

Neues Erwachsenenschutzrecht - Die neuen Bestimmungen im Erbrecht*

Dr. Alexandra Zeiter

Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Erbrecht,
Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich

I. Das neue Erwachsenenschutzrecht

1. Am 19. Dezember 2008 haben National- und Ständerat der Revision des Vormundschaftsrechts zugestimmt. Das neue Recht – neu unter dem Begriff „Erwachsenenschutzrecht“ – wird am 1. Januar 2013 in Kraft treten.
2. In materieller Hinsicht wurden bei der Gesetzesrevision diverse Ziele umgesetzt, welche grundlegende Veränderungen im Erwachsenenschutzrecht zur Folge haben:¹
 - *Förderung des Selbstbestimmungsrechts schwacher, hilfsbedürftiger Personen:* Dazu stellt das Gesetz unter dem Begriff „eigene Vorsorge“ zwei neue Instrumente zur Verfügung: zum einen den *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff. nZGB), mit dem eine handlungsfähige, d.h. eine volljährige urteilsfähige Person für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit eine (natürliche oder juristische) Person bestimmt, welche die persönliche und/oder Vermögenssorge übernehmen und/oder sie im Rechtsverkehr vertreten soll (Art. 360 Abs. 1 nZGB);² zum anderen die (bisher teilweise in kantonalen Gesundheitsgesetzen geregelte) *Patientenverfügung* (Art. 370 ff. nZGB), mit der eine urteilsfähige (nicht zwingend volljährige) Person Anordnungen mit Bezug auf medizinische Massnahmen trifft, indem sie festhält, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder welche sie ablehnt (Art. 370 Abs. 1 nZGB), oder eine (natürliche) Person bestimmt, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit diesbezüglich entscheidungsbefugt ist (Art. 370 Abs. 2 nZGB).³
 - *Stärkung der Solidarität in der Familie:* Die zu diesem Zweck neu geschaffenen gesetzlichen Vertretungsrechte im Rahmen der Personen- und Vermögenssorge berücksichtigen das in der Praxis bestehende Bedürfnis der Angehörigen urteilsunfähiger Personen, ohne grosse

* Das Referat sowie der vorliegende Artikel basieren auf der in Co-Autorenschaft mit Prof. Paul Eitel entstandenen Kommentierung der erbrechtlichen Bestimmungen im FamKommentar zum Erwachsenenschutzrecht, der voraussichtlich Mitte 2012 erscheinen wird.

¹ Vgl. zu den Zielen der Gesetzesrevision auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., 7011 ff.; vgl. auch z.B. BIDERBOST, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, 309 ff.; HÄFELI, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts - Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, FamPra.ch 2007, 1 ff.; BREITSCHMID, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasser und Erblasserinnen, successio 2008, 16 ff.

² Vgl. statt vieler WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010; AFFOLTER, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006, 1057 ff., 1060; HOTZ, Vorsorgevollmacht, Vorsorgeauftrag, Erwachsenenschutzrecht, Selbstbestimmungsrecht, Urteilsfähigkeit, ZKE 2011, 201 ff.; GUTZWILLER, Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des Vorsorgeauftrags, AJP 2007, 556 ff., 558 ff.; WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 2010, 73 ff., 90 ff.

³ Vgl. zu den Patientenrechten von urteilsunfähigen Personen im Allgemeinen z.B. SPRECHER, Patientenrecht Urteilsunfähiger, Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, FamPra.ch 2011, 270 ff.; vgl. auch die Dissertation von WIDMER BLUM (Fn. 2).

Umstände für diese zu handeln.⁴ Gemäss Art. 374 f. nZGB steht dem Ehegatten, dem eingetragenen Partner bzw. der eingetragenen Partnerin neu von Gesetzes wegen das Recht zu, für die urteilsunfähige Person alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB), die ordentliche Verwaltung ihres Einkommens und Vermögens zu übernehmen (Art. 374 Abs. 2. Ziff. 2 nZGB) sowie nötigenfalls ihre Post zu öffnen und zu erledigen (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 3 nZGB)⁵, sofern dieser mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet (Art. 374 Abs. 1 nZGB). Ausserdem steht diesen Personen sowie weiteren, in Art. 378 nZGB konkret (und abschliessend) aufgezählten Personen das Recht zu, zu medizinischen Massnahmen die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern (Art. 377 nZGB). Diese gesetzlichen Vertretungsrechte gelten allerdings subsidiär zur eigenen Vorsorge, d.h. sie kommen nur zum Zuge, sofern kein Vorsorgeauftrag bzw. keine Patientenverfügung vorliegt und keine Beistandschaft mit entsprechender Aufgabe angeordnet ist.

- *Beseitigung bzw. Vermeidung von gesellschaftlichen Stigmatisierungen*: Sowohl die bisher erforderliche Veröffentlichung der angeordneten Massnahmen als auch etliche Begriffe wie „Vormund“ oder „Mündel“ wurden zunehmend als Stigmatisierung empfunden. Deshalb wird neu auf eine Veröffentlichung der Massnahmen verzichtet; ausserdem wurden diverse Begriffe aus dem Gesetzestext gestrichen. Der Begriff „Vormundschaft“ wird nur noch im Zusammenhang mit Minderjährigen (bis heute Unmündigen), die nicht unter elterlicher Sorge stehen, verwendet (Art. 327a – c nZGB).
- *Besserer Schutz von urteilsunfähigen Personen in Einrichtungen*: Der Gesetzgeber hat erkannt, dass urteilsunfähigen Personen in Einrichtungen nicht immer der rechtliche und psychosoziale Schutz zukommt, der notwendig wäre.⁶ Da sich das Pflegerecht nicht abschliessend im Erwachsenenschutzrecht regeln lässt, wurde im neuen Recht der Schutz dieser Personen in den Einrichtungen (immerhin) punktuell verbessert. So sind neu bei länger dauernden Aufenthalten in Wohn- und Pflegeeinrichtungen in einem (schriftlichen) *Betreuungsvertrag* die von der Einrichtung zu erbringenden Leistungen sowie das dafür geschuldete Entgelt festzulegen (Art. 382 nZGB); des Weiteren sind neu die Voraussetzungen für die Einschränkung der *Bewegungsfreiheit* auf Bundesebene definiert (Art. 383 nZGB); zudem ist neu die *Gewährleistung von Kontakten* ausserhalb der Einrichtung (Art. 386 Abs. 1 nZGB) und grundsätzlich die *freie Arztwahl* auf Bundesebene verankert (Art. 386 Abs. 3 nZGB); und schliesslich müssen die Einrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, generell der *Aufsicht der Kantone* unterstellt werden (Art. 387 nZGB).
- die *Massschneidung der Massnahme*: Neu gibt es – unter Vorbehalt des eigenen Handelns der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 392 nZGB) – nur noch die Beistandschaft als amtsgebundene

⁴ Heute versucht man, entweder über eine (zu) extensive Interpretation von Art. 166 ZGB bzw. Art. 15 PartG oder über Art. 419 ff. OR die Rechtshandlungen der Angehörigen einer urteilsunfähigen Person zu rechtfertigen bzw. zu legitimieren. Vgl. auch Botschaft (Fn. 1), 7013.

⁵ Für weitergehende Rechtshandlungen ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde notwendig; vgl. auch HÄFELI (Fn. 1), 6.

⁶ Botschaft (Fn. 1), 7014.

Massnahme (Art. 390 ff. nZGB). Es lassen sich vier Arten von Beistandschaften unterteilen, die sich durch die Intensität des Eingriffs unterscheiden. Der konkrete Inhalt der einzelnen Beistandschaften wird im Gesetz allerdings nicht umschrieben. Vielmehr soll die Erwachsenenschutzbehörde neben der Festlegung der Art der Beistandschaft die einzelnen Aufgaben des Beistands entsprechend den individuellen Bedürfnissen und konkreten Möglichkeiten der betroffenen Personen so präzise wie möglich umschreiben (Art. 391 Abs. 1 nZGB). Diese Neugestaltung soll – entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit – für jede einzelne Person eine eigens zugeschnittene – sog. massgeschneiderte – Massnahme ermöglichen.⁷

Unterschieden werden folgende Arten von Beistandschaften,⁸ welche auch miteinander kombiniert werden können (Art. 397 nZGB):

- Begleitbeistandschaft (Art. 393 nZGB): Der Beistand nimmt lediglich eine begleitende Unterstützung wahr; die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person wird mit dieser Massnahme nicht eingeschränkt. Diese Beistandschaft macht damit nur Sinn, wenn die betroffene Person auch kooperationsbereit ist.
- Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 nZGB): Der Beistand erledigt jene Angelegenheiten, welche die betroffene Person nicht selber erledigen kann; die Erwachsenenschutzbehörde kann diese Massnahme entweder als konkurrierende Handlungsbefugnis der betroffenen Person und des Beistands und damit ohne Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person oder als ausschliessliche Handlungsbefugnis des Beistands und damit mit einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person für diese bestimmten Angelegenheiten ausgestalten. Das Gesetz regelt zudem die *Vermögens- und/oder Einkommensverwaltungsbeistandschaft* (Art. 395 nZGB) als besondere Art der Vertretungsbeistandschaft, die auf die Verwaltung des Einkommens und/oder des Vermögens oder eines Teils davon beschränkt ist. Diese Massnahme kann ebenfalls mit einer konkurrierenden oder ausschliesslichen Handlungsbefugnis des Beistands ausgestaltet sein. Ausserdem besteht die Möglichkeit, der betroffenen Person zwar die Handlungsfähigkeit unbeschränkt zu belassen, ihr aber den tatsächlichen Zugriff auf bestimmte Vermögenswerte zu entziehen (Art. 395 Abs. 3 nZGB). Bei Grundstücken kann eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch angemerkt werden (Art. 395 Abs. 4 nZGB).
- Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 nZGB): Der Beistand wirkt bei bestimmten Rechtshandlungen mit in dem Sinn, als für die Rechtsgültigkeit der Rechtshandlung neben der betroffenen Person auch der Beistand mitwirken muss, womit die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person für diese Rechtshandlungen eingeschränkt ist.
- umfassende Beistandschaft (Art. 398 nZGB). Diesfalls bezieht sich die angeordnete Beistandschaft auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs (Art. 398 Abs. 2 nZGB). Ausgeschlossen bleibt lediglich die Vertretung des Beistands bei absolut höchstpersönlichen Rechten (Art. 19c Abs. 2 nZGB) sowie bei den verbotenen Geschäften gemäss Art. 412 Abs. 1 nZGB. Die Handlungsfähigkeit entfällt von Gesetzes wegen.

