

Reduktion oder sogar eine Aufhebung des Betreuungsunterhalts im Rahmen des Berufungsverfahrens zu wehren.<sup>15</sup> Die ganze Problematik akzentuiert sich insbesondere dadurch, dass im summarischen Verfahren, mithin auch im Eheschutzverfahren oder einem vorsorglichen Massnahmeverfahren im Rahmen einer Scheidung, eine Anschlussberufung mit eigenständigen Anträgen nicht möglich ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO).

Dass die Vorinstanz und das Bundesgericht die vorgenannte Problematik in ihren Entscheiden aufzeigen und ihr zu begegnen versuchen, erscheint durchaus nachvollziehbar und grundsätzlich sinnvoll. Die Argumentation des Bundesgerichts, wonach eine Reduktion des Betreuungsunterhalts und eine Erhöhung des Ehegattenunterhalts im selben Umfang – mithin eine Gesamtbetrachtung – unter Willkürgesichtspunkten nicht zu beanstanden sei, vermag jedoch nicht restlos zu überzeugen. Die vom Bundesgericht ins Feld geführte Rechtsprechung betrifft – wie das Bundesgericht auch selbst erwägt – jeweils umgekehrte Ausgangslagen und darf demnach nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Zudem verbleibt es auch bei einer Gesamtbetrachtung und der Tatsache, dass im Endeffekt der Ehemann nicht schlechter- und die Ehefrau nicht bessergestellt wird, bei einer gesetzlich nicht vorgesehenen Abweichung von der Dispositionsmaxime und vom Grundsatz der Teilrechtskraft von nicht angefochtenen Punkten. Zu betonen bleibt, dass das Bundesgericht die vorgenannte Abweichung in seinem Urteil ausdrücklich feststellt und das Vorgehen der Vorinstanz lediglich unter Willkürgesichtspunkten würdigt. Allfällige rechtliche Lösungsansätze für die vorliegende Problematik lassen sich dem Bundesgerichtsentscheid jedoch keine entnehmen. Wird durch die geplante Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung die Anschlussberufung in familienrechtlichen Summarverfahren zugelassen, liesse sich in solchen Verfahren eine Abweichung vom Dispositionsgrundsatz jedenfalls nicht mehr rechtfertigen, zumal dann auch der Berufungsbeklagte (erneut) die Möglichkeit hätte, im Rahmen einer Anschlussberufung eigenständige Anträge zu stellen. Bis zum Inkrafttreten der Revision dürften sich die Rechtsmittelinstanzen weiterhin mit der aufgezeigten Problemstellung konfrontiert sehen, ohne dass das vorliegende Bundesgerichtsurteil beim Umgang damit eine klare Hilfestellung bietet.

## 2.5. Erbrecht – allgemein/Droit des successions – en général

### Der ausgleichsrechtliche Durchgriff

#### Besprechung von BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022 (zur amtlichen Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A\_425/2020, 5A\_435/2020 vom 15. Dezember 2022 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), A.A. und B.A. gegen C.A. und D.A. sowie D.A. gegen A.A., B.A. und C.A., Erbteilung.



PIUS KOLLER\*

*Lebzeitige Zuwendungen können auch dann der Ausgleichung unterworfen sein, wenn der Erblasser diese über eine von ihm beherrschte juristische Person ausgerichtet hat, sofern die weiteren Voraussetzungen von Art. 626 Abs. 2 ZGB erfüllt sind.*

### I. Sachverhalt

Am 7. Oktober 2003 reichten C.A. und D.A. beim Bezirksgericht Baden eine Erbteilungsklage gegen A.A. und B.A. ein. In dieser ging es u.a. um die Verteilung und Bewertung der Aktien der H. AG sowie um die Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers an A.A. und B.A. Sie machten geltend, dass A.A. und B.A. lebzeitige Zuwendungen im Betrage von CHF 12'114'551 vom Erblasser erhalten hätten, indem sie zu tiefe Mietzinsen für ein Hotel, ein Restaurant und eine Bäckerei/Konditorei bezahlt hätten, die auf Verträgen basierten, die mit der vom Erblasser beherrschten H. AG als Vermieterin abgeschlossen wurden. Weiter hätten A.A. und B.A. Räume der H. AG unentgeltlich genutzt und die Liegenschaft Parzelle xxx gestützt auf einen mit der H. AG abgeschlossenen Vertrag günstig erworben.<sup>1</sup>

Das Bezirksgericht Baden und das Obergericht des Kantons Aargau wiesen die Ausgleichungsansprüche von C.A. und D.A. aus lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers an A.A. und B.A. ab. Das Obergericht führte zur Begrün-

<sup>15</sup> BGer, 5A\_776/2021, 21.6.2021, E. 6.3.2.

