



Neues Erwachsenenschutzrecht – Die neuen Bestimmungen im Erbrecht*

Dr. Alexandra Zeiter**

Inhaltsverzeichnis

- I. Das neue Erwachsenenschutzrecht
 - 1. Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts
 - 2. Änderungen in materieller Hinsicht
 - 3. Änderungen in organisatorischer Hinsicht
- II. Die Änderungen im Erbrecht – ein Überblick
- III. Die erweiterte Erbvertragsfähigkeit gemäss Art. 468 nZGB
 - 1. Vorbemerkungen
 - a) De lege lata
 - b) De lege ferenda
 - 2. Voraussetzungen
 - a) Urteilsfähigkeit (Art. 468 Abs. 1 nZGB i.V.m. Art. 16 nZGB)
 - b) Vollendetes 18. Altersjahr (Art. 468 Abs. 1 nZGB i.V.m. Art. 14 nZGB)
 - c) Zustimmung des Beistands (Art. 468 Abs. 2 nZGB)
 - d) Kein Erfordernis der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde
 - 3. Rechtsfolgen bei fehlenden Gültigkeitsvoraussetzungen
 - 4. Eingeschränkter Anwendungsbereich von Art. 468 nZGB
 - a) Sachlicher Anwendungsbereich
 - b) Persönlicher Anwendungsbereich
 - c) Zeitlicher Anwendungsbereich
 - 5. Intertemporalrechtliche Aspekte
- IV. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest gemäss Art. 492a nZGB
 - 1. Vorbemerkungen
 - a) De lege lata
 - b) De lege ferenda

- 2. Voraussetzungen
 - a) Beschränkung des Vorerben auf Nachkommen
 - b) Dauernde Urteilsunfähigkeit des Nachkommen
 - c) Kinderlosigkeit, Ehelosigkeit bzw. Fehlen einer eingetragenen Partnerschaft des Nachkommen
 - d) Fehlende Verfügung von Todes wegen des Nachkommen
- 3. Massgebender Zeitpunkt des Vorliegens der Voraussetzungen
- 4. Rechtsfolgen
 - a) Bei ungültiger besonderer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest
 - b) Bei gültiger besonderer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest
 - c) Sonderkonstellationen
- 5. Intertemporalrechtliche Aspekte
- V. Erweiterte Kompetenzen eines Beistands eines noch ungeborenen Kindes gemäss Art. 544 Abs. 1^{bis} nZGB
 - 1. De lege lata
 - 2. De lege ferenda
- VI. Beistand als Erbschaftsverwalter gemäss Art. 554 Abs. 3 nZGB
 - 1. De lege lata
 - 2. De lege ferenda

* Der vorliegende Artikel basiert zum einen auf der in Co-Autorenschaft mit Prof. Dr. Paul Eitel entstandenen Kommentierung der erbrechtlichen Bestimmungen im FamKommentar zum Erwachsenenschutzrecht, der voraussichtlich Mitte 2012 erscheinen wird, zum andern auf dem anlässlich des 6. Schweizerischen Erbrechtstags vom 25. August 2011 gehaltenen Referats. Für die wertvollen Diskussionen danke ich neben Prof. Dr. Paul Eitel auch meinem Büropartner Dr. René Strazzer.

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

I. Das neue Erwachsenenschutzrecht

1. Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts

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. Änderungen in materieller Hinsicht

2. In materieller Hinsicht wurden bei der Gesetzesrevision diverse Ziele umgesetzt, die grundlegende Veränderungen im Erwachsenenschutzrecht zur Folge haben¹:

3. *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, die ihre 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 entweder 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.

4. *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 Umstände für diese zu handeln⁴. Gemäss Art. 374 f. nZGB steht dem Ehegatten bzw. eingetragenen Partner 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 er mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsa-

1 Vgl. zu den Zielen der Gesetzesrevision Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., 7011 ff.; vgl. statt vieler BIDERBOST, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, 309 ff.; BREITSCHMID, Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasser und Erblasserinnen, successio 2008, 16 ff.; HÄFELI, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts – Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, FamPra.ch 2007, 1 ff.; Rosch, in: Rosch/Büchler/Jakob (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Einführung N 51 ff.

2 Statt vieler AFFOLTER, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006, 1057 ff., 1060 f.; GUTZWILLER, Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des Vorsorgeauftrags, AJP 2007, 556 ff., 558 ff.; HOTZ, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda – Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda, ZKE 2011, 102 ff.; DIES., Vorsorgevollmacht, Vorsorgeauftrag, Erwachsenenschutzrecht, Selbstbestimmungsrecht, Urteilsfähigkeit, ZKE 2011, 201 ff.; LANGENEGGER, in: Rosch/Büchler/Jakob (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Kommentierung zu Art. 360 ff. ZGB; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010; WOLF, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 2010, 73 ff., 90 ff.

3 Vgl. zu den Patientenrechten von urteilsunfähigen Personen 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); GASSMANN, in: Rosch/Büchler/Jakob (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Kommentierung zu Art. 370 ff. ZGB.

4 De lege lata wird versucht, 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; vgl. zu den gesetzlichen Vertretungsrechten FANKHAUSER, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, 240 ff.; LANGENEGGER (Fn. 2), Kommentierung zu Art. 374 ff. ZGB; GASSMANN (Fn. 3), Kommentierung zu Art. 377 ff. ZGB.

5 Für weitergehende Rechtshandlungen ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde notwendig: HÄFELI (Fn. 1), 6; LANGENEGGER (Fn. 2), Art. 374 ZGB N 8 ff.



men 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 *subsidiär* zur eigenen Vorsorge, d.h. sie kommen nur zum Zug, sofern kein Vorsorgeauftrag bzw. keine Patientenverfügung vorliegt und keine Beistandschaft mit entsprechender Aufgabe angeordnet ist.

5. Beseitigung bzw. Vermeidung von gesellschaftlichen Stigmatisierungen: Sowohl die bisher erforderliche Veröffentlichung der angeordneten Massnahmen als auch etliche Begriffe des geltenden Vormundschaftsrechts wurden zunehmend als Stigmatisierung empfunden. Deshalb wird neu auf eine Veröffentlichung der Massnahmen verzichtet; ausserdem wurden diverse Begriffe wie etwa Entmündigung oder Bevormundung 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).

6. 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 wäre⁶. Da sich das Pflege-recht 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 Aufhalten in Wohn- und Pflegeeinrichtungen in einem (schriftlichen) *Betreuungsvertrag* die von der Einrichtung zu erbringenden Leistungen sowie das dafür geschuldete Entgelt festzulegen (Art. 382 nZGB); neu sind 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); schliesslich müssen die Einrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, generell der *Aufsicht der Kantone* unterstellt werden (Art. 387 nZGB).

