

 jetzt bestellen

# DER MENSCH ALS MASS

Festschrift für Peter Breitschmid

Herausgegeben von

Ruth Arnet

Paul Eitel

Alexandra Jungo

Hans Rainer Künzle



Schulthess 

# DER MENSCH ALS MASS

Festschrift für Peter Breitschmid

Herausgegeben von

Ruth Arnet

Paul Eitel

Alexandra Jungo

Hans Rainer Künzle

Schulthess § 2019

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 · Basel · Genf 2019  
ISBN 978-3-7255-7927-3

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

# Inhaltsübersicht

Dank	V
Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV

## I. Grundlagen

ANDREA BÜCHLER

### **Bioethik und Recht**

... im Angesicht gesellschaftlicher Pluralität	3
--	---

JEAN NICOLAS DRUEY

### **Offene Rechtsnormen – Ein Votum für Subjektivität im Recht**

15

KARLHEINZ MUSCHELER

### **Der Begriff der Unfreiheit in der Philosophie Spinozas**

31

ANDREAS THIER

### **Zeit im ZGB**

57

## II. Personen- und Familienrecht

REGINA AEBI-MÜLLER / ANNE-SOPHIE MORAND

### **«Projekt Krematoriumsleichenschau» – Von Pietätsgefühlen und anderen Interessen**

73

YVO BIDERBOST

### **Erwachsenenschutz: Subsidiarität über alles?!**

(mit Gedanken zu Vollmachten und Urteilsunfähigkeit)

91

MARGARETA BADDELEY

### **Le remodelage du droit de la famille suisse**

113

ANATOL DUTTA <b>Mehrelternschaft jenseits der elterlichen Verantwortung – wenn ja, mit welchen Rechtsfolgen?</b>	131
CHRISTIANA FOUNTOULAKIS <b>«Digital Natives» – Kinder, Smartphones und die KESB</b>	145
THOMAS GEISER <b>Kapital oder Rente? – Zur Bezahlung des nahehelichen Unterhalts</b>	161
ALEXANDRA JUNGO <b>Nachehelicher Unterhalt: Wer trägt wofür die Beweislast?</b>	173
JOHANNES REICH <b>«A Bigger Bang for a Buck» – Staatliche Warnungen und Empfehlungen zwischen Grundrechtsschutz, Kindeswohl und Aufmerksamkeitsökonomie</b>	185
ANTON K. SCHNYDER/GIAN ANDRI CAPAUL <b>Elternschaft von Transmenschen</b>	201
<b>III. Erbrecht</b>	
RUTH ARNET/ANNE ELISABETH SCHNIERER <b>Stunde der Wahrheit? – Informationsansprüche der Erben im Kontext der Publizität des Grundbuchs</b>	221
WALTER BOENTE <b>Die Ausgleichung – neu gelesen</b>	237
PHILIP R. BORNHAUSER <b>Einfluss des Erbteilungsvertrags auf die Willensvollstreckung</b>	255
PAUL EITEL <b>Der letzte Wille des Erblassers – Notizen zu aktuellen Entwicklungen</b>	271

ROLAND FANKHAUSER/THIERRY BURCKHARDT <b>Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?</b>	289
ISABEL GEISSBERGER/ANNINA VÖGELI <b>Ausgewählte kindesschutz- und erbrechtliche Aspekte beim Erbvertrag</b>	305
TARKAN GÖKSU <b>Das Problem des Rechtsbegehrens im Erbrecht</b>	321
HELMUT HEISS <b>Die liechtensteinische Stiftung und das Pflichtteilsrecht</b>	343
STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT <b>Widerruf des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung</b>	359
WALTER KRUG <b>Die Rechte der Erben vor dem Erbfall nach deutschem Recht</b>	375
HANS RAINER KÜNZLE <b>Schiedsfähigkeit von Erbsachen</b>	403
BETTINA LIENHARD/MICHAEL LÜDI <b>Schattierungen der Handlungs(un)fähigkeit und ihre Bedeutung aus Sicht des Erblassers</b>	425
AUGUST MÄCHLER <b>Wenn Gemeinden erben ...</b>	449
DENIS PIOTET <b>Stipulation d'un avancement d'hoirie et ordonnance de rapport – Quelques réflexions chronologiques sur les conséquences de leur nature juridique</b>	463

HANS MICHAEL RIEMER <b>Testamentarisch sowie erb- und schenkungsvertraglich errichtete unselbständige Stiftungen</b>	471
IVO SCHWANDER <b>Bewegt sich das internationale Erbrecht?</b>	479
SANDRA SPIRIG <b>Pflichtteilsansprüche und überschuldeter Nachlass</b>	491
DANIEL STECK <b>Betrachtungen zur Nachlassabwicklung und zum Erbschaftserwerb – Erinnerungen an einen Fall aus der Werkstatt eines ehemaligen zürcherischen Einzelrichters in nichtstreitigen Rechtssachen (Erbschaftssachen)</b>	505
PAUL-HENRI STEINAUER <b>L'art. 613 al. 3 CC à la lumière de l'arrêt 143 III 425</b>	519
RENÉ STRAZZER/ALEXANDRA ZEITER <b>Erbengemeinschaft oder einfache Gesellschaft: was jetzt?</b>	531
THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN <b>«Tombola iudicialis» – das Los der uneinigen Erben? Wege zur Auflösung der Erbengemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Teilungsgerichts</b>	543
STEPHAN WOLF/TOBIAS BUFF <b>Der in der Erbschaft nicht mehr vorhandene Vermächtnisgegenstand – insbesondere zu dessen Verkauf durch den Beistand des Erblassers</b>	559
<b>IV. Verfahrensrecht</b>	
SAMUEL BAUMGARTNER/MARTIN HEISCH <b>Ermittlung schuldnerischen Vermögens im Pfändungsverfahren</b>	577

INGRID JENT-SØRENSEN

**Unsichere Sicherheiten – Stationen einer Grundpfandbetreibung** 593

ISAAK MEIER

**Kollektiver Rechtsschutz für die Schweiz**

Eine erste kritische Würdigung des Regelungsvorschlags im Vorentwurf  
des Bundesrates für die ZPO Revision vom 2. März 2018 609

Schriftenverzeichnis 627

## **Der in der Erbschaft nicht mehr vorhandene Vermächtnisgegenstand – insbesondere zu dessen Verkauf durch den Beistand des Erblassers**

### **Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Ausgangslage .....</b>	<b>560</b>
<b>II. Widerruf der letztwilligen Verfügung durch spätere lebzeitige Verfügung über die Sache (Art. 511 Abs. 2 ZGB) .....</b>	<b>561</b>
1. Allgemeines .....	561
2. Gültigkeitsvoraussetzungen .....	562
2.1 Verfügungsfähigkeit .....	562
2.2 Widerrufswille («animus revocandi») .....	562
2.3 Persönliches Handeln.....	563
a) Materielle Höchstpersönlichkeit.....	563
b) Formelle Höchstpersönlichkeit.....	563
3. Beurteilung des Verkaufs durch den Beistand des Erblassers .....	564
<b>III. Nichtvorhandensein der vermachten Sache in der Erbschaft (Art. 484 Abs. 3 ZGB) .....</b>	<b>565</b>
1. Abgrenzung vom Widerruf durch spätere lebzeitige Verfügung i.S.v. Art. 511 Abs. 2 ZGB .....	565
2. Zur Veräußerung durch den Beistand.....	565
<b>IV. Ersatzleistung an den Vermächtnisnehmer .....</b>	<b>567</b>
1. Vorbemerkung .....	567
2. Verschaffungsvermächtnis.....	568
3. Surrogat bzw. Ersatzwertvermächtnis.....	568
3.1 Allgemeines .....	568
3.2 Auslegung des Vermächtnisinhalts.....	569
3.3 Umstände der Veräußerung sowie Art und Aufbewahrung des Ersatzobjekts.....	570

