



Der virtuelle Erbe – eine Rechtsfigur mit prozessualen Tücken für den Anwalt

Bemerkungen zu einem (nicht publizierten) Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2008

René Strazzer¹

I. Einleitung

Das Bezirksgericht Zürich hat in einem rechtskräftigen, nicht publizierten Urteil vom 16. Dezember 2008 eine kombinierte Ungültigkeits-, Herabsetzungs- und Erbteilungsklage abgewiesen². Die Klage angestrengt hatten zwei enterbte Nachkommen des Erblassers³. Dem Urteil sind einige wichtige Hinweise zu entnehmen, was ein vom Nachlass ausgeschlossener Noterbe zur Wahrung seiner Rechte prozessual vorzukehren hat. Das Urteil verdient deshalb Erwähnung, verbunden mit einigen ergänzenden Bemerkungen.

II. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Mit öffentlich beurkundeter letztwilliger Verfügung vom 18. Juni 2004 hob der Erblasser, ein geschiedener Mann mit zwei Söhnen, sämtliche früheren letztwilligen Verfügungen auf, enterbte seine beiden

Söhne⁴ und setzte an deren Stelle als Erbinnen zu gleichen Teilen zwei Drittpersonen⁵ ein. Als Enterbungsgrund gab der Erblasser im Testament Folgendes an:

«Zur Begründung dieser Enterbung halte ich fest, dass meine beiden Söhne ... und ... deren familienrechtliche Pflichten mir als Vater gegenüber im Sinne von Art. 477 Ziff. 2 ZGB schwer verletzt haben. Insbesondere haben sich diese beiden Söhne seit meiner Scheidung von deren Mutter ... beharrlich geweigert, Kontakte zu mir aufzubauen und zu pflegen. Die beiden Söhne haben gar in einem Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils im Jahre 1992⁶ vor Bezirksgericht ... die einstweilige Aufhebung des Besuchsrechts erwirken lassen, was mich persönlich insbesondere auch in meiner physischen und psychischen Gesundheit sehr schwer getroffen hat. ... Alle meine wiederholten Bemühungen seit dem besagten Urteil betreffend Abänderung des Scheidungsurteils um Wiederaufnahme einer gesunden Beziehung zu meinen Söhnen ... und ... haben diese unnachgiebig und hart zurückgewiesen. Unter dieser auch heute noch andauernden Rückweisung meiner Bemühungen leide ich stark.»

Am 3. Juni 2005 verstarb der Erblasser mit letztem Wohnsitz in Zürich.

Die Testamentseröffnung durch das Einzelrichteramt in Erbschaftssachen des Bezirks Zürich erfolgte durch Verfügung vom 17. Juli 2006. Innert der Monatsfrist von Art. 559 Abs. 1 ZGB erhoben die Kläger Einsprache gegen die Ausstellung der Erbscheinigung zu Gunsten der Beklagten, worauf eine Erbschaftsverwaltung angeordnet wurde⁷.

Am 19. August 2006 erhoben die Kläger erstmals Klage beim zuständigen Friedensrichteramt der Stadt Zürich, die sie jedoch nach erfolglos durchgeführtem Sühnversuch nicht innert der dreimonatigen Gültigkeitsdauer der Weisung beim Gericht rechtshängig machten. Die Klage galt damit als einstweilen zurückgezogen⁸.

Am 2. April 2007 erhoben die Kläger erneut Klage beim zuständigen Friedensrichter. Nach erfolgloser Sühnverhandlung wurde die Klage fristgerecht an

1 Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Zürich.
2 Der Verfasser war in diesem Verfahren nicht als Parteivertreter tätig, sondern hatte zuhanden der Berufshaftpflichtversicherung des (ersten) Rechtsvertreters der Kläger die Erfolgchancen einer Berufung gegen das Urteil zu beurteilen.
3 Siehe zum Sachverhalt sogleich weitergehend unter Ziff. II.
4 Fortan als *Kläger* bezeichnet.
5 Fortan als *Beklagte* bezeichnet.
6 Zu diesem Zeitpunkt (1992) waren die beiden Söhne 10 und 7 Jahre alt.
7 Es entspricht im Kanton Zürich ständiger Praxis, dass nach Erhebung dieser Einsprache die Erbschaftsverwaltung angeordnet wird; vgl. z.B. ROGER WEBER, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, in: AJP 1997, S. 550 ff., insb. S. 552.
8 Vgl. § 101 ZPO-ZH.



