



Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht

Ein Appell an Rechtsprechung und Lehre

PIUS KOLLER*

Während sich insbesondere im Gesellschaftsrecht sowie im Steuerrecht Durchgriffsfragen stellen, kommt dem Durchgriff im Bereich des Erbrechts bislang praktisch keine Bedeutung zu. Dabei können der Durchgriff einerseits, aber auch die Theorie der indirekten Zuwendungen andererseits, zweckdienliche Mittel in spezifischen erbrechtlichen Konstellationen darstellen und zu angemessenen Lösungen führen. Anhand eines fiktiven Szenarios wird in diesem Beitrag aufgezeigt, welche Relevanz diesen beiden Instrumenten bei der ausgleichungs-, aber auch bei der herabsetzungsrechtlichen Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen zukommen kann. Die Ausführungen zeigen, dass die Forderung nach einer Einführung eines erbrechtlichen Durchgriffs sowie der Anwendung der Idee der indirekten Zuwendungen ihre Berechtigung findet.

Si la levée du voile corporatif soulève en particulier des questions en droit des sociétés et en droit fiscal, ce principe de transparence n'a à ce jour jamais été traité en pratique dans le domaine du droit des successions. Dans certaines constellations successorales, tant la levée du voile corporatif que la théorie des libéralités indirectes peuvent pourtant se révéler être des outils utiles et permettre d'aboutir à des solutions appropriées. En s'appuyant sur un scénario fictif, la présente contribution démontre l'importance que peuvent prendre ces deux instruments dans la prise en compte des libéralités entre vifs, que ce soit dans le cadre de l'action en réduction ou sous l'angle des rapports. Les développements montrent que la revendication de l'introduction d'une levée du voile corporatif en matière successorale ou de la mise en oeuvre de la notion de libéralités indirectes trouve tout son sens.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Durchgriff
 - A. Allgemein
 1. Rechtsfigur
 2. Anwendungsvoraussetzungen
 3. Anwendungsgebiete
 - B. Bedeutung und Anwendung im Erbrecht
 1. Ausgleichung
 2. Herabsetzung
- III. Indirekte Zuwendungen
 - A. Idee und Grundlagen
 - B. Anwendung (und wirtschaftliche Betrachtungsweise)
 - C. Wirkung und Einfluss auf die Problematik des Ausgleichungsdispenses
- IV. Würdigung
 - A. Gleichheits- und Gerechtigkeitskonzeption
 - B. Rechtssicherheit (Ausgleichungsdispens)
 - C. Verhältnis von Durchgriff und indirekten Zuwendungen
 - D. Rechtsprechung
 1. BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016
 2. BGer 5A_620/2007 vom 7. Januar 2010
 3. BGer 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018
- V. Schluss

I. Einleitung

Die Eigenständigkeit resp. die rechtliche Selbständigkeit von juristischen Personen ist in der gesamten schweizerischen Rechtsordnung anerkannt. Die Aufhebung dieser

rechtlichen Trennung zwischen der juristischen Person und ihren Anteilseignern, allgemein als Durchgriff bezeichnet, darf nach einhelliger Auffassung nur in besonderen Ausnahmefällen angenommen werden. Durchgriffsfragen stellen sich insbesondere im Gesellschaftsrecht, aber auch im Steuerrecht. Hingegen ist im Bereich des Erbrechts dem Durchgriff bislang praktisch keine Bedeutung zugekommen.¹ Diesem Umstand sollte nach Ansicht des Autors Einhalt geboten werden, und die Rechtsfigur des Durchgriffs sollte in das Erbrecht Eingang finden. Der Durchgriff einerseits, aber auch die Theorie der indirekten Zuwendungen andererseits, können zweckdienliche Mittel in spezifischen erbrechtlichen Konstellationen darstellen und zu einer angemessenen Lösung führen. Ziel dieses Beitrages ist es demnach, Lehre und Rechtsprechung auf diese Thematik hinzuweisen und darzulegen, inwiefern ein Durchgriff bzw. indirekte Zuwendungen in gewissen Konstellationen auch im Erbrecht Anwendung finden könnten. Zur Veranschaulichung dessen sei nachfolgendes Szenario skizziert, welches in der Praxis durchaus möglich sein dürfte² und Ausgangspunkt für die im weiteren Verlauf angeführten Überlegungen bildet:

¹ Entsprechend wenig Literatur und Rechtsprechung lässt sich zu diesem Thema finden.

² Insbesondere auch im Hinblick auf die Tatsache, dass den Familienunternehmen in der Schweiz eine grosse Bedeutung zukommt und es hierzulande eine Grosszahl dieser Unternehmen gibt. Wird ein Familienunternehmen nur von den beiden Eltern oder sogar nur von einem Elternteil geführt, ist die vom nachfolgenden Beispiel erfasste Problematik umso wahrscheinlicher.

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

Erblasser X hinterlässt seine drei Kinder A, B und C. Seine Ehefrau ist bereits vor ihm verstorben. X war bis zu seinem Tod Alleineigentümer der Y. AG, aus der auch der Hauptteil seines Vermögens bestand. Zu Lebzeiten von X kamen seine beiden Nachkommen A und B in den Genuss verschiedenartiger Zuwendungen von der Y. AG. So konnte A eine sich im Eigentum der Y. AG befindende Liegenschaft zu einem vermeintlich tieferen Geldbetrag als dem wahren Wert erwerben, während B jahrelang unentgeltlich in einer der Y. AG gehörenden Wohnung leben konnte. B konnte zudem über einen längeren Zeitraum ein Geschäftsauto der Y. AG privat nutzen, ohne dass ihm dafür irgendwelche Kosten verrechnet wurden. In seiner letztwilligen Verfügung ordnet X die gleichmässige Aufteilung seines verbliebenen Vermögens an, womit jedes seiner Kinder mit einem Anteil von 1/3 berücksichtigt wird. C fühlt sich allerdings aufgrund der lebzeitig erfolgten Zuwendungen an A und B durch die von X beherrschte Y. AG ungleichmässig behandelt und macht die erbrechtliche Ausgleichung dieser Zuwendungen geltend. A und B weisen darauf hin, dass die Ausgleichung in diesem Fall nicht greife, da die Zuwendungen nicht vom Erblasser selbst, sondern von der Y. AG stammten. X hat weder zu Lebzeiten noch mit letztwilliger Verfügung eine Erklärung betreffend die Zuwendungen an A und B vorgenommen, wonach er diese von ihrer Ausgleichungspflicht befreie.

Das vorliegende Beispiel zeigt die ausgleichungs-, aber auch herabsetzungsrechtliche Problematik, die sich in derartig gelagerten Konstellationen ergeben kann, anschaulich auf. Ein Nachkomme wird an der Durchsetzung seiner – bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als absolut gerechtfertigt erscheinenden – ausgleichungs- sowie herabsetzungsrechtlichen Ansprüche gegenüber den anderen Nachkommen gehindert, weil die unentgeltlichen Zuwendungen (lebzeitige bzw. von Todes wegen) nicht direkt vom Erblasser und damit gar nicht vom Erblasser selbst stammen.³

II. Durchgriff

A. Allgemein

1. Rechtsfigur

In der hiesigen Rechtsordnung gilt der Grundsatz, wonach sich juristische Personen von den übrigen Personen- und Sachzusammenfassungen durch eine eigene Rechtspersönlichkeit unterscheiden.⁴ Juristische Personen sind

somit von natürlichen Personen unabhängig und treten als eigenständige Rechtssubjekte in Erscheinung. Der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Personen von den natürlichen Personen hat allerdings nur so lange Gültigkeit, wie ein nach Treu und Glauben rechtmässiges Verhalten vorliegt, und wird dann relativiert und damit die rechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person verneint, wenn diese rechtsmissbräuchlich verwendet wird, um etwa bestimmte Rechte und Pflichten von sich fernzuhalten oder Verbote zu umgehen.⁵ In einem solchen Fall kommt es zur Aufhebung der Trennung zwischen der juristischen Person und der dahinterstehenden (natürlichen oder juristischen) Person.⁶ Dies wird allgemein als Durchgriff bezeichnet.⁷ Lehre sowie Rechtsprechung verweisen für die Anwendung eines solchen Durchgriffs grösstenteils auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, stellenweise wird auch allgemein Art. 2 ZGB erwähnt.⁸

Die Rechtsfolgen eines Durchgriffs sind unterschiedlich. Häufigste Rechtsfolge dürfte die Erstreckung der

LENE KOBIERSKI, *Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht*, Bern 2012, 37 f.; HANS MICHAEL RIEMER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Art. 52–59 ZGB, Bern 1993 (zit. BK-RIEMER), Art. 52 ZGB N 2; OFK ZGB-SCHERRER, Art. 52 N 2, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-Verfasser); PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, *ZGB – Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. A., Zürich 2015, § 15 N 12.

⁵ HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung*, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER), Art. 2 ZGB N 256; BK-RIEMER (FN 4), Art. 52 ZGB N 25; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 4), § 15 N 12.