\* PIUS KOLLER, lic. iur., dipl. Ing. Agr. FH, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Präsident Fachkommission Erbrecht SAV, Ritter Koller AG, Möhlin.

<sup>1</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, Sachverhalt A–D, E. 4 f. Vor dem Obergericht wurde die Forderung nach Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen auf CHF 9'905'976 reduziert.

derung an, die behaupteten Zuwendungen seien formell nicht durch den Erblasser, sondern durch die von ihm beherrschte H. AG vorgenommen worden. Vor diesem Hintergrund befasste sich das Obergericht in einem ersten Schritt mit der Frage, ob Art. 626 ZGB überhaupt auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Es prüfte, ob die rechtliche Trennung zwischen dem Erblasser und der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft massgeblich sei, so dass die geltend gemachten Zuwendungen nicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB ausgleichspflichtig wären, oder ob es auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankomme, der zufolge das Vermögen der H. AG zum Vermögen des Erblassers gehören würde. Das Obergericht erklärte, nach dem Grundsatz der Trennung von Gesellschaft und Gesellschafter sei entscheidend, dass die behauptete Zuwendung durch die H. AG und nicht durch den Erblasser vorgenommen worden sei. Die wirtschaftliche Identität zwischen der H. AG und dem Erblasser bleibe unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs ohne Bedeutung. Die angeblichen Zuwendungen würden auf Verträgen mit der H. AG beruhen und diese sei Eigentümerin der angeblich unentgeltlich benützten Räume. Deshalb lägen Zuwendungen der H. AG vor. Auf Zuwendungen einer Aktiengesellschaft sei Art. 626 Abs. 2 ZGB nicht anwendbar. Ein Rechtsmissbrauch sei nicht ersichtlich. Im Kontext der Ausgleichung sei ein rechtsmissbräuchliches Vorschieben einer Aktiengesellschaft durch den Erblasser nur schwer vorstellbar, denn ob eine Zuwendung auszugleichen sei, hänge ohnehin vom Willen des Erblassers ab. Die Frage des missbräuchlichen Vorschiebens einer Aktiengesellschaft durch den Erblasser könnte sich allenfalls im Zusammenhang mit einer Verletzung von Pflichtteilsrechten stellen. Solcherlei werde jedoch nicht behauptet und sei daher auch nicht zu prüfen. Die Rügen, dass das Bezirksgericht zu Unrecht von Amtes wegen einen Dispens von der Ausgleichung angenommen habe und ein konkludenter Dispens unzulässig sei, seien unbegründet. Die Frage nach dem Dispens würde sich nur stellen, wenn Art. 626 Abs. 2 ZGB überhaupt auf den vorliegenden Fall anwendbar wäre, was jedoch nicht der Fall sei. Im Ergebnis sei eine Pflicht zur Ausgleichung im Zusammenhang mit angeblich zu tiefen Mietzinsen, der angeblich unentgeltlichen Benützung von Wohnungen und Büros sowie dem Erwerb der Liegenschaft Parzelle xxx zu verneinen.<sup>2</sup>

D.A. führte dagegen beim Bundesgericht Beschwerde (5A\_435/2020) und verlangte festzustellen, dass ein Betrag von CHF 9'905'976 auszugleichen sei. C.A. hingegen focht das Urteil des Obergerichts nicht an. A.A. und B.A. führten ebenfalls Beschwerde beim Bundesgericht (5A\_425/2020),

jedoch mit anderen Beschwerdegründen als D.A.<sup>3</sup> Das Bundesgericht vereinigte die beiden Verfahren.<sup>4</sup>

Die vorliegende Besprechung befasst sich einzig mit der sich vor Bundesgericht stellenden Frage, ob die lebzeitigen Zuwendungen an A.A. und B.A. der Ausgleichungspflicht gemäss Art. 626 ZGB unterstehen oder nicht.<sup>5</sup>

