



BGE 5C.202/2006, Urteil vom 16. Februar 2007, Widerrufe von Ausgleichungs- anordnungen

Alexandra Zeiter*

BGE 5C.202/2006 (Urteil vom 16.2.2007); Berufung (BGE 5C.202/2006) eines Erben auf Ungültigerklärung eines Testamentes. – Zulässigkeit des nachträglichen Widerrufs eines vertraglich vorgenommenen Ausgleichsdispenses; Vermutung der Zweiseitigkeit (und damit der Unwiderruflichkeit) eines Ausgleichsdispenses, der in einem (auch dem Zuwendungsgeschäft nachgehenden) öffentlich beurkundeten Vertrag zwischen Begünstigtem und Erblasser enthalten ist; Widerlegung der Vermutung durch Interessenlage der Parteien und inneren Willen des Erblassers.

Vgl. zudem BGE 5P.348/2006 (Urteil vom 16.2.2007); Abweisung der in der gleichen Sache erhobenen staatsrechtlichen Beschwerde.

Bemerkungen:

1. Das Bundesgericht hatte sich in den letzten Jahren verschiedentlich mit ausgleichungsrechtlichen Fragen auseinanderzusetzen.¹ Im nun vorliegenden Entscheid BGE 5C.202/2006 befasste sich das Bundesgericht erneut mit einem Teilaspekt der erbrechtlichen Ausgleichung, namentlich mit der Zulässigkeit des nachträglichen Widerrufs bzw. der Abänderung eines vertraglich angeordneten Ausgleichsdispenses.

2. Dem Bundesgericht lag folgender Sachverhalt zur Beurteilung vor: Die Ehegatten E. und W., Eltern von vier gemeinsamen Nachkommen, beabsichtigten die Aufgabe ihres Familienbetriebes, bestehend aus einem Hotel/Restaurant mit angegliederter Bäckerei. E., Eigentümer der Liegenschaft, auf welcher der Familienbetrieb geführt wurde, übertrug die Liegenschaft am 21. Mai 1990 durch öffentlich beurkundeten Vertrag mit der Bezeichnung «Erb-

vorausbezugsvertrag» (nachfolgend «Erbvorausbezugsvertrag») auf seinen ältesten Sohn, K. Die anderen drei Kinder hatten kein Interesse an der Übernahme. Sie waren auch nicht Vertragsparteien des Erbvorausbezugsvertrages. Art. 5 (Marginalie «Erlass der Ausgleichspflicht») enthielt zwar grundsätzlich eine vollständige Wegbedingung der Ausgleichspflicht von K. gegenüber seinen drei Geschwistern. Art. 7 (Marginalie «Ausgleichszahlungen») sah jedoch einschränkend vor, dass K. seinen Geschwistern im Zusammenhang mit diesem Erbvorausbezug eine Ausgleichszahlung (wohl gemeint Ausgleichszahlung) von insgesamt Fr. 800 000.–, abzüglich der von ihm übernommenen Hypothekarschulden, somit insgesamt Fr. 342 196.– zu leisten hatte. Ausserdem erklärte sich K. in Art. 4 einverstanden, die baulichen Investitionen und Sanierungsarbeiten zur Erhaltung und Weiterführung des Betriebes im Rahmen des finanziell Möglichen zu übernehmen.

3. Am 4. Dezember 1992 schlossen E. und K. erneut einen öffentlich beurkundeten Vertrag mit der Überschrift «Ergänzung und Abänderung eines Erbvorausbezugsvertrages» (nachfolgend «Ergänzungsvertrag») ab. Art. 3 lautete wie folgt: «In Abweichung von den Bestimmungen des Erbvorausbezugsvertrages vom 21. Mai 1990 wird vereinbart, dass [K.] damit seinen Geschwistern [...] im Zusammenhang mit dem Erbvorausbezugsvertrag [...] keine Ausgleichszahlungen mehr zu leisten hat. Der Erlass der Ausgleichspflicht erfolgt aus

* Dr. iur. Alexandra Zeiter, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Erbrecht.

¹ Vgl. etwa BGE 133 III 416; 5C.76/2006; 131 III 49; 126 III 171; 124 III 102.

der Überlegung, dass [K.] mit der Übernahme der Hypothek und den seither getätigten Gesamtinvestitionen von ca. Fr. 2300000.– seiner Verpflichtung gemäss Art. 4 des Erbvorzugsvertrages vom 21. Mai 1990, den Betrieb durch bauliche Investitionen und Sanierungsarbeiten zu erhalten und weiter zu führen, reichlich nachgekommen ist und dass ihm somit Ausgleichszahlungen bei den bereits getätigten Investitionen nicht mehr zugemutet werden können. Die Geschwister [...] gelten damit in Bezug auf die [Liegenschaft] als erbrechtlich gleichgestellt.» Zudem wurde den Geschwistern von K. ein Gewinnbeteiligungsrecht bei einem Verkauf eingeräumt, und K. erklärte sich bereit, bei Notwendigkeit seine Eltern finanziell zu unterstützen.