das Bezirksgericht Zürich prosequiert. Die repli-
cando präzisierten klägerischen Rechtsbegehren
lauteten – sinngemäss – dahingehend, dass die letzt-
willige Verfügung des Erblassers vom 18. Juni 2004
teilweise ungültig sei, dass die letztwillige Verfügung
zur Wahrung der klägerischen Pflichtteile der Nach-
kommen des Erblassers herabzusetzen sei und dass
der Nachlass des Erblassers festzustellen und zu teil-
len sei, wobei den Klägern je ein Erbteil von 3/8 zu-
stehe.

Mit Urteil vom 16. Dezember 2008 wies das Be-
zirksgericht Zürich die Klage ab.

III. Die Analyse des Urteils

1. Die neuere Lehre des virtuellen Erben

Ohne es ausdrücklich zu erwähnen, basiert das
Urteil auf der Lehre von der virtuellen Erbenstel-
lung. Nach dieser neueren Lehre⁹ ist der übergan-
gene Pflichtteilerbe, welcher völlig enterbt worden
ist, nicht Erbe, und er muss zuerst mit der Herab-
setzungsklage als Gestaltungsklage seine Erbenstel-
lung erstreiten. Solange dieses (für ihn) positive He-
rabsetzungsurteil nicht vorliegt, ist er nicht Mitglied
der Erbengemeinschaft und nicht Gesamteigentü-
mer an den Nachlassgegenständen, und er haftet da-
für aber auch nicht für die Nachlassschulden.

Das Gericht äussert sich dazu wie folgt:

«Die Enterbten besitzen keinen Pflichtteilsanspruch, kei-
nen gesetzlichen Erbanspruch und auch keine Erbenstel-
lung, sondern erhalten diese erst durch ein allfälliges He-
rabsetzungs- oder Ungültigkeitsurteil (Fankhauser, in:
Praxiskommentar Erbrecht, Hrsg.: D. Abt und Th. Wei-
bel, Basel 2007 [nachfolgend: Prax-Komm Erbrecht], N 1
zu Art. 478). Die vollständig Enterbten haben im Erb-
gang keines der Rechte, die Erben zustehen, und erhalten
nichts vom Nachlass (BSK-Bessenich, 3. Auflage, Ba-
sel 2007 N 1 zu Art. 478).»

Dieser heute als herrschend zu betrachtenden
Lehre¹⁰ entspricht im Grundsatz auch die heutige
Rechtsprechung des Bundesgerichts¹¹. Auch das
Obergericht des Kantons Zürich folgt ausdrücklich
dieser Lehre¹².

2. Fehlende Aktivlegitimation zur Erbtei- lungsklage

Vorweg hält das Bezirksgericht zu den von den Klä-
gern gestellten Rechtsbegehren Folgendes fest:

«Nachdem die Kläger in ihren beiden Klagebegründun-
gen das Rechtsbegehren unterschiedlich formulierten, be-
zeichnen sie das in der Replik gestellte Begehren¹³ als das
klageweise Anhängigmachen ihres Teilungsanspruches
unter gleichzeitiger (teil)ungültiger Anfechtung der ihren

Anspruch ausschliessenden Enterbung bzw. Herabsetzung
zwecks Wahrung des Pflichtteils ...»

Weil das Prozessthema auf die Frage der Aktivlegi-
timation der Kläger zur Erhebung der Erbteilungs-
klage beschränkt worden war, macht das Gericht
nun auf der Grundlage der Lehre vom virtuellen
Erben mit dieser Erbteilungsklage der Kläger im
wahrsten Sinne des Wortes kurzen Prozess:

«Die Aktivlegitimation zur Führung einer solchen Klage
bedingt eine Erben- bzw. Miterbenstellung. Aufgrund des
vorliegenden Sachverhalts hat der Erblasser die Kläger
mittels letztwilliger Verfügung vom 18. Mai 2004 vollum-
fänglich enterbt. Die Stellung der Kläger ist damit gekenn-
zeichnet durch den Entzug der Erbeneigenschaft. Damit
steht aber auch fest, dass Kläger zur Erhebung der Erb-
teilungsklage nicht legitimiert sind, weshalb ihre Erbtei-
lungsklage abzuweisen ist.»

