

 jetzt bestellen

# Spuren im Erbrecht Festschrift für Paul Eitel

Herausgegeben von

Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller,  
Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler,  
Alexandra Jungo



Schulthess 

# Spuren im Erbrecht

## Festschrift für Paul Eitel

Herausgegeben von

Jörg Schmid, Regina Aebi-Müller,  
Peter Breitschmid, Barbara Graham-Siegenthaler,  
Alexandra Jungo

Schulthess § 2022

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2022  
ISBN 978-3-7255-8254-9

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
<b>Töter als Erben – Erbrecht vor Einziehungsrecht .....</b>	<b>1</b>
JÜRIG-BEAT ACKERMANN/JASCHA ZALKA	
<b>Genugtuung in der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung – Gedankenspiele .....</b>	<b>15</b>
REGINA E. AEBI-MÜLLER/LAURA MEIER	
<b>Das Alters- und Pflegeheimzimmer post mortem .....</b>	<b>31</b>
KARIN ANDERER/SILVIA BRAUCHLI	
<b>Formvorschriften bei der öffentlichen Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – <i>gutta cavat lapidem</i> .....</b>	<b>51</b>
RUTH ARNET	
<b>La donation: état des lieux .....</b>	<b>65</b>
MARGARETA BADDELEY	
<b>Der verbeiständete Erbe .....</b>	<b>79</b>
YVO BIDERBOST	
<b>Einblick in die <i>nonprobate</i> Vermögensnachfolge im US-amerikanischen Recht und mögliche Auswirkungen bei schweizerischen Berührungspunkten ....</b>	<b>97</b>
MARJOLEIN BIERI	
<b>Die Anwartschaft des Nacherben – neu aufgerollt .....</b>	<b>113</b>
WALTER BOENTE	

<b>Erbrecht und Demografie – Transfer und Ausgleich unter Generationen</b> .....	129
PETER BREITSCHMID	
<b>Der Anlauf der Fristen für die Anfechtung lebzeitiger Verfügungen – insbesondere bei Zuwendungen an Trusts und (ausländische) Stiftungen</b> .....	145
DANIELA DARDEL	
<b>Interesse und Wille im Erbrecht</b> .....	161
JEAN NICOLAS DRUEY	
<b>Übergangsrechtliche Betrachtungen zu Art. 494 Abs. 3 revZGB</b> .....	177
MARTIN EGDEL	
<b>Die Vorfrageproblematik in internationalen Enterbungsfällen</b> .....	201
ROLAND FANKHAUSER / FABIO PECORELLI	
<b>Die Berufspflichten des Willensvollstreckers nach dem BGFA</b> .....	215
WALTER FELLMANN	
<b>Auslegeordnung und Methodik der Vorsorgeplanung für das Alter</b> .....	231
THOMAS GEISER / IVO SCHWANDER	
<b>Das Rechtsbegehren der Herabsetzungsklage</b> .....	247
TARKAN GÖKSU	
<b>Internationale Zuständigkeit <i>ratione loci</i> im Nachlassverfahren – Beweisfragen und Beweisprobleme aus Anwaltssicht</b> .....	267
BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER / PHILIPP EBERHARD	
<b>Die Unternehmensstiftung bzw. die Stiftung als Aktionärin</b> .....	291
HAROLD GRÜNINGER	

<b>Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt – Rechtsnatur und Schenkungswille .....</b>	305
FELIX HORAT	
<b>Die «Checks and Balances» bei der gerichtlichen Erbteilung .....</b>	321
BALZ HÖSLY/ALEXANDRA GEIGER	
<b>Gedanken zu Art. 494 Abs. 3 nZGB .....</b>	347
STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER	
<b>Sozialversicherungen, berufliche Vorsorge und gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a) nach der Erbrechtsrevision .....</b>	361
MARC HÜRZELER	
<b>Die ehevertraglich begünstigte Ehegattin zwischen Pflichtteilsansprüchen gemeinsamer und nichtgemeinsamer Kinder .....</b>	371
ALEXANDRA JUNGO	
<b>Die Ausgleichung in der Erbteilung und im Pflichtteilsrecht nach deutschem Erbrecht .....</b>	391
WALTER KRUG	
<b>Der Umgang des Willensvollstreckers mit dem digitalen Testament und Nachlass .....</b>	407
HANS RAINER KÜNZLE	
<b>Privatautonomie und Willensvollstreckerhonorar .....</b>	423
DANIEL LEU/DANIEL GABRIELI	
<b>Persönlichkeitsrecht und Erbrecht: Digitaler Tod oder digitale Präsenz <i>post mortem</i>? .....</b>	437
CORDULA LÖTSCHER	
<b>Der Entschädigungsanspruch des mitarbeitenden Ehegatten in der Erbteilung .....</b>	453
ANNINA MEYER-VÖGELI	

<b>Unternehmensnachfolge an der Schnittstelle von Erb- und Gesellschaftsrecht – Bemerkungen zu Art. 522a und Art. 618 VE-ZGB 2019 .....</b>	<b>467</b>
KARIN MÜLLER	
<b>Bäuerliches Erbrecht: Herkunft und Zukunft .....</b>	<b>483</b>
ROLAND NORER	
<b>L'article 216 al. 2 nouveau du Code civil: comment concilier la lettre de la loi avec le but poursuivi par le législateur?.....</b>	<b>495</b>
DENIS PIOTET	
<b>Les actes de disposition sur un immeuble détenu par les membres d'une communauté héréditaire.....</b>	<b>503</b>
MARYSE PRADERVAND-KERNEN	
<b>Die Schenkung auf den Todesfall.....</b>	<b>523</b>
JÖRG SCHMID	
<b>Schenkungen im Spannungsverhältnis von Erbverträgen – Ende gut, alles gut?.....</b>	<b>535</b>
FELIX SCHÖBI	
<b>Gedanken zur neuen Anfechtbarkeit von (erbvertragswidrigen?) Schenkungen gemäss Art. 494 Abs. 3 nZGB .....</b>	<b>547</b>
SANDRA SPIRIG	
<b>Hätten Sie es gewusst? – Ein Kaleidoskop der schriftlichen Fachanwaltsprüfungen im Erbrecht.....</b>	<b>557</b>
RENÉ STRAZZER	
<b>Einführung eines «Zentralregister für Hundenachsorge (ZRH)» .....</b>	<b>571</b>
BENNO STUDER	
<b>Der Prozessabstand im Erbteilungsverfahren.....</b>	<b>585</b>
THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN	

<b>Die Zukunft des Erbteilungsprozesses</b> .....	599
THOMAS WEIBEL	
<b>Schutz des Vertragserben vor lebzeitigen Zuwendungen – <i>Quo vadis?</i></b> .....	611
KINGA M. WEISS/VANGELIS KALAITZIDAKIS	
<b>Was geschieht mit ehedüterrechtlichen Ansprüchen in Konstellationen von Erbunwürdigkeit?</b> .....	639
STEPHAN WOLF/YANNICK MINNIG	
<b>Die Herabsetzung des Intestaterwerbs</b> .....	655
ALEXANDRA ZEITER	
Verzeichnis der Publikationen von Paul Eitel .....	677