4. Am 27. März 1996 errichtete E. eine letztwillige Verfügung (nachfolgend «letztwillige Verfügung») mit folgendem Inhalt: Gemäss Art. 2 sollte K. seinen drei Geschwistern $\frac{1}{4}$ des Wertes als Ausgleich bezahlen, den er durch den Erbvorzugsvertrag erhalten hat. Der Ausschluss der Ausgleichspflicht

(wohl gemeint Ausgleichspflicht) gemäss Ergänzungsvertrag soll dabei keine Gültigkeit haben und werde ausdrücklich widerrufen. Der Wert des Erbvorzugsvertrages an K. vom 21. Mai 1990 soll dem effektiven Verkehrswert entsprechen, wobei K. von diesem Verkehrswert die tatsächlich dannzumal bestehenden Schulden sowie die tatsächlich getätigten und bezahlten Investitionen abziehen könne unter Berücksichtigung einer angemessenen Abschreibung. Zudem setzte der Erblasser K. auf den Pflichtteil, sollte dieser die letztwillige Verfügung anfechten oder sich den Ausgleichsansprüchen seiner Geschwister ganz oder teilweise widersetzen. Einleitend und in einer Schlussbemerkung bekräftigte E., dass die beiden öffentlich beurkundeten Verträge nicht seinem damaligen Willen entsprochen hätten.

5. Nach dem Tod von E. (nachfolgend «Erblasser») am 14. November 2001 erhob K. Klage mit dem Begehren, die letztwillige Verfügung für ungültig zu erklären. Das Kantonsgericht Wallis hiess die Klage gut, soweit mit der letztwilligen Verfügung der von K. für die Übernahme der Liegenschaft zur Ausgleichung zu bringende Betrag über Fr. 342196.– hinaus auf den Verkehrswert ausgedehnt und K. im Fall der Anfechtung auf den Pflichtteil gesetzt wird. Als gültig betrachtete es hingegen den testamentarischen Widerruf des im Ergänzungsvertrag angeordneten Erlasses der Ausgleichspflicht. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Berufung und staatsrechtliche Beschwerde ab.

6. Ausgangspunkt bildet Art. 626 Abs. 2 ZGB, wonach Zuwendungen an Nachkommen der Ausgleichspflicht unterstehen, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt. Nahezu unbestritten ist heute, dass es sich bei (sowohl positiven als auch negativen) Ausgleichsanordnungen zwar um Verfügungen von Todes wegen handelt,² die jedoch nicht den für letztwillige Verfügung und Erbvertrag vorgesehenen Formvorschriften gemäss Art. 498 ff. ZGB unterliegen. Während für die positiven Anordnungen überhaupt keine Formvorschriften bestehen, müssen die negativen Anordnungen gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB immerhin ausdrücklich erfolgen.³ Dies gilt nicht nur für gleichzeitig mit dem Zuwendungsgeschäft erfolgende, sondern auch für nachträgliche Anordnungen.⁴ Das Bundesgericht hat diese Grundsätze erneut bestätigt und vorliegend das Erfordernis der Ausdrücklichkeit von Art. 626 Abs. 2 ZGB sowohl beim öffentlich beurkundeten Erbvorzugsvertrag als auch beim nach dem Zuwendungsgeschäft abgeschlossenen öffentlich beurkundeten Ergänzungsvertrag als erfüllt erachtet.⁵

-
- 2 Z.B. BGE 131 III 49, E. 4.3; 118 II 282, E. 3; EITEL, Berner Kommentar, Band III/2./3.: Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Bern 2004, N 57 ff. zu Art. 626 ZGB; DERS., Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Habil. Bern 1998, § 6 Rz. 10; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 7 Nr. 48; PIOTET, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Basel 1978, 344 f.; BENN, Rechtsgeschäftliche Gestaltung der erbrechtlichen Ausgleichung, Diss. Zürich 2000, 50 f.; DESCHENAUX, Le droit des successions, Bern 2006, Nr. 197, 202; GUINAND/STETTLER/LEUBA, Droit des successions, 6. Aufl., Zürich 2005, Nr. 211; RUMO-JUNGO, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 2. Aufl., Zürich 2007, 129; AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Bern 2007, Nr. 08.31. A.M. etwa ZOLLER, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen unter besonderer Berücksichtigung des Umgehungstatbestandes, 2. Aufl., Zürich 1999, 28 ff.
- 3 So bereits BGE 118 II 282, E. 3; 77 II 233, E. 3b; 69 II 71, E. 2; 68 II 78, E. 1; 67 II 207, E. 5; ausführlich EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht (Fn. 2), § 6 Rz. 10; PIOTET (Fn. 2), 347; DRUEY (Fn. 2), § 7 Nr. 52 f.; DESCHENAUX (Fn. 2), Nr. 197, 202; GUINAND/STETTLER/LEUBA (Fn. 2), Nr. 211; RUMO-JUNGO (Fn. 2), 129; einschränkend WEIMAR, Zehn Thesen zur erbrechtlichen Ausgleichung, FS Schnyder, Fribourg 1995, 833 ff., 839 i.V.m. 850 f.
- 4 Vgl. ausführlich EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht (Fn. 2), § 6 Rz. 9, 11 ff., oder BENN (Fn. 2), 195 Fn. 1062, je mit Hinweisen; vgl. auch DESCHENAUX (Fn. 2), Nr. 197, 203; RUMO-JUNGO (Fn. 2), 129; AEBI-MÜLLER (Fn. 2), Nr. 08.31; a.M. WEIMAR (Fn. 3), 833 ff., 849 ff.; vgl. auch noch BGE 77 II 233, E. 3b; 76 II 197. In Bezug auf einen Ausgleichsdispens bereits BGE 68 II 78, E. 1; 69 II 71, E. 2.
- 5 BGE 5C.202/2006, E. 2.