3. Nicht nur materiell, sondern auch in organisatorischer Hinsicht wird das Erwachsenenschutzrecht revidiert (Art. 440 ff. nZGB). Künftig werden alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes bei einer Fachbehörde konzentriert (Art. 440 Abs. 1 nZGB). Diese

⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, Nr. 2.86.

⁸ Vgl. dazu im Einzelnen auch HÄFELI (Fn. 1), 9 ff.; BIDERBOST (Fn. 1), 315 ff.

Fachbehörde muss aus mindestens drei Personen bestehen (Art. 440 Abs. 2 nZGB) und hat sich interdisziplinär zusammensetzen. Das Gesetz äussert sich zwar nicht zur konkreten Zusammensetzung der Fachbehörde, vorzugsweise sollten neben einer Person mit juristischer Ausbildung auch eine Sozialarbeiterin und eine Person mit Fachkenntnissen im psychologischen, medizinischen oder sozialpädagogischen Bereich in der Fachbehörde vertreten sein. Im Übrigen liegen die Organisation und die konkrete Ausgestaltung bei den Kantonen.⁹

II. Die Änderungen im Erbrecht – Ein Überblick

1. Anpassungen redaktioneller Natur und materielle Änderungen

4. Im Rahmen der Revision des Erwachsenenschutzrechts wurden insgesamt sieben Änderungen im Erbrecht vorgenommen; sechs Bestimmungen wurden revidiert, eine Bestimmung wurde neu geschaffen. Diese Anpassungen erfolgten im Lichte der vorstehend erläuterten Revisionsziele, d.h. im Mittelpunkt standen der Ausbau einzelner Rechte der verbeiständeten, aber urteilsfähigen Erblasser und die Verstärkung des Schutzes der noch ungeborenen oder urteilsunfähigen Erben.
5. Zwei Revisionen sind lediglich redaktioneller Natur. Die Anpassung des *Art. 553 Abs. 1 nZGB* erfolgte aufgrund der neuen Begrifflichkeiten bzw. der Abschaffung der Begriffe Bevormundung, Entmündigung, Vormundschaft und Vormundschaftsbehörde im Erwachsenenschutzrecht; jene des *Art. 544 Abs. 2 nZGB* aufgrund des neuen und Abs. 2 unmittelbar vorangehenden *Art. 544 Abs. 1 bis nZGB* (vgl. Rz. 6).
6. Daneben kam es auch zu materiellen Änderungen. Hervorzuheben sind insbesondere die neu geschaffene Verfügungsart, bei Vorliegen bestimmter Konstellationen eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu verfügen (*Art. 492a und Art. 531 nZGB*; vgl. nachfolgend Rz. 38 ff.), und die erweiterte Erbvertragsfähigkeit für urteilsfähige, aber verbeiständete Erblasser (*Art. 468 nZGB*; vgl. nachfolgend Rz. 7 ff.). Des Weiteren ist es neu möglich, nicht nur bei umfassender Beistandschaft (früher: bei einer Bevormundung), sondern bei jeder Beistandschaft, welche die Vermögensverwaltung umfasst, den Beistand beim Tod der verbeiständeten Person zum Erbschaftsverwalter zu ernennen (*Art. 544 Abs. 1 bis nZGB*; vgl. nachfolgend Rz. 75 ff.), sowie einen Beistand zur allgemeinen Wahrung der Interessen (nicht nur – wie heute – mit Bezug auf die Vermögensverwaltung und die Feststellung der Vaterschaft) für einen noch ungeborenen Erben einzusetzen (*Art. 554 Abs. 3 nZGB*; vgl. nachfolgend Rz. 72 ff.).

2. Nicht erfolgte Gesetzesänderung

7. Im Vorentwurf war vorgesehen, dass eine öffentliche letztwillige Verfügung nur noch gültig widerrufen werden könne, wenn der Erblasser zwingend diejenige Urkundsperson, welche die Verfügung beurkundet hatte, benachrichtigt. Damit wollte der Gesetzgeber eine Angleichung an den Widerruf des Vorsorgeauftrags erreichen, der in jenem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens

⁹ Vgl. zum Stand der Umsetzung in den Kantonen <http://www.kokes.ch/de/04-dokumentation/06-umsetzung-in-den-kantonen.php?navid=17>; zur Kritik zum Entscheid, die Organisation (weiterhin) den Kantonen zu überlassen vgl. HÄFELI (Fn. 1), 1 ff.

ebenfalls nur durch Benachrichtigung der Urkundsperson widerrufen werden konnte (Art. 362 E-ZGB).¹⁰ Diese Gesetzesänderung wurde schon im Vorfeld kritisiert¹¹ und schliesslich wieder gestrichen.¹²

III. Die erweiterte Erbvertragsfähigkeit gemäss Art. 468 nZGB

1. Vorbemerkungen

a) *De lege lata*

8. Die heute geltenden Voraussetzungen für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung und eines Erbvertrags sind unterschiedlich: Während Art. 467 ZGB für die gültige Errichtung einer letztwilligen Verfügung die Urteilsfähigkeit und die Vollendung des 18. Altersjahrs des Testators verlangt, bedarf es gemäss Art. 468 ZGB für die gültige Errichtung eines Erbvertrags der Mündigkeit des Erblassers.
9. Das führt zur (nicht gerechtfertigten) Konsequenz, dass ein entmündigter, aber urteilsfähiger Erblasser ab vollendetem 18. Altersjahr zwar eine letztwillige Verfügung errichten kann,¹³ dass es ihm aber gemäss h.L. verwehrt ist, mittels Erbvertrag über seinen Nachlass zu verfügen.¹⁴

b) *De lege ferenda*

10. Diese unterschiedliche Regelung wird neu aufgehoben. Die Vorschriften über die Erbvertragsfähigkeit in Art. 468 Abs. 1 nZGB werden den Vorschriften über die Testierfähigkeit in Art. 467 ZGB angeglichen, und bei allen Verfügungen von Todes wegen, mithin auch beim Erbvertrag, muss im Errichtungszeitpunkt „nur“ noch die Urteilsfähigkeit und das vollendete 18. Altersjahr, d.h. die Volljährigkeit, vorliegen. Damit kann neu auch ein unter umfassender Beistandschaft stehender (heute: entmündigter), aber urteilsfähiger und volljähriger Erblasser mittels Erbvertrag über seinen Nachlass verfügen.
11. Gemäss dem neu geschaffenen Art. 468 Abs. 2 nZGB bedarf es allerdings zur gültigen Errichtung eines Erbvertrags bei bestimmten Beistandschaften neben der erforderlichen Urteilsfähigkeit und der Vollendung des 18. Altersjahrs zusätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Die Einführung dieses zusätzlichen Gültigkeitserfordernisses führt erneut zu einer Ungleichbehandlung der beiden Verfügungsformen, was sachlich nicht zu rechtfertigen, insbesondere aber *systemwidrig* ist: Wenn ein verbeiständeter Erblasser mit Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft urteilsfähig ist, so fehlt ihm gerade die Schutzbedürftigkeit mit Bezug auf dieses Geschäft, weshalb auch keine Mitwirkung eines Beistands erforderlich ist.¹⁵ Das führt aber unweigerlich zur Frage, ob für diese

¹⁰ Botschaft (Fn. 1), 7106.

¹¹ BREITSCHMID, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 509-511 ZGB N 1; DERS. (Fn. 1), 28; vgl. zudem FANKHAUSER/BIELER, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, *successio* 2009, 162 ff., 163.

¹² AmtlBull SR 2007, 843.

¹³ Vgl. auch BGE 5A_727/2009, E. 3.2.

¹⁴ Statt vieler TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, ZGB, § 9 Nr. 8; a.M. ZEITER, Die Erbstiftung (Art. 473 ZGB), Diss. Fribourg 2001, Nr. 273 ff.

