X anzuweisen, den Kläger als Alleineigentümer einzutragen*").
- 168** Steht man auf dem Standpunkt der dinglichen Wirkung, so kann man vorweg den durch den Teilungsvertrag geschaffenen dinglichen Rechtsbestand feststellen lassen und anschliessend den vindikatorischen Herausgabeanspruch bezüglich Fahrnis bzw. die Grundbuchberichtigung (Art. 975 ZGB) bezüglich der Grundstücke beantragen.
- 169** Der Theorienstreit ist allerdings für die Formulierung der Rechtsbegehren nicht von entscheidender Bedeutung. Das Rechtsbegehren kann so formuliert werden, dass es beiden Theorien gerecht wird; denn im Rechtsbegehren braucht nicht gesagt zu werden, ob die Herausgabe der Sache aufgrund einer vertraglichen Rechts oder aufgrund des klägerischen Eigentums verlangt wird. Allemal wird der Beklagte "*zur Herausgabe*" (nicht "*zur Übertragung des Eigentums*") verurteilt. Auch das Begehren um Anweisung des zuständigen Grundbuchamtes, den Kläger als Alleineigentümer einzutragen, kann gestellt werden, ohne dass im Rechtsbegehren oder im Urteil gesagt zu werden braucht, ob es sich um den Vollzug eines Vertrags oder um die grundbuchliche Darstellung eines ausserbuchlich bereits bestehenden dinglichen Rechtszustandes handelt.

9. Ausgleichungsklage (Art. 626 ff. ZGB)

- 170** Vorbemerkung: Art. 626 Abs. 1 bezieht sich auf sämtliche gesetzlichen Erben. Zwischen ihnen ist nur ausgleichungspflichtig, was bei der Hingabe ausdrücklich der Ausgleichungspflicht unterstellt wurde.
- 171** Art. 626 Abs. 2 bezieht sich auf das Verhältnis der Nachkommen untereinander. Zwischen ihnen ist von Gesetzes wegen, unter dem Vorbehalt des ausdrücklichen Dispenses, ausgleichungspflichtig, was "Ausstattungs-Charakter" hat, d.h. was der Begründung, Verbesserung, Sicherung der Existenz dient; also z.B. die Schenkung der Geschäftsliegenschaft, eines vermieteten Mehrfamilienhauses, nicht aber eines Motorbootes zum Vergnügen (BGE 76 II 188).
- 172** PAUL EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Bern 1998, setzt sich in seiner 650-seitigen Monographie ausgiebig mit der Frage auseinander, ob Art. 626 Abs. 2 ZGB im Sinne des hievordargestellten Konzeptes der "Versorgungskollation" (einzuwerfen [zu "kollatieren"] ist in die Berechnungsmasse nur, was der Versorgung diene) oder dem Konzept der Schenkungskollation (einzuwerfen ist jede grössere Schenkung, auch ohne Versorgungs-Charakter) auszulegen ist. EITEL schliesst sich - der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widersprechend - den Verfechtern der Schenkungskollation an, und zwar aus Praktikabilitätsgründen [vgl. besonders deutlich in N 24 ff zu § 16] und wegen des Gleichbehandlungsgebotes [N 46 ff. zu § 16]. Im Lichte dieser Theorie genügt es, kleine und grosse Zuwendungen rechtlich voneinander abzugrenzen. Die letzteren sind ausgleichungspflichtig.
- 173** Der Ausgleichungs-Dispens gemäss Art. 626 Abs. 2 muss mit einer gewissen Ausdrücklichkeit erfolgen. Der Umstand, dass bei einer verdeckten Schenkung (z.B. Liegenschafts Kauf zu verbilligtem Preis) die Zuwendung verdeckt erfolgt ist, ist kein Indiz für den Willen des Zuwendenden, von der Ausgleichungspflicht zu dispensieren.
- 174** Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (JOST [1960], S. 129).
- 175** Aktivlegitimation: Jeder am Nachlass beteiligte gesetzliche Miterbe selbständig (inkl. Ehegatte seit BGE 77 II 228; vgl. aber die abweichende Meinung von PAUL EITEL, zit. in Ziff. 172, § 20 N 1 ff. und N 46 ff.), mit Wirkung für und gegen ihn selbst.
- 176** Nicht: eingesetzte nicht-gesetzliche Erben (vgl. PAUL EITEL, zit. in Ziff. 172, § 24 N 1 ff., N 34).
- 177** Wer gleichzeitig eingesetzter und gesetzlicher Erbe ist: nur, wenn die Testamentsregelung "im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge" verblieben ist. Sonst wird Wille des Erblassers zur Ungleichbehandlung angenommen (so zutreffend JOST [1960], S. 130, ZK-ESCHER [1960], N 6 Vorbemerkungen vor Art. 626 ZGB; a.A. PETER BREITSCHMID, Vorweggenommene Erbfolge und Teilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, Bern 1997, S. 74 f.; laut BREITSCHMID ist die testamentarische Einsetzung gesetzlicher Erben auf ihre Quoten ("*jeder meiner drei Söhne erhält einen*

Drittel meines Nachlasses") vermutungsweise als Ausgleichsdispens zu interpretieren).

178 Passivlegitimation: Der oder die gesetzlichen Miterben, welche die lebzeitige Zuwendung (selber) erhalten haben (ging die Zuwendung an Nahestehende von gesetzlichen Miterben, z.B. an deren Kinder: keine Ausgleichspflicht; vgl. JOST [1960], S. 130). - Umstritten ist, ob mit der Ausgleichsberechtigung des Ehegatten im Falle von Art. 626 Abs. 2 ZGB eine Ausgleichspflicht korreliert, ob also ein Symmetrieprinzip gilt (vgl. ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Art. 626 N 6).

179 Nicht: eingesetzte nicht-gesetzliche Erben. - Dies soll aber nur für den Fall gelten, dass der Erblasser keine Ausgleichsanordnungen zugunsten oder zulasten der eingesetzten Erben getroffen hat. Traf er solche Anordnungen, so kommt auch den eingesetzten nicht-gesetzlichen Erben die Aktiv- und Passivlegitimation zu. Umstritten ist die Form für solche Ausgleichsanordnungen (vgl. ZGB-FORNI/PIATTI [1998], Art. 626 N 7 f.; DRUEY [1997], § 7 N 24 und N 28). In BGE 124 III 102 (106) wird die grundsätzliche Ungleichbehandlung von gesetzlichen und eingesetzten Erben bezüglich der Ausgleichspflicht bestätigt.

180 Rechtsbegehren:

Varianteengruppe 1: blosser **Feststellungsklage** (wenn kein Gegenstand der Ausgleichung als spezifizierbare Sache vorhanden ist, sondern wenn nur ein Wertausgleich in Geld möglich ist, sofern dies durch eine blosser Anrechnung in der Erbteilung erzielt werden kann; JOST [1960], S. 131):

Variante 1-1: Einfacher Fall: Drei Geschwister A, B, C; heutiger Nachlasswert Fr. 1'100'000.--; der verwitwete Vater schenkte vor 20 Jahren dem C zur Eröffnung seines Geschäftes als Startkapital den Geldbetrag von Fr. 400'000.-- (ob das Geschäft seither an Wert gewonnen oder ob es mit Verlust liquidiert werden musste, spielt für die Frage der Ausgleichung keine Rolle). Sämtliche Ausgleichungsgläubiger (A und B) klagen gegen den einzigen Ausgleichungsschuldner C.

