

Die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkom- men nach Art. 492a ZGB

von Manuela Häfliger, MLaw, Luzern¹

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	50
II. Die Voraussetzungen von Art. 492a ZGB	54
1. Einleitende Bemerkungen	54
2. Beschränkung des Vorerben auf Nachkommen	55
a) Nur Nachkommen als Vorerben	55
b) Keine Beschränkung bezüglich des Nacherben	55
c) Massgebender Zeitpunkt	56
d) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung	57
3. Dauernde Urteilsunfähigkeit des Vorerben	57
a) Die Urteilsunfähigkeit	57
aa) <i>Allgemeines</i>	57
bb) <i>Relativität der Urteils(un)fähigkeit</i>	58
b) Dauerhaftigkeit der Urteilsunfähigkeit	59
c) Massgebender Zeitpunkt	60
d) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung	62
4. Kein Hinterlassen von eigenen Nachkommen, einem überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner	65
a) Allgemeines	65
b) Fehlen des eingetragenen Partners	66
c) Massgebender Zeitpunkt	67
d) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung	69
5. Fehlen einer Verfügung von Todes wegen	70
a) Zulässigkeit und Wortlaut der im Gesetz nicht erwähnten Voraussetzung	70
b) Massgebender Zeitpunkt	73
c) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung	75
6. Begrenzung auf den Überrest	76
a) Allgemeines	76
b) Massgebender Zeitpunkt	77
c) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung	77

¹ Der vorliegende Beitrag enthält die überarbeitete, gekürzte und aktualisierte Masterarbeit vom 24.11.2014 (verfasst am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, Abteilung Prof. Dr. Stephan Wolf).

III. Rechtsfolgen bei gültiger Anordnung der besonderen Nacherbfolge . 79	
1. Keine Herabsetzung nach Art. 531 ZGB.	79
2. Rechte und Pflichten des Vorerben	80
IV. Übergangsrechtliche Regelung	81
V. Stellungnahme.	81

I. Einleitung

Infolge fehlender Verfügungsfähigkeit² und dem Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit³ können urteilsunfähige – insbesondere geistig schwer behinderte – Personen keine gültigen Verfügungen von Todes wegen errichten. Ihr Nachlass folgt somit zwingend der gesetzlichen Erbfolge (Intestaterbfolge).⁴ Die urteilsunfähige Person wird regelmässig weder Nachkommen noch einen überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner hinterlassen.⁵ In diesem Fall ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass – aufgrund des Vorversterbens der Eltern und mangels Geschwistern – weit entfernte Verwandte und in letzter Linie sogar das Gemein-

2 Art. 467 f. ZGB.

3 Statt vieler TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, § 66 N 3.

4 Diese Aussage bedarf der Präzisierung: Da es sich bei der Verfügungsunfähigkeit bloss um einen Anfechtungs- und nicht um einen Nichtigkeitsgrund handelt (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), kann auch der Verfügungsunfähige grundsätzlich eine Verfügung von Todes wegen erlassen, welche bis zu ihrer Ungültigerklärung die Wirkung einer gültigen Verfügung hat und somit geeignet ist, die Intestaterbfolge zu verhindern (ESCHER ARNOLD/ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959 [zit. ZK-ESCHER/ESCHER], N 13 zu Art. 467 ZGB). Nur wenn der Verfügende nicht einmal in der Lage ist, einen Testierwillen (dazu SCHWALLER URS, Die Unwirksamkeit des eigenhändigen Testamentes [Art. 505 ZGB], Diss. Freiburg 1981, S. 33 ff., 60 ff.) zu bilden, ist die Verfügung von Todes wegen nichtig und das gesetzliche Erbrecht kommt (zwingend) zur Anwendung. Gerade im hier hauptsächlich interessierenden Fall der geistig schwer behinderten Nachkommen dürfte es regelmässig bereits an einem solchen Willen fehlen. Auch wenn ein Testierwille nachgewiesen werden kann – somit eine Verfügung des Urteils- und damit Verfügungsunfähigen bloss anfechtbar ist –, dürfte eine solche Verfügung von Todes wegen kaum je Bestand haben, kann sie doch aufgrund der Umkehr der Beweislast bezüglich der Urteilsfähigkeit (dazu BGE 124 III 5 E. 1b S. 8 f.) von den dadurch benachteiligten Intestaterben ohne grosses Risiko angefochten werden, womit wiederum das gesetzliche Erbrecht Anwendung findet. Theoretisch besteht somit für den Urteilsunfähigen – bei gegebenem Testierwillen – zwar die Möglichkeit, gültig eine Verfügung von Todes wegen zu erlassen, womit das gesetzliche Erbrecht nicht zwingend zur Anwendung gelangt, praktisch wird eine solche Verfügung jedoch – aufgrund ihrer Anfechtbarkeit – äusserst selten die gesetzliche Erbfolge verhindern können. Im Folgenden wird darauf verzichtet, stets auf diese Präzisierung hinzuweisen.

5 Dies wird für die besondere Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB denn auch vorausgesetzt (dazu II.4. hienach).

wesen den Urteilsunfähigen beerben. Eltern bzw. Grosseltern⁶ geistig schwer behinderter Kinder⁷ sind daher häufig mit dem Problem konfrontiert, dass sie ihr (Gross-)Kind nach ihrem Ableben zwar maximal begünstigen möchten – es also ihr ganzes Vermögen bzw. die entsprechende Quote erhalten soll – sie jedoch verhindern wollen, dass nach dem Tod des Kindes dessen Erbschaft aufgrund der gesetzlichen Erbfolge an Personen geht, die sich nie um das Kind gekümmert haben.⁸

Nach bisherigem Recht⁹ gab es in solchen Situationen keine Möglichkeit, die unerwünschte Intestaterbfolge zu verhindern. Zwar konnte das Kind auf den Pflichtteil gesetzt und über die dadurch frei werdende Quote verfügt werden (Art. 470 Abs. 1 ZGB), aufgrund des hohen Pflichtteilschutzes der Nachkommen führte dies jedoch nicht zum gewünschten Ergebnis.

Um trotz dieses hohen Pflichtteilsschutzes zu erreichen, dass bei Ableben des Nachkommen der eigene Nachlass nicht an seine gesetzlichen Erben fällt, wurde in der Praxis trotz grundsätzlicher Unzulässigkeit¹⁰ immer wieder eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung¹¹ auf den Überrest¹² zulasten des Pflichtteils des Nachkommen angeordnet.¹³ Der Vorerbe, in dessen Pflichtteil eingegriffen wird, kann gegen eine solche Anordnung nichts unternehmen, da er aufgrund seiner Urteilsunfähigkeit die Herab-

- 6 Siehe WOLF STEPHAN, *Erwachsenenschutz und Notariat*, ZBGR 91 (2010), S. 73 ff. (zit. WOLF, *Erwachsenenschutz*), S. 104 mit Fn. 190.
- 7 Unter dem Begriff «Kind» bzw. «Kinder» werden Kinder und Kindeskindern verstanden, wobei diese nicht notwendigerweise minderjährig sein müssen (dazu auch II.2.a. mit Fn. 33 hienach).
- 8 Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 S. 7001 ff. (zit. Botschaft), S. 7105.
- 9 Der neue Art. 492a ZGB ist im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts am 1. Januar 2013 in Kraft getreten.
- 10 Im Umfang des Pflichtteils ist eine Nacherbeneinsetzung herabsetzbar (Art. 531 ZGB). Vorbehaltlich bleibt nach Art. 531 2. Halbsatz ZGB die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen (Art. 492a ZGB). Zudem kann der pflichtteilgeschützte Erbe durch erbvertragliche Regelung auf seinen Pflichtteil verzichten (SALATHÉ MISCHA, *Die Nacherbfolge im schweizerischen Recht, Eine Untersuchung der privat- und steuerrechtlichen Aspekte der Nacherbfolge*, Diss. Basel 2008, Basel 2009, S. 29 Fn. 191).
- 11 Im Folgenden werden auch die Begriffe «Nacherbfolge» und «Nacherbschaft» als Synonyme für «Nacherbeneinsetzung» verwendet.
- 12 Zur Nacherbeneinsetzung auf den Überrest statt vieler SCHMUKI PETER H., *Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest*, Diss. Zürich 1982.
- 13 ZEITER ALEXANDRA, *Neues Erwachsenenschutzrecht – Die neuen Bestimmungen im Erbrecht, successio 2011*, S. 254 ff. (zit. ZEITER, *Erwachsenenschutzrecht*), S. 263; EITEL PAUL / ZEITER ALEXANDRA, in: BÜCHLER ANDREA / HÄFELI CHRISTOPH / LEUBA AUDREY / STETTLER MARTIN (Hrsg.), *FamKomm Erwachsenenschutz*, Bern 2013 (zit. FamKomm-AUTOR/IN), N 3 zu Art. 492a/531 ZGB.

setzungsklage nicht selbstständig erheben kann.¹⁴ Seinem gesetzlichen Vertreter fehlt i. d. R. das Interesse an der Klageerhebung.¹⁵ Ebenso wird die öffentliche Hand kaum etwas gegen die Pflichtteilsverletzung unternehmen können.¹⁶ Dennoch besteht stets die Gefahr, dass die Erben des Vorerben die Herabsetzung einredeweise geltend machen, sobald der Nacherbe die Nacherbschaftsgegenstände herausverlangt.¹⁷ Die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit führte zum Bedürfnis einer positiv-rechtlichen Regelung der pflichtteilsbelastenden Nacherbeneinsetzung auf den Überrest bei dauernd urteilsunfähigen Nachkommen.

Eine solche Regelung erfolgte mit der Revision des Vormundschaftsrechts durch die Einführung des neuen Art. 492a ZGB i.V.m. der Anpassung von Art. 531 ZGB. Dadurch wurde eine Möglichkeit geschaffen, die es unter bestimmten Voraussetzungen¹⁸ erlaubt, durch Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest in den Pflichtteil des urteilsunfähigen Kindes einzugreifen. Der urteilsunfähige Nachkomme kann danach auch bezüglich seines Pflichtteils von dem (Gross-)Elternteil mittels Verfü-

14 Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO i.V.m. Art. 67 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 13 ZGB.

15 Der Vorerbe erleidet durch die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest insofern keinen Nachteil, als er grundsätzlich frei über die Erbschaft verfügen kann, mit Ausnahme der Verfügung von Todes wegen sowie der Ausrichtung von Schenkungen, was ihm aufgrund seiner Urteilsunfähigkeit aber ohnehin verwehrt bleibt (Botschaft [Fn. 8], S. 7105; bezüglich der Verfügung von Todes wegen siehe Art. 467 f. ZGB, für die Vornahme einer Schenkung wird Handlungs- und somit Urteilsfähigkeit auf Seiten des Schenkers vorausgesetzt [Art. 240 Abs. 1 OR], bei Urteilsunfähigkeit des Schenkers darf auch der gesetzliche Vertreter mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken keine Schenkungen aus dem Vermögen des Urteilsunfähigen ausrichten [Art. 240 Abs. 2 OR]).

16 Diese ist als Gläubigerin aufgrund der Rückerstattungspflicht der Sozialhilfeempfänger für ausgerichtete Leistungen nur dann legitimiert, wenn die Voraussetzungen von Art. 524 Abs. 1 ZGB gegeben sind, was kaum je der Fall sein wird (siehe FANKHAUSER ROLAND/BIELER BRIGITTE, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, *successio* 2009, S. 162 ff., S. 169 Fn. 55). Auch die Gefahr, dass der Fiskus dem urteilsunfähigen Vorerben ein sog. *Verzichtsvermögen* anrechnet, womit sich sein Anspruch auf Ergänzungsleistungen vermindert bzw. die Sozialhilfeleistungen gekürzt werden (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG), ist relativ gering, da er durch die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest grundsätzlich nicht schlechter gestellt wird, als wenn er den Pflichtteil unbelastet erhalten würde (dazu Fn. 15 soeben).

17 Obwohl der Nacherbe die Nacherbschaft als Universalsukzessor mit Eintritt des Nacherbfalls von Gesetzes wegen erwirbt und somit auch sog. *Erbenbesitz* auf ihn übergeht (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB), haben die Erben des Vorerben regelmässig unmittelbaren Besitz an der Erbschaft und können somit die Herabsetzung mittels Einrede – welche an keine Fristen gebunden ist (Art. 533 Abs. 3 ZGB) – geltend machen.

18 Dazu II. hienach.

gung von Todes wegen als blosser Vorerbe und eine andere, ebenfalls vom Erblasser bestimmte Person, als Nacherbin auf den Überrest eingesetzt werden.¹⁹ Die Verfügungsfreiheit der (Gross-)Eltern wird somit erweitert, obwohl es ihnen weiterhin verwehrt bleibt, über den Nachlass des Nachkommen selbst zu verfügen und somit die Intestaterbfolge vollständig zu verhindern.²⁰

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Bestimmungen zur besonderen Nacherbeneinsetzung²¹ (Art. 492a ZGB i.V.m. Art. 531 ZGB) eingehend zu analysieren und insbesondere deren Schwachstellen aufzuzeigen. Dazu werden die einzelnen Voraussetzungen von Art. 492a ZGB erläutert, wobei für jede Voraussetzung der massgebende Zeitpunkt sowie die Rechtsfolgen bei ihrem Fehlen einzeln behandelt werden.²² Anschliessend erfolgt eine kurze Darstellung der Rechtsfolgen bei gültiger Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung.²³ Nach einer Bemerkung zum Übergangsrecht²⁴ werden in der abschliessenden Stellungnahme die aus der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse kurz zusammengefasst sowie ein Fazit gezogen.²⁵

19 Botschaft (Fn. 8), S. 7106.

20 Siehe Botschaft (Fn. 8), S. 7105; siehe auch HEINIGER PFISTER JEANNETTE, Der Vorsorgeauftrag und die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht, in: LENGAUER DANIEL/REZZONICO GIORDANO (Hrsg.), Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, Zürich 2012, S. 200 ff., S. 205; FamKommEITEL/ZEITER (Fn. 13), N 6 zu Art. 492a/531 ZGB.