⁶ In der Literatur wird oft vom «Schleier» der juristischen Person gesprochen, durch den auf das dahinterstehende Rechtssubjekt gegriffen wird, vgl. BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 256; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 4), Vor Art. 52–59 N 7; OFK ZGB-SCHERRER (FN 4), Art. 52 N 3.

⁷ Andere Beschreibungen des Durchgriffs sind: das Ausserachtlassen der eigenen Persönlichkeit der juristischen Personen, Ignorieren der Rechtsform und der formalrechtlichen Selbständigkeit, Gleichstellung von Gesellschaft und Gesellschafter dadurch, dass die Trennung zwischen der juristischen Person und den Dahinterstehenden aufgehoben wird, vgl. dazu PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 62 N 48; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. A., Bern 2018, § 2 N 57.

⁸ MAX BAUMANN, *Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch*, Art. 1–7 ZGB, Einleitung, Zürich 1998 (zit. ZK-BAUMANN), Art. 2 ZGB N 328 f.; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 256 ff.; BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 52 m. Verw. auf diverse bundesgerichtliche Urteile; BK-RIEMER (FN 4), Art. 52 ZGB N 32; OFK ZGB-SCHERRER (FN 4), Art. 52 N 3; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 4), § 15 N 12; BGE 137 III 550 E. 2.3.1; BGE 128 II 329 E. 2.4.

³ Denkbar ist auch die Konstellation, in der ein Erblasser an eine Gesellschaft, die von einem Nachkommen beherrscht wird, Zuwendungen leistet und somit auch den Nachkommen selbst (indirekt) begünstigt. In einem solchen Fall steht ein benachteiligter Nachkomme im Endeffekt vor demselben Problem, allerdings auf der «anderen Seite».

⁴ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Vor Art. 52–59 N 7, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch I*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); MAR-

Schuldverpflichtung resp. der Haftung auf das hinter der juristischen Person stehende Rechtssubjekt oder umgekehrt sein.⁹ Daneben kann ein Durchgriff dazu führen, dass ein Rechtsgeschäft zwischen der juristischen Person und der dahinterstehenden Person nicht anerkannt wird, Eigenschaften der natürlichen Person der von dieser beherrschten juristischen Person anzurechnen sind, das Eigentum der juristischen Person als Eigentum der dahinterstehenden Person verstanden wird oder bestimmte Formvorschriften einzuhalten sind, obwohl ein Rechtsgeschäft eigentlich formfrei abgeschlossen werden könnte.¹⁰

Es kann zwischen dem direkten Durchgriff, dem umgekehrten Durchgriff und dem Querdurchgriff unterschieden werden.¹¹ Der direkte Durchgriff ist die bekannteste Art des Durchgriffs und liegt dann vor, wenn durch eine Gesellschaft auf die dahinterstehende Person gegriffen und diese in Recht und Pflicht genommen wird.¹² Der umgekehrte Durchgriff bezeichnet die Situation, wenn eine juristische Person für die Verpflichtungen der sie beherrschenden Person herangezogen wird.¹³ Beim Querdurchgriff wird von einer juristischen Person auf eine andere juristische Person durchgegriffen, wobei beide juristischen Personen von der gleichen Person beherrscht werden.¹⁴

Ein Durchgriff erfolgt nach Lehre und Rechtsprechung zulasten der Beteiligten und nie zugunsten der juristischen Person oder der sie beherrschenden Person.¹⁵

2. Anwendungsvoraussetzungen

a. Wirtschaftliche Identität

Damit die rechtliche Selbständigkeit juristischer Personen von Dritten aufgehoben werden und ein Durchgriff erfolgen kann, wird gemäss Lehre und Rechtsprechung unter anderem vorausgesetzt, dass die juristische Person von der hinter ihr stehenden Person abhängig ist resp. be-

herrscht wird.¹⁶ In dieser Hinsicht wird auch häufig der Begriff der «wirtschaftlichen Identität» verwendet. Dem Wortlaut des Bundesgerichts nach beinhaltet die wirtschaftliche Identität von juristischen Personen und der dahinterstehenden Person «die Möglichkeit, die juristische Person zu beherrschen und bedingt ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie – zulässig oder unzulässig, lang- oder kurzfristig, zufällig oder planmässig – geartet sein kann und das auf Anteilseignerschaft oder aber auf anderen Gründen beruht wie vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen».¹⁷ Neben dem Begriff der wirtschaftlichen Identität hat das Bundesgericht in anderen Urteilen aber auch von der «Identität der wirtschaftlichen Interessen», «Kontrolle» oder auch von der «wirtschaftlichen Einheit» gesprochen.¹⁸

b. Rechtsmissbrauch

Neben der wirtschaftlichen Identität setzen Lehre und Rechtsprechung auch die rechtsmissbräuchliche Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person für die Anwendung eines Durchgriffs voraus.

Das in Art. 2 Abs. 2 ZGB enthaltene Rechtsmissbrauchsverbot entspricht seit jeher einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der in der gesamten Rechtsordnung Anwendung findet.¹⁹ Die Bestimmung erlaubt es, der missbräuchlichen Ausübung eines Rechtes den Rechtsschutz zu versagen. Dabei soll das durch den Gebrauch eines an sich anerkannten und durchsetzbaren Rechts gestörte Gerechtigkeitsempfinden korrigiert werden.²⁰

Um die rechtsgleiche Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots zu konkretisieren und eine möglichst hohe Rechtssicherheit zu gewährleisten – auch wenn der Richter stets den Einzelfall zu beurteilen hat –, wurden von Lehre und Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen ge-

⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 7), § 62 N 68.

¹⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 7), § 62 N 68.

¹¹ KOBIERSKI (FN 4), 35.

¹² BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 4), Vor Art. 52–59 N 7; KOBIERSKI (FN 4), 35.

¹³ BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 52; KOBIERSKI (FN 4), 35.

¹⁴ KOBIERSKI (FN 4), 35, wonach es sich beim Querdurchgriff meist um Schwestergesellschaften im Konzern handelt. Vgl. zum Querdurchgriff auch BGE 113 II 31 E. 2 und BGer, 5A_160/2007, 6.12.2007, E. 5.

¹⁵ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 4), Vor Art. 52–59 N 7; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 7), § 2 N 58 m. Verw. auf BGE 121 III 319 E. 5; KOBIERSKI (FN 4), 86 f. m. Verw. auf BGE 72 II 67 E. 3c, wonach es nicht angehen könne, dass sich der Aktionär mal auf den aus der rechtlichen Selbständigkeit resultierenden Dualismus berufe, mal diesen verneine. Dieses Verhalten wäre rechtsmissbräuchlich.

¹⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 7), § 62 N 54 f.; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 258 ff.; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 4), Vor Art. 52–59 N 7; KOBIERSKI (FN 4), 111; BGE 145 III 351 E. 4.2; BGE 144 III 541 E. 8.3.1 f. m.w. Verw.; BGer, 5A_994/2014, 11.1.2016, E. 5.4; BGer, 5A_330/2012, 17.7.2012, E. 3.2; BGE 132 III 489 E. 3.2; BGer, 5A_498/2007, 28.2.2008, E. 2.2.

¹⁷ BGer, 5A_330/2012, 17.7.2012, E. 3.2; so auch BGer, 5A_498/2007, 28.2.2008, E. 2.2, sowie BGer, 5A_587/2007, 28.2.2008, E. 2.2.

¹⁸ MARTIN MONSCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, Bundesgerichtsurteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, SZW 2013, 445 ff., 448 m. Verw. auf die jeweiligen höchstrichterlichen Urteile.

¹⁹ BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 23; BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 4.

²⁰ BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 43 ff.

bildet, welche sich mit unterschiedlichen Interessens- und Konfliktkonstellationen auseinandersetzen.²¹ Den Durchgriff betreffend interessiert insbesondere die Fallgruppe der zweckwidrigen Rechtsausübung²² bzw. der zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts²³. Nach HONSELL liegt demnach Rechtsmissbrauch vor, wenn ein mit dem Rechtsinstitut verknüpftes subjektives Recht in einer Weise ausgeübt wird, die über den Sinn und Zweck dieses Rechtsinstituts hinausgeht oder es damit in Frage gestellt wird.²⁴ Weiter betrachtet er Rechtsmissbrauch auch dann als vorliegend, wenn der Rückgriff auf ein Rechtsinstitut mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck nichts mehr zu tun hat oder diesen gar ad absurdum führt.²⁵ Das Bundesgericht definiert Rechtsmissbrauch dann als gegeben, wenn etwa eine «*Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte Schädigung Dritter vorliegen*».²⁶

Typische Indizien, die auf eine zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts hinweisen können, sind die Sphären- und Vermögensvermischung (d.h. die ungenügende Beachtung der Selbständigkeit der juristischen Person gegenüber der beherrschenden Person), die Fremdsteuerung (z.B. durch Verfolgung von Sonderinteressen der beherrschenden Person zulasten der juristischen Person) oder die Unterkapitalisierung der juristischen Person in einem Ausmass, dass ihre Lebensfähigkeit gefährdet ist.²⁷ Allerdings darf bei Vorliegen solcher Indizien nicht sogleich auf Rechtsmissbrauch und einen Durchgriff als Folge geschlossen werden. Es muss stets im Einzelfall beurteilt werden, ob die Berufung auf die rechtliche Selbst-

ständigkeit einer juristischen Person rechtsmissbräuchlich erscheint und ein Durchgriff damit gerechtfertigt ist.²⁸