Rechtsbegehren in diesem einfachsten Fall:

"Es sei festzustellen, dass die im Jahre 1975 erfolgte Schenkung von Fr. 400'000.-- durch den Erblasser an den Beklagten eine ausgleichungspflichtige Zuwendung darstellte, die der für die Erbteilung massgeblichen Berechnungsmasse hinzuzuzählen und an den Erbteil des Beklagten anzurechnen ist."

Variante 1-2: Gleicher Fall, aber nur einer der beiden Ausgleichungsgläubiger (nur A) klagt, so dass das Urteil nur die Ansprüche des A und des C in der Erbteilung beschlägt und den Erbteil des B unberührt lässt:

"1. Es sei festzustellen, dass die im Jahre 1975 erfolgte Schenkung von Fr. 400'000.-- durch den Erblasser an den Beklagten eine ausgleichungspflichtige Zuwendung darstellte, die der für die Erbteilung zwischen den Parteien

massgeblichen Berechnungsmasse hinzuzuzählen und an den Erbteil des Beklagten anzurechnen ist;

2. es sei der Erbteil des Klägers aufgrund der gemäss Klagebegehren 1 vergrösserten Berechnungsmasse zu berechnen, und es sei festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, den dadurch in Erscheinung tretenden Mehrwert seines Erbteils in der Erbteilung zulasten des Erbteils des Beklagten zu beanspruchen."

- 181 Variantengruppe 2: Leistungsklage** (wenn ein Sache vorhanden ist, die nach Wahl des Beklagten [Art. 628 Abs. 1 ZGB] in natura eingeworfen oder durch Geldersatz abgegolten werden kann);

Beispiel: Obiger Fall; der Vater hat dem C jedoch nicht Geld, sondern die von C benützte Geschäftsliegenschaft geschenkt, deren Wert heute vermutlich ca. Fr. 400'000.-- beträgt.

- 182 Variante 2-1** (sämtliche Ausgleichungsgläubiger klagen gemeinsam):

"1. Der Beklagte sei zu verurteilen, die ihm vom Erblasser am 15.6.1975 geschenkte Liegenschaft Bahnhofstrasse 12

a) entweder in die Erbmasse einzuwerfen;

b) oder sie mit ihrem heutigen Werte der Erbschaft hinzuzählen und seinem eigenen Erbteil anrechnen zu lassen.

2. Dem Beklagten sei durch das Gericht eine angemessene Frist anzusetzen zur Ausübung der Wahl gemäss Klagebegehren 1a oder 1b, unter Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Urteil aufgrund der Wertanrechnung gemäss Klagebegehren 1b ergeht."

- 183 Variante 2-2** (nur der eine Ausgleichungsgläubiger [A] klagt). - In diesem Falle ist die Einwerfung in natura schwer denkbar, denn sie würde die Teilungsmasse zugunsten aller Miterben tatsächlich vergrössern, wäre also ein Vorgang, den der dem Prozess fernbleibende Ausgleichungsgläubiger gar nicht haben will und der vom Beklagten diesem gegenüber auch gar nicht geschuldet ist. Um sich kein Überklagen vorwerfen lassen zu müssen, wird der Kläger aber pro forma dennoch das Wahlrecht des Beklagten im Rechtsbegehren respektieren müssen:

"1. Der Beklagte sei zu verurteilen, die ihm vom Erblasser am 15.6.1975 geschenkte Liegenschaft Bahnhofstrasse 12

a) entweder in die Erbmasse einzuwerfen;

b) oder sie mit ihrem heutigen Werte der zwischen den Parteien massgeblichen Berechnungsmasse hinzuzählen und seinem eigenen Erbteil anrechnen zu lassen.

2. Dem Beklagten sei durch das Gericht eine angemessene Frist anzusetzen zur Ausübung der Wahl gemäss Klagebegehren 1a oder 1b, unter

Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Urteil aufgrund der Wertanrechnung gemäss Klagebegehren Ib ergeht.

3. *Es sei der Erbteil des Klägers aufgrund der gemäss Klagebegehren I vergrösserten Berechnungsmasse zu berechnen, und es sei festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, den dadurch in Erscheinung tretenden Mehrwert seines Erbteils in der Erbteilung zulasten des Erbteils des Beklagten zu beanspruchen."*

- 184** Erläuterungen: Soweit die Ausgleichungsklage auf Feststellung gerichtet ist, versteht sich das Feststellungsinteresse von selber. Es braucht in der Klagebegründung nicht nachgewiesen zu werden (JOST [1960], S. 131, unter Verweis auf ZR 41 35). Allerdings verlangt BGE 123 II 49, das Feststellungsinteresse sei von Amtes wegen festzustellen; es könne unter Umständen gegeben sein, insbesondere wenn die Erbengemeinschaft weiterdauern solle oder wenn bereits ein Erbteilungsvertrag vorliegt. - Weitergehend ist zu sagen, dass das Feststellungsinteresse immer offensichtlich ist, wenn nicht im gleichen Rechtsstreit auf Teilung geklagt wird. Es ist möglich, dass sich die Parteien über Zeitpunkt und Modalitäten der Teilung ausserprozessual einigen wollen und können, sobald die zwischen ihnen streitige Ausgleichungsfrage entschieden ist.
- 185** JOST [1960], S. 133, empfiehlt eine etwas umständlichere Formulierung für das in Ziff. 182 genannte 2. Begehren, nämlich: *"Der Beklagte habe die unter Ziff. 1a und 1b erwähnte Wahl innert der Frist von ... Tagen vorzunehmen, ansonst*
- a) *der Richter die Wahl vornimmt oder*
 - b) *das Wahlrecht auf die Kläger übergeht."*
- 186** Um Streit über die anzusetzende Frist zu vermeiden, verzichten die Kläger richtigerweise darauf, diesbezüglich einen Antrag zu stellen, und überlassen dies ganz dem richterlichen Ermessen. - Die Annahme eines Wahlrechts, das auf den Richter und anschliessend auf die Kläger übergeht, hat im Gesetz keine Stütze. Zweckmässiger ist es, dem Beklagten klar zu machen, dass sein Schweigen als (seine) Wahlerklärung im Sinne eines bestimmten klägerischen Antrags verstanden werden wird.
- 187** Ein BGE vom 29.10.1996 (nicht publiziert) hält fest, dass der nach dem Todestag eintretende Kaufkraftschwund ausgleichungspflichtiger Geldschenkungen für die Ermittlung der Berechnungsmasse und der Erbteile belanglos ist. Auch wenn Urteil und Vollzug lange nachher erfolgen und das Geld mittlerweile entwertet ist, ist bezüglich der Ausgleichung zu Werten per Todestag zu rechnen.