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

Zunächst erinnerte das Bundesgericht an die allgemeinen Grundsätze der Ausgleichung gemäss Art. 626 ZGB.<sup>6</sup>

Mit Bezug auf Zuwendungen, die nicht direkt vom Erblasser oder nicht direkt an einen Erben, sondern von einer dazwischenstehenden juristischen Person oder an eine solche geleistet werden, befasste sich das Bundesgericht mit seiner dazu ergangenen Rechtsprechung.<sup>7</sup>

Im Urteil 5A\_994/2014 vom 11. Januar 2016 E. 5.4 und 5.5 habe es betreffend die Informationsansprüche der Erben klargestellt, dass die rechtliche Selbständigkeit juristischer Personen zu beachten sei, sofern sie im Einzelfall nicht rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werde. Der so genannte Durchgriff habe allgemein betrachtet zur Folge, dass die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person ausser Acht gelassen werde und damit die juristische Person und die sie beherrschende Person rechtlich – vor allem in Vermögensbelangen – als Einheit behandelt würden. Er setze voraus, dass die juristische Person von der hinter ihr stehenden Person abhängig sei und zu missbräuchlichen Zwecken gegründet worden sei oder verwendet werde. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, könne es sich ausnahmsweise rechtfertigen, vom beherrschten auf das beherrschende Subjekt oder umgekehrt «durchzugreifen», das heisse – in der damals gegebenen Konstellation –, Ausgleichungs- oder Herabsetzungsansprüche der Beklagten gegen den Kläger zuzulassen für Zuwendungen der Erblasser an Gesellschaften, die der Kläger beherrscht. Mit Blick auf den konkreten Fall habe das Bundesgericht die Auskunftspflicht des Klägers bejaht, da aufgrund der Vermögensverschiebungen der Erblasser an vom Kläger beherrschte Gesellschaften Ausgleichungs- und Herabsetzungsansprüche bestehen könnten.

<sup>3</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, Sachverhalt D.

<sup>4</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, E. 1.1.

<sup>5</sup> Das Bundesgericht befasste sich in E. 4 mit dieser Fragestellung.

<sup>6</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, E. 4.3.1 mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre. Es ist empfehlenswert, sich diese Grundsätze in Erinnerung zu rufen. Sie werden an dieser Stelle jedoch nicht wiederholt, sondern es wird zur Lektüre auf die Ausführungen im Urteil verwiesen.

<sup>7</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, E. 4.3.2.

<sup>2</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, E. 4.

Im Urteil 5A\_620/2007 vom 7. Januar 2010 E. 7.2 sei das Bundesgericht im Kontext des Auskunftsrechts des amtlichen Liquidators zum Schluss gekommen, dass die Übertragung von Vermögenswerten von einer Gesellschaft, deren wirtschaftlich Begünstigter der Erblasser ist, ebenso wie die Übertragung von Vermögenswerten, die dem Erblasser gehören oder an denen er wirtschaftlich berechtigt ist, zugunsten eines Trusts eine lebzeitige Verfügung an die Begünstigten des Trusts darstelle.

Das Urteil 5A\_789/2016 vom 9. Oktober 2018 E. 5.2 f. habe von einer Aktiengesellschaft, deren Grossaktionär und Direktor der Erblasser war, gehandelt. Die Aktiengesellschaft habe an eigenen Grundstücken (Dritt-)Pfänder bestellt, um die Darlehensschuld eines Nachkommens des Erblassers zu sichern. Das Bundesgericht habe diese Drittpfandbestellung nicht der Ausgleichspflicht nach Art. 626 Abs. 2 ZGB unterstellt. Im Drittpfandverhältnis liege erst dann eine Zuwendung des Erblassers vor, wenn der nachmalige Erblasser im Fall der Kündigung des Darlehens auf seine Regressansprüche gegenüber dem Nachkommen verzichte, mithin einen Schulderlass gewähre. Im konkreten Fall sei die Verringerung des Vermögens erst in demjenigen Zeitpunkt eingetreten, in welchem nach der Versteigerung der verpfändeten Grundstücke der Regressanspruch gegen den Nachkommen nicht erhoben worden sei. Nachdem die Aktiengesellschaft als Eigentümerin der Grundstücke bereits mehr als drei Jahre zuvor in Konkurs gefallen gewesen sei, habe der Erstattungsanspruch allein der Konkursmasse, nicht jedoch dem Erblasser zugestanden. Fehle es aber an einer lebzeitigen Zuwendung des Erblassers, sei nicht auch zu prüfen, ob die angebliche Schenkung dem Erblasser direkt oder in Anwendung eines Durchgriffs durch die Aktiengesellschaft zuzuordnen sei.

Das Bundesgericht führte alsdann aus,<sup>8</sup> dass diese Urteile im Schrifttum Diskussionen darüber ausgelöst hätten, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Zuwendungen, die nicht auf dem direkten Weg vom Erblasser an den Erben vollzogen werden, der Ausgleichung (und der Herabsetzung) unterstehen sollen. Unter dem

Stichwort der «indirekten Zuwendung» werde postuliert, dass Zuwendungen einer vom Erblasser beherrschten juristischen Person an einen Erben (z.B. der von der Einmann-Aktiengesellschaft des Erblassers ausbezahlte überhöhte Lohn) und solche an eine von einem Erben beherrschte juristische Person (z.B. Teilnahme des Erblassers an einer Kapitalerhöhung mit überhöhtem Ausgabepreis) losgelöst von den herkömmlichen Voraussetzungen des Durchgriffs als lebzeitige Zuwendungen des Erblassers ausgleichungspflichtig seien, sofern bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Erbe dadurch bereichert werde und der Erblasser eine Vermögenseinbusse erleide.

Für KOLLER und STRAESSLE stehe fest,<sup>9</sup> so das Bundesgericht weiter, dass es im Urteil 5A\_620/2007 im beschriebenen Sinne von indirekten Zuwendungen ausgegangen sei. Es habe dem Erblasser die Zuwendungen der von ihm beherrschten Gesellschaft an den Trust (und von dort weiter an dessen Begünstigte) angerechnet und so letztlich ausser Acht gelassen, dass die Zuwendung nicht vom Erblasser selbst, sondern von der von ihm beherrschten Gesellschaft ausgegangen sei. Im Zusammenhang mit dem Urteil 5A\_994/2014 bzw. dem Durchgriffsprinzip werde sodann in der Lehre darauf hingewiesen, dass es wenig Sinn mache, auf Seiten des Erblassers nach einem Rechtsmissbrauch zu suchen, da der Erblasser seine Nachkommen mit einem ausdrücklichen Ausgleichungsdispens ohnehin von der Ausgleichungspflicht befreien könne. Auch den begünstigten Nachkommen, die einem Ausgleichungsanspruch entgegenhalten, dass die Zuwendungen nicht vom Erblasser selbst geleistet wurden, könne kein missbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, da die Ursache des Rechtsmissbrauchs nicht durch sie verantwortet werde und sich die wirtschaftliche Identität von juristischer und natürlicher Person nicht auf sie, sondern auf den Erblasser beziehe. Angesichts dessen dürfe ein «erbrechtlicher» Durchgriff nicht allein von einem Rechtsmissbrauch abhängen, sondern müsse sich aus den Gerechtigkeits- und Gleichbehandlungsüberlegungen ergeben, die der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB zugrunde lägen.<sup>10</sup>

Sodann beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Rechtsfigur des Durchgriffs und erwog,<sup>11</sup> was den hier in Frage stehenden ausgleichungsrechtlichen Durchgriff angeht, KOLLER weise zutreffend darauf hin, dass die Nach-

<sup>8</sup> Das Bundesgericht verweist in E. 4.3.2 auf JACQUELINE BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 46 ff., in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., Basel 2019; PIUS KOLLER, Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht, AJP 2021, 19 ff., 27 ff.; ANTOINE EIGENMANN, L'obligation de rapporter en pratique, Une source de conflit posthume, Lugano 2018, 13 f.; RALPH STRAESSLE, Die erbrechtliche Berücksichtigung der lebzeitigen familieninternen Unternehmensnachfolge, Zürich 2019, 113 f.; PAUL EITEL/MARJOLEIN BIERI, Der Durchgriff und sein Durchbruch ins Erbrecht, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter (Hrsg.), Equus und aequus – et cetera – Liber amicorum für Benno Studer zum 70. Geburtstag, Zürich 2019, 5 ff., 15 f.

<sup>9</sup> KOLLER (FN 8), AJP 2021, 30; STRAESSLE (FN 8), 113 f.

<sup>10</sup> KOLLER (FN 8), AJP 2021, 24 f.; EITEL/BIERI (FN 8), 13 ff.; vgl. auch nachfolgende Urteile, wo das Bundesgericht den Durchgriff in einem anderen Zusammenhang bei offensichtlicher Verletzung eines legitimen Interesses zugelassen und auf das Vorhandensein eines Rechtsmissbrauchs verzichtet hat: BGE 121 III 319 E. 5a/aa; BGE 102 III 165 E. II.2; BGE 72 II 67 E. 3c.

<sup>11</sup> BGER, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, E. 4.3.3.

kommen mit der wirtschaftlichen Identität des Erblassers und der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft nichts zu tun hätten, weshalb sie nicht als Urheber einer (allenfalls) rechtsmissbräuchlichen Verwendung der Aktiengesellschaft in die Pflicht genommen werden könnten. Richtig sei auch die in der Lehre vertretene Meinung,<sup>12</sup> dass der Erblasser lebzeitige Zuwendungen an seine Nachkommen genauso gut mit einem ausdrücklichen Dispens von der Ausgleichungspflicht befreien könne, ohne sich hinter «seiner» Aktiengesellschaft verstecken zu müssen. Das Obergericht habe daraus gefolgert, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Erblassers kaum vorstellbar, die rechtliche Selbständigkeit der H. AG deswegen zu beachten und Art. 626 Abs. 2 ZGB nicht anwendbar sei. Diese Überlegungen würden, so das Bundesgericht, zu kurz greifen. Denn der Rechtsmissbrauch sei gerade im Fall der Einmanngesellschaft kein zwingendes Erfordernis für einen Durchgriff. Die Praxis orientiere sich (auch) daran, ob es sich unter dem Blickwinkel von Treu und Glauben oder angesichts der drohenden Verletzung legitimer Interessen aufdränge, über die formalrechtliche Selbständigkeit der juristischen Person hinwegzusehen. Bei der Anwendung von Art. 626 Abs. 2 ZGB gehe es um das Interesse eines jeden Kindes, am väterlichen oder mütterlichen Nachlass zu einem gleichen Teil wie alle anderen Kinder zu partizipieren. Die Legitimität dieses Interesses beruhe auf dem Willen des Gesetzgebers, mit der Gleichheits- oder Gerechtigkeitsidee im familiären Kontext dem besonderen Stellenwert Rechnung zu tragen, durch den sich die (naturgemäss) enge Beziehung der Kinder sowohl zu ihren Eltern als auch untereinander vom weiteren Familienkreis (und von ausserfamiliären Verhältnissen) abhebe.<sup>13</sup> Ausgehend davon überbürde das Gesetz dem Ausgleichungsschuldner auch den Nachweis eines ausdrücklichen Ausgleichungsdispenses des Erblassers.

In Berücksichtigung dieses Gehalts von Art. 626 Abs. 2 ZGB bestehe kein Grund, den gesetzlich verankerten Gleichbehandlungsgedanken wegen der rechtlichen Selbständigkeit der Einmanngesellschaft, derer sich der Erblasser bei der Ausrichtung der Zuwendungen bediene, zurückzustellen. Aus den dargelegten Gründen stehe im gegebenen Kontext nicht der «Missbrauch» der rechtlichen Selbständigkeit der vom Erblasser beherrschten juristischen

Person im Fokus, sondern die Tatsache, dass der Erblasser seinen Nachkommen einen geldwerten Vorteil unentgeltlich zukommen lasse und damit auch sein eigenes Vermögen schmälere. Indem er beispielsweise durch die Auszahlung eines zu hohen Arbeitslohns an die bei der juristischen Person angestellte Tochter oder durch die (gemischte) Schenkung eines Grundstücks aus dem Vermögen der juristischen Person an den Sohn in der Geschäftstätigkeit seiner Aktiengesellschaft auf Marktkonditionen verzichte, nehme er eine Gewinneinbusse der Gesellschaft, mithin eine Werteinbusse der von ihm gehaltenen (100%-)Beteiligung, in Kauf. Dass der Erblasser für diese Begünstigungen den Weg über die von ihm beherrschte juristische Person wähle, stehe der (grundsätzlichen) Ausgleichungspflicht nicht im Weg. Freilich müssten auch alle übrigen gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 626 Abs. 2 ZGB erfüllt sein.

Das Bundesgericht kommt schliesslich zum Ergebnis, dass für die Zwecke der hier gegebenen Ausgangslage einer vom Erblasser beherrschten Aktiengesellschaft die Rechtsfigur des Durchgriffs somit im beschriebenen Sinn an den Gegeben- und Besonderheiten des erbrechtlichen Ausgleichungsstreits auszurichten sei. Somit würden sich Erörterungen zur Lehre von der «indirekten Zuwendung» erübrigen.

Das Bundesgericht heisst in dieser Hinsicht die Beschwerde von D.A. gut und weist die Sache an das Obergericht zurück, welches sich in einem neuen Entscheid mit den Voraussetzungen der erbrechtlichen Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB auseinandersetzen muss.<sup>14</sup>

### III. Bemerkungen

1. Soweit ersichtlich, beschäftigte sich das Bundesgericht im kommentierten Urteil zum ersten Mal mit der Frage, wie Zuwendungen, die nicht direkt vom Erblasser oder nicht direkt an einen Erben, sondern von einer dazwischenstehenden juristischen Person oder an eine solche geleistet werden, ausgleichungsrechtlich zu handhaben sind. Das Bundesgericht hatte sich bisher am Rande mit solchen Fragestellungen befasst,<sup>15</sup> hatte jedoch noch keine Gelegenheit, sich explizit dazu zu äussern.
2. Der Sachverhalt des kommentierten Urteils bot dem Bundesgericht die Gelegenheit, sich umfassend mit dieser Thematik zu befassen und die Lehre, die zu solchen sogenannten indirekten Zuwendungen ergangen ist, zu reflektieren.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> KOLLER (FN 8), AJP 2021, 24 mit Hinweisen.

<sup>13</sup> EITEL/BIERI (FN 8), 15 mit Hinweisen; vgl. auch: BSK ZGB II-PIATTI, Art. 626 N 1, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2023; PAUL EITEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Bern 2004, Vor Art. 626 ff. ZGB N 10 ff.; BGE 126 III 171 E. 3b/bb.

<sup>14</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, E. 4.4.1.

<sup>15</sup> Vgl. die Ausführungen des Bundesgerichts im kommentierten Urteil in E. 4.3.2.

<sup>16</sup> BGer, 5A\_425/2020, 5A\_435/2020, 15.12.2022, E. 4.4.1.

3. Das Bundesgericht folgt dabei nicht dem Ansatz der Lehre zur indirekten Zuwendung, der zufolge die Vermögensvorteile, die den Nachkommen indirekt über eine vom Erblasser beherrschte juristische Person ausgerichtet werden, unabhängig von der Erfüllung eines eigentlichen Missbrauchstatbestands ausgleichungspflichtig sein können. Es präzisiert vielmehr die Rahmenbedingungen des erbrechtlichen Durchgriffs als eigenständige Rechtsfigur neben dem gesellschaftsrechtlichen und dem steuerrechtlichen Durchgriff.
4. Das Bundesgericht lässt sich dabei richtigerweise vom Gleichbehandlungsgedanken, der der Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB zugrunde liegt, leiten. Es betonte, dass gerade im Fall der Einmanngesellschaft der Rechtsmissbrauch kein zwingendes Erfordernis für einen Durchgriff ist. Die Praxis orientiert sich daran, ob es sich unter dem Blickwinkel von Treu und Glauben oder angesichts der drohenden Verletzung legitimer Interessen aufdrängt, über die formaljuristische Selbständigkeit von juristischen Personen hinwegzusehen. Im Anwendungsbereich von Art. 626 Abs. 2 ZGB geht es darum, dass die Kinder am väterlichen und mütterlichen Nachlass zu gleichen Teilen partizipieren. Somit steht nicht der Missbrauch der rechtlichen Selbständigkeit der vom Erblasser beherrschten juristischen Person im Fokus, sondern die Tatsache, dass der Erblasser einem Nachkommen einen geldwerten Vorteil unentgeltlich zukommen lässt und somit sein eigenes Vermögen schmälert. Dass der Erblasser dabei den Weg über die von ihm beherrschte juristische Person wählte, steht der Ausgleichungspflicht nicht entgegen, wenn auch alle anderen Voraussetzungen von Art. 626 Abs. 2 ZGB erfüllt sind.
5. Das Bundesgericht hat mit dieser Begründung nach der hier vertretenen Meinung zu Recht die vorinstanzliche Beurteilung, wonach die wirtschaftliche Identität der H. AG und des Erblassers ohne Bedeutung, Art. 626 Abs. 2 ZGB wegen der rechtlichen Selbständigkeit der H. AG nicht anwendbar und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Erblassers durch Vorschieben einer AG nicht vorstellbar sei, als bundesrechtswidrig beurteilt und das Verfahren an das Obergericht zu neuem Entscheid über die Ausgleichungspflicht der lebzeitigen Zuwendungen an A.A. und B.A., welche diese vom Erblasser via die H. AG erhalten haben, zurückgewiesen. Das Obergericht oder gegebenenfalls die Erstinstanz wird sich mithin mit den Voraussetzungen der erbrechtlichen Ausgleichung befassen müssen. Dazu gehört einerseits in subjektiver Hinsicht ein Schenkungswille des Erblassers und andererseits in objektiver Hinsicht, ob der Erblasser die geldwerten Vorteile A.A. und B.A. zum Zweck der Existenzbegründung, -sicherung oder -verbesserung zukommen liess. Schliesslich wird das Obergericht bzw. die Erstinstanz zu prüfen haben, ob der Erblasser die Beklagten von der Ausgleichungspflicht dispensiert hat.
6. Bezüglich der Dispensierung von der Ausgleichungspflicht ist festzuhalten, dass nach Meinung des Kommentators ein Dispens nicht bereits deshalb vorliegt, weil der Erblasser die Zuwendungen nicht direkt an die begünstigten Kinder, sondern indirekt via die H. AG getätigt hat. Das ergibt sich auch aus dem kommentierten Urteil, andernfalls das Bundesgericht nicht zum eindeutigen Ergebnis gelangt wäre, dass Begünstigungen über den Weg einer vom Erblasser beherrschten juristischen Person der Ausgleichungspflicht unterstehen. Art. 626 Abs. 2 ZGBbürdet dem Ausgleichungsschuldner deshalb den Nachweis auf, dass er vom Erblasser ausdrücklich von der Ausgleichungspflicht befreit worden ist. Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen des Kommentators im Aufsatz zur Thematik von Durchgriff und indirekten Zuwendungen im Erbrecht.<sup>17</sup> Dort wird ausgeführt, dass allein aufgrund einer indirekten Zuwendung nicht auf einen Ausgleichungsdispens geschlossen werden dürfe. Nur die ausdrückliche Willensäusserung des Erblassers sollte über einen allfälligen Dispens von der Ausgleichungspflicht der Nachkommen entscheiden. Liegt keine solche Willensäusserung vor, ist aus Gründen der Gerechtigkeit und gemäss dem erbrechtlichen Prinzip der Gleichbehandlung davon auszugehen, dass der Erblasser alle Nachkommen gleich behandeln wollte, was eine Ausgleichungspflicht (auch) von indirekten Zuwendungen nach sich zieht.
7. Das kommentierte Urteil verdient aus erbrechtlicher Sicht volle Zustimmung. Das Institut der erbrechtlichen Ausgleichung hat, wie das Bundesgericht richtig festgestellt hat, die Idee der Gleichbehandlung der Nachkommen des Erblassers zum Zweck. Diesen Umstand gilt es sich in ausgleichungsrechtlichen Fragestellungen immer wieder vor Augen zu führen. Wer sich als Nachkomme auf einen Dispens von der Ausgleichung beruft, muss gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB den Nachweis erbringen, dass der Erblasser ihn ausdrücklich von der Ausgleichungspflicht befreit hat. Bereits aus dieser gesetzlichen Konzeption heraus ergibt sich, dass bei einer indirekten Zuwendung nicht auf einen Dispens geschlossen werden darf. Will der Erblasser einen Nachkommen von der

<sup>17</sup> KOLLER (FN 8), AJP 2021, 25 f.

Ausgleichspflicht befreien, muss er dies ausdrücklich tun, und zwar unabhängig davon, ob er die Zuwendung direkt oder via eine von ihm beherrschte juristische Person getätigt hat.

8. Im vorliegenden Fall muss sich das Obergericht oder gegebenenfalls das Bezirksgericht mit der Ausgleichspflicht von lebzeitigen Zuwendungen befassen, welche im Zeitraum von 1975 bis 1997 (der Todestag des Erblassers war am 19. Mai 1997) getätigt wurden. Diese liegen mithin 26 und mehr Jahre zurück. Es ist dabei insbesondere zu klären, ob A.A. und B.A. zu tiefe Mietzinsen für ein Hotel, ein Restaurant und eine Bäckerei/Konditorei gewährt wurden. Das Gericht muss dementsprechend einen Vergleich zwischen den bezahlten und den marktüblichen Konditionen anstellen. Dies wird für den massgeblichen Zeitraum mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein. Die involvierten Gerichte haben sich und den Parteien in der Retrospektive betrachtet einen Bärendienst geleistet. Dies ist eine Folge des sehr langen Prozesses. Die Erbteilungsklage wurde am 7. Oktober 2003 eingereicht. Soweit aus dem Bundesgerichtsurteil ersichtlich, hat sich bislang keine kantonale gerichtliche Instanz im Detail mit den lebzeitigen Zuwendungen auseinandergesetzt, sondern einzig festgehalten, dass diese nicht ausgleichspflichtig seien, da sie nicht direkt vom Erblasser, sondern von der H.AG erfolgt sind. Nach bald 20-jähriger Prozessdauer wird ein aufwendiges Beweisverfahren aufzunehmen sein, welches selbst wieder mehrere Jahre dauern kann. Wenn die erbrechtliche Auseinandersetzung in den gleichen zeitlichen Abständen wie bisher fortgeführt wird, ist erst in rund zehn Jahren nach dreissigjähriger Prozessdauer mit einem abschliessenden bundesgerichtlichen Urteil zu rechnen, was den Parteien zu Gedanken über eine einvernehmliche aussergerichtliche Streitledigung Anlass geben sollte, zumal das Prozessieren aufgrund des hohen Streitwerts ins Geld gehen dürfte, worauf anhand der bundesgerichtlichen Gerichtsgebühr von CHF 70'000 geschlossen werden kann.

## 2.5. Erbrecht – allgemein/Droit des successions – en général

**Der Erblasser, «die Schlossherrin» und das «Volk» oder wer ist legitimiert, den Erblasserwillen durchzusetzen?**

**Besprechung von BGer, 5A\_90/2022, 11.11.2022 / KGer LU, 1B 21 20, 22.12.2021**

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A\_90/2022 vom 11. November 2022, A. gegen Stadt Luzern, Erbrecht (Vollzug einer Auflage).



MICHAEL LÜDI\*

### I. Sachverhalt

Der Erblasser, ein amerikanischer Kunsthistoriker, vermachte mit öffentlich beurkundetem Erbvertrag vom 19. Oktober 1931 der Stadt Luzern auf sein Ableben hin das Schloss Utenberg, welches sich ebenfalls in der Stadt Luzern befindet. Die Begünstigung wurde mit der Verfügungsbeschränkung verknüpft, dass das Schloss samt Umgebung

*«unter dem Namen ‹Schloss Utenberg› auf immer und ausschliesslich öffentlichen Interessen dienstbar sei, als Andenken an den Donator».*

Der Erblasser verstarb mit letztem Wohnsitz in den USA am 24. März 1949.

Bis 1995 nutzte die Stadt Luzern das Schloss Utenberg für ein Trachtenmuseum. Anschliessend gab sie die Nutzung des Schlosses ab. 1997 wurde das Schloss im Baurecht an eine Gesellschaft übergeben, die im ersten Stock ein Café und Eventlokal eingerichtet hat. Der zweite Stock wird von ihr selbst als Geschäftssitz und der dritte Stock von einer Treuhandfirma genutzt.

A., ein Bewohner der Stadt Luzern, beantragte mit Zivilklage vom 22. Juni 2018, dass die Stadt Luzern zu verpflichten sei, die Auflage gemäss Erbvertrag zu erfüllen, was namentlich die teilweise Nutzung als Sitz einer nicht gemeinnützigen juristischen Person und den Betrieb eines Restaurants (mit faktischem Konsumationszwang) ausschliesse.

\* MICHAEL LÜDI, Dr. iur., Rechtsanwalt, Rechtsanwalt bei STAIGER Rechtsanwälte AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich.