

Dr. Daniel Abt und Dr. Thomas Weibel*

Ausgewählte Stolperdrähte im schweizerischen Erbrecht

Eine (nicht abschliessende) Übersicht über Fallstricke bei Nachlassplanung, -abwicklung, Willensvollstreckung und Prozessführung

Stichworte: Erbrecht, Trusts, Erbenhaftung, Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Ausgleichsdispens, Ausschlagung, Fristen

I. Einleitung

Die Autoren sind Herausgeber und Mitverfasser des Praxiskommentars Erbrecht, der im Sommer 2007 erscheint. Der Praxiskommentar Erbrecht verfolgt einen konsequent praxisorientierten Ansatz. Neben der umfassenden Darstellung des schweizerischen Erbrechts auf dem neuesten Stand von Rechtsprechung und Lehre zeigt er auch die Verbindungen zu anderen Rechtsgebieten (wie Steuerrecht), internationale Bezüge sowie Gestaltungs- und Einflussmöglichkeiten ausserhalb des Erbrechts auf. Schwerpunkte liegen unter anderem bei der Nachlassplanung und -abwicklung, der Willensvollstreckung und den prozessualen Aspekten (Rechtsbegehren, Zuständigkeiten, Fristen, Beweisfragen etc.). Zahlreiche Muster, Formulierungsvorschläge, Berechnungsbeispiele, Checklisten und praktische Hinweise leisten sowohl bei der Betreuung erbrechtlicher Mandate als auch bei der Beurteilung von Streitigkeiten wertvolle Hilfe.

Die nachfolgende Übersicht beleuchtet einzelne ausgewählte Stolperdrähte, welche dem Praktiker bei Nachlassplanung, -abwicklung, Willensvollstreckung und Prozessführung begegnen. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

II. Lebzeitige Vermögensstrukturierung durch Trusts

Im Gebiet des sog. «Estate Planning» spielt der Trust eine aktuelle und zunehmend bedeutsamere Rolle. Das Parlament hat die Ratifizierung des Haager Trust-Übereinkommens (HTÜ) genehmigt. Das Übereinkommen ist für die Schweiz am 1. Juli 2007 in Kraft getreten. Es bringt einen Nachvollzug und eine technische Nachführung der sog. «Harrison-Praxis», mit der das Bundesgericht den Trust – obwohl dem schweizerischen Recht nicht bekannt – internationalprivatrechtlich anerkannt hat. Das Gericht qualifiziert den Trust als gemischten schuldrechtlichen Vertrag mit Elementen des Auftrags, der fiduziarischen Eigentumsübertragung, des Schenkungsversprechens und des Vertrags zugunsten Dritter.¹

Das Inkrafttreten des HTÜ wird einen problemloseren Umgang mit Trusts in der Schweiz bringen sowie unter anderem etwa neu die Möglichkeit eröffnen, dass der Trustee als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann.²

Die Errichtung von Trusts kann insbesondere bei internationalen Sachverhalten sinnvoll sein. Die mit ihr verbundene Zuwendung von Vermögen hat zur Folge, dass die betreffenden Vermögenswerte nicht in den Nachlass fallen.³ Vielfach wird eine Trustlösung gewählt, weil die Schranken des Erbrechts zu eng sind. So kann etwa aufgrund des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit ein Erblasser seine Entscheidungen nicht delegieren; demgegenüber ist es möglich und zulässig, dass ein Trustee Ermessensentscheidungen trifft.⁴

Im Umgang mit Trusts empfiehlt sich regelmässig eine enge Begleitung durch einen Common Law Lawyer, etwa in Bezug auf das Institut des sog. «Tracing (of assets)» und aufgrund der Tatsache, dass es im Zusammenhang mit Trusts zahlreiche Fallstricke gibt. Zu denken ist etwa daran, dass die Beteiligten einen Trust nicht so behandeln, wie dies im «Deed of Trust» vorgesehen ist; diesfalls besteht die Gefahr, dass der Trust als sog. «Sham Trust» als nicht existent behandelt wird.⁵

III. Zuwendungen an Vertrauenspersonen

In der jüngeren bundesgerichtlichen Praxis wurde wiederholt die Frage von Zuwendungen meist betagter Personen an Vertrauenspersonen, also an bestimmte Berufsträger, die regelmässig gleichzeitig in einem Auftragsverhältnis zum Zuwender bzw. der Zuwenderin standen, thematisiert. Solche Zuwendungen, ob sie nun zu Lebzeiten oder von Todes wegen erfolgen, muten oftmals stossend an.