Ungeachtet der erwähnten Beschränkung des Pro-
zessthemas auf die Frage der Aktivlegitimation der
Kläger zur Erbteilungsklage geht das Gericht im
Folgenden auf die Ausführungen der Parteien zur
Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage, und hier
insbesondere zu den Fristen, ein.

- 9 Die sich ausdrücklich gegen die traditionelle Auffas-
sung der Noterfolge richtet, wonach dem Pflichtteiler-
ben trotz Übergehung durch den Erblasser seine Posi-
tion automatisch zufällt; vgl. dazu z.B. die Darstellung in
JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Auf-
lage, Bern 2002, N 12 zu § 6 mit weiteren Hinweisen, so-
wie ZR 95 1996 Nr. 34.
- 10 Vgl. neben den bereits vom Bezirksgericht zitierten Li-
teraturstellen (ROLAND FANKHAUSER, in: Praxiskommen-
tar Erbrecht, Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Basel
2007, N 1 zu Art. 478 ZGB; BALTHASAR BESSENICH, in:
Basler Kommentar, ZGB-II, 3. Auflage, Basel 2007, N 1
zu Art. 478 ZGB) etwa PETER WEIMAR, Berner Kommen-
tar, Bern 2009, N 15 ff. Vorbemerkungen vor Art. 470
ZGB; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünsti-
gung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007,
Rz 05.22; ANDREAS FLÜCKIGER, Der Umgang des Willens-
vollstreckers mit anfechtbaren, nichtigen und unklaren
Verfügungen von Todes wegen; in: Willensvollstre-
ckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Band 5 der Schwei-
zer Schriften zur Vermögensherausbildung und zum Vermö-
gensrecht, Zürich 2004, S. 84 f., und CAROLINE MEYER,
Die Rechtsstellung des teilweise oder vollständig über-
gangenen Pflichtteilerben; in: BJM 2008, S. 190 f.
- 11 Vgl. BGE 115 II 211 ff. sowie zur weiteren Entwicklung
dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung CAROLINE
MEYER, a.a.O., S. 190 f.
- 12 Vgl. ZR 95 1996 Nr. 34.
- 13 Vgl. dazu vorstehend unter Ziff. II.

3. Das Erfordernis der Herabsetzungsklage

Nach dem Gesagten muss der virtuelle Erbe seine Erbenstellung zuerst aktiv erstreiten und kann erst danach als Mitglied der Erbengemeinschaft die Erbteilung begehren. Diese beiden Begehren können auf dem Wege der objektiven Klagenhäufung¹⁴ im nämlichen Prozess erhoben werden. Das prozessuale Mittel zwecks Erlangung der Erbenstellung ist dabei die Herabsetzungsklage gemäss Art. 522 ff. ZGB. Leidet die enterbende letztwillige Verfügung dagegen an einem Ungültigkeitsgrund (z.B. Verfügungsunfähigkeit des Testators oder Formmangel), ist sie mit der Ungültigkeitsklage im Sinne von Art. 519 ff. ZGB zu beseitigen.

In casu stellten die Kläger – neben der (vom Gericht abgewiesenen) Erbteilungsklage – ein die Ungültigkeit des Testamentes avisierendes Rechtsbegehren¹⁵, indem sie Verfügungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 18. Juni 2004 behaupteten, und ein Rechtsbegehren auf Herabsetzung des Testamentes zwecks Wahrung ihres Pflichtteils. Das Bezirksgericht äussert sich im Urteil materiell weder zur Ungültigkeitsklage noch zur Herabsetzungsklage, sondern beschränkt sich auf die Abhandlung der prozessentscheidenden Frage nach der Rechtzeitigkeit der Klagen. Weil diesbezüglich die Rechtslage bei beiden Klagen dieselbe ist¹⁶, wird in den folgenden Bemerkungen nicht mehr weiter auf die Ungültigkeitsklage eingegangen¹⁷.

4. Die Befristung der Herabsetzungsklage

Nach Art. 533 Abs. 1 ZGB unterliegt die Herabsetzungsklage bekanntlich einer relativen einjährigen und einer absoluten zehnjährigen «Verjährungsfrist». Zur Rechtsnatur dieser Frist hält das Bezirksgericht vorweg fest:

«Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, mit der Begründung, dass Gestaltungsrechte in der Regel verwirken, wohingegen Forderungen verjähren (vgl. BGE 98 II 176, E 10; BGE 102 II 193, E 2b; BSK ZGB II-Forni/Piatti, N 1 zu Art. 521). Da es sich um eine Verwirkungsfrist- und nicht um eine Verjährungsfrist handelt, kann keine Unterbrechung der Frist gemäss Art. 135 ff. OR Platz greifen (PraxKomm Erbrecht, N 3 zu Art. 521).»

