



Schweizerische Zivilprozessordnung und Erbrecht – prozessuale Chancen und Alltagsfallen*

Thomas Weibel** / Patrick Gerster***

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Abschlagszahlungen im Rahmen einer gerichtlichen Erbteilung
 - A. Gegenstand und Fragestellung
 - B. Abschlagszahlungen im ordentlichen Erbteilungsprozess?
 - 1. Einleitung
 - 2. Verfahrensantrag
 - C. Abschlagszahlung im Summarverfahren?
 - 1. Einleitung
 - 2. Voraussetzungen
 - 3. Wirkungen
- III. Weitere Anwendungsfälle des Summarverfahrens in Fällen des klaren Rechts
 - A. Einleitung
 - B. Informationserteilung und Rechenschaftsablegung
 - C. (Offensichtliche) Ungültigkeit von Verfügungen
 - D. Erbteilung
 - E. Weitere Überlegungen zum Summarverfahren in Fällen des klaren Rechts
- IV. Mitwirkungspflichten
- V. Kosten
 - A. Bemessungsgrundlage
 - B. Unentgeltliche Prozessführung
 - C. Kostenauflegung bei einleitenden Feststellungsbegehren?

- VI. Fristwahrung durch Schlichtungsgesuch
 - A. Übersicht
 - B. Schlichtungsverfahren
 - 1. Einleitung
 - 2. Wirkungen
 - C. Prozessfalle: Einrede anstelle einer Klage innert Verwirkungsfrist
- VII. Beweisrecht
- VIII. Örtliche und sachliche Zuständigkeit
- IX. Rechtsmittelverfahren

I. Einleitung

Bekanntlich ist am 1. Januar 2011 die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Mit ihr ist alles neu, aber doch sehr vieles beim Alten geblieben.

Die Rechtsprechung zur Schweizerischen Zivilprozessordnung befasst sich bisher zu einem erheblichen Teil noch vor allem mit dem Übergangsrecht, das in Kürze nur noch sehr beschränkt interessieren wird.

Bis zur Substanz ist die publizierte Rechtsprechung hingegen noch recht selten vorgedrungen. Folglich konnte vorliegend nur sehr limitiert auf Entscheidungen zurückgegriffen werden.

Zwar liegt inzwischen eine Überfülle von Kommentaren und Lehrbüchern zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vor, doch wurden diese allesamt vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschrieben und weisen daher einen mehr oder weniger hohen Grad an Abstraktheit auf.

Nachfolgend wird eine Auswahl von prozessualen Chancen und Alltagsfallen mit Bezug zur Schweizerischen Zivilprozessordnung präsentiert, welche allerdings keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Sie gründet auf der Basis prozessanwaltlicher Tätigkeit.

* Referat, gehalten am Schweizerischen Erbrechtstag vom 25. August 2011 an der Universität Zürich. Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Autoren danken Dr. Andreas Flückiger, Advokat und Notar, sowie Dr. Daniel Abt, Advokat und Fachanwalt Erbrecht SAV, für die wertvollen Hinweise.

** Dr. iur., LL.M.; Advokat in Basel.

*** lic. iur., Basel.



Der vorliegende Aufsatz soll Praktikerinnen und Praktiker dazu animieren, die Praxis zur Schweizerischen Zivilprozessordnung in erbrechtlichen Verfahren in dieser Phase des Übergangs aktiv mitzugestalten.

II. Abschlagszahlungen im Rahmen einer gerichtlichen Erbteilung

A. Gegenstand und Fragestellung

1. Mehrere Erben erwerben den Nachlass gemeinschaftlich zur gesamten Hand. Diese Gesamthand umfasst das Eigentum an den Erbschaftswerten ebenso wie auch die Berechtigung an ihren Erträgen. Das Recht jedes einzelnen Erben am Nachlass besteht ausschliesslich in einer ideellen Quote. Um diese zu realisieren, muss der einzelne Erbe eine Teilung des Nachlasses anstreben. Erst durch diese werden die zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte aufgeteilt und vom Gesamteigentum der Erbengemeinschaft ins Alleineigentum des einzelnen Erben übertragen.

2. Können sich die Erben nicht einigen, so kann jeder von ihnen grundsätzlich jederzeit Teilungsklage gegen die übrigen einreichen.¹ Oft dauert es aber Jahre, bis die Erbteilung auch tatsächlich abgeschlossen ist. Solange bleibt den Erben der Zugriff auf ihren Anteil verwehrt.

3. Im Rahmen der überjährigen Erbteilung gilt es – wenn nicht gerade als Pflicht des Willensvollstreckers, so doch zumindest – als Standard, den Erben Abschlagszahlungen *à conto* ihres Erbteils auszurichten. Die Gründe und Zielsetzungen dafür sind vielfältig:

- Die Erben müssen auf ihren gesamten quotalen Anteil an der Erbschaft Vermögens- und Einkommenssteuern bezahlen, selbst wenn sie noch gar nichts daraus erhalten haben.
- Häufig ist nur ein Teil der Erbschaft überhaupt streitig oder noch offen.
- Oft wird schliesslich das Bild vom Millionenerben bemüht, der am Hungertuch nagt, aber (noch) nicht auf seinen Teil der Erbschaft zugreifen kann, da die Teilung, aus welchen Gründen auch immer, noch nicht vollzogen ist. Auch wenn man es nicht so dramatisch ausdrücken will, geht es darum, den Erben die Früchte des ererbten Vermögens nicht länger – und in grösserem Umfang – vorzuenthalten als unbedingt nötig.

4. Daher werden regelmässig im Rahmen einer (objektiv-) partiellen Erbteilung die Ertragnisse oder

sogar Teile der Substanz vorab verteilt, soweit dadurch die Erbteilung in der Sache nicht präjudiziert wird. Dabei bleibt die Erbengemeinschaft bezüglich der verbleibenden Werte weiterbestehen.

5. Es stellt sich die Frage, ob eine Abschlagszahlung auch im Rahmen eines Erbteilungsprozesses beantragt und erreicht werden kann. Die Interessenlage ist hier regelmässig dieselbe. Oft versuchen Miterben, zusätzliche Konzessionen – oder auch schon nur zusätzliche Frustration auf der Gegenseite – dadurch zu erreichen, dass sie sich einer Teilung schlechterdings widersetzen. Diese Opposition kostet zudem kaum Geld, wogegen die teilungswilligen Erben Anwälte bezahlen und Gerichtskosten bevorschussen müssen. Vielleicht sind gerade sie es auch, die die Teilung finanziell nötiger haben als die anderen.

B. Abschlagszahlungen im ordentlichen Erbteilungsprozess?

1. Einleitung

6. Die Verfahrensthemen im Erbteilungsprozess sind vielfältig. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Tendenz festzustellen, eine Konzentration der zu beurteilenden Fragen auf dieses Verfahren vorzunehmen.² Gibt es also beispielsweise Ausgleichungs- oder Herabsetzungsfragen, die zu entscheiden sind, so können diese unmittelbar im Erbteilungsprozess vorgebracht und entschieden werden; ein (zwingend vorgängiges) separates Verfahren bloss zu diesen Themen ist nicht erforderlich.

7. Deshalb – aber auch aufgrund der Tatsachen, dass eine partielle Teilung möglich ist und Abschlagszahlungen bei überjährigen Erbteilungen üblich sind – sollte es nach Meinung der Autoren möglich und zulässig sein, auch im Erbteilungsprozess eine

- gestaffelte Erbteilung
- in der Form einer oder mehrerer vorgenommener objektiv-partieller Erbteilungen (eben: Abschlagszahlungen) zu beantragen und zu erlangen,
- die vorab oder in regelmässigen Zeitabständen durchgeführt werden.

