

## Lösungsvorschlag schriftliche Anwaltsprüfung Privatrecht Herbst 2014

### Vorabinformation:

Die Prüfung basiert auf BGE 131 III 49.

### Frage 1

Der Erbgang wird durch den Tod des Erblassers eröffnet. Vorliegend durch den Tod Willi Huber am 14. April 2008 eröffnet (Art. 537 Abs. 1 ZGB)

### Frage 2

Ausgleichung bedeutet, dass die gesetzlichen Erben, sofern für die Ausgleichung relevant, das was Ihnen vom Erblasser lebzeitig unentgeltlich zugewendete wieder in den Nachlass hineinwerfen müssen. Der Nachlass wird somit durch die wiedereingebrachten ausgleichungspflichtigen Werte ergänzt (Art. 626 ff. ZGB).

Der Zweck der Ausgleichung ist die Gleichbehandlung aller Erben.

### Frage 3

Die Ausgleichung ist an keine Form gebunden. Sie hat lediglich ausdrücklich, d.h. klar und bedingungslos zu erfolgen.

Der ausdrückliche Ausgleichungsdispens ist eine Verfügung von Todes wegen, unterliegt aber nicht den gesetzlichen Formvorschriften.

### Frage 4

Ja, sie sind grundsätzlich ausgleichungspflichtig. So fallen Grosszuwendung, was ein Grundstück zweifelsohne ist, gemäss Rechtsprechung unter den Begriff Ausstattung in Art. 626 Abs. 2 ZGB. Eine Ausstattung soll den Erbin erlauben, ein eigenes Leben aufzubauen d.h. zum "Zweck der Existenzbegründung, -sicherung, oder -verbesserung für den Empfänger" erfolgt.

Der Umfang der Ausgleichung beläuft sich grundsätzlich auf den vollen Umfang des Grundstücks bzw. Verkehrswert im Zeitpunkt des Erbanges (Art. 629 Abs. 1 ZGB und Art. 630 Abs. 1 ZGB auf die Höhe des Erbteils (berechnet aus Nachlass + Ausgleichung) je Tochter. Ausser er hat die Erben nachweisbar von der Ausgleichungspflicht, des über Ihren Erbteil hinausgehenden Teils davon entbunden. Nun hat Willi Huber, der Erblasser, eine Anordnung dazu getroffen.

Er hätte die gesetzlichen Erben ausdrücklich von der Ausgleichung im gesamten Umfang/Wert der beiden Grundstücke entbinden können. Der explizite und klare Verweis auf Art. 629 ZGB in der Klausel, muss gemäss Willenstheorie, da ja Ausgleichungsanordnung Verfügung von Todes wegen sind, dahingehend verstanden werden, dass er die beiden Töchter nur von der den Erbteil übersteigenden Teil von der Ausgleichung befreit wurden.

### Frage 5 a)

Inventaraufnahme, sog. Sicherungsinventar (Art. 553 ZGB) und öffentliches Inventar (Art. 580 ff.)

### Frage 5 b)

#### *Gemeinsamkeiten*

- Aufnahme der Aktiven

## Unterschiede

- Sicherungsinventar: keine Aufnahme der Passiven; öff. Inventar schon
- öff. Inventar: Haftungsbegrenzung; Sicherungsinventar nicht
- Andere Fristen (vgl. Art. 568 zu Art. 580 ZGB); anderer Verfahrenablauf
- Sicherungsinventar auch von Amtes wegen; öff. Inventar nur auf Aufforderung der Erben

## Frage 6 a)

Da bereits zwei Wochen seit dem Tod des Erblasser vergangen sind, hat sie gerade noch zwei Wochen Zeit ein öffentliches Inventar zu verlangen, denn die Monatsfrist bei gesetzlichen Erben läuft ab gleichem Zeitpunkt wie die Ausschlagungsfrist, vorliegend ab Zeitpunkt des Todes, da die Kenntnis des Todes unstrittig ist (Art. 580 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 567 Abs. 2 ZGB). Daher soll sie das Gesuch um öffentliches Inventar stellen, damit die Frist gewahrt ist. Denn solange die öffentliche Auskündigung noch nicht erfolgt ist, kann Martha mit Zustimmung der anderen Erben das Gesuch noch zurückziehen. Denn, so die Rechtsprechung, solange die Interessen der Erbschaftsgläubiger (noch) nicht tangiert werden, scheint es daher gerechtfertigt, dass das von einem Erben gestellte Begehren um öffentliches Inventar mit Zustimmung aller Erben zurückgezogen werden kann. Der Rückzug des Begehrens wird, wenn er auch in nur seltenen Fällen verlangt wird, in der Praxis als zulässig erachtet (vgl. Escher, N 6 und Tuor/Picenoni, N 10). Schliesslich soll Martha kurz mit den anderen Erben grob abklären, ob es Ungewissheit bezüglich anderweitiger Schulden gibt.