21 In der Literatur wird dafür auch der Ausdruck «Behindertentestament» verwendet (statt vieler HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, in: ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS [Hrsg.], Praxis-Kommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. Aufl., Basel 2011 [zit. PraxKomm-AUTOR/IN], N 5 zu Art. 531 ZGB m. w. H). M.E. sollte diese Bezeichnung jedoch vermieden werden, da sie eine zu enge Anlehnung an das im deutschen Recht bekannte Behindertentestament indiziert, wobei mit den beiden Instituten unterschiedliche Ziele erreicht werden sollen, geht es beim Behindertentestament im deutschen Recht doch in erster Linie darum, die Erbschaft vor dem Zugriff durch die Sozialbehörden zu schützen (vgl. RUBY GERHARD, Behindertentestament: Häufige Fehler und praktischer Vollzug, ZEV 2006, S. 66 ff., S. 66).

22 II. hienach.

23 III. hienach.

24 IV. hienach.

25 V. hienach.

II. Die Voraussetzungen von Art. 492a ZGB

1. Einleitende Bemerkungen

Art. 492a ZGB ermöglicht es dem Erblasser, einen *dauernd urteilsunfähigen*²⁶ *Nachkommen*²⁷ bezüglich seines gesamten Erbteils – d. h. auch bezüglich des Pflichtteils – lediglich als Vorerben einzusetzen, sofern die Nacherbfolge *auf den Überrest begrenzt*²⁸ ist und der Nachkomme *weder eigene Nachkommen noch einen Ehegatten*²⁹ hinterlässt (Art. 492a Abs. 1 ZGB). Die Nacherbeneinsetzung ist in diesem Fall nicht herabsetzbar (Art. 531 2. Halbsatz ZGB).³⁰ Neben den im Gesetz genannten Voraussetzungen verlangt die Lehre zudem das *Nichtvorhandensein einer Verfügung von Todes wegen des Nachkommen*³¹.

Diese Voraussetzungen sind im Detail teilweise auslegungsbedürftig und insbesondere deshalb problematisch, weil sie sich im Laufe der Zeit verändern können und somit der massgebende Zeitpunkt für das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzung genau bestimmt werden muss. Weiter sind auch die Rechtsfolgen bei Fehlen der einzelnen Voraussetzungen – welche mit Ausnahme von Art. 492a Abs. 2 ZGB nicht im Gesetz geregelt sind – nicht eindeutig geklärt.³²

26 Dazu II.3. hienach.

27 Dazu II.2. sogleich.

28 Dazu II.6. hienach.

29 Dazu II.4. hienach.

30 Damit erhalten die (Gross-)Eltern behinderter Nachkommen mehr Rechte als jene von gesunden Nachkommen (WOLF, *Erwachsenenschutz* [Fn. 6], S. 105 Fn. 196 m. H. a. WEIMAR PETER, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, die Verfügungsfreiheit, die Verfügungsarten, die Verfügungsformen* [Art. 457–516 ZGB], Bern 2009 [zit. BK-WEIMAR], N 4 zu Art. 492a ZGB).

31 Dazu II.5. hienach.

32 Vgl. zum Ganzen FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 165 mit dem Hinweis in Fn. 24, dass trotz dieser Unklarheiten Art. 492a ZGB und Art. 531 ZGB in der Vernehmlassung und der parlamentarischen Beratung kaum Anlass zur Diskussion gegeben haben (vgl. dazu AB SR 2007 S. 842; AB NR 2008, S. 1543; Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Oktober 2004, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/vormundschaft/ve-ber.pdf>> (besucht am 26. 04. 2015) (zit. Zusammenstellung Vernehmlassungen, S. 441). Vgl. auch LEUBA AUDREY, *Substitution fidéicommissaire pour le surplus en cas d'incapacité de discernement du descendant*, Jusletter 9. Dezember 2013, N 2.

2. Beschränkung des Vorerben auf Nachkommen

a) Nur Nachkommen als Vorerben

Die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist nur zulasten von Nachkommen zulässig, d. h., nur sie können als Vorerben eingesetzt werden (Art. 492a Abs. 1 ZGB). Unter Nachkommen sind sämtliche Nachkommen – d. h. Kinder und Kindeskinde – zu verstehen, wobei diese nicht notwendigerweise minderjährig sein müssen.³³ Einen Eingriff in den Pflichtteil anderer pflichtteilsgeschützter Erben lässt der klare Wortlaut von Art. 492a Abs. 1 ZGB hingegen nicht zu.

Durch die immer höhere Lebenserwartung, die steigende Anzahl Menschen, welche an einer Demenz leiden,³⁴ sowie die geringe Geburtenrate sind jedoch auch Situationen denkbar, in welchen eine Nacherbeneinsetzung zulasten des Pflichtteils der Eltern oder des Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners sinnvoll wäre.^{35, 36} Nach dem Vorentwurf war die besondere Nacherbeneinsetzung denn auch noch zulasten des Pflichtteils aller pflichtteilsgeschützter Erben zulässig (Art. 492a VE-ZGB). Weshalb diese Fassung, welche in der Vernehmlassung nicht beanstandet wurde, nicht in den Entwurf übernommen wurde, ist aus der Botschaft nicht ersichtlich.³⁷ Für die Entscheidung des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich von Art. 492a ZGB auf die Nachkommen einzugrenzen, bestehen denn auch keine ersichtlichen Gründe, zumal diese Einschränkung zu einer Ungleichbehandlung der Pflichtteilserben führt.³⁸

b) Keine Beschränkung bezüglich des Nacherben

Bezüglich der Person des Nacherben enthält das Gesetz keine Beschränkung. Der Erblasser kann folglich eine beliebige Person als Nacherben einsetzen.³⁹ In Frage kommt insbesondere auch die Begünstigung einer Behindertenorganisation.

33 LEUBA (Fn. 32), N 11; FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 8 zu Art. 492a/531 ZGB.

34 Es wird geschätzt, dass heute 8% der über 65-Jährigen und mehr als 30% der über 90-Jährigen von Alzheimer oder einer anderen Demenzform betroffen sind (<www.alz.ch/index.php/zahlen-zur-demenz.html> [besucht am 26.04.2015]).

35 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 165; LEUBA (Fn. 32), N 12.

36 Zu denken ist etwa an die Situation eines kinderlosen Ehepaares, wobei der zukünftige Erblasser den überlebenden, dauernd urteilsunfähigen Ehegatten zwar maximal begünstigen möchte, aber verhindern will, dass dessen Pflichtteil nach seinem Ableben an dessen Eltern – d. h. die Schwiegereltern des Erblassers – geht, welche sich nie um ihren Sohn bzw. ihre Tochter gekümmert haben (vgl. LEUBA [Fn. 32], N 12).

37 Siehe zur Kritik am Gesetzgebungsprozess FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 165 mit Fn. 27.

38 Vgl. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166.

39 ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 264.

c) Massgebender Zeitpunkt

Da es sich beim Kindesverhältnis⁴⁰ um eine Voraussetzung handelt, welche sich grundsätzlich im Laufe der Zeit nicht mehr verändert, ist der massgebende Zeitpunkt bei dieser Voraussetzung kaum von Bedeutung. Besteht im Zeitpunkt der Anordnung der Nacherbeneinsetzung noch kein Kindesverhältnis, sondern wird dieses erst im Nachhinein – mittels Adoption, Anerkennung⁴¹ oder Feststellung des Gerichts⁴² – hergestellt, besteht insofern kein Problem, als das Kind in diesem Zeitpunkt noch kein Pflichtteilsrecht besitzt und somit eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest bezüglich des ganzen Erbteils ohne weiteres zulässig ist. Bei Entstehung des Kindesverhältnisses sollte sich die Anordnung des Erblassers – sofern die weiteren Voraussetzungen von Art. 492a ZGB vorliegen – in eine Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB umwandeln. Dies obwohl i. d. R. nicht festgestellt werden kann, ob sich der Erblasser bewusst war, dass er durch die Herstellung des Kindesverhältnisses in den neu geschaffenen Pflichtteil des Kindes eingreift. Indem aber bereits vor Bestehen des Kindesverhältnisses eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest bezüglich des gesamten Erbteils angeordnet wurde – i. d. R. um die gesetzliche Erbfolge bezüglich dieses Teils nach dem Ableben des Kindes zu verhindern – ist nicht ersichtlich, weshalb sich die Meinung des Erblassers ändern soll, nur weil das Kind neu einen Pflichtteil besitzt.⁴³ Keine Probleme ergeben sich auch für den umgekehrten Fall, bei dem im Zeitpunkt der Anordnung der Nacherbfolge ein Kindesverhältnis besteht, dieses aber nachträglich – zum Beispiel durch Adoption (Art. 267 Abs. 2 ZGB) – wegfällt. Hier besteht im Zeitpunkt des Todes des Erblassers kein Pflichtteilsrecht des Kindes mehr, sodass eine Nacherbeneinsetzung (auf den Überrest) bezüglich der gesamten Erbquote ohne weitere Voraussetzungen zulässig ist.

Allgemein muss das Kindesverhältnis folglich im *Zeitpunkt des Todes des Erblassers* bestehen. Besteht in diesem Zeitpunkt kein Kindesverhältnis, handelt es sich um eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, welche in diesem Fall – da keine Pflichtteile verletzt werden – nicht herabsetzbar ist.

40 Ob ein Kindesverhältnis vorliegt, bestimmt sich nach Art. 252 ZGB (siehe KLÖTI DANIELA, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse, Diss. Bern 2013, Bern 2014, S. 27).

41 Eine Kindesanerkennung kann auch Inhalt einer Verfügung von Todes wegen sein (Art. 260 Abs. 3 ZGB; vgl. auch WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel 2012, S. 235).

42 Siehe KLÖTI (Fn. 40), S. 27.

43 Vgl. auch Art. 516 ZGB, wobei die Herabsetzung aufgrund von Art. 531 2. Halbsatz ZGB ausgeschlossen bleibt.

d) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung

Die Anordnung einer pflichtteilsbelastenden Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten anderer Pflichtteilserven – d. h. zulasten der Eltern oder des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners – ist als gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu qualifizieren.⁴⁴ Sie ist somit nicht nichtig,⁴⁵ sondern lediglich herabsetzbar (Art. 531 ZGB).⁴⁶

3. Dauernde Urteilsunfähigkeit des Vorerben

a) Die Urteilsunfähigkeit

aa) Allgemeines

Urteilsfähigkeit ist die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB).⁴⁷ Vorausgesetzt wird neben der Fähigkeit, «den Sinn, die Zweckmässigkeit und die Auswirkungen einer konkreten Handlung zu erkennen»⁴⁸ (intellektuelles Element) auch die Fähigkeit, gemäss dieser Einsicht nach freiem Willen zu handeln (Willenselement).⁴⁹ Aufgrund der *ratio legis* kann mit Urteils(un)fähigkeit i. S. v. Art. 492a ZGB nur die erbrechtliche Verfügungs(un)fähigkeit (Art. 467 f. ZGB) gemeint sein.⁵⁰

Die Urteilsfähigkeit kann insbesondere wegen geistiger Behinderung⁵¹ oder psychischer Störung⁵² fehlen. Weder die geistige Behinderung noch die psychische Störung führen jedoch zwingend zur Urteilsunfähigkeit, vielmehr ist die konkret zu beurteilende Handlung miteinzubeziehen.⁵³

44 ZEITER ALEXANDRA, *Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute*, SJZ 109 (2013), S. 225 ff. (zit. ZEITER, *Neue Rechtsinstitute*), S. 233.

45 Es kommt also nicht zu einer analogen Anwendung von Art. 492a Abs. 2 ZGB (FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 165 f. Fn. 28). Vgl. aber den Hinweis bei ZEITER, *Neue Rechtsinstitute* (Fn. 44), S. 233, wonach nicht auszuschliessen ist, «dass ein Gericht eine solche Anordnung analog Art. 492a Abs. 2 ZGB als nichtig erklärt, mit der Konsequenz, dass es zur gesetzlichen Erbfolge kommt».

46 FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 8 zu Art. 492a/531 ZGB; LEUBA (Fn. 32), N 39.

47 Siehe auch BK-WEIMAR (Fn. 30), N 2 zu Art. 467 ZGB.

48 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 4 zu Art. 467 ZGB.

49 BGE 117 II 231 E. 2a S. 232; BGE 134 II 235 E. 4.3.2 S. 239.

50 Siehe WOLF STEPHAN, *Erbrecht in besonderen Situationen: Konkubinats-, Ehekrise, Erwachsenenschutz*, in: WOLF STEPHAN (Hrsg.), *Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht*, INR Band 9, Bern 2009, S. 27 ff. (zit. WOLF, *Besondere Situationen*), S. 60; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166.

51 Siehe HOTZ SANDRA, in: BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ZGB*, Basel 2012 (zit. KUKO-AUTOR/IN), N 4 zu Art. 16 ZGB.

52 Siehe Botschaft (Fn. 8), S. 7043.

53 BGE 127 I 6 E. 7b.aa S. 20; siehe auch KUKO-HOTZ (Fn. 51), N 6 zu Art. 16 ZGB; PraxKomm-SCHRÖDER (Fn. 21), N 12 zu Art. 467 ZGB m. H. a. BGer 5C.32/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 4.3.1. Zur Relativität der Urteilsfähigkeit siehe II. 3. a. bb. sogleich.

bb) Relativität der Urteils(un)fähigkeit

Der Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit besagt, dass die Urteilsfähigkeit nicht abstrakt festzustellen, sondern «in Bezug auf eine bestimmte Handlung je nach deren Schwierigkeit und Tragweite zu beurteilen»⁵⁴ ist.⁵⁵ Die Relativität bezieht sich dabei nicht nur auf das konkrete Rechtsgeschäft, sondern auch «auf den konkreten Zeitpunkt von dessen Vornahme»⁵⁶.

Durch die grosse Bedeutung von letztwilligen Verfügungen in Kombination mit der erhöhten Gefahr der Beeinflussung durch Drittpersonen sind an die Urteilsfähigkeit bezüglich des Testiervorganges – zumindest bei komplizierten Verfügungen – grundsätzlich erhöhte Anforderungen zu stellen.⁵⁷ Demgegenüber darf eine Urteilsunfähigkeit i. S. v. Art. 492a ZGB nicht bereits dann angenommen werden, wenn der Vorerbe unfähig ist, eine komplexe Verfügung von Todes wegen zu errichten, sondern erst dann, wenn ihm die Fähigkeit fehlt, «die Bedeutung einer [einfachen] Erbinsetzung oder eines Vermächtnisses zu erkennen und entsprechend zu handeln»^{58, 59}.

Während die Relativität der Urteilsfähigkeit im Normalfall als unbestritten gilt, ist umstritten, ob auch in Bezug auf die Urteilsunfähigkeit nach Art. 492a ZGB von einem relativen Begriff ausgegangen werden kann, oder ob in diesem Fall eine abstrakte Beurteilung verlangt wird.⁶⁰ Für eine relative Betrachtungsweise spricht, dass der Gesetzestext von Art. 492a ZGB in allen drei massgebenden Sprachfassungen⁶¹ die Begriffe *urteilsunfähig* (incapable de discernement/incapace di discernimento) bzw. *urteilsfähig* (capable de discernement/capace di discernimento) verwen-

54 BGE 124 III 5 E. 1a S. 8.

55 Dies gilt auch für die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit (WOLF, Besondere Situationen (Fn. 50), S. 60).

56 WOLF, Besondere Situationen (Fn. 50), S. 60.

57 BGE 124 III 5 E. 1a S. 8; vgl. auch DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 12 N 28; KUKO-GRÜNINGER (Fn. 51), N 6 zu Art. 467 ZGB; WOLF/GENNA (Fn. 41), S. 182 f.; a. M. BGER 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 5.3. Generell für keine überhöhten Anforderungen an die Urteilsfähigkeit im Bereich des Erbrechts: PraxKomm-SCHRÖDER (Fn. 21), N 10 zu Art. 467 ZGB; BREITSCHMID PETER, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK-AUTOR/IN), N 3 zu Art. 467/468 ZGB.

58 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 5 zu Art. 492a ZGB.

59 Siehe auch LEUBA (Fn. 32), N 15.

60 Für eine relative Betrachtung LEUBA (Fn. 32), N 14; für eine abstrakte Beurteilung WOLF, Besondere Situationen (Fn. 50), S. 60.

61 Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 PublG sind alle drei Amtssprachen gleichwertig.

det und somit keine andere Beurteilung als nach den Regeln von Art. 16 ZGB indiziert.⁶² Die Urteilsunfähigkeit nach Art. 492a ZGB ist jedoch – wie bereits erwähnt – nur dann zu bejahen, wenn «sogar die gültige Errichtung von einfachsten Verfügungen von Todes wegen ausgeschlossen ist»⁶³. Massgebendes Rechtsgeschäft für die Beurteilung der Urteils(un)-fähigkeit nach Art. 492a ZGB muss somit stets eine einfache Verfügung von Todes wegen mit einer Erbeinsetzung oder Vermächtnissen sein. Bezüglich der Art des Rechtsgeschäftes ist folglich von einer abstrakten Beurteilung auszugehen.⁶⁴ Nichts anderes kann denn auch in Bezug auf den massgebenden Zeitpunkt gelten. Die Urteils(un)fähigkeit nach Art. 492a ZGB muss immer zu einem bestimmten Zeitpunkt⁶⁵ beurteilt werden. Bezüglich des Spezialfalles von Art. 492a ZGB ist folglich von einer abstrakten Feststellung der Urteils(un)fähigkeit auszugehen.⁶⁶

b) Dauerhaftigkeit der Urteilsunfähigkeit

Für die Anordnung einer gültigen Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB muss die Urteilsunfähigkeit *dauernd* sein (Art. 492a Abs. 1 ZGB).⁶⁷ Unbestritten ist, dass jene Fälle unter Art. 492a ZGB fallen, bei denen die Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit schlicht nicht zu erwarten ist.⁶⁸ Umstritten ist hingegen, ob die Dauerhaftigkeit der Urteilsunfähigkeit auch dann zu bejahen ist, wenn zwar eine Heilungschance besteht und eine Heilung als wahrscheinlich gilt – somit keine *dauernde* Urteilsunfähigkeit

62 LEUBA (Fn. 32), N 14.

63 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166.

64 Siehe auch HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften, Art. 181–195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196–220 ZGB, Bern 1992, N 41 zu Art. 185 ZGB, wonach bei Verwendung des Ausdrucks «dauernd urteilsunfähig» durch das Gesetz der Gehalt von Art. 16 ZGB verändert wird, somit «nicht mehr auf ein einzelnes Rechtsgeschäft abgestellt werden [kann], sondern nur noch auf einen bestimmten Typus von Handlungen». Dabei sind jene Handlungen massgebend, «in deren Zusammenhang das Gesetz eine Rechtsfolge von der dauernden Urteilsunfähigkeit abhängig macht».

65 Zum massgebenden Zeitpunkt II.3.c. hienach.

66 Gl. M. WOLF, Besondere Situationen (Fn. 50), S. 60.

67 Abs. 1 von Art. 492a ZGB steht dabei in einem gewissen Widerspruch zu Abs. 2, welcher sich auf den Fall bezieht, in welchem der Nachkomme *wider Erwarten* urteilsfähig wird, da eine dauernde Urteilsunfähigkeit eigentlich nicht wegfallen kann, Abs. 2 aber gerade diesen Fall thematisiert. Aus diesem Grund beantragte der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) in der Vernehmlassung die Streichung des Wortes «dauernd» in Abs. 1 (Zusammenstellung Vernehmlassungen [Fn. 32], S. 441).

68 Siehe FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166; WOLF, Besondere Situationen (Fn. 50), S. 60.

vorliegt – jedoch befürchtet wird, dass der Urteilsunfähige vor Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit stirbt.⁶⁹ In beiden Fällen besteht die Gefahr, dass der Urteilsunfähige vor seinem Ableben nicht mehr in der Lage sein wird, gültig eine Verfügung von Todes wegen zu errichten. Der künftige Erblasser hat somit auch im zweiten Fall ein Interesse daran, den Pflichtteil des Nachkommen mit einer Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB zu belasten, um damit die gesetzliche Erbfolge beim Ableben des Vorerben bezüglich dieses Teils zu verhindern. Es liegen folglich identische Interessenlagen vor, womit Art. 492a ZGB analog auch dann anzuwenden ist, «wenn zwar Hoffnung auf Heilung besteht und die Urteilsunfähigkeit damit nicht mit Sicherheit eine dauernde ist, die Urteilsfähigkeit aber dennoch nicht – <wider Erwarten> – wiedererlangt würde»^{70,71}

Für die Beurteilung, ob eine dauerhafte Urteilsunfähigkeit vorliegt, ist die medizinische Prognose – und somit die Ursache der Urteilsunfähigkeit – von grosser Bedeutung. Nur wenn diese Ursache nicht bekannt ist oder keine zuverlässige Prognose erstellt werden kann, soll die bisherige Dauer der Urteilsunfähigkeit als Kriterium hinzugezogen werden.^{72,73}

c) Massgebender Zeitpunkt

Die h.L. geht davon aus, dass die Urteilsunfähigkeit im *Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen*, im *Zeitpunkt des Todes des Erblassers* sowie auch im *Zeitpunkt des Todes des Vorerben* vorliegen

69 Gegen die Bejahung der Voraussetzung in diesem Fall: ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 264; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166. Für den erweiterten Anwendungsbereich: BK-WEIMAR (Fn. 30), N 5 zu Art. 492a ZGB; WOLF/GENNA (Fn. 41), S. 311; LEUBA (Fn. 32), N 17, wobei sie für den Fall eines Komats die Prognose, dass ein Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit als wenig wahrscheinlich gilt, voraussetzt.

70 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 5 zu Art. 492a ZGB.

71 Gl. M. WOLF/GENNA (Fn. 41), S. 311; PHILIPP STUDHALTER, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. ZGBKomm-AUTOR/IN), N 6 zu Art. 492a ZGB.

72 Zum Ganzen FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166.

73 Der Beweis der Urteils(un)fähigkeit dürfte regelmässig sehr schwierig zu erbringen sein (zur Beweislast siehe BGE 124 III 5 E. 1b S. 8 f.). Daher empfiehlt es sich, bereits im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen (bzw. für den Fall, dass der Nachkomme zu diesem Zeitpunkt noch minderjährig ist [dazu II.3.c. sogleich], im Zeitpunkt, in dem er seine Volljährigkeit erlangt) ein medizinisches Gutachten betreffend die Urteils(un)fähigkeit des Nachkommen einzuholen. Bei einer öffentlichen Beurkundung der entsprechenden Verfügung obliegt dies der Urkundsperson, auch wenn – im Unterschied zu den üblichen Fällen – nicht die Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei, sondern «diejenige eines aussenstehenden, am Beurkundungsverfahren selbst nicht beteiligten Dritten – nämlich des dauernd urteilsunfähigen Nachkommen – zu prüfen ist» (WOLF, Erwachsenenschutz [Fn. 6], S. 107; siehe auch WOLF/GENNA [Fn. 41], S. 310 f.; FamKomm-EITEL/ZEITER [Fn. 13], N 11 zu Art. 492a/531 ZGB).

muss.⁷⁴ Folglich soll eine besondere Nacherbeneinsetzung nicht «auf Vorrat» – für den Fall einer allfälligen zukünftigen Urteilsunfähigkeit des Nachkommen – angeordnet werden können.⁷⁵

In gewissen Fällen drängt sich eine solche Nacherbeneinsetzung «auf Vorrat» jedoch geradezu auf, nämlich dann, wenn der Erblasser davon ausgeht, dass sein Kind ihn zwar überleben, aber vor Erlangung der Volljährigkeit – und somit der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit – sterben bzw. dauernd urteilsunfähig wird.^{76,77} Es liegt mithin eine identische Interessenlage wie beim Fall der bereits bestehenden Urteilsunfähigkeit vor, da der Erblasser befürchtet, «dass der (pflichtteilsberechtigte) testierunfähige Nachkomme (nach Eintritt des Erbfalls) sterben könnte, ohne die Testierfähigkeit erlangt zu haben»⁷⁸. Nach wohl richtiger Ansicht muss die Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit somit zwar grundsätzlich im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen gegeben sein. Ist der Nachkomme zu diesem Zeitpunkt jedoch noch minderjährig und befürchtet⁷⁹ der Erblasser dessen Tod, ohne dass der Nachkomme je die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit nach Art. 467 f. ZGB erlangt hat, muss eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB auch «auf Vorrat» zulässig sein.⁸⁰

74 FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 12 f. zu Art. 492a ZGB; ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 265; explizit nur hinsichtlich des Zeitpunktes der Errichtung der Verfügung von Todes wegen: FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166; KUKO-GRÜNINGER (Fn. 51), N 4 zu Art. 492a ZGB; ZGBKomm-STUDHALTER (Fn. 71), N 6 zu Art. 492a ZGB.

75 Statt vieler FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 166.

76 LEUBA (Fn. 32), N 26; BK-WEIMAR (Fn. 30), N 6 zu Art. 492a ZGB.

77 Zu denken ist etwa an die Situation geschiedener Eltern, deren Kind aufgrund einer Erkrankung – welche nicht zwingend auch die Urteilsunfähigkeit zur Folge hat – eine sehr geringe Lebenserwartung hat. Derjenige Elternteil, welcher befürchtet, dass sein Kind vor Erlangung der erbrechtlichen Verfügungsfähigkeit stirbt, will – verständlicherweise – verhindern, dass diejenigen Erbschaftsgegenstände, welche er selbst dem Kind vererbt, nach dessen Tod aufgrund des gesetzlichen Erbrechts an den Vater bzw. die Mutter des Kindes (Art. 458 Abs. 1 ZGB) und somit an den geschiedenen Partner gehen.

78 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 7 zu Art. 492a ZGB (teilweise Kursivschrift im Original).

79 Ob es sich dabei um eine begründete Befürchtung handelt, ist irrelevant, insbesondere da keine Nachteile zu befürchten sind, weil die Nacherbeneinsetzung mit Erlangung der Urteilsfähigkeit nach Art. 492a Abs. 2 ZGB ohnehin dahinfällt (BK-WEIMAR [Fn. 30], N 7 zu Art. 492a ZGB).

80 Gl.M. BK-WEIMAR (Fn. 30), N 6 f. zu Art. 492a ZGB m.H.a. das Institut der gemeinrechtlichen Pupillarsubstitution; wohl auch WOLF, Erwachsenenschutz (Fn. 6), S. 106 f., der zuerst klarstellt, dass auf die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit des Vorerben nach Art. 467 f. ZGB abzustellen ist und im Anschluss festhält, dass sich die Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit auf den Zeitpunkt der Erstellung der Verfügung von Todes wegen bezieht. A.M. FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 11 zu Art. 492a/531 ZGB. Zu weitgehend ist die Aussage von LEUBA (Fn. 32), N 27, nach welcher die Urteilsunfähigkeit (generell) erst im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbanges vorliegen muss.

Die Urteilsunfähigkeit muss grundsätzlich⁸¹ auch im *Zeitpunkt des Todes des Erblassers* sowie stets auch im *Zeitpunkt des Todes des Vorerben* gegeben sein. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut von Art. 492a Abs. 2 ZGB, «wonach gerade keine zeitliche Beschränkung mit Bezug auf die Urteilsfähigkeit des Nachkommen vorgesehen ist»^{82, 83}. Andererseits führt die *ratio legis* der Bestimmung zum gleichen Ergebnis, könnte doch der vor seinem Tode wieder urteilsfähig gewordene Vorerbe selbst eine Verfügung von Todes wegen erlassen und somit die Intestaterbfolge – sofern dies denn seinem Willen entspricht – verhindern.

d) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung

Die besondere Nacherbeneinsetzung fällt von Gesetzes wegen dahin, wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird (Art. 492a Abs. 2 ZGB). Dadurch lebt aber nicht bloss der Pflichtteilsschutz wieder auf, so dass die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung herabsetzbar wäre (Art. 531 ZGB), sondern es kommt – vorbehalten einer späteren Verfügung von Todes wegen des nun urteilsfähigen Nachkommen – bei dessen Ableben zur *gesetzlichen Erbfolge*.⁸⁴ Es bedarf somit weder einer Ungültigkeits- noch einer Herabsetzungsklage.⁸⁵

Das soeben Gesagte gilt zumindest dann, wenn der Nachkomme die Urteilsfähigkeit *dauerhaft* (wieder-)erlangt. Problematisch sind jene Fälle, in denen der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird, später diese Urteilsfähigkeit aber erneut verliert. Es ist zu prüfen, ob in einem solchen Fall die besondere Nacherbfolge endgültig dahinfällt oder ob sie bloss sistiert wird und in einem späteren Zeitpunkt reaktiviert werden kann, sofern im Zeitpunkt des Todes des Vorerben wieder alle Voraus-

81 Eine Ausnahme besteht für den Fall, in dem der Erblasser stirbt, bevor sein Nachkomme die Volljährigkeit erreicht hat (dazu die Ausführungen soeben).

82 FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 13 zu Art. 492a/531 ZGB.

83 Vgl. auch ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 265; LEUBA (Fn. 32), N 29.

84 FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 20 zu Art. 492a/531 ZGB; ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 266. Gemäss PIOTET DENIS, *La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte*, *successio* 2007, S. 240 ff., S. 245, kommt hingegen nicht zwingend das gesetzliche Erbrecht zur Anwendung, da der Erblasser unter Umständen dem Nachkommen für den Fall, dass er seine Urteilsfähigkeit wieder erlangt, lediglich den Pflichtteil zuweisen wollte.

85 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 10 zu Art. 492a ZGB, welcher darauf hinweist, dass dadurch dem Nachkommen die Last der Prozessführung erspart werden sollte, jedoch ein Herabsetzungsurteil bzw. die Abweisung der Klage für Rechtssicherheit sorgen würde und sich dadurch nicht der Nacherbe und die gesetzlichen Erben nach dem Tod des Vorerben vor Gericht um die Erbschaft streiten müssten.

setzungen von Art. 492a ZGB erfüllt sind.⁸⁶ Nach dem Wortlaut des Gesetzes fällt die Nacherbeneinsetzung *sofort* dahin, sobald der Vorerbe die Urteilsfähigkeit (wieder-)erlangt.⁸⁷ Dies lässt sich auch mit der *ratio legis* der Bestimmung sowie dem der Bestimmung zugrunde liegenden Schutzgedanken begründen. Ab diesem Zeitpunkt ist der Nachkomme wieder in der Lage, gültig eine Verfügung von Todes wegen zu erlassen bzw. dies bewusst zu unterlassen. Die Nacherbeneinsetzung fällt damit grundsätzlich *definitiv* dahin, sobald der Nachkomme (wieder) urteilsfähig wird, und zwar unabhängig davon, ob er vor seinem Tod erneut die Urteilsfähigkeit verliert.⁸⁸

In gewissen Situationen führt das sofortige Dahinfallen der Nacherbeneinsetzung jedoch zu einem unerwünschten Ergebnis, nämlich dann, wenn der Nachkomme «kurz darauf in die Testierunfähigkeit zurückfällt oder stirbt»⁸⁹. In diesem Fall besteht theoretisch die Möglichkeit, dass er eine Verfügung von Todes wegen erlässt bzw. bewusst darauf verzichtet, damit das gesetzliche Erbrecht Anwendung findet. Praktisch dürfte die Erstellung einer Verfügung von Todes wegen jedoch kaum an vorderster Stelle stehen, nachdem nach einer Zeit der Urteilsunfähigkeit die Urteilsfähigkeit wiedererlangt wurde. Auch kann man in einem solchen Fall nicht einfach davon ausgehen, dass der Nachkomme bewusst auf den Erlass einer Verfügung von Todes wegen verzichtet und sich somit für das gesetzliche Erbrecht entschieden hat. Um dieses Problem zu entschärfen, wäre allenfalls eine analoge Anwendung einer der folgenden Bestimmungen geboten: Art. 469 Abs. 2 ZGB, wonach eine mit einem Willensmangel behaftete Verfügung erst ein volles Jahr, nachdem der Erblasser den Mangel entdeckt hat und ihn hätte beseitigen können, Gültigkeit erlangt, oder Art. 508 ZGB, wonach eine mündliche Verfügung

86 Vgl. ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 267.

87 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 11 zu Art. 492a ZGB.

88 Gl. M. ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 267; bezüglich einer länger dauernden Phase der Urteilsfähigkeit auch FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 168; ebenso LEUBA (Fn. 32), N 35, welche dieses Resultat auch mit der dadurch geschaffenen Rechtssicherheit begründet. Hingegen hat es gemäss LEUBA keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der besonderen Nacherbfolge, wenn der Nachkomme in der Zeit zwischen Erlass der Verfügung von Todes wegen und der Eröffnung des Erbanges seine Urteilsfähigkeit wiedererlangt und erneut verliert (LEUBA [Fn. 32], N 36, wobei dies die Konsequenz davon ist, dass nach LEUBA die Urteilsunfähigkeit erst im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbanges vorliegen muss [dazu Fn. 80 a.E. hievorig]). A. M. PIOTET (Fn. 84), S. 246, nach welchem die Nacherbeneinsetzung wieder aufleben soll, sofern der Vorerbe während der Dauer der Urteilsfähigkeit nicht von Todes wegen verfügt hat.

89 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 11 zu Art. 492a ZGB.

ihre Gültigkeit erst 14 Tage⁹⁰, nachdem es dem Erblasser wieder möglich geworden ist, sich einer anderen Verfügungsform zu bedienen, verliert.⁹¹ Durch die analoge Anwendung einer dieser Bestimmungen wäre – zumindest in einem gewissen Masse – sichergestellt, dass das Intestat-erbrecht nicht nur daher zur Anwendung gelangt, weil der Nachkomme «keine Zeit hatte, die Entscheidung des Erblassers zu bestätigen oder nach eigenen Vorstellungen zu verfügen»⁹², sondern weil es tatsächlich seinem Willen entspricht.

Ebenfalls nicht (immer) angemessen scheint die Rechtsfolge des Dahinfallens der Nacherbfolge, wenn der Nachkomme die Urteilsfähigkeit bereits zu Lebzeiten des Erblassers (wieder-)erlangt. In diesem Fall hätte der Erblasser die Chance, die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung auf den Überrest – im Umfang des Pflichtteils – aufzuheben. Tut er dies nicht, «besteht die Möglichkeit, dass er seinen Nachkommen bewusst in der Verfügung über den Pflichtteil beschränken wollte und seine Verfügungsbefugnis [absichtlich] überschritten hat»⁹³. In dieser Konstellation ist nicht ersichtlich, weshalb die Nacherbeneinsetzung von Gesetzes wegen dahinfallen soll und der als Vorerbe eingesetzte Nachkomme nicht nach der ordentlichen Bestimmung von Art. 531 ZGB nach dem Tod des Erblassers eine Reduktion der Nacherbeneinsetzung auf die verfügbare Quote durch Herabsetzungsklage erwirken muss.⁹⁴ Der Vorerbe, der vor dem Tod des Erblassers wieder urteilsfähig wird, muss daher die Nacherbeneinsetzung bezüglich seines Pflichtteils durch Herabsetzungsklage aufheben lassen. Dies hat aufgrund der schwierigen Beweislage und der Rechtssicherheit trotz der Ungewissheit darüber, ob der Erblasser bewusst auf eine Anpassung der Verfügung an die veränderten Verhältnisse verzichtet hat und damit absichtlich in den Pflichtteil des Vorerben eingreift, oder ob er an eine Anpassung schlicht nicht gedacht hat, zu gelten.

90 Dass auch eine andere Frist denkbar wäre, zeigt sich im türkischen ZGB, welches durch die Rezeption des schweizerischen ZGB die Regelung von Art. 508 ZGB übernommen hat (Art. 488 TZGB), jedoch mit einer verlängerten Frist von einem Monat (BANDAK HÜLYA, Die Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei, Diss. Würzburg 2008, Bielefeld 2008, S. 99).

91 So der Vorschlag von BK-WEIMAR (Fn. 30), N 11 zu Art. 492a ZGB.

92 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 11 zu Art. 492a ZGB.

93 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 12 zu Art. 492a ZGB.

94 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 12 zu Art. 492a ZGB.

4. Kein Hinterlassen von eigenen Nachkommen, einem überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner

a) Allgemeines

Die besondere Nacherbeneinsetzung kann nur angeordnet werden, wenn der Vorerbe weder Nachkommen noch einen Ehegatten hinterlässt (Art. 492a Abs. 1 ZGB). Der Vorentwurf sah demgegenüber noch vor, dass die Nacherbeneinsetzung generell bei Vorhandensein von *pflichtteilsgeschützten Erben* des Vorerben unzulässig ist (Art. 492a VE-ZGB). Die heute geltende Regelung bedeutet, dass eine Nacherbeneinsetzung zulasten des Pflichtteils des Vorerben zwar zum Schutz von dessen eigenen Nachkommen und des überlebenden Ehegatten (bzw. eingetragenen Partners⁹⁵), nicht jedoch zum Schutz von anderen Pflichtteilerben – d. h. der Eltern – ausgeschlossen wird. Mit Art. 492a ZGB wird somit eine Ungleichbehandlung der Pflichtteilerben eingeführt, welche sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.^{96, 97} Des Weiteren ging es beim Erlass dieser neuen Bestimmung in erster Linie um den Schutz und die Interessen des urteilsunfähigen Nachkommen, nicht dessen (Gross-)Eltern.⁹⁸ Es dürfte aber regelmässig gerade im Interesse des Nachkommen liegen, dass alle seine Pflichtteilerben zumindest ihren Pflichtteil erhalten.^{99, 100}

95 Dazu II. 4. b. sogleich.

96 Zum Ganzen KÜNZLE HANS RAINER, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht (Art. 457–640 ZGB), 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. CHK-AUTOR/IN), N 3 zu Art. 492a ZGB; HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/KURMANN BARBARA, Neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung aus dem Erbrecht, AJP 2010, S. 501 ff., S. 503; FANKHAUSER/BIELER [Fn. 16], S. 167. Siehe zur Kritik an dieser Regelung auch LEUBA (Fn. 32), N 20 f.

97 Folgendes Beispiel macht deutlich, dass sich diese Ungleichbehandlung auch nicht durch die *ratio legis* von Art. 492a ZGB – der Vermeidung, dass Personen begünstigt werden, welche sich nie um den Nachkommen gekümmert haben – rechtfertigen lässt: «E und F sind nicht verheiratet und haben die gemeinsame Tochter G. G ist dauernd urteilsunfähig, ihre Mutter F vorverstorben. Dem Grossvater S ist es nun nach Art. 492a ZGB möglich, den Pflichtteil seiner Enkelin G mit einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zugunsten einer beliebigen Person zu belasten. E, der Vater von G, *der sich immer um G gekümmert hat*, kann auf diese Weise vom Erbe ausgeschlossen werden, obwohl er – bei Tod der G – pflichtteilsgeschützter Erbe von G wäre und damit einen Teil des ererbten Vermögens von G erworben hätte» [CHK-KÜNZLE [Fn. 96], N 3 zu Art. 492a ZGB, keine Kursivschrift im Original; ebenfalls HRUBESCH-MILLAUER/KURMANN [Fn. 96], S. 503 mit Abbildung 4; vgl. auch das ähnliche Beispiel bei FANKHAUSER/BIELER [Fn. 16], S. 167).

98 Siehe ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 265.

99 LEUBA (Fn. 32), N 22.

100 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Pflichtteilerben trotz einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB bezüglich des Nachlasses des Vorerben nach dem Intestaterbrecht erben. Dieser Nachlass wird jedoch durch die Nacherbeneinsetzung derart geschmälert, dass sich – insbesondere aufgrund der regelmässigen Erwerbsunfähigkeit des Nachkommen – kaum mehr nennenswerte Aktiven darin befinden werden.

b) Fehlen des eingetragenen Partners

Nach dem Gesetzestext von Art. 492a Abs. 1 ZGB ist die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung nur zulässig, sofern der Nachkomme *weder eigene Nachkommen noch einen Ehegatten* hinterlässt. Nicht erwähnt wird dabei der *eingetragene Partner*. Der überlebende eingetragene Partner wird seit Inkrafttreten des PartG am 1. Januar 2007 hinsichtlich der gesetzlichen Erben des Erblassers (Art. 462 ZGB) sowie des Pflichtteilsschutzes (Art. 471 Ziff. 3 ZGB) dem überlebenden Ehegatten gleichgestellt.¹⁰¹ Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der Ehegatte und der eingetragene Partner in der vorliegenden Situation unterschiedlich behandelt werden sollen. Ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers¹⁰², welches bedeuten würde, dass die Anordnung der Nacherbeneinsetzung trotz Vorhandensein eines eingetragenen Partners zulässig ist, kann somit ausgeschlossen werden. Vielmehr liegt eine echte Gesetzeslücke vor,¹⁰³ das Fehlen des eingetragenen Partners wurde vom Gesetzgeber schlicht nicht bemerkt. Die erforderliche Lückenfüllung, welche mittels Gewohnheitsrecht oder subsidiär durch Richterrecht zu erfolgen hat (Art. 1 Abs. 2 ZGB),¹⁰⁴ kann – aufgrund der oben erwähnten Gleichbehandlung von eingetragenen Partnern und Ehegatten im Erbrecht – nur dahingehend erfolgen, dass – entgegen dem Wortlaut von Art. 492a Abs. 1 ZGB – auch das Vorhandensein eines eingetragenen Partners zur Unzulässigkeit der pflichtteilsbelastenden Nacherbeneinsetzung führt. Dies wird in der Lehre denn auch einhellig anerkannt.¹⁰⁵

- 101 Zum Erbrecht der eingetragenen Partnerschaft im Allgemeinen WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht der eingetragenen Partnerschaft, in: Geiser Thomas/Gremper Philipp (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, Zürich 2007, S. 597 ff.
- 102 Dazu HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003, N 223 zu Art. 1 ZGB.
- 103 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 167, mit dem Hinweis in Fn. 41, dass «zwar argumentiert werden [könnte], entgegen dem Vorentwurf seien nicht mehr pauschal Pflichtteils-erben genannt, sondern ein expliziter Katalog aufgestellt worden, der nicht durch Analogieschluss erweitert werden dürfe. Andererseits [...] nicht ersichtlich [ist], inwiefern sich eine Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Partner rechtfertigen soll». Zur Gesetzeslücke ausführlich HOFER SIBYLLE/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Aufl., Bern 2012, N 02.118 ff., insb. N 02.121.
- 104 EMMENEGGER SUSAN/TSCHECHTSCHER AXEL, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-AUTOR/IN), N 417 zu Art. 1 ZGB.
- 105 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 8 zu Art. 492a ZGB; FAMKOMM-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 14 zu Art. 492a/531 ZGB; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 167; LEUBA (Fn. 32), N 19; PIOTET (Fn. 84), S. 244 Fn. 18; WOLF, Besondere Situationen (Fn. 50), S. 59; ZEITER, Erwachsenenenschutzrecht (Fn. 13), S. 264.

c) Massgebender Zeitpunkt

Gemäss dem Gesetzeswortlaut ist eine Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB zulässig, sofern der Nachkomme weder eigene Nachkommen noch einen Ehegatten (bzw. eingetragenen Partner¹⁰⁶)¹⁰⁷ hinterlässt (Art. 492a Abs. 1 ZGB). Auch in den beiden anderen massgebenden Sprachfassungen¹⁰⁸ verwendet das Gesetz dieselbe Terminologie (qu'il ne laisse ni descendant ni conjoint/non lascia discendenti né coniuge). *Hinterlassen* bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch¹⁰⁹ *zurücklassen nach dem Tode*.¹¹⁰ Aus dem Wortlaut ergibt sich somit, dass diese Voraussetzung einzig im *Zeitpunkt des Todes des Vorerben* vorliegen muss.¹¹¹

Der Zweck der vorliegenden Voraussetzung besteht darin, die schutzwürdigen Erben nach dem Tod des Vorerben finanziell abzusichern.¹¹² Da der Vorerbe regelmässig nur sehr wenig eigenes Vermögen aufweist,¹¹³ würde eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest auch zulasten seines Pflichtteils dazu führen, dass den schutzwürdigen Erben kaum je etwas hinterlassen würde. Durch die Voraussetzung der Abwesenheit solcher Erben wird erreicht, dass diese nach dem Tod des urteilsunfähigen Nachkommen mindestens ihren Pflichtteil an dem zu diesem Zeitpunkt noch vorhandenen Teil der Erbschaft erhalten. Hat der Vorerbe im *Zeitpunkt der Anordnung der besonderen Nacherbfolge* oder im *Zeitpunkt des Todes des die Nacherbeneinsetzung anordnenden (Gross-)Elternteils* schutzwürdige Erben und fallen diese dann vor seinem Tode – aufgrund von Scheidung, Auflösung der Partnerschaft bzw. des Kindesverhältnisses oder Vorversterbens – weg, besteht kein Grund für die Unzulässigkeit der besonderen Nacherbeneinsetzung. In diesem Fall fehlt es gerade am Vorhandensein von schutzwürdigen Erben, welche einer Nacherbeneinsetzung auch bezüglich des Pflichtteils des Vorerben entgegenstehen würden. Andererseits ist es irrelevant, wenn der urteilsunfähige Nachkomme im *Zeitpunkt der Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung* bzw. im *Zeitpunkt des Todes des Erblassers* noch über

106 Dazu II.4.b. soeben.

107 Anstelle von «Nachkommen, überlebender Ehegatte bzw. eingetragener Partner» wird im Folgenden auch der Ausdruck «schutzwürdige Erben» verwendet.

108 Dazu Fn. 61 hievor.

109 Dieser ist bei Gesetzesbestimmungen, welche unmittelbar beachtet werden müssen, massgebend (HOFER/HRUBESCH-MILLAUER [Fn. 103], N 02.68).

110 <www.duden.de/rechtschreibung/hinterlassen_vererben_zuruecklassen> (besucht am 26.04.2015).

111 Vgl. auch FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 167 f.

112 Vgl. PIOTET (Fn. 84), S. 244.

113 Dazu bereits Fn. 100 hievor.

keine schutzwürdigen Erben verfügt, dies aber im *Zeitpunkt seines Todes* der Fall ist. In dieser Situation muss die Nacherbeneinsetzung zulasten des Pflichtteils – aufgrund des Vorhandenseins von schutzwürdigen Erben – unzulässig sein. Auch aufgrund der *ratio legis* kann somit nur der *Zeitpunkt des Todes des Vorerben* von Bedeutung sein, nicht jedoch die beiden anderen Zeitpunkte.

Keine Hinweise zum massgebenden Zeitpunkt liefern die Botschaft, welche bloss den Gesetzeswortlaut von Art. 492a Abs. 1 ZGB wiederholt,¹¹⁴ sowie die systematische Stellung von Art. 492a ZGB.

Massgebender Zeitpunkt der vorliegenden Tatbestandsvoraussetzung ist aufgrund der Auslegung von Art. 492a Abs. 1 ZGB somit einzig der *Zeitpunkt des Todes des Vorerben*. Dieses Ergebnis kann jedoch zu Problemen führen, da erst in diesem Zeitpunkt feststeht, ob die Nacherbeneinsetzung überhaupt zulässig war, die Nacherbeneinsetzung bis dahin somit rechtlich in der Schwebe steht und folglich immer bedingt ist. Eine wirksame Nacherbfolge nach Art. 492a ZGB kann den Vorerben zu Lebzeiten – wenn auch nur geringfügig – binden. Zwar könnte der urteilsunfähige Vorerbe auch ohne Nacherbeneinsetzung weder Schenkungen ausrichten, noch von Todes wegen über die Erbschaftsgegenstände verfügen,¹¹⁵ der Nacherbe kann aber unter gewissen Voraussetzungen die *Erbschaftsverwaltung*¹¹⁶ beantragen, zudem gilt während der Nacherbschaft in Bezug auf die Nacherbschaftsgegenstände das *Surrogationsprinzip*^{117, 118}. Diese – überaus geringfügigen – Einschränkungen müssen jedoch in Kauf genommen werden, wird es doch regelmässig auch im Interessen des urteilsunfähigen Nachkommen liegen, dass bei Nichtvorhandensein von schutzwürdigen Erben bei seinem Ableben nicht irgendwelche weit entfernten Verwandten oder sogar das Gemeinwesen begünstigt werden, sondern jemand, der sich zu Lebzeiten um ihn bzw. seine (Gross-)Eltern gekümmert hat.

Eine besondere Nacherbeneinsetzung kann somit auch dann angeordnet werden, wenn der Nachkomme im Zeitpunkt der Anordnung noch über schutzwürdige Erben verfügt. Sie fällt denn auch nicht weg, wenn diese Erben auch im Zeitpunkt des Todes des Erblassers noch immer vor-

114 Botschaft (Fn. 8), S. 7106.

115 Dazu Fn. 15 hievov.

116 Siehe SCHMUKI (Fn. 12), S. 61 f.

117 Siehe SALATHÉ (Fn. 10), S. 94 m.w.H.

118 Zum Ganzen FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 168 mit Fn. 46.

handen sind. Einzig im *Zeitpunkt des Todes des Vorerben* dürfen keine schutzwürdigen Erben mehr vorhanden sein.¹¹⁹

d) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung

Das Gesetz schweigt über die Rechtsfolgen für den Fall, dass der als Vorerbe eingesetzte urteilsunfähige Nachkomme im Zeitpunkt seines Todes¹²⁰ eigene Nachkommen, einen Ehegatten oder einen eingetragenen Partner hinterlässt. Es liegt somit eine echte Gesetzeslücke vor, welche – bei Fehlen von Gewohnheitsrecht¹²¹ – durch Richterrecht zu schliessen ist (Art. 1 Abs. 2 ZGB).¹²² Das Gericht hat dabei bewährter Lehre und Überlieferung zu folgen (Art. 1 Abs. 3 ZGB) sowie nach Möglichkeit einen Analogieschluss vorzunehmen.¹²³

In der Lehre werden bezüglich den Rechtsfolgen zwei verschiedene Ansichten vertreten. Nach der einen Meinung ist Art. 492a Abs. 2 ZGB (analog) anzuwenden, wonach die Nacherbeneinsetzung bei Vorhandensein von schutzwürdigen Erben von Gesetzes wegen dahinfällt.¹²⁴ Der andere Teil der Lehre geht davon aus, dass bei Fehlen der Voraussetzung die Nacherbeneinsetzung im Umfang des Pflichtteils des urteilsunfähigen Nachkommen ungültig ist und durch Klage nach Art. 531 i.V.m. Art. 522 ff. ZGB herabgesetzt werden muss.¹²⁵ Es ist folglich zu prüfen, ob der Analogieschluss in diesem konkreten Fall gerechtfertigt erscheint oder ob die Interessenlagen derart unterschiedlich sind, sodass der zweiten Auffassung gefolgt werden muss.

119 Gl. M. BK-WEIMAR (Fn. 30), N 9 zu Art. 492a ZGB; WOLF, Erwachsenenschutz (Fn. 6), S. 108; wohl auch PIOTET (Fn. 84), S. 244, welcher klarstellt, dass Art. 492a ZGB nicht verlangt, dass die allfälligen Pflichtteilerben bereits im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers vorhanden sind und somit impliziert, dass dieser Zeitpunkt nicht relevant ist. A. M. FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 16 zu Art. 492a/531 ZGB; ebenso ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 265 f.

120 Zum massgebenden Zeitpunkt siehe II. 4. c. soeben.

121 Zur neuen Bestimmung von Art. 492a ZGB liegt kein Gewohnheitsrecht vor.

122 Ausführlich dazu, insb. zum genauen Vorgehen, HOFER/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 103), N 02.169 ff., insb. N 02.176.

123 HAUSHEER/JAUN (Fn. 102), N 224 zu Art. 1 ZGB.

124 FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 21 zu Art. 492a/531 ZGB; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 167; ebenso ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 266.

125 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 9 zu Art. 492a ZGB; ZGBKomm-STUDHALTER (Fn. 71), N 7 zu Art. 492a ZGB; wohl auch PIOTET (Fn. 84), S. 244, der sich für eine Reduktion der Nacherbeneinsetzung auf die verfügbare Quote ausspricht, jedoch offen lässt, ob die Reduktion von Gesetzes wegen erfolgt oder mittels Herabsetzungsklage durchgesetzt werden muss (dazu auch FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 21 zu Art. 492a/531 ZGB).

Erst im Zeitpunkt des Todes des Vorerben steht fest, ob der urteilsunfähige Nachkomme schutzwürdige Erben hinterlässt und somit die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung zulässig war oder nicht.¹²⁶ Wird bei Vorhandensein von solch schutzwürdigen Erben verlangt, dass sie die Nacherbeneinsetzung durch Klage herabsetzen, besteht das Risiko, dass die Herabsetzungsklage in diesem Zeitpunkt aufgrund der absoluten 10-jährigen Frist bereits verwirkt ist (Art. 533 ZGB).¹²⁷ Durch Art. 492a ZGB sollen in erster Linie die Interessen des urteilsunfähigen Nachkommen geschützt werden. In seinen Interessen dürfte regelmässig der Schutz seiner Pflichtteilserven liegen. Es rechtfertigt sich folglich nicht, den schutzwürdigen Erben das Risiko der Klageerhebung aufzuerlegen, zumal diese vor dem Zeitpunkt des Todes des Vorerben keinerlei Möglichkeiten haben, gegen die Nacherbeneinsetzung vorzugehen.¹²⁸

Nach der Botschaft kann die Voraussetzung des Nichtvorhandenseins von schutzwürdigen Erben denn auch mit der Anordnung einer Resolutivbedingung verglichen werden.¹²⁹ Bei Eintritt einer Resolutivbedingung wird die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von Gesetzes wegen – ohne Wissen und Willen der Parteien – beendet, ohne dass es dazu einer Anfechtung bedarf.¹³⁰

Einem Analogieschluss steht im vorliegenden Fall folglich nichts entgegen. Hinterlässt der urteilsunfähige Nachkomme schutzwürdige Erben, gilt Art. 492a Abs. 2 ZGB analog und die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest fällt – im Umfang des Pflichtteils¹³¹ – von Gesetzes wegen dahin.

5. Fehlen einer Verfügung von Todes wegen

a) Zulässigkeit und Wortlaut der im Gesetz nicht erwähnten Voraussetzung

Die Lehre fordert für eine gültige Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung die zusätzliche Voraussetzung, dass der Nachkomme vor

126 Dazu II. 4. c. soeben.

127 BK-WEIMAR (Fn. 30), N 9 zu Art. 492a ZGB, welcher dieses Risiko jedoch bewusst in Kauf nimmt.

128 LEUBA (Fn. 32), N 38. Zur Kritik an den fehlenden Möglichkeiten der schutzwürdigen Erben auch PIOTET (Fn. 84), S. 244.

129 Botschaft (Fn. 8), S. 7106.

130 Siehe BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 514; vgl. auch LEUBA (Fn. 32), N 37.

131 Vgl. dazu II. 6. a. hienach.

Eintritt seiner dauernden Urteilsunfähigkeit nicht bereits eine eigene Verfügung von Todes wegen errichtet hat.¹³² Diese Voraussetzung findet im Gesetz keine Erwähnung, weshalb zu prüfen ist, ob sie überhaupt gerechtfertigt erscheint und wie sie genau lautet.

Bei der Einführung von zusätzlichen Voraussetzungen, auf die der Gesetztext in keiner Weise hindeutet, ist grosse Zurückhaltung geboten.¹³³ Aufgrund der *ratio legis* – durch die Neuregelung soll die sich infolge fehlender Verfügungsfähigkeit zwingend ergebende Intestaterbfolge verhindert werden – muss jedoch für den Fall, «in welchem die gesetzliche Erbfolge gar nicht zur Debatte steht, die Anordnung einer pflichtteilsbelastenden Nacherbschaft ausgeschlossen sein»¹³⁴. Dies ergibt sich denn auch aus dem Schutz der Interessen des urteilsunfähigen Nachkommen sowie der Stärkung seiner Selbstbestimmung.¹³⁵ Hat der Nachkomme bereits entschieden, was mit seinem Nachlass nach seinem Ableben geschehen soll, sollen die (Gross-)Eltern nicht die Möglichkeit haben, diese Entscheidung bezüglich eines grossen Teils des Nachlasses zu umgehen. Das Verlangen nach einer zusätzlichen Voraussetzung erscheint somit gerechtfertigt.

Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzung derart eingeschränkt werden kann, dass nur eine Verfügung von Todes wegen, welche der als Vorerbe eingesetzte Nachkomme vor Eintritt seiner dauernden Urteilsunfähigkeit errichtet hat, schädlich ist. Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang insbesondere, ob auch die unangefochtene Verfügung von Todes wegen eines Verfügungsunfähigen der besonderen Nacherbeneinsetzung entgegensteht.

Wird eine Verfügung von Todes wegen trotz Verfügungsunfähigkeit errichtet, ist diese Verfügung – mit Ausnahme des Falles, in welchem sogar der Testierwille fehlt – bloss anfechtbar, nicht nichtig (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Ohne entsprechende Anfechtung hat sie die Wirkung einer gültigen Verfügung.¹³⁶ Würden folglich nur Verfügungen von Todes we-

132 Statt vieler WOLF, Erwachsenenschutz (Fn. 6), S. 108.

133 Siehe ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 265. Es handelt sich dabei um eine sog. *teleologische Restriktion*, da «ein ungeschriebenes beschränkendes Tatbestandsmerkmal in die Norm selbst hineingelesen» wird (BK-EMMENEGER/TSCHECHSCHER [Fn. 104], N 398 zu Art. 1 ZGB).

134 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 170.

135 Vgl. Botschaft (Fn. 8), S. 7002; ebenso ZEITER, Erwachsenenschutzrecht (Fn. 13), S. 265; LEUBA (Fn. 32), N 24.

136 Siehe zum Ganzen bereits Fn. 4 hievore.

gen eines Verfügungsfähigen zum Wegfall¹³⁷ der besonderen Nacherbeneinsetzung führen, würde eine nicht angefochtene Verfügung eines Verfügungsunfähigen in diesem Spezialfall keine Wirkungen entfalten.¹³⁸ Besteht eine solche unangefochtene Verfügung von Todes wegen, sollte sich die Erbfolge m. E. nach dieser Verfügung richten und die besondere Nacherbeneinsetzung nicht zur Anwendung gelangen, würde doch ansonsten der im Erbrecht allgemein geltende Grundsatz der blossen Anfechtbarkeit von mangelhaften Verfügungen von Todes wegen¹³⁹ umgangen. Dafür bedürfte es gewichtige Gründe, welche im vorliegenden Fall fehlen und auch durch die Einführung einer zusätzlichen Voraussetzung nicht entbehrlich werden. Somit steht nicht nur eine Verfügung von Todes wegen, welche der Vorerbe vor Eintritt der dauernden Urteilsunfähigkeit als Verfügungsfähiger errichtet hat, sondern auch eine nicht angefochtene Verfügung von Todes wegen des Verfügungsunfähigen Vorerben der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest entgegen.

Fraglich ist weiter, ob auch eine Verfügung von Todes wegen, welche sich nicht auf die Nacherbschaftsgegenstände – d. h. diejenigen Sachen, die der als Vorerbe eingesetzte Nachkomme von einem (Gross-)Elternteil geerbt hat bzw. erben wird – bezieht, zur Unwirksamkeit der besonderen Nacherbeneinsetzung führt. Diese Frage muss verneint werden, denn nur wenn der Nachkomme in einer Verfügung von Todes wegen (auch) seinen Willen über das Schicksal der Nacherbschaftsgegenstände nach seinem Ableben festlegt,¹⁴⁰ wäre es stossend, wenn die (Gross-)Eltern diesen Willen durch die Anordnung einer besonderen Nacherbeneinsetzung umgehen könnten. Hat der Nachkomme jedoch bloss über sein eigenes Vermögen verfügt,¹⁴¹ hat dies keinen Einfluss auf das Schicksal der Nacherbschaftsgegenstände, womit einer diesbezüglichen Verfügung der (Gross-)Eltern Nichts im Wege steht.

137 Zu den Rechtsfolgen II. 5. c. hienach.

138 Diese Überlegungen dürften relativ theoretischer Natur sein, da für den Fall, dass der Vorerbe nach der Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung als Verfügungsfähiger eine Verfügung von Todes wegen erlässt, die besondere Nacherbeneinsetzung aufgrund von Art. 492a Abs. 2 ZGB ohnehin von Gesetzes wegen dahinfällt (dazu II. 3. d. hievov). Erlässt er hingegen trotz fehlender Verfügungsfähigkeit eine Verfügung von Todes wegen, gelingt die Ungültigerklärung nach Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in jedem Fall und die besondere Nacherbeneinsetzung bleibt bestehen. Dennoch wird es Fälle geben, in denen eine Anfechtung der Verfügung von Todes wegen eines Verfügungsunfähigen unterbleibt.

139 Dazu II. 6. c. mit Fn. 175 hienach.

140 Dies ist insbesondere bei einer Erbeinsetzung der Fall.

141 Eine solche Verfügung liegt bei einer Erbeinsetzung nie vor, jedoch bei einem blossen Vermächtnis über eine bestimmte Sache, die gerade nicht zu den Nacherbschaftsgegenständen gehört.

Zusätzlich zu den im Gesetz erwähnten Voraussetzungen kommt somit die Voraussetzung hinzu, dass nicht bereits eine Verfügung von Todes wegen des als Vorerbe eingesetzten Nachkommen bestehen darf, in welcher er über die Nacherbschaftsgegenstände verfügt und welche er entweder als Verfügungsfähiger – d. h. vor Eintritt der dauernden Urteilsunfähigkeit – errichtet hat oder welche er zwar als Verfügungsunfähiger erlassen hat, wobei diese nicht angefochten worden ist.¹⁴²

b) Massgebender Zeitpunkt

Als massgebender Zeitpunkt gilt grundsätzlich der *Zeitpunkt des Todes des Vorerben*, da erst in diesem Moment entscheidend ist, ob das gesetzliche Erbrecht Anwendung findet oder nicht.¹⁴³ Zudem besteht erst in diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, eine Verfügung von Todes wegen – insbesondere wegen Verfügungsunfähigkeit des Verfügenden – anzufechten.

Von grosser Bedeutung ist jedoch auch der *Zeitpunkt, in welchem die besondere Nacherbeneinsetzung angeordnet wird*. Da es dem Vorerben bei der besonderen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nicht erlaubt ist, von Todes wegen über die Nacherbschaftsgegenstände zu verfügen,¹⁴⁴ sollte – trotz des Grundsatzes der blossen Anfechtbarkeit von Verfügungen von Todes wegen von Verfügungsunfähigen – bezüglich der besonderen Nacherbeneinsetzung die zu Art. 491 ZGB entwickelte Lehre¹⁴⁵ und Rechtsprechung¹⁴⁶ analog angewendet werden. Danach ist eine mit der Nacherbfolge unverträgliche Verfügung von Todes wegen des Vorerben *nichtig*. Erlässt der urteilsunfähige Vorerbe somit *nach Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung* – ohne seine Verfügungsfähigkeit wieder zu erlangen¹⁴⁷ – eine Verfügung von Todes wegen, ist derjenige Teil der Verfügung, welcher sich auf die Nacherbschaftsge-

142 Im Folgenden wird dafür auch der Ausdruck «schädliche Verfügung» verwendet.

143 Die Nacherbeneinsetzung steht damit bis zu diesem Zeitpunkt rechtlich in der Schwebe. Die dadurch entstehenden geringfügigen Einschränkungen des Vorerben müssen in Kauf genommen werden (dazu bereits II. 4. c. a.E. hievior).

144 Dazu Fn. 15 hievior.

145 Ausführlich EITEL PAUL, Die Anwartschaft des Nacherben, Diss. Bern 1990, Bern 1991, S. 148 f. m.w.H.; siehe auch BSK-BESSENICH (Fn. 57), N 7 zu Art. 491 ZGB; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 168 Fn. 53.

146 BGer 5C.95/2006 vom 26. September 2006 E. 2.3.

147 Ansonsten fällt die Nacherbeneinsetzung ohnehin von Gesetzes wegen dahin (Art. 492a Abs. 2 ZGB sowie II. 3. d. hievior).

genstände bezieht, nichtig.¹⁴⁸ Der Urteilsunfähige hat folglich nach Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung – jedoch während dem Fortbestehen seiner Urteilsunfähigkeit – keine Möglichkeit mehr, gültig über die Nacherbschaftsgegenstände zu verfügen, womit nach diesem Zeitpunkt keine schädliche Verfügung mehr entstehen kann. Daher sollte bereits im *Zeitpunkt der Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung* bestimmt werden, ob eine schädliche Verfügung vorhanden ist.¹⁴⁹ Diese Abklärung wird jedoch regelmässig nicht einfach durchzuführen sein, da weder eine Pflicht zur amtlichen Hinterlegung der Verfügung von Todes wegen noch zur Registrierung – beispielsweise beim zentralen Testamentenregister¹⁵⁰ – besteht. Im Sinne der Rechtssicherheit sollten jedoch diejenigen Stellen, welche Verfügungen von Todes wegen aufbewahren bzw. registrieren «bei einer in Zusammenhang mit der Nacherbeneinsetzung i. S. v. Art. 492a und 531 [...] ZGB an sie gerichteten Anfrage über das Vorliegen einer Verfügung bereits zu Lebzeiten – und nicht erst im Erbgang – des Erblassers, d. h. des urteilsunfähigen Nachkommen, Auskunft [...] erteilen»¹⁵¹.

Nicht von Bedeutung ist hingegen der *Zeitpunkt, in dem der Nachkomme dauernd urteilsunfähig wird*, somit seine Verfügungsfähigkeit verliert. Eine zwischen diesem Zeitpunkt und dem Zeitpunkt der Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung erlassene Verfügung von Todes wegen des noch Urteilsunfähigen über die Nacherbschaftsgegenstände ist nach den allgemeinen Grundsätzen bloss anfechtbar, nicht nichtig.¹⁵²

148 Zur Teilnichtigkeit siehe RIEMER HANS MICHAEL, Nichtig (unwirksame) Testamente und Erbverträge, in: Forstmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schlupe Walter R. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 245 ff., S. 258.

149 Liegt zu diesem Zeitpunkt eine – insbesondere vor dem Eintritt der dauernden Urteilsunfähigkeit errichtete – Verfügung von Todes wegen des Nachkommen vor, ist die Wahrscheinlichkeit eines späteren Wegfalls der besonderen Nacherbeneinsetzung gross. In diesem Fall sollte – auch zum Schutz der Interessen des Nachkommen, welcher durch die besondere Nacherbeneinsetzung gewissen (wenn auch bloss geringfügigen) Einschränkungen unterliegt (dazu Fn. 15 sowie II. 4. c. a. E. hier vor) – auf eine Anordnung der besonderen Nacherbeneinsetzung verzichtet werden.

150 Weitere Informationen dazu auf <www.testamentenregister.ch> (besucht am 26.04.2015).

151 WOLF, Erwachsenenschutz (Fn. 6), S. 108.

152 Dazu bereits II. 5. a. soeben.

c) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung

Liegt im Zeitpunkt des Todes des Vorerben eine schädliche Verfügung vor, lässt sich ein Eingriff in den Pflichtteil des Vorerben nicht mehr rechtfertigen. Wird dennoch eine solche Nacherbeneinsetzung angeordnet, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Diese bleibt vom Gesetz unbeantwortet, weshalb sich auch hier die Frage der Lückenfüllung stellt.¹⁵³ Durch die *ratio legis* sowie das Selbstbestimmungsrecht des Nachkommen¹⁵⁴ kommt als Rechtsfolge nur das Dahinfallen der Nacherbeneinsetzung von Gesetzes wegen – mithin eine analoge Anwendung von Art. 492a Abs. 2 ZGB – in Frage.¹⁵⁵ Dies hat zur Folge, «dass sich die Erbfolge [grundsätzlich] für den gesamten Nachlass des Nachkommen [...] nach dessen eigener Verfügung von Todes wegen richtet»^{156, 157} Der Nacherbe hat in dieser Situation allerdings die Möglichkeit, die Verfügung von Todes wegen – insbesondere wegen Verfügungsunfähigkeit des Vorerben im Verfügungszeitpunkt – mittels Ungültigkeitsklage anzufechten (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).¹⁵⁸ Ist er mit seiner Klage erfolgreich, lag im Zeitpunkt des Todes des Vorerben keine gültige schädliche Verfügung von Todes wegen vor, womit sich ein Wegfall der besonderen Nacherbeneinsetzung nicht mehr rechtfertigen lässt und diese somit wieder auflebt. Der Nacherbe kann folglich die Erbschaftsgegenstände mittels Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB) von den durch die ungültig erklärte Verfügung von Todes wegen Begünstigten herausverlangen.

Besteht im Zeitpunkt des Todes des Vorerben noch keine Kenntnis über eine schädliche Verfügung, ist die Nacherbeneinsetzung vorerst gültig und die von der Nacherbeneinsetzung betroffenen Erbschaftsgegenstände gehen in diesem Zeitpunkt von Gesetzes wegen mittels Universalsukzession¹⁵⁹ auf den Nacherben über.¹⁶⁰ Die Nacherbeneinsetzung

153 Dazu bereits II. 4. b. und II. 4. d. hievov.

154 Zu beidem II. 5. a. mit Fn. 135 hievov.

155 Gl. M. ZEITER, Erwachsenenenschutzrecht (Fn. 13), S. 266; ebenso wohl FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 170.

156 ZEITER, Erwachsenenenschutzrecht (Fn. 13), S. 265.

157 In Bezug auf das von seinen (Gross-)Eltern geerbte Vermögen gilt dies jedoch nur für seinen Pflichtteil, da der (Gross-)Elternteil im Umfang der verfügbaren Quote ohne Weiteres eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung (auf den Überrest) anordnen kann (dazu II. 6. a. sogleich).

158 Zur Beweislast siehe BGE 124 III 5 E. 1b S. 8 f.; vgl. auch WOLF/GENNA (Fn. 41), S. 183 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (Fn. 3), § 9 N 32.

159 Dazu WOLF/GENNA, S. 295.

160 Dies wird zumindest praktisch der Fall sein. Theoretisch greift der Übergang mittels Universalsukzession nur zugunsten der wahren Berechtigten, womit die Unkenntnis über eine vorhandene Verfügung von Todes wegen nicht relevant ist.

befindet sich in diesem Zeitpunkt jedoch noch in der Schwebelage, da noch immer die Möglichkeit besteht, dass nachträglich eine schädliche Verfügung von Todes wegen des Nachkommen eingeliefert wird (Art. 556 Abs. 1 ZGB). Ist dies der Fall, fällt die Nacherbeneinsetzung nachträglich von Gesetzes wegen dahin und die in der Verfügung von Todes wegen Begünstigten können die Erbschaftsgegenstände mittels Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB) vom Nacherben herausverlangen. Dieser hat seinerseits die Möglichkeit, klage- oder einredeweise die Ungültigkeit der Verfügung geltend zu machen.

6. Begrenzung auf den Überrest

a) Allgemeines

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, kann der Erblasser eine *Nacherbeneinsetzung auf den Überrest* anordnen (Art. 492a Abs. 1 ZGB). Die neue Form der Nacherbfolge ist somit nur *auf den Überrest begrenzt* zulässig.¹⁶¹

Eine Nacherbeneinsetzung ist – unter Vorbehalt der Bestimmung über die urteilsunfähigen Nachkommen – *im Umfang des Pflichtteils* ungültig bzw. herabsetzbar (Art. 531 ZGB). Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass sich Art. 492a ZGB «nur auf die Nacherbschaft zulasten des Pflichtteils des Nachkommens bezieht»^{162, 163} Im Umfang der verfügbaren Quote ist der Erblasser frei, diese mit einer Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB zu belasten.¹⁶⁴ Für den Teil der Erbschaft, welcher – zulässigerweise – mit einer unbeschränkten Nacherbeneinsetzung belastet ist, gelten denn auch die allgemeinen Regeln über die Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB.¹⁶⁵ Insbesondere fällt diese Nacherbeneinsetzung bei Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit oder bei Vorhandensein von schutzwürdigen Erben nicht von Gesetzes wegen dahin.¹⁶⁶ Auch eine bereits bestehende Verfügung von Todes wegen des Vorerben bleibt unbeachtlich.¹⁶⁷

161 Siehe FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169; KUKO-GRÜNINGER (Fn. 51), N 7 zu Art. 492a ZGB.

162 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169.

163 Siehe auch LEUBA (Fn. 32), N 40.

164 KUKO-GRÜNINGER (Fn. 51), N 7 zu Art. 492a ZGB; LEUBA (Fn. 32), N 40.

165 Vgl. dazu die Spezialliteratur zur Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB, insb. BOHNY WALTHER, Die Nacherbeneinsetzung, ZSR 39 (1920), S. 320 ff., S. 320 ff.; EITEL (Fn. 145), S. 26 ff.; FREY RUDOLF, Die Nacherbeneinsetzung, Diss. Zürich 1951, S. 9 ff.; SALATHÉ (Fn. 10), S. 1 ff.

166 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169, mit der Empfehlung, dass «die Nacherbschaft [daher] in diesem Bereich mit einer Resolutivbedingung zu verbinden» ist.

167 Dazu bereits II.5.c. mit Fn. 157 hievore.

b) Massgebender Zeitpunkt

Die Nacherbeneinsetzung hat bereits im *Zeitpunkt der Anordnung der besonderen Nacherbfolge* auf den Überrest begrenzt zu sein und darf konsequenterweise nachträglich nicht ausgedehnt werden. Der massgebende Zeitpunkt ist bezüglich dieser Voraussetzung daher kaum von Bedeutung.

Entscheidend ist jedoch, welcher Zeitpunkt für den *Nacherbfall* in Frage kommt. Bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB gilt als Zeitpunkt des Nacherbfalls grundsätzlich der Tod des Vorerben, wobei dieser Zeitpunkt in der Verfügung von Todes wegen abgeändert werden kann (Art. 489 Abs. 1 ZGB). Nach der Botschaft gilt dies auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest.¹⁶⁸

Auch wenn diese Meinung bezüglich der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest Zustimmung verdient, muss betreffend der besonderen Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB differenziert werden. Wären in diesem Spezialfall beliebige Wahlmöglichkeiten bezüglich des Zeitpunktes des Nacherbfalls zulässig, könnte die Stellung des Vorerben durch die Wahl eines Zeitpunktes kurz nach dem eigenen Ableben derart eingeschränkt werden, dass «die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest im Ergebnis zu einer vollen Nacherbeneinsetzung *«umfunktioniert»*»¹⁶⁹ würde. Dies würde klar den Interessen des urteilsunfähigen Nachkommen widersprechen, welche im Mittelpunkt der neuen Regelung stehen.¹⁷⁰ Zudem würde wohl auch ein Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) vorliegen. Aus diesen Gründen kommt als zulässiger Zeitpunkt für den Nacherbfall bei der Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB nur der *Tod des Vorerben* in Frage.^{171, 172}

c) Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzung

Über die Rechtsfolgen für den Fall, dass der Erblasser bezüglich des Pflichtteils¹⁷³ des urteilsunfähigen Nachkommen eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB anordnet, schweigt das Gesetz.

168 Botschaft (Fn. 8), S. 7105. Siehe auch SCHMUKI (Fn. 12), S. 99.

169 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169.

170 Dazu bereits II. 4. a. mit Fn. 98 hievov.

171 Gl. M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169.

172 Dies gilt jedoch nur für die Nacherbeneinsetzung, welche den Pflichtteil des Vorerben belastet. Da auf die Nacherbeneinsetzung, welche die freie Quote betrifft, die Regeln von Art. 488 ff. ZGB Anwendung finden (dazu II. 6. a. soeben), kann bezüglich dieses Teils der Zeitpunkt des Nacherbfalls frei bestimmt werden (Art. 489 Abs. 1 ZGB).

173 Zur Zulässigkeit bezüglich der freien Quote siehe II. 6. a. hievov.

Es liegt somit eine echte Lücke vor, welche durch Richterrecht – falls möglich mittels Analogieschluss – zu füllen ist.¹⁷⁴ Es stellt sich folglich die Frage, ob eine Nacherbeneinsetzung bezüglich des Pflichtteils, welche sich nicht auf den Überrest beschränkt, lediglich mittels Herabsetzungsklage anfechtbar ist, ob sie von Gesetzes wegen vollständig dahinfällt – somit Art. 492a Abs. 2 ZGB analog angewendet wird – oder ob sie – ebenfalls von Gesetzes wegen – auf eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest reduziert wird.

Eine mangelhafte Verfügung von Todes wegen ist nach den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar.^{175, 176} Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verfügung einen rechtswidrigen Inhalt aufweist (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), sofern kein besonderer Fall vorliegt, «in welchem trotzdem Nichtigkeit zutreffen sollte»^{177, 178}

Durch das Ziel der neuen Nacherbeneinsetzung, die Interessen des urteilsunfähigen Nachkommen bestmöglich zu schützen¹⁷⁹ – was wohl auch im öffentlichen Interesse liegen dürfte – sowie aufgrund der schwierigen Anfechtungssituation¹⁸⁰ ist vorliegend von einer besonderen Konstellation auszugehen, welche die Rechtsfolge der (Teil-)Nichtigkeit rechtfertigt.¹⁸¹ Zu prüfen bleibt, ob dabei Art. 492a Abs. 2 ZGB analog angewendet werden soll, sodass die Nacherbeneinsetzung bezüglich des Pflichtteils von Gesetzes wegen vollständig dahinfällt oder ob es bloss zu einer Reduktion auf eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest kommen soll. Der *Grundsatz der Konversion* – welcher auch im Erbrecht gilt¹⁸² – «gestattet die Umwandlung [...] von inhaltlich nichtigen in inhaltlich zulässige»¹⁸³ Rechtsgeschäfte, sofern «anzunehmen ist, dass

174 Zur Thematik der Gesetzeslücke und dem Vorgehen bei der Lückenfüllung siehe bereits II. 4. b. und II. 4. d. hievior.

175 WOLF/GENNA (Fn. 41), S. 405 f.; PraxKomm-ABT (Fn. 21), N 1 zu Art. 519 ZGB.

176 Auch Art. 531 ZGB weist bei einer (zu starken) Belastung des Pflichtteils auf die blosser Anfechtbarkeit hin.

177 ZK-ESCHER/ESCHER (Fn. 4), N 4 zu Art. 488 ZGB.

178 Vgl. auch RIEMER (Fn. 148), S. 250, 252 f.; a. M. SCHWALLER (Fn. 4), S. 155 ff., nach welchem die Regelung von Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB abschliessend ist und somit für die Rechtsfolge der Nichtigkeit kein Raum besteht.

179 Dazu bereits II. 4. a. mit Fn. 98 hievior.

180 Vgl. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169 mit Fn. 55; LEUBA (Fn. 32), N 41.

181 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169; LEUBA (Fn. 32), N 41; beide m. H. a. die – gemäss neuerer Lehre – analoge Situation bei Art. 488 Abs. 2 ZGB (vgl. dazu ausführlich EITEL (Fn. 165), S. 57 ff.).

182 EITEL (Fn. 165), S. 60; WOLF/GENNA (Fn. 41), S. 403 f. m. w. H.; siehe auch BGE 89 II 437 E. 2 S. 440 f.

183 EITEL (Fn. 165), S. 60.

dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde»¹⁸⁴. Die Reduktion auf eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest dürfte eher dem Willen des Erblassers – welcher eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung angeordnet hatte – entsprechen, als der vollständige Wegfall der Nacherbeneinsetzung und die daraus resultierende völlig freie Verfügbarkeit des Nachkommen über die Erbschaftsgegenstände und insbesondere die Anwendung der gesetzlichen Erbfolge bezüglich dieser Gegenstände.¹⁸⁵ Es wird zudem i. d. R. auch im Sinne des urteilsunfähigen Nachkommen sein, wenn nach seinem Ableben nicht irgendwelche weit entfernten Verwandten oder sogar das Gemeinwesen den verbleibenden Teil der Erbschaft erhalten, sondern jemand, der sich zu Lebzeiten um ihn bzw. seine (Gross-)Eltern gekümmert hat. Die Anordnung einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest schränkt den urteilsunfähigen Vorerben denn auch kaum in seinen Rechten ein.¹⁸⁶

Die bezüglich des Pflichtteils angeordnete Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB sollte daher – nach dem Grundsatz der Konversion – von Gesetzes wegen auf eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest reduziert werden. Einer analogen Anwendung von Art. 492a Abs. 2 ZGB stehen die Interessen des Erblassers – sowie wohl auch diejenigen des urteilsunfähigen Nachkommen – entgegen.¹⁸⁷

III. Rechtsfolgen bei gültiger Anordnung der besonderen Nacherbfolge

1. Keine Herabsetzung nach Art. 531 ZGB

Eine nach Art. 492a ZGB gültig angeordnete Nacherbeneinsetzung auf den Überrest kann *nicht* mittels Herabsetzungsklage *angefochten* werden (Art. 531 2. Halbsatz ZGB).

Da gewisse Voraussetzungen erst im *Zeitpunkt des Todes des Vorerben* vorliegen müssen, lässt sich regelmässig erst in diesem Zeitpunkt feststellen, ob sämtliche Voraussetzungen gegeben sind und die besonde-

184 EITEL (Fn. 165), S. 60, m.H.a. den Wortlaut von § 140 BGB.

185 Vgl. LEUBA (Fn. 32), N 41.

186 Dazu Fn. 15 hievov.

187 Gl. M. LEUBA (Fn. 32), N 41; a. M. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 169, welche wohl von einer analogen Anwendung von Art. 492a Abs. 2 ZGB ausgehen, vergleichen sie doch die Rechtsfolgen mit jenen bei Hinterlassen von Pflichtteilserben (dazu II. 4. d. hievov) und bei Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit (dazu II. 3. d. hievov).

re Nacherbeneinsetzung gültig – und folglich nicht mehr herabsetzbar – ist. Um dieser Unsicherheit entgegenzuwirken, sollte der Erblasser *Ersatzverfügungen* (Art. 487 ZGB) anordnen für den Fall, dass bei seinem eigenen Tod oder dem Tod des Vorerben eine der Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt sein sollte.¹⁸⁸

2. Rechte und Pflichten des Vorerben

Das Gesetz enthält keine Regelung über die *Rechte und Pflichten des Vorerben* bei einer gültig angeordneten besonderen Nacherbeneinsetzung. Auch den Materialien ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Da sich auch die Regeln zur gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung nach Art. 488 ff. ZGB nicht zu dieser Frage äussern, «bleibt lediglich der Beizug der von Lehre und Rechtsprechung für die (nicht gesetzlich geregelte) gewöhnliche Nacherbeneinsetzung auf den Überrest entwickelten allgemeinen Grundsätze»^{189,190}. Einem Analogieschluss steht grundsätzlich¹⁹¹ nichts im Wege, ist doch unter den Voraussetzungen von Art. 492a ZGB die *Anordnung einer gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest* bezüglich des Pflichtteils des Nachkommen zulässig,¹⁹² womit Art. 492a ZGB implizit auf die Regeln zur gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest verweist. Dass es sich dabei nicht um Gesetzesrecht, sondern um von der Lehre und Rechtsprechung entwickelte Grundsätze handelt, ist nicht von Bedeutung. Bei der Anwendung dieser Regeln ist jedoch stets zu berücksichtigen, dass nur «zu Einzelfragen Gerichtsentscheide vorliegen und viele relevante Fragen noch immer umstritten sind»¹⁹³.

In erster Linie richten sich die Rechte und Pflichten des Vorerben nach dem *Willen des Erblassers*.¹⁹⁴ Im Hinblick auf den Zweck von Art. 492a ZGB – insbesondere den Schutz des urteilsunfähigen Nachkommen – sollte es dem Erblasser bezüglich der besonderen Nacherbeneinsetzung jedoch nicht möglich sein, die Befugnisse des Vorerben weiter einzuschränken,

188 Zum Ganzen ZEITER, *Erwachsenenschutzrecht* (Fn. 13), S. 266.

189 ZEITER, *Neue Rechtsinstitute* (Fn. 44), S. 233.

190 Siehe auch FamKomm-EITEL/ZEITER (Fn. 13), N 19 zu Art. 492a/531 ZGB; LEUBA (Fn. 32), N 43.

191 Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass ein Gericht aufgrund der besonderen Konstellation von Art. 492a ZGB in Einzelfällen von den zur gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung auf den Überrest entwickelten Grundsätzen abweicht (vgl. FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 164 Fn. 20).

192 Vgl. Botschaft (Fn. 8), S. 7106.

193 ZEITER, *Neue Rechtsinstitute* (Fn. 44), S. 233.

194 Statt vieler ZEITER, *Erwachsenenschutzrecht* (Fn. 13), S. 267 m.H.a. Botschaft (Fn. 8), S. 7105.

als dies die allgemein entwickelten Grundsätze bereits tun.¹⁹⁵ Einer Ausweitung der Befugnisse des Vorerben steht hingegen nichts entgegen, doch dürfte diese – aufgrund der Unfähigkeit des Urteilsunfähigen zur Ausrichtung von Schenkungen und zum Erlass von Verfügungen von Todes wegen¹⁹⁶ – kaum praktische Bedeutung haben.

Hat der Erblasser keine Konkretisierung vorgenommen, haben Lehre und Rechtsprechung entsprechende Regeln entwickelt. Dazu wird auf die diesbezügliche Spezialliteratur¹⁹⁷ verwiesen.

IV. Übergangsrechtliche Regelung

Im Zuge der Revision des Erwachsenenschutzrechtes wurden keine besonderen Übergangsbestimmungen erlassen, womit die bisherigen Bestimmungen des Schlusstitels ZGB zur Anwendung gelangen.¹⁹⁸ Die Anfechtung infolge Überschreitung der Verfügungsfreiheit, worunter auch die Anfechtung i. S. v. Art. 531 ZGB zu subsumieren ist, richtet sich nach den Bestimmungen des neuen Rechts, wenn der Erblasser nach dessen Inkrafttreten gestorben ist (Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB). Die besondere Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB ist somit nur dann nicht mittels Herabsetzungsklage anfechtbar, wenn der Erblasser nach dem 31. Dezember 2012 verstorben ist. Irrelevant ist hingegen der Zeitpunkt, in dem die Verfügung von Todes wegen – welche die Nacherbeneinsetzung enthält – erlassen wurde.¹⁹⁹

V. Stellungnahme

Eine Normierung der besonderen Nacherbeneinsetzung war – aufgrund der bisherigen Rechtsunsicherheit – klar begrüssenswert. Bei genauerer Betrachtung des neuen Art. 492a ZGB i. V. m. Art. 531 ZGB stellt sich jedoch die Frage, ob dieser Rechtsunsicherheit durch die Revision tatsäch-

195 Vgl. auch PIOTET (Fn. 84), S. 242.

196 Dazu Fn. 15 hievoo.

197 Insbesondere SCHMUKI (Fn. 12), S. 1 ff.; vgl. auch FISCHER EUGEN, Zur Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, BJM 1973, S. 121 ff., S. 121 ff.; LUTZ OSKAR, Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, SJZ 34 (1937/38), S. 27 ff., S. 27 ff.; SCHERRER WERNER, Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, in: Zum schweizerischen Erbrecht: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, Zürich 1946, S. 109 ff.; SCHILLER H. R., Nacherbeneinsetzung auf den Überrest, SJZ 40 (1944), S. 355 ff., S. 355 ff.

198 Vgl. Botschaft (Fn. 8), S. 7107.

199 Vgl. zum Ganzen LEUBA (Fn. 32), N 46 f.; FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 164 f.

lich entgegengewirkt werden konnte oder ob sich diese nicht sogar verstärkt hat.²⁰⁰ So wird insbesondere die Feststellung der Urteilsunfähigkeit in der Praxis grosse Schwierigkeiten bereiten,²⁰¹ daneben bleiben einzelne Voraussetzungen, die massgebenden Zeitpunkte sowie die Rechtsfolgen bei Fehlen einer Voraussetzung auslegungsbedürftig bzw. vom Gesetz gänzlich unerwähnt. Des Weiteren werden durch die neue Bestimmung nicht alle von der *ratio legis* eigentlich erfassten Konstellationen abgedeckt,²⁰² was zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung der Pflichtteilserven führt. Zusätzlich bleibt es bis zum Tod des Vorerben – bzw. unter Umständen sogar über diesen Zeitpunkt hinaus – ungewiss, ob die besondere Nacherbeneinsetzung Bestand hat. Diesen Unsicherheiten kann zwar durch die Anordnung von Ersatzverfügungen (Art. 487 ZGB) in gewissem Masse entgegengewirkt werden, dennoch werden sie dazu führen, dass sich interessierte Personen gegen diese neue Art der Nacherbeneinsetzung entscheiden, obwohl sie gerade auf ihre Situation zugeschnitten wäre.

Gleichwohl bleibt die besondere Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB die einzige Möglichkeit, in den Pflichtteil der urteilsunfähigen Nachkommen einzugreifen, um so zu verhindern, dass unerwünschte Personen später in den Genuss der Erbschaftsgegenstände kommen. Damit dieses Ziel tatsächlich auch erreicht werden kann, bedarf es in jedem Fall einer umfassenden Abklärung der Situation sowie einer fachkundigen Beratung.

Die Zukunft wird zeigen, welche praktische Bedeutung der neuen Form der Nacherbeneinsetzung nach Art. 492a ZGB trotz dieser Unsicherheiten zukommt.

200 Generell kritisch zur neuen Regelung PIOTET (Fn. 84), S. 240 ff.

201 Siehe WOLF/GENNA (Fn. 41), S. 310 f.

202 FANKHAUSER/BIELER (Fn. 16), S. 170.

Résumé

La personne incapable de discernement, en particulier la personne lourdement atteinte dans ses facultés mentales, ne peut pas établir de disposition pour cause de mort valable en raison du défaut de capacité de disposer et du principe de rattachement formel à la personne. Sa succession suit impérativement la dévolution légale. En vertu de l'ancien droit, il n'y avait dans un tel cas aucune possibilité d'éviter qu'au décès du descendant incapable de discernement – ensuite du prédécès de ses parents, et faute de frères et de sœurs, resp. d'un conjoint survivant ou d'un partenaire inscrit – sa succession ne revienne à une personne qui ne s'était jamais occupée de lui. La révision du droit tutélaire a donné lieu à l'introduction du nouvel art. 492a CCS et à l'adaptation de l'art. 531 CCS qui ont permis au disposant, sous certaines conditions, d'ordonner une substitution fidéicommissaire pour le surplus et de ce fait de disposer partiellement du droit réservataire du descendant incapable de discernement pour éviter la dévolution ab intestat d'un grand partie de la succession. Ainsi, le descendant incapable de discernement peut également être institué par ses (grands-) parents en tant qu'héritier grevé de son droit réservataire et une autre personne en tant qu'héritière appelé du surplus. Les conditions détaillées de cette forme particulière de la substitution fidéicommissaire pour le surplus demandent toutefois interprétation; elles sont problématiques parce qu'elles peuvent changer au cours du temps et parce qu'il y a ainsi lieu de définir exactement le moment déterminant de l'accomplissement de la condition. La constatation de l'incapacité de discernement est particulièrement difficile en pratique. Au surplus, les conséquences juridiques, lorsque certaines conditions font défaut – elles ne sont pas prescrites par la loi, à l'exception de celles de l'art. 492a al. 2 CCS –, ne sont pas fixées de manière certaine. Il en résulte une grande insécurité de droit. Malgré cela, la substitution fidéicommissaire particulière selon art. 492a CCS reste la seule possibilité d'intervention dans le droit réservataire du descendant incapable de discernement pour éviter que des personnes non souhaitées ne deviennent plus tard bénéficiaires de la succession. Pour que ce but soit réellement atteint, il faut dans tous les cas bien élucider la situation et fournir des conseils avisés.