7. Umstritten ist hingegen, ob nur Zuwendungen mit Ausstattungskarakter oder Schenkungen an Nachkommen schlechthin unter Art. 626 Abs. 2 ZGB zu subsumieren sind. Das Bundesgericht folgt bis heute dem Konzept der sog. Versorgungskollation⁶ und lehnt damit die Schenkungskollation, die von einem Teil der Lehre befürwortet wird,⁷ ab. Immerhin erachtet das Bundesgericht seit dem Entscheid BGE 116 II 667⁸ eine Zuwendung eines Grundstückes mit erheblichem Wert als ausgleichungspflichtig i.S.v. Art. 626 Abs. 2 ZGB (soweit kein Ausgleichungsdispens vorliegt),⁹ und zwar jeweils mit dem Hinweis, dass der Zuwendung einer Liegenschaft Ausstattungskarakter zukomme.¹⁰ Vorliegend musste sich das Bundesgericht zwar nicht explizit mit dieser Frage auseinandersetzen. Dennoch bestätigte es seine Rechtsprechung, wonach Liegenschaften ausgleichungspflichtig i.S.v. Art. 626 Abs. 2 ZGB sind. Dabei fällt auf, dass das Bundesgericht vorliegend auf den Hinweis des Ausstattungskarakters verzichtete.¹¹ Ob darin und angesichts der Tatsache, dass der vorliegenden Liegenschaftsübertragung weder ein unmittelbarer (K. führte den übernommenen Familienbetrieb nicht selber weiter und nutzte die Liegenschaft weder als Eigenheim noch zu Ferienzwecken) noch ein mittelbarer Ausstattungskarakter (die Liegenschaft konnte gemäss bundesgerichtlicher Feststellung nicht gewinnbringend veräussert werden¹² und diente damit auch nicht als langfristige Kapitalanlage¹³) zukam, eine Abkehr vom Konzept der Versorgungskollation erkennbar ist? Das wäre zu begrüssen.¹⁴

8. Anschliessend setzte sich das Bundesgericht mit der konkreten Frage auseinander, ob der Erblasser den im Erbvorausbezugsvertrag statuierten teilweisen Erlass der Ausgleichungspflicht ändern und den im Ergänzungsvertrag festgelegten vollständigen Erlass der Ausgleichungspflicht widerrufen konnte. Zunächst hielt es fest, dass es nicht um die Auslegung einer testamentarischen Erklärung gehe, sondern um die Frage, ob die vom Erblasser an den Kläger gerichtete Erklärung über die Ausgleichungspflicht eine *vertragliche Bindung* bewirkt habe.¹⁵ Daher erfolge die Auslegung nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln, wonach in erster Linie der wirkliche Wille der Parteien massgebend sei, und erst in zweiter Linie, bei fehlendem Beweis der tatsächlichen Willensübereinstimmung, die Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen seien, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen vom Empfänger verstanden werden durften und mussten.¹⁶ Anschliessend griff das Bundesgericht die von PIOTET entwickelten und in der Folge seit dem Entscheid BGE 118 II 282 auch von der Rechtsprechung

übernommenen *Fallgruppen* auf, in denen eine einseitige oder eine den Erblasser vertraglich bindende Erklärung über die Ausgleichungspflicht zu vermuten ist.¹⁷ Allerdings können, so das Bundesgericht, diese Vermutungen durch die Interessenlage der Parteien¹⁸ sowie einen abweichenden inneren Willen des Erblassers widerlegt werden.¹⁹ Gestützt auf diese Feststellungen kam das Bundesgericht zu folgenden Auslegungsergebnissen:

6 Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen unter Art. 626 Abs. 2 ZGB Zuwendungen zum Zweck der Existenzbegründung, -sicherung oder -verbesserung, weshalb ihnen jeweils Ausstattungskarakter zukommt. Vgl. bereits BGE 76 II 188, E. 8 und 9; letztmals wiederholt in BGE 131 III 49, E. 4.1.2.

7 Allen voran EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht (Fn. 2), § 13 ff.; DERS., Berner Kommentar (Fn. 2), N 76 ff. zu Art. 626 ZGB, und GUINAND/STETTLER/LEUBA (Fn. 2), Nr. 212, je mit einem umfassenden Überblick über den Stand der Lehre. Unter den Befürwortern der Schenkungskollation herrscht allerdings über mehrere Fragen Uneinigkeit, etwa ob sämtliche unentgeltlichen Zuwendungen (unter Vorbehalt von Art. 631 Abs. 1 und Art. 632 ZGB) oder nur Grosszuwendungen auszugleichen sind oder ob Zuwendungen aus sittlicher Pflicht ausgleichungspflichtig sind oder nicht. Der Versorgungskollation folgen z.B. PIOTET (Fn. 2), 294 ff.; SEEBERGER, Die richterliche Erbteilung, Diss. Fribourg 1992, 256 f.; VOLLERY, Les relations entre rapports et réunions en droit successoral, Diss. Fribourg 1994, N 44; WEIMAR (Fn. 3), 845 ff.; AEBI-MÜLLER (Fn. 2), Nr. 08.27; ebenfalls DESCHENAUX (Fn. 2), Nr. 185, allerdings mit einer extensiven Auslegung des Ausstattungsbegriffes.