Lebzeitige Zuwendungen an Vertrauenspersonen können unter anderem mit der Erbschaftsklage⁶ angefochten werden.⁷ Bei *Zuwendungen von Todes wegen* umfassen die möglichen Vorgehensweisen namentlich die Anhebung einer Ungültigkeitsklage⁸, einer Herabsetzungsklage⁹, einer Klage auf Feststellung der

3 Vgl. BGer, 5P.40/2005, E. 3.

4 Vgl. ARTER, Anwalt und Trust, in: Haftpflicht des Rechtsanwalts, Tagungsband über die Tagung der Winterthur Versicherungen vom 20. September 2006, 113 ff., 122; PraxKomm-KÜNZLE, Einleitung N 25 ff.

5 Vgl. eingehender zu Trust-Fragen und den damit verbundenen Fallstricken PraxKomm-KÜNZLE, Einleitung N 45 ff.

6 Art. 598 ff. ZGB. Vgl. dazu BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 2. A., Zürich 2006, Rz. 111 ff.

7 Vgl. ABT, Probleme um die unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen, in: AJP 2004, S. 1225 ff.

8 Art. 519 ff. ZGB. Vgl. dazu BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 6), Rz. 10 ff.

9 Art. 522 ff. ZGB. Vgl. dazu BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 6), Rz. 60 ff.

* Rechtsanwälte, Basel.

1 Vgl. BGE 96 II 79, E. 8.

2 Vgl. PraxKomm-KÜNZLE, Einleitung N 50.

Nichtigkeit der Verfügung¹⁰ oder einer Klage auf Feststellung der Erbnwürdigkeit des Zuwendungsempfängers.¹¹ Bekanntlich hat das Bundesgericht jüngst im Fall eines testamentarisch bedachten Anwalts im letzteren Sinne entschieden.¹²

In BGE 132 III 455 hatte sich das Bundesgericht mit der Frage der Sittenwidrigkeit einer lebzeitigen Schenkung an einen Liegenschaftsverwalter zu befassen. Es hat sich in diesem Entscheid eingehend mit der einschlägigen Doktrin auseinandergesetzt und im Ergebnis die Sittenwidrigkeit der Schenkung verneint. Von zentraler Bedeutung ist aber, dass das Gericht erstmals festgehalten hat, dass auch im schweizerischen Recht ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegen könne, wenn «*gegen elementare Standesregeln*» verstossen wird, «*deren Zweck gerade darin besteht, von vornherein Interessenkonflikte und Zweifel über mögliche unerwünschte Beeinflussungen zu verhindern*».¹³

Der Entscheid ist insofern von Belang, als damit zum ersten Mal auch für die Schweiz anerkannt wird, dass standeswidriges Verhalten in zivilrechtlicher Hinsicht zur Sittenwidrigkeit – und damit zur Nichtigkeit¹⁴ – eines Rechtsgeschäfts führen kann. Aufgrund des Umstands, dass die zugrundeliegenden Rechtsfragen bei Schenkungen kurz vor dem Tod und bei Begünstigungen durch Verfügung von Todes wegen identisch sind, dürfte sich diese Argumentation ohne weiteres auch auf Zuwendungen von Todes wegen übertragen lassen. Folglich kann auch gegen diese argumentiert werden, dass Sittenwidrigkeit auf Grund von Standeswidrigkeit gegeben sei.

Diese Rechtsprechung ist etwa von Bedeutung in Bezug auf Ärzte, zumal Art. 38 der Standesordnung FMH diesen die Annahme von Geschenken, Zuwendungen von Todes wegen oder anderen Vorteilen von Patienten oder Dritten untersagt, die ihre ärztlichen Entscheidungen beeinflussen können und das übliche Mass kleiner Anerkennungen übersteigen. Die Maxime des *Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen* gilt aber nicht nur für Ärzte, sondern etwa auch für Rechtsanwälte und – unter gewissen Voraussetzungen – kraft Mandatsrechts für alle Personen, die im Rahmen eines Vertragsverhältnisses entgeltlich oder unentgeltlich für andere Personen Geschäfte oder Dienste besorgen.¹⁵

Mit Blick auf die Rechtsordnungen weiterer Länder, insbesondere Englands, muss auch für die Schweiz gelten, dass Umgehungsgeschäfte in gleicher Weise zu sanktionieren sind wie das verpönte Rechtsgeschäft. Zu denken ist etwa an eine erbrechtliche Begünstigung der Ehefrau des Hausarztes der Erblasserin.¹⁶