Das entspricht ganz herrschender Lehre und Rechtsprechung und bedarf keines weiteren Kommentars.

Ebenfalls klar und unbestritten ist, dass es im Kanton Zürich für die Wahrung der Verwirkungsfrist genügt, innert derselben den Friedensrichter anzurufen und innert der dreimonatigen Gültigkeitsdauer der Weisung die Klage beim Bezirksgericht rechtshängig zu machen^{18,19}.

5. Der Fristenlauf im Einzelnen

a) Der unterschiedliche Beginn der beiden Verwirkungsfristen

Es ist vorab auf den unterschiedlichen Beginn der beiden Verwirkungsfristen von Art. 533 Abs. 1 ZGB hinzuweisen. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass allein für die absolute zehnjährige Frist die Eröffnung des Testamentes der fristauslösende Zeitpunkt ist. Hingegen beginnt die relative einjährige Verwirkungsfrist ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der Rechtsverletzung des Erben. Diese Differenzierung ist völlig unbestritten²⁰, und das Bezirksgericht hält sie ebenso deutlich im Urteil wie folgt fest:

«Der Zeitpunkt der Testamentseröffnung ist für die einjährige relative Frist nicht massgebend, sondern nach dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 521 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 533 Abs. 1 ZGB nur für die 10-jährige absolute Verjährungsfrist (PraxisKomm Erbrecht, N 6 zu Art. 521 sowie N 6 zu Art. 533 ZGB).»

b) Die Kenntnis von der Verletzung der Rechte im Sinne von Art. 533 Abs. 1 ZGB

Was bedeutet nun Kenntnis von der Verletzung der Rechte im Sinne von Art. 533 Abs. 1 ZGB?

Das Bezirksgericht äussert sich dazu wie folgt:

«Die einjährige relative Frist nach Art. 533 Abs. 1 ZGB beginnt im Zeitpunkt, in dem der durch die Verfügung von Todes wegen beeinträchtigte Erbe von der Verletzung seiner Rechte und damit vom Klagegrund Kenntnis erhalten

14 Vgl. § 58 ZPO-ZH und zukünftig unter der Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 90 ZPO-CH.

15 Vgl. Ziff. II. vorstehend.

16 Vgl. nur Art. 521 Abs. 1 und Art. 533 Abs. 1 ZGB.

17 Es genüge der wichtige Hinweis, dass die erfolgreiche Ungültigkeitsklage den Klägern das gesetzliche Erbrecht (keine frühere gültige letztwillige Verfügung vorausgesetzt) und damit mehr als ihren Pflichtteil verschafft, wohingegen mit der Herabsetzungsklage nie mehr als eben der Pflichtteil erlangt werden kann; vgl. z.B. BALTHASAR BESSENICH, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 4 und 5 zu Art. 479 ZGB.

18 Vgl. z.B. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3 zu § 101 ZPO.

19 Dies gilt auch wieder unter der zukünftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung (vgl. Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 ZPO-CH und Art. 209 Abs. 3 ZPO-CH). Im Gegensatz zur *lex lata* im Kanton Zürich (§ 102 Abs. 1 ZPO-ZH) wird dabei gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO-CH allerdings bereits die Einreichung des Schlichtungsgesuches die Rechtshängigkeit begründen.

20 MARTIN KARRER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 22 zu Art. 557 ZGB; FRANK EMMEL, in: Praxiskommentar Erbrecht, a.a.O., N 10 zu Art. 557 ZGB; CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 2. Auflage, Zürich 2006, N 77.



hat. Der Erbe muss sowohl um den Tod des Erblassers, um die eigene Berufung, als auch um die Existenz einer ihn im Pflichtteil beeinträchtigenden Zuwendung wissen. Er muss die Pflichtteilsverletzung zumindest für wahrscheinlich halten; eine absolute Kenntnis ist nicht verlangt. Von der Höhe des Nachlasses muss er ebenfalls nur eine ungefähre Kenntnis haben. Ist ein Pflichtteilsberechtigter enterbt worden, so muss er zum einen von der Enterbung und zum anderen von deren Unbegründetheit bzw. Mangel Kenntnis haben.»