8 BGE 116 II 667, E. 3b/aa.

9 BGE 5C.202/2006, E. 2.1. Vgl. auch die Bemerkungen von EITEL, Was lehrt uns BGE 131 III 49 auch noch? Ergänzende Hinweise im Anschluss an die Urteilsanmerkungen von Thomas Weibel in Jusletter 18. April 2005, in: Jusletter 10. April 2006, Rz. 8 und 14. Das Bundesgericht subsumierte die Liegenschaftsabtretung in früheren Entscheidungen unter die Vermögensabtretung: z.B. BGE 107 II 119, E. 3b; 84 II 338, E. 7b.

10 Z.B. BGE 131 III 49, E. 4.1.2.; 118 II 282, E. 3.

11 Vgl. zuletzt BGE 131 III 49, E. 4.1.2.

12 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.2, vgl. dazu nachfolgend Rz. 12.

13 Vgl. dazu BENN (Fn. 2), 66.

14 Vgl. auch EITEL, Jusletter 10. April 2006 (Fn. 9), Rz. 14.

15 BGE 5C.202/2006, E. 2.3.

16 BGE 5C.202/2006, E. 2.2.; vgl. auch BGE 132 III 623, E. 3.1.

17 BGE 5C.202/2006, E. 2.4.

18 BGE 5C.202/2006, E. 3.2, 4.3.1, mit Verweis auf BGE 5C.256/2004, E. 3.2, KNAPP, Les clauses conventionnelles et les clauses unilatérales des pactes successoraux, FS Tuor, Zürich 1946, 201 ff., 216, PIOTET (Fn. 2), 178 f., GHANDCHI SCHMID, Aufhebung von Erbverträgen, in: ZBGR 2004 381 ff., 384.

19 BGE 5C.202/2006, E. 4.4.

9. *Zum ersten Widerruf:* Die in Art. 7 Erbvorzugsvertrag festgelegte Ausgleichung auf einen konkret bezifferten, unter dem Verkehrswert liegenden Anrechnungswert²⁰ dehnte der Erblasser durch letztwillige Verfügung auf den Verkehrswert aus. Das Bundesgericht stellte vorab auf die Vermutung ab, dass der Ausgleichsdispens vertraglich und damit nicht einseitig widerruflich sei, wenn er in dem mit dem Zuwendungsempfänger abgeschlossenen Vertrag selber enthalten sei.²¹ Weil die Interessenlage der Parteien gemäss Bundesgericht zu keinem anderen Resultat führte,²² erklärte das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die Ausdehnung der Ausgleichspflicht folgerichtig als ungültig, weil sie gegen den im Erbvorzugsvertrag verbindlich erklärten Teildispens versties. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass E. damit K. mit vertraglich bindender Wirkung die Ausgleichspflicht teilweise erlassen hat.²³

10. *Zum zweiten Widerruf:* In Art. 3 Ergänzungsvertrag wurde der (gültige) Teildispens des Art. 7 Erbvorzugsvertrag (vgl. Rz. 9) abgeändert, und K. wurde die Ausgleichspflicht vollständig erlassen. Das Bundesgericht bediente sich diesmal der Vermutung, dass die (positive) Ausgleichsanordnung, die in dem mit dem Zuwendungsempfänger abgeschlossenen Vertrag enthalten ist, einseitig ist. Weil die Ausgleichsgläubiger – die Geschwister von K. – nicht Vertragsparteien waren, könne ebenfalls nicht vermutet werden, dass sich der Erblasser ihnen gegenüber verpflichtet habe, K. die Ausgleichspflicht nicht weitergehend als im vertraglich vorgesehenen Umfang zu erlassen.²⁴ Ohne Verweis auf die Interessenlage der Parteien – aber m.E. zu Recht – erachtete das Bundesgericht – ebenfalls in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – den voll-

ständigen Ausgleichsdispens als gültig. Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass E. die angeordnete Ausgleichspflicht vollständig hat erlassen dürfen.²⁵

11. *Zum dritten Widerruf:* Damit stellte sich dem Bundesgericht die Frage, ob der im Ergänzungsvertrag festgelegte vollständige Ausgleichsdispens einseitiger oder zweiseitiger Natur und demnach der Widerruf in der letztwilligen Verfügung gültig erfolgt ist. Zunächst hat das Bundesgericht die bis anhin offen gelassene Frage, ob die von PIOTET entwickelten Vermutungen auch bei einem *im Nachgang zum Zuwendungsgeschäft* erfolgten vollständigen Ausgleichsdispens gelten würden,²⁶ explizit bejaht und im Unterschied zur Vorinstanz den vollständigen Erlass der Ausgleichspflicht im Ergänzungsvertrag als vermutungsweise zweiseitig qualifiziert.²⁷ Als Begründung führte das Bundesgericht an, dass kein Grund bestehe, eine Erklärung über eine Ausgleichspflicht unterschiedlich zu beurteilen, je nach dem, ob die Erklärung des Erblassers im Zuwendungsgeschäft mit dem Begünstigten oder sonst in einem Vertrag mit dem Erblasser und dem Begünstigten enthalten ist. Die Schaffung dieser neuen Vermutung ist zu begrüssen.

