

Der Umgang des Willensvollstreckers mit ganz oder teilweise unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen/ Verfügungen des Erblassers: Länderbericht Schweiz

Inhaltsübersicht	Seite
A. Die gesetzliche Regelung von unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen/ Verfügungen im Allgemeinen	112
I. Die Ausgleichung	112
1. Die Grundnorm (Art. 626 ZGB)	112
2. Modalitäten der gesetzlichen Ausgleichung	114
II. Die Herabsetzung	117
1. Die Grundnorm (Art. 527 ZGB)	117
2. Modalitäten von Art. 527 Ziff. 1 ZGB	118
III. Ein(fiktives) Beispiel zur Mechanik	120
B. Der Umgang des Willensvollstreckers mit lebzeitigen Zuwendungen/ Verfügungen	122
I. Die „Ausführung“ der Teilung gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB	122
1. Der Gesetzeswortlaut	122
2. Keine Teilungskompetenz des Willensvollstreckers	123
3. Pflicht zur Berücksichtigung von Tatbeständen der Ausgleichung und Herabsetzung	123
II. Die Informationsbeschaffung durch den Willensvollstrecker	125
1. Die Auskunftspflicht der Erben	125
2. Die Auskunftspflicht Dritter	125
III. Die Informationspflicht des Willensvollstreckers	127
IV. Prozessuales	127
1. Die Auskunftsklage	128
2. Die Ausgleichungsklage	129
3. Die Erbteilungsklage	130
4. Die Herabsetzungsklage und die Herabsetzungseinrede	130
V. Praktische Vorgehensweise	132
1. Der steuerrechtliche Inventarfragebogen	133
2. Die steuerrechtliche Deklarationspflicht des Schenkers und Beschenkten	133
3. Fragebogen des Willensvollstreckers	134
4. Zusicherungsklausel im Erbteilungsvertrag	135
C. Schlusswort	136

* Dr. iur. René Strazzer, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Präsident der Fachkommission Fachanwalt SAV Erbrecht des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich (www.szlaw.ch).

A. Die gesetzliche Regelung von unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen im Allgemeinen

I. Die Ausgleichung

1. Die Grundnorm (Art. 626 ZGB¹)

a) Die Kernbestimmung des Ausgleichungsrechtes in der Schweiz ist Art. 626 ZGB. Sie lautet wie folgt:

Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat.

Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. Zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.

Die auf den ersten Blick nicht leicht verständliche Vorschrift beinhaltet zwei gesetzliche Vermutungen.

c) **Art. 626 Abs. 2 ZGB** ist die Grundnorm im Verhältnis zwischen dem Erblasser² und seinen Nachkommen. Das Gesetz statuiert in diesem Verhältnis die Vermutung, dass sämtliche Zuwendungen mit Ausstattungscharakter der Ausgleichung unterstellt sind. Man spricht bei Art. 626 Abs. 2 ZGB deshalb von der gesetzlichen Ausgleichung. Ausgleichungsschuldner sind die Nachkommen. Ausgleichungsgläubiger sind die übrigen Nachkommen und – im Gegensatz zum deutschen Recht – auch der überlebende Ehegatte³. Die Bestimmung von Art. 626 Abs. 2 ZGB ist entsprechend ihrem Charakter als gesetzliche Vermutung dispo-

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 mit seitherigen Änderungen (SR 210).

² Wenn in diesem Beitrag der Einfachheit halber stets die männliche Schreibweise verwendet wird, sind damit natürlich stets Personen beider Geschlechts gemeint.

³ So zumindest die bundesgerichtliche Rechtsprechung, während die Lehre in dieser Frage gespalten ist. Vgl. zum aktuellen Stand von Rechtsprechung und Lehre z.B. JACQUELINE BURCKHARDT BERTOSSA, Kommentar zu Art. 626-632, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 626 ZGB N 16 ff; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht, Band 2, Basel 2015, 333 f., und weitergehend zur Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten PAUL EITEL, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung (Art. 626-632 ZGB), Bern 2004 (zit. BK-EITEL), Art. 626 ZGB N 146 ff.

sitiver Natur. Der Erblasser kann ausdrücklich anordnen, dass die Zuwendung nicht der Ausgleichung unterliegt (sog. Ausgleichungsdispens).

d) Wichtig ist sodann, dass die Ausgleichung gemäss Art 626 Abs. 2 ZGB ein **Institut des gesetzlichen Erbrechts** ist. Weicht der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen von den gesetzlichen Erbquoten ab, indem er beispielsweise einen Sohn zu Gunsten seiner Tochter auf den Pflichtteil setzt, kommt das gesetzliche Ausgleichungsrecht gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB nicht zur Anwendung⁴. Vorbehalten bleibt hier der Fall, dass trotz Vorliegens einer Verfügung von Todes wegen die einzelnen Erbteile der Nachkommen unter sich weiterhin im Verhältnis wie bei gesetzlicher Erbfolge stehen, mithin die Nachkommen untereinander immer noch zu gleichen Teilen erben. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Erblasser seine beiden Kinder zu Gunsten des überlebenden Ehegatten auf den Pflichtteil setzt. Hier bleiben die beiden Kinder gestützt auf Art. 626 Abs. 2 ZGB ausgleichungsberechtigt und ausgleichungsverpflichtet⁵.

e) **Art. 626 Abs. 1 ZGB** stellt ebenfalls eine Vermutung auf, freilich gerade im umgekehrten Sinne als Art. 626 Abs. 2 ZGB. Die Bestimmung betrifft das Verhältnis zwischen dem Erblasser und den gesetzlichen Erben. Die Ausgleichung wird gesetzlich nicht vermutet, sondern setzt eine entsprechende Anordnung des Erblassers voraus. Man spricht deshalb von der gewillkürten Ausgleichung. Ausgleichungsschuldner ist derjenige Erbe, dem der Erblasser die Ausgleichung positiv auferlegt⁶. Ausgleichungsgläubiger sind entsprechend die übrigen Erben.

f) Die gesetzliche Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB ist in der **Praxis** weit bedeutsamer als die gewillkürte Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 1 ZGB. Es soll deshalb kurz auf die Modalitäten der gesetzlichen Ausgleichung eingetreten werden.

⁴ Vgl. BGE 124 III 102 ff.

⁵ Vgl. zum Ganzen BK-EITEL (Fn. 3), Art. 626 ZGB N 136 ff.

⁶ Das kann selbst ein eingesetzter Erbe sein, was in der Praxis freilich kaum je vorkommt. Man spricht diesfalls von der sog. uneigentlichen Ausgleichung; vgl. z.B. WOLF/GENNA (Fn. 3), S. 323.

2. Modalitäten der gesetzlichen Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB

a) Eine lebzeitige Zuwendung des Erblassers an einen Nachkommen kann nur dann ausgleichungspflichtig sein, wenn sie **in objektiver Hinsicht** zumindest teilweise unentgeltlich erfolgt ist. Bei vollständiger Entgeltlichkeit fliesst ein entsprechender Gegenwert in das Vermögen des Erblassers, so dass dieses keine Wertreduktion erfahren hat und sich somit die Frage einer späteren Ausgleichungspflicht nicht stellen kann. Wann liegt eine zumindest teilweise Unentgeltlichkeit vor? Einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 2009⁷ ist zu entnehmen, dass eine Differenz von 15.39% zwischen dem seinerzeitigen Verkehrswert des übertragenen Gutes und dem vereinbarten Kaufpreis gemäss dem Urteil der Vorinstanz und mit Billigung des Bundesgerichts das fragliche Rechtsgeschäft noch als ein solches entgeltlicher bzw. noch nicht als teilweise unentgeltlicher Natur qualifizieren liess. Im Verhältnis zwischen dem Erblasser und den Nachkommen ist dabei auch der Umstand zu berücksichtigen, dass mässige Preisvergünstigungen bei Käufen und Verkäufen innerhalb der Familie üblich sind. Im Sinne einer Faustregel ist m.E. die teilweise Unentgeltlichkeit dann anzunehmen, wenn der unentgeltliche Teil des Geschäfts 20% oder mehr beträgt⁸.

b) **In subjektiver Hinsicht** setzt eine teilweise unentgeltliche Zuwendung voraus, dass der Erblasser und der Zuwendungsempfänger die zu tiefe Gegenleistung bewusst unter dem wirklichen Wert des übertragenen Guts festgelegt haben, um die Differenz dem Empfänger zukommen zu lassen. Dabei verlangt die Rechtsprechung, dass der Erblasser dieses Missverhältnis tatsächlich erkannt hat; blosser Erkennbarkeit genügt nicht⁹.

⁷ Vgl. BGer. 5A_477/2008 vom 11.8.2009.