Theorieeinschub: In der Lehre wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, da es sich beim Begehren um öffentliches Inventar um die Ausübung eines Gestaltungsrechts handle, habe die Erklärung - wie die Ausschlagung - unbedingt und vorbehaltlos zu erfolgen (Escher, N 11 zu Art. 580; Tuor/Picenoni, N 9 zu Art. 580; Piotet, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht IV/2, 799). Das einmal gestellte Begehren könnte daher vom Gesuchsteller nicht mehr zurückgezogen werden. Das Inventar erstreckt sich ja auf die ganze Hinterlassenschaft, die noch ungeteilt ist und geht somit sämtliche Erben an, auch diejenigen, die das Inventar nicht verlangten (Tuor/Picenoni, a.a.O. N 12). Zweck des öffentlichen Inventars ist nicht nur die Erstellung einer möglichst vollständigen und richtigen Unterlage für die Entscheidung der Erben, sondern (der besonderen Folge des öffentlichen Inventars wegen, dass nämlich die Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar erklärt werden kann und im Falle Stillschweigens zu vermuten ist) auch die Orientierung der Erbschaftsgläubiger (ZR 1974, Nr. 26 Erw. 2a). Das ZGB verlangt darum die öffentliche Auskündigung im Sinne des Rechnungsrufs und sodann vor allem die Auflegung des einmal hergestellten Inventarverzeichnisses für alle Beteiligten. Solange die öffentliche Auskündigung noch nicht erfolgt ist, werden die Interessen der Erbschaftsgläubiger (noch) nicht tangiert. Es scheint daher gerechtfertigt, dass das von einem Erben gestellte Begehren um öffentliches Inventar mit Zustimmung aller Erben zurückgezogen werden kann. Der Rückzug des Begehrens wird, wenn er auch in nur seltenen Fällen verlangt wird, in der Praxis als zulässig erachtet (vgl. Escher, N 6 und Tuor/Picenoni, N 10). Das Gesuch um Errichtung eines öffentlichen Inventars ist daher gegenstandslos geworden.

## Frage 6 b)

Das Gesuch ist beim Amtsnotariat einzureichen (Art. 7 Abs. 1 lit. b Ziff. 15 EGzZGB).

## Frage 7 a)

Weitere Erklärungsmöglichkeiten (siehe Art. 588 Abs. 1 ZGB):

- Annahme unter öffentlichem Inventar
- Amtliche Liquidation begehren
- vorbehaltlose Annahme

### Frage 7 b)

Wird das öffentliche Inventar von einem Erben verlangt, gilt es auch für die übrigen (Art. 580 Abs. 3 ZGB). Somit steht es auch jedem einzelnen Erben frei die damit verbundenen möglichen Erklärungen auszusprechen (Art. 588 Abs. 1 ZGB).

### Frage 7 c)

Da gemäss Sachverhalt II, das öffentliche Inventar durchgeführt wurde, wird die Erklärungsfrist bezüglich Ausschlagung festgesetzt (Art. 588 Abs. 1 ZGB).

### Frage 8 a)

Art. 579 Abs. 1 ZGB

### Frage 8 b)

Leistungsklage, da auf Begleichung einer Forderung geklagt wird.