---

\* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern

\*\* MLaw, Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern

4. Stellvertretendes commodum .....	570
<b>V. Schlussbemerkungen .....</b>	<b>573</b>

## I. Ausgangslage

Zwischen der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen und der diese aktuell werden lassenden Eröffnung des Erbganges liegt nicht selten eine längere Zeitspanne, in der sich die *Vermögensverhältnisse des Erblassers* regelmässig – und unter Umständen sogar ganz erheblich – *verändern*. Es kommt deshalb durchaus vor, dass der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag Anordnungen über Vermögensgegenstände getroffen hat, die ihm später nicht mehr gehören und mithin im Nachlass nicht mehr vorhanden sind.

Namentlich kann die *Bestreitung des notwendigen Lebensbedarfs des Erblassers* – besonders auch die Begleichung der mitunter hohen Alters- und Pflegekosten – dazu führen, dass *Vermögensobjekte*, die für den Fall des Ablebens in der Gestalt von Legaten zugewendet worden sind, *lebzeitig veräussert werden (müssen)*. Dabei kann sich auch der mit der Vermögensverwaltung betraute *Beistand* einer betagten und hilfsbedürftigen Person dazu veranlasst sehen, mit entsprechender Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) ein im Eigentum der betagten Person und späteren Erblasserin stehendes Grundstück zu verkaufen, welches bereits Gegenstand eines vorgängig angeordneten Vermächtnisses bildet. Wie stellt sich in dieser Konstellation die Rechtslage dar? Sofern im Erbgang eine Kaufpreisrestanz aus der Veräusserung des Grundstückes oder des sonstigen legierten Objektes noch vorhanden sein sollte, wird der Vermächtnisnehmer diese Summe regelmässig als Surrogat für den verkauften Vermächtnisgegenstand von den Vermächtnisschuldern – d.h. in der Regel von den Erben (vgl. Art. 562 Abs. 1 ZGB) – für sich beanspruchen. Die Vermächtnisschuldner ihrerseits werden sich namentlich auf den Standpunkt stellen, die Verpflichtung zur Ausrichtung des Vermächtnisses sei erloschen, weil dessen Gegenstand sich in der Erbschaft nicht mehr vorfinde (Art. 484 Abs. 3 ZGB).

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der soeben angesprochenen *Problematik eines in der Erbschaft nicht mehr vorhandenen Vermächtnisobjekts*, insbesondere dem Verkauf eines vermachten Gegenstandes durch den Beistand mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Dabei werden auch mögliche Argumentationsszenarien hinsichtlich der zwischen Vermächtnisschuldner und Vermächtnisnehmer sich einstellenden Rechtslage diskutiert. Die Ausführungen beziehen sich ausschliesslich auf ein *durch letztwillige Verfügung angeordnetes Legat*. Bei einem erbvertraglich vereinbarten Vermächtnis wären zusätzlich zu den hiernach angestellten Überlegungen auch die damit geschaffene Bindungswirkung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu beachten. Die Betrachtungen werden zudem für das *Speziesvermächtnis* angestellt; für Gattungsvermächtnisse gestaltete sich die Lage in verschiedener Hinsicht anders.

Im Folgenden wird zunächst die Frage besprochen, ob die Veräusserung einen *Widerruf einer letztwilligen Verfügung durch spätere lebzeitige Verfügung* über eine bestimmte Sache (Art. 511 Abs. 2 ZGB) darstellt (Ziff. II). Anschliessend ist näher einzugehen auf Art. 484 Abs. 3 ZGB, wonach *Vermächtnisse einer bestimmten Sache grundsätzlich dann nicht geschuldet sind, wenn sich diese in der Erbschaft nicht vorfindet* (Ziff. III). Sodann wird untersucht, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen dem Vermächtnisnehmer eine *Ersatzleistung* für den im Nachlass nicht mehr vorhandenen Vermächtnisgegenstand zustehen könnte (Ziff. IV). Gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse folgen kurze *Schlussbemerkungen* (Ziff. V).

## II. Widerruf der letztwilligen Verfügung durch spätere lebzeitige Verfügung über die Sache (Art. 511 Abs. 2 ZGB)

### 1. Allgemeines

Das ZGB sieht allgemein für die *rechtsgeschäftliche Aufhebung von letztwilligen Verfügungen* vier unterschiedliche Formen vor.<sup>1</sup> Der formelle Widerruf erfolgt entweder explizit durch Errichtung eines Widerrufstestaments (Art. 509 ZGB) oder implizit, indem das zu widerrufende Testament durch eine spätere letztwillige Verfügung ersetzt wird (Art. 511 Abs. 1 ZGB). Im Sinn einer konkludenten Aufhebungshandlung kann der Erblasser die Testamentsurkunde vernichten (Art. 510 Abs. 1 ZGB) oder lebzeitig über eine bestimmte Sache verfügen (Art. 511 Abs. 2 ZGB).<sup>2</sup>

In der hier interessierenden Fallkonstellation eines vom Beistand des Erblassers verkauften, bereits durch Testament zugewiesenen Vermächtnisgegenstands könnte die *Widerrufsform der späteren lebzeitigen Verfügung* nach Art. 511 Abs. 2 ZGB von Relevanz sein. Es fragt sich, ob das zu Lebzeiten gültig abgeschlossene und vollzogene Rechtsgeschäft über die vermachte Sache die vorbestehende letztwillige Verfügung aufzuheben vermag.<sup>3</sup> Als Rechtsgeschäft unter Lebenden braucht es die erbrechtlichen Formvorschriften nicht einzuhalten. Die Wirkung als Widerrufsform einer letztwilligen Verfügung und mithin die erbrechtliche Bedeutung wird ihm vom Gesetz (Art. 511 Abs. 2

---

<sup>1</sup> WEIGOLD HERMANN, *Aufhebung und Änderung letztwilliger Verfügungen*, Diss. Zürich, Zürich 1969, S. 8.

<sup>2</sup> Zu den Formen der Aufhebung der letztwilligen Verfügung allgemein auch WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Bern 2017, Rz. 476 ff.

<sup>3</sup> Die Möglichkeit, ein Vermächtnis i.S.v. Art. 509–511 ZGB einseitig zu widerrufen, besteht nur dann, wenn dieses in einer letztwilligen Verfügung bzw. als testamentarische Klausel in einem Erbvertrag angeordnet wurde. Bildet das Vermächtnis den Gegenstand einer vertraglichen und damit bindenden Verfügung eines Erbvertrags, so ist eine einseitige Aufhebung nur unter besonderen Umständen möglich (vgl. namentlich Art. 513 Abs. 2 ZGB). Zur einseitigen Aufhebung des Erbvertrages allgemein WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Rz. 517 ff.

