

Magister

Nina Mattmüller

Durchgriff und Erbrecht – Die neusten Entwicklungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und ihre Auswirkungen auf erbrechtliche Ansprüche

ISBN 978-3-03916-224-6

Editions Weblaw
Bern 2024

Zitiervorschlag:

Nina Mattmüller, Durchgriff und Erbrecht –
Die neusten Entwicklungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
und ihre Auswirkungen auf erbrechtliche Ansprüche,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2024

Durchgriff und Erbrecht

**Die neusten Entwicklungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
und ihre Auswirkungen auf erbrechtliche Ansprüche**

Masterarbeit von

Nina Mattmüller

Matrikel-Nr. [REDACTED]

[REDACTED]
nina.mattmueller@stud.unilu.ch
[REDACTED]

Verfasst im Rahmen des Masterstudiengangs der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Luzern im Herbstsemester 2023
betreut von Prof. Dr. iur. Barbara Graham-Siegenthaler

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	X
I. Einleitung	1
A. Ausgangslage und Fragestellung	1
B. Gliederung der Arbeit	2
II. Grundlagen zum Durchgriff	2
A. Begriff des Durchgriffs.....	2
B. Durchgriff in unterschiedlichen Rechtskontexten.....	3
C. Voraussetzungen des Durchgriffs.....	4
1. Wirtschaftliche Identität.....	4
2. Rechtsmissbrauch	5
D. Rechtsfolge des Durchgriffs	7
III. Durchgriff im Erbrecht	7
A. Anwendungsbereiche des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext	7
B. Ausgewählte Rechtsprechung zum Durchgriff im Erbrecht.....	8
C. Besonderheiten betreffend die Voraussetzungen des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext	11
1. Lehre	12
2. Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	12
3. Würdigung der Lehre und Rechtsprechung.....	13
4. Zwischenfazit zu den Voraussetzungen des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext	14
D. Indirekte Zuwendung vs. Durchgriff.....	15
1. Theorie der indirekten Zuwendung.....	15
2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	16
3. Eigene Würdigung	17
E. Rechtsfolgen des Durchgriffs im Erbrecht	17
F. Durchgriff und Ausgleichung	17
1. Grundsätzliches zur Ausgleichung	18
2. Rechtfertigung des Durchgriffs im Rahmen der Ausgleichung.....	20

3. Stolpersteine des Durchgriffs im Zusammenhang mit der Ausgleichung	21
3.1 Problematik des Ausgleichungsdispenses	21
3.1.1 Bundesgerichtliche Rechtsprechung	22
3.1.2 Lehre.....	24
3.1.3 Eigene Würdigung.....	25
3.2 Problematik der nachweislichen Begünstigung.....	26
3.2.1 Bundesgerichtliche Rechtsprechung	27
3.2.2 Lehre.....	27
3.2.3 Eigene Würdigung.....	29
3.3 Zwischenfazit zum Ausgleichungsdispens und zur nachweislichen Begünstigung	30
G. Durchgriff und Herabsetzung	30
1. Verhältnis zwischen Herabsetzung und Ausgleichung.....	31
2. Grundsätzliches zur Herabsetzung	32
3. Anwendungsbereich des Durchgriffs im Rahmen der Herabsetzung.....	34
H. Erbrechtliche Informationsansprüche im Rahmen des Durchgriffs	35
1. Grundsätzliches zu den erbrechtlichen Informationsansprüchen.....	36
2. Erbrechtliche Informationsansprüche und Durchgriff.....	37
2.1 Informationspflichten der Erbinnen und Erben	37
2.2 Informationspflichten Dritter	38
IV. Schluss	39

Literaturverzeichnis

Hinweis zur Zitierweise: Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen der Autorin bzw. des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- AEBI-MÜLLER REGINA E. Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Diss. Bern 2007
- ARNET RUTH/SCHNIERER ANNE ELISABETH Stunde der Wahrheit? – Informationsansprüche der Erben im Kontext der Publizität des Grundbuchs, in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 221 ff.
- BENN JURIJ/HERZOG NICOLAS Probleme um Art. 629 Abs. 1 ZGB, in: ZBJV 135/1999, S. 765 ff.
- BREITSCHMID PETER Erbrechtliche Fragen alterstypischer Familienkonstellationen – Erbrecht als Teil des Altersrechts – erbrechtliche Fragen des Alters, in: AJP 1/2009, S. 1427 ff.
- BREITSCHMID PETER/MATT ISABEL Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung, Insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, in: successio 2/2010, S. 85 ff.
- BURCKHARDT BERTOSSA JACQUELINE Kommentierung der Art. 626–632 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
- DENNNLER MARKUS Durchgriff im Konzern, Diss. Zürich, Entlebuch 1984
- DRUEY JEAN NICOLAS Das Informationsrecht des Erben – die Kunst, Einfaches kompliziert zu machen, in: successio 3/2011, S. 183 ff. (zit. DRUEY, Informationsrecht, S. ...)

DRUEY JEAN NICOLAS	Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002 (zit. DRUEY, Grundriss, § ... N ...)
DRUEY JEAN NICOLAS	Der Anspruch des Erben auf Information, in: BJM 1988, S. 113 ff. (zit. DRUEY, Anspruch, S. ...)
DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS	Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BEARBEITER/IN, § ... N ...)
DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER	Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999
EIGENMANN ANTOINE	L'obligation de rapporter en pratique, Une source de conflit posthume?, CFPG 22/2018, S. 1 ff.
EITEL PAUL	Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, in: ZBJV 142/2006, S. 457 ff. (zit. EITEL, Spannungsfeld, S. ...)
EITEL PAUL	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, 3. Aufl., Bern 2004 (zit. EITEL, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
EITEL PAUL	Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, in: ZBJV 134/1998, S. 729 ff. (zit. EITEL, Auslegeordnung, S. ...)
EITEL PAUL/BIERI MARJOLEIN	Durchgriff vs. indirekte Zuwendung – im Erbrecht, BGer 5A_789/2016, in: successio 3/2021, S. 253 ff. (zit. EITEL/BIERI, Durchgriff vs. indirekte Zuwendung, Rz. ...)
EITEL PAUL/BIERI MARJOLEIN	Der Durchgriff und sein Durchbruch ins Erbrecht, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), Equus und aequus – et cetera, Liber amicorum für Benno Studer zum 70. Geburtstag, Zürich 2019 (zit. EITEL/BIERI, Durchbruch, S. ...)

ENZMANN JESSICA	Erbrechtliche Informationsansprüche und deren verfahrensrechtliche Durchsetzung, insbesondere die Stufenklage, in: Sutter-Somm Thomas (Hrsg.), Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Band 78, Zürich 2023
ESCHER ARNOLD	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1960 (zit. ESCHER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)
FANKHAUSER ROLAND	Kommentierung der Art. 519–533 und 626–632 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457–640 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. FANKHAUSER, CHK, N ... zu Art. ... ZGB)
GENNA GIAN SANDRO	Bundesgerichtliche Widersprüchlichkeit zum Informationsanspruch im Erbrecht?, in: successio 3/2011, S. 203 ff.
GÖSKU TARKAN	Informationsrechte der Erben, in: AJP 7/2012, S. 953 ff.
GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA/EBERHARD PHILIPP	Banken und ihre Informationspflicht gegenüber Erben: Eine Nachlese zum Bundesgerichtsurteil 4A_522/2018 vom 18. Juli 2019 aus erbrechts- und auftragsrechtstheoretischer sowie bankenspezifischer Sicht, in: Eitel Paul/Graham-Siegenthaler Barbara (Hrsg.), Aspekte rechtlicher Nähebeziehungen, Liber amicorum für Regina E. Aebi-Müller, Zürich 2021, S. 117 ff.
GUBLER HEINZ	Die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen (Art. 626 ZGB), Diss. Bern 1941
HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E.	Kommentierung des Art. 2 ZGB, in: Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N ... zu Art. 2 ZGB)
HERZOG SABINE/JAHNEL WERNER	Nachlassplanung, Zürich 2022

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE	Kommentierung der Art. 522–533 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 5. Aufl., Basel 2023 (zit. HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N ... zu Art. ... ZGB)
HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/BOSSHARDT MARTINA	Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 1–9 ZGB, Bern 2019 (zit. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § ... N ...)
JANSEN KLEMENS	Der Vertrag über die ausgleichungspflichtige Zuwendung, Diss. Zürich 2019
KOBIERSKI MARLENE	Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Eine interdisziplinäre Studie für eine einheitliche methodische Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Diss. Bern 2012
KOLLER PIUS	Entscheidbesprechungen, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_425/2020, 5A_435/2020 vom 15. Dezember 2022 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), A.A. und B.A. gegen C.A. und D.A. sowie D.A. gegen A.A., B.A. und C.A., Erbteilung, in: AJP 6/2023, S. 769 ff. (zit. KOLLER, Entscheidbesprechung, S. ...)
KOLLER PIUS	Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht, in: AJP 1/2021, S. 19 ff. (zit. KOLLER, Durchgriff, S. ...)
KREN KOSTKIEWICZ JO-LANTA/WOLF STEPHAN/AM-STUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.)	Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. BEARBEITER/IN, OFK, N ... zu Art. ... ZGB)
KÜNZLE HANS RAINER	Auskunftspflichten gegenüber Erben, in: successio 4/2012, S. 256 ff.

- LANZ RAPHAEL Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Inwiefern hat im schweizerischen Privatrecht eine durch die äussere Form hindurchdringende materielle Würdigung zu erfolgen?, Diss. Bern 2000
- LEHMANN PETER/HONSELL
HEINRICH Kommentierung des Art. 2 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N ... zu Art. 2 ZGB)
- LOCHER PETER Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, in: Behnisch Urs R./Marantelli Adriano (Hrsg.), Beiträge zur Methodik und zum System des schweizerischen Steuerrechts, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. em. Dr. iur. Peter Locher, Bern 2014, S. 193 ff.
- MINNIG YANNICK Kommentierung der Art. 602–619 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. MINNIG, BSK ZGB II, N ... zu Art. ... ZGB)
- PIATTI GIORGIO Kommentierung der Art. 521–536, Vor Art. 522–533, Art. 626–632 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023 (zit. PIATTI, BSK ZGB II, N ... zu Art. ... ZGB)
- PIOTET PAUL Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1978 (zit. PIOTET, SPR IV/1, S. ...)
- REITZE CHRISTOPHE PETER Kommentierung der Art. 52–59 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. REITZE, BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- SCHNYDER BERNHARD Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, in: ZBJV 135/1999, S. 348 ff.

SCHRÖDER ANDREAS	Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief ..., in: <i>successio</i> 3/2011, S. 189 ff. (zit. SCHRÖDER, <i>Geister</i> , S. ...)
SCHRÖDER ANDREAS	Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 2000 (zit. SCHRÖDER, <i>Informationspflichten</i> , S. ...)
STEINAUER PAUL-HENRI	Le droit des successions, 2. Aufl., Bern 2015
STRAESSLE RALPH	Die erbrechtliche Berücksichtigung der lebzeitigen familieninternen Unternehmensnachfolge, Diss. Zürich 2019
STUTZ HEIDI/BAUER TOBIAS/SCHMUGGE SUSANNE	Erben in der Schweiz, Eine Familiensache mit volkswirtschaftlichen Folgen, Chur 2007
TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALE- XANDRA/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. BEARBEITER/IN, § ... N ...)
VON PLANTA ANDREAS	Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981
WEIBEL THOMAS	Kommentierung der Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), <i>Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung</i> , 5. Aufl., Basel 2023 (zit. WEIBEL, <i>PraxKomm</i> , N ... zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB)
WEIMAR PETER	Zehn Thesen zur erbrechtlichen Ausgleichung, in: Gauch Peter/et al. (Hrsg.), <i>Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag</i> , Freiburg 1995, S. 833 ff.
WICK MARKUS	Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG, Diss. Basel 1994, Zürich 1996

- | | |
|--|--|
| WIDMER PIERRE | Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Eine kritisch-vergleichende Studie zur Theorie des Vorempfangs,
Diss. Bern 1971 |
| WINISTÖRFER MICHELE | Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, Diss. Zürich 2000 |
| WOLF STEPHAN | Auskunftspflicht unter Miterben, BGE 127 III 396 ff., in: recht 2/2002, S. 74 ff. |
| WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN | Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. WOLF/EGGEL, BK, N ... zu Art. ... ZGB) |
| WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO | Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, 1. Teil, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. ...) |
| WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO | Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Erbrecht, 2. Teil, Basel 2015 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. ...) |
| WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE | Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020 |
| ZOLLER BEAT | Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des Umgehungstatbestands, System von Ausgleichung und Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen, 2. Aufl., Diss. Zürich 1999 |
| ZUBER ROGER | Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Durchgriff im Zivilprozessrecht, Methoden, um den wirtschaftlichen Gegebenheiten bei der Anwendung des schweizerischen Zivilprozessrechts Rechnung zu tragen, Diss. Bern 2005 |

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBI	Bundesblatt
betr.	betreffend
bezgl.	bezüglich
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Leitentscheid)
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Diss.	Dissertation
Dr. iur.	Doctor iuris
E.	Erwägung
em.	emeritiert
et al.	et alii
etc.	et cetera
f.	folgende/r
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber/in
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, SR 291
Ltd	Private Company Limited by Shares

m.E.	meines Erachtens
m.Verw.	mit Verweis(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
N	Randnote
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PraxKomm	Praxiskommentar
Prof.	Professor/in
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Rz.	Randziffer
S.	Seite/n
s.	siehe
SchlT	Schlussstitel
sog.	sogenannt/e
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StuPO	Studien- und Prüfungsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern vom 28. September 2016
VE-ZGB	Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), < https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html > (besucht am 19. November 2023)
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar

I. Einleitung

A. Ausgangslage und Fragestellung

Die rechtliche Selbständigkeit juristischer Personen und die Trennung zwischen juristischen Personen und ihren Anteilsinhaberinnen und -inhabern ist in der Schweizer Rechtsordnung grundsätzlich anerkannt und zieht sich durch alle Rechtsbereiche. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können natürliche und juristische Personen aber nicht immer uneingeschränkt als selbständige Rechtssubjekte behandelt werden, weil juristische Personen von ihren Anteilsinhaberinnen und -inhabern zur Verfolgung derer eigenen Interessen instrumentalisiert werden könnten. Führt diese Instrumentalisierung zu einer rechtsmissbräuchlichen Handlung oder einer offensichtlichen Beeinträchtigung legitimer Interessen, bedienen sich das Bundesgericht und ein Teil der Lehre der Rechtsfigur des Durchgriffs. Durch diesen wird die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person aufgehoben.

Bisher kam der Durchgriff hauptsächlich im Steuer- und Gesellschaftsrecht zur Anwendung. Mittlerweile ist die Durchgriffsthematik aber auch im Erbrecht angekommen und führt dort zu komplexen und spannenden Fragestellungen, welche in dieser Arbeit aufgezeigt und analysiert werden sollen. Grundlage dafür bildet insbesondere die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Durchgriff im erbrechtlichen Kontext.¹

Durchgriffsrechtliche Fragestellungen ergeben sich im Erbrecht aufgrund von (lebzeitigen) Zuwendungen der Erblasserin bzw. des Erblassers an Gesellschaften, die von Erbinnen und Erber beherrscht werden, oder aber aufgrund von Zuwendungen von erblasserisch beherrschten, juristischen Personen an Erbinnen und Erben. Dabei gelangt der Durchgriff primär im Zusammenhang mit der Ausgleichung zur Anwendung, hat aber auch einen Einfluss auf die Herabsetzung und die erbrechtlichen Informationsansprüche. Vor allem die Ausgleichung beinhaltet viele ungeklärte und in der Lehre umstrittene Fragen.² Diese Arbeit konzentriert sich auf die für den Durchgriff relevanten Unklarheiten und Themen der Ausgleichung und beleuchtet diese. Auf die weiteren (umstrittenen) Aspekte der Ausgleichung und der Herabsetzung wird (wenn überhaupt) nur mit entsprechenden Anmerkungen hingewiesen, ohne darauf ausführlich einzugehen.

Auch internationalprivatrechtlich würden sich spannende Fragen zum Durchgriff stellen, da sich der Durchgriff anhand des jeweiligen Gesellschaftsstatuts beurteilt und die Durchsetzbarkeit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor diesem Hintergrund unklar ist. Diese Arbeit beschränkt sich aber aufgrund ihres Umfangs und im Sinne eines Fokus auf das

¹ Dabei ist BGE 149 III 145 besonders hervorzuheben.

² Treffend bezeichnete SCHNYDER Art. 626 ZGB einst als «Eldorado für Kontroversen im Erbrecht». SCHNYDER, S. 374.

schweizerische Privatrecht und befasst sich daher ausschliesslich mit den Ausgestaltungen und Auswirkungen des Durchgriffs im schweizerischen Erbrecht.

B. Gliederung der Arbeit

Im ersten Teil der vorliegenden Arbeit werden die grundlegenden Konzepte des Durchgriffs erörtert. Des Weiteren werden die allgemeinen Voraussetzungen des Durchgriffs beleuchtet, darunter die wirtschaftliche Identität und der Rechtsmissbrauch. Im Anschluss werden die sich für den Durchgriff ergebenden Rechtsfolgen erläutert.

Im zweiten Teil der Arbeit liegt der Fokus auf der Anwendung des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext. Dabei werden nicht nur die unterschiedlichen Anwendungsbereiche aufgezeigt, sondern es wird auch ausgewählte Rechtsprechung herangezogen, um den Durchgriff an praktischen Beispielen zu veranschaulichen und seine erbrechtliche Relevanz aufzuzeigen. Besondere Beachtung erfahren dabei die spezifischen Voraussetzungen des Durchgriffs im Erbrecht.

Ein weiterer Fokus der Arbeit liegt auf der Verknüpfung zwischen Durchgriff und Ausgleichung. Dabei werden insbesondere potenzielle Problembereiche, wie der Ausgleichungsdispens und die nachweisliche Begünstigung, einer eingehenden Betrachtung unterzogen.

Abschliessend wird auf das Verhältnis zwischen Durchgriff und Herabsetzung und die Auswirkungen des Durchgriffs im Rahmen der erbrechtlichen Informationsansprüche eingegangen.

II. Grundlagen zum Durchgriff

Um die Auswirkungen des Durchgriffs auf erbrechtliche Fragestellungen analysieren zu können, ist der Durchgriff in einem ersten Schritt im generellen Sinne zu definieren und zu umschreiben. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich daher mit dem Durchgriff im Allgemeinen und dienen der Ausarbeitung der Voraussetzungen für die Vornahme eines Durchgriffs. Zudem werden die Rechtsfolgen des Durchgriffs dargelegt.

A. Begriff des Durchgriffs

In der schweizerischen Rechtsordnung gilt der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen.³ Juristische Personen sind insbesondere von ihren Anteilsinhaberinnen und -inhabern unabhängig. Die Rechtsfigur des Durchgriffs durchbricht diese rechtliche

³ DENNLER, S. 24; KOBERSKI, S. 37; LANZ, S. 85 f.; REITZE, BSK ZGB I, N 3 zu Vorbemerkungen zu Art. 52–59 ZGB; VON PLANTA, S. 139; ZUBER, S. 8; BGE 149 III 145 E. 4.3.2 S. 159; 144 III 541 E. 8.3.1 S. 545; BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.1; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.1; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.1; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.1; 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.2.