### Frage 8 c)

Wohnsitz des Erblassers bei dessen Tod (Art. 28 Abs. 1 ZPO)

### Frage 8 d)

Zehn Jahre

### Theorieeinschub aus BGE 131 III 49:

Entgegen der Annahme der Beklagten ist die Haftung gemäss Art. 579 ZGB weniger mit den paulianischen Anfechtungsklagen verwandt. Sie muss auf Grund ihrer Rechtsnatur eher mit der Gläubigerschutzbestimmung in Art. 193 ZGB verglichen werden (E. 2.3 hiervor). Dieser Haftungsanspruch geht nach Lehre und Rechtsprechung nicht nur mit der Verjährung der Hauptschuld als klagbarer Anspruch unter, sondern unterliegt auch einer selbstständigen Verjährung, deren Frist nach allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen zehn Jahre beträgt (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O., N. 29 und N. 56 zu Art. 193 ZGB; BGE 127 III 1 E. 3 S. 7 ff.). Damit stimmen die Kommentatoren der Haftung gemäss Art. 579 ZGB überein. Der ausschlagende Erbe kann solange in Anspruch genommen werden, als die Forderungen der Erbschaftsgläubiger nicht verjährt sind (ESCHER/ESCHER, a.a.O., N. 15, und SCHWANDER, Basler Kommentar, 2003, N. 4, je zu Art. 579 ZGB).

### Frage 9 Teilfrage 1

Ja, Gläubigerschutzbestimmung nach Art. 193 ZGB und Schenkungspauliana nach Art. 298 SchKG. Die anderen Anfechtungen gemäss SchKG?

### Frage 9 Teilfrage 2

Unterschiede von Art. 579 ZGB zu Art. 193 ZGB:

- Gutgläubige Bereicherungsbeschränkung des beschenkten bei Art. 579, bei Art. 193 Reduktion auf das empfangene Vermögen.
- Wiederum Beweislastumkehr zuungunsten des "beschenkten" Ehegatten bei Art. 193, bei Art. 579 nicht vorhanden.
- Es handelt sich zudem um eine subsidiäre Haftung. Der ausschlagende Erbe muss mit dem Wert des Vorempfanges nur dafür einstehen, was von den andern Erben nicht erhältlich ist oder was bei der Verwertung des Nachlasses ungedeckt bleibt

BGE 131 III 49: Näher liegt deshalb der Vergleich mit der Haftung bei Erbverzicht (Art. 497 ZGB) und insbesondere mit dem - ebenfalls schon 1907/12 geschaffenen - eherechtlichen Haftungstatbestand gemäss Art. 188 aZGB (heute: Art. 193 ZGB). Nach der eherechtlichen Gläubigerschutzvorschrift kann durch güterrechtliche Vermögensverschiebungen - d.h. durch Wechsel des Güterstandes bzw. Begründung oder Änderung des Güterstandes oder durch güterrechtliche Auseinandersetzungen - ein Vermögen, aus dem bis anhin die Gläubiger eines Ehegatten oder der Gemeinschaft Befriedigung verlangen konnten, dieser Haftung nicht entzogen werden (Art. 188 Abs. 1 aZGB bzw. Art. 193 Abs. 1 ZGB). Der Haftungstatbestand hat die gleiche Rechtsnatur wie der in Art. 579 ZGB vorgesehene: *Er gestattet es dem Gläubiger, kraft Gesetzes das Vermögen eines Dritten zur Erfüllung seiner Forderung gegen den Schuldner heranzuziehen.* Im Vollstreckungsverfahren gegen den schuldnerischen Ehegatten können die Gläubiger somit das weiterhaftende Vermögen des andern Ehegatten pfänden bzw. zur Konkursmasse ziehen lassen

Unterschiede von Art. 579 ZGB und Art. 298 SchkG

- Nach Art. 579 ZGB können Sachen zurückgefordert werden, welche der Ausgleichung unterliegen; bei der Schenkungspauliana jegliche Schenkungen
- Ausschluss von Leistungen: So schliesst die Ausschlagungshaftung sowohl landesübliche Verheirathungsausstattung als auch Ausbildungskosten, während die Schenkungspauliana lediglich Gelegenheitsgeschenke, also Geschenke minderen Werts, von der Haftung ausschliesst.
- Die Perioden sind anders definiert. Art 579 setzt die Zeitspanne für erbrachte Ausgleichung auf fünf Jahre und dies rückwirkend ab dem Todeszeitpunkt. Während die Schenkungspauliana als Zeitraum nur ein Jahr und dies rückwirkend ab der Konkurseröffnung, also nicht Tod des Erblassers.
- Mit Art. 579 ZGB kann im Konkurs nur auf die Erben gegriffen werden, bei der Schenkungspauliana auf alle Schenker nicht nur auf die Erben.
- Beweislastumkehr bei der Schenkungspauliana (Abs. 3), die der Schenkenden nahestehenden Person muss bei einer gemischten Schenkung, kein Missverhältnis vorliegt. Bei der Ausgleichung hat das Vorliegen einer solcher der Kläger zu beweisen nach Art. 8 ZGB
- Bei der Ausgleichung haften die gutgläubigen Erben nur noch sofern sie noch bereichert sind. Bei der Schenkungspauliana gibt's diese Einschränkung nicht.
- Anfechtungsklage beim Wohnsitz des Beklagten, Art. 579 am Wohnsitz des Erblassers
- Schenkungspauliana Verjährungsfrist 2 Jahre nach Konkurseröffnung, Ausgleichung nach OR bzw. 10 Jahre.