# Was geschieht mit ehedüterrechtlichen Ansprüchen in Konstellationen von Erbnwürdigkeit?

STEPHAN WOLF/YANNICK MINNIG\*

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>640</b>
<b>II. Problemstellung</b> .....	<b>640</b>
<b>III. Meinungsstand in der Lehre und Kritik</b> .....	<b>641</b>
<b>IV. Auslegung von Art. 540 ZGB</b> .....	<b>642</b>
1. Notwendigkeit und Ziel der Auslegung.....	642
2. Der Wortlaut als Ausgangspunkt.....	643
3. Historische Betrachtung .....	644
4. Systematische Betrachtung.....	645
5. Teleologische Betrachtung .....	645
6. Ergebnis.....	647
<b>V. Korrektur über Art. 2 Abs. 2 ZGB</b> .....	<b>648</b>
1. Umschreibung des Rechtsmissbrauchs im vorliegenden Kontext .....	648
2. Art. 540 ZGB als Konkretisierungshilfe? .....	649
3. Rechtsfolgen von Art. 2 Abs. 2 ZGB .....	650
3.1 Einschränkung der Rechtsausübung.....	650
3.2 Umfang.....	651
a) Im Allgemeinen .....	651
b) Bei der Errungenschaftsbeteiligung.....	652
c) Bei der Gütergemeinschaft .....	653
<b>VI. Zusammenfassung</b> .....	<b>654</b>

---

\* Prof. Dr. iur. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern; Dr. iur. Yannick Minnig, Rechtsanwalt, Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

## I. Einleitung

Paul Eitel beschäftigt sich in Lehre und Forschung unter anderem mit Fragen an der Schnittstelle zwischen Familien- und Erbrecht.<sup>1</sup> Zu seinem besonderen Jubiläum widmen ihm die Autoren deshalb einen Beitrag zur folgenden, sich an ebenfalls dieser Schnittstelle ergebenden Frage: Was geschieht mit ehedüterrechtlichen Ansprüchen in Konstellationen von Erbunwürdigkeit?

Nachfolgend werden zunächst die Problemstellung dargelegt (II.) und der Meinungsstand in der Lehre kritisch gewürdigt (III.). Anschliessend findet eine Auslegung von Art. 540 ZGB mit Blick auf die güterrechtlichen Ansprüche statt (IV.). Danach wird auf den Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) näher eingegangen (V.). Schliesslich werden die wichtigsten Erkenntnisse zusammengefasst (VI.).

## II. Problemstellung

Wer eine der Tatbestandsvarianten von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1–4 ZGB erfüllt, ist erbunwürdig. Erbunwürdigkeit ist die *relative Erbunfähigkeit* im Verhältnis zum Erblasser.<sup>2</sup> Der Fehlbare wird mithin weder gesetzlicher noch eingesetzter Erbe und es stehen ihm ganz allgemein keinerlei Ansprüche aus Erbrecht zu. Vielmehr wird er behandelt, wie wenn er vorverstorben wäre (Art. 541 Abs. 2 ZGB); ihn begünstigende Verfügungen von Todes wegen sind ex tunc nichtig.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. z.B. EITEL PAUL, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten – ausgewählte Fragestellungen, in: Jungo Alexandra/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge – Güterrecht – Unterhalt, 8. Symposium zum Familienrecht 2015, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 1 ff.

<sup>2</sup> Siehe etwa WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/2, Basel 2015, S. 24; SCHWANDER IVO, Kommentar zu Art. 537–550 ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. A., Basel 2019, N 1 zu Art. 540 ZGB; ABT DANIEL, Kommentar zu Art. 537–545 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 4. A., Basel 2019, N 46 zu Art. 540 ZGB; weiter ESCHER ARNOLD, Kommentar zu Art. 537–640 ZGB, in: Beck E. et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Erbrecht, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 3. A., Zürich 1960, N 2 zu Art. 540 ZGB.

<sup>3</sup> BGE 132 III 315 E. 2.1, m.H. auf TUOR PETER/PICENONI VITO, Kommentar zu Art. 537–640 ZGB, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Erbrecht, Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. A., Bern 1964, N 25, 31 zu Art. 540/541 ZGB. Siehe auch HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Kommentar zu Art. 537–545 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4. A., Zürich 2021, N 6 zu Art. 540 ZGB.

Handelt es sich beim Fehlbaren um den überlebenden Ehegatten, stehen diesem neben bzw. präziser vor den erbrechtlichen (vgl. Art. 462 ZGB) grundsätzlich auch *ehedüterrechtliche Ansprüche* zu.<sup>4</sup> Dies gilt jedenfalls regelmässig dann, wenn die Ehegatten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196 ff. ZGB, Anspruch auf Vorschlagsbeteiligung) oder demjenigen der Gütergemeinschaft (Art. 221 ff. ZGB, Anspruch auf Gesamtgutsteilung) gelebt haben.<sup>5</sup> Damit stellt sich die Frage, ob der erbunwürdige überlebende Ehegatte seine güterrechtlichen Ansprüche geltend machen kann oder ob diese – wie die erbrechtlichen Ansprüche – entfallen.

### III. Meinungsstand in der Lehre und Kritik

Die Frage, was in Konstellationen von Erbunwürdigkeit mit ehedüterrechtlichen Ansprüchen geschieht, wird in der Lehre nur vereinzelt thematisiert. Die geäusserten Meinungen gehen grundsätzlich dahin, dass Art. 540 ZGB jedenfalls dann zur Anwendung gelangen soll, wenn die Ehegatten durch Ehevertrag eine von der gesetzlichen Ordnung *abweichende Beteiligung am Vorschlag* (Art. 216 Abs. 1 ZGB) bzw. *Gesamtgutsteilung* (Art. 241 Abs. 2 ZGB) vereinbart haben.<sup>6</sup> Begründet wird diese Ansicht im Wesentlichen damit, dass die güterrechtliche Begünstigung als Schenkung von Todes wegen bzw. als Verfügung von Todes wegen zu qualifizieren sei, weshalb auf sie die erbrechtlichen Normen anwendbar seien.

Die soeben dargestellte Lehrmeinung und ihre Begründung vermögen indes nicht zu überzeugen. Denn bei den güterrechtlichen Begünstigungen nach

---

<sup>4</sup> Statt vieler WILDISEN CHRISTOPH, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Diss. Freiburg 1997, S. 83.

<sup>5</sup> Beim Güterstand der Gütertrennung (Art. 247 ff. ZGB) bestehen demgegenüber keine güterrechtlichen Ansprüche; vgl. etwa WOLF STEPHAN/MINNIG YANNICK, Familienrecht, Basel 2021, Rn. 927, 929. Deshalb stellt sich die hier behandelte Frage für die Gütertrennung nicht.

<sup>6</sup> Ausführlich AEBI-MÜLLER REGINA E., Zum Stand der Diskussion über Fragen im Grenzbe-  
reich zwischen Güter- und Erbrecht, ZBJV 1998, S. 421 ff., 422 f.; weiter HAUSHEER  
HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Kommentar zu Art. 181–220 ZGB, in: Meier-Hayoz  
Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht  
der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften, Art. 181–195a ZGB, Der ordentliche Güterstand  
der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196–220 ZGB, Bern 1992, N 30 zu Art. 216 ZGB;  
FANKHAUSER ROLAND, Gesetzliches Ehegattenerbrecht in der (Ehe-)Krise, FamPra.ch 2007,  
S. 229 ff., 243; PIOTET DENIS, L'attribution du bénéfice matrimonial et l'ordre des rédu-  
ctions: Réviser l'art. 532 CC autrement, SJZ 2019, S. 67 ff., 71. Weitergehend und den über-  
lebenden Ehegatten bei der Gütergemeinschaft auch am Eigengut nicht partizipieren lassend  
WILDISEN (Fn. 4), S. 82 f.

Art. 216 Abs. 1 und 241 Abs. 2 ZGB handelt es sich nach der heute wohl h.L. um *Rechtsgeschäfte unter Lebenden*.<sup>7</sup> Ebenso wird die überhäufige Vorschlags- bzw. Gesamtgutszuweisung im neuen, am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Erbrecht nun auch vom Gesetzgeber ausdrücklich als Zuwendung unter Lebenden anerkannt (nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Begünstigungen aus Ehevertrag stellen mithin keine Verfügungen von Todes wegen dar, sie sind deshalb nicht den für solche geltenden erbrechtlichen Bestimmungen und damit auch nicht dem Anwendungsbereich von Art. 540 ZGB unterstellt.<sup>8</sup>

## IV. Auslegung von Art. 540 ZGB

### 1. Notwendigkeit und Ziel der Auslegung

Mit der soeben (unter III.) vorgenommenen Widerlegung der angeführten Lehrmeinung, wonach ehevertragliche Begünstigungen als Verfügungen von Todes wegen zu qualifizieren seien, steht indessen vorerst einzig fest, dass eine Anwendung von Art. 540 ZGB nicht mit der Rechtsnatur von güterrechtlichen Begünstigungen begründet werden kann. Die eingangs gestellte Frage, was in Konstellationen von Erbunwürdigkeit mit ehегüterrechtlichen Ansprüchen geschehen soll, bleibt jedoch weiterhin offen. Deshalb ist es notwendig, Art. 540 ZGB auszulegen.

---

<sup>7</sup> WEIMAR PETER, Kommentar zu Art. 457–516 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügung von Todes wegen, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, die Verfügungsformen, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009, N 106 zu Einl. 14. Titel; ausführlich WOLF STEPHAN, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996, S. 104 ff., mit Ergebnis S. 148 ff.; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, *successio* 2007, S. 158 ff., 161 f.; DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI/BADDELEY MARGARETA, *Les effets du mariage*, 3. A., Bern 2017, Rn. 1351; WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel 2012, S. 143 f.; WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht, 2. A., Bern 2020, Rn. 243; STEINAUER PAUL-HENRI, *Le droit des successions*, 2. A., Bern 2015, Rn. 285e; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015, § 32 Rn. 70; BORNHAUSER PHILIP R., Die Rechtsnatur der Vorschlagszuweisung und deren Folge für die Erbteilung, Urteilsanmerkung zu BGE 137 III 113, *successio* 2011, S. 318 ff., 322; anders demgegenüber die bundesgerichtliche Rechtsprechung, vgl. BGE 102 II 313 E. 3 ff.; BGE 115 II 321 E. 3.

<sup>8</sup> Im Ergebnis ähnlich BGE 74 II 202 E. 4. In diesem Sinne weist auch AEBI-MÜLLER (Fn. 6), S. 422, darauf hin, dass sich bei einer Qualifikation der güterrechtlichen Begünstigung als Rechtsgeschäft unter Lebenden «die Anwendung der materiellen Bestimmungen des Erbrechts» grundsätzlich verbiete.

Ziel der Auslegung ist die *Ermittlung des Normsinns*.<sup>9</sup> Im vorliegenden Kontext bezieht sich die Auslegung nicht auf die verschiedenen Tatbestände von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1–4 ZGB bzw. deren einzelnen Tatbestandselemente, sondern auf den Umfang der Rechtsfolge. Konkret geht es um die Beantwortung der Frage: *Schliesst das Vorliegen von Erbunwürdigkeit ehgüterrechtliche Ansprüche aus?*

## 2. Der Wortlaut als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Wortlaut der Norm.<sup>10</sup> Im Lichte einer sprachlich-grammatikalischen Betrachtung zieht Art. 540 ZGB *zwei Rechtsfolgen* nach sich. Einerseits wird der Fehlbare *nicht* – weder gesetzlicher noch eingesetzter – *Erbe* («unwürdig, Erbe zu sein»; «indignes d'être héritiers»; «indegno di succedere»), andererseits kann er *auch sonst keine erbrechtlichen Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen* geltend machen («aus einer Verfügung von Todes wegen irgendetwas zu erwerben»; «d'acquérir par disposition pour cause de mort»; «di ricevere alcuna cosa per disposizione a causa di morte»).

Güterrechtliche Ansprüche werden rein begrifflich von keiner der soeben dargestellten Rechtsfolgen erfasst. Denn zum einen stehen sie dem überlebenden Ehegatten *kraft Ehrechts* zu und nicht aufgrund Erbrechts. Selbst wenn dem überlebenden Ehegatten keine Erbenstellung zukommt,<sup>11</sup> kann er güterrechtliche Ansprüche geltend machen. Und zum anderen werden Ansprüche aus Ehegüterrecht *nicht durch eine Verfügung von Todes wegen* begründet. Das gilt auch für eine Begünstigung nach Art. 216 Abs. 1 oder 241 Abs. 2 ZGB, denn diese stellt – nun auch nach dem revidierten, am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Erbrecht (nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) – eine Zuwendung unter Lebenden dar (dazu schon III. hievor).

Obwohl das Güterrecht in einer sprachlich-grammatikalischen Betrachtung nicht von Art. 540 ZGB erfasst wird, erscheint der noch mögliche Wortsinn der Norm nicht als endgültig erschöpft, so dass man an der *Wortlautgrenze* angelangt

---

<sup>9</sup> So HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/BOSSHARDT MARTINA, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), Bern 2019, Rn. 41; BGE 124 II 193 E. 5.a; in diesem Sinne auch KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. A., Bern 2019, S. 67. Eine andere – hier nicht weiter interessierende – Frage ist demgegenüber, ob dieses Ziel mit einer objektiv-geltungszeitlichen, einer objektiv-historischen oder einer subjektiv-historischen Auslegung zu erreichen ist; vgl. dazu bereits BYDLINSKI FRANZ, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. A., Wien 1991, S. 428 ff.

