

PRAXISKOMMENTAR

Daniel Abt
Thomas Weibel
Herausgeber

Erbrecht

Nachlassplanung
Nachlassabwicklung
Willensvollstreckung
Prozessführung

2. Auflage

Helbing Lichtenhahn Verlag

Art. 483 ZGB N 7, ZK-ESCHER, Art. 483 ZGB N 3, BSK-STABHELIN, Art. 483 ZGB N 3; vgl. Anhang Checkliste N 76).

- Die Zuwendung einer Nutzniessung stellt, sofern sie nicht ausdrücklich als Teilungsvorschrift bezeichnet wird, ein Vermächtnis dar (vgl. ZK ESCHER, Art. 483 ZGB N 3; BSK-STAEHELIN, Art. 483 ZGB N 3).
- Trifft der Erblasser Anordnungen über seinen gesamten Nachlass oder einen Grossteil davon und wendet er dabei einzelne, bestimmte Vermögenswerte bestimmten Personen zu, so kann darunter trotz der genauen Bezeichnung der zugewendeten Werte eine Erbeinsetzung mit Teilungsvorschrift erblickt werden (vgl. BSK-STAEHELIN, Art. 483 ZGB N 4; BK-TUOR, Art. 483 ZGB N 8; ZK-ESCHER, Art. 483 ZGB N 4; PROT. SPR IV/I, 93).

IV. Formulierungen

11 Für Formulierungsvorschläge betreffend:

- Erbeinsetzung vgl. Anhang Checkliste N 14;
- Bemessung der Erbquoten vgl. Anhang Checkliste N 41.

Art. 484

D. Vermächtnis
I. Inhalt

¹ Der Erblasser kann einem Bedachten, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil als Vermächtnis zuwenden.

² Er kann ihm eine einzelne Erbschaftssache oder die Nutzniessung an der Erbschaft im ganzen oder zu einem Teil vermachen oder die Erben oder Vermächtnisnehmer beauftragen, ihm Leistungen aus dem Werte der Erbschaft zu machen oder ihn von Verbindlichkeiten zu befreien.

³ Vermacht der Erblasser eine bestimmte Sache, so wird der Beschwerte, wenn sich diese in der Erbschaft nicht vorfindet und kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist, nicht verpflichtet.

D. Legs
I. Objet

¹ Le disposant peut faire, à titre de legs, des libéralités qui n'emportent pas d'institution d'héritier.

² Il pourra soit léguer un objet dépendant de la succession ou l'usufruit de tout ou partie de celle-ci, soit astreindre ses héritiers ou légataires à faire, sur la valeur des biens, des prestations en faveur d'une personne ou à la libérer d'une obligation.

³ Le débiteur du legs d'une chose déterminée qui ne se trouve pas dans la succession est libéré, à moins que le contraire ne résulte de la disposition.

D. Legato
I. Oggetto

¹ Il disponente può assegnare, a titolo di legato, una liberalità ad una persona senza istituirla erede.

² Egli può assegnare al legatario una determinata cosa spettante all'eredità, o l'usufrutto dell'eredità o di una sua parte, od anche imporre agli eredi od ai legatari di fargli una data prestazione sul valore dei beni ereditari, o di liberarlo da un'obbligazione.

³ Il debitore del legato di una cosa determinata che non si trovi nella eredità non è tenuto a fornirla, salvo che dalla disposizione non risulti una diversa volontà del disponente.

D. Legacy
I. Nature

¹ The testator may bequeath a legacy to a beneficiary without naming that person as an heir.
² He or she may bequeath a specific legacy or the usufruct of the whole or a part of the estate, or he or she may instruct the heirs or other legatees to make payments to that person from the value of the estate or to release that person from obligations.
³ If the testator bequeaths a specific legacy but the object is not part of the estate and no other intention is evident from the disposition, no obligation is placed on the obligor of the legacy.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Vermächtnis als erbrechtliches Institut (Abs. 1)	1
1. Übersicht und Normzweck	1
2. Abgrenzungen	4
a) Begriffliches	4
b) Erbeinsetzung	6
c) Schenkung auf den Tod	9
d) Auflage	11
e) Teilungsvorschrift	14
f) Vorausvermächtnis	16
3. Form	20
4. Auslegung	24
II. Beteiligte Personen	23
1. Erblasser oder Vermächtnisgeber	23
2. Bedachter oder Vermächtnisnehmer	28
3. Beschwerter	33
III. Vermächtnisinhalt (Abs. 2)	40
1. Allgemeines	40
a) Begriff der «Erbchaftssache»	40
b) Offener Katalog möglicher Vermächtnisinhalte	42
c) Geldwerter Vermächtnisinhalt?	45
2. Nachlassobjekte im Besonderen	48
a) Beschränkung auf ein bestimmtes Nachlassobjekt	48
b) Erträge des Nachlassobjekts	51
3. Wirkung des Vermächtnisses	56
a) Mittelbares und unmittelbares Anwachsen beim Bedachten	56
b) Mittelbare Zuwendung des Nachlassobjekts	60
c) Unmittelbare Zuwendung des Nachlassobjekts	60

	Note
IV. Unentgeltlichkeit	66
V. Verschaffungsvermächtnis (Abs. 3)	68
VI. Steuerrechtliche Aspekte	76
VII. Prozessuale Aspekte	83
VIII. Fussregeln	86

Literatur: BURCKHARDT CHRISTOPH, Die Vermächtnisforderung, Diss. Zürich 1986 (zit. BURCKHARDT); ESCHER ARNOLD, Zur Frage der Verzinslichkeit von Vermächtnisforderungen, SJZ 1981, 198 ff. (zit. ESCHER); HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 4. A., Basel/Genf/München 2007 (zit. BSK-AUTOR/IN); HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Band 1, 2. A., Bern 1914 (zit. HUBER); KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK-AUTOR/IN); LIVER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/MERZ HANS/JÄGGI PETER/HUBER HANS/FRIEDRICH HANS-PETER/KUMMER MAX, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-10 ZGB, Bern 1962 (zit. BK-AUTOR/IN); SCHÄRER JÜRGE CHRISTIAN, Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung, Diss. Bern 1973 (zit. SCHÄRER); SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ SSK (Hrsg.), Steuerinformationen – Die Erbschafts- und Schenkungssteuer, Bern 2004 (zit. STEUERKONFERENZ); WEIBEL THOMAS, Das Ende der Solidarhaftung der Erben, Diss. Basel 2002 (zit. WEIBEL).

I. Vermächtnis als erbrechtliches Institut (Abs. 1)

1. Übersicht und Normzweck

Das Gesetz enthält eine abschliessende Aufzählung, einen *numerus clausus* (vgl. Art. 498 N 1 ff.) der nach schweizerischem Recht möglichen Verfügungsarten von Todes wegen; dies wird aus den Marginalien zu den Artikeln 483 ff. gut ersichtlich. Das Vermächtnis als eine dieser zulässigen Verfügungsarten stellt somit neben Auflage, Bedingung, Erbeinsetzung, Ersatzverfügung, Nacherbeinsetzung, Stiftungserrichtung und Erbvertrag ein eigenes erbrechtliches Institut dar.

Mit den Verfügungsarten nicht zu verwechseln sind die Verfügungsformen: Hier sieht das Gesetz nur zwei Varianten vor: die Form des Erbver-

trags oder diejenige der letztwilligen Verfügung. Die letztwillige Verfügung kann formal wiederum in drei Untergruppen unterteilt werden: die mündliche, die privatschriftliche und die öffentlich beurkundete letztwillige Verfügung (vgl. dazu Art. 498 ff.).

- 3 Die **rechtliche Wirkung** des Vermächtnisses auf die Rechtsposition des Bedachten und des Belasteten ist in vielen Aspekten dem Verhältnis der Parteien an einem Vertrag zur Begründung obligatorischer Rechte sehr ähnlich (vgl. PIOTET, SPR IV/1, 126 f.). Dies wird insbesondere beim Wahlvermächtnis (vgl. N 43) augenfällig. Andererseits ist der Erblasser in der Ausgestaltung des Vermächtnisses namentlich an die Grenzen der erbrechtlichen Verfügungsfreiheit (vgl. Art. 470 N 1 ff.) gebunden. Das Vermächtnis steht mithin in der systematischen Einordnung der Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen **eine eigene Kategorie** dar, auf deren Besonderheiten im Einzelnen noch eingegangen wird (vgl. N 56).

2. Abgrenzungen

a) Begriffliches

- 4 Das Gesetz bezeichnet mit dem Begriff «Vermächtnis» nicht nur das **erbrechtliche Institut**, also die Verfügung von Todes wegen, mit welcher der Erblasser einem Bedachten einen Vermögensvorteil zuwendet, ohne ihn als Erben einzusetzen (vgl. Marginalie zu Art. 484). Auch das **Objekt der Verfügung**, also das Nachlassobjekt selbst, wird als «Vermächtnis» bezeichnet (Abs. 1). Dieselbe doppelte Sinnggebung ist auch dem französischen und italienischen Gesetzestext eigen.
- 5 Der aus dem römischen Erbrecht stammende Begriff «Legat» wird **gemeinhin** durchwegs synonym mit dem Begriff «Vermächtnis» verwendet.

b) Erbeinsetzung

- 6 Durch die Erbeinsetzung (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 14) nimmt der Erblasser den Betroffenen in den Kreis der Erbegemeinschaft auf, die vorbehältlich einer Erbeinsetzung nur aus den gesetzlichen Erben besteht (vgl. Art. 483 N 1), und gewährt ihm mithin eine rechnerische Quote an der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession): Der eingesetzte Erbe ist am Nachlass unmittelbar, **dinglich berechtigt** (vgl. Art. 560 N 1 ff.), allerdings nicht an einem oder mehreren spezifischen Nachlassgegenständen,

sondern **nur an einer rechnerischen Quote** des Nachlasswerts. Im Gegensatz dazu **gewährt** das Vermächtnis einen bloss **mittelbaren, obligatorischen Anspruch**; dieser geht allerdings auf Verschaffung eines definierten Nachlassobjekts (vgl. BGE 103 II 225, E. 2; WEIBEL, 120 ff.; DRUEY, § 11 Rz 16; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 2; PIOTET, SPR IV/2, 126; BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 10; ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 7). Dem Bedachten **kommt somit keine Erbenstellung**, sondern eine **Gläubigerstellung** zu (vgl. BGE 89 II 278, E. 4; OGer ZH, 7. 11. 1967, ZR 1969, Nr. 76, E. 3; zu den Rechtsfolgen des Vermächtnisses vgl. N 56).

Im Gegensatz zu den gesetzlichen Erben muss ein Vermächtnisnehmer in der Verfügung von Todes wegen erwähnt sein; es kann sich also die Situation einstellen, dass sämtliche in einer letztwilligen Verfügung erwähnten Personen **nur Legatäre** sind, weil im weiteren die gesetzliche Erbfolge zum Tragen kommen soll (vgl. KGer GR, 16. 12. 1991, PKG 1991, 297, E. I/1).

Weist der Erblasser jemandem eine **Quote am Nachlass** zu, so stellt das Gesetz in Art. 483 Abs. 2 die Vermutung auf, dass es sich dabei um eine Erbeinsetzung und nicht um ein Vermächtnis handelt (vgl. Art. 483 N 10). Allerdings handelt es sich bloss um eine Vermutung des Gesetzgebers, die bei **andern lautendem Willen** des Erblassers umgestossen werden kann. So ist in der Praxis die Zuwendung einer Quote an einen Nicht-Erben als gültiges Vermächtnis anerkannt, ohne dass dem so Bedachten Erbenstellung **merkannt** wird (so genanntes «**Vermächtnis einer Erbquote**»; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 74; zur Abgrenzung vom sog. «**Quotenvermächtnis**» vgl. Art. 608 N 20).

c) Schenkung auf den Tod

Der Vertrag über eine Schenkung auf den Tod ist **aufgrund gesetzlicher Verweisung** (Art. 245 Abs. 2 OR) **eine Verfügung von Todes wegen**. Für die Schenkung als Rechtsverhältnis mit vertraglicher Bindungswirkung kommt von den grundsätzlich zur Verfügung stehenden erbrechtlichen Verfügungsformen (vgl. N 2) nur die Form des Erbvertrags in Betracht. Ein solcher kann nicht nur mit Erben abgeschlossen werden, sondern auch mit einem **blossen Vermächtnisnehmer** (vgl. N 20; Art. 494 N 4a ff.). Aus diesen zwei Feststellungen ergibt sich, dass **jede Schenkung auf den Tod ein Vermächtnis in Form eines Erbvertrags** ist.

- 10 Die Verweisung in Art. 245 Abs. 2 OR hat ausserdem zur Folge, dass bei den Schenkungen auf den Tod bereits von **Gesetzes wegen der Schenkungsrückfall** gemäss Art. 247 OR vorgesehen ist; denn es ist eine Voraussetzung für den Erwerb jedes Vermächtnisses (bzw., in der Terminologie des Obligationenrechts, jeder Schenkung auf den Tod), dass die bedachte Person den Tod des Vermächtnisgebers (bzw. Schenkers) erlebt (vgl. N 29).

d) Auflage

- 11 Ein Tun, ein Unterlassen oder eine Sachleistung: Dies alles kann sowohl Gegenstand eines Vermächtnisses (vgl. N 40 ff.) als auch einer Auflage sein (vgl. Art. 482 N 20; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 158 ff.). Eine Abgrenzung kann somit auf der inhaltlichen Ebene nicht vorgenommen werden. Hingegen unterscheiden sich die beiden Verfügungsarten prozessual, und zwar unter zwei Aspekten:
- Zum einen gewährt das Vermächtnis (als Verfügungsart) einen **einklagbaren obligatorischen Anspruch auf den vermachten Vermögensvorteil selbst** (vgl. N 6; BGE 103 II 225, E. 2 = Pra 1978, Nr. 26; anders nur bei persönlich zu erbringenden Leistungen des Beschwerten, vgl. N 62), während **bei der Auflage nur deren Vollzug**, nicht aber deren Inhalt einklagbar ist (vgl. BGE 108 II 278, E. 4.c.aa = Pra 1982, Nr. 298).
 - Zum anderen ist nach dem Gesetzeswortlaut bei der Auflage jedermann zur Klageerhebung aktivlegitimiert, der ein Interesse an der Erfüllung der Auflage hat (Art. 482 Abs. 1; vgl. Art. 482 N 31). Beim Vermächtnis hingegen ist nur der Bedachte aktivlegitimiert (vgl. BGE 103 II 225, E. 2 = Pra 1978, Nr. 26; BGE 108 II 278, E. 4.c.cc = Pra 1982, Nr. 298).
- 12 Diese Unterschiede äussern sich namentlich in der Zwangsvollstreckung: Der Vermächtnisinhalt kann direkt Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein, während zur Erfüllung der Auflage nur ein richterliches Urteil in Verbindung mit Prozessstrafen bzw. der strafrechtlichen Ungehorsamsandrohung (gemäss Art. 292 StGB) zur Verfügung steht (vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 280a).
- 13 Aus der prozessrechtlichen Besserstellung des aus einem Vermächtnis Bedachten gegenüber dem an der Erfüllung der Auflage Interessierten hat das Bundesgericht die Regel entwickelt (vgl. BGE 101 II 25, E. 1) und bestätigt (vgl. BGE 103 II 225, E. 2 = Pra 1978, Nr. 26), dass **im Zweifel** zugunsten des Bedachten von einem **Vermächtnis** auszugehen ist.

e) Teilungsvorschrift

Mittels Teilungsvorschrift (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 131) wird die allgemeine Berechtigung der Erben auf eine jeweilige Quote am Nachlass dahingehend konkretisiert, dass der Erblasser einzelnen Erben bestimmte Nachlassgegenstände zuweist; die Teilungsvorschrift hat keinen Einfluss auf die Erbquote (vgl. Art. 522 N 7 ff.). Die Teilungsvorschrift belastet die Gesamterbengemeinschaft, somit auch denjenigen Erben, zu dessen Gunsten sie formuliert wurde (vgl. BGE 100 II 440, E. 8; zur Teilungsvorschrift vgl. Art. 608 N 1 ff.). Zur gesetzlichen Vermutung zugunsten der Teilungsvorschrift vgl. N 19.