Trennung zwischen juristischen Personen und ihren Anteilsinhaberinnen und -inhabern und schränkt die Selbständigkeit der juristischen Person ausnahmsweise ein.⁴

Der Durchgriff kann unterschiedliche Konstellationen betreffen, weshalb in der Praxis verschiedene Durchgriffsarten entwickelt wurden. Zu unterscheiden sind der direkte Durchgriff, der umgekehrte Durchgriff und der Querdurchgriff. Ein direkter Durchgriff liegt vor, wenn durch eine Gesellschaft auf die dahinterstehenden Personen gegriffen wird.⁵ Beim umgekehrten Durchgriff wird die juristische Person für Verpflichtungen der sie beherrschenden Personen verantwortlich gemacht.⁶ Von einem Querdurchgriff ist die Rede, wenn von einer juristischen Person auf eine andere durchgegriffen wird. Der Querdurchgriff setzt voraus, dass beide beteiligten, juristischen Personen von der oder den gleichen Person(en) beherrscht werden.⁷

Eines haben sämtliche Durchgriffskonstellationen gemeinsam: Der Durchgriff wird nicht zugunsten der wirtschaftlich berechtigten Person(en) anerkannt.⁸ Ein Durchgriff erfolgt also nur, wenn Dritte durch die rechtsmissbräuchliche Vorschiebung einer juristischen Person einen Nachteil erleiden bzw. ein Interesse an der Aufhebung der rechtlichen Selbständigkeit haben.⁹ Die wirtschaftlich Berechtigten selbst können sich nicht – je nachdem welche Situation für sie gerade vorteilhafter ist – einmal auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person und einmal auf die wirtschaftliche Einheit zwischen ihnen und der juristischen Person berufen.

B. Durchgriff in unterschiedlichen Rechtskontexten

Der Durchgriff kommt zwar in unterschiedlichen Rechtskontexten zur Anwendung, ist aber immer ein gesellschaftsrechtliches Konstrukt. Es gibt also keinen «erbrechtlichen Durchgriff».

⁴ DENNLER, S. 24 ff. und 30 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 256 zu Art. 2 ZGB; KOBIERSKI, S. 35; KOLLER, Durchgriff, S. 20; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 52 zu Art. 2 ZGB; REITZE, BSK ZGB I, N 7 zu Vorbemerkungen zu Art. 52–59 ZGB; SCHERRER, OFK, N 3 zu Art. 52 ZGB; VON PLANTA, S. 139 f.; WICK, S. 39 f.; BGE 149 III 145 E. 4.3.2 S. 159; 144 III 541 E. 8.3.1 S. 545 f.; 132 III 489 E. 3.2 S. 493; 121 III 319 E. 5a/aa S. 321; BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2015 E. 5.4; 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013 E. 7.2.1.

⁵ DENNLER, S. 52 f.; DRUEY/GLANZMANN, § 7 N 36; DRUEY/VOGEL, S. 79; KOBIERSKI, S. 35; LANZ, S. 87; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 52b zu Art. 2 ZGB; REITZE, BSK ZGB I, N 7 zu Vorbemerkungen zu Art. 52–59 ZGB; WICK, S. 66; ZUBER, S. 9; BGE 145 III 351 E. 4.2 S. 360 f.; 144 III 541 E. 8.3.4 S. 548.

⁶ DENNLER, S. 53 (der diese Durchgriffsart als «Rückdurchgriff» bezeichnet); DRUEY/GLANZMANN, § 7 N 36; DRUEY/VOGEL, S. 80; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 257 zu Art. 2 ZGB; KOBIERSKI, S. 35; LANZ, S. 87; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 52c zu Art. 2 ZGB; WICK, S. 66; ZUBER, S. 9; BGE 145 III 351 E. 4.2 S. 360 f.; 144 III 541 E. 8.3.4 S. 548; 102 III 165 E. II/3 S. 172; BGer 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2; 5C.23/2000 vom 13. März 2000 E. 4b.

⁷ DENNLER, S. 54; DRUEY/GLANZMANN, § 7 N 36; DRUEY/VOGEL, S. 80; KOBIERSKI, S. 35; WICK, S. 66 f.; ZUBER, S. 9; BGE 113 II 31 E. 2 S. 34 ff.; BGer 5A_160/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 5.

⁸ Wobei es darauf ankommt, ob man die Normauslegungs- oder die Rechtsmissbrauchslehre vertritt. DRUEY/GLANZMANN, § 7 N 35; LANZ, S. 87 Fn. 20; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 52a zu Art. 2 ZGB; WICK, S. 69; BGE 144 III 541 E. 8.3.3 S. 547 f.; 132 III 489 E. 3.2 S. 493; 121 III 319 E. 5a/bb S. 321; 97 II 289 E. 3 S. 293; 92 II 160 E. 1 S. 163 f.; 72 II 67 E. 3c S. 77; a.M. LANZ, S. 88 und 91 f.

⁹ Zu den Voraussetzungen des Durchgriffs vgl. nachfolgend Ziff. II.C.

Das hat zur Folge, dass sich insbesondere an der Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Erbrecht komplexe Fragen ergeben. In den nachfolgenden Ausführungen wird vereinzelt auch auf den Durchgriff im Kontext anderer Rechtsgebiete eingegangen, um daraus Analogieschlüsse für das Erbrecht abzuleiten oder Unterschiede zum Durchgriff im erbrechtlichen Kontext aufzuzeigen.¹⁰

C. Voraussetzungen des Durchgriffs

Wie nachfolgend aufgezeigt wird, setzt die Vornahme eines Durchgriffs grundsätzlich eine wirtschaftliche Identität zwischen den relevanten natürlichen und juristischen Personen sowie einen offensichtlichen Rechtmissbrauch voraus. Die Ausführungen hiernach dienen der Um- schreibung und Konkretisierung dieser Begriffe.

1. Wirtschaftliche Identität

Damit ein Durchgriff vorgenommen werden kann, muss eine wirtschaftliche Identität der in Frage stehenden natürlichen und juristischen Personen vorliegen.¹¹ Das Bundesgericht definiert diese wirtschaftliche Identität als «Möglichkeit, die juristische Person zu beherrschen».¹² Dabei bedingt die wirtschaftliche Identität «ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie – zulässig oder unzulässig, lang- oder kurzfristig, zufällig oder planmäßig – geartet sein kann und das auf Anteilseignerschaft oder aber auf anderen Gründen beruht wie vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen».¹³ Erforderlich ist die Identität der wirtschaftlichen Interessen der juristischen und der sie beherrschenden (natürlichen oder juristischen) Person.¹⁴

Die wirtschaftliche Identität ist insbesondere dann zu bejahen, wenn es sich bei einer juristischen Person um eine Einpersonengesellschaft handelt, da die Anteilsinhaberin bzw. der

¹⁰ Insb. Ziff. III.C.

¹¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 258 zu Art. 2 ZGB; KOBIERSKI, S. 111; KOLLER, Durchgriff, S. 21 und 24; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 52a zu Art. 2 ZGB; REITZE, BSK ZGB I, N 7 zu Vorbemerkungen zu Art. 52–59 ZGB; VON PLANTA, S. 140; ZUBER, S. 11; BGE 149 III 145 E. 4.3.2 S. 159; 145 III 351 E. 4.2 S. 360 f.; 144 III 541 E. 8.3.2 S. 546 m.w.Verw.; 132 III 489 E. 3.2 S. 493; 102 III 165 E. II/1 S. 196 f.; BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2015 E. 5.4; 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013 E. 7.2.1; 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.1; 5C.23/2000 vom 13. März 2000 E. 4b.

¹² BGE 144 III 541 E. 8.3.2 S. 546 f. m.Verw. auf BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 4.2.1.

¹³ BGE 144 III 541 E. 8.3.2 S. 546 f.; vgl. dazu auch BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2.

¹⁴ KOBIERSKI, S. 169; BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 161; 144 III 541 E. 8.3.2 S. 546 f.; 102 III 165 E. II/1 S. 196 f.

Anteilsinhaber in diesen Konstellationen sämtliche geschäftliche Entscheidungen alleine trifft und die Gesellschaft somit vollständig beherrscht.¹⁵

Wirtschaftliche Identität kann aber auch vorliegen, wenn eine Anteilsinhaberin bzw. ein Anteilsinhaber die absolut herrschende Stellung über die juristische Person innehat, neben ihr bzw. ihm aber noch weitere Anteilsinhaberinnen und -inhaber vorhanden sind, die ihre Anteile beispielsweise treuhänderisch halten oder die Minderheitsgesellschafterinnen und -gesellschafter ohne effektive Einflussmöglichkeiten sind.¹⁶

2. Rechtsmissbrauch

Einpersonengesellschaften werden in der schweizerischen Rechtsordnung ausdrücklich zugelassen.¹⁷ Deshalb muss zur Vornahme des Durchgriffs – zusätzlich zur wirtschaftlichen Identität – eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person vorliegen.¹⁸

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 ZGB.¹⁹ Grundvoraussetzung des Rechtsmissbrauchs ist ein bestehendes und grundsätzlich durchsetzbares Recht.²⁰ Dieses Recht wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung rechtsmissbräuchlich ausgeübt, wenn «Gesetzesvorschriften umgangen, Verträge nicht erfüllt oder sonst wie berechtigte Interessen Dritter offensichtlich verletzt werden».²¹ Dazu muss geradezu eine «Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften

¹⁵ KOLLER, Durchgriff, S. 24; WICK, S. 8 ff.; BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 162.

¹⁶ KOBIERSKI, S. 39; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 52a zu Art. 2 ZGB; WICK, S. 11; ZUBER, S. 11; BGE 92 II 160 E. 1 S. 163 f.; BGer 5A_180/2022 vom 8. März 2023.

¹⁷ KOBIERSKI, S. 40; BGE 144 III 541 E. 8.3.1 S. 545; 128 II 329 E. 2.4 S. 333; BGer 5C.23/2000 vom 13. März 2000 E. 4a; 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.2. Bereits als die Gründung einer Aktiengesellschaft mindestens drei Personen erforderte, liess man die Einpersonenaktiengesellschaft indirekt zu und duldet sie. LANZ, S. 86.

¹⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 258 zu Art. 2 ZGB; KOLLER, Durchgriff, S. 21 und 24; LANZ, S. 88; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 52a zu Art. 2 ZGB; REITZE, BSK ZGB I, N 7 zu Vorbemerkungen zu Art. 52–59 ZGB; WICK, S. 57 f.; BGE 149 III 145 E. 4.3.2 f. S. 159 ff.; 145 III 351 E. 4.2 S. 360 f.; 144 III 541 E. 8.3.2 S. 546; 132 III 489 E. 3.2 S. 493; 128 II 329 E. 2.4 S. 333; 102 III 165 E. II/1 S. 196 f.; BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2015 E. 5.4; 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013 E. 7.2.1; 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_498/2007 28. Februar 2008 E. 2.2; 5A_587/2007 28. Februar 2008 E. 2.2; 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.2; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.1; 5C.23/2000 vom 13. März 2000 E. 4a; **a.M.** LANZ, S. 100 ff. und 160 f.; VON PLANTA, S. 154 ff.; WICK, S. 59.

¹⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 41 ff. zu Art. 2 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 3 N 8; KOLLER, Durchgriff, S. 20 und 21; WICK, S. 57; ZUBER, S. 10; BGE 144 III 541 E. 8.3.1 S. 545 f.; 128 III 346 E. 3.1.4 S. 349; BGer 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.1. Wobei DENNLER einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben genügen lässt. DENNLER, S. 36 ff.

²⁰ DENNLER, S. 38; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 43 und 202 zu Art. 2 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 3 N 127 und 131; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 6 N 15.

²¹ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 161; vgl. dazu auch BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.1; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.1; KOBIERSKI, S. 50.

und eine qualifizierte Schädigung Dritter vorliegen».²² Die Rechtsausübung läuft im Falle eines Rechtsmissbrauchs der *ratio legis* zuwider.²³ Dabei muss der Rechtsmissbrauch offensichtlich sein. Er muss also nach einer objektiven Betrachtungsweise unmittelbar ins Auge springen und den Gerechtigkeitsgedanken in grober Weise verletzen.²⁴

Aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs des Rechtsmissbrauchs bedingt er einer Konkretisierung anhand des in Frage stehenden Sachverhalts.²⁵ Zur Wahrung der Rechtssicherheit wurden in der Lehre verschiedene Fallgruppen gebildet.²⁶ Im Rahmen des Durchgriffs interessiert vor allem die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts.²⁷ Dabei kann ein Rechtsmissbrauch aufgrund der Gründung einer juristischen Person zu missbräuchlichen Zwecken²⁸ oder aber aufgrund der missbräuchlichen Verwendung bzw. der missbräuchlichen Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit bestehen.²⁹ Typische Indizien der rechtsmissbräuchlichen Verwendung eines Rechtsinstituts sind Sphären- und Vermögensvermischungen im Sinne einer ungenügenden Abgrenzung zwischen der juristischen und der sie beherrschenden Person, die Verfolgung von Sonderinteressen der beherrschenden Person zulasten der beherrschten, juristischen Person sowie die Unterkapitalisierung der juristischen Person.³⁰

Bezogen auf den Durchgriff muss die beherrschende Person die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person in der Absicht geltend machen, einen ungerechtfertigten Vorteil aus dieser

²² BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2.

²³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 52 zu Art. 2 ZGB.

²⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 201 f. zu Art. 2 ZGB; KOBIERSKI, S. 111; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 6 N 19.

²⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 64 zu Art. 2 ZGB.

²⁶ Vgl. dazu ausführlich HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 64 ff. zu Art. 2 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 3 N 133.

²⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 253 ff. (insb. N 256 ff.) zu Art. 2 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 3 N 167; KOLLER, Durchgriff, S. 22. Wobei diese Fallgruppe teils dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, teils dem Verbot des Rechtsmissbrauchs zugeordnet wird. Vgl. HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 3 N 133; LANZ, S. 97; BGer 5C.23/2000 vom 13. März 2000 E. 4b.

²⁸ Im Rahmen einer initialen Zweckwidrigkeit der Gesellschaft stellt sich die Frage, ob diese überhaupt gültig begründet wurde. Um Rechtssicherheit zu gewähren, sieht Art. 643 Abs. 2 OR eine Heilung allfälliger Gründungsmängel bei der Aktiengesellschaft vor. Die Aktiengesellschaft erlangt somit mit dem Handelsregistereintrag Rechtspersönlichkeit. Ist der Zweck einer Gesellschaft rechts- oder sittenwidrig, sind die Behörde und jede beteiligte Person berechtigt, die Auflösung durch das Gericht zu verlangen (analog Art. 78 ZGB). Dies erklärt, weshalb trotz initialer Zweckwidrigkeit allenfalls der Durchgriff angewandt werden kann. DRUEY/GLANZMANN, § 9 N 50; SCHERRER, OFK, N 3 zu Art. 52 ZGB; BGE 112 II 1 E. 5 S. 7 f.; 110 I 105 E. 3b S. 115; 107 I 12 E. 1 S. 15 f.; a.M. REITZE, BSK ZGB I, N 18 ff. zu Art. 52 ZGB.

²⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 258 zu Art. 2 ZGB; KOLLER, Durchgriff, S. 22; BGE 144 III 541 E. 8.3.2 S. 546 f.; BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2.

³⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 259 zu Art. 2 ZGB; KOBIERSKI, 112 f.; LANZ, S. 95; BGE 144 III 541 E. 8.3.2 S. 547; BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2.

Selbständigkeit zu ziehen³¹ bzw. ein mit einem Rechtsinstitut verknüpftes, subjektives Recht so ausüben, dass es über den Sinn und Zweck dieses Rechtsinstituts hinausgeht.³²

D. Rechtsfolge des Durchgriffs

Im Allgemeinen bewirkt der Durchgriff, dass die wirtschaftlich identischen, aber rechtlich selbständigen Rechtssubjekte sich ihr Handeln jeweils anrechnen lassen müssen.³³ Mit anderen Worten wird die juristische Selbständigkeit ausser Acht gelassen und das (allenfalls) geltend gemachte Recht verweigert.³⁴

III. Durchgriff im Erbrecht

Der Durchgriff bedarf mit Blick auf das tangierte Rechtsgebiet einer differenzierten Betrachtungsweise. So weist der Durchgriff im erbrechtlichen Kontext einige Besonderheiten auf, auf welche nachfolgend eingegangen wird.

A. Anwendungsbereiche des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext

Der Durchgriff ist im erbrechtlichen Kontext eine neue Erscheinung. So bezeichneten EITEL/BIERI das Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2016 (BGer 5A_994/2014) als Durchbruch des Durchgriffs im Erbrecht und den Durchgriff als gänzlich neue oder zumindest kaum beachtete Problemstellung.³⁵ Daher existiert wenig Literatur und Rechtsprechung zum Durchgriff im erbrechtlichen Kontext. In den einschlägigen Bundesgerichtsentscheiden waren stets Fälle in Bezug auf den Durchgriff bei Aktiengesellschaften zu beurteilen.³⁶ Die Durchgriffsthematik ist aber auf sämtliche juristische Personen anwendbar.³⁷ Besonders häufig dürfte sich die Frage des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext aber bei Einpersonen(aktien)gesellschaften stellen,³⁸ da die wirtschaftliche Identität offensichtlicher ist als bei anderen Konstrukten. Zudem dürfte es auch bei Familienstiftungen häufiger zur Erfüllung der nachfolgend erläuterten Voraussetzungen des Durchgriffs kommen.³⁹

³¹ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 161 f.

³² KOLLER, Durchgriff, S. 24; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, N 51 zu Art. 2 ZGB.

³³ DENNLER, S. 25 f.; WICK, S. 43 f.; BGE 144 III 541 E. 8.3.3 S. 547; 132 III 489 E. 3.2 S. 493; BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.4; 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.2; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.1.

³⁴ DRUEY/VOGEL, S. 74; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, N 204 zu Art. 2 ZGB; KOBIERSKI, S. 178; LANZ, S. 92 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 6 N 35 f.; BGer 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.2; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.2.

³⁵ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 5 f.

³⁶ Zur Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung s. nachfolgend Ziff. III.B.

³⁷ KOBIERSKI, S. 41; LANZ, S. 85; BGer 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.3; 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.3; 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.3; 5C.279/2002 vom 14. März 2003 E. 2.1.

³⁸ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 162; KOBIERSKI, S. 101.

³⁹ KOBIERSKI, S. 91 f. m.w.Verw. und S. 101; BGer 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.3.