¹⁵ Auch das Argument, wonach eine letztwillige Verfügung jederzeit frei widerrufen werden kann (vgl. Art. 509 ff. ZGB), währenddem ein einmal abgeschlossener Erbvertrag grundsätzlich unwiderruflich ist, weshalb eine gewisse Schutzbedürftigkeit dennoch gegeben ist, vermag nicht zu überzeugen.

Fälle unter Umständen geringere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit gestellt werden bzw. eine verminderte Urteilsfähigkeit ausreichend ist (vgl. sogleich Rz. 13).

2. Voraussetzungen

a) *Urteilsfähigkeit (Art. 468 Abs. 1 nZGB i.V.m. Art. 16 nZGB)*

12. Das Gesetz setzt in Art. 468 Abs. 1 nZGB für alle Erblasser die Urteilsfähigkeit gemäss Art. 16 nZGB voraus. Jeder Erblasser muss damit zum einen die Fähigkeit besitzen, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen des Abschlusses eines Erbvertrags zu erkennen, mithin ein Mindestmass an Einsicht und Beurteilungsfähigkeit an den Tag zu legen und eine minimale Realitätserfassung und Motivkontrolle zu haben (intellektuelle oder *Verstandeskomponente*), zum andern die Fähigkeit haben, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach freiem Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten bzw. den eigenen Willen auch durchzusetzen (Charakter- oder *Willenskomponente*).¹⁶ Diese Fähigkeiten sind jeweils mit Bezug auf den Schwierigkeitsgrad der einzelnen erbvertraglichen Anordnungen und deren konkrete Tragweite sowie die Komplexität der Entscheidungsgrundlagen zu beurteilen (sog. *Relativität der Urteilsfähigkeit*)¹⁷ und müssen im *Zeitpunkt des Vertragsabschlusses* gegeben sein. Erfolgt die Beurkundung des Erbvertrags im sog. *Sukzessivverfahren*, d.h. Beratung und Beurkundung liegen zeitlich auseinander, sind sie sowohl im Zeitpunkt der Beratung (sog. Vorverfahren) als auch in der Realisationsphase (sog. Hauptverfahren) notwendig.¹⁸
13. Die Frage, ob aufgrund der zwingend erforderlichen Mitwirkung des Beistands beim Abschluss eines Erbvertrags bei bestimmten Beistandschaften eine reduzierte Urteilsfähigkeit bzw. ein herabgesetztes Mass der Urteilsfähigkeit eines verbeiständeten Erblassers, insbesondere beim Charakterelement, genügen könnte, ist klar zu verneinen. Trotz der notwendigen Mitwirkung des Beistands ist eine Urteilsfähigkeit gemäss Art. 16 nZGB und im Sinn der vorstehenden Ausführungen notwendig. Es bleibt aber dennoch offen, ob in der Praxis die Urkundsperson und die bei der Errichtung des Erbvertrags mitwirkenden Zeugen die Urteilsfähigkeit des verbeiständeten Erblassers überhaupt noch prüfen werden, wenn ein Beistand mitwirkt. Ausserdem bleibt abzuwarten, ob Erbverträge, welche unter Mitwirkung des Beistands abgeschlossen wurden, überhaupt noch erfolgreich mit Berufung auf die Urteilsunfähigkeit angefochten werden können oder ob diese Mitwirkung des Beistands den Erbvertrag gegen Ungültigkeitsklagen bestandessicher macht.
14. Eine *urteilsunfähige*, volljährige Person ist erbvertragsunfähig, unabhängig davon, ob sie verbeiständet ist oder nicht.¹⁹ Sie kann auch nicht letztwillig über ihren Nachlass verfügen, so dass sich ihr Nachlass zwingend nach der gesetzlichen Erbfolge verteilt.

¹⁶ Z.B. BGE 124 III 5, 7 f.; 134 II 235, 239 f.; BGE 5C.257/2003; WIDMER BLUM (Fn. 2), 39 f.; BREITSCHMID, Basler Kommentar (Fn. 11), Art. 468 ZGB N 9 ff.; ABT, "Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken": Bundesgericht, quo vadis?, successio 2010, 195 ff.

¹⁷ Z.B. BGE 124 III 5, 8; 5A_12/2009, E. 5.2 und 5.3; 5C.193/2004, E. 2.1; WIDMER BLUM (Fn. 2), 41 f.; SCHRÖDER, PraxisKommentar Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 467 ZGB N 8 m.H.

¹⁸ BGE 5A_12/2009, E. 4.1 und 4.2; BREITSCHMID, Basler Kommentar (Fn. 11), Art. 468 ZGB N 12.

¹⁹ WEIMAR, Berner Kommentar, Bern 2009, Art. 468 ZGB N 9.

b) *Vollendetes 18. Altersjahr (Art. 468 Abs. 1 nZGB i.V.m. Art. 14 nZGB)*

15. Die Errichtung eines Erbvertrags setzt neben der Urteilsfähigkeit das vollendete 18. Altersjahr, mithin die Volljährigkeit i.S.v. Art. 14 nZGB, voraus. Der Erblasser kann daher frühestens an seinem 18. Geburtstag einen Erbvertrag abschliessen.
16. Es ist umstritten, ob das 18. Altersjahr zu Beginn oder am Ende des Geburtstags vollendet ist. Korrekterweise müsste für jede einzelne Person anhand ihrer effektiven Geburtszeit die Vollendung des 18. Altersjahrs und damit der Eintritt der Volljährigkeit berechnet werden. Aus Praktikabilitätsgründen rechtfertigt sich jedoch eine grosszügige Auslegung des Begriffs des 18. Altersjahrs, und die Volljährigkeit ist bereits ab Beginn des 18. Geburtstags, d.h. ab 0.00 Uhr dieses Tages, anzunehmen.²⁰

c) *Zustimmung des Beistands (Art. 468 Abs. 2 nZGB)*

- aa) Erfordernis nur bei bestimmten angeordneten Beistandschaften und bei Aufnahme des Geschäfts im Aufgabenkatalog des Beistands
17. Art. 468 Abs. 2 nZGB verlangt für „Personen unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrags umfasst“, zusätzlich die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Das Gesetz äussert sich damit nicht zur Frage, bei welchen Beistandschaften eine Zustimmung des Beistands erforderlich ist, sondern überlässt die Regelung dieser Frage der Erwachsenenschutzbehörde. Demnach entscheidet sich jeweils im Einzelfall, ob es zur Gültigkeit des Erbvertrags der Zustimmung des Beistands bedarf. Diese Mitwirkung ist nur, aber immer bei Vorliegen der folgenden zwei Voraussetzungen notwendig: zum einen muss eine die Handlungsfähigkeit beschränkende erwachsenenschutzrechtliche Massnahme bestehen, zum anderen muss die Errichtung des Erbvertrags im Aufgabenkatalog des Beistands explizit aufgeführt sein:
18. Mit Bezug auf die *erste Voraussetzung*, wonach eine die Handlungsfähigkeit beschränkende erwachsenenschutzrechtliche Massnahme bestehen muss, kommen nur die Verwaltungs-, insbesondere die *Vermögensverwaltungsbeistandschaft* gemäss Art. 392 nZGB und Art. 393 nZGB,²¹ die *Mitwirkungsbeistandschaft* (Art. 396 nZGB)²² und die *umfassende Beistandschaft* (Art. 398 nZGB)²³ in Betracht. Bei der umfassenden Beistandschaft wird der betroffenen Person zwar von Gesetzes wegen die Handlungsfähigkeit (Art. 398 Abs. 3 nZGB), nicht aber die Urteilsfähigkeit abgesprochen wird (vgl. Art. 17 nZGB), weshalb es nicht auszuschliessen ist, dass diese Person mit Bezug auf eine konkrete letztwillige Anordnung urteilsfähig ist.²⁴

²⁰ WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 467 ZGB N 17; a.M. TUOR, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1952, Art. 467 ZGB N 5, der das 18. Altersjahr erst mit Ablauf des Geburtstags als vollendet betrachtet.

²¹ Obwohl sich diese Beistandschaft auf die lebzeitige Vermögensverwaltung beschränkt und die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit grundsätzlich nicht tangiert; vgl. dazu auch die kritischen Bemerkungen bei WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 10a.

²² WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 10a; FANKHAUSER/BIELER (Fn 11), 170; vgl. zur Umschreibung des Aufgabenkatalogs Art. 396 nZGB; vgl. auch BIDERBOST, Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzrechtes, AJP 2010, 1 ff., 10.

²³ A.M. WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 10a i.V.m. N 9, der aus der Tatsache, wonach die unter umfassender Beistandschaft stehende Person ex lege die Handlungsfähigkeit verliert, auf einen automatischen Verlust der Urteilsfähigkeit schliesst. Das ist hingegen nicht der Fall und ergibt sich aus Art. 14 i.V.m. Art. 17 nZGB.

²⁴ Wer sich auf die Urteils- und damit Erbvertragsfähigkeit beruft, trägt allerdings die Beweislast, vgl. auch BIDERBOST (Fn. 22).