Voraussetzung für das Vorliegen einer Teilungsvorschrift ist also die **Erbenstellung** des Betroffenen (vgl. ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 1), während der Erblasser dem mit einem Vermächtnis Bedachten gerade keine Erbenstellung einräumen will.

f) Vorausvermächtnis

Das Vorausvermächtnis (oder Prälegat; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 127) ist ein Vermächtnis im Sinne von Art. 484. Allerdings weist hier der Erblasser einem *Erben* ein bestimmtes Nachlassobjekt zu und befreit ihn – im Unterschied zur Teilungsvorschrift (vgl. N 14) – gleichzeitig von der Verpflichtung, den im Vermächtnis (im Sinne des Verfügungsobjekts) verkörperten Wert an seine Erbquote anzurechnen (vgl. Art. 608 N 3 und 17 ff.; BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 12). Das Vorausvermächtnis ist mithin die Zuwendung eines Vermögensvorteils aus dem Nachlass an eine Person, die bereits Erbe ist. Da es zulasten aller oder zumindest eines Miterben geht (vgl. N 36), führt das Vorausvermächtnis faktisch zu einer **Erhöhung des Erbanteils** des Bedachten.

Allerdings gilt es zu beachten, dass die beiden Rechtspositionen des dinglich berechtigten Erben und des obligatorisch berechtigten Bedachten trotz ihrer Vereinigung in einer Person, **rechtlich voneinander unabhängig** sind (vgl. BK-WEIMAR, Art. 486 ZGB N 14); dies zeigt sich in der Regel des Art. 486 Abs. 3. Aus dieser Doppelrolle können ungewöhnliche Konstellationen entstehen: Erstens kann der mit einem Vorausvermächtnis Bedachte mit einer erfolgreichen (partiellen) Teilungsklage (vgl. Art. 604 N 39 ff.) direkt einen dinglichen Titel am fraglichen Nachlassobjekt erhalten und muss keine Vermächtnisklage auf Leistung (vgl. Art. 601 N 2) anstrengen. Zwei-

tens hat er als Mitglied der Erbengemeinschaft bereits vor Ausrichtung des Vorausvermächtnisses einen direkten Einfluss auf das Schicksal des fraglichen Nachlassobjekts (vgl. Art. 560 N 1 ff.) und kann z.B. wertvermehrend darauf einwirken.

- 18 Weil die beiden Rechtspositionen des Erben und des Vermächtnisnehmers beim Vorausvermächtnis voneinander unabhängig sind, kann der Erblasser mit einem Vorausvermächtnis seinen eigenen und den Handlungsspielraum des Bedachten erweitern: So kann z.B. der Begünstigte das Erbe ausschlagen und dennoch das Vermächtnis beanspruchen (vgl. Art. 486 N 11), oder der Erblasser kann den Erwerb gewisser Nachlassobjekte an Bedingungen knüpfen und andere Objekte unbedingt vererben, oder er kann Teile der Erbschaft mit einer Nacherbschaft belasten und andere Teile als Vermächtnis davon ausnehmen.
- 19 Das Vorausvermächtnis schafft das Risiko einer Ungleichbehandlung unter den Erben; deshalb stellt das Gesetz in Art. 608 Abs. 3 die **Vermutung** auf, dass ohne Hinweis auf einen gegenteiligen Willen des Erblassers von einer **Teilungsvorschrift** und nicht von einem Vorausvermächtnis auszugehen ist (vgl. BGE 100 II 440, E. 7.a; Art. 608 N 17 ff.); BGE 101 II 36, E. 3; BGE 115 II 323, E. 1). Der entsprechende gegenteilige Wille des Erblassers muss sich zwar aus der Verfügung selbst ergeben, gleichzeitig werden an den entsprechenden Beweis aber keine allzu strengen Anforderungen gestellt (vgl. BGE 100 II 440, E. 7.a). Ein Beispiel eines implizit zum Tragen kommenden Erblasserwillen für ein Vorausvermächtnis ist eine Teilungsvorschrift, der gleichzeitig ein bestimmter Anrechnungswert hinzugefügt wird, der deutlich unter dem Marktwert des Nachlassobjektes liegt (vgl. dazu Art. 608 N 19); in diesem zweiten Element der Verfügung liegt das Vorausvermächtnis (vgl. BGE 100 II 440, E. 5.d; BGE 103 II 88, E. 3.b).

3. Form

- 20 Es gibt **keine eigenen Formvorschriften** für das Vermächtnis (vgl. N 2), anders als noch im gemeinen Recht, welches die Spezialform des Kodizills kannte (vgl. dazu ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 1). Der Erblasser muss sich mithin entweder an die für die letztwillige Verfügung oder an die für den Erbvertrag vorgesehenen Formen halten (vgl. BGer, 2C_148/2008); er kann auch einzelne Klauseln eines Erbvertrags als Vermächtnis ausgestalten (vgl. BGE 133 III 406).

Grundsätzlich sind beide Formen für das Vermächtnis gleich geeignet (vgl. 21 dazu insbesondere Art. 493 N 7), und die Wahl der einen oder anderen Form trifft der Erblasser regelmässig aufgrund anderer, nicht unmittelbar mit den formalen Aspekten verbundenen Kriterien (freie Widerrufbarkeit, Einbindung einer anderen Partei, Öffentlichkeit etc.).

Da die erbrechtlichen Formvorschriften *lex specialis* sind (vgl. N 24), können 22 sämtliche Nachlassobjekte unabhängig von den für ihre Übertragung sonst vorgesehenen Formvorschriften gültig vermacht werden, solange die erbrechtlichen Formvorschriften gewahrt bleiben. Dies ist dort von praktischer Relevanz, wo das Erbrecht weniger strenge Formvorschriften erlaubt, also insbesondere bei der letztwilligen Verfügung in gesteigerter einfacher Schriftlichkeit (vgl. Art. 505 N 1 ff.) und dem mündlichen Nottestament (vgl. Art. 506 N 1 ff.).

Hält der Erblasser hingegen die von ihm gewählte Form nicht ein, so ist das 23 Vermächtnis formungültig und kann nach Massgabe von Art. 520 angefochten werden (vgl. Art. 520 N 3). Wird es nicht angefochten, so wird der Mangel dadurch nicht geheilt: Befolgen die Erben einen formlos geäusserten Wunsch des Erblassers, so stellt die entsprechende Zuwendung eine Schenkung der Erben(gemeinschaft) an den «Vermächtnisnehmer» dar, der in Wahrheit Beschenkter ist; zu den steuerlichen Konsequenzen vgl. N 76 ff.

4. Auslegung

Grundsätzlich gilt, dass das Vermächtnis zuerst nach Massgabe derjenigen 24 Regeln ausgelegt werden muss, die als erbrechtliche *lex specialis* auf die vom Erblasser gewählte Verfügungsform (also Erbvertrag oder letztwillige Verfügung) Anwendung finden (vgl. BGE 99 II 382, E. 4.a); bei den letztwilligen Verfügungen steht dabei der **Wille des Erblassers** stärker im Vordergrund als bei den Erbverträgen (vgl. BGE 100 II 98, E. 3.a; BGE 76 II 202, E. 2).

Ein weiterer Auslegungsgrundsatz des Erbrechts ist der *favor testamenti*, 25 mit welchem eine (der Form oder dem Inhalt nach) ungültige Anordnung des Erblassers nach Möglichkeit in eine andere Verfügungsart umgedeutet werden soll, deren inhaltliche oder formelle Anforderungen sie erfüllt (**Konversion**; vgl. BGE 93 II 223, E. 3; vgl. auch Art. 498 N 20 ff.). Ein Beispiel, in welchem der Gesetzgeber selbst eine solche Umdeutung vorschreibt, ist Art. 482 Abs. 4: Da ein Tier weder Erbe noch Vermächtnisneh-

mer sein kann, wäre eine entsprechende Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis nichtig; durch die Umdeutung in eine Auflage wird die Absicht des Erblassers gewahrt, für das Tier zu sorgen. Gleichzeitig wird den Voraussetzungen des Erbrechts Genüge getan und der Ungültigkeitsklage die Grundlage entzogen.

- 26 Zudem sind aber noch die spezifischen Verhältnisse zu beachten, welche das Vermächtnis als Verfügungsart zwischen den Beteiligten schafft. Zwischen dem aus Vermächtnis Bedachten und dem Beschwerten entsteht ein Rechtsverhältnis, das in vielen Belangen **einem vertraglichen Verhältnis gleicht** (vgl. N 3), was auch in der gesetzlichen Regelung des Art. 485 Abs. 2 deutlich zum Ausdruck kommt (vgl. Art. 485 N 1 ff.). Soweit diese Analogie zutrifft, sind deshalb nicht bloss, wie dies der Wortlaut von Art. 7 ZGB vermuten liesse, die Bestimmungen über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung von Verträgen, sondern sämtliche allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 1 bis 183 OR) zur Auslegung sämtlicher Leistungs- und Nebenpflichten (vgl. BK-KRAMER, Vorbem. zu Art. 1 OR N 91 ff.) analog auf das Vermächtnis anzuwenden (vgl. BK-FRIEDRICH, Art. 7 ZGB N 37).
- 27 Das kann an zwei Beispielen illustriert werden: Die sich im Zusammenhang mit den Instituten der **(begrenzten) Gattungs- oder Speziesschuld** stehenden Fragen (insbesondere Fragen der richtigen Erfüllung und der Unmöglichkeit) sind im Vermächtnisrecht grundsätzlich gleich zu beantworten wie im allgemeinen Teil des Obligationenrechts, soweit das Vermächtnisrecht keine *lex specialis* enthält (wie etwa die Regel von Art. 484 Abs. 3). Gleichzeitig stellt ein Summenlegat eine Bringschuld dar, während das Vermächtnis anderer Gattungssachen oder bestimmter Sachen eine Holschuld darstellt, wie dies auch in Art. 74 Abs. 2 OR zum Erfüllungsort geregelt ist (vgl. dazu Anhang Checkliste N 80).

II. Beteiligte Personen

1. Erblasser oder Vermächtnisgeber

- 28 Jede urteilsfähige Person kann nach ihrem 18. Geburtstag «unter Beobachtung der gesetzlichen Schranken und Formen über sein Vermögen letztwillig verfügen» (Art. 467 Abs. 1), also auch Vermächtnisse ausrichten.

2. Bedachter oder Vermächtnisnehmer

Der Bedachte muss vom Erblasser selbst identifiziert werden (vgl. ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 5); Bedachter kann also nur sein, «wer aus der Verfügung des Erblassers unmittelbar als in dieser Weise Bedachter hervorgeht» (BGer, 25. I. 1991, SJ 1992, 88 ff.; vgl. BGE 100 II 98, E. 3.a). Da es sich bei der Ausrichtung von Vermächtnissen um ein **höchstpersönliches Recht** des Erblassers handelt, führt eine Delegation der konkreten Bezeichnung des aus dem Vermächtnis Begünstigten zur Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen nach Massgabe von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 (vgl. Art. 519 N 7). Allerdings genügt es für die Gültigkeit des Vermächtnisses, wenn der Bedachte auf eine solche Art und Weise (und eventuell nur bestimmbar) umschrieben ist, dass keinem Dritten eine Wahl- oder Entscheidungsbefugnis zukommt, sondern dessen Aktivwerden eine reine Vollzugshandlung darstellt (vgl. BGE 100 II 98, E. 3.a) = Pra 1975, Nr. 8). Zudem wird diese Anforderung an das Vermächtnis **durch die Regelung von Art. 539 Abs. 2 relativiert**, wonach Zuwendungen mit Zweckbestimmung an eine Mehrheit von Personen insgesamt, wenn dieser nicht das Recht der Persönlichkeit zukommt, von allen Zugehörigen unter der vom Erblasser aufgestellten Zweckbestimmung erworben werden oder, wo dies nicht angeht, als Stiftung gelten (vgl. N 32; Art. 539 N 25 ff.).

Es kann jede Person mit einem Vermächtnis bedacht werden, die **im Moment des Erbgangs erbfähig** ist (vgl. Art. 542 Abs. 1 und Art. 544 i.V.m. Art. 543 Abs. 1); eine natürliche Person muss somit zumindest **gezeugt** sein (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 28). Voraussetzung für den Erwerb des Vermächtnisses ist auf der anderen Seite, dass die bedachte Person den Erbgang **erlebt** hat. Die bedachte Person darf weder vorverstorben noch eine *nondum concepta* sein (vgl. Art. 543 N 1 f.; BSK-HUWILER Art. 484 ZGB N 28). Anderes gilt nur beim Nachvermächtnis (vgl. Art. 545 N 3 ff.) sowie aufgrund ausdrücklicher Gesetzesvorschrift bei der Stiftung (vgl. Art. 493 N 1 ff.). Das Vermächtnis wird also **ad personam** ausgerichtet. Ist der Anspruch hingegen einmal entstanden, kann er auch vererbt werden (vgl. Art. 542 N 9 ff.). Handelt es sich beim vermachten Nachlassobjekt um eine Forderung, so kann deren Ausübung zwar einem Dritten überlassen werden; die Forderung selbst ist aber aufgrund dieses persönlichen Elementes in analoger Anwendung von Art. 519 Abs. 1 nicht abtretbar.

Auch jede **juristische Person** kann mit einem Vermächtnis bedacht werden, **31** unter der Voraussetzung, dass ihr im Zeitpunkt des Erbgangs die **Rechts-**

persönlichkeit zukommt. Art. 493 statuiert eine Ausnahme von dieser Regel in dem Sinne, dass auch Stiftungen bedacht werden können, die erst als Folge des Erbgangs errichtet werden (vgl. dazu Art. 493 N 2).