Praktisch relevanter ist die Sittenwidrigkeit kraft Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung des Erblassers durch

Handlungsweisen einer Vertrauensperson. Eine solche liegt namentlich dann vor, wenn eine Vertrauensperson den Erblasser durch Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses in seiner Willensfreiheit derart beeinträchtigt und (kausal) beeinflusst, dass dieser sie testamentarisch begünstigt.¹⁷

IV. Widerruf eines (erb-)vertraglich gewährten Ausgleichsdispenses

Art. 626 Abs. 2 ZGB sieht für Zuwendungen des Erblassers an Nachkommen die Ausgleichspflicht vor, «*sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt*». Der Ausgleichsdispens ist zwar eine Verfügung von Todes wegen, unterliegt jedoch nicht den für Testament und Erbvertrag geltenden Formvorschriften.¹⁸ Immerhin muss er aber «*ausdrücklich*» sein, um den gesetzlichen Erfordernissen zu genügen.¹⁹

Der Ausgleichsdispens geht – gleich wie jede Anordnung über die Ausgleichspflicht – einseitig vom Erblasser aus und ist grundsätzlich frei widerruflich. Ist er in einem (Erb-)Vertrag des Erblassers mit einem Nachkommen enthalten, so ändert sich daran grundsätzlich nichts: Der Erblasser kann seinen Ausgleichsdispens immer noch ganz oder teilweise widerrufen, gleich wie er auch seinen Nachkommen noch durch nachträgliche Anordnung eines weitergehenden Ausgleichsdispenses begünstigen kann.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn – ausnahmsweise – die vom Erblasser an den Nachkommen gerichtete Erklärung über die Ausgleichspflicht eine vertragliche Bindung bewirkt hat. Das setzt entweder einen tatsächlichen oder einen – nach dem Vertrauensprinzip zu ermittelnden – normativen Konsens der Vertragsparteien nicht nur zum übrigen Vertragsinhalt, sondern eben auch zu den Anordnungen über die Ausgleichung, voraus. Hier kommen verschiedene von der Lehre erarbeitete Vermutungen zur Anwendung, wonach die Abänderung von in Verträgen enthaltenen Anordnungen über die Ausgleichspflicht in die eine und/oder andere Richtung nicht mehr zulässig sein soll. So wird beispielsweise vermutet, dass selbst die in einem zweiseitigen Vertrag enthaltene Anordnung, eine Zuwendung sei in bestimmtem Ausmass auszugleichen, den Erblasser nicht daran hindert, den Zuwendungsempfänger nachträglich doch noch von der Ausgleichspflicht zu dispensieren, also zusätzlich zu begünstigen.²⁰

Solche Vermutungen können aber anhand der Interessenlage der Vertragsparteien widerlegt werden. Sowohl für die Vertragsparteien als auch für nicht am Vertragsschluss beteiligte Ausgleichsberechtigte verbleibt somit trotz vermeintlich verbindlicher Vereinbarungen über die Ausgleichspflicht ein erheblicher Interpretationsspielraum – und damit ein Streitpotential.²¹

10 Vgl. dazu PraxKomm-TARNUTZER-MÜNCH/ABT, Art. 519 ZGB N 8 ff.

11 Vgl. dazu PraxKomm-ABT, Art. 540 ZGB N 55 ff.; BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 6), Rz. 100 ff.

12 Vgl. BGE 132 III 305 ff.; BGE 132 III 315 ff.; vgl. ferner die Urteilsbesprechungen von ABT in AJP 2006, S. 1139 ff., BREITSCHMID in Successio 1/2007, S. 55 ff., und WOLF/BALLMER, in recht 2007, S. 40 ff.

13 BGE 132 III 455, E. 4.1 und 4.2.

14 Art. 20 Abs. 2 OR.

15 Vgl. dazu PraxKomm-TARNUTZER-MÜNCH/ABT, Art. 519 ZGB N 42 ff.; ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Basel 2002, S. 195.

16 Vgl. ABT (Fn. 15), S. 184 ff., 204 und 209.

17 Vgl. PraxKomm-TARNUTZER-MÜNCH/ABT, Art. 519 ZGB N 41 ff.

18 BGE 118 II 282, E. 3.

19 BGE 131 III 49, E. 4.2.

20 Vgl. BSK-FORNI/PIATTI, Art. 626 ZGB N 18.

21 Vgl. BGer, 5C.202/2006, E. 4, wo eine Bindungswirkung der vertraglichen Bestimmungen zur Ausgleichspflicht verneint wurde.