12. Im Folgenden kam das Bundesgericht gestützt auf eine Analyse der Interessen der Parteien und den inneren Willen des Erblassers jedoch zum Ergebnis, dass der vollständige Ausgleichsdispens im Ergänzungsvertrag einseitig und der testamentarische Widerruf demzufolge gültig erfolgt sei. Bei der Interessenanalyse sprach das Bundesgericht zunächst den von K. vertraglich zugesicherten Gegenleistungen die Verbindlichkeit ab. Die erste Erklärung von K., die Eltern bei Notwendigkeit finanziell zu unterstützen, sei vage, weil sie zum einen wegen ihrer allgemeinen Formulierung keine eigentliche Gegenleistung von K. an seine Eltern bedeute und zum anderen K. bereits aufgrund der bestehenden Unterstützungspflicht gemäss Art. 328 f. ZGB dazu verpflichtet wäre. Die zweite Erklärung von K., seinen Geschwistern bei einem Verkauf der Liegenschaft eine Gewinnbeteiligung einzuräumen, sei ebenfalls keine eigentliche Gegenleistung, weil bei einem Übernahmewert von Fr. 800 000.– und getätigten Investitionen von rund Fr. 2,3 Mio. ein Gewinn theoretisch sei.²⁸ Schliesslich spielten die Interessen des Erblassers – so das Bundesgericht – eine untergeordnete Rolle.²⁹ Nichts anderes ergebe sich aus dem inneren Willen des Erblassers. Der Erblasser habe für alle am Beurkundungsvorgang Beteiligten erkennbar mitgeteilt, dass er Vorbehalte gegen den vollständigen Erlass der Ausgleichs-

20 Die Zulässigkeit eines solchen Teildispenses ist unbestritten, vgl. BGE 5C.60/2003, E. 3.1; vgl. auch SEEBERGER (Fn. 7), 271; TUOR/PICENONI, Berner Kommentar, Band III/2.: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, Bern 1964, N 6 zu Art. 630 ZGB.

21 BGE 5C.202/2006, E. 3.2. Vgl. PIOTET (Fn. 2), 350.

22 Während das Interesse des Erblassers darin bestanden habe, eine Nachfolgeregelung für seinen Familienbetrieb zu finden, habe das Interesse des Klägers darin bestanden, die Liegenschaft möglichst billig zu übernehmen: BGE 5C.202/2006, E. 3.2.

23 BGE 5C.202/2006, E. 3.3.

24 BGE 5C.202/2006, E. 4.1; PIOTET (Fn. 2), 349.

25 BGE 5C.202/2006, E. 4.1.

26 So bereits PIOTET (Fn. 2), 179; BENN (Fn. 2), 168.

27 BGE 5C.202/2006, E. 4.2.

28 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.2.

29 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.4.



pflicht habe, weshalb keine unzulässige Mentalreservation vorliege und dessen Bindung an den Vertrag somit nicht einfach mit dessen Unterzeichnung gerechtfertigt werden könne.³⁰

13. Die bundesgerichtliche Begründung im Zusammenhang mit dem dritten Widerruf vermag in verschiedener Hinsicht nicht zu überzeugen; das Resultat ist unbefriedigend:

14. Zunächst erstaunt, weshalb sich das Bundesgericht bei der Auslegung nicht mit dem *Wortlaut* der Vertragsklausel auseinandersetze, obwohl es selbst den Wortlaut als primäres Auslegungsmittel bezeichnet.³¹ Der Ausgleichsdispens in Art. 3 Ergänzungsvertrag wurde «vereinbart». Damit haben sich die Parteien nicht nur einer präzisen und unmissverständlichen Formulierung³² bedient, sondern umschrieben ihre Erklärung zusätzlich mit einem juristischen Begriff. Beim Gebrauch eines juristischen Begriffes wird vermutet, dass der technische Sinn gemeint war,³³ insbesondere dann, wenn sich die Parteien – wie vorliegend – der öffentlichen Beurkundung bedienen³⁴ und wenn davon ausgegangen werden kann, dass dessen Bedeutung auch ein juristischer Laie kennt. Letzteres ist beim Begriff «Vereinbarung» ohne Weiteres zu bejahen. Alsdann unterscheidet sich diese Ausgleichungsklausel weder in ihrer Formulierung noch in ihrem Inhalt von der Ausgleichungsklausel im Erbvorzugsvertrag, die das Bundesgericht als zweiseitig qualifiziert hat. Die Vermutung, dass sich die Parteien vertraglich binden wollten, wird damit durch den Wortlaut und den *Vergleich* mit anderen Bestimmungen verstärkt.³⁵ Diese Tatsachen hätte das Bundesgericht bei seiner Auslegung berücksichtigen müssen.