Es ist nicht erforderlich, dass die juristische Person zu missbräuchlichen Zwecken gegründet wurde, vielmehr genügt die spätere missbräuchliche Verwendung resp. Berufung auf ihre rechtliche Selbständigkeit, damit es zum Durchgriff kommen kann.²⁹

3. Anwendungsgebiete

a. Privatrecht bzw. Gesellschaftsrecht

Die Durchgriffsproblematik im schweizerischen Recht konzentriert sich vor allem auf das Privatrecht, genauer betrachtet auf das Gesellschaftsrecht. Grundsätze zum Durchgriff wurden von Lehre und Rechtsprechung insbesondere im Bereich des Aktienrechts herausgearbeitet und finden seither auch auf die anderen juristischen Personen und Rechtsgebiete Anwendung.³⁰ Die Bedeutung des Gesellschaftsrechts, insbesondere des Aktienrechts, für die Thematik rund um den Durchgriff wird auch mit einem Blick in die Literatur ersichtlich. Einerseits ist nämlich zumeist von Allein-, Hauptaktionär und Aktiengesellschaft die Rede³¹, andererseits finden sich Informationen zum Durchgriff häufig in gesellschaftsrechtlicher Literatur.³² Dies ist denn auch nicht weiter verwunderlich angesichts der Tatsache, dass vor allem bei Einpersonengesellschaften wie etwa der Einmannaktiengesellschaft eine (der Natur der Sache geschuldete) weitgehende Identität der wirtschaftlichen Interessen vorliegt und diese für einen Durchgriff somit auch «gefährdet(er)» sind, was aber keineswegs bedeutet, bei anderen juristischen Personen wie etwa Stiftungen oder Genossenschaften sei ein Durchgriff ausgeschlossen.³³

²¹ ZK-BAUMANN (FN 8), Art. 2 ZGB N 16, 58 f. und 246 ff.; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 64 ff. und 206 ff.; BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 37 ff.; OFK ZGB-SCHWANDER (FN 4), Art. 2 N 4 mit umfassenden Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts; BGE 129 III 493 E. 5.1 mit zahlreichen Hinweisen; stellvertretend für die neuere Rechtsprechung: BGE 143 III 279 E. 3.1 m.w.H.

²² ZK-BAUMANN (FN 8), Art. 2 ZGB N 323 ff. und 327 ff.

²³ BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 253 ff.; BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 51 ff.

²⁴ BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 51.

²⁵ BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 51.

²⁶ BGer, 5A_330/2012, 17.7.2012, E. 3.2; BGer, 5A_498/2007, 28.2.2008, E. 2.2; BGer, 5A_587/2007, 28.2.2008, E. 2.2.

²⁷ BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 259; KOBIERSKI (FN 4), 112 f. mit umfassenden Verweisen auf weitere Literatur; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 7), § 2 N 56, die in der Unterkapitalisierung jedoch keinen Fall des Durchgriffs, sondern der Verantwortlichkeit sehen; BGer, 5A_498/2007, 28.2.2008, E. 2.2 m.H.

²⁸ ZK-BAUMANN (FN 8), Art. 2 ZGB N 14b, 21 und 329; KOBIERSKI (FN 4), 113; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 7), § 2 N 60; OFK ZGB-SCHWANDER (FN 4), Art. 2 N 4.

²⁹ BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 258; BGer, 5A_498/2007, 28.2.2008, E. 2.2.

³⁰ BK-RIEMER (FN 4), Art. 52 ZGB N 27 und 30 f. m.H.; sinnbildlich dazu führte das Bundesgericht den Begriff «Durchgriff» in seinem Urteil 97 II 289 vom 4. November 1971 ein, wo es sich mit der Berufung auf die wirtschaftliche Einheit eines Alleinaktionärs (Einmanngesellschaft) zu befassen hatte, dazu Näheres bei KOBIERSKI (FN 4), 63.

³¹ ZK-BAUMANN (FN 8), Art. 2 ZGB N 28 f.; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 2 ZGB N 256; BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 52.

³² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 7), § 62 N 47 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 7), § 2 N 54 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 15 N 145 ff., in Bezug auf den Konzern.

³³ Vgl. KOBIERSKI (FN 4), 111, die darauf hinweist, dass es auch schon bei Stiftungen und Genossenschaften zu einem Durchgriff

Ein weiterer wichtiger Anwendungsbereich des Durchgriffs ist der Konzern, wobei es um Gläubigeransprüche ausserhalb der Kategorien «Vertrag» oder «Delikt» geht.³⁴ Dabei soll mittels eines Durchgriffs verhindert werden, dass eine Gesellschaft rechtsmissbräuchlich vorgeschoben wird.³⁵ Bei Konzernstrukturen besteht, ähnlich wie bei Einpersonengesellschaften, eine erhöhte Missbrauchsgefahr, da sich oftmals eine Untergesellschaft in den Dienst einer sie beherrschenden Gesellschaft stellt und dabei die Gläubigerinteressen der Untergesellschaft zu kurz kommen können (z.B. finanzielle Aushöhlung durch übermässige Gewinnabführung, was einem Entzug von Haftungssubstrat gleichkommt).³⁶

b. Steuerrecht

Die Funktion des Durchgriffs ist auch im Steuerrecht von Bedeutung, wenngleich bei Missbrauch oder Umgehung von Steuernormen nicht immer explizit vom Begriff «Durchgriff» gesprochen wird. Vielmehr ist von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und der Steuerumgehung die Rede, da der Durchgriff ein Anwendungsfall der Steuerumgehung ist.³⁷ Das Bundesgericht behandelt den Durchgriff im Steuerrecht methodisch denn auch nicht gleich wie im Privatrecht. Während es im Privatrecht der Missbrauchslehre folgt, nach der ein Durchgriff erst zulässig ist, wenn die Berufung auf die juristische Selbständigkeit rechtsmissbräuchlich ist, stützt es sich im Steuerrecht auf die Steuerumgehungstheorie.³⁸ Demnach bejaht es einen Durchgriff dann, wenn die Rechtsgestaltung ungewöhnlich, absonderlich oder sachwidrig und jedenfalls der wirtschaftlichen Gegebenheit völlig unangemessen ist. Zudem muss eine Steuerumgehungsabsicht vorliegen.³⁹ Die Lehre spricht sich gegen diese bundesgerichtliche Rechtsprechung aus und will den Durchgriff nur im Falle eines echten Missbrauchs resp. einer echten Steuerumgehung – also nur dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 ZGB gegeben sind – zulassen.⁴⁰ Insofern kann gesagt werden, dass für einen Durchgriff im Steuer-

recht eher geringere Hürden zu nehmen sind als für einen Durchgriff im Privatrecht.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann dem Bundesgericht zugestimmt werden, wenn es sich bei der Anwendung des Durchgriffs auf die Steuerumgehungstheorie stützt. Denn indem die Beurteilung steuerrechtlicher Sachverhalte anhand einer wirtschaftlichen Gesamtbeurteilung und nicht der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die juristische Selbständigkeit erfolgt, wird den durch das Gesetz zum Ausdruck gebrachten gesellschaftlichen Vorstellungen von Moral und Gerechtigkeit auch besser gerecht. Einzig auf die rechtsmissbräuchliche Berufung der juristischen Selbständigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB abzustellen, kann dazu führen, dass die Beurteilung eines Sachverhalts zu eng gefasst ist und sich nur auf einzelne Handlungen beschränkt, welche für sich genommen das Rechtsmissbrauchskriterium nicht erfüllen. Eine Korrektur bliebe in diesem Fall aus.

Wird im Steuerrecht ein Durchgriff vorgenommen, so führt das allerdings keineswegs zu einem analogen Durchgriff im Gesellschaftsrecht. Das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Durchgriff muss für jeden Sachverhalt neu beurteilt werden. Ansonsten würde davon ausgegangen werden, bei einem Durchgriff verschmelze die Gesellschaft mit der dahinterstehenden Person, was gegen das Trennungsprinzip verstösst.⁴¹

B. Bedeutung und Anwendung im Erbrecht

Wie eingangs bereits erwähnt, kommt dem Durchgriff im Bereich des Erbrechts bis anhin praktisch keine Bedeutung zu. Um der in der Einleitung geschilderten Problematik Einhalt zu gebieten und zu einer angemessenen Lösung zu gelangen, stellt ein *erbrechtlicher Durchgriff* allerdings ein durchaus probates Mittel dar, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

1. Ausgleichung

Das Ausgleichsrecht in den Art. 626–632 ZGB befasst sich mit der erbrechtlichen Berücksichtigung von (ganz oder teilweise) unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen. Im Zentrum steht die Frage, inwiefern die Erben solche erhaltenen Zuwendungen an ihren Erbanteil anzurechnen haben.⁴² Das Institut der Ausgleichung hat insbesondere die Idee der Gleichbehandlung der Nachkommen des Erb-

gekommen ist; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 7), § 2 N 54.

