

Aktuelle

# JURISTISCHE

Praxis

4/2013

22. Jahrgang

AJP

- Estelle de Luze / Valérie De Luigi:  
Le nouveau droit du nom
- Kenan Alkan-Mewes:  
Dolmetscher in der Begutachtung
- Markus Vischer:  
Mantel- und Vorratsgesellschaften
- Sébastien Gobat:  
L'indemnité de clientèle du franchisé
- Christophe Golay:  
Le Protocole facultatif se rapportant  
au PIDESC et la Suisse
- Alain Friedrich:  
Die Abspaltung dinglicher Rechte an  
Grundstücken nach Fusionsgesetz
- Rudolf Bak:  
Herabsetzungs- und Ungültigkeitsklage  
gegen noch nicht gezeugte Nacherben  
(*nondum conceptus*)

DIKE

Aufsätze / Articles

<p>In Hinsicht auf das im Mai 2013 zwischen den ersten Staaten in Kraft tretenden Fakultativprotokoll zum UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte steht die Schweiz vor der Herausforderung, ihre restriktive Haltung bezüglich der Justiziabilität der in diesem UN-Pakt (welcher für die Schweiz seit 1992 in Kraft steht) verankerten Rechte zu revidieren.</p>	<p>■ <b>Christophe Golay</b> Le Protocole facultatif se rapportant au PIDESC et la Suisse</p>	<p>483</p>
<p>Nach dem Vorschlag des Autors ist in einem vom Vorerben angestrebten Herabsetzungs- oder Testamentsungültigkeitsverfahren dem noch nicht gezeugten Nacherben Parteifähigkeit zuzuerkennen und ein Vertretungsbeistand zu geben.</p>	<p>■ <b>Rudolf Bak</b> Herabsetzungs- und Ungültigkeitsklage gegen noch nicht gezeugte Nacherben (<i>nondum conceptus</i>)</p>	<p>496</p>
<p>Auf was sollen Gerichte und Gutachter achten, wenn die Gutachter für den Kontakt mit dem Exploranden auf Dolmetscher angewiesen sind? Anregungen anhand eines Beispiels aus der Praxis.</p>	<p>■ <b>Kenan Alkan-Mewes</b> Dolmetscher in der Begutachtung</p>	<p>501</p>
<p>Eingehende und aufgrund zahlreicher illustrativer Beispiele zur Kritik anregende Darstellung des am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen neuen Namensrechts.</p>	<p>■ <b>Estelle de Luze / Valérie De Luigi</b> Le nouveau droit du nom</p>	<p>505</p>
<p>Rechtsdogmatische Analyse, welche einen rechtspolitischen Entscheid des Gesetzgebers fordert.</p>	<p>■ <b>Adrian Fischbacher / Arnold F. Rusch</b> Der Bruno Steiner-Fall Zur Rechtsvertretung zwischen zulässiger Tätigkeit <i>pro bono</i> und verbotenem Erfolgshonorar</p>	<p>525</p>
<p>Die Festlegung von «Quoten» einer bestimmten Anzahl Pflegeplätzen an Kliniken in der kantonalen Spitalplanung ist nach der Auffassung des Autors nicht gesetzeskonform.</p>	<p>■ <b>Jean-Louis Duc</b> Planification hospitalière, mandat de soins et « quotas »</p>	<p>533</p>
<p>Unter welchen Voraussetzungen ist Art. 418u OR analog auf die Frage von Kundschaftsschädigungen für Franchisenehmer anwendbar?</p>	<p>■ <b>Sébastien Gobat</b> L'indemnité de clientèle du franchisé</p>	<p>537</p>
<p>Handelsregister- und grundbuchrechtliche Fragen in der Praxis und in kritischer Hinterfragung.</p>	<p>■ <b>Alain Friedrich</b> Die Abspaltung dinglicher Rechte an Grundstücken nach Fusionsgesetz</p>	<p>546</p>
<p>Der Autor kommt zum Schluss, dass der Handel mit Anteilen an Mantelgesellschaft nicht an sich widerrechtlich ist – was aber nicht heisst, dass ein solcher Handel sinnvoll ist.</p>	<p>■ <b>Markus Vischer</b> Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht</p>	<p>563</p>

Chronik der Rechtsetzung / Législation

<p>■ <i>Florian Wegmann</i></p>	<p>573</p>
---------------------------------	------------

Rechtsprechungsübersicht / Aperçu de la jurisprudence

<p>■ <i>Florian Wegmann</i></p>	<p>579</p>
---------------------------------	------------

Entscheidungsbesprechungen / Discussions d'arrêts actuels

<p>Ein weiterer, die bisherige Rechtsprechung differenzierender Bundesgerichtsentscheid zum Thema Schuldspensationen aus religiösen Gründen. Dies ist die letzte Entscheidbesprechung des am 15. März 2013 verstorbenen Staatsrechtslehrers. Prof. Yvo Hangartner hat über zwanzig Jahre lang, seit dem ersten Jahrgang der AJP/PJA, die öffentlichrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in unserer Zeitschrift kritisch begleitet. In Heft 5/2013 würdigen ihn Kolleginnen und Kollegen des öffentlichen Rechts.</p>	<p>■ <b>Yvo Hangartner †</b> (1) Art. 15 BV; Art. 9 EMRK. Keine generelle Dispensation von der Teilnahme an Veranstaltungen der öffentlichen Volksschule mit religiösem Bezug unter Berufung auf Glaubensüberzeugungen, jedoch Anspruch auf Freistellung in besonderen Fällen.</p>	<p>587</p>
--	--	------------

- Fortsetzung der Markenstreitigkeit um Nespressokapseln. ■ **Lorenza Ferrari Hofer**  
(2) **Beweise zur technischen Notwendigkeit der Nespresso Kapseln im Massnahmeverfahren.**
- Abschluss eines zwölfjährigen Rechtsstreits: technische Notwendigkeit der als Marke beanspruchten Form im Sinne des Art. 2 lit. b Markenschutzgesetz definitiv bejaht. ■ **Lorenza Ferrari Hofer**  
(3) **LEGO-Steine-Noppen als Formmarken. Technische Alternativen?**
- Grundsatzentscheid zum Umfang der Hinterlegungs-priorität. ■ **Lorenza Ferrari Hofer**  
(4) **Schutz von hinterlegten, noch nicht eingetragenen Designs.**
- Zur Bedeutung des Verweises des IPRG auf internationale Übereinkommen und insbesondere des revidierten Art. 85 IPRG auf das Haager Kinderschutzübereinkommen von 1996 und zur Auslegung von dessen zentralem Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts. ■ **Simon Othenin-Girard**  
(5) **Portée de l'article 85 LDIP. Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (CLaH96). Notion de résidence habituelle.**
- Besprechung des neuen Bundesgerichtsentscheides in Folge des vieldiskutierten *Vivendi*-Urteils. ■ **Lara Pair**  
(6) **Auswirkung einer Insolvenz im Internationalen Schieds-verfahren.**
- Überlegungen zur sog. Gleichbehandlung im Unrecht. ■ **Yvo Hangartner †**  
(7) **Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Recht auf Replik im Verwaltungsprozess; Art. 8 Abs. 1 BV, Anspruch auf sog. Gleichbehandlung im Unrecht.**

---

**Literaturübersicht / Bibliographie**

- *Florian Schnyder*

---

**Mitteilungen / Communications**

Impressum

Autorenverzeichnis / Adresse des auteurs



## Herabsetzungs- und Ungültigkeitsklage gegen noch nicht gezeugte Nacherben (*nondum conceptus*)

RUDOLF BAK

Gemäss Art. 545 Abs. 1 ZGB ist es möglich, eine Nacherbschaft zugunsten von (noch) nicht gezeugten Personen (*nondum conceptus*) anzudordnen. Die Begünstigung des *nondum conceptus* kann dabei mit dem bundesrechtlich eingeräumten Pflichtteils- und Ungültigkeitsschutzes (ZGB 519/531) des Vorerben kollidieren. Sowohl die Herabsetzungs- als auch die Ungültigkeitsklage ist innerhalb einer einjährigen Verwirkungsfrist zu erheben (ZGB 521/533). In einem allfälligen Testamentsanfechtungsverfahren ist dem *nondum conceptus* deshalb die Parteifähigkeit zuzuerkennen (ZPO 66). Zur Gewährleistung der Prozessfähigkeit des *nondum conceptus* ist ferner die Zulässigkeit/Notwendigkeit der Anordnung eines Vertretungsbeistandes zu befürworten (ZGB 394).

Selon l'art. 545 al. 1 CC, il est possible d'ordonner une substitution fidéicommissaire en faveur de personnes qui ne sont pas (encore) conçues (*nondum conceptus*). La libéralité en faveur du *nondum conceptus* peut entrer en conflit avec la protection accordée à l'héritier grevé par le droit fédéral au travers de la réserve et de l'action en nullité (CC 519/531). Tant l'action en réduction que l'action en nullité doivent être ouvertes dans le délai de péremption d'une année (CC 521/533). Dans le cas d'une procédure en contestation du testament, il convient donc d'accorder la capacité d'être partie au *nondum conceptus* (CPC 66). Afin de garantir la capacité d'ester en justice de ce dernier, il faut par ailleurs reconnaître l'institution d'une curatelle de représentation comme étant nécessaire et autorisée (CC 394).

### Inhaltsübersicht

- A. Ausgangslage
- B. Prozessrechtliche Problematik
- C. Erbrechtliche Bundesrechtsansprüche
- D. Materielles Recht geht Prozessrecht vor
- E. Behördliche Massnahme
- F. Praxisbeispiel
- G. Exkurs: Entschädigung des Vertretungsbeistandes
- H. Neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

### A. Ausgangslage

Das Gesetz sieht in Art. 545 Abs. 1 ZGB ausdrücklich die Möglichkeit vor, auf dem Wege der Nacherbeneinsetzung die Erbschaft oder eine Erbschaftssache einer Person zuwenden zu können, die zur Zeit des Erbfalles noch nicht lebt. Die Bestimmung bezieht sich – im Gegensatz zu Art. 544 ZGB – auf die Erbfähigkeit von *noch nicht gezeugten* Personen (sog. *nondum conceptus*)<sup>1</sup>. Eine solche Nacherbschaftsanordnung kann gegebenenfalls das Pflichtteilsrecht des Vorerben verletzen (Art. 531 ZGB). Das entsprechende Testament kann ferner ungültige Klauseln enthalten, welche die (noch) nicht gezeugten Nacherben begünstigen (Art. 519 ZGB). Sowohl für die

Herabsetzungs- als auch für die Ungültigkeitsklage läuft eine einjährige Verwirkungsfrist<sup>2</sup> ab Kenntnis der Pflichtteilsverletzung bzw. der Ungültigkeit (Art. 521 Abs. 1 und Art. 533 Abs. 1 ZGB). Es besteht somit eine Situation, in der die vorerwähnten Klagerechte zu verwirken drohen, bevor die (noch) nicht gezeugten Nacherben in Person eingeklagt werden können.

### B. Prozessrechtliche Problematik

Zu den gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen gehört unter anderem auch die Parteifähigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 66 ZPO). Anknüpfungspunkt der Parteifähigkeit ist bei natürlichen Personen die Rechtsfähigkeit und damit die Persönlichkeit im Sinne von Art. 11 ZGB<sup>3</sup>. Die Persönlichkeit (bzw. Rechtsfähigkeit) beginnt bei natürlichen Personen gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB grundsätzlich erst mit der Geburt. Darüberhinaus statuiert das Gesetz in Art. 31 Abs. 2 ZGB eine bedingte Rechtsfähigkeit des *bereits gezeugten* Kindes (sog. *nasciturus*) unter dem Vorbehalt, dass

RUDOLF BAK, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich. (www.stpeterlaw.ch)

<sup>1</sup> Demgegenüber befasst sich Art. 544 ZGB mit der Erbfähigkeit des bereits gezeugten, aber noch nicht geborenen Kindes (*nasciturus*). Vgl. DANIEL ABT, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. A., Basel 2011, Art. 545 N 3 ff. mit Verweisen auf die Lehre.

<sup>2</sup> Vgl. PraxKomm Erbrecht-ABT (FN 1), Art. 521 N 2 sowie STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 2. A., Basel 2011, Art. 533 N 1 jeweils mit Hinweisen auf Praxis und Lehre.

<sup>3</sup> Vgl. KRISTINA TENCHIO-KUZMICH, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 66 N 6 ff.

das Kind lebendig geboren wird<sup>4</sup>. Daraus folgt, dass eine Herabsetzungs- und/oder Ungültigkeitsklage gegen einen noch nicht existenten Nacherben mangels Parteifähigkeit verwirkt, wenn dieser nicht innerhalb der einjährigen Verwirkungsfrist gezeugt und eingeklagt wird. Das auf den ersten Blick bestehende Prozesshindernis steht allerdings in Widerspruch zu erbrechtlichen Bundesrechtsansprüchen des Vorerben, worauf nachfolgend einzugehen ist.

### C. Erbrechtliche Bundesrechtsansprüche

Es besteht ein vom materiellen Erbrecht eingeräumter Anspruch, pflichtteilsverletzende und/oder ungültige Anordnungen zugunsten von Nacherben gerichtlich innert der gesetzlichen Verwirkungsfrist geltend machen zu können (ZGB 519/531). Diese Klagerechte müssen auch im Fall der Nacherbschaft zugunsten von (noch) nicht gezeugten Personen (ZGB 545) gewährleistet sein, ansonsten das materielle Erbrecht bzw. dessen Durchsetzbarkeit vereitelt würde.

Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass Art. 531 ZGB pflichtteilsverletzende Nacherbschaftsanordnungen *ausdrücklich* für anfechtbar erklärt. Der pflichtteilsgeschützte Vorerbe hat einen Anspruch darauf, frei über seinen Pflichtteil verfügen zu können. Der Pflichtteil darf deshalb nicht mit einer Nacherbschaft belastet sein<sup>5</sup>. Wird der Pflichtteil dennoch durch eine Nacherbschaft belastet, muss der Vorerbe die Möglichkeit haben, die pflichtteilsverletzung beseitigen zu können.

Dem Vorerben ist auch mit der jederzeit möglichen Herabsetzungs- oder Ungültigkeitseinrede (Art. 521 Abs. 3 und Art. 533 Abs. 3 ZGB) nicht gedient. Die erwähnten Einreden sind als Verteidigungsmittel des besitzenden Erben gegen Auslieferungsansprüche von Miterben oder Vermächtnisnehmern konzipiert<sup>6</sup>. Im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben würden diese Einreden demnach erst beim Eintritt des Nacherbfalls zum Zug kommen. Tritt der Nacherbfall erst mit dem Tod des Vorerben ein, was oft der Fall ist, käme der Vorerbe zu Lebzeiten nie in den Genuss seines Pflichtteils und/oder müsste sich mit der

Ungültigkeit des Testaments abfinden<sup>7</sup>. Aber auch wenn der Nacherbfall bereits zu Lebzeiten des Vorerben eintritt, hat dieser ein ausgewiesenes (Rechtsschutz-)Interesse daran, schon vorher die Verfügungsfreiheit über seinen Pflichtteil erlangen und/oder die Ungültigkeit des Testaments geltend machen zu können. Zwischen Erbfall und Nacherbfall können nämlich Jahre vergehen. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Vorerbe i.d.R. mit einschneidenden Sicherstellungspflichten gemäss Art. 490 Abs. 2 ZGB konfrontiert ist, die den ganzen mit der Nacherbschaft belasteten Erbteil beschlagen. Kann er diesen nicht nachkommen, wird gar die Erbschaftsverwaltung angeordnet (Art. 490 Abs. 3 ZGB).

Aus all diesen Gründen bleibt festzuhalten, dass die *sofortige* Herstellung der Verfügungsfreiheit über den Pflichtteil und/oder die *sofortige* Beseitigung der Ungültigkeit nur mittels fristgerechter Klage bewirkt werden kann. Darauf besteht – wie gesagt – ein vom materiellen Erbrecht eingeräumter Anspruch.

### D. Materielles Recht geht Prozessrecht vor

Aufgrund des vorstehend Ausgeführten (Ziff. A-C) ist augenscheinlich, dass bei einer Nacherbeneinsetzung zugunsten (noch) nicht gezeugter Personen zwischen Prozessrecht und (materiellem) Erbrecht ein vom Gesetzgeber nicht bedachtes oder zumindest nicht explizit gelöstes Spannungsfeld besteht, sofern durch die Nacherbeneinsetzung Pflichtteile verletzt werden und/oder das Testament ungültige Klauseln enthält, welche die Nacherben begünstigen<sup>8</sup>. Dieses Spannungsfeld muss nach richtiger Ansicht zugunsten des materiellen Rechts bzw. zugunsten des Pflichtteilsschutzes sowie des Schutzes vor ungültigen Testamentsanordnungen gelöst werden. Das Prozessrecht dient der Verwirklichung/Durchsetzung des materiellen Rechts und darf dieses nicht faktisch verhindern (dienende Funktion des Prozessrechts<sup>9</sup>).

<sup>4</sup> Umstritten ist der Zeitpunkt der Zeugung. Übersichtlich zur Kontroverse PIERA BERETTA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, ZGB I, 4. A., Basel 2010, Art. 31 N 10 ff.

<sup>5</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUER (FN 2), Art. 531 N 1 jeweils mit Hinweisen auf Praxis und Lehre.

<sup>6</sup> Vgl. HRUBESCH-MILLAUER (FN 2), Art. 533 N 9 ff.; DANIEL ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Diss. Basel 2002, 53 ff.

<sup>7</sup> Eine unterlassene Herabsetzungsklage des Vorerben kann ferner nachteilige Auswirkungen auf die Rechtsstellung bzw. auf eine spätere Herabsetzungseinrede von dessen Erben gegenüber den Nacherben haben (vgl. BGE 108 II 288; BGE 133 III 309 E. 5).

<sup>8</sup> Dieses Spannungsfeld wurde leider auch im Rahmen des revidierten Vormundschaftsrechts nicht entschärft (s. hinten Ziff. H).

<sup>9</sup> Dieser Grundsatz gilt gleichermassen im Straf-, Verwaltungs- und Zivilprozess. Aus der Praxis zur dienenden Funktion des Zivilprozessrechts in anderen Konstellationen vgl. etwa BGE 5A\_449/2007 E. 3 vom 25. Oktober 2007; BGE 123 III 140 ff.; BGE 118 II 479, S. 482 f. E. 2d; BGE 116 II 215, S. 218 E. 3; BGE 104 Ia 105, S. 108 E. 4a.

Würde in der vorliegenden Konstellation eine Herabsetzungs- und/oder eine Ungültigkeitsklage mangels Parteifähigkeit der (noch) nicht gezeugten Nacherben nicht zugelassen, so würden dadurch der Pflichtteilsschutz und/oder der Schutz vor ungültigen Testamentsanordnungen weitgehend ausgehebelt. Die Nichtzulassung einer Testamentsanfechtung käme deshalb einer Verletzung von Bundesrecht (Art. 519/531 ZGB) und zugleich einer Rechtsverweigerung gleich. Zudem würde auch Vorschub geleistet, den durch den Gesetzgeber festgelegten Pflichtteils- und Ungültigkeitsschutz durch entsprechende Testamentsanordnungen bewusst umgehen zu können. Ist aber in der vorliegenden Konstellation die Möglichkeit einer Testamentsanfechtung von Bundesrechts wegen gegeben, so muss notwendigerweise auch eine beschränkte Parteifähigkeit der (noch) nicht gezeugten Nacherben im Lichte von Art. 519 und 531 ZGB bejaht werden<sup>10</sup>.

## E. Behördliche Massnahme

Nebst der Parteifähigkeit setzt ein Zivilprozess auch die Prozess-, mithin die Handlungsfähigkeit voraus (Art. 67 ZPO). Demnach muss gewährleistet sein, dass die Interessen der (noch) nicht gezeugten Nacherben im Testamentsanfechtungsverfahren gebührend vertreten werden. Die (noch) nicht gezeugten Nacherben können ihre Interessen nicht selbst wahrnehmen. Naturgemäss kommt auch keine gesetzliche oder gewillkürte Interessenvertretung in Frage. Die Interessenwahrung kann somit nicht anders als durch einen ad hoc angeordneten Vertretungs- bzw. Prozessbeistand seitens der zuständigen Behörde<sup>11</sup> bewirkt werden. Die Bestimmung von Art. 69 Abs. 2 ZPO impliziert denn auch, dass im Fall des Unvermögens einer Partei, sich selber in einem Gerichtsverfahren vertreten zu können, behördliche Massnahmen geboten sind.

Bei dieser Sachlage darf die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Anordnung von behördlichen Massnahmen und damit auch die Frage der Prozessfähigkeit ebenfalls nicht von der Rechtsfähigkeit im Sinne von Art. 11 i.Vm. Art. 31 ZGB abhängig gemacht werden. Vielmehr muss die durch das Gesetz eingeräumte Rechtsträgerschaft (Art. 545 Abs. 1 ZGB) zur Begründung der Notwendigkeit und Zulässigkeit von behördlichen Massnahmen genügen. Eine solche Massnahme kann nämlich auch dort

geboten sein, wo ein Rechtsträger ohne Rechtsfähigkeit aus objektiven Gründen nicht in der Lage ist, die ihm zustehenden Rechte gebührend zu verteidigen. Die vorliegende Konstellation veranschaulicht, dass aus der Optik eines Rechtsträgers im Sinne von Art. 545 Abs. 1 ZGB sehr wohl das Bedürfnis bzw. die Notwendigkeit einer behördlichen Massnahme bestehen kann. Die früher in Art. 392 aZGB und seit dem 1. Januar 2013<sup>12</sup> in Art. 394 ZGB geregelte Vertretungsbeistandschaft ist deshalb im Lichte von Art. 545 und Art. 531 ZGB extensiv auszulegen.

Die bisherige (allerdings sehr spärliche) Lehre und Praxis geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit und möglichen Notwendigkeit der behördlichen Anordnung einer Beistandschaft zur Wahrung der Interessen des *nondum conceptus* aus<sup>13</sup>. Eine behördlich angeordnete Beistandschaft wird überdies ausdrücklich auch im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Pflichtteilsverletzung oder einer Ungültigkeit durch den Vorerben gegen den (noch) nicht gezeugten Nacherben befürwortet<sup>14</sup>. Die Prozessfähigkeit des *nondum conceptus* lässt sich somit durch die behördliche Anordnung eines Vertretungsbeistandes herstellen.

Zuständig war nach altem Recht die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz der schutzbedürftigen Person (Art. 396 Abs. 1 aZGB). Das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Kindes- und Erwachsenenschutzrecht knüpft in erster Linie weiterhin am Wohnsitz der schutzbedürftigen Person an (Art. 442 Abs. 1 ZGB); die Vormundschaftsbehörde wurde dabei begrifflich durch die *Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde/KESB* ersetzt<sup>15</sup>. Da die bedürftige «Person», d.h. der (noch) nicht gezeugte Nacherbe, (noch) nicht existiert, drängt es sich nach der hier vertretenen Auffassung auf, die Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers anzuknüpfen. Möglich wäre es aber auch, die Zuständigkeit am Wohnsitz des potentiellen Zeugers oder des Vorerben anzuknüpfen<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Vgl. auch Andeutung in: TENCHIO-KUZMIG (FN 3), Art. 66 N 8 f.

<sup>11</sup> Früher war die Vormundschaftsbehörde zuständig. Aufgrund des revidierten Vormundschaftsrechts ist nunmehr die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zuständig (s. hinten Ziff. H).

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. H.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 73 II 81, 85 f.; BERETTA (FN 4), Art. 31 N 30; PAUL EITEL, Die Funktion der nach Erbrecht oder Vormundschaftsrecht zuständigen Behörde bei der Nacherbeneinsetzung, in: AJP/PJA 2000, 630 ff., 634 f.; HANS MICHAEL RIEMER, Personenrecht des ZGB, 2. A., Bern 2002, Rz. 125 f.

<sup>14</sup> Vgl. EITEL (FN 13), 635 am Ende, wobei EITEL nicht eine Vertretungs-, sondern eine Verwaltungsbeistandschaft thematisiert.

<sup>15</sup> AS 2011, 725, 748; Botschaft in: BBl 7001, 7073 ff.

<sup>16</sup> Mangels einschlägiger Praxis und Lehre ist derzeit offen, welchem Anknüpfungskriterium der Vorrang zu geben ist.

## F. Praxisbeispiel

Dem vorliegenden Aufsatz liegt folgendes Praxisbeispiel zugrunde: Der Erblasser setzte seinen einzigen Sohn unter Missachtung des Pflichtteils lediglich als Vorerben ein und bestimmte dessen Nachkommen sowie ersatzweise gewisse andere Personen als Nacherben. Zudem enthielt das Testament (mutmasslich<sup>17</sup>) ungültige Anordnungen, welche die Nacherben bzw. Ersatznacherben begünstigen. Der Sohn des Erblassers hatte im Zeitpunkt der Testamentseröffnung weder Nachkommen noch waren solche in Aussicht. Im Hinblick auf die Anfechtung<sup>18</sup> des Testaments wurde deshalb bei der zuständigen<sup>19</sup> Vormundschaftsbehörde<sup>20</sup> ein Gesuch um Anordnung eines Vertretungsbeistandes gestellt. Die Vormundschaftsbehörde trat auf das Gesuch zunächst nicht ein und begründete ihren Beschluss im Wesentlichen wie folgt<sup>21</sup>:

«... Beistandschaften sind Massnahmen des Vormundschaftsrechts für natürliche Personen. Im vorliegenden Fall der Nacherbschaft handelt es sich nicht um eine Person bzw. um ein Kind. Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tod (Art. 31 Abs. 1 ZGB). Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird (Art. 31 Abs. 2 ZGB). Als Kind im Sinne von Art. 31 Abs. 2 ZGB gilt nur der im Mutterleib heranwachsende Nasciturus, was die Nidation der befruchteten Eizelle bedingt. Ein noch nicht einmal gezeugtes Kind fällt nicht unter diesen Begriff. Es ist festzuhalten, dass es sich bei fiktiven Nacherben weder um Personen noch um ein ungeborenes Kind im Sinne von Art. 31 ZGB handelt. Somit fehlt es an der Voraussetzung für eine Beistandschaft, weshalb auf den Antrag nicht eingetreten werden kann.»

Der Entscheid der Vormundschaftsbehörde wurde mit Vormundschaftsbeschwerde gemäss Art. 420 Abs. 2 aZGB<sup>22</sup> an die Aufsichtsbehörde (Bezirksrat) angefochten. Dabei wurde die Verletzung von Bundesrecht (Art. 392 aZGB sowie Art. 519 und 531 ZGB) sowie Rechtsverweigerung

geltend gemacht<sup>23</sup>. Die Vormundschaftsbehörde zog daraufhin ihren Beschluss in Wiedererwägung und gab dem Gesuch doch noch statt. Sie anerkannte im Wiedererwägungsbeschluss, dass – trotz Fehlens einer unmittelbaren gesetzlichen Grundlage – auch für zukünftige Personen (*nondum conceptus*) eine Beistandsbestellung zu erfolgen hat, wenn in einer bestimmten Situation deren Interessen zu wahren sind. Die Beistandschaft wurde allgemein nach Art. 392 aZGB (ohne Nennung einer bestimmten Ziffer) angeordnet und im Wesentlichen wie folgt begründet<sup>24</sup>:

«... Auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen ernennt die Vormundschaftsbehörde einen Beistand, wo das Gesetz es besonders vorsieht (Art. 392 Abs. 1 ZGB). Aus dem Ingress von Art. 392 ZGB geht hervor, dass Ziff. 1 bis 3 keine abschliessende Liste von Tatbeständen der Vertretungsbeistandschaft darstellen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Konstellation, welche im Gesetz nicht explizit erwähnt ist, jedoch einer Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 392 ZGB bedarf.»

## G. Exkurs: Entschädigung des Vertretungsbeistandes

Die Entschädigung des Beistandes erfolgte nach altem Recht analog zur Entschädigung des Vormundes (Art. 417 Abs. 2 aZGB i.V.m. Art. 416 aZGB). Demnach war der Vertretungsbeistand in erster Linie aus dem Vermögen jener Person zu entschädigen, für die der Vertretungsbeistand angeordnet worden war. Verfügte diese Person über kein (oder nur geringfügiges) Vermögen, so war die Entschädigung des Beistandes (vorbehältlich der Verwandtenunterstützung) aus öffentlichen Mitteln (gebundene Gemeindeausgabe) zu entrichten<sup>25</sup>. Daran hat auch das per 1. Januar 2013 in Kraft getretene neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nichts geändert. Vielmehr werden die Kantone nunmehr explizit zur Regelung der Entschädigung und der Spesen des Beistandes verpflichtet, wenn diese nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt werden können (Art. 404 Abs. 3 ZGB)<sup>26</sup>. Nach § 22 Abs. 1 EG KESR trägt im Kanton Zürich die Kosten jene Gemeinde, in der die betroffene Person zivilrechtlichen Wohnsitz hat. Damit ist – wie bei der Zuständigkeitsfrage – auch hier offen, welcher Anknüpfung der

<sup>17</sup> Mutmasslich deshalb, weil das betreffende Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist.

<sup>18</sup> Die Ersatznacherben waren auch miteinzuklagen, zumal diese ersatzweise durch die pflichtteilsverletzende und/oder ungültige Anordnung ebenfalls begünstigt sind.

<sup>19</sup> Die offene Zuständigkeitsfrage (s. vorne Ziff. E am Ende) musste vorliegend nicht beantwortet werden, weil der Erblasser und der Vorerbe, der zugleich der potentielle Zeuger der fiktiven Nacherben ist, ihren Wohnsitz in derselben Gemeinde hatte/hat und somit jede Anknüpfung zur Zuständigkeit derselben Vormundschaftsbehörde führte.

<sup>20</sup> Heute wäre ein solches Gesuch bei der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einzureichen.

<sup>21</sup> Beschluss der Vormundschaftsbehörde Egg/ZH vom 10. Juli 2012 (Geschäft Nr. 82, Protokoll, S. 151).

<sup>22</sup> Die Beschwerde gegen Entscheide der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist neu in Art. 450 ZGB geregelt.

<sup>23</sup> Die Argumentation entsprach mehr oder weniger den Ausführungen in den Ziffern A-E.

<sup>24</sup> Wiedererwägungsbeschluss der Vormundschaftsbehörde Egg/ZH vom 4. September 2012 (Geschäft Nr. 103, Protokoll, S. 181).

<sup>25</sup> Vgl. HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4. A., Bern 2001, Rz. 954; ZVW 1998, 106 ff.

<sup>26</sup> Vgl. AS 2011, 725, 738; Botschaft in: BB1 2006, 7001, 7051.

Vorrang zu geben sein wird (Wohnsitz des Erblassers, des potentiellen Zeugers oder des Vorerben)<sup>27</sup>.

Der Vertretungsbeistand ist zwecks Wahrung der Interessen der (noch) nicht gezeugten Nacherben anzuordnen. Zur Entschädigung des Vertretungsbeistandes müsste demnach in erster Linie auf das Vermögen der Nacherben zurückgegriffen werden. Solange der Nacherbfall nicht eintritt bzw. kein Nacherbe gezeugt wurde, existiert kein Vermögen der Nacherben. Auf den Erbteil des Vorerben kann nicht zurückgegriffen werden, weil dieser nicht Adressat der behördlichen Massnahme ist und dementsprechend der Vertretungsbeistand nicht seiner Interessenswahrung dient. Im Gegenteil: Vor- und Nacherbe haben im Testamentsanfechtungsverfahren verschiedene Partierollen (Kläger/Beklagte) und naturgemäss entgegengesetzte Interessen. Aus den gleichen Gründen kann auch nicht der Nachlass als solcher mit der Entschädigung des Beistandes belastet werden. Angesichts der erwähnten Umstände ist die Entschädigung des Vertretungsbeistandes einstweilen durch die Staatskasse zu entrichten und gegebenenfalls dereinst vom Staat gegenüber den Nacherben (nach Eintritt des Nacherbfalls) geltend zu machen.

## H. Neues Kindes- und Erwachsenen-schutzrecht

Die Vertretungsbeistandschaft wurde mit Inkrafttreten (1. Januar 2013) des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts neu in Art. 394 ZGB geregelt<sup>28</sup>. Die Vertretungsbeistandschaft folgt dabei weiterhin dem «Bedarfsprinzip»<sup>29</sup>. Im vorliegenden Kontext ist deshalb neu Art. 394 ZGB extensiv auszulegen<sup>30</sup>. Leider hat es der Gesetzgeber versäumt, die Beistandschaft für den *nondum conceptus* im Zuge des revidierten Vormundschaftsrechts spezialgesetzlich im Erbrecht zu regeln. Demgegenüber wurde die Beistandschaft für den im Sinne von Art. 544 ZGB erbfähigen *nasciturus* neu spezialgesetzlich geregelt (Art. 544 Abs. 1<sup>bis</sup> nZGB)<sup>31</sup>. Danach errichtet die Kindes-schutzbehörde dem mit einer Erbschaft bedachten ungeborenen Kind eine