-
19. Bei der *Vertretungsbeistandschaft* (Art. 394 f. nZGB) und der *Begleitbeistandschaft* (Art. 393 nZGB) ist eine Aufnahme des zusätzlichen Erfordernisses der Zustimmung des Beistands in dessen Aufgabenkatalog hingegen nicht zulässig. Bei der erstgenannten Beistandschaft vertritt der Beistand die verbeiständete Person, handelt also an deren Stelle, weshalb er aufgrund der absoluten Höchstpersönlichkeit des Abschlusses eines Erbvertrags dieses Rechtsgeschäft für sie gar nicht abschliessen kann²⁵. Bei der zweitgenannten Beistandschaft beschränkt sich die Aufgabe des Beistands auf die Begleitung in einzelnen Aufgaben, die Handlungsfähigkeit ist überhaupt nicht eingeschränkt.²⁶ Eine Aufnahme der Mitwirkung des Beistands beim Abschluss eines Erbvertrags wäre bei diesen Beistandschaften nur möglich, wenn sie in Kombination mit den beiden ersten unter Rz. 18 aufgeführten Beistandschaften, d.h. mit einer Verwaltungs- oder einer Mitwirkungsbeistandschaft angeordnet werden.
20. Die *zweite Voraussetzung* verlangt die Aufnahme dieses Rechtsgeschäfts in den Aufgabenkatalog des Beistands. Nicht geklärt ist, wie konkret dieses Rechtsgeschäft bezeichnet werden muss. Muss der Abschluss des Erbvertrags explizit aufgeführt sein oder reicht zum Beispiel als Umschreibung „Vertretung in erbrechtlichen Angelegenheiten“? M.E. bedarf es einer expliziten Erwähnung des Abschlusses des Erbvertrags, zumal Formvorschriften gemäss unbestrittener Rechtsprechung restriktiv auszulegen sind. Aus Sorgfaltspflichten ist jedoch auch bei offenen und wenig präzisen Formulierungen die Zustimmung des Beistands einzuholen. Damit kann das Risiko ausgeschlossen werden, dass der Erbvertrag beim Tod des verbeiständeten Erblassers wegen Ungültigkeit angefochten wird.²⁷
21. Ob und wie oft die Mitwirkung beim Abschluss eines Erbvertrags überhaupt Eingang in den Aufgabenkatalog eines Beistands findet, wird sich weisen. Es wird jedoch zu den Sorgfaltspflichten jedes Beraters und jeder Urkundsperson gehören, Einsicht in den Einsetzungsbeschluss des Beistands zu nehmen und den Aufgabenkatalog des Beistands zu prüfen.
- bb) Anforderungen an die Zustimmung des Beistands
22. Die Aufgabe des Beistands beim Vertragsabschluss beschränkt sich auf die blossе Mitwirkung. Die verbeiständete Person hat den Erbvertrag aufgrund seines absolut höchstpersönlichen Charakters selber abzuschliessen, eine Vertretung durch den Beistand ist daher ausgeschlossen (vgl. Art. 19c nZGB). Ein vom Beistand in Vertretung des verbeiständeten Erblassers abgeschlossenen Erbvertrags wäre nichtig.
23. Art. 468 Abs. 2 nZGB äussert sich weder zu den zeitlichen noch zu den formellen Anforderungen an die Zustimmung des Beistands. Massgebend sind deshalb die allgemeinen Vorschriften in Art. 19a-19c nZGB.²⁸ Die Zustimmung kann *vorgängig* zum oder *gleichzeitig* mit dem Abschluss des Erbvertrags, aber auch *nachträglich* (als Genehmigung desselben) erfolgen (Art. 19a Abs. 1

²⁵ Vgl. auch Bericht Erwachsenenschutz, VE ZGB, 104; WOLF (Fn. 2), 104.

²⁶ Vgl. auch Botschaft (Fn. 1), 7105.

²⁷ Vgl. zu den Rechtsfolgen nachstehend Rz. 28.

²⁸ Art. 512 Abs. 2 ZGB ist nicht anwendbar, weil der Beistand eben nicht auch Vertragspartei ist.

nZGB).²⁹ Die Zustimmung des Beistands beim Beurkundungsakt selber ist damit nicht Gültigkeitsvoraussetzung, muss aber spätestens im Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorliegen. Fehlt die Zustimmung des Beistands beim Vertragsabschluss, bleibt der Erbvertrag bis zu dessen Genehmigung in der Schwebe (Art. 19b Abs. 2 nZGB).

24. Die Zustimmung des Beistands ist an *keine spezielle Form* gebunden; es genügt mithin Stillschweigen oder konkludentes Verhalten. Aus Beweisgründen empfiehlt sich eine schriftliche Zustimmung.
25. Der Beistand hat zu prüfen, ob das konkrete Rechtsgeschäft im Sinn des Verbeiständeten ist. Deshalb hat die Zustimmung *für jeden Erbvertrag einzeln* zu erfolgen. Die Zustimmung darf nicht zum Routineakt werden.³⁰

d) *Kein Erfordernis der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde*

26. Nicht notwendig ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB bezieht sich nur auf den Abschluss von Erbverträgen, bei denen die verbeiständete Person am Erbvertrag als Gegenpartei, nicht aber als Erblasserin mitwirkt (vgl. nachfolgend Rz. 30).³¹

3. Rechtsfolgen bei fehlenden Gültigkeitsvoraussetzungen

27. Ein Erbvertrag unterliegt der Ungültigkeitsklage, sofern der verbeiständete Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung nicht Verfügungsfähig i.S.v. Art. 467 ZGB und Art. 468 nZGB war, das 18. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat oder bei dessen Tod die Zustimmung des Beistands nicht vorliegt (Art. 519 Ziff. 1 ZGB).

4. Eingeschränkter Anwendungsbereich von Art. 468 ZGB

28. Zu beachten ist, dass Art. 468 nZGB nicht in allen Fällen gilt, in welchen ein Erbvertrag abgeschlossen wird. Vielmehr ist der Anwendungsbereich sowohl in sachlicher und persönlicher als auch in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt:

a) *Sachlicher Anwendungsbereich*

29. Art. 468 nZGB bezieht sich nicht auf den Erbvertrag im formellen Sinn, d.h. auf die Urkunde gemäss Art. 512 ZGB als solche, sondern auf den Erbvertrag im materiellen Sinn, d.h. auf die vertraglichen und damit bindenden Verfügungen im Erbvertrag. Art. 468 nZGB ist damit nicht anwendbar auf die in einem Erbvertrag stehenden einseitigen (testamentarischen) und damit jederzeit frei widerruflichen Verfügungen, ebenso wenig auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Die Verfügungsfähigkeit des Erblassers für einseitige Verfügungen in einem Erbvertrag bestimmt sich nach Art. 467 ZGB, dessen Geschäftsfähigkeit für Rechtsgeschäfte unter Lebenden nach Art. 12 ff. nZGB.³²

²⁹ Vgl. Botschaft (Fn. 1), 7048. Gemäss WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), hat sie nach Abschluss des Erbvertrags gegenüber allen Erbvertragsparteien zu erfolgen.

³⁰ BREITSCHMID (Fn. 1), 28; WOLF (Fn. 2), 104.

³¹ Botschaft (Fn. 1), 7105; Bericht Erwachsenenschutz, VE ZGB (Fn. 25), 104.

³² WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 2; SCHRÖDER, Praxiskommentar (Fn. 17), Art. 468 ZGB N 14. Gemäss WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 10a, sollte Art. 468 Abs. 2 nZGB nur für entgeltliche

b) Persönlicher Anwendungsbereich

30. Art. 468 nZGB regelt die Erbvertragsfähigkeit des *Erblassers*, nicht hingegen die Verfügungsfähigkeit der Gegenpartei, d.h. der Vertragspartei des Erblassers, die selber nicht von Todes wegen verfügt. Für diese gelten die allgemeinen Vorschriften nach Art. 12 ff. nZGB. Dabei ist jeweils zu unterscheiden, ob der Gegenpartei durch den Vertragsschluss nur unentgeltliche Vorteile eingeräumt oder auch Pflichten auferlegt werden: Im ersten Fall reicht Urteilsfähigkeit, eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist nicht notwendig (Art. 19 Abs. 2 nZGB). Dies gilt nach h.L. auch bei einer Erbeinsetzung zu Gunsten der Gegenpartei,³³ selbst wenn der eingesetzte Erbe mit einem Vermächtnis belastet oder einer Auflage beschwert wird.³⁴ Im zweiten Fall muss die Gegenpartei urteilsfähig und volljährig sein. Fehlt es an der Volljährigkeit oder steht die urteilsfähige betroffene Person unter umfassender Beistandschaft, bedarf es zur Gültigkeit des Erbvertrags zusätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 19 Abs. 1 nZGB). Dies gilt etwa bei einem entgeltlichen Erbvertrag oder entgeltlichen und unentgeltlichen Erbverzicht.³⁵
31. Bei der Gegenpartei des Erblassers, die selber nicht von Todes wegen verfügt, ist eine gewillkürte oder gesetzliche Vertretung zulässig. Schliesst ein Beistand in Vertretung einer verbeiständeten Person einen Erbvertrag ab, braucht es gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB zusätzlich die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde.³⁶
32. Ist die Gegenpartei ebenfalls Erblasserin, d.h. verfügen beide Parteien über ihren Nachlass (sog. zweiseitiger Erbvertrag), beurteilt sich die Verfügungsfähigkeit beider Parteien nach Art. 467 ZGB (für die einseitigen Vertragsklauseln) bzw. nach Art. 468 nZGB (für die verbindlichen Vertragsklauseln).

c) Sachlicher Anwendungsbereich

33. Art. 468 Abs. 2 nZGB ist nur anwendbar, wenn eine erwachsenenschutzrechtliche Massnahme besteht. Während des Prüfungs- und Anordnungsverfahrens oder des Beschwerdeverfahrens der angeordneten Massnahme ist Art. 468 Abs. 2 nZGB nicht anwendbar, ebenso wenig bei einem vorgesehenen Wechsel von einer nicht handlungsfähigkeitsbeschränkenden zu einer handlungsfähigkeitsbeschränkenden Massnahme.³⁷

Erbverträge und Rechtsgeschäfte unter Lebenden, nicht aber für bindende Verfügungen von Todes wegen gelten, weil Erwachsenenschutz und Beistandschaft nicht berührt würden, wenn jemand bestimmt, was nach seinem Tod mit seinem Vermögen geschehen soll. Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzessystematik noch aus den Materialien. Seinem (zwar berechtigten) Einwand, wonach Erwachsenenschutz und Beistandschaft bei erbrechtlichen Verfügungen über den Nachlass nicht berührt würden, wird in Abs. 2 insofern Rechnung getragen, als der Beistand nicht in jedem Fall dem Erbvertrag zustimmen muss, sondern nur bei Vorliegen einer expliziten Anordnung durch die Erwachsenenschutzbehörde.