8. Wie wird dieses Ziel prozessual erreicht?

1 BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO, Erbrecht, Rz. 72 und 107.

2 PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 26 ff., m.w.H.

2. Verfahrens Antrag

9. Zunächst wäre es denkbar, gleichzeitig mit den Rechtsbegehren in der Sache einen möglichst präzise ausformulierten Verfahrens Antrag um vorgängige Abschlagszahlungen zu stellen. Danach wäre sofort derjenige Teil der Erbschaft nach Massgabe

- 3 LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.58.
- 4 Ein Teilentscheid betrifft eines von mehreren Rechtsbegehren. Die ZPO nennt den Teilentscheid nicht ausdrücklich, weil er als Endentscheid betrachtet wird und selbständig anfechtbar ist (vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 236 N 3).
- 5 Ein Zwischenentscheid nach Art. 237 ZPO käme demgegenüber wohl nicht in Betracht: Der Zwischenentscheid ergeht im Verlauf des Prozesses über einzelne Streitpunkte. Er schliesst das Verfahren vor der aktuellen Instanz nicht ab (BGE 130 III 76, E. 3.1.3). Zwischenentscheide sind nach dem Gesetz zulässig, wenn mittels abweichender Beurteilung durch die obere Instanz sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann (vgl. STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 237 N 9). In Bezug auf den Verfahrens Antrag um Abschlagszahlungen wäre es der oberen Instanz nicht möglich, mittels eines abweichenden Entscheids sofort einen Endentscheid herbeizuführen, da ein Erbteilungsprozess regelmässig weitergehende Uneinigkeiten der Parteien zum Gegenstand hat und der Verfahrens Antrag lediglich einen kleinen Teilaspekt betreffen würde. Beim Verfahrens Antrag um Abschlagszahlungen geht es eben gerade nicht darum, eine Präjudizierung eines späteren Teilungsentscheids zu schaffen.
- 6 Das Summarverfahren ist dadurch charakterisiert, dass es flexibel und schnell ausgestaltet ist. Es läuft in der Regel einzelrichterlich und mündlich ab. Auch findet kein vorgängiges Schlichtungsverfahren statt (Art. 198 lit. a ZPO), der Fristenstillstand von Art. 145 Abs. 1 ZPO gilt nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO), und die Rechtsmittelfrist ist abgekürzt (vgl. Art. 314 und 321 Abs. 2 ZPO). Primär steht der Urkundenbeweis zur Verfügung, allenfalls sind weitere sofort greifbare Beweismittel zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 Abs. 1 und 2 ZPO). Beim Rechtsschutz in klaren Fällen kommen hinsichtlich des Beweismasses nicht die üblichen Regeln des summarischen Verfahrens zur Anwendung, wonach blosses Glaubhaftmachen genügt, sondern es ist – wie im ordentlichen und vereinfachten Verfahren – voller Beweis zu erbringen. Es gilt also auch hier das sog. Regelbeweismass. Danach gilt der Beweis als erbracht, wenn das Gericht aufgrund objektiver Gesichtspunkte von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist, ohne dass diese Tatsache aber mit Sicherheit feststeht (SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine vereinfachte Übersicht, successio 2010, S. 168).

der festzustellenden Erbquoten vorab zu verteilen, welcher ohne Gefährdung der Substanz und ohne Präjudizierung der späteren Teilung (auch mit Blick auf allenfalls streitige Einzelfragen) verteilt werden kann. Dieses Vorgehen hat seinen Anwendungsbereich dort, wo ohnehin eine gerichtliche Erbteilung im ordentlichen Verfahren anhängig ist oder gemacht werden muss.

10. Ein solcher Verfahrens Antrag müsste den formellen und inhaltlichen Ansprüchen genügen, die auch an die übrigen Rechtsbegehren gestellt werden. Aus ihm müsste hervorgehen, was die klagende Partei vom Gericht zugesprochen erhalten will. Er sollte die zu beurteilende Rechtsfolge, nicht aber Elemente der Begründung enthalten³ und möglichst präzise ausformuliert sein.

11. Er könnte etwa wie folgt lauten:

«Es sei derjenige Teil des Nachlasses festzustellen, der ohne Gefährdung der Substanz und ohne Präjudizierung der späteren Teilung vorab verteilt werden kann, d.h. es sei festzustellen, dass ...

Es sei dieser festgestellte Teil nach Massgabe der gemäss Rechtsbegehren Ziff. ... festgestellten Erbquoten vorab unter den Parteien zu verteilen.»

12. Das Gericht müsste einen solchen Antrag wohl in der Form eines Teilentscheids^{4,5} nach Art. 236 ZPO beurteilen.

13. Vor allem bei länger dauernden Verfahren könnte ein solcher Verfahrens Antrag um Abschlagszahlungen dadurch ergänzt werden, dass man überdies beantragt, das Gericht solle in jährlichem Abstand nach der ersten Abschlagszahlung weitere Teilentscheide erlassen, mittels deren die zwischenzeitlich aufgelaufenen Erträge nach denselben Prinzipien verteilt werden sollen.

C. Abschlagszahlung im Summarverfahren?

1. Einleitung

14. Eine Alternative zu einem Verfahrens Antrag im ordentlichen Prozess wäre allenfalls, eine solche partielle Erbteilung in einem Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO durchzuführen.⁶ Dieses Vorgehen hat seinen Anwendungsbereich ausserhalb des ordentlichen Erbteilungsprozesses, dessen Rechtshängigkeit seine Einleitung ausschliesst.

15. Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein besonderes Summarverfahren (vgl. Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO). In vielen kantonalen Prozessordnungen war er unter dem Namen «Befehlsverfahren» bereits bekannt und wurde nun in die Schwei-



Schweizerische Zivilprozessordnung und Erbrecht – prozessuale Chancen und Alltagsfallen

zerische Zivilprozessordnung übernommen.⁷ Die Vorteile eines solchen Verfahrens liegen auf der Hand: Ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Entscheid kann rasch und kostengünstig(er) erwirkt werden.⁸

16. Da beim Rechtsschutz in klaren Fällen zumindest die Verfahrensart (und regelmässig auch die Zuständigkeit) anders ist als bei der ordentlichen Erbteilungsklage, kann ein solcher Antrag *nicht* auf dem Wege der *Klagenhäufung* im Erbteilungsprozess gestellt werden (Art. 90 ZPO).

17. Ein solches Verfahren müsste daher separat zur Erbteilungsklage anhängig gemacht werden – und zwar eben *vorgängig*, damit es nicht wegen Rechtshängigkeit des Erbteilungsprozesses ausgeschlossen ist.

2. Voraussetzungen

18. Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 ZPO).

19. Der Sachverhalt ist dann liquid, wenn er unbestritten ist oder sich sofort beweisen lässt, wenn also die Gegenpartei entweder gar keine oder nur solche Einreden und Einwendungen vorbringt, die keine umfangreichen Abklärungen erfordern. Im Rahmen der Verhandlungsmaxime erübrigt sich bei nicht umstrittenem Sachverhalt jedes Beweisverfahren.

Sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse liegen vor, wenn der Sachverhalt durch einfache Beweisabnahme, z.B. durch Vorlage einer Urkunde – wie vorliegend z.B. des erbschaftsamtlichen Inventars, welches Aufschluss über Aktiven und Passiven des Nachlasses gibt – einwandfrei geklärt werden kann.⁹

20. Von klarer Rechtslage kann nur dann gesprochen werden, wenn feststeht, welche Rechtsätze anzuwenden sind und sich die Rechtsfolge aus bewährter Lehre und Rechtsprechung klar ergibt. Entscheide gestützt auf Rechtsgrundlagen, die im Einzelfall einen grossen Ermessensspielraum offenlassen oder eine Interessenabwägung verlangen, sind in diesem Verfahren nur ganz begrenzt möglich.¹⁰

Beim Teilungsanspruch dürfte die Rechtslage regelmässig klar sein. Art. 604 Abs. 1 ZGB gewährt einem Erben grundsätzlich jederzeitigen Anspruch auf Erbteilung. Die Ausnahmen dazu sind nicht zahlreich und zudem in ihren Voraussetzungen recht eng.¹¹

21. Wenn es zudem nur darum geht, einen Teil des Nachlasses bereits zu verteilen, auf den die Erben ungeachtet aller allenfalls noch bestehenden Streitfragen so oder so Anspruch haben – und mit dessen Verteilung auch die Gestaltungsmöglichkeiten des Erbteilungsgerichts hinsichtlich der späteren Verteilung der Erbschaftsaktiven auf die einzelnen Erbteile, bei Bedarf mit Ausgleichszahlungen, nicht in unverhältnismässiger Weise eingeschränkt werden –, dürfte ein solcher Antrag auf partielle Erbteilung im summarischen Verfahren eigentlich nicht von vornherein aussichtslos sein.

3. Wirkungen

22. Liegen die Voraussetzungen vor, und wird in der Folge das Gesuch gutgeheissen, so hat bei Eintritt der formellen Rechtskraft der im summarischen Verfahren gefällte Entscheid die gleichen Wirkungen wie ein im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren ergangener Entscheid.¹²

23. Andernfalls hat sich der Teilungskläger nicht viel vergeben, kann er doch immer noch in das ordentliche Verfahren eintreten und seinen Teilungsanspruch erneut, wenn auch mit etwas anderen Modalitäten, geltendmachen. Der Teilungsanspruch verwirkt nicht, selbst wenn alle Stricke reissen sollten und eine Teilungsklage tatsächlich einmal abgewiesen werden sollte. Für das Summarverfahren nach Art. 257 ZPO ist die Möglichkeit einer Abwei-

7 Vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 335.

8 Obwohl der Rechtsschutz in klaren Fällen nur ein summarisches Verfahren darstellt, kann er zu voller materieller Rechtskraft führen (vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 257 N 2; SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine vereinfachte Übersicht, *successio* 2010, S. 169).

9 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.180; vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 257 N 4.

10 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.181; vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 257 N 5.

11 Wille des Erblassers auf Teilungsaufschub; Vereinbarung sämtlicher Erben auf Teilungsaufschub; Teilungsaufschub bis zur Geburt eines schon gezeugten Kinds etc. Ausführlich dazu PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 49 ff., m.w.H.

12 SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine vereinfachte Übersicht, *successio* 2010, S. 169.

sung bekanntlich ohnehin umstritten¹³ (und nach Meinung der Autoren nicht gegeben)¹⁴.

III. Weitere Anwendungsfälle des Summarverfahrens in Fällen des klaren Rechts

A. Einleitung

24. Das Summarverfahren in Fällen des klaren Rechts könnte auch – und gerade – bei erbrechtlichen Auseinandersetzungen ein nicht unerhebliches weiteres Anwendungsgebiet haben.

13 Ablehnend BSK-HOFMANN, Art. 257 ZPO N 27; LAZOPoulos, in: Gehri/Kramer, ZPO-Komm., Art. 257 ZPO N 15 f.

Gutheissend demgegenüber die wohl h.L.: vgl. z.B. SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 257 ZPO N 25 ff.; KOSLAR, in: Handkommentar ZPO, Art. 257 N 18; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 257 ZPO N 8.

14 Eine materielle Abweisung käme höchstens infrage, wenn der Gesuchsgegner den vollen liquiden Gegenbeweis erbringt, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht (vgl. SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine vereinfachte Übersicht, successio 2010, S. 169). Das erscheint in der vorliegend besprochenen Konstellation praktisch ausgeschlossen.

15 BGE 127 III 396 (Fontana); vgl. ZBGR 83 [2002] 170; PraxKomm-WEIBEL, Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB N 1 ff., m.w.H.

16 Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, S. 21.

17 Stufenklagen sind auch in der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen (vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 85 N 5). Ebenso ist eine objektive Klagenhäufung zulässig, wenn das gleiche Gericht für die verbundenen Klagen sachlich zuständig ist und die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (Art. 90 ZPO). So ist es z.B. ohne Weiteres möglich, eine Ungültigkeitsklage mit einer Erbschaftsklage oder eine Herabsetzungsklage mit einer Teilungsklage zu verbinden (vgl. SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, successio 2010, S. 172). Hingegen ist es nicht möglich, eine Angelegenheit, die ins Summarverfahren gehört, mit einer solchen zu kumulieren, die im ordentlichen Verfahren behandelt werden muss (vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 90 N 6 f.). So würde die «uneigentliche Stufenklage» wohl aus einem Gesuch (um Auskunftserteilung) nach Art. 257 ZPO sowie zusätzlich aus der Anhebung der ordentlichen Klage (Erbteilungsklage etc.) bestehen müssen, für welche idealerweise dieselbe zumindest örtliche Zuständigkeit besteht.

B. Informationserteilung und Rechenschaftsablegung

25. Ein verhältnismässig klarer Fall sind etwa Ansprüche auf Informationserteilung (Erben untereinander, Dritte gegenüber Erben) oder Rechenschaftsablegung (Willensvollstrecker etc.).

26. Die Erben müssen einander gegenseitig, aber auch dem Willensvollstrecker und den Inventarbehörden, alles mitteilen, was «bei einer objektiven Betrachtung möglicherweise geeignet erscheint, die Teilung in irgendeiner Weise zu beeinflussen. Dazu gehören ungeachtet der güterrechtlichen Verhältnisse auch lebzeitig vorgenommene Zuwendungen des Erblassers.»¹⁵ Insofern wäre die erste Voraussetzung für einen Rechtsschutz im Summarverfahren in Fällen des klaren Rechts, nämlich die liquide Rechtslage, gegeben.

27. Die zweite Voraussetzung, die liquide Sachlage, läge wohl vor, sobald

- alle Erben bekannt wären und
- zumindest Anhaltspunkte vorgebracht würden, dass der Erblasser Zuwendungen getätigt hat, die die Erbteilung beeinflussen könnten.

28. Wie der zur Auskunft verpflichtete Erbe sein Verhältnis zum Erblasser qualifiziert, kann im Verfahren um Auskunftserteilung keine Rolle spielen, da er eine durch dieses Verhältnis mögliche Beeinflussung der Teilung naturgemäss bestreiten wird. Gegenstand des Verfahrens bildet zudem nicht die Frage, ob das Verhältnis eines Erben zum Erblasser die Teilung tatsächlich beeinflusst – was ohnehin erst *nach* Auskunftserteilung beurteilt werden könnte –, sondern ob dies allenfalls *möglich wäre*.¹⁶ Die Anforderungen an die Liquidität der Sachlage sollten mit anderen Worten nicht zu hoch angesetzt werden, damit sie nicht am Ende gar höher zu liegen kommen als im ordentlichen Prozess. Einreden gegen ein solches Gesuch um Auskunftserteilung sind höchstens in Fällen des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs denkbar.

29. Hier schiene es auch möglich, das Verfahren nach Art. 257 ZPO mit einem ordentlichen Verfahren zur Hauptsache (Erbteilung, Erbschaftsklage o.Ä.) zu kombinieren und auf diese Weise eine Art «uneigentliche Stufenklage» zu führen – uneigentlich deshalb, weil die Verfahrensarten verschieden sind.¹⁷ Ein solches Vorgehen, wie auch die Beurteilung eines Anspruchs auf Rechenschaftsablegung (bei einfacher Gesellschaft) oder Informationserteilung (innerhalb der Erbengemeinschaft) bereits unter einer früher geltenden kantonalen ZPO im Sum-



marverfahren, entspricht denn auch der bisherigen Praxis zumindest in einigen Kantonen.¹⁸

30. Auch Auskunfts- oder Rechenschaftspflichten Dritter wie beispielsweise früherer Vertragspartner des Erblassers sind regelmässig klar und unbestreitbar.¹⁹

C. (Offensichtliche) Ungültigkeit von Verfügungen

31. Ein weiterer möglicher Anwendungsfall des Summarverfahrens nach Art. 257 ZPO ist derjenige einer offensichtlich ungültigen Verfügung von Todes wegen.

32. Die Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen kann viele Ursachen haben:

- So bedarf es z.B. der Verfügungsfähigkeit des Erblassers. Fehlt diese, etwa weil der Erblasser beim Erlass der Verfügung urteilsunfähig oder noch zu jung war bzw. das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte, kann die Verfügung angefochten werden.
- Ebenfalls angefochten werden kann eine Verfügung von Todes wegen, wenn sie an einem Willensmangel oder Formfehler leidet, rechts- oder sittenwidrig ist.

33. Es ist denkbar, dass ein solcher Grund absolut offensichtlich ist und keine Zweifel an der Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen lässt, wie zum Beispiel bei einer Verfügung, die mit Computer oder Schreibmaschine verfasst ist und damit die gesetzlichen Formvorschriften nicht erfüllt. In solchen Fällen sollte die Ungültigkeit nicht in einem unter Umständen langwierigen und kostspieligen Verfahren erwirkt werden müssen, sondern es sollte möglich sein, sie mithilfe des kürzeren und günstigeren Summarverfahrens in Fällen des klaren Rechts festzustellen.

D. Erteilung

34. In Ausnahmefällen wäre möglicherweise sogar zu erwägen, selbst eine umfassende Erteilung, bei der die Zusammensetzung des Nachlasses und die Erbteile völlig unumstritten sind und die Teilung lediglich aus querulatorischen Gründen verweigert wird, auf diesem Weg durchzuführen.

35. Erbteilungsprozesse sind zwar nur allzuoft ziemlich rasch kompliziert. Jeder Verfahrensbeteiligte kann Einwendungen erheben und Streitfragen aufbringen. Bekanntlich müssen alle Erben entweder auf der Aktiv- oder auf der Passivseite am Ver-

fahren beteiligt sein, und jeder Verfahrensbeteiligte kann im Rahmen der *actio duplex* eigenständige Anträge stellen, ohne dadurch zum Kläger bzw. Widerkläger zu werden.²⁰

36. Erbteilungsprozesse – gerade bei überschaubaren Verhältnissen und einer einfachen Zusammensetzung des Nachlasses – *müssen* aber nicht kompliziert sein.

37. Wenn man die publizierten Erbteilungsentscheide ansieht, so wird nur allzu offensichtlich, welches Potenzial eine einfache, unbürokratische, rasche und kostengünstige gerichtliche Erteilung in der Praxis hätte. Es sollte jedoch unbedingt darauf geachtet werden, dass diese prozessuale Vorgehensweise nur dann eingesetzt wird, wenn effektiv sowohl der Sachverhalt als auch die Rechtslage weitgehend unbestritten oder doch jedenfalls unbestreitbar sind.

38. Eine Klagehäufung, d.h. zum Beispiel die Geltendmachung von Ausgleichs- oder Herabsetzungsansprüchen, wäre in einem solchen Erbteilungsprozess im Summarverfahren wohl nicht möglich, da eine solche Konstellation den Rahmen des liquiden Sachverhalts und auch der klaren Rechtslage sicherlich sprengen würde. Insofern wäre auch hier zu beachten, dass ein Gesuch um Erteilung im Summarverfahren nur in wirklich klaren, eindeutigen und unumstrittenen Fällen eingereicht werden sollte.

E. Weitere Überlegungen zum Summarverfahren in Fällen des klaren Rechts

39. Weitere Anwendungsfälle sind ohne Weiteres vorstellbar, wie z.B. die Durchsetzung des Anspruchs auf Ausrichtung eines Vermächtnisses oder die Durchsetzung des Anspruchs auf Herausgabe einer Erbschaftssache gegenüber einem besitzenden Nichterben. Stehen die Erbenqualität des Klägers, die Nichterbenqualität des Beklagten und die Zugehörigkeit der herausverlangten Sache zum Nachlass zweifelsfrei fest, sollte einer Erbschaftsklage (bzw. einem Gesuch um Herausgabe einer Erbschaftssache) im Summarverfahren nichts entgegenstehen.

18 BGer, 5C.14/2003 vom 3. Juli 2003; Kreisgericht See-Gaster (SG), SZ.2010.174-GS1ZE-YHI und SZ.2010.175-GS1ZE-YHI, 26. Oktober 2010.

19 PraxKomm-HÄUPTLI, Art. 560 ZGB N 13 ff., m.w.H.

20 PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 11, 26 ff. und 36, jeweils m.w.H.

40. Keinen Sinn hat es umgekehrt, schon in Rechtsprechung und Literatur höchst umstrittene Gebiete wie jene der Ausgleichung oder der Zuwendungen an Vertrauenspersonen in einem solchen Verfahren geltend zu machen. Hier fehlt es ganz offensichtlich an der klaren Rechtslage, die Anwendungsvoraussetzung von Art. 257 ZPO ist. Auch dieser «Ausschlusskatalog» liesse sich beinahe unbegrenzt verlängern.

41. Eine Prozessfalle droht dann, wenn mit dem Summarverfahren in Fällen des klaren Rechts eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist gewahrt werden soll und diese Frist im Zeitpunkt des Nichteintretensentscheids bereits abgelaufen ist:

- Art. 63 ZPO gewährt bei Nichteintretensentscheiden oder Klagerückzug «mangels Zuständigkeit» (Abs. 1) oder zufolge Einreichung einer Klage «nicht im richtigen Verfahren» (Abs. 2) eine einmonatige Nachfrist, innert deren die Rechtshängigkeit ab dem Datum der ersten Einreichung erhalten bleibt, sofern die Klage am richtigen Ort und im richtigen Verfahren neu eingereicht wird.
- Es ist nun allerdings umstritten, ob diese Perpetuierung der Rechtshängigkeit – und im erwähnten Beispiel die Wahrung der Verwirkungsfrist – auch dann gilt, wenn (wie sich im nachhinein zeigt, zu Unrecht) auf das Summarverfahren in Fällen des klaren Rechts zurückgegriffen wurde. Die Lehrmeinungen, die dies verneinen, werden damit begründet, es liege gar keine eigentliche Wahl der falschen Verfahrensart vor.²¹

Das überzeugt allerdings nicht: Was, wenn nicht die Wahl der falschen Verfahrensart (vgl. Art. 63 Abs. 2 ZPO), stellt es dar, wenn zum Summar-

verfahren gegriffen wird, obwohl dessen Voraussetzungen rückblickend (!) nicht vorlagen? Die wohl – zumindest quantitativ – herrschende Lehre ist ebenfalls der Meinung, dass ein Nichteintretensentscheid nach Art. 257 ZPO geradezu den Parade-Anwendungsfall der Perpetuierung der Rechtshängigkeit nach Art. 63 Abs. 2 ZPO darstellt.²²

- Bis diese Frage aber höchstrichterlich geklärt ist, bleibt hier zumindest eine erhebliche Unsicherheit und kann nicht empfohlen werden, das Summarverfahren nach Art. 257 ZPO zur Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen einzusetzen.

IV. Mitwirkungspflichten

42. Kein Neuland beschreitet die ZPO bei den Mitwirkungspflichten der Parteien und Dritter (Art. 160 ff.). Immerhin ist hier vieles systematisiert und deutlicher ausgedrückt worden als im bisherigen (kantonalen) Recht, sodass das eine oder andere doch klarer sein dürfte als bisher.

43. Zu erwähnen ist hier insbesondere die Frage der Beweislastverteilung und der gesetzlichen Vermutungen bei Verweigerung der Mitwirkung:

- Während bei einer berechtigten Verweigerung einer Verfahrenspartei nicht auf die zu beweisende Tatsache geschlossen werden darf (Art. 162 ZPO),
- gilt bei einer *unberechtigten Verweigerung der Mitwirkung* das Gegenteil: Das Gericht darf dies bei der Beweiswürdigung berücksichtigen und so gegebenenfalls die behauptete und zu beweisende Tatsache als erwiesen betrachten.

44. Das kann von besonderer Bedeutung z.B. bei der Frage von lebzeitigen Zuwendungen sein, über die im Rahmen eines Auskunftsbeglehrens Informationen von einem Miterben verlangt werden:²³

- Illustrativ ist hier zum Beispiel der Entscheid BGer, 5C.135/2005,²⁴ in welchem das Bundesgericht – noch unter der Geltung des kantonalen Zivilprozessrechts – zwar nicht von einer Beweislastumkehr ausging, aber dennoch annahm, dass die Angaben der Prozessgegner stimmten. In diesem Fall hatte einer der Erben unstreitig Geld von den Bankkonten des Erblassers bezogen. Streitig war nicht der Bezug als solcher, sondern die Frage der Ausgleichungspflicht. Diese wurde bejaht, nachdem sich der betreffende Erbe weigerte, über die Verwendung der Bezüge Auskunft zu erteilen.²⁵

21 SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, *successio* 2010, S. 170; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 257 ZPO N 32.

22 G.L.M. Botschaft ZPO, 7352; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 334; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 21 Rz. 58; LAZOPOULOS, in: Gehri/Kramer, ZPO-Komm., Art. 257 ZPO N 17; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 63 N 4 und Art. 257 N 8; BSK-HOFMANN, Art. 257 ZPO N 28 (vgl. auch BSK-INFANGER, Art. 63 ZPO N 17 [zur Wahrung von Verwirkungsfristen]); SCHLEIFFER MARAIS, in: Handkommentar ZPO, Art. 63 N 7; KOSLAR, in: Handkommentar ZPO, Art. 257 N 19.

23 Vgl. dazu bereits o. Rz. 25 ff.

24 2. November 2005.

25 Vgl. dazu auch WEIBEL/HECKENDORN, Erbteilung – praktische Probleme und aktuelle Entwicklungen, *successio* 2009, S. 218 ff., 225.



■ Ein anderer Anwendungsfall ist der Entscheid BGer, 5A_316/2009,²⁶ in dem es um die Frage ging, ob Darlehen, die einer der Erben von der Erblasserin erhalten hatte, noch ausstehend oder getilgt waren. Das Bundesgericht hielt hier prägnant fest, dass sich der Schuldner nicht hinter einer Quittung verschanzen dürfe, sondern nach Treu und Glauben bei der Beweisführung des Gläubigers mitwirken müsse. Das gelte umso mehr im Erbrecht, wo die gegenseitigen Auskunftspflichten der Erben bekanntlich umfassend seien und alle Umstände umfassten, die bei objektiver Betrachtung in irgendeiner Weise geeignet sein könnten, die Teilung zu beeinflussen.

V. Kosten

A. Bemessungsgrundlage

45. Für einige Kantone ist neu, dass bei Prozessen die ordentlichen Kosten im mutmasslichen Umfang vorzuschüssen sind. Was heisst das bei erbrechtlichen Auseinandersetzungen?

46. Zunächst einmal ist sicher, dass es von allem Anfang an teuer werden kann. Der Streitwert richtet sich bei erbrechtlichen Auseinandersetzungen nur dann nach dem Gesamtnachlass, wenn dieser in der einen oder anderen Form insgesamt umstritten ist. Ansonsten geht es um den streitigen Erbteil und/oder den mutmasslichen Prozessgewinn des Klägers bei Obsiegen.²⁷

47. Allerdings darf man sich von einem vermeintlich kleinen Nachlass nicht täuschen lassen: Stehen die tarifarischen (ordentlichen und ausserordentlichen) Kosten hier in einem Missverhältnis zum Aufwand für Gerichte und Anwälte, so wird in Lehre und Praxis ein Abstellen auf den Bruttonachlass statt auf den Nettonachlass befürwortet.²⁸ Plötzlich werden also die – möglicherweise umfangreichen – Passiven, welche den Wert der Aktiven reduzieren oder nahe null bringen, gar nicht erst in Betracht gezogen.

B. Unentgeltliche Prozessführung

48. Ein weiteres Thema in diesem Zusammenhang ist die unentgeltliche Prozessführung. Es ist schon in gewissem Grad widersinnig, jemandem die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, der unstreitig und unbestreitbar eine wesentliche Erbschaft erhalten wird, darauf aber bis zum Teilungsurteil nicht zugreifen kann. Das Bundesgericht hat hier entschieden, dass es für die unentgeltliche Prozessführung nicht auf diese Anwartschaft, sondern auf die

Vermögens- und Einkommensverhältnisse im Zeitpunkt des Gesuchs ankomme.²⁹ Kommt der Gesuchsteller dann aber *qua* Urteil zu Vermögen, so muss er die Kosten allemal zurückerstatten.

49. In der Praxis kommt es gelegentlich vor, dass das Gericht einfach von der Einholung eines Kostenvorschusses absieht, statt das Gesuch auf unentgeltliche Prozessführung formell zu beurteilen. Im Ergebnis kommt das auf dasselbe heraus, und es erscheint ebenso pragmatisch wie sinnvoll.

C. Kostenauflegung bei einleitenden Feststellungsbegehren?

50. Nachfolgend soll noch kurz auf die Frage der Kostenauflegung im Fall der in der Praxis regelmässig eingangs gestellten Begehren auf Feststellung des Nachlasses und der Erbteile eingegangen werden. Hierzu wird vertreten, es fehle an einem Feststellungsinteresse, weshalb diese Rechtsbegehren abzuweisen seien, und zwar unter Kostenfolge³⁰. Das wäre, wenn es zuträfe, eine wichtige Prozessfalle.

51. Zunächst: Fehlt es am Feststellungsinteresse, so ist ein Rechtsbegehren nicht abzuweisen, sondern darauf nicht einzutreten.

52. Bei den einleitenden Rechtsbegehren auf Feststellung des Nachlasses und der Teilungsquoten handelt es sich aber gar nicht um Feststellungsbegehren i.e.S.:

■ Vielmehr geht es um die Feststellung des – von den Parteien nachgewiesenen – Teilungssubstrats, zu welcher das Teilungsgericht aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verpflichtet ist, damit klar ist, worauf sich das Teilungsurteil bezieht.³¹ Das Bundesgericht bezeichnet denn auch

26 2. Juli 2009; vgl. dazu FORNITO, *successio* 2011, S. 141 ff.

27 PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 25, m.w.H.

28 Ausführlich dazu BAUMANN, Über die Bemessung des Streitwertes, insbesondere bei Teilungsklagen, *successio* 2009, S. 281 ff.; PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 25a, m.w.H.

29 BGer, 5P.433/2005 vom 30. Januar 2006.

30 SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, *successio* 2010, S. 171; vgl. bereits SUTTER-SOMM, *successio* 2008, S. 176 ff.

31 SPYCHER, in: Wolf, Erbteilung, 40; JOST, Erbteilung, 80; vgl. ferner BGer, 5A_654/2008 vom 12. Februar 2009, E. 2.2; WEIBEL/HECKENDORN, Erbteilung – praktische Probleme und aktuelle Entwicklungen, *successio* 2009, S. 218 ff., 230.

als notwendigen Inhalt der Erbteilungsklage «die Begehren, den Nachlass auf Grund entsprechender Behauptungen und Beweisanträge festzustellen, die Erbanteile festzustellen und den Nachlass zu teilen, sowie Sachvorbringen, aus denen wenigstens sinngemäss hervorgeht, welche Feststellungen zu treffen sind und wie zu teilen ist».³²

- Auch die Erbanteile der Parteien, die aufgrund der Einrede der Ungültigkeit oder Herabsetzbarkeit einer Verfügung von Todes wegen möglicherweise umstritten sind, müssen notwendigerweise vorfrageweise festgestellt werden.³³ Ein entsprechendes Rechtsbegehren auf Feststellung jedenfalls des Erbanteils des Klägers ist daher unerlässlich, und zwar selbst dann, wenn die Erbanteile nicht bestritten sind.³⁴ Dasselbe gilt für den Fall, dass geltend gemacht wird, eine Partei habe sich aufgrund von Ereignissen nach dem Erbgang bestimmte Passiven oder nicht realisierte Aktiven wie z.B. einen Nutzungsausfall an ihre Erbansprüche anrechnen zu lassen.³⁵

53. Schliesslich muss man sich praktisch vor Augen führen, wie eine solche Kostenauflegung denn vonstatten ginge. Angenommen, es geht um eine Erbteilung mit drei Erben. Der Kläger beantragt

einleitend, es seien der Nachlass und die Erbteile festzustellen. Der erste Beklagte beantragt, es seien der Nachlass und die Erbteile *nicht* festzustellen. Der zweite Beklagte schliesslich äussert sich zu dieser Frage und diesen Rechtsbegehren nicht. Nochmals: Das Gericht *muss* das Teilungssubstrat und die Erbteile feststellen. Schon mit Blick darauf erscheint es kaum vorstellbar, dass es – selbst wenn es formell auf die Feststellungsanträge nicht eintreten sollte – ausgerechnet dem Kläger dafür Kosten auferlegen würde.

VI. Fristwahrung durch Schlichtungsgesuch

A. Übersicht

54. Im Erbrecht gibt es einige Fristen, die nur mittels Klage gewahrt werden können. Allen voran ist hier die einjährige Verwirkungsfrist für die Ungültigkeitsklage sowie für die Herabsetzungsklage nach Art. 521 Abs. 1 bzw. Art. 533 Abs. 1 ZGB zu nennen. Bei diesen Fristen handelt es sich entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht um Verjährungs-, sondern um Verwirkungsfristen.³⁶ Wird eine solche Frist verpasst, kann der Anspruch mit anderen Worten nicht mehr klageweise durchgesetzt werden.

B. Schlichtungsverfahren

1. Einleitung

55. Die Schweizerische Zivilprozessordnung ordnet bekanntlich in Art. 197 an, dass dem Entscheidverfahren grundsätzlich immer ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voranzugehen hat. Ausnahmen gibt es lediglich in Fällen, in denen ein Schlichtungsverfahren unzweckmässig oder nutzlos wäre. So ist z.B. beim summarischen Verfahren kein vorgängiges Schlichtungsverfahren anzuheben.³⁷

56. Die Organisation der Schlichtungsbehörden ist Sache der Kantone, sofern das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht. So nimmt in vielen Kantonen sogar ein erstinstanzlicher Gerichtspräsident die Funktion der Schlichtungsbehörde wahr.³⁹

57. Das Grossartige am Schlichtungsverfahren ist, dass es recht einfach eingeleitet werden kann: Es genügt die Bezeichnung der Gegenpartei, die Nennung der Rechtsbegehren und – in aller Kürze – des Streitgegenstands, wobei ersichtlich sein muss, für welchen Streit Rechtshängigkeit entstehen soll (Art. 202 Abs. 2 ZPO).

32 BGer, 5A_654/2008 vom 12. Februar 2009, E. 6.2. Ausführlich dazu PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 34, m.w.H.

33 BGE 120 II 417, E. 2; BGE 108 II 288, E. 2; BGE 103 II 88, E. 3.c; FLÜCKIGER, in: Künzle, Willensvollstreckung I, 83.

34 BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 216 f., m.w.H.; SPYCHER, in: Wolf, Erbteilung, 42.

35 Vgl. z.B. BGer, 5C.201/2004 vom 28. Januar 2005; BGer, 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005; vgl. auch BGer, 5A_776/2009 vom 27. Mai 2010. Ausführlich dazu PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 35, m.w.H.

36 SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, successio 2010, S. 174, mit Hinweis auf BGE 128 III 318, 320 E. 2.1; 121 III 249, 250, E. 2; 102 II 193, 196 E.2.b; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, § 6 Rz. 90 und 12 Rz. 52; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz. 17 und 77, m.w.H.; PraxKomm-ABT, Art. 521 ZGB N 2, m.w.H.; PraxKomm-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 533 ZGB N 1, m.w.H.

37 Vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.1.

38 Auch können die Parteien von einem Schlichtungsverfahren absehen, wenn der Streitwert mindestens CHF 100'000 beträgt und beide bzw. alle Parteien gemeinsam verzichten (Art. 199 Abs. 1 ZPO).

39 Vgl. LEUENBERGER, Das ordentliche Verfahren, in: Sutter-Somm/Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 52.



Schweizerische Zivilprozessordnung und Erbrecht – prozessuale Chancen und Alltagsfallen

2. Wirkungen

58. Mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs wird die Rechtshängigkeit begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO).⁴⁰ Ausserdem werden mit der Klageanhebung durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs allfällige Verjährungsfristen unterbrochen und Klagefristen – und zwar Verjährungs- ebenso wie Verwirkungsfristen (wie beispielsweise im Erbrecht)⁴¹ – gewahrt.⁴²

59. Stimmen müssen nur – aber immerhin – die Bezeichnung der Gegenpartei sowie die Formulierung der Rechtsbegehren. Achtung: Eine Klageänderung ist nach der ZPO zwar eher einfacher möglich als nach einigen früheren kantonalen Prozessordnungen, doch verträgt sie sich denkbar schlecht mit Verwirkungsfristen. Die Rechtsbegehren müssen also «sitzen».

60. Ist das Schlichtungsverfahren dann erst einmal durchlaufen, aber keine Einigung zustande gekommen, so ist zu beachten, dass die Klagebewilligung innert dreier Monate beim Gericht eingereicht werden muss (Art. 209 Abs. 3 ZPO), und zwar mit einer voll ausformulierten und begründeten Klage (Art. 221 ZPO). Die drei Monate sind unter Umständen sehr knapp bemessen. Auch wenn sie eine Zeit sein mögen, in welcher auch Vergleichsgespräche geführt werden, müssen sie unbedingt auch noch für die Vorbereitung der Klagebegründung genutzt werden. Ansonsten schnappt die Falle aus Prozess- und materiellem Recht unerbittlich zu.

61. Die klagende Partei kann zwar in diesem Fall ein erneutes Schlichtungsbegehren stellen, da keine *res iudicata* eintritt. Ein solches neuerliches Schlichtungsbegehren macht jedoch nur Sinn, wenn nicht die Verwirkungsfrist zwischenzeitlich abgelaufen ist.⁴³

62. Auch nach neuem Recht sollte es weiterhin möglich sein, gleich mit der Einreichung der Klage (beim Gericht, nicht bereits bei der Schlichtungsinstanz) ein Sistierungsbegehren zu stellen, damit Vergleichsgespräche aufgenommen und/oder weitergeführt werden können. Sistiert werden kann aber weder die einjährige gesetzliche Frist aus dem ZGB noch die dreimonatige gesetzliche Frist aus der ZPO.

C. Prozessfalle: Einrede anstelle einer Klage innert Verwirkungsfrist

63. Im Zusammenhang mit Verwirkungsfristen besteht noch eine weitere prozessuale Falle, die allerdings nichts mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung zu tun hat, sondern bereits vorher bestand:

Bekanntlich ist es in gewissen Fällen möglich, auf eine aktive Klage innert der genannten Verwirkungsfristen zu verzichten und die Ungültigkeit bzw. die Herabsetzung von Verfügungen stattdessen bloss einredeweise geltendzumachen. Allerdings gibt es hier einige Einschränkungen:

64. Ein bloss virtueller Erbe, also ein Pflichtteilserbe, der mittels Verfügung von Todes wegen schlicht übergegangen wurde, kann sich nicht auf die blossen Einrede verlassen. Er muss seiner Erbenstellung innert der Verwirkungsfristen prozessual Nachachtung verschaffen.⁴⁴

65. Sodann genügt die Einrede auch dort nicht, wo im Fall der erfolgreichen Geltendmachung eines Anspruchs (beispielsweise der Herabsetzung) auf das sonstige Vermögen des oder der Beklagten gegriffen werden müsste, weil die Erbschaft nicht ausreicht, um die Ansprüche des Klägers zu befriedigen.⁴⁵

66. In BGE 120 II 417 statuierte das Bundesgericht das Erfordernis des «Mitbesitzes» eines Erben an der Erbschaft; nur wenn dieses Erfordernis erfüllt sei, könne ein betroffener Erbe Verwirkungsfristen verstreichen lassen und die betreffenden Tatbestände (wie namentlich Ungültigkeit oder Herabsetzung von Verfügungen) einredeweise geltendmachen. Dieses Erfordernis wurde in der Lehre verschiedentlich aufgegriffen, freilich ohne vertiefte Auseinandersetzung. Es hätte beispielsweise zur Folge, dass bei Einsetzung eines Willensvollstreckers die Möglichkeit einer einredeweisen Geltendmachung dieser Tatbestände durch die Erben insgesamt fraglich wäre, weil der Willensvollstrecker

40 Beim Eintritt der Rechtshängigkeit werden die Rechtsbegehren und der Streitgegenstand grundsätzlich fixiert, und die Parteien stehen fest, d.h. der gleiche Streitgegenstand kann zwischen den gleichen Parteien nicht mehr anderweitig geltend gemacht werden und die örtliche Zuständigkeit bleibt bestehen, auch wenn z.B. die beklagte Partei ihren Wohnsitz im Verlaufe des Verfahrens verlegt (vgl. Art. 64 ZPO).

41 Vgl. SUTTER-SOMM, Die Bedeutung der Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, *successio* 2010, S. 174; BGE 98 II 176, 177–184.

42 Vgl. HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 202 N 16 f.

43 Vgl. GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 65 N 3 und Art. 209 N 6.

44 Vgl. namentlich BGE 5C.81/2003.

45 BGE 120 II 417, E. 2 i.f.

cker anstelle der Erben besitzt (vgl. Art. 518 Abs. 3, Art. 556 Abs. 3 und Art. 554 Abs. 2 ZGB).

Allerdings besitzt der Willensvollstrecker nicht für sich selbst oder für einzelne Erben, sondern neutral für alle Erben. Diese haben somit sehr wohl (freilich bloss mittelbaren) Mitbesitz an den Nachlassaktiven. Da der Willensvollstrecker selber die Teilung nicht vollziehen kann, muss er die Erben bei Uneinigkeit über seinen Teilungsvorschlag auf den Weg der Erbteilungsklage verweisen. Dort stehen ihnen dann die Einreden selbst dann zur Verfügung, wenn sie in der Klägerrolle sind.

Für ein weiter gehendes Mitbesitzerfordernis besteht weder eine gesetzliche Grundlage noch ein sachliches Bedürfnis. Richtigerweise dürfte es denn auch nicht auf den Mitbesitz als solchen ankommen, sondern vielmehr darauf, dass die Erbenqualität des betreffenden Erben bereits unstreitig oder unanfechtbar feststeht. Das ergibt sich *e contrario* aus der Rechtsprechung zur virtuellen Erbenstellung (vgl. o. Rz. 64).⁴⁶ Es würde dem erblasserischen und gesetzgeberischen Ziel, mittels Willensvollstreckung eine korrekte Abwicklung des Nachlasses zu erreichen und Streitigkeiten unter den Erben zu vermeiden, diametral widersprechen, wenn die Einsetzung eines Willensvollstreckers dazu führen würde, dass die in ihrem Pflichtteil oder sonstwie durch eine ungültige/anfechtbare Verfügung verletzten Erben zur Fristwahrung zwingend viel früher als sonst eine gerichtliche Klage anhängig machen müssten. Die gerichtliche Auseinandersetzung würde zudem auf einen Zeitpunkt vorgezogen, in dem der Willensvollstrecker meist noch gar nicht die Möglichkeit gehabt hätte, seine vermittelnde Rolle für eine gültliche Erbteilung (nach Feststellung des Nachlasses

und der unbestrittenen und bestrittenen Ansprüche) überhaupt richtig auszuüben.

VII. Beweisrecht

67. Auch im Beweisrecht gibt es einige Neuerungen. Diese könnten sich durchaus als prozessuale Chancen erweisen. Dabei ist einerseits an das Schiedsgutachten zu denken, mit dem es möglich ist, gewisse Fragen für eine gerichtliche Auseinandersetzung ausser Streit zu stellen (Art. 189 ZPO).⁴⁷ Ein möglicher Anwendungsfall sind Bewertungen (namentlich von Sachzuwendungen wie z.B. Liegenschaften oder Unternehmen), die idealerweise nahe am Zeitpunkt der Zuwendung und vor einer allfälligen Veränderung (oder Veräusserung) des Zuwendungsobjekts durchgeführt werden.

68. Fast noch spannender scheint die – freilich schon unter dem kantonalen Prozessrecht bestehende, jedoch in derartigen Fällen kaum je eingesetzte – vorsorgliche Beweisführung: Hier ist etwa an Fälle der Ungültigkeit von Verfügungen von Todes wegen zufolge Verfügungsunfähigkeit des Erblassers zu denken. Wieviel einfacher ist es doch, über den Geisteszustand eines Erblassers dann ein Gutachten erstellen zu lassen, wenn er noch am Leben ist und vom Gutachter persönlich untersucht werden kann. (Der indirekte Beweis oft Jahre im nachhinein ist sehr schwer zu führen, wobei hier immerhin nach der Praxis je nach den Lebensumständen des Erblassers eine Beweislastumkehr vorgenommen wird.⁴⁸)

69. Natürlich ist – in der Prozessführung gleich wie auch bei Geldanlagen – jede Chance auch ein Risiko: Stellt beispielsweise der gerichtliche Gutachter fest, dass der Erblasser sehr wohl verfügungsfähig ist, so wäre der Gesuchsteller – zumindest bei rückblickender Betrachtung – besser bedient gewesen, stattdessen auf die indirekte Beweisführung nach dem Tod des Erblassers zu setzen. Immerhin kann damit ein künftiger Prozess vermieden werden, was letztlich genau einer der möglichen Zwecke der vorsorglichen Beweisführung ist.

VIII. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

70. Art. 28 Abs. 1 ZPO sieht für erbrechtliche Klagen die örtliche Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers vor. Dieser Gerichtsstand ist aber nicht zwingend. Wie bereits unter Geltung des GestG ist eine Prorogation oder Einlassung

46 Vgl. BK-KÜNZLE, Art. 517/518 ZGB N 81; ANDREAS FLÜCKIGER, Der Umgang des Willensvollstreckers mit anfechtbaren, nichtigen und unklaren Verfügungen von Todes wegen, in: Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zürich 2004, 75 ff., 83 ff.

47 Ausführlich dazu etwa WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 189 ZPO N 1 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 269 ff.

48 Ausführlich dazu PraxKomm-SCHRÖDER, Art. 467 ZGB N 25, m.w.H.: Führt die Lebenserfahrung zur Vermutung, dass der Erblasser im Normalfall und mit aller Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss, so ist die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen und muss die Gegenpartei den Gegenbeweis führen, dass der Erblasser trotz seiner grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit in einem *lucidum intervallum* gehandelt hat, also im massgeblichen Zeitpunkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit urteilsfähig war.



an einem anderen Gerichtsstand möglich.⁴⁹ Nicht möglich ist demgegenüber eine einseitige Anordnung durch den Erblasser, selbst wenn sie in der Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgt, da sie dem Vertragserfordernis von Art. 17 Abs. 1 ZPO nicht genügt.⁵⁰ Natürlich bleibt aber auch eine Einlassung möglich, sodass eine einseitige Anordnung durch den Erblasser im Ergebnis dennoch Wirkungen entfalten kann.⁵¹

71. Die sachliche Zuständigkeit kann mittels einer Schiedsvereinbarung aller beteiligten Erben (etwa im Rahmen eines Erb- oder Erbteilungsvertrags) verändert werden. Nach wohl herrschender Lehre kann der Erblasser die sachliche Zuständigkeit eines Schiedsgerichts auch einseitig mittels Verfügung von Todes wegen vorschreiben. Unwirksam ist eine solche Vorschrift allerdings im Bereich des Pflichtteilsrechts, d.h. nicht bloss für die Herabsetzungsklage, sondern ebenso für jenen Teil der Teilungsklage, bei dem Pflichtteile betroffen sind. Im Ergebnis schränkt dies die einseitige Anordnung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts durch den Erblasser massiv ein, braucht es doch im Bereich der Pflichtteile stets das Einverständnis aller Erben, sei es durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung, sei es im mindesten durch Nichtanfechtung einer entsprechenden Anordnung des Erblassers.⁵²

72. Darauf hinzuweisen ist auch noch, dass in der ZPO die Möglichkeit einer Mediation neu gesetzlich verankert ist (Art. 213 ff. ZPO). Gerade in erbrechtlichen Auseinandersetzungen, die nur allzu oft emotional geführt werden und idealerweise so sachlich wie möglich geführt werden sollten, damit danach ein normales familiäres Miteinander möglich bleibt – oder wieder möglich wird –, könnte die Mediation ein nicht unerhebliches Anwendungsgebiet

erhalten. Wie sehr sie sich in der Praxis durchsetzt, bleibt allerdings vorerst abzuwarten.

IX. Rechtsmittelverfahren

73. Im Rechtsmittelverfahren müssen auf jeden Fall konkrete Anträge – beispielsweise über die Art der Erbteilung – gestellt werden. Es genügt beispielsweise nicht, einfach zu beantragen, «es sei der Nachlass neu festzustellen und zu teilen».⁵³

74. Dieser Grundsatz wurde durch einen Entscheid des Obergerichts Solothurn bestätigt, der bereits zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ergangen ist: Das Gericht hat entschieden, dass die Berufungsschrift die Rechtsmittelanträge enthalten müsse, und dass es nicht genüge, wenn diese Anträge (vorliegend ging es um Geldleistungen) bloss in der Berufungsbegründung beziffert würden. Nichterfüllung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung habe Nichteintreten zur Folge. Eine Nachfrist dürfe dem Berufungskläger nicht angesetzt werden.⁵⁴

Auch das Erbrecht ist mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung prozessual im 21. Jahrhundert angekommen. Es ist nicht alles neu, aber doch einiges nicht mehr ganz so, wie es – jedenfalls in einzelnen Kantonen – bisher war. Gewisse Dinge (wie z.B. die Frage der Perpetuierung der Rechtshängigkeit nach einem erfolglosen Summarverfahren gemäss Art. 257 ZPO) sind noch offen, bis sie gerichtlich entschieden sind. Erbrechtspraktikerinnen und -praktiker haben die einmalige Chance, durch kreative Prozessführung aktiv daran mitzuarbeiten, dass der Schweizerischen Zivilprozessordnung für den – prozessual immer ein wenig besonderen – Bereich des Erbrechts Leben eingehaucht wird. Sie sind dazu herzlich eingeladen.

49 PraxKomm-SCHWEIZER, Anhang ZPO N 17, m.w.H.

50 PraxKomm-SCHWEIZER, Anhang ZPO N 18, m.w.H.

51 PraxKomm-SCHWEIZER, Anhang ZPO N 24 und 26, m.w.H.

52 PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 20 ff., m.w.H.; PraxKomm-SCHWEIZER, Anhang ZPO N 29 ff., m.w.H.

53 BGE 75 II 256, E. 1; vgl. auch BGE 84 II 685, E. 3; BGE 101 II 41, E. 4.c; PraxKomm-WEIBEL, Art. 604 ZGB N 43, m.w.H.

54 ZKBER.2011.6 vom 9. März 2011; vgl. PETER HOSTANSKY, Bestimmtheit von Berufungsanträgen iusfocus 1/2012, S. 17.