V. Einstimmigkeitserfordernis in der Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. In ihr gilt für sämtliche Verfügungs- und Verwaltungshandlungen der Grundsatz der Einstimmigkeit: Die Erben haben solche Handlungen gemeinsam vorzunehmen.

Da das Einstimmigkeitserfordernis den Schutz der Gemeinschaft gegen schädliche Sonderaktionen einzelner Erben bezweckt²², kann es durch erblasserische Verfügung nicht wegbedungen werden.²³ Es kann unter Umständen sehr rasch zur Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft und zur Notwendigkeit führen, die Einsetzung eines Erbenvertreters²⁴ zu beantragen.²⁵

Das Erfordernis des gemeinsamen Handelns bezieht sich auch auf die Prozessführung. So sind die Mitglieder einer Erbengemeinschaft nur gemeinsam zur Prozessführung und zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert; sie bilden eine notwendige Streitgenossenschaft.²⁶ Sie sind daher einzeln als Parteien aufzuführen; eine Sammelbezeichnung (z.B. «Erben des X») ohne zusätzliche Nennung der einzelnen Erben ist für sich allein ungenügend, weil die Erbengemeinschaft als solche weder eine juristische Person noch kraft besonderer Gesetzesbestimmungen prozessfähig ist.²⁷ Immerhin ist es bei Auseinandersetzungen und Prozessen unter den Erben hinreichend (freilich auch notwendig) sämtliche Erben mittelbar oder unmittelbar in das Verfahren einzubeziehen, sei es auf der Aktiv- oder der Passivseite.²⁸

Ausnahmen vom Grundsatz des gemeinsamen Handelns gelten nur bei rechtsgeschäftlicher Einräumung von Vertretungsmacht²⁹, bei den gesetzlichen Vertretungsbefugnissen des Willensvollstreckers, Erbschaftsverwalters oder Erbenvertreters³⁰, wenn die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag³¹ vorliegen sowie ausnahmsweise dann, wenn (und solange) in dringenden Fällen Gefahr im Verzug liegt, so dass die Einsetzung eines Erbenvertreters aus zeitlichen Gründen nicht möglich ist.³² Handlungen eines Erben, die allein der Sicherung seiner eigenen Ansprüche oder seiner Rechtsstellung dienen – wie z.B. die Einholung von Auskünften bei Dritten oder die Beantragung sichernder Massnahmen – gelten nicht als Handlungen in Bezug auf den Nachlass und unterliegen daher auch nicht dem gesetzlichen Einstimmigkeitserfordernis.³³

22 Vgl. BGE 121 III 118, E. 3.

23 Vgl. BSK-SCHAUFELBERGER, Art. 602 ZGB N 11; PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 23.

24 Art. 602 Abs. 3 ZGB. Vgl. dazu BRÜCKNER/WEIBEL (Fn. 6), Rz. 287 ff.

25 Vgl. BGE 125 III 219 [Notwendigkeit der Mitwirkung eines Miterben bei der Kündigung eines mit ihm als Pächter bzw. Mieter bestehenden Pacht- oder Mietvertrags]; PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 30, m.w.H.

26 Vgl. BGE 121 III 118, E. 2 f.; PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 27, m.w.H.

27 Vgl. PraxKomm-WEIBEL, a.a.O. (Fn. 26) sowie Art. 603 ZGB N 39.

28 Vgl. PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 44, m.w.H.

29 Vgl. PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 32 ff.

30 Vgl. PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 36 ff.

31 Art. 419 ff. OR.

32 Vgl. PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 40.

33 Vgl. PraxKomm-WEIBEL, Art. 602 ZGB N 46.

VI. Erbschaftsantritt und Haftung

1. Solidarhaftung für Erbschaftsschulden

In Abweichung von der Ausgestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft ordnet Art. 603 Abs. 1 ZGB an, dass die Erben für die Schulden des Erblassers solidarisch haften. Diese Solidarhaftung gilt nach der Rechtsprechung sowohl für die Erblasserschulden im engeren Sinne, also die vom Erblasser ererbten Schulden, als auch für die Erbgangsschulden und die Schulden der Erbengemeinschaft.³⁴