15. Bei der *Interessenanalyse* orientierte sich das Bundesgericht am Grundsatz, dass das Interesse des Vertragspartners des Erblassers am Erlass der Ausgleichspflicht umso mehr zu gewichten sei, wenn er zu Lebzeiten Gegenleistungen versprochen oder Verpflichtungen übernommen habe.³⁶ In der Folge sprach es aber – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – den von K. *vertraglich zugesicherten Gegenleistungen* die Verbindlichkeit ab.³⁷ Auch diese Auslegung ist nicht nachvollziehbar:

16. Die erste Erklärung von K., die Eltern bei Bedürftigkeit finanziell zu unterstützen, hielt das Bundesgericht für zu allgemein. Auf welche Überlegungen sich das Bundesgericht bei dieser Feststellung stützte, liess es hingegen offen. Dies erstaunt. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass die verwendete Formulierung «bereit erklären» *prima vista* nicht unbedingt auf den normativen Charak-

ter der Erklärung schliessen lässt,³⁸ sondern gegebenenfalls auch eine bloss mögliche (unverbindliche) Leistungsabsicht von K. darstellen könnte. Ob tatsächlich ein solcher Gefälligkeitsvorbehalt³⁹ vorlag, ist jedoch nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Hätte das Bundesgericht die konkreten Umstände des vorliegenden Falles geprüft, hätte es vielmehr den umgekehrten Schluss ziehen müssen: Gegen einen Gefälligkeitsvorbehalt spricht zunächst die Gegenüberstellung mit anderen Bestimmungen der zwischen den Parteien abgeschlossenen Vereinbarungen:⁴⁰ In Art. 4 Abs. 2 Erbvorzugsvertrag wurde für die Übernahme der baulichen Investitionen und Sanierungsarbeiten der übertragenen Liegenschaft durch K. eine praktisch identische Formulierung gewählt, namentlich hat sich K. «einverstanden erklärt». Die Verbindlichkeit dieser Erklärung war für K. sowie den Erblasser unbestritten. K. hat denn die Leistung auch vertragsgemäss erfüllt. Dass K. die Verbindlichkeit der Unterstützungspflicht gegenüber seinen Eltern in Frage stellte, ist weder erstellt noch lässt sich eine solche Annahme aus seinem im Sachverhalt des Urteils wiedergegebenen sonstigen Verhalten ableiten. Zudem lässt sich die Unverbindlichkeit der Klausel auch nicht mit dem Argument der ungenügenden Bestimmtheit rechtfertigen. Zwar ist weder der zeitliche Beginn noch die konkrete Höhe der Unterstüt-

30 BGE 5C.202/2006, E. 4.4.2, 4.4.3.

31 BGE 5C.202/2006, E. 2.2, mit Verweis auf BGE 130 III 417, E. 3.2; 129 III 702, E. 2.4.1.

32 Vgl. zum Gebrauch einer präzisen Sprache: SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Systemtechnik für die Praxis, Zürich 2004, Nr. 661 ff. und 1221 ff.

33 KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Band VI/1./1.: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, N 24 zu Art. 18 OR.

34 Gemäss SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Fribourg 1988, Nr. 910, kann insbesondere bei öffentlich beurkundeten Verträgen davon ausgegangen werden, dass die Parteien die von ihnen gewählten Worte nach dem allgemeinen Sprachgebrauch verwendet haben.

35 Zum Vorwurf des Bundesgerichtes, es müsse aus dem Vertrag klar hervorgehen, welche Bestimmung einseitiger, welche vertraglicher Natur sei, vgl. nachfolgend Rz. 21.

36 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.1.

37 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.2 ff.

38 SCHUMACHER (Fn. 32), Nr. 1227, empfiehlt dem Vertragsgestaltenden deshalb zu Recht, bei Verträgen Distanzfloskeln, Höflichkeitsfloskeln usw. zu vermeiden.

39 Vgl. zum Begriff SCHUMACHER (Fn. 32), Nr. 672.

40 Vgl. dazu auch BGE 120 II 237, E. 4b, wonach bei der Auslegung eines Vertrages auch die zwischen den Parteien bereits getätigten Geschäfte heranzuziehen sind.

zungsleistung festgelegt. Genügende Bestimmtheit liegt jedoch vor, wenn Hinweise auf ein Kriterium vorliegen, nach dem der Vertragspunkt nachträglich – ohne weitere Vereinbarung – bestimmt werden kann. Möglich ist dabei der Rückgriff auf eine gesetzliche Bestimmung.⁴¹ Vorliegend liessen sich der Beginn der Bedürftigkeit und damit die Fälligkeit der Unterstützungsleistung ohne Weiteres gestützt auf Art. 328 ZGB, die konkrete Höhe nach der dannzumaligen Bedürftigkeit bestimmen.⁴²

17. Diese erste Erklärung war aus Sicht des Bundesgerichtes zudem unverbindlich, weil K. ohnehin von Gesetzes wegen zur Unterstützung verpflichtet gewesen sei.⁴³ Auch diese Begründung überzeugt nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Verpflichtung deshalb unverbindlich sein soll, weil das Gesetz selber eine entsprechende Verpflichtung vorsieht. Darüber hinaus enthält die Erklärung eine echte Gegenleistung. Das Bundesgericht lässt nämlich bei seiner Aussage ausser Acht, dass gemäss Art. 328 ZGB nicht jeder Nachkomme zur Unterstützung seiner Eltern verpflichtet ist, sondern nur, wer in überdurchschnittlichen finanziellen Verhältnissen lebt (Art. 328 ZGB)⁴⁴ und wem die Unterstützungspflicht auch zumutbar ist (Art. 329 ZGB). Weder hat das Bundesgericht die finanzielle Situation von K. noch die Zumutbarkeit geprüft, weshalb gerade nicht bestätigt ist, dass eine gesetzliche Unterstützungspflicht von K. überhaupt bestand bzw. bestanden hätte.⁴⁵ Entgegen der bundesgerichtlichen Auffassung hätte die Erklärung von K. deshalb auch dahin ausgelegt werden können, dass sich K. unabhängig von seiner finanziellen Situation und

damit in Abweichung von Art. 328 f. ZGB zur finanziellen Unterstützung seiner Eltern hat verpflichten wollen. Zusätzlich hätte ebenso vertreten werden können, dass mit der Verpflichtung von K. eine Abweichung von Art. 328 ZGB in dem Sinne statuiert werden sollte, als die Eltern primär gegen K. vorgehen konnten, unabhängig von der finanziellen Situation seiner Geschwister.

18. Weshalb das Bundesgericht (wiederum in Übereinstimmung mit der Vorinstanz) auch der zweiten Erklärung von K., der Einräumung einer Gewinnbeteiligung beim Verkauf der Liegenschaft gegenüber seinen Geschwistern, die Verbindlichkeit absprach mit der Begründung, diese sei bloss theoretischer Natur,⁴⁶ vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Folgt man dieser bundesgerichtlichen Hypothese, drängt sich die Frage auf, weshalb K. die Liegenschaft überhaupt übernommen und zusätzliche Investitionen in der Höhe von über Fr. 2 Mio. getätigt hat. Eine plausible Antwort ist nicht erkennbar. Haben K. und der Erblasser aber auf eine reelle Wertsteigerung der Liegenschaft vertraut und mit einem Gewinn bei einem Verkauf gerechnet, wäre die Einräumung der Gewinnbeteiligung eine echte Gegenleistung, was die Vermutung der Zweiseitigkeit des Ausgleichsdispenses wiederum untermauern würde.

19. Bei der vom Bundesgericht getroffenen Annahme, wonach K. im Zeitpunkt des zweiten Vertragsschlusses wusste bzw. hätte wissen müssen, dass die Liegenschaft nicht gewinnbringend verkauft werden konnte, müssten die Interessen des Erblassers ins Zentrum rücken. Gemäss bundesgerichtlicher Feststellung war es dem Erblasser ein besonderes Anliegen, dass der Familienbetrieb nicht in fremde Hand überging. Dieses Ziel war aber im Zeitpunkt des Abschlusses des Ergänzungsvertrages gefährdet, weil K. aufgrund der unerwartet hohen Investitionen den Verkauf der Liegenschaft in Erwägung zog, sollte er den Geschwistern gegenüber zur Ausgleichung verpflichtet bleiben.⁴⁷ Damit war aber das Interesse des Erblassers zu diesem Zeitpunkt noch nicht erreicht, weshalb der Ergänzungsvertrag und insbesondere auch der vollständige Ausgleichsdispens (auch) im Interesse des Erblassers erfolgte. Das Bundesgericht kommt zwar in Erwägung 4.3.4 ebenfalls zu diesem Schluss, erklärt aber an anderem Ort, das Anliegen des Erblassers sei mit dem Abschluss des Erbvorzugsvertrages erreicht.⁴⁸ Im Resultat hat es aus meiner Sicht jedoch diesen Interessen des Erblassers bei seiner Interessenanalyse zu wenig Rechnung getragen.

20. Das Bundesgericht führt zusätzlich an, dass für E. die Gleichbehandlung aller Nachkommen zent-

41 KRAMER/PROBST, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2005, 27.

42 Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003, Nr. 344.

43 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.2.

44 Vgl. dazu ausführlich BGE 132 III 97, E. 3; vgl. auch KOLLER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2006, N 156 ff. zu Art. 328/329 ZGB. KOLLER, a.a.O., N 156 zu Art. 328/329 ZGB, hält denn auch fest, dass aufgrund dieser Anforderungen eine Pflicht zur Leistung von Unterstützungsbeiträgen bloss in seltenen Fällen in Frage komme.

45 Es ist vorstellbar, dass das Bundesgericht aus der Tatsache, dass der Kläger Fr. 2,3 Mio. in die Liegenschaft investiert hat und aufgrund seines Berufes (Dr. iur., Anwalt und Notar) stillschweigend davon ausgegangen ist, dass der Kläger in guten finanziellen Verhältnissen lebt.

46 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.2.

47 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.4.

48 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.1.



ral war und nicht erwiesen sei, dass E. einen seiner Nachkommen bewusst habe benachteiligen wollen.⁴⁹ Welche Bedeutung diese Feststellung in Bezug auf die Interessen von E. hatte, lässt das Bundesgericht offen. Folgt man der bundesgerichtlichen Ansicht, dass die vereinbarte Gewinnbeteiligung theoretisch war, müsste man m.E. entgegen der vom Bundesgericht gezogenen Schlussfolgerung wohl vielmehr davon ausgehen, dass mit dem Ergänzungsvertrag gerade die Benachteiligung von K. gegenüber seinen Geschwistern aufgehoben und demnach mit der Ausgleichsdispens eine Gleichbehandlung der Nachkommen wieder hergestellt werden sollte.

21. Schliesslich stellte das Bundesgericht auf den *inneren Willen* des Erblassers ab.⁵⁰ Gemäss der in gleicher Sache ergangenen staatsrechtlichen Beschwerde⁵¹ stehe verbindlich fest, dass erst während des Beurkundungstermins Diskussionen geführt worden seien, die den Erblasser über die Gründe für den Vertragsabschluss aufgeklärt haben, hingegen nicht über die rechtlichen Folgen einer Unterzeichnung des Vertrages.⁵² Der Erblasser habe für alle am Beurkundungsvorgang Beteiligten erkennbar mitgeteilt, dass er Vorbehalte gegen den vollständigen Erlass der Ausgleichspflicht habe, weshalb keine unzulässige Mentalreservation vorliege und seine Bindung an den Vertrag somit nicht einfach mit dessen Unterzeichnung gerechtfertigt werden könne. K. hätte als Dr. iur., Advokat und Notar, nach Treu und Glauben nicht annehmen dürfen, dass sich der Erblasser zum vollständigen Erlass der Ausgleichspflicht vertraglich und endgültig habe verpflichtet wollen. Und abschliessend hielt es fest: «Ihm [K.] bzw. der von ihm beigezogenen Urkundsperson hätte es obliegen, den Erblasser über die rechtlichen Folgen der Vertragsunterzeichnung aufzuklären [...] und dafür zu sorgen, dass sich aus der öffentlichen Urkunde klar ergibt, welche Anordnungen mit vertraglicher Bindung und welche widerruflich getroffen werden [...]».⁵³

22. Diese Argumentation mutet seltsam an. Es ist schwer verständlich, dass aufgrund der Tatsache, dass eine Partei ihren Unmut über einen Vertragsinhalt kundtut, die Verbindlichkeit einer Vereinbarung oder einzelner Klauseln in Frage gestellt wird. Vielmehr beweist doch gerade dieses Verhalten des Erblassers, dass er sich der Rechtsfolgen dieser Vereinbarung und damit des verbindlichen Charakters sehr wohl bewusst war. Wäre der Erblasser von der Einseitigkeit des Ausgleichsdispenses ausgegangen, hätte es für ihn keinen Grund gegeben, unzufrieden zu sein, denn er hätte die Klausel jederzeit abändern können.

23. Mit dem Hinweis, wonach sich aus der öffentlichen Urkunde klar ergeben soll, welche Anordnungen mit vertraglicher Bindung und welche widerruflich getroffen werden,⁵⁴ mahnte das Bundesgericht zur präzisen Formulierung. Angeblich reicht es nicht, die Verbindlichkeit einer vertraglichen Bestimmung mittels Formulierungen wie «die Parteien vereinbaren» und/oder durch zusätzliche Ausführungen zu den Beweggründen festzuhalten. Gestützt auf diesen Bundesgerichtsentscheid muss wohl allen Vertragsgestaltenden empfohlen werden, bei den (erb) vertraglichen zweiseitigen Klauseln jeweils explizit hinzuzufügen, dass es sich um eine verbindliche Klausel handelt und dass die Urkundsperson den Erblasser über die Rechtsfolgen der Verbindlichkeit aufgeklärt hat.

24. Diese bundesgerichtliche Auslegung führt damit zum stossenden *Ergebnis*, dass K. gegenüber seinen Geschwistern (bzw. den Nachkommen seines vorverstorbenen Bruders; seine beiden Schwestern und seine Mutter haben sich der Klage unterzogen) mehr auszugleichen hat, als wenn er die letztwillige Verfügung nicht angefochten hätte. Gemäss letztwilliger Verfügung wäre nämlich der effektive Verkehrswert abzüglich der von K. getätigten Investitionen, der übernommenen Schulden sowie einer angemessenen Abschreibung massgebend gewesen. Nachdem das Bundesgericht selbst vertreten hat, dass aus dem Verkauf der Liegenschaft kein Gewinn erzielt werden kann, hätte K. im Resultat keine Ausgleichung gegenüber seinen Geschwistern leisten müssen. Zudem hat K. gestützt auf diesen Entscheid nicht nur eine Ausgleichspflicht von Fr. 342 196.– zu leisten, sondern bleibt wohl trotz bundesgerichtlicher Interessenanalyse verpflichtet, einen bei Veräusserung der Liegenschaft allfällig generierten Gewinn mit den Geschwistern zu teilen und seine Mutter – unabhängig einer gesetzlichen Pflicht – zu unterstützen. Dieser Entscheid bedeutet eine erhebliche Schlechterstellung von K. gegenüber seinen Geschwistern und widerspricht der vom Erblasser jeweils betonten – und vom Bundesgericht mehrfach zitierten – Gleichbehandlung seiner Nachkommen.⁵⁵

25. Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass ein Zuwendungsempfänger auch bei vermeint-

49 BGE 5C.202/2006, E. 4.3.4.

50 BGE 5C.202/2006, E. 4.4.

51 BGE 5P.348/2006.

52 BGE 5C.202/2006, E. 4.4.1.

53 BGE 5C.202/2006, E. 4.4.2.

54 BGE 5C.202/2006, E. 4.4.2.

55 Insbesondere BGE 5C.202/2006, E. 4.3.1.

lich eindeutigen und klaren verbindlichen Vereinbarungen über die Ausgleichung nicht blindlings auf deren Verbindlichkeit vertrauen darf.⁵⁶ Dieser Feststellung ist – auch aus haftungsrechtlichen Überlegungen – gebührend Rechnung zu tragen, zum einen

bei der Formulierung von (positiven und negativen) Ausgleichungsanordnungen in (Erb)Verträgen, zum andern bei der Aufklärungspflicht der Vertragsparteien über die bestehenden Risiken.

56 Vgl. ebenso ABT/WEIBEL, *Ausgewählte Stolperdrähte im schweizerischen Erbrecht*, in: *Anwaltsrevue* 2007, 271 ff., 272.