⁸ Ähnliches gilt im *Steuerrecht*. So kennt z.B. der Kanton Zürich die Praxis, dass steuerrechtlich eine gemischte Schenkung zwischen dem (späteren) Erblasser und dem Nachkommen bejaht wird (und damit in concreto eine Grundstückgewinnsteuer bei Übertragung eines Grundstücks aufgeschoben wird), wenn der unentgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts etwa 25% oder mehr beträgt, wobei im Sinne einer Einzelfallbetrachtung auch Sätze unter 25% steuerrechtlich noch Schenkungen sein können (vgl. zum Ganzen FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS-ULRICH MEUTER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Auflage, Zürich 2013, § 216 N 193). Eine Übertragung, die steuerrechtlich als gemischte Schenkung qualifiziert wird, sollte daher auch zivil- bzw. ausgleichungsrechtlich als eine solche angesehen werden.

⁹ Letzteres wird m.E. zu Recht kritisiert; vgl. z.B. WALTER STICHER, Gemischte Schenkung – Zuwendungsabsicht als Bedingung der Herabsetzung, *successio* 7 (2013) 57 ff.

c) Nach der **bundesgerichtlichen Rechtsprechung** kann es sodann nur dann zur Ausgleichung kommen, wenn die entsprechende Zuwendung Versorgungs- bzw. Ausstattungscharakter hat. Sie muss somit der Begründung, Sicherung oder Verbesserung der Existenz des Zuwendungsempfängers dienen¹⁰. Eine gewichtige Ausnahme macht das Bundesgericht mit Bezug auf Grundstücke. Die ganz oder teilweise unentgeltliche lebzeitige Übertragung eines Grundstücks stellt prinzipiell stets ein ausgleichungspflichtiges Geschäft dar, ungeachtet der Motive, die der Transaktion zugrunde liegen¹¹. Nach einem beachtlichen Teil der Lehre soll es dagegen nicht auf den Ausstattungscharakter ankommen; vielmehr soll jede Grosszuwendung ausgleichungspflichtig sein¹².

d) Im Anwendungsbereich von Art. 626 Abs. 2 ZGB gibt es **keine zeitliche Schranke** in die Vergangenheit zurück. Eine Zuwendung ist deshalb auch dann ausgleichungspflichtig, wenn sie Jahre oder gar Jahrzehnte vor dem Erbgang erfolgt ist.

e) Gemäss der (dispositiven) Bestimmung von Art. 630 Abs. 1 ZGB ist für die Ausgleichung der **Verkehrswert** des seinerzeit übertragenen Gutes im Zeitpunkt des Todes des Erblassers und nicht etwa im Zeitpunkt des Übertragungsaktes massgebend. Das zeitigt bei Geldzuwendungen insofern keine praktischen Konsequenzen, als hier ohnehin das Nominalwertprinzip gilt. Bei Sachzuwendungen (z.B. Grundstücken oder Aktien) profitiert hingegen der ausgleichungsberechtigte Erbe von einer konjunkturellen Wertsteigerung des seinerzeit übertragenen Gutes im Zeitraum zwischen der Übertragung und dem Todestag.

f) Das Gesetz kennt **keine Zinspflicht** mit Bezug auf lebzeitige Zuwendungen. Eine solche kann jedoch der Erblasser anordnen.

g) Bei sogenannten **gemischten Schenkungen** ist nach feststehender Rechtsprechung¹³ die **Quotenmethode** anzuwenden. Sie bedeutet, dass der entgeltliche Teil und der unentgeltliche Teil der Zuwendung anhand der Wertverhältnisse im Zeitpunkt des Übertragungsaktes proportional, d.h. in Prozenten, festgesetzt wer-

¹⁰ Vgl. z.B. BGE 116 II 667 ff.

¹¹ Vgl. BGE 131 III 49 ff.

¹² Vgl. zu dieser Grundsatzfrage, nämlich ob die gesetzliche Ausgleichung auf dem Konzept der Versorgungskollation oder der Schenkungskollation fusst, BK-EITEL (Fn. 3), Art. 626 ZGB N 76 ff.

¹³ Vgl. z.B. BGE 120 II 417 ff.

den. Diese Verhältniszahl wird gleichsam eingefroren und auf den Verkehrswert des übertragenen Gutes im Zeitpunkt des Todes übertragen. Der konkrete Ausgleichsbetrag entspricht dem Prozentsatz des unentgeltlichen Teils des Geschäfts mit diesem Verkehrswert per Todestag.

h) Ausgleichsrecht ist ganz generell **dispositives Recht**. Der Erblasser kann beliebige Ausgleichsordnungen treffen oder solche mit dem Zuwendungsempfänger und/oder den weiteren Erben vertraglich vereinbaren. Es handelt sich dabei materiell um Verfügungen von Todes wegen, die jedoch nicht der Form der Verfügungen von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) bedürfen. Das Gesetz verlangt lediglich, dass ein Ausgleichsdispens nach Art. 626 Abs. 2 ZGB „**ausdrücklich**“ sein muss. In diesem Sinne kann es keinen konkludenten Ausgleichsdispens geben.

i) **Positive Ausgleichsordnungen und (umgekehrt) Ausgleichsdispense** werden zwar häufig gleichzeitig mit dem Zuwendungsakt getroffen. Es ist aber auch zulässig, dass der Erblasser erst nachträglich eine Ausgleichspflicht anordnet¹⁴ oder (wieder umgekehrt) erst nachträglich von der Ausgleichung dispensiert. Vorbehalten bleibt hier allerdings eine vertragliche Vereinbarung des Erblassers mit dem Zuwendungsempfänger oder dem oder den Miterben, die in dem Sinne bindenden Charakter hat, als der Erblasser punkto Ausgleichung später nichts anderes mehr anordnen kann¹⁵. Auch eine Ausgleichspflicht „auf Vorrat“, das heisst eine allgemeine Anordnung des Erblassers, dass ein Erbe oder mehrere Erben alle zukünftig jemals erfolgenden Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen habe bzw. haben, ist zulässig¹⁶.

¹⁴ Das entspricht der herrschenden Lehre. A.M. dagegen das Bundesgericht in BGE 76 II 197 ff., vgl. zum Ganzen z.B. STEFAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N 1970.

¹⁵ Die Frage, wann eine derartige vertragliche Bindungswirkung anzunehmen ist oder nicht, ist eine solche der Vertragsauslegung und damit der Einzelfallbetrachtung unterworfen. Sie kann schwierig zu beantworten sein. Vgl. zu einem illustrativen Beispiel ALEXANDRA ZEITER, Urteil vom 16. Februar 2007, Widerrufe von Ausgleichsordnungen – BGer. 5C.202/2006, successio I (2007) 268 ff.

¹⁶ Vgl. BGE 126 III 171 ff.

II. Die Herabsetzung

1. Die Grundnorm (Art. 527 ZGB)

a) Art. 527 ZGB definiert abschliessend diejenigen Rechtsgeschäfte unter Lebenden¹⁷, die wie die Verfügungen von Todes wegen herabsetzbar sind, mithin pflichtteilsrelevant sind. Die Norm lautet wie folgt:

Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

- 1. die Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind;*
- 2. die Erbabfindungen und Auskaufsbeträge;*
- 3. die Schenkungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte, oder die er während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke;*
- 4. die Entäusserung von Vermögenswerten, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat.*

b) Im vorliegenden Kontext interessiert insbesondere **Art. 527 Ziff. 1 ZGB**. Die Bestimmung unterstellt diejenigen lebzeitigen Zuwendungen mit Ausstattungscharakter der Herabsetzung, „*wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind*“. Damit ist der Konnex zu Art. 626 ZGB hergestellt. Eine lebzeitige Zuwendung ist nach dem schweizerischen System von Ausgleichung und Herabsetzung zuerst immer unter dem Ausgleichungsrecht zu prüfen. Ist die Zuwendung in concreto ausgleichungspflichtig, und kommt es auch tatsächlich zur Ausgleichung, was z.B. auch voraussetzt, dass der Ausgleichungsschuldner Erbenstellung hat, stellt sich die Frage nach der Herabsetzbarkeit und des Pflichtteilsrechts mit Bezug auf diese Zuwendung erst gar nicht. Nur wenn die Zuwendung aus irgendeinem Grunde nicht der Ausgleichung unterworfen ist, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sie gegebenenfalls nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB (oder nach Art. 527 Ziff. 2-4 ZGB) herabsetzbar ist.

c) Was die Schenkungen anbelangt, ist **Art. 527 Ziff. 3 ZGB** einschlägig. Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das schweizerische Recht jedoch kein

¹⁷ Versicherungsansprüche (vgl. zu diesen Art. 476 und 529 ZGB) ausgenommen, die hier nicht weiter thematisiert werden.