7. Massschneidung der Massnahme: Neu gibt es – unter Vorbehalt des eigenen Handelns der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 392 nZGB) – nur noch die *Beistandschaft* als amtsgebundene Massnahme (Art. 390 ff. nZGB). Es lassen sich vier Arten von

Beistandschaften unterteilen, die sich durch die Intensität des Eingriffs unterscheiden und 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 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 mit einer *konkurrierenden Handlungsbefugnis* der betroffenen Person und des Beistands und damit ohne Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person oder einer *ausschliesslichen 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 in dem Sinn mit, als für die Rechtsgültigkeit der Rechtshandlung neben der betroffenen Person auch der Beistand mitwirken muss. Damit ist die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person für diese Rechtshandlungen eingeschränkt.
- **Umfassende Beistandschaft** (Art. 398 nZGB). Diesfalls bezieht sich die angeordnete Beistandschaft auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsver-

6 Botschaft (Fn. 1), 7014.

kehr (Art. 398 Abs. 2 nZGB). Ausgeschlossen bleibt lediglich die Vertretung des Bestands 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 (Art. 17 nZGB).

Der konkrete Inhalt der einzelnen Beistandschaften wird im Gesetz nicht umschrieben. Vielmehr soll die Erwachsenenschutzbehörde neben der Festlegung der Art der Beistandschaft die einzelnen Aufgaben des Bestands 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 ermöglichen⁷.

3. Änderungen in organisatorischer Hinsicht

8. Nicht nur in materieller, 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 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 psycholo-

gischen, medizinischen oder sozialpädagogischen Bereich in der Fachbehörde vertreten sein. Im Übrigen liegen die Organisation und die konkrete Ausgestaltung bei den Kantonen⁸.

II. Die Änderungen im Erbrecht – ein Überblick

9. 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 in Rz. 2 ff. 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.

10. Zwei Revisionen sind lediglich *redaktioneller Natur*. Die Anpassung des Art. 553 Abs. 1 nZGB erfolgte aufgrund der neuen Begrifflichkeiten 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. 11).

11. Daneben kam es auch zu *materiellen Änderungen*. Hervorzuheben sind insbesondere die erweiterte Erbvertragsfähigkeit für urteilsfähige, aber verbeiständete Erblasser (Art. 468 nZGB; vgl. nachfolgend Rz. 13 ff.) und die neu geschaffene Verfügungsart, bei Vorliegen bestimmter Konstellationen eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anzuordnen (Art. 492a und Art. 531 nZGB; vgl. nachfolgend Rz. 44 ff.). Des Weiteren ist es neu möglich, 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. 544 Abs. 1^{bis} nZGB; vgl. nachfolgend Rz. 77 ff.); zudem 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. 554 Abs. 3 nZGB; vgl. nachfolgend Rz. 80 ff.).

12. Im Vorentwurf war vorgesehen, dass eine öffentliche letztwillige Verfügung nur gültig widerrufen werden könne, wenn der Erblasser zwingend diejenige Urkundsperson, welche die Verfügung beurkundet hatte, benachrichtigt⁹. Diese Gesetzesän-

7 Ausführlich Botschaft (Fn. 1), 7015 ff., 7042 ff.; ROSCH (Fn. 1), Kommentierung zu Art. 389 ff. ZGB; BIDERBOST, Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzrechtes, AJP 2010, 1 ff.; DERS. (Fn. 1), 315 ff.; HÄFELI (Fn. 1), 9 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, Nr. 2.78 ff.; zur Begleitbeistandschaft vgl. auch ROSCH, Die Begleitbeistandschaft – Per aspera ad astra?, FamPra.ch 2010, 368 ff.

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

9 Damit wollte der Gesetzgeber eine Angleichung an den Widerruf des Vorsorgeauftrags erreichen, der in jenem Stadium des Gesetzgebungsverfahrens ebenfalls nur durch Benachrichtigung der Urkundsperson widerrufen werden konnte (Art. 362 E-ZGB); Botschaft (Fn. 1), 7106.



derung wurde schon im Vorfeld kritisiert¹⁰ und schliesslich wieder gestrichen¹¹.

III. Die erweiterte Erbvertragsfähigkeit gemäss Art. 468 nZGB

1. Vorbemerkungen

a) De lege lata

13. 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.

14. Das führt zur (nicht gerechtfertigten) *Konsequenz*, dass ein entmündigter (nicht aber verbeiständeter oder verbeirateter!), aber urteilsfähiger Erblasser ab vollendetem 18. Altersjahr zwar eine letztwillige Verfügung errichten¹², gemäss h.L. nicht aber mittels Erbvertrag über seinen Nachlass verfügen kann¹³.

b) De lege ferenda

15. Die in Rz. 13 dargelegte 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. Neu muss bei allen Verfügungen von Todes wegen, mithin auch beim Erbvertrag, 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.

16. Gemäss dem neu geschaffenen Art. 468 Abs. 2 nZGB bedarf es zur gültigen Errichtung eines Erbvertrags bei bestimmten Beistandschaften neben der erforderlichen Urteilsfähigkeit (vgl. Rz. 17 ff.) und der Vollendung des 18. Altersjahrs (vgl. Rz. 20 ff.) zusätzlich der *Zustimmung des gesetzlichen Vertreters* (vgl. Rz. 22 ff.). Die Einführung dieses Gültigkeitserfordernisses führt allerdings 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 ist¹⁴. Das führt aber unweigerlich zur Frage, ob für diese Fälle unter Umständen geringere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit gestellt werden bzw. eine verminderte Urteilsfähigkeit ausreichend ist (vgl. sogleich Rz. 18).

2. Voraussetzungen

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

17. Das Gesetz setzt in Art. 468 Abs. 1 nZGB für alle Erblasser die Urteilsfähigkeit gemäss Art. 16 nZGB voraus. Jeder Erblasser muss damit die Fähigkeiten besitzen, zum einen 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 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*)¹⁵. Diese Fähigkeiten sind jeweils mit Bezug auf den Schwierigkeitsgrad der einzelnen erbvertraglichen Anordnungen und deren konkrete Tragweite sowie die Komplexität der Entscheidgrundlagen zu beurteilen (sog. *Relativität der*

10 BREITSCHMID, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 509–511 ZGB N 1; DERS. (Fn. 1), 28; vgl. auch FANKHAUSER/BIELER, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, *successio* 2009, 162 ff., 163; EITEL, Erbrecht 2007–2009 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur, *successio* 2010, 108 ff., 122.

11 AmtlBull SR 2007, 843.

12 Vgl. auch BGE 5A_727/2009, E. 3.2; BREITSCHMID, Basler Kommentar (Fn. 10), Art. 468 ZGB N 7.

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

14 Auch das Argument, wonach eine gewisse Schutzbedürftigkeit gegeben sei, weil ein einmal abgeschlossener Erbvertrag im Gegensatz zur letztwilligen Verfügung (vgl. Art. 509 ff. ZGB) grundsätzlich unwiderruflich sei, vermag nicht zu überzeugen.

15 Z.B. BGE 134 II 235, 239 f.; 124 III 5, 7 f.; 5C.257/2003; WIDMER BLUM (Fn. 2), 39 f.; BREITSCHMID, Basler Kommentar (Fn. 10), Art. 468 ZGB N 9 ff.; ABT, «Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken»: Bundesgericht, *quo vadis?*, *successio* 2010, 195 ff.

Urteilsfähigkeit)¹⁶ 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) notwendig¹⁷.

18. Die Frage, ob aufgrund der zwingend erforderlichen Mitwirkung des Beistands beim Abschluss eines Erbvertrags bei bestimmten Beistandschaften (vgl. Rz. 22 ff.) eine *reduzierte Urteilsfähigkeit* bzw. ein herabgesetztes Mass der Urteilsfähigkeit eines verbeiständeten Erblassers, insbesondere beim Charakterelement, genügen könnte (vgl. Rz. 17), ist klar zu *verneinen*. Trotz der notwendigen Mitwirkung des Beistands ist eine Urteilsfähigkeit gemäss Art. 16 nZGB und im Sinn der Ausführungen in Rz. 17 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, die unter Mitwirkung des Beistands abgeschlossen wurden, überhaupt noch erfolgreich mit Berufung auf die Urteilsunfähigkeit angefochten werden können oder ob die Mitwirkung des Beistands den Erbvertrag gegen Ungültigkeitsklagen bestandessicher macht.

19. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass eine *urteilsunfähige* volljährige Person erbvertragsunfähig ist (und bleibt), unabhängig davon, ob sie verbeiständet ist oder nicht¹⁸. Sie kann auch nicht letztwillig über ihren Nachlass verfügen, sodass sich

ihr Nachlass zwingend nach der *gesetzlichen Erbfolge* vererbt.

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

20. 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.

21. 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, anzunehmen¹⁹.

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

aa) *Erfordernis nur bei bestimmten Beistandschaften und nur bei Aufnahme des Geschäfts im Aufgabenkatalog des Beistands*

22. Art. 468 Abs. 2 nZGB verlangt für «*Personen unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrags umfasst*», zusätzlich die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Daraus lässt sich schliessen, dass nicht bei jeder Beistandschaft, sondern nur bei bestimmten Beistandschaften eine Zustimmung des Beistands zum Abschluss des Erbvertrags notwendig ist. Allerdings lässt das Gesetz offen, bei welchen Arten von Beistandschaften (vgl. Rz. 7) eine Zustimmung des Beistands erforderlich ist. Es liegt damit bei der Erwachsenenschutzbehörde, diese Frage im *Einzelfall* zu regeln. Dennoch stellen sich diesbezüglich zwei grundsätzliche *Fragen*: Kann die Erwachsenenschutzbehörde das zusätzliche Gültigkeitserfordernis der Zustimmung des Beistands bei jeder beliebigen Beistandschaft anordnen (vgl. Rz. 23 f.)? Wie konkret muss die Erwachsenenschutzbehörde diese Aufgabe im Aufgabenkatalog des Beistands umschreiben (vgl. Rz. 25)? Dazu Folgendes:

23. *Beistandschaften, bei denen die Zustimmung des Beistands zu einem Erbvertrag angeordnet werden kann*: Dogmatisch käme lediglich das Bestehen einer *Mitwirkungsbeistandschaft* (Art. 396 nZGB)²⁰ in Betracht, weil der Beistand beim Abschluss eines Erbvertrags (aufgrund der absoluten Höchstpersön-

16 Z.B. BGE 5A_12/2009, E. 5.2 und 5.3; 124 III 5, 8; 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.

17 BGE 5A_12/2009, E. 4.1 und 4.2; BREITSCHMID, *Basler Kommentar* (Fn. 10), Art. 468 ZGB N 12.

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

19 WEIMAR, *Berner Kommentar* (Fn. 18), 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.

20 Botschaft (Fn. 1), 7105; WEIMAR, *Berner Kommentar* (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 10a; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 170; WOLF (Fn. 2), 104; vgl. zur Umschreibung des Aufgabenkatalogs Art. 391 nZGB; vgl. auch BIDERBOST (Fn. 7), 10; oder ROSCH, *Die Bestimmung der Aufgabenbereiche des Beistandes nach Art. 391 nZGB*, ZKE 2010, 184 ff.



lichkeit dieses Rechtsgeschäfts) lediglich «mitwirkt». In der Praxis wird sich diese Aufgabe aber voraussichtlich regelmässig im Zusammenhang und im Rahmen einer *Vermögensverwaltungsbeistandschaft* (Art. 395 nZGB) aufdrängen²¹. Allerdings ist nicht anzunehmen, dass die Erwachsenenschutzbehörde in diesen Fällen jeweils formell zusätzlich eine Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 nZGB anordnet. Deshalb muss das Erfordernis einer Zustimmung auch bei dieser Beistandschaft und bei der *Vertretungsbeistandschaft* allgemein (Art. 394 nZGB) möglich sein^{22, 23}. Dasselbe gilt bei einer *umfassenden Beistandschaft* (Art. 398 nZGB). Bei dieser Beistandschaft wird der betroffenen Person zwar von Gesetzes wegen die Handlungsfähigkeit (Art. 398 Abs. 3 nZGB), nicht aber die Urteilsfähigkeit abgesprochen (vgl. Art. 17 nZGB)²⁴. Daher ist nicht auszuschliessen, dass diese Person mit Bezug auf eine konkrete letztwillige Anordnung urteilsfähig ist und die Zustimmung des Beistands zum Abschluss eines Erbvertrags zu seinen Aufgaben gehört²⁵.

24. Bei der *Begleitbeistandschaft* (Art. 393 nZGB) ist eine Aufnahme des zusätzlichen Erfordernisses der Zustimmung des Beistands in dessen Aufgabenkatalog hingegen nicht zulässig. Die Aufgabe des Beistands beschränkt sich auf die blosser Begleitung in einzelnen Aufgaben, die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person ist überhaupt nicht eingeschränkt (vgl. Rz. 7)²⁶. Eine Aufnahme der Mitwirkung des Beistands beim Abschluss eines Erbvertrags wäre bei dieser Beistandschaft nur möglich, wenn sie in Kombination mit einer Vertretungs-, einer Vermögensverwaltungs- oder einer Mitwirkungsbeistandschaft angeordnet wird.

25. *Aufnahme des Abschlusses eines Erbvertrags im Aufgabenkatalog des Beistands*: Das Gesetz äussert sich nicht zur Frage, wie konkret die Erwachsenenschutzbehörde diese Aufgabe zu umschreiben hat. Muss der Abschluss des Erbvertrags explizit aufgeführt sein, oder reicht zum Beispiel als Umschreibung «Vertretung in erbrechtlichen Angelegenheiten» oder sogar bloss «Vertretung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten»? M.E. bedarf es einer *expliziten Erwähnung* des Abschlusses des Erbvertrags, zumal Formvorschriften gemäss unbestrittener Rechtsprechung restriktiv auszulegen sind.

26. Ob und wie oft die Mitwirkung beim Abschluss eines Erbvertrags überhaupt Eingang in den Aufgabenkatalog eines Beistands findet, wird sich weisen. Ebenso offen bleibt, wie konkret diese Aufgabe im Aufgabenkatalog des Beistands umschrieben wird.

Es wird zu den *Sorgfaltspflichten* jeder Beraterin und jeder Urkundsperson gehören abzuklären, ob die mittels Erbvertrag über ihren Nachlass verfügende Person unter einer Beistandschaft steht; wenn ja, Einsicht in den Einsetzungsbeschluss des Beistands zu nehmen und den Aufgabenkatalog des Beistands zu prüfen. Ausserdem ist zu empfehlen, selbst bei offenen und wenig präzisen (und m.E. ungenügenden) Formulierungen (z.B. «Vertretung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten») die Zustimmung des Beistands einzuholen. Andernfalls besteht das Risiko, dass der Erbvertrag nach dem Tod des verbeiständeten Erblassers wegen Ungültigkeit angefochten wird²⁷.

bb) Anforderungen an die Zustimmung des Beistands

27. Die verbeiständete Person hat den Erbvertrag aufgrund seines absolut höchstpersönlichen Charakters selber abzuschliessen, eine Vertretung durch den Beistand ist ausgeschlossen (vgl. Art. 19c nZGB). Die Aufgabe des Beistands beim Vertragsabschluss beschränkt sich daher auf die *blosse Mitwirkung*. Ein vom Beistand in Vertretung des verbeiständeten Erblassers abgeschlossener Erbvertrag wäre nichtig.

28. Art. 468 Abs. 2 nZGB äussert sich weder zu den *zeitlichen* noch zu den *formellen Anforderungen* an die Zustimmung des Beistands. Massgebend sind

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. 18), Art. 468 ZGB N 10a.

22 A.M. Botschaft (Fn. 1), 7105; WOLF (Fn. 2), 104.

23 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Beistand bei diesen Beistandschaften zwar grundsätzlich anstelle der betroffenen Person handelt und beim Abschluss von Rechtsgeschäften gerade nicht bloss mitwirkt (vgl. Rz. 7). Allerdings ist es durchaus zulässig, dass die betroffene Person (selbst bei einer ausschliesslichen Handlungsbefugnis des Beistands) alleine Rechte und Pflichten begründen kann, das Rechtsgeschäft aber erst nach Vorliegen der Zustimmung des Beistands gültig wird (vgl. Art. 407 ZGB i.Z.m. Art. 19 ZGB); ROSCH (Fn. 1), Einführung N 31.

24 ROSCH (Fn. 1), Einführung N 20; a.M. WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 10a i.V.m. N 9.

25 Gl.M. BREITSCHMID (Fn. 1), 28, und FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 170, die wohl vom Gesetzeswortlaut im Vorentwurf ausgehen, der die umfassende Beistandschaft explizit erwähnte. A.M. WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 10a i.V.m. N 9.

26 Vgl. auch Botschaft (Fn. 1), 7105.

27 Vgl. zu den Rechtsfolgen Rz. 31.

deshalb die allgemeinen Vorschriften in Art. 19a–19c nZGB²⁸: Die Zustimmung kann vorgängig zum oder gleichzeitig mit dem Abschluss des Erbvertrags, aber auch nachträglich (als Genehmigung desselben) erfolgen (Art. 19a Abs. 1 nZGB)²⁹. Sie muss 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. Die Zustimmung des Beistands ist an keine spezielle Form gebunden; es genügt mithin Stillschweigen oder konkludentes Verhalten. Aus Beweisgründen empfiehlt sich eine schriftliche Zustimmung.

29. Der Beistand hat zu prüfen, ob das konkrete Rechtsgeschäft im Sinne der verbeiständeten Person ist. Deshalb hat die Zustimmung für jeden Erbvertrag einzeln zu erfolgen; die Zustimmung darf nicht zum Routineakt werden³⁰.

d) Kein Erfordernis der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde

30. 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. Rz. 34)³¹.

3. Rechtsfolgen bei fehlenden Gültigkeitsvoraussetzungen

31. Ein Erbvertrag unterliegt der Ungültigkeitsklage, sofern der verbeiständete Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung nicht verfassungsfähig 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 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

4. Eingeschränkter Anwendungsbereich von Art. 468 nZGB

32. Art. 468 nZGB gilt nicht bei allen Erbverträgen. Vielmehr ist der Anwendungsbereich sowohl in sachlicher und persönlicher als auch in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt:

a) Sachlicher Anwendungsbereich

33. 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 demzufolge 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 vielmehr nach Art. 467 ZGB, dessen Geschäftsfähigkeit für Rechtsgeschäfte unter Lebenden nach Art. 12 ff. nZGB³².

b) Persönlicher Anwendungsbereich

34. 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:

35. Sofern der Gegenpartei im Erbvertrag nur unentgeltliche Vorteile eingeräumt werden, reicht Urteilsfähigkeit, eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist nicht notwendig (Art. 19 Abs. 2 nZGB). Dies gilt nach h.L. auch bei einer Erbeinsetzung zugunsten der Gegenpartei³³, selbst wenn diese

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

29 Vgl. Botschaft (Fn. 1), 7048; ROSCH (Fn. 1), Einführung N 32. Gemäss WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 10a, hat die Zustimmung des Beistands nach Abschluss des Erbvertrags gegenüber allen Erbvertragsparteien zu erfolgen.

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

31 Botschaft (Fn. 1), 7105.

32 WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 2; SCHRÖDER, Praxiskommentar (Fn. 16), Art. 468 ZGB N 14. Gemäss WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 10a, sollte Art. 468 Abs. 2 nZGB nur für entgeltliche 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. Dem (zwar berechtigten) Einwand von WEIMAR, wonach Erwachsenenschutz und Beistandschaft bei erbrechtlichen Verfügungen über den Nachlass nicht berührt würden, wird in Art. 468 Abs. 2 nZGB 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. 10), Art. 468 ZGB N 6; SCHRÖDER, Praxiskommentar (Fn. 16), Art. 468 ZGB N 16; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468



mit einem Vermächtnis belastet oder einer Auflage beschwert wird³⁴.

36. Sofern der Gegenpartei im Erbvertrag (auch *Pflichten* auferlegt werden, muss sie urteilsfähig und volljährig sein. Fehlt es an der Volljährigkeit, oder steht die volljährige, aber urteilsfähige betroffene Person unter umfassender Beistandschaft, bedarf es zusätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Erbvertrag (Art. 19 Abs. 1 nZGB). Dies gilt etwa bei einem entgeltlichen Erbvertrag oder entgeltlichen und unentgeltlichen Erbverzicht³⁵.

37. 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 Erwachsenenschutzbehörde³⁶.

38. 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) Zeitlicher Anwendungsbereich

39. Art. 468 Abs. 2 nZGB ist nur anwendbar, wenn *eine erwachsenenschutzrechtliche Massnahme besteht*. Während des Prüfungs- und Anordnungs- 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 Massnahme³⁷.

5. Intertemporalrechtliche Aspekte

40. Hat eine entmündigte Person vor Inkrafttreten des Art. 468 nZGB einen Erbvertrag errichtet, stirbt sie aber nach dem Inkrafttreten, entscheidet sich nach Art. 16 SchlT ZGB, ob der Erbvertrag gültig errichtet wurde: Nach Art. 16 Abs. 1 SchlT ZGB muss die *Verfügungsfähigkeit* des Erblassers *im Errichtungszeitpunkt* vorliegen. Da dem entmündigten Erblasser von der h.L. zum heutigen Art. 468 ZGB generell und unabhängig seiner Urteilsfähigkeit die Erbvertragsfähigkeit abgesprochen wird (vgl. Rz. 14), wäre der Erbvertrag daher ungültig.

41. Umstritten ist allerdings, ob Art. 16 Abs. 1 SchlT ZGB auch gilt, wenn der Erblasser nicht die im Er-

richtungszeitpunkt geltenden, aber die *im Zeitpunkt seines Todes geltenden Anforderungen* an die Verfügungsfähigkeit erfüllt. In der Lehre wird vorab darauf abgestellt, ob der Erblasser mit Bezug auf die Verfügung von Todes wegen *urteilsfähig* war³⁸. 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.

42. Damit kann bereits heute eine entmündigte, aber urteilsfähige Person mittels Erbvertrag über ihren Nachlass verfügen, und dieser Erbvertrag ist gültig, sofern sie nach dem Inkrafttreten des Art. 468 nZGB verstirbt. Dennoch ist grundsätzlich davon *abzuraten*, vor dem Inkrafttreten von Art. 468 nZGB auf dieses Instrument zu greifen, zumal in jedem Fall das *Risiko* besteht, dass der Erblasser vor dem 1. Januar 2013 verstirbt.

43. Es kann *Konstellationen* geben, bei denen die angestrebte Lösung nur über einen Erbvertrag zu erreichen ist. Zu denken sei etwa an folgenden Fall: Eine entmündigte, verheiratete, aber kinderlose Person möchte ihren Ehegatten als Alleinerben einsetzen. Die noch lebenden Eltern sind damit einverstanden und verzichten auf ihre Pflichtteilsansprüche. Dieses Ziel kann nur über einen Erb(verzichts)vertrag zwischen den Eltern und der entmündigten Person erreicht werden. Will man in solchen Konstellationen auf das Instrument eines Erbvertrags zurückgreifen, ist den Beteiligten 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 scheitern wird.

ZGB N 15; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 12 Nr. 27; a.M. ESCHER, Zürcher Kommentar, Zürich 1959, Art. 468 N 7, der aufgrund der Erberöffnung die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verlangt.

34 WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 16.

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

36 Vgl. Botschaft (Fn. 1), 7105; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 11; WOLF (Fn. 2), 103.

37 Für das alte Recht vgl. WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 468 ZGB N 9.

38 BREITSCHMID, Basler Kommentar (Fn. 10), Art. 16 SchlT ZGB N 3; SCHRÖDER, Praxiskommentar (Fn. 16), Art. 16 SchlT ZGB N 4.

IV. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest gemäss Art. 492a nZGB

1. Vorbemerkungen

a) De lege lata

44. 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, vgl. Art. 489 Abs. 1 ZGB) dem zeitlich zweiten Erben, dem Nacherben, auszuhändigen. Der Vorerbe darf die Erbschaft lediglich besitzen, brauchen, nutzen und verwalten, nicht jedoch verbrauchen. Es ist ihm daher verboten, die Substanz anzuzehren³⁹.

45. Obwohl die *gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest* im Gesetz nicht geregelt ist, ist deren Zulässigkeit in der Praxis unbestritten. 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 h.L. einzig verboten, aus dem Vorerbschaftsvermögen Schenkungen (mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken) auszurichten oder darüber durch eine Verfügung von Todes wegen zu verfügen. Der Nacherbe erhält daher nur, was im Zeitpunkt des Nacherbfalls überhaupt noch vorhanden ist⁴⁰.

46. 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 dem gesetzlichen Wortlaut – zu deren *Herabsetzbarkeit*⁴¹.

47. Diese Einschränkung wird in der *Praxis* insbesondere in Fällen als stossend empfunden, in denen 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. Davon profitieren unter Umständen Personen, deren Begünstigung nicht erwünscht ist. Deshalb wurde in der *Praxis* – trotz grundsätzlicher Unzulässigkeit – immer wieder in den Pflichtteil von urteilsunfähigen Nachkommen eingegriffen.

b) De lege ferenda

48. Der Gesetzgeber hat dieses Bedürfnis der *Praxis* erkannt⁴² und 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, sondern 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 ist selbstverständlich weiterhin gültig, bleibt aber gemäss Art. 531 nZGB herabsetzbar.

49. Zu beachten gilt, dass sich mit Bezug auf den *Nachlass des urteilsunfähigen Nachkommen selber* auch mit Art. 492a nZGB nichts ändern wird. Aufgrund dessen Testier- und Erbvertragsunfähigkeit vererbt sich sein Nachlass auch inskünftig zwingend nach dem gesetzlichen Erbrecht⁴³. Mit dem neuen Art. 492a nZGB können die Eltern jedoch das Vermögen ihres urteilsunfähigen Nachkommen und damit dessen Nachlass wesentlich verkleinern, weil sie ihm nicht mehr zwingend seinen Pflichtteil zukommen lassen müssen.

50. Dieser gesetzgeberische Schritt ist *begrüssenswert*. Leider hat es der Gesetzgeber aber unterlassen, die bis heute bestehenden Unsicherheiten mit Bezug auf die *gewöhnliche Nacherbeneinsetzung*

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.; SANDOZ, Substitution fidéicommissaire (pour le surplus) et réserve héréditaire, Mélanges François Dessemontet, Lausanne 2009, 317 ff.

41 BGE 133 III 309; 108 II 288, 291; 75 II 190, 193.

42 In der Botschaft (Fn. 1), 7105, wird Folgendes ausgeführt: «Eltern geistig schwer behinderter Kinder stehen immer wieder vor dem Problem, dass sie zwar ihr ganzes Vermögen bzw. die entsprechende Quote gerne ihrem Kind hinterlassen, es aber als wenig sinnvoll erachten, dass nach dem Tod des Kindes dessen Nachlass aufgrund des gesetzlichen Erbrechts an Verwandte geht, die sich möglicherweise nie um das Kind gekümmert haben.»

43 Vgl. auch Botschaft (Fn. 1), 7105.



auf den Überrest zu klären und zu regeln. Zudem ist der Gesetzestext selber in diverser Hinsicht auslegungsbedürftig und lässt viele Fragen offen (vgl. Rz. 51 ff.)⁴⁴.

2. Voraussetzungen

a) Beschränkung des Vorerben auf Nachkommen

51. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist nur zulasten von *Nachkommen* gültig. Der Vorentwurf liess sie zwar noch zulasten aller pflichtteilgeschützter Erben, damit auch zulasten des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners sowie der Eltern zu. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde die Zulässigkeit jedoch auf die Nachkommen beschränkt⁴⁵.

52. Keine Einschränkung schreibt der Gesetzgeber mit Bezug auf die Nachkommen vor. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist demzufolge zulasten *jedes Nachkommen*, auch der Enkel und Urenkel zulässig⁴⁶.

53. 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 Nacherbin* bestimmt werden⁴⁷.

b) Dauernde Urteilsunfähigkeit des Nachkommen

54. Eine besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist nur zulässig, wenn der Nachkomme dauernd urteilsunfähig ist. Vorausgesetzt ist daher ein Zweifaches: zum einen die Urteils- bzw. Testier- und Erbvertragsunfähigkeit (vgl. Rz. 17), zum andern die Dauerhaftigkeit dieser Urteilsunfähigkeit. Es reicht demzufolge nicht aus, wenn der Nachkomme bloss vorübergehend urteilsunfähig ist. Vielmehr bedeutet «dauernd», dass mit der Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit *schlicht nicht gerechnet werden darf*⁴⁸. Im Zentrum steht daher nicht die Dauer der Urteilsunfähigkeit als solche, sondern die medizinische Prognose über die Frage, ob der Nachkomme voraussichtlich urteilsunfähig bleibt bzw. dauerhaft urteilsunfähig ist und damit ausgeschlossen werden kann bzw. muss, dass er über seinen Nachlass selber verfügen kann.

55. 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 Urkundsperson⁴⁹.

c) Kinderlosigkeit, Ehelosigkeit bzw. Fehlen einer eingetragenen Partnerschaft des Nachkommen

56. Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist gemäss Art. 492a Abs. 1 nZGB nur zulässig, wenn der Nachkomme, der als Vorerbe eingesetzt wird, selber *keine eigenen Kinder* und *keinen Ehegatten* hinterlässt. 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 ein gesetzgeberisches Versehen handelt. Die Verfügung ist demnach auch ungültig, wenn der Nachkomme einen *eingetragenen Partner* hinterlässt⁵⁰.

57. Ebenfalls äussert sich das Gesetz nicht zur Frage, ob die *hinterbliebenen* Kinder, Ehe- oder eingetragenen Partner ebenfalls urteilsunfähig sein müssen oder nicht. Bei deren Urteilsunfähigkeit verwirklicht sich die zu verhindernde gesetzliche Erbfolge zwar einfach auf der nächsten Stufe⁵¹. Dennoch darf das *Kriterium der Urteilsfähigkeit* dieser

44 Vgl. auch 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.

45 Vgl. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 165, 167, die zu Recht darauf hinweisen, dass die Anordnung einer besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest in vielen Fällen auch bei Ehegatten (und eingetragenen Partnern) oder pflichtteilgeschützten Eltern Sinn machen würde, weshalb die Beschränkung auf Nachkommen nicht gerechtfertigt sei.

46 Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 165; WOLF (Fn. 2), 104; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 492a ZGB N 2.

47 Vgl. auch PIOTET (Fn. 44), 242.

48 Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 166; WOLF (Fn. 2), 107. Nicht ganz so weit geht WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 492a ZGB N 5, der die «dauernde Urteilsunfähigkeit» auch als gegeben erachtet, wenn die Urteilsunfähigkeit nicht mit Sicherheit eine dauernde ist und Hoffnung auf Heilung besteht.

49 WOLF (Fn. 2), 107.

50 Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 167; PIOTET (Fn. 44), 244 Fn. 5; WOLF (Fn. 2), 107 f.; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 492a ZGB N 8.

51 Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 167.

im Gesetz aufgeführten Personen für die Frage der Gültigkeit der Anordnung *nicht massgebend* sein.

d) Fehlende Verfügung von Todes wegen des Nachkommen

58. Das Gesetz erwähnt die Voraussetzung, wonach die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nur gültig ist, sofern der Nachkomme *keine eigene 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 Erbfolge⁵².

59. 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 eine besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anzuordnen.

60. Trotz dieser Bedenken ist neben der in Rz. 58 erwähnten *ratio legis* Folgendes zu berücksichtigen: Zum einen sind bei der neu geschaffenen Verfügungsart einzig der Schutz und damit die *Interessen des Nachkommen*, nicht aber jene der Eltern massgebend. Zum anderen liegt bei der gesamten Revision der Fokus auf dem Ausbau und der *Verstärkung der Selbstbestimmung* des Einzelnen (vgl. Rz. 3). Dies geht auch aus der Formulierung in der Botschaft hervor: «[...] *wird das Kind nie testierfähig* [...]»⁵³. Deshalb ist m.E. trotz der in Rz. 59 erwähnten Bedenken die einmal bestandene Urteilsfähigkeit des Nachkommen höher zu gewichten als das Anliegen und die Interessen der Eltern. Mit anderen Worten muss m.E. die vom Nachkommen im

Zeitpunkt seiner Urteilsfähigkeit errichtete Verfügung von Todes wegen einer durch die Eltern angeordnete besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest vorgehen mit der Folge, dass sich die Erbfolge für den gesamten Nachlass des Nachkommen (auch mit Bezug auf das von seinen Eltern geerbte Vermögen) nach dessen eigener Verfügung von Todes wegen richtet.

3. Massgebender Zeitpunkt des Vorliegens der Voraussetzungen

61. 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 (bzw. fehlende eingetragene Partnerschaft: «*im Zeitpunkt seines eigenen Ablebens*»), zum anderen die Urteilsunfähigkeit (urteilsfähig «*wird*»).

62. *Implizit* ergibt sich aus der Formulierung «*wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird*» in Abs. 2 auch, dass die *Urteilsunfähigkeit* sowohl *im Zeitpunkt der Errichtung* der Verfügung von Todes wegen⁵⁴ als auch *im Zeitpunkt des Todes des Erblassers* gegeben sein muss.

63. 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 der einst sein Vermögen erben soll, im Vordergrund (vgl. Rz. 60). 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 ebenfalls zu den sog. unliebsamen Erben gehören). Aus diesen Erwägungen lässt sich

52 G.L.M. PIOTET (Fn. 44), 244 Fn. 5; WOLF (Fn. 2), 108; WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 492a ZGB N 8; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 169 f.

53 Botschaft (Fn. 1), 7105.

54 So auch FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 166.



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 müssen⁵⁵.

64. Eine Ausnahme besteht m.E. mit Bezug auf das *Vorliegen einer eigenen Verfügung von Todes wegen* des Nachkommen. Es reicht m.E. aus, wenn eine solche Verfügung erst *im Zeitpunkt des Todes des Nachkommen selber* vorliegt. Allerdings ist diese Frage rein theoretischer Natur. Der Nachkomme, der erst nach Errichtung der Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest durch den Elter oder nach dem Tod des Elters eine eigene gültige Verfügung von Todes wegen errichtet, ist urteilsfähig, was gemäss Art. 492a Abs. 2 nZGB ohnehin und eo ipso zum Wegfall der angeordneten besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest führt (vgl. Rz. 66).

65. 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

66. 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*⁵⁶. Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz. 61), muss Gleiches auch gelten, wenn der Nachkomme nach dem Tod des Erblassers urteilsfähig wird⁵⁷.

67. 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 zulasten des Ehegatten bzw. eingetragenen Partners oder der Eltern erfolgt, der urteilsunfähige Nachkomme im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen, des Todes des Erblassers oder seines eigenen Todes eigene Kinder, einen Ehe- oder ein-

getragenen Partner hat oder eine eigene gültige Verfügung von Todes wegen hinterlässt. M.E. muss Folgendes gelten:

68. Hinterlässt der Nachkomme *eigene Kinder, einen Ehegatten bzw. eingetragenen Partner* oder eine *eigene Verfügung von Todes wegen*, gilt Art. 492a Abs. 2 nZGB, und die angeordnete Nacherbeneinsetzung auf den Überrest fällt *von Gesetzes wegen dahin*⁵⁸. Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest *zulasten anderer pflichtteilsgeschützter Erben*, d.h. zulasten des Ehegatten, eingetragenen Partners oder eines Elters, angeordnet wird. Diesfalls liegt eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest vor (vgl. Rz. 45). Die Verfügung ist deshalb (gestützt auf Art. 531 ZGB) lediglich *herabsetzbar* (vgl. Rz. 46)⁵⁹.

b) Bei gültiger besonderer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest

69. 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.

70. 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* anzuwen-

55 Gestützt auf diese Überlegungen sind auch sog. «Nacherbeneinsetzungen auf Vorrat», d.h. besondere Nacherbeneinsetzungen auf den Überrest, die sozusagen prophylaktisch für den Fall errichtet werden, dass ein Erbe eventuell urteilsunfähig werden könnte, ungültig. Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 166.

56 Vgl. die Kritik und den Hinweis von PIOTET (Fn. 44), 245, wonach es durchaus möglich sei, dass der Erblasser seinem Nachkommen – selbst bei (Wieder-)Erlangung der Urteilsfähigkeit – lediglich den Pflichtteil zuweisen wollte.

57 PIOTET (Fn. 44), 246.

58 Gl.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 166 und 169; a.M. PIOTET (Fn. 44), 244, der für eine Reduktion auf eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung plädiert; ebenfalls WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), 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.

59 So auch FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 165 f.

den, welche Lehre und Rechtsprechung mit Bezug auf die (nicht gesetzlich geregelte) gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest (vgl. Rz. 45) entwickelt haben:

71. *Primär* ergeben sich die Rechte und Pflichten des Vorerben aus den erblasserischen Anordnungen⁶⁰. 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)⁶¹. Vermutungsweise ist er von der Sicherstellungspflicht befreit⁶². Der Vorerbe (bzw. der Beistand) 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 hat⁶³. Bei der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist 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, beurteilt werden (vgl. auch Rz. 65) und es im Zeitpunkt des Todes des Nachkommen allenfalls zu einer Rückabwicklung kommen kann. Deshalb ist dem Vorerben (bzw. dem Beistand) zu empfehlen,

vorab das gesamte eigene Vermögen zu verbrauchen, bevor auf das Vorerbschaftsvermögen gegriffen wird.

c) Sonderkonstellationen

72. Wie ausgeführt, kann eine im Zeitpunkt der Errichtung als gültig erachtete besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest *nachträglich dahinfallen*, weil eine der Voraussetzungen nicht mehr erfüllt ist (vgl. vorstehend Rz. 65). Was die konkreten Rechtsfolgen in diesem Fall sind, sagt das Gesetz nicht. Fällt die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest beispielsweise 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?

73. Wird der Nachkomme nach dem Tod des Erblassers (*wieder*) *urteilsfähig*, muss m.E. die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest definitiv dahinfallen, und zwar unabhängig davon, ob der Nachkomme vor seinem Tod wieder urteilsunfähig 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 (vgl. auch Rz. 58 und 60)⁶⁴.

74. Anders sieht die Rechtslage bei der Voraussetzung der *Kinder- und Ehelosigkeit* (bzw. *fehlender eingetragener Partnerschaft*) aus. Sollte der Nachkomme, ohne seine Urteils- bzw. Verfügungsfähigkeit gemäss Art. 467 und Art. 468 nZGB i.V.m. Art. 16 nZGB wiederzuerlangen, heiraten oder selber Elter werden, sollte die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest 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 (vgl. Rz. 73)⁶⁵.

5. Intertemporalrechtliche Aspekte

75. 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 SchlT ZGB. Damit gilt *ausschliesslich das neue Recht*, sofern der Erblasser nach Inkraft-

60 Botschaft (Fn. 1), 7105.

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

62 BESSENICH, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 491 ZGB N 9 m.H.; a.M. SANDOZ (Fn. 40), 320.

63 Vgl. Übersicht der einzelnen Meinungen bei BESSENICH, Basler Kommentar (Fn. 62), Art. 491 ZGB N 9; vgl. auch EITEL/SCHERRER (Fn. 61), 73 ff. m.H.; und PIOTET (Fn. 44), 241 f. m.H.

64 Dieselbe Ansicht vertritt auch WEIMAR, Berner Kommentar (Fn. 18), Art. 492a ZGB N 10 f. Er lehnt jedoch für Einzelfälle einen sofortigen Wegfall der Anordnung ab und räumt dem Nachkommen eine Frist von 14 Tagen (analog Art. 508 ZGB) oder einem Jahr (analog Art. 469 Abs. 2 ZGB) ein, selber eine Verfügung von Todes wegen zu errichten. A.M. PIOTET (Fn. 44), 246, der für ein Wiederaufleben eintritt, sofern der Nachkomme während seiner Urteilsfähigkeit nicht selber verfügt hat.

65 PIOTET (Fn. 44), 244; a.M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 167 f., die bei nachträglichem Auftreten von Nachkommen oder Ehegatten Abs. 2 analog anwenden und einen Wegfall der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest annehmen.



treten des neuen Rechts verstirbt, der Errichtungszeitpunkt hat keine Bedeutung mehr⁶⁶.

76. Aus diesem Grund ist es möglich, ohne Weiteres bereits heute eine besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu verfügen. Allerdings ist zu *empfehlen*, je eine *Ersatzverfügung* (Art. 487 ZGB) vorzusehen für den Fall, dass der Erblasser vor Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmung versterben sollte, sowie für den Fall, dass nach Inkrafttreten von Art. 492a nZGB eine der Voraussetzungen dieser Bestimmung dahinfallen sollte.

V. Erweiterte Kompetenzen eines Beistands eines noch ungeborenen Kindes gemäss Art. 544 Abs. 1^{bis} nZGB

1. De lege lata

77. 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 ihren Aufgaben nicht nachkommen, kann die Vormundschaftsbehörde gestützt auf Art. 393 Ziff. 3 oder Art. 309 ZGB einen Beistand ernennen⁶⁷. Die Aufgaben des Beistands sind heute auf die Verwaltung des Vermögens bei fehlender Verwaltung oder die Feststellung der Vaterschaft eingeschränkt⁶⁸.

2. De lege ferenda

78. Auch im neuen Recht vertreten primär die Eltern die Interessen des nasciturus. Neu hat die Kinderschutzbehörde jedoch im Sinne einer Verstärkung der Rechtsstellung des nasciturus die Befugnis, generell und *ohne Einschränkung auf bestimmte Aufgabenbereiche* einen Beistand für den nasciturus zu ernennen, wenn ihr eine solche Massnahme zur Wahrung von dessen Interessen und zu dessen Schutz im Erbgang als notwendig erscheint. Die Einsetzung eines Beistands liegt damit im Ermessen der Kinderschutzbehörde, drängt sich aber insbesondere bei Interessenkonflikten zwischen dem nasciturus und dem Inhaber der elterlichen Sorge auf⁶⁹.

79. Die *Aufgaben* des Beistands bestimmen sich anhand des von der Kinderschutzbehörde *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 zu laufen beginnen⁷⁰.

VI. Beistand als Erbschaftsverwalter gemäss Art. 554 Abs. 3 nZGB

1. De lege lata

80. Art. 554 Abs. 2 und 3 ZGB regeln die Frage, wer die Erbschaftsverwaltung zu übernehmen hat, sofern eine solche 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 übertragen⁷¹.

81. Gemäss heutiger Fassung von Art. 554 Abs. 3 ZGB obliegt die Erbschaftsverwaltung ausserdem dem *Vormund*, sofern der Erblasser bevormundet, d.h. entmündigt war. Diese Bestimmung kommt damit nur zum Zug, sofern die einschneidendste vormundschaftliche Massnahme vorliegt.

2. De lege ferenda

82. Abs. 3 von Art. 554 ZGB wurde im Zuge der Revision den erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen angepasst. Neu obliegt die Erbschaftsverwaltung 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 Änderung⁷². 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 ist⁷³.

66 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 162, 164 f.; WOLF (Fn. 2), 106.

67 TUOR/PICENONI, Berner Kommentar, Bern 1964, Art. 544 ZGB N 1; SCHWANDER, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 544 ZGB N 3.

68 Vgl. die Hinweise zur Praxis bei der Einsetzung eines Beistands bei SCHWANDER, Basler Kommentar (Fn. 67), Art. 544 ZGB N 3.

69 Botschaft (Fn. 1), 7106.

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

71 Im Einzelnen KARRER, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2007, Art. 554 ZGB N 24 ff. m.H.

72 Botschaft (Fn. 1), 7106, anders allerdings 7049.

73 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 10), 163.

83. Art. 554 Abs. 3 nZGB kommt daher nur dann zur Anwendung, wenn die verstorbene Person unter einer *Vermögensverwaltungsbeistandschaft* gemäss Art. 395 nZGB, auch in Kombination mit anderen Beistandschaften, oder unter einer *umfassenden Beistandschaft* gemäss Art. 398 nZGB gestanden hat. Diese Beistandschaft muss im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bestehen. Stirbt eine Person während des Prüfungs- und Anordnungs- oder des Beschwerdeverfahrens der angeordneten Massnahme, ist m.E. Art. 554 Abs. 3 nZGB nicht anwendbar.

84. Der Vermögensverwaltungsbeistand wird nicht eo ipso Erbschaftsverwalter, sondern er muss *durch*

behördliche Verfügung eingesetzt werden⁷⁴. Ausserdem hat er – im Gegensatz zum Willensvollstrecker, der gestützt auf Art. 554 Abs. 2 ZGB zwingend zum Erbschaftsverwalter ernannt werden muss, sofern die persönlichen Anforderungen erfüllt sind⁷⁵ – *keinen Rechtsanspruch* auf eine 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 wäre⁷⁶. 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*⁷⁷.

74 Botschaft (Fn. 1), 7049; vgl. auch KARRER, Basler Kommentar (Fn. 71), Art. 554 ZGB N 28 ff. m.H.; zur Zuständigkeit vgl. EMMEL, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011, Vorbem. zu Art. 551 ff. ZGB N 9.

75 Vgl. im Einzelnen EMMEL, Praxiskommentar (Fn. 74), Art. 554 ZGB N 12.

76 Botschaft (Fn. 1), 7049; KARRER, Basler Kommentar (Fn. 71), Art. 554 ZGB N 28.

77 Botschaft (Fn. 1), 7049; EMMEL, Praxiskommentar (Fn. 74), Art. 554 ZGB N 14.