ZGB) verliehen, weshalb derartige lebzeitige Rechtsgeschäfte materiell betrachtet zugleich auch Verfügungen von Todes wegen darstellen.<sup>4</sup>

Die aufgezeigten Möglichkeiten der Testamentsaufhebung grenzen sich durch ihre unterschiedliche äussere Form voneinander ab, nicht jedoch hinsichtlich der allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen für Verfügungen von Todes wegen. Diese müssen auch bei der Widerrufsform der späteren lebzeitigen Verfügung erfüllt sein, denn die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung ist ihrerseits stets auch eine (negative) Verfügung von Todes wegen.<sup>5</sup>

## 2. Gültigkeitsvoraussetzungen

### 2.1 Verfügungsfähigkeit

Die rechtsgeschäftliche Aufhebung einer letztwilligen Verfügung setzt – wie deren Errichtung – voraus, dass der Erblasser im Zeitpunkt ihrer Vornahme *verfügungsfähig* gemäss Art. 467 ZGB ist; mithin müssen Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit gegeben sein.<sup>6</sup> Verfügungsfähig können auch Personen sein, über die eine Beistandschaft errichtet wurde, dies selbst dann, wenn diese umfassend i.S.v. Art. 398 ZGB ist.<sup>7</sup> Das Vorliegen einer behördlichen Massnahme kann jedoch im Einzelfall ein mehr oder weniger zu gewichtendes Indiz für die Urteilsunfähigkeit darstellen.<sup>8</sup>

### 2.2 *Widerrufswille* («*animus revocandi*»)

Die Testamentsaufhebung muss vom *Widerrufswillen des Erblassers*, dem sog. «*animus revocandi*», getragen sein.<sup>9</sup> Es handelt sich dabei um das Pendant zum Testierwillen, welcher unerlässliche Voraussetzung für das Vorliegen und die Gültigkeit einer i.S.v. Art. 498 ff. ZGB errichteten letztwilligen Verfügung ist.<sup>10</sup> Art. 511 Abs. 2 ZGB statuiert

---

<sup>4</sup> WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, SPR IV/1, Basel 2012, S. 369.

<sup>5</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Rz. 474; DORJEE-GOOD ANDREA, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 509–511 ZGB N 11.

<sup>6</sup> TUOR PETER, in: Berner Kommentar, Art. 457–536 ZGB, 2. A., Bern 1952, Art. 509–511 ZGB N 10; WEIGOLD (Fn. 1), S. 98; STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit de successions, 2. A., Bern 2015, N 725; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Rz. 474.

<sup>7</sup> ZEITER ALEXANDRA/SCHRÖDER ANDREAS, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, Art. 467 ZGB N 12; WEIMAR PETER, in: Berner Kommentar, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009, Art. 467 ZGB N 15.

<sup>8</sup> Vgl. PraxKomm-ZEITER/SCHRÖDER (Fn. 7), Art. 467 ZGB N 12.

<sup>9</sup> Der «*animus revocandi*» ist als eine Unterart des «*animus testandi*», d.h. des Testierwillens, zu verstehen; dazu WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Rz. 474, und auch sogleich im Text. S. weiter BGer 5C.133/2002 E. 2.4.1.

<sup>10</sup> BGE 116 II 117 E. 7c; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 197.

für den Fall der späteren lebzeitigen Verfügung über eine bestimmte vermachte Sache eine gesetzliche Vermutung des Widerrufswillens.<sup>11</sup>

Ob beim – vorliegend namentlich interessierenden – Verkauf des vermachten Grundstückes durch den Beistand ein Widerrufswille des Erblassers vorliegt, hängt von den konkreten Umständen ab, insbesondere davon, ob der Erblasser überhaupt Kenntnis vom Verkauf hatte und auch wirksam einen entsprechenden Willen zu bilden vermochte.<sup>12</sup>

### 2.3 *Persönliches Handeln*

#### a) **Materielle Höchstpersönlichkeit**

Weil die Aufhebung des Testaments als Verfügung von Todes wegen ein absolut höchstpersönliches Rechtsgeschäft darstellt, wird dafür persönliches und alleiniges Handeln des Erblassers vorausgesetzt.<sup>13</sup> Nach dem Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit *muss der Erblasser den massgeblichen Inhalt seiner Anordnungen selber festlegen*.<sup>14</sup> Es ist nicht möglich, dazu einen Dritten zu ermächtigen, dies auch dann nicht, wenn dieser – wie gegebenenfalls der Beistand – im Rechtsverkehr gesetzlicher Vertreter des Erblassers ist. Ebenso unzulässig ist es, die Geltung einer Verfügung von Todes wegen vom Willen eines Dritten abhängig zu machen.<sup>15</sup>

#### b) **Formelle Höchstpersönlichkeit**

Gemäss dem Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit ist auch *der Akt des Verfügens zwingend an die Person des Erblassers gebunden*.<sup>16</sup> Verfügungen von Todes wegen und damit auch letztwillige Verfügungen sind gänzlich vertretungsfeindlich.<sup>17</sup> Bei der Aufhebung durch spätere lebzeitige Verfügung nach Art. 511 Abs. 2 ZGB besteht die Form in der Vornahme der entsprechenden konkludenten Handlung. Die spätere Verfügung inter vivos kann auch rein aus einem Verpflichtungsgeschäft ohne tatsächliche Übertragung der Sache bestehen, weil die Interessenlage des Erblassers dieselbe

---

<sup>11</sup> ESCHER ARNOLD, in: Zürcher Kommentar, Art. 457–536 ZGB, 3. A., Zürich 1959, Art. 511 ZGB N 7; BADERTSCHER PIA, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amtstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli-Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Zürich 2016, Art. 511 ZGB N 3. A.M. BK-WEIMAR (Fn. 7), Art. 509–511 ZGB N 30.

<sup>12</sup> Aus der blossen Duldung der Veräusserung kann freilich nicht ohne weiteres auf einen Widerrufswillen geschlossen werden; so BREITSCHMID PETER, Hinweise zur Begleitung von Verbeiständeten bei Abschluss eines Erbvertrags, *successio* 2/2015, S. 138 ff, 144.

<sup>13</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Rz. 474 i.V.m. 280 f.

<sup>14</sup> BREITSCHMID PETER, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. A., Basel 2015, Art. 498 ZGB N 12.

<sup>15</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Rz. 289.

<sup>16</sup> CHK-DORJEE-GOOD (Fn. 5), Art. 498 ZGB N 2.

<sup>17</sup> DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 8 N 16 f.

ist.<sup>18</sup> Das Bundesgericht versteht den Begriff der Verfügung in Art. 511 Abs. 2 ZGB hingegen im technischen Sinn als ein dingliches Rechtsgeschäft; nach seiner Auffassung werden einzig Verfügungsgeschäfte von Art. 511 Abs. 2 ZGB erfasst.<sup>19</sup>

### 3. Beurteilung des Verkaufs durch den Beistand des Erblassers

Je nach konkret gegebener Situation ist die *Beurteilung* des nachträglichen Verkaufs des vermachten Objektes durch den Beistand des Erblassers *unterschiedlich vorzunehmen*.