<sup>10</sup> Vgl. dazu die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 136 III 6 E. 5.2; BGE 137 III 470 E. 6.4; BGE 140 III 550 E. 2.6.

<sup>11</sup> Dem überlebenden Ehegatten kommt beispielsweise im Falle einer ausschliesslichen Nutzniessung nach Art. 473 ZGB oder bei einer Enterbung (Art. 477 ZGB) keine Erbenstellung zu.

wäre.<sup>12</sup> Insofern bleibt – namentlich auch infolge des engen Zusammenwirkens von Ehegüter- und Erbrecht – eine *extensive Auslegung grundsätzlich noch möglich*.

### 3. Historische Betrachtung

Art. 540 Abs. 1 ZGB war bereits im Vorentwurf zum ZGB von 1904 enthalten<sup>13</sup> und wurde seit dem Inkrafttreten des ZGB nicht revidiert. Im Rahmen seiner Erläuterungen ging der Gesetzesredaktor Eugen Huber bei der Erbnunwürdigkeit nicht auf die güterrechtlichen Ansprüche ein.<sup>14</sup> Desgleichen wurden auch anlässlich der Beratungen in der grossen Expertenkommission<sup>15</sup> sowie in National- und Ständerat mögliche Auswirkungen der Erbnunwürdigkeit auf das Ehegüterrecht – jedenfalls im Kontext von Art. 540 ZGB – nicht thematisiert.

Das Spannungsfeld zwischen Erbnunwürdigkeit und Ansprüchen aus Ehegüterrecht war dem historischen Gesetzgeber aber dennoch bewusst. So fügte die grosse Expertenkommission anlässlich ihrer Beratungen bei Art. 254 ZGB (Art. 241 ZGB des Entwurfs und Art. 225 ZGB der bis 31. Dezember 1987 in Kraft gestandenen Gesetzesfassung) – und damit innerhalb des Güterrechts – einen zusätzlichen Absatz ein.<sup>16</sup> Dieser lautete: «Ist der überlebende Ehegatte erbnunwürdig, so kann er aus der Gütergemeinschaft in keinem Falle mehr beanspruchen, als ihm bei Scheidung der Ehe zukommen würde.» Eine entsprechende Bestimmung für die Güterverbindung als dem damaligen ordentlichen Güterstand wurde demgegenüber nicht erlassen.

Anlässlich der Revision des ZGB betreffend die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das Ehegüterrecht und das Erbrecht – in Kraft getreten am 1. Januar 1988 – wurde die soeben erwähnte, einschlägige Norm im Gütergemeinschaftsrecht indessen gestrichen: «Vom Entwurf nicht übernommen wird Art. 225 Abs. 3 ZGB, wonach der erbnunwürdige Ehegatte aus der Gütergemeinschaft in keinem Fall

---

<sup>12</sup> Wäre hingegen die Wortlautgrenze erreicht, so wäre methodisch nicht mehr über die Auslegung vorzugehen, sondern über die richterliche Rechtsfortbildung; vgl. dazu die konzeptionelle Klarstellung bei KRAMER (Fn. 9), S. 63.

<sup>13</sup> Die Möglichkeit der Verzeihung nach Abs. 2 war im Vorentwurf demgegenüber noch nicht vorhanden und wurde erst im Rahmen der Beratungen in den Eidgenössischen Räten eingefügt; vgl. Sten. Bull., Ständerat, 1906, S. 431.

<sup>14</sup> Vgl. HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des EJPD, Erster Bd.: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Ausgabe, Bern 1914, S. 421 f.

<sup>15</sup> Siehe Protokoll der Expertenkommission, Sitzung vom 14. März 1902, S. 623 f.

<sup>16</sup> Dazu Protokoll der Expertenkommission, Sitzung vom 25. Oktober 1901, S. 296. Im Vorentwurf von Eugen Huber war eine entsprechende Bestimmung noch nicht enthalten.

mehr beanspruchen kann, als ihm bei Scheidung der Ehe zukommen würde. Eine solche Regel verquickt die Frage der finanziellen Interessen mit Erwägungen über Verschulden, welche hier kaum am Platze sind. Vorbehalten ist der Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB).»<sup>17</sup>

Die eben gemachten Darlegungen zeigen auf, dass der Gesetzesredaktor und der historische Gesetzgeber die *Wirkungen der Erbunwürdigkeit nicht auf das Ehegüterrecht ausdehnen wollten*. Andernfalls wäre der Erlass von aArt. 225 Abs. 3 ZGB nicht notwendig gewesen. Die Aufhebung dieser Bestimmung in der späteren Revision ändert daran nichts. Denn nach der damaligen Botschaft wollte der Gesetzgeber die Konstellationen der Erbunwürdigkeit beim Güterrecht gerade nicht über die einschlägige Norm des Art. 540 ZGB lösen, sondern über Art. 2 Abs. 2 ZGB.<sup>18</sup>

#### 4. Systematische Betrachtung

Art. 540 ZGB ist formal im Erbrecht – mithin im dritten Teil des ZGB – enthalten und findet sich dort in der zweiten Abteilung «Der Erbgang». Zwar schliesst die systematische Einordnung einer Bestimmung in einem Rechtsgebiet Auswirkungen auf ein anderes Rechtsgebiet nicht per se aus. Allerdings kommt diesfalls der entsprechenden Norm meist Grundsatzcharakter zu, so dass sie innerhalb der gesamten Rechtsordnung Geltung zu beanspruchen vermag. Von derart grundlegender Bedeutung ist Art. 540 ZGB indessen nicht. Vielmehr werden die in Ziff. 1–4 aufgezählten Verhaltensweisen in anderen Bereichen des Privatrechts in der Regel nicht durch Rechtsentzug sanktioniert.

Folglich beschränkt sich Art. 540 ZGB systematisch auf das Erbrecht. Der Norm kommt damit *keine über erbrechtliche Ansprüche hinausreichende Wirkung* zu.

#### 5. Teleologische Betrachtung

Art. 540 ZGB verfolgt einen *doppelten Zweck*.<sup>19</sup> Zunächst will die Norm *den erblasserischen Willen gegen Angriffe von aussen schützen*.<sup>20</sup> Zudem kommt der

---

<sup>17</sup> Botschaft zum ZGB (1979), S. 1398, Anmerkung 353.

<sup>18</sup> Vgl. unmittelbar vorangehend vor Fn. 17. Zur Anwendung des Rechtsmissbrauchs im vorliegenden Kontext v. hienach.

<sup>19</sup> Ebenso ABT, PraxKomm (Fn. 2), N 3 zu Art. 540 ZGB; ferner TUOR/PICENONI, BeKomm (Fn. 3), N 9 zu Art. 540/541 ZGB.

<sup>20</sup> TUOR/PICENONI, BeKomm (Fn. 3), N 10 zu Art. 540/541 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER, OFK (Fn. 3), N 3 zu Art. 540 ZGB; aus der Rechtsprechung BGE 132 III 315 E. 2.2.

Norm auch ein *korrigierender rechtsfolgestatuierender Zweck* zu. Denn dem Erblasser selber wird es gegebenenfalls nicht mehr möglich sein, das Verhalten des Fehlbaren zu sanktionieren.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber geht deshalb davon aus, dass der Erblasser in den Fällen von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1–4 ZGB dem Fehlbaren alle erbrechtlichen Ansprüche entzogen hätte,<sup>22</sup> wenn er hierzu noch in der Lage gewesen wäre,<sup>23</sup> und will diesen mutmasslichen Willen insoweit verwirklichen.<sup>24</sup>

Beide Normzwecke lassen sich insofern nicht auf güterrechtliche Ansprüche übertragen, als bei diesen nicht – und anders als im Erbrecht hinsichtlich der Person des Erblassers – auf einen rein einseitigen Willen eines Ehegatten abzustellen ist. Das zeigt sich für beide soeben dargelegten Zwecke der Erbunwürdigkeit, insbesondere aber in Bezug auf den zweiten. Die Verwirklichung des hypothetischen Erblasserwillens durch Art. 540 ZGB geht nämlich – wie soeben dargelegt – von der Prämisse aus, dass der Erblasser die erbrechtlichen Ansprüche entzogen hätte, wenn er dazu noch fähig gewesen wäre. Demgegenüber *ist ein einseitiger Entzug von ehегüterrechtlichen Ansprüchen nicht vorgesehen*. Es besteht keine privatautonome Möglichkeit der Gestaltung des Ehегüterrechts durch einseitige und insofern der letztwilligen Verfügung entsprechende Rechtsgeschäfte,<sup>25</sup> sondern es bedarf dazu in aller Regel des – selbstredend zweiseitigen – Ehevertrages (vgl. Art. 181 ZGB) oder allenfalls einer – ebenfalls zweiseitigen – schriftlichen Vereinbarung beider Ehegatten (Art. 206 Abs. 3 ZGB).<sup>26</sup> Folglich könnte im Falle einer Erbunwürdigkeitskonstellation der Erblasser seinem Ehegatten dessen gü-

---

<sup>21</sup> Dies gilt namentlich dann, wenn der Erblasser verstorben ist oder bleibend verfügungsunfähig geworden ist.

<sup>22</sup> Für Pflichtteilserven könnte der Erblasser den Entzug der erbrechtlichen Ansprüche durch eine Enterbung anordnen (Art. 477 ZGB; siehe auch BGE 132 III 305 E. 3.3). Nicht pflichtteilsgeschützten Erben und Vermächtnisnehmern sowie Aufagedestinatären etc. könnte der Erblasser jegliche Ansprüche aus Erbrecht in einer Verfügung von Todes wegen entziehen.

<sup>23</sup> Dies setzt namentlich voraus, dass der Erblasser noch lebt und erbrechtlich verfügungsfähig ist.

<sup>24</sup> Ähnlich BGE 144 IV 285 E. 2.5.1, m.H. auf STEINAUER (Fn. 7), Rn. 944a mit Fn. 39, und COUCHEPIN GASPARD/MAIRE LAURENT, Kommentar zu Art. 538–550 ZGB, in: Eigenmann Antoine/Rouiller Nicolas (Hrsg.), Commentaire du droit des successions (art. 457–640 CC; art. 11–24 LDFR), Bern 2012, N 2 zu Art. 540 ZGB.

<sup>25</sup> Als ausnahmsweiser Sonderfall erscheint die – hier von vornherein nicht relevante – Übergangsrechtlich vorgesehene einseitige Erklärung gemäss Art. 9d Abs. 2 SchlT ZGB.

<sup>26</sup> Eine Veränderung güterrechtlicher Verhältnisse ist in den Fällen von Art. 185 ZGB zwar auf einseitiges Begehren eines Ehegatten möglich, bedarf aber der Anordnung durch das Gericht und kann mithin nicht einseitig rechtsgeschäftlich erreicht werden. Entsprechendes gilt für die Konstellationen von Art. 187 Abs. 2 und 191 Abs. 1 ZGB.

terrechtliche Ansprüche – im Unterschied zu denjenigen aus Erbrecht – nicht einfach einseitig entziehen. Eine entsprechende Rechtsgrundlage fehlt im Ehegüterrecht.<sup>27</sup>

Hinzu kommt ganz allgemein, dass güterrechtliche Ansprüche – anders als solche aus Erbrecht – nicht nur im Falle des Ablebens eines Ehegatten bestehen können, sondern stets bei der Auflösung des Güterstandes und damit namentlich auch bei Scheidung der Ehe.

Damit lässt sich der der Erbunwürdigkeit inhärente *Normzweck nicht auf das Ehegüterrecht ausdehnen*. Demzufolge ist Art. 540 ZGB in diesem Bereich nicht anwendbar.

## 6. Ergebnis

Die Auslegung von Art. 540 ZGB ergibt, dass die Norm spezifisch auf das Erbrecht zugeschnitten ist. Eine *Erstreckung ihrer Rechtswirkungen* auf güterrechtliche Ansprüche ist nach allen massgebenden Parametern der Auslegung – mithin aus grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Überlegungen – *nicht möglich*. Weiter kann angesichts des Umstandes, dass sich der Gesetzgeber der Problematik bewusst war (dazu IV.3.), keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes angenommen werden, womit auch eine *Lückenfüllung modo legislatoris* nach Art. 1 Abs. 2 ZGB – namentlich durch eine analoge Anwendung von Art. 540 ZGB<sup>28</sup> – *entfällt*.

Dieses der Auslegung von Art. 540 ZGB zu entnehmende Ergebnis mag freilich jedenfalls in denjenigen Konstellationen als stossend erscheinen, in denen der Erblasser-Ehegatte über eine grosse Errungenschaft verfügt bzw. zu einem grossen Teil zum Gesamtgut beigetragen hat, während der erbunwürdige überlebende Ehegatte kaum Errungenschaft aufweist bzw. keinen Beitrag an das Gesamtgut geleistet hat. In entsprechenden Fällen bleibt nun allerdings eine Korrektur – wie bereits der Gesetzgeber bemerkt hat (IV.3. hievore) – über das *Rechtsmissbrauchsverbot* möglich.<sup>29</sup> Darauf ist hier sogleich (V.) einzugehen.

---

<sup>27</sup> Demgegenüber ist im deutschen Recht in § 1381 BGB – zwar kein Entzug, immerhin aber – eine Einrede gegen güterrechtliche Ansprüche im Falle der Unbilligkeit vorgesehen.

<sup>28</sup> Eine analoge Anwendung von Art. 540 ZGB wäre aber allenfalls auch aus anderen Gründen problematisch. Denn soweit man der Norm Strafcharakter zusprechen möchte – einen solchen ablehnend HEIZMANN RETO, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Habil. Zürich 2014, Bern 2015, Rn. 541 ff. –, würde der Grundsatz *nulla poena sine lege* einem Analogieschluss entgegenstehen.

<sup>29</sup> Siehe auch AEBI-MÜLLER (Fn. 6), S. 423.

## V. Korrektur über Art. 2 Abs. 2 ZGB

### 1. Umschreibung des Rechtsmissbrauchs im vorliegenden Kontext

Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz. Die konkrete Ausgestaltung des Rechtsmissbrauchsverbots erweist sich als komplex und ist im Einzelnen umstritten. Im Rahmen des vorliegenden Beitrages lässt sich darauf indessen nicht in extenso eingehen. Vielmehr wird für den hier interessierenden Kontext das folgende Verständnis des Rechtsmissbrauchs zugrunde gelegt:

Die wohl h.L. spricht Art. 2 Abs. 2 ZGB eine *Normberichtigungsfunktion im Einzelfall* zu.<sup>30</sup> Dadurch lassen sich die Wirkungen von Normen in denjenigen Fällen korrigieren, in welchen die Ausübung eines – objektivrechtlich zugestandenenen – Rechts eine *offensichtliche Ungerechtigkeit* schaffen würde.<sup>31</sup> In diesem Sinne setzt Art. 2 Abs. 2 ZGB «nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen die Bestimmungen des Zivilrechts ausser Kraft, sondern weist das Gericht bloss an, besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen»<sup>32</sup>.

Damit ist nunmehr zu untersuchen, in welchen Konstellationen und in welchem Umfang das soeben umschriebene Verständnis des Rechtsmissbrauchs eine Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB auf ehgüterrechtliche Ansprüche zulässt.

---

<sup>30</sup> MERZ HANS, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Becker Hermann (Hrsg.), Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, N 15 ff. zu Art. 2 ZGB; BAUMANN MAX, Kommentar zu Art. 2–3 ZGB, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Einleitung – Personenrecht, Art. 1–7 ZGB, 3. A., Zürich 1998, N 21 ff. zu Art. 2 ZGB; HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 58 zu Art. 2 ZGB; KRAMER (Fn. 9), S. 243. Siehe auch BGE 134 III 52 E. 2.1: «Die Norm dient als korrigierender «Notbehelf» [...]». Für einen abweichenden Ansatz vgl. etwa HUWILER BRUNO, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: Schmidlin Bruno (Hrsg.), *Vers un droit privé européen commun?*, Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft zur ZSR, Basel 1994, S. 57 ff.

<sup>31</sup> Vgl. dazu aus der Rechtsprechung BGE 143 III 279 E. 3.1; BGE 140 III 583 E. 3.2.4. Siehe auch HONSELL HEINRICH, Kommentar zu Art. 1–4 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. A., Basel 2018, N 24 zu Art. 2 ZGB.

<sup>32</sup> BGE 134 III 52 E. 2.1. Vgl. ebenso BGE 105 II 39 E. 1.b; BGE 111 II 242 E. 2.a; BGE 121 III 60 E. 3.d.

## 2. Art. 540 ZGB als Konkretisierungshilfe?

Weil sich der Rechtsmissbrauch nicht abstrakt umschreiben lässt, stellt sich – wie soeben schon angesprochen (V.1. i.f.) – die Frage, in welchen Konstellationen er auf die hier interessierenden güterrechtlichen Ansprüche Einfluss zu nehmen vermag.<sup>33</sup> An sich naheliegend wäre eine *Umschreibung* der ehedüterrechtlich relevanten Rechtsmissbrauchsfälle *in Anlehnung an die Erbunwürdigkeitstatbestände* des Art. 540 ZGB.<sup>34</sup> Dadurch liesse sich – zumindest in der Theorie – auch eine gesetzliche Wertungseinheit für das Güter- und das Erbrecht herbeiführen.

Nach hier vertretener Ansicht erweist sich indessen eine unbesehene, pauschale Heranziehung der Erbunwürdigkeitsgründe zur Annahme von ihrerseits Rechtsmissbrauch begründenden ehedüterrechtlichen Konstellationen in mehrfacher Hinsicht als *problematisch*. Denn schon nur der Vergleich der Tatbestandsvarianten von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1–4 ZGB zeigt, dass diese in einer wertenden Betrachtung – wie sie für die Beurteilung von Rechtsmissbrauch anzustellen ist – eine durchaus *unterschiedliche Intensität* aufweisen. So erscheint die Tötung des Erblassers (Ziff. 1) als krasser Fall, wohingegen sich die Beseitigung oder Ungültigmachung einer Verfügung von Todes wegen (Ziff. 4) eher als milderer Fall erweist. Das allgemeine Gerechtigkeitsgefühl – wie es im Kontext des Art. 2 Abs. 2 ZGB ebenfalls von Relevanz ist – nimmt den Rechtsmissbrauch denn auch eher bei einer Tötung an als bei einer Ungültigmachung einer Verfügung von Todes wegen. Allerdings ist – bereits aus strafrechtlicher Perspektive – auch Tötung nicht gleich Tötung: Ein Mord (Art. 112 StGB) wird als schwerere Verfehlung betrachtet als ein Totschlag (Art. 113 StGB).<sup>35</sup> In diesem Sinne ist man geneigt, den Rechtsmissbrauch eher beim Mord anzunehmen als bei einem Totschlag, zumal bei letzterem oftmals ein gewisses Verständnis für den Täter – z.B. bei seitens des Getöteten ausgeübter grober Tyrannei – vorhanden ist. Im Rahmen der gesetzlichen Regelung der Erbunwürdigkeit wird eine solche, nach der Art des konkreten Tötungsdeliktes differenzierende Betrachtung allerdings nicht vorgenommen.<sup>36</sup> Vielmehr ist die erbrechtliche Würdigung und Rechtsfolgenfestlegung

---

<sup>33</sup> Weil eine genaue Definition des Rechtsmissbrauchs nicht möglich ist, werden zu seiner Konkretisierung methodisch meist Fallgruppen gebildet; siehe HONSELL, BaKomm (Fn. 31), N 24, 37 ff. zu Art. 2 ZGB.

<sup>34</sup> So etwa AEBI-MÜLLER (Fn. 6), S. 423, unter Bezugnahme auf BGE 74 II 202 E. 4.

<sup>35</sup> Von der Systematik der Tötungsdelikte gilt denn auch der Mord als qualifizierter, der Totschlag hingegen als privilegierter Tatbestand; vgl. SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/STÖSSEL JASMINE, Kommentar zu Vor Art. 111 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 4. A., Basel 2018, N 69 zu Vor Art. 111 StGB.

<sup>36</sup> Bei Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB werden grundsätzlich alle Tatbestände von Art. 111–116 StGB (mit Ausnahme von Art. 114 StGB) als ausreichend betrachtet; vgl. ABT, PraxKomm

ganz allgemein die genau gleiche, unabhängig davon, ob es um eine Tötung oder eine Ungültigmachung einer Verfügung von Todes wegen geht.

Diese Überlegungen zeigen, dass die generell-abstrakt statuierten Erbu unwürdigkeitstatbestände sich nicht pauschal zur Qualifikation von kasuistisch als rechtsmissbräuchlich zu beurteilenden Konstellationen heranziehen lassen.<sup>37</sup> Zwar kann sich das Gericht bei seiner Begründung des Rechtsmissbrauchs an Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1–4 ZGB orientieren. Es kommt dabei jedoch nicht umhin, *sämtliche Aspekte des Einzelfalls* in seine Würdigung miteinfließen zu lassen.

### 3. Rechtsfolgen von Art. 2 Abs. 2 ZGB

#### 3.1 *Einschränkung der Rechtsausübung*

Liegt ein Rechtsmissbrauch vor, so wird die Rechtsausübung nach Art. 2 Abs. 2 ZGB eingeschränkt. Ob diese Einschränkung bereits den Inhalt des Rechts betrifft (sog. *Innentheorie*) oder aber eine Ausübungsschranke im Sinne eines Gegenrechts darstellt (sog. *Aussentheorie*), ist umstritten.<sup>38</sup> Im vorliegend interessierenden Kontext braucht auf diese Streitfrage indessen nicht näher eingegangen zu werden. Vielmehr genügt es festzuhalten, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB die Rechtsausübung einschränkt, mithin der Berechtigte das ihm zustehende subjektive Recht nicht wahrnehmen kann.

Güterrechtliche Ansprüche sind regelmässig Forderungsrechte,<sup>39</sup> die den Ehegatten bzw. deren Erben zustehen (vgl. auch Art. 215 Abs. 1 und 241 Abs. 1 ZGB) und von diesen geltend gemacht werden können. Liegt ein Rechtsmissbrauch vor, so kann die berechtigte Person nach dem soeben Ausgeführten das ihr zukommende Recht nicht ausüben. Damit wird aber nicht etwa das Ehegüterrecht in corpore unanwendbar. Vielmehr wird lediglich – aber immerhin – die *spezifische*

---

(Fn. 2), N 22 zu Art. 540 ZGB; SCHWANDER, BaKomm (Fn. 2), N 7 zu Art. 540 ZGB; ferner ESCHER, ZüKomm (Fn. 2), N 8 zu Art. 540 ZGB.

<sup>37</sup> Insoweit ähnlich auch Oberlandesgericht Karlsruhe, Az.: 2 UF 267/85 (Redaktioneller Leitsatz 1).

<sup>38</sup> Vgl. HONSELL, BaKomm (Fn. 31), N 25 zu Art. 2 ZGB; ausführlich zu den beiden Theorien GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 45 ff.

<sup>39</sup> So für die Errungenschaftsbeteiligung HUWILER BRUNO, Beiträge zur Dogmatik des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung, in: Kaufmann H. Albert/Huwiler Bruno (Hrsg.), Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Bern 1988, S. 63 ff., 77.

*Geltendmachung des konkreten güterrechtlichen Anspruchs durch den rechtsmissbräuchlich Handelnden ausgeschlossen.*

### 3.2 Umfang

#### a) Im Allgemeinen

Wenn der überlebende Ehegatte infolge Rechtsmissbrauchs seine güterrechtlichen Ansprüche nicht ausüben kann, ist weiter der Umfang der Einschränkung zu bestimmen. Umfang meint in diesem Kontext einerseits den *konkreten (geldwerten) Betrag* und andererseits den *abstrakteren Inhalt des Rechts*.

In Bezug auf den konkreten *Betrag* sind zwei Ansätze möglich. Zum einen könnte der Rechtsmissbrauch in einem weitergehenden Schritt selbst noch näher qualifiziert werden. So würde etwa bei schweren Fällen der güterrechtliche Anspruch vollständig entfallen, bei leichteren Fällen wäre er lediglich *zu kürzen*.<sup>40</sup> Zum anderen wäre ein «*Alles oder Nichts*»-Ansatz möglich: Entweder besteht ein güterrechtlicher Anspruch oder er besteht nicht. Nach hier vertretener Ansicht vermag nur der zweite Ansatz zu überzeugen. Denn eine näher differenzierende Betrachtung des Rechtsmissbrauchs würde zu nicht unerheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Überdies würde damit das Gericht unter Umständen dazu verleitet, Grenzfälle eher als rechtsmissbräuchlich einzustufen, weil der verbleibenden Unsicherheit mit einer – umfangmässig variierenden – Betragskürzung entgegen gewirkt werden könnte.

In Bezug auf den *Inhalt* des (Forderungs-)Rechts lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen treffen. Infolge ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung sind die Er rungenschaftsbeteiligung (V.3.2.b. sogleich) und die Gütergemeinschaft (V.3.2.c. hienach) getrennt voneinander zu betrachten.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Ein solches System der Kürzung der güterrechtlichen Ansprüche ist etwa im deutschen Recht in § 1381 BGB vorgesehen; vgl. THIELE BURKHARD, Kommentar zu §§ 1363–1407 BGB, in: Coester Michael (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht, Eheliches Güterrecht 1 – Gesetzliches Güterrecht, §§ 1363–1407 BGB, Berlin 2017, N 28 zu § 1381 BGB. Ein vollständiges Entfallen der güterrechtlichen Ansprüche wird nur in «krass gelagerten Ausnahmefällen» angenommen; so KOCH ELISABETH, Kommentar zu §§ 1363–1390 BGB, in: Säcker Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, Familienrecht I, §§ 1297–1588 BGB, 8. A., München 2019, N 36 zu § 1381 BGB.

<sup>41</sup> Weil die Gütertrennung keine eigentlichen güterrechtlichen Ansprüche kennt, stellt sich bei ihr die Frage nicht.

*b) Bei der Errungenschaftsbeteiligung*

In der Errungenschaftsbeteiligung beträgt der güterrechtliche Anspruch des überlebenden Ehegatten von Gesetzes wegen die *Hälfte des Vorschlags* des Erblassers (Art. 215 Abs. 1 ZGB) oder eine durch Ehevertrag *abweichend vereinbarte Quote* (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Liegt Rechtsmissbrauch vor, so kann der erbunwürdige überlebende Ehegatte seinen Vorschlagsanspruch nicht geltend machen. Die Erben ihrerseits können den ihnen zukommenden Anspruch ungeachtet des Rechtsmissbrauchs ausüben.

*Beispiel 1:* Der Erblasser hat einen Vorschlag von CHF 250'000.00, der erbunwürdige überlebende Ehegatte weist demgegenüber keine Errungenschaft auf. Der Anspruch des letzteren bezieht sich – nach der gesetzlichen hälftigen Vorschlagsbeteiligung – auf CHF 125'000.00. Infolge Rechtsmissbrauchs kann dieser Betrag nicht gefordert werden, sondern fällt in den Nachlass des Erblassers, an welchem der überlebende Ehegatte aufgrund von Art. 540 ZGB nicht partizipiert.

Fraglich ist, ob der Rechtsmissbrauch auch die in Art. 215 Abs. 2 ZGB vorgesehene *Verrechnung* der Vorschlagsforderungen ausschliesst. Nach hier vertretener Ansicht kann der Rechtsmissbrauch keinen Einfluss auf die Verrechnung haben. Denn bei dieser handelt es sich nicht um ein subjektives Recht im Sinne einer Einrede, sondern um eine Verrechnung *von Gesetzes wegen*,<sup>42</sup> welche unabhängig vom Willen der Ehegatten besteht und insoweit a priori nicht rechtsmissbräuchlich sein kann.

*Beispiel 2:* Der Erblasser hat einen Vorschlag von CHF 100'000.00, der erbunwürdige überlebende Ehegatte einen solchen von CHF 30'000.00. Dem Erblasser bzw. dessen Erben steht ein Anspruch von CHF 15'000.00 zu, dem überlebenden Ehegatten ein solcher von CHF 50'000.00. In Anwendung von Art. 215 Abs. 2 ZGB haben die Erben infolge Verrechnung keinen Anspruch und der überlebende Ehegatte kann seinen Anspruch über CHF 35'000.00 wegen Rechtsmissbrauchs nicht geltend machen. Rechnerisch stehen somit CHF 100'000.00 den Erben zu und CHF 30'000.00 dem überlebenden Ehegatten.

Im Falle der *Zuweisung des gesamten Vorschlags an den überlebenden Ehegatten* nach Art. 216 Abs. 1 ZGB fällt diese bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs zwar

---

<sup>42</sup> Vgl. dazu HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Kommentar zu Art. 181–251 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. A., Basel 2018, N 10 zu Art. 215 ZGB; STECK DANIEL/FANKHAUSER ROLAND, Kommentar zu Art. 196–220 ZGB, in: Schwenzer Ingeborg/Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 3. A., Bern 2017, N 2 zu Art. 215 ZGB; WOLF/MINNIG (Fn. 5), Rn. 812.

nicht per se dahin. Allerdings kann der überlebende Ehegatte die ihm aus dem entsprechenden Ehevertrag zustehenden Rechte nicht geltend machen. Einerseits kann er damit sein *Forderungsrecht* gegenüber den Erben des Verstorbenen auf Ausrichtung des Vorschlages des Erblassers *nicht ausüben*, und zwar weder auf den ehevertraglich vereinbarten ganzen noch auf den von Gesetzes wegen vorgesehenen hälftigen Erblässervorschlag. Andererseits kann der überlebende Ehegatte sich auch nicht gegen die Forderung der Erben wehren, die sich nach der gesetzlichen Regelung von Art. 215 Abs. 1 ZGB auf eine hälftige Beteiligung derselben an seinem eigenen Vorschlag bezieht. Dogmatisch lässt sich dies dadurch begründen, dass mit der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung dem überlebenden Ehegatten eine *Einrede* eingeräumt wird, um sich gegen Forderungen auf seinen hälftigen Vorschlag zu wehren. Diese Einrede kann der überlebende Ehegatte nun allerdings infolge seines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens *nicht erheben*.

*Beispiel 3:* Der Erblasser hat einen Vorschlag von CHF 100'000.00, der erbenwürdige überlebende Ehegatte einen solchen von CHF 30'000.00. Die Ehegatten haben ehevertraglich eine Vorschlagszuweisung zugunsten des überlebenden Ehegatten vereinbart. Dieser kann seine Forderung über CHF 100'000.00 wegen Rechtsmissbrauchs nicht geltend machen. Die Erben ihrerseits haben gegen den überlebenden Ehegatten eine güterrechtliche Forderung von CHF 15'000.00; der überlebende Ehegatte kann dagegen – wegen Rechtsmissbrauchs – die ihm aus dem Ehevertrag zustehende Einrede nicht erheben. Rechnerisch stehen somit CHF 115'000.00 den Erben zu und CHF 15'000.00 dem überlebenden Ehegatten.<sup>43</sup>

### c) *Bei der Gütergemeinschaft*

Bei der Gütergemeinschaft erweist sich die Beurteilung als komplexer. Eine Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots auf den Anspruch des überlebenden Ehegatten würde nämlich dazu führen, dass dieser nicht am Gesamtgut partizipiert und dieses vollständig in den Nachlass fällt. Ein solches Ergebnis erscheint – selbst bei schwer verwerflichem Handeln – als stossend. Es ist deshalb eine *vermittelnde und differenziertere Betrachtung* angebracht.

Nach hier vertretener Ansicht wäre in solchen Fällen – entsprechend dem aufgehobenen aArt. 225 Abs. 3 ZGB (IV.3. hievor) – Art. 241 ZGB zugunsten von

---

<sup>43</sup> Damit ergibt sich, dass der erbenwürdige überlebende Ehegatte im Falle einer ehevertraglichen Vorschlagszuweisung weniger erhält als bei der gesetzlichen hälftigen Vorschlagsbeteiligung. Der Grund dafür liegt darin, dass bei der integralen Vorschlagszuweisung keine Verrechnungslage besteht und deshalb die vom Rechtsmissbrauch nicht erfasste gesetzliche Verrechnungsnorm des Art. 215 Abs. 2 ZGB nicht zum Tragen kommen kann. Vgl. dazu die Ausführungen vor Beispiel 2 hievor.

Art. 242 ZGB zu derogieren, d.h. die *Regelung der Gesamtgutsteilung für den Fall der Scheidung usw. anzuwenden*. Damit kann der erbunwürdige überlebende Ehegatte seinen Anspruch lediglich auf bestimmte Vermögensgegenstände nicht ausüben. Denn diesfalls nimmt jeder Ehegatte vom Gesamtgut zurück, was unter der Errungenschaftsbeteiligung sein Eigengut wäre (Art. 242 Abs. 1 ZGB). Das übrige Gesamtgut fällt dem überlebenden Ehegatten und dem Erblasser bzw. dessen Erben je zur Hälfte zu (Art. 242 Abs. 2 ZGB). Zwar kann dem erbunwürdigen überlebenden Ehegatten so je nach Konstellation immer noch ein namhafter Wert zufließen. Ein vollständiger Anspruchsentzug käme indessen einer eigentlichen Vermögenseinziehung gleich und liesse sich – zumindest *de lege lata* – kaum rechtfertigen.

## **VI. Zusammenfassung**

Nach den vorstehenden Ausführungen sind die Erbunwürdigkeitstatbestände von Art. 540 ZGB auf die güterrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten nicht anwendbar. Stossenden und unbilligen Ergebnissen kann diesbezüglich nur über das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) begegnet werden. Dabei korrelieren die Tatbestandsvarianten der Erbunwürdigkeit nicht per se mit den als rechtsmissbräuchlich einzustufenden Konstellationen. Vielmehr hat das Gericht in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Geltendmachung güterrechtlicher Ansprüche durch den überlebenden Ehegatten einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt. Ist dies zu bejahen, so führt eine Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB für die Errungenschaftsbeteiligung und die Gütergemeinschaft zu unterschiedlichen Ergebnissen.