³³ BREITSCHMID, Basler Kommentar (Fn. 11), Art. 468 ZGB N 6; SCHRÖDER, Praxiskommentar (Fn. 17), Art. 468 ZGB N 16; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 15; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 12 Nr. 27.

³⁴ WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 16.

³⁵ SCHRÖDER, Praxiskommentar (Fn. 17), Art. 468 ZGB N 16.

³⁶ WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 11.

³⁷ Für das alte Recht vgl. WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 468 ZGB N 9.

5. Intertemporalrechtliche Aspekte

34. Hat eine entmündigte Person vor Inkrafttreten des neuen Art. 468 ZGB einen Erbvertrag errichtet, stirbt sie aber nach dem Inkrafttreten, entscheidet sich nach Art. 16 SchIT ZGB, ob der Erbvertrag gültig errichtet wurde. Nach Art. 16 Abs. 1 SchIT ZGB muss die Verfügungsfähigkeit des Erblassers *im Errichtungszeitpunkt* vorliegen. Da dem entmündigten Erblasser von der h.L. zu Art. 468 aZGB generell und unabhängig seiner Urteilsfähigkeit die Erbvertragsfähigkeit abgesprochen wird, wäre der Erbvertrag daher ungültig.
35. Umstritten ist allerdings, ob Art. 16 Abs. 1 SchIT ZGB auch gilt, wenn der Erblasser im Errichtungszeitpunkt zwar nicht die damals geltenden, aber die im Zeitpunkt seines Todes geltenden Anforderungen erfüllt. In der Lehre wird vorab darauf abgestellt, ob der Erblasser mit Bezug auf die Verfügung von Todes wegen urteilsfähig war.³⁸ Daher ist ein derartiger Erbvertrag gültig bzw. die Ungültigkeit wird geheilt, sofern sich die entmündigte Person im Errichtungszeitpunkt der Tragweite der Anordnungen und ihrer Wirkungen bewusst war.
36. Das bedeutet für den Erbrechtspraktiker, dass bereits heute eine entmündigte, aber urteilsfähige Person mittels Erbvertrag über ihren Nachlass verfügen könnte und dieser Erbvertrag gültig wäre, sofern sie nach dem 1. Januar 2013 versterben sollte. Allerdings ist davon abzuraten, vor dem Inkrafttreten der Bestimmung ohne Not auf dieses Instrument zu greifen, zumal in jedem Fall das Risiko besteht, dass der Erblasser vor dem 1. Januar 2013 verstirbt. Dennoch kann es Konstellationen geben, bei welchen die angestrebte Lösung nur über den Erbvertrag zu erreichen ist. Zu denken sei etwa an folgenden Fall: Eine entmündigte, verheiratete, aber kinderlose Person möchte ihren Ehegatten als Alleinerbe einsetzen. Die noch lebenden Eltern sind damit einverstanden und verzichten auf ihre allfälligen Pflichtteilsansprüche. Dieses Ziel kann jedoch nur über einen Erb(verzichts)vertrag zwischen den Eltern und der entmündigten Person erreicht werden.
37. Sollte in der Praxis tatsächlich vor Inkrafttreten des neuen Art. 468 nZGB auf das Institut des Erbvertrags zurückgegriffen werden (müssen), ist den Beteiligten in jedem Fall zu empfehlen, beim Vertragsabschluss – sozusagen prophylaktisch – die Zustimmung des Vormunds zum Erbvertrag einzuholen, damit die Gültigkeit des Erbvertrags nicht letztlich an Art. 468 Abs. 2 nZGB scheitert.

IV. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest

1. Vorbemerkungen

a) Ausgangslage *de lege lata*

38. Das schweizerische Erbrecht regelt *de lege lata* lediglich die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ff. ZGB). Dabei werden zwei aufeinanderfolgende Erbeinsetzungen verfügt, und der zeitlich erste Erbe, der Vorerbe, ist verpflichtet, die Erbschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt (sofern nichts anderes angeordnet ist, bei dessen Tod) dem zeitlich zweiten Erben, dem Nacherben, die Erbschaft

³⁸ BREITSCHMID, Basler Kommentar (Fn. 11), Art. 16 SchIT ZGB N 3; SCHRÖDER, Praxiskommentar (Fn. 17), Art. 16 SchIT ZGB N 4.

auszuhändigen.³⁹ Der Vorerbe darf die Erbschaft lediglich besitzen, brauchen, nutzen und verwalten, nicht jedoch verbrauchen. Es ist ihm daher verboten, die Substanz anzuzehren.

39. Obwohl im Gesetz nicht geregelt, ist in der Praxis unbestritten, dass auch eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulässig ist. Damit befreit der Erblasser den Vorerben von den Pflichten und Beschränkungen, die eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung mit sich bringt. Insbesondere kann der Vorerbe die Erbschaft nicht nur gebrauchen, sondern auch beliebig verbrauchen. Sofern der Erblasser nicht anderweitig verfügt, ist dem Vorerben gemäss herrschender Lehre einzig verboten, aus dem Vorerbschaftsvermögen Schenkungen (mit Ausnahmen von Gelegenheitsgeschenken) auszurichten oder darüber durch eine Verfügung von Todes wegen zu verfügen. Der Nacherbe erhält daher nur noch, was im Zeitpunkt des Nacherbfalls überhaupt noch vorhanden ist.⁴⁰
40. Jede Nacherbeneinsetzung, d.h. die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung gemäss Art. 488 ff. ZGB sowie die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, ist heute gemäss Art. 531 ZGB gegenüber einem pflichtteilsgeschützten Erben im Umfang seines Pflichtteils ungültig. Eine derartige Anordnung führt – entgegen des gesetzlichen Wortlauts – zu deren Herabsetzbarkeit.⁴¹
41. Diese Einschränkung wird in der Praxis insbesondere in Fällen als stossend empfunden, in welchen ein Erbe aufgrund seiner Urteilsunfähigkeit nicht über seinen Nachlass – und damit auch nicht über das ihm von seinen Eltern zufließende Vermögen – verfügen kann und sich dessen Nachlass zwingend nach dem gesetzlichen Erbrecht vererbt. Damit kommt es unter Umständen zur Begünstigung von Personen, die an sich nicht erwünscht sind. Deshalb wurde in der Praxis – trotz grundsätzlicher Unzulässigkeit – immer wieder in den Pflichtteil von urteilsunfähigen Nachkommen eingegriffen.
- b) *Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest (Art. 492a nZGB)*
42. Der Gesetzgeber hat dieses Bedürfnis der Praxis erkannt und hat neu in Anlehnung an das dem deutschen Recht bekannte „Behindertentestament“ in Art. 492a nZGB die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest eingeführt. Art. 492a nZGB ist allerdings nicht unbeschränkt anwendbar. Er gilt vielmehr nur für den besonderen Fall, dass *urteilsunfähige Nachkommen* als Vorerben eingesetzt werden. Deshalb wird sie nachfolgend als „besondere“ Nacherbeneinsetzung auf den Überrest bezeichnet, im Unterschied zu der in der Praxis unter Beachtung des Pflichtteilsrechts zulässigen „gewöhnlichen“ Nacherbeneinsetzung auf den Überrest. Letztere sind selbstverständlich weiterhin gültig, bleiben aber weiterhin gemäss Art. 531 nZGB herabsetzbar.
43. Zu beachten gilt, dass sich mit Bezug auf den Nachlass des urteilsunfähigen Nachkommen selber auch mit dem neuen Art. 492a nZGB nichts ändert. Aufgrund dessen Testier- und Erbvertragsunfähigkeit vererbt sich sein Nachlass weiterhin zwingend nach dem gesetzlichen Erbrecht. Mit dem neuen Art. 492a nZGB können die Eltern jedoch das Vermögen ihres

³⁹ Vgl. zum Ganzen EITEL, Die Anwartschaft des Nacherben, Diss. Bern 1991; DERS., Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis, *successio* 2007, 82 ff.