³⁴ KOBIERSKI (FN 4), 40; PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz, Bern 2016, § 14 N 792.

³⁵ KUNZ (FN 34), § 14 N 792.

³⁶ KOBIERSKI (FN 4), 40 m.Verw.; vgl. auch KUNZ (FN 34), § 14 N 793 f. m.Verw. auf BGE 137 III 550.

³⁷ KOBIERSKI (FN 4), 87.

³⁸ KOBIERSKI (FN 4), 49 und 87 ff. mit einer eingehenden Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung, 189.

³⁹ KOBIERSKI (FN 4), 111 f.

⁴⁰ KOBIERSKI (FN 4), 60.

⁴¹ KOBIERSKI (FN 4), 190 f.

⁴² OFK ZGB-BOSSHARDT (FN 4), Art. 626 N 1.

lassers zum Zweck.⁴³ Allerdings ist Ausgleichsrecht dispositives Recht und die Ausgleichsregeln kommen nur dann zur Anwendung, wenn sich der Erblasser diesbezüglich nicht oder nur unzureichend geäußert hat. Eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit wird durch die Ausgleichung nicht angestrebt.⁴⁴

Für die vorliegende Ausgangsproblematik von Interesse ist die gesetzliche Ausgleichung nach Abs. 2 von Art. 626 ZGB. Demnach unterliegen die Zuwendungen des Erblassers an seine Nachkommen in Form von Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung, Schuldenerlass und dgl. der Ausgleichungspflicht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt.

a. Wirtschaftliche Identität

Gemäss dem Bundesgericht beinhaltet die wirtschaftliche Identität von juristischen Personen und der dahinterstehenden Person «die Möglichkeit, die juristische Person zu beherrschen, und bedingt ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie – zulässig oder unzulässig, lang- oder kurzfristig, zufällig oder planmässig – geartet sein kann und das auf Anteilseignerschaft oder aber auf anderen Gründen beruht wie vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen».⁴⁵ Im einleitenden Beispiel lässt sich ohne Zweifel von der wirtschaftlichen Identität von X und der Y. AG ausgehen. X war Alleineigentümer der Y. AG, beherrschte die Gesellschaft vollständig und traf damit sämtliche geschäftliche Entscheidungen allein. Vermögensverringerungen bzw. Zuwendungen auf Seiten der Y. AG betrafen zudem gleichermassen auch die Erbmasse. Insofern war die Y. AG von X abhängig und ist die wirtschaftliche Identität vorliegend als gegeben zu betrachten.

b. Rechtsmissbrauch

Nicht ganz so klar wie bei der wirtschaftlichen Identität gestaltet sich die Beurteilung hinsichtlich eines Rechtsmissbrauchs. Rechtsmissbrauch liegt bei einer zweckwidrigen Rechtsausübung bzw. einer zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts dann vor, wenn ein mit dem Rechtsinstitut verknüpftes subjektives Recht in einer Weise ausgeübt wird, die über den Sinn und Zweck dieses Rechtsinstituts hinausgeht oder es damit in Frage

gestellt wird.⁴⁶ Das Bundesgericht spricht diesbezüglich von Rechtsmissbrauch, wenn eine «*Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte Schädigung Dritter vorliegen*».⁴⁷ Es muss eingeräumt werden, dass mit diesen Kriterien im Einleitungsbeispiel ein Rechtsmissbrauch nur schwer anzunehmen ist. X konnte grundsätzlich über die von ihm beherrschte Y. AG (unentgeltliche) Zuwendungen an irgendwelche Personen tätigen, ohne dass dies rechtsmissbräuchlich wäre. Auch wenn diese Zuwendungen sich an einen Teil seiner Nachkommen richten und somit erbrechtliche Bedeutung erlangen könnten, kann noch nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten bzw. einer zweckwidrigen Verwendung der Y. AG die Rede sein. Es würde zudem wenig Sinn ergeben, will man auf Seiten des Erblassers nach einem Rechtsmissbrauch suchen. Denn dieser hat ohnehin die Möglichkeit, mittels ausdrücklichen Ausgleichsdispenses seine Nachkommen von ihrer Ausgleichungspflicht zu befreien. Wenn schon müsste ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der begünstigten Nachkommen darin gesehen werden, dass sie sich auf die Art und Weise der Zuwendungen berufen, sie also anbringen, die Zuwendungen seien nicht vom Erblasser selbst geleistet worden, um somit einer Ausgleichungspflicht zu entgehen. Dies vermag allerdings nicht zu überzeugen, nicht zuletzt, weil die Ursache des Rechtsmissbrauchs nicht durch sie verantwortet wird und somit auch das erste Kriterium für einen Durchgriff, die wirtschaftliche Identität, auf eine andere Person (den Erblasser) bezogen ist. Um einen Durchgriff zu bejahen, müssten im vorliegenden Beispiel aber die wirtschaftliche Identität und das rechtsmissbräuchliche Verhalten derselben Person, nämlich X, zugeordnet werden.

Trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten in Bezug auf das Erfordernis eines Rechtsmissbrauchs für die Anwendung eines klassischen Durchgriffs darf ein solcher in bestimmten erbrechtlichen Konstellationen nicht unmöglich sein. In Fällen wie hier vorliegend soll man sich am Kern des Ausgleichsrechts orientieren und es darf nicht (einzig) auf den Rechtsmissbrauchstatbestand abgestellt werden. So sind der Gerechtigkeitsgedanke und der Grundsatz der Gleichbehandlung Leitlinien der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB.⁴⁸ An diesen Leitlinien soll auch die Beurteilung stattfinden, ob ein ausgleichsrechtlicher Durchgriff in solchen Konstel-

⁴³ PAUL EITEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Bern 2004 (zit. BK-EITEL), Vor Art. 626 ff. ZGB N 10 ff.

⁴⁴ OFK ZGB-BOSSHARDT (FN 4), Art. 626 N 2; BK-EITEL (FN 43), Vor Art. 626 ff. ZGB N 7 f.

⁴⁵ Vgl. die in FN 17 aufgeführten Urteile des Bundesgerichts.

⁴⁶ BSK ZGB I-HONSELL (FN 4), Art. 2 N 51.

⁴⁷ BGer, 5A_330/2012, 17.7.2012, E. 3.2; BGer, 5A_498/2007, 28.2.2008, E. 2.2; BGer, 5A_587/2007, 28.2.2008, E. 2.2.

⁴⁸ BK-EITEL (FN 43), Art. 626 ZGB N 163.

lationen gerechtfertigt erscheint. Damit wäre ein Durchgriff wie im Steuerrecht nicht (mehr) direkte Folge eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, sondern ergäbe sich aus einer gestörten Wahrnehmung des Gerechtigkeits- und Gleichbehandlungsgedankens, wobei jeweils der Gesamteindruck berücksichtigt werden muss.

Analog der Anwendung des Durchgriffs im Steuerrecht soll dieser also auch im erbrechtlichen Kontext als Vehikel zur Erreichung eines als gerecht empfundenen Zustandes dienen und Folge einer Gesamtbetrachtung sein.⁴⁹

c. Problematik Ausgleichsdispens

Im Zusammenhang mit der Problematik rund um das diesem Beitrag zugrunde liegende Beispiel kommt man nicht um eine Auseinandersetzung mit dem Ausgleichsdispens herum. In der indirekten Art der Zuwendung des Erblassers könnte fälschlicherweise nämlich auch ein (indirekter) Ausgleichsdispens erblickt werden. Demnach läge in der rechtsgeschäftlichen Gestaltung der Zuwendung des Erblassers auch dessen (impliziter) Wille, den Nachkommen von seiner Ausgleichspflicht zu befreien, da die Zuwendung entweder nicht direkt von ihm oder nicht direkt an sein Kind getätigt wird und damit die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 626 Abs. 2 ZGB nicht erfüllt sind. Indem ein Erblasser eine solche indirekte Zuwendung vornimmt, mache er damit von seiner Möglichkeit Gebrauch, seine Nachkommen von der Ausgleichspflicht zu befreien. Wird dieser Annahme gefolgt, wäre auch ein Rechtsmissbrauch zu verneinen. Denn die faktische (rechtsmissbräuchliche) Umgehung des Instituts der Ausgleichung durch die Ausgestaltung der Zuwendung würde damit für den Erblasser zu einer akzeptierten Gestaltungsmöglichkeit verkommen, über die er (ebenfalls) zu einem Erlass der Ausgleichspflicht seiner Nachkommen gelangen kann. Ein allfälliger Durchgriff stünde sodann nicht mehr im Raum.

In der Auseinandersetzung mit einer solchen Annahme fragt es sich also, was genau die Anforderungen an einen Ausgleichsdispens nach Art. 626 Abs. 2 ZGB sind und inwiefern indirekte Zuwendungen an sich, so wie im einleitenden Beispiel beschrieben, einem Ausgleichsdispens gleichkommen sollen.

⁴⁹ Vgl. II.A.3.b. Als gerecht wird hier die steuerrechtliche Situation empfunden, bei der keine steuerlichen Einsparungen aufgrund von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten geduldet werden, die an sich, einzeln betrachtet, zwar legal sind, in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung allerdings nur als Mittel zur Gesetzes- bzw. Steuerumgehung erscheinen.

Ein Ausgleichsdispens seitens des Erblassers muss grundsätzlich ausdrücklich erfolgen. Darauf lässt der Gesetzestext von Art. 626 Abs. 2 ZGB klar schliessen. In der Literatur und der Rechtsprechung ist der Begriff der Ausdrücklichkeit indes nicht gänzlich klar. Ein grosser Teil der Autorenschaft führt dabei an, dass eine konkludente Handlung oder eine stillschweigende Willenserklärung nicht ausreicht.⁵⁰ Eine abstrakte Umschreibung des Ausdrücklichkeitserfordernisses ist praktisch nicht möglich, sodass jeweils auf den Einzelfall abzustellen ist.⁵¹ So hat das Bundesgericht die Ausdrücklichkeit mancherorts bejaht,⁵² andernorts wiederum verneint.^{53, 54} Ungeachtet dieser jeweiligen Schwankungen im Einzelfall ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Schluss gekommen, dass die Dispenserklärung auch in einem separaten Schriftstück enthalten sein und durch Auslegung ermittelt werden könne, sofern sie nicht ausdrücklich erfolge,⁵⁵ während die Heranziehung aussenstehender Elemente in der Lehre umstritten ist.⁵⁶ EITEL führt etwa an, dass in Anbetracht des Gerechtigkeitsgehalts von Art. 626 Abs. 2 ZGB ein ausdrücklich verfügter Erlass der Ausgleichspflicht nicht leichthin angenommen werden dürfe.⁵⁷ Der Ausgleichsdispens ist an keine Form gebunden und ist somit formlos gültig.⁵⁸

Angesichts dessen ist fraglich, ob mit einer impliziten Erklärung in Form von indirekten Zuwendungen das Ausdrücklichkeitserfordernis von Art. 626 Abs. 2 ZGB bereits erfüllt ist. Wird dies angenommen, würde im Endeffekt das Prinzip der Gleichbehandlung der Nachkommen, welches ebenfalls in Art. 626 Abs. 2 ZGB enthalten ist, geschwächt, da es Nachkommen leichter fallen dürf-

⁵⁰ OFK ZGB-BOSSHARDT (FN 4), Art. 626 N 9 m. Verw. auf JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 6. A., Bern 2011, § 7 N 54; BK-EITEL (FN 43), Art. 626 ZGB N 163 f.; CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 626 N 7, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 N 19, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-FORNI/PIATTI); vgl. dahingegen BGer, 5A_338/2010, 4.10.2010, E. 10.1.2, wonach auch interpretationsbedürftige Erklärungen genügen.

⁵¹ BK-EITEL (FN 43), Art. 626 ZGB N 163.

⁵² BGE 126 III 171 E. 2b; BGE 116 II 667 E. 3b; BGE 89 II 72 E. 2; BGE 76 II 188 E. 1; BGE 71 II 69 E. 3; BGE 69 II 71 E. 2.

⁵³ BGE 84 II 338 E. 7; BGE 50 II 104 S. 105 ff.; BGE 45 II 513 E. 2; BGE 44 II 356 E. 2.

⁵⁴ Vgl. für die Aufzählung in FN 52 sowie FN 53 OFK ZGB-BOSSHARDT (FN 4), Art. 626 N 9.

⁵⁵ Vgl. BGer, 5A_338/2010, 4.10.2010, E. 10.1.2; BGE 89 II 72 E. 2.

⁵⁶ JACQUELINE BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 626 ZGB N 81, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., Basel 2019; BK-EITEL (FN 43), Art. 626 ZGB N 162 m.w.H.

⁵⁷ BK-EITEL (FN 43), Art. 626 ZGB N 163.

⁵⁸ BSK ZGB II-FORNI/PIATTI (FN 50), Art. 626 N 18.

te, auch eine eigentlich, dem Willen des Erblassers nach, ausgleichungspflichtige (indirekte) Zuwendung über eine Gesellschaft an sie, der Ausgleichungspflicht zu entziehen. Sie müssten in einem solchen Fall nur anbringen, die Zuwendung sei bewusst indirekt an sie geflossen, um der Ausgleichung zu entgehen. Aus diesem Grund muss nach der hier vertretenen Meinung die Grundannahme, wonach indirekte Zuwendungen einen (ausdrücklichen) Ausgleichsdispens darstellen, verworfen werden. Die indirekte Zuwendung bzw. die erblasserische rechtsgeschäftliche Gestaltung an sich vermag dem gesetzlich festgehaltenen Ausdrücklichkeitserfordernis nicht zu genügen.

Die Annahme eines Ausgleichsdispenses bei indirekten Zuwendungen führt sodann zur Frage, wieso der Erblasser überhaupt diesen Weg wählt, um seinen Nachkommen Zuwendungen zukommen zu lassen, die nicht der gesetzlich vermuteten Ausgleichungspflicht unterstehen. So gäbe ihm die dispositive Natur von Art. 626 Abs. 2 ZGB grundsätzlich die Möglichkeit, durch eine ausdrückliche Erklärung von einer Ausgleichungspflicht abzusehen. Der Erblasser müsste also nur ausdrücklich festhalten, z.B. in einem Schriftstück, dass er seine Nachkommen von der Ausgleichungspflicht dispensiere. Insofern scheint die Annahme, dass indirekte Zuwendungen eine Befreiung der Ausgleichungspflicht nach sich ziehen, mit der vom Gesetzgeber in Art. 626 Abs. 2 ZGB geschaffenen Möglichkeit des ausdrücklichen Ausgleichsdispenses in einem widersprüchlichen Verhältnis zu stehen. Zwar ist durchaus vorstellbar, dass es Konstellationen gibt, in denen indirekte Zuwendungen an Nachkommen aufgrund der Umstände naheliegend sind.⁵⁹ Doch selbst dann ist dem Erblasser zuzutrauen und darf von ihm erwartet werden, dass er sich ausdrücklich zu einem Ausgleichsdispens äussert, sofern er einen solchen denn auch will. Für den Erblasser dürfte es ein Leichtes sein, schriftlich – kurz, aber klar – festzuhalten, er befreie die Zuwendungen an seine Nachkommen von der Ausgleichungspflicht.⁶⁰

Allein die ausdrückliche Willensäußerung des Erblassers sollte also über einen allfälligen Dispens von der Ausgleichungspflicht der Nachkommen entscheiden. Liegt keine solche Willensäußerung vor oder ist deren Ausdrücklichkeit nicht gegeben oder zweifelhaft, ist aus

Gründen der Gerechtigkeit und gemäss dem erbrechtlichen Prinzip der Gleichbehandlung davon auszugehen, der Erblasser wolle alle Nachkommen gleichbehandeln, was eine Ausgleichungspflicht nach sich zieht, dient das Institut der Ausgleichung doch eben genau der Gleichbehandlung der Nachkommen.

2. Herabsetzung

Wie die Ausgleichung befasst sich auch die Herabsetzung nach den Art. 522–533 ZGB mit der erbrechtlichen Berücksichtigung von (ganz oder teilweise) unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers, wobei die Herabsetzung auch bzw. vor allem die erblasserischen Zuwendungen von Todes wegen berücksichtigt.⁶¹ Die Herabsetzung dient dem pflichtteilsberechtigten Erben, welcher durch Verfügung von Todes wegen oder lebzeitige Zuwendung des Erblassers in seinem Pflichtteil verletzt ist, die vermögensrechtliche Verfügung von Todes wegen und lebzeitige Zuwendungen herabzusetzen und seinen Pflichtteil wiederherzustellen.⁶² Im Gegensatz zum Ausgleichsrecht handelt es sich beim Herabsetzungsrecht insofern um zwingendes Recht, als sich ihm weder der Erblasser noch der Zuwendungsempfänger zu entziehen vermögen.⁶³

Während bei der gesetzlichen Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB) die Zuwendung an einen Nachkommen Voraussetzung für deren Anwendung ist, spielt das bei der Herabsetzung teilweise keine Rolle. So kommt es bei lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers, die von Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB erfasst sind, nicht auf deren Empfänger an. Bei Zuwendungen an juristische Personen, ganz egal, von wem diese auch beherrscht werden, kann somit auf das Mittel des Durchgriffs verzichtet werden, wenn sie entweder als Schenkung im Sinne von Art. 527 Ziff. 3 ZGB zu qualifizieren sind und der Erblasser sie weniger als fünf Jahre vor seinem Ableben ausgerichtet hat oder wenn es sich um Entäusserungen von Vermögenswerten im Sinne von Art. 527 Ziff. 4 ZGB handelt, die der Erblasser offenbar zum Zwecke der Umgehung der Verfügungsbeschränkung vorgenommen hat, da in diesen Fällen die Zuwendungen sowieso, aufgrund des Geset-

⁵⁹ Zu denken ist z.B. an einen Elternteil, der einziger Gesellschafter ist und dessen Vermögen sich praktisch vollständig in der Gesellschaft befindet. Wenn er nun eine grössere Zuwendung an einen Nachkommen entrichten will, ist es naheliegend, dass diese aus der resp. über die Gesellschaft ausgerichtet wird.

⁶⁰ Wobei auch ein ausdrücklicher mündlicher Dispens ausreichend sein muss, welcher allerdings bewiesen werden muss, z.B. durch einen (unabhängigen) Zeugen.

⁶¹ CHK ZGB-FANKHAUSER (FN 50), Art. 522 N 1.

⁶² STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Vor Art. 522 ff. ZGB N 1 f., in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., Basel 2019.

⁶³ PAUL EITEL, Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, ZBJV 2006, 457 ff., 462.

zes, herabsetzungsrechtliche Berücksichtigung finden.⁶⁴ EITEL/BIERI ist sodann zuzustimmen, dass daraus jedoch nicht allgemein geschlossen werden kann, es bestehe bei der Herabsetzung kein Bedarf für einen Durchgriff. Als Beispiel dafür nennen sie etwa die Situation, in der eine juristische Person, welche von einem Kind des Erblassers beherrscht wird, eine herabsetzbare Zuwendung erhalten hat, und werfen die Frage auf, ob das Kind selbst deswegen eine Verletzung seines eigenen Pflichtteils geltend machen kann oder nicht. Das Kind wird ein Interesse an der Geltendmachung einer Verletzung seines Pflichtteils haben, wenn die fragliche Zuwendung zwar in die Pflichtteilsberechnungsmasse zu integrieren ist, aber nicht tatsächlich herabgesetzt werden muss, weil zunächst andere Zuwendungen tatsächlich herabgesetzt werden müssen (vgl. Art. 532 ZGB). Ein derartiges Interesse verdiene jedoch keinen Rechtsschutz. Mit einem Durchgriff würde dem Versuch, solche wider Treu und Glauben entsprechenden Interessen durchzusetzen, auch im Sinne der angestrebten minimalen Gleichbehandlung im Herabsetzungsrecht, einen Riegel geschoben. Weiter erscheint ein Durchgriff im Rahmen der Herabsetzung unter anderem auch dann gerechtfertigt (und vor allem wenn ein solcher auch bei der gesetzlichen Ausgleichung als gerechtfertigt erscheint), wenn Zuwendungen des Erblassers an ein Kind in Anwendung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB herabzusetzen sind, weil das Kind die Erbschaft ausgeschlagen hat und die Zuwendungen somit nicht der Ausgleichung unterliegen.⁶⁵

Auch der einleitend aufgezeigten Problematik kann in Bezug auf die Frage der herabsetzungsrechtlichen Berücksichtigung der erblasserischen Zuwendungen durch die Anwendung eines Durchgriffs Einhalt geboten werden. In der dargelegten Konstellation entfällt für die begünstigten Nachkommen nämlich eine Herabsetzungspflicht, da die Zuwendungen nicht direkt vom Erblasser, sondern über eine von ihm beherrschte Gesellschaft erfolgten. Dadurch entziehen sich die (lebzeitigen) Zuwendungen dem Anwendungsbereich von Art. 527 ZGB. Die nichtbegünstigten Erben erfahren so eine Beeinträchtigung ihres Pflichtteilsanspruchs, die sie mit den geltenden gesetzlichen Regeln nicht wiederherzustellen vermögen. In solchen Konstellationen erscheint ein Durchgriff durchaus angebracht, um dieser unbefriedigenden Situation Abhilfe zu verschaffen.

III. Indirekte Zuwendungen

Der eingangs aufgezeigten Problematik lässt sich auch mit einer anderen, in der Lehre neuartigen Auffassung begegnen: der Betrachtung der Zuwendungen als indirekte Zuwendungen.

A. Idee und Grundlagen

BURCKHARDT BERTOSSA spricht von indirekten Zuwendungen, wenn ein Kind des Erblassers nicht direkt von dessen Vermögen Zuwendungen bekommt, sondern über eine vom Erblasser beherrschte juristische Person.⁶⁶ Sie führt als Beispiel die Mitarbeit des Kindes in der AG des Erblassers mit überhöhter Entlohnung an, wobei in diesem Fall die Differenz zwischen dem angemessenen und dem effektiv bezahlten Lohn eine unentgeltliche Zuwendung darstelle. Die unentgeltliche Zuwendung wird allerdings nicht vom Erblasser, sondern von der AG geleistet, muss aber ihrer Meinung nach als unentgeltliche Zuwendung des Erblassers an sein Kind in seinem Nachlass berücksichtigt werden. BURCKHARDT BERTOSSA schreibt sodann, dass dies auch umgekehrt gelte, also für den Fall, «wenn der Erblasser eine Zuwendung an eine juristische Person, die einem Nachkommen gehört, tätigt, wie bspw. durch eine Einlage in deren Reserven oder durch Teilnahme an einer Kapitalerhöhung mit überhöhtem Ausgabepreis».⁶⁷ Wenn dadurch der Wert der Gesellschaftsanteile des Eigentümers (Nachkomme) wachse, stelle dies eine unentgeltliche Zuwendung dar und unterliege, soweit die unentgeltliche Zuwendung bewiesen werden könne, der Ausgleichung. Den Rückgriff auf die Rechtsfigur des Durchgriffs erwähnt die Autorin nicht direkt. Ein solcher ist bei dieser Sichtweise denn auch überflüssig, da die Argumentation auf der Überlegung basiert, dass in einer solchen Konstellation nicht nur die Gesellschaft, sondern auch der die Gesellschaft beherrschende Nachkomme von der Zuwendung des Erblassers profitiert.⁶⁸

Soweit ersichtlich wurde die Auffassung von BURCKHARDT BERTOSSA, solche indirekten Zuwendungen der Ausgleichung und Herabsetzung zu unterstellen, bis anhin in der Lehre nur von EITEL/BIERI aufgegriffen, welche ihren Überlegungen wertungsmässig zustimmen und darin eine Alternative zum Mittel des Durchgriffs sehen, um

⁶⁴ 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/Basel/Genf 2019, 5 ff., 16 f.

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen EITEL/BIERI (FN 64), 17 ff.

⁶⁶ BURCKHARDT BERTOSSA (FN 56), Art. 626 ZGB N 46.

⁶⁷ BURCKHARDT BERTOSSA (FN 56), Art. 626 ZGB N 47.

⁶⁸ Vgl. dazu EITEL/BIERI (FN 64), 16, die dieser Überlegung beipflichten, unter dem Vorbehalt, dass der Erblasser eine derartige Zuwendung nicht genau aus dem Grund vornahm, um die Ausgleichungspflicht des Nachkommen wegzubeden.

solchen Konstellationen, wie in der Einleitung beschrieben, begegnen zu können.⁶⁹

B. Anwendung (und wirtschaftliche Betrachtungsweise)

Werden die Ausführungen von BURCKHARDT BERTOSSA auf die Ausgangslage in der Einleitung angewendet, wird deren Problematik entkräftet. Das Beispiel in der Ausgangslage deckt sich mit dem von BURCKHARDT BERTOSSA geschilderten Beispiel, in dem ein Kind in der AG des Erblassers arbeitet und dafür einen überhöhten Lohn bezieht. Der überhöhte Teil des Lohns stellt eine unentgeltliche Zuwendung des Erblassers dar, gleichwohl sie nicht von diesem selbst, sondern von der AG erbracht wurde. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass, mit EITEL einhergehend, grundsätzlich sämtliche unentgeltlichen Zuwendungen ausgleichungspflichtig sein sollen, ausser es handelt sich um Gelegenheitszuwendungen.⁷⁰ Im einleitenden Beispiel sind A und B grundsätzlich von der Y. AG mit Zuwendungen bedacht worden und nicht vom Erblasser X. Der von A zu wenig gezahlte Geldbetrag für den Kauf der Liegenschaft der Y. AG, das kostenlose Wohnen über Jahre hinaus in einer der Y. AG gehörenden Wohnung durch B sowie die private Nutzung eines Geschäftsautos der Y. AG durch B, ohne dass ihm dadurch Kosten verrechnet wurden, stellen demnach unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers dar und müssen deshalb in seinem Nachlass berücksichtigt werden. Wirtschaftlich betrachtet sind die Nachkommen in ihrem Vermögen bereichert, da für sie Kosten entfallen oder sie für eine Leistung eine unangemessen hohe Gegenleistung erhalten, während der Erblasser eine Vermögenseinbusse erleidet, indem das Vermögenssubstrat der Y. AG infolge einer Gewinnschmälerung abnimmt und er Alleineigentümer ist. Die Zuwendungen werden erbrechtlich also so angesehen, wie wenn sie direkt vom Erblasser stammen würden, und sind somit ausgleichungspflichtig.

Die Idee der indirekten Zuwendungen lässt sich auch auf die Herabsetzungsproblematik übertragen, welche sich – analog der Ausgleichungsproblematik – dann stellt, wenn ein Erblasser nicht direkt von seiner Person aus,

sondern über eine von ihm beherrschte juristische Person Zuwendungen an seine Nachkommen tätigt. Diese Zuwendungen können sodann auch als indirekte Zuwendungen des Erblassers betrachtet werden und ihm angerechnet werden, sodass sie in die Pflichtteilsberechnungsmasse fallen.

C. Wirkung und Einfluss auf die Problematik des Ausgleichungsdispenses

Die Theorie der indirekten Zuwendungen wirkt sich auf die oben aufgezeigte Problematik hinsichtlich des Ausgleichungsdispenses aus.⁷¹ Wird der Auffassung von BURCKHARDT BERTOSSA gefolgt, wonach derartige Zuwendungen, wie sie auch im einleitenden Fallbeispiel vorkommen, indirekte Zuwendungen darstellen, die als unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers in seinem Nachlass berücksichtigt werden müssen, kann folglich auch die Diskussion rund um einen möglichen (indirekten) Ausgleichungsdispens als überfällig bezeichnet werden. So erscheinen die Anforderungen an die Ausdrücklichkeit des Ausgleichungsdispenses in einem klareren Licht. Denn der Erblasser kann demnach nicht schon allein durch die rechtsgeschäftliche Gestaltung bzw. die daraus folgende indirekte Art der Zuwendung an sich einen Ausgleichungsdispens für seine Nachkommen erreichen, da derartige Zuwendungen bei dieser Auffassung dem Ausdrücklichkeitserfordernis bereits von vornherein nicht genügen und als ausgleichungspflichtig angesehen werden. Das bedeutet aber nicht, dass ein Ausgleichungsdispens in solchen Konstellationen überhaupt nicht möglich ist. Steckt das Vermögen eines Erblassers zu Lebzeiten praktisch vollständig in einer Gesellschaft, bei der er Alleineigentümer war, und wollte er ein Nachkomme mit einer Zuwendung begünstigen, so ist es naheliegend, dass diese Zuwendung über die Gesellschaft abgewickelt wird. Gemäss der Theorie der indirekten Zuwendungen wäre die Zuwendung aufgrund ihrer indirekten Art ausgleichungspflichtig. Will der Erblasser die Zuwendung jedoch von einer Ausgleichungspflicht befreien, muss er dies in einer Art und Weise tun, bei der die Ausdrücklichkeit seines Willens deutlich zum Vorschein kommt, ansonsten ein Ausgleichungsdispens nicht angenommen werden kann.⁷²

⁶⁹ EITEL/BIERI (FN 64), 16 und 19 f.

⁷⁰ PAUL EITEL, Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, ZBJV 1998, 729 ff., 736. Als Gelegenheitszuwendungen und somit nicht von der Ausgleichungspflicht erfasste Zuwendungen werden hier, in Anlehnung an den vorgenannten Autor, diejenigen unentgeltlichen Zuwendungen angesehen, welche einen Wert von weniger als 1 % des Nachlasses haben (wobei diese Grenze bei Zuwendungen ab CHF 5'000 nicht mehr gilt) oder weniger als CHF 500 betragen.

⁷¹ Vgl. II.B.1.c.

⁷² Vgl. BK-EITEL (FN 43), Art. 626 ZGB N 163.

IV. Würdigung

A. Gleichheits- und Gerechtigkeitskonzeption

Die Ausgleichung dient der Verwirklichung der Gleichheits- und Gerechtigkeitsidee.⁷³ Diesen Umstand gilt es, in ausgleichungsrechtlichen Fragestellungen und in Konstellationen wie der einleitend aufgezeigten immer wieder vor Augen zu führen. Die Gleichheits- und Gerechtigkeitsidee soll sowohl bei der Frage eines Durchgriffs als auch beim Thema der indirekten Zuwendungen Ausgangspunkt der richterlichen Beurteilung sein.

B. Rechtssicherheit (Ausgleichungsdispens)

Die Problematik des Ausgleichungsdispenses zeigt, dass hierbei Unsicherheiten und Unklarheiten herrschen.⁷⁴ So ist unklar, ob Zuwendungen, die nicht auf dem klassischen direkten Weg vollzogen werden, allenfalls einem Ausgleichungsdispens gleichkommen sollen. Insofern ist einem Erblasser auch nicht immer klar, ob seine Zuwendung nun noch einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, diese sei von der Ausgleichungspflicht ausgenommen. Abhilfe vermag dabei die Theorie der indirekten Zuwendungen zu schaffen. Indem davon ausgegangen wird, indirekte Zuwendungen stammen vom Erblasser bzw. sind als Zuwendungen von ihm selbst anzusehen, wird gleichzeitig die Möglichkeit ausgeschlossen, eben genau in der indirekten Art und Weise der Zuwendung einen Ausgleichungsdispens zu erblicken. Insofern wird dadurch ein Stück mehr Rechtssicherheit geschaffen.

C. Verhältnis von Durchgriff und indirekten Zuwendungen

Wie aufgezeigt wurde, stellen sowohl der Durchgriff als auch die Theorie der indirekten Zuwendungen gemäss BURCKHARDT BERTOSSA⁷⁵ durchaus gängige Wege dar, um in Konstellationen, in denen ein Erblasser nicht als direkter Zuwender in Erscheinung tritt, zu einem dem Gleichheits- und Gerechtigkeitsgedanken folgenden Ergebnis zu gelangen. Wie sich gezeigt hat, kann das von Lehre und Rechtsprechung allgemein erforderliche Kriterium des Rechtsmissbrauchs beim klassischen Durchgriff schwierig anzunehmen sein. Zumal ein Rechtsmissbrauch in der

Praxis normalerweise nicht leichthin angenommen wird. Dieses Hindernis entfällt, wenn der Theorie der indirekten Zuwendungen gefolgt wird. Indem die indirekten Zuwendungen anhand einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem Erblasser zugeschrieben werden, entfällt das Rechtsmissbrauchserfordernis und wird die Anwendung eines Durchgriffs überflüssig.

D. Rechtsprechung

1. BGer 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nicht explizit und abschliessend mit solchen ausgleichungs- und auch herabsetzungsrechtlichen Konstellationen, wie sie in diesem Beitrag bearbeitet werden, auseinandersetzen müssen. In seinem Urteil 5A_994/2014 vom 11. Januar 2016 hat es sich jedoch nebenbei auch zu einem Durchgriff im ausgleichungs- und herabsetzungsrechtlichen Kontext geäussert. Das Urteil handelt grundsätzlich von Informationsansprüchen, deren Erfüllung einen Durchgriff erst ermöglichen kann. Allerdings hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Zulassung des entsprechenden Durchgriffs ausnahmsweise und fallbezogen grundsätzlich infrage komme bzw. nicht restlos ausgeschlossen sei. Damit hält es die Möglichkeit eines Durchgriffs fest, um Ausgleichungs- oder Herabsetzungsansprüche durchzusetzen. Mit dem genannten Entscheid scheint das Bundesgericht die Problematik der indirekten Zuwendungen über den Durchgriff lösen zu wollen.⁷⁶

2. BGer 5A_620/2007 vom 7. Januar 2010

Noch in eine etwas andere Richtung ging das Bundesgericht in seinem Urteil 5A_620/2007 vom 7. Januar 2010, in welchem es zwar in erster Linie um das Auskunftsrecht des amtlichen Liquidators geht, die Ausführungen in E. 7.2 aber hinsichtlich der Thematik der indirekten Zuwendungen von Interesse sind. So hält das Bundesgericht fest, dass die Übertragung von Vermögenswerten von einer Gesellschaft, bei welcher der Erblasser Eigentümer oder die wirtschaftlich berechtigte Person sei, zugunsten eines Trusts eine Zuwendung unter Lebenden an die Begünstigten des Trusts (sog. Beneficiaries) darstellen wür-

⁷³ BK-EITEL (FN 43), Vor Art. 626 ff. ZGB N 10.

⁷⁴ Vgl. II.B.1.c.

⁷⁵ BURCKHARDT BERTOSSA (FN 56), Art. 626 ZGB N 46 ff.

⁷⁶ Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass solche Problemstellungen hinsichtlich der Informationsansprüche der Erben, analog wie im erwähnten Bundesgerichtsentscheid, in Zukunft durch den im Rahmen der Änderung des Erbrechts eingeplanten Art. 601a VE-ZGB gelöst sein dürften. Sodann würde sich diesbezüglich auch die Durchgriffsproblematik ergeben.

de.⁷⁷ Diese Zuwendung könne mit der Rückforderungsklage wieder zurückverlangt werden. Das Bundesgericht qualifiziert somit eine Übertragung, die sowohl auf Seite des Erblassers als auch auf Seite des Empfängers auf indirekte Art und Weise erfolgt, als lebzeitige Zuwendung des einen an den anderen.⁷⁸ Indem das Bundesgericht dem Erblasser die Zuwendungen von der vom Erblasser beherrschten Gesellschaft an den Trust – und von dort weiter an dessen Begünstigte – anrechnet, lässt es die Tatsache, dass die Zuwendung im Grunde genommen nicht vom Erblasser selbst, sondern von der von ihm beherrschten Gesellschaft ausgeht, ausser Acht und geht somit vom Vorliegen indirekter Zuwendungen aus. Tatsächlich handelt es sich dabei sogar um indirekte Zuwendungen «doppelter Natur», da sowohl auf Seite des Erblassers als auch des Begünstigten ein Zwischenelement geschaltet ist. Wenn das Bundesgericht dem Erblasser eine solche «doppelte» indirekte Zuwendung zuschreibt, dann muss davon ausgegangen werden, dass es dies bei einer einfachen indirekten Zuwendung, so wie sie im einleitenden Beispiel vorliegt, ebenfalls in Betracht zieht.

3. BGer 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018

Im Zusammenhang mit der Thematik des Verhältnisses von indirekten Zuwendungen und der Ausgleichung erscheint das Urteil 5A_789/2016 vom 9. Oktober 2018 von Interesse. Dabei geht es in der Hauptsache um die Frage, ob eine Drittpfandbestellung durch eine AG (an welcher der Erblasser als Grossaktionär und Direktor beteiligt war) an ihren Grundstücken zwecks Sicherheit für eine Darlehensschuld eines Nachkommens des Erblassers der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB untersteht. Nachdem die Darlehensgläubigerin Jahre nach der Darlehensgewährung die Rückzahlung verlangte und der Nachkomme dieser Forderung nicht nachkommen konnte, wurde der von der AG als Sicherheit für das Darlehen verpfändete Schuldbrief verwertet und infolgedessen der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet. Die AG verzichtete auf einen Rückgriff auf den Nachkommen des Erblassers.

Wurde das Ausgleichungsbegehren von der ersten Instanz in einem Zwischenentscheid noch abgewiesen⁷⁹, kam die zweite Instanz zum Schluss, dass eine Ausgleichungs-

pflicht bestehe, weil die formal durch die AG erfolgte Verpfändung der Grundstücke als indirekte Versorgungszuwendung des Erblassers an sein Kind zu qualifizieren sei, zumal beide zusammen eine Aktienmehrheit von 62 % an der AG gehalten sowie diese auch verwaltet hätten.⁸⁰ Das Bundesgericht hob diesen Entscheid allerdings wieder auf. Es führt zur Begründung an, dass allein die Verpfändung eines Grundstücks keine Auswirkungen auf das Eigentum des Grundbesitzers habe und daher keine Zuwendung im Sinne von Art. 626 Abs. 2 ZGB darstelle. Erst wenn es zur Kündigung des Darlehens und zur Verwertung des Pfands kommen sollte und der Erblasser auf seine Regressansprüche gegenüber seinem Nachkommen verzichte, liege eine solche Zuwendung vor.⁸¹ Das Bundesgericht führt weiter aus, dass in diesem Fall die Verpfändung der Grundstücke von der AG weder zu einer Reduzierung des Vermögens der Gesellschaft selbst noch zu einer eines der Anteilseigner, insbesondere des Erblassers, geführt habe. Eine Vermögensreduzierung sei erst zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten, als die AG sich bereits in Konkurs befunden habe. Dadurch sei weder die Gesellschaft noch der Erblasser, sondern das Konkursvermögen alleiniger Inhaber des Erstattungsanspruchs gewesen, weshalb eine Ausgleichungspflicht verneint werde.⁸²

Das Bundesgericht scheint in diesem Urteil indirekte Zuwendungen zu akzeptieren. Zwar hat es die Ausgleichungspflicht der hypothekarischen Sicherheit des Erblassers (als Mehrheitsaktionär einer AG) für das Darlehen seines Nachkommens verneint, dies allerdings im Hinblick auf die durch den Konkurs der Gesellschaft veränderte Situation. Wäre die AG indes nicht in Konkurs gefallen und hätte sie resp. der Erblasser keine Regressansprüche gegenüber dem Nachkommen geltend gemacht, so ist anzunehmen, dass das Bundesgericht diese indirekte Zuwendung für ausgleichungspflichtig beurteilt hätte.

V. Schluss

Dem vorliegenden Beitrag liegt ein einleitendes Beispielszenario zugrunde, anhand dessen insbesondere die ausgleichungs-, aber auch herabsetzungsrechtliche Problematik der Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen in gewissen erbrechtlichen Konstellationen aufgezeigt wird. Die damit einhergehenden problematischen Aus-

⁷⁷ Vgl. dazu die Ausführungen von RALPH STRAESSLE, Die erbrechtliche Berücksichtigung der lebzeitigen familieninternen Unternehmensnachfolge, Zürich 2019, N 304.

⁷⁸ STRAESSLE (FN 77), N 304.

⁷⁹ Mit der Begründung, dass die geltend gemachte Zuwendung von der AG und nicht vom Erblasser selbst ausgerichtet worden sei und die (spätere) Zwangsverwertung der Grundstücke lediglich

auf das Vermögen der AG einen Einfluss gehabt habe, vgl. BGer, 5A_789/2016, 9.10.2018, Sachverhalt A.d.

⁸⁰ BGer, 5A_789/2016, 9.10.2018, Sachverhalt A.e.

⁸¹ BGer, 5A_789/2016, 9.10.2018, E. 5.2.

⁸² BGer, 5A_789/2016, 9.10.2018, E. 5.3.

wirkungen auf die beteiligten Erben werden zum Anlass genommen, die Einführung des Instruments des erbrechtlichen Durchgriffs bzw. der Theorie der indirekten Zuwendungen in das Erbrecht zu postulieren, um solchen Konstellationen wirksam begegnen zu können. Verlangt wird eine punktuelle Anwendung solcher (bereits bestehender) «Hilfsmittel» in spezifischen erbrechtlichen Konstellationen, bei denen die heutige Praxis nicht resp. nicht in genügender Weise zu einem tragbaren Ergebnis führt. Keineswegs sollen die erwähnten Instrumente ihren Ausnahmecharakter verlieren. Die Forderung nach einem erbrechtlichen Durchgriff bzw. der Annahme von indirekten Zuwendungen im Erbrecht steht dabei immer unter dem Blickwinkel des erbrechtlichen Gerechtigkeits- und Gleichheitsgedankens. Diese bilden Grundlage und Legitimation für die hier vertretene Ansicht.

Die Anwendung des Durchgriffs im Erbrecht vermag die aufgezeigten Problemstellungen grundsätzlich zu lösen, ist jedoch auch mit einigen Schwierigkeiten und Unsicherheiten behaftet, will man dessen Anwendungsvoraussetzungen (insbesondere das Rechtsmissbrauchskriterium), so wie sie heute von Lehre und Rechtsprechung formuliert werden, gelten lassen. Vermutlich braucht es diesbezüglich zweckdienlichere Anwendungsvoraussetzungen, welche die Hürden für die Anwendung eines Durchgriffs im Erbrecht in bestimmten Konstellationen weniger hoch legen. Einen Grundstein dafür könnte das Bundesgericht mit seinem Urteil 5A_994/2014 gelegt haben.⁸³ Diesbezüglich darf man auf weitere und konkretere Rechtsprechung gespannt sein.

Ein anderer Weg, zweckdienlichere Voraussetzungen für die Anwendung eines erbrechtlichen Durchgriffs zu erreichen und die mit dem Rechtsmissbrauchskriterium verbundenen Hindernisse wegzuschaffen, kann mit einem Blick in das Steuerrecht begangen werden. Im Hinblick auf die Anwendung eines Durchgriffs im Steuerrecht wendet das Bundesgericht die Steuerumgehungstheorie an. Dabei stellt es nicht auf Rechtsmissbrauch an sich ab, sondern beurteilt in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung, ob eine Gesetzes- resp. Steuerumgehung vorliegt, welche mittels eines Durchgriffs korrigiert wird.⁸⁴ Die Frage stellt sich also, warum diese dem Steuerrecht eigene Vorgehensweise nicht auch auf das Erbrecht übertragen werden kann.⁸⁵

Die vorgestellte Theorie der indirekten Zuwendungen bietet ein zweckdienliches Mittel, um Konstellationen,

wie eingangs aufgezeigt, im Sinne eines gerechten Ergebnisses zu lösen. Im Unterschied zu einem Durchgriff müssen für die Anwendung der Theorie der indirekten Zuwendungen keine Voraussetzungen erfüllt sein, vielmehr erfolgt – gelinde gesagt – eine andere Sichtweise auf den Sachverhalt. Dadurch entsteht eine leichter in Lehre und Rechtsprechung implementierbare Möglichkeit zur Lösung solcher kritischen erbrechtlichen Konstellationen. Dass das Institut der indirekten Zuwendungen durchaus Eingang in die Rechtsprechung finden kann, hat das Bundesgericht bereits im Jahre 2010 mit dem Urteil 5A_620/2007 vom 7. Januar gezeigt.⁸⁶

⁸³ Vgl. dazu IV.D.1.

⁸⁴ Vgl. dazu II.A.3.b.

⁸⁵ Insbesondere im Hinblick auf die differenzierte Behandlung des Durchgriffs im Gesellschaftsrecht.

⁸⁶ Vgl. auch die Ausführungen dazu in IV.D.2.