Abschmelzungsmodell, sondern vielmehr eine „entweder/oder“-Regelung. Schenkungen, die der Erblasser während der letzten fünf Jahre vor seinem Tode ausgerichtet hat, sind nach dieser Bestimmung mit dem vollen Wert der Schenkung, welcher dieser im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zukommt, herabsetzbar. Wird die Schenkung auch nur einen Tag früher ausgerichtet, kann sie nicht unter Art. 527 Ziff. 3 ZGB fallen.

d) **Art. 527 Ziff. 4 ZGB** hat Auffangfunktion. Soweit eine lebzeitige Zuwendung nicht unter Art. 527 Ziff. 1-3 ZGB subsumiert werden kann, ist sie nach Art. 527 Ziff. 4 ZGB gleichwohl – ohne zeitliche Schranke in die Vergangenheit zurück – dann herabsetzbar, wenn sie als eine Entäusserung von Vermögenswerten qualifiziert werden kann. Das Gesetz verlangt freilich, dass der Erblasser die Entäusserung offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfordert dies zumindest Eventualvorsatz in dem Sinne, als der Erblasser im Zeitpunkt der fraudulösen Zuwendung und nach Massgabe seiner Vermögensverhältnisse in diesem Zeitpunkt eine Verletzung der Pflichtteile seiner Pflichtteilserben in Kauf genommen hat¹⁸. Die Voraussetzungen von Art. 527 Ziff. 4 ZGB in einem strittigen Prozess zu beweisen, stellt mithin für den Pflichtteilserben in der Praxis ein schwieriges Unterfangen dar¹⁹.

e) Unserem Thema der lebzeitigen Zuwendungen folgend, soll jetzt noch kurz auf die **Modalitäten von Art. 527 Ziff. 1 ZGB** eingegangen werden.

2. Modalitäten von Art. 527 Ziff. 1 ZGB

a) Weil nach Art. 626 ZGB ein Ausgleichungsschuldner stets und systemimmanent Erbenstellung haben muss, ist ein Empfänger einer lebzeitigen Zuwendung dann nicht ausgleichungspflichtig, wenn er den Nachlass ausschlägt, vorverstorben, erbunwürdig oder enterbt worden ist und kein Dritter gestützt auf Art.

¹⁸ Vgl. BGE 128 III 314 ff.

¹⁹ Das – soweit ersichtlich – neueste Urteil des Bundesgerichts zu Art. 527 Ziff. 4 ZGB ist BGer. 5A_267/2016 vom 18.1.2017. In diesem Urteil stand allerdings nicht eine lebzeitige Zuwendung auf dem Prüfstand, sondern ein Verzicht eines späteren Erblassers auf Rechtsansprüche, die ihm aus Güter- und Erbrecht zugestanden wären. Diese Verzichtshandlung bzw. die Unterlassung der Geltendmachung der Rechtsansprüche hat das Bundesgericht in casu als eine Entäusserung von Vermögenswerten im Sinne von Art. 527 Ziff. 4 ZGB qualifiziert.

627 ZGB an seine Stelle tritt oder wenn, wie gesehen²⁰, der Erblasser die gesetzliche Erbfolge abgeändert und damit das Ausgleichungsrecht „ausgeschaltet“ hat. In all diesen Fällen können die pflichtteilsberechtigten Erben die Herabsetzung der lebzeitigen Zuwendung gestützt auf Art. 527 Ziff. 1 ZGB reklamieren. Weitergehend und der sogenannten objektiven Theorie folgend, unterstellt das Bundesgericht eine lebzeitige Zuwendung aber auch dann Art. 527 Ziff. 1 ZGB, wenn der Erblasser den Zuwendungsempfänger im Sinne von Art. 626 Abs. 2 ZGB ausdrücklich von der Ausgleichung dispensiert hat²¹. Tatsächlich ist diese Konstellation der in der Erbrechtspraxis häufigste Anwendungsfall von Art. 527 Ziff. 1 ZGB. Daneben haben aber auch lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an den Ehegatten praktische Relevanz, weil sie gemäss Bundesgericht ebenfalls unter Art. 527 Ziff. 1 ZGB fallen können²².

b) Ist Art. 527 Ziff. 1 ZGB anwendbar, erfolgt mit Bezug auf die fragliche Zuwendung eine Hinzurechnung und gegebenenfalls Herabsetzung²³ **ohne zeitliche Schranke** in die Vergangenheit zurück, und es gilt mit Bezug auf diese Zuwendung ebenfalls die **Quotenmethode**, falls es sich dabei um eine gemischte Schenkung handelt²⁴.

c) Im Pflichtteilsrecht kommt für Wertfragen stets das **Todestagsprinzip** zur Anwendung (vgl. Art. 474 Abs. 1 und Art. 537 Abs. 2 ZGB). Allein und abschliessend nach Massgabe der Wertverhältnisse im Zeitpunkt des Todes des Erblassers entscheidet sich somit, ob und wenn ja, in welchem Betrag, eine Pflichtteilsverletzung vorliegt oder nicht. Weder kann eine Pflichtteilsverletzung aufgrund von Wertveränderungen nach dem Tode des Erblassers entstehen, noch kann eine solche aufgrund von Wertsteigerungen nach dem Tode des Erblassers nachträglich „geheilt“ werden.

²⁰ Vgl. A. I. 1. vorstehend.

²¹ Vgl. z.B. BGE 126 III 171 ff. Dem steht die sogenannte subjektive Theorie entgegen, der zufolge eine Zuwendung gerade nicht „auf Anrechnung an den Erbteil“ im Sinne von Art. 527 Ziff. 1 ZGB erfolgen kann und damit gemäss dieser Bestimmung nicht herabsetzbar ist, wenn der Erblasser den Zuwendungsempfänger ausdrücklich von der Ausgleichung befreit hat; vgl. zu diesem Theorienstreit z.B. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Kommentar zu Art. 522-533 ZGB, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 527 ZGB N 11 f.

²² Vgl. BGE 107 II 119 ff.

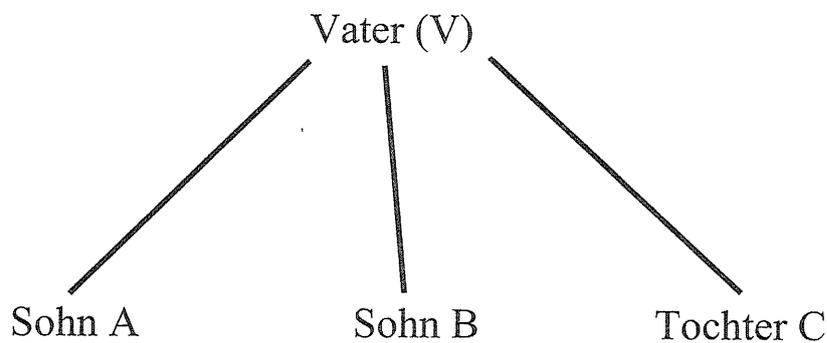
²³ Ob die fragliche Zuwendung vom in seinem Pflichtteil verletzten Erben tatsächlich herabgesetzt werden kann, beantwortet sich nicht nach Massgabe von Art. 527 ZGB, sondern ist eine Frage der sogenannten Herabsetzungsreihenfolge gemäss Art. 532 ZGB.

²⁴ Vgl. dazu A. I. 2. vorstehend.

d) Ganz im Gegensatz zum Ausgleichungsrecht handelt es sich beim Herabsetzungsrecht um **zwingendes Recht**, das der Disposition des Erblassers grundsätzlich entzogen ist²⁵. Das Pflichtteilsrecht hat nach schweizerischem Recht stets die Funktion eines „Rettungsankers“ für den pflichtteilsberechtigten Erben. Pflichtteile werden im Sinne einer Schattenrechnung bzw. Kontrollrechnung berechnet und dem Erbbetreffnis des pflichtteilsberechtigten Erben gegenübergestellt, das diesem in der Erbteilung²⁶ effektiv zukommt. Liegt dieses Betreffnis betragsmässig über dem Pflichtteil, hat es damit sein Bewenden. Im umgekehrten Falle hat der pflichtteilsberechtigter Erbe Anspruch darauf, dass ihm sein Betreffnis bis maximal zum Pflichtteil „angereichert“ wird. Mithin hat das Pflichtteilsrecht Auffüllfunktion.

e) Die Mechanik von Ausgleichung und Herabsetzung soll nun anhand eines konkreten (**fiktiven**) **Beispiels** aufgezeigt werden.