Die Konstellationen, in denen sich durchgriffsrechtliche Fragestellungen im Rahmen des Erbrechts stellen, umfassen dabei Sachverhalte, in welchen die Erblasserin bzw. der Erblasser Zuwendungen an eine von ihren Kindern beherrschte, juristische Person erbringt⁴⁰ und solche, in denen die Erblasserin bzw. der Erblasser selbst eine juristische Person beherrscht und ihren Kindern durch diese juristische Person einen Vermögensvorteil zuwendet.⁴¹ Ein Durchgriff kann angewandt werden, wenn die Erblasserin bzw. der Erblasser einem ihrer bzw. seiner Kinder eine Zuwendung zukommen lässt, welche dieses Kind in eine juristische Person überführt.⁴² Dabei stehen sich im Erbrecht schliesslich die Erblasserin bzw. der Erblasser und ihre bzw. seine Erbinnen und Erben⁴³ gegenüber. Deshalb interessiert im erbrechtlichen Kontext vordergründig der direkte Durchgriff. Theoretisch denkbar ist aber auch folgende Konstellation: Eine Zuwendung fliesst von der Erblasserin bzw. vom Erblasser an eine juristische Person (juristische Person 1). Diese Zuwendung wird dann von der juristischen Person 1 an ihre Schwestergesellschaft (juristische Person 2) übertragen. Beide juristischen Personen werden dabei von einer Erbin bzw. einem Erben beherrscht. In dieser Konstellation muss mittels Quer-durchgriff von der juristischen Person 2 auf die juristische Person 1 und dann mittels direktem Durchgriff von der juristischen Person 1 auf die Erbin bzw. den Erben durchgegriffen werden. Ein umgekehrter Durchgriff ist im erbrechtlichen Kontext wohl nicht anzutreffen, da dieser bedingen würde, dass sich ein erbrechtlicher Anspruch aufgrund eines Durchgriffs von einer natürlichen Person auf eine juristische Person ergibt. Wie bereits ausgeführt, stehen sich im Erbrecht aber grundsätzlich natürliche Personen gegenüber.⁴⁴

B. Ausgewählte Rechtsprechung zum Durchgriff im Erbrecht

Die nachstehenden Ausführungen beleuchten ausgewählte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu der Thematik des Durchgriffs im Erbrecht und dienen dazu, seine erbrechtliche Relevanz aufzuzeigen sowie – in einem zweiten Schritt – auf die Besonderheiten in Bezug auf die Voraussetzungen des Durchgriffs im Erbrecht einzugehen.

⁴⁰ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 13; diese Konstellation lag auch BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 zugrunde, s. Ziff. III.B.

⁴¹ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 19; diese Konstellation war auch in BGE 149 III 145 und BGer 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018 zu beurteilen.

⁴² Diesen Sachverhalt hatte das Bundesgericht in BGer 5A_180/2022 vom 8. März 2023 zu beurteilen.

⁴³ Selbstverständlich sind auch Vermächtnisnehmerinnen und Vermächtnisnehmer an der erbrechtlichen Auseinandersetzung beteiligt und auch virtuelle Erbinnen und Erben sind nicht zu vergessen. Die Konstellation des Durchgriffs bezieht sich aber auf die erbrechtliche Auseinandersetzung zwischen Erbinnen und Erben.

⁴⁴ Wobei die Erblasserin bzw. der Erblasser auch juristische Personen beerben oder mittels Vermächtnis begünstigen könnte.

Im Urteil 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 setzte sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – erstmals eingehend mit dem Durchgriff im erbrechtlichen Kontext auseinander.⁴⁵ Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Ein Nachkomme des Erblassers beherrschte mehrere Gesellschaften. Diesen Gesellschaften liess der Erblasser mehrere unentgeltliche Zuwendungen zukommen. Die weiteren Erben machten Informationsansprüche gegenüber dem besagten Nachkommen geltend, um allfällige ausgleichungspflichtige bzw. herabsetzbare Zuwendungen mittels Durchgriffs durchzusetzen. Das Bundesgericht hat mit Blick auf die Informationsansprüche der Erben klargestellt, dass die rechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person zu beachten ist, sofern diese nicht bloss rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird.⁴⁶ Der Durchgriff setzt nach diesem Entscheid voraus, dass die juristische Person von der sie beherrschenden Person abhängig ist und zu missbräuchlichen Zwecken gegründet oder verwendet wird.⁴⁷

In seinem Urteil 5A_620/2007 vom 7. Januar 2010 hielt das Bundesgericht fest, dass die Übertragung von Vermögenswerten von einer Gesellschaft (J Ltd), deren wirtschaftlich Berechtigter der Erblasser war, auf einen Trust eine Zuwendung unter Lebenden an die Begünstigten des Trusts darstellt und auf dem Rechtsweg zurückgefordert werden kann.⁴⁸ Insofern wurde der Durchgriff von der J Ltd auf den Erblasser bejaht, ohne dass das Bundesgericht den Terminus Durchgriff verwendet oder seine Voraussetzungen eingängig geprüft hätte.

Im Urteil 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Drittlaufbestellung durch eine vom Erblasser beherrschte Aktiengesellschaft an eigenen Grundstücken zur Sicherung der Darlehensschuld eines Nachkommens des Erblassers nicht der Ausgleichungspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB unterliegt. Eine Ausgleichungspflicht komme in einer solchen Konstellation erst in Frage, wenn der Erblasser im Falle der Kündigung des Darlehens auf die Regressansprüche gegenüber dem Nachkommen verzichten würde, also einen Schuldenerlass gewähren würde. Im zu beurteilenden Fall sei die Vermögensminderung erst eingetreten, als das verpfändete Grundstück versteigert wurde und keine Regressansprüche gegen den Nachkommen erhoben wurden. Da die Aktiengesellschaft aber bereits zuvor in Konkurs gefallen sei, habe der Erstattungsanspruch der Konkursmasse – und nicht dem Erblasser – zugestanden. Somit könne keine lebzeitige Zuwendung des Erblassers vorliegen.⁴⁹

⁴⁵ Vgl. auch EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 5 f. und S. 10 f.

⁴⁶ BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2015 E. 5.4.

⁴⁷ Vgl. die Ausführungen in Ziff. II.C.

⁴⁸ BGer 5A_620/2007 vom 7. Januar 2010 E. 7.2.

⁴⁹ BGer 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018 E. 5.2 f.

Besonders gewichtig für den Durchgriff im erbrechtlichen Kontext ist der unlängst ergangene BGE 149 III 145. Darin setzte sich das Bundesgericht – soweit ersichtlich – erstmals mit der ausgleichungsrechtlichen Behandlung von Zuwendungen auseinander, die der Erblasser seinen Nachkommen durch eine von ihm beherrschte, juristische Person zukommen liess.⁵⁰ In diesem Fall machten die Erbinnen und Erben geltend, dass ein Hotel, ein Restaurant und eine Bäckerei/Konditorei zu unter dem Marktwert liegenden Mietzinsen von einer erblasserisch beherrschten, juristischen Person an einen Erben vermietet worden seien. Zudem konnte dieser Erbe (angeblich) einige Räume der juristischen Person mietfrei nutzen und hat (mutmasslich) eine Liegenschaft zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Wert von besagter juristischer Person erworben.⁵¹ Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid fest, der Rechtsmissbrauch sei kein zwingendes Erfordernis des Durchgriffs. Vielmehr könne sich ein Durchgriff auch dann rechtfertigen, wenn sich dieser aufgrund von Treu und Glauben oder wegen einer drohenden Verletzung legitimer Interessen aufdränge. Der Fokus des Durchgriffs liegt nach dieser Rechtsprechung nicht auf dem Rechtsmissbrauch, sondern auf der Tatsache, dass der Erblasser seinen Nachkommen unentgeltlich geldwerte Vorteile zukommen lassen und damit sein eigenes Vermögen geschmälert hat. Schenkt der Erblasser durch seine Gesellschaft einen Vermögenswert an einen seiner Nachkommen, sinkt nämlich der Wert, der von ihm gehaltenen Anteilsrechte an dieser Gesellschaft.⁵²

Auch im Urteil 5A_180/2022 vom 8. März 2023 setzte sich das Bundesgericht vor Kurzem mit einer Durchgriffskonstellation auseinander. In diesem Fall ging es um eine Aktiengesellschaft, die der Erblasser zu Lebzeiten an seinen Sohn übertrug. Diese wurde später in eine andere Aktiengesellschaft überführt, an welcher der Sohn des Erblassers 79 Aktien, die Ehefrau des Sohns 20 Aktien und der Treuhänder der Gesellschaft eine Aktie hielten. Die Miterben besagten Sohnes verlangten nach dem Tod des Erblassers Einsicht in sämtliche Gewinn-, Lohn- und Dividendenbezüge des Sohnes und ihm nahestehenden Personen sowie in die Jahresrechnungen, das Aktienbuch und das Verzeichnis der wirtschaftlich berechtigten Personen der Aktiengesellschaft seit der Gründung.⁵³ Die Vorinstanzen setzten sich dabei insbesondere mit der Frage auseinander, ob die Überführung einer Aktiengesellschaft mittels Sachübernahme in eine neue Gesellschaft als Veräußerung i.S.v. Art. 630 Abs. 1 ZGB zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht beurteilte die vorinstanzliche Auseinandersetzung mit dieser Frage als bundesrechtswidrig, da diese im aktuellen Verfahrensstadium (Geltendmachung von Informationsansprüchen) nicht beurteilt werden könne und bejahte im Anschluss den Informationsanspruch

⁵⁰ KOLLER, Entscheidbesprechung, S. 772.

⁵¹ BGer 5A_425/2020, 5A_435/2020 vom 15. Dezember 2022 E. 4.1.

⁵² BGE 149 III 145 E. 4.3 S. 157 ff.

⁵³ BGer 5A_180/2022 vom 8. März 2023 Sachverhalt B.c. und E. 3.1.

der Miterben gestützt auf Art. 607 Abs. 3 ZGB.⁵⁴ Es erscheint unklar, was das Bundesgericht in diesem Entscheid zur Frage des Durchgriffs aussagen wollte, da es sich mit dieser Thematik nicht – oder zumindest nicht ausdrücklich – auseinandergesetzt hat.

Die vorstehend erläuterte, bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt die Bedeutung des Durchgriffs im Erbrecht. Die sich in erbrechtlichen Kontexten stellenden Fragen mit Bezug auf den gesellschaftsrechtlichen Durchgriff führen zu komplexen Schnittstellenfragen. Diese Fragen versucht das Bundesgericht anhand der im Gesellschaftsrecht erarbeiteten Grundsätze zu lösen, wobei es in seinem neueren, erbrechtlichen Leitentscheid teilweise von den ursprünglichen Voraussetzungen des Durchgriffs im gesellschaftsrechtlichen Kontext abweicht. Auf diese Entwicklung wird nun eingegangen.

C. Besonderheiten betreffend die Voraussetzungen des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext

Diese bundesgerichtliche Abweichung der grundsätzlich geltenden Voraussetzungen zur Vornahme eines Durchgriffs im gesellschaftsrechtlichen Kontext⁵⁵ soll nachfolgend erläutert werden. Dafür wird ein Vergleich zum Steuerrecht gezogen. Der Durchgriff ist nämlich mit Bezug auf das konkrete Rechtsgebiet differenziert zu betrachten. So wird etwa im Steuerrecht primär auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und die damit einhergehende Steuerumgehung – und nicht auf den Rechtsmissbrauch – abgestellt.⁵⁶ Dabei ist zu beachten, dass im Steuerrecht häufig gar nicht von einem Durchgriff, sondern von einer Steuerumgehung, gesprochen wird⁵⁷ und viele Steuerumgehungen mittels gesetzlich normierten Schutzmechanismen verhindert werden. Diese Normen regeln die Rechtsfolgen in der Sphäre der Gesellschaft selbst und es wird nicht auf die sie beherrschend(en) Person(en) durchgegriffen. Die Missbrauchstatbestände führen daher nur im Rahmen der Rechtsfolge zu einem Durchgriff.⁵⁸ Im Falle einer sog. echten Steuerumgehung wird aber auch im Steuerrecht auf Art. 2 Abs. 2 ZGB zurückgegriffen.⁵⁹

⁵⁴ BGer 5A_180/2022 vom 8. März 2023 E. 3.4 ff.

⁵⁵ Im Gesellschaftsrecht hat sich die Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs etabliert. KOBIERSKI, S. 49 f.; KOLLER, Durchgriff, S. 22 f. Wobei die Vertreter der Normanwendungslehre den gesellschaftsrechtlichen Durchgriff auch in Fällen, in denen der Zweck einer Norm durch das Vorschieben der Selbständigkeit einer juristischen Person vereitelt wird, anwenden wollen. So z.B. LANZ; S. 100 ff.; VON PLANTA, S. 154 ff.; WICK, S. 59 und 63 ff. Einen ausführlichen Überblick über die Normanwendungslehre gibt ZUBER, S. 12 f.

⁵⁶ Vgl. dazu KOBIERSKI, S. 172 f. mit ausführlicher Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung; KOLLER, Durchgriff, S. 23; ZUBER, S. 4 ff.

⁵⁷ KOBIERSKI, S. 50, 87 ff. mit ausführlicher Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung, S. 172 f.; KOLLER, Durchgriff, S. 23; LOCHER, S. 200 ff. Wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Lehre teilweise kritisiert wird und sich diese für die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB als Voraussetzung für den steuerrechtlichen Durchgriff ausspricht. Vgl. dazu KOBIERSKI, S. 60 f.

⁵⁸ KOBIERSKI, S. 162.

⁵⁹ LOCHER, S. 204.

Im erbrechtlichen Kontext führte das Bundesgericht bisher ebenfalls die Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs an, was in der Lehre kritisiert wurde.⁶⁰ Auf diese Kontroverse wird nachfolgend mittels einer Analyse der Lehre und der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung eingegangen.

1. Lehre

In der Lehre setzte sich vor allem KOLLER mit der Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang des Durchgriffs im Erbrecht und der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auseinander.⁶¹ Er argumentiert, es ergebe keinen Sinn, einen Rechtsmissbrauch bei der Erblasserin bzw. dem Erblasser zu suchen, weil sie bzw. er die Dispensation der Ausgleichung anordnen könne.⁶² EITEL/BIERI vertreten demgegenüber die Auffassung, der Rechtsmissbrauch würde – wenn überhaupt – im Verhalten der Nachkommen und Nachkommen liegen, weil sie sich darauf berufen, dass die Zuwendung nicht vom Erblasser kam, um der Ausgleichungspflicht zu entgehen.⁶³ Allerdings ist nach KOLLER auch den Nachkommen und Nachkommen kein Rechtsmissbrauchsvorwurf zu machen. Damit der Durchgriff im klassischen Sinne bejaht werden könnte, müssten die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Identität und des Rechtsmissbrauchs bei ein und derselben Person vorliegen. Das ist seiner Ansicht nach nicht der Fall, wenn man den Rechtsmissbrauch bei der bzw. dem Begünstigten sucht, die wirtschaftliche Identität aber bei der Erblasserin bzw. dem Erblasser vorliegt.⁶⁴ Seiner Ansicht nach ist die Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs im Erbrecht somit kein probates Mittel zur Begründung des Durchgriffs. Er sieht die Grundlage für den Durchgriff im Erbrecht in der Konzeption des Ausgleichungsrechts, welches die Gerechtigkeit und Gleichbehandlung zum Ziel hat,⁶⁵ womit – seiner Ansicht nach – nicht (ausschliesslich) auf den Rechtsmissbrauch abgestellt werden kann.⁶⁶

2. Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht ist in seinem neuen Leitentscheid (BGE 149 III 145)⁶⁷ der Ansicht von KOLLER gefolgt. Es hat ausgeführt, dass die formaljuristische Selbständigkeit einer Einpersonengesellschaft unbeachtet bleiben muss, wenn dies der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erfordert oder wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person einem Rechtsmissbrauch oder einer offensichtlichen Verletzung legitimer

⁶⁰ S. Ziff. III.C.1.

⁶¹ KOLLER, Durchgriff, S. 19 ff.

⁶² KOLLER, Durchgriff, S. 24.

⁶³ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 13; KOLLER, Durchgriff, S. 24.

⁶⁴ KOLLER, Durchgriff, S. 24.

⁶⁵ Zur Konzeption des Ausgleichungsrechts Ziff. III.F.2.

⁶⁶ KOLLER, Durchgriff, S. 24 f.; vgl. auch die Ausführungen in BGE 149 III 145 E. 4.3.2 S. 161.

⁶⁷ Zum Sachverhalt Ziff. III.B.

Interessen gleichkommt.⁶⁸ Das Interesse der Nachkommen und Nachkommen gleich behandelt zu werden, stellt gemäss Bundesgericht ein solches legitimes Interesse dar.⁶⁹ Nach dieser Rechtsprechung ist der Rechtsmissbrauch bei der Zuwendung der Erblasserin bzw. des Erblassers durch ihre bzw. seine Einpersonengesellschaft somit keine (zwingende) Voraussetzung des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext. Im Vordergrund steht gemäss Bundesgericht nicht der Rechtsmissbrauch, sondern die Zuwendung eines geldwerten Vorteils an Nachkommen oder Nachkommen und die dadurch entstehende Schmälerung des Vermögens der Erblasserin bzw. des Erblassers.⁷⁰ Die Schmälerung des erblasserischen Vermögens erfolgt dabei durch die Gewinneinbusse der Gesellschaft bzw. die Verminderung des Wertes der von der Erblasserin bzw. dem Erblasser gehaltenen Beteiligungsrechte an der juristischen Person.⁷¹

3. Würdigung der Lehre und Rechtsprechung

Feststeht, m.E. dass nicht leichtfertig über die rechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person hinweggesehen werden darf und im Rahmen der Vornahme eines Durchgriffs gewisse Zurückhaltung anzuwenden ist. Damit ein Durchgriff vorgenommen werden kann, muss das Gerechtigkeitsempfinden im konkreten Fall in einem nicht unerheblichen Masse gestört werden.⁷²

Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung ist aber nach Ansicht der Autorin sehr zu begrüßen, da die gesellschaftsrechtliche Konzeption des Durchgriffs nicht unverändert auf das Erbrecht angewandt werden kann. Dies insbesondere deshalb, weil es sich bei den ausgleichsrechtlichen Bestimmungen (fast ausschliesslich) um dispositives Recht handelt.⁷³ Wie KOLLER bereits ausführte, macht es daher wenig Sinn, einen Rechtsmissbrauch mit dem Verhalten der Erblasserin bzw. des Erblassers zu begründen. Da die wirtschaftliche Identität bei einer erblasserisch beherrschten, juristischen Person bei der Erblasserin bzw. dem Erblasser vorliegt, der Rechtsmissbrauch aber bei den begünstigten Nachkommen und Nachkommen gesucht werden müsste, ist auch die Anwendung der Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs auf die Begünstigten nicht zielführend. Insofern ist – wie das Bundesgericht nun ebenfalls anerkannt hat – in diesen Fällen auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Begründung des Durchgriffs abzustellen.

⁶⁸ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 162 f.

⁶⁹ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163.

⁷⁰ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163.

⁷¹ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163.

⁷² KOBIERSKI, S. 112.

⁷³ Ziff. III.F.

Ausdrücklich offengelassen hat das Bundesgericht die massgeblichen Voraussetzungen des Durchgriffs in Situationen, in denen die Zuwendung von der Erblasserin bzw. dem Erblasser selbst an eine von einer Nachkommin bzw. einem Nachkommen beherrschte, juristische Person fliesst.⁷⁴ In diesen Konstellationen liegen sowohl die wirtschaftliche Identität als auch ein allfälliger Rechtsmissbrauch im Verhalten der oder des Begünstigten. Beruft sich die oder der Begünstigte nämlich auf die rechtliche Selbständigkeit der durch sie bzw. ihn beherrschten, juristischen Person, macht sie bzw. er dadurch geltend, die juristische Person sei nicht ausgleichungspflichtig.⁷⁵ Die begünstigte Person macht dadurch ein subjektives Recht der juristischen Person geltend, welches grundsätzlich durchsetzbar wäre. Allerdings führt die Geltendmachung dieses Rechts zu einer Ungleichbehandlung der Nachkommen und Nachkommen und läuft damit der Konzeption des Ausgleichungsrechts zuwider.⁷⁶ Dadurch wird das – gemäss Bundesgericht legitime – Interesse der Erbinnen und Erben auf Gleichbehandlung untergraben, weil die bzw. der Begünstigte einen Vermögenszuwachs im Sinne einer Wertsteigerung seiner Gesellschaftsanteile oder des Gewinns seiner Gesellschaft erfährt, während das Nachlasssubstrat im entsprechenden Umfang geringer ausfällt. Ein Rechtsmissbrauch kann in einer solchen Konstellation also bejaht werden. M.E. gibt es in diesem Konstellationen keinen berechtigten Grund, vom Erfordernis des Rechtsmissbrauchs abzuweichen.