Der vollständig enterbte Pflichtteilserbe muss somit allein vom Umstand seiner Enterbung und von der Unbegründetheit bzw. der fehlenden Berechtigung dieser Enterbung Kenntnis haben. Ein irgendwie geartetes Wissen um die Höhe und die Zusammensetzung des Nachlasses ist demgegenüber für den vollständig übergangenen Pflichtteilserben irrelevant, bzw. der Fristenlauf wird unbeschadet davon ausgelöst²¹. Das Bundesgericht nimmt es somit mit der Fristauslösung zu Lasten des vollständig übergangenen Pflichtteilserben streng.

c) Folgerungen in casu

Im vorliegenden Fall der vollständigen Enterbung löste somit die bloße Kenntnis vom enterbenden Testament des Erblassers vom 18. Juni 2004 den Fristenlauf aus. Im Prozess kam nun einem Schreiben des ersten²² klägerischen Rechtsvertreters an den Willensvollstrecker vom 25. Juli 2005, mithin zirka sieben Wochen nach dem Tod des Erblassers, entscheidende Bedeutung zu. Dazu das Bezirksgericht:

«Zuverlässige und sichere Kenntnis über die öffentliche beurkundete letztwillige Verfügung vom 18. Juni 2004 lag dem damaligen Rechtsvertreter der Kläger spätestens am 25. Juli 2005 vor. Mit Schreiben vom 25. Juli 2005 richtete sich nämlich der damalige Vertreter der Kläger an den Willensvollstrecker und bestätigte dabei, dass ihm die letztwillige Verfügung vom 18. Juni 2004 vorliege²³, diese jedoch infolge Testierunfähigkeit voraussichtlich ungültig sei bzw. aufgrund der geltend gemachten Verletzung familienrechtlicher Pflichten den gesetzlichen Anforderungen an eine Enterbung nicht entspreche (act. 47/1). Die Kenntnis ihres damaligen Rechtsvertreters müssen sich die Kläger anrechnen lassen (vgl. BGE 96 II 79, 100). Ebenfalls von diesem Zeitpunkt an wussten die Kläger, dass sie als direkte Nachkommen des Erblassers zur Herabsetzungs- bzw. Ungültigkeitsklage berechtigt waren. ... Die Kläger wussten deshalb spätestens am 25. Juli 2005 von der ihren Pflichtteil verletzenden Enterbung und von deren Unbegründetheit bzw. von deren Mangel. Die relative Verjährungsfrist begann somit spätestens am 25. Juli 2005 zu laufen und ist mit Klageanhebung am 2. April 2007 beim Friedensrichter nicht gewahrt²⁴. Die Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage ist somit verwirkt.»

6. Die Irrelevanz des Testamentseröffnungsverfahrens

Es ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass der Beginn der relativen Einjahresfrist im Sinne von Art. 533 Abs. 1 ZGB vollkommen losgelöst vom Verfahren betreffend die Testamentseröffnung zu betrachten ist. Das Bezirksgericht hat diese zentrale und für die Praxis ungemein wichtige Erkenntnis im Urteil nur sehr beiläufig erwähnt²⁵.

Es mag zwar durchaus die Regel sein, dass ein Erbe erst mit der Zustellung der Testamentseröffnungsverfügung Kenntnis von einer Pflichtteilsverletzung erlangt und daher die Anfechtungsfrist erst mit diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Das aber ist nicht mehr als ein schwacher Grundsatz. Liegt nachweislich Kenntnis schon vor der Zustellung der Testamentseröffnungsverfügung vor, löst jene auch den bundesrechtlichen Fristenlauf aus.

Plastisch wird diese Rechtslage anhand der in der erbrechtlichen Praxis durchaus üblichen, so genannten Privateröffnung, eine solche liegt vor, wenn ein Willensvollstrecker eine Kopie des Testaments noch vor oder während laufendem Testamentseröffnungsverfahren den Erben zustellt. Dies tut er nicht nur zu blossen Informationszwecken, sondern eben auch bewusst, um gerade den Fristenlauf von Art. 533 ZGB in Gang zu setzen. Die Einjahresfrist kann deshalb lange vor Ablauf von zwölf Monaten seit der Testamentseröffnung ablaufen, und bei hinreichender Kenntnis kann bereits am ersten Jahrestag nach dem Ableben des Erblassers die Klage verwirkt²⁶. Frühestens kann die Jahresfrist somit am