Da eine Schuld weder inventarisiert noch den Erben überhaupt bekannt sein muss, um auf diese überzugehen, will der Erbschaftsantritt sorgfältig geprüft sein. Während dieser Prüfungsphase tun die Erben gut daran, Einmischungshandlungen zu unterlassen, um die volle Wahlfreiheit zu behalten. Nur durch Wahrung der Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft³⁵ können die Erben einer ungewollten Erbenstellung und damit auch ihrer solidarischen Schuldenhaftung entgehen.³⁶

2. Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis

Gemäss Art. 571 Abs. 2 ZGB kann ein Erbe die Erbschaft u.a. dann nicht mehr ausschlagen, wenn er sich vor Ablauf der Ausschlagungsfrist in die Angelegenheiten der Erbschaft eingemischt oder Handlungen vorgenommen hat, die nicht durch die blosse Verwaltung der Erbschaft und den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert waren. Es würde gegen Treu und Glauben verstossen, wenn ein Erbe derartige Massnahmen treffen und gleichzeitig doch das Ausschlagungsrecht wahren könnte. Sein Verhalten stellt vielmehr eine konkludente Annahme der Erbschaft dar.³⁷

Der vorläufige Erbe hat sich somit auf die blosse Verwaltung und Fortführung der Geschäfte zu beschränken, will er sein Ausschlagungsrecht nicht verwirken.³⁸ Die darüber hinausgehenden, als Einmischung geltenden Handlungen können nicht abschliessend positiv aufgezählt werden. Einmischung liegt jedenfalls vor bei der Erhebung der Erbschafts-, Teilungs- oder Herabsetzungsklage und bei der Anmeldung des Erbgangs beim Grundbuch.³⁹

Unterschiedlich beurteilt wurde bisher die Frage, ob die Erwirkung einer Erbenbescheinigung i.S.v. Art. 559 ZGB⁴⁰ als Einmischung gilt. Bis anhin hatte sich das Bundesgericht mit dieser Frage noch nie befassen müssen. Es hatte immerhin in BGE 54 II 416, E. 3, erwogen, dass die Grenze zwischen notwendigen Verwal-

34 Vgl. PraxKomm-WEIBEL, Art. 603 ZGB N 4 ff., m.w.H.; WEIBEL, Das Ende der Solidarhaftung der Erben, Basel/Genf/München 2002, S. 60 ff., m.w.H.; WEIBEL, Die Haftung der Erben, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Ausgewählte Aspekte der Erbteilung, Bern 2005, S. 51 ff., 62 ff., m.w.H.

35 Art. 566 ff. ZGB.

36 Vgl. WEIBEL, Die Haftung der Erben (Fn. 34), S. 58 f., m.w.H.

37 Vgl. BGE 54 II 416, E. 4; BGE 133 III 1, E. 3.3.1; BSK-SCHWANDER, Art. 571 ZGB N 4.

38 Vgl. BGE 59 III 19, E. 2; WEIBEL, Die Haftung der Erben (Fn. 34), S. 58, Fn. 17.

39 Vgl. PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 571 ZGB N 3 ff.; ZK-ESCHER, Art. 571 ZGB N 10; BK-TUOR/PICENONI, Art. 571 ZGB N 10.

40 Vgl. dazu PraxKomm-EMMEL, Art. 559 ZGB N 1 ff.

tungshandlungen und darüber hinausgehenden Einmischungshandlungen fallweise gezogen werden muss. Diese Erwägungen legen für die Frage der Erwirkung einer Erbenbescheinigung nahe, nach dem Zweck des Gesuchs und den Umständen von Fall zu Fall zu entscheiden, ob sich der Gesuchsteller als Erbe gebärdet oder bloss eine Verwaltungshandlung vorgenommen hat.

Daraus folgt, dass die Tatsache des Einholens einer Erbenbescheinigung in der Eigenschaft als *Willensvollstrecker* keine Einmischung bedeutet. Dies ist nunmehr durch das Bundesgericht bestätigt worden. Im zu entscheidenden Fall hatte sich die Witwe des Erblassers in ihrer Eigenschaft als Willensvollstreckerin die Erbenbescheinigung ausstellen lassen. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass sie sich die Erbenbescheinigung *zuhanden der Erben* habe ausstellen lassen und daher ausschliesslich in ihrer Eigenschaft als Willensvollstreckerin gehandelt habe. Denn als solche hat sie die Verwaltung des Nachlasses zu besorgen, die laufenden Geschäfte zu betreuen und für die Erhaltung und vorsichtige Mehrung der Erbschaftswerte besorgt zu sein.⁴¹ Das Einholen der Erbenbescheinigung ist bei diesem Lichte betrachtet als Verwaltungsakt zu betrachten und bedeutet damit keine Einmischung, zumal nach den Tatsachenfeststellungen nichts darauf hindeutete, dass die Witwe damit etwas anderes bezweckt hätte als das, was ihr als Willensvollstreckerin oblag.⁴²