10. Anfechtung des Teilungsvertrags (Art. 638 ZGB)

- 188** Vorbemerkung: Für die Anfechtung verweist Art. 638 ZGB auf die Vorschriften über die Verträge im allgemeinen, d.h. auf das OR. - Zur Frage, ob der Teilungsvertrag dingliche oder nur obligatorische Wirkung hat, vgl. vorn, Ziff. 162 ff.
- 189** Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (analoge Anwendung von Art. 538 Abs. 2 ZGB).
- 190** Aktivlegitimation: Jeder Vertragspartner einzeln, in dessen Person ein Anfechtungsgrund verwirklicht ist.
- 191** Passivlegitimation: Sämtliche Vertragspartner, die nicht auf der Klägerseite am Prozess teilnehmen, gemeinsam als notwendige Streitgenossenschaft.
- 192** Rechtsbegehren:
- Variante 1 (Nichtigkeit wegen Urteilsunfähigkeit des Klägers):** *"Es sei festzustellen, dass der zwischen dem Kläger und den Beklagten am ... abgeschlossene Erbteilungsvertrag nichtig ist."*
- 193** **Variante 2 (einseitige Unverbindlichkeit wegen eines Willensmangels des Klägers):** *"Es sei festzustellen, dass der zwischen dem Kläger und den Beklagten am ... abgeschlossene Erbteilungsvertrag dahingefallen ist".*
- 194** Erläuterungen: Die Anfechtung des Erbteilungsvertrags bedarf keines rechtsgestaltenden Urteils, sondern lediglich einer Anfechtungserklärung seitens des Irrenden. Deren Gültigkeit und Rechtswirkungen sind im Urteil alsdann festzustellen (vgl. JOST [1960], S. 119).
- 195** Ist aufgrund des angefochtenen Erbteilungsvertrags bereits ein Grundbucheintrag erfolgt, so ist in einem zusätzlichen Rechtsbegehren auf Grundbuchberichtigung zu klagen (*"und es sei der Grundbuchverwalter in X. anzuweisen, den erfolgten Eintrag des B. auf dem Wege der Grundbuchberichtigung zu löschen und wiederum die Erben des E als Gesamthänder einzutragen"*).

11. Vermächtnisklage (Art. 601 ZGB)

196 Vorbemerkung: Der Vermächtnisanspruch ist obligatorischer Natur. Die Klage geht auf Leistung. Der Kläger kann einstweiligen Rechtsschutz zur Sicherung der vermachten Sache (z.B. Grundbuchsperrung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB bei Vermächtnis eines Grundstücks) verlangen, wenn er begründeten Anlass zur Annahme hat, dass der Vermächtnisbeschwerte anderweitig darüber verfügen könnte.

197 Zuständig: Der Richter am letzten Wohnsitz des Erblassers (analoge Anwendung von Art. 538 Abs. 2 ZGB; BGE 66 I 48); ZK-ESCHER (1960) Art. 538, N 7, möchte den Wohnsitz des Erben jedenfalls dann zulassen, wenn nur ein einziger Erbe vorhanden ist und die Vermächtnisforderung auf Geld lautet.

198 Aktivlegitimation: Jede testamentarisch oder erbvertraglich mit einem Vermächtnis bedachte Person. Ist ein Vermächtnis an mehrere Personen gemeinsam ausgesetzt, z.B. "an die Ehegatten X.-Y.", dann ist eine notwendige Streitgenossenschaft der gemeinsam Bedachten anzunehmen.

199 Passivlegitimation: **a) Regelfall, sofern sich aus der letztwilligen Anordnung nichts anderes ergibt:** die Gesamtheit der Erben als notwendige Streitgenossenschaft.

b) Wenn das Vermächtnis ausdrücklich zulasten eines bestimmten Erben ausgesetzt ist: der beschwerte Erbe allein.

c) Wenn das Vermächtnis ausdrücklich zulasten eines bestimmten Vermächtnisnehmers ausgesetzt ist (Untervermächtnis): der beschwerte Vermächtnisnehmer allein.

d) Wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist und solange unverteilt Erb-schaftsvermögen vorhanden ist: (auch) der Willensvollstrecker, allein oder zusätzlich zu den Erben; der Willensvollstrecker ist jedoch nicht passivlegitimiert, wenn er über keine zu verteilenden Erbschaftsaktiven mehr verfügt (sogenannte Prozessstandschaft oder [passive] Prozessführungsbefugnis; vgl. BGE 116 II 133/134 E. 3a und 3b, 94 II 142 ff. E. 1; DRUEY [1997], § 14, Rz 70, S. 193; WETZEL, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers unter besonderer Berücksichtigung seines Anspruches auf Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 Abs. 2 ZGB, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 43, Zürich 1985, S. 29). - Ist kein Erbschaftsvermögen mehr vorhanden, so kann gegen den Willensvollstrecker nicht die Vermächtnisklage, sondern allenfalls ein Verantwortlichkeitsanspruch aus Amtspflichtverletzung geltend gemacht werden, vgl. hiezu hinten, Ziff. 249.

200 Rechtsbegehren:

Variante 1 (Geldlegat): *"Es seien die Beklagten zu verurteilen, dem Kläger das im Testament des X. ausgesetzte Vermächtnis von Fr. ... zu bezahlen, mit Zins zu 5% seit ..."*

- 201 Variante 2 (Sachlegat):** *"Es seien die Beklagten zu verurteilen, dem Kläger die im Testament des X. vermachte Sache ... zu Eigentum zu übertragen."*
- 202 Erläuterungen:** Der Verzugszins kann auf Geldlegaten zum gesetzlichen Satz (Art. 104 Abs. 1 OR) gefordert werden. Für den Verzug gelten die allgemeinen Regeln, nämlich Fälligkeit und Mahnung (so ZGB-HUWILER [1998], Art. 562 N 11; ZK-ESCHER [1960], Art. 562 N 9a, unter Verweis auf eine abweichende Meinung in BGE 83 II 441, wo automatischer Eintritt des Verzugs am Tage der Fälligkeit angenommen wurde). Die Fälligkeit tritt ein mit Annahme der Erbschaft durch die Erben, oder am Tage des Ablaufs der Ausschlagungsfrist (Art. 562 Abs. 2 ZGB).
- 203** Bei verspätet ausgelieferten Sachlegaten hat der Kläger seinen Verzugsschaden zu substantiieren, wenn er einen solchen geltend machen will. Der Ertrag der vermachten Sache steht ab Fälligkeit dem Bedachten zu, und zwar ohne Inverzugsetzung; vgl. ZR 96 (1997), N. 27.

12. Streit zwischen Miterben über Fragen der Nachlassverwaltung

- 204** Vorbemerkung: In ihrer Eigenschaft als Gesamthänder müssen die Erben grundsätzlich alle Verwaltungshandlungen gemeinsam vornehmen. Dies erheischt Einstimmigkeit.
- 205** Legen sich einzelne Miterben längerfristig quer, so wird die Erbengemeinschaft handlungsunfähig. Jeder einzelne Erbe kann die Handlungsfähigkeit dadurch wieder herstellen lassen, dass er bei der zuständigen Behörde (Basel-Stadt: Erbschaftsamt) die Einsetzung eines Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB verlangt (vgl. vorn, Ziff. 8 f. und nachstehend, Ziff. 212 ff.). Die Handlungen des Erbenvertreters unterliegen der Beschwerde (vgl. hienach, Ziff. 219 ff.).
- 206** Der Erbenvertreter wird gewissermassen zum alleinigen Geschäftsführer der Erbengemeinschaft; den Miterben wird die Geschäftsführungsbefugnis entzogen. - Die in Basel-Stadt übliche, vom Erbschaftsamt den Erben zur Unterzeichnung vorgeschlagene "blaue Vollmacht" bezweckt unter anderem, auf rechtsgeschäftlichem Wege eine gemeinsame Erbenvertretung und damit die optimale Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft herzustellen. Die Unterzeichner solcher Vollmachten können die Bevollmächtigung aber jederzeit widerrufen und damit den Erbenbevollmächtigten absetzen, wogen die Absetzung des behördlich bestellten Erbenvertreters nur auf dem Beschwerdeweg erreicht werden kann.
- 207** Zu unterscheiden sind der soeben erwähnte Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB, der Erbschaftsverwalter (in den beiden Funktionen des Sicherungsbeauftragten gemäss Art. 554 ZGB und des amtlichen Liquidators gemäss Art. 595 ZGB) und der Willensvollstrecker (Art. 518 ZGB). Die Pflichtenhefte dieser Funktionsträger decken sich bezüglich der Verwaltung der Erbschaft zwar weitgehend, aber die Voraussetzungen ihrer Bestellung sind verschieden: Der Erbenvertreter wird bestellt wegen Uneinigkeit innerhalb der Erbengemeinschaft, der Erbschaftsverwalter wegen Unklarheit über die erbberechtigten Personen, der Willensvollstrecker als verlängerter Arm des Erblassers zur Durchsetzung von dessen Willen gegenüber den Erben.
- 208** Soweit der Erblasser konkrete Teilungsvorschriften aufgestellt, insbesondere die Zuweisung bestimmter Sachen an einzelne Erben angeordnet hat, ist der Willensvollstrecker zu deren Vollzug verpflichtet; im übrigen hat er keine Teilungskompetenzen, sondern er kann den Erben nur Vorschläge (Teilungspläne und Einzelvorschläge) machen (vgl. ZGB-KARRER [1998], Art. 518 N 52; DRUEY [1997], § 14 N 68 f., S. 194; PETER BREITSCHMID, Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, Bern 1997, S. 110 ff.) - Falls einzelne oder alle Erben sich zum Teilungsplan nicht äussern oder diesen ablehnen, entsteht eine unbefriedigende Situation, die gelöst werden muss, auch wenn kein Erbe die Teilungsklage erhebt. Doktrin und Praxis haben verschiedene Lösungsansätze entwickelt. ZGB-KARRER (1998), Art. 518 N 63 ff. möchte dem Willensvollstrecker die Aktivlegitimation zur Erbteilungsklage zuerkennen. Die überwiegende Lehre verneint aber eine solche Legitimation des Willensvollstreckers; vgl. ZGB-KARRER (1998), Art. 518 N 84 mit Hinweisen.

- 209** Erbenvertreter und Erbschaftsverwalter haben überhaupt keine Teilungskompetenzen, können aber ebenfalls Vorschläge machen.
- 210** Liegt Gefahr im Verzug, so ist jeder Erbe befugt, mit Wirkung für und gegen sämtliche Erben dringliche Massnahmen selbständig vorzunehmen (ZK-ESCHER [1960], Art. 602 N 13). Wo die Erbengemeinschaft in Zivilprozessen als Klägerin auftritt und als notwendige Streitgenossenschaft handeln muss, können einzelne Erben vorübergehend auch für (noch) nicht in den Prozess einbezogene Personen handeln (Kassationsgericht ZH, Urteil vom 23.10.1991, ZR 91 (76) S. 273-279, mit Verweis auf BGE 58 II 198 ff.). Können die Vollmachten der übrigen Miterben nicht beigebracht werden, so müssen die prozessierenden Erben sich rasch um die amtliche Einsetzung eines Erbenvertreters gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB kümmern. - Zu den Ausnahmen vom Prinzip des gemeinsamen Handelns vgl. BGE 122 III 118 (122); ZGB-SCHAUFELBERGER [1998], Art. 602 N 18 ff.).
- 211** In öffentlichrechtlichen Streitigkeiten, die den Gesamtnachlass betreffen, wird das Erfordernis der notwendigen Streitgenossenschaft weniger streng gehandhabt; hier wird in der Regel einzelnen Miterben gestattet, ohne Vollmacht der anderen und ohne Einsetzung eines Erbenvertreters zu handeln (Beispiele: Beschwerde in einem Nutzungsplanverfahren, welches Erbschaftsgrundstücke betrifft [VG SZ, 21.5.1991, EGVSZ 1991 S. 5/6]; Beschwerde gegen eine Perimeterverfügung [Verwaltungsrekurskommission SG, 26.9.1989, SGGVP 1989 (46) S. 99 f.]).

13. Gesuch um Bestellung eines Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB)

- 212** Zu den Voraussetzungen für die Ernennung des Erbenvertreters vgl. ZGB-SCHAUFELBERGER (1998), Art. 602 N 43 ff.
- 213** Zuständig: Die "zuständige Behörde" (Art. 602 Abs. 3 ZGB); wer dies ist, ist im einschlägigen kantonalen EGZGB nachzuschlagen; in Basel-Stadt: Vorsteher des Erbschaftsamtes.
- 214** Aktivlegitimation: Jeder gesetzliche und eingesetzte Erbe selbständig (Art. 602 Abs. 3 ZGB).
- 215** Passivlegitimation: Jene Miterben, die nicht auf der Seite des Gesuchstellers mitwirken, sind als Gesuchsgegner oder Gesuchsbeklagte zu nennen; da der einzusetzende Erbenvertreter für die ganze Erbengemeinschaft handelt, müssen sämtliche Erben in das Ernennungsverfahren einbezogen werden.
- 216** Rechtsbegehren:
- Variante 1 (mit einem Vorschlag bezüglich der zu ernennenden Person):** *"In der Erbschaftssache des am ... verstorbenen X.Y. sei Frau A.B., [Adresse], als gesetzliche Erbenvertreterin gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB einzusetzen, unter Kostenfolge zulasten der Gesuchsbeklagten, eventuell zulasten des Nachlasses."*
- 217** **Variante 2 (ohne Ernennungsvorschlag):** *"1. In der Erbschaftssache des am ... verstorbenen X.Y. sei ein gesetzlicher Erbenvertreter gemäss Art. 602 Abs. 3 ZGB einzusetzen, unter Kostenfolge zulasten der Gesuchsbeklagten, eventuell zulasten des Nachlasses.*
- 2. Die Behörde habe die Person des Erbenvertreters nach Anhörung der Erben zu bestimmen."*
- 218** Erläuterungen: Zur gewünschten Person des Erbenvertreters können die Gesuchsteller Vorschläge machen. Die Behörde ist an die Vorschläge in personeller Hinsicht nicht gebunden. Sie kann die Erbenvertretung einem Miterben oder einem Dritten übertragen (ZK-ESCHER [1960], Art. 602 N 76).

14. Beschwerdeführung gegen Handlungen des Erbenvertreters

- 219** Vorbemerkung: Obwohl der Erbenvertreter keine öffentlichrechtlichen Befugnisse hat, ist gegen seine Handlungen die Beschwerde zulässig (ZK-ESCHER [1960], Art. 602 N 83). Die Kognition der Aufsichtsbehörde beschränkt sich auf Willkürkontrolle, d.h. auf grobe Fehler des Erbenvertreters. In sein Ermessen wird nicht eingegriffen (Ch. de recours VD, 10.2.1992, i.S. Rivier, JDT 1993 III 14-17).
- 220** Zuständig: In 1. Instanz die Ernennungsbehörde (sofern im kantonalen EGZGB nichts Abweichendes angeordnet ist). Sie beaufsichtigt den von ihr ernannten Erbenvertreter. Weiterzug der Beschwerde an eine übergeordnete kantonale richterliche Instanz und ans Bundesgericht ist zulässig.
- 221** Aktivlegitimation: Jeder Erbe einzeln.
- 222** Passivlegitimation: Der Erbenvertreter.
- 223** Rechtsbegehren:
- Zahlreiche Formulierungen sind denkbar; beispielsweise: *"Der Beschwerdebeklagte sei anzuweisen, bis spätestens zum ... [Nennung des verlangten Handelns]"*; oder: *"Dem Beschwerdebeklagten sei zu untersagen ..."*.
- 224** Hat der Erbenvertreter sein beabsichtigtes Vorgehen in einer Verfügung gegenüber den Erben eröffnet, so ist die Beschwerde als eine solche gegen die betreffende Verfügung zu formulieren: *"Es sei die Verfügung [oder: es seien Ziffern X und Y der Verfügung] des Beschwerdebeklagten vom ... [Datum] aufzuheben, und es sei der Beschwerdebeklagte anzuweisen ... [es folgt das gewünschte Handeln]"*.
- 225** Erläuterungen: Wenn sich Erbenvertreter oder Willensvollstrecker gegen Verantwortlichkeitsansprüche schützen wollen, können sie ihr beabsichtigtes Vorgehen nach bisheriger Basler Praxis den Erben in Gestalt von "Verfügungen" schriftlich mitteilen und Frist zur Anhebung einer Aufsichtsbeschwerde setzen (ähnlich auch BK-TUOR [1952], Art. 518 N 29; ZK-ESCHER [1960], Art. 518 N 25).
- 226** Solche "Verfügungen" sind rein privatrechtlicher Natur. Sie können nicht in Rechtskraft erwachsen und haben keine rechtsgestaltende Wirkung. Sie haben den Charakter blosser Absichtserklärungen und entlasten den Verfügenden von Verantwortlichkeit und Haftung, wenn die Verfügungsadressaten nicht innert Frist mit der Aufsichtsbeschwerde reagieren.
- 227** Gegen die Zulässigkeit solcher "Beschwerdeprovokationen" spricht sich ZGB-KARRER (1998), Art. 518 N 101 i.V. mit Art. 595 N 34 aus. In gewissen Kantonen wird auf Beschwerden gegen derartige "Verfügungen" nicht eingetreten aufgrund der Erwägung, der Erbenvertreter und der Willensvollstrecker könnten sich nicht im voraus für ihre beabsichtigten Handlungen den Segen der Aufsichtsbehörde geben lassen, sondern sie müssten ihre Handlungen allemal selber verantworten; dafür seien sie schliesslich auch bezahlt. - Anerkennt man diese Auffassung als die richtige, dann können Erbenvertreter

und Willensvollstrecker durch Absichtskundgebungen und durch das Setzen von "Einsprache"-Fristen zwar faktisch ihre Verantwortlichkeit mildern, indem sie den Betroffenen und sich selber die Gelegenheit geben, verschiedene Betrachtungsweisen zur Geltung zu bringen und zu würdigen. Rechtlich wird den Betroffenen dadurch aber nicht die Möglichkeit abgeschnitten, noch nachträglich den Erbenvertreter oder Willensvollstrecker mit einer Verantwortlichkeitsklage zu belangen.

- 228** Zur Haftung des Erbenvertreters aus Art. 398 OR vgl. ZGB-SCHAUFELBERGER (1998), Art. 602 N 48.

15. Rechtsbehelfe gegen den Willensvollstrecker

- 229** Vorbemerkung: Der Willensvollstrecker steht gemäss Art. 518 Abs. 1 ZGB in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters. Aus dieser Regelung wird gefolgert, dass der Willensvollstrecker auch unter der gleichen Aufsicht steht, wie der Erbschaftsverwalter, und zwar wie der in Art. 595 ZGB als Erbschaftsverwalter bezeichnete Liquidator, nicht wie der in Art. 545 ZGB ebenfalls als Erbschaftsverwalter bezeichnete Sicherungsbeauftragte (vgl. BRUNO DERRER, Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstrecker und den Erbschaftsliquidator, Diss. Zürich 1985, S. 3 ff.; in gleichem Sinne BGE 48 II 518 und 66 II 150 sowie BK-TUOR [1952], Art. 518 N 7 und ZK-ESCHER [1960], Art. 518 N 3).
- 230** Das EGZGB BS enthält keine Ausführungsbestimmungen zu Art. 518 ZGB. Diejenigen zu Art. 595 ZGB bezeichnen das Erbschaftsamt als die "zuständige Behörde", d.h. als die in erster Linie gemäss dieser Norm zur Erbschaftsverwaltung berufene Instanz. Hieraus wird abgeleitet, dass Willensvollstrecker in Nachlässen mit letztem Erblasserwohnsitz im Kanton Basel-Stadt nicht vom Erbschaftsamt, sondern unmittelbar von der Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt beaufsichtigt werden, nämlich vom "*Zivilgerichtsausschuss als Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt*" (Adresse wie Zivilgericht); an diesen sind Beschwerden gegen baselstädtische Willensvollstrecker zu richten (§ 19 GOG BS; §§ 139 Abs. 2 und 147 Abs. 3 EGZGB BS). - Das EA BS verneint eine eigene Aufsichtszuständigkeit gegenüber Willensvollstreckern.
- 231** Zu den Beschwerdegründen, die seitens der Erben gegen einen missliebigen Willensvollstrecker geltend gemacht werden können, hat das OG ZH im Entscheid vom 23.09.1991, ZR 91 (1992/93) Nr. 46, S. 172-188 (175) festgehalten: "Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es im Rahmen der Testierfreiheit des Erblassers liegt, ob er einen Testamentsvollstrecker bestimmen will. Tut er dies, haben sich die Erben darein zu schicken, seine Person und seine Handlungen hinzunehmen. Eine Grenze findet die Unterordnung der Erben unter die Anordnungen des Willensvollstreckers nur, wo diese gegen den letzten Willen des Erblassers oder zwingende gesetzliche Bestimmungen verstossen. Alsdann hat die Aufsichtsbehörde auf Begehren der gesetzlichen oder eingesetzten Erben hin einzugreifen." - Der Alleinerbe oder die einstimmig handelnden Erben können also weder den Willensvollstrecker abberufen noch ihm Weisungen erteilen, die von den Anordnungen des zu vollstreckenden Testaments abweichen.
- 232** Der Willensvollstrecker handelt zweckmässigerweise im Einvernehmen mit Erben und Vermächtnisnehmern, soweit dies möglich ist, ist aber deren Weisungen nicht unterworfen. Allerdings gibt es keine amtliche Intervention, wenn der Willensvollstrecker im Einvernehmen mit sämtlichen am Nachlass beteiligten Personen vom Testament abweicht; vgl. PETER BREITSCHMID, Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Praktische Probleme der Erbteilung, Bern 1997, S. 145 f. (wobei BREITSCHMID darauf hinweist, dass Auflagen zugunsten Dritter und Bedingungen gemäss Art. 482 ZGB auch gegen den gemeinsamen Willen von Willensvollstrecker und Erben zu respektieren sind). - In Fällen krasser Verletzung des Willens des Erblassers kann die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen einschreiten (vgl. ZGB-KARRER [1998], Art. 518 N 98 mit Verweisen auf Literatur und