Ist der Erblasser *verfügungsfähig* und hat er einen entsprechenden *Widerrufswillen*, so bleibt es *dennoch zweifelhaft*, ob er i.S.v. Art. 511 Abs. 2 ZGB lebzeitig verfügen und damit sein Testament widerrufen kann. Denn aufgrund der entsprechend angeordneten Beistandschaft ist es ihm nicht möglich, eine wirksame Veräusserung des Vermächtnisgegenstands selber vorzunehmen. Die Veräusserung hängt vielmehr vom Beistand und zusätzlich von der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 und 5 ZGB) ab. Damit stellt sich die Frage nach der Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen und dem sich daraus konkret ergebenden *Erfordernis des persönlichen Vorgehens des Testators*. In der Lehre wird diesbezüglich vorgeschlagen, der Erblasser könne für den blossen Abschluss des lebzeitigen Rechtsgeschäfts seinen Beistand als Werkzeug beiziehen und somit gleichwohl die erbrechtlichen Wirkungen von Art. 511 Abs. 2 ZGB herbeiführen.<sup>20</sup> Die Möglichkeit der Beiziehung einer Drittperson als sog. «willenloses Werkzeug» wird in der Lehre auch beim Widerruf durch Vernichtung (Art. 510 Abs. 1 ZGB) diskutiert und dort mehrheitlich bejaht.<sup>21</sup> Nimmt der vom Erblasser beigezogene Beistand die Veräusserung aber nicht vor, so wird das Vermächtnis infolge des Fehlens der vorausgesetzten äusseren Handlung nicht widerrufen. Zweifelhaft bleibt, ob bereits das vom Verfügungsfähigen Erblasser an den Beistand gerichtete Ersuchen um Veräusserung des entsprechenden Gegenstands als lebzeitige Verfügung i.S.v. Art. 511 Abs. 2 ZGB zu genügen vermag. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>22</sup> ist das zu verneinen.

Nimmt der *Beistand* selbständig mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) die *Veräusserung* eines vom Erblasser testamentarisch vermachten Grundstückes vor, so liegt *grundsätzlich kein Widerruf* i.S.v. Art. 511 Abs. 2 ZGB vor, dies jedenfalls immer dann nicht, wenn der Erblasser nicht Verfügungsfähig ist, keinen Widerrufswillen hat oder nicht (auch) persönlich handelt.<sup>23</sup> Denn in all

<sup>18</sup> BK-WEIMAR (Fn. 7), Art. 509–511 ZGB N 29; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 371.

<sup>19</sup> BGE 67 II 88 E. 2b; dazu kritisch WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 371.

<sup>20</sup> WEIGOLD (Fn. 1), S. 88 f.

<sup>21</sup> BK-TUOR (Fn. 6), Art. 509–511 ZGB N 10; ZK-ESCHER (Fn. 11), Art. 510 ZGB N 4; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 367; BECK ALEXANDER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. A., Bern 1976, S. 53; PIOTET PAUL, SPR IV/1, Basel/Stuttgart 1978, S. 248; WEIGOLD (Fn. 1), S. 112 f.

<sup>22</sup> BGE 67 II 88 E. 2b; s. dazu vorne Fn. 19.

<sup>23</sup> S. dazu auch BREITSCHMID (Fn. 12), S. 143 f.

diesen Situationen fehlt es an einer der kumulativ erforderlichen Voraussetzungen für den Widerruf nach Art. 511 Abs. 2 ZGB.

### III. Nichtvorhandensein der vermachten Sache in der Erbschaft (Art. 484 Abs. 3 ZGB)

#### 1. Abgrenzung vom Widerruf durch spätere lebzeitige Verfügung i.S.v. Art. 511 Abs. 2 ZGB

Wird ein Widerruf i.S.v. Art. 511 Abs. 2 ZGB verneint – wovon im vorliegenden Fall immer dann auszugehen ist, wenn der Beistand den lebzeitigen Verkauf ohne Veranlassung sowie ohne wirksame, höchstpersönliche und willentliche Beteiligung des verfügungsfähigen Erblassers vornahm<sup>24</sup> –, so bleibt das Vermächtnis als letztwillige Verfügung grundsätzlich in Kraft. Sollte sich das ohne den Willen des Erblassers verkaufte Grundstück später wiederum im Nachlass vorfinden, so kann es der Vermächtnisnehmer nach Eröffnung des Erbanges beanspruchen.<sup>25</sup> Findet sich das als Speziesobjekt vermachte Grundstück dagegen in der Erbschaft nicht vor und ist auch kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich, so wird der Vermächtnisbeschwerter gemäss Art. 484 Abs. 3 ZGB nicht verpflichtet.

Art. 511 Abs. 2 ZGB stellt eine *Widerrufsform für die letztwillige Verfügung* dar<sup>26</sup>, wohingegen Art. 484 Abs. 3 ZGB sich auf die *Leistungspflicht des Vermächtnisschuldners* bezieht.<sup>27</sup> Für die Nichtentstehung der Vermächtnisobligatorik genügt die Tatsache, dass die Sache infolge irgendeines Umstandes nicht mehr vorhanden ist. Der Grund dafür kann auch ein zufälliger Untergang zu Lebzeiten des Erblassers sein.<sup>28</sup> Demgegenüber ist es beim Widerruf durch spätere lebzeitige Verfügung nicht von Bedeutung, ob sich die veräusserte Sache später in der Erbschaft vorfindet oder nicht, sondern entscheidend ist allein der Abschluss eines Rechtsgeschäftes über die Sache mit Widerrufswillen des Erblassers.<sup>29</sup>

#### 2. Zur Veräusserung durch den Beistand

Allgemein darf der Beistand Vermögensgegenstände des Verbeiständeten nur in dessen *wohlverstandem Interesse* veräussern. Im vorliegenden Zusammenhang als *problematisch* erweisen sich unter erbrechtlichen Gesichtspunkten besonders folgende Konstellationen:

---

<sup>24</sup> Dazu vorne Ziff. II.3.

<sup>25</sup> WEIGOLD (Fn. 1), S. 89.

<sup>26</sup> Dazu näher bereits vorne Ziff. II.1.

<sup>27</sup> Näher zum Verhältnis von Art. 484 Abs. 3 und 511 Abs. 2 ZGB WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 371.

<sup>28</sup> BSK ZGB II-HUWILER (Fn. 14), Art. 484 ZGB N 79.

<sup>29</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 371.

tionen: Hat der Beistand selber Erbenstellung, kann er geneigt sein, Vermächtnisgegenstände des Erblassers zu veräußern, welche seinen eigenen Erbanspruch verringern würden, um sich im Zeitpunkt des Todes auf Art. 484 Abs. 3 ZGB berufen zu können.<sup>30</sup> Ist der Beistand dagegen seinerseits Vermächtnisnehmer, wäre denkbar, dass er aus eigennützigen Überlegungen gerade nicht das ihm vermachte Objekt verkauft, obwohl dies sachlich geboten wäre, sondern stattdessen einen anderen, weniger geeigneten Gegenstand veräußert.

Allgemein bedarf der Beistand für die Veräußerung von Grundstücken der *Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde* (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB). Gleiches gilt für die Veräußerung anderer Vermögensgegenstände, wenn diese nicht unter die ordentliche Verwaltung und Bewirtschaftung fallen (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB). Insofern ist in diesen Fällen eigenmächtiges Handeln des Beistandes ausgeschlossen.