4. Zwischenfazit zu den Voraussetzungen des Durchgriffs im erbrechtlichen Kontext

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen des Durchgriffs nicht unverändert auf das Erbrecht übernommen werden können. Dies wurde in der Lehre gefordert und vom Bundesgericht anerkannt.⁷⁷ Dabei bejahte das Bundesgericht die Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur Begründung eines Durchgriffs mit Bezug auf Einpersonengesellschaften, die von Erblasserinnen und Erblassern beherrscht werden.⁷⁸ Nach Ansicht der Autorin ist in Konstellationen, in welchen Erblasserinnen und Erblasser Zuwendungen an eine von einer Erbin bzw. einem Erben beherrschte, juristische Person erbringen, hingegen nach wie vor auf den Rechtsmissbrauch abzustellen. Die rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der formaljuristischen Selbständigkeit der juristischen Person kann dabei durch die Verletzung des Gleichbehandlungsinteresse zwischen Nachkommen und Nachkommen begründet werden.

⁷⁴ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 164.

⁷⁵ Zu den Voraussetzungen der Ausgleichungspflicht Ziff. III.F.1.

⁷⁶ Zur *ratio* des Ausgleichungsrecht Ziff. III.F.2.

⁷⁷ S. dazu Ziff. III.C.1 und III.C.2.

⁷⁸ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163.

D. Indirekte Zuwendung vs. Durchgriff

Basierend auf den vorstehend angesprochenen, bundesgerichtlichen Urteilen⁷⁹ wurde in der Lehre diskutiert, unter welchen Voraussetzungen Zuwendungen, die nicht direkt vom Erblasser an eine Nachkommin bzw. einen Nachkommen fliessen, der Ausgleichung und Herabsetzung unterstehen sollen.⁸⁰ Dabei entwickelte ein Teil der Lehre die Theorie der indirekten Zuwendung, auf welche nachfolgend eingegangen wird.

1. Theorie der indirekten Zuwendung

Unter den Begriff der indirekten Zuwendung fallen Zuwendungen einer erblasserisch beherrschten, juristischen Person an eine Erbin bzw. einen Erben und Zuwendungen, die von der Erblasserin bzw. vom Erblasser an eine von der Erbin bzw. vom Erben beherrschte, juristische Person geleistet werden.⁸¹ Nach der Theorie der indirekten Zuwendung werden solche Zuwendungen losgelöst von den herkömmlichen Voraussetzungen des Durchgriffs als lebzeitige Zuwendungen der Erblasserin bzw. des Erblassers qualifiziert und der Fakt, dass die Zuwendung über eine juristische Person geflossen ist, wird ausser Acht gelassen.⁸² Nach dieser Theorie sind lebzeitige Zuwendungen immer ausgleichungspflichtig, sofern die Erbin bzw. der Erbe bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bereichert und die Erblasserin bzw. der Erblasser entreichert wird.⁸³ Das Erfordernis des Rechtsmissbrauchs entfällt dabei.⁸⁴

BURCKHARDT BERTOSSA führt als Beispiel einer indirekten Zuwendungen einen Fall an, in dem eine Nachkommin bzw. ein Nachkomme im Rahmen ihrer bzw. seiner Arbeit für die von der Erblasserin bzw. vom Erblasser beherrschten, juristischen Person einen überhöhten Lohn bezieht.⁸⁵ Zudem subsumiert sie Sachverhalte, in welchen die Erblasserin bzw. der Erblasser Einlagen in die Reserven einer von ihren bzw. seinen Kinder beherrschte, juristische Person zahlt oder an Kapitalerhöhungen mit überhöhtem Ausgabepreis teilnimmt, unter die indirekte Zuwendung.⁸⁶ Ihre Ansicht teilen EIGENMANN und STRAESSLE.⁸⁷ Auch KOLLER sieht aufgrund der Schwierigkeiten und Unsicherheiten (insbesondere des Rechtsmissbrauchskriteriums) mit Bezug auf den Durchgriff in der Theorie der indirekten Zuwendung die zweckdienlichere

⁷⁹ Ziff. III.B.

⁸⁰ Vgl. BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 46 ff. zu Art. 626 ZGB; EIGENMANN, Rz. 44 ff.; EITEL/BERI, Durchbruch, S. 15 f.; KOLLER, Durchgriff, S. 27 ff.

⁸¹ EIGENMANN, Rz. 44.

⁸² BGE 149 III 145 E. 4.3.2 S. 160.

⁸³ BGE 149 III 145 E. 4.3.2 S. 160.

⁸⁴ KOLLER, Durchgriff, S. 29.

⁸⁵ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 46 zu Art. 626 ZGB.

⁸⁶ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 47 zu Art. 626 ZGB.

⁸⁷ EIGENMANN, Rz. 45 ff.; STRAESSLE, Rz. 302 ff.

Lösung.⁸⁸ EITEL/BIERI stimmen der Auffassung von BURCKHARDT BERTOSSA grundsätzlich zu, greifen aber zum Durchgriff, um solche Konstellationen zu lösen.⁸⁹

Folgt man der Theorie der indirekten Zuwendung, wird die Rechtsfigur des Durchgriffs in ausgleichungsrechtlicher Hinsicht überflüssig.⁹⁰ Grundsätzlich führen sowohl der Durchgriff als auch die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Sinne der Theorie der indirekten Zuwendung zur ausgleichungs- und herabsetzungsrechtlichen Berücksichtigung der Zuwendungen über oder an eine juristische Person.⁹¹ Im Gegensatz zum Durchgriff führt die Theorie der indirekten Zuwendung aber nicht zu Fragestellungen bezüglich des Ausgleichungsdispenses, da die indirekte Art der Zuwendung nicht schon aufgrund ihrer Ausgestaltung zu einem Ausgleichungsdispens führt, sondern dieser ausdrücklich angeordnet werden müsste.⁹²

2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 5A_994/2014 die Möglichkeit des Durchgriffs zur Durchsetzung von Ausgleichungs- und Herabsetzungsansprüchen grundsätzlich bejaht und scheint damit Fälle mit indirekten Zuwendungen über die Konzeption des Durchgriffs zu lösen.⁹³

In einem anderen Entscheid äusserte sich das Bundesgericht aber nicht zum Durchgriff, sondern bejahte den Rückforderungsanspruch im Falle einer Zuwendung einer vom Erblasser beherrschten Gesellschaft an einen Trust.⁹⁴ Dabei erwähnte es den Durchgriff und seine Voraussetzungen mit keinem Wort, weshalb KOLLER und STRAESSLE davon ausgehen, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid die Theorie der indirekten Zuwendung anwandte.⁹⁵

Bei Analyse der Prozessgeschichte im Entscheid 5A_789/2016 lässt sich nicht erkennen, ob das Bundesgericht die Theorie der indirekten Zuwendung oder das Konzept des Durchgriffs anwendet. Nachdem die zweite Instanz die Ausgleichungsfähigkeit der Zuwendung aufgrund der Theorie der indirekten Zuwendung bejaht hatte,⁹⁶ verneinte das Bundesgericht die Ausgleichungspflicht aufgrund der Konkurseröffnung über die Aktiengesellschaft und äusserte sich

⁸⁸ KOLLER, Durchgriff, S. 31.

⁸⁹ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 16 und 19 f.

⁹⁰ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 16; KOLLER, Durchgriff, S. 27 und 29.

⁹¹ KOLLER, Durchgriff, S. 28.

⁹² KOLLER, Durchgriff, S. 28; dazu nachfolgend Ziff. III.F.3.1.

⁹³ BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2015 E. 5.4; KOLLER, Durchgriff, S. 29.

⁹⁴ BGer 5A_620/2007 vom 7. Januar 2010 E. 7.2.

⁹⁵ KOLLER, Durchgriff, S. 30; STRAESSLE, Rz. 302 ff.

⁹⁶ BGer 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018 Sachverhalt A.e. und E. 5.1.

dabei nicht zur Tatsache, dass die Vorinstanz die Theorie der indirekten Zuwendung angewandt hatte.⁹⁷

In seinem neusten Entscheid zum Durchgriff im Erbrecht wandte das Bundesgericht die Theorie der indirekten Zuwendung ausdrücklich nicht an. Es bestätigte hingegen den Durchgriff in seinen Grundsätzen,⁹⁸ wobei es die Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs relativierte.⁹⁹ Es stellte dabei ebenfalls auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab und erweiterte damit den Anwendungsbereich des Durchgriffs in Richtung der Theorie der indirekten Zuwendung.¹⁰⁰

3. Eigene Würdigung

Die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zu begrüßen, da sie sich ausdrücklich für das Konzept des Durchgriffs ausspricht und ihm damit gegenüber der Theorie der indirekten Zuwendung den Vorzug gibt.¹⁰¹ Gleichzeitig nimmt der Entscheid die Kritik der Vertreter der Theorie der indirekten Zuwendung auf und gleicht die Voraussetzungen des Durchgriffs bis zu einem gewissen Grad an die Theorie der indirekten Zuwendung an, indem es unter gewissen Umständen auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abstellt. Der Durchgriff wurde damit in seinem Anwendungsbereich erweitert und spezifisch auf erbrechtliche Problematiken angepasst.

E. Rechtsfolgen des Durchgriffs im Erbrecht

Wie bereits ausgeführt, bewirkt der Durchgriff die Nichtbeachtung der Selbständigkeit der juristischen Person und die Verweigerung des geltend gemachten Rechts.¹⁰² Im Rahmen des Erbrechts bedeutet dies, dass Zuwendungen behandelt werden, wie wenn sie direkt von der Erblasserin bzw. vom Erblasser an die Nachkommin bzw. den Nachkommen geflossen wären. Sie werden damit ausgleichungs- und herabsetzungsrechtlich relevant. Außerdem hat der Durchgriff Auswirkungen auf die erbrechtlichen Informationsansprüche der Erbinnen und Erben. Auf diese Aspekte wird nachfolgend eingegangen.

F. Durchgriff und Ausgleichung

Der Durchgriff ist im erbrechtlichen Kontext insbesondere im Rahmen der Ausgleichung von Bedeutung, da sich Nachkomminnen und Nachkommen nach Art. 626 Abs. 1 ZGB grundsätzlich alle Zuwendungen¹⁰³ anzurechnen haben, die sie als Vorempfang von der Erblasserin bzw.

⁹⁷ ETEL/BIERI, Durchgriff vs. indirekte Zuwendung, Rz. 11.2; KOLLER, Durchgriff, S. 30.

⁹⁸ BGE 149 III 145 E. 4.4.1 S. 164.

⁹⁹ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 162 f.; dazu nachfolgend Ziff. III.C.2.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163.

¹⁰¹ Es gab zwar Mischtheorien, diese werden aber mit der klaren Bejahung des Durchgriffs obsolet. WICK, S. 63.

¹⁰² Ziff. II.D.

¹⁰³ Zuwendungen sind Handlungen, mit welchen eine Person einer anderen einen Vermögensvorteil verschafft, wobei sie sich aus Vermögensopfern oder Arbeitsleistung ergeben können. BGE 136 III

vom Erblasser zu Lebzeiten¹⁰⁴ (ganz oder teilweise) unentgeltlich¹⁰⁵ erhalten haben.¹⁰⁶ Es stellt sich somit mit Bezug auf den Durchgriff die Frage, wie Situationen zu beurteilen sind, in denen solche Zuwendungen nicht direkt zwischen der Erblasserin bzw. dem Erblasser und der Erbin bzw. dem Erben geflossen sind, sondern von einer erblasserisch beherrschten, juristischen Person an eine Erbin bzw. einen Erben oder von der Erblasserin bzw. dem Erblasser an eine durch die Erbin bzw. den Erben beherrschte, juristischen Person übertragen wurden. Um dieser Frage auf den Grund zu gehen, wird nachfolgend das Konzept der Ausgleichung im allgemeinen Sinn erläutert, um danach die Rechtfertigung des Durchgriffs im ausgleichungsrechtlichen Zusammenhang zu erklären. Im Anschluss daran wird auf die Probleme, welche der Durchgriff im Verhältnis zur Ausgleichung mit sich bringt, eingegangen.

1. Grundsätzliches zur Ausgleichung

Die ausgleichungsrechtlichen Bestimmungen finden sich in den Art. 626–633 ZGB und sind damit Teil des gesetzlichen Erbteilungsrechts. Deshalb ist die Ausgleichung auch nur auf Erbinnen und Erben anwendbar.¹⁰⁷

305 E. 3.1 S. 307. Nach h.L. und Rechtsprechung fallen auch Schenkungen unter den Zuwendungsbeispiel. AEBI-MÜLLER, Rz. 08.23; DRUEY, Grundriss, § 7 N 31 f.; EITEL, Auslegeordnung, S. 735; EITEL, Spannungsfeld, S. 469; ESCHER, ZK, N 19 zu Art. 626 ZGB; JANSEN, S. 59 f. und 69 ff.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 21 f.; WIDMER, S. 29 f. und 77 ff.; WINSTÖRFER, S. 5; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1955; BGE 136 III 305 E. 3.1 S. 307; 131 III 55 E. 4.1.1 S. 55; a.M. bezgl. der Schenkungen WEIMAR, S. 833 ff.; ZOLLER, S. 9 ff.

¹⁰⁴ Eine Zuwendung ist lebzeitig, wenn das Geschäft nach dem Willen der Vertragsschliessenden dazu bestimmt ist, das Vermögen der oder des Verpflichteten zu belasten bzw. wenn die Wirkung des Geschäfts nach dem Willen der Vertragsschliessenden zu Lebzeiten eintreten soll. BGE 127 III 390 E. 2f S. 395; 113 II 270 E. 2b S. 273; BGer 5A_719/2015 vom 1. März 2016 E. 3.1; 5C.56/2005 vom 15. Juli 2005 E. 3.1.

¹⁰⁵ Eine Zuwendung ist unentgeltlich, wenn sie im Zuwendungszeitpunkt objektiv (ganz oder zumindest teilweise) ohne Gegenleistung erfolgt ist und subjektiv ein Zuwendungswille (*animus donandi*) der Erblasserin bzw. des Erblassers vorliegt. BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 34 und 37 zu Art. 626 ZGB; EIGENMANN, Rz. 30 ff.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 23 f.; WINSTÖRFER, S. 43 ff. und 117 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 327 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1965 und 1968; BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 158; 126 III 171 E. 3a und 3b S. 173 ff.; BGer 5A_629/2015 vom 27. März 2017 E. 8 ff. (insb. 8.1.1 f.); 5A_802/2014 vom 7. November 2014 E. 2 und 4.3; 5A_587/2010 vom 11. Februar 2011 E. 3.1; a.M. betr. dem objektiven Zuwendungsbeispiel JANSEN, S. 67 f.; a.M. betr. *animus donandi* EITEL, Auslegeordnung, S. 740 f.; PIATTI, BSK ZGB II, N 9 zu Art. 626 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 305; STEINAUER, Rz. 180; STRAESSLE, Rz. 548; WIDMER, S. 33; die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum *animus donandi* relativierend BGE 126 III 171 E. 3b/cc S. 175 f.; BGer 5A_587/2010 vom 11. Februar 2011 E. 3.1 f.

¹⁰⁶ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 3 zu Vorbemerkungen zu Art. 626 ff. ZGB; EIGENMANN, Rz. 5; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 317; BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 157. Wobei bezüglich der gesetzlichen Ausgleichung ein Teil der Lehre und das Bundesgericht die Versorgungskollation und ein anderer Teil der Lehre die Schenkungskollation vertritt. Versorgungskollation: BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 157 f.; 131 III 49 E. 4.1.2 S. 55; 126 III 171 E. 2 S. 172; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 53 zu Art. 626 ZGB; EIGENMANN, Rz. 50 ff.; Schenkungskollation: DRUEY, Grundriss, § 7 N 36 ff.; EITEL, BK, N 82 f. zu Art. 626 ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 735 ff.; JANSEN, S. 48 ff.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 22; WINSTÖRFER, S. 174 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 331; auch WEIMAR, S. 847 f., und ZOLLER, S. 47 ff., die aber auf die Nachlassschmälerung abstehen.

¹⁰⁷ Erlebt eine Erbin oder ein Erbe den Erbfall nicht (Art. 457 ff., 539 Abs. 1, 542 ff. ZGB), schlägt sie bzw. er die Erbschaft aus (Art. 566 ff. ZGB), wird enterbt (Art. 477 ff. ZGB), hat auf das Erbe

Dabei ist Ausgleichungsschuldnerin oder -schuldner, wer von der Erblasserin bzw. vom Erblasser eine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten hat.¹⁰⁸ Nach Art. 626 Abs. 1 ZGB unterliegen Zuwendungen *inter vivos* an sämtliche gesetzliche Erbinnen und Erben der Ausgleichung, wenn die Erblasserin bzw. der Erblasser ihre Ausgleichungspflicht angeordnet hat (sog. gewillkürte Ausgleichung). Wohingegen Art. 626 Abs. 2 ZGB eine gesetzliche Ausgleichungspflicht der Nachkommen und Nachkommen vorsieht.¹⁰⁹ Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung können auch gewillkürte Erbinnen und Erben der Ausgleichung unterliegen.¹¹⁰

Ausgleichungsberechtigt ist, wer aufgrund dieser Zuwendung *inter vivos* als Erbin oder Erbe benachteiligt ist.¹¹¹ Umstritten ist, ob Ehegatten Gläubigerinnen und Gläubiger der gesetzlichen Ausgleichung sind.¹¹² Während die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Gläubigerstellung überlebender Ehegatten bejaht,¹¹³ wird sie von einem Teil der Lehre verneint.¹¹⁴

verzichtet (Art. 495 ff. ZGB) oder ist erbunwürdig (Art. 540 f. ZGB), fällt ihre bzw. seine Ausgleichungspflicht ausser Betracht. Allenfalls kommt es dann zur sog. Ausgleichung in Vertretung nach Art. 627 ZGB. BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 6 f., 11 und 13 zu Art. 626 ZGB sowie N 1 zu Art. 627 ZGB; DRUEY, Grundriss, § 7 N 18 ff.; EIGENMANN, Rz. 82 ff.; EITEL, BK, N 8 ff. und 16 zu Art. 626 ZGB und N 2 zu Art. 627 ZGB; HERZOG/JAHNEL, Rz. 1.75, 1.78 und 1.113; JANSEN, S. 56 f.; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 626 ZGB und N 1 zu Art. 627 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 3; WINISTÖRFER, S. 189 und 192; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 322 ff.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1931, 1933 und 1946.

¹⁰⁸ JANSEN, S. 57 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 321; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1930.

¹⁰⁹ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 2 f. und 9 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 5 und 70 zu Art. 626 ZGB; HERZOG/JAHNEL, Rz. 1.71 ff.; JANSEN, S. 46 f.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 4 f.; WIDMER, S. 56 f.; WINISTÖRFER, S. 108; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 329; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1938 ff.; BGE 124 III 201 E. 4a S. 104; **a.M.** betr. die Qualifikation von Art. 626 Abs. 2 ZGB als gesetzliche Ausgleichung statt als Rechtsvermutung AEBI-MÜLLER, Rz. 08.25; PIATTI, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 626 ZGB; WEIMAR, S. 842 ff.