Rechtsprechung; DRUEY [1997], § 14 N 49; ZK-ESCHER [1960], Art. 518 N 24), wobei als faktische Voraussetzung einer solchen Intervention erforderlich ist, dass die Aufsichtsbehörde vom Sachverhalt Kenntnis erhält. Willensvollstrecker und Erben sind nicht verpflichtet, die Aufsichtsbehörde über Fortgang und Modalitäten der Nachlassabwicklung zu informieren.

- 233** Der Katalog der Aufsichtsmassnahmen umfasst primär administrative Massnahmen, nämlich (a) die Erteilung von (rechtlich unverbindlichen) Empfehlungen an den Willensvollstrecker, (b) die Erteilung von (verbindlichen) Weisungen bzw. von Verboten an den Willensvollstrecker, wozu auch die Aktenevidenz und die Auskunftserteilung gemäss den oben, Ziff. 97, formulierten Rechtsbegehren gehört, (c) seine administrative Absetzung bei unverschuldeter Unfähigkeit; die Beschwerdeführer können bei der Aufsichtsbehörde auch konkrete behördliche Massnahmen beantragen wie z.B. die Sperrung von Bankkonten, eine Grundbuchsperrung oder eine Fristansetzung gegenüber dem Willensvollstrecker zur Durchführung einer bestimmten Handlung; vgl. die Zusammenstellung der Aufsichtsmittel mit Verweisen auf Rechtsprechung und Literatur bei ZGB-KARRER (1998), Art. 595 N 28 ff.
- 234** Die Beschwerdeführer können ferner disziplinarische Massnahmen beantragen. Es ist alsdann Sache der Aufsichtsbehörde, zu entscheiden, ob sie ein Disziplinarverfahren einleitet; die Antragsteller haben dabei keine Parteistellung. Der Katalog von Disziplinarmaßnahmen umfasst u.a. (a) den Verweis, (b) die Ermahnung, (c) die Ordnungsbusse, (d) die Verzeigung gemäss Art. 292 StGB, (e) die vorübergehende Einstellung im Amt und (f) die definitive disziplinarische Absetzung bei schuldhaften Pflichtverletzungen.
- 235** Das Nahestehen des Willensvollstreckers zu den im Testament hauptbegünstigten Personen und seine Mitwirkung bei der nachlassplanerischen lebzeitigen Ausgestaltung dieser Begünstigung gilt im schweizerischen Recht nicht als relevante Interessenkollision und bildet für sich allein genommen keinen Absetzungsgrund; vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Ziff. 1638 mit Verweis auf die abweichende Rechtslage in Deutschland, wo sich der beurkundende Notar nicht als Willensvollstrecker einsetzen lassen kann. - ZGB-KARRER [1998], Art. 518 N 105, erwähnt als Fälle relevanter Interessenkollisionen, die die Absetzung des Willensvollstreckers zu begründen vermochten, die notarielle Mitwirkung des Willensvollstreckers an der Errichtung der letztwilligen Verfügung, wobei ein notarieller Fehler gemacht wurde, ferner die Position des Willensvollstreckers als Erbschaftsgläubiger.
- 236** Zuständig: Richtet sich die Beschwerde gegen Handlungen und Unterlassungen des Willensvollstreckers, oder wird sie mit Interessenkollisionen begründet, die vom Testator nicht vorausgesehen und nicht gewollt gewesen sein konnten, so ist sie an die Aufsichtsbehörde (BS: Zivilgerichtsausschuss als Aufsichtsbehörde über das Erbschaftsamt) zu richten.
- 237** Wird Absetzung des Willensvollstreckers wegen eines Interessenkonflikts oder wegen Eigenschaften des Willensvollstreckers verlangt, die bereits dem Testator bekannt gewesen sein mussten und von ihm gewollt waren, so ist das Absetzungsbegehren als

Anfechtung einer Testamentsklausel zu qualifizieren und an das für die Testamentsungültigkeitsklage zuständige Zivilgericht zu richten (vgl. ZGB-KARRER [1998], Art. 518 N 105; AB über das EA BS, Entscheid vom 20.04.1989 in Sachen W.H., BJM 1990, S. 83-90 [85], mit Verweis auf BGE 90 II 384; in gleichem Sinne OG TG, 20.09.1988, Rechenschaftbericht des OG des Kt Thurgau 1989 IV, S. 67 f.).

- 238** Aktivlegitimation: Jede an der Erbschaft materiell beteiligte Person (so BGE 90 II 383), also die gesetzlichen und eingesetzten Erben und die Vermächtnisnehmer; ferner die Erbschaftsgläubiger (DERRER, a.a.O. [Ziff. 215], S. 28-30, mit Zusammenfassung der herrschenden Lehre, die sich für die Legitimation der Gläubiger ausspricht, gegenüber einer Gruppe abweichender Lehrmeinungen). Richtigerweise sind auch die von einer Auflage (Art. 482 Abs. 1 ZGB) begünstigten Personen aktivlegitimiert.
- 239** Passivlegitimation: Der Willensvollstrecker.
- 240** Rechtsbegehren:
- Verschiedene Formulierungen sind denkbar; beispielsweise: *"Der Beschwerdebeklagte sei anzuweisen, bis spätestens zum ... [Nennung des verlangten Handelns]"*; oder: *"Dem Beschwerdebeklagten sei zu untersagen ..."*.
- 241** Hat der Willensvollstrecker sein beabsichtigtes Vorgehen in einer Verfügung gegenüber den Erben und Legataren eröffnet (wozu er kompetent ist), so ist die Beschwerde als eine solche gegen die betreffende Verfügung zu formulieren: *"Es seien die Verfügung [oder: es seien Ziffern X und Y der Verfügung] des Beschwerdebeklagten vom ... [Datum] aufzuheben, und es sei der Beschwerdebeklagte anzuweisen ... [es folgt das gewünschte Handeln]"*.
- 242** Erläuterungen: Zur Rechtsnatur der "Verfügung" des Willensvollstreckers vgl. vorn, Ziff. 225 f.
- 243** Da es sich bei den Beschwerden gegen den Willensvollstrecker um Aufsichtsbeschwerden handelt, kommt ihnen grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu. Will der Beschwerdeführer unverzüglichen Rechtsschutz, so muss er von der Aufsichtsbehörde einstweiligen Rechtsschutz auf dem Wege einer vorsorglichen Verfügung verlangen.
- 244** Als Beschwerdegründe können grundsätzlich nur administrative Pflichtverletzungen bzw. Fehler im formellen Vorgehen des Willensvollstreckers beim Vollzug des Erblasserwillens vorgebracht werden, nicht dagegen Fragen der Testamentsgültigkeit und der Testamentsauslegung; vgl. ZGB-KARRER [1998], Art. 518 N 98 i.V. m. Art. 595 N 22).
- 245** Soweit die Gültigkeit und der Inhalt des Testamentes streitig sind, ist der ordentliche Zivilrichter zuständig. Zur Klärung von Testamentsauslegungsfragen kommt je nach den Umständen eine Feststellungsklage (z.B.: *"Es sei festzustellen, dass die Klägerin gemäss Ziff. 4 des Testamentes ... als Erbin zu einem Viertel, nicht als Vermächtnisnehmerin an der Erbschaft des X. beteiligt ist"*) oder eine Leistungsklage in Frage (z.B.: *"Der Beklagte [= Willensvollstrecker] sei zu verurteilen, der Klägerin die Liegenschaft L*

gemäss Ziff. 4 des Testamentes ... als Vorausvermächtnis herauszugeben, und der Grundbuchverwalter in X. sei anzuweisen, die Klägerin als Alleineigentümerin der Liegenschaft L einzutragen.")

- 246** Zur Grenzziehung zwischen aufsichtsrechtlich beschwerdefähigem Testamentsvollzug und zivilprozessual zu klärender Testamentsauslegung ist folgendes zu sagen: Weicht der Willensvollstrecker vom offensichtlichen und eindeutigen Sinn des Testaments ab, so liegt eine aufsichtsrechtlich zu rügende Pflichtverletzung vor. Kann eine testamentarische Anordnung in guten Treuen verschieden ausgelegt werden, so ist der Streit hierüber im ordentlichen Zivilprozess zu führen.
- 247** In einen solchen Zivilprozess sind neben dem Willensvollstrecker auch jene weiteren Erben und Vermächtnisnehmer als Beklagte einzubeziehen, deren Rechtsstellung durch die Auslegungstreitigkeit betroffen wird; sie sind die eigentlichen Beklagten, während der Willensvollstrecker kraft seiner Prozessstandschaft (vgl. hierzu vorn, Ziff. 199, lit. d) am Prozess auf der Beklagtenseite teilnimmt.
- 248** Die Aufsichtsbehörde wird sich bei der Grenzziehung zwischen Vollzugsfehler und Auslegungstreitigkeit Zurückhaltung auferlegen und die Sache im Zweifelsfalle als Auslegungsfrage dem ordentlichen Zivilrichter zum Entscheid überlassen.
- 249** Anhang: Haftpflichtrechtliche Belangung des Willensvollstreckers. - Schadenersatzansprüche gegen den Willensvollstrecker wegen fehlerhafter Amtsausübung sind mit einer Verantwortlichkeitsklage an dessen Wohnsitz geltend zu machen (ZK-ESCHER [1960], Art. 518 N 14), wobei Erben und Vermächtnisnehmer bezüglich der Verjährung ihrer Schadenersatzforderung wie Vertragsgläubiger, geschädigte Nachlassgläubiger wie Deliktsgläubiger behandelt werden (DERRER, a.a.O. [Ziff. 215], S. 104 f.).

16. Beispiel einer kombinierten Teilungs-, Ausgleichs- und Herabsetzungskonstellation (2 Klagen)

- 250** Zum Abschluss sei eine Konstellation dargestellt, bei der mehrere Dinge streitig sind.
- 251** Sachverhalt: Der Erblasser E hinterlässt vier gleichberechtigte Nachkommen als Erben, nämlich A, B, C und D. Seine Freundin F ist nicht erbberechtigt.
- 252** Der Sohn D hat vor 20 Jahren zu seiner Heirat einen Ausstattungsbetrag von Fr. 200'000.-- erhalten. Die Freundin F hat 1993, zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers, dessen Liegenschaft in Ascona geschenkt erhalten; der heutige Wert dieser Liegenschaft wird von den Erben auf Fr. 800'000.-- geschätzt.
- 253** Am Todestag finden sich im Vermögen des Erblassers folgende Aktiven:
- 400 Aktien der N.-AG mit einem Börsenkurswert von je Fr. 3000.--, Gesamtwert des Paketes also Fr. 1'200'000.--;
 - ein Gemälde von Robert Zünd mit einem Schätzwert von Fr. 40'000.--;
 - ein Einfamilienhaus in Basel mit einem Verkehrswert von Fr. 560'000.--, belastet mit einer Hypothek von Fr. 400'000.--.
- 254** A will teilen. Er beansprucht die Herabsetzung der Schenkung an F und die Ausgleichung des Vorempfangs des D.
- 255** Der jüngste Bruder D bestreitet die Ausgleichungspflicht. Die ehemalige Freundin des verstorbenen Vaters F bestreitet die Herabsetzungspflicht und macht schon vorprozessual geltend, das Haus in Ascona sei höchstens Fr. 600'000.-- wert.
- 256** Der Bruder B will keinen Streit und verhält sich passiv. Die Schwester C will nicht teilen und macht geltend, die Pietät gegenüber dem verstorbenen Vater verbiete es, den Nachlass aufzuteilen oder einzelne Gegenstände zu veräussern. Das Andenken des Vaters müsse geehrt, sein Einfamilienhaus in Basel als Familienmuseum in ungeteilter Erbengemeinschaft weitergeführt werden.
- 257** Bevor die Klagebegehren des A dargestellt werden, sind die rechnerischen und materiellrechtlichen Gegebenheiten zu erörtern. Gemäss den obigen Angaben hat das nachgelassene Reinvermögen einen Wert von Fr. 1'400'000.--. Die der Herabsetzung unterliegende lebzeitige Zuwendung hat einen Wert von Fr. 600-800'000.--. Der für die Pflichtteilsberechnung massgebende Gesamtwert beläuft sich auf Fr. 2'000'000.-- bis Fr. 2'200'000.--, die hievon berechnete Viertelsquote jedes Erben auf Fr. 500-550'000.--. Der Pflichtteil des Klägers A dürfte zwischen Fr. 375'000.-- und Fr. 412'500.-- liegen, je nach der Bewertung, die im Prozess für die Liegenschaft in Ascona herauskommt.
- 258** Im Herabsetzungsprozess spielt der Vorempfang des D von 1975 keine Rolle. Frau F ist diesbezüglich nicht ausgleichungsberechtigt. Die früheren Vorempfänge der Nachkommen gehen sie nichts an, ebensowenig die Frage, ob und wie der

Herabsetzungskläger A seinen Teil an solchen früheren Vorempfängen von den Geschwistern herausverlangt. (Bezüglich von Vorempfängen, die der Erblasser zeitlich **nach** der herabsetzbaren Schenkung an die F ausgerichtet hätte, wäre es anders: Soweit solche späteren Zuwendungen ebenfalls der Herabsetzung unterliegen, kann F verlangen, dass sie prioritär herabgesetzt werden, bevor F selber zur Kasse gebeten wird).

- 259** Würde sich der Kläger mit seinem Viertel der nachgelassenen Erbschaft begnügen, so erhielte er wertmässig einen Viertel von Fr. 1'400'000.--, nämlich 100 N.-AG Aktien im Wert von Fr. 300'000.--, dazu einen Viertel des Veräusserungserlöses des Gemäldes von Robert Zünd und des Einfamilienhauses in Basel, d.h. Fr. 50'000.--, in bar, insgesamt also einen Erbanfall im Werte von Fr. 350'000.--. Er muss die Differenz zu seinem Pflichtteil, dessen Wert, wie oben gesagt, zwischen ca. Fr. 375'000.-- und Fr. 412'500.-- liegt, durch den Herabsetzungsprozess von F hereinholen. Seinen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Bruder D kann A durch Klagenhäufung im Erbteilungsprozess geltend machen, der mit den Geschwistern zu führen ist.
- 260** Der Kläger A wird gemäss Art. 612 Abs. 2 ZGB die Veräusserung der beiden Einzelobjekte (Gemälde und Einfamilienhaus) beantragen. Die Versteigerung dieser Objekte wird der Teilungsmasse einen Nettoerlös von ungefähr Fr. 200'000.-- zuführen, wobei der genaue Betrag bei Klageeinreichung noch nicht bekannt ist. Diese Ungewissheit führt dazu, dass bei Klageeinreichung auch noch unbekannt ist, in welchem Umfange die Schenkung der Liegenschaft Ascona herabgesetzt werden muss.
- 261** Unter diesen Umständen muss A zwei separate Klagen einreichen, nämlich eine Teilungsklage (kombiniert mit einschlägigen Ausgleichsbegehren) gegen seine Geschwister B, C und D sowie eine Herabsetzungsklage gegen F, beide Klagen am forum hereditatis. Die Rechtsbegehren können folgendermassen lauten:

262 **I. Teilungsklage des A gegen seine Geschwister B, C, D:**

"A. Feststellung der Teilungsgrundlagen

1. *Es sei der Nachlass des am ... verstorbenen E in dem Sinne festzustellen, dass der Nachlass die im erbschaftsamtlichen Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven mit einem Netto-Inventarwert von Fr. 1'400'000.-- umfasst, und es sei der Teilungswert des Nachlasses nach Durchführung der in den Rechtsbegehren ... verlangten Teilungshandlungen festzustellen.*
2. *Es sei festzustellen, dass der Kläger und die drei Beklagten je zu einem Viertel die Erben des E sind.*

B. Feststellung der Ausgleichspflicht des D

3. *Es sei festzustellen, dass die im Jahre 1975 erfolgte Schenkung von Fr. 200'000.-- durch den Erblasser an den Beklagten D eine ausgleichungspflichtige Zuwendung darstellte, die der für die Erbteilung zwischen dem Kläger A und dem Beklagten D massgeblichen Berechnungsmasse hinzuzuzählen und an den Erbteil des Beklagten D anzurechnen ist.*

4. *Es sei der Erbteil des Klägers A aufgrund der gemäss Klagebegehren 3 vergrösserten Berechnungsmasse zu berechnen, und es sei festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, den dadurch in Erscheinung tretenden Mehrwert seines Erbteils in der Erbteilung zulasten des Erbteils des Beklagten zu beanspruchen.*

C. Antrag auf Teilungshandlungen (Vollzug)

5. *Es seien das Gemälde von Robert Zünd und die Liegenschaft Sektion ..., Parzelle ... in Basel auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung zu veräussern, unter Tilgung der hypothekarischen Belastung im Zuge der Versteigerung.*
6. *Es seien anschliessend vier Lose zu bilden, wobei jedem Los 100 Aktien N.-AG sowie ein Geldbetrag gemäss den hienach beantragten Modalitäten zuzuweisen ist.*
7. *Den Losen der Beklagten B und C seien je ein Viertel der vorhandenen Barmittel zuzuweisen, dem Kläger A ein Viertel zuzüglich Fr. 50'000.-- und dem Beklagten D ein Viertel abzüglich Fr. 50'000.--.*
8. *Die so gebildeten Lose seien den Parteien richterlich zuzusprechen."*

263 II. Herabsetzungsklage des A gegen Frau F:

"A. Feststellung der Berechnungsgrundlagen

1. *Es sei festzustellen, dass die von E hinterlassene Erbschaft einen Wert von Fr. 1'400'000.-- aufweist und dass der Kläger hieran mit einem Viertel im Werte von Fr. 350'000.-- beteiligt ist.*
2. *Es sei festzustellen,*
 - a) *- dass die von der Beklagten am 1.3.1993 erhaltene Schenkung der Liegenschaft Nr. 1234 des Grundbuches Ascona der Herabsetzung gemäss Art. 527 Abs. 3 ZGB unterliegt,*
 - b) *- dass diese Schenkung für die Berechnung des Pflichtteils des Klägers dem unter Begehren 1 hievorigen Wert von Fr. 1'400'000.-- hinzuzuzählen ist und*
 - c) *- dass der Kläger an dem so errechneten Gesamtwert seinen Pflichtteil von 3/16 zu beanspruchen hat.*
3. *Es sei der heutige Verkehrswert des der Herabsetzung unterliegenden Schenkungsgegenstandes durch einen vom Gericht zu benennenden Sachverständigen zu ermitteln, und es sei aufgrund dieser Bewertung die Differenz zwischen dem gemäss Ziff. 2c) hievorigen berechneten Pflichtteil des Klägers und seinem Erbanfall gemäss Rechtsbegehren 1 zu ermitteln.*

B. Leistungsklage

4. *Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den gemäss Rechtsbegehren 3 ermittelten Geldbetrag zu bezahlen."*

264 Erläuterungen: Die beiden Prozesse sind getrennt zu führen, weil die Parteien auf der Beklagtenseite verschieden sind. Es geht die Herabsetzungsbeklagte F nichts an, ob und wie die gesetzlichen Erben miteinander teilen. Hingegen geht es sie etwas an, wie die am Todestag des Erblassers vorhandene Erbschaft berechnet und bewertet wird, weil sich dies auf den Umfang ihrer Herabsetzungspflicht auswirkt. Aus diesem Grunde muss der Umfang der Erbschaft auch im Herabsetzungsprozess festgestellt werden. Dabei kann eine in anderen Prozessen zwischen anderen Beteiligten (hier: im Erbteilungsprozess zwischen den gesetzlichen Erben) erfolgte "Feststellung der Erbschaft" nicht präjudiziell sein. Es ist theoretisch möglich, den massgebenden Umfang und Wert der gleichen Erbschaft in verschiedenen Zivilprozessen gegen verschiedene Beklagte verschieden zu berechnen und festzustellen.

265 In der vorliegenden Konstellation drängt sich nicht auf, in der Herabsetzungsklage dem Wahlrecht der Herabsetzungsbeklagten Rechnung zu tragen. Will F wider Erwarten in natura einwerfen, so kann sie mit ihrer Klagebeantwortung ein entsprechendes Begehren stellen. Die Problematik ist die, dass die Erben B, C und D von dieser Herabsetzung nichts wissen wollen und aus diesem Grunde nicht dazu verhalten werden können, sich an der Rücknahme des Schenkungsgegenstandes zu beteiligen. Der Schenkungsgegenstand ist seinerseits so werthaltig, dass es schwer denkbar ist, dem Kläger die Übernahme der Liegenschaft und die Auszahlung von Fr. 750'000.-- an die Beklagte F zuzumuten.