Weiters zu prüfen ist, ob in den geschilderten Situationen eine *Interessenkollision* vorliegt. Nach dem Gesetzeswortlaut müssen die Interessen des Beistandes denjenigen der betroffenen Person widersprechen, damit die Erwachsenenschutzbehörde einen Ersatzbeistand ernennt oder die Angelegenheit selber regelt (Art. 403 Abs. 1 ZGB). Die erwähnten Vorgehensweisen des Beistandes wirken sich freilich nicht (mehr) zum Nachteil des betroffenen Verbeiständeten und Erblassers aus, sondern sie treffen dessen Erben und Vermächtnisnehmer. Allerdings nimmt der entsprechend handelnde Beistand Einfluss auf die Realisierung der Verfügung von Todes wegen des Verbeiständeten und damit allgemein auf die Rechtslage in dessen Erbgang. Nachdem der Anwendungsbereich von Art. 403 Abs. 1 ZGB bei der Interessenkollision breit zu verstehen ist<sup>31</sup>, sind nach hier vertretener Ansicht darunter auch entsprechende, den erblasserischen Willen des Verbeiständeten in seiner Realisierung tangierende Vorgehensweisen zu erfassen, jedenfalls dann, wenn diese sachlich nicht als geboten erscheinen und – a fortiori – dann, wenn der Beistand eigene erbrechtliche Interessen verfolgt.

Sodann ist fraglich, was der potentiell benachteiligte *Dritte* gegen derartige Handlungen des Beistandes *vorkehren kann*. Allgemein kann jede Person, die ein rechtlich geschütztes Interesse hat, gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistandes die *Erwachsenenschutzbehörde anrufen* (Art. 419 ZGB). In diesem Zusammenhang sind allerdings erbrechtliche Interessen grundsätzlich unerheblich, da es sich dabei vor dem Erbgang lediglich um Anwartschaften ohne selbständige rechtliche Bedeutung handelt.<sup>32</sup> Die Möglichkeit der Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde durch den künftigen Vermächtnisnehmer trägt jedoch auch zur Beachtung des letzten Willens des Erblassers bei und wahrt damit indirekt ebenfalls dessen Interessen.<sup>33</sup> Die Aktivlegitimation des Vermächtnisnehmers ist deshalb u.E. zu bejahen, dies auch vor dem Hintergrund, dass das

<sup>30</sup> Siehe auch WEIGOLD (Fn. 1), S. 87.

<sup>31</sup> OFK-FASSBIND (Fn. 11), Art. 403 ZGB N 2.

<sup>32</sup> Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7001, 7059.

<sup>33</sup> Vgl. unter früherem Vormundschaftsrecht WEIGOLD (Fn. 1), S. 87.

Anrufungsrecht den Zweck verfolgt, eine sorgfältige Beistandsführung zu gewährleisten und Missbrauch zu verhindern.<sup>34</sup> Überdies ist denkbar, dass dem geschädigten Vermächtnisnehmer *Schadenersatz* aus Art. 41 Abs. 2 OR zusteht, wenn er nachweisen kann, dass der Beistand die Veräusserung nur vorgenommen hat, um das Vermächtnis hinfällig zu machen. Der Schaden liegt hier im Verlust der Anwartschaft, die insbesondere bei einem dauerhaft urteilsunfähigen Erblasser insofern als einigermassen sicher gilt, als die entsprechende Anordnung infolge fehlender Verfügungsfähigkeit zumindest nicht mehr hätte widerrufen werden können.<sup>35</sup>

Freilich dürfte der *Nachweis einer unzulässigen bzw. gar arglistigen Beistandsführung insgesamt schwierig zu erbringen* sein. Auf Schwierigkeiten wird die Beweisführung insbesondere dann stossen, wenn die Veräusserung eines Vermächtnisgegenstandes als vertretbar erscheint, jedoch alternativ auch gleichwertige Dispositionen hätten getroffen werden können, welche ihrerseits andere erbrechtliche Auswirkungen zur Folge gehabt hätten. In entsprechenden Konstellationen wäre es u.E. regelmässig angezeigt, die Lebenshaltungskosten des Erblassers statt durch den Verkauf eines vermachten Gegenstandes aus den dafür ausreichenden Erträgen eines vermieteten, seinerseits ebenfalls legierten Objektes zu begleichen. Denn so liessen sich beide Vermächtnisobjekte im Vermögen des Verbeiständeten behalten und zugunsten der Legatäre zur Verfügung halten. Näher zu thematisieren wäre in diesem Zusammenhang allgemein die Frage, inwiefern der Beistand den in einer Verfügung von Todes wegen zum Ausdruck gebrachten Willen des Verbeiständeten und Erblassers bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen hat. Ohne dass darauf an dieser Stelle weiter eingegangen werden kann, hat nach hier vertretener Ansicht der Beistand diesen letzten Willen in eine Gesamtbetrachtung ebenfalls miteinzubeziehen, und er darf seine Realisierung, wo immer das unter objektiven Gesichtspunkten möglich ist, nicht vereiteln.<sup>36</sup>

## IV. Ersatzleistung an den Vermächtnisnehmer

### 1. Vorbemerkung

Zu prüfen bleibt, ob dem Vermächtnisnehmer, dessen Legatsobjekt infolge der Veräusserung zu Lebzeiten des Erblassers in der Erbschaft nicht vorhanden ist, ein Ersatzanspruch zusteht. Dafür in Betracht kommen das Verschaffungsvermächtnis (Ziff. IV.2), das Surrogat bzw. Ersatzwertvermächtnis (Ziff. IV.3) und das stellvertretende commodum (Ziff. IV.4).

---

<sup>34</sup> S. wiederum für das frühere Vormundschaftsrecht ÖNEN SAID, *De la révocation des testaments en droit suisse*, Diss. Lausanne, Lausanne 1941, S. 125 f.; WEIGOLD (Fn. 1), S. 87 f.

<sup>35</sup> Zum Ganzen WEIGOLD (Fn. 1), S. 88.

<sup>36</sup> Vgl. im Ergebnis so auch BREITSCHMID (Fn. 12), S. 144.

## 2. Verschaffungsvermächtnis

Wird vom Erblasser bewusst eine fremde Sache vermacht, so handelt es sich vermuthungsweise um ein Verschaffungsvermächtnis.<sup>37</sup> Der Vermächtnisschuldner hat diesfalls den legierten Gegenstand zunächst bei dessen Eigentümer zu erwerben und ihn alsdann an den Vermächtnisnehmer auszurichten.<sup>38</sup> Dies setzt die freiwillige Mitwirkung des Eigentümers voraus, weil gegen ihn kein Anspruch auf Herausgabe des Vermächtnisgegenstands besteht.<sup>39</sup> Ein Verschaffungsvermächtnis wird typischerweise dann vermutet, wenn sich die vermachte Sache niemals im Vermögen des Erblassers befand.<sup>40</sup> Im vorliegenden Sachverhalt stand das Grundstück jedoch im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen im Eigentum des Erblassers, was gegen ein Verschaffungsvermächtnis spricht. Dass der Vermächtnisbeschwerte das veräusserte Grundstück vom neuen Eigentümer zurückkaufen muss, kann daher nicht angenommen werden. Solches müsste sich vielmehr explizit aus der letztwilligen Verfügung ergeben. Das Vorliegen eines Verschaffungsvermächtnisses ist deshalb in casu *zu verneinen*.