⁴⁰ EITEL, Die Funktion der (nach Erbrecht oder nach Vormundschaftsrecht) „zuständigen Behörden“ bei einer Nacherbeneinsetzung, *AJP* 2000, 630 ff., 630 f.; DERS. (Fn. 39), 85 ff.

⁴¹ BGE 108 II 288 ff., 291; 75 II 190 ff., 193.

urteilsunfähigen Nachkommen und damit dessen Nachlass wesentlich verkleinern, weil sie ihm nicht mehr zwingend seinen Pflichtteil zukommen lassen müssen.

44. Dieser gesetzgeberische Schritt ist begrüssenswert. Leider hat es der Gesetzesgeber aber unterlassen, die bis heute bestehenden Unsicherheiten mit Bezug auf die gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu klären und zu regeln; zudem ist der Gesetzestext selber in diverser Hinsicht auslegungsbedürftig und lässt viele Fragen offen (vgl. dazu nachfolgend).⁴²

2. Voraussetzungen

a) Beschränkung des Vorerben auf Nachkommen

45. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist nur zu Lasten von Nachkommen gültig. Der Vorentwurf liess sie zwar noch zu Lasten aller pflichtteilsgeschützter Erben, damit auch zu Lasten des überlebenden Ehegatten bzw. der überlebenden eingetragenen Partner sowie der Eltern zu. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde die Zulässigkeit jedoch auf die Nachkommen beschränkt.⁴³
46. Keine Einschränkung schreibt der Gesetzgeber mit Bezug auf die Nachkommen vor. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist demzufolge zu Lasten jedes Nachkommen, auch der Enkel und Urenkel zulässig.
47. Die Beschränkung auf die Nachkommen gilt nur für die Bestimmung des Vorerben. Das Gesetz äussert sich nicht zur Einsetzung des Nacherben. Es kann daher jede beliebige Person als Nacherbe bestimmt werden.⁴⁴

b) Dauernde Urteilsfähigkeit des Nachkommen

48. Eine besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist nur zulässig, wenn der Nachkomme dauernd urteilsunfähig ist. Vorausgesetzt ist damit ein Zweifaches: zum einen die Urteils- bzw. Testier- und Erbvertragsunfähigkeit (vgl. dazu vorstehend Rz. 12 f.), zum andern die Dauerhaftigkeit dieser Urteilsunfähigkeit. Es reicht damit nicht aus, wenn der Nachkomme bloss vorübergehend urteilsunfähig ist. Vielmehr bedeutet dauerhaft, dass mit der Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit *schlicht nicht gerechnet werden darf*.⁴⁵ Im Zentrum steht daher nicht die Dauer der Urteilsfähigkeit als solche, sondern die medizinische Prognose über die Frage, ob der Nachkomme voraussichtlich urteilsunfähig bleibt bzw. dauerhaft urteilsunfähig ist und damit ausgeschlossen werden kann, dass er über seinen Nachlass selber verfügen kann.

⁴² Vgl. Kritik von PIOTET, La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte, successio 2007, 240 ff., 241 ff.

⁴³ Vgl. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 165, 167; die zu Recht darauf hinweisen, dass die Anordnung einer besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest in vielen Fällen auch bei Ehegatten oder pflichtteilsgeschützten Eltern Sinn machen würde, weshalb die Beschränkung auf Nachkommen nicht gerechtfertigt sei.

⁴⁴ Siehe auch PIOTET (Fn. 42), 242.

⁴⁵ FANKHAUSER/BIELER (Fn.11), 166; WOLF (Fn. 2), 107. Nicht ganz so weit geht WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 492a ZGB N 5, der die „dauernde Urteilsfähigkeit“ bereits als gegeben erachtet, wenn die Urteilsfähigkeit nicht mit Sicherheit eine dauernde ist und Hoffnung auf Heilung besteht.

49. Es empfiehlt sich daher, im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen ein medizinisches Gutachten betreffend Urteilsunfähigkeit des Nachkommen einzuholen. Diese Empfehlung gilt nicht nur für den Erblasser, sondern auch für die Urkundsperson.

c) Keine Kinder, Ehe- und eingetragenen Partner des Nachkommen

50. Die besondere Nacherbeneinsetzung ist gemäss Art. 492a Abs. 1 nZGB nur zulässig, wenn der Nachkomme, der als Vorerbe eingesetzt wird, selber keine Kinder und keinen Ehegatten hinterlässt.

51. Leider fehlt im Gesetz die Erwähnung des eingetragenen Partners. Es gibt allerdings keinen ersichtlichen Grund, weshalb der Ehegatte und der eingetragene Partner unterschiedlich behandelt werden sollten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es sich hier um echte Gesetzeslücke handelt. Die Verfügung ist demnach auch ungültig, wenn der Nachkomme einen eingetragenen Partner hinterlässt.⁴⁶

52. Ebenfalls äussert sich das Gesetz nicht zur Frage, ob die hinterbliebenen Kinder, Ehe- oder eingetragenen Partner urteilsfähig sind oder nicht. M.E. kann nicht entscheidend sein, ob diese Personen ihrerseits urteilsfähig sein müssen. Zwar wird sich bei ihrer Urteilsunfähigkeit die zu verhindernde gesetzliche Erbfolge - wie FANKHAUSER/BIELER zu Recht ausführen - auf der nächsten Stufe verwirklichen.⁴⁷ Dennoch darf das Kriterium der Urteilsfähigkeit dieser im Gesetz aufgeführten Personen für die Frage der Gültigkeit der Anordnung nicht entscheidend sein.

d) Fehlende Verfügung von Todes wegen des Nachkommen

53. Das Gesetz erwähnt die Voraussetzung, wonach die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nur gültig ist, sofern der Nachkomme keine Verfügung von Todes wegen hinterlässt, nicht. Dennoch wird sie in der Lehre als zusätzliche Voraussetzung aufgeführt. Als Begründung wird auf die ratio legis verwiesen. Mit der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest solle verhindert werden, dass es aufgrund der dauernden Urteilsunfähigkeit nach dem Tod des Nachkommen zur gesetzlichen Erbfolge komme. Sofern nun aber bereits eine Verfügung von Todes wegen vorliege, komme es gar nicht mehr zur gesetzlichen Erbfolge.⁴⁸

54. Einiges spricht gegen diese in der Lehre vertretene These: Zum einen sollte man mit der Einführung von Voraussetzungen, die nicht einmal im Gesetz erwähnt sind, äusserst zurückhaltend sein. Zum andern ist zu bedenken, dass durch diese Voraussetzung ein Anreiz für alle urteilsfähigen volljährigen Personen geschaffen wird, gleichsam prophylaktisch eine Verfügung von Todes wegen für den späteren Fall einer allfälligen Urteilsunfähigkeit zu errichten, damit die Eltern nicht die Möglichkeit haben, bei solchen Fällen von der vom Gesetz geschaffene Möglichkeit der Anordnung einer besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest Gebrauch zu machen bzw. diese Möglichkeit bereits vorzeitig auszuhebeln.

⁴⁶ FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 167; PIOTET (Fn. 42), 244 Fn. 5; WOLF (Fn. 2), 107 f.; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 492a ZGB N 8.

⁴⁷ FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 167.

⁴⁸ Gl.M. PIOTET, (Fn. 42), 244 Fn. 5; WOLF, (Fn. 2), 108; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 492a ZGB N 8; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 169 f.

55. Führt man sich neben der vorerwähnten ratio legis jedoch nochmals vor Augen, dass zum einen bei der neu geschaffenen Verfügungsart einzig der Schutz und damit die Interessen des Nachkommen, nicht aber jene der Eltern massgebend sind, zum anderen bei der gesamten Revision der Fokus auf dem Ausbau und der Verstärkung der Selbstbestimmung des Einzelnen liegt, ist trotz der in Rz. 54 erwähnten Bedenken die einmal bestandene Urteilsfähigkeit des Nachkommen höher zu gewichten als das Anliegen und die Interessen der Eltern. Deshalb muss die vom Nachkommen im Zeitpunkt seiner Urteilsfähigkeit errichtete Verfügung von Todes wegen der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest vorgehen, sodass die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest dahinfällt und sich die Erbfolge für den gesamten Nachlass des Nachkommen nach dessen eigener Verfügung von Todes wegen richtet.

3. Massgebender Zeitpunkt des Vorliegens der Voraussetzungen

56. Art. 492a nZGB äussert sich nur indirekt und sehr lückenhaft zur Frage, zu welchem Zeitpunkt die vorstehend aufgeführten Voraussetzungen vorliegen müssen: Abs. 1 bestimmt, dass der Nachkomme *im Zeitpunkt seines eigenen Ablebens* keine Nachkommen und Ehegatten *hinterlassen* darf. Abs. 2 hält fest, dass die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest von Gesetzes wegen dahinfällt, wenn der Nachkomme *wider Erwarten* wieder urteilsfähig *wird*. Damit ergibt sich m.E. aus dem Wortlaut selber, dass im Zeitpunkt des Todes des als Vorerben eingesetzten Nachkommen die folgenden beiden Voraussetzungen erfüllt sein müssen: zum einen die Kinder- und Ehelosigkeit (und ohne eingetragene Partnerschaft „im Zeitpunkt seines eigenen Ablebens“), zum anderen die Urteilsunfähigkeit (urteilsfähig „wird“).
57. Implizit ergibt sich aus der Formulierung in Abs. 2 „wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird“ aber auch, dass die Urteilsunfähigkeit sowohl im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen als auch im Zeitpunkt des Todes des Erblassers gegeben sein muss.
58. Zum massgebenden Zeitpunkt mit Bezug auf die anderen Voraussetzungen äussert sich das Gesetz überhaupt nicht, also auch nicht indirekt. Bei der Beantwortung der Frage ist damit auf die ratio legis und den gesetzgeberischen Willen zurückzugreifen. Bei der Einführung von Art. 492a nZGB stand der Schutz des Nachkommen (und nicht der Eltern), dem es aufgrund seiner Urteilsunfähigkeit schlicht gar nicht möglich ist, selber zu bestimmen, wer dereinst sein Vermögen erben soll, im Vordergrund. Es ging mithin nicht darum, den Eltern ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, die ihnen unliebsamen Erben auszuschalten. Vor diesem Hintergrund ist wohl auch zu verstehen, weshalb die Voraussetzung der Kinder- und Ehelosigkeit Eingang ins Gesetz gefunden hat (obwohl in etlichen Fällen Ehegatten bzw. Schwiegerkinder aus Sicht der Eltern ja ebenfalls zu den sog. unliebsamen Erben gehören). Aus diesen Erwägungen lässt sich m.E. ableiten, dass sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen bereits *im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen*, aber eben auch *im Zeitpunkt des Todes des Erblassers* sowie *im Zeitpunkt des Todes des Vorerben* erfüllt sein müssen.⁴⁹

⁴⁹ Gestützt auf diese Überlegungen sind auch sog. „Nacherbeneinsetzungen auf Vorrat“, d.h. besondere Nacherbeneinsetzungen auf den Überrest, die sozusagen prophylaktisch für den Fall, dass ein Erbe eventuell urteilsunfähig werden könnte, ungültig. Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 166.

59. Eine Ausnahme besteht m.E. mit Bezug auf das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen des Nachkommen selber. Da sich regelmässig erst bei dessen Tod selber feststellen lässt, ob er eine gültig errichtete Verfügung von Todes wegen hinterlässt und der Erblasser selber vom Vorliegen dieser Voraussetzung regelmässig keine Kenntnis haben wird, reicht es m.E., wenn eine solche Verfügung erst im *Zeitpunkt des Todes des Nachkommen selber* vorliegt. Eine besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist daher nicht deshalb ungültig, weil im Zeitpunkt ihrer Anordnung oder im Zeitpunkt des Todes des Erblassers noch keine Verfügung von Todes wegen des Nachkommen vorliegt bzw. bei der Beurteilung ex post nicht vorgelegen hat.
60. Daraus erhellt, dass sich regelmässig erst im Zeitpunkt des Todes des Nachkommen und nicht bereits im Zeitpunkt des Todes des Erblassers selber feststellen lässt, ob sämtliche Voraussetzungen gemäss Art. 492a nZGB vorliegen und die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest überhaupt gültig ist. Daher ist dem Erblasser dringend zu empfehlen, Ersatzverfügungen anzuordnen (Art. 487 ZGB).

4. Rechtsfolgen

a) *Bei ungültiger besonderer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest*

61. Gemäss Art. 492a Abs. 2 nZGB fällt die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest von Gesetzes wegen, d.h. eo ipso, dahin, wenn der Nachkomme wider Erwarten seine Urteilsfähigkeit erlangt bzw. wenn er im Erbfall, d.h. im Zeitpunkt des Todes des verfügenden Elters, urteilsfähig ist. Damit lebt also nicht etwa nur der Pflichtteilsschutz wieder auf, sondern es kommt zur gesetzlichen Erbfolge.⁵⁰ Wie bereits ausgeführt, muss gleiches auch gelten, wenn der Nachkomme nach dem Tod des Erblassers urteilsfähig wird.⁵¹
62. Art. 492a nZGB äussert sich nicht zur Rechtsfolge einer angeordneten besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, wenn eine der anderen Voraussetzungen nicht erfüllt ist, d.h. eine besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu Lasten des Ehegatten bzw. eingetragenen Partners oder Eltern erfolgt, der urteilsunfähige Nachkomme im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen, des Todes des Erblassers oder seines eigenen Todes einen Ehe- oder eingetragenen Partner hat oder eine eigene gültige Verfügung von Todes wegen hinterlässt. Bei Fehlen der beiden letzteren Voraussetzungen muss m.E. ebenfalls Art. 492a Abs. 2 nZGB gelten, und die angeordnete Nacherbeneinsetzung auf den Überrest fällt von Gesetzes wegen dahin.⁵²
63. Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu Lasten anderer pflichtteilsgeschützter Erben angeordnet wird. Diesfalls müsste m.E. die Verfügung lediglich herabsetzbar (gestützt auf Art. 531 ZGB) sein.⁵³

⁵⁰ Vgl. die Kritik und den Hinweis von PIOTET (Fn. 42), 245, wonach es durchaus möglich sei, dass der Erblasser seinem Nachkommen – selbst bei (Wieder-)Erlangung der Urteilsfähigkeit – lediglich den Pflichtteil zuweisen wollte.

⁵¹ PIOTET (Fn. 42), 246.

⁵² A.M. PIOTET (Fn. 42), 244, der für eine Reduktion auf eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung plädiert, ebenfalls WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 492a ZGB N 8, allerdings nur, sofern der Nachkomme nachträglich Elter wird oder heiratet. Gemäss WEIMAR ist diesfalls eine Herabsetzungsklage zu erheben. Die Gefahr, wonach die Klage bereits verwirkt ist, nimmt er dabei bewusst in Kauf.

⁵³ So auch FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 165 f.

b) *Bei gültiger besonderer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest*

64. Eine gestützt auf Art. 492a nZGB gültig angeordnete besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest kann gemäss Art. 531 Satzteil 2 nZGB nicht mit einer Herabsetzungsklage angefochten werden.
65. Welche Rechte und Pflichten mit einer gültig errichteten besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a nZGB verbunden sind, regelt das Gesetz nicht. Auch den Materialien ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Damit sind grundsätzlich die allgemeinen Grundsätze anzuwenden, welche Lehre und Rechtsprechung mit Bezug auf die (nicht gesetzlich geregelte) gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest entwickelt haben:
66. Primär ergeben sich die Rechte und Pflichten des Vorerben aus den erblasserischen Anordnungen.⁵⁴ Hat der Erblasser nichts verfügt, gilt sekundär Folgendes: Der Vorerbe (bzw. sein Beistand) hat die Aufnahme eines Inventars zu dulden (analog Art. 490 Abs. 1 ZGB).⁵⁵ Vermutungsweise ist er von der Sicherstellungspflicht befreit.⁵⁶ Der Vorerbe hat zudem das unbedingte und unbefristete Verfügungsrecht über das Vorerbschaftsvermögen und kann mithin neben den Erträgen auch das Kapital verbrauchen. Er kann das Vorerbschaftsvermögen unabhängig des eigenen Vermögens verbrauchen. Bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist diesbezüglich umstritten, ob der Vorerbe das eigene und das Vorerbschaftsvermögen verhältnismässig zu verbrauchen hat.⁵⁷ Bei der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist für die Beantwortung dieser Frage der Besonderheit Rechnung zu tragen, dass die Gültigkeit der Anordnung erst im Zeitpunkt des Todes des Vorerben, allenfalls mehrere Jahrzehnte nach dem Tod des Erblassers, endgültig beurteilt werden (vgl. nachstehend auch Rz. 67) und es allenfalls erst im Zeitpunkt des Todes des Nachkommen zu einer Rückabwicklung kommen kann. Deshalb drängt sich m.E. ein sorgfältiger Verbrauch auf, und es ist zu prüfen, ob nicht vorab das gesamte eigene Vermögen zu verbrauchen ist, bevor auf das Vorerbschaftsvermögen gegriffen wird.

c) *Sonderkonstellationen*

67. Wie ausgeführt, kann eine im Zeitpunkt des Erblassers als gültig erachtete besondere Nacherbeneinsetzung nachträglich dahinfallen, weil eine der Voraussetzungen nicht mehr erfüllt ist (vgl. vorstehend Rz. 61 f.). Was die konkreten Rechtsfolgen in diesem Fall sind, sagt das Gesetz nicht. Fällt die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest im Zeitpunkt der Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit endgültig dahin oder wird sie bloss sistiert und kann allenfalls wieder reaktiviert werden, sofern im Zeitpunkt des Todes des Vorerben wieder alle Voraussetzungen erfüllt sind?
68. Wird der Nachkomme nach dem Tod des Erblassers (wieder) urteilsfähig, muss m.E. die besondere Nacherbeneinsetzung definitiv dahinfallen, und zwar unabhängig davon, ob der Nachkomme vor

⁵⁴ Botschaft (Fn. 1), 7105.

⁵⁵ Vgl. auch EITEL/SCHERRER, BGE 133 III 308, Testamentarische Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, successio 2009, 67 ff., 69.

⁵⁶ BESSENICH, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 491 ZGB N 9 m.H.

⁵⁷ Vgl. Übersicht der einzelnen Meinungen bei BESSENICH, Basler Kommentar (Fn. 56), Art. 491 ZGB N 9; vgl. auch EITEL/SCHERRER (Fn. 55), 73 ff., m.H.; und PIOTET (Fn. 42), 241 m.H.

seinem Tod wieder urteilsfähig wird. Der Grund liegt darin, dass der Nachkomme ab diesem Zeitpunkt selber über sein Vermögen verfügen könnte, womit der Schutzgedanke, der Art. 492a nZGB zugrunde liegt, dahinfällt.⁵⁸

69. Anders sieht die Rechtslage bei der Voraussetzung der Kinder- und Ehelosigkeit (und ohne eingetragenen Partner) aus. Sollte der Nachkomme, ohne seine Urteilsfähigkeit gemäss Art. 467 und Art. 468 nZGB i.V.m. Art. 16 nZGB wiederzuerlangen, heiraten oder selber Elter werden, sollte die besondere Nacherbeneinsetzung bloss sistiert werden und wieder aufleben, sofern diese Voraussetzung vor seinem Tod wieder wegfallen würde. Der Grund liegt darin, dass in diesen Fällen weiterhin keine Möglichkeit des Nachkommen besteht, über seinen Nachlass zu verfügen. Der der Bestimmung zugrunde liegende Schutzgedanke ist damit weiterhin gegeben.⁵⁹

5. Intertemporalrechtliche Aspekte

70. Bei der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest gemäss Art. 492a nZGB handelt es sich um eine neue Verfügungsart, welche die Verfügungsfreiheit vergrössert. Massgebend ist daher Art. 16 Abs. 3 SchIT ZGB. Damit gilt das neue Recht, sofern der Erblasser nach Inkrafttreten des neuen Rechts gestorben ist. Deshalb hat der Errichtungszeitpunkt keine Bedeutung mehr, sofern der Erblasser erst nach dessen Inkrafttreten verstirbt.⁶⁰
71. Aus diesem Grund ist es möglich, ohne Weiteres bereits heute besondere Nacherbeneinsetzungen auf den Überrest zur verfügen, verbunden mit einer Ersatzverfügung für den Fall des Versterbens des Erblassers vor Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmung.

V. Erweiterte Kompetenzen eines Beistandes eines noch ungeborenen Kindes

72. Heute werden die Interessen des nasciturus primär durch dessen Eltern als künftigen Inhabern der elterlichen Sorge (Art. 296 ff. und 318 ZGB) wahrgenommen. Sofern die Eltern ihrer Aufgabe nicht nachkommen, kann die Vormundschaftsbehörde gestützt auf Art. 393 Ziff. 3 oder Art. 309 ZGB einen Beistand ernennen.⁶¹ Die Aufgaben des Beistandes sind heute auf die Verwaltung des Vermögens bei fehlender Verwaltung oder die Feststellung der Vaterschaft eingeschränkt.⁶²
73. Auch im neuen Recht vertreten primär die Eltern die Interessen des nasciturus. Neu hat die Kindesschutzbehörde jedoch im Sinne einer Verstärkung der Rechtsstellung des nasciturus die Befugnis, generell und ohne Einschränkung auf bestimmte Aufgabenbereiche einen Beistand zu ernennen, wenn ihr eine solche Massnahme zur Wahrung der Kindesinteressen und zum Schutz des nasciturus als Erbe als notwendig erscheint. Die Einsetzung eines Beistands liegt damit im

⁵⁸ Dieselbe Ansicht vertritt auch WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 19), Art. 492a ZGB N 10 f. Er lehnt jedoch für Einzelfälle ein sofortiges Dahinfallen der Anordnung ab und räumt dem Nachkommen eine Frist von 14 Tage (analog Art. 508 ZGB) oder einem Jahr (analog Art. 469 Abs. 2 ZGB) ein, selber eine Verfügung von Todes wegen zu errichten.

⁵⁹ PIOTET (Fn. 42), 244.

⁶⁰ FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 162, 164 f.; WOLF (Fn. 2), 106.

⁶¹ TUOR, Berner Kommentar (Fn. 20), Art. 544 ZGB N 1; SCHWANDER, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 544 ZGB N 3.

⁶² Vgl. die Hinweise zur Praxis bei der Einsetzung eines Beistands bei SCHWANDER, Basler Kommentar (Fn. 61), Art. 544 ZGB N 3.

Ermessen der Kindesschutzbehörde, drängt sich aber insbesondere bei Interessenkonflikten zwischen dem nasciturus und dem Inhaber der elterlichen Sorge auf.⁶³

74. Die Aufgaben des Beistands bestimmen sich anhand des von der Kindesschutzbehörde vorgegebenen Katalogs. In der Regel gehören eine allfällige fristgerechte Ausschlagung der Erbschaft und ein allfälliges Verlangen des öffentlichen Inventars dazu. Zu beachten gilt und für den Erbrechtspraktiker von Relevanz ist, dass gemäss h.L. die jeweiligen Fristen bereits bei Eröffnung des Erbgangs und damit bereits vor der Geburt des nasciturus beginnen.⁶⁴

VI. Beistand als Erbschaftsverwalter

75. Art. 554 Abs. 2 und 3 ZGB regelt die Frage, wer die Erbschaftsverwaltung zu übernehmen hat, sofern eine Erbschaftsverwaltung angeordnet wird. Die Wahl der Person des Erbschaftsverwalters liegt grundsätzlich im freien Ermessen der zuständigen Behörde. Hat der Erblasser jedoch einen Willensvollstrecker eingesetzt, ist gemäss Abs. 2 diesem die Verwaltung zu übertragen.⁶⁵
76. Gemäss heutiger Fassung von Art. 554 Abs. 3 ZGB obliegt die Erbschaftsverwaltung ausserdem dem Vormund, sofern der Erblasser bevormundet war. Diese Bestimmung kommt nur zum Zug, sofern eine Vormundschaft, d.h. die einschneidendste vormundschaftliche Massnahme und damit eine Entmündigung des Verstorbenen vorliegt.
77. Absatz 3 von Art. 554 ZGB wurde im Zug der Revision den erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen angepasst. Neu obliegt die Verwaltung dem Beistand, sofern der Erblasser unter einer Beistandschaft stand, welche die Vermögensverwaltung umfasste. Zwar handelt es sich gemäss Botschaft bei dieser Anpassung lediglich um eine redaktionelle Änderung.⁶⁶ Das ist indes nicht korrekt. Vielmehr wurde der Anwendungsbereich dieses Absatzes erweitert und greift neu bei allen Beistandschaften, sobald der Beistand auch für die Vermögensverwaltung verantwortlich ist.⁶⁷
78. Art. 554 Abs. 3 nZGB kommt nur, aber immer dann zur Anwendung, wenn die verstorbene Person unter einer Vermögensverwaltungsbeistandschaft gemäss Art. 393 nZGB, auch in Kombination mit anderen Beistandschaften, oder unter einer umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 nZGB gestanden hat.
79. Die Beistandschaft muss im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bestehen. Stirbt eine Person während des Prüfungs- und Anordnungs- oder des Beschwerdeverfahrens der angeordneten Massnahme, ist meines Erachtens Art. 554 Abs. 3 nZGB nicht anwendbar.
80. Der Vermögensverwaltungsbeistand wird nicht eo ipso Erbschaftsverwalter, sondern er muss durch behördliche Verfügung eingesetzt werden.⁶⁸

⁶³ Botschaft (Fn. 1), 7106.

⁶⁴ Im Einzelnen vgl. ABT, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 544 ZGB N 7 m.H.

⁶⁵ Art. 554 Abs. 2 ZGB; vgl. im Einzelnen KARRER, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 554 ZGB N 24 ff. m.H.

⁶⁶ Botschaft (Fn. 1), 7106; anders allerdings 7049.

⁶⁷ Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 11), 164.

⁶⁸ Botschaft (Fn. 1), 7049; vgl. auch KARRER, Basler Kommentar (Fn. 65), Art. 554 ZGB N 28 ff. m.H.; zur Zuständigkeit vgl. EMMEL, Praxiskommentar, 2. Aufl., Basel 2011, Vorbem. zu Art. 551 ff. ZGB N 9.

-
81. Im Gegensatz zum Willensvollstrecker, der gestützt auf Art. 554 Abs. 2 ZGB zwingend zum Erbschaftsverwalter ernannt werden muss, sofern die persönlichen Anforderungen erfüllt sind,⁶⁹ hat der Beistand keinen Rechtsanspruch auf seine Einsetzung als Erbschaftsverwalter. Vielmehr enthält Art. 554 Abs. 3 nZGB lediglich eine Anweisung an die Behörde zu prüfen, ob der Beistand die geeignete Person für die Übernahme der Erbschaftsverwaltung wäre.⁷⁰ Damit steht die Wahl der Person trotz Art. 554 Abs. 3 nZGB (d.h. auch bei bestehender Beistandschaft mit Vermögensverwaltung) im freien Ermessen der Behörde.⁷¹

⁶⁹ Vgl. im Einzelnen EMMEL, Praxiskommentar (Fn. 68), Art. 554 ZGB N 12.

⁷⁰ Botschaft (Fn. 1), 7049; KARRER, Basler Kommentar (Fn. 65), Art. 554 ZGB N 28.

⁷¹ Botschaft (Fn. 1), 7049; EMMEL, Praxiskommentar (Fn. 668), Art. 554 ZGB N 14.