21 Vgl. BGE 121 III 249 ff., welchen Entscheid das Bezirksgericht in seinem Urteil nicht erwähnt.

22 Es kam später zu einem Anwaltswechsel auf Seiten der Kläger.

23 Tatsächlich verhielt es sich so, dass die beiden Kläger noch zu Lebzeiten des Erblassers bereits im Besitze einer Kopie des fraglichen Testaments waren. Sie mandatierten unmittelbar nach dem Tode des Erblassers einen Rechtsanwalt, welcher sich dann mit besagtem Schreiben vom 25. Juli 2005 an den Willensvollstrecker wandte. Eine Kopie dieses Schreibens muss der Willensvollstrecker den Beklagten weitergeleitet haben, die es dann natürlich in den vorliegenden Prozess eingebracht haben.

24 Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass die von den Klägern am 19. August 2006 erstmals angehobene (und dann nicht prosecutierte) Anfechtungsklage (siehe Ziffer II. vorstehend) auch schon nach Ablauf der Verwirkungsfrist erfolgte und verspätet war. Die Sache war am 19. August 2006 bereits nicht mehr zu retten.

25 Vgl. Ziff. III.5.a. vorstehend.

26 So ausdrücklich und wörtlich ANDREAS FLÜCKIGER, a.a.O., S. 100 f. Zum Ganzen zustimmend MARTIN KARRER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 557 ZGB.

Todestag des Erblassers zu laufen beginnen²⁷, in jedem Falle sicher nie vorher.

Im vorliegenden Fall hat zwar der Willensvollstrecker die beiden Kläger nicht von sich aus im Sinne der vorstehenden Ausführungen angeschrieben. Indessen hat das Bezirksgericht die Rechtslage zutreffend nicht anders gewürdigt, wenn der damalige Rechtsvertreter der Kläger am 25. Juli 2005 schriftlich an den Willensvollstrecker getreten ist, welches Schreiben in jedem Falle die Kenntnis der Kläger beweist, und zwar eben völlig unabhängig vom Testamentseröffnungsverfahren.

Dieses Testamentseröffnungsverfahren hatte der Willensvollstrecker in casu ungesäumt und pflichtgemäss²⁸ initiiert, indem er das fragliche Testament mit Eingabe vom 7. Juni 2005, mithin vier Tage nach dem Tod des Erblassers, dem Einzelrichteramt des Bezirks Zürich zukommen liess. Die Eröffnung verzögerte sich in der Folge hauptsächlich dadurch, dass eine der beiden Beklagten ausländische Staatsangehörige mit ausländischem Wohnsitz war, was die Beschaffung von deren Personalien erheblich erschwerte. Die Eröffnungsverfügung erging so erst am 17. Juli 2006, mithin mehr als ein Jahr nach dem Tode des Erblassers.

7. In casu keine analoge Anwendbarkeit von Art. 139 OR

Nachdem die Beklagten in der Klageantwort die Verwirkung der Klage aus den vorstehend erwähnten Gründen geltend gemacht hatten, versuchten die Kläger replicando, ihre Sache noch mit zwei rechtlichen Argumenten zu retten; allein erfolglos.

Das Bezirksgericht hatte zum einen kein Gehör für die Berufung der Kläger auf Art. 139 OR. Es führte dazu aus:

«Die von den Klägern in der Replik geltend gemachte Berufung auf Art. 139 OR zielt ebenfalls ins Leere. Auch wenn das Bundesgericht Art. 139 OR analog auf Verwirkungsfristen des Bundeszivilrechts (BSK OR I-Däppen, N 4 zu Art. 139) – und damit auch auf erbrechtliche Herab-

setzungs- und Ungültigkeitsklagen – anwendet, hilft dies den Klägern nicht weiter, da einerseits der Verlauf des Testamentseröffnungsverfahrens für die Frage der Verwirkungsfrist nicht relevant ist (vgl. vorstehend Ziff. 3.1.) und andererseits sich derjenige nicht auf Art. 139 OR berufen kann, der die Frist ungenutzt hat verstreichen lassen (vgl. PraxKomm Erbrecht, N 3 zu Art. 521).»

Dem Bezirksgericht ist zweifellos zuzustimmen. Art. 139 OR hilft nur demjenigen, der innert der einjährigen Verwirkungsfrist handelt, wenn er auch die falschen Schritte einleitet, weshalb auf die Klage zum Beispiel nicht eingetreten werden kann²⁹.

8. Erfolgreiche Berufung auf die Einrede von Art. 533 Abs. 3 ZGB

Das Bezirksgericht wies sodann auch die Berufung der Kläger auf die jederzeit mögliche und damit keiner zeitlichen Schranke unterliegende Einrede von Art. 533 Abs. 3 ZGB zurück. Es äusserte sich dazu wie folgt:

«Ist der Pflichtteilsberechtigte – wie vorliegend – von der Erbschaft ausgeschlossen, so steht ihm die Einrede gestützt auf Abs. 3 erst zu, wenn er durch Anfechtung der Verfügung von Todes wegen Erbenstellung erlangt, oder sofern er nicht bereits vor dem Erbgang erblasserische Vermögenswerte in unmittelbaren Besitz hatte und auf deren Herausgabe beklagt wird (PraxKomm Erbrecht, N 9 zu Art. 533 ZGB). Bezogen auf den vorliegenden Fall ergibt sich, dass die enterbten Kläger nicht Erben sind und die Herabsetzungsklage verwirkt ist. Sie sind definitiv nicht Mitglieder der Erbengemeinschaft und daher nicht zur Erbteilungsklage legitimiert. Aus diesem Grund ist es den Klägern heute auch verwehrt, im Rahmen einer Teilung die an sich unverjährbare Einrede der Herabsetzung geltend zu machen, weil eine Teilung gar nicht stattfindet.»

Diese Erwägungen bedürfen der Erläuterung.

Wie erwähnt³⁰, nimmt die Rechtsfigur des virtuellen Erben dem davon Betroffenen die Stellung eines Universalsukzessors des Erblassers. Er kann daher auch rein sachenrechtlich gar nicht Gesamteigentümer mit Bezug auf die Nachlasswerte werden. Infolgedessen ist dem virtuellen Erben auch die Berufung auf die Einreden von Art. 521 Abs. 3 ZGB bzw. Art. 533 Abs. 3 ZGB verwehrt, da diese Einreden an einen sachenrechtlichen Besitz anknüpfen³¹.

Genau besehen kann sich der gänzlich übergangene Erbe – und damit der virtuelle Erbe – nicht auf den reinen bzw. bloss mittelbaren Rechtsbesitz im Sinne von Art. 920 Abs. 2 ZGB berufen. Vielmehr ist für ihn die tatsächliche Sachherrschaft und damit der unmittelbare Besitz an Nachlasswerten im Sinne von Art. 919 Abs. 1 ZGB Voraussetzung dafür, dass er die unbefristete Einrede erheben kann. Selbst wenn der virtuelle Erbe aber unmittelbarer Besitzer im Sinne des soeben Gesagten sein sollte, muss er trotzdem aktiv klageweise innert der Jahresfrist vor-

27 Vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Praxiskommentar Erbrecht, a.a.O., N 4 zu Art. 533 ZGB.

28 Vgl. Art. 556 Abs. 1 ZGB, wonach die Einlieferung «unverweilt» vorzunehmen ist.

29 ANDREA TARNUTZER-MÜNCH/DANIEL ABT, in: Praxiskommentar Erbrecht, a.a.O., N 3 zu Art. 521 ZGB.

30 Vgl. Ziff. III.1. vorstehend.

31 Von dieser Einrede ausgeschlossen wird der virtuelle Erbe von DANIEL STAHELIN, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 4 zu Art. 470 ZGB, und von STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Praxiskommentar Erbrecht, a.a.O., N 3 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB und N 10 zu Art. 533 ZGB.



gehen, um seine Erbenstellung zu aktivieren. Unterlässt er dies, kann er einzig noch im Rahmen einer gegen ihn erhobenen Erbschaftsklage mittels der Herabsetzungs- bzw. Ungültigkeitseinrede seine virtuellen erbrechtlichen Ansprüche geltend machen³².

Als Konsequenz aus dieser Rechtslage verliert Art. 533 Abs. 3 ZGB beim vollständig übergebenen Pflichtteilerben ganz erheblich an Bedeutung. Er kann sich darauf nur noch als sehr beschränktes Verteidigungsmittel berufen, nämlich eben dann, wenn er als Nichterbe mit der Erbschaftsklage auf Herausgabe der sich in seinem unmittelbaren Besitz befindlichen Nachlasswerte verklagt wird und sich der Herausgabe mit der (unverjährbaren) Herabsetzungseinrede widersetzt³³. Nur wenn somit der virtuelle Erbe bereits Werte in seinem unmittelbaren Besitz hat, die in etwa seinem Pflichtteil entsprechen, wird er passiv bleiben und zuwarten können, denn einer Herausgabe dieser Werte kann er sich jederzeit mit der Einrede widersetzen³⁴. Die Einrede konnte aber im vorliegenden Fall, in welchem die vollständig enterbten und keine unmittelbare Sachherrschaft an Nachlasswerten innehabenden Kläger klageweise vorgegangen sind, nicht greifen.

IV. Fazit und Folgerungen

Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Dezember 2008 mag auf den ersten Blick als streng erscheinen, doch verdient es meines Erachtens Zustimmung. Es zeigt, dass die Lehre von der virtuellen Erbenstellung heutzutage gefestigt ist. Zum Nachteil der Kläger wirkte sich zweifellos auch der Umstand aus, dass sie von Anbeginn an anwaltlich vertreten gewesen sind.

Der Praktiker, insbesondere die Rechtsvertreterin/der Rechtsvertreter des oder der Enterbten,

wird aus diesem Urteil die folgenden Schlussfolgerungen ziehen:

- Der virtuelle Erbe muss seine Rechte aktiv mittels der Herabsetzungsklage gemäss Art. 522 ff. ZGB (und nur mit dieser!) erstreiten. Mit Bezug auf die Teilungsklage als solcher ist er vorab nicht aktivlegitimiert. Die Herabsetzungs- und die Teilungsklage können indessen auf dem Wege der objektiven Klagenhäufung im gleichen Prozess angehoben werden.
- Die einjährige Verwirkungsfrist für die Klage gemäss Art. 533 Abs. 1 ZGB kann unter Umständen bereits mit dem Todestag des Erblassers zu laufen beginnen, sicher nie vorher. Die Eröffnung der letztwilligen Verfügung im Sinne von Art. 557 Abs. 1 ZGB fällt somit nicht in jedem Falle mit dem Fristbeginn zusammen.
- Im Sinne des sicheren Weges empfiehlt sich eine Klage innerhalb eines Jahres nach dem Tode des Erblassers.

Wenn auch gleichsam notorisch, sei als Schlusswort ergänzt, dass die Führung (auch) erbrechtlicher Prozesse haftpflichtträchtig ist. Im besprochenen Urteil entging den Klägern uneinbringlich ihr Pflichtteil. Diesen hätten sie bei richtiger Prozessführung wohl erstritten, weil die Enterbungen im Lichte der strengen Praxis zu Art. 477 Ziff. 2 ZGB³⁵ kaum Bestand gehabt hätten. Haftpflichtrechtlich wäre damit der Schaden der Kläger ausgewiesen. Praktisch gleichzeitig mit dem hier besprochenen Entscheid hat denn auch das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Dezember 2008 einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen einen Anwalt wegen versäumter Anfechtung einer nicht gerechtfertigten Enterbung bestätigt³⁶. Damit schliesst sich gleichsam der Kreis zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 16. Dezember 2008.

32 Vgl. zum Ganzen einlässlich ANDREAS FLÜCKIGER, a.a.O., S. 83 ff.

33 Diese Konstellation erwähnt denn auch das Bezirksgericht ausdrücklich; vgl. dessen zitierte Ausführungen unter Ziff. III.8. vorstehend.

34 Vgl. nochmals ANDREAS FLÜCKIGER, a.a.O., S. 86, Fn. 37.

35 Vgl. zur diesbezüglichen Kasuistik etwa BALTHASAR BESSENICH, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 14 zu Art. 477 ZGB.

36 Vgl. PETER BREITSCHMID/ANNASOFIA KAMP, Entwicklungen im Erbrecht, in: SJZ 106 (2010), S. 112 ff., insb. S. 114, mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_464/2008 vom 22. Dezember 2008 (französischer Originaltext), in deutscher Übersetzung in Pra 98 (2009), Nr. 67, S. 441 ff. Vor dem Bundesgericht war in diesem Fall die Schadenersatzpflicht als solche nicht mehr strittig, sondern nur noch eine Schadensposition.