## 3. Surrogat bzw. Ersatzwertvermächtnis

### 3.1 Allgemeines

Möglich ist, dass sich statt der ursprünglich vermachten und alsdann veräusserten bzw. aus dem Vermögen des Erblassers ausgeschiedenen Sache ein *Ersatzgegenstand in der Erbschaft* vorfindet, beispielsweise eine Versicherungsleistung, eine Ersatzanschaffung, eine Enteignungsentschädigung oder wie im vorliegenden Fall die noch vorhandene Restanz des Kaufpreises. Dieses *Surrogat* kann an die Stelle des seinerzeit zugewendeten, in der Erbschaft aber nicht mehr vorhandenen Vermächtnisgegenstandes treten, wenn dies dem *Willen des Erblassers* entspricht. Nach einem Teil der Lehre ist ein solcher Wille dann zu vermuten, wenn die Sache ohne oder gegen den Willen des Erblassers aus dessen Vermögen ausgeschieden ist, weil es nicht in seinem Sinn sein könne, dass ein zufällig eingetretenes Ereignis dem Vermächtnisnehmer schade und dem Beschwerten nütze.<sup>41</sup> Andere Lehrmeinungen sprechen dem Vermächtnisnehmer dagegen nur dann einen Anspruch auf das Surrogat des in der Erbschaft nicht mehr vorhandenen Objektes zu, wenn sich ein entsprechender Wille des Erblassers durch Auslegung nach den gegebenen Umständen aus der Verfügung ergibt.<sup>42</sup> Dieser zweiten Ansicht folgend ist der Beweis dafür, dass der Erblasser für den Fall des Nichtvorhandenseins des primär vermachten Objekts dennoch die Zuwendung eines Vermächtnisses gewollt hat, vom

---

<sup>37</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 259.

<sup>38</sup> ZK-ESCHER (Fn. 11), Art. 484 ZGB N 21.

<sup>39</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 260.

<sup>40</sup> BSK ZGB II-HUWILER (Fn. 14), Art. 484 ZGB N 82.

<sup>41</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 258; PIOTET, SPR IV/1 (Fn. 21), S. 132; in diesem Sinn auch BREITSCHMID (Fn. 12), S. 144.

<sup>42</sup> BK-TUOR (Fn. 6), Art. 484 ZGB N 20; ZK-ESCHER (Fn. 11), Art. 484 ZGB N 9; BSK ZGB II-HUWILER (Fn. 14), Art. 484 ZGB N 80.

Bedachten zu führen.<sup>43</sup> Der Wille des Erblassers kann einmal bloss auf das konkret noch vorhandene Surrogat gehen, wodurch der Vermächtnisbeschwerte im Grunde nicht schlechter gestellt wird als bei der tatsächlichen Erfüllung der Primärforderung. Bei entschädigungslosem Ausscheiden des ursprünglich vermachten Objekts kann ein «anderer Wille des Erblassers» i.S.v. Art. 484 Abs. 3 ZGB aber auch bedeuten, dass anstelle des nicht mehr vorhandenen Gutes der objektive Wert der Sache geschuldet ist.<sup>44</sup> In diesem Fall wird in die Substanz der Erbschaft eingegriffen, weil aus dieser Ersatz für das Fehlen der Sache zu leisten ist. Wird anstelle des vermachten Gutes ein Ersatzwert geschuldet, wird von einem sog. «Ersatzwertvermächtnis» gesprochen.<sup>45</sup>

### 3.2 Auslegung des Vermächtnisinhalts

Zur Ermittlung des Erblasserwillens in der vorliegenden Konstellation wird in der Lehre teilweise danach unterschieden, ob es dem Erblasser primär um die *Zuwendung einer bestimmten Sache oder um deren Wert* ging. Im ersten Fall wird vermutungsweise weder das Surrogat noch eine Ersatzleistung geschuldet, weil der Erblasser nur gerade diese Sache zuwenden wollte. Steht hingegen die Wertmässigkeit eines Vermächtnisses im Vordergrund, spricht dies eher dafür, dass der Erblasser auch ein allfälliges Surrogat oder sogar einen Ersatzwert aus der Erbschaft ausrichten wollte.<sup>46</sup>

Dazu ist jedoch zu bemerken, dass es sich um eine *nur beschränkt hilfreiche Abgrenzung* handelt. Denn auch diejenigen Vermächtnisse, bei deren Errichtung für den Erblasser die Zuwendung der Sache als solche – und mithin nicht eine wertmässige Zuwendung – im Vordergrund stand, können einen erheblichen ökonomischen Wert aufweisen. Ein Vermächtnisnehmer kann auch bei dieser Ausgangslage den Vermächtnisgegenstand umgehend nach dessen Erwerb versilbern, was dem Erblasser ebenfalls bewusst sein muss. Es liesse sich folglich dahingehend argumentieren, dass auch in der vermächtnisweisen Zuwendung aus ideellen Gründen jeweils ein zumindest teilweise finanzielles Motiv zu erblicken ist.<sup>47</sup> So der Erblasser überhaupt – was eher die Ausnahme bilden

---

<sup>43</sup> BSK ZGB II-HUWILER (Fn. 14), Art. 484 ZGB N 80.

<sup>44</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 258; BSK ZGB II-HUWILER (Fn. 14), Art. 484 ZGB N 81.

<sup>45</sup> ZK-ESCHER (Fn. 11), Art. 484 ZGB N 9.

<sup>46</sup> Zum Ganzen ZK-ESCHER (Fn. 11), Art. 484 ZGB N 9; REICHLIN PAUL, Grundsätze der Testamentsauslegung, Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung der Rechtsgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Diss. Freiburg i.Ue., Freiburg i.Ue. 1926, S. 74; BENZIGER RALPH, Das Vermächtnis im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Unter Berücksichtigung des gemeinen, reichsdeutschen und französischen Rechts, Diss. Zürich, Einsiedeln 1917, S. 76.

<sup>47</sup> Dies würde etwa bedeuten, dass bei persönlichen Gegenständen des Erblassers, die für den Vermächtnisnehmer zwar einen affektiven Wert aufweisen können, auf dem Markt jedoch nach allgemeiner Auffassung keinen Preis erzielen, nicht von einem finanziellen Motiv des Erblassers auszugehen ist. Kann ein solcher Gegenstand dennoch unerwartet zu einem hohen Preis veräussert werden, z.B. aufgrund plötzlicher Berühmtheit des Erblassers, wäre die Restanz des Verkaufspreises als Surrogat eines solchen Gegenstands im

wird – zwischen ideellen und wirtschaftlichen Motiven differenziert hat, dürften für die Zuwendung eines Gegenstandes mittels eines Vermächtnisses oft sowohl die Sache als solche mit ihren Eigenschaften als auch deren Wert mitentscheidend sein. Die von Teilen der Lehre für die Beurteilung der Frage, ob bei Fehlen des vermachten Gegenstandes ein Surrogat oder ein Ersatzwert geschuldet ist, vorgeschlagene *Abgrenzung* von ideellen und finanziellen Motiven des zuwendenden Erblassers ist deshalb *in der Praxis äusserst schwierig zu handhaben und in der Regel nicht wirklich weiterführend*.<sup>48</sup>

### 3.3 *Umstände der Veräusserung sowie Art und Aufbewahrung des Ersatzobjekts*

Die Umstände der Veräusserung sowie die Art und Aufbewahrung des Ersatzobjekts sind *weitere Indizien*, die für oder gegen das Geschuldetsein eines Surrogats sprechen können. Erfüllt der Ersatzgegenstand etwa denselben Zweck wie das ursprüngliche Vermächtnisobjekt, so spricht dies dafür, dass der Erblasser auch jenen als Vermächtnis hat ausrichten wollen. Ebenso kann eine gesonderte Aufbewahrung des Verkaufspreises einen Hinweis darauf enthalten, dass der Erblasser jenen ersatzweise dem Vermächtnisnehmer zuwenden wollte.<sup>49</sup> Im vorliegenden Fall sind die Umstände der Veräusserung jedoch irrelevant, weil diese nicht vom Erblasser, sondern von dessen Beistand mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde vorgenommen wurde.