Mit der jüngeren Doktrin⁴³ ist darüber hinausgehend davon auszugehen, dass auch das blosses Einholen einer Erbenbescheinigung durch einen *Erben* für sich allein keine Einmischung bedeutet, zumal mit der Bescheinigung oftmals nur Informationen für die Bestimmung der Aktiven und Passiven des Nachlasses eingeholt werden; regelmässig kann erst nach Vorliegen dieser Angaben eine Ausschlagung überhaupt erwogen werden.

Die Beschränkung der Erben auf notwendige Verwaltungshandlungen zur Vermeidung einer konkludenten Erbschaftsannahme gilt auch während der Dauer der Aufnahme eines öffentlichen Inventars.⁴⁴ Das ist besonders einschneidend in Fällen, in denen z.B. der Erblasser ein Geschäft oder Gewerbe betrieb; hier wird regelmässig noch schneller als in anderen Fällen Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft eintreten. Art. 585 Abs. 2 ZGB sieht daher die Möglichkeit vor, dass die Behörde die Fortsetzung des Geschäfts durch einen Erben bewilligt, gegebenenfalls gegen Sicherstellung der Miterben. Die mit dieser Bewilligung verbundenen Befugnisse sind allerdings trügerisch: Die mit der Fortsetzung des Geschäfts betrauten Personen haben sich nach wie vor auf die dafür notwendigen Verwaltungshandlungen zu beschränken. Widrigenfalls riskieren sie, ihre Ausschlagungsbefugnis zu verwirken.⁴⁵ Die Fortsetzung des Geschäfts soll lediglich Wertverluste vermeiden, die bei einer Betriebseinstellung entstehen können. Risiken für das Nachlassvermögen will sie aber möglichst vermeiden. Das bedingt daher

unter Umständen die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs in reduziertem Ausmass.

3. Öffentliches Inventar

Als Mittel zur Prüfung der Frage, ob sie die Erbschaft antreten sollen, dient den Erben regelmässig das öffentliche Inventar gemäss Art. 580 ff. ZGB, kann dieses doch im Unterschied zum nach kantonalem Recht durchgeführten Inventar bzw. Steuerinventar⁴⁶ unter Umständen haftungsbeschränkende Wirkungen haben. Auch beim öffentlichen Inventar drohen jedoch gewisse Fallstricke.

Bereits hingewiesen wurde auf die Möglichkeit der Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis trotz Vorliegens einer behördlichen Bewilligung zur Fortsetzung des Geschäfts des Erblassers.⁴⁷

Sodann ist gemäss Art. 580 Abs. 2 ZGB das Gesuch um Aufnahme eines öffentlichen Inventars innert Monatsfrist ab Kenntnis des Todes des Erblassers oder – für eingesetzte Erben – mit Eröffnung der letztwilligen Verfügung zu stellen. Im Gegensatz zur Ausschlagungsfrist⁴⁸ ist die Frist zur Beantragung des öffentlichen Inventars unerstreckbar. In Zweifelsfällen empfiehlt es sich, vorsorglich ein Gesuch um Aufnahme eines öffentlichen Inventars verbunden mit einem Sistierungsbegehren einzureichen, damit genügend Zeit zur Vornahme der allenfalls noch erforderlichen Abklärungen zur Verfügung steht.⁴⁹

Im Rahmen der öffentlichen Inventarisierung wird ein Rechnungsruf durchgeführt. Die Nichtanmeldung einer Forderung durch den Gläubiger kann dazu führen, dass gemäss Art. 589 ZGB die Erbenhaftung für die betreffende Forderung entfällt. Vorsichtigen Erblassergläubigern ist daher zu empfehlen, ihre Forderung bereits dann dem Erbschaftsamt mitzuteilen, wenn sie vom Tod ihres Schuldners Kenntnis erhalten, also den Rechnungsruf gar nicht erst abzuwarten. Zwar entbindet dies nicht von der Obliegenheit, dem Rechnungsruf Folge zu leisten, doch kann es immerhin die Folgen eines unbeachtet gebliebenen Rechnungsrufs vermeiden.⁵⁰