- 32 Hat der Erblasser ein Vermächtnis zugunsten einer **Personenmehrheit** angeordnet, so erlangen die einzelnen Personen je einen separaten (vermutungsweise gleich grossen) Teilanspruch, wenn es sich beim Vermächtnisgegenstand um eine vertretbare Sache oder ein teilbares Recht handelt (vgl. PIOTET, SPR IV/2, 129; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 30); jeder Bedachte kann diesen Teil-Anspruch selbständig geltend machen (vgl. PIOTET, SPR IV/2, 129; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 30). Handelt es sich hingegen um ein unteilbares Nachlassobjekt, entsteht der Anspruch auf die Herausgabe – allerdings nur an alle Bedachten gemeinsam – bei jedem einzelnen Bedachten; intern erhält jeder der Vermächtnisnehmer nach den allgemeinen Regeln des Sachenrechts (Art. 646 ZGB) einen vermutungsweise gleich grossen Miteigentumsanteil am Vermächtnisgegenstand (vgl. ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 5). Solidarität unter den Vermächtnisnehmern kann in analoger Anwendung (vgl. N 26) von Art. 150 OR nur aufgrund entsprechender Anweisung des Erblassers entstehen. Ob in der Zuwendung eines unteilbaren Nachlassobjekts an eine Personenmehrheit bereits die Anordnung der Solidarität unter den Vermächtnisnehmern gesehen werden kann, muss zwar eher verneint werden, kann aber letztlich nur unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall abschliessend beurteilt werden (vgl. Art. 601 N 8).
- 33 Der **Bedachte** ist als solcher **nicht Erbe**, somit also auch nicht Mitglied der Erbengemeinschaft, und hat daher kein Recht, an deren Meinungsbildung mitzuwirken. Auch an den Informationsrechten der Erben (vgl. Vorbem. zu Art. 607 ff. N 15 ff.) hat er keinen Anteil und erhält deswegen nur einen Auszug aus der Verfügung von Todes wegen, der sich auf diejenigen Textpassagen beschränkt, die ihn als Bedachten betreffen (vgl. Art. 558 N 4). Diese Abgrenzung gegenüber den Erben ist naturgemäss nicht anwendbar auf das Vorausvermächtnis, da dieses die Position des Bedachten und des Erben in einer Person vereinigt (vgl. N 16). Bisher von der Lehre und Rechtsprechung nicht geklärt ist die Frage, wie bei einer Nutzniessung nach Massgabe von Art. 473 vorzugehen ist (vgl. Art. 473 N 4 f. und 7 ff.; DRUEY § 11 Rz 22; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 90).
- 34 In Ergänzung der Regel von Art. 543 sieht das Gesetz in Art. 487 die Möglichkeit vor, mit dem **Ersatzvermächtnis (oder Vulgarsubstitution)** einen

Ersatz-Vermächtnisnehmer einzusetzen, an den das Nachlassobjekt vermacht wird, wenn ein Vermächtnisnehmer den Erbgang nicht erlebt oder aus anderem Grund das Vermächtnis nicht erwirbt (vgl. Art. 487 N 1 ff.). Im Unterschied zum Vermächtnis (vgl. N 30) können mit dem **Nachvermächtnis** zudem auch Personen mittelbar bedacht werden, die im Zeitpunkt des Erbgangs noch nicht einmal gezeugt sind (vgl. Art. 545 Abs. 1).

3. Beschwerter

Dem Erblasser steht es frei, einen **einzelnen Erben**, ob eingesetzt oder gesetzlich, inklusive der Nacherben, **oder die Erbengemeinschaft** als Ganzes mit der Ausrichtung des Vermächtnisses zu beschweren. Bezeichnet er keinen bestimmtem (oder bestimmbar) Beschwerter, so gilt die gesamte Erbengemeinschaft als beschwert (vgl. Art. 562 N 7 ff.).

Sofern **mehrere Erben** oder die gesamte Erbengemeinschaft belastet sind, haften diese Erben gegenüber dem Bedachten in analoger Anwendung von Art. 603 solidarisch für die Ausrichtung des Vermächtnisses (vgl. BGE 101 II 218, E. 2; PIOTET, SPR IV/2, 130); das Innenverhältnis richtet sich dabei nach den jeweiligen Erbanteilen (vgl. Art. 603 N 31 ff.; WEIBEL, 24).

Der Erblasser kann auch einen **Vermächtnisnehmer** mit einem Vermächtnis belasten (**Untervermächtnis**). Es ist in Lehre und Rechtsprechung einhellig anerkannt, dass aus dem Wortlaut von Art. 562 Abs. 1 nicht auf das Gegenteil geschlossen werden darf, da der Vermächtnisnehmer dort allein aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens nicht als möglicher Belasteter erwähnt wird (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 35). In der Lehre ist sodann anerkannt, dass auch der Nachvermächtnisnehmer und der auf den Tod Beschenkte (vgl. N 9) mit einem Vermächtnis belastet werden können (vgl. ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 6; BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 26). Dabei steht dem Nachvermächtnisnehmer ein direkter Anspruch gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer auf Ausrichtung des Nachvermächtnisses zu (vgl. BGE 105 II 253, E. 2.c). Sind mehrere Vermächtnisnehmer mit einem Nachvermächtnis belastet, so haftet jeder einzelne Beschwerter dem Nachvermächtnisnehmer nur für seinen Anteil (vgl. PIOTET, SPR IV/2, 130).

Andere Personen können nicht beschwert werden (vgl. ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 6).

- 39 Im Gegensatz zur Berechtigung (vgl. N 30) erfolgt die Belastung mit einem Vermächtnis nicht *ad personam*, sondern geht im Fall, in dem der Belastete das Erbe nicht antritt, auf diejenigen Personen über, die an dessen Stelle in die Erbenstellung eintreten (vgl. Art. 486 N 11).

III. Vermächtnisinhalt (Abs. 2)

1. Allgemeines

a) Begriff der «Erbchaftssache»

- 40 Liest man nur den deutschen Gesetzestext, so könnte man zum Schluss kommen, dass nur Sachen im Sinne von Art. 641 ZGB vermacht werden können; dieser falsche Eindruck wird durch die französische Textversionen des Art. 484 korrigiert: dort wird nicht der in Art. 641 ZGB verwendete Begriff «*choses*» gebraucht, sondern Art. 484 spricht von «*objet dépendant de la succession*». Damit wird klar, dass sämtliche (Vermögens-)Objekte, ob gegenständig oder nicht, Inhalt eines Vermächtnisses sein können (vgl. BGE 103 II 225, E. 2; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 56; ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 10). Im Nachfolgenden wird deshalb jeweils der Begriff «Nachlassobjekt» verwendet, soweit nicht eine persönliche Leistungspflicht des Belasteten Vermächtnisinhalt ist (vgl. N 62). Zur Frage, ob solche Objekte notwendigerweise auch geldwert sein müssen, vgl. N 45 ff.

- 41 Grundsätzlich ist es für die Gültigkeit eines Vermächtnisses nicht notwendig, dass die vermachte Sache oder Forderung im Zeitpunkt des Erbgangs Teil des Nachlasses ist (vgl. dazu N 68 ff.).

b) Offener Katalog möglicher Vermächtnisinhalte

- 42 Neben «Erbchaftssachen» können nach dem Gesetzestext Nutzniessungen, Geldleistungen sowie Schuldbefreiungen vermacht werden; die *Aufzählung* in Abs. 2 ist nicht abschliessend, sondern nur exemplarisch (vgl. HUBER, 393). Der Erblasser kann innerhalb der gesetzlichen Schranken jedes erdenkliche Nachlassobjekt vermachen, ungeachtet ob es sich dabei z.B. um eine Sache oder eine beschränktes dingliches Recht (vgl. N 64), eine Geldforderung (vgl. N 60), eine persönliche Leistungspflicht des Belasteten (vgl. N 62) oder ein Gestaltungsrecht (vgl. N 65) handelt, solange der Vermächtnisinhalt Gegenstand eines obligatorischen Rechtsgeschäfts sein kann (BGE, 2C_56/2008, E 2.3) und somit übertragbar ist (vgl. BSK-HU-

WILER, Art. 484 ZGB N 59; zu den Besonderheiten bezüglich der Übertragung von Immobilien vgl. ausführlich ROLAND PFÄFFLI, Erbrechtliche Auswirkungen auf das Immobiliarsachenrecht, *successio* 2009, 32 ff.).

So stellt es der Erblasser etwa beim *Wahlvermächtnis* dem Vermächtnisnehmer oder dem Beschwerten frei, zwischen zwei Vermächtnisobjekten auszuwählen. Die herrschende Lehre wendet auf diese Konstellation und alle sich daraus ergebenden Fragestellungen den allgemeinen Teil des OR, insbesondere Art. 72 OR, analog an (vgl. BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 31; ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 12; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 89). Wie auch bei der Bestimmung des Bedachten (vgl. N 29) kann der Erblasser die Identifikation des Vermächtnisobjekts nicht delegieren (vgl. SCHÄRER, 61). Mit dem Wahlvermächtnis delegiert der Erblasser allerdings nicht den Entscheid über den Bestand des Vermächtnisses, sondern über dessen Ausgestaltung; denn das Vermächtnis ist gültig zustande gekommen und belastet den Beschwerten, so wie es zugleich den Vermächtnisnehmer berechtigt. Auch der Inhalt des Vermächtnisses ist klar umschrieben; offen bleibt einzig, wie der Beschwerte seine Verpflichtung erfüllt. Das Wahlrecht ist nicht höchstpersönlich und somit vererblich, wobei beim Tod des Berechtigten darauf zu achten ist, dass dieser – wenn nicht die Ausrichtung des Vermächtnisses – so doch zumindest den Erbfall erleben muss (vgl. N 30).

Vermacht der Erblasser dem Bedachten ein gesamtes Rechtsverhältnis, 44 ohne weitere Details zu klären, so wird im Zweifel die auf dieses Rechtsverhältnis anwendbare gesetzliche Regelung auch das Verhältnis zwischen Vermächtnisnehmer und Belastetem bestimmen. Beschränkt sich der Erblasser z.B. darauf, seinem Hausdiener eine monatliche Rente oder ein Wohnrecht zu gewähren, ohne weitere Details vorzusehen, so sind sämtliche weiteren Aspekte eines solchen Vermächtnisses grundsätzlich nach den Art. 516 ff. OR bzw. 776 ff. ZGB zu regeln.

e) Geldwörter Vermächtnisinhalte?

Der Erblasser kann jegliches Objekt vermachen, ungeachtet der Tatsache, 45 ob es geldwert ist oder nicht, solange dieses Objekt Gegenstand eines obligatorischen Rechtsverhältnisses sein kann (vgl. N 40). Die Argumente, die gegen diese hier vertretene Ansicht vorgebracht werden, seien nachfolgend kurz diskutiert:

46 Nach der allgemeinen Schuldrechtslehre muss eine Leistung nicht geldwert sein, um Gegenstand eines Vertrags sein zu können (statt vieler vgl. BK KRAMER, Vorbem. zu Art. 1 OR N 70). Mihin kann auch der Erblasser Nachlassobjekte vermachen, die keinen monetären Wert haben (vgl. BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 28; ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 4; a.M. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 15). Einerseits kann aus dem Begriff der Zuwendung, wie er in Art. 62 Abs. 2 OR verwendet wird, nicht abgeleitet werden, dass eine Zuwendung immer und notwendigerweise eine Bereicherung beinhalten muss. Denn die Notwendigkeit, die für Art. 62 Abs. 2 OR zum richtigen Ergebnis führt, knüpft dort nicht an den Begriff der Zuwendung sondern vielmehr an die Tatsache an, dass Art. 62 Abs. 1 OR von einer Bereicherung ausgeht. Zudem wird der Begriff der «Zuwendung» bereits innerhalb des Erbrechts nicht eindeutig verwendbar: Art. 539 spricht von Zuwendungen, ohne die Tragweite der Bestimmung auf Vermächnisse beschränken zu wollen (vgl. BGE 100 II 98, E. 2.c = Pra 1975, Nr. 8; vgl. auch Art. 539 N 22). Auch ein Absützen auf Art. 562 Abs. 3 und die darin enthaltene Schadenersatzpflicht führt nicht zum Schluss, dass nur geldwerte Objekte als Vermächtnisgegenstand in Frage kommen: So wenig wie die Pflicht zur Auslieferung einer Sache darauf schliessen lassen kann, dass die fragliche Sache einen Geldwert hat, so wenig kann man aus der grundsätzlichen Statuierung einer Schadenersatzpflicht darauf schliessen, dass eine bestimmte dem Beschwerten auferlegte Handlungspflicht in Geld messbar sein muss; Voraussetzung ist einzig, dass die Nichtleistung einen Schaden schafft, der in Geld auszugleichen ist, selbst wenn es sich um einen immateriellen Schaden handelt. Andernfalls wären sämtliche nichtgeldwerten Handlungspflichten unmöglicher Obligationssinhalt, denn Art. 98 OR statuiert bei der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten zu einem Tun oder Nichtstun ebenfalls eine Schadenersatzpflicht (vgl. BSK-WIEGAND, Art. 98 OR N 9).

47 Vor dem Hintergrund des oftmals persönlich-emotional gefärbten Erbrechts ist es schliesslich nicht einzusehen, weshalb der Erblasser nicht auch «wertlose» Nachlassobjekte soll vermachen können. Gleichzeitig kann der Bedachte das Vermächtnis ausschlagen, und der Beschwerte muss sich ein Vermächtnis nur gefallen lassen, solange es nicht objektiv nutzlos ist (vgl. BK-MERZ, Art. 2 OR N 50 ff.; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 14). Die Gefahr frivoler Vermächnisse dürfte dadurch in ausreichender Weise gebannt sein.

2. Nachlassobjekte im Besonderen

a) Beschränkung auf ein bestimmtes Nachlassobjekt

Das Vermächtnis ist eine Begünstigung des Bedachten. Selbst wenn das vermachte Nachlassobjekt Aktiven und Passiven (z.B. ein gesamtes Geschäft, vgl. N 50) beinhaltet, ist das **Vermächtnis immer auf das vermachte Nachlassobjekt beschränkt**, und im Gegensatz zum Erben haftet der Bedachte nie für die Nachlassschulden (vgl. Art. 603 N 22; ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 1). Für rechtlich mit dem vermachten Nachlassobjekt verknüpfte Passiven, die aber nicht Gegenstand des vermachten Nachlassobjekts sind (z.B. solche, für die das Nachlassobjekt als Pfand Sicherheit stellt), haftet im Zweifel nicht der Bedachte, sondern nur der Erbe (vgl. N 50).

Vermächtnisobjekte können nicht nur einzelne Sachen (inklusive Zugehör; vgl. Art. 644 ZGB) sein, es können auch **ganze Rechts- oder Sachgesamtheiten** vermacht werden, ohne dass die einzelnen sachenrechtlich selbständigen Bestandteile separat vermacht werden müssen (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 58 f.; BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 29; ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 16): Was immer wirtschaftlich zum bezeichneten Nachlassobjekt (etwa einer Sammlung, einem Warenlager oder einer Einzelfirma) gehört, ist dem Bedachten gemäss dem Vermächtnis zu übertragen.

Insbesondere im Hinblick auf Rechts- oder Sachgesamtheiten ist allerdings 50 der Grundsatz zu beachten, dass Verbindlichkeiten aus dem Nachlass nur aufgrund eines entsprechenden Erblasserwillens auf den Vermächtnisnehmer übergehen; wo der Erblasser sich zu einem Passivum ausschweigt, ohne dass dieses rechtlich oder wirtschaftlich zum Vermächtnis gehört (wie z.B. die Rechnung für Reparaturarbeiten am vermachten Haus), verbleibt dieses im Nachlass, weil im Zweifel nur das **Nettovermögen** auf den Bedachten übergeht (vgl. DRUEY, § 11 Rz 21; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 59). Beim Vermächtnis teilhabender Aktien ist die Nachübertragungspflicht hingegen Bestandteil des Vermächtnisses, und Art. 685 OR schliesst deshalb hier die Bonitätsvinkulierung aus.

b) Erträge des Nachlassobjekts

Das Gesetz regelt die Frage nicht ausdrücklich, ob die seit **Eröffnung des Erbgangs** anfallenden Erträge des Nachlassobjekts dem Bedachten oder den Erben zufallen. Dieser Punkt ist in der Lehre umstritten (vgl. ZK-

- 52 Den Vorzug verdient jedoch folgender Ansatz (vgl. PIOTER, SPR IV/1, 140; BK-WEIMAR, Art. 485 ZGB N 27): So, wie die natürlichen Früchte bis zu Ihrer Trennung als deren Bestandteil noch zur Sache selbst gehören, müssen auch die zivilen Früchte wie z. B. Zinsen bis zu ihrer Fälligkeit als Bestandteil der Forderung selbst angesehen werden. Daraus folgt, dass etwa die Mietzinsse eines Vermächtnisses fällig werden, ebenfalls zum Vermächtnis gehören. Für diesen Ansatz spricht auch ein Vergleich mit der Regel des Art. 185 Abs. 1 OR, welche dieses Prinzip auf jeden Kauf anwendet (vgl. BSK-KOLLER, Art. 185 OR N 12 ff.).

- 53 Im Hinblick auf die Regelung des Art. 485 Abs. 2 kann diese Frage auch in Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag entschieden werden: Der belastete Erbe hat Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (vgl. Art. 485 N 19), und als logisches Gegenstück dazu erscheint die Pflicht, die Erträge seit dem Erbgang an den Berechtigten auszuliefern (vgl. OGER ZH, 22. 12. 1995, ZR 1997, Nr. 27 [wobei der dort zusätzlich angewandte Umkehrschluss aus Art. 939 Abs. 2 ZGB nicht zu überzeugen vermag]).

- 54 Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass die Erträge eines Nachlassobjekts vor dem Erbgang vorbehaltlich anderslautender Anordnung des Erblassers nicht zum Nachlassobjekt gehören (vgl. PIOTER, SPR IV/1, 134; DRUEY, § 11 Rz 16).

- 55 Dieses Resultat wird in aller Regel auch am ehesten dem Willen des Erblassers entsprechen. Allerdings gilt auch hier selbstredend, dass ein anderer zum Ausdruck kommender Wille des Erblassers vorgeht (vgl. N 24).

3. Wirkung des Vermächtnisses

a) Mittelbares und unmittelbares Anwachsen beim Bedachten

In den meisten Fällen fällt das Vermächtnisobjekt dem Bedachten nur mittelbar zu. Hat der Erblasser eine Sache vermacht, entsteht mit Eröffnung des Erbgangs ein Anspruch auf Übertragung des Besitzes am Nachlassobjekt; wurde ein obligatorisches Recht vermacht (etwa eine Forderung aus Darlehen), so geht der Anspruch auf Übertragung durch Abtretung (BURCKHARDT, 74).

Demgegenüber wirkt das Vermächtnis eines Gestaltungsrechts anders: Hier findet sich der Bedachte unmittelbar mit Eröffnung des Erbgangs in der ihm vom Erblasser zugedachten Rechtsposition. Eine Mitwirkung des Belasteten ist nicht erforderlich und braucht mithin auch nicht eingeklagt zu werden. Die Rolle des Belasteten beschränkt sich darauf, dass sich das Gestaltungsrecht auf seinen Erbteil auswirkt und diesen belastet. Ein weiterer Fall unmittelbaren Erwerbs des Vermächtnisinhalts findet sich in der Spezialregelung betreffend das Vermächtnis von Leistungen aus einer Lebensversicherung (vgl. dazu Art. 563 N 4 ff.; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 106).

Daher muss eine praktisch relevante Systematisierung der Vermächtnisinhalte auf deren Wirkung abstellen: Forderungen vermehren dem Bedachten den Vermächtnisgegenstand nur mittelbar, Gestaltungsrechte hingegen unmittelbar.

Gleichzeitig ist es wichtig, festzuhalten, dass die nachfolgende Aufzählung nur die häufigsten Vermächtnisinhalte erwähnt. Da sämtliche Nachlassobjekte Gegenstand eines Vermächtnisses sein können (vgl. N 40), ob sie geldwert sind oder nicht (vgl. N 45), kann die nachfolgende Aufzählung nur unvollständig sein.

b) Mittelbare Zuwendung des Nachlassobjekts

Der Erblasser kann dem Bedachten ein subjektives Recht auf Verschaffung des Eigentums (oder eines Teilrechts) an einer (vertretbaren, Gattungs- oder Spezies-) Sache (am häufigsten Geld) oder an einem Immaterialgüterrecht vermachen, die bereits zum Nachlass gehören (zum sog. Verschaffungsvermächtnis vgl. N 68 ff.). Die vermachte Sache umfasst dabei auch die entsprechende Zugehör (vgl. PIOTER, SPR IV/1, 132 f.).

- 61 Daneben können auch **Forderungen** des Nachlasses ein möglicher Vermächtnisinhalt sein (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 62). Der Bedachte erhält einen Anspruch auf Abtretung der Forderung und sämtlicher dazugehöriger Nebenrechte. Diese Forderungen können **einmalige oder wiederkehrende Leistungen** (z.B. eine Rente; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 102) zum Gegenstand haben (vgl. BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 41; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 65).
- 62 Vermachtes Nachlassobjekt kann auch ein Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten des Beschwerten sein: Die Verpflichtung zu einer bestimmten Tätigkeit oder zu einer Unterlassung. Diese Leistungspflicht kann in einer rechtlichen (z.B. dem Abschluss eines Mietvertrags; vgl. den Sachverhalt in BGE 103 II 225 [zur Pflicht sich um ein Familienmitglied zu kümmern]; vgl. dazu Anhang Checkliste N 113) oder einer tatsächlichen Handlung bestehen. Eine solche **persönliche Leistungspflicht** liegt *per definitionem* im Vermögen des Beschwerten und nicht im Nachlass. Es entspricht daher auch der allgemeinen Systematik des Gesetzes, wenn ein solches Vermächtnis nur unter der Voraussetzung durchsetzbar ist, dass es wertmässig durch den Nachlass abgedeckt ist (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 48).
- 63 Ein Spezialfall einer persönlichen Leistung besteht im so genannten **Libervationsvermächtnis**. Hier geht es zwar um eine Forderung; der Inhalt des Vermächtnisses besteht aber nicht im Verschaffen eines Anspruchs auf Abtretung einer Forderung (vgl. N 61), sondern darin, dass der beschwerte Erbe im Sinne einer **Schuldbefreiung** zur Erfüllung oder Übernahme einer Forderung verpflichtet wird, die gegen den Bedachten besteht (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 68; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 70). Ist der Nachlass Gläubiger dieser Forderung, so richtet der Beschwerte das Vermächtnis aus, indem er dem Bedachten die Schuld zulasten seines Erbteils erlässt (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 69). Ist hingegen ein Dritter Gläubiger, so muss der beschwerte Erbe anstelle des Bedachten die Forderung erfüllen und dadurch den Vermächtnisnehmer aus dessen Schuldpflicht befreien (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 70 f.).
- 64 Die **Nutzniessung** wird im Gesetzestext explizit erwähnt, weil sie recht häufig ist; hier ist sowohl die «Meistbegünstigungs»-Nutzniessung von Art. 473 (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 90) als auch die «normale» Nutzniessung im Sinne von Art. 484 (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 94) gemeint. Wie beim Eigentum an einer Sache erfolgt die Ausrichtung des Vermächtnisses auch bei der Nutzniessung durch den Beschwerten

durch Übergabe des Besitzes (Mobilien) oder Anmeldung im Grundbuch (Immobilien). Wird die Nutzniessung an einer Forderung vermacht, so liegt die entsprechende Handlung des Beschwerten in der Abtretung zur Nutzniessung (vgl. ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 13). Weitere **beschränkte dingliche Rechte** wie etwa ein Pfandrecht (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 110) oder das recht häufig anzutreffende **Wohnrecht** (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 98) können grundsätzlich ebenfalls Gegenstand eines Vermächtnisses sein, solange sie selbständigen Charakter haben; deshalb kann z.B. ein Pfandrecht nie isolierter Vermächtnisinhalt sein (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 64; ZK-ESCHER, Art. 484 ZGB N 14).

c) *Unmittelbare Zuwendung des Nachlassobjekts*

Das Vermächtnis kann auch in der Zuwendung eines **Gestaltungsrechts** bestehen; diesfalls fällt der Vermächtnisinhalt unmittelbar im Vermögen des Bedachten an. Es bedarf keiner weiteren Handlung (Ausrichtung des Vermächtnisses) des Beschwerten. Beim zugewendeten Recht kann es sich um ein **rechtsbegründendes** (z.B. Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrecht; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 86) oder ein **rechtsänderndes** Gestaltungsrecht (z.B. Wahlobligation) handeln; für die Fragestellungen im Hinblick auf das Vermächtnis spielt dies keine Rolle. Die Übertragung eines **auflösenden** Gestaltungsrechts (z.B. eines Kündigungsrechts) ist allerdings nicht ohne Übertragung des diesem Gestaltungsrecht zugrundeliegenden Hauptverhältnisses möglich; im Gegensatz zum (ebenfalls akzessorischen) ändernden Gestaltungsrecht ist das auflösende Gestaltungsrecht immer im Hauptverhältnis begründet. Somit verfügt der Bedachte als Partei des Hauptverhältnisses bereits über das Gestaltungsrecht, oder der Erblasser muss ihm die Rechtsposition aus dem Hauptverhältnis (und damit auch das auflösende Gestaltungsrecht) übertragen. Obwohl bei Zuwendung von Gestaltungsrechten das Nachlassobjekt direkt in das Vermögen des Bedachten fällt, bleibt dieser dennoch Vermächtnisnehmer und **wird nicht zum Erben**.

IV. Unentgeltlichkeit

Obwohl die Unentgeltlichkeit dem Begriff des Vermächtnisses nicht zwingend innewohnt, gehen Rechtsprechung und herrschende Lehre doch davon aus, dass das Vermächtnis unentgeltlich erfolgt (vgl. BSK-HUWILER,

Art. 484 ZGB N 23). Allerdings wird dieser Frage, die in der deutschen Literatur sehr komplex diskutiert wird (vgl. Hinweise bei BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 24), einiges an praktischer Relevanz genommen, wenn man sich folgendes vor Augen hält: Der Wille des Erblassers ist wesentliches Auslegungselement, wenn es darum geht, den Inhalt des Vermächtnisses zu bestimmen (vgl. N 24 ff.). Entscheidend ist demnach die Frage danach, ob der Bedachte für das Wohnrecht etwas bezahlen muss oder nicht. Ob diese Verpflichtung des Bedachten Inhalt des Vermächtnisses oder Gegenleistung ist, spielt keine Rolle, da sich das Vermächtnis ohnehin erst in einem Moment realisiert, in welchem sich der Bedachte nicht mehr dem Erblasser, sondern dem beschwerten Erben gegenüber sieht.

- 67 Klar ist, dass eine etwaige Gegenleistung nicht äquivalent zum vermachten Nachlassobjekt sein muss (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 27).

V. Verschaffungsvermächtnis (Abs. 3)

- 68 Der Vermächtnisinhalt befindet sich normalerweise im Nachlass des Erblassers. Abs. 3 regelt die Fragen, die sich stellen, wenn sich das Vermächtnis auf ein **Objekt ausserhalb des Nachlasses** bezieht. Der Gesetzgeber stellt die Vermutung auf, dass der fragliche Erbe durch ein solches Vermächtnis **nicht belastet** sein soll, weil man davon ausgehen muss, dass der Erblasser den Beschwerten hierfür nicht verpflichten wollte (vgl. PIOTET, SPR IV/1, 131).
- 69 Diese Vermutung gilt, soweit sie **nicht durch den Willen des Erblassers widerlegt** ist. Dabei braucht sich dieser Wille nicht ausdrücklich in der Verfügung von Todes wegen zu finden; es genügt, dass er sich mittelbar auf dem Weg der Auslegung manifestiert (vgl. BGE 91 II 94, E. 3; BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 24).
- 70 In diesem Zusammenhang können unterschiedliche Konstellationen differenziert werden:
- Befindet sich das Objekt mit Wissen des Erblassers ausserhalb des Nachlasses, so liegt ein **Verschaffungsvermächtnis im engen Sinn** vor (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 82), und der Beschwerte kann sich nicht auf die Vermutung des Gesetzes stützen (vgl. BGE 101 II 25, E. 1; BGE 91 II 94, E. 3).

- Hat der Erblasser hingegen das Objekt selbst veräussert, so wird darin wohl der Widerruf des Vermächtnisses gesehen werden können.
- Umgekehrt kann davon ausgegangen werden, dass an die Stelle eines Nachlassobjekts, das gegen den Willen oder ohne Wissen des Erblassers aus dem Nachlass entfernt wurde, ein etwaiges Surrogat (vgl. PIOTET, SPR IV/1, 132) bzw., wo kein solches im Nachlass vorhanden ist, der objektive Wert des Objekts tritt (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 81).

Versteht man «Erbschaftssachen» als die Gesamtheit aller möglicher Nachlassobjekte (vgl. N 40), so erfasst der Begriff «Sache» **auch Forderungen**, die sich im Zeitpunkt des Erbgangs nicht im Nachlass befinden (a.M. PIOTET, SPR IV/1, 132). 71

Die gesetzliche Vermutung setzt allerdings voraus, dass es sich immer um ein **bestimmtes Nachlassobjekt** handelt, das individualisiert ist. Hat der Erblasser jemandem in seinem Vermächtnis eine Gattungssache (insbesondere ein Summenlegat; zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 58) zugedacht, so gilt die Vermutung des Abs. 3 nicht (vgl. BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 22; BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 78). Diese Ansicht ist in der Lehre gefestigt, auch wenn die bundesgerichtliche Rechtsprechung in diesem Bereich sehr unklar ist. Es gibt einzig einen sehr alten Entscheid (vgl. BGE 49 II 12, E. 2), der im Resultat zwar richtig, in der Begründung aber unzutreffend ist. Denn die Vermutung des Gesetzgebers, die den Beschwerten davon befreit, sich gegenüber dem Bedachten in einer Situation subjektiver Unmöglichkeit einer Schadenersatzforderung ausgesetzt zu sehen, weil der Dritte eine bestimmte Sache nicht übereignen will, ist bei vertretbaren Sachen nicht notwendig, da in diesen Fällen subjektive Unmöglichkeit grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. Findet sich eine vertretbare Sache nicht im Nachlass, so genügt diese Tatsache somit nicht für die Annahme, dass das Vermächtnis hinfällig sei (vgl. PIOTET, SPR IV/1, 131). 72

Ob die **rechtliche Wirkung der Vermutung** in der Nichtigkeit oder der Ungültigkeit des Vermächtnisses liegt, hat praktisch keine Bedeutung: Der Belastete wird sich immer einredeweise auf die Gesetzesvermutung berufen können, und dieser Einrede unterliegt weder der Verjährung (vgl. BK-WEIMAR, Art. 484 ZGB N 25) noch bedarf sie des Widerrufwillens des Erblassers (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 80). 73

- 74 Befindet sich das Objekt, das Inhalt des Vermächtnisses ist, im Besitz des Beschwerten, so erfolgt die **Ausrichtung des Verschaffungsvermächtnisses** durch Übergabe oder Abtretung des Objekts. Befindet sich das Objekt hingegen im Vermögen eines Dritten, so muss es sich der Beschwerte zuerst beschaffen und dann durch Übergabe an den Bedachten weiter übertragen. Der Beschwerte kann aber auch gleich einen (un-)echten Vertrag zugunsten Dritter abschliessen und das Vermächtnisobjekt auf diese Weise an den Bedachten ausrichten lassen.
- 75 Daraus wird ersichtlich, dass das Verschaffungsvermächtnis **keine Verfügung des Erblassers über eine fremde Sache** ist, sondern die Auferlegung einer Pflicht an den Beschwerten. Gleich wie alle anderen Vermächtnisse (ausser des Vermächtnisses eines Gestaltungsrechts; vgl. dazu N 57 f. und 65) begründet das Verschaffungsvermächtnis einen obligatorischen Anspruch des Bedachten gegen den Beschwerten auf Verschaffung des Vermächtnisinhalts. Speziell ist einzig, das sich der Vermächtnisinhalte auf eine Sache ausserhalb des Nachlasses bezieht. Ist es dem Beschwerten nicht möglich, das Vermächtnis auszurichten, weil sich der Dritte (und Eigentümer) weigert, die Sache zu übertragen, so beurteilt sich das Verhältnis Bedachter-Beschwerner in analoger Anwendung des Obligationenrechts nach den Vorschriften über die subjektive Unmöglichkeit. Befindet sich die Sache im Eigentum des Beschwerten selbst, so kommt das Vermächtnis nur zustande, wenn der Beschwerte die Erbschaft nicht ausschlägt. Es bedarf also in beiden Konstellationen der Mitwirkung derjenigen Person, die ursprünglich Träger des Vermächtnisinhalts war (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 85).

VI. Steuerrechtliche Aspekte

- 76 Zum Ganzen vgl. Anhang Steuern N 1 ff.
- 77 **Steuerpflichtig** sind grundsätzlich in allen Kantonen die **Vermächtnisnehmer**; abweichende Regelungen bestehen nur in den Kantonen GR, der keine Erbanfall- sondern nur die Nachlasssteuer kennt, sowie in den Kantonen VS, GE und JU (vgl. zum Ganzen STEUERKONFERENZ, 6 ff.).
- 78 Sämtliche Kantone, die den Erbanfall besteuern, unterstellen den Vermächtnisanfall ebenfalls derselben Steuer: **Vermächtnis und Erbschaft** werden steuerlich durchwegs **gleich besteuert**. Für die Qualifizierung des Vermächtnisses stellt das Steuerrecht dabei auf die zivilrechtlichen Definitio-

nen ab, gerade auch was die Abgrenzung zur Schenkung anbelangt (vgl. N 21). Zwar werden Erbschaft und Schenkung (und insbesondere auch die Schenkung auf den Todesfall) ebenfalls durchwegs gleich besteuert. Es gilt allerdings zu beachten, dass eine Vermögenszuwendung, die kein formgenügendes Vermächtnis sondern bloss einen **formlosen Wunsch des Erblassers** darstellt, als **Schenkungen der Erben** an den Bedachten qualifiziert wird. Dadurch ändert sich der Verwandtschaftsgrad der Beteiligten, worin der Grund für eine unterschiedliche steuerliche Behandlung der Zuwendung liegen kann.

Bei der **Nacherbeneinsetzung** fallen aus steuerlicher (wie auch aus zivilrechtlicher) Sicht zwei Erbgänge an: Zuerst vom Erblasser auf den Vorerben, und dann vom Vor- auf den Nacherben. Dementsprechend wird **zweimal eine Erbschaftsteuer** geschuldet; verschiedene Kantone sehen allerdings eine Reduktion der erhobenen Steuer vor. Für die Bestimmung des Verwandtschaftsgrads ist dabei in fast allen erbschaftsteuerlichen Erlassen ausschlaggebend, dass der Nacherbe nicht vom Vorerben, sondern vom Erblasser erbt.

Die **Begünstigung mittels Lebensversicherung** wird in vielen Kantonen als **Schenkungen** behandelt, wobei bei Kapitalversicherungen die volle Versicherungssumme steuerbar ist, während bei Rentenversicherungen auf deren kapitalisierten Wert abgestellt wird. Die Schenkungssteuer wird erst bei Anfall der Zuwendung (d.h. im Zeitpunkt des Erbgangs) fällig, da der Umfang der Zuwendung auch erst zu diesem Zeitpunkt feststeht.

Im Gegensatz dazu steht die Besteuerung einer vermachten **Nutzniessung**. Die aufgrund der Nutzniessung erfolgenden periodischen Leistungen oder Erträge werden als Einkommen steuerbar, während die Begründung der Nutzniessung grundsätzlich eine Schenkungssteuer auslöst. Im Hinblick auf die Erbschaftsteuer können die belasteten Erben (oder beim Nachvermächtnis: die belasteten Vermächtnisnehmer) in den meisten Kantonen den **Kapitalwert der Nutzniessung vom steuerbaren Erbanfall in Abzug bringen** und der Vermächtnisnehmer wird für den entsprechenden Betrag erbschaftsteuerpflichtig. In einigen Kantonen kommt diese wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht zum Tragen und die belasteten Erben (oder Vermächtnisnehmer) müssen für den gesamten Wert des Nachlasses inklusive Nutzniessung Erbschaftsteuern entrichten, wofür dann aber beim Nutzniesser keine Erbschaftsteuer anfällt.

- 82 Besteht das Vermächtnis im **Erlass von Schulden**, so unterliegt diese Zuwendung in den meisten Kantonen ebenfalls der Erbschaftssteuer. Dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass es sich um den Erlass privater Schulden handelt, da der Erlass von Geschäftsschulden bereits der Einkommenssteuer unterliegt.

VII. Prozessuale Aspekte

- 83 Zur **Vermächtnisklage aktivlegitimiert** ist der Bedachte respektive die Personenmehrheit, die gemeinsam bedacht wurde, letzterenfalls in der Form der notwendigen Streitgenossenschaft. **Passivlegitimiert** ist die Erbengemeinschaft, es sei denn, der Erblasser habe das Vermächtnis ausdrücklich zu Lasten eines bestimmten Erben oder Vermächtnisnehmers ausgesprochen (vgl. Art. 563 N 1; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 255). Hat der Erblasser einen Willensvollstrecker eingesetzt, so ist dieser bis zum Abschluss der Nachlassteilung entweder neben oder anstelle der Erben (Prozessstandschaft) passivlegitimiert (vgl. BGE 105 II 253, E. 2.e; BGE 94 II 142, E. 1; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 325).
- 84 Die Vermächtnisklage **verjährt** innert zehn Jahren (vgl. Art. 601 N 1 ff.).
- 85 Besteht begründete Besorgnis, dass das Vermächtnis nicht ausgerichtet wird, so kann der Vermächtnisnehmer, sofern eine entsprechende Aufforderung an die Erben keine Sicherstellung gezeitigt hat, vorsorgliche Massnahmen begehren (vgl. Art. 594 N 30 ff.).

VIII. Fussregeln

- 86 Beabsichtigt der Erblasser, ein **Geld-Vermächtnis in absoluten Zahlen** zu formulieren, und sind pflichtteilsberechtigte Erben vorhanden, so ist dabei Vorsicht geboten. Der Erblasser muss sich versichern, dass das Verhältnis zwischen dem Vermächtnis, das im Moment der Verfügung von Todes wegen in absoluten Zahlen festgelegt wird (und im Fall des Erbvertrags ohne Zustimmung des Bedachten nicht mehr geändert werden kann), im Moment des Erbgangs nicht **mit dem Pflichtteilsrecht kollidieren** wird. Um dies zu vermeiden, kann ein entsprechender Vorbehalt angebracht werden, wonach das Vermächtnis gegebenenfalls zu reduzieren ist.

Bei der Zuwendung von Nachlassobjekten ist zudem zu bedenken, dass je nach Nachlassobjekt **beim Bedachten erhebliche Kosten entstehen können**, wie z.B. bei einem Vermächtnis von ganzen Sammlungen oder Artefakten, die eine spezielle Infrastruktur benötigen. Da der Vermächtnisnehmer in diesen Konstellationen oftmals eine gemeinnützige oder subventionierte Institution mit meist bereits arg strapaziertem Budget ist, kann ein echtes Dilemma entstehen, wenn die bedachte Institution das Vermächtnis aus Budgetgründen eigentlich ausschlagen müsste. In solchen Fällen empfiehlt es sich, das Sachlegat **mit einem Summenlegat zu verbinden**, damit die notwendigen Aufwendungen des Bedachten gedeckt sind.

Art. 485

II. Verpflichtung
des Beschwerten

¹ Die Sache ist dem Bedachten in dem Zustande und in der Beschaffenheit, mit Schaden und mit Zuwachs, frei oder belastet auszuliefern, wie sie sich zur Zeit der Eröffnung des Erbanges vorfindet.

² Für Aufwendungen, die der Beschwerte seit der Eröffnung des Erbanges auf die Sache gemacht hat, sowie für Verschlechterungen, die seither eingetreten sind, steht er in den Rechten und Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag.

II. Délivrance

¹ La chose léguée est délivrée dans son état au jour de l'ouverture de la succession, avec ses détériorations et ses accroissements, libre ou grevée de charges.

² Le débiteur du legs a les droits et les obligations d'un gérant d'affaires pour impenses et détériorations postérieures à l'ouverture de la succession.

II. Obblighi
del debitore

¹ La cosa legata dev'essere consegnata al legatario, con le sue deteriorazioni e coi suoi accrescimenti, libera o gravata, nello stato e nelle condizioni in cui si trova all'apertura della successione.

² Il debitore del legato ha, circa le spese fatte per la cosa dopo l'apertura della successione e circa i deterioramenti sopravvenuti, i diritti e le obbligazioni del gestore d'affari senza mandato.

II. Duty
on the obligor
of the legacy

¹ The object must be delivered to the beneficiary in the same condition that it was in on succession, including damage and growth and with or without encumbrance.

² With regard to expenditure on and deterioration of the legacy since the succession, the obligor of the legacy has the same rights and duties as an agent without authority.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Übersicht und Normzweck	1
II. Bestimmung des Vermächtnisinhalts (Abs. 1)	2
1. Ausschluss der Gewährleistung	2
2. Massgeblicher Zeitpunkt	4

Note

3. Beschaffenheit	7
4. Umfang	9
5. Dinglich oder obligatorisch belastete Vermächtnisse	14
6. Veränderungen bis zum Erbgang	16
III. Veränderungen nach dem Erbgang (Abs. 2)	18
IV. Entstehung des Forderungsanspruchs, Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses	22
V. Ausrichtung des Vermächtnisses	24
VI. Sicherung des Vermächtnisanspruchs	25
VII. Steuerrechtliche Aspekte	27
VIII. Prozessuale Aspekte	28

Literatur: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 4. A., Basel/Genf/München 2007 (zit. BSK-AUTOR/IN); SCHMID JÖRG, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992 (zit. SCHMID); SCHMID JÖRG/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP); SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt am Main 1995 (zit. SIMONIUS/SUTTER).

I. Übersicht und Normzweck

Art. 485 bezweckt, einerseits die Frage des Zustands (der Qualität) des Vermächtnisses (im Sinne des Vermächtnisinhalts; vgl. Art. 484 N 4) näher zu definieren (Abs. 1), andererseits regelt er die Rechte und Pflichten des Beschwerten für die Zeit zwischen Eröffnung des Erbanges und Ausrichtung des Vermächtnisses (Abs. 2).

II. Bestimmung des Vermächtnisinhalts (Abs. 1)

I. Ausschluss der Gewährleistung

Abs. 1 enthält insbesondere einen **Ausschluss der Gewährleistungsregeln**, soweit es sich um Vermächtnisse handelt, die sich als eine begrenzte Gattung, eine Speziessache oder eine individualisierte Forderung im Nachlass oder im Vermögen des Beschwerten befinden.

Die Bestimmung ist somit **nicht anwendbar auf Vermächtnisse**, die **reine Gattungsschulden** darstellen (vgl. ZK-ESCHER, Art. 485 ZGB N 1). Für

solche Vermächtnisse richten sich die Bestimmung des Leistungsinhalts wie auch der Massstab der Haftung des Beschwerten ausschliesslich nach den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Erfüllung einer Gattungsschuld (vgl. Art. 484 N 26 f.).

2. Massgeblicher Zeitpunkt

- 4 Der Gesetzgeber geht in seiner Konzeption des Vermächtnisses davon aus, dass der Erblasser dem Bedachten eine Sache grundsätzlich auf denjenigen Zeitpunkt hin vermachen will, in dem er selbst die Herrschaft über die Sache verliert (vgl. BSK-HUWILER, Art. 485 ZGB N 2), mithin auf den **Zeitpunkt seines Versterbens** (vgl. BK-WEIMAR, Art. 485 ZGB N 2). Insbesondere der Zeitpunkt der Vermächtniserrichtung ist somit kein Anknüpfungspunkt, es sei denn, es manifestiere sich ein anderslautender Wille des Erblassers.
- 5 Meist entspricht es dem Willen des Erblassers, dass Erbgang und Vermächtnisanfall zusammenfallen. Es ist allerdings möglich, dass der Erblasser aufgrund spezieller Umstände einen **späteren Vermächtnisanfall** vorsieht, indem er z.B. eine Suspensivbedingung anordnet. In diesen Fällen hat der Vermächtnisnehmer im Moment des Erbgangs eine blosser Anwartschaft, ganz ähnlich der Rechtsstellung des Nacherben; mithin sind auch die Regeln über die Nacherbschaft (Art. 487 ff.) analog anwendbar (vgl. PIOTET, SPR IV/1, 141).
- 6 Die Grundannahme des Gesetzgebers bewirkt, dass der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis grundsätzlich auch in dem **Zustand** erhalten soll, in dem es sich **im Moment des Erbgangs** befindet, und zwar hinsichtlich seines Umfangs oder Wertes wie auch seiner Beschaffenheit.

3. Beschaffenheit

- 7 Der Vermächtnisnehmer hat Anspruch auf Auslieferung des Vermächtnisses in dem Zustand, in dem es sich **bei Eröffnung des Erbgangs** befindet. Dies bezieht sich sowohl auf die rechtliche als auch auf die faktische Beschaffenheit des Vermächtnisgegenstands. Bei begrenzten Gattungssachen beurteilen sich die Fragen nach der Individualisierung des Vermächtnisinhalts entsprechend den obligationenrechtlichen Vorschriften von Art. 71 OR. Die weiteren Rechtsfolgen, die sich aus dem vorgenannten Grundsatz ergeben, sind in N 14 ff. dargestellt.

Der Beschwerte hat weder für das Fehlen von Rechts- oder Sachmängeln (körperliche Sachen) noch für Verität des Vermächtnisses (Forderungen) einzustehen. Er ist **von jeglicher Haftung befreit**, solange er die Sache in demjenigen Zustand herausgibt (überträgt), in dem sie sich im Zeitpunkt des Erbgangs befunden hat (vgl. BSK-HUWILER, Art. 485 ZGB N 4).

4. Umfang

Das Vermächtnis einer körperlichen **Sache** umfasst sowohl deren Bestandteile wie auch deren Zugehör (vgl. BSK-HUWILER, Art. 485 ZGB N 25; BK-WEIMAR, Art. 485 ZGB N 5); besteht das Vermächtnis in einer Forderung, so umfasst es dementsprechend sämtliche Nebenrechte.

Bei **Sachgesamtheiten** genügt eine vermögensmässige Zuordnung zu dieser Einheit im Moment des Erbgangs. Ein sachenrechtlicher Übergang in das Eigentum des Erblassers vor dem Erbgang ist nicht zwingend notwendig (vgl. BSK-HUWILER, Art. 485 ZGB N 5). So gehört das letzte Stück einer Sammlung, das bereits bestellt und bezahlt, aber noch nicht geliefert (oder noch nicht einmal hergestellt) ist, ebenfalls zum Vermächtnis dieser Sammlung.

Ist kein anderer Wille des Erblassers erkennbar, so ist bei **Rechtsgesamtheiten** (zu denken ist vor allem an einen Betrieb) davon auszugehen, dass dem Bedachten das Nettovermögen zugewendet werden soll: Da die **Rechtsgesamtheit** in dem Zustand vermacht wird, in dem sie sich im Zeitpunkt des Erbgangs befindet, sind die Betriebspassiven im Vermächtnis eingeschlossen. Die Übertragung der Passiven an den Vermächtnisnehmer erfolgt in Analogie zu Art. 181 OR (inkl. der dort vorgesehen solidarischen Haftung) ohne weitere Rechtshandlungen des Bedachten, während für die Aktiven das **Spezialitätsprinzip** zur Anwendung gelangt (vgl. BSK-HUWILER, Art. 485 ZGB N 8).

Das Vermächtnis eines Geldbetrags (**Summenlegat**) begründet eine **Nominalforderung** des Vermächtnisnehmers gegen den Erben (vgl. BGE 49 II 12, E. 2).

Lässt sich aus dem Willen des Erblassers keine Regelung ableiten (etwa die Festlegung eines Fälligkeitstermins oder Verfalltags oder die ausdrückliche Gewährung einer Verzinsung ab Todestag), so enthält das Gesetz keine **ausdrückliche** Regelung des rechtlichen Schicksals der (natürlichen und zivi-

len) **Früchte**. Die Lehre ist sich weitgehend einig, dass es an sich wünschenswert wäre, dass die Früchte bereits ab Eröffnung des Erbgangs vermacht sein sollten. Allerdings wird die Situation *de lege lata* unterschiedlich beurteilt, wie in Art. 484 N 51 ff. ausführlicher dargestellt: Die natürlichen Früchte gehören bis zu ihrer Trennung als deren Bestandteil noch zur Sache selbst; dies gilt auch für die so genannten zivilen Früchte.

5. Dinglich oder obligatorisch belastete Vermächtnisse

- 14 Das Vermächtnis ist dem Bedachten so auszuliefern, wie es sich im Moment des Erbgangs präsentiert. Mithin beinhaltet das Vermächtnis die Sache **mitsamt ihren dinglichen Belastungen** wie etwa Nutzniessung oder Grundpfand. Anders verhält es sich mit einer etwaigen obligatorischen Verpflichtung, zu deren Sicherung das Vermächtnis z.B. mit einer Grundpfandverschreibung, einem Schuldbrief oder einem Fahrnispfandrecht belastet wurde. Die Pfandlast geht auf den Vermächtnisnehmer über, die **persönliche Schuld verbleibt im Zweifel bei den Erben** (vgl. BGE 45 II 155, E. 2; BGE 104 II 337, E. 2a; vgl. auch Art. 484 N 48). Auf der anderen Seite unterliegen die Erben aber auch nicht der Pflicht, das Vermächtnis von der dinglichen Belastung zu befreien (vgl. BK-WEIMAR, Art. 485 ZGB N 8; ZK-ESCHER, Art. 485 ZGB N 7). Der Vermächtnisnehmer kann allerdings die Schuld unter denselben Voraussetzungen tilgen, wie dies auch dem Schuldner gestattet ist; in diesem Fall entsteht nach Massgabe des Obligationenrechts ein Rückgriffsanspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Schuldner. Lastet hingegen ein **Eigentümergrundpfand** auf dem vermachten Grundstück, so gilt das Grundstück für die vorstehenden Erörterungen als nicht belastet, und der Vermächtnisnehmer hat einen Anspruch auf Herausgabe des Titels (vgl. ZK-ESCHER, Art. 485 ZGB N 8).
- 15 Hat ein Dritter ein **obligatorisches Recht** an einer vermachten Sache, so tritt der Vermächtnisnehmer mit Ausrichtung des Vermächtnisses anstelle des Erblassers in dieses Rechtsverhältnis ein; es handelt sich um eine **Übertragung des Vertragsverhältnisses** inklusive sämtlicher Rechte und Pflichten. Dieser Übergang erfolgt z.B. im Falle des Mietrechts aufgrund ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 261 OR), bei anderen vertraglichen Rechten (z.B. einem Kaufrecht oder einer Lizenzgebühr) aufgrund der Verfügung von Todes wegen (vgl. Art. 484 N 52).

6. Veränderungen bis zum Erbgang

Da sich das Vermächtnis seinem Inhalt nach im Zeitpunkt des Erbgangs bestimmt (vgl. N 4), trägt der Vermächtnisnehmer **das Risiko der Veränderung** bis zum Todestag, und zwar unabhängig davon, ob sich diese Veränderungen mit oder ohne Wissen oder Willen des Erblassers einstellen. Insbesondere Veränderungen des Umfangs (dem Grundstück wird z.B. ein Haus oder der Unternehmung einer neuer Betriebsteil hinzugefügt) oder des Werts einer Sache (z.B. der Kaufkraft eines Summenlegats) **trägt der Vermächtnisnehmer**.

Auch hier kann ein entsprechender Wille des Erblassers die Regel des Gesetzes umstossen, indem dieser z.B. ein zusätzliches bedingtes Summenlegat ausspricht für den Fall, dass das Sachvermächtnis im Zeitpunkt der Erbgangs einen bestimmten Wert unterschreitet.

III. Veränderungen nach dem Erbgang (Abs. 2)

Der beschwerte Erbe (oder Vermächtnisnehmer) hat dafür Sorge zu tragen, dass das Vermächtnis in seinem **faktischen und rechtlichen Zustand** am Todestag des Erblassers **erhalten** bleibt. Dafür haftet er dem Bedachten aufgrund der gesetzlichen Verweisung ganz allgemein wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag nach Massgabe von Art. 420 OR (vgl. ZK-ESCHER, Art. 485 ZGB N 3), und damit sowohl für vorsätzliches wie auch für jedes fahrlässige Verhalten. Handelt der Beschwerte gegen die erkennbaren Interessen des Vermächtnisnehmers, so haftet er nach Massgabe von Art. 420 Abs. 3 OR sogar für jede zufällige Verschlechterung des Vermächtnisses (vgl. ZK-ESCHER, Art. 485 ZGB N 3).

Der Pflicht zur Aufbewahrung, Erhaltung und Verwaltung des Vermächtnisses steht ein Ersatzanspruch des Beschwerten gegenüber: Der Bedachte schuldet ihm den **Ersatz der notwendigen und nützlichen Aufwendungen** (vgl. ZK-ESCHER, Art. 485 ZGB N 4), entsprechend den sachenrechtlichen Bestimmungen von Art. 939 ZGB. Für Auslagen, die weder notwendig noch nützlich waren, kann der Beschwerte keinen Ersatz verlangen, hat aber hier wie auch im Sachenrecht einen Anspruch darauf, diese ohne Beschädigung der Sache wieder entfernen zu dürfen (vgl. zum Ganzen SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, § 7 Rz 353; SIMONIUS/SUTTER, § 9 Rz 52, m.w.H.).

- 20 Richtet der beschwerte Erbe seine Handlungen in Bezug auf das Vermächtnis nach seinen eigenen Interessen statt nach jenen des Vermächtnisnehmers (sogenannte **Geschäftsanmassung**; vgl. SCHMID, Rz 1244), so kann der Bedachte die Herausgabe des gesamten erzielten Gewinns verlangen (BSK-WEBER, Art. 423 OR N 14; vgl. BGE 97 II 169, E. 3.a).
- 21 Geht man wie vorliegend (vgl. N 13) davon aus, dass die zum Zeitpunkt des Erbgangs noch nicht abgetrennten oder fälligen Früchte zum Vermächtnisinhalt gehören, dann begründet ein Verfallenlassen oder Verbrauch dieser Früchte nach dem Erbgang eine Verschlechterung des Vermächtnisses, für das der Beschwerter ebenfalls nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag haftet.

IV. Entstehung des Forderungsanspruchs, Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses

- 22 Als Verfügung von Todes wegen ist der Anspruch auf Ausrichtung des Vermächtnisses durch den Tod des Erblassers suspensiv bedingt (vgl. Art. 603 N 6; DRUEY, § 8 Rz 2). Nach expliziter Gesetzesvorschrift (Art. 562 Abs. 2) wird die Forderung des Vermächtnisnehmers aber nicht bereits mit dem Erbgang, sondern erst mit **Annahme der Erbschaft** durch den Erben oder Ablauf der Ausschlagungsfrist fällig (vgl. Art. 562 N 3). Bis dahin bleibt der **Anspruch suspensiv bedingt**. Ab Mitteilung des Vermächtnisses oder einer etwaigen späteren Fälligkeit **verjährt** der Forderungsanspruch des Vermächtnisnehmers innert zehn Jahren (vgl. Art. 601 N 1).
- 23 Solange der Bedachte das Vermächtnis nicht ausdrücklich oder konkludent angenommen hat, kann er jederzeit dessen **Ausschlagung** erklären, ohne dabei an eine (relative oder absolute) Frist gebunden zu sein. Will der Bedachte das Vermächtnis ausschlagen, so muss er dies dem beschwerten Erben gegenüber erklären; allerdings genügt eine formfreie Erklärung. Das Recht zur Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses ist nach dessen Anfall vererblich. Schlägt der Bedachte das Vermächtnis aus, so ist dadurch die **Obligation erloschen**, die den Beschwerter gegenüber dem Bedachten verpflichtet, und es kommen etwaige Nachvermächtnisse zum Tragen (vgl. PIOTET, SPR IV/1, 137).

V. Ausrichtung des Vermächtnisses

Die Ausrichtung des Vermächtnisses erfolgt nach den allgemeinen Regeln des Sachenrechts, insbesondere des **Spezialitätsprinzips**. Anders als der Erblasser, der sich bei der Errichtung nur an die von ihm gewählte Form der Verfügung von Todes wegen halten muss (vgl. Art. 483 N 6), haben die belasteten Erben für jeden einzelnen Vermächtnisgegenstand die darauf anwendbaren sachenrechtlichen Übertragungsformen zu beachten (vgl. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 58).

VI. Sicherung des Vermächtnisanspruchs

Der Vermächtnisnehmer kann sich gegenüber einer Verschlechterung des vermachten Objekts, die ihren Grund nach dem Erbgang hat, wehren bzw. sich den daraus entstandenen Schaden durch den Beschwerter ersetzen lassen. Hingegen hat er das vermachte Nachlassobjekt in dem Zustand zu akzeptieren, in dem es sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbgangs befindet. Mithin besteht **kein Schutz** vor Sach- oder Rechtsmängeln, die noch **vor dem Tod des Erblassers** eintreten. Dies äussert sich auch in der Regel des Art. 564, wonach die Rechte der **Erbschaftsgläubiger** denjenigen der Vermächtnisnehmer vorgehen (vgl. Art. 564 N 1 ff.). Diese Regel muss auch für das Verhältnis zwischen Vermächtnisnehmer und **Erbengläubiger** (vgl. Art. 564 N 6 ff.) gelten. Es besteht auch keine Pflicht der Erben, Ersatz für einen vor Eröffnung des Erbgangs eingetretenen Minderwert einer vermachten Sache zu leisten (vgl. DRUEY, § 11 Rz 18). Der Vermächtnisnehmer kann sich also **nur gegenüber dem Beschwerter**, nicht aber gegenüber dem Erblasser oder dessen Gläubigern auf sein Recht berufen.

Sichernde Massregeln gegen Veränderungen stehen dem Vermächtnisnehmer bei begründeter Besorgnis über die Ausrichtung des Vermächtnisses in analoger Anwendung von Art. 594 Abs. 2 zu, nicht aber das den Gläubigern des Erblassers in Art. 594 Abs. 1 vorbehaltene Recht zur Stellung eines Antrags auf amtliche Liquidation (vgl. Art. 594 N 7; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 268). Die Voraussetzungen für ein Gesuch um sichernde Massregeln sowie die zulässigen Massregeln entsprechen dabei genau der Rechtsposition der Erblassergläubiger nach Massgabe von Art. 594 (vgl. BSK-KARRER, Art. 594 ZGB N 122 ff.).

VII. Steuerrechtliche Aspekte

27 Vgl. dazu Art. 484 N 76 ff.

VIII. Prozessuale Aspekte

28 Vgl. dazu N 25 ff.

Art. 486

III. Verhältnis zur Erbschaft

¹ Übersteigen die Vermächtnisse den Betrag der Erbschaft oder der Zuwendung an den Beschwerten oder den verfügbaren Teil, so kann ihre verhältnismässige Herabsetzung verlangt werden.

² Erleben die Beschwerten den Tod des Erblassers nicht, oder sind sie erbnunwürdig, oder erklären sie die Ausschlagung, so bleiben die Vermächtnisse gleichwohl in Kraft.

³ Hat der Erblasser ein Vermächtnis zugunsten eines der gesetzlichen oder eingesetzten Erben aufgestellt, so kann dieser es auch dann beanspruchen, wenn er die Erbschaft ausschlägt.

III. Rapport entre legs et succession

¹ Les legs qui excèdent soit les forces de la succession, soit la libéralité faite au débiteur des legs, soit la quotité disponible, peuvent être réduits proportionnellement.

² Les legs sont maintenus, même quand ceux qui les doivent ne survivent pas au disposant, sont déclarés indignes ou répudiés.

³ L'héritier légal ou institué a le droit, même en cas de réputation, de réclamer le legs qui lui a été fait.

III. Rapporti con la successione

¹ Quando i legati sorpassino l'importo della successione o delle liberalità fatte a colui che ne è gravato, o della porzione disponibile, se ne può chiedere una proporzionata riduzione.

² I legati conservano il loro effetto ancorché i debitori degli stessi siano premorti al disponente o si siano resi indegni, od abbiano rinunciato al loro diritto ereditario.

³ L'erede legitimo od istituito può chiedere il legato disposto a suo favore ancorché rinunci all'eredità.

III. Relationship to the estate

¹ Where the legacies exceed the value of the estate or of the bequest to the obligor or of the disposable part, application may be made to have them abated proportionately.

² If the obligors do not survive the testator, are unworthy to inherit or disclaim their inheritance, the legacies remain nonetheless effective.

³ If the testator has bequeathed a legacy to a statutory or named heir, the latter has the right to claim the legacy even if he or she disclaims his or her inheritance.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Herabsetzung extensiver Vermächtnisse (Abs. 1)	1
II. Wegfall des belasteten Erben oder Vermächtnisnehmers (Abs. 2)	11
III. Erbe und Vermächtnisnehmer in einer Person (Abs. 3)	16
IV. Steuerrechtliche Aspekte	18
V. Prozessuale Aspekte	19
VI. Fallstricke	20

Literatur: Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 484 und 485.

I. Herabsetzung extensiver Vermächtnisse (Abs. 1)

- 1 Im Grundsatz ist der Erblasser in der Ausgestaltung der Vermächtnissgrösse frei, kann aber nicht mehr vermachen als den Wert des gesamten Nachlasses respektive der freien Quote daran. Die Verletzung des Pflichtteils hat Art. 486 Abs. 1 allerdings nicht im Visier, da dafür die Herabsetzungsklage aufgrund des Art. 522 direkt zur Anwendung kommt (vgl. BSK-HUWILER, Art. 486 ZGB N 3).
- 2 Hingegen gewährt Art. 522 keinen Schutz vor übermässiger Beschwer für **Vermächtnisnehmer oder nicht pflichtteilsgeschützte Erben**. Hier bedarf es einer ergänzenden Spezialnorm: Der Erblasser darf wertmässig nicht mehr Vermächtnisse ausrichten, als die Beschweren mit dem (ihnen zugewendeten Anteil am) Gesamtnachlass erhalten (vgl. BSK-HUWILER, Art. 486 ZGB N 4; ZK-ESCHER, Art. 486 ZGB N 1; BK-WEIMAR, Art. 486 ZGB N 4; PIOTET, SPR IV/1, 146). Die zwei Bezugsgrössen, nach denen diese Schranke ermittelt wird, sind einerseits der Nachlass und andererseits der Anteil daran, der dem durch das Vermächtnis belasteten Erben (oder Vermächtnisnehmer) zukommt.
- 3 Der Nachlass ist dabei **im Zeitpunkt der Erbgangs** festzustellen (vgl. BGE 110 II 228, E. 7b BGE 59 II 119, E. 4b), unter Abzug sämtlicher Erbschafts- (Art. 564 Abs. 1) und Erbgangsschulden (Art. 474 Abs. 2) (**Nettovermögen**) («Todestagsprinzip»; vgl. BSK-HUWILER, Art. 486 ZGB N 6; BK-WEIMAR, Art. 486 ZGB N 6; ZK-ESCHER, Art. 486 ZGB N 3). Gleich wird vorgegangen, wenn nur einzelne der Erben mit dem Vermächtnis belastet sind; dann ist ihre Erbquote an dem so ermittelten Nettovermögen der Richtwert. Für die Ermittlung des Vermächtniswerts beim Nachvermächtnis sind Erbgangs- und Erbschaftsschulden zwar kein Thema, es wer-

den aber zur Ermittlung der massgebenden Grösse ebenfalls etwaige dem Vermächtnisnehmer auferlegte Leistungen (etwa die Pflicht zur Tilgung einer durch das Vermächtnisobjekt gesicherten Forderung) vom Bruttowert des Vermächtnisses in Abzug gebracht (vgl. PIOTET, SPR IV/1, 146).

Belasten mehrere Vermächtnisse den- oder dieselben Erben, so wird ihr Wert zusammengezählt. Überschreiten die so kumulierten Vermächtnisse die zulässige Grenze, so erhält der Beschwerer die Möglichkeit, sie jeweils proportional zu reduzieren.

Ist das **zulässige Mass überschritten**, weil ein Erblasser zu viele oder zu umfangreiche Vermächtnisse vorsieht, so werden die Vermächtnisse **dadurch nicht ungültig**. Vielmehr gibt das Gesetz den Beschweren Rechtsmittel in die Hand, um sich gegen die übermässige Beschwer zu wehren und die Vermächtnisse auf das zulässige Mass zu reduzieren (vgl. ZK-ESCHER, Art. 486 ZGB N 4). Zum einen kommt für die Beschweren die **Ausschlagung** der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses in Frage (vgl. dazu N 11 ff.). Zum anderen gibt ihnen Abs. 1 aufgrund Gesetzesverweisung die Möglichkeit, klage- oder einredeweise **Herabsetzung** geltend zu machen (vgl. ZK-ESCHER, Art. 486 ZGB N 3). Die analoge Anwendung dieses Mechanismus bei vom Erblasser formulierten **Auflagen** wird von der herrschenden Lehre und dem Bundesgericht bejaht; einzelne Autoren (vgl. z.B. BK-WEIMAR, Art. 486 N 7) verneinen diese Analogie, weil die Auflage untrennbar mit der Verfügung verbunden sei, ohne dies jedoch näher zu begründen. Eine differenzierte Sichtweise wird mittels Auslegung im konkreten Fall feststellen müssen, ob der Erblasser die Auflage untrennbar mit der Verfügung verknüpfen wollte oder nicht.

Darin liegt ein gesetzlicher Verweis auf die Klage nach Art. 522 und der Gesetzgeber erweitert so den Kreis der aktivlegitimierten Personen über die pflichtteilsgeschützten Erben hinaus um alle anderen aus einem Nachlass Bedachten, unter der Voraussetzung, dass diesen mehr auferlegt wird, als sie erhalten. Zu den Einzelheiten der Herabsetzungsklage vgl. Art. 522 ff.

Verzichtet ein beschwerter Erbe darauf, die Herabsetzungsklage anzustrengen, richtet er aber lediglich das rechnerisch nach Massgabe von Abs. 1 reduzierte Vermächtnis aus, so kann er sich jederzeit einredeweise gegen eine Forderungsklage des Vermächtnisnehmers auf Ausrichtung des Rest-Vermächtnisses wehren. Im Gegensatz zur **Herabsetzungsklage**, die nach Massgabe von Art. 533 Abs. 1 **innert eines Jahres verwirkt**, kann die He-

- Herabsetzungseinrede jederzeit vorgebracht werden (Art. 533 Abs. 3; vgl. BK-WEIMAR, Art. 486 ZGB N 9).
- 8 Die **Ausrichtung** des ungekürzten Vermächtnisses kommt einem **konkludenten Verzicht** des Beschwerden auf die Herabsetzung gleich. Vorbehalten bleibt die Ausrichtung, die in Unkenntnis der Tatsache erfolgte, dass der Nettowert des Nachlasses eine Herabsetzung erlaubt hätte. Stellt der Beschwerde erst **nach Ausrichtung des Vermächtnisses** fest, dass der ihm zufallende (Anteil am) Nachlass kleiner ist als das Vermächtnis, so kann er gestützt auf Art. 486 Abs. 1 i.V.m. Art. 565 Herabsetzung in der Form einer Rückerstattung des zuviel Geleisteten verlangen (vgl. BGE 110 II 228, E. 7.e; BSK-HUWILER, Art. 486 ZGB N 14).
- 9 Der Erblasser kann allerdings anderes vorsehen und dem Beschwerden die Möglichkeit der Herabsetzungsklage nehmen, die ihm Art. 486 Abs. 1 zur Verfügung stellt; es handelt sich dabei um eine **dispositive Bestimmung** (vgl. BK-WEIMAR, Art. 486 ZGB N 11).
- 10 Die Lehre ist sich einig, dass die Regelung des Abs. 1, entgegen dem Willen des historischen Gesetzgebers, auch auf **Auflagen** Anwendung finden soll (vgl. BK-WEIMAR, Art. 486 ZGB N 10; BSK-HUWILER, Art. 486 ZGB N 17; PIOTET, SPR IV/1, 147; ZK-ESCHER, Art. 486 ZGB N 6). Dieser Sichtweise ist zuzustimmen; sie kann einzig dort problematisch werden, wo keine objektiven Massstäbe für die **geldwerte Bemessung** der Auflage zur Hand sind.

II. Wegfall des belasteten Erben oder Vermächtnisnehmers (Abs. 2)

- 11 Der Gesetzgeber spricht sodann diejenigen Problemfälle an, die durch einen Wegfall der primär mit dem Vermächtnis beschwerten Person entstehen können: Ist die belastete Person vorverstorben, kann sie die Erbschaft nicht antreten und entfällt somit als Person, auf der das Vermächtnis lasten kann; gleiches gilt für die Fälle der Erbwürdigkeit oder der Ausschlagung. Der Gesetzgeber sieht für diese Konstellationen vor, dass **das Vermächtnis unabhängig vom Wegfall der damit belasteten Person dennoch bestehen bleibt**.
- 12 Die in Abs. 2 erwähnten Konstellationen wurden von Lehre und Rechtsprechung durch weitere, entsprechend gelagerte **Situationen objektiver Aus-**

schlussgründe ergänzt um Personen, die selbst oder deren Verwandte an der öffentlichen Verfügung als Urkundsperson oder Zeugen mitwirken (vgl. Art. 503 N 1 ff.), sowie Personen, deren Einsetzung als Erbe oder Vermächtnisnehmer unwirksam ist (vgl. BGE 76 II 202, E. 3): Auch hier bleibt trotz Ausfall der belasteten Person das Vermächtnis bestehen.

In all diesen Fällen muss das Vermächtnis **von derjenigen Person** entrichtet werden, die an die **Stelle des Beschwerden** tritt. In letzter Konsequenz obliegt die Ausrichtung des Vermächtnisses somit dem Konkursamt, welches den ledig anfallenden Nachlass liquidieren muss (vgl. Art. 573 N 11). Für das Vermächtnis gilt dies nur insoweit, als dass der Erblasser ein Nachvermächtnis vorgesehen hat; denn grundsätzlich verfällt das Vermächtnis, wenn die fragliche Person objektiv als Vermächtnisnehmer ausscheidet, z.B. weil sie den Erbgang nicht erlebt (vgl. Art. 484 N 30).

Der Wegfall des Beschwerden darf **keine Besserstellung des Vermächtnisnehmers** und damit keinen Nachteil für den nachrückenden Beschwerden bewirken (vgl. BSK-HUWILER, Art. 486 ZGB N 19). Aus diesem Grundsatz folgt, dass jegliche erbrechtlichen Klagen oder Einreden, die dem ursprünglich Beschwerden offen standen (vgl. insbesondere die Herabsetzungsklage nach Abs. 1 oder Art. 522), auch dem neuen Beschwerden zur Verfügung stehen müssen, der damit dieselbe Leistung wie sein Vorgänger erbringen muss (vgl. BSK-HUWILER, Art. 486 ZGB N 19; ZK-ESCHER, Art. 486 ZGB N 7).

Auch bei Abs. 2 handelt es sich um eine **dispositive Regelung** des Gesetzes, was sich schon aus der Möglichkeit ergibt, ein Vermächtnis ohne Nachvermächtnis anzuordnen. Auch bei Abs. 2 gilt, dass dieser – mit denselben Kautelen wie Abs. 1 (vgl. N 10) – auch auf die Auflagen anzuwenden ist.

III. Erbe und Vermächtnisnehmer in einer Person (Abs. 3)

Wendet der Erblasser einem Erben zusätzlich noch ein Vermächtnis zu (**Vorausvermächtnis**; vgl. Art. 484 N 16 ff.), so werden diese beiden Tatsachen, obwohl in ein und derselben Person vereinigt, **rechtlich unabhängig voneinander** behandelt. Deshalb kann der Erbe die Erbschaft ausschlagen, somit aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, und dennoch als Vermächtnisnehmer (und somit rein obligatorisch Berechtigter) von den übrigen belasteten Erben die Ausrichtung des Vermächtnisses fordern.

- 17 Aus der gleichen Grundregel des getrennten Schicksals von Vermächtnis und Erbschaft folgt auch, dass eine **bedingte Erbeinsetzung** nicht notwendigerweise auch das Vermächtnis derselben Bedingung unterstellt (vgl. ZK-ESCHER, Art. 486 ZGB N 8).

IV. Steuerrechtliche Aspekte

- 18 Vgl. dazu das entsprechende Kapitel zu Art. 484.

V. Prozessuale Aspekte

- 19 Vgl. dazu Art. 522 ZGB.

VI. Fallstricke

- 20 Vgl. dazu Art. 484 N 86.

Art. 487

E. Ersatzverfügung

Der Erblasser kann in seiner Verfügung eine oder mehrere Personen bezeichnen, denen die Erbschaft oder das Vermächtnis für den Fall des Vorabsterbens oder der Ausschlagung des Erben oder Vermächtnisnehmers zufallen soll.

E. Substitutions vulgaires

Le disposant peut désigner une ou plusieurs personnes qui recueilleront la succession ou le legs si l'héritier ou le légataire prédécède ou répudie.

E. Sostituzione volgare

Il disponente può designare una o più persone, a cui debbano essere devoluti l'eredità od il legato nel caso di premorienza o rinuncia dell'erede o del legatario.

E. Substitution

In his or her disposition, the testator may designate one or more persons to whom the estate or legacy shall pass in the event that the initial heir or legatee is predeceased or disclaims it.

Inhaltsübersicht

Note

I. Begriff der Ersatzverfügung	1
1. Im Allgemeinen	1
2. Abgrenzung zur Nacherbeneinsetzung im Speziellen	2
II. Gründe für das Wirksamwerden einer Ersatzverfügung	4
III. Mehrere Erst- und Zweitbedachte	7
IV. Formulierungen	8

Literatur: EITEL PAUL, Die Anwartschaft des Nacherben, Diss. Bern 1991 (zit. EITEL, Anwartschaft); GIACOMETTI LAURENT, Die Nacherbeneinsetzung als Verfügungsart im Erbvertrag sowie ihre Beschränkung in personeller und materieller Hinsicht, Diss. Zürich 1973 (zit. GIACOMETTI).

I. Begriff der Ersatzverfügung

1. Im Allgemeinen

Mit dem Institut der **Ersatzverfügung** hat der Erblasser die Möglichkeit, für **den Fall**, dass eine von ihm bedachte Person die Erbschaft nicht annehmen

komme dauernd urteilsunfähig ist und selber keine Nachkommen oder Ehegatten hinterlässt. Die geplante Gesetzesbestimmung lautet wie folgt:

«Ist ein Nachkomme dauernd urteilsunfähig und hinterlässt er weder Nachkommen noch einen Ehegatten, so kann der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anordnen.

Die Nacherbeneinsetzung fällt von Gesetzes wegen dahin, wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird.»

12 Zusammenfassend soll eine Nacherbeneinsetzung gemäss Art. 492a ZGB folgendes voraussetzen:

- Der Vorerbe muss ein pflichtteilsgeschützter Nachkomme sein;
- er muss dauernd urteilsunfähig sein;
- er darf weder Nachkommen noch einen überlebenden Ehegatten hinterlassen;
- er darf nicht wieder urteilsfähig geworden sein;
- die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung ist auf den Überrest begrenzt; und
- der Vorerbe darf vor Eintritt seiner dauernden Urteilsunfähigkeit nicht bereits letztwillig verfügt haben.

13 Bereits vor Inkrafttreten der Gesetzesnovelle hält die Lehre diese aus verschiedenen Gründen für problematisch (vgl. die Übersicht bei FANKHAUSER/BIELER, 165 ff.). So ist unter anderem unklar, weshalb eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nur zulasten der pflichtteilsberechtigten Nachkommen (und nicht auch für die ebenfalls dem Pflichtteilsrecht unterstehenden Eltern, Ehegatten und eingetragenen Partner) zulässig sein soll (vgl. FANKHAUSER/BIELER, 165 f.). Darüber hinaus schafft die Voraussetzung der dauernden (und andauernden) Urteilsunfähigkeit des Vorerben dahingehend Probleme, als sich die Frage stellt, was passieren soll, wenn der im Zeitpunkt der Nacherbeneinsetzung urteilsunfähige Vorerbe vorübergehend wieder urteilsfähig, anschliessend aber wieder urteilsunfähig wird (vgl. FANKHAUSER/BIELER, 168).

Art. 493

G. Stiftungen

¹ Der Erblasser ist befugt, den verfügbaren Teil seines Vermögens ganz oder teilweise für irgendeinen Zweck als Stiftung zu widmen.

² Die Stiftung ist jedoch nur dann gültig, wenn sie den gesetzlichen Vorschriften entspricht.

G. Fondations

¹ La quotité disponible peut être consacrée, en totalité ou en partie, à une fondation.

² La fondation n'est toutefois valable que si elle satisfait aux exigences de la loi.

G. Fondazioni

¹ Il disponente può dedicare la porzione disponibile dei suoi beni o parte di essa ad una fondazione per uno scopo qualsiasi.

² La validità della fondazione è però subordinata alle disposizioni della legge.

G. Foundations

¹ The testator is entitled to bequeath all or part of the disposable portion of his or her property to a foundation for any purpose of his or her choosing.

² However, the foundation is valid only if it conforms to the legal requirements.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Übersicht und Normzweck	1
II. Anwendungsbereich	4
III. Formen der Errichtung	7
IV. Arten der Errichtung	8
V. Widerruf und Anfechtung der Stiftungserrichtung	13
VI. Beschränkung auf zulässige Stiftungen (Abs. 2)	16
VII. Übergangsrechtliche Aspekte	18
VIII. Steuerrechtliche Aspekte	21

Literatur: DUC NICOLAS/TURIN NICHOLAS, Quelques aspects du nouveau droit des fondations, in: MITARBEITER UND MITARBEITER DES BUNDESAMTES FÜR JUSTIZ (HRSG.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel/Genf/München, 2006, 159 ff. (zit. DUC/TURIN); RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Ein-

leitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 3. Teilband: Die Stiftungen, 3. A., Bern 1975 (zit. BK-AUTOR/IN); ZEITER ALEXANDRA, Die Erb Stiftung (Art. 493 ZGB), Diss. Freiburg 2001 (zit. ZEITER).

Materialien: Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats vom 23. Oktober 2003, BBl 2003, 8153 (zit. BERICHT STR); Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats vom 23. Oktober 2003, BBl 2003, 8191 (zit. STELLUNGNAHME BR).

I. Übersicht und Normzweck

- 1 Die Funktion von Art. 493 liegt nicht darin, die zulässigen erbrechtlichen Verfügungsformen für Stiftungserrichtungen festzulegen; diese regelt Art. 81 ZGB, dem erbrechtlich keine eigene Bedeutung zukommt (vgl. ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N 1). Dass der Erblasser in derselben Verfügung eine Stiftung errichten und ihr gleichzeitig ein Vermögen widmen kann, dafür braucht es diese Bestimmung auch nicht, denn dies ist bei der Stiftungserrichtung unter Lebenden regelmässig der Fall. Und auch die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erblassers ist bereits andernorts geregelt (Art. 470 ZGB).
- 2 Hingegen verfügt die mit Verfügung von Todes wegen errichtete Stiftung ohne diese Bestimmung über keine **Erb- respektive Vermächtnisfähigkeit**: Im Zeitpunkt des Erbgangs würde sie erst errichtet, erlangte aber ihre Rechtspersönlichkeit (von kirchlichen und Familienstiftungen abgesehen) erst mit Eintrag im Handelsregister. Darin liegt die systematische Funktion des Art. 493: Er macht es möglich, dass eine noch nicht errichtete Stiftung mittels Verfügung von Todes wegen Erbin oder Vermächtnisnehmerin sein kann (vgl. BSK-GRÜNINGER, Art. 493 ZGB N 1).
- 3 In Anlehnung an ZEITER werden solche Stiftungen nachfolgend als **erbrechtliche Stiftungen** bezeichnet (vgl. ZEITER, 3).

II. Anwendungsbereich

- 4 Aus dem Vorgesagten ergibt sich, in welchen Konstellationen Art. 493 *nicht* anwendbar ist:
 - Zuwendungen an bereits bestehende Stiftungen (vgl. ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N 10; BSK-GRÜNINGER, Art. 493 ZGB N 11);

- Zuwendungen von dritter Seite an eine (erbrechtliche) Stiftung (vgl. BSK-GRÜNINGER, Art. 493 ZGB N 11; ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N 10); sowie
- Zuwendungen an durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtete Stiftungen (vgl. ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N 19), auch wenn diese noch nicht im Handelsregister eingetragen sein sollten (vgl. BSK-GRÜNINGER, Art. 493 ZGB N 11).

Ebenfalls nicht anwendbar ist Art. 493 auf solche Stiftungen, die durch Erben 5 oder Vermächtnisnehmer mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden errichtet werden, auch wenn diese Errichtung **in Erfüllung einer erbrechtlichen Auflage** des Erblassers erfolgt (vgl. BGer, 5A_185/2008; BK-WEIMAR, Art. 493 ZGB N 14; ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N 11; BSK-GRÜNINGER, Art. 493 ZGB N 11; PIOTET, SPR IV/1, 124; a.M. BSK-HUWILER, Art. 484 ZGB N 28). Solche Stiftungen erwerben die Vermögenswerte des Erblassers als Nacherben der belasteten Erben (vgl. Art. 545 N 8).

Und schliesslich wird Art. 493 in folgender Fallkonstellation durch die **Spezialnorm von Art. 539 Abs. 2** verdrängt: Zuwendungen werden mit einer Zweckbestimmung an eine Mehrheit von Personen insgesamt vermacht, dieser kommt aber das Recht der Persönlichkeit nicht zu. Diesfalls wird die Zuwendung entweder von allen Zugehörigen unter der vom Erblasser aufgestellten Zweckbestimmung erworben oder, wo dies nicht angeht, gilt die Zuwendung als Stiftung (vgl. Art. 539 N 17 ff.). 6

III. Formen der Errichtung

Die erbrechtliche Stiftung kann seit der Gesetzesnovelle vom 8.10.2004 7 (BBl 2003, 8153, 8191), in Kraft seit dem 1.1.2006, durch **jede Form der Verfügung von Todes wegen** (vgl. Art. 81 Abs. 1) errichtet werden (zur Formulierung vgl. Anhang Checkliste N 189). Nach altem Recht war eine Stiftungserrichtung in der Form eines Erbvertrags noch unzulässig (vgl. BGE 105 II 253, E. 1b); BGE 96 II 273, E. 4-8). Dabei kann sich der Errichtungs- und Widmungswille des Erblassers auch aus **mehreren** zeitlich aufeinander folgenden Verfügungen von Todes wegen ergeben (vgl. ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N 4).

IV. Arten der Errichtung

- 8 Unter Vorbehalt der Einhaltung der Verfügungsform kann die Stiftungserrichtung in jeder Verfügungsart erfolgen. Der Erblasser kann die **erbrechtliche Stiftung als Erbin** einsetzen (vgl. ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N7), indem er ihr eine Quote am Nachlass zuhält. Die erbrechtliche Stiftung erlangt dadurch denselben Erbenstatus wie natürliche oder bereits bestehende juristische Personen, mit allen daraus folgenden Rechten und Pflichten nach Massgabe von Art. 560 Abs. 1. Allerdings ist sie wie alle anderen juristischen Personen in ihrer Handlungsfreiheit durch ihre Zweckbestimmung limitiert; speziell ist eigentlich nur, dass der Stiftungszweck bei der erbrechtliche Stiftung immer Ausdruck des Erblasserwillens ist.
- 9 Aus der Kombination dieser beiden Aspekte ergibt sich, dass die erbrechtliche Stiftung sich in einen unzulässigen Widerspruch zu ihrer Zweckbestimmung setzte, wenn sie etwa die Erbschaft ausschlagen wollte. Eine Ausschlagung der Erbschaft kann ihr deshalb nicht auf Grundlage des Erbrechts (a.M. ZK-ESCHER Art. 493 ZGB N6), sondern nur in Anwendung des Stiftungsrechts versagt werden: Jedes Stiftungsorgan kann nur solche Beschlüsse fassen, die dem Stifterwillen dienen (vgl. BK-RIEMER, Systematischer Teil zu Art. 80–89^{bis} N 19 und 23).
- 10 Ist die Stiftung Miterbin, so wird zumindest mit der Teilung in Analogie zu Art. 605 zugewartet werden müssen, bis die erbrechtliche Stiftung aufgrund ihrer Eintragung unzweifelhaft rechts- und handlungsfähig ist (vgl. Art. 605 N 1 f.).
- 11 Entsprechendes gilt für den Fall, in dem der Erblasser der erbrechtlichen Stiftung ein **Vermächtnis** zuhält. Auch hier erlangt die erbrechtliche Stiftung wie alle anderen Vermächtnisnehmer einen obligatorischen Anspruch gegen den oder die beschwerten Erben auf Ausrichtung des Vermächtnisses (vgl. ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N8). Und wiederum verwehrt das Stiftungsrecht dem Stiftungsrat die Möglichkeit, auf die Geltendmachung dieses Anspruchs zu verzichten oder das Vermächtnis gar aktiv auszuschlagen.
- 12 Wo ein Erbe mit der **Auflage** beschwert wird, einer erbrechtlichen Stiftung ein (Teil-)Vermögen zu widmen, steht dieser erbrechtlichen Stiftung die entsprechende Vollziehungsklage zu (vgl. Art. 484 N 11 ff.; ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N 8).

V. Widerruf und Anfechtung der Stiftungserrichtung

Soweit sich der Erblasser **nicht erbvertraglich gebunden**, sondern einseitig letztwillig verfügt hat, steht ihm der **Widerruf** nach den allgemeinen Regeln des Art. 509 zu (vgl. Art. 509 N 1 ff.; ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N9). Die Stiftung ist selbst dann partei- und prozessfähig, wenn ihre Gültigkeit gerichtlich bestritten wird, unter der Voraussetzung, dass sie formal korrekt konstituiert ist (vgl. ZK-ESCHER, Art. 493 ZGB N9).

Eine Sonderregelung kommt einzig dann zu Anwendung, wenn erst nach dem Eintrag der erbrechtlichen Stiftung im Handelsregister festgestellt wird, dass der Erblasser die der Stiftungserrichtung zugrunde liegende Verfügung widerrufen hatte. Da hier der **Stifterwille fehlt**, ist die erbrechtliche Stiftung für nichtig zu erklären und zu liquidieren (vgl. ZEITER, 209 f.). Dieses Vorgehen entspricht auch dem Grundsatz des Stiftungsrechts, wonach dem Handelsregistereintrag keine heilende Wirkung zukommt (vgl. BGE 120 II 374, E. 4a; BSK-GRÜNINGER, Art. 81 ZGB N 28).

Wie alle anderen Arten der Verfügungen von Todes wegen unterliegt auch die Errichtung einer erbrechtlichen Stiftung dem **Pflichtteilsrecht**. Überschreitet die Vermögenszuwendung an die Stiftung den Rahmen der freien Quote, so unterliegt sie der Herabsetzung (vgl. Art. 522 N 1 ff.); das entsprechende gilt für Zuwendungen an bereits vor dem Erbgang errichtete Stiftungen (vgl. Art. 522 N 4). Hingegen sind Zuwendungen, welche die Erben als **Destinatäre** erhalten, nicht auf deren Erbteil anzurechnen, da sie keine Zuwendungen kraft Erbrecht darstellen.

VI. Beschränkung auf zulässige Stiftungen (Abs. 2)

Die Bestimmung des Abs. 1 ist allerdings dogmatisch schwierig in Einklang zu bringen mit dem System des Erb-, aber auch des Stiftungsrechts. Zwar erwirbt die Stiftung nach einhelliger Auffassung das ihr gewidmete Vermögen **unmittelbar** vom Erblasser (vgl. BK-WEIMAR, Art. 493 ZGB N 10; BSK-GRÜNINGER, Art. 493 ZGB N 3). Die Meinungen in der Lehre gehen allerdings weit auseinander bezüglich der Frage, ob die Stiftung bis zum Tag ihrer Eintragung im Handelsregister bereits voll (vgl. BK-RIEMER, Art. 52 ZGB N 12), bloss resolutiv bedingt (vgl. BK-WEIMAR, Art. 493 ZGB N 18), oder **suspensiv** bedingt, aber rückwirkend erwerbend (vgl. BSK-GRÜNINGER, Art. 493 ZGB N 3; PIOTET, SPR IV/1, 123) **rechtsfähig** ist. Das Bundesgericht geht von der suspensiv bedingten Rechtsfähigkeit aus (vgl. BGE 99 II

246, E. 9; BGer, 5A.29/2005, 3.1). Diese unterschiedlichen Erklärungsversuche sind vor allem in der Konstellation relevant, in welcher der Erblasser eine Stiftung errichtet, die (z.B. wegen Widerrechtlichkeit) nicht eingetragen werden kann. Diesfalls würde die in Abs. 1 statuierte Regel des unmittelbaren Vermögenserwerbs grösste Schwierigkeiten bereiten, wenn die Stiftung bereits volle Rechtsfähigkeit erlangt hätte.

- 17 Wenn festgestellt werden kann, dass die verschiedenen von der Lehre entwickelten Erklärungsversuche in ihrer praktischen Auswirkung im Wesentlichen identisch sind (vgl. BSK-GRÜNIGER, Art. 493 ZGB N 3), so hat das in erster Linie mit dem Geschick des Gesetzgebers zu tun, der dieser *lex specialis* noch einen zweiten Absatz zur Seite gestellt hat. Dieser beschränkt sich nicht darauf, festzustellen, dass auch erbrechtliche Stiftungen im Einklang mit den Bestimmungen der Art. 80 ff. ZGB stehen müssen (a.M. BSK-GRÜNIGER, Art. 493 ZGB N 1; zur spezifischen Problematik des Familienfideikommisses vgl. BGE 133 III 167). Seine Funktion besteht vielmehr darin, sicherzustellen, dass die Spezialnorm von Abs. 1 nur dann zum Tragen kommt, wenn die Stiftung im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften steht, denn diesfalls wird die Stiftung sicher im Handelsregister eingetragen, und die Fragen der suspensiv bedingten oder direkten Rechtsfähigkeit werden gegenstandslos.

VII. Übergangsrechtliche Aspekte

- 18 Die Gesetzesrevision zum Stiftungsrecht enthält keine übergangsrechtlichen Bestimmungen. Daher ist auf die allgemeinen Regeln des Schlusstitels zum ZGB Rückgriff zu nehmen. Während Art. 1 SchlT ZGB den allgemeinen Grundsatz der Nichtrückwirkung aufstellt, bestimmt Art. 15 SchlT ZGB, dass erbrechtliche Verhältnisse grundsätzlich nach dem im Zeitpunkt des Todes des Erblassers geltenden Recht zu beurteilen ist (vgl. BGE 116 II 33, E. 3a; BGE 107 II 38, E. 3).
- 19 Auch wenn die Neuerung formal Art. 81 ZGB und mithin den Abschnitt über die Stiftungen betrifft, liegt dennoch materiell eine Änderung des Erbrechts vor: Die Stiftungserrichtung als eine der vom Gesetz zulässig erklärten erbrechtlichen Verfügungsarten (Art. 484 N 1) wird in ihrer Form (Art. 484 N 2) erweitert, indem sie sowohl durch letztwillige Verfügung wie auch durch Erbvertrag erfolgen kann. Darin liegt auch der Unterschied gegenüber etwa den revidierte Bestimmungen des Stiftungsrechts, welche

die Einführung einer obligatorischen Revisionsstelle oder des Zweckänderungsvorbehalts vorsehen; hier geht es um auch materiell um Bestimmungen des Personenrechts, weshalb sich eine rückwirkende Anwendung des neuen Rechts verbieten würde (vgl. DUC/TURIN, 169).

Stiftungen, deren Errichtung mittels erbvertraglicher Bindung auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorgesehen wurde, sind mithin unabhängig von ihrem Errichtungsdatum gültig, sofern der entsprechende Erbgang nach dem 31.12.2005 eröffnet wurde. 20

VIII. Steuerrechtliche Aspekte

Die Errichtung einer Stiftung wird in sämtlichen Kantonen, die eine Schenkungssteuer kennen und in leicht abweichenden Varianten der Schenkung einer entsprechenden Summe gleichgestellt. 21

Vgl. weiter dazu Anhang Steuern N 85, 104 ff. 361 und 364 ff. 22