

Dominic McMahon

**Die Rechtfertigung der analogen  
Anwendung von Art. 535 Abs. 2 ZGB  
auf die Ausschlagung**

ISBN 978-3-03916-247-5

Editions Weblaw  
Bern 2024

**Zitiervorschlag:**

Dominic McMahon, Die Rechtfertigung der  
analogen Anwendung von Art. 535 Abs. 2 ZGB auf die Ausschlagung,  
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2024

---

# **Die Rechtfertigung der analogen Anwendung von Art. 535 Abs. 2 ZGB auf die Ausschlagung**

Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen in der Ausgleichung  
nach Art. 626 ff. ZGB

**Masterarbeit von**

**Dominic McMahon**

Matrikel-Nr. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

dominic.mcmahon@stud.unilu.ch

Verfasst unter Betreuung von Prof. Dr. Barbara Graham-Siegenthaler  
im Frühlingssemester 2024 an der Universität Luzern

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>V</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>X</b>
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Die Ausgleichung .....</b>	<b>3</b>
1. <i>Einführung in die Ausgleichung</i> .....	3
2. <i>Anwendungsbereich der ausgleichungsrechtlichen Bestimmungen</i> .....	4
A) Ausgleichungsrecht als Intestaterbrecht .....	4
B) Objekte der Ausgleichung .....	5
C) Subjekte der Ausgleichung .....	7
D) Modalitäten der Ausgleichung .....	8
3. <i>Rechtsnatur von Ausgleichungsrecht und Ausgleichungsanordnungen</i> .....	10
4. <i>Entgehen der Ausgleichungspflicht</i> .....	10
A) Enterbung (Art. 477 ZGB) .....	11
B) Erbverzicht (Art. 495 ZGB) .....	13
C) Erbunwürdigkeit (Art. 540 ZGB).....	13
D) Vorversterben (Art. 542 ZGB) .....	14
E) Ausschlagung (Art. 566 ZGB) .....	15
5. <i>Verhältnis zwischen Ausgleichung und Herabsetzung</i> .....	15
6. <i>Zwischenfazit</i> .....	16
<b>III. Die Ausschlagung .....</b>	<b>17</b>
1. <i>Einführung in die Ausschlagung</i> .....	17
2. <i>Wirkungen der Ausschlagung</i> .....	18
A) Auf den Ausschlagenden.....	18
B) Auf dessen Miterben/ Nachkommen.....	19
C) Auf den überlebenden Ehegatten .....	21
3. <i>Schicksal von Vermächtnissen bei Ausschlagung des begünstigten Erben</i> .....	22
4. <i>Zwischenfazit</i> .....	23



<b>IV. Der Erbverzicht .....</b>	<b>24</b>
1. Einführung in den Erbverzicht .....	24
2. Wirkungen des (vollständigen) Erbverzichts.....	26
A) Auf den Verzichtenden.....	26
B) Auf dessen Miterben .....	26
3. Ausgleichung beim Erbverzicht (Art. 535 ZGB) .....	27
4. Zwischenfazit.....	28
<b>V. Herabsetzung und Hinzurechnung.....</b>	<b>29</b>
1. Einführung in die Herabsetzung .....	29
2. Die verschiedenen «Nachlassmassen» und die Hinzurechnung .....	30
3. Die herabsetzbaren lebzeitigen Zuwendungen (Art. 527 ZGB) .....	31
A) Ausgleichungspflichtige Zuwendungen als Gegenstand der Herabsetzung .....	31
B) Herabsetzung beim entgeltlichen Erbverzicht resp. Erbauskauferträgen.....	32
4. Rückleistungspflicht des Herabsetzungsschuldners .....	33
<b>VI. Die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung .....</b>	<b>34</b>
1. Zwischenfazit und Ausblick auf die Beantwortung der Kernfrage.....	34
2. Gegenüberstellung von Ausschlagung und Erbverzicht.....	35
A) Gemeinsamkeiten .....	35
B) Unterschiede.....	36
C) Fazit der Gegenüberstellung.....	38
3. Berücksichtigung anderer erbrechtlicher Institute .....	38
A) Enterbung (Art. 477 ZGB) .....	38
B) Erbunwürdigkeit (Art. 540 ZGB).....	39
C) Vorversterben (Art. 542 ZGB).....	39
D) Fazit zum Vergleich mit anderen erbrechtlichen Instituten .....	40
4. Bundesgerichtliche Rechtsprechung .....	40
A) Stand der Rechtsprechung.....	40
B) Kritik an der Rechtsprechung.....	40
C) Potenzielle Lückenschliessung.....	42

5.	<i>Lehrmeinungen</i> .....	42
6.	<i>Fazit zur analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung</i> .....	44
<b>VII.</b>	<b>Auswirkungen in der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 II ZGB</b> .....	<b>45</b>
1.	<i>Bedeutung für den Zuwendungsempfänger</i> .....	45
2.	<i>Auswirkungen auf die einzelnen Pflichtteile</i> .....	45
3.	<i>Auswirkungen auf den Globalpflichtteil</i> .....	46
4.	<i>Fallbeispiele</i> .....	47
<b>VIII.</b>	<b>Schlussfazit</b> .....	<b>50</b>
	<b>Selbständigkeitserklärung</b> .....	<b>51</b>

## Literaturverzeichnis

### Zitierweise

Die nachstehenden Werke werden, wenn nicht anders angegeben, mit Nachnamen des Autors bzw. der Autorin sowie mit Seitenzahl(en) oder Randnote(n) zitiert.

- |                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| ABT DANIEL/<br>WEIBEL THOMAS (Hrsg.) | Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 5. Aufl., Basel 2023<br>(zit. BEARBEITER, PraxKomm, N... zu Art. ... ZGB)  |
| AMSTUTZ MARC et al.                  | Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457–640 ZGB, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023<br>(zit. BEARBEITER, CHK, N ... zu Art. ... ZGB)  |
| BREITSCHMID PETER et al.             | Erbrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023<br>(zit. BREITSCHMID, N ... zu § ...)  |
| DRUEY JEAN NICOLAS                   | Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002<br>(zit. DRUEY, N ... zu § ...)  |
| EITEL PAUL                           | Neues Erbrecht ante portas – Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis, in: Franz Beat/Mooser Michel (Hrsg.), Erbrecht und Grundbuch/Succession et registre foncier, Zürich/Basel/Genf 2021, 33 ff.<br>(zit. EITEL, ante portas, S. ...)  |
| EITEL PAUL                           | Erbvorbezüge und Schenkungen – Ausgleichung und Herabsetzung, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Erbvorempfang und Schenkung – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte sowie Folgen für Ergänzungsleistungen, Alters- und Pflegeheimkosten, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der |

Universität Bern vom 26./27. Oktober 2016, Bern 2016,  
S. 121 ff.

(zit. EITEL, Erbvorbezüge, S. ...)

EITEL PAUL

Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen  
im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung,  
in: ZBJV 142/2006, S. 457 ff.

(zit. EITEL, ZBJV 142/2006, 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,  
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, ZBJV 134/1998, S. ...)

ESCHER ARNOLD

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher  
Kommentar), 3 Band: Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der  
Erbgang (Art. 537–640), 3. Aufl., Zürich 1960

(zit. ESCHER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)

ESCHER ARNOLD

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher  
Kommentar), 3 Band: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben  
(Art. 457–536), 3. Aufl., Zürich 1959

(zit. ESCHER, ZK, N ... zu Art. ... ZGB)

GASS ROLAND

Noch einmal: Unterliegen Schenkungen der Ausgleichung und  
der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB?, in: BJM 2001,  
S. 235 ff.

(zit. GASS, BJM 2001, S. ...)

- GEISER THOMAS/  
WOLF STEPHAN (Hrsg.) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023  
(zit. BEARBEITER, BSK ZGB II, N ... zu Art. ... ZGB)
- HAUSHEER HEINZ/  
AEBI-MÜLLER REGINA E. Von den Tücken der Herabsetzungsreihenfolge und weiteren Planungshindernissen im Bereich des Familienvermögens, in: Ruf Peter/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 339 ff.
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Habil. Zürich/St. Gallen 2008  
(zit. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. ...)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/  
WOLF STEPHAN/  
AMSTUTZ MARC/  
FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB), 4. Aufl., Zürich 2021  
(zit. BEARBEITER/IN, OFK, N ... zu Art. ... ZGB)
- PIOTET PAUL La nature des pactes successoraux, et ses conséquences, in: ZSR 1992 I, 367 ff.  
(zit. PIOTET, ZSR 1992 I, S. ...)
- PIOTET PAUL Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, 2. Halbband, Basel/Stuttgart 1981  
(zit. PIOTET, SPR IV/2, S. ...)
- PIOTET PAUL Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1978  
(zit. PIOTET, SPR IV/1, S. ...)
- PIOTET PAUL Le calcul des parts ab intestat et des réserves en cas de dispense du rapport de l'excédent (art. 629 CC), in: SJZ 67/1971, S. 185 ff.  
(zit. PIOTET, SJZ 67/1971, S. ...)

- SCHILLER FRITZ                      Pflichtteil, Pflichtteilswert und Teilungsvorschrift nach ZGB, Diss. Zürich 1928
- SPIRIG SANDRA                      Pflichtteilsansprüche und überschuldeter Nachlass, in: Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 490 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI              Le droit des successions, 2. Aufl., Bern 2015
- TUOR PETER et al.                      Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich 2023 (zit. TUOR, N ... zu § ...)
- TUOR PETER                              Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3, Abteilung 1, Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964 (zit. TUOR, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- TUOR PETER/  
PICENONI VITO                              Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3, Abteilung 2, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964 (zit. TUOR/PICENONI, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- VOLLERY LUC                              Les relations entre rapports et réunions en droit successoral, L'article 527 chiffre 1 du Code civil et le principe de la comptabilisation des rapports dans la masse de calcul des réserves, Diss. Freiburg 1994
- WEIMAR PETER                              Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, Abteilung 1: Die Erben, Teilband 1: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungen von Todes wegen, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009 (zit. WEIMAR, BK, N ... zu Art. ... ZGB)



- WOLF STEPHAN/  
EGGEL MARTIN                      Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen  
Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft,  
Art. 602–619 ZGB, Bern 2014  
(zit. AUTOR, BK, N ... zu Art. ... ZGB)
- WOLF STEPHAN/  
GENNA GIAN SANDRO              Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Erbrecht, 2. Teil,  
Basel 2015  
(zit. WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. ...)
- WOLF STEPHAN/  
GENNA GIAN SANDRO              Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, 1. Teil,  
Basel 2012  
(zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. ...)
- WOLF STEPHAN/  
HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE      Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020

## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBi	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
CHK	Schweizer Handkommentar
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor(in)
E.	Erwägung
et al.	et alii (und weitere)
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
Habil.	Habilitation
h.L.	herrschende(n) Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
m.w.H.	mit weiterführenden Hinweisen

m.w.Verw.	mit weiterführenden Verweisen
N	Randnote
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PraxKomm	Praxis Kommentar
Prof.	Professor(in)
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchlT	Schlusstitel
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Rechtssammlung
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

## I. Einleitung

Wird man mit dem Begriff des Erbrechts konfrontiert, verbindet man damit in erster Linie den Tod eines Menschen – eines sog. Erblassers – und die darauf folgende Verteilung dessen Vermögens. Dieses Vermögen wird als Erbschaft oder Nachlass bezeichnet und umfasst grundsätzlich alle Vermögenswerte, welche sich zum Todeszeitpunkt des Erblassers in dessen Eigentum befinden.<sup>1</sup> Sowie das Vermögen einer Person schon *ab ovo* – man stelle sich das vom Paten eingerichtete Sparkonto vor – existiert und kontinuierlicher Veränderung ausgesetzt ist, ist auch deren Nachlass keine starre, auf den Todestag feststellbare Grösse.<sup>2</sup> Gewisse lebzeitige Vermögensveränderungen einer Person betreffen auch deren Nachlass und unterliegen als sog. lebzeitige Zuwendungen der erbrechtlichen Berücksichtigung.<sup>3</sup> Das Ausgleichungsrecht (Art. 626 ff. ZGB) als auch das Institut der Hinzurechnung und Herabsetzung (insb. Art. 475 und 527 ZGB) befassen sich mit diesen lebzeitigen Veränderungen des erblasserischen Nachlasses.<sup>4</sup> Beide Institute werden im Verlauf der vorliegenden Arbeit thematisiert, wobei der Hauptfokus auf dem Ausgleichungsrecht liegt.

Das Ausgleichungsrecht unterstellt bestimmte lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an seine Erben der sog. Ausgleichungspflicht (Art. 626 ff. ZGB). Gemeint ist damit, dass Erben, welche lebzeitige Zuwendungen des Erblassers erhalten haben, sich diese Zuwendungen auf ihren Erbanteil anrechnen lassen müssen. Ohne anderslautende Anordnung des Erblassers sind nur dessen Nachkommen von einer solchen Ausgleichungspflicht betroffen (vgl. Art. 626 Abs. 2 ZGB). Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen beruht auf einem vom Gesetzgeber intendierten Gleichheits- und Gerechtigkeitsgedanken, womit die Gleichbehandlung der Nachkommen resp. ihrer Stämme als Normalfall gelten soll.<sup>5</sup> Ausgleichungsrecht ist jedoch *ius dispositivum*, womit es dem Erblasser frei steht, die lebzeitig erhaltenen Zuwendungen eines Nachkommen von der Ausgleichungspflicht zu dispensieren (sog. Ausgleichungsdispens).<sup>6</sup> Verfügt der Erblasser keinen solchen Ausgleichungsdispens und hat ein Nachkomme lebzeitige Zuwendungen erhalten, kann dieser der Ausgleichungspflicht trotzdem entgehen, indem er die Erbschaft ausschlägt.<sup>7</sup> Bei einer Ausschlagung der Erbschaft durch einen Pflichtteilserben stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung seines Pflichtteils resp. nach der Grösse der Pflichtteile der verbleibenden Erben. In BGE 50 II 450 ff., welcher

---

<sup>1</sup> WEIMAR, BK, N 4 zu Einleitung.

<sup>2</sup> Vgl. EITEL, BK, N 1 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>3</sup> BREITSCHMID, N 1 zu § 4.

<sup>4</sup> EITEL, BK, N 2 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; EITEL, ZBJV 134/1998, S. 730.

<sup>5</sup> BREITSCHMID, N 3 zu § 4.

<sup>6</sup> BOSSHARDT, OFK, N 2 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 8 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; VOLLERY, N 101.

<sup>7</sup> EITEL, BK, N 12 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; DRUEY, N 19 zu § 7; TUOR, N 31 zu § 85.

dieses Jahr sein 100-jähriges Bestehen feiert, hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich die Pflichtteile der verbleibenden Erben analog zu Art. 535 Abs. 2 ZGB und somit gleich wie bei einem Erbverzicht berechnen.<sup>8</sup> Folglich werden die Pflichtteile der verbleibenden Erben so berechnet, als wäre der ausschlagende Erbe noch Teil der Erbengemeinschaft, was *de facto* dazu führt, dass die Pflichtteile der verbleibenden Erben wertmässig geschmälert werden. Jedoch enthält das Gesetz in Art. 572 I ZGB eine davon abweichende Regelung, nämlich dass sich der Erbteil eines Ausschlagenden so vererbt, wie wenn dieser vorverstorben wäre. Eine Regelung, welche die Berücksichtigung eines rechnerischen Pflichtteils des Ausschlagenden statuiert, enthält das Gesetz hingegen nicht. Aufgrund dieser unterschiedlichen Ansätze ist man sich auch in der Lehre bezüglich der analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung uneinig, was dazu geführt hat, dass der Entscheid des BGers schon mehrfach auf Kritik gestossen ist.<sup>9</sup> Dies v.a. aufgrund der mangelnden Auseinandersetzung der bundesgerichtlichen Begründung mit den Rechtsfolgen der Ausschlagung sowie der fehlenden gesetzlichen Grundlage zur analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB.<sup>10</sup>

Die vorliegende Arbeit widmet sich eingehend dieser Fragestellung und beleuchtet die relevanten erbrechtlichen Institute von Grund auf. Durch die Auseinandersetzung mit den Instituten der Ausgleichung (Art. 626. ff. ZGB), der Ausschlagung (Art. 566 ff. ZGB), des Erbverzichts (Art. 495 ff. ZGB) sowie der Hinzurechnung und Herabsetzung (v.a. Art. 475 und Art. 527 ZGB) soll ein umfassendes Verständnis für die Materie etabliert werden. Zur Beantwortung der Hauptfrage, ob die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung gerechtfertigt ist, wird die Ausschlagung mit den eben erwähnten erbrechtlichen Instituten verglichen. Weiter wird geprüft, ob der Gesetzgeber, die Rechtsprechung oder die Lehre eine Konklusion wie diejenige in BGE 50 II 450 ff. überhaupt zulassen resp. zu begründen vermögen. Das Resultat der vorliegenden Arbeit soll – sofern eine Masterarbeit die dafür notwendige Aussagekraft besitzt – dazu verhelfen, die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung zu rechtfertigen oder dieser die Legitimität zu entziehen. Folglich soll BGE 50 II 450 ff. zu seinem 100-jährigen Jubiläum eine fundierte Begründung erhalten oder ein Denkanstoss zu einer Neuurteilung dieses Entscheids vermittelt werden. Der Einfachheit halber wird in der folgenden Arbeit nur die männliche Form verwendet, weibliche Personen sind unter Hochachtung mitgemeint. Zudem wird der Lesbarkeit halber nur der Begriff des (überlebenden) Ehegatten verwendet, eingetragene Partner sind mitgemeint.

---

<sup>8</sup> BGE 50 II 450 E. 4 S. 457 f.

<sup>9</sup> Bspw. EITEL, ZBJV 142/2006, S. 480 und VOLLERY, N 559. Vgl. für eine Übersicht über die Lehrmeinungen Fn. 175.

<sup>10</sup> Vgl. EITEL, ZBJV 142/2006, S. 480.

## II. Die Ausgleichung

### 1. Einführung in die Ausgleichung

Das Institut der Ausgleichung – auch Kollation genannt – wird in Art. 626 ff. ZGB geregelt. Wie der Name verdeutlicht, geht es dabei um die (zumindest wertmässige) Anrechnung von Zuwendungen, welche ein Erbe vom Erblasser zu dessen Lebzeiten erhalten hat. Diese Anrechnung von lebzeitigen Zuwendungen verwirklicht den Gleichheits- und Gerechtigkeitsgedanken, auf welchem das Ausgleichungsrecht basiert.<sup>11</sup> Vorrangig geht es bei der Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen um die Gleichbehandlung der Nachkommensstämme des Erblassers.<sup>12</sup> Diese Gleichbehandlung der Stämme widerspiegelt sich v.a. in Art. 627 ZGB, der die Ausgleichungspflicht eines Erben auf dessen Nachkommen oder an seine Stelle tretenden Erben erstreckt.<sup>13</sup> Die Ausgleichung erfasst zu Lebzeiten eines Erblassers verfügte Zuwendungen an dessen Erben, weshalb die Bezeichnungen als Erblasser und Erben aus einer zukünftigen Perspektive zu verstehen sind. Zur Zeit der Zuwendung handelt es sich entsprechend um Zuwendungen einer lebenden Person an andere lebende Personen, welche zu einem späteren Zeitpunkt Erben der zuwendenden Person werden.<sup>14</sup>

Die Ausgleichung umfasst grundsätzlich zwei Fälle.<sup>15</sup> Ersterer wird in Art. 626 Abs. 1 ZGB statuiert und wird oftmals als gewillkürte oder freiwillige Ausgleichung bezeichnet.<sup>16</sup> Demnach sind die gesetzlichen Erben gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser zu Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbteil zugewendet hat. Es wird also vorausgesetzt, dass der Erblasser die Zuwendungen unter der Bedingung der späteren Anrechnung (sog. Ausgleichungsanordnung) gemacht hat.<sup>17</sup> Als Ausgleichungsanordnung genügt «jede, sich allenfalls auch nur aus den Umständen ergebende Willensäusserung des Erblassers»,<sup>18</sup> welche auch nachträglich zu einer Zuwendung geschehen kann.<sup>19</sup>

Der zweite Fall der Ausgleichung ist in Art. 626 Abs. 2 ZGB festgehalten und regelt die Ausgleichungspflicht der Nachkommen des Erblassers. Diese Art der Ausgleichung wird als gesetzliche Ausgleichung oder Deszendentenkollation bezeichnet.<sup>20</sup> Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen ist umfangreicher als diejenige der gesetzlichen Erben und unterstellt alles,

---

<sup>11</sup> BREITSCHMID, N 3 zu § 4; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 1 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>12</sup> BREITSCHMID, N 3 zu § 4; EITEL, BK, N 10 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>13</sup> EITEL, BK, N 10 zu Art. 627 ZGB.; PIATTI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 627 ZGB.

<sup>14</sup> Vgl. BOSSHARDT, OFK, N 1 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 12 f. zu Art. 626 ZGB.

<sup>15</sup> Anstelle vieler BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 1 zu Art. 626 ZGB.

<sup>16</sup> EITEL, BK, N 5 zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 626 ZGB; TUOR, N 12 zu § 85.

<sup>17</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 2 zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 626 ZGB.

<sup>18</sup> DRUEY, N 23 zu § 7.

<sup>19</sup> BGE 48 II 278 E. 3 S. 282; BOSSHARDT, OFK, N 4 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 54 zu Art. 626 ZGB.

<sup>20</sup> BREITSCHMID, N 7 zu § 4; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 626 ZGB.



was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögenserlass, Schulderlass und dergleichen zugewendet hat, der Ausgleichung, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt hat (sog. Ausgleichungsdispens).<sup>21</sup> Im Gegensatz zur Ausgleichungsanordnung in Abs. 1 muss ein Ausgleichungsdispens ausdrücklich erfolgen, wobei es genügt, wenn durch Auslegung auf einen solchen geschlossen werden kann.<sup>22</sup> Art. 626 Abs. 1 und 2 ZGB setzen also eine Anordnung bzw. einen expliziten Dispens der Ausgleichungspflicht voraus, woraus zu folgern ist, dass der Erblasser auch keine Ausgleichung anordnen bzw. keinen Dispens verfügen kann.<sup>23</sup> Entsprechend ist Ausgleichungsrecht *ius dispositivum* und kommt nur zum Zug, sofern der Erblasser seine Gestaltungsfreiheit nicht ausnutzt.<sup>24</sup> Nur in Fällen, in denen der Erblasser bei der gewillkürten Ausgleichung (Abs. 1) eine Ausgleichungspflicht anordnet oder bei der gesetzlichen Ausgleichung (Abs. 2) nichts vorgeht, ist das Ausgleichungsrecht anwendbar.<sup>25</sup> Der Grundsatz der Gleichbehandlung bleibt in diesen Fällen insofern erhalten, als dass bei fehlender Ausgleichung das Herabsetzungsrecht nach Art. 522 ff. ZGB zur Anwendung gelangt.<sup>26</sup>

## **2. Anwendungsbereich der ausgleichungsrechtlichen Bestimmungen**

### **A) Ausgleichungsrecht als Intestaterbrecht**

Verändert der Erblasser durch letztwillige Verfügung den Erbteil von gesetzlichen Erben, mutieren diese zu eingesetzten Erben.<sup>27</sup> Sofern es sich dabei nicht um Nachkommen handelt, ist eine Ausgleichung ohnehin nur auf erblasserische Anordnung hin erforderlich.<sup>28</sup> Sind die Erben jedoch Nachkommen des Erblassers, stellt sich die Frage, inwiefern diese als eingesetzte Erben noch der Ausgleichungspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB unterliegen. Weicht der Erblasser in seinen Anordnungen von der gesetzlichen Erbquote der Nachkommen ab, so entfällt aufgrund der Abweichung von Art. 626 Abs. 2 ZGB auch deren Ausgleichungspflicht.<sup>29</sup> Enthält eine letztwillige Verfügung hingegen nur anderweitige Anordnungen und bleiben die gesetzlichen Erbquoten aufrechterhalten, bleibt die Ausgleichungspflicht der Nachkommen

---

<sup>21</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 78 ff. zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 626 ZGB.

<sup>22</sup> BOSSHARDT, OFK, N 9 zu Art. 626 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 2000. M.w.H.

BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 78 ff. zu Art. 626 ZGB.

<sup>23</sup> BOSSHARDT, OFK, N 2 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 8 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>24</sup> BOSSHARDT, OFK, N 2 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 8 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; VOLLERY, N 101.

<sup>25</sup> FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 4 f. zu Art. 626 ZGB.

<sup>26</sup> Vgl. EITEL, ZBJV 142/2006, S. 462; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 320 f.

<sup>27</sup> Vgl. BREITSCHMID, N 16 zu § 4; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 626 ZGB.

<sup>28</sup> Anstelle vieler BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 8 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>29</sup> BGE 124 III 102 E. 5a S. 105 ff.; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 626 ZGB.

bestehen.<sup>30</sup> Dementsprechend gilt das Ausgleichungsrecht auch als Intestaterbrecht.<sup>31</sup> Der Erblasser hat jedoch die Möglichkeit im Rahmen seiner Nachlassregelung auch eingesetzten Erben – womit wie erwähnt auch gesetzliche Erben mit modifizierter Erbquote gemeint sind – eine Ausgleichungspflicht aufzuerlegen (sog. uneigentliche oder freiwillige Ausgleichung).<sup>32</sup>

## B) Objekte der Ausgleichung

Bei den Objekten der Ausgleichung handelt es sich um die der Ausgleichung unterliegenden Zuwendungen.<sup>33</sup> Art. 626 I ZGB spricht dabei lediglich von lebzeitigen Zuwendungen, wohingegen es sich bei Art. 626 II ZGB um Zuwendungen «als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl.» handeln muss. Bei allen Zuwendungen ist vorausgesetzt, dass sie unentgeltlicher Natur sind, wobei die reine Schenkung gemäss der h.L. als ausgleichungspflichtige Zuwendung «par excellence» gilt.<sup>34</sup> Dies, obwohl der Wortlaut von Art. 626 ZGB – im Gegensatz zu Art. 527 Ziff. 3 ZGB – die Schenkung nicht eindeutig erwähnt. Auch das BGer teilt diese Ansicht und sieht Schenkungen als ausgleichungspflichtige Zuwendungen.<sup>35</sup> In der Praxis besonders häufig anzutreffen sind die teilweise unentgeltlichen Zuwendungen (sog. gemischte Schenkungen), welche oftmals zwischen Erblasser und Nachkommen getätigt werden.<sup>36</sup> Bei gemischten Schenkungen ist «eine entgeltliche Zuwendung mit einer unentgeltlichen verschmolzen»,<sup>37</sup> wobei anhand der sog. Quoten- oder Proportionalmethode festgestellt wird, welcher Teil unentgeltlich erfolgt ist.<sup>38</sup> Folglich unterliegt auch nur dieser unentgeltliche Teil der Zuwendung der Ausgleichungspflicht.<sup>39</sup> Die in Art. 626 II ZGB verwendeten Begriffe «als Heiratsgut» (v.a. i.S. der Mitgift für die Tochter) und «als Ausstattung» (v.a. i.S.v. Zuwendungen an den Sohn zur Verheiratung) sind doch schon etwas veraltet,<sup>40</sup> was darauf zurückzuführen ist, dass Art. 626 ZGB seit Einführung des ZGB im Jahre 1907 nicht redigiert wurde.<sup>41</sup> Weiterhin von Relevanz sind jedoch die

<sup>30</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 5 zu Art. 626 ff. ZGB; EITEL, BK, N 136 f. zu Art. 626 ZGB.

<sup>31</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 6 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 626 ZGB.

<sup>32</sup> BGE 124 III 102 E. 4.a S. 104 f.; BOSSHARDT, OFK, N 5 zu Art. 626 ZGB; BREITSCHMID, N 17 zu § 4; EITEL, BK, N 26 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; TUOR, N 13 zu § 85.

<sup>33</sup> EITEL, BK, N 5 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>34</sup> BREITSCHMID, N 22 zu § 4; EITEL, BK, N 100 zu Art. 626 ZGB; EITEL, Erbvorbezüge, S. 128; GASS, BJM 2001, S. 236.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 131 III 49 E. 4.1.1 f. S. 55.

<sup>36</sup> BREITSCHMID, N 29 zu § 4; EITEL, BK, N 24 f. zu Art. 628 ZGB.

<sup>37</sup> BGE 82 II 430 E. 4 S. 431.

<sup>38</sup> BGE 98 II 352 E. 5b S. 362 f.; EITEL, BK, N 27 zu Art. 630 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 630 ZGB.

<sup>39</sup> BGE 118 II 282 E. 3 ff. S. 285 ff.; BREITSCHMID, N 29 zu § 4.

<sup>40</sup> BREITSCHMID, N 23 zu § 4; EITEL, ZBJV 134/1998, S. 735.

<sup>41</sup> Vgl. Botschaft betreffend einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBI 1904 IV 1 ff., S. 268. Eine Änderung von Art. 626 ZGB wurde jedoch im Rahmen der jüngsten

Begriffe der Vermögensabtretung und des Schulderrlasses. Das BGer versteht unter Vermögensabtretung nicht nur die Abtretung des gesamten Vermögens, sondern auch die Abtretung einzelner «bedeutender» Vermögenswerte.<sup>42</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und der h.L. ist neben der (zumindest teilweisen) Unentgeltlichkeit zudem vorausgesetzt, dass den lebzeitigen Zuwendungen ein gewisser Ausstattungsscharakter zukommt.<sup>43</sup> Gemeint ist damit, dass die Zuwendungen für den Empfänger den Zweck der Existenzbegründung, Existenzsicherungen oder Existenzverbesserung haben.<sup>44</sup> Diese Theorie wird v.a. als Versorgungsausgleichung (auch Versorgungskollation) bezeichnet.<sup>45</sup> Gemäss anderer Lehrmeinung ist kein Versorgungsscharakter vorausgesetzt um eine Zuwendung der Ausgleichungspflicht zu unterstellen, womit auch «Vergnügungszuwendung» sowie «Luxuszuswendungen» erfasst sind (sog. Schenkungsausgleichung/Schenkungskollation).<sup>46</sup> Die h.L. sowie das BGer haben sich überwiegend für die Theorie der Versorgungsausgleichung ausgesprochen, weshalb sich eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Theorien an dieser Stelle erübrigt.<sup>47</sup> Dass es sich bei den Zuwendungen um Zuwendungen von gewisser Bedeutung (sog. Grosszuswendungen) handeln muss, lässt sich *e contrario* aus Art. 632 ZGB ableiten.<sup>48</sup> Zu berücksichtigen bleibt bei Grosszuswendungen auch die Regelung von Art. 629 I ZGB, wonach ein Erbe den seinen Erbanteil übersteigenden Betrag (sog. Mehrwert) einer Zuwendung nicht auszugleichen hat, sofern ihn der Erblasser damit nachweisbar begünstigen wollte.<sup>49</sup> Von Bedeutung ist dieser Erlass der Ausgleichungspflicht v.a. bei Zuswendungen gegenüber Nachkommen, da Art. 629 I ZGB nur einen – allenfalls sogar konkludenten – Nachweis der Begünstigungsabsicht und keinen expliziten Ausgleichungsdispens wie in Art. 626 II ZGB erfordert.<sup>50</sup>

---

Erbrechtsrevision thematisiert, konnte sich jedoch nicht durchsetzen (vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), S. 42 ff.,  
<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf> (zuletzt besucht am 31.05.2024))

<sup>42</sup> BGE 84 II 338 E. 7b S. 349.

<sup>43</sup> BGE 124 III 102 E. 4a S. 104; BOSSHARDT, OFK, N 10 zu Art. 626 ZGB; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 51 zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 5 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 14 zu Art. 626 ZGB; STEINAUER, Rz. 184. Vgl. auch EITEL, Erbvorbezüge, S. 135 f.

<sup>44</sup> M.w.H. BGE 116 II 667 E. 3a S. 673 ff.; 77 II 36 S. 38 f.; 76 II 188 E. 8 f. S. 199 ff.

<sup>45</sup> Eitel, BK, N 76 ff. zu Art. 626 ZGB; EITEL, Erbvorbezüge, S. 135.

<sup>46</sup> DRUEY, N 35 ff. zu § 7; EITEL, BK, N 76 ff. zu Art. 626 ZGB; ESCHER, ZK, N 16 zu Art. 626 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 41 f. zu Art. 626 ZGB.

<sup>47</sup> BGE 131 III 49 E. 4.1.1 f. S. 55; 76 II 188 E. 8 f. S. 199 ff. M.w.H. BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 49 ff. zu Art. 626 ZGB. M.w.Verw. Eitel, BK, N 76 ff. zu Art. 626 ZGB.

<sup>48</sup> TUOR, N 29 zu § 85.

<sup>49</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 1 zu Art. 629 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 629 ZGB.

<sup>50</sup> BGE 77 II 228 E. 3b S. 232 f.; BOSSHARDT, OFK, N 3 zu Art. 629 ZGB; DRUEY, N 41 zu § 7. M.w.H. zur Berechnung des Mehrwertes und dem Nachweis der Begünstigung PIATTI, BSK ZGB II, N 3 f. zu Art. 629 ZGB.

Gänzlich von der Ausgleichungspflicht ausgenommen sind gemäss Art. 631 I ZGB die das übliche Mass nicht übersteigenden Erziehungskosten, sofern kein anderer Wille des Erblassers nachgewiesen wird.<sup>51</sup>

### C) Subjekte der Ausgleichung

Bei den Subjekten der Ausgleichung handelt es sich um deren Schuldner und Gläubiger.<sup>52</sup> In beiden Absätzen von Art. 626 ZGB werden lediglich die Schuldner, jedoch nicht die Gläubiger der jeweiligen Ausgleichung beschrieben. Abs. 1 nennt als Schuldner die gesetzlichen Erben, wohingegen Abs. 2 als enger gefasste Norm die Schuldnerstellung nur auf die Nachkommen beschränkt. Dieser Gesetzessystematik ist zu entnehmen, dass Abs. 1 den Grundsatz und Abs. 2 den Sonderfall bildet. Die Realität sieht hingegen etwas anders aus, indem aufgrund des Umstands, dass die meisten Erblasser Nachkommen hinterlassen, der Abs. 2 den statistischen Normalfall darstellt.<sup>53</sup>

Von besonderem Interesse ist die ausgleichungsrechtliche Berücksichtigung des überlebenden Ehegatten. Dieser kann – bei entsprechender Ausgleichungsanordnung – als gesetzlicher Erbe nach Art. 626 I ZGB Schuldner sowie Gläubiger der (gewillkürten) Ausgleichung werden.<sup>54</sup> Obwohl der überlebende Ehegatte in Art. 626 II ZGB nicht erwähnt wird – es wird lediglich von Nachkommen gesprochen – gilt er gemäss BGer und einem Teil der Lehre als Gläubiger – nicht jedoch als Schuldner – der gesetzlichen Ausgleichung zulasten eines der Ausgleichungspflicht unterliegenden Nachkommen.<sup>55</sup> Hauptsächlich gelten als Schuldner und Gläubiger der gesetzlichen Ausgleichung – dem Wortlaut von Art. 626 II ZGB entsprechend – die Nachkommen des Erblassers.<sup>56</sup>

Aus der Formulierung von Art. 626 I ZGB lässt sich entnehmen, dass die gesetzlichen Erben sich «gegenseitig verpflichtet» sind. Entsprechend kommen nur gesetzliche Erben als Ausgleichungsschuldner und -gläubiger von Art. 626 I ZGB in Betracht.<sup>57</sup> Dies führt dazu, dass eine Person, welche nicht Erbe wird oder es nicht bleibt, auch nicht Subjekt der Ausgleichung sein kann.<sup>58</sup> Der Verlust der Erbenstellung ist in fünf Fällen vorstellbar, wobei vor allem das

---

<sup>51</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 56 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 626 ZGB.

<sup>52</sup> EITEL, BK, N 5 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; EITEL, Erbvorbezüge, S. 135.

<sup>53</sup> BREITSCHMID, N 15 zu § 4; EITEL, BK, N 4 zu Art. 626 ZGB.

<sup>54</sup> FANKHAUSER, CHK, N 5 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 626 ZGB.

<sup>55</sup> Vgl. BGE 77 II 228 E. 3a f. S. 229 ff.; DRUEY, N 27 zu § 7; PIOTET, SPR IV/1, S. 313 f.; STEINAUER, Rz. 227c; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 333 f. A.M. EITEL, Erbvorbezüge, S. 141 f.; VOLLERY, N 182. M.w.H. zur Stellung des Ehegatten vgl. EITEL, BK, N 146 ff. zu Art. 626 ZGB.

<sup>56</sup> Vgl. BOSSHARDT, OFK, N 8 zu Art. 626 ZGB; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 16 zu Art. 626 ZGB.

<sup>57</sup> BOSSHARDT, OFK, N 5 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 8 zu Art. 626 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 3 zu Art. 626 ZGB.

<sup>58</sup> DRUEY, N 17 ff. zu § 7; EITEL, BK, N 8 zu Art. 626 ZGB.

Vorversterben (Art. 542 ZGB) und die Ausschlagung (Art. 566 ZGB) von Relevanz sind.<sup>59</sup> Weniger häufig sind die Fälle der Enterbung (Art. 477 ZGB), des Erbverzichts (Art. 495 ZGB) und der Erbunwürdigkeit (Art. 540).<sup>60</sup>

Obwohl der direkte Empfänger einer lebzeitigen Zuwendung in diesen Konstellationen von der Ausgleichungspflicht ausgenommen ist, kann es trotzdem zu einer Ausgleichung der von ihm empfangenen Zuwendung kommen. Dies, weil Art. 627 I ZGB die Ausgleichungspflicht eines – vor oder nach dem Erbgang – wegfallenden Erben auf die an seine Stelle tretenden Erben erstreckt.<sup>61</sup> Eine so weitergereichte Ausgleichungspflicht wird als «Ausgleichung in Vertretung» bezeichnet und erstreckt sich gemäss Art. 627 II ZGB auch auf Zuwendungen, welche nie von dem der Ausgleichungspflicht entgehenden Erben auf dessen «Stellvertreter» übergegangen sind.<sup>62</sup> Gemäss der h.L. erstreckt sich die Pflicht zur Ausgleichung in Vertretung – entgegen dem Wortlaut von Art. 627 II ZGB – auch auf Erben, auf welche die Zuwendung nicht übergegangen ist und die nicht Nachkommen des Erblassers sind.<sup>63</sup>

#### D) Modalitäten der Ausgleichung

Die Durchführung der Ausgleichung erfolgt durch Anrechnung aller von Art. 626 ZGB erfassten lebzeitigen Zuwendungen eines Erblassers zu dessen Nachlass.<sup>64</sup> Der um den Wert der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen ergänzte reine Nachlass des Erblassers (Stand des erblasserischen Vermögens zum Zeitpunkt seines Todes; vgl. Art. 474 ZGB) ergibt die sog. Teilungsmasse.<sup>65</sup>

Nach Art. 628 I ZGB kann ein lebzeitig begünstigter Erbe selber über die Art der Anrechnung entscheiden, indem er die erhaltene Zuwendung entweder «in Natura» einwirft (sog. Realkollation oder Naturalausgleichung) oder sich für eine Anrechnung dem Werte nach entscheidet (sog. Idealkollation oder Wertausgleichung).<sup>66</sup> Dieses Wahlrecht der Erben ist ein Gestaltungsrecht, welches gemäss der h.L. für jede Zuwendung – welche ein Erbe unter der Pflicht zur Ausgleichung erhalten hat – einzeln ausgeübt werden kann.<sup>67</sup> Ohne anderslautende

---

<sup>59</sup> BREITSCHMID, N 19 zu § 4; EITEL, BK, N 8 ff. zu Art. 626 ZGB. Vgl. zur ausführlichen Erläuterung all dieser Fälle nachfolgend unter Titel 4. «Entgehen der Ausgleichungspflicht» dieses Kapitels.

<sup>60</sup> BREITSCHMID, N 19 zu § 4; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 626 ZGB.

<sup>61</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 11 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 626 ZGB.

<sup>62</sup> ESCHER, ZK, N 1 zu Art. 627 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 627 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 363 f.

<sup>63</sup> BOSSHARDT, OFK, N 3 zu Art. 627 ZGB; ESCHER, ZK, N 1 zu Art. 627 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 627 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 363 f.; TUOR/PICENONI, BK, N 15 zu Art. 627 ZGB.

<sup>64</sup> Vgl. BOSSHARDT, OFK, N 1 zu Art. 628 ZGB; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 459.

<sup>65</sup> EITEL, ZBJV 142/2006, S. 459; STEINAUER, Rz. 453. Vgl. auch BGE 127 III 396 E. 2a S. 399.

<sup>66</sup> EITEL, BK, N 1 zu Art. 628 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 628 ZGB.

<sup>67</sup> EITEL, BK, N 17 zu Art. 628 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 320; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 339; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 2016. A.M. ESCHER, ZK, N 8 zu Art. 628 ZGB.

Anordnung des Erblassers steht es einem Erben – ungeachtet des Wertes der lebzeitig erhaltenen Zuwendung – frei, die Zuwendung i.S. der Idealkollation zu behalten und sich deren Wert auf seinen Erbanteil anrechnen zu lassen.<sup>68</sup> Übersteigt der Wert der Zuwendung den Erbteil des Begünstigten, muss er den Mehrwert durch eine Geldleistung ausgleichen.<sup>69</sup> Alternativ kann er die Zuwendung i.S. der Realkollation «in Natura» dem Nachlass des Erblassers zurückgeben und so bei der Teilung auf eine Zuweisung anderer Vermögenswerte hoffen.<sup>70</sup> Im Normalfall geschieht die Anrechnung dem Werte nach i.S. der Idealkollation, wonach die Realkollation eher den Ausnahmefall darstellt.<sup>71</sup> Der ausgleichungspflichtige Erbe muss sein Wahlrecht spätestens bei der Erbteilung ausüben.<sup>72</sup>

Bezüglich des Werts einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung stellt sich naturgemäss die Frage, zu welchem Zeitpunkt und auf welche Weise dieser Wert festgestellt wird. Art. 630 I ZGB behandelt diesen «Ausgleichungswert» und statuiert, dass der Wert «der Zuwendungen zur Zeit des Erbanges» resp. bei vorzeitiger Veräusserung der dafür erzielte Erlös massgebend ist.<sup>73</sup> Der Zeitpunkt des Erbanges ist gemäss Art. 537 I ZGB der Zeitpunkt des Todes des Erblassers (sog. Todestagsprinzip).<sup>74</sup> Diese Regelung muss jedoch in Ausnahmefällen, in denen die Ausgleichung durch Realkollation erfolgt, relativiert werden, da hierbei auf den Zeitpunkt der Teilung abzustellen ist (sog. Teilungstagsprinzip).<sup>75</sup> Entsprechend ist das Wahlrecht des ausgleichungspflichtigen Erben sinnvollerweise auch unter Berücksichtigung der möglichen konjunkturellen Wertveränderungen der Zuwendung auszuüben.<sup>76</sup>

Obwohl Art. 630 I ZGB über die Art der Wertfeststellung nichts aussagt, ist man sich in Lehre und Rechtsprechung einig, dass der «Verkehrswert» nach Art. 617 ZGB – welcher gemäss Wortlaut nur Grundstücke erfasst – analog anzuwenden ist und als allgemeine Bewertungsregel für die Teilung gilt.<sup>77</sup> Zudem sind bei der Bestimmung des Ausgleichungswertes die Wertveränderungen, welche im Zeitraum zwischen der Ausrichtung der Zuwendung und der

---

<sup>68</sup> BOSSHARDT, OFK, N 3 zu Art. 628 ZGB; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 22 f. zu Art. 628 ZGB.

<sup>69</sup> EITEL, BK, N 40 zu Art. 628 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 628 ZGB.

<sup>70</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 11 zu Art. 628 ZGB; EITEL, BK, N 5 zu Art. 628 ZGB.

<sup>71</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 21 zu Art. 628 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 628 ZGB.

<sup>72</sup> EITEL, BK, N 14 zu Art. 628 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 628 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 338 f.

<sup>73</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 1 zu Art. 630 ZGB. Zum Erlös aus vorgängiger Veräusserung vgl. BGE 133 III 416 E. 6.3 S. 417 ff.

<sup>74</sup> EITEL, BK, N 12 zu Art. 630 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 321.

<sup>75</sup> EITEL, BK, N 16 zu Art. 630 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 331 f.

<sup>76</sup> BREITSCHMID, N 28 zu § 4; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 7 zu Art. 630 ZGB; EITEL, BK, N 3 zu Art. 630 ZGB.

<sup>77</sup> BGE 133 II 416 E. 6.3.3 S. 418 f.; EITEL, BK, N 18 zu Art. 630 ZGB; ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 617 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 626 ZGB; WEIBEL, PraxKomm, N 10 ff. zu Art. 617 ZGB; WOLF/EGGEL, BK, N 6 zu Art. 617 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1727.



Eröffnung des Erbganges entstehen können, zu berücksichtigen.<sup>78</sup> Bei gemischten Schenkungen erfolgt die Berücksichtigung konjunktureller Wertveränderungen nur für den – anhand der Quotenmethode festgestellten – unentgeltlichen Teil der Schenkung.<sup>79</sup>

Art. 630 II ZGB sieht für «Verwendungen und Schaden sowie bezogene Früchte» die analoge Anwendung der Besitzesregeln (Art. 938–940 ZGB) vor.<sup>80</sup> Aus analoger Anwendung von Art. 938 I ZGB lässt sich auch der Grundsatz entnehmen, dass Erträge auf auszugleichenden Zuwendungen bei der Feststellung des Wertes nicht zu berücksichtigen sind.<sup>81</sup>

Aufgrund der dispositiven Natur des Ausgleichungsrechts gilt auch für Art. 628 und 630 ZGB, dass der Erblasser davon abweichende Anordnungen treffen kann.<sup>82</sup>

### 3. Rechtsnatur von Ausgleichungsrecht und Ausgleichungsanordnungen

Ausgleichungsrecht ist aufgrund der in den Art. 626 ff. ZGB mehrfach statuierten erblasserischen Verfügungsfreiheit *ius dispositivum*.<sup>83</sup> Dem Erblasser steht es entsprechend frei i.S.v. «positiven», d.h. die Ausgleichungspflicht anordnenden, oder «negativen», d.h. die Ausgleichungspflicht aufhebenden, Anordnungen von den gesetzlichen Regeln abzuweichen.<sup>84</sup> Ausgleichungsanordnungen stellen zwar Verfügungen von Todes wegen dar und können sowohl testamentarisch als auch erbvertraglich verfügt resp. vereinbart werden; erfolgen sie jedoch gleichzeitig mit der lebzeitigen Zuwendung, unterliegen sie gemäß der h.L. nicht den üblichen Formvorschriften dieser Verfügungsarten.<sup>85</sup>

Grundsätzlich unterliegt der Anspruch auf Ausgleichung, gleich wie der Teilungsanspruch aus Art. 604 ZGB, keiner Verjährung.<sup>86</sup>

### 4. Entgehen der Ausgleichungspflicht

Die Ausgleichungspflicht setzt eine im Zeitpunkt des Erbganges bestehende Beteiligung des Erben an der Erbschaft voraus.<sup>87</sup> *E contrario* kann ein Erbe der Ausgleichungspflicht entgehen, indem er nicht an der Erbschaft bzw. am Erbgang teilnimmt. Eine solche Beteiligung entfällt

---

<sup>78</sup> BREITSCHMID, N 28 zu § 4; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 23 zu Art. 630 ZGB.

<sup>79</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 14 zu Art. 630 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 630 ZGB.

<sup>80</sup> EITEL, BK, N 5 zu Art. 630 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 630 ZGB.

<sup>81</sup> BREITSCHMID, N 28 zu § 4; BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 34 zu Art. 630 ZGB.

<sup>82</sup> BURCKHARDT BERTOSSA, PraxKomm, N 35 ff. zu Art. 630 ZGB; EITEL, BK, N 8 zu Art. 630 ZGB.

<sup>83</sup> BGE 131 III 49 E. 4.2 S. 56 f.; 124 III 102 E. 5a S. 105 f.; EITEL, BK, N 8 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>84</sup> BOSSHARDT, OFK, N 2 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 626 ZGB.

<sup>85</sup> BGE 118 II 282 E. 3 S. 285 ff.; BOSSHARDT, OFK, N 3 zu Art. 626 ZGB; EITEL, BK, N 59 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 18 zu Art. 626 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUE, Rz. 1993.

<sup>86</sup> BOSSHARDT, OFK, N 2 zu Art. 626 ZGB; ESCHER, ZK, N 21 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>87</sup> BOSSHARDT, OFK, N 5 zu Art. 626 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 626 ZGB.

von Gesetzes wegen in Fällen der Enterbung (vgl. Art. 477 ZGB), des Erbverzichts (vgl. Art. 495 ZGB), der Erbunwürdigkeit (vgl. Art. 540 ZGB), des Vorversterbens (vgl. Art. 542 ZGB) und der Ausschlagung (vgl. Art. 566 ZGB) eines Erben.<sup>88</sup> Zu beachten bleibt jedoch die Pflicht zur Ausgleichung in Vertretung nach Art. 627 ZGB.<sup>89</sup>

#### A) Enterbung (Art. 477 ZGB)

Es scheint fraglich, ob man im Fall einer Enterbung vom Entgehen der Ausgleichungspflicht sprechen kann, zumal eine Enterbung nur auf der Grundlage eines objektiv schwerwiegenden Fehlverhaltens nach Art. 477 ZGB und einer subjektiv vom Erblasser ausgesprochenen Enterbungsanordnung gemäss Art. 479 I ZGB erfolgen kann.<sup>90</sup>

Der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen einem Erben den Pflichtteil entziehen, sofern dieser gegenüber dem Erblasser oder einer diesem nahestehenden Person eine schwere Straftat begangen oder eine familienrechtliche Pflicht schwer verletzt hat.<sup>91</sup> Da sich die Enterbung auf den Pflichtteil bezieht, ist eine solche – für Nachlässe die nach dem 01.01.2023 entstanden sind – lediglich für Nachkommen sowie den überlebenden Ehegatten vorstellbar.<sup>92</sup> Es liegt keine Enterbung vor, wenn der Anspruch eines Pflichtteilerben wertmässig bereits durch eine lebzeitige Zuwendung oder ein Vermächtnis abgegolten wurde.<sup>93</sup>

Die enterbungsfähige Handlung muss durch den zu Enterbenden schuldhaft und im Zustand der Urteilsfähigkeit begangen werden.<sup>94</sup> Zudem muss die Handlung widerrechtlich sein und keinem Rechtfertigungsgrund unterliegen.<sup>95</sup> Folglich reicht ein rein sittenwidriges oder vom Erblasser unerwünschtes Handeln eines Erben nicht aus, um diesen zu enterben.<sup>96</sup>

Um gültig zu sein, muss eine Anordnung zur Enterbung in einer Verfügung von Todes wegen enthalten sein und entsprechend begründet werden.<sup>97</sup> Folglich ist eine Enterbung durch Testament, negativen Erbvertrag mit dem zu Enterbenden oder als Klausel in einem Erbvertrag mit Dritten möglich.<sup>98</sup>

---

<sup>88</sup> BGE 52 II 12, S. 14; Breitschmid, N 19 zu § 4; BOSSHARDT, OFK, N 5 zu Art. 626 ZGB.

<sup>89</sup> BOSSHARDT, OFK, N 1 zu Art. 627 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 5 zu Art. 627 ZGB.

<sup>90</sup> Anstelle vieler BÜRGI, OFK, N 1 ff. zu Art. 477 ZGB.

<sup>91</sup> BÜRGI, OFK, N 2 zu Art. 477 ZGB; JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 2 zu Art. 477 ZGB. M.w.H. RICKLI, BSK ZGB II, N 10 ff. zu Art. 477 ZGB.

<sup>92</sup> M.w.H. RICKLI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 477 ZGB; JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 2 zu Art. 477 ZGB.

<sup>93</sup> STEINAUER, Rz. 918; WEIMAR, BK, N 4 zu Art. 478 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 462.

<sup>94</sup> PIOTET, SPR IV/1, S. 419; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 464.

<sup>95</sup> ESCHER, ZK, N 6 zu Art. 477 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 464.

<sup>96</sup> BGE 106 II 304 E. 3a S. 306 f.; BÜRGI, OFK, N 5 zu Art. 477 ZGB.

<sup>97</sup> WEIMAR, BK, N 16 zu Art. 477 ZGB. M.w.H. RICKLI, BSK ZGB II, N 1 ff. zu Art. 479 ZGB.

<sup>98</sup> BÜRGI, OFK, N 3 zu Art. 477 ZGB; WEIMAR, BK, N 16 zu Art. 477 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 466.

Die Wirkung der Enterbung besteht im Verlust der Erbenstellung und folglich auch des Pflichtteilsanspruches. Der Enterbe gilt vorerst als sog. virtueller Erbe.<sup>99</sup> Dieser hat im Erbgang keine den Erben zustehenden Rechte und erhält nichts aus dem Nachlass.<sup>100</sup> Eine Wiederlangung der Erbenstellung ist – mit Ausnahme der Verzeihung durch den Erblasser – nur durch eine rechtzeitige Anfechtung der Enterbung und einem daraus folgenden Herabsetzungs- oder Ungültigkeitsurteil möglich.<sup>101</sup>

Sofern der Enterbe vom Erblasser lebzeitige Zuwendungen erhalten hat, unterliegen diese nach erfolgter Enterbung nicht mehr der Ausgleichungspflicht.<sup>102</sup> Der Enterbe kann jedoch mittels Herabsetzungsklage i.S.v. Art. 527 Ziff. 1 und 3 ZGB weiterhin belangt werden.<sup>103</sup> Es bleibt auch hier zu berücksichtigen, dass eine Herabsetzungsklage nur von Erben, deren Pflichtteil verletzt wurde, erhoben werden kann und wertmässig bis zur Herstellung des Pflichtteils begrenzt ist.<sup>104</sup> Dementsprechend ist es gut möglich, dass der Enterbe zumindest einen Teil der lebzeitigen Zuwendung des Erblassers behalten kann.

Gemäss Art. 478 II ZGB wird bei fehlender anderslautender Verfügung des Erblassers der Anteil des Enterbten so vererbt, wie wenn dieser vorverstorben wäre. Der frei werdende Teil fällt also in erster Linie den Nachkommen des Enterbten zu, welche gemäss Art. 478 III ZGB auch ihr Pflichtteilsrecht behalten.<sup>105</sup> Fehlt es an Nachkommen des Enterbten, so fällt – bei fehlender anderslautender Verfügung des Erblassers – der frei werdende Teil an den Stamm der Geschwister und bei deren Fehlen an die Erben der folgenden Parentelen (Art. 458 f. ZGB).<sup>106</sup> Bei einer Enterbung des Ehegatten fällt der ganze Nachlass den Nachkommen des Erblassers zu.<sup>107</sup>

Sind keine pflichtteilsgeschützten Nachkommen des Enterbten vorhanden und verfügt der Erblasser nicht über die durch die Enterbung frei werdende Quote, kommt diese den Miterben zugute, womit die verfügbare Quote zumindest theoretisch gleich bleibt.<sup>108</sup> Es steht dem Erblasser jedoch frei, über die im Umfang des Pflichtteils des Enterbten frei werdende Quote

---

<sup>99</sup> BGE 138 III 354 E. 5 S. 357 f.; STEINAUER, Rz. 383; WEIMAR, BK, N 4 zu Art. 478 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 449 f.

<sup>100</sup> ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 478 ZGB; RICKLI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 478 ZGB; TUOR, BK, N 1 zu Art. 478 ZGB.

<sup>101</sup> BGE 138 III 354 E. 5 S. 357 f.; JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 1a zu Art. 478 ZGB.

<sup>102</sup> JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 2 zu Art. 478 ZGB; RICKLI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 478 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1206.

<sup>103</sup> ESCHER, ZK, N 3 zu Art. 478 ZGB; JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 2 zu Art. 478 ZGB.

<sup>104</sup> RICKLI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 479 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 468.

<sup>105</sup> BÜRGI, OFK, N 2 zu Art. 478 ZGB; JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 8 zu Art. 478 ZGB.

<sup>106</sup> RICKLI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 478 ZGB. M.w.H. WEIMAR, BK, N 6 ff. zu Art. 478 ZGB.

<sup>107</sup> JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 4 zu Art. 478 ZGB; STEINAUER, Rz. 386a.

<sup>108</sup> Vgl. JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 7 zu Art. 478 ZGB.

zu verfügen.<sup>109</sup> Die Pflichtteile der verbleibenden Erben werden dabei so berechnet, als wäre der Enterbte noch Teil der Erbengemeinschaft.<sup>110</sup>

Ein der Enterbung ähnliches Institut ist die in Art. 540 f. ZGB statuierte Erbunwürdigkeit. Im Unterschied zur Enterbung tritt die Erbunwürdigkeit von Gesetzes wegen ein und bedarf keiner Anordnung des Erblassers.<sup>111</sup>

#### B) Erbverzicht (Art. 495 ZGB)

Ein Erbverzicht ist ein Vertrag zwischen dem Erblasser und einem oder mehreren Erben, in dem dessen Verzicht auf die Erbschaft vereinbart wird.<sup>112</sup> Da ein Erbverzicht unter Mitwirkung des Erblassers sowie der betroffenen Erben erfolgt, ist er für die vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung und wird in einem eigenen Kapitel abgehandelt.<sup>113</sup>

#### C) Erbunwürdigkeit (Art. 540 ZGB)

Gemäss Art. 539 I ZGB ist jedermann erbfähig, sofern ihn das Gesetz nicht für erbunfähig erklärt.<sup>114</sup> Ein gesetzlicher Fall dieser Erbunfähigkeit ist die in Art. 540 f. ZGB statuierte Erbunwürdigkeit.<sup>115</sup> Erbunwürdigkeit entsteht von Gesetzes wegen, wenn ein Erbe einen Tatbestand von Art. 540 I ZGB erfüllt.<sup>116</sup> Der Eintritt der Erbunwürdigkeit schützt den erblasserischen Willen vor Eingriffen und Angriffen von aussen<sup>117</sup> und hat zur Folge, dass der Erbunwürdige nicht Erbe wird und seinen Erbteil sowie seinen allfälligen Pflichtteilsanspruch verliert.<sup>118</sup> Ein urteilsfähiger Erblasser kann die Erbunwürdigkeit durch formlose, ausdrückliche oder stillschweigende Verzeihung aufheben.<sup>119</sup>

Erbunwürdig ist gemäss Art. 540 I ZGB derjenige Erbe, welcher den Tod des Erblassers herbeiführt, diesen in einen Zustand bleibender Verfügungsfähigkeit bringt, ihn durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu bringt oder daran hindert ein Testament bzw. einen Erbvertrag zu errichten oder zu widerrufen oder wer eine Verfügung von Todes wegen des Erblassers beseitigt

---

<sup>109</sup> ESCHER, ZK, N 4 zu Art. 478 ZGB; WEIMAR, BK, N 10 f. zu Art. 478 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 471.

<sup>110</sup> PIOTET, SPR IV/1, S. 429; RICKLI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 478 ZGB; SCHILLER, S. 51.

<sup>111</sup> RICKLI, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 477 ZGB. Eingehend zur Abgrenzung BGE 132 III 305 E. 3.3 S. 309 f. M.w.H. sogleich unter Untertitel C) «Erbunwürdigkeit».

<sup>112</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 495 ZGB.

<sup>113</sup> Vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter Kapitel IV. «Der Erbverzicht».

<sup>114</sup> ESCHER, ZK, N 3 zu Art. 539 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 539 ZGB; TUOR, N 7 f. zu § 74.

<sup>115</sup> ABT, PraxKomm, N 12 zu Art. 539 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, OFK, N 1 zu Art. 539 ZGB.

<sup>116</sup> SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 540 ZGB; TUOR, N 9 zu § 74.

<sup>117</sup> BGE 132 III 305 E. 3.3 S. 309 f.; TUOR/PICENONI, BK, N 10 zu Art. 540/541 ZGB.

<sup>118</sup> ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 540 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 22 zu Art. 540 ZGB.

<sup>119</sup> HRUBESCH-MILLAUER, OFK, N 21 zu Art. 540 ZGB; WILDISEN, CHK, N 8 zu Art. 540 ZGB.

oder ungültig macht.<sup>120</sup> Diese Erbunwürdigkeitsgründe sind abschliessend.<sup>121</sup> Die Erbunwürdigkeit gilt *ad personam*, besteht also nur für den Unwürdigen selber.<sup>122</sup> Der Anteil des Erbunwürdigen fällt an die Erben, welche bei dessen Vorversterben an seine Stelle getreten wären, oder an in früheren Verfügungen von Todes wegen Begünstigte.<sup>123</sup> Handelt es sich beim Erbunwürdigen um einen gesetzlichen Erben, treten dessen Nachkommen, bei deren Fehlen die anderen gesetzlichen Erben an seine Stelle und haben u.U. auch Pflichtteilsansprüche.<sup>124</sup> Ist der Erbunwürdige hingegen eingesetzter Erbe, treten die gesetzlichen Erben des Erblassers oder von diesem bezeichnete Ersatzerben (Art. 487 ZGB) an seine Stelle.<sup>125</sup> Die Berechnung der Pflichtteile erfolgt gemäss der h.L. analog zur Berechnung bei der Enterbung (vgl. Art. 478 ZGB), was mit der Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute – beide behandeln den Wegfall eines Pflichtteilerben – begründet wird.<sup>126</sup> Demnach bleiben die Pflichtteile der übrigen Erben dieselben, wie wenn der Erbunwürdige den Erbanfall erlebt hätte, und die erblasserische Verfügungsfreiheit erweitert sich im Umfang des Pflichtteils des Enterbten.<sup>127</sup>

#### D) Vorversterben (Art. 542 ZGB)

Um die Erbschaft zu erwerben, muss ein Erbe den Erbgang erleben (Art. 542 I ZGB). Der Erbgang wird durch den Tod des Erblassers eröffnet (Art. 537 I ZGB) und die Erbschaft fällt den Erben gemäss Art. 560 I ZGB im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu. Entsprechend muss ein Erbe den Tod des Erblassers – auch wenn nur für eine Sekunde – erleben.<sup>128</sup> Stirbt ein Erbe oder Vermächtnisnehmer vor dem Erblasser, erwirbt er kein Recht, welches er an seine eigenen Erben weitervererben könnte.<sup>129</sup> In diesem Fall kommt bei Intestaterbfällen die gesetzliche Erbfolge (Art. 457–459 ZGB) und bei Testaterbfällen eine mögliche Ersatzerbeneinsetzung (Art. 487 ZGB) zum Zug.<sup>130</sup> Überlebt ein Erbe den Erblasser, treten im Falle seines Todes seine eigenen Erben die Erbschaft an (Art. 542 II ZGB).<sup>131</sup>

<sup>120</sup> TUOR, N 10 zu § 74. M.w.H. SCHWANDER, BSK ZGB II, N 7 ff. zu Art. 540 ZGB.

<sup>121</sup> ABT, PraxKomm, N 11 zu Art. 540 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 540 ZGB.

<sup>122</sup> ABT, PraxKomm, N 1 zu Art. 541 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 541 ZGB.

<sup>123</sup> BGE 132 III 315 E. 2.1 S. 317 f.; Urteil des BGer 5A\_727/2009 vom 5. Februar 2010 E. 4.3.

<sup>124</sup> BGE 132 III 315 E. 2.1 S. 317 f.; ABT, PraxKomm, N 5 zu Art. 541 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 3 f. zu Art. 541 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 33 f. zu Art. 540/541 ZGB.

<sup>125</sup> BGE 132 III 315 E. 2.1 S. 317 f.; ABT, PraxKomm, N 6 zu Art. 541 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 541 ZGB.

<sup>126</sup> ABT, PraxKomm, N 4 ff. zu Art. 541 ZGB; ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 541 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 541 ZGB; STEINAUER, Rz. 944a; TUOR/PICENONI, BK, N 34 zu Art. 540/541 ZGB.

<sup>127</sup> ABT, PraxKomm, N 7 zu Art. 541 ZGB; ESCHER, ZK, N 23 Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 19 zu Art. 470 ZGB; STEINAUER, Rz. 944a; WEIMAR, BK, N 10 zu Art. 470 ZGB.

<sup>128</sup> SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 542 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 2 zu Art. 542 ZGB.

<sup>129</sup> STEINAUER, Rz. 918; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 15.

<sup>130</sup> HRUBESCH-MILLAUER, OFK, N 7 zu Art. 542 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 542 ZGB.

<sup>131</sup> ABT, PraxKomm, N 9 zu Art. 542 ZGB; WILDISEN, CHK, N 4 zu Art. 542 ZGB.

## E) Ausschlagung (Art. 566 ZGB)

Die Ausschlagung ist ein durch den Willen des Erben statuerter Verzicht auf die Partizipation am Erbgang und führt zum Verlust der Erbenstellung.<sup>132</sup> Da die Ausschlagung für die vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung ist, wird sie in einem eigenen Kapitel abgehandelt.<sup>133</sup>

## 5. Verhältnis zwischen Ausgleichung und Herabsetzung

Der Kernzweck der Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) besteht in der Gleichbehandlung der Erben, insb. der Nachkommen und ihrer Stämme.<sup>134</sup> Die Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB) hingegen dient nur eingeschränkt der Gleichbehandlung und hat in erster Linie den Schutz der Pflichtteilsansprüche der Pflichtteilserven bzw. der Familienerbfolge zur Aufgabe.<sup>135</sup>

Die beiden Institute schliessen sich in Bezug auf dieselbe Zuwendung aus, denn die Herabsetzung steht in einem Subsidiaritätsverhältnis zur Ausgleichung.<sup>136</sup> Dies lässt sich einerseits direkt aus dem Wortlaut von Art. 527 Ziff. 1 ZGB folgern, da der Herabsetzung nur Zuwendungen unterliegen, welche nicht der Ausgleichung unterworfen sind.<sup>137</sup> Andererseits wird die Herabsetzung einer Zuwendung durch die Ausgleichung derselben obsolet, da die Zuwendung im Sinne der Ausgleichung berücksichtigt und somit bereits zum Nachlass hinzugerechnet wurde.<sup>138</sup> Die gleichzeitige Anwendung der Ausgleichung und der Herabsetzung schliessen sich jedoch nur in Bezug auf die gleiche Zuwendung aus. Innerhalb einer Erbschaft ist es gut denkbar, dass gewisse lebzeitige Zuwendungen der Ausgleichungspflicht unterstehen, andere hingegen auf dem Wege der Herabsetzung Berücksichtigung finden.<sup>139</sup> Auch ist Ausgleichungsrecht *ius dispositivum*, wonach der Erblasser von den gesetzlichen Regelungen abweichen kann. Beim Herabsetzungsrecht – als Recht zur Sanktionierung von Pflichtteilsverletzungen – handelt es sich hingegen um *ius cogens*.<sup>140</sup> Eine umfassende Erläuterung des Institutes der Herabsetzung (und Hinzurechnung) erfolgt nachfolgend in einem eigenen Kapitel.<sup>141</sup>

---

<sup>132</sup> GÖKSU, CHK, N 1 zu Art. 566 ZGB; HÄUPTLI, PraxKomm, N 1 zu Art. 566 ZGB.

<sup>133</sup> Vgl. nachfolgende Ausführungen unter Kapitel III. «Die Ausschlagung».

<sup>134</sup> BGE 126 III 171 E. 3b f. S. 173 ff.; 124 III 102 E. 5a S. 105 f.; BOSSHARDT, OFK, N 2 zu Art. 626 ZGB.

<sup>135</sup> Eitel, ZBJV 142/2006, S. 461; GASS, BJM 2001, S. 235.

<sup>136</sup> Vgl. EITEL, Erbvorbezüge, S. 131; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 462; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 320 f.

<sup>137</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 5 zu Art. 527 ZGB; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 527 ZGB.

<sup>138</sup> Eitel, ZBJV 134/1998, S. 733; MINNIG, OFK, N 2 zu Art. 527 ZGB; VOLLERY, N 254.

<sup>139</sup> Vgl. EITEL, Erbvorbezüge, S. 131; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 320 f.

<sup>140</sup> Anstelle vieler EITEL, Erbvorbezüge, S. 131.

<sup>141</sup> Vgl. nachfolgende Ausführungen in Kapitel V. «Herabsetzung und Hinzurechnung».



## 6. Zwischenfazit

Die Ausführungen in diesem Kapitel zeigen, dass das Ausgleichungsrecht auf einem Gleichheits- und Gerechtigkeitsgedanken beruht. Jedoch kann der Erblasser aufgrund der dispositiven Natur des Ausgleichungsrechts – zumindest in gewissem Umfang – von der Gleichbehandlung seiner Erben abweichen und ganzheitlich von der Anwendung des Ausgleichungsrechts absehen. Folglich kommt das Ausgleichungsrecht vor allem in Intestaterbfällen zur Anwendung. Jedoch kommt es nicht in jedem Intestaterbfall zu einer Ausgleichung. Eine solche besteht *ipso iure* nur für Nachkommen des Erblassers und lediglich auf dessen Anordnung hin auch für gesetzliche Erben. Zudem unterstehen nicht alle lebzeitig erhaltenen Zuwendungen der Ausgleichung. Eine Ausgleichungspflicht besteht nur für Zuwendungen, welche zum Zweck der Existensbegründung, Existenzsicherungen oder Existenzverbesserung erfolgten und somit Versorgungscharakter haben. Sind alle diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt, kommt es grundsätzlich zu einer Ausgleichung der lebzeitigen Zuwendungen. Allerdings bestehen für die Erben – welche der Ausgleichung unterliegende Zuwendungen erhalten haben – gewisse Möglichkeiten, sich ihrer Erbenstellung zu entledigen und damit der Ausgleichungspflicht zu entgehen. In Fällen einer Enterbung, einer Erbunwürdigkeit sowie des Vorversterbens hat der Entgehende (naturgemäss) keine Mitbestimmungsrechte bzgl. des Verlustes seiner Erbenstellung. Beim Erbverzicht sowie der Ausschlagung kann der Entgehende hingegen mitwirken und unter Berücksichtigung der damit verbundenen Vorteile über die Beibehaltung oder die Aufgabe seiner Erbenstellung entscheiden. Folglich sind die Institute der Ausschlagung sowie des Erbverzichts – vor allem auch im Hinblick auf die Beantwortung der Kernfrage i.S. der Rechtfertigung der analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung – von besonderer Bedeutung und erfahren nachfolgend in Kapitel III. bzw. Kapitel IV. einer detaillierten Erörterung.

### III. Die Ausschlagung

#### 1. Einführung in die Ausschlagung

Gemäss Art. 560 ZGB erwerben die Erben die Erbschaft *ipso iure* zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Entsprechend fällt mit dem Tod des Erblassers die Erbschaft als Ganzes *eo ipso*, mit oder ohne deren Wissen, den gesetzlichen und/oder eingesetzten Erben zu.<sup>142</sup> Will ein Erbe – sei es aufgrund einer Überschuldung der Erbschaft oder aus welchem Grund auch immer – nicht Erbe bleiben, muss er handeln und zwar indem er die Erbschaft ausschlägt (Art. 566 I ZGB).<sup>143</sup> Durch die Ausschlagung der Erbschaft kann der Erbe einer ihm – gesetzlich oder erblasserisch – auferlegten Ausgleichspflicht entgehen.<sup>144</sup> Die Ausschlagung der Erbschaft erfolgt durch eine ausdrückliche, bedingungs- und vorbehaltlose mündliche oder schriftliche Erklärung an die zuständige Behörde (Art. 570 I und II ZGB).<sup>145</sup> Eine Begründung der Ausschlagungserklärung ist nicht erforderlich.<sup>146</sup> Das ZGB gibt den Erben dazu eine dreimonatige Frist (Art. 567 I ZGB), während der ein Schwebezustand besteht und der Erbe als vorläufiger Erbe gilt.<sup>147</sup> Schlägt ein Erbe die Erbschaft innert dieser dreimonatigen Frist aus, gilt die Ausschlagung *ex tunc*, er ist also nie Erbe geworden.<sup>148</sup> Eine ausdrückliche Annahme der Erbschaft ist hingegen nicht notwendig und kann – unter Ausnahme des Falles indem die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers offensichtlich oder amtlich festgestellt ist (Art. 566 II ZGB) – durch Ablauf der Ausschlagungsfrist (Art. 571 I ZGB), Einmischung bzw. Vornahme von gewissen Handlungen (Art. 571 II ZGB) oder durch ausdrückliche sowie konkludente Annahmeerklärung erfolgen.<sup>149</sup> Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft stellt – zumindest gemäss der neueren Lehre – ein Gestaltungsrecht dar und ist dementsprechend ein einseitiges, empfangsbedürftiges, bedingungsfeindliches und unwiderrufliches Rechtsgeschäft.<sup>150</sup> Weiter handelt es sich beim Recht zur Ausschlagung um *ius cogens*, was konsequenterweise dazu führt, dass ein Erbe vor dem Tod des Erblassers nicht auf die Ausschlagungsmöglichkeit verzichten und ein Erblasser diese nicht ausschliessen

---

<sup>142</sup> BGE 101 II 222 E. 5a S. 226; ESCHER, ZK, N 1 zu Art. 560 ff. ZGB.

<sup>143</sup> DRUEY, N 24 zu § 15; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 80.

<sup>144</sup> EITEL, BK, N 12 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 626 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 363; VOLLERY, N 141.

<sup>145</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 2 zu Art. 566 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB.

<sup>146</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 3 zu Art. 566 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB.

<sup>147</sup> SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 566 ZGB; STEINAUER, Rz. 962; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 81. Vgl. auch BGE 101 II 222 E. 5a S. 226.

<sup>148</sup> BGE 129 III 305 E. 4.3 S. 315 f.; ESCHER, ZK, N 7 zu Art. 570 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 6 zu Art. 570 ZGB.

<sup>149</sup> Vgl. BREITSCHMID, N 64 f. zu § 5. M.w.H. TUOR, N 5 f. zu § 77.

<sup>150</sup> GÖKSU, CHK, N 6 zu Art. 566 ZGB; HÄUPTLI, PraxKomm, N 2 zu Art. 566 ZGB; PIOTET, SPR IV/2, S. 580; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 566 ZGB; STEINAUER, Rz. 956; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 80.

kann.<sup>151</sup> Zudem sei darauf hingewiesen, dass eine Ausschlagung keine Schenkung darstellt, auch wenn diese in der Absicht der Begünstigung eines Mit- oder nachfolgenden Erben erfolgt ist.<sup>152</sup>

Unter gewissen Umständen kann eine bereits erfolgte Ausschlagung mit Berufung auf einen Willensmangel (Art. 23 ff. OR) annulliert werden.<sup>153</sup>

## 2. Wirkungen der Ausschlagung

Das Gesetz statuiert in Art. 572–575 ZGB die Wirkungen der Ausschlagung. Diese sind jedoch dispositiver Natur, wonach eine abweichende Anordnung des Erblassers Vorrang genießt.<sup>154</sup>

### A) Auf den Ausschlagenden

Durch die Ausschlagung der Erbschaft verliert der Ausschlagende seine Erbenstellung ex tunc, er ist also nie Erbe geworden.<sup>155</sup> Als Folgewirkung der fehlenden Erbenstellung nimmt der Ausschlagende nicht an der Verteilung der Aktiven teil und haftet – zumindest i.d.R. – nicht für Erbschaftsschulden.<sup>156</sup> In zwei Ausnahmefällen kann jedoch trotzdem eine Schuldenhaftung des ausschlagenden Erben bestehen: einerseits zum Schutz der Gläubiger des Erben (Art. 578 ZGB) und andererseits zum Schutz der Gläubiger des Erblassers (Art. 579 ZGB).<sup>157</sup> Gemäss Art. 578 ZGB besteht für die Gläubiger eines aufgrund eigener Überschuldung ausschlagenden Erben die Möglichkeit, dessen Ausschlagung anzufechten. Dies jedoch nur, sofern ihre Forderungen nicht anderweitig sichergestellt werden.<sup>158</sup> War hingegen der Erblasser zahlungsunfähig, sieht Art. 579 ZGB eine Haftung der ausschlagenden Erben vor, sofern diese innerhalb von fünf Jahren vor dem Tod des Erblassers von diesem ausgleichspflichtige Zuwendungen erhalten haben.<sup>159</sup> Liegt keiner dieser Ausnahmefälle vor, kann ein Erbe durch Ausschlagung der Erbschaft einer Haftung für Erbschaftsschulden sowie der Ausgleichung von lebzeitig erhaltenen Zuwendungen entgehen.<sup>160</sup> Auf den ersten Blick erscheint eine

---

<sup>151</sup> ESCHER, ZK, N 7 zu Art. 566 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 2 zu Art. 566 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 566 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 2 zu Art. 566 ZGB.

<sup>152</sup> M.w.H. HÄUPTLI, PraxKomm, N 4 zu Art. 566 ZGB.

<sup>153</sup> Urteil des BGer 5A\_594/2009 vom 20. April 2010 E. 2.1; HÄUPTLI, PraxKomm, N 2 zu Art. 566 ZGB.

<sup>154</sup> GÖKSU, CHK, N 9 zu Art. 572 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 1 zu Art. 572 ZGB.

<sup>155</sup> ESCHER, ZK, N 7 zu Art. 570 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 566 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 6 zu Art. 570 ZGB. Vgl. auch Urteil des BGer 5A\_304/2018 vom 19. Februar 2019 E. 3.2.2.

<sup>156</sup> BREITSCHMID, N 66 zu § 5; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB.

<sup>157</sup> BREITSCHMID, N 67 zu § 5; HÄUPTLI, PraxKomm, N 3 zu Art. 566 ZGB.

<sup>158</sup> M.w.H. SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 ff. zu Art. 578 ZGB.

<sup>159</sup> M.w.H. SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 ff. zu Art. 579 ZGB.

<sup>160</sup> BREITSCHMID, N 59 zu § 5; EITEL, BK, N 12 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; HÄUPTLI, PraxKomm, N 7 zu Art. 566 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 566 ZGB; TUOR, N 31 zu § 85.

Ausschlagung für Erben eines überschuldeten oder wertmässig kleinen Nachlasses sinnvoll, sofern sie lebzeitige Zuwendungen des Erblassers erhalten haben.<sup>161</sup> Zu berücksichtigen bleibt jedoch, dass, nur weil die Erben der Ausgleichung entgangen sind, ihre lebzeitig erhaltenen Zuwendungen trotzdem noch der Herabsetzung nach Art. 527 ZGB unterliegen können.<sup>162</sup> Vor allem in Konstellationen, in denen ein Nachlass überschuldet oder wertmässig klein ist, erscheint es naheliegend, dass Pflichtteile verletzt sein können. Die Erben, welche die Erbschaft nicht ausschlagen bzw. bei deren Überschuldung annehmen, sind bei Verletzung ihres Pflichtteils befugt, die Herabsetzung der lebzeitigen Zuwendung des Ausschlagenden zu verlangen (Art. 527 Ziff. 1 ZGB).<sup>163</sup> Dem ausschlagenden Erben hingegen steht aufgrund seiner fehlenden Erbenstellung keine Legitimation zur Herabsetzungsklage zu.<sup>164</sup>

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Ausschlagung sinnvoll ist, ist vor allem die Grösse der Pflichtteile der verbleibenden Pflichtteilerben bzw. der sog. Globalpflichtteil als Gesamtheit der Pflichtteile zu beachten.<sup>165</sup>

#### B) Auf dessen Miterben/ Nachkommen

Schon in der Botschaft des Entwurfes zum ZGB wurde klargestellt, dass die Ausschlagung eines Erben die «Ascrescenz» zu Gunsten der Miterben zur Folge hat.<sup>166</sup> Noch immer statuiert Art. 572 I ZGB für den Fall, dass der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen hinterlässt, dass der Erbanteil eines – von mehreren – gesetzlichen Erben bei dessen Ausschlagung so vererbt wird, wie wenn dieser den Erbgang nicht erlebt hätte.<sup>167</sup> Gemäss der h.L. gilt dies auch, wenn ein Testament oder ein Erbvertrag nur Vermächtnisse, Auflagen oder Teilungsvorschriften enthält,<sup>168</sup> und wenn Erben nur für einen Teil des Nachlasses eingesetzt werden.<sup>169</sup> Entsprechend treten an die Stelle des Ausschlagenden seine Nachkommen (sukzessive Berufung) und bei deren Fehlen wächst der Anteil des Ausschlagenden seinen

---

<sup>161</sup> M.w.H. EITEL, ZBJV 142/2006, S. 477.

<sup>162</sup> Vgl. FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 527 ZGB.

<sup>163</sup> HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 5 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 3 zu Art. 527 ZGB.

<sup>164</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 21 zu Art. 566 ZGB; SPIRIG, S. 494 f.

<sup>165</sup> EITEL, ZBJV 142/2006, S. 477. M.w.H. STAEHELIN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 470 ZGB. Zur Beantwortung dieser Frage vgl. die nachfolgenden Ausführungen in Kapitel VII. «Auswirkungen in der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 II ZGB».

<sup>166</sup> Botschaft betreffend einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBI 1904 IV 1 ff., S. 57.

<sup>167</sup> MÜLLER/STAMM, OFK, N 1 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 572 ZGB.

<sup>168</sup> GÖKSU, CHK, N 4 zu Art. 572 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 2 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 572 ZGB.

<sup>169</sup> ESCHER, ZK, N 2 f. zu Art. 572 ZGB. Gemäss ESCHER a.a.O. ist die Bestimmung von Art. 572 I ZGB auch in Fällen anzuwenden, in denen alle gesetzlichen Erben die Erbschaft ausschlagen und mindestens ein eingesetzter Erbe sie annimmt. Vgl. hierzu auch SCHWANDER, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 572 ZGB.

gesetzlichen Miterben (vgl. Art. 458 ff. ZGB) an (Akkreszenz).<sup>170</sup> Seit der Revision des Erbrechts – welche per 01.01.2023 in Kraft trat – sind nur noch die Nachkommen sowie der überlebende Ehegatte pflichtteilsgeschützt (Art. 470 ZGB).<sup>171</sup> Schlägt ein Nachkomme des Erblassers die Erbschaft zugunsten seiner eigenen Nachkommen aus, behalten diese den Pflichtteil des Ausschlagenden und es kommt zu keiner Veränderung der freien Quote.<sup>172</sup> Handelt es sich beim Ausschlagenden um den einzigen Nachkommen des Erblassers und bestehen weitere gesetzlichen Erben, so handelt es sich bei den eintretenden Erben nicht um Pflichtteilserben – sondern um Erben der elterlichen oder grosselterlichen Parentel – was u.U. zu einer Vergrösserung der frei verfügbaren Quote führt.<sup>173</sup>

Hinterlässt der Erblasser neben dem Ausschlagenden noch weitere (pflichtteilsgeschützte) Nachkommen, wächst die Erbquote des Ausschlagenden diesen an.<sup>174</sup> Ob sich bei Anwachsung der Erbquote an die verbleibenden Nachkommen auch deren Pflichtteil vergrössert oder ob die Ausschlagung zugunsten der verfügbaren Quote erfolgt, wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet.<sup>175</sup> Die Beantwortung dieser Frage bildet das Kernthema der vorliegenden Arbeit und erfolgt in einem eigenen Kapitel.<sup>176</sup>

Schlagen hingegen alle erstberufenen gesetzlichen Erben aus und existieren keine eingesetzten Erben, gilt Art. 573 ZGB, wonach die Erbschaft – auch bei fehlender Überschuldung und ohne Berücksichtigung möglicher nachfolgender Erben – zur konkursamtlichen Liquidation gebracht wird.<sup>177</sup> Ein allfälliger Überschuss wird den berechtigten Erben überlassen, wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte (Art. 573 II ZGB).<sup>178</sup> Bei der Ausschlagung aller gesetzlichen Erben und der Annahme durch mindestens einen eingesetzten Erben wäre dem Wortlaut entsprechend Art. 573 I ZGB anwendbar. Die h.L. erblickt in dieser Konstellation jedoch eine

<sup>170</sup> ESCHER, ZK, N 4 f. zu Art. 572 ZGB; GÖKSU, CHK, N 6 zu Art. 572 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 3 zu Art. 572 ZGB.

<sup>171</sup> EITEL, ante portas, S. 43 f; WILDISEN, CHK, N 1 zu Art. 470 ZGB.

<sup>172</sup> NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; WEIMAR, BK, N 9 zu Art. 470 ZGB.

<sup>173</sup> ESCHER, ZK, N 20 zu Vorbem. zu Art. 470–480; TUOR, BK, N 20 zu Art. 470 ZGB; WEIMAR, BK, N 9 zu Art. 470 ZGB.

<sup>174</sup> ESCHER, ZK, N 4 f. zu Art. 572 ZGB; GÖKSU, CHK, N 6 zu Art. 572 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 3 zu Art. 572 ZGB.

<sup>175</sup> Für die Vergrösserung der einzelnen Pflichtteile und die wohl h.L.: BÜRGI, OFK, N 6 zu Art. 470 ZGB; DRUEY, N 19 zu § 7; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 480; ESCHER, ZK, N 20 zu Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 383; PIOTET, SJZ 67/1971, S. 190; SCHILLER, S. 48; SPIRIG, S. 496; VOLLERY, N 559; WILDISEN, CHK, N 3 f. zu Art. 470 ZGB. A.M. und für die Beibehaltung der Pflichtteile: BGE 50 II 450 E. 4 S. 457 f.; HÄUPTLI, PraxKomm, N 5 zu Art. 572 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 349 ff.; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 470 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447.

<sup>176</sup> Vgl. nachfolgende Ausführungen unter Kapitel VI. «Die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung.

<sup>177</sup> GÖKSU, CHK, N 2 ff. zu Art. 573 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 1 zu Art. 573 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 ff. zu Art. 573 ZGB.

<sup>178</sup> MÜLLER/STAMM, OFK, N 6 zu Art. 573 ZGB. M.w.H. SCHWANDER, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 573 ZGB.

Lücke im Gesetz und füllt diese durch sukzessive Berufung der nachfolgenden gesetzlichen Erben und letztendlich des Gemeinwesens.<sup>179</sup>

Die Ausschlagung eines oder mehrerer eingesetzten Erben ist in Art. 572 II ZGB geregelt, wobei unerheblich ist, ob neben den eingesetzten auch gesetzliche Erben vorhanden sind.<sup>180</sup>

Der ausschlagende Erbe ist so zu behandeln, als wäre er vorverstorben bzw. gar nie eingesetzt worden.<sup>181</sup> Der Erbanteil eines eingesetzten Erben fällt somit – im Einklang mit Art. 481 II ZGB – den gesetzlichen Erben des Erblassers zu.<sup>182</sup> Dieselbe Rechtsfolge tritt auch ein, wenn der eingesetzte Erbe auch gesetzlicher Erbe ist.<sup>183</sup> Die Ausschlagung eines eingesetzten Erben hat keine Veränderung der Pflichtteile oder der verfügbaren Quote zur Folge.<sup>184</sup> Aufgrund der dispositiven Natur von Art. 572 II ZGB kann der Erblasser jedoch eine Ersatzverfügung treffen (Art. 487 ZGB) und bspw. einzelne oder alle gesetzlichen Erben ausschliessen.<sup>185</sup> Ist der letztwilligen Verfügung zu entnehmen, dass der Erblasser alle gesetzlichen Erben ausschliessen wollte und liegt keine Ersatzverfügung vor, so tritt bei Ausschlagung aller eingesetzten Erben das Gemeinwesen (vgl. Art. 466 ZGB) als Erbe ein.<sup>186</sup> Schlägt hingegen nur einer von mehreren eingesetzten Erben die Erbschaft aus und ist der erblasserische Wille auf den Ausschluss aller gesetzlichen Erben gerichtet, so wächst der Erbteil des Ausschlagenden den anderen eingesetzten Erben an.<sup>187</sup>

### C) Auf den überlebenden Ehegatten

Der überlebende Ehegatte gilt naturgemäss auch als gesetzlicher Erbe i.S.v. Art. 572 ZGB.<sup>188</sup>

Da dem Ehegatten jedoch eine Sonderstellung gemäss Art. 462 ZGB zukommt, unterscheiden sich die Wirkungen für diesen bei der Ausschlagung eines Miterben von denen der Erben innerhalb des Parentelsystems (Art. 457 ff. ZGB).<sup>189</sup> Nach der h.L. wachsen die Anteile der ausschlagenden Erben dem überlebenden Ehegatten nicht an, sondern vererben sich, wie wenn der Ausschlagende den Erbfall nicht erlebt hätte, innerhalb der gesetzlichen Erbfolge des

---

<sup>179</sup> ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 573 ZGB; HÄUPTLI, PraxKomm, N 7 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 572 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 10 zu Art. 572 ZGB.

<sup>180</sup> MÜLLER/STAMM, OFK, N 4 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 572 ZGB.

<sup>181</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 1 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 3 f. zu Art. 572 ZGB.

<sup>182</sup> SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 572 ZGB; TUOR, N 16 zu § 77.

<sup>183</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 2 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 572 ZGB.

<sup>184</sup> MÜLLER/STAMM, OFK, N 4 zu Art. 572 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 470 ZGB.

<sup>185</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 3 zu Art. 572 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 1 zu Art. 572 ZGB.

<sup>186</sup> ESCHER, ZK, N 7 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 572 ZGB.

<sup>187</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 3 zu Art. 572 ZGB; PIOTET, SPR IV/2, S. 626; TUOR/PICENONI, BK, N 23 zu Art. 572 ZGB.

<sup>188</sup> GÖKSU, CHK, N 5 zu Art. 572 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 11 zu Art. 572 ZGB.

<sup>189</sup> Vgl. GÖKSU, CHK, N 7 zu Art. 572 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 3 zu Art. 572 ZGB.

Parentelsystems (Art. 457 ff. ZGB).<sup>190</sup> Der Erbanspruch des überlebenden Ehegatten verändert sich entsprechend der Parentel der eintretenden Erben (Art. 462 ZGB).<sup>191</sup> Eine andere Lehrmeinung geht davon aus, dass bei Ausschlagung aller nächsten gesetzlichen Erben und Annahme der Erbschaft durch den überlebenden Ehegatten keine sukzessive Berufung der nächsten gesetzlichen Erben, sondern eine Alleinerbenstellung des überlebenden Ehegatten besteht.<sup>192</sup> Die Meinung der h.L. korreliert mit dem Gesetzeswortlaut von Art. 572 I ZGB sowie den allgemeinen Regelungen bzgl. Anwachsung von Erbteilen der gesetzlichen Erben (Art. 457 ff. ZGB) und ist nach hier vertretener Auffassung die zu befolgende. Jedoch ist eine Klärung dieser Frage durch das BGer noch ausstehend, womit die gewünschte Lösung im Rahmen der testamentarischen Gestaltungsmöglichkeiten redigiert werden sollte.<sup>193</sup>

Bei Ausschlagung aller nächsten gesetzlichen Erben gelangt die Erbschaft zur konkursamtlichen Liquidation (Art. 573 ZGB).<sup>194</sup> Art. 574 ZGB enthält eine Sonderregelung für den Fall, dass dem überlebenden Ehegatten keine Erbenstellung zukommt und alle Nachkommen ausschlagen. In solchem Fall steht dem überlebenden Ehegatten trotz fehlender Erbenstellung die Möglichkeit offen, die Erbschaft innerhalb eines Monats anzunehmen, womit ihm Alleinerbenstellung zukommt.<sup>195</sup>

### **3. Schicksal von Vermächtnissen bei Ausschlagung des begünstigten Erben**

Erhält ein – gesetzlicher oder eingesetzter – Erbe ein Vermächtnis zulasten eines anderen Erben, handelt es sich um ein sog. Vorausvermächtnis, welches eine von der Erbenstellung des Begünstigten unabhängige Zuwendung darstellt.<sup>196</sup> Entsprechend kann der begünstigte Erbe die Ausrichtung seines Vorausvermächtnisses unabhängig von seiner Erbenstellung – also auch im Fall seiner Ausschlagung – verlangen (vgl. Art. 486 III ZGB).<sup>197</sup> Für den Erblasser besteht jedoch die Möglichkeit, den Erhalt des Vorausvermächtnisses eines Erben an die Annahme der Erbschaft zu knüpfen resp. im Fall von dessen Ausschlagung zu verhindern.<sup>198</sup> Auch ist zu

---

<sup>190</sup> GÖKSU, CHK, N 7 zu Art. 572 ZGB; HÄUPTLI, PraxKomm, N 6 zu Art. 572 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 3 zu Art. 572 ZGB; PIOTET, SPR IV/2, S. 625 f.; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 9 zu Art. 572 ZGB.

<sup>191</sup> Vgl. mit einem einleuchtenden Beispiel GÖKSU, CHK, N 7 zu Art. 572 ZGB.

<sup>192</sup> ESCHER, ZK, N 6a zu Art. 572 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 19 f. zu Art. 572 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 92 f.

<sup>193</sup> Vgl. MÜLLER/STAMM, OFK, N 3 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 9 zu Art. 572 ZGB.

<sup>194</sup> GÖKSU, CHK, N 2 ff. zu Art. 573 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 1 zu Art. 573 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 573 ZGB.

<sup>195</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 3 f. zu Art. 574 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 1 zu Art. 574 ZGB.

<sup>196</sup> ESCHER, ZK, N 8 zu Art. 486 ZGB; TUOR, BK, N 14 zu Art. 486 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 9 zu Art. 486 ZGB.

<sup>197</sup> HUWILER/EGGEL, BSK ZGB II, N 21 zu Art. 486 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 9 zu Art. 486 ZGB.

<sup>198</sup> HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 14 zu Art. 486 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 9 zu Art. 486 ZGB.

beachten, dass wenn die Anordnung des Erblassers unklar ist, das Gesetz von einer Teilungsvorschrift ausgeht (Art. 522 II und 608 III ZGB), welche eine von der Erbenstellung des Begünstigten abhängige Zuwendung darstellt.<sup>199</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Die Ausschlagung eines Erben hat den Verlust dessen Erbenstellung ex tunc zur Folge. Entsprechend ist der Ausschlagende so zu behandeln, als wäre er nie Erbe geworden, und hat keine Ansprüche am Nachlass. Dasselbe gilt auch für Pflichtteilerben, die durch die Ausschlagung ihres Erbteils auch ihren Pflichtteilsanspruch verlieren. Zu den Wirkungen der Ausschlagung eines Miterben enthält das Gesetz in Art. 572 ZGB dispositive Rechtsfolgen. Je nachdem, ob es sich um einen Testat- oder Intestaterbfall handelt und je nach Konstellation der verbleibenden Erben, erfährt der Erbteil des Ausschlagenden ein anderes Schicksal. Wie schon im Zwischenfazit von Kapitel II. «Die Ausschlagung» erläutert, sind für die vorliegende Arbeit vor allem Intestaterbfälle von Bedeutung, da die Ausgleichung nur in diesen zur Anwendung gelangt. Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen der Ausschlagung ist es sinnvoll, die Anwendungsfälle auf Intestaterbfälle zu beschränken, da die Rechtsfolgen von Art. 572 ZGB nur zur Anwendung gelangen, sofern der Erblasser keine davon abweichenden Verfügungen trifft. Denn trifft der Erblasser eine von Art. 572 ZGB abweichende Verfügung, hat diese Vorrang und eine analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB bzw. deren Rechtfertigung erübrigt sich. In Intestaterbfällen resp. bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen, die lediglich Vermächtnisse, Auflagen oder Teilungsvorschriften enthält, statuiert Art. 572 I ZGB, dass sich der Anteil des Ausschlagenden so vererbt, wie wenn dieser den Erbfall nicht erlebt hätte. Hinterlässt der ausschlagende Nachkomme des Erblassers eigene Nachkommen, vererbt sich sein Pflichtteil an diese weiter. Uneinigkeit bezüglich der Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben besteht v.a. dann, wenn der Erblasser neben dem Ausschlagenden noch weitere Nachkommen hinterlässt. Entsprechend sind für die vorliegende Arbeit diejenigen Intestaterbfälle von Bedeutung, in denen ein Erblasser mehrere Nachkommen hinterlässt, einer davon ausschlägt und dabei keine eigenen Nachkommen hat.

---

<sup>199</sup> HUWILER/EGGEL, BSK ZGB II, N 23 zu Art. 486 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 10 zu Art. 486 ZGB.



## IV. Der Erbverzicht

### 1. Einführung in den Erbverzicht

Durch einen Erbvertrag können Erblasser bindende Anordnungen über ihren zukünftigen Nachlass treffen, indem einem oder mehreren Begünstigten eine Zuwendung versprechen (sog. Erbeinsetzungsvertrag; Art. 494 ZGB) oder einen Erbverzicht (sog. Erbverzichtsvertrag; Art. 495 ZGB) vereinbart wird.<sup>200</sup> Wird eine Person vom Erblasser begünstigt, spricht man von einem positiven Erbvertrag; handelt es sich hingegen um einen vollständigen oder teilweisen Verzicht auf die Erbschaft, spricht man von einem negativen Erbvertrag.<sup>201</sup> In der Praxis sind häufig Kombinationen anzutreffen, in denen ein Erbverzicht und ein Erhalt von lebzeitigen Zuwendungen verbunden werden (sog. Erbauskaufterträge).<sup>202</sup> In der vorliegenden Arbeit interessieren vor allem die vollständigen Erbverzichts- und Erbauskaufterträge. Ein negativer Erbvertrag ist vor allem mit Pflichtteilserven vorstellbar, da ein Ausschluss anderer Erben auch testamentarisch verfügt werden kann.<sup>203</sup> Ein verbindlicher Verzicht auf Ansprüche aus einer zukünftigen Erbschaft ist zu Lebzeiten des Erblassers nur in der Form eines Erbverzichtsvertrages möglich.<sup>204</sup> Hingegen ist ein Verzicht auf die Erbschaft nach Eintritt des Erbgangs nur durch Ausschlagung (Art. 566 ff. ZGB) möglich.<sup>205</sup>

Durch einen Erbverzichtsvertrag verzichtet ein Erbe gegenüber dem Erblasser auf seinen künftigen Erbanspruch, wobei – ohne Vorliegen von Enterbungsgründen (vgl. Art. 540 ZGB) – vom Pflichtteilsrecht abgewichen werden kann.<sup>206</sup> In den meisten Fällen wird der verzichtende Erbe ausgekauft (Erbauskauf); er erhält also für den späteren Verzicht eine lebzeitige Zuwendung des Erblassers.<sup>207</sup> Die Zuwendung des Erblassers sowie der Verzicht auf die zukünftige Erbanwartschaft müssen aus objektiver Perspektive nicht äquivalent sein, sollten jedoch aus subjektiver Sicht der Vertragsparteien als gleichwertig betrachtet werden.<sup>208</sup>

---

<sup>200</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 3 zu Vorbem. zu Art. 494–497 ZGB; GRUNDMANN, PraxKomm, N 4 zu Vorbem. zu Art. 494 ff. ZGB. Vgl. auch BGE 138 III 497 E. 4.2 S. 504 f.

<sup>201</sup> Vgl. Breitschmid/Bornhauser, BSK ZGB II, N 9 zu Vorbem. zu Art. 494–497 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 1 zu Art. 494 ZGB. Neben einem vollständigen Erbverzicht ist auch ein partieller Erbverzicht möglich. Vgl. hierzu BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 641.

<sup>202</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 9 zu Vorbem. zu Art. 494–497 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 2 zu Art. 495 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 4 zu Art. 495 ZGB.

<sup>203</sup> HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 1a zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 612.

<sup>204</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 1 zu Art. 495 ZGB; HÄUPTLI, PraxKomm, N 8 zu Art. 566 ZGB.

<sup>205</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 2 zu Art. 495 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 922.

<sup>206</sup> NERTZ, PraxKomm, N 21 zu Art. 470 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 470 ZGB.

<sup>207</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 9 zu Vorbem. zu Art. 494–497 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 2 zu Art. 495 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 4 zu Art. 495 ZGB.

<sup>208</sup> ESCHER, ZK, N 12 zu Art. 495 ZGB; GRUNDMANN, PraxKomm, N 3 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 2 zu Art. 495 ZGB.

Ungeachtet dessen sind die im Erbvertrag getroffenen Vereinbarungen grundsätzlich definitiver Natur und entsprechend verbindlich.<sup>209</sup> So steht dem Verzichtenden bspw. kein Rücktrittsrecht zu, wenn der Erblasser einen zusätzlichen Vermögensanfall erfährt und der Auskaufbetrag dadurch den Pflichtteil des Verzichtenden unterschreitet. Andererseits kann auch der Erblasser nicht vom Vertrag zurücktreten und die Gegenleistung zurückfordern, wenn der Verzichtende bspw. vorverstirbt und somit gar nicht Erbe wird.<sup>210</sup>

Bezüglich der Rechtsnatur von Erbverzichtsverträgen besteht in der Lehre Uneinigkeit. Gemäss der neueren Lehre handelt es sich – v.a. beim entgeltlichen – Verzicht eines Pflichtteils Erben um ein synallagmatisches Rechtsgeschäft.<sup>211</sup> Nach anderer Meinung ist ein Erbauskauf ein «Doppelgeschäft», bei welchem sich ein Erbverzicht als Rechtsgeschäft von Todes wegen und ein Erbauskauf als Rechtsgeschäft unter Lebenden gegenüberstehen.<sup>212</sup>

In formeller Hinsicht handelt es sich beim Erbverzichtsvertrag um eine Verfügung von Todes wegen (Art. 512 ZGB).<sup>213</sup> Ob der Erbverzichtsvertrag auch in materieller Hinsicht eine Verfügung von Todes wegen darstellt, ist in der Lehre umstritten. Vor allem die ältere Lehre geht davon aus, dass der Erblasser bloss den Verzicht eines Erben annimmt bzw. eine Gegenleistung unter Lebenden verspricht und somit keine erbrechtliche Verfügung besteht.<sup>214</sup> Die neuere Lehre sieht den Erbverzicht hingegen als vertraglich vereinbarte Enterbung und dementsprechend als erblasserische Verfügung von Todes wegen.<sup>215</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist der neueren Lehre zu folgen, dies u.a. aufgrund der Regelung von Art. 512 II ZGB, wonach beide Parteien gleichzeitig ihren Willen kundgeben und den Vertrag unterzeichnen müssen.

---

<sup>209</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 1 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 644. Der Erbverzicht fällt beim Tod des verzichtenden Erben nicht dahin, da Art. 515 ZGB auf den Erbverzicht nicht anwendbar ist. Vgl. hierzu ESCHER, ZK, N 4 zu Art. 495 ZGB.

<sup>210</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 4 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 644.

<sup>211</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 6 f. zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 214; PIOTET, ZSR 1992 I, S. 380; STEINAUER, Fn. 9 zu Rz. 642.

<sup>212</sup> BGE 90 II 75 E. 4 S. 77; ESCHER, ZK, N 4 zu Art. 495 ZGB; WEIMAR, BK, N 6 zu Art. 495 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 215.

<sup>213</sup> BADERTSCHER, OFK, N 1 zu Art. 512 ZGB; GRUNDMANN, PraxKomm, N 6 zu Art. 495 ZGB.

<sup>214</sup> DRUEY, N 24 zu § 10; ESCHER, ZK, N 3 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 641a; TUOR, BK, N 3 zu Art. 495 ZGB.

<sup>215</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 6 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 1 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 212; PIOTET, SPR IV/1, S. 173; WEIMAR, BK, N 2 f. zu Art. 495 ZGB.

## 2. Wirkungen des (vollständigen) Erbverzichts

### A) Auf den Verzichtenden

Ein Erbverzicht resp. Erbauskauf wirkt mit dem Tod des Erblassers und bewirkt den Verlust der Erbenstellung. Der Verzichtende fällt beim Erbgang also ausser Betracht (Art. 495 II ZGB).<sup>216</sup> Einerseits verliert der Verzichtende alle Ansprüche auf den Nachlass sowie die an seine Erbenstellung geknüpften Mitwirkungsrechte und andererseits kann er – unter Vorbehalt von Art. 497 ZGB – nicht für Erbschaftsschulden belangt werden.<sup>217</sup> Dies gilt, sofern der Vertrag nichts anderes anordnet, auch für die Nachkommen des Verzichtenden und deren Pflichtteil (Art. 495 III ZGB), womit der Erbverzicht durchgreifender als die Ausschlagung, Enterbung und Erbunwürdigkeit wirkt.<sup>218</sup> Dem Gesagten entsprechend verliert beim Erbverzicht nicht nur der Verzichtende, sondern dessen gesamter Stamm ihre Pflichtteilsansprüche an der Erbschaft.<sup>219</sup> Dem Erblasser steht es jedoch frei, den Verzichtenden sowie dessen Nachkommen – trotz erfolgtem Erbverzicht – als Erben einzusetzen oder anderweitig – bspw. durch die Zuwendung von Vermächtnissen – am Nachlass zu beteiligen.<sup>220</sup>

### B) Auf dessen Miterben

Gemäss der h.L. wirkt der Erbverzicht zugunsten der verfügbaren Quote und erweitert entsprechend den Gestaltungsspielraum des Erblassers.<sup>221</sup> Umgesetzt wird dies, indem der Pflichtteil des verzichtenden Erben bei der Berechnung der Pflichtteilsquoten der verbleibenden Erben mitberücksichtigt wird (vgl. Art. 535 II ZGB).<sup>222</sup> Unerheblich ist dabei, ob es sich um einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Erbverzicht handelt.<sup>223</sup> Handelt es sich jedoch um einen entgeltlichen Erbverzicht, untersteht die Gegenleistung – welche gemäss Art. 475 i.V.m. Art. 527 Ziff. 2 ZGB zum Nachlass hinzugerechnet wird – u.U. der Herabsetzung

---

<sup>216</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 645.

<sup>217</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 6 zu Art. 495 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 6 zu Art. 495 ZGB.

<sup>218</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 20 zu Art. 495 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 173; STEINAUER, Rz. 648; TUOR, BK, N 13 zu Art. 495 ZGB. Eine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist auch bei minderjährigen Nachkommen nicht notwendig. Vgl. hierzu BGE 90 II 75 E. 4 S. 77 ff.

<sup>219</sup> Vgl. NERTZ, PraxKomm, N 25 zu Art. 470 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 470 ZGB.

<sup>220</sup> DRUEY, N 24 zu § 10; GRUNDMANN, PraxKomm, N 11 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 645; STUDHALTER, OFK, N 3 zu Art. 495 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1727.

<sup>221</sup> BGE 50 II 450 E. 4 S. 457 f.; DRUEY, N 28 zu § 10; ESCHER, ZK, N 21 zu Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 456; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 470 ZGB; WEIMAR, BK, N 12 zu Art. 495 ZGB. A. M. TUOR, BK, N 23 f. zu Art. 470 ZGB.

<sup>222</sup> Vgl. Fn. 221.

<sup>223</sup> ESCHER, ZK, N 21 zu Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 456 f.; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 470 ZGB. A.M. SCHILLER, S. 48.

(Art. 527 Ziff. 2 ZGB).<sup>224</sup> Dies, sofern die Gegenleistung an den Verzichtenden die verfügbare Quote überschreitet und zusätzlich den (rechnerischen) Pflichtteil des Verzichtenden übersteigt (vgl. Art. 535 II ZGB).<sup>225</sup> Im Ausnahmefall, in denen der Erbverzicht nicht gegenüber den Nachkommen des Verzichtenden wirkt, untersteht die gesamte Gegenleistung des Erblassers der Herabsetzung.<sup>226</sup>

Verstirbt der Verzichtende vor dem Erblasser, verbleibt die Gegenleistung trotzdem in der Erbmasse des Verzichtenden, da Art. 515 ZGB nicht auf negative Erbverträge anwendbar ist.<sup>227</sup>

Dem Erblasser steht es frei, den Verzichtenden sowie dessen Nachkommen – trotz erfolgtem Erbverzicht – als Erben einzusetzen oder anderweitig durch den Nachlass zu begünstigen.<sup>228</sup>

Den vorstehenden Ausführungen entsprechend schmälert ein entgeltlicher Erbverzicht die Pflichtteile der Miterben des Verzichtenden und lässt eine Herabsetzung der Gegenleistung des Verzichtenden nur in beschränktem Umfang zu.<sup>229</sup>

### 3. Ausgleichung beim Erbverzicht (Art. 535 ZGB)

Die Marginalie von Art. 535 ZGB ist unpräzise gewählt, da diese nicht die Ausgleichung, sondern lediglich die Herabsetzung beim Erbverzicht behandelt.<sup>230</sup> Aufgrund der fehlenden Erbenstellung des Verzichtenden (vgl. Art. 495 II ZGB) fällt eine Ausgleichung beim Erbverzicht naturgemäss ausser Betracht.<sup>231</sup> Der Regelung in Art. 495 II ZGB entsprechend, sollte der Verzichtende auch bei der Berechnung der Pflichtteile ausser Betracht fallen.<sup>232</sup> Jedoch begründet Art. 535 II ZGB eine Noterbenstellung des Verzichtenden, welche ihm einen rechnerischen Pflichtteil im Nachlass des Erblassers verschafft und diesen Pflichtteil vor einer Herabsetzung durch seine Miterben schützt.<sup>233</sup> Art. 535 II ZGB begründet hingegen keinen Anspruch des Verzichtenden auf seinen wertmässigen Pflichtteil gegenüber dem Erblasser.<sup>234</sup>

---

<sup>224</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 10 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 3 zu Art. 495 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 456; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 470 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 5 zu Art. 495 ZGB.

<sup>225</sup> 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; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 470 ZGB.

<sup>226</sup> MINNIG, OFK, N 4 zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 527 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 455.

<sup>227</sup> HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 6 zu Art. 495 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 198 f.; STUDHALTER, OFK, N 4 zu Art. 495 ZGB.

<sup>228</sup> DRUEY, N 24 zu § 10; GRUNDMANN, PraxKomm, N 11 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 645; STUDHALTER, OFK, N 3 zu Art. 495 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1727.

<sup>229</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 5 zu Art. 535 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 535 ZGB.

<sup>230</sup> DRUEY, N 45 zu § 10; MINNIG, OFK, N 1 zu Art. 535 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 535 ZGB.

<sup>231</sup> Vgl. BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 645.

<sup>232</sup> Vgl. GRUNDMANN, PraxKomm, N 17 zu Art. 495 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 6 zu Art. 495 ZGB.

<sup>233</sup> Vgl. GRUNDMANN, PraxKomm, N 5 zu Art. 535 ZGB; MINNIG, OFK, N 2 zu Art. 535 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 535 ZGB.

<sup>234</sup> Vgl. GRUNDMANN, PraxKomm, N 8 zu Art. 535 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 535 ZGB.

Übersteigt die Gegenleistung des Erblassers an den Verzichtenden dessen rechnerischen Pflichtteil sowie die zur Zeit des Erbanges verfügbare Quote, kann der Verzichtende von den verbleibenden, in ihrem Pflichtteil verletzten, Miterben mittels Herabsetzungsklage (Art. 527 Ziff. 2 ZGB) zur Rückleistung der seinen Pflichtteil übersteigenden Gegenleistung verpflichtet werden.<sup>235</sup> Zur Berechnung der vom Verzichtenden erhaltenen Gegenleistung verweist Art. 535 III ZGB auf das Ausgleichungsrecht, wonach gemäss Art. 630 ZGB die Besitzregeln (vgl. Art. 938 ff. ZGB) zur Anwendung gelangen.<sup>236</sup> Wird der Verzichtende durch erfolgreiche Herabsetzungsklage zu einer Rückleistung verpflichtet, steht ihm – sofern die Erbteilung noch nicht erfolgt ist – gemäss Art. 536 ZGB ein Wahlrecht zu.<sup>237</sup> Entweder kann er die ganze vom Erblasser erhaltene Gegenleistung wertmässig oder in Natura (vgl. Art. 628 I ZGB) einwerfen und an der Erbteilung teilnehmen als hätte nie ein Erbverzicht stattgefunden, oder er kann nur den Teil, auf welchen er zur Rückleistung verpflichtet wurde, einwerfen und seinen rechnerischen Pflichtteil behalten.<sup>238</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Ein Erbe kann durch einen (negativen) Erbvertrag mit dem Erblasser auf seinen Anteil an der Erbschaft verzichten. Folglich verliert der Verzichtende seine Erbenstellung und nimmt nicht am Erbgang teil. Ein Erbverzicht kann, muss aber nicht entgeltlich erfolgen und kann zudem Abweichungen vom Pflichtteilsrecht enthalten. Ist der Verzichtende ein Pflichtteilserbe, erfolgt ein Erbverzicht grundsätzlich nur aufgrund einer Gegenleistung des Erblassers. Der Erblasser schliesst mit einem Pflichtteilserven einen vertraglichen Erbauskau, wobei sich die Gegenleistung des Erblassers sowie der Verzicht des Erben auf seinen Pflichtteil gegenüberstehen. Die Gegenleistung des Erblassers wird gemäss Art. 527 Ziff. 2 i.V.m. Art. 475 ZGB in gesamtem Umfang zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzugerechnet. Nach Art. 535 II ZGB unterliegt die Gegenleistung jedoch nur im Umfang des den rechnerischen Pflichtteil des Verzichtenden übersteigenden Betrags der Herabsetzung. Entsprechend werden die Pflichtteile der verbleibenden Erben so berechnet werden, als würde der Verzichtende noch am Erbgang teilnehmen, was folglich zur Erweiterung der erblasserischen Verfügungsfreiheit führt. Für die vorliegende Arbeit ist vor allem der Erbauskau von Interesse.

---

<sup>235</sup> 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; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 470 ZGB.

<sup>236</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 9 f. zu Art. 535 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 535 ZGB.

<sup>237</sup> MINNIG, OFK, N 1 zu Art. 536 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1083.

<sup>238</sup> HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 5 zu Art. 535/536 ZGB; MINNIG, OFK, N 1 zu Art. 536 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1083.

## V. Herabsetzung und Hinzurechnung

### 1. Einführung in die Herabsetzung

Das Institut der Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB) hat in erster Linie den Schutz der Pflichtteilsansprüche der Pflichtteilserven bzw. der Familienerbfolge zur Aufgabe.<sup>239</sup> Die Herabsetzung ist somit der Rechtsbehelf eines Pflichtteilserven, der seinen Pflichtteil nicht dem Werte nach erhalten hat.<sup>240</sup> Herabsetzbar sind Verfügungen von Todes wegen, Verfügungen unter Lebenden, Versicherungsansprüche sowie Ansprüche aus der Intestaterbfolge, sofern sie zu einer Pflichtteilsverletzung führen.<sup>241</sup> Zur Herabsetzungsklage legitimiert sind vor allem die Pflichtteilserven, die in ihrem Pflichtteil verletzt wurden und den Erbgang erlebt haben.<sup>242</sup> Vorausgesetzt ist jedoch, dass der Pflichtteilserbe seinen Pflichtteil nicht nur nicht aus dem Nachlass, sondern auch nicht in Form einer lebzeitigen Zuwendung oder eines Vermächtnisses erhalten hat.<sup>243</sup> Passivlegitimiert sind bei der Herabsetzungsklage die Empfänger einer lebzeitigen Zuwendung des Erblassers, Vermächtnisnehmer (welche ein Vorausvermächtnis erhalten haben), die durch Verfügung von Todes wegen begünstigten Erben sowie die gesetzlichen Erben bei der Intestaterbfolge.<sup>244</sup>

Gemäss der h.L. kommt den testamentarisch übergangenen oder enterbten Pflichtteilserven keine Erbenstellung von Gesetzes wegen zu.<sup>245</sup> Sie sind bloss sog. virtuelle Erben, welche ihre Erbenstellung erst durch die erfolgreiche Geltendmachung der Herabsetzungsklage (wieder-) erlangen können.<sup>246</sup> Das Herabsetzungsurteil ist ein Gestaltungsurteil und führt dazu, dass die Verfügung, auf welcher die Pflichtteilsverletzung beruht, auf das zulässige Mass herabgesetzt wird und die pflichtteilsverletzten Erben ihren Pflichtteil dem Werte nach erhalten.<sup>247</sup>

<sup>239</sup> Eitel, ZBJV 142/2006, S. 461; GASS, BJM 2001, S. 235.

<sup>240</sup> BREITSCHMID, N 33 zu § 4; MINNIG, OFK, N 1 zu Art. 522 ZGB.

<sup>241</sup> FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 522 ZGB; MINNIG, OFK, N 1 zu Art. 522 ZGB.

<sup>242</sup> FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 522 ZGB. M.w.H. zu weiteren möglichen Herabsetzungsgläubigern vgl. PIATTI, BSK ZGB II, N 5 zu Vorbem. zu Art. 522–533 ZGB.

<sup>243</sup> DRUEY, N 39 f. zu § 6; PIOTET, SPR IV/1, S. 379; STEINAUER, Rz. 787; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 449. A.M. ESCHER, ZK, N 3 ff. zu Art. 522 ZGB; TUOR, BK, N 5 ff. zu Art. 522 ZGB.

<sup>244</sup> HRUBESCH-MILLAUEER, PraxKomm, N 8 zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 7 zu Vorbem. zu Art. 522–533 ZGB. M.w.H. zur Diskussion bzgl. der Herabsetzbarkeit von Intestaterbansprüchen vor dem 01.01.2023 vgl. HRUBESCH-MILLAUEER, PraxKomm, N 1a zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB.

<sup>245</sup> DRUEY, N 12 zu § 6; HRUBESCH-MILLAUEER, PraxKomm, N 3 zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Vorbem. zu Art. 522–533 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 379 f.; STEINAUER, Rz. 787. Vgl. auch BGE 143 III 369 E. 2.1 S. 370; 139 V 1 E. 4.2 S. 3 f. A.M. ESCHER, ZK, N 6 zu Art. 522 ZGB.

<sup>246</sup> PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Vorbem. zu Art. 522–533 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 379 f.; STEINAUER, Rz. 787.

<sup>247</sup> HRUBESCH-MILLAUEER, PraxKomm, N 3a zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Vorbem. zu Art. 522–533 ZGB. Vgl. auch BGE 115 II 211 E. 4 S. 212 f.

## 2. Die verschiedenen «Nachlassmassen» und die Hinzurechnung

Der reine Nachlass des Erblassers beschreibt den Stand seines Vermögens im Zeitpunkt seines Todes (vgl. Art. 474 ZGB).<sup>248</sup> Obwohl die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen nicht explizit im Wortlaut der Normen über die Berechnung des verfügbaren Teils (Art. 474 ff. ZGB) erwähnt werden, ist man sich in Lehre und Rechtsprechung einig, dass diese der Hinzurechnung unterliegen.<sup>249</sup> Wird der reine Nachlass um den Wert der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen ergänzt, entsteht die sog. Teilungsmasse, welche im Rahmen der Erbteilung auch effektiv auf die berechtigten Erben verteilt wird.<sup>250</sup> Zur Berechnung der Pflichtteile werden zusätzlich alle Zuwendungen unter Lebenden, welche gemäss Art. 527 ZGB der Herabsetzung unterliegen, zur Teilungsmasse hinzugerechnet (vgl. Art. 475 ZGB).<sup>251</sup> Das Resultat dieser Hinzurechnung wird als Pflichtteilsberechnungsmasse bezeichnet und widerspiegelt nicht, was im Zeitpunkt des Todes des Erblassers oder im Zeitpunkt der Erbteilung als Vermögenswerte zur Verfügung steht, sondern ist lediglich eine – alle erbrechtlich relevanten Vermögenswerte berücksichtigende – «Idealgrösse».<sup>252</sup>

Die Hinzurechnung beschreibt entsprechend die (zumindest rechnerische) Berücksichtigung aller ausgleichungspflichtigen und herabsetzbaren Zuwendungen des Erblassers (Art. 475 ZGB).<sup>253</sup> Der massgebende Wert der lebzeitigen Zuwendung bestimmt sich – auch bei vorzeitiger Veräusserung – zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers (Art. 474 I ZGB), welcher zeitgleich mit der Eröffnung des Erbganges eintritt (Art. 537 I ZGB).<sup>254</sup> Sachwerte sind zum Verkehrswert, also zum Wert den man bei einer Veräusserung an einen Dritten im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erhalten würde, zu bewerten.<sup>255</sup> Geldwerte werden mit ihrem Nominalwert berücksichtigt.<sup>256</sup>

Enthält der reine Nachlass resp. die Teilungsmasse genügend Substanz zur Befriedigung aller Pflichtteile der Pflichtteilserven, werden die herabsetzbaren Zuwendungen nicht effektiv herabgesetzt, sondern wertmässig zur Ermittlung der Pflichtteilsberechnungsmasse

<sup>248</sup> BREITSCHMID, N 33 zu § 4; Eitel, ZBJV 134/1998, S. 733.

<sup>249</sup> BGE 45 II 7 E. 2 S. 12 f.; NERTZ, PraxKomm, N 12 zu Art. 475 ZGB; Eitel, ZBJV 134/1998, S. 733.

<sup>250</sup> EITEL, BK, N 12 zu Art. 628 ZGB; STEINAUER, Rz. 453. Vgl. auch BGE 127 III 396 E. 2a S. 399.

<sup>251</sup> HRUBESCH-MILLAUE, PraxKomm, N 1e zu Vorbem. zu Art. 522 ff. ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 380 f.

<sup>252</sup> Vgl. EITEL, Erbvorbezüge, S. 131; STEINAUER, Rz. 453 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 320.

<sup>253</sup> STAEHELIN, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 474 ZGB. Der Hinzurechnung unterliegen auch bestimmte Versicherungsansprüche zugunsten Dritter. M.w.H. BREITSCHMID, N 46 zu § 4; STAEHELIN/AMMANN, BSK ZGB II, N 1 ff. zu Art. 476 ZGB.

<sup>254</sup> BGE 110 II 228 E. 7b S. 231 f.; ESCHER, ZK, N 1 zu Art. 475 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 475 ZGB; WEIMAR, BK, N 37 zu Art. 475 ZGB WILDISSEN, CHK, N 6 zu Art. 475 ZGB.

<sup>255</sup> DRUEY, N 70 zu § 6; NERTZ, PraxKomm, N 6 zu Art. 474 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 462; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 474 ZGB. M.w.H. zum Hinzurechnungswert bei gemischten Schenkungen/ vorzeitiger Veräusserung von Zuwendungen vgl. STAEHELIN, BSK ZGB II, N 6 ff. zu Art. 475 ZGB.

<sup>256</sup> Vgl. WEIMAR, BK, N 37 zu Art. 475 ZGB; WILDISSEN, CHK, N 6 zu Art. 475 ZGB.

hinzugerechnet.<sup>257</sup> Reicht die vorhandene Substanz hingegen nicht zur Befriedigung aller Pflichtteilerben aus, müssen die der Herabsetzung unterliegenden Zuwendungen gemäss der in Art. 532 ZGB statuierten Reihenfolge effektiv herabgesetzt werden.<sup>258</sup> Es werden der Reihenfolge von Art. 532 ZGB entsprechend einzelne Zuwendungen herabgesetzt, bis genügend Substanz zur Ausrichtung aller Pflichtteile vorhanden ist.<sup>259</sup>

### 3. Die herabsetzbaren lebzeitigen Zuwendungen (Art. 527 ZGB)

#### A) Ausgleichungspflichtige Zuwendungen als Gegenstand der Herabsetzung

Unterliegt eine Zuwendung des Erblassers der Ausgleichung, kann diese aufgrund der Hinzurechnung zum Nachlass (vgl. Art. 475 ZGB) keine Pflichtteilsverletzung zur Folge haben.<sup>260</sup> Entsprechend sind Zuwendungen des Erblassers an seine Erben nur der Herabsetzung unterworfen, wenn die Erben der Ausgleichungspflicht entgehen.<sup>261</sup> Art. 527 Ziff. 1 ZGB unterstellt lebzeitige Zuwendungen des Erblassers «auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung» der Herabsetzung, sofern sie nicht der Ausgleichung unterliegen.<sup>262</sup> Gemäss der h.L. und der Rechtsprechung des BGers ist der Begriff der Zuwendung in Art. 527 Ziff. 1 ZGB analog zu Art. 626 II ZGB auszulegen, wobei es sich also um eine ganz oder teilweise unentgeltliche<sup>263</sup> Versorgungszuwendung handeln muss.<sup>264</sup> Vorstellbar sind Zuwendungen an Nachkommen sowie andere Erben, v.a. den überlebenden Ehegatten des Erblassers.<sup>265</sup> Zusätzlich ist vorausgesetzt, dass die Zuwendungen nicht der Ausgleichung unterliegen, was nach einhelliger Auffassung der Fall ist, wenn ein Erbe infolge Vorversterbens, Ausschlagung, Erbunwürdigkeit, Enterbung oder Erbverzichts keine Erbenstellung erlangt und auch keine Ausgleichung in Vertretung (Art. 627 ZGB) stattfindet.<sup>266</sup> Das BGer und die wohl h.L. verstehen die Formulierung «auf Anrechnung» in einem rein objektiven Sinne und unterstellen ausgleichungspflichtige Zuwendungen – welche der

<sup>257</sup> Vgl. BREITSCHMID, N 50 zu § 4; BÜRGI, OFK, N 1 zu Art. 475 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 19 zu Art. 475 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 2 f. zu Art. 475 ZGB; WILDISEN, CHK, N 1 zu Art. 475 ZGB.

<sup>258</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUEER, PraxKomm, N 1 zu Art. 532 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 ff. zu Art. 532 ZGB.

<sup>259</sup> BREITSCHMID, N 50 zu § 4; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 ff. zu Art. 532 ZGB.

<sup>260</sup> Vgl. Eitel, ZBJV 134/1998, S. 733; MINNIG, OFK, N 2 zu Art. 527 ZGB; VOLLERY, N 254.

<sup>261</sup> Vgl. EITEL, Erbvorbezüge, S. 131; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 462; WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 320 f.

<sup>262</sup> PIATTI, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 2 zu Art. 527 ZGB.

<sup>263</sup> FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 527 ZGB; WEIMAR, BK, N 2 zu Art. 475 ZGB.

<sup>264</sup> BGE 70 II 188 E. 8 S. 199; HRUBESCH-MILLAUEER, PraxKomm, N 11 zu Art. 527 ZGB; STEINAUER, Rz. 470; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 477. A.M. EITEL, Erbvorbezüge, S. 149;

<sup>265</sup> ESCHER, ZK, N 8 ff. zu Art. 527 ZGB; HRUBESCH-MILLAUEER, PraxKomm, N 11 zu Art. 527 ZGB; WEIMAR, BK, N 5 ff. zu Art. 475 ZGB.

<sup>266</sup> BGE 116 II 667 E. 2b S. 671; 107 II 119 E. 3b S. 129 f.; Eitel, ZBJV 134/1998, S. 752; MINNIG, OFK, N 2 zu Art. 527 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 476.



Ausgleichung nur aufgrund eines vom Erblasser verfügtten Ausgleichungsdispens entgehen – ebenfalls der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB.<sup>267</sup> Nach anderer Meinung ist der «subjektiven Theorie» zu folgen, wonach bei einem Ausgleichungsdispens keine Berücksichtigung der Zuwendung i.S. der Herabsetzung und Hinzurechnung erfolgt.<sup>268</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist bei der Auslegung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB der Meinung des BGers sowie der h.L. zu folgen. Wenn der Erblasser den Zuwendungsempfänger mit einem Ausgleichungsdispens vor der Herabsetzung schützen könnte, würde dies dem Erblasser eine das Pflichtteilsrecht überstimmende Verfügungsfreiheit einräumen, was – zumindest nach hier vertretener Auffassung – kaum die Intention des Gesetzgebers gewesen sein kann. Auch die Tatbestände von Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB würden in Fällen, in welchen eine Zuwendung aufgrund eines Ausgleichungsdispens nicht unter Art. 527 Ziff. 1 ZGB subsumierbar wäre, keinen angemessenen bzw. lediglich einen limitierten Pflichtteilsschutz bieten.

#### B) Herabsetzung beim entgeltlichen Erbverzicht resp. Erbauskauferträgen

Hat ein Erblasser mit einem Erben einen entgeltlichen Erbverzicht bzw. einen Erbauskaufer vereinbart (vgl. Art. 495 ZGB) und dabei den zur Zeit des Erbanges verfügbaren Teil seiner Erbschaft überschritten, untersteht die Leistung des Erblassers der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 2 ZGB.<sup>269</sup> Dies jedoch nur, sofern die Leistung des Erblassers an den Verzichtenden dessen Pflichtteil übersteigt und folglich auch nur im Umfang des den Pflichtteil übersteigenden Betrags (Art. 535 I und II ZGB).<sup>270</sup> In solchem Fall steht dem Verzichtenden gemäss Art. 536 ZGB ein Wahlrecht zu. Entweder kann er die ganze leibzeitig erhaltene Zuwendung zur Ausgleichung bringen und an der Erbteilung teilnehmen, als hätte nie ein Erbverzicht stattgefunden, oder er wirft den Teil der Zuwendung, auf welchen er zur Rückleistung verpflichtet wurde, wertmässig ein und behält den verbleibenden Teil der Zuwendung zumindest im Umfang seines rechnerischen Pflichtteils.<sup>271</sup> Hingegen geniesst der verzichtende Erbe – aufgrund seines Erbverzichts und folglich fehlender Erbenstellung – keinen Pflichtteilsanspruch und ist entsprechend nicht zur Herabsetzungsklage legitimiert.<sup>272</sup>

---

<sup>267</sup> BGE 126 III 171 E. 3a S. 173; ESCHER, ZK, N 8 zu Art. 527 ZGB; DRUEY, N 76 zu § 6; FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 527 ZGB; TUOR, BK, N 4 zu Art. 527 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 477.

<sup>268</sup> Vgl. EITEL, ZBJV 134/1998, S. 753; PIOTET, SPR IV/1, S. 450 f.

<sup>269</sup> PIATTI, BSK ZGB II, N 6 zu Art. 527 ZGB. Vgl. zur Herabsetzung von Leistungen aus negativen Erbverträgen auch vorstehend in Kapitel IV. unter Untertitel 3. «Ausgleichung beim Erbverzicht».

<sup>270</sup> FANKHAUSER, CHK, N 3 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 4 zu Art. 527 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 17 zu Art. 470 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1079 ff.

<sup>271</sup> HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 15 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 1 zu Art. 536 ZGB.

<sup>272</sup> BGE 138 III 497 E. 5 S. 505 f.; ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 535 ZGB.

#### 4. Rückleistungspflicht des Herabsetzungsschuldners

Enthält der reine Nachlass bzw. die Teilungsmasse genügend Substanz zur Befriedigung aller Pflichtteile der Pflichtteilserben, werden die herabsetzbaren Zuwendungen nicht effektiv herabgesetzt, sondern lediglich zur Ermittlung der Pflichtteilerbmasse hinzugerechnet.<sup>273</sup> Reicht die vorhandene Substanz hingegen nicht zur Befriedigung aller Pflichtteile aus, müssen die der Herabsetzung unterliegenden Zuwendungen gemäss der in Art. 532 ZGB statuierten Reihenfolge effektiv herabgesetzt werden.<sup>274</sup> Dabei stellt sich die Frage, nach welchen Regeln und in welcher Höhe die durch erfolgreiche Herabsetzungsklage Verpflichteten zur Rückleistung ihrer lebzeitig erhaltenen Zuwendungen gezwungen sind.

Gemäss Art. 528 I ZGB ist ein gutgläubiger Zuwendungsempfänger nach den Regeln des Bereicherungsrechts (vgl. Art. 62 ff. OR) im Umfang der noch bestehenden Bereicherung zur Rückleistung verpflichtet.<sup>275</sup> Gutgläubig ist der Zuwendungsempfänger, sofern er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit rechnen musste, dass die lebzeitige Zuwendung den Pflichtteil eines Erben verletzen würde.<sup>276</sup> Wusste oder hätte der Zuwendungsempfänger wissen müssen, dass es sich bei der Zuwendung um eine pflichtteilsverletzende Leistung handelte, gilt er als bösgläubiger Empfänger und ist auch für die nicht mehr vorhandene Bereicherung rückleistungspflichtig.<sup>277</sup>

Die Rückleistungspflicht eines durch Erbvertrag verzichtenden Erben richtet sich nach Art. 535 III ZGB, also abweichend von den anderen Herabsetzungstatbeständen und analog zu Art. 630 ZGB bei der Ausgleichung, nach den Besitzesregeln (vgl. Art. 938 ff. ZGB).<sup>278</sup>

---

<sup>273</sup> Vgl. BREITSCHMID, N 50 zu § 4; BÜRGI, OFK, N 1 zu Art. 475 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 19 zu Art. 475 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 2 f. zu Art. 475 ZGB; WILDISEN, CHK, N 1 zu Art. 475 ZGB.

<sup>274</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 1 zu Art. 532 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 1 ff. zu Art. 532 ZGB.

<sup>275</sup> BGE 62 II 132 E. 3 S. 134 f.; BREITSCHMID, N 50 zu § 4; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 491.

<sup>276</sup> Vgl. ESCHER, ZK, N 9 zu Art. 528 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 3 zu Art. 528 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 467; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1079 ff.

<sup>277</sup> MINNIG, OFK, N 3 zu Art. 528 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 494.

<sup>278</sup> ESCHER, ZK, N 3 zu Art. 535 ZGB; GRUNDMANN, PraxKomm, N 9 f. zu Art. 535 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 535 ZGB; STEINAUER, Rz. 651. M.w.H. zum Wahlrecht des Rückleistungspflichtigen vgl. die vorstehenden Ausführungen unter Titel 3. Untertitel B) «Herabsetzung bei entgeltlichem Erbverzicht resp. Erbaufkaufverträgen» dieses Kapitels.

## **VI. Die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung**

### **1. Zwischenfazit und Ausblick auf die Beantwortung der Kernfrage**

Bevor *in medias res* gegangen und die Kernfrage dieser Arbeit beantwortet werden kann, soll deren Anwendungsfall bestimmt werden. Durch die Auseinandersetzung mit den relevanten erbrechtlichen Instituten hat sich gezeigt, dass sich die Frage der analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung nur in gewissen Konstellationen stellt. Erstens bedarf es eines (potenziellen) Pflichtteilerben i.S. eines Nachkommen des Erblassers, welcher eine ausgleichungspflichtige lebzeitige Zuwendung erhalten hat und die Erbschaft ausschlägt. Zweitens muss es sich um einen Intestaterbfall handeln, was gemäss h.L. auch gilt, sofern eine Verfügung von Todes wegen nur Vermächnisse, Auflagen oder Teilungsvorschriften enthält.<sup>279</sup> Dies aufgrund dessen, dass sowohl die Wirkungen der Ausschlagung (Art. 572 ZGB) als auch das Institut der Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) dispositiver Natur sind und der Erblasser im Rahmen seiner Verfügungsfreiheit davon abweichen kann.<sup>280</sup> Drittens ist vorausgesetzt, dass der Ausschlagende einer von mehreren Nachkommen des Erblassers ist und keine eigenen Nachkommen hinterlässt, denn nur dann wächst der Erbteil des Ausschlagenden seinen Miterben an.<sup>281</sup> Lediglich in Konstellationen, in denen alle diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, stellt sich die Frage bzgl. der Pflichtteilsberechnung der verbleibenden Erben bzw. der analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung.

In diesem Kapitel soll nun analysiert werden, ob eine analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB in Fällen der Ausschlagung zur Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben gerechtfertigt ist. Aufgrund der Anwendung der Rechtsfolgen des Erbverzichts auf das Institut der Ausschlagung erscheint es in einem ersten Schritt sinnvoll, diese beiden Institute einem ausführlichen Vergleich zu unterziehen. Weiter erscheint ein Vergleich zwischen der Ausschlagung und den Fällen der Enterbung, Erbunwürdigkeit und des Vorversterbens angebracht, da auch diese zu einem Entfallen der Ausgleichungspflicht führen können. In einem nächsten Schritt sollen die Rechtsprechung des Bundesgerichtes sowie die Lehrmeinungen zur interessierenden Thematik analysiert werden. Schlussendlich soll aufgrund aller erarbeiteter Informationen ein Verdikt zur analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung gefällt werden können.

---

<sup>279</sup> ESCHER, ZK, N 3 zu Art. 572 ZGB; GÖKSU, CHK, N 4 zu Art. 572 ZGB; HÄUPTLI, PraxKomm, N 7 zu Art. 572 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 5 zu Art. 572 ZGB.

<sup>280</sup> Für die Ausschlagung vgl. GÖKSU, CHK, N 9 zu Art. 572 ZGB. Für die Ausgleichung vgl. EITEL, BK, N 8 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB.

<sup>281</sup> Vgl. NERTZ, PraxKomm, N 2 zu Art. 470 ZGB; WILDISEN, CHK, N 3 zu Art. 470 ZGB.

## 2. Gegenüberstellung von Ausschlagung und Erbverzicht

### A) Gemeinsamkeiten

Sowohl durch Ausschlagung der Erbschaft als auch durch Vereinbarung eines Erbverzichts verliert der Erbe seine Erbenstellung und fällt beim Erbgang ausser Betracht.<sup>282</sup> Die Ausschlagung wirkt ex tunc auf den Zeitpunkt des Erbanfalles, welcher gemäss Art. 560 I ZGB mit dem Todestag des Erblassers gleichfällt.<sup>283</sup> Ein Erbverzicht wird zwar zu Lebzeiten des Erblassers abgeschlossen, wirkt jedoch erst mit dessen Tod.<sup>284</sup> Entsprechend wirken sowohl die Ausschlagung als auch der Erbverzicht auf den selben Zeitpunkt, obwohl ein Erbverzicht nur zu Lebzeiten eines Erblassers und eine Ausschlagung erst nach dessen Tod erfolgen kann.<sup>285</sup>

Weiter bestehen bei beiden Instituten ähnliche Regelungen bzgl. der Rechte der Erbschaftsgläubiger. Denn ist ein Erblasser zur Zeit des Erbanges zahlungsunfähig und erhalten seine Gläubiger keine Befriedigung, können der Verzichtende sowie der Ausschlagende, sofern sie innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Tod des Erblassers eine Gegenleistung resp. eine lebzeitige Zuwendung erhalten haben, im Umfang der noch vorhandenen Bereicherung in Anspruch genommen werden (vgl. Art. 497 und Art. 579 ZGB).<sup>286</sup> Eine Beschränkung des Rückgriffes der Erbschaftsgläubiger auf die noch vorhandene Bereicherung gilt bei der Ausschlagung nur, sofern der Ausschlagende gutgläubig war.<sup>287</sup> Hingegen steht den Gläubigern des Verzichtenden bei dessen Überschuldung keine Klagemöglichkeit wie denjenigen des Ausschlagenden nach Art. 578 ZGB zu.<sup>288</sup>

Sowohl durch Ausschlagung behaltene Zuwendungen als auch durch Erbverzicht erhaltene Gegenleistungen unterstehen u.U. der Herabsetzung nach Art. 527 ZGB. Folglich unterliegen auch beide Arten von Zuwendungen vollumfänglich der Hinzurechnung (Art. 475 i.V.m. 527 Ziff. 1 resp. 2 ZGB).<sup>289</sup> Die Herabsetzbarkeit wird beim Erbverzicht durch Art. 535 II ZGB jedoch auf den Teil der Gegenleistung beschränkt, welcher den Pflichtteil des Verzichtenden übersteigt. Zumindest nach hier vertretener Auffassung unterliegen vom Ausschlagenden lebzeitig erhaltene Zuwendungen vollumfänglich der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB.

---

<sup>282</sup> Für die Ausschlagung vgl. ESCHER, ZK, N 7 zu Art. 570 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 566 ZGB. Für den Erbverzicht vgl. BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 495 ZGB; STEINAUER, Rz. 645.

<sup>283</sup> Vgl. HÄUPTLI, PraxKomm, N 1 zu Art. 566 ZGB; MÜLLER/STAMM, OFK, N 2 zu Art. 566 ZGB.

<sup>284</sup> Vgl. BGE 53 II 101 E. I S. 102 f; GRUNDMANN, PraxKomm, N 14 zu Art. 495 ZGB.

<sup>285</sup> Vgl. GRUNDMANN, PraxKomm, N 1 f. zu Art. 495 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 922.

<sup>286</sup> Vgl. GRUNDMANN, PraxKomm, N 1 zu Art. 497 ZGB; STEINAUER, Rz. 653.

<sup>287</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 3 zu Art. 579 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 7 zu Art. 579 ZGB.

<sup>288</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 10 zu Art. 495 ZGB; GRUNDMANN, PraxKomm, N 25a zu Art. 495 ZGB.

<sup>289</sup> BÜRGI, OFK, N 2 zu Art. 475 ZGB; WILDISEN, CHK, N 2 zu Art. 475 ZGB.

## B) Unterschiede

Beim Erbverzicht wird auf eine zukünftige Anwartschaft verzichtet, dies, im Gegensatz zur Ausschlagung, bei der bereits angefallene Vermögenswerte abgelehnt werden.<sup>290</sup> So kann in einem Erbverzichtsvertrag – ohne Vorliegen von Enterbungsgründen (vgl. Art. 540 ZGB) – vom Pflichtteilsrecht abgewichen werden.<sup>291</sup> Bei der Ausschlagung hingegen erfolgt im Grundsatz keine Abweichung vom Pflichtteilsrecht, denn ist der Ausschlagende ein Pflichtteilerbe, besitzt er bis zu seiner Ausschlagung einen Anspruch auf seinen Pflichtteil.

Ein Erbverzicht ist – zumindest gemäss der nach hier vertretenen Auffassung zu befolgenden neueren Lehre – eine vertraglich vereinbarte Enterbung.<sup>292</sup> Folglich handelt es sich beim Erbverzicht um ein synallagmatisches Rechtsgeschäft.<sup>293</sup> Die Ausschlagung hingegen ist ein einseitiges, bedingungs- und vorbehaltloses Rechtsgeschäft (Art. 570 I und II ZGB).<sup>294</sup> Der Erblasser wirkt im Rahmen eines Erbverzichts also an der Entscheidung des Verzichtenden – nicht an der Erbschaft teilzunehmen – mit und kann dessen Gegenleistung bestimmen.<sup>295</sup> Bei einer Ausschlagung ist der Erblasser hingegen schon vorverstorben, womit eine solche ohne Berücksichtigung des Willens des Erblassers geschehen und diesem auch widersprechen kann.<sup>296</sup>

Ein Erbverzicht dient gemäss der h.L. der Erweiterung der Verfügungsfreiheit des Erblassers, da der Pflichtteil des Verzichtenden bei der Berechnung der übrigen Pflichtteile rechnerisch berücksichtigt wird und dem Erblasser somit im Rahmen seiner frei verfügbaren Quote zur Verfügung steht.<sup>297</sup> Die Ausschlagung dient hingegen einem Erben, um sich und sein Vermögen vor der Übernahme von Erbschaftsschulden zu schützen.<sup>298</sup>

Weiter unterscheidet sich der Erbverzicht von der Ausschlagung, indem er an Bedingungen oder Fristen geknüpft werden kann, was bei der Ausschlagung gemäss Art. 570 II ZGB nicht

---

<sup>290</sup> PIOTET, SPR IV/1, S. 173 f.; TUOR, N 62 zu § 72; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 922.

<sup>291</sup> NERTZ, PraxKomm, N 21 zu Art. 470 ZGB; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 470 ZGB.

<sup>292</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 6 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 1 zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 212; PIOTET, SPR IV/1, S. 173; WEIMAR, BK, N 2 f. zu Art. 495 ZGB.

<sup>293</sup> BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 6 f. zu Art. 495 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 214; PIOTET, ZSR 1992 I, S. 380; STEINAUER, Fn. 9 zu Rz. 642.

<sup>294</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 2 zu Art. 566 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB.

<sup>295</sup> Vgl. BREITSCHMID/BORNHAUSER, BSK ZGB II, N 9 zu Vorbem. zu Art. 494–497 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, CHK, N 2 zu Art. 495 ZGB; STUDHALTER, OFK, N 4 zu Art. 495 ZGB.

<sup>296</sup> Vgl. GRUNDMANN, PraxKomm, N 2 zu Art. 495 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 922.

<sup>297</sup> BGE 50 II 450 E. 4 S. 457 f.; DRUEY, N 28 zu § 10; ESCHER, ZK, N 21 zu Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 456; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 15 zu Art. 470 ZGB; WEIMAR, BK, N 12 zu Art. 495 ZGB. A. M TUOR, BK, N 23 f. zu Art. 470 ZGB.

<sup>298</sup> Vgl. DRUEY, N 24 zu § 15; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB.

der Fall ist.<sup>299</sup> Erfolgt eine Ausschlagung unter der Angabe von Bedingungen, sind diese unbeachtlich resp. nichtig.<sup>300</sup>

Zudem gilt ein Erbverzicht – ohne anderslautende vertragliche Abmachung – auch für die Nachkommen des Verzichtenden.<sup>301</sup> Bei der Ausschlagung hingegen treten die Nachkommen u.U. als Noterben ein und haben eigene Pflichtteilsansprüche (vgl. Art. 572 I ZGB).<sup>302</sup> Dieser Unterschied hat auch Auswirkungen in der Ausgleichung zur Folge, denn gemäss Art. 627 ZGB geht die Ausgleichungspflicht auf die Erben über, welche an die Stelle des ausgleichungspflichtigen Zuwendungsempfängers treten.<sup>303</sup> Entsprechend können die Nachkommen eines ausschlagenden Erben zwar ihren Pflichtteil geltend machen, müssen sich aber auch die lebzeitigen (ausgleichungspflichtigen) Zuwendungen – unabhängig davon ob diese auf sie übergangen sind oder nicht – anrechnen lassen. Da der Erbverzicht – ohne anderslautende Vereinbarung – auch für die Nachkommen des Verzichtenden gilt, können diese naturgemäss nicht der Ausgleichungspflicht unterstehen.<sup>304</sup>

Ein im Schrifttum unbehandelter Unterschied der beiden Institute liegt in der Herabsetzbarkeit der damit verbundenen lebzeitigen Zuwendungen. Ausgleichungspflichtige lebzeitige Zuwendungen unterstehen, sofern sie der Ausgleichung entgehen, grundsätzlich in vollem Umfang der Herabsetzung.<sup>305</sup> Beim entgeltlichen Erbverzicht untersteht aufgrund der Regelung von Art. 535 II ZGB lediglich derjenige Zuwendungsteil der Herabsetzung, welcher den rechnerischen Pflichtteil des Verzichtenden übersteigt.<sup>306</sup> In Fällen der Ausschlagung müsste, nach hier vertretener Auffassung, dem Grundsatz gefolgt werden und die gesamte Zuwendung der Herabsetzung nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB unterliegen. Denn schlägt ein Erbe die Erbschaft aus, verliert er seine Erbenstellung und auch seinen allfälligen Pflichtteilsanspruch.<sup>307</sup> Folglich müsste die Herabsetzung einer vom Ausschlagenden erhaltenen lebzeitigen Zuwendung in vollem Umfang und ohne Berücksichtigung dessen rechnerischen Pflichtteils erfolgen. Das Gesetz sowie das dem Autor bekannte Schrifttum enthalten keine davon abweichenden Hinweise.

---

<sup>299</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 8 zu Art. 495 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 185; WEIMAR, BK, N 9 zu Art. 495 ZGB.

<sup>300</sup> PIOTET, SPR IV/2, S. 583; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 9 zu Art. 570 ZGB; TUOR, BK, N 13 zu Art. 495 ZGB.

<sup>301</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 20 zu Art. 495 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 173; STEINAUER, Rz. 648; TUOR, BK, N 13 zu Art. 495 ZGB.

<sup>302</sup> Vgl. NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; WEIMAR, BK, N 9 zu Art. 470 ZGB.

<sup>303</sup> EITEL, BK, N 10 zu Art. 627 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 627 ZGB.

<sup>304</sup> GRUNDMANN, PraxKomm, N 20 zu Art. 495 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 173; STEINAUER, Rz. 648.

<sup>305</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 5 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 3 zu Art. 527 ZGB.

<sup>306</sup> Vgl. FANKHAUSER, CHK, N 3 zu Art. 527 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 13 zu Art. 527 ZGB.

<sup>307</sup> Vgl. ESCHER, ZK, N 7 zu Art. 570 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 566 ZGB.

### C) Fazit der Gegenüberstellung

Den vorstehenden Ausführungen entsprechend bestehen, zumindest nach hier vertretener Auffassung, wesentliche Unterschiede zwischen den Instituten des Erbverzichts und der Ausschlagung. Bei einem entgeltlichen Erbverzicht «erkauft» sich der Erblasser – durch den Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit dem Verzichtenden – eine Erweiterung seiner Verfügungsfreiheit. Der Erblasser findet den Verzichtenden also vorzeitig ab, um im Rahmen seines Nachlasses über eine erweiterte freie Quote verfügen zu können. Bei einer Ausschlagung hingegen entscheidet der betroffene Erbe ohne Berücksichtigung des erblasserischen Willens über seinen Ausschluss vom Nachlass. Vor allem in Fällen, in denen der ausschlagende Nachkomme eine lebzeitige Zuwendung erhalten und der Erblasser keinen Ausgleichsdispens verfügt hat, wird eine Ausschlagung der vom Erblasser beabsichtigten Verteilung des Nachlasses widersprechen. Abschliessend lässt sich somit festhalten, dass eine analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung nicht mit der Ähnlichkeit der beiden Institute begründet werden kann und einer anderweitigen Legitimation bedarf.

## 3. Berücksichtigung anderer erbrechtlicher Institute

### A) Enterbung (Art. 477 ZGB)

Die Enterbung und die Ausschlagung sind sich insofern ähnlich, als dass der betroffene Erbe seine Erbenstellung verliert und nicht an der Erbschaft teilnimmt.<sup>308</sup> In den von Art. 477 ZGB statuierten Fällen bietet das Institut der Enterbung einem Erblasser die Möglichkeit, einem «rücksichtslosen» Erben den Pflichtteil zu entziehen.<sup>309</sup> Entsprechend beruht eine Enterbung auf dem alleinigen Willen des Erblassers. Bei der Ausschlagung eines Erben ist der Erblasser hingegen bereits verstorben, womit eine solche ohne Berücksichtigung dessen Willens erfolgt.<sup>310</sup> Bei einer Enterbung fällt die vom Erblasser entzogene Erbquote in erster Linie den Nachkommen des Enterbten zu, welche auch ihr Pflichtteilsrecht behalten.<sup>311</sup> Fehlt es an Nachkommen des Enterbten, so kann der Erblasser über die frei werdende Quote verfügen, wobei die Pflichtteile der übrigen Erben so berechnet werden, als wäre der Enterbte noch Teil der Erbengemeinschaft.<sup>312</sup> Eine erweiterte Verfügungsfreiheit des Erblassers gilt bei der Enterbung also nur in Fällen, in denen der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen über

---

<sup>308</sup> Für die Ausschlagung vgl. SCHWANDER, BSK ZGB II, N 1 zu Art. 566 ZGB. Für die Enterbung vgl. ESCHER, ZK, N 1 f. zu Art. 478 ZGB.

<sup>309</sup> M.w.H. RICKLI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 477 ZGB; JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 2 zu Art. 477 ZGB.

<sup>310</sup> Vgl. GRUNDMANN, PraxKomm, N 2 zu Art. 495 ZGB; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 922.

<sup>311</sup> BÜRGI, OFK, N 2 zu Art. 478 ZGB; JUNGO/FANKHAUSER, PraxKomm, N 8 zu Art. 478 ZGB.

<sup>312</sup> PIOTET, SPR IV/1, S. 429; RICKLI, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 478 ZGB; SCHILLER, S. 51.

den durch die Enterbung frei werdenden Teil disponiert. Eine solche Verfügung besteht im Rahmen der ausschlagungsrechtlichen Regelung von Art. 572 I ZGB jedoch gerade nicht. Abschliessend ist festzuhalten, dass sich das Institut der Enterbung grundlegend von der Ausschlagung unterscheidet und eine analoge Rechtsfolge entsprechend unbegründet erscheint.

#### B) Erbunwürdigkeit (Art. 540 ZGB)

Die Erbunwürdigkeit ist ein der Enterbung ähnliches Institut und dient dem Schutz des erblasserischen Willens vor Eingriffen und Angriffen von aussen.<sup>313</sup> Sie tritt von Gesetzes wegen ein und hat zur Folge, dass der Erbunwürdige nicht Erbe wird und seinen Erbteil sowie seinen allfälligen Pflichtteilsanspruch verliert.<sup>314</sup> Entsprechend dient der Eintritt der Erbunwürdigkeit dem Schutz des Erblassers und seines Nachlasses, v.a. in den Fällen, in denen er nicht mehr in der Lage ist, eine Enterbung zu verfügen.<sup>315</sup> Das Schicksal des frei werdenden Erbteils ist dasselbe wie bei der Enterbung.<sup>316</sup> Auch die Berechnung der Pflichtteile erfolgt gemäss der h.L. analog zur Enterbung (vgl. Art. 478 ZGB), was mit der Ähnlichkeit der beiden Institute – beide behandeln den Wegfall eines Pflichtteilerben – begründet wird.<sup>317</sup> Entsprechend kann zur Unterscheidung der Erbunwürdigkeit und der Ausschlagung auf die vorstehenden Ausführungen zur Enterbung verwiesen werden.

#### C) Vorversterben (Art. 542 ZGB)

Da Art. 572 I ZGB das Schicksal des Erbteils eines Ausschlagenden dessen Vorversterbensfall gleichstellt, erscheint es sinnvoll die Rechtsfolgen des Vorversterbensfalles zu berücksichtigen. Stirbt ein Erbe vor dem Erblasser, kommt bei Intestaterbfällen die gesetzliche Erbfolge (Art. 457–459 ZGB) zum Zug.<sup>318</sup> Allfällige Pflichtteilsansprüche gehen in entsprechendem Umfang auf die eintretenden oder bestehenden Pflichtteilerben über.<sup>319</sup> Weshalb Art. 572 I ZGB anderweitig ausgelegt oder angewendet werden sollte, ist aus den bisherigen Erkenntnissen der vorliegenden Arbeit nicht ersichtlich. Entsprechend erscheint es folgerichtig, die Pflichtteile der verbleibenden Erben bei der Ausschlagung eines Miterben analog zu dessen Vorversterbensfall und ohne Berücksichtigung seines rechnerischen Pflichtteils zu berechnen.

---

<sup>313</sup> BGE 132 III 305 E. 3.3 S. 309 f.; TUOR/PICENONI, BK, N 10 zu Art. 540/541 ZGB.

<sup>314</sup> ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 540 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 22 zu Art. 540 ZGB.

<sup>315</sup> BGE 132 III 305 E. 3.3 S. 309 f.; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 540 ZGB.

<sup>316</sup> Vgl. ABT, PraxKomm, N 5 zu Art. 541 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 3 f. zu Art. 541 ZGB.

<sup>317</sup> ABT, PraxKomm, N 4 ff. zu Art. 541 ZGB; ESCHER, ZK, N 2 zu Art. 541 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 541 ZGB; STEINAUER, Rz. 944a; TUOR/PICENONI, BK, N 34 zu Art. 540/541 ZGB.

<sup>318</sup> HRUBESCH-MILLAUER, OFK, N 7 zu Art. 542 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 542 ZGB.

<sup>319</sup> Vgl. WEIMAR, BK, N 12 zu Art. 470 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447.



#### D) Fazit zum Vergleich mit anderen erbrechtlichen Instituten

Sowohl das Institut der Enterbung als auch der Erbunwürdigkeit dienen dem Schutz sowie der Aufrechterhaltung des erblasserischen Willens und unterscheiden sich folglich grundlegend von demjenigen der Ausschlagung. Entsprechend erscheint eine analoge Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben nicht gerechtfertigt. Aufgrund der in Art. 572 I ZGB statuierten Rechtsfolge erscheint es in Intestaterbfällen einzig richtig, die Pflichtteile der verbleibenden Erben analog zum Vorversterbensfall des Ausschlagenden zu berechnen.

### 4. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

#### A) Stand der Rechtsprechung

Das BGer hat sich bis dato nur in einem Entscheid zur Berechnung der Pflichtteile bei der Ausschlagung eines Miterben geäußert. In BGE 50 II 450 ff. musste das BGer entscheiden, wie sich der Pflichtteil des Sohnes einer Erblasserin berechnet, nachdem deren Tochter eine ausgleichungspflichtige lebzeitige Zuwendung erhalten und die Erbschaft ausgeschlagen hatte. Das BGer wandte dabei die Regelung von Art. 535 II ZGB analog auf die Ausschlagung an.<sup>320</sup> Dies mit der Wirkung, dass sich der Pflichtteil des Sohnes nicht veränderte, da bei dessen Berechnung der Pflichtteil der ausschlagenden Tochter rechnerisch berücksichtigt wurde. Die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB begründete das BGer damit, dass es sich nicht rechtfertigen liesse, «den ausschlagenden Erben, welchem der Erblasser zu Lebzeiten Zuwendungen gemacht hat, schlechter zu stellen als den Erben, welcher mit Rücksicht auf derartige Zuwendungen noch zu Lebzeiten des Erblassers Erbverzicht geleistet hat.»<sup>321</sup> Eine weiterführende Begründung enthält der Entscheid nicht.

#### B) Kritik an der Rechtsprechung

Der Entscheid des BGers enthält, wie aus vorstehendem Zitat ersichtlich, lediglich eine sehr rudimentäre Begründung.<sup>322</sup> Den einzigen Grund für die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB erblickte das BGer darin, dass sich die Institute der Ausschlagung und des Erbverzichts ähnlich sind und entsprechend dieselben Rechtsfolgen nach sich ziehen sollten. Nach hier vertretener Auffassung besteht keine bemerkenswerte Ähnlichkeit.<sup>323</sup> Zumindest

---

<sup>320</sup> BGE 50 II 450, E. 4 S. 458.

<sup>321</sup> BGE 50 II 450, E. 4 S. 458.

<sup>322</sup> Vgl. auch EITEL, ZBJV 142/2006, S. 477 f.

<sup>323</sup> Vgl. die vorstehenden Ausführungen unter Titel 2. «Gegenüberstellung von Ausschlagung und Erbverzicht» dieses Kapitels.

nicht in einem solchen Umfang, dass es ungerechtfertigt wäre, für die beiden Institute verschiedene Rechtsfolgen vorzusehen. Dies vor allem auch, weil das Gesetz in Art. 572 I ZGB für die Ausschlagung eine eigene – von Art. 535 II ZGB abweichende – Rechtsfolge vorsieht. Zudem erscheint es folgerichtig, einen Erben, der mit dem Erblasser einen Erbverzicht und als Gegenleistung den Erhalt einer lebzeitigen Zuwendung vereinbart hat, besserzustellen als denjenigen, der unter Verfolgung eigener Interessen die Erbschaft ausschlägt. Wie bereits mehrfach erwähnt, handelt es sich beim Erbauskau um ein synallagmatisches Rechtsgeschäft, in dem der Erblasser den Erb- bzw. Pflichtteil des Verzichtenden erkauft und als Gegenleistung im Hinblick auf seinen Nachlass eine erhöhte Verfügungsfreiheit genießt.<sup>324</sup> Der Erblasser ist somit Teil der Entscheidung und erklärt sich damit einverstanden, dass der Erbe nicht an der Erbteilung teilnehmen wird. Die Ausschlagung hingegen dient der Abwendung der Erbenstellung, indem der Erbe bewusst nicht in die Aktiven und Passiven des Erblassers eintritt und sich so bei einer allfälligen Überschuldung der Erbschaft vor ungewollten Belastungen schützt.<sup>325</sup> Die Ausschlagung ist eine einseitige Willenserklärung des Erben, welche die Erbteilung vermutlich entgegen dem Willen des Erblassers verändert.<sup>326</sup> Dies, da der Erblasser dem Ausschlagenden eine lebzeitige Zuwendung zukommen liess, welche – bei fehlender Ausgleichsdispens – im Erbgang der Ausgleichung unterliegen würde. Der Wille des Erblassers ist also gerade nicht auf eine vorzeitige Abfindung des Erben gerichtet, sondern darauf, dass dieser eine vorzeitige Zuwendung erhält, sich deren Wert im Erbgang jedoch anrechnen lassen bzw. zur Ausgleichung bringen muss. Das BGer hat sich in seinem Entscheid – beabsichtigt oder nicht – jedoch nie mit den Folgen der Ausschlagung, insbesondere nicht mit denjenigen von Art. 572 I ZGB, auseinandergesetzt. Es nahm jedoch zum Entscheid der Vorinstanz Stellung, wobei es diesem zustimmte, dessen Begründung jedoch die Gültigkeit versagte.<sup>327</sup> Die Vorinstanz bejahte eine zu Art. 535 II ZGB analoge Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben damit, dass die Ausschlagung der Tochter unter dem Vorbehalt ausgesprochen wurde, dass keine Besserstellung des Sohnes erfolge.<sup>328</sup> Das BGer erkannte korrekt, dass eine Ausschlagung gemäss Art. 570 II ZGB vorbehaltlos geschehen müsse. In seiner eigenen Begründung beschränkt es sich jedoch darauf, dass sich eine von Art. 535 ZGB abweichende Berechnung der Pflichtteile nur nicht rechtfertige, wenn ein Erben «welchem der Erblasser zu Lebzeiten Zuwendungen gemacht hat» die Erbschaft ausschlägt.<sup>329</sup> Nach hier

---

<sup>324</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 214; PIOTET, ZSR 1992 I, S. 380; STEINAUER, Fn. 9 zu Rz. 642.

<sup>325</sup> Vgl. DRUEY, N 24 zu § 15; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB.

<sup>326</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 2 zu Art. 566 ZGB; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 566 ZGB.

<sup>327</sup> BGE 50 II 450, E. 4 S. 457.

<sup>328</sup> BGE 50 II 450, E. 4 S. 457.

<sup>329</sup> BGE 50 II 450, E. 4 S. 458.

vertreter Auffassung ist der Erhalt einer lebzeitigen Zuwendung eine Bedingung, welche bei der Ausschlagung – gleich wie ein Vorbehalt – gemäss Art. 570 II ZGB unzulässig ist. Rechtfertigt man dies damit, dass es sich beim Erhalt einer lebzeitigen Zuwendung um eine objektive und nicht um eine vom Ausschlagenden subjektiv geäusserte Bedingung handelt, bleiben immer noch die Argumente der fehlenden Ähnlichkeit, sowie der mit Art. 572 I ZGB bestehenden Rechtsgrundlage zu den Rechtsfolgen der Ausschlagung. Abschliessend kann der Begründung des BGers – zumindest nach hier vertreter Auffassung – nicht gefolgt werden und eine Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung erscheint folglich auch unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht gerechtfertigt.

### C) Potenzielle Lückenschliessung

Eine analoge Anwendung der Rechtsfolgen des Erbverzichts auf die Ausschlagung kann nicht willkürlich erfolgen und bedarf einer gesetzlichen Grundlage oder zumindest einer (echten) Gesetzeslücke, welche durch die Rechtsprechung gefüllt werden könnte.<sup>330</sup> Eine gesetzliche Grundlage – wie Art. 535 II ZGB für den Fall des Erbverzichts – sucht man im ZGB vergebens. Dass die Marginalie von Art. 535 ZGB von der Ausgleichung beim Erbverzicht spricht, kann nach hier vertreter Auffassung nicht als Hinweis des Gesetzgebers erachtet werden, die darin enthaltenen Rechtsfolgen auch auf Fälle anzuwenden, in denen eine ausgleichungspflichtige Zuwendung durch Ausschlagung der Ausgleichung entzogen wird. Dies u.a., weil das Gesetz in Art. 572 ZGB Rechtsfolgen für den Fall der Ausschlagung eines Miterben statuiert. Für Intestaterbfälle bestimmt Art. 572 I ZGB, dass sich der Anteil des Ausschlagenden so vererbt, wie wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte. Diese Rechtsfolge erscheint klar, was folglich dazu führt, dass zumindest keine – von der Rechtsprechung zu füllende – echte Gesetzeslücke besteht. Ob das BGer i.S. der Korrektur einer unechten Gesetzeslücke berechtigt ist, eine von Art. 572 I ZGB abweichende Rechtsfolge anzuordnen, wird an dieser Stelle offengelassen.

## 5. Lehrmeinungen

Die Berechnung der Pflichtteile bei der Ausschlagung eines Miterben wird in der Lehre unterschiedlich gehandhabt. Die h.L. geht davon aus, dass die Pflichtteile der verbleibenden Erben – gemäss dem Wortlaut von Art. 572 I ZGB – so zu berechnen sind, als hätte der Ausschlagende den Erbfall nicht erlebt.<sup>331</sup> Entsprechend können sich die Pflichtteile der

---

<sup>330</sup> Vgl. zu den Begriffen der echten und unechten Gesetzeslücke BGE 141 V 481 E. 3.1 S. 485.

<sup>331</sup> BÜRGI, OFK, N 6 zu Art. 470 ZGB; DRUEY, N 19 zu § 7; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 480; ESCHER, ZK, N 20 zu Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 383;

verbleibenden Erben – seit dem 01.01.2023 nur noch bei Geschwistern vorstellbar – bei der Ausschlagung eines Miterben vergrössern.<sup>332</sup> Gemäss einer Minderheitsmeinung in der Lehre soll der Erbanteil des Ausschlagenden der frei verfügbaren Quote zukommen, resp. die Pflichtteile der verbleibenden Erben analog zu Art. 535 II ZGB berechnet werden.<sup>333</sup> Da sich die Meinung der h.L. am Gesetzeswortlaut von Art. 572 I ZGB orientiert und mit den bisherigen Erkenntnissen der vorliegenden Arbeit korreliert, erübrigt sich – zumindest sofern keine überzeugenden Gegenargumente aus den abweichenden Meinungen hervorgehen – eine weitere Auseinandersetzung damit. Hingegen erscheint eine Auseinandersetzung mit den davon abweichenden Minderheitsmeinungen zur Rechtfertigung der analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung sinnvoll. HÄUPTLI befürwortet im PraxKomm eine solche Beibehaltung der Pflichtteile der verbleibenden Erben, tut dies jedoch lediglich mit Verweis auf BGE 50 II 450 ff. und ohne weitere Begründung.<sup>334</sup> WOLF/GENNA sprechen sich grundsätzlich für eine Berücksichtigung von Art. 572 I ZGB und der Behandlung des Ausschlagenden wie in dessen Vorversterbensfall aus.<sup>335</sup> In Fällen, in denen der Ausschlagende eine der Herabsetzung unterliegende lebzeitige Zuwendung des Erblassers erhalten hat, postulieren sie hingegen eine zu Art. 535 II ZGB analoge Berücksichtigung des rechnerischen Pflichtteils des Ausschlagenden als zutreffend. Eine Begründung für diese *contra legem* stehende Rechtsfolge erfolgt jedoch nicht.<sup>336</sup> Auch STAEHELIN im BSK beschränkt die analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf diejenigen Fälle, in welchen ein Erbe ohne Nachkommen die Erbschaft ausschlägt, «weil er vom Erblasser lebzeitige Zuwendungen erhalten hat, die der Herabsetzung unterliegen».<sup>337</sup> Zur Begründung stellt STAEHELIN darauf ab, dass «i.S. einer einheitlichen Gesetzes- und Werteordnung» eine Ausschlagung dieselben Rechtsfolgen wie ein Erbverzicht, eine Enterbung oder eine Erbunwürdigkeit nach sich ziehen sollte.<sup>338</sup> Wie vorhergehend bereits diskutiert, basieren diese Institute jedoch auf anderen Grundgedanken und unterscheiden sich grundlegend von der Ausschlagung,<sup>339</sup> weshalb zumindest nach hier

---

PIOTET, SJZ 67/1971, S. 190; SCHILLER, S. 48; SPIRIG, S. 496; VOLLERY, N 559; WILDISEN, CHK, N 3 f. zu Art. 470 ZGB.

<sup>332</sup> Vgl. EITEL, ante portas, S. 43 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447.

<sup>333</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 5 zu Art. 572 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 349 ff.; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 470 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447.

<sup>334</sup> HÄUPTLI, PraxKomm, N 5 zu Art. 572 ZGB.

<sup>335</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447.

<sup>336</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447.

<sup>337</sup> STAEHELIN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 470 ZGB.

<sup>338</sup> STAEHELIN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 470 ZGB. Auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 349 ff. stellen zur analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung u.a. auf deren Ähnlichkeit zum Erbverzicht, der Enterbung sowie der Erbunwürdigkeit ab.

<sup>339</sup> Vgl. Titel 2. «Gegenüberstellung von Ausschlagung und Erbverzicht» sowie Titel 3. «Berücksichtigung anderer erbrechtlicher Institute» dieses Kapitels.

vertreter Auffassung nicht ersichtlich ist, wie der Erhalt einer lebzeitigen Zuwendung resp. der subjektive Wille des Ausschlagenden aufgrund dieser auszuschlagen, eine andere – u.U. einschneidende – Rechtsfolge legitimieren soll. An dieser Stelle scheint es auch erwähnenswert, dass STAEHELIN in den vorherigen Auflagen des BSK noch der h.L. folgte und den BGE 50 II 450 ff. mit der Begründung kritisierte, dass dieser ohne Notwendigkeit vom klaren Wortlaut von Art. 572 ZGB abweiche und sich eine Unterscheidung der Ausschlagung zum Erbverzicht dadurch rechtfertige, dass bei letzterem die Vergrösserung der verfügbaren Quote auf einer Vereinbarung mit dem Erblasser beruhe.<sup>340</sup> Nach hier vertreter Auffassung liefern auch die von der h.L. abweichenden Minderheitsmeinungen keine überzeugenden Argumente, welche eine analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung legitimieren könnten.

## **6. Fazit zur analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung**

Durch den Vergleich des Erbverzichts und der Ausschlagung hat sich gezeigt, dass grundlegende Unterschiede zwischen diesen beiden Instituten bestehen. Entsprechend lässt sich eine analoge Anwendung der Rechtsfolgen des Erbverzichts i.S.v. Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung nicht aufgrund deren Ähnlichkeit rechtfertigen. Auch ein Vergleich der Ausschlagung mit den Instituten der Enterbung und der Erbunwürdigkeit führt zu keiner überzeugenden Rechtfertigung. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes besteht lediglich aus einem Entscheid (BGE 50 II 450 ff.), welcher sehr rudimentär begründet wurde und zumindest gemäss hier vertreter Auffassung keine überzeugenden Argumente zur analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung liefert. Auch die h.L. spricht sich gegen diesen Analogieschluss aus. Der Teil der Lehre, welcher sich der Meinung von BGE 50 II 450 ff. anschliesst, liefert nach hier vertreter Auffassung keine überzeugenden Argumente, sondern verweist entweder lediglich auf den Entscheid des BGers oder legitimiert die Anwendung mit der Ähnlichkeit der Ausschlagung zum Erbverzicht sowie zur Enterbung und Erbunwürdigkeit. Den Ausführungen in diesem Kapitel entsprechend fehlt es an einer solchen Ähnlichkeit, resp. ist sie nicht ausreichend, um vom Gesetzeswortlaut von Art. 572 I ZGB abzuweichen und eine andere Rechtsfolge als die Vererbung des Erbteils des Ausschlagenden wie in dessen Vorversterbensfall zu rechtfertigen. Abschliessend ist gemäss hier vertreter Auffassung der h.L. – und nicht der Meinung des BGers sowie der Minderheit der Lehre – zu folgen und die Pflichtteile der verbleibenden Erben ohne Berücksichtigung des rechnerischen Pflichtteils des Ausschlagenden bzw. analog zu dessen Vorversterbensfall zu berechnen.

---

<sup>340</sup> Vgl. STAEHELIN, N 16 zu Art. 470 ZGB in der 4., 5. und 6. Aufl. des BSK ZGB II.

## **VII. Auswirkungen in der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 II ZGB**

### **1. Bedeutung für den Zuwendungsempfänger**

Wie bereits mehrfach ausgeführt, kann ein Erbe durch Ausschlagung seines Erbteils der gewillkürten sowie gesetzlichen Ausgleichung von lebzeitig erhaltenen Zuwendungen entgehen.<sup>341</sup> Gemäss gewissen Autoren ist es für den Empfänger einer lebzeitigen Zuwendung u.U. vorteilhaft, die Erbschaft auszuschlagen.<sup>342</sup> Eine Ausschlagung der Erbschaft erscheint vor allem in Fällen von überschuldeten oder wertmässig kleinen Nachlässen als valable Option.<sup>343</sup> Dies jedoch unter dem Vorbehalt, dass die lebzeitig erhaltenen Zuwendungen u.U. der Herabsetzung nach Art. 527 ZGB unterliegen können.<sup>344</sup> In den statistisch häufigsten Konstellationen besteht eine Erbengemeinschaft entweder nur aus Nachkommen des Erblassers oder aus Nachkommen sowie einem Ehegatten.<sup>345</sup> Ist ein Nachlass in einer solchen Konstellationen überschuldet oder wertmässig klein, wird er je nach Höhe der lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers nicht zur Abfindung aller Pflichtteile ausreichen. Die verbleibenden Erben sind bei Verletzung ihrer Pflichtteile befugt, gegen den Ausschlagenden auf Herabsetzung dessen lebzeitig erhaltenen Zuwendungen zu klagen (Art. 527 Ziff. 1 ZGB).<sup>346</sup> Ob man zur Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben der h.L. oder dem BGer sowie der Minderheit der Lehre folgt, hat Auswirkungen auf die Höhe der Herabsetzungsansprüche und folglich darauf, ob ein ausschlagender Erbe durch die Ausschlagung mehr erhält, als wenn er an der Erbschaft teilgenommen und seine lebzeitig erhaltenen Zuwendungen ausgeglichen hätte. Von Interesse sind vor allem die Auswirkungen auf die Grösse der Pflichtteile der verbleibenden Pflichtteilerben bzw. den sog. Globalpflichtteil als Gesamtheit der Pflichtteile.<sup>347</sup>

### **2. Auswirkungen auf die einzelnen Pflichtteile**

Nach der h.L. bzw. dem Wortlaut von Art. 572 I ZGB sind bei der Ausschlagung eines von mehreren Pflichtteilerben die Pflichtteile der verbleibenden Erben so zu berechnen, als wäre

---

<sup>341</sup> EITEL, BK, N 12 zu Vorbem. zu Art. 626 ff. ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 2 zu Art. 626 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 363; VOLLERY, N 141.

<sup>342</sup> Vgl. ESCHER, ZK, N 14 zu Art. 626 ZGB i.V.m. N 2 zu Art. 629 ZGB; TUOR/PICENONI, BK, N 7 zu Art. 626 ZGB i.V.m. N 10 zu Art. 629 ZGB.

<sup>343</sup> M.w.H. EITEL, ZBJV 142/2006, S. 477.

<sup>344</sup> Vgl. FANKHAUSER, CHK, N 2 zu Art. 527 ZGB; PIATTI, BSK ZGB II, N 4 zu Art. 527 ZGB.

<sup>345</sup> Vgl. EITEL, ante portas, S. 44; EITEL, Erbvorbezüge, S. 135.

<sup>346</sup> HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm, N 5 zu Art. 527 ZGB; MINNIG, OFK, N 3 zu Art. 527 ZGB.

<sup>347</sup> Vgl. EITEL, ZBJV 142/2006, S. 477.

der ausschlagende Erbe vorverstorben.<sup>348</sup> Hinterlässt der Ausschlagende keine eigenen Nachkommen, wächst dessen Erbteil den Miterben an, und es kommt zu einer Vergrösserung der einzelnen Pflichtteile.<sup>349</sup> Dies gilt nicht für den überlebenden Ehegatten, da sich dessen Erb- und Pflichtteil beim Bestehen von Nachkommen unabhängig von deren Anzahl berechnet (Art. 462 Ziff. 1 ZGB).<sup>350</sup>

Nach der Meinung des BGers sowie der Minderheit der Lehre wird Art. 535 II ZGB analog auf die Ausschlagung eines von mehreren Pflichtteilerben angewendet, was zu einer Erweiterung der freien Quote führt.<sup>351</sup> Folglich hat die Ausschlagung nach dieser Meinung keine Auswirkungen auf die einzelnen Pflichtteile der verbleibenden Erben.

### 3. Auswirkungen auf den Globalpflichtteil

Der Globalpflichtteil (auch gebundene Quote) beschreibt die Gesamtheit aller in einem Erbgang bestehenden Pflichtteile.<sup>352</sup> Seit der jüngsten Erbrechtsrevision (per 01.01.2023) betragen die Pflichtteile aller Pflichtteilerben  $\frac{1}{2}$  ihres gesetzlichen Erbanspruchs (Art. 471 ZGB).<sup>353</sup>

Nach der h.L. bzw. dem Wortlaut von Art. 572 I ZGB wächst der Pflichtteil des Ausschlagenden dessen Miterben an, und es kommt zu keiner Veränderung des Globalpflichtteils.<sup>354</sup> Gemäss dieser Meinung beläuft sich der Globalpflichtteil beim Bestehen von Nachkommen *de lege lata* immer auf  $\frac{1}{2}$  des Nachlasses.<sup>355</sup>

Nach der Meinung des BGers sowie der Minderheit der Lehre führt die Ausschlagung eines von mehreren Pflichtteilerben zu einer Erweiterung der freien Quote.<sup>356</sup> Da der Pflichtteil des ausschlagenden Erben jedoch nur rechnerisch berücksichtigt wird, führt die Ausschlagung eines kinderlosen Pflichtteilerben zu einer Verkleinerung des Globalpflichtteils.

---

<sup>348</sup> BÜRGI, OFK, N 6 zu Art. 470 ZGB; DRUEY, N 19 zu § 7; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 480; ESCHER, ZK, N 20 zu Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 383; PIOTET, SJZ 67/1971, S. 190; SCHILLER, S. 48; SPIRIG, S. 496; VOLLERY, N 559; WILDISEN, CHK, N 3 f. zu Art. 470 ZGB.

<sup>349</sup> Vgl. ESCHER, ZK, N 20 zu Vorbem. zu Art. 470–480 ZGB; NERTZ, PraxKomm, N 20 zu Art. 470 ZGB.

<sup>350</sup> PIOTET, SPR IV/2, S. 625 f.; SCHWANDER, BSK ZGB II, N 9 zu Art. 572 ZGB.

<sup>351</sup> BGE 50 II 450 E. 4 S. 457 f.; HÄUPTLI, PraxKomm, N 5 zu Art. 572 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 349 ff.; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 16 zu Art. 470 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 447.

<sup>352</sup> Vgl. BREITSCHMID, N 46 zu § 1; EITEL, ZBJV 142/2006, S. 477.

<sup>353</sup> EITEL, ante portas, S. 44; STAEHELIN, BSK ZGB II, N 3 zu Art. 471 ZGB.

<sup>354</sup> Vgl. Fn. 348.

<sup>355</sup> Für eine Übersicht der Pflichtteile und der verfügbaren Quote *de lege lata* sowie *de lege abrogata* vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018, BBI 2018 5813 ff., S. 5833 f.

<sup>356</sup> Vgl. Fn. 351.

#### 4. Fallbeispiele

Zur Feststellung, wer und ob überhaupt jemand von der Ausschlagung eines Pflichtteilerben profitiert, erscheint es zielführend, einige Berechnungsbeispiele zu machen. Hierfür werden die für den Anwendungsfall der analogen Anwendung von Art. 535 II ZGB passenden und statistisch häufigsten Konstellationen, von entweder nur aus Nachkommen des Erblassers oder aus Nachkommen sowie einem Ehegatten bestehenden Erbengemeinschaften verwendet.<sup>357</sup>

Grundsachverhalt: Ein Erblasser hinterlässt einen reinen Nachlass von CHF 100'000 und die Erbengemeinschaft besteht aus zwei kinderlosen Nachkommen (K1 und K2), wobei K1 ohne Ausgleichsdispens eine lebzeitige Zuwendung in Höhe von CHF 200'000 erhalten hat. Die Teilungs- bzw. Pflichtteilsberechnungsmasse beträgt folglich CHF 300'000 (Art. 475 ZGB), wovon K1  $\frac{1}{2}$  also CHF 150'000 und K2  $\frac{1}{2}$  also CHF 150'000 erhalten (Art. 457 II ZGB). Die Pflichtteile belaufen sich bei K1 und K2 auf je  $\frac{1}{4}$ , also CHF 75'000 (Art. 471 ZGB).

Variante 1: K1 schlägt die Erbschaft aus, erhält K2 den gesamten reinen Nachlass in Höhe von CHF 100'000. Gemäss der h.L. beläuft sich der Pflichtteil von K2 auf  $\frac{1}{2}$  der Pflichtteilsberechnungsmasse also CHF 150'000. Entsprechend kann K2 eine Herabsetzung der lebzeitigen Zuwendung von K1 im Umfang von CHF 50'000 verlangen. Folgt man hingegen dem BGer und der Minderheit der Lehre, beläuft sich der Pflichtteil von K2 lediglich auf  $\frac{1}{4}$  also CHF 75'000. Gemäss dieser Berechnungsmethode hat K2 keinen Herabsetzungsanspruch. Schlussendlich erhalten K1 und K2 nach der h.L. je CHF 150'000. Gemäss BGer und der Minderheit der Lehre erhält K2 CHF 100'000 und K1 CHF 200'000. Eine Ausschlagung lohnt sich für K1 also nur, sofern der Meinung des BGers und der Minderheit der Lehre gefolgt wird.

Variante 2: Man stelle sich den Grundsachverhalt vor, jedoch mit der Abänderung, dass der reine Nachlass CHF 200'000 und die Zuwendung an K1 CHF 100'000 beträgt. Sofern K1 Erbe bleibt und seine lebzeitige Zuwendung zur Ausgleichung bringt, erhalten K1 und K2 je  $\frac{1}{2}$  also CHF 150'000 (der Teilungs- bzw. Pflichtteilsberechnungsmasse). Schlägt K1 jedoch aus, erhält K2 den gesamten reinen Nachlass also CHF 200'000. Der Pflichtteil von K2 beträgt (analog zu Variante 1)  $\frac{1}{2}$  oder  $\frac{1}{4}$ , also CHF 150'000 oder CHF 75'000, womit dieser, unabhängig von der befolgten Berechnungsmethode, durch den reinen Nachlass gedeckt ist. Folglich kommt es zu keinen Herabsetzungsansprüchen und K1 behält seine Zuwendung von CHF 100'000. Eine Ausschlagung lohnt sich für K1 – irrelevant der befolgten Berechnungsmethode – nicht.

Variante 3: Geht man wiederum vom Grundsachverhalt aus, jedoch mit der Abänderung, dass der reine Nachlass CHF 0 und die Zuwendung an K1 CHF 300'000 beträgt, erhalten bei einer

---

<sup>357</sup> Vgl. EITEL, ante portas, S. 44; EITEL, Erbvorbezüge, S. 135.



Ausgleichung von K1 beide Nachkommen je  $\frac{1}{2}$  also CHF 150'000 (der Teilungs- bzw. Pflichtteilsberechnungsmasse). Schlägt K1 jedoch aus, gibt der reine Nachlass nichts her, um K2 abzufinden. Folglich kann K2 die lebzeitige Zuwendung von K1 im Umfang seines Pflichtteils herabsetzen lassen. Dieser beträgt (analog zu Variante 1) entweder  $\frac{1}{2}$  oder  $\frac{1}{4}$  also CHF 150'000 oder CHF 75'000. Die lebzeitige Zuwendung von K1 kann folglich um CHF 150'000 oder CHF 75'000 herabgesetzt werden, womit K2 seinen entsprechenden Pflichtteil erhält und K1 entweder CHF 150'000 oder CHF 225'000 seiner lebzeitigen Zuwendung behält. Gleich wie in Variante 1 lohnt sich eine Ausschlagung für K1 also nur, sofern dem BGer bzw. der Minderheit der Lehre gefolgt wird.

Variante 4: Man gehe wiederum vom Grundsachverhalt aus, jedoch mit der Abänderung, dass die Erbengemeinschaft aus drei kinderlosen Nachkommen (K1, K2 und K3) besteht. Bringt K1 seine lebzeitige Zuwendung zur Ausgleichung, erhalten alle Nachkommen je  $\frac{1}{3}$  der Teilungs- bzw. Pflichtteilsberechnungsmasse also CHF 100'00. Der Pflichtteil jedes Nachkommen beträgt  $\frac{1}{6}$  also CHF 50'000. Schlägt K1 die Erbschaft hingegen aus, wird der reine Nachlass zu je  $\frac{1}{2}$  also CHF 50'000 an K2 und K3 verteilt. Gemäss der h.L. beträgt der Pflichtteil von K2 und K3 je  $\frac{1}{4}$  also CHF 75'000 (der Pflichtteilsberechnungsmasse). Folglich können K2 und K3 eine Herabsetzung der lebzeitigen Zuwendung von K1 um je CHF 25'000 verlangen. Schlussendlich erhalten K2 und K3 je ihren Pflichtteil von CHF 75'000 und K1 behält CHF 150'000. Folgt man jedoch der Meinung des BGers und der Minderheit der Lehre, betragen die Pflichtteile von K2 und K3 je  $\frac{1}{6}$  also CHF 50'000. Da beide diesen Anteil aus dem reinen Nachlass erhalten, können sie keine Herabsetzung gegen K1 geltend machen, womit K2 und K3 je CHF 50'000 erhalten und K1 CHF 200'000 behält. Eine Ausschlagung lohnt sich für K1 nach beiden Berechnungsmethoden. Nach der Methode des BGers und der Minderheit der Lehre stehen K2 und K3 jedoch (je  $\frac{1}{12}$ ) schlechter da als nach der Methode der h.L.

Variante 5: Gleichbleibend wird vom Grundsachverhalt ausgegangen, jedoch besteht die Erbengemeinschaft aus zwei kinderlosen Nachkommen (K1 und K2) sowie dem überlebenden Ehegatten (E). Bringt K1 seine lebzeitige Zuwendung zur Ausgleichung, beträgt die Teilungs- bzw. Pflichtteilsberechnungsmasse CHF 300'000 wovon E  $\frac{1}{2}$  also CHF 150'000 und K1 sowie K2 je  $\frac{1}{4}$ , also CHF 75'000, erhalten (Art. 457 II i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB). Die Pflichtteile belaufen sich bei E auf  $\frac{1}{4}$  also CHF 75'000 und bei K1 und K2 auf je  $\frac{1}{8}$  also CHF 37'500. Schlägt K1 die Erbschaft hingegen aus, erfolgt die Verteilung des reinen Nachlasses zu  $\frac{1}{2}$  also CHF 50'000 an E und zu  $\frac{1}{2}$ , also auch CHF 50'000, an K2. Gemäss der h.L. belaufen sich die Pflichtteile von E und K2 auf je  $\frac{1}{4}$  der Pflichtteilsberechnungsmasse also CHF 75'000. Folgt man hingegen dem BGer und der Minderheit der Lehre, beläuft sich der Pflichtteil von K2

lediglich auf 1/8 also CHF 37'500. E kann gestützt auf Art. 527 Ziff. 1 ZGB eine Herabsetzung der lebzeitigen Zuwendung von K1 im Umfang von CHF 25'000 geltend machen. Nach der h.L. kann K2 im selben Umfang eine Herabsetzung verlangen, gemäss BGer und der Minderheit der Lehre hat K2 hingegen keinen Herabsetzungsanspruch. Nach der h.L. erhalten E und K2 je CHF 75'000 und K1 behält CHF 150'000. Gemäss BGer und der Minderheit der Lehre erhält E CHF 75'000, K2 CHF 50'000 und K1 behält CHF 175'000. Eine Ausschlagung lohnt sich für K1 also nach beiden Berechnungsmethoden. Als Verlierer erscheint nach beiden Methoden E, der lediglich die Hälfte davon erhält, was er bei einer Ausgleichung durch K1 erhalten hätte. Folgt man dem BGer und der Minderheitsmeinung gilt auch K2 als Verlierer.

Abschliessend lässt sich somit festhalten, dass eine Ausschlagung für einen Erben – der lebzeitige Zuwendungen des Erblassers erhalten hat – *de lege lata* vorteilhaft sein kann. Ob eine Ausschlagung profitabel ist, muss jedoch einzelfallabhängig bestimmt werden und hängt u.a. davon ab, in welchem Verhältnis die Zuwendungen zum reinen Nachlass stehen, wie sich die Erbengemeinschaft zusammensetzt und ob auch andere Erben lebzeitige Zuwendungen erhalten haben. Als Grundregel kann festgehalten werden, dass eine Ausschlagung für einen Nachkommen in Konstellationen, in denen ein Ehegatte sowie weitere Nachkommen vorhanden sind, profitabel ist, sofern seine lebzeitig erhaltenen Zuwendungen höher sind als sein gesetzlicher Anspruch im Erbgang. In solchen Konstellationen hat die Ausschlagung eines Nachkommen besonders für den überlebenden Ehegatten negative Folgen, da sich dessen Anteil an der freien Quote im Verhältnis zu den verbleibenden Erben übermässig verkleinert. Folgt man der Meinung des BGers sowie der Minderheit der Lehre und wendet bei der Ausschlagung eines Miterben analog Art. 535 II ZGB zur Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben an, führt dies zu einer quoten- sowie wertmässigen Verkleinerung deren Pflichtteile. Die daraus folgende Schmälerung des Globalpflichtteils bzw. die Erweiterung der freien Quote führt u.U. zu einer Bevorteilung des ausschlagenden Erben. Diese Bevorteilung kann gemäss hier vertretener Auffassung damit erklärt werden, dass eine Ausschlagung in erster Linie zu einer Umverteilung der freien Quote führt.

Folgt man hingegen der Meinung der h.L. bzw. dem Wortlaut von Art. 572 I ZGB, erfolgt keine Veränderung der freien Quote, und es kommt zu keiner oder zumindest nur zu einer umfangmässig kleineren Bevorteilung des ausschlagenden Erben.

Eine Bevorteilung des ausschlagenden Erben widerspricht nach hier vertretener Auffassung dem Gesetzeswortlaut von Art. 572 I ZGB und führt zu einer Durchbrechung des Gleichheits- und Gerechtigkeitsgedanken der Ausgleichung. Entsprechend erscheint es einzig folgerichtig, der Meinung der h.L. bzw. dem Gesetzeswortlaut von Art. 572 I ZGB zu folgen.

## VIII. Schlussfazit

Abschliessend kann festgehalten werden, dass eine analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung zumindest nach hier vertretener Auffassung nicht gerechtfertigt ist. Sowohl das BGer – in BGE 50 II 450 ff. – als auch die diesem folgenden Lehrmeinungen vermögen keine überzeugenden Argumente für eine analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung zu liefern. Das Hauptargument des BGers sowie der Minderheitsmeinungen in der Lehre besteht in der Ähnlichkeit der Ausschlagung zum Erbverzicht sowie der Enterbung und der Erbunwürdigkeit. Die vorliegende Arbeit hat jedoch aufgezeigt, dass zwischen der Ausschlagung und diesen Instituten grundlegende Unterschiede bestehen. Beim Erbverzicht beruht die Erweiterung der verfügbaren Quote bzw. der erblasserischen Verfügungsfreiheit auf einer Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden. Auch die Enterbung und die Erbunwürdigkeit berücksichtigen den (mutmasslichen) Willen des Erblassers, indem sie diesen vor Eingriffen und Angriffen durch einen Pflichtteilserben schützen. Die Ausschlagung hingegen erfolgt ohne Berücksichtigung bzw. sogar entgegen dem Willen des Erblassers. Weiter steht eine analoge Anwendung von Art. 535 II ZGB auf die Ausschlagung im Widerspruch zum Gleichheits- und Gerechtigkeitsgedanken der Ausgleichung, da sie im Vergleich zur Regelung von Art. 572 I ZGB zu einer grösseren Benachteiligung der verbleibenden Pflichtteilserben führt. Die Regelung von Art. 572 I ZGB ist nach hier vertretener Auffassung klar und eine Abweichung davon dementsprechend ungerechtfertigt.

Unter Berücksichtigung aller erarbeiteten Argumente muss die Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben im Fall der Ausschlagung eines Pflichtteilserben nach hier vertretener Auffassung gemäss dem Wortlaut von Art. 572 I ZGB erfolgen. Somit erfolgt die Berechnung der Pflichtteile der verbleibenden Erben gleich wie im Vorversterbensfall des Ausschlagenden, wobei dessen Pflichtteil keiner rechnerischen Berücksichtigung unterliegt.

Soweit eine Masterarbeit die dafür notwendige Aussagekraft besitzt, soll diese Arbeit dazu verhelfen, die Rechtsprechung des BGers zu ihrem 100-jährigen Jubiläum einer Neubeurteilung zu unterziehen und dadurch möglicherweise eine neue Fahrtrichtung einzuschlagen. Es wäre wünschenswert, wenn das BGer seinen Standpunkt in BGE 50 II 450 ff. durch einen neuen Entscheid konkretisieren, korrigieren oder zumindest die Auslegung von Art. 572 ZGB klarstellen würde. Bis dahin muss zur Regelung des Schicksals des Pflichtteils eines ausschlagenden Erben bzw. zur Anwendung von Art. 572 I ZGB im Rahmen der Nachlassplanung Abhilfe geschaffen werden.

### **Selbständigkeitserklärung**

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig ohne fachliche Mitarbeit Dritter verfasst habe und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich willige ein, dass meine Arbeit mittels Plagiatserkennungssoftware überprüft werden kann, und nehme zur Kenntnis, dass eine Unkorrektheit gemäss § 53 StuPO 2016 Disziplinarsanktionen nach sich ziehen kann.

Ort: **Baar**

Datum: **01. Juni. 2024**

Unterschrift: **D. McMahon**