## 4. Stellvertretendes commodum

Die Frage, ob der Vermächtnisnehmer bei Fehlen des ursprünglich legierten Gegenstandes einen Anspruch auf das Surrogat oder den Ersatzwert hat, ist – wie dargelegt<sup>50</sup> – durch Auslegung des Vermächtnisinhalts nach dem Willen des Erblassers zu ermitteln. Lässt sich ein entsprechender Wille nicht feststellen, könnte man versucht sein, *auf schuldrechtlicher Ebene zwischen Vermächtnisschuldner und Vermächtnisgläubiger einen Anspruch auf das Surrogat zu konstruieren*. Gegen ein solches Vorgehen spricht allerdings zunächst einmal schon der *Wortlaut* von Art. 484 Abs. 3 ZGB, wonach bei Nichtvorfinden einer bestimmten vermachten Sache in der Erbschaft der Beschwerte grundsätzlich nicht verpflichtet wird. Der *Zweck dieser Norm* dürfte darin bestehen, den Vermächtnisschuldner – d.h. in der Regel die Erben (Art. 562 Abs. 1 ZGB) – davor zu bewahren, für nicht mehr vorhandene Vermächtnisgegenstände aufkommen zu müssen, wodurch die Substanz der Erbschaft beeinträchtigt würde. Im vorliegend gewählten Ausgangsfall hätte freilich der vollständige Untergang der Leistungspflicht zur Folge,

---

späteren Erbfall indessen nicht geschuldet, wenn man konsequent der Abgrenzung von ideellen und finanziellen Motiven des Erblassers folgt.

<sup>48</sup> Handelt es sich beim mit der Sache Bedachten um einen Erben, gilt die Zuweisung einer Erbschaftssache an ihn vermutungsweise nur als Teilungsvorschrift und nicht als Vermächtnis (Art. 608 Abs. 3 ZGB). Dies entschärft die diesbezügliche Problematik in vielen Fällen, typischerweise in Familienverhältnissen mit Nachkommen als gesetzliche Erben. Mit der Qualifikation als Teilungsvorschrift wird die wertmässige Gleichheit der Erbteile gewahrt; TUOR PETER/PICENONI VITO, in: Berner Kommentar, Art. 537–640 ZGB, 2. A., Bern 1964, Art. 608 ZGB N 13.

<sup>49</sup> Zum Ganzen ZK-ESCHER (Fn. 11), Art. 484 ZGB N 9; BENZIGER (Fn. 46), S. 76 f.

<sup>50</sup> S. vorne Ziff. III.3.

dass die das Vermächtnis schuldenden Erben infolge des Verkaufs des ursprünglich legierten Grundstücks mehr aus der Erbschaft – nämlich auch die noch vorhandene Kaufpreisrestanz – erhielten, als wenn der Vermächtnisgegenstand noch vorhanden wäre und ausgerichtet werden müsste.

In Lehre und Rechtsprechung ist unter dem Terminus des *stellvertretenden commodum* der schuldrechtliche Grundsatz anerkannt, dass bei Unmöglichkeit der Erfüllung der Primärleistung der Schuldner einen von ihm dafür erlangten Ersatz dem Gläubiger herauszugeben hat.<sup>51</sup> Diese Figur ist insbesondere dann von praktischer Bedeutung, wenn die Gefahrtragung nach Gesetzesvorschrift oder dem Inhalt des Vertrages bereits auf den Gläubiger übergegangen ist (Art. 119 Abs. 3 OR). Der Schuldner hat diesfalls einen Anspruch auf den Kaufpreis, muss seine Leistung aber infolge Unmöglichkeit nicht erbringen. Erhält der von seiner Leistung grundsätzlich befreite Schuldner aufgrund desjenigen Ereignisses, das die Leistungsunmöglichkeit verursacht hat, einen Ersatz für die untergegangene Sache (z.B. eine Versicherungssumme, Enteignungsentschädigung oder Schadenersatzleistung des Schädigers), hat er diesen dem Gläubiger anstelle der geschuldeten Sache auszurichten.<sup>52</sup> Dabei vorausgesetzt wird zumindest ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der Erlangung des Ersatzes und dem die Unmöglichkeit herbeiführenden Ereignis.<sup>53</sup> Das Bundesgericht begründet den Anspruch auf das stellvertretende *commodum* wie folgt: «Bei einer individuell geschuldeten Sache liegt es gewissermassen in der Natur der Dinge, dass, falls sie nicht geleistet werden kann, der Anspruch auf die Sache selbst, in den Anspruch auf das Surrogat übergeht, die Obligation also nicht vollständig erlischt, sondern nur den Gegenstand ändert.»<sup>54</sup> Der Grundsatz des stellvertretenden *commodum* war bereits im Gemeinen Recht anerkannt, und er ist in den Rechtsordnungen unserer Nachbarländer Deutschland<sup>55</sup>, Österreich<sup>56</sup>, Frankreich<sup>57</sup> und Italien<sup>58</sup> ausdrücklich gesetzlich verankert.<sup>59</sup> Im einschlägigen, obligationenrechtlichen Schrifttum wird die Figur des stellvertretenden *commodum* analog auch auf Fälle

---

<sup>51</sup> Vgl. BGE 112 II 235 E. 4c; AEPLI VIKTOR, in: Zürcher Kommentar, Art. 114–126 OR, 3. A., Zürich 1991, Art. 119 OR N 125 ff.; BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, S. 424 ff.; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 10. A., Zürich 2014, Rz. 2594 ff.

<sup>52</sup> S. BUCHER (Fn. 51), S. 424 f.

<sup>53</sup> PFAMMATTER PAUL, Der Anspruch auf das stellvertretende *Commodum*, Diss. Bern, Bern 1983, S. 35 ff.

<sup>54</sup> BGE 51 II 171 E. 3.

<sup>55</sup> § 285 BGB.

<sup>56</sup> § 1447 ABGB.

<sup>57</sup> Art. 1303 CCfr.

<sup>58</sup> Art. 1259 CCit.

<sup>59</sup> BUCHER (Fn. 51), S. 425 m.w.H.

der anfänglichen Unmöglichkeit angewendet, weil die Interessenlage von Gläubiger und Schuldner dieselbe sei wie bei nachträglicher Unmöglichkeit.<sup>60</sup>

Es stellt sich die *Frage, ob diese Überlegungen auch auf anders gelagerte Schuldverhältnisse übertragen werden können*, bei denen es nicht um als stossend erachtete Ergebnisse im Zusammenhang mit der Gefahrtragung im Rahmen eines Synallagmas geht. So ist etwa unklar, wie die Situation bei nicht synallagmatischen Verträgen zu beurteilen wäre. Der Empfänger eines Schenkungsversprechens (Art. 243 OR) könnte möglicherweise das Surrogat beanspruchen, wenn die Primärleistung untergegangen ist und der Schenker sich auf Art. 119 Abs. 1 OR beruft. Dementsprechend wäre es auch in casu nicht ausgeschlossen, dass dem Vermächtnisnehmer die Restanz des Kaufpreises als stellvertretendes commodum für die untergegangene Sache zugesprochen werden könnte. Zwar besagt Art. 484 Abs. 3 ZGB, dass der Vermächtnisbeschwerte nicht verpflichtet wird, doch liesse sich argumentieren, die Norm beziehe sich einzig auf die Primärforderung. Eine explizite Regelung darüber, was mit einer allfälligen Ersatzleistung geschehen soll, enthält Art. 484 Abs. 3 ZGB demgegenüber nicht. In damit vergleichbarer Weise besagt auch Art. 119 Abs. 1 OR nur, dass bei nachträglicher Unmöglichkeit die Forderung als erloschen gilt, und dennoch bejahen Lehre und Rechtsprechung<sup>61</sup> – zumindest dann, wenn die Gefahrtragung bereits übergegangen ist – einen Anspruch auf den Ersatzvorteil.

Im Rahmen des zwischen Beschwertem und Vermächtnisnehmer bestehenden Schuldverhältnisses<sup>62</sup> den Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodum zu bejahen, erscheint nach dem Gesagten jedenfalls nicht als von vornherein völlig ausgeschlossen. Die Ersatzforderung – im vorliegenden Fall die beim Ableben des Erblassers noch vorhandene Kaufpreisrestanz – geht auf den die Unmöglichkeit der Leistung verursachenden Verkauf des ursprünglich vermachten Grundstücks zurück. Allerdings hat die *Veräusserung* des vermachten Gegenstandes vor dem Erbgang stattgefunden und damit *zu einem Zeitpunkt, in welchem die Vermächtnisforderung noch gar nicht entstanden* war. Bis zum Ableben des Erblassers stellen sämtliche Berechtigungen von Todes wegen lediglich Anwartschaften dar, welche sich erst mit Eröffnung des Erbgangs zu einem Erb- bzw. Vermächtnisanspruch verdichten.<sup>63</sup> Testamentarisch angeordnete Begünstigungen können zudem vom Erblasser jederzeit widerrufen werden (Art. 509 Abs. 1 ZGB). In casu war das Vermächtnis somit zu keinem Zeitpunkt überhaupt geschuldet, denn der Erblasser ist keinerlei Verpflichtung eingegangen. Anders wäre die Frage allenfalls dann zu beurteilen, wenn das Vermächtnis vom Erblasser mit erbvertraglich bindender Wirkung und gegen eine Gegenleistung des Vermächtnisnehmers begründet worden wäre.

---

<sup>60</sup> PFAMMATTER (Fn. 53), S. 91 ff.

<sup>61</sup> S. die Hinweise in Fn. 52 und 54.

<sup>62</sup> Das Vermächtnis stellt eine erbrechtliche Obligation dar; so WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Rz. 578.

<sup>63</sup> WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn. 4), S. 36.

## V. Schlussbemerkungen

Wer als Erblasser Vermächtnisse anordnet, hat sich bewusst zu sein, dass *die legierten Gegenstände im dereinstigen Nachlass nicht mehr vorhanden sein können* und dass in diesem Fall gestützt auf Art. 484 Abs. 3 ZGB *die bedachten Personen grundsätzlich keinen Anspruch haben*. Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser vom Ausscheiden der vermachten Gegenstände aus seinem Vermögen und damit ihrem Nichtvorhandensein im späteren Nachlass keine Kenntnis hatte. Der den vorliegenden Ausführungen zugrunde gelegte Sachverhalt macht weiter deutlich, dass für den verbeiständeten Erblasser zu dessen Lebzeiten stattfindende Vertretungshandlungen des Beistandes und der Erwachsenenschutzbehörde Umfang und Zusammensetzung des dereinstigen Nachlassvermögens beeinflussen und damit gegebenenfalls zugleich über die daran bestehenden oder nicht bestehenden Berechtigungen entscheiden.

Die vorstehend angestellten Überlegungen zeigen auch auf, dass im hier interessierenden Zusammenhang *der Wille des Erblassers, wie er aus der Verfügung von Todes wegen ersichtlich ist, für die Rechtslage entscheidend ist*. Das folgt aus der dispositiven Gesetzesbestimmung des Art. 484 Abs. 3 ZGB. Im Rahmen einer sorgfältigen *Nachlassplanung* ist dieser Umstand zu berücksichtigen. Es sind deshalb bei der Begründung von Vermächtnissen vorzugsweise *Anordnungen* namentlich auch *darüber zu treffen, wie im Fall des Nichtvorhandenseins des vermachten Gegenstandes in der dereinstigen Erbschaft zu verfahren sei*. Geht für diesen Fall der Wille des Erblassers dahin, dass das Vermächtnis nicht geschuldet sein soll, so hat er das in seiner Verfügung festzuhalten. Denn trotz damit gegebener Übereinstimmung mit der gesetzlichen Vermutung des Art. 484 Abs. 3 ZGB empfiehlt es sich, klarzustellen, dass kein anderer Wille und damit kein Abweichen von der gesetzlich normierten Regelung vorliegt. Damit lässt sich insbesondere auch verhindern, dass der Bedachte versuchen könnte, über die Figur des stellvertretenden commodum einen allfälligen Ersatzvorteil für sich zu beanspruchen. Ist umgekehrt vom Erblasser anstelle des ursprünglich legierten, nicht mehr vorhandenen Gegenstandes die Zuwendung eines Surrogates, einer Ersatzsumme oder eines anderen Objektes gewollt, ist dieser – von Art. 484 Abs. 3 ZGB abweichende – Wille in der Verfügung von Todes wegen ausdrücklich festzuhalten.

Besonders die Notarinnen und Notare sind gefordert, im Rahmen der Beurkundung von öffentlichen letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen ihre Klientinnen und Klienten über die hievor erläuterte Rechtslage und die für den Fall des Nichtvorhandenseins des vermachten Gegenstandes in der Erbschaft bestehenden und gebotenen Rechtsgestaltungsmöglichkeiten zu belehren bzw. zu beraten. In Zeiten steigender Lebenserwartung erhöhen sich naturgemäss auch die Lebenshaltungskosten – darunter namentlich die Heim- und Pflegekosten – des Menschen, und zwar unter Umständen ganz erheblich. Unter diesem Aspekt bildet die hier besprochene Konstellation, dass ein zunächst vermächtnisweise zugewendeter Gegenstand zu einem späteren Zeitpunkt zwecks Finanzierung des Unterhalts des Erblassers – allenfalls durch dessen Beistand und mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde – veräussert werden muss, heutzutage keinerlei Seltenheit.