III. Ein (fiktives) Beispiel zur Mechanik



Reiner Nachlass²⁷:

CHF 1'000'000.00

²⁵ Vorbehalten bleiben die – auf einseitiger Anordnung des Erblassers beruhende – Enterbung gemäss Art. 477 ff. ZGB und der – mit Zustimmung des Pflichtteilerben und damit zweiseitig vereinbarte – Erbverzicht gemäss Art. 495 ff. ZGB. Enterbung und Erbverzicht sind denn auch nach schweizerischem Recht dogmatisch nicht konträre Rechtsinstitute, wird doch der Erbverzicht zumindest nach neuerer Lehre als „vertraglich vereinbarte Enterbung“ und damit wie die Enterbung als eine erblasserische Verfügung von Todes wegen verstanden; vgl. z.B. STEFAN GRUNDMANN, Kommentar zu Art. 494-497 ZGB, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 495 ZGB N 6.

²⁶ Sei diese entweder nach Intestaterbrecht oder nach Massgabe einer anwendbaren Verfügung von Todes wegen des Erblassers durchzuführen.

²⁷ Man spricht auch vom sog. relictum.

Zuwendung des Erblassers an Sohn A sieben Jahre vor dem Tod für Erwerb Arztpraxis ²⁸ :	CHF	440'000.00
Teilungsmasse:	CHF	1'440'000.00
Erbteil pro Erbe ($\frac{1}{3}$):	CHF	480'000.00
Erbanspruch A (CHF 480'000.00 ./ CHF 440'000.00):	CHF	40'000.00
Erbanspruch B:	CHF	480'000.00
Erbanspruch C:	CHF	480'000.00
Total reiner Nachlass:	CHF	1'000'000.00

Variation des Sachverhalts (Ausgleichsdispens)²⁹:

reiner Nachlass:	CHF	1'000'000.00
Teilungsmasse: ³⁰	CHF	1'000'000.00
Erbteil pro Erbe ($\frac{1}{3}$):	CHF	333'333.33
Erbanspruch A:	CHF	333'333.33
Erbanspruch B:	CHF	333'333.33
Erbanspruch C:	CHF	333'333.33
Total reiner Nachlass:	CHF	1'000'000.00

Kontrollrechnung für Pflichtteile³¹:

Pflichtteilsberechnungsmasse ³² :	CHF	1'440'000.00
Pflichtteil pro Erbe ($\frac{1}{3} \times \frac{3}{4}$ ³³ = $\frac{1}{4}$):	CHF	360'000.00
→ Pflichtteile der Erben B und C sind verletzt um je ³⁴	CHF	26'667.66

²⁸ Diese Zuwendung hat fraglos Ausstattungskarakter, so dass sie ungeachtet des Theorienstreits (Versorgungskollation vs. Schenkungskollation; vgl. dazu A. I. 2. vorstehend) von Sohn A gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB zur Ausgleichung zu bringen ist.

²⁹ Es wird angenommen, dass der Vater V den Sohn A mit Bezug auf die Zuwendung sieben Jahre vor dem Tod ausdrücklich von der Ausgleichung befreit hat.

³⁰ Die Teilungsmasse ist rechnerisch mit dem reinen Nachlass identisch, da keine Ausgleichungsstatbestände zu berücksichtigen sind.

³¹ Aus der Sicht von Sohn B und Tochter C stellt sich die Frage, ob das Ergebnis der Erbteilung, wonach jeder der drei Geschwister und damit auch ihr Bruder A je einen Drittel des reinen Nachlasses erhalten, den Pflichtteil von B und C verletzt oder nicht.

³² Die Zuwendung an Sohn A von CHF 440'000.00 ist qua Art. 527 Ziff. 1 ZGB – der objektiven Theorie (vgl. dazu A. II. 2. vorstehend) folgend – zum reinen Nachlass bzw. zur Teilungsmasse von CHF 1'000'000.00 hinzuzurechnen.

³³ Gemäss Art. 471 Ziff. 1 ZGB beträgt der Pflichtteil für einen Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs.

³⁴ Das Ergebnis der Erbteilung, je CHF 333'333.33, wird dem Pflichtteil von je CHF 360'000.00 gegenübergestellt.

Erbteilung unter Berücksichtigung der Pflichtteile von B und C:

Erbanspruch B (= Pflichtteil):	CHF	360'000.00
Erbanspruch C (= Pflichtteil):	CHF	360'000.00
Erbanspruch A ³⁵ :	CHF	280'000.00
Total reiner Nachlass:	CHF	1'000'000.00

B. Der Umgang des Willensvollstreckers mit lebzeitigen Zuwendungen/Verfügungen

I. Die „Ausführung“ der Teilung gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB

1. Der Gesetzeswortlaut

a) Während das deutsche Recht dem Testamentsvollstrecker im BGB ganze 32 Artikel widmet, begnügt sich das schweizerische Recht für den Willensvollstrecker mit gerade einmal zwei gesetzlichen Bestimmungen, nämlich Art. 517 und 518 ZGB. In Art. 518 Abs. 2 ZGB gibt das Gesetz dem Willensvollstrecker gleichsam sein Pflichtenheft auf, soweit der Erblasser sich dazu in seinem die Willensvollstreckung anordnenden Testament nicht näher geäussert hat, was in der Praxis die Ausnahme darstellt. **Art. 518 Abs. 2 ZGB** lautet wie folgt³⁶:

Sie haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen.

³⁵ Sohn B und Tochter C können in der Erbteilung maximal ihren Pflichtteil von je CHF 360'000.00 fordern, so dass für Sohn A noch ein Erbbetreffnis von CHF 280'000.00 verbleibt. Im Ergebnis resultiert trotz Wahrung der Pflichtteile von Sohn B und Tochter C eine signifikante Bevorzugung von Sohn A, indem dieser mit total CHF 720'000.00 (lebzeitige Zuwendung von CHF 440'000.00 und Erbbetreffnis von CHF 280'000.00) genau doppelt so viel wie der Sohn A und die Tochter B mit je CHF 360'000.00 erhalten hat. Dieses für die Erbrechtspraxis durchaus realitätsbezogene Beispiel zeigt, dass selbst beim im Gegensatz zum deutschen Recht höheren Pflichtteil der Nachkommen nach schweizerischem Recht doch beträchtlicher Gestaltungsspielraum für den Erblasser besteht. Allerdings nimmt dieser Gestaltungsspielraum im Gleichlauf mit einer allfälligen Vermögensverminderung des Erblassers auf sein Lebensende hin ab, weil das Todestagsprinzip bewirkt, dass eine lebzeitige Zuwendung umso eher zur Pflichtteilsverletzung tendiert, wie kleiner das Vermögen des Erblassers bei seinem Tode ist.

³⁶ Hervorhebungen durch den Autor.

b) Der Wortlaut dieser Bestimmung könnte zur Annahme verleiten, dass der Willensvollstrecker die **Erbteilung ausführen** kann, nötigenfalls auch gegen den Willen einzelner oder eines Erben. Allein, diese Annahme ist verfehlt.

2. Keine Teilungskompetenz des Willensvollstreckers

Der Willensvollstrecker hat keine Teilungskompetenz in dem Sinne, als dass er die Erbteilung autoritativ herbeiführen könnte. Er hat in der Erbteilung lediglich eine **dienende Funktion**³⁷. Seine Aufgabe besteht darin, einen Teilungsplan zu erstellen bzw. einen Entwurf eines Erbteilungsvertrages auszuarbeiten und dadurch die Erbteilung vorzubereiten und die Erben zur Teilung hinzuführen. Die Erbteilung wird erst perfekt mit Abschluss eines schriftlichen Erbteilungsvertrages, die Fälle der Realteilung oder des gerichtlichen Urteils einmal ausgenommen. Der Erbteilungsvertrag bedarf der schriftlichen Zustimmung aller Erben³⁸. Der Willensvollstrecker ist nicht Partei des Erbteilungsvertrages, auch wenn es in der Praxis üblich ist, dass er ihn meistens ebenfalls mitunterzeichnet. Dies hängt aber nicht zuletzt damit zusammen, dass die Erben dem Willensvollstrecker in der Erbteilung regelmässig auch noch gewisse Vollzugsaufgaben übertragen. Verhält sich somit auch nur ein Erbe destruktiv, und verweigert er seine Zustimmung zum Erbteilungsvertrag, kann der Willensvollstrecker dieses Hindernis alleine nicht überwinden.

3. Pflicht zur Berücksichtigung von Tatbeständen der Ausgleichung und Herabsetzung

a) Der Willensvollstrecker ist verpflichtet, in seinen Teilungsvorschlag auch die **ausgleichungspflichtigen Zuwendungen aufzunehmen**³⁹. Wie wir gesehen haben⁴⁰, beeinflussen diese direkt die Erbbetreffnisse. Eine Erbteilung ohne Berücksichtigung von ausgleichungspflichtigen Zuwendungen ist nicht möglich.

³⁷ Vgl. statt aller HANS RAINER KÜNZLE, Kommentar zu Art. 517-518 ZGB, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2011, (zit. BK-KÜNZLE), Art. 517-518 ZGB, N 302.

³⁸ Dabei genügt einfache Schriftlichkeit auch dann bzw. ist öffentliche Beurkundung entbehrlich, wenn Grundstücke Gegenstand des Erbteilungsvertrags sind und den Erben zu Alleineigentum zugewiesen werden.

³⁹ Vgl. z.B. BK-KÜNZLE (Fn. 37), Art. 517-518 ZGB N 295.

⁴⁰ Vgl. das (fiktive) Beispiel in A. III. vorstehend.

b) Zuzolge des funktionellen Zusammenhangs zwischen der Ausgleichung und Herabsetzung muss der Willensvollstrecker auch die **Tatbestände der Herabsetzung** sowohl unter den Erben als auch im Verhältnis zu Dritten **aufführen**⁴¹.

c) Wie weit geht die Abklärungstiefe des Willensvollstreckers punkto Ausgleichung und Herabsetzung? Das Bundesgericht hat 1964 entschieden, dass der Willensvollstrecker, um die Erbteilung richtig ausführen zu können, sich auch über Ausgleichungsansprüche **erkundigen** muss⁴². Das bedeutet konkret, dass er bei den Erben aktiv nach derartigen Tatbeständen nachzufragen hat. Bei strittigen Sachverhalten hat er die ihm zumutbaren Abklärungen vorzunehmen, wie die Beschaffung von Bankunterlagen, Vertragsurkunden, Steuerakten etc. Ein gerichtliches Vorgehen des Willensvollstreckers gegen einen Erben mittels der Auskunftsklage, um die nötigen Informationen zu beschaffen, ist zwar prozessual möglich⁴³, doch müssen hierfür m.E. triftige Gründe sprechen, denn schliesslich prozessiert der Willensvollstrecker auf Kosten des Nachlasses. Als Beispiel kann auf ein Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahre 1994 hingewiesen werden, in welchem das Bundesgericht eine Klage eines Willensvollstreckers gegen eine renitente Witwe auf Auskunft in Bezug auf Kontobewegungen von total CHF 4.7 Mio. gutgeheissen hat⁴⁴.

d) Auf der anderen Seite der Skala gilt m.E., dass es **keine Pflicht** des Willensvollstreckers gibt, *nach Tatbeständen der Ausgleichung und/oder Herabsetzung gleichsam von sich aus zu forschen*, zumindest nicht ohne sachliche Anhaltspunkte. Es ist § auch der funktionelle Zusammenhang zum materiellen Recht und zum Prozessrecht zu beachten. Wir werden noch sehen, dass der Willensvollstrecker in Bezug auf die Ausgleichung und Herabsetzung keine Rechtsansprüche durchsetzen kann, die über Auskunftsbegehren hinausgehen⁴⁵. Dem muss entsprechen, dass auch seine Abklärungspflicht mit Bezug auf Tatbestände von Ausgleichung und Herabsetzung beschränkt ist.

⁴¹ Vgl. nochmals BK-KÜNZLE (Fn. 37), Art. 517-518 ZGB N 295.

⁴² Vgl. BGE 90 II 369 ff.

⁴³ Vgl. dazu hinten, B. IV. 1.

⁴⁴ Vgl. BGer. 5C.157/1993 vom 20.4.1994.

⁴⁵ Vgl. hinten, B. IV. 2. und B. IV. 4.

e) All dies kulminiert im Fazit, dass Ausgleichung und Herabsetzung nach schweizerischem Recht **primär Sache der Erben** und nicht des Willensvollstreckers sind.

II. Die Informationsbeschaffung durch den Willensvollstrecker

1. Die Auskunftspflicht der Erben

a) Wie gelangt der Willensvollstrecker zu den von ihm benötigten Informationen in Bezug auf Ausgleichung und Herabsetzung? Anzuknüpfen ist an die gesetzliche Auskunftspflicht unter den Erben gemäss **Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB**. Normadressaten mit Bezug auf diese Auskunftspflicht sind gemäss dem Gesetzeswortlaut die Erben, doch entspricht es bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Willensvollstrecker denselben Auskunftsanspruch hat wie ein Erbe⁴⁶.

b) Die **Rechtsprechung** ist überwiegend auskunftsfreundlich. Bereits 1994 hat das Bundesgericht entschieden, dass auch über sämtliche erbrechtlich relevanten lebzeitigen Vorgänge zu informieren ist⁴⁷. Des Weiteren ist ungeachtet des Güterrechtes Auskunft zu erteilen bzw. der Auskunftspflicht kann sich insbesondere der überlebende Ehegatte auch nicht unter Berufung auf güterrechtliche Verhältnisse entziehen⁴⁸. Und sehr weitgehend hat das Bundesgericht in einem Urteil vom 11. Januar 2016⁴⁹ die Auskunftspflicht eines beklagten Erben bejaht, der über Geldflüsse zwischen dem Erblasser und Gesellschaften Auskunft zu erteilen hatte, soweit er davon wusste. In casu war der Erbe einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft.

2. Die Auskunftspflicht Dritter

a) Ehemalige Vertragspartner des Erblassers, wie insbesondere Banken, sind dem Willensvollstrecker **gleich wie den Erben zur Auskunft verpflichtet**. Mit

⁴⁶ Vgl. BGE 132 III 677 ff.

⁴⁷ Vgl. BGer. 5C.157/1993 vom 20.4.1994.

⁴⁸ Vgl. BGE 127 III 396 ff.

⁴⁹ Vgl. BGer. 5A_994/2014 vom 11.1.2016.

Bezug auf die Rechtsanwälte mag sich das Problem des Anwaltsgeheimnisses stellen. Der diesbezügliche „leading case“ des Bundesgerichts⁵⁰ darf freilich nicht überbewertet werden. Es geht m.E. nicht an, dass ein Erblasser mit seinem Anwalt noch zu Lebzeiten vereinbaren könnte, dass dieser nach dem Ableben des Erblassers den Erben keine Auskunft über erbrechtlich relevante vermögensrechtliche Vorgänge – wie beispielsweise eine nach dem Willen des Erblassers geheim zu bleibende Zuwendung an einen (späteren) Miterben – erteilen dürfe, denn die Informationsansprüche der Erben stellen zwingendes Recht dar⁵¹. M.E. muss ein Anwalt mit Bezug auf die vermögensrechtlichen Aspekte des Mandats, die vererblich sind, den Rechtsnachfolgern des Erblassers Auskunft erteilen. Keine Auskunft ist gegebenenfalls mit Bezug auf nicht vermögensrechtliche und damit nicht vererbliche höchstpersönliche Informationen zu erteilen⁵².

b) Der Willensvollstrecker ist in der Lage, **bei Behörden und Ämtern Auskünfte einzuholen**. Zu denken ist beispielsweise an das Grundbuchamt und das Steueramt und auch an Gerichtsakten, soweit der Erblasser in entsprechenden Verfahren Parteistellung hatte.

c) In richterlicher Fortbildung von Art. 607 Abs. 3 ZGB und Art. 610 Abs. 2 ZGB hat das Bundesgericht auch die **Empfänger von lebzeitigen Zuwendungen** als gegenüber dem Willensvollstrecker bzw. den Erben **auskunftsverpflichtet** erachtet. Gemäss Bundesgericht ist dieser Dritte dann zur Auskunft verpflichtet, wenn er mit den Erben „**möglicherweise erbrechtlich verbunden**“ ist⁵³. Diese Formel bringt es genau auf den Punkt. Ob tatsächlich eine erbrechtliche Verbindung zwischen dem Dritten und den Erben besteht, steht im Stadium der Auskunftsklage noch nicht fest. Dies zu klären, ist gerade der Gegenstand des Auskunftsverfahrens. Im Ergebnis muss der Auskunftskläger somit lediglich plausibilisieren können, dass eine derartige erbrechtliche Verbindung zwischen ihm und dem auskunftsbeklagten Dritten möglicherweise besteht.

⁵⁰ BGE 135 III 597 ff.

⁵¹ STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Kommentar zu Art. 602-619 ZGB (Die Teilung der Erbschaft), in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2014, (zit. BK-WOLF/EGGEL), Art. 607 ZGB N 29.

⁵² Vgl. zu BGE 135 III 597 ff. auch RENÉ STRAZZER, Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis, *successio* 8 (2014) 113 ff., insb. 119 und Fn. 51, mit weiteren Hinweisen.

⁵³ Vgl. BGE 132 III 677 ff., insb. 687.

III. Die Informationspflicht des Willensvollstreckers

a) Gemäss Bundesgericht⁵⁴ ist der Willensvollstreckter verpflichtet, die Erben **über Tatbestände der Ausgleichung und Herabsetzung zu informieren**. Diese Informationspflicht spielt m.E. primär dann, wenn der Willensvollstreckter sich juristisch nicht kundigen oder nicht anwaltlich vertretenen Erben gegenüber sieht. Geschuldet ist von ihm eine objektive Information als Ausfluss seiner Neutralitätspflicht. Insbesondere hat er objektiv auf die Klagemöglichkeiten und hier speziell auf die Verwirkungsfrist der Herabsetzungsklage⁵⁵ hinzuweisen⁵⁶. Unterlässt er dies gegenüber einem unbeholfenen Erben, der alsdann zufolge Verwirkung der Herabsetzungsklage seiner Rechtsansprüche aus seinem Pflichtteilsrecht endgültig verlustig gehen sollte, so kann dies haftungsrelevant sein.

b) Klarzustellen ist, dass der Willensvollstreckter **keine eigentliche Rechtsberatung** betreiben darf, und schon gar nicht kommt eine Vertretung eines rechtsbedürftigen Erben durch den Willensvollstreckter in Frage. Er hat vielmehr auf die Notwendigkeit des Beizugs eines Anwalts hinzuweisen.

IV. Prozessuales

An dieser Stelle sollen einige Ausführungen zu den prozessualen Rechtsbehelfen der Erben und des Willensvollstreckers im Zusammenhang mit der Ausgleichung, Erbteilung und der Herabsetzung erfolgen. Diese sollen primär unter der Fragestellung ergehen, inwieweit der Willensvollstreckter zu diesen Rechtsbehelfen aktiv- und passivlegitimiert ist⁵⁷.

⁵⁴ Vgl. BGE 90 II 365 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu hinten, B.IV.4.

⁵⁶ Zutreffend BK-KÜNZLE (Fn. 37), N 225 und 295. BERNHARD CHRIST/MARK EICHNER, Kommentar zu Art. 517-518 ZGB, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 518 ZGB N 34, lehnen demgegenüber eine aktive Informationspflicht des Willensvollstreckers mit Bezug auf die Klagemöglichkeiten ab und befürworten lediglich eine Auskunftspflicht des Willensvollstreckers auf entsprechendes Ersuchen des bzw. der Erben hin. Dem kann m.E. jedenfalls mit Bezug auf juristisch nicht kundige Erben nicht gefolgt werden.

⁵⁷ Weiterführend sei insbesondere auf CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A., Zürich 2012, verwiesen.

1. Die Auskunftsklage

a) Zur Auskunftsklage ist Folgendes auszuführen: Wie bereits erwähnt⁵⁸, ist der **Willensvollstrecker** wie jeder Erbe und unabhängig von den Erben zu einer Auskunftsklage **aktivlegitimiert**. Diese Klage richtet sich entweder gegen einen Erben oder einen Dritten.

b) Als Korrelat zur Aktivlegitimation ist aber auch die **Passivlegitimation des Willensvollstreckers** gegeben. Er hat somit unter seinem Mandat gegenüber den Erben Auskunft zu erteilen und kann entsprechend ins Recht gefasst werden. Die Auskunftsklage unterliegt grundsätzlich keiner Verjährung und keiner Verwirkung, solange die Erbengemeinschaft unter den Erben andauert⁵⁹ und ~~z~~ im Verhältnis zum Willensvollstrecker – solange dieser seines Amtes waltet. Gegenüber Dritten ist die ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR⁶⁰ zu beachten.

c) Der **Gerichtsstand** für die Auskunftsklage liegt am letzten Wohnsitz des Erblassers (vgl. Art. 28 Abs. 1 ZPO⁶¹), soweit eine Klage unter den Erben zur Diskussion steht. Soll der Willensvollstrecker um Auskunft verklagt werden, so ist die Aufsichtsbeschwerde gegen ihn bei der Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZPO) unter laufendem Mandat der geeignete Rechtsbehelf. Im Verhältnis zu Dritten ist der allgemeine Wohnsitz- bzw. Sitzgerichtsstand gemäss Art. 10 ZPO einschlägig.

d) Um Auskunft kann nicht nur isoliert, sondern auch in Form einer **Stufenklage** im Sinne von Art. 85 ZPO prozessiert werden. Bei der Stufenklage handelt es sich um eine Kombination eines materiell-rechtlichen Hilfsanspruchs auf Information mit einem erbrechtlichen Hauptanspruch, wie z.B. auf Herabsetzung⁶².

⁵⁸ Vgl. vorne, B. II. 1.

⁵⁹ Selbst nach Auflösung der Erbengemeinschaft ist eine Auskunftsklage möglich, so z.B. wenn der Auskunftskläger nachträglich von angeblich neuen Nachlassaktiven erfährt und dies plausibilisieren kann; vgl. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 57), N 35.

⁶⁰ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 mit seitherigen Änderungen (SR 220).

⁶¹ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 mit seitherigen Änderungen (SR 272).

⁶² Vgl. z.B. BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 57), N 39, und für ein neueres Beispiel für einmal nicht das Erbrecht beschlagend BGE 140 III 409 ff.

2. Die Ausgleichungsklage

a) Ausgleichungsansprüche sind im Rahmen der Erbteilung und damit prozessual im Rahmen des Erbteilungsprozesses geltend zu machen. Als **selbstständige Feststellungsklage** losgelöst von der Erbteilungsklage⁶³ ist eine Ausgleichungsklage nur in Ausnahmefällen möglich. Die Problematik liegt beim schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO als Prozessvoraussetzung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dieses Feststellungsinteresse vom Ausgleichungskläger konkret darzulegen⁶⁴. Es kann beispielsweise dann bejaht werden, wenn ein praktisch unterschriftsreifer Erbteilungsvertrag vorliegt und die Erben nur noch mit Bezug auf eine einzige strittige Frage zur Ausgleichung Dissens haben. Lässt die gerichtliche Beurteilung dieser Frage es als wahrscheinlich erscheinen, dass dann der Erbteilungsvertrag abgeschlossen wird, kann das Feststellungsinteresse bejaht werden. Vorstellbar ist sodann auch die Konstellation, in welcher die Erben einen Teilungsaufschub im Sinne von Art. 604 Abs. 1 ZGB vereinbart haben. In einer solchen fortgesetzten Erbengemeinschaft kann ebenfalls das Bedürfnis bestehen, eine strittige Ausgleichungsfrage unter den Erben einer gerichtlichen Klärung zuzuführen. Zuzuführen des vereinbarten Teilungsaufschubes kann dies nicht in einem Erbteilungsprozess erfolgen⁶⁵.

b) Weil nach dem Gesagten die Ausgleichung primär Sache der Erben und nicht des Willensvollstreckers ist⁶⁶, ist für unsere Belange festzuhalten, dass der **Willensvollstrecker zur Ausgleichungsklage weder aktivlegitimiert noch passivlegitimiert** ist.

c) Mit Bezug auf die **Befristung** und den **Gerichtsstand** der Ausgleichungsklage gilt analog das, was zur Auskunftsklage unter den Erben ausgeführt worden ist (grundsätzlich keine Verjährung und Verwirkung und Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers)⁶⁷.

⁶³ Vgl. zu dieser sogleich hinten, B. IV. 3.

⁶⁴ Vgl. zum Ganzen BGE 123 III 49 ff. und weiterführend BK-EITEL (Fn. 3), Vorbemerkungen vor Art. 626 ZGB N 29 ff.

⁶⁵ Vgl. nochmals BK-EITEL (Fn. 3), Vorbemerkungen vor Art. 626 ZGB N 32.

⁶⁶ Vgl. vorne, B. I. 2.

⁶⁷ Vgl. vorne, B. IV. 1.

3. Die Erbteilungsklage

a) Die Erbteilungsklage ist eine der häufigsten erbrechtlichen Klagen. Thematisch sind in der Erbteilungsklage auch die **gegenseitigen Ausgleichsansprüche unter den Erben** einzubringen.

b) Der **Willensvollstrecker** ist zur Erbteilungsklage **weder aktiv- noch passivlegitimiert**. Wiederum kommen seine fehlenden materiell-rechtlichen Befugnisse in Bezug auf die Erbteilung prozessual zum Ausdruck. Entgegen vereinzelt anderen Meinungen in der Literatur ist an der fehlenden Aktivlegitimation des Willensvollstreckers zur Erbteilungsklage festzuhalten⁶⁸. Dies insbesondere auch deshalb, weil es nicht zutreffend sein kann, dass der Willensvollstrecker allen Erben einen unter Umständen langwierigen und kostspieligen Erbteilungsprozess aufzwingen kann, den keiner der Erben will. Die Freiheit jedes einzelnen Erben, gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB grundsätzlich jederzeit die Erbteilung zu verlangen, beinhaltet auch die Freiheit, sich für das Umgekehrte zu entscheiden und der (ungeteilten) Erbengemeinschaft gegenüber der Erbteilung den Vorzug zu geben.

c) Mit Bezug auf die **Befristung und den Gerichtsstand** der Erbteilungsklage gilt analog das, was zur Auskunftsklage unter den Erben ausgeführt worden ist (grundsätzlich keine Verjährung und Verwirkung und Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers)⁶⁹.

4. Die Herabsetzungsklage und die Herabsetzungseinrede

a) Die Herabsetzungsklage ist der prozessuale Behelf, mit welchem der in seinem **Pflichtteil** verletzte Erbe seinen Pflichtteil prozessual geltend macht.

b) **Aktivlegitimiert** kann daher nur ein pflichtteilsgeschützter Erbe sein. **Passivlegitimiert** ist der Empfänger der herabsetzbaren Zuwendung, sei dies ein Erbe oder ein Dritter.

⁶⁸ Eine Übersicht zum Meinungsstand findet sich z.B. bei BK-WOLF/EGGEL (zit. Fn. 51), Art. 604 ZGB N 48 insb. Fn. 154.

⁶⁹ Vgl. vorne, B. IV. 1.

c) Der **Willensvollstrecker** ist zur Herabsetzungsklage **weder aktivlegitimiert noch passivlegitimiert**. Die prozessuale Geltendmachung von Pflichtteilen oder die Abwehr entsprechender Ansprüche fallen eben nicht in sein Pflichtenheft.

d) Ganz im Unterschied zur Erbteilungsklage ist mit Bezug auf die Herabsetzungsklage die strenge **Frist von einem Jahr** gemäss Art. 533 Abs. 1 ZGB hervorzuheben. Sie hat in der Praxis überragende Bedeutung⁷⁰. Entgegen dem Gesetzeswortlaut handelt es sich nach feststehender Lehre und Rechtsprechung nicht um eine Verjährungsfrist, sondern um eine Verwirkungsfrist, die weder unterbrochen noch verlängert werden kann⁷¹.

e) Eine gewisse Abmilderung dieses strengen Fristenregimes sieht das Gesetz mit Art. 533 Abs. 3 ZGB vor. Gemäss dieser Bestimmung kann die Herabsetzung **einredeweise jederzeit** geltend gemacht werden. Allerdings setzt die Bestimmung zwingend voraus, dass der die Einrede erhebende Erbe zumindest Mitbesitz am Nachlass hat. Das ist gerade in den uns hier interessierenden Fällen, wo ein Willensvollstrecker im Amt ist, gerichtlich nicht restlos geklärt. Einzelne Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass es an diesem Erfordernis des Mitbesitzes fehlt, wenn ein Willensvollstrecker eingesetzt ist⁷². M.E. ist diesbezüglich zu differenzieren. In denjenigen Fällen, in denen der Pflichtteilsberechtigte gänzlich vom Nachlass ausgeschlossen worden ist (sog. virtueller Erbe), kann er tatsächlich nicht Mitbesitz im Sinne von Art. 533 Abs. 3 ZGB haben. Hier muss der virtuelle Erbe zwingend aktiv innerhalb der einjährigen Verwirkungsfrist auf Herabsetzung klagen⁷³. In allen anderen Fällen, in welchen die Erbenstellung des betreffenden Pflichtteilsberechtigten unbestritten ist, wenn er auch in seinem Pflichtteil verletzt sein mag, genügt jedoch m.E. der Erbenbesitz

⁷⁰ Vgl. nur wieder BGer. 5A_357/2016 vom 12.4.2017 und BGer. 5A_466/2016 ebenfalls vom 12.4.2017 als zwei Beispiele aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und dazu RENÉ STRAZZER, Zwei verirkte Herabsetzungsklagen, *successio* 11 (2017) 300 ff.

⁷¹ Vgl. statt aller BGE 138 III 354 ff., insb. 358.

⁷² So STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, *Schweizerisches Privatrecht, IV/1, Erbrecht*, Band 1, Basel 2012, S. 509.

⁷³ Vgl. zur Rechtsfigur des virtuellen Erben etwa DANIEL STAEHELIN, Kommentar zu Art. 470-476 ZGB, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 5. A.*, Basel 2015, Art. 470 ZGB N 4, sowie zu einem illustrativen Anwendungsfall RENÉ STRAZZER/ALEXANDRA ZEITER, „Neues vom virtuellen Erben“, *successio* 7 (2013) 142 ff.

im Sinne von Art. 560 Abs. 2 ZGB⁷⁴. Solange die Frage jedoch nicht höchststrich-terlich geklärt ist, ist aus Gründen der Vorsicht in all diesen Fällen, wo ein Willensvollstrecker seines Amtes waltet, zur fristgerechten (!) Erhebung der Herabsetzungsklage zu raten.

f) Der zweite, wohl noch gewichtigere **Stolperstein bei der einredeweisen Geltendmachung** der Herabsetzung besteht darin, dass im Falle einer erfolgreichen Herabsetzung maximal 100 Prozent des reinen Nachlasses als Vollstreckungssubstrat zur Verfügung stehen⁷⁵. Mit anderen Worten ist es dem Pflichtteilsrben verwehrt, nach Ablauf der Verwirkungsfrist für die Herabsetzungsklage unter Berufung auf die Herabsetzungseinrede auf das Privatvermögen des Herabsetzungsbeklagten zu greifen. Dies kann freilich dann geboten sein, wenn eine betragsmässig hohe herabsetzbare lebzeitige Zuwendung mit einem vergleichsweise tiefen reinen Nachlass zusammenfällt. Im Beispiel, das weiter vorne erläutert worden ist⁷⁶, stellt demgegenüber die einredeweise Geltendmachung der Herabsetzung für den Sohn B und die Tochter C kein Problem dar. Die Pflichtteilsverletzung beläuft sich aus deren Sicht „nur“ auf einen Betrag von je CHF 26'667.66 bzw. der Pflichtteil beträgt je CHF 360'000.00, und der reine Nachlass von CHF 1 Mio. reicht allemal aus, um diese beiden Pflichtteile in der Erbteilung zu befriedigen⁷⁷.

V. Praktische Vorgehensweise

Im Folgenden sollen einige Aspekte thematisiert werden, wie ein Willensvollstrecker mit lebzeitigen Zuwendungen und Verfügungen des Erblassers praktisch umgehen kann.

⁷⁴ So neuerdings auch BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Habil., Zürich 2017, N 867 mit weiteren Hinweisen, dies im Zusammenhang mit der Ungültigkeitseinrede gemäss Art. 521 Abs. 3 ZGB. Art. 521 Abs. 3 ZGB (Ungültigkeitseinrede) und Art. 533 Abs. 3 ZGB (Herabsetzungseinrede) sind freilich Parallelnormen gleichen Inhalts.

⁷⁵ Vgl. BGE 120 II 417 ff.

⁷⁶ Vgl. vorne, A. III.

⁷⁷ Vgl. nochmals vorne, A. III.

1. Der steuerrechtliche Inventarfragebogen

a) Im Rahmen der steuerrechtlichen Inventarisierung des Nachlasses ist ein Willensvollstrecker gemäss Art. 157 DBG⁷⁸ verpflichtet, über alle Verhältnisse, die für die Feststellung der Steuerfaktoren des Erblassers von Bedeutung sein können, Auskunft zu erteilen⁷⁹. Im Kanton Zürich hat ein Willensvollstrecker zu diesem Zwecke die Steuererklärung per Todestag, einen Inventarfragebogen und ein Tresoröffnungsprotokoll auszufüllen und einzureichen. Im Inventarfragebogen wird unter anderem konkret die folgende *Frage* gestellt:

Sind bereits zu Lebzeiten des/der Verstorbenen Erbvorbezüge bzw. Schenkungen geleistet worden? Wenn ja, bitte auflisten oder Kopien der Schenkungssteuererklärung beilegen.

b) Diese Fragestellung erfordert vom **Willensvollstrecker**, dass er bereits zu einem frühen Zeitpunkt nach dem Tode des Erblassers **mit den Erben Rücksprache** nimmt. Er hat den Inventarfragen selbstredend vollständig und wahrheitsgetreu zu beantworten, dies unter Androhung der üblichen steuerverfahrensrechtlichen und steuerstrafrechtlichen Nachteile gemäss Art. 174 und Art. 178 DBG, nämlich Bestrafung wegen Verletzung von Verfahrenspflichten und/oder wegen Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von Nachlasswerten im Inventarverfahren⁸⁰. Kann der Willensvollstrecker die Frage aufgrund seines Wissensstandes nicht beantworten, hat er dies gegenüber der Steuerbehörde so auch transparent auszuführen.

2. Die steuerrechtliche Deklarationspflicht des Schenkers und Beschenkten

a) Schenkungen sind in der ordentlichen Steuererklärung desjenigen Jahres, in welchem sie ausgerichtet worden sind, sowohl vom Schenker als auch vom Beschenkten zu deklarieren. Diese Deklarationspflicht besteht unbeschrieben um

⁷⁸ Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 mit seitherigen Änderungen (SR 642.11).

⁷⁹ Wörtlich gleichlautende oder praktisch gleichlautende Bestimmungen kennen auch die Steuergesetze der Kantone für die Belange der kantonalen und kommunalen Steuern; vgl z.B. § 166 Abs. 1 lit. a des Steuergesetzes des Kantons Zürich (StG) vom 8. Juni 1997 mit seitherigen Änderungen, Ordnungsnummer 631.1; abrufbar unter http://www.lexfind.ch/dta/17341/2/631.1_8.6.97_99.pdf.

⁸⁰ Auch diesbezüglich sehen die kantonalen Steuergesetze analoge Bestimmungen vor.

eine allfällige Schenkungssteuerpflicht der Zuwendung. Eine derartige Schenkungssteuerpflicht ist heute in den meisten Fällen nicht mehr gegeben, weil Schenkungen unter Ehegatten und zwischen dem Schenker und seinen Nachkommen in der Schweiz nur noch von wenigen Kantonen besteuert werden⁸¹. Liegt indessen eine steuerbare Schenkung vor, muss der Beschenkte eine spezielle **Schenkungssteuererklärung** einreichen. Im Kanton Zürich muss dies beispielsweise binnen drei Monaten nach Vollzug der Schenkung erfolgen (vgl. § 34 Abs. 1 ESchG ZH⁸²).

b) Aufgrund dieser steuerrechtlichen Deklarationspflicht kann der Willensvollstrecker mittels **Einsicht in die Steuerakten des Erblassers** lebzeitige Zuwendungen herausfinden, gleich wie die Einsicht in die Bankunterlagen des Erblassers derartige Zuwendungen zu Tage treten lassen können.

3. Fragebogen des Willensvollstreckers

a) Es ist bereits ausgeführt worden, dass der Willensvollstrecker die Erben aktiv nach ihnen ausgerichteten lebzeitigen Zuwendungen zu fragen hat⁸³. Gestützt auf diese Auskunftspflicht soll der Willensvollstrecker **die Erben je einzeln anhalten**, ihm vom Erblasser ausgerichtete lebzeitige Zuwendungen schriftlich und vollständig zu dokumentieren. Dies kann auf dem Formularwege erfolgen. Im identischen Fragebogen soll der Willensvollstrecker die Erben zusätzlich anhalten, sich auch zu lebzeitigen Zuwendungen zu äussern, die die übrigen Erben erhalten haben.

b) Sind die Fragebogen so ausgestaltet, wird der Willensvollstrecker zumindest ein **interessantes Bild bei Rückgang dieser Fragebogen** erhalten, und für Gesprächsstoff anlässlich der nächsten Erbensitzung dürfte dann gesorgt sein.

⁸¹ Einen nützlichen Überblick verschafft in diesem Zusammenhang eine Aufstellung der Credit Suisse (Schweiz) AG unter dem Titel „*Übersicht kantonale Erbschafts- und Schenkungssteuer Stand 1. Januar 2017*“, wenn auch die Angaben ohne Gewähr erfolgen und somit nicht von einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall entbinden. Die Übersicht ist abrufbar unter <https://www.credit-suisse.com/media/assets/private-banking/docs/ch/privatkunden/finanzplanung/erbrecht-steuertabelle-de.pdf>

⁸² Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz (ESchG) des Kantons Zürich vom 28. September 1986 mit seitherigen Änderungen, Ordnungsnummer 632.1; abrufbar unter http://www.zh.ch/internet/de/rechtliche_grundlagen/gesetze.html.

⁸³ Vgl. vorne, B. I. 3.

4. Zusicherungsklausel im Erbteilungsvertrag

a) An die unter den Erben bestehende gesetzliche Auskunftspflicht gemäss Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB, die sich – wie gesehen⁸⁴ – gerade auch auf lebzeitige Zuwendungen bezieht, kann im letztlich von allen Erben zu unterzeichnenden Erbteilungsvertrag wieder angeknüpft werden. Es kann in den Vertrag eine Bestimmung aufgenommen werden, in welcher sich die Erben gegenseitig zusichern, dass sie ihrer Auskunftspflicht nachgekommen sind. Ein **Beispiel** für eine derartige Zusicherungsklausel kann wie folgt lauten:

Die Erben sichern sich hiermit gegenseitig zu, dass sie untereinander vollständig und wahrheitsgemäss Auskunft erteilt haben mit Bezug auf lebzeitige Zuwendungen, die der Erblasser ihnen ausgerichtet hat. Die Erben nehmen zur Kenntnis, dass eine diesbezüglich unrichtige oder unvollständige Auskunft eines Erben die übrigen Erben berechtigen kann, den vorliegenden Erbteilungsvertrag gestützt auf Art. 638 ZGB i.V.m. Art. 23 ff. OR anzufechten.

b) Stellt sich nachträglich heraus, dass ein Erbe gegen diese vertragliche Zusicherung verstossen hat, so liegt eine **absichtliche Täuschung** i.S.v. Art. 28 OR vor, weil eine gesetzliche Auskunftspflicht unter den Erben besteht. Es ist von einem Anwendungsfall einer Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen auszugehen⁸⁵. Der getäuschte Erbe bzw. die getäuschten Erben können in Anwendung von Art. 638 ZGB i.V.m. Art. 31 Abs. 2 OR gegenüber dem täuschenden Erben binnen längstens eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung⁸⁶ die Unverbindlichkeit des Erbteilungsvertrages erklären. Diese Erklärung qualifiziert sich als ein Gestaltungsrecht und nicht als ein Gestaltungsklagerecht, so dass die getäuschten Erben insoweit (noch) nicht prozessual vorgehen müssen. Die Unverbindlichkeit des Erbteilungsvertrages führt im Grundsatz dazu, dass der Vertrag ex tunc dahinfällt. Die Erben finden sich in der Erbengemeinschaft wieder, und es ist ein neuer Erbteilungsvertrag auszuhandeln, wobei freilich gutgläubige

⁸⁴ Vgl. vorne, B. II. 1. vorstehend.

⁸⁵ Vgl. z.B. INGEBORG SCHWENZER, Kommentar zu Art. 23-31 OR, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 6. A., Basel 2015, Art. 28 OR N 8.

⁸⁶ Es handelt sich hierbei um eine Verwirkungsfrist; vgl. statt aller BGer. 4A_340/2011 vom 13.9.2011 E. 3.1.

Erwerber von (seinerzeitigen) Nachlassaktiven qua Ersitzung in ihrem Erwerb geschützt sind⁸⁷.

C. Schlusswort

Im Sinne eines Schlusswortes kann mit Bezug auf den Umgang des Willensvollstreckers mit lebzeitigen Zuwendungen und Verfügungen des Erblassers Folgendes **festgehalten** werden:

1. **Ausgleichung und Herabsetzung sind primär Sache der Erben** und nicht des Willensvollstreckers.
2. Der **Willensvollstrecker** wahrt seine Neutralitätspflicht. Er **hilft den Erben** mit seiner Sachkunde und seinen Informationen, die er mit Bezug auf Ausgleichungs- und Herabsetzungstatbestände hat bzw. in zumutbarer Weise und mit vernünftigen Aufwand erhältlich machen kann.
3. Tatbestände von Ausgleichung und Herabsetzung werden für den Willensvollstrecker erfahrungsgemäss dann **anspruchsvoll**, wenn der Erblasser den Grundsatz der Gleichbehandlung der Erben mit Bezug auf von ihm ausgeleitete lebzeitige Zuwendungen nicht gewahrt hat. Diesfalls werden die Interessengegensätze unter den Erben innerhalb der Erbengemeinschaft augenscheinlich.
4. Der Willensvollstrecker wird in solchen Konstellationen mit der Situation konfrontiert, dass sich **einzelne Erben benachteiligt** fühlen. Soweit diese Benachteiligung nach der Einschätzung des Willensvollstreckers objektiv gerechtfertigt ist, soll er dies auch so artikulieren. Entspringt das Gefühl der Benachteiligung allerdings bloss dem subjektiven Empfinden des betreffenden Erben, soll der Willensvollstrecker zwar auch nicht schweigen, doch wird er hier mit Vorsicht und Fingerspitzengefühl vorgehen müssen. Nur mit einer solchen Behutsamkeit wird der Willensvollstrecker das von ihm anzustrebende Ziel, nämlich den Abschluss eines schriftlichen und von allen Erben unterzeichneten Erbteilungsvertrages, erreichen.

⁸⁷ Vgl. zum Ganzen RAMON MABILLARD, Kommentar zu Art. 634-640, in: DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 638 ZGB N 10, 16 und 16a.