¹¹⁰ Weil das Ausgleichungsrecht dispositiv ist und die Erblasserin bzw. der Erblasser daher auch gewillkürte Erben der Ausgleichung unterstellen kann. AEBI-MÜLLER, Rz. 08.30; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 10 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 64 zu Art. 626 ZGB; ESCHER, ZK, N 5 zu Vorbemerkungen Art. 626 ff. ZGB; HERZOG/JAHNEL, Rz. 174; JANSEN, S. 55; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 13; WINISTÖRFER, S. 193; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 323; BGE 124 III 102 E. 4a S. 104; 53 II 202 E. 2 S. 205; mit anderer Begründung auch WEIMAR, S. 851 ff.; ZOLLER, S. 67. WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 321.

¹¹¹ Weil Ehegatten nicht Schuldnerinnen bzw. Schuldner sind und somit von der Ausgleichungspflicht der Nachkommen und Nachkommen profitieren würden, ohne selbst ausgleichen zu müssen. BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 16 f. zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 146 zu Art. 626 ZGB; JANSEN, S. 58 f.; PIATTI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 626 ZGB; STRAESSLE, Rz. 289 ff.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 19; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1950.

¹¹³ BGE 77 II 228 E. 3c S. 233 f.; BGer 5A_141/2007 vom 21. Dezember 2007 E. 9.2. Wobei EITEL diese Rechtsprechung als nicht gefestigt bezeichnet. EITEL, BK, N 147 zu Art. 626 ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 745.

¹¹⁴ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 19 ff. zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 149 ff. zu Art. 626 ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 746; ESCHER, ZK, N 11 f. zu Art. 626 ZGB; STRAESSLE, Rz. 292; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 19; ebenfalls in diese Richtung PIATTI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 626 ZGB; STEINAUER, Rz. 227c; **a.M.** DRUEY, Grundriss, § 7 N 25 ff.; EIGENMANN, Rz. 75; PIOTET, SPR IV/1, S. 313 ff.; WEIMAR, S. 853 ff.; WINISTÖRFER, S. 192 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 333 f.

Eingesetzte Erbinnen und Erben sind grundsätzlich nicht ausgleichungsberechtigt,¹¹⁵ es sei denn, die Erblasserin bzw. der Erblasser hat dies ausdrücklich angeordnet.¹¹⁶

Ob und in welcher Ausgestaltung das Ausgleichungsrecht zur Anwendung gelangt, hängt vom Willen der Erblasserin bzw. des Erblassers ab, da es sich bei den gesetzlichen Bestimmungen zur Ausgleichung (mit Ausnahme von Art. 631 Abs. 2 ZGB)¹¹⁷ um dispositives Recht handelt.¹¹⁸

2. Rechtfertigung des Durchgriffs im Rahmen der Ausgleichung

Eine unentgeltliche Zuwendung führt auf der Seite der begünstigten Person zu einem Vermögensvorteil und auf der Seite der Erblasserin bzw. des Erblassers zu einer Vermögensverminderung. Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass die Erbschaft und damit auch die einzelnen Erbquoten geringer ausfallen.¹¹⁹ Um dieser Ungleichbehandlung zu begegnen, wurde das Ausgleichungsrecht geschaffen. Die *ratio legis* der Ausgleichung liegt in der Gleichbehandlung und Gerechtigkeit unter Erbinnen und Erben.¹²⁰ Der Gesetzgeber geht von der Prämisse aus, dass die Erblasserin bzw. der Erblasser ihre bzw. seine gesetzlichen Erbinnen und Erben gleich behandeln will. Dabei soll das Ausgleichungsrecht insbesondere der engen Beziehung zwischen den Kindern untereinander und mit ihren Eltern Rechnung tragen und sieht daher mit Art. 626 Abs. 2 ZGB eine grundsätzliche Ausgleichungspflicht der Nachkommen und Nachkommen vor.¹²¹

Die Legitimität der Anwendung des Durchgriffs in ausgleichungsrechtlichen Konstellationen liegt damit in der – dem Ausgleichungsrecht zugrundeliegenden – Gleichheits- und

¹¹⁵ AEBI-MÜLLER, Rz. 08.30; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 6 zu Vorbemerkungen zu Art. 626 ff. ZGB und N 5 und 14 zu Art. 626 ZGB; EIGENMANN, Rz. 76; EITEL, BK, N 136 zu Art. 626 ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 742 ff.; JANSEN, S. 58; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 626 ZGB; STRAESSLE, Rz. 293; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1948; BGE 124 III 102 E. 5a S. 106; 53 II 202 E. 2 S. 205; **a.M.** DRUEY, Grundriss, § 7 N 28; WEIMAR, S. 853 ff.; ZOLLER, S. 26 f.

¹¹⁶ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 5 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 137 zu Art. 626 ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 743 f.; JANSEN, S. 58; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 626 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 323; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1948.

¹¹⁷ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 9 f. zu Vorbemerkungen zu Art. 626 ff. ZGB; EITEL, BK, N 28 zu Art. 631 ZGB; HERZOG/JAHNEL, Rz. 1.70; JANSEN, S. 234 f.

¹¹⁸ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 8 zu Vorbemerkungen zu Art. 626 ff. ZGB; EIGENMANN, Rz. 13; EITEL, BK, N 7 f. zu Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 731 und 749; ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 626 ZGB; JANSEN, S. 78 ff.; PIATTI, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 626 ZGB; WIDMER, S. 60 ff.; WINISTÖRFER, S. 108; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 318; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1993; BGE 131 III 49 E. 4.2. S. 56; 124 III 102 E. 5a S. 106 f.; 77 II 228 E. 3a S. 231; BGer 5C.76/2006 vom 29. August 2006 E. 2.1; 5C.60/2003 vom 7. Mai 2003 E. 3.1.

¹¹⁹ JANSEN, S. 42 f.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 1; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1927.

¹²⁰ AEBI-MÜLLER, Rz. 08.22; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 626 ff. ZGB; DRUEY, Grundriss, § 7 N 22; EIGENMANN, Rz. 7; EITEL, BK, N 10 ff. zu Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 732; ESCHER, ZK, N 1 zu Vorbemerkungen Art. 626 ff. ZGB; JANSEN, S. 43 f.; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 626 ZGB; STRAESSLE, Rz. 272; WIDMER, S. 3 f.; WINISTÖRFER, S. 107; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 317; ZOLLER, S. 22; BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 157 und E. 4.3.3 S. 163; BGer 5A_326/2016 vom 30. Mai 2017 E. 4.1.2; 5C.60/2003 vom 7. Mai 2003 E. 3.1; **a.M.** WEIMAR, S. 843 f.

¹²¹ AEBI-MÜLLER, Rz. 08.25; WIDMER, S. 6.

Gerechtigkeitsidee in familieninternen Situationen. Es soll nicht möglich sein, sich auf die Selbständigkeit einer juristischen Person zu berufen, die faktisch mit der Erblasserin bzw. dem Erblasser oder der Erbin bzw. dem Erben identisch ist, um der Ausgleichungspflicht zu entgehen.¹²²

3. Stolpersteine des Durchgriffs im Zusammenhang mit der Ausgleichung

Bei der Anwendung des Durchgriffs auf die Ausgleichung ergeben sich einige – bisher durch die Rechtsprechung nicht geklärte und auch in der Literatur wenig besprochene – Fragen. Es ist insbesondere unklar, ob es sich bei der Zuwendung durch oder an eine juristische Person um einen Ausgleichungsdispens i.S.v. Art. 626 Abs. 2 ZGB oder um eine nachweisliche Begünstigung i.S.v. Art. 629 ZGB handelt. Diese beiden Punkte werden nachfolgend geklärt.

3.1 Problematik des Ausgleichungsdispenses

Aufgrund der dispositiven Natur des Ausgleichungsrechts hat die Erblasserin bzw. der Erblasser die Möglichkeit, vom Gesetz abweichende Verfügungen zu treffen.¹²³ Mit Bezug auf die gewillkürte Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 1 ZGB bedeutet dies, dass mittels sog. positiven Ausgleichungsanordnungen Ausgleichungspflichten angeordnet werden können.¹²⁴ Im Rahmen der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB kann die von Gesetzes wegen bestehende Ausgleichungspflicht wegbedungen werden (sog. negative Ausgleichungsanordnung).¹²⁵ Es ist aber auch möglich, einen Anrechnungswert festzulegen, Anordnungen zur Bestimmung dieses Werts zu erlassen oder das Wahlrecht bezüglich der Art und Weise der Ausgleichung (Real- oder Idealkollation) der bzw. des Ausgleichungsverpflichteten abzuändern.¹²⁶

Die Anordnungen (oder auch Verfügungen)¹²⁷ bezüglich der Ausgleichung sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre aufgrund ihrer erbrechtlichen Tragweite inhaltlich als Verfügungen von Todes wegen zu qualifizieren.¹²⁸ Trotz ihrer Rechtsnatur sind

¹²² BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163.

¹²³ AEBI-MÜLLER, Rz. 08.31; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 68 Art. 626 ZGB; EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 12; JANSEN, S. 78 ff.; PIATTI, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 626 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 318 und 352; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1993.

¹²⁴ EITEL, BK, N 7 zu Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB; JANSEN, S. 83; WIDMER, S. 19, 56, 115 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 352; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1995, ZOLLER, S. 62; BGE 107 II 119 E. 3a S. 129.

¹²⁵ EITEL, BK, N 7 zu Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB; JANSEN, S. 83; WIDMER, S. 139 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 352; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1998; ZOLLER, S. 62.

¹²⁶ EITEL, BK, N 7 zu Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB; JANSEN, S. 177 ff.; PIATTI, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 626 ZGB; WIDMER, S. 129 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 337 und 345 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 2039; BGer 5C.76/2006 vom 29. August 2006 E. 2.1; 5C.60/2003 vom 7. Mai 2003 E. 3.1.

¹²⁷ Vgl. zur Terminologie EITEL, BK, N 46 zu Art. 626 ZGB.

¹²⁸ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 68 zu Art. 626 ZGB; DRUEY, Grundriss, § 7 N 47 f. und 51; EIGENMANN, Rz. 18; EITEL, BK, N 9 zu Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 749; JANSEN, S. 85 ff.; PIATTI, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 626 ZGB; STEINAUER, Rz. 197; WIDMER, S. 58 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 352; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1993; BGE 118

die Ausgleichungsanordnungen formlos gültig.¹²⁹ Nach Art. 626 Abs. 2 ZGB muss ein Ausgleichungsdispens allerdings ausdrücklich angeordnet werden.¹³⁰ Das Ausdrücklichkeitserfordernis wird im Gesetz nicht genauer umschrieben. Dies führte in Lehre und Rechtsprechung zu Debatten über die Anforderungen an die Ausdrücklichkeit.¹³¹

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass die Erblasserin bzw. der Erblasser die von ihr bzw. ihm beherrschte, juristische Person verwendet, um einer seiner Nachkommen bzw. einem seiner Nachkommen einen geldwerten Vorteil zukommen zu lassen oder umgekehrt (einer juristischen Person, die von einem ihrer bzw. seiner Nachkommen oder Nachkommen beherrscht wird, einen geldwerten Vorteil zuwendet), einen Ausgleichungsdispens darstellt.

3.1.1 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich bisher nicht dazu geäussert, ob die Vorschreibung einer juristischen Person einen ausdrücklichen Ausgleichungsdispens darstellen könnte. Allerdings hat es sich in vielen Fällen mit der Ausdrücklichkeit des Ausgleichungsdispenses im Allgemeinen befasst. Auf diese Rechtsprechung wird nachfolgend punktuell eingegangen, um zu ermitteln, ob daraus Rückschlüsse auf den Durchgriff gezogen werden können.

Das Bundesgericht bestätigte in seiner Rechtsprechung mehrfach das gesetzlich normierte Ausdrücklichkeitserfordernis des Ausgleichungsdispenses.¹³² Der ausdrückliche Dispens ist Voraussetzung, um vom auf Billigkeit beruhenden Rechtssatz (Art. 626 Abs. 2 ZGB) abzuweichen.¹³³ Die Erklärung muss «für sich selbst stehen» und unzweideutig einen Ausgleichungsdispens enthalten.¹³⁴ Der Dispens muss dabei nicht zwingend schriftlich vorliegen;¹³⁵ blosse

II 282 E. 3 S. 285 f.; 68 II 78 E. 1 S. 80; 67 II 207 E. 5 S. 212 f.; BGer 5C.202/2006 vom 16. Februar 2007 E. 2.2; **a.M.** WEIMAR, S. 838 f.; WINISTRÖFER, S. 153 f.; ZOLLER, S. 28 f.

¹²⁹ DRUEY, Grundriss, § 7 N 52 ff.; EIGENMANN, Rz. 18; EITEL, BK, N 9 zu Vorbemerkungen vor Art. 626 ff. ZGB und N 61 zu Art. 626 ZGB; EITEL, Auslegeordnung, S. 749 f.; ESCHER, ZK, N 44 zu Art. 626 ZGB; JANSEN, S. 89 ff.; PIATTI, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 626 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 4; WIDMER, S. 117 f.; WINISTRÖFER, S. 109; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 353; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1993; BGE 118 II 282 E. 3 S. 286; 69 II 71 E. 2 S. 73; 68 II 78 E. 1 S. 82; 67 II 207 E. 5 S. 212 f.; BGer 5A_338/2010 vom 4. Oktober 2010 E. 10.1.2; 5C.202/2006 vom 16. Februar 2007 E. 2.2; **a.M.** WEIMAR, S. 850 f.; ZOLLER, S. 28 f.

¹³⁰ EITEL, BK, N 154 zu Art. 626 ZGB; JANSEN, S. 91; PIATTI, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 626 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 85 N 5; WIDMER, S. 141; WINISTRÖFER, S. 110; BGE 126 III 171 E. 2 S. 172.

¹³¹ Ziff. III.F.3.1.1 und III.F.3.1.2.

¹³² So bereits die älteste Rechtsprechung zum Ausgleichungsdispens BGE 45 II 513 E. 2 S. 520; 44 II 356 E. 3 S. 360 ff.; s. auch JANSEN, S. 181; sowie in neueren Entscheiden BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 157; 126 III 171 E. 2 S. 172; BGer 5A_323/2019 vom 24. April 2020 E. 5.4; 5A_324/2013 vom 8. August 2013 E. 3.1; 5C.135/2005 vom 2. November 2005 E. 2.3.

¹³³ BGE 67 II 207 E. 5 S. 212 f.

¹³⁴ BGE 44 II 356 E. 3 S. 360.

¹³⁵ So wies das Bundesgericht die Sache beispielsweise in BGE 67 II 207 E. 5 S. 213 an das Obergericht zur Berücksichtigung einer Zeugenaussage über einen allfälligen mündlich geäußerten Dispositionswillen des Erblassers zurück.

Absichtserklärungen, konkludente Handlungen oder stillschweigende Willensäusserungen genügen dem Ausdrücklichkeitserfordernis jedoch nicht.¹³⁶ Die Ausdrücklichkeit des Dispenses vermittelt gemäss Bundesgericht Rechtssicherheit mit Bezug auf die Ausgleichung. Dabei sei ausschliesslich auf ausdrückliche Äusserungen der Erblasserin bzw. des Erblassers abzustellen, der mutmassliche Wille sei nicht entscheidend.¹³⁷

In der praktischen Anwendung erscheint die bundesgerichtliche Rechtsprechung aber nicht gefestigt.¹³⁸ So bejahte das Bundesgericht die Ausdrücklichkeit beispielsweise bei der Wendung «als Ausgleich dafür, dass ich meinem Sohn Fritz [...] die Liegenschaft in Seen zu einem Preise überlassen habe, dass er darauf bestehen kann»,¹³⁹ bei der Bezeichnung der Zuwendung als «Lohn»,¹⁴⁰ bei der Formulierung «geschenkt, also bei meinen Lebzeiten geschenkt»,¹⁴¹ bei der Anordnung «ausser Betracht und Verrechnung fallen auch sämtliche von der verstorbenen Mutter oder vom Verkäufer bis dato gemachten Zuwendungen etc. gemäss Art. 626 ZGB»¹⁴² sowie bei der Verfügung «dass die zahlreichen Schenkungen, die ich [der Erblasser] zu Lebzeiten meinen beiden Nachkommen [...] gemacht habe, nicht der Ausgleichungspflicht unterliegen Art. 626 Abs. 2 ZGB».¹⁴³

Demgegenüber verneinte das Bundesgericht die Ausdrücklichkeit bei Ausstellung einer Quittung¹⁴⁴ sowie einer Saldoquittung auf der Rückseite einer Schuldanerkennung.¹⁴⁵ Ebenfalls verneint wurde die Ausdrücklichkeit im Rahmen einer unterpreisigen Liegenschaftsübertragung vom Vater an seinen Sohn mit der Vereinbarung, der Kaufpreis solle bis zum Erbfall unverzinst stehen bleiben¹⁴⁶ sowie gestützt auf die Vertragsbestimmung, der Kapitalbetrag des Abtretungspreises sei nach dem Tod der Mutter «in deren Nachlass zur Ausgleichung zu bringen».¹⁴⁷ Auch Äusserungen des Erblassers, «die sich irgendwie gegen die Klägerinnen richteten», erfüllten das Ausdrücklichkeitserfordernis nach Ansicht des Bundesgerichts nicht.¹⁴⁸

Nach dem Gesagten steht fest, dass das Bundesgericht Dispensationserklärungen in separaten Schriftstücken – je nach Einzelfall – akzeptiert und unklare Äusserungen mittels Auslegung

¹³⁶ BGer 5C.135/2005 vom 2. November 2005 E. 2.3; so auch DRUEY, Grundriss, § 7 N 54; PIATTI, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 626 ZGB.

¹³⁷ BGE 68 II 78 E. 1 S. 80 ff.; 67 II 207 E. 5 S. 212 f.

¹³⁸ EITEL, BK, N 156 zu Art. 626 ZGB; KOLLER, Durchgriff, S. 25; WIDMER, S. 141 ff.

¹³⁹ BGE 69 II 71 E. 2 S. 73 ff.

¹⁴⁰ BGE 71 II 69 E. 3 S. 76 f.

¹⁴¹ BGE 76 II 188 E. 1 S. 191. Wobei das Bundesgericht diese Formulierung anhand der weiteren Umstände auslegte und in der Hauptsache darauf abstelle, dass die fragliche Klausel Bestandteil einer Verfügung war, die den Sohn gegenüber der Tochter maximal begünstigen wollte.

¹⁴² BGE 89 II 72 E. 2 S. 77 ff.

¹⁴³ BGE 126 III 171 E. 2b S. 172.

¹⁴⁴ BGE 44 II 356 E. 3 S. 360 ff.

¹⁴⁵ BGE 45 II 513 E. 2 S. 520.

¹⁴⁶ BGE 50 II 104 S. 105 ff.

¹⁴⁷ BGE 84 II 338 E. 7c S. 349.

¹⁴⁸ BGer 5C.135_2005 vom 2. November 2005 E. 2.3.

so bearbeitet, dass sie schliesslich als Dispens verstanden und gewertet werden können.¹⁴⁹ Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausgleichungsdispens und seiner Ausdrücklichkeit können mangels Konsistenz allerdings keine eindeutigen Erkenntnisse für die Behandlung des Durchgriffs gezogen werden.

3.1.2 Lehre

Auch in der Lehre wird kein schriftlicher Ausgleichungsdispens verlangt. Eine mündliche Anordnung der Erblasserin bzw. des Erblassers reicht aus, wobei nachgewiesen werden muss, dass die Anordnung ausdrücklich erfolgte.¹⁵⁰ Blosse Absichtserklärungen, konkludente Handlungen oder stillschweigende Willensäusserungen genügen dem Ausdrücklichkeitserfordernis gemäss einem Grossteil der Lehre nicht.¹⁵¹

In der Lehre wird die Rechtsprechung zu den durch Auslegung ermittelten Ausgleichungsdispensen kritisiert.¹⁵² Es wird postuliert, der Dispenswille müsse aus den Äusserungen der Erblasserin bzw. des Erblassers mit Sicherheit hervorgehen¹⁵³ und dürfe sich nicht allein aus den Begleitumständen der möglichen Dispenserklärung oder anhand von Indizien ergeben.¹⁵⁴

Würde man in der indirekten Zuwendung einen Ausgleichungsdispens sehen, käme der Durchgriff bezüglich der Ausgleichung in den meisten Fällen nicht zur Anwendung, weil die Begünstigten nur nachweisen müssten, dass die Erblasserin bzw. der Erblasser die Zuwendung bewusst indirekt ausgerichtet hat, um sie von der Ausgleichung zu dispensieren. Gemäss KOLLER führt eine bewusste, indirekte Zuwendung daher nicht zur Annahme eines Ausgleichungsdispenses.¹⁵⁵ Diese Schlussfolgerung leitet er auch daraus ab, dass sich das Bundesgericht in BGE 149 III 145 grundsätzlich für die Ausgleichungspflicht einer Begünstigung durch eine vom Erblasser beherrschte, juristische Person ausgesprochen hat.¹⁵⁶ Das Bundesgericht hätte die Ausgleichungspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB seiner Ansicht nach nicht im Grundsatz bejaht, wenn in der Tatsache, dass der Erblasser seine juristische Person vorschob, ein Ausgleichungsdispens läge. Ausserdem beruft er sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der

¹⁴⁹ BGE 89 II 72 E. 2 S. 77 ff.; BGer 5A_338/2010 vom 4. Oktober 2010 E. 10.1.2; PIATTI, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 626 ZGB. So auch DRUEY, der die Meinung vertritt «alle Sprache bedarf der Interpretation». DRUEY, Grundriss, § 7 N 54.

¹⁵⁰ DRUEY, Grundriss, § 7 N 54; PIATTI, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 626 ZGB; WIDMER, S. 149 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 353.

¹⁵¹ DRUEY, Grundriss, § 7 N 54; EITEL, BK, N 160 ff. zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 7 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 626 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 353.

¹⁵² BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 81 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 162 f. zu Art. 626 ZGB je m.w.H.; STRAESSLE, Rz. 656; WIDMER, S. 150 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 353; a.M. ZOLLER, S. 35 ff.

¹⁵³ WIDMER, S. 150.

¹⁵⁴ JANSEN, S. 198; WIDMER, S. 150 ff. (insb. S. 154).

¹⁵⁵ KOLLER, Durchgriff, S. 25 f.

¹⁵⁶ BGE 149 III 145 E. 4.3.3 S. 163.

Nachkommen und führt aus, dass das Gesetz bewusst einen ausdrücklichen Ausgleichungsdispens verlangt.¹⁵⁷

3.1.3 Eigene Würdigung

Man könnte den Ausführungen KOLLER entgegnen, dass Art. 626 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit der Befreiung von der Ausgleichungspflicht vorsieht und es deshalb für den Erblasser möglich sein sollte, diese Befreiung durch eine indirekte Zuwendung zu bewirken.¹⁵⁸ Schliesslich kann es durchaus Konstellationen geben, in denen eine Erblasserin bzw. ein Erblasser eines seiner Kinder gegenüber den anderen besserstellen will. In solchen Konstellationen könnte angeommen werden, dass die Erblasserin bzw. der Erblasser durch den Umstand, dass sie bzw. er die Zuwendung indirekt erbracht hat, den Willen der Dispensation der oder des Begünstigten ausdrücken wollte.

Zudem müsste, angenommen in der Indirektheit der Zuwendung würde ein Dispens gesehen werden, trotzdem noch nachgewiesen werden, dass die Zuwendung bewusst indirekt erfolgt ist. Es ist also grundsätzlich denkbar, dass das Bundesgericht die Ausgleichungspflicht in BGE 149 III 145 in ihren Grundzügen bejaht hat, aber in der indirekten Zuwendung einen «latenten» Ausgleichungsdispens sieht, sofern die bewusste Vorschreibung der juristischen Person nachgewiesen werden kann.

M.E. fordert das Gesetz aber nicht ohne Grund einen Ausgleichungsdispens *expressis verbis*. Selbst wenn die Zuwendung aufgrund der Verteilung der Vermögenswerte der Erblasserin bzw. des Erblassers aus der Gesellschaft auszurichten ist, ist es ihr bzw. ihm zuzumuten, die Befreiung von der Ausgleichungspflicht ausdrücklich zu verfügen. Geht man davon aus, dass die Erblasserin bzw. der Erblasser bewusst den Weg der indirekten Zuwendung wählt, gibt es keinen Grund, vom Ausdrücklichkeitserfordernis des Ausgleichungsdispenses abzuweichen. Wird die Zuwendung hingegen aus Unwissenheit bzw. Unbedachtheit indirekt geleistet, wäre es stossend, daraus auf einen Ausgleichungsdispens zu schliessen. Dies würde dem Gleichbehandlungsgedanken des Ausgleichungsrechts zuwiderlaufen¹⁵⁹ und dem Willen der Erblasserin bzw. des Erblassers widersprechen.

Meiner Ansicht nach ist daher an der Ausdrücklichkeit des Ausgleichungsdispenses festzuhalten und es sollte nicht leichtfertig auf eine Anordnung *expressis verbis* geschlossen werden. Daher sollten sich Erblasserinnen und Erblasser bei indirekten Zuwendungen Gedanken über die Ausgleichung machen und allenfalls Ausgleichungsanordnungen treffen. So hat es auch der Erblasser im dem Bundesgerichtsentscheid 5A_69/2008 zu Grunde liegenden Fall getan:

¹⁵⁷ KOLLER, Entscheidbesprechung, S. 773.

¹⁵⁸ Vgl. ähnlich EITEL/BIERI, S. 14.

¹⁵⁹ Vgl. EITEL, BK, N 154 zu Art. 626 ZGB; JANSEN, S. 196; s. auch Ziff. III.F.2.

Er hatte seine Aktiengesellschaft einer von seiner Tochter beherrschten Aktiengesellschaft verkauft und damit verbunden erklärt, dass er seine Tochter, falls bei der Erbteilung wider Erwartungen eine gemischte Schenkung festgestellt werden sollte, ausdrücklich von ihrer Ausgleichungspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB befreie.¹⁶⁰

3.2 Problematik der nachweislichen Begünstigung

Erhält eine Erbin bzw. ein Erbe eine Zuwendung, die ihren bzw. seinen Erbteil übersteigt (sog. Mehrempfang), muss sie bzw. er diesen nicht ausgleichen, wenn die Erblasserin oder der Erblasser sie bzw. ihn nachweislich begünstigen wollte (Art. 629 Abs. 1 ZGB). Die Begünstigung wird bei Ausstattungen, die den Nachkommen und Nachkommen bei ihrer Verheiratung in üblichem Umfange zugewendet worden sind, vermutet (Art. 629 Abs. 2 ZGB). Vorliegend interessiert vor allem der erste Absatz von Art. 629 ZGB, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen hauptsächlich darauf beziehen.

Diese Bestimmung stellt eine Relativierung des Ausdrücklichkeitserfordernisses in Bezug auf den Ausgleichungsdispens dar, weil bei einem Mehrempfang (nur) eine nachweisliche Begünstigung und kein Dispens *expressis verbis* vorliegen muss.¹⁶¹ Die Regelung in Art. 629 ZGB relativiert damit auch den Gleichbehandlungsgrundsatz.¹⁶² Diese gesetzliche Erleichterung soll verhindern, dass eine Erbin bzw. ein Erbe durch Annahme der Erbschaft leistungspflichtig wird, obwohl die Erblasserin oder der Erblasser sie bzw. ihn begünstigen wollte.¹⁶³ Art. 629 Abs. 1 ZGB ist dabei vor allem bezüglich der nach Art. 626 Abs. 2 ZGB ausgleichungspflichtigen Zuwendungen an Nachkommen und Nachkommen von praktischer Bedeutung.¹⁶⁴ Seine Wirkung bezieht sich nur auf den Teil der Zuwendung, der über den Erbanteil hinausgeht (Überschuss) und nicht auf die gesamte Zuwendung.¹⁶⁵ Dabei sind allerdings die Pflichtteile der pflichtteilsberechtigten Erbinnen und Erben zu berücksichtigen, weil ein nicht

¹⁶⁰ BGer 5A_69/2008 vom 20. August 2008 Sachverhalt D.

¹⁶¹ BENN/HERZOG, S. 769; BOSSHARDT, OFK, N 3 zu Art. 629 ZGB; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 3 zu Art. 629 ZGB; DRUEY, Grundriss, § 7 N 41; EITEL, BK, N 160 zu Art. 626 ZGB und N 4 zu Art. 629 ZGB; ESCHER, ZK, N 5 zu Art. 629 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 1 f. zu Art. 629 ZGB; GUBLER, S. 70; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 629 ZGB; WIDMER, S. 165; WINISTÖRFER, S. 111; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 342; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 2041; BGE 77 II 228 E. 3b S. 232; 50 II 104 S. 105 f.; 45 II 513 E. 3 S. 523.

¹⁶² EITEL, BK, N 7 und 10 zu Art. 629 ZGB; ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 629 ZGB.

¹⁶³ BENN/HERZOG, S. 767 f. und 771; BGE 45 II 513 E. 2 S. 522.

¹⁶⁴ BENN/HERZOG, S. 768 f.; BOSSHARDT, OFK, N 3 zu Art. 629 ZGB; EITEL, BK, N 4 zu Art. 629 ZGB; ESCHER, ZK, N 3 und 5 zu Art. 629 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 629 ZGB; WINISTÖRFER, S. 111.

¹⁶⁵ BOSSHARDT, OFK, N 3 zu Art. 629 ZGB; ESCHER, ZK, N 6 zu Art. 629 ZGB; GUBLER, S. 71; PIATTI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 629 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 343; BGE 45 II 513 E. 2 S. 522 f. Wobei die Berechnung des Mehrempfangs umstritten ist.

ausgleichungspflichtiger Mehrempfang unter Umständen herabsetzbar ist (ausdrücklich in Art. 629 Abs. 1 ZGB, Art. 522 ff. ZGB).¹⁶⁶

Ob eine indirekte Zuwendung der Erblasserin bzw. des Erblassers an eine Nachkommin bzw. einen Nachkommen eine nachweisliche Begünstigung darstellt und damit einen Durchgriff im Umfang des Mehrempfanges ausschliesst, wird nachfolgend anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre untersucht.

3.2.1 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich eine nachweisliche Begünstigung bereits aus konkludenten Handlungen sowie aus ausserhalb des Akts liegenden Willensäußerungen und Tatsachen ergeben, wobei die konkreten Umstände zu berücksichtigen sind.¹⁶⁷

Das Bundesgericht leitet den Begünstigungswillen «unter Umständen auch ohne weitere Anhaltspunkte schon aus der Art des Rechtsgeschäftes selbst und dessen Veranlassung» ab.¹⁶⁸ Aufgrund dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht bereits wiederholt aus gemischten Schenkungen auf einen Begünstigungswillen geschlossen.¹⁶⁹

Mit einem Mehrempfang im Rahmen einer indirekten Zuwendung hat sich das Bundesgericht bisher nicht auseinandergesetzt. Es fragt sich daher, ob diese Rechtsprechung auch auf Konstellationen des Durchgriffs übertragen werden kann.¹⁷⁰

3.2.2 Lehre

Wie das Bundesgericht lässt auch die Lehre konkludente Handlungen sowie ausserhalb des Zuwendungsakts liegende Willensäußerungen und Tatsachen für den Nachweis einer Begünstigungsabsicht genügen.¹⁷¹

Die Auslegung von Art. 629 Abs. 1 ZGB ist in der Lehre allerdings umstritten. Einige Autorinnen und Autoren legen die Bestimmung extensiv aus, indem sie die Regelung in Art. 629 Abs. 1 ZGB als gesetzliche Vermutung eines Überschussdispenses verstehen,¹⁷² während andere Autorinnen und Autoren der Ansicht sind, die Ausgleichungspflicht bestehe grundsätzlich auch

¹⁶⁶ S. dazu Ziff. III.G nachfolgend.

¹⁶⁷ BGE 77 II 228 E. 3b S. 232; 69 II 71 E. 2 S. 74; 45 II 513 E. 3 S. 523; BGer 5A_629/2015 vom 27. März 2017 E. 8.2.1.

¹⁶⁸ BGE 84 II 338 E. 7c S. 349; 45 II 513 E. 3 S. 523.

¹⁶⁹ BGE 84 II 338 E. 7c S. 349; 50 II 104 S. 106 f.; relativierend BGer 5A_629/2015 vom 27. März 2017 E. 9.1.

¹⁷⁰ S. nachfolgend Ziff. III.F.3.1.3.

¹⁷¹ BENN/HERZOG, S. 769 f.; ESCHER, ZK, N 5 zu Art. 629 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 629 ZGB; GUBLER, S. 70; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 342 f.

¹⁷² BENN/HERZOG, S. 773; ESCHER, ZK, N 6 zu Art. 629 ZGB.

bezüglich des Mehrempfangs.¹⁷³ Ein Teil der Lehre folgt ausserdem der bundesgerichtlichen Praxis, wonach sich der Begünstigungswille einzig aus der Art des Rechtsgeschäfts ergeben kann.¹⁷⁴

Dabei gehen BENN/HERZOG weiter als die bundesgerichtliche Rechtsprechung und erachten die Begünstigungsabsicht bei jedem liberatorischen Rechtsgeschäft als immanent, weil die Erblasserin bzw. der Erblasser durch den Verzicht auf eine Gegenleistung einen Zuwendungswillen zeige.¹⁷⁵ Sie vertreten zudem die Auffassung, der Begünstigungswille bestehe unabhängig davon, ob die Erblasserin bzw. der Erblasser annimmt, dass die Zuwendung den Erbteil der begünstigten Person dereinst übersteigt.¹⁷⁶ Art. 629 Abs. 1 ZGB sei eine gesetzliche Vermutung über das Bestehen eines Dispensationswillens der Erblasserin bzw. des Erblassers, die nur dann entfalle, wenn die Erblasserin bzw. der Erblasser die volle Ausgleichung oder diejenige des Überschusses verfügt habe.¹⁷⁷

Der grössere Teil der Lehre vertritt eine gegenteilige Auffassung. Nach dieser Lehrmeinung ginge es zu weit, gewisse Geschäfte *per se* als nachweisliche Begünstigung zu qualifizieren, ohne dabei die konkreten Umstände und Willensäußerungen der Erblasserin bzw. des Erblassers zu beachten.¹⁷⁸ Zudem sei fraglich, ob ohne explizite Anordnung der Erblasserin bzw. des Erblassers angenommen werden könne, dass diese bzw. dieser eine zusätzliche Begünstigung im Umfang des die Erbquote übersteigenden Anteils beabsichtigte, da im Zeitpunkt der Zuwendung häufig nicht klar sei, wie sich der Wert des Vorempfangs entwickeln und wie hoch der gesetzliche Erbteil sein werde.¹⁷⁹ Diese Meinung leiten die Autorinnen und Autoren aus dem Verhältnis zwischen den beiden Absätzen von Art. 629 ZGB ab. Die Vertreter dieser Ansicht interpretieren den Sinngehalt des ersten Absatzes mittels Umkehrschlusses dahingehend, dass ein Begünstigungswille nur im engen tatbestandlichen Rahmen des zweiten Absatzes zu vermuten sei.¹⁸⁰

¹⁷³ DRUEY, Grundriss, § 7 N 41; EITEL, BK, N 8 ff. und N 14 zu Art. 629 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 629 ZGB; GUBLER, S. 66 f.; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 629 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 333 f.; WIDMER, S. 165 f.

¹⁷⁴ BENN/HERZOG, S. 770 ff.; ESCHER, ZK, N 6 zu Art. 629 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 629 ZGB; GUBLER, S. 70; STRAESSLE, Rz. 658; WIDMER S. 169.

¹⁷⁵ BENN/HERZOG, S. 772; in dieselbe Richtung weisend ESCHER, ZK, N 6 zu Art. 629 ZGB; WIDMER, S. 169.

¹⁷⁶ BENN/HERZOG, S. 772; **a.M.** DRUEY, Grundriss, § 7 N 40; EITEL, BK, N 6 zu Art. 629 ZGB; GUBLER, S. 70 f.; WIDMER, S. 166 ff.

¹⁷⁷ BENN/HERZOG, S. 773.

¹⁷⁸ EITEL, BK, N 14 zu Art. 629 ZGB; so auch FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 629 ZGB; WIDMER, S. 166; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 343.

¹⁷⁹ DRUEY § 7 N 40; EITEL, BK, N 5, 7 und 9 zu Art. 629 ZGB; HERZOG/JAHNEL, Rz. 1.102; **a.M.** BENN/HERZOG, S. 772. Für BENN/HERZOG zeigt dies umso mehr, dass stets von einer Begünstigungsabsicht auszugehen ist.

¹⁸⁰ GUBLER, S. 71 ff.; WIDMER, S. 166 ff.

Auch die Lehre hat sich bisher nicht mit Konstellationen rund um Mehrempfänge im Rahmen von indirekten Zuwendungen und daraus abgeleiteten Durchgriffen befasst. Daher werden im nachfolgenden Abschnitt die unterschiedlichen Lehrmeinungen eingeordnet und auf die indirekten Zuwendungen angewandt.

3.2.3 Eigene Würdigung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine gemischte Schenkung eine Begünstigungsabsicht nachweise und die Lehrmeinung von BENN/HERZOG röhren daher, dass das Vorliegen einer (gemischten) Schenkung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (unter anderem) subjektiv eine Schenkungsabsicht erfordert. Dabei genügt nur die tatsächliche Erkenntnis der (teilweisen) Unentgeltlichkeit der Zuwendung; die Erkennbarkeit derer reicht nicht aus.¹⁸¹ Das Bundesgericht bezieht seine Ausführungen zwar auf die gemischte Schenkung, der *animus donandi* wird aber auch bei reinen Schenkungen vorausgesetzt, da er nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Voraussetzung der Unentgeltlichkeit schlechthin bildet. Dies führt in der Konsequenz dazu, dass sämtlichen unentgeltlichen Zuwendungen ein Begünstigungswille inhärent ist.¹⁸² Das Erfordernis des Zuwendungswillens im Rahmen der Unentgeltlichkeit ist aber umstritten.¹⁸³ M.E. sollte aber am Erfordernis des Zuwendungswillens festgehalten werden, da dieses subjektive Element auf dem tatsächlich von der Erblasserin bzw. vom Erblasser Erkannten basiert. Die Erkennbarkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und (allfälliger) Gegenleistung würde dieses subjektive Element stark relativieren und sich nicht auf den tatsächlichen Willen der bzw. des Betroffenen beziehen.

Die ausgleichungsrechtlichen Bestimmungen sind nicht ohne Grund dispositiver Natur. Trotzdem ist nicht in jeder unentgeltlichen Zuwendung *a priori* eine nachweisliche Begünstigung zu sehen. Der Ausgleichungsdispens nach Art. 629 Abs. 1 ZGB erfordert neben dem Schenkungswillen auch die Begünstigungsabsicht im Sinne einer Besserstellung der begünstigten Person gegenüber ihren bzw. seinen Miterbinnen und -erben. Eine solche kann m.E. nur dann vorliegen, wenn der Erblasserin bzw. dem Erblasser im Zuwendungszeitpunkt bewusst ist, dass die Zuwendung den gesetzlichen Erbteil (voraussichtlich) übersteigen wird oder übersteigen könnte. Sofern also nicht ein beachtlicher Teil des Vermögens kurz vor dem Tod übertragen wird, dürfte es schwer sein, aufgrund der indirekten Zuwendung von einer nachweislichen Begünstigung auszugehen. Kategorisch Rechtsgebilde als nachweislich begünstigend anzusehen und damit die Ausgleichung des Mehrempfangs faktisch auf ein Minimum an Fällen zu reduzieren, ist abzulehnen. M.E. ist somit der herrschenden Lehre zu folgen. Indirekte Zuwendungen dürften nämlich häufig unüberlegt und ohne Berücksichtigung der erbrechtlichen

¹⁸¹ S. dazu die Ausführungen in Fn. 105 vorne.

¹⁸² Dies anerkennt das Bundesgericht in BGE 98 II 352 E. 3b S. 357 ff. auch selbst.

¹⁸³ S. dazu Fn. 105 vorstehend.

Konsequenzen erfolgen. Die planerischen Vorüberlegungen der Erblasserinnen und Erblasser dürfen nicht überschätzt werden. Viele Personen setzen sich nicht mit den erbrechtlichen Folgen ihrer Handlungen auseinander, was sich beispielsweise in der niedrigen Testierquote ausdrückt.¹⁸⁴ Daher darf die nachweisliche Begünstigung nach Art. 629 Abs. 1 ZGB nach der Ansicht der Autorin nicht ohne Weiteres angenommen werden. Dies würde dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Nachkommen und Nachkommen und der Gerechtigkeitsidee zuwiderlaufen und in einem Grossteil der Fälle nicht dem Willen der Erblasserin bzw. des Erblassers entsprechen. Auch wenn die Regelung in Art. 629 ZGB eine gewisse Relativierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellt,¹⁸⁵ kann daraus nicht geschlossen werden, dass die *ratio* dieser Bestimmung die absolute Wegbedingung der gesetzlichen Ausgleichung im Umfang des Mehrempfangs darstellt. Dies ergibt sich auch aus dem Zusammenspiel der beiden Absätze des Art. 629 ZGB.

Bezogen auf die indirekten Zuwendungen kann also durchaus eine nachweisliche Begünstigung vorliegen. Diese ergibt sich aber nach hier vertretener Ansicht nicht einzig aus dem Umstand, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgte oder daraus, dass sie indirekt zugewendet wurde. Selbstverständlich kann sich aber aufgrund der weiteren Umstände aus der indirekten Zuwendung eine Begünstigungsabsicht ableiten lassen. Dafür muss sich die Erblasserin bzw. der Erblasser nach Ansicht der Autorin aber bewusst gewesen sein, dass die Zuwendung den Erbanteil der oder des Begünstigten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit übersteigen wird.

3.3 Zwischenfazit zum Ausgleichsdispens und zur nachweislichen Begünstigung

Das Bundesgericht hat sich bisher im Rahmen des Durchgriffs weder mit dem Ausgleichsdispens nach Art. 626 Abs. 2 ZGB noch mit der nachweislichen Begünstigung nach Art. 629 Abs. 1 ZGB befasst. Auch in der Lehre wurden diese Problembereiche bisher (noch) nicht *in extenso* beleuchtet. Nach Ansicht der Autorin liegt allein in der indirekten Zuwendung weder ein Ausgleichsdispens noch eine nachweisliche Begünstigung. Wobei sich die nachweisliche Begünstigung durch eine indirekte Zuwendung aus weiteren Umständen ergeben könnte und die indirekte Zuwendung dabei – je nach Konstellation – als Indiz für eine bewusste Begünstigung gesehen werden könnte.

G. Durchgriff und Herabsetzung

Um die Relevanz des Durchgriffs im Kontext der Herabsetzung zu erörtern, ist zunächst eine Abgrenzung zwischen Herabsetzung und Ausgleichung vorzunehmen. Anschliessend werden

¹⁸⁴ Diese liegt jeweils bei ca. 25-30 %, wobei die Schätzungen stark variieren. Statt vieler vgl. beispielhaft BREITSCHMID, S. 1429; STUTZ/BAUER/SCHMUGGE, S. 17 und 22; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 20.

¹⁸⁵ Ziff. III.F.3.2 m.Verw.

allgemeine Aspekte der Herabsetzung punktuell angesprochen, um im Anschluss daran den Anwendungsbereich des Durchgriffs im Rahmen der erbrechtlichen Herabsetzung herauszuarbeiten.

1. Verhältnis zwischen Herabsetzung und Ausgleichung

Die Herabsetzung befasst sich – wie die Ausgleichung – mit der erbrechtlichen Berücksichtigung unentgeltlicher lebzeitiger Zuwendungen der Erblasserin bzw. des Erblassers (Art. 527 ZGB). Zusätzlich umfasst die Herabsetzung erblasserische Zuwendungen von Todes wegen (Art. 522 Abs. 1 ZGB).¹⁸⁶ Außerdem sind nach Art. 529 ZGB auch Versicherungsansprüche herabsetzbar.

Ziel der Herabsetzung ist der Schutz von Pflichtteilsansprüchen und der Familienerbfolge.¹⁸⁷ Ihre Auswirkung geht insofern weniger weit als die der Ausgleichung, da Zuwendungen im Rahmen der Herabsetzung nur bis zum Betrag des Pflichtteils berücksichtigt werden.¹⁸⁸ Die Herabsetzung ist aus diesem Grund subsidiär zur Ausgleichung.¹⁸⁹ Allerdings erfasst die Herabsetzung nicht nur das Verhältnis zwischen Erblasserin bzw. Erblasser und Erbinnen und Erben, sondern auch das erblasserische Verhältnis zu von der Erblasserin bzw. vom Erblasser begünstigten Dritten.¹⁹⁰

Aufgrund des Pflichtteilsschutzes als Ziel der Herabsetzung handelt es sich bei den herabsetzungsrechtlichen Bestimmungen – anders als bei den ausgleichungsrechtlichen Bestimmungen – um zwingendes Recht.¹⁹¹

¹⁸⁶ DRUEY, Grundriss, § 6 N 71; FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 522 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 19 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; STRAESSLE, Rz. 421; WINISTÖRFER, S. 199; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 319; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1043 und 1068.

¹⁸⁷ DRUEY, Grundriss, § 6 N 69; FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 522 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 19 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 522–533 ZGB; STRAESSLE, Rz. 272; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 319; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1043 f.; BGE 126 III 171 E. 3b/bb S. 174 f.; BGer 5A_326/2016 vom 30. Mai 2017 E. 4.1.2.

¹⁸⁸ EITEL, Spannungsfeld, S. 461; ESCHER, ZK, N 45 zu Art. 626 ZGB; MINNIG, OFK, N 1 zu Art. 522 ZGB; STRAESSLE, Rz. 275; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 474; BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 157.

¹⁸⁹ BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 10 zu Vorbemerkungen zu Art. 626 ff. ZGB; EITEL, Spannungsfeld, S. 462; ESCHER, ZK, N 58 zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 5 zu Art. 522 ZGB; HERZOG/JAHNEL, Rz. 1.69; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 19 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; JANSEN, S. 96 f.; MINNIG, OFK, N 2 zu Art. 527 ZGB; STRAESSLE, Rz. 276 und 274; WINISTÖRFER, S. 199; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 320; BGE 126 III 171 E. 3a S. 173; BGer 5A_883/2010, 5A 887/2010 vom 18. April 2011 E. 6.

¹⁹⁰ EITEL, Spannungsfeld, S. 462; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 19 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; STRAESSLE, Rz. 277.

¹⁹¹ EITEL, Spannungsfeld, S. 462; EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 12; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 19 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; JANSEN, S. 95 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 319; BGer 5C.76/2006 vom 29. August 2006 E. 2.1; 5C.60/2003 vom 7. Mai 2003 E. 3.1.

2. Grundsätzliches zur Herabsetzung

Die Herabsetzungsklage können in erster Linie Erbinnen und Erben geltend machen, sofern sie in ihrem Pflichtteil verletzt sind (Art. 522 Abs. 1 ZGB).¹⁹² Passivlegitimiert ist jede natürliche oder juristische Person, die von der Erblasserin bzw. vom Erblasser durch ein herabsetzbares Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen übermäßig begünstigt worden ist.¹⁹³ Dabei kann es sich sowohl um Vermächtnisnehmerinnen und Vermächtnisnehmer als auch um eingesetzte Erbinnen und Erben oder um Dritte handeln.¹⁹⁴

Bezüglich der Herabsetzungsobjekte interessieren im Rahmen dieser Arbeit vorab die lebzeitigen Zuwendungen, weshalb jene von Todes wegen nachfolgend mehrheitlich unbeachtet bleiben. Dabei ist der Zuwendungs begriff mit Bezug auf die herabsetzbaren, lebzeitigen Zuwendungen identisch mit dem der Ausgleichung, weshalb auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden kann.¹⁹⁵

Nach Art. 527 ZGB erfasst die Herabsetzung folgende lebzeitige Zuwendungen: Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind (Ziff. 1), Erbabfindungen und Auskaufs beträge (Ziff. 2), Schenkungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte, oder die er während der letzten fünf Jahre vor seinem Tod ausgerichtet hat, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheits geschenke, (Ziff. 3) und Entäusserungen von Vermögenswerten, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat (Ziff. 4).

Das Bundesgericht und ein Grossteil der Lehre sind der Auffassung, dass alle in Ziffer 1 genannten Zuwendungen – unabhängig vom Willen der Erblasserin bzw. des Erblassers – herabsetzbar sind.¹⁹⁶ Damit sind allfällige Ausgleichungsdispense bezüglich der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB unbeachtlich. Zudem ist diese Bestimmung auch auf Zuwendungen

¹⁹² DRUEY, Grundriss, § 6 N 87; FANKHAUSER, CHK, N 3 zu Art. 522 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 5 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; MINNIG, OFK, N 4 zu Art. 522 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 5 zu Vorbemerkungen zu Art. 522–533 ZGB; STRAESSLE, Rz. 418; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 51 ff.; WINISTÖRFER, S. 197; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 500 f.; ZOLLER, S. 74.

¹⁹³ DRUEY, Grundriss, § 6 N 79 und 87; FANKHAUSER, CHK, N 4 zu Art. 522 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 8 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; MINNIG, OFK, N 5 zu Art. 522 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Vorbemerkungen zu Art. 522–533 ZGB; STRAESSLE, Rz. 418; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 54; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 502; ZOLLER, S. 75.

¹⁹⁴ EITEL, Spannungsfeld, S. 462; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 19 zu Vorbemerkungen zu Art. 522 ff. ZGB; MINNIG, OFK, N 5 zu Art. 522 ZGB; STRAESSLE, Rz. 277; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 502.

¹⁹⁵ Ziff. III.F.1.

¹⁹⁶ Damit vertreten sie die sog. objektive Theorie. Insb. BGE 149 III 145 E. 4.3.1 S. 157; 126 III 171 E. 3a S. 173; 116 II 667 E. 2b/cc S. 672 f.; 107 II 119 E. 3b S. 129 f.; AEBI-MÜLLER, Rz. 08.34; DRUEY, Grundriss, § 6 N 76; GUBLER, S. 126 ff.; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 11 ff. zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 527 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 30; WIDMER, S. 100 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 476 f.; a.M. die Vertreter der subjektiven Theorie: EITEL, Auslegeordnung, S. 753 f.; EITEL, Spannungsfeld, S. 470 f.; PIOTET, SPR IV/1, 449 ff.; WINISTÖRFER, S. 213 ff.; ZOLLER, S. 87.

anwendbar, die an andere Erbinnen und Erben als die Nachkommen und Nachkommen geflossen sind.¹⁹⁷

Gemäss Art. 527 Ziff. 2 ZGB unterliegen Erbabfindungen und Auskaufsbezüge der Herabsetzung. Diese Begriffe bezeichnen die lebzeitige Zuwendung der Erblasserin bzw. des Erblassers an eine Präsumtiverbin bzw. einen Präsumtiverben im Zusammenhang mit einem Erbverzicht nach Art. 495 ZGB.¹⁹⁸

Art. 527 Ziff. 3 ZGB unterstellt frei widerrufliche Schenkungen¹⁹⁹ und unentgeltliche Zuwendungen²⁰⁰ innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Ableben der Erblasserin bzw. des Erblassers der Herabsetzung. Davon ausgenommen sind übliche Gelegenheitsgeschenke.²⁰¹

Nach Art. 527 Ziff. 4 ZGB unterstehen schliesslich sämtliche lebzeitigen Entäusserungen der Herabsetzung, die die Erblasserin bzw. der Erblasser offenbar zum Zweck der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat. Diese Ziffer erfordert subjektiv eine Umgehungsabsicht der Erblasserin bzw. des Erblassers im Zeitpunkt der Zuwendung. Diese Umgehungsabsicht ist anhand der konkreten Umstände zu ermitteln und liegt vor, wenn die Erblasserin bzw. der Erblasser wusste oder in Kauf nahm, dass die Zuwendung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die verfügbare Quote überschreiten wird.²⁰²

Ist eine lebzeitige Zuwendung herabsetzbar, ist sie rechnerisch dem Nachlass hinzuzurechnen (Art. 475 ZGB). Ob die Zuwendung dann konkret herabzusetzen ist, hängt vom Nachlasssubstrat ab. Befindet sich genügend Vermögen zur Deckung der Pflichtteile im Nachlass, erfolgt die Herabsetzung nur abstrakt. Können die Pflichtteile hingegen nicht aus dem Nachlassvermögen gedeckt werden, so ist die Zuwendung konkret herabzusetzen.²⁰³ Die Reihenfolge der

¹⁹⁷ FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 527 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 11 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 3 zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 527 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 478; ZOLLER, S. 103; BGE 107 II 119 E. 3b S. 130.

¹⁹⁸ FANKHAUSER, CHK, N 3 zu Art. 527 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 13 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 4 zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 527 ZGB; WINSTÖRFER, S. 217 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 480 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1079.

¹⁹⁹ Bei freiwiderruflichen Schenkungen handelt es sich um diejenigen Schenkungen, für welche sich die Schenkerin bzw. der Schenker den Widerruf ausdrücklich vorbehalten hat. FANKHAUSER, CHK, N 4 zu Art. 527 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 16a zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 5 zu Art. 527 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 448; WINSTÖRFER, S. 218; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 482 f.; ZOLLER, S. 105 f.

²⁰⁰ Zu den Begrifflichkeiten Ziff. III.F.

²⁰¹ FANKHAUSER, CHK, N 4 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 5 zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 und 9 zu Art. 527 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 481 ff.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1084 ff.

²⁰² AEBI-MÜLLER, Rz. 08.44; FANKHAUSER, CHK, N 5 zu Art. 527 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 19 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 6 zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 11 zu Art. 527 ZGB; WINSTÖRFER, S. 223 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 485; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1091; BGE 128 III 314 E. 4 S. 317; BGer 5P.347/2004 vom 11. Januar 2005 E. 1.

²⁰³ DRUEY, Grundriss, § 6 N 78; GUBLER, S. 114; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 1b zu Art. 522 ZGB; STRAESSLE, Rz. 422; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 21 und 25; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1076 und 1094.

Herabsetzung ergibt sich aus Art. 532 ZGB. Danach unterliegen zuerst das Intestaterbrecht, dann die Verfügungen von Todes wegen und schliesslich die Zuwendungen unter Lebenden der Herabsetzung.²⁰⁴ Im Rahmen der Herabsetzung von lebzeitigen Zuwendungen unterliegen gemäss Art. 532 Abs. 2 ZGB zuerst Zuwendungen aus Ehe- oder Vermögensverträgen, in einem zweiten Schritt die frei widerruflichen Zuwendungen und Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge und in einem letzten Schritt sämtliche weiteren Zuwendungen, wobei die späteren vor den früheren herabgesetzt werden, der Herabsetzung.²⁰⁵

3. Anwendungsbereich des Durchgriffs im Rahmen der Herabsetzung

Im Gegensatz zur gesetzlichen Ausgleichung ist die Herabsetzung nicht durch die Person der oder des Begünstigten eingeschränkt, da Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB sämtliche Empfängerinnen und Empfänger unentgeltlicher Zuwendungen umfassen.²⁰⁶ Von Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB sind dementsprechend auch Zuwendungen an juristische Personen erfasst, womit solche Zuwendungen auch ohne den Durchgriff der Herabsetzung unterliegen.²⁰⁷ Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass im Herabsetzungsrecht kein Bedarf für den Durchgriff besteht.

Vorab ist ein Durchgriff bei herabsetzbaren Zuwendungen erforderlich, wenn die Zuwendung nicht von der Erblasserin bzw. dem Erblasser, sondern von der erblasserisch beherrschten, juristischen Person, ausgerichtet wird. Die Herabsetzung würde ohne den Durchgriff nämlich nicht zur Anwendung gelangen, da grundsätzlich nur erblasserische Zuwendungen der Herabsetzung unterliegen.²⁰⁸

Ausserdem stellen sich auch bei Zuwendungen an von Nachkommen beherrschte, juristische Personen Fragen des Durchgriffs, weil ohne Durchgriff auch die indirekt begünstigten Nachkommen und Nachkommen die Verletzung ihrer Pflichtteile geltend machen könnten. Diese Nachkommen und Nachkommen haben nämlich ein Interesse an der Hinzurechnung der Zuwendung, wenn diese nicht effektiv herabgesetzt werden muss, weil aufgrund der Herabsetzungsreihenfolge (Art. 532 ZGB)²⁰⁹ zunächst andere Zuwendungen tatsächlich herabgesetzt werden müssen.²¹⁰

²⁰⁴ HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 1 zu Art. 532 ZGB; MINNIG, OFK, N 5 zu Art. 532 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 532 ZGB; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 69 N 58; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 493; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1104.

²⁰⁵ FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 532 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 6a ff. zu Art. 532 ZGB; MINNIG, OFK, N 3 zu Art. 532 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 3a ff. zu Art. 532 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 491.

²⁰⁶ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 16; KOLLER, Durchgriff, S. 26.

²⁰⁷ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 16; KOLLER, Durchgriff, S. 26.

²⁰⁸ KOLLER, Durchgriff, S. 27.

²⁰⁹ Ziff. III.G.2.

²¹⁰ EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 17.

Zudem könnten lebzeitige Zuwendungen vorliegen, die einzig den Tatbestand von Art. 527 Ziff. 1 ZGB erfüllen. Zu dieser Situation kommt es beispielsweise dann, wenn eine an sich ausgleichungspflichtige Erbin bzw. ein ausgleichungspflichtiger Erbe die Erbschaft ausschlägt²¹¹ und so der Ausgleichung mangels Erbenstellung (Art. 572 Abs. 1 ZGB) entgeht, die Zuwendung aber älter als fünf Jahre ist und eine offensichtliche Umgehung der Verfügungsbeschränkung nicht nachweisbar ist. Bejaht man bezüglich der Ausgleichung den Durchgriff, muss dieser erst recht bei der Herabsetzung lebzeitiger Zuwendungen nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB zur Anwendung kommen.²¹²

H. Erbrechtliche Informationsansprüche im Rahmen des Durchgriffs

In ausgleichungs- und herabsetzungsrechtlichen Konstellationen stellt sich die Frage, wie die Erbinnen und Erben überhaupt an die Informationen gelangen, die sie benötigen, um ihre Ansprüche substantiiert geltend machen zu können.²¹³ Grundsätzlich besteht im Schweizer Recht nämlich kein allgemeines Auskunftsrecht.²¹⁴ Da das Informationsbedürfnis der Erbinnen und Erben zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aber hoch ist, wurden in Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB besondere erbrechtliche Informationsansprüche verankert.²¹⁵ Diese Informationsansprüche werden nachfolgend kurz umschrieben und auf die Situation des Durchgriffs angewandt, um allfällige Besonderheiten im Rahmen des Durchgriffs herauszuarbeiten.

Dabei beziehen sich die Ausführungen ausschliesslich auf die erbrechtlichen Informationspflichten. Daneben ist – je nach Konstellation – auch an vertragliche und obligationenrechtliche Informationspflichten zu denken, welche *qua* Universalsukzession (Art. 560 ZGB) auf die Erbinnen und Erben übergehen. In Konstellationen, die den Durchgriff tangieren, dürfte sich die Frage der vertraglichen Informationsansprüche gegenüber beherrschten, juristischen Personen kaum stellen, da sich die Informationen nicht aus der vertraglichen Verbindung zwischen

²¹¹ Vgl. dazu EITEL, Spannungsfeld, S. 476 f.; ESCHER, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 626 ZGB i.V.m. N 2 zu Art. 629 ZGB.

²¹² EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 18.

²¹³ ARNET/SCHNIERER, S. 222; DRUEY, Informationsrecht, S. 186; GöSKU, S. 953; GRAHAM-SIEGENTHALER/EBERHARD, S. 122; WEIBEL, PraxKomm, N 18a f. zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB.

²¹⁴ BGE 132 III 677 E. 4.2.1 S. 685; BGer 4A_522/2018 vom 18. Juli 2019 E. 4.1; SCHRÖDER, Geister, S. 197; SCHRÖDER, Informationspflichten, S. 126. Wobei diskutiert wird, ob sich eine allgemeine materiellrechtliche Informationspflicht nicht aus Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB ergeben kann. DRUEY, Anspruch, S. 127 ff.

²¹⁵ Dabei erweist sich Art. 607 Abs. 3 ZGB gegenüber Art. 610 Abs. 2 ZGB als *lex specialis*, weil sich die gesetzliche Regelung in Art. 607 Abs. 3 ZGB auf die Sonderfälle des Besitzes von Erbschaftssachen und der Schuldnerstellung gegenüber der Erblässerin bzw. dem Erblasser beschränkt. Allerdings geht Art. 607 Abs. 3 ZGB insofern weiter, als dass die betroffenen Erbinnen und Erben nicht nur gegenüber ihren Miterbinnen und Miterben auskunftspflichtig sind, sondern ganz allgemein, also z.B. auch gegenüber der Teilungsbehörde. ARNET/SCHNIERER, S. 225 f.; GöSKU, S. 954; MINNIG, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 607 ZGB; SCHRÖDER, Informationspflichten, S. 45; WOLF, S. 73, Fn. 10; WOLF/EGGEL, BK, N 23 und 25 zu Art. 607 ZGB.

Erblasserin bzw. Erblasser und der juristischen Person ergeben, sondern aufgrund der Tatsache bestehen, dass Zuwendungen indirekt an eine Erbin bzw. einen Erben geflossen sind.

1. Grundsätzliches zu den erbrechtlichen Informationsansprüchen

Nach Art. 610 Abs. 2 ZGB haben sich Erbinnen und Erben gegenseitig über ihr Verhältnis mit der Erblasserin bzw. dem Erblasser alles mitzuteilen, was für eine gleichmässige und gerechte Erbteilung von Bedeutung ist.²¹⁶ Zudem haben Miterbinnen und Miterben, die im Besitz von Erbschaftssachen oder Schuldnerinnen bzw. Schuldner der Erblasserin bzw. des Erblassers sind, nach Art. 607 Abs. 3 ZGB einander genauen Aufschluss darüber zu geben.²¹⁷ Das Informationsinteresse der Erbinnen und Erben bezieht sich dabei auf alles, «was bei einer objektiven Betrachtung möglicherweise geeignet scheint, die Teilung in irgendeiner Weise zu beeinflussen».²¹⁸ Dabei ist insbesondere über Schenkungen der Erblasserin bzw. des Erblassers zu Lebzeiten und über Vorbezüge Auskunft zu erteilen.²¹⁹ Den Nachweis über die Erheblichkeit der geforderten Informationen haben die Klägerinnen und Kläger zu erbringen. Dabei genügt es, die Erheblichkeit plausibel darzulegen.²²⁰

Der Bundesrat plant in der sog. technischen Erbrechtsrevision unter anderem die erbrechtlichen Informationsansprüche unter den Erbinnen und Erben sowie gegenüber Dritten zu konsolidieren und Streitfragen zu klären.²²¹ *De lege ferenda* wird in Art. 601a Abs. 1 VE-ZGB folgende Formulierung vorgeschlagen: «*Wer einen erbrechtlichen Anspruch geltend machen kann, ist nach dem Tod des Erblassers berechtigt, von Rechtsnachfolgern und Dritten, die Vermögenswerte des Erblassers verwaltet, besessen oder erhalten haben, Informationen zu*

²¹⁶ ARNET/SCHNIERER, S. 224; GÖSKU, S. 954; MINNIG, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 610 ZGB; WEIBEL, PraxKomm, N 15 zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB; WOLF/EGGEL, BK, N 21 zu Art. 610 ZGB; BGE 132 III 677 E. 4.2.1 S. 685; 127 III 396 E. 3 S. 401 f.; 99 III 41 E. 3 S. 45; 90 II 365 E. 3a S. 372; BGer 5A_180/2022 vom 8. März 2023 E. 3; 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 2; 5P.347/2004 vom 11. Januar 2005 E. 6.2; 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.1.

²¹⁷ ARNET/SCHNIERER, S. 223 f.; GÖSKU, S. 954; HÄFLIGER, OFK, N 7 zu Art. 607; MINNIG, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 607 ZGB; WEIBEL, PraxKomm, N 15 zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB; BGE 99 III 41 E. 3 S. 45; 90 II 365 E. 3a S. 372; BGer 5A_180/2022 vom 8. März 2023 E. 3; 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 2; 5P.347/2004 vom 11. Januar 2005 E. 6.2.

²¹⁸ BGE 132 III 677 E. 4.2.1 S. 685; 127 III 396 E. 3 S. 402 m. Verw. auf BGE 99 III 41 E. 3 S. 45; 90 II 365 E. 3a und 3c S. 372 und 374; 59 II 128 E. 2 S. 129; zudem BGer 5A_55/2016 vom 11. April 2016 E. 4.2; 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 2.1; 5P.347/2004 vom 11. Januar 2005 E. 6.2; 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.1; zustimmend GÖSKU, S. 960; GRAHAM-SIEGENTHALER/EBERHARD, S. 122; WEIBEL, PraxKomm, N 33 zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB; WOLF, S. 78.

²¹⁹ BGE 127 III 396 E. 3 S. 402; 99 III 41 E. 3 S. 45; 90 II 365 E. 3a S. 372; GÖSKU, S. 960; SCHRÖDER, Geister, S. 190; SCHRÖDER, Informationspflichten, S. 50 f.; WEIBEL, PraxKomm, N 34 zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB; WOLF/EGGEL, BK, N 31 zu Art. 607 ZGB und N 22 zu Art. 610 ZGB.

²²⁰ ENZMANN, Rz. 297; GÖSKU, S. 955; GRAHAM-SIEGENTHALER/EBERHARD, S. 122 f.; SCHRÖDER, Geister, S. 190; SCHRÖDER, Informationspflichten, S. 51 f.; BGE 127 III 396 E. 3 S. 402; BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.3.

²²¹ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>> (besucht am 19. November 2023), S. 41.

erhalten, die er benötigt, um den Umfang seiner Ansprüche festzustellen.»²²² KOLLER sieht die Problemstellung des Durchgriffs im Rahmen des Gesetzesvorentwurfs zu den Informationsansprüchen als gelöst.²²³ Ob diese Bestimmung aber tatsächlich wie aktuell vorgesehen in Kraft treten wird und wann dies der Fall sein könnte, ist bisher noch völlig offen.²²⁴ Daher wird in der vorliegenden Arbeit darauf verzichtet, ausführlicher auf die möglichen Auswirkungen der allfälligen Änderung der Gesetzesbestimmungen zu den erbrechtlichen Informationsrechten einzugehen. Diese Revision sollte jedoch mitverfolgt und mit Bezug auf ihre Auswirkungen auf den Durchgriff beleuchtet werden, sobald der definitive Gesetzeswortlaut feststeht.

2. Erbrechtliche Informationsansprüche und Durchgriff

Nach dem Gesagten ist zu untersuchen, ob sich die Informationspflichten der Erbinnen und Erben nur auf ihr Verhältnis zur Erblasserin bzw. zum Erblasser beziehen oder ob sich diese Informationspflichten auch auf ihr Verhältnis zur juristischen Person erstrecken. Zudem stellt sich die Frage, ob die Miterbinnen und -erben der begünstigten Person auch einen direkten Informationsanspruch gegenüber der juristischen Person geltend machen können.

2.1 Informationspflichten der Erbinnen und Erben

Das Bundesgericht hat sich über die Informationsansprüche von Erbinnen und Erben im Rahmen der Durchgriffsthematik geäussert und das Bestehen solcher Ansprüche grundsätzlich bejaht.²²⁵ Dabei hat es sich insbesondere auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)²²⁶ bezogen und daraus abgeleitet, dass die Erbinnen und Erben nicht nur über ihr eigenes Verhältnis zur Erblasserin bzw. zum Erblasser, sondern auch über das Verhältnis zwischen von ihnen beherrschten, juristischen Personen und der Erblasserin bzw. dem Erblasser Auskunft geben müssen.²²⁷ Ganz grundsätzlich haben sie über sämtliche erbrechtlich

²²² Vorentwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>> (besucht am 19. November 2023).

²²³ KOLLER, Durchgriff, S. 29, Fn. 76.

²²⁴ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018, BBI 2018 5813 ff., S. 5826; auch ARNET/SCHNIERER, S. 235; WEIBEL, PraxKomm, N 19a zu Vorbermerkungen zu Art. 607 ff. ZGB.

²²⁵ BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.3.

²²⁶ Die Informationsrechte und -pflichten unter den Erbinnen und Erben beruhen auf dem Grundsatz von Treu und Glauben und dienen der Gleichbehandlung und Gleichberechtigung der Erbinnen und Erben sowie der fairen Nachlassabwicklung. Vgl. insb. WEIBEL, PraxKomm, N 15 zu Vorbermerkungen zu Art. 607 ff. ZGB; zustimmend ARNET/SCHNIERER, S. 224 f.; SCHRÖDER, Informationspflichten, S. 126 ff.

²²⁷ BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.3.

relevanten Vermögensverschiebungen zu informieren, von denen sie Kenntnis haben.²²⁸ Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung wird in der Lehre mehrheitlich begrüßt.²²⁹

Denkt man diese Rechtsprechung weiter, führt sie dazu, dass mit Bezug auf die Informationspflicht der indirekt begünstigten Erbinnen und Erben kein Durchgriff vorgenommen werden muss. Ihre Informationspflicht ergibt sich bereits aus den erbrechtlichen Vorschriften selbst.²³⁰ Zur Begründung der Erheblichkeit der Informationen muss aber nachgewiesen werden, dass diese einen Einfluss auf erbrechtliche Ansprüche haben können. Die mögliche Ausgleichung oder Herabsetzung der Zuwendungen an die juristische Person mittels Durchgriff ist damit bereits im Rahmen der Informationsansprüche plausibel darzulegen.²³¹

2.2 Informationspflichten Dritter

In seiner Rechtsprechung zu erbrechtlichen Informationsansprüchen im Rahmen des Durchgriffs hat sich das Bundesgericht bisher ausschliesslich zu den Informationsansprüchen der Miterbinnen und -erben gegenüber den begünstigten Nachkommen und Nachkommen geäußert.²³² Es fragt sich allerdings, ob die Miterbinnen und -erben auch ein direktes Informationsrecht gegenüber den involvierten juristischen Personen geltend machen könnten. Eine Informationspflicht Dritter ist *de lege lata* nicht normiert.²³³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre besteht die Auskunftspflicht aber *per analogiam* von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB auch für Dritte.²³⁴ Dies ist zumindest im Falle der Herabsetzung der Zuwendung an die juristische Person nach Art. 527 ZGB zu bejahen. Danach haben auch Dritte Auskunft über alle erbrechtlich relevanten Vermögensverschiebungen zwischen ihnen und der Erblasserin bzw. dem Erblasser zu geben, soweit sie davon Kenntnis haben.²³⁵

Die juristische Person hat also zumindest über die herabsetzungsrechtlich relevanten Vermögensverschiebungen Auskunft zu geben. Im Falle eines Durchgriffs ist die juristische Person

²²⁸ BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.3; WEIBEL, PraxKomm, N 34 zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB; die Informationspflicht zum erblasserischen Verhältnis zu Dritten im Grundsatz bejahend auch WOLF/EGGEL, BK, N 24 zu Art. 610 ZGB.

²²⁹ DRUEY, Anspruch, S. 127 ff. (insb. S. 131); EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 8; GÖSKU, S. 957 und 960 f.; SCHRÖDER, Geister, S. 191; kritisch dazu BREITSCHMID/MATT, S. 90 f.

²³⁰ BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.2 f.; EITEL/BIERI, Durchbruch, S. 8.

²³¹ Vgl. BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.2 und 5.5.

²³² Vgl. BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016.

²³³ BREITSCHMID/MATT, S. 90; DRUEY, Anspruch, S. 121. Könnte aber, wie oben beschrieben, gesetzlich vorgesehen werden, Ziff. III.H.1.

²³⁴ BGE 132 III 677 E. 4.2.4 S. 687; BGer 5A_55/2016 vom 11. April 2016 E. 4.2; 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.2 f.; zustimmend BREITSCHMID/MATT, S. 96; DRUEY, Informationsrecht, S. 186; GENNA, S. 206; GÖSKU, S. 957 f.; HÄFLIGER, OFK, N 8 zu Art. 607; KÜNZLE, S. 256; MINNIG, BSK ZGB II, N 13 zu Art. 607 ZGB; WEIBEL, PraxKomm, N 30 zu Vorbemerkungen zu Art. 607 ff. ZGB; WOLF/EGGEL, BK, N 28 zu Art. 607 ZGB und N 26 zu Art. 610 ZGB; den Analogieschluss einschränkend SCHRÖDER, Geister, S. 193 und 198 ff.; SCHRÖDER, Informationspflichten, S. 148 ff., der ein allgemeines gesetzliches Auskunftsrecht *per analogiam* ausschliesst.

²³⁵ BGE 132 III 677 E. 4.2.4 S. 687; BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 4.2 f.; GENNA, S. 206; GRAHAM-SIEGENTHALER/EBERHARD, S. 121 f.; SCHRÖDER, Geister, S. 197.

aber auch verpflichtet, Informationen über ausgleichungsrechtlich relevante Zuwendungen zu geben, weil sie und die sie beherrschende Person als Einheit behandelt werden. In diesem Fall wird die Auskunftspflicht der juristischen Person direkt aus der Erbenstellung der sie beherrschenden Person abgeleitet.²³⁶

IV. Schluss

Aus der vorstehenden Masterarbeit können einige wichtige Schlussfolgerungen zum Durchgriff im erbrechtlichen Kontext gezogen werden. Vorerst ist festzuhalten, dass es sich beim Durchgriff um eine Durchbrechung der rechtlichen Selbständigkeit einer juristischen Person gegenüber ihren Anteilsinhaberinnen und -inhabern handelt. Dabei ist zu beachten, dass der Durchgriff ein gesellschaftsrechtliches Konstrukt darstellt, welches im Kontext unterschiedlicher Rechtsgebiete zur Anwendung gelangen kann.

Die Vornahme eines Durchgriffs setzt grundsätzlich eine wirtschaftliche Identität zwischen juristischer und beherrschender Person voraus und erfordert zudem eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Selbständigkeit der juristischen Person. Im Erbrecht ist die Voraussetzung des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs allerdings zu relativieren. In Konstellationen, in denen Zuwendungen von einer erblasserisch beherrschten, juristischen Person an eine Nachkommin oder einen Nachkommen fliessen, ist die Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs kein zielführendes Kriterium. In diesen Situationen ist vielmehr auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen, indem zu ermitteln ist, ob die begünstigte Person durch die Zuwendung einen Vermögenszuwachs und die Erblasserin bzw. der Erblasser eine Vermögensminderung erfahren hat. Ist dies der Fall, ist der Durchgriff zu bejahen, da dadurch die Interessen der Miterbinnen und -erben an einer Gleichbehandlung und einer fairen Nachlassteilung beeinträchtigt werden und damit die *ratio legis* des Ausgleichungsrechts verletzt wird. In Konstellationen, in welchen die Erblasserin oder der Erblasser eine Zuwendung an eine von einer Nachkommin bzw. einem Nachkommen beherrschte, juristische Person ausrichtet, bleibt der Rechtsmissbrauch als Voraussetzung für die Vornahme des Durchgriffs nach Ansicht der Autorin hingegen erforderlich. Dieser kann durch die Ungleichbehandlung der Nachkommen und Nachkommen und die damit einhergehende Beeinträchtigung legitimer Interessen begründet werden.

Der Durchgriff führt im erbrechtlichen Kontext dazu, dass Zuwendungen so behandelt werden, wie wenn sie direkt von der Erblasserin bzw. vom Erblasser an die Nachkommin bzw. den Nachkommen geflossen wären. Dies hat zur Folge, dass solche Zuwendungen primär der Ausgleichung unterliegen. Entgeht die Erbin bzw. der Erbe der Ausgleichung und kommt es

²³⁶ BGer 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003 E. 2.2.

auch nicht zu einer Ausgleichung in Vertretung nach Art. 627 ZGB, so ist der Durchgriff herabsetzungsrechtlich relevant. Aus der ausgleichungs- und herabsetzungsrechtlichen Relevanz des Durchgriffs fließt auch ein Informationsbedürfnis der Erbinnen und Erben gegenüber den begünstigten Miterbinnen oder -erben und gegenüber den beherrschten, juristischen Personen. Dieses Informationsbedürfnis wird durch die erbrechtlichen Informationsansprüche befriedigt, welche sich auf alle für eine faire und gleichmäßige Nachlassverteilung relevanten Informationen beziehen. Darunter fällt auch die erblasserische Beziehung zu Dritten, weshalb die begünstigten Personen verpflichtet sind, Auskunft über erblasserische, lebzeitige Zuwendungen an juristische Personen zu geben, soweit sie davon Kenntnis haben. Zudem ist die juristische Person selbst auskunftspflichtig, da sie und die sie beherrschende Person im Falle des Durchgriffs als Einheit betrachtet werden und die juristische Person somit aus der Erbeneinstellung der sie beherrschenden Person auskunftspflichtig ist.