Zwar werden gemäss Art. 583 ZGB Forderungen und Schulden, die aus öffentlichen Büchern oder den Papieren des Erblassers ersichtlich sind, von Amtes wegen in das Inventar aufgenommen. Die Begriffe «öffentliche Bücher» und «Papiere des Erblassers» sind allerdings eng auszulegen. Vorsichtigen Gläubigern kann daher nicht empfohlen werden, sich auf eine entsprechende Pflicht der inventarisierenden Behörde zu verlassen.⁵¹

Gemäss Art. 586 ZGB sind während der Dauer der Inventarisierung Betreibungen für Schulden des Erblassers sowie Prozesse grundsätzlich ausgeschlossen. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ruht auch die Verjährung. *Verwirkungsfristen* bleiben

41 Vgl. PraxKomm-CHRIST, Art. 518 ZGB N 1 ff.

42 Vgl. BGE 5C.126/2006, E. 3.3.2.

43 Vgl. DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5.A., Bern 2002, § 15 Rz. 34; BSK-KARRER, Art. 559 ZGB N 50; a.M. BSK-SCHWANDER, Art. 571 ZGB N 5.

44 Art. 585 Abs. 1 ZGB.

45 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 585 ZGB N 16 und 28.

46 Zur Unterscheidung der verschiedenen Inventararten vgl. PraxKomm-EMMEL, Art. 553 ZGB N 1 ff., sowie PraxKomm-BUR/FILLI/MÜLLER, Anhang Steuern N 8 ff.

47 Vgl. oben VI/2.

48 Art. 576 ZGB.

49 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 580 ZGB N 10 und 12.

50 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 582 ZGB N 27.

51 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 583 ZGB N 21.

hingegen vom öffentlichen Inventar unberührt. Zu ihnen gehören unter anderem Fristen zur Ausübung von Gestaltungsrechten, die in älteren Kodifikationen (wie u.a. dem ZGB und dem OR) häufig ebenfalls mit dem Begriff «Verjährung» bezeichnet werden. Die Gläubiger dürfen sich deshalb nicht auf den Gesetzeswortlaut verlassen, sondern müssen im Einzelfall stets die Rechtsnatur einer Frist überprüfen.⁵²

Ist das öffentliche Inventar erst einmal aufgenommen, so erhalten die Erben gemäss Art. 587 ZGB Frist, um sich über den Erwerb der Erbschaft zu erklären. Diese Frist kann unter Umständen erstreckt werden, namentlich «zur Erledigung von streitigen Ansprüchen u.dgl.», wie es Abs. 2 dieser Bestimmung ausdrückt. Derartige (aussergerichtliche) Bemühungen der Erben müssen allerdings unter dem klaren *Vorbehalt der Erbschaftsannahme* erfolgen, um keine Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis zur Folge zu haben. Allfällige Vergleiche mit den Gläubigern können somit erst nach Ablauf der Inventarisierung im Falle der Erbschaftsannahme wirksam werden, sind also suspensiv-bedingt auszugestalten.⁵³

Gemäss Art. 588 Abs. 2 ZGB wird vermutet, dass ein Erbe, der während der angesetzten Frist keine Erklärung über den Antritt bzw. die Ausschlagung der Erbschaft abgibt, diese unter öffentlichem Inventar annimmt. Diese Vermutung gilt selbst dann, wenn das öffentliche Inventar eine offensichtliche Überschuldung der Erbschaft ausweist. Anders als gemäss Art. 566 Abs. 2 ZGB, gemäss dem bei offensichtlicher Überschuldung der Erbschaft vermutet wird, dass diese ausgeschlagen wird, gilt somit bei im Inventar ausgewiesener Überschuldung die Annahme, dass die Erbschaft unter öffentlichem Inventar *angenommen* wird, wenn keine andere Erklärung abgegeben wird. Auch ein offensichtlich überschuldeter Nachlass muss daher stets – und gerade nachdem ein öffentliches Inventar aufgenommen wurde – ausdrücklich ausgeschlagen werden.⁵⁴

4. Amtliche Liquidation

Der solidarischen Erbenhaftung entgehen die Erben nicht nur durch Ausschlagung sowie beim öffentlichen Inventar, sondern auch bei amtlicher Liquidation der Erbschaft. Auch diese ist allerdings mit einigen Fallstricken verbunden.