BGE 131 III 49: Von der soeben geschilderten Rechtsnatur her betrachtet, hat die Haftung der ausschlagenden Erben gemäss Art. 579 ZGB gewisse Ähnlichkeiten mit den paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285ff. SchKG), unterscheidet sich davon aber insofern entscheidend, als nach dem Gesagten weder die Zuwendung durch den Erblasser oder die Ausschlagung durch den Erben in Frage gestellt werden soll, um entäusserte Vermögenswerte wiederzubeschaffen, noch auf Seiten der Beteiligten eine Absicht bestanden haben müsste, Gläubiger zu benachteiligen.

Frage 10

Begründung aus BGE 131 III 49: Schlagen hingegen alle Erben aus, gelangt die Erbschaft zur Liquidation durch das Konkursamt (Art. 573 Abs. 1 ZGB und Art. 193 SchKG). Auf Grund der Konkurseröffnung richten sich die Forderungen der Gläubiger gegen die Konkursmasse der Erbschaft (vgl. BRUNNER, Basler Kommentar, 1998, N. 10 zu Art. 193 SchKG, mit Hinweisen). Es gehört dann auch grundsätzlich zur Aufgabe des Konkursamtes bzw. der Konkursverwaltung, das den Gläubigern haftende Vermögen der ausschlagenden Erben zur Konkursmasse zu ziehen, wie das im Fall von Art. 193 ZGB geschieht (HANDSCHIN/HUNKELER, Basler Kommentar, 1998, N. 78 und N. 82 zu Art. 197 SchKG, mit weiteren Beispielen).

## Frage 11

*Kommentareinschub:* Als ich meine eigene Lösung dazu, ohne den BGE zu kennen, erarbeitete, zog ich eine Parallele zu der bekannten Diskussion bei der Herabsetzung bezüglich hinzurechnen von ausgleichungspflichtigen Objekten nach der objektiven oder subjektiven Theorie. Und tatsächlich hat sich dies dann im BGE so ebenfalls widerspiegelt.

### Begründung aus BGE 131 III 49:

Die Haftung nach Art. 579 ZGB setzt voraus, dass die ausschlagenden Erben vom Erblasser Vermögenswerte erhalten haben, "die bei der Erbteilung der Ausgleichung unterworfen sein würden" (Abs. 1). Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Schenkung des Erblassers an seine beiden Töchter der Ausgleichungspflicht unterliegt. Sodann ist die Bedeutung der Klausel in den Schenkungsverträgen zu prüfen, wonach die Beklagten "von der erbrechtlichen Ausgleichung eines allfälligen Mehrwertes für die hievor erworbenen Grundstücke gemäss Art. 629 ZGB ausdrücklich entbunden" sein sollten.

Gemäss Art. 626 ZGB sind die gesetzlichen Erben gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat (Abs. 1). Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u.dgl. zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht (Abs. 2). Die Beklagten bestreiten, dass eine ausgleichungspflichtige Zuwendung im Sinne von Art. 626 ZGB vorliege.

Die Regeln über die Ausgleichung sind dispositiver Natur. Der Erblasser kann - unter Vorbehalt der gesetzlichen Pflichtteilsrechte - von der Ausgleichungspflicht ganz oder teilweise dispensieren (BGE 118 II 282 E. 3 S. 285 ff.; BGE 124 III 102 E. 5a S. 106; BGE 126 III 171 E. 2 S. 172). Die in den Schenkungsverträgen enthaltene Klausel ist insoweit zulässig, dass sich die Beklagten die erhaltene Zuwendung an den Erbanteil anrechnen lassen müssen, einen Überschuss über den Betrag des Erbanteils hingegen nicht auszugleichen haben (vgl. den Hinweis auf Art. 629 ZGB). Ob ein Ausgleichungsdispens von Seiten des Erblassers bei der Haftung nach Art. 579 ZGB beachtlich ist, wird in der Lehre kontrovers diskutiert. Nach Auffassung der Kommentatoren soll es nur auf die Natur der Zuwendung ankommen und nicht auf den erblasserischen Willen. Die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen sind danach in einem rein objektiven Sinne aufzufassen, d.h. als solche, die an sich ein fähiges Objekt der Ausgleichung bilden (TUOR/Piceni, a.a.O., N. 15, und ESCHER/ESCHER, a.a.O., N. 7, je zu Art. 579 ZGB; gl.M. WALDER, Gläubigerschutz im schweizerischen Erbrecht, Festschrift Soliva, Zürich 1994, S. 338 ff., S. 341; GÜBELI, Gläubigerschutz im Erbrecht, Diss. Zürich 1998, S. 83). Gegen diese Auslegung spricht - wie auch eingeräumt wird - der Gesetzeswortlaut, wonach die Haftung gemäss Art. 579 ZGB nur Vorempfänge erfasst, "die bei der Erbteilung der Ausgleichung unterworfen sein würden". Was auch in der Erbteilung nicht ausgeglichen werden müsste, sei es kraft Gesetzes oder sei es auf Grund erblasserischer Vorschrift, haftet den Gläubigern nicht. Durch entsprechenden Dispens hätte es der Erblasser somit in der Hand, die Zuwendung von der Ausgleichung und von der Haftung gemäss Art. 579 ZGB auszunehmen. Die Vertreter dieser Lehrmeinung nehmen das in Kauf unter Hinweis darauf, dass den Gläubigern in einem solchen Fall immer noch die paulianischen Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG zur Verfügung stünden. Für die Haftung nach Art. 579 ZGB sei die Ausschlagung ursächlich und nicht das Verhalten des Erblassers (PIOTET, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht IV/2, Basel 1981, § 83/I/B S. 638 f., und in: ZBGR 74/1993 S. 74-76; vgl. WEGMANN, Die Beschränkungen der subjektiven Rechte des Erben durch Gläubiger, Miterben und Ehegatten nach dem Rechte des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Zürich 1937, S. 79/80).

In seinem nicht veröffentlichten Urteil vom 18. Mai 1981 (C.43/ 1981) hat sich das Bundesgericht der zweiten Lehrmeinung angeschlossen mit der Begründung, allein schon mit dem Wortlaut von Art. 579 ZGB sei es unvereinbar, die Haftung der Erben derart auszuweiten, dass unabhängig vom Willen des Erblassers jede Zuwendung als ausgleichungspflichtig aufzufassen wäre, die ihrer Natur nach als Objekt der Ausgleichung in Frage käme (E. 2d, zit. bei SCHÜPBACH, Droit et action révocatoires, Basel 1997, N. 165 zu Art. 285 SchKG). Daran ist nicht nur mit Blick auf den

Gesetzestext, sondern auch unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik festzuhalten. Art. 579 ZGB betrifft einzig die Ausschlagung der Erben und nicht die lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers. Dessen Gläubiger sollen wirtschaftlich so gestellt werden, als ob die Ausschlagung nie stattgefunden hätte (E. 2.2 hiervor). Gegen die Zuwendungen des Erblassers stehen dessen Gläubigern die paulianischen Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG zur Verfügung. Die Anfechtungsobjekte sind insoweit verschieden. Die paulianischen Anfechtungsklagen und der Anspruch aus Art. 579 ZGB bestehen deshalb auch nebeneinander und schliessen sich nicht aus (vgl. PIOTET, in: ZBGR 74/1993 S. 77 f.; SCHÜPBACH, a.a.O.; A. STAEHELIN, Basler Kommentar, 1998, N. 23 zu Art. 285 SchKG).

## Frage 12

### Begründung aus BGE 131 III 49:

Der Appellationshof hat festgehalten, der Nachlass sei überschuldet, weshalb es ohne die im Umfang der Erbanteile ausgleichungspflichtigen Vorempfänge kein teilbares Vermögen gäbe. Er ist davon ausgegangen, der Wert der Vorempfänge betrage Fr. 96'250.- für die Beklagte 1 sowie Fr. 99'330.- für die Beklagte 2. Gestützt auf diese unbestrittenen Ausgangszahlen hat der Appellationshof die ausgleichungspflichtigen Erbanteile - im Grundsatz - nach der Methode der Kommentatoren berechnet (TUOR/PICENONI, a.a.O., N. 17, und ESCHER/ESCHER, a.a.O., N. 12, je zu Art. 629 ZGB). In einem ersten Schritt hat der Appellationshof die überschuldete "Erbenschaft" (Fr. 0.-), den Vorempfang der Beklagten 1 (Fr. 96'250.-) und den Vorempfang der Beklagten 2 (Fr. 99'330.-) zusammengerechnet (= Fr. 195'580.-), durch die Anzahl Erben (: 2) geteilt und so den Erbanteil eines Erben erhalten (= Fr. 97'790.-). In einem zweiten Schritt hat der Appellationshof die Ausgleichung festgelegt: Da der Vorempfang der Beklagten 1 (Fr. 96'250.-) kleiner als ihr Erbanteil (Fr. 97'790.-) ist, gibt es keinen Überschuss und greift der erblasserische Ausgleichungsdispens für den Mehrwert bei ihr nicht. Sie hat den ganzen Vorempfang von Fr. 96'250.- zur Ausgleichung zu bringen. Demgegenüber übersteigt der Vorempfang der Beklagten 2 (Fr. 99'330.-) ihren Erbanteil (Fr. 97'790.-) und muss deshalb im Mehrwert (= Fr. 1'540.-) nicht ausgeglichen werden. Die Beklagte 2 hat ihren Vorempfang nur im Umfang des Erbanteils von Fr. 97'790.- zur Ausgleichung zu bringen.

Die Beklagten wenden gegen die Berechnungsmethode ein, Ausgangspunkt der Ausgleichung bilde der Netto-Nachlass, der hier - angesichts der hohen Überschuldung von rund 1.5 Millionen Franken - negativ sei und negativ bleibe, selbst wenn die Vorempfänge von rund Fr. 200'000.- angerechnet würden. Es gebe keinen zu teilenden Sondernachlass aus den erhaltenen Vorempfängen. Viele Fragen der Ausgleichung sind streitig und wenig geklärt. Ausgangspunkt der Ausgleichung bildet der (reine) Nachlass, d.h. das beim Tod des Erblassers noch vorhandene Vermögen abzüglich der Passiven. Durch Hinzurechnung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen entsteht die Teilungsmasse, aus der die Erbanteile errechnet werden können. Übersteigen die lebzeitigen Zuwendungen den Erbanteil, wird der Erbe - falls er nicht ausschlägt (E. 2.2 hiervor) - gegenüber den Miterben leistungspflichtig (vgl. zum Begrifflichen: EITEL, Berner Kommentar, 2004, N. 15 der Vorbem. vor Art. 626 ff. und N. 8 ff. zu Art. 628 ZGB; PIOTET, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Basel 1978, § 53/III S. 380 f. und § 62 S. 439 ff.; aus der Rechtsprechung zuletzt: BGE 127 III 396 E. 1b/cc und E. 2a S. 398 f.). In Anbetracht der Überschuldung des Nachlasses hafteten die Beklagten bei voller Ausgleichungspflicht mit dem ganzen Wert der erhaltenen lebzeitigen Zuwendungen. Zu berücksichtigen ist hier indessen der erblasserische Ausgleichungsdispens, wonach die Zuwendungen in ihrem den Erbanteil überschüssenden Betrag nicht auszugleichen sind (E. 4.2 soeben). Dieser teilweise Ausgleichungsdispens im Umfang des Mehrwertes bzw. Überschusses nähert sich den Wirkungen eines vollen Ausgleichungsdispenses an, je geringfügiger der Erbanteil ausfällt. Fehlt es - wie hier - an einem Erbanteil überhaupt, weil auch nach Hinzurechnung der lebzeitigen Zuwendungen teilbare Aktiven nicht vorhanden sind, entspricht der ausgleichungsbefreite Mehrwert bzw. Überschuss der lebzeitigen Zuwendung in ihrem vollen Betrag. Dieses Ergebnis ist - ungeachtet der Berechnungsart - durch den Zweck des Ausgleichungsdispenses gerechtfertigt: Der Erlass der Ausgleichungspflicht für den Überschuss

verhindert, dass der Erbe, der die Erbschaft annimmt und deshalb den Vorempfang ausgleichen muss, schlechter gestellt wird als der Erbe, der die Erbschaft ausschlägt und sich dadurch der Pflicht zur Ausgleichung des Vorempfangs entziehen kann (vgl. PIOTET, a.a.O., IV/1, § 47/VII/B S. 334; FORNI/ PIATTI, Basler Kommentar, 2003, N. 3 zu Art. 629 ZGB, mit weiteren Hinweisen).

Der Appellationshof ist zu einem abweichenden Ergebnis gelangt auf Grund seiner Annahme, der überschuldete Nachlass müsse mit "null" Franken bei der Berechnung der Erbanteile eingesetzt werden. Diese Auffassung wurde von den Kommentatoren zwar in ihren Erstauflagen noch geteilt, wird heute aber ebenso einhellig abgelehnt. Erbvorbezüge werden auch dann zum Nachlass hinzugerechnet, wenn dieser überschuldet ist. Der negative Saldo wird also durch den Wert der Erbvorbezüge verringert, eventuell sogar in einen positiven Saldo verwandelt (ESCHER/ESCHER, Zürcher Kommentar, 1959, N. 9 zu Art. 475 ZGB, und die Berner Kommentatoren: TUOR, 1952, N. 30 ff., und WEIMAR, 2000, N. 37, je zu Art. 474 ZGB). Der Appellationshof hat sein Ergebnis zusätzlich auf den Gedanken gestützt, es müssten Manipulationen des Erblassers, die Haftung nach Art. 579 ZGB zu umgehen, vermieden werden. Soll indessen ein erblasserischer Ausgleichsdispens im Rahmen von Art. 579 ZGB beachtlich sein, wie das der Appellationshof zu Recht anerkannt hat, kann die Haftung des ausschlagenden Erben ausgeschlossen werden, indem der Erblasser ihn vollständig von der Ausgleichungspflicht befreit. Die erblasserische Befreiung von der Ausgleichungspflicht wird dadurch nicht per se rechtsmissbräuchlich. Es muss vielmehr ein Verhalten des BGE 131 III 49 S. 60 Erblassers hinzutreten, das als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist, weil es auf eine bewusste Benachteiligung der Gläubiger abzielt. Ist dies aber der Fall, liegt nicht mehr der Tatbestand von Art. 579 ZGB vor, der an die Ausschlagung der Erben anknüpft, sondern allenfalls ein Tatbestand der paulianischen Anfechtungsklagen, die an ein bestimmtes Verhalten des Schuldners anknüpfen (E. 4.2 soeben).

Aus den dargelegten Gründen muss die Berufung gutgeheissen und die Klage abgewiesen werden, soweit sie sich auf die Haftung der Erben gemäss Art. 579 ZGB stützt. Eine Überprüfung der eingeklagten Ansprüche unter dem Blickwinkel der paulianischen Anfechtungsklagen fällt ausser Betracht. Die Klägerin hat deren Voraussetzungen im kantonalen Verfahren weder behauptet noch bewiesen und ihre Ansprüche stets - so auch heute - aus der Haftung gemäss Art. 579 ZGB abgeleitet. Es fehlt damit an Tatsachenfeststellungen, die es gestatteten, die eingeklagte Forderung unter dem anderen Rechtstitel zu beurteilen (BGE 116 II 695 E. 4 S. 699; BGE 130 III 28 E. 4.4 S. 34).

#### Nachwort:

Der Prüfer hat es sich vorliegend einfach gemacht und einen – weder in ZGB oder SchKG – Theoriebücher ausgeführte thematisierten – grundlegenden BGE-Entscheid über Erbschaftskonkurs genommen. Auch sonst wird der Erbschaftskonkurs nie gross thematisiert in den Theoriebüchern. Mit lesen der Artikel und der Heranziehung ähnlicher Theorien ist eine Lösung des Grossteils durchaus aber möglich, fraglich aber innert vier Stunden. SchKG und Erbrecht muss man sattelfest sein.