So muss auch der Erbschaftsliquidator ein Inventar der Aktiven und Passiven der Erbschaft aufnehmen. Auf diese Weise legt er das Ausmass fest, in dem die noch nicht fälligen bedingten und bestrittenen Schulden der Erbschaft mit unverteilteten Nachlassaktiven sicherzustellen sind. Inventarisiert er nun eine Schuld unter dem Nominalwert, so kann dies dazu führen, dass insgesamt keine Überschuldung der Erbschaft ausgewiesen wird und die Erbschaft deshalb nicht an das Konkursgericht überwiesen werden muss. Realisiert sich dann allerdings das betreffende Passivum in höherem Ausmass als inventarisiert, so droht den Erben trotz Durchführung der amtlichen Liquidation, die eigent-

lich ihre persönliche Haftung zurückdrängt⁵⁵, eine persönliche Haftbarkeit.⁵⁶

Weder die amtliche noch die – bei Überschuldung durchzuführende – konkursamtliche Liquidation der Erbschaft ändert sodann etwas an der vollen (solidarischen) Haftung eines Erben, der die Ausschlagungsbefugnis durch Einmischungshandlungen verwirkt hat, sofern die amtliche bzw. konkursamtliche Liquidation in Unkenntnis dieses Umstands eingeleitet wurde.⁵⁷

Auch für die Gläubiger ist die amtliche Liquidation mit Fallstricken verbunden: Bekanntlich können nicht nur die Erben, sondern kann gemäss Art. 594 ZGB auch ein Gläubiger die amtliche Liquidation der Erbschaft verlangen: dann nämlich, wenn er begründete Besorgnis hat, dass seine Forderung nicht bezahlt wird, und auf Begehren hin nicht befriedigt oder sichergestellt wird. Seinen Antrag auf amtliche Liquidation hat er innert dreier Monate ab dem Tod des Erblassers bzw. der Eröffnung der Verfügung zu stellen. Nicht nur ist allerdings die Frist von drei Monaten zur Beantragung der amtlichen Liquidation unerstreckbar, sondern sie ist auch nicht koordiniert mit der Frist, die der Erblassergläubiger den Erben zur Zahlung oder Sicherstellung seiner Forderung anzusetzen hat und die in jedem Fall eine angemessene und zumutbare Dauer aufweisen muss. Um die Frist zur Beantragung der amtlichen Liquidation nicht zu verpassen, sollte der Gläubiger den Erben daher frühzeitig Frist zur Zahlung oder Sicherstellung ansetzen. Gegebenenfalls hat er vorsorglich die amtliche Liquidation zu beantragen, verbunden mit einem Antrag auf Sistierung, bis über die Leistung der angeforderten Zahlung oder Sicherstellung Klarheit besteht.⁵⁸

Aufgrund von Art. 49 SchKG sind betreibungsrechtliche Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen den Nachlass während der Dauer der amtlichen Liquidation ausgeschlossen, denn die Erfüllung von Verpflichtungen des Erblassers liegt in der ausschliesslichen Kompetenz des Erbschaftsliquidators. Da umgekehrt jedoch laufende Verjährungsfristen durch das Verfahren der amtlichen Liquidation weder unterbrochen noch sistiert werden, kann die Verjährung nur durch Klageanhebung unterbrochen werden, sofern innert nützlicher Frist kein Verjährungsverzicht⁵⁹ erhältlich ist.⁶⁰

VII. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass Praktiker im Rahmen von Nachlassplanung, -abwicklung, Willensvollstreckung und Prozessführung oftmals mit heiklen rechtlichen Fragen und eigentlichen Stolperdrähten konfrontiert sind. Der Praxiskommentar Erbrecht soll ihnen helfen, solche Stolperdrähte zu erkennen und in der beratenden und prozessführenden Tätigkeit adäquate Lösungen zu finden.

55 Vgl. WEIBEL, Die Haftung der Erben (Fn. 34), S. 69 ff., m.w.H.

56 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 596 ZGB N 40.

57 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 597 ZGB N 12 und 39.

58 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 594 ZGB N 13, 25 und 35.

59 Vgl. dazu BGE 132 III 226.

60 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 596 ZGB N 26 f.

52 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 586 ZGB N 23.

53 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 587 ZGB N 13 und 22.

54 Vgl. PraxKomm-ENGLER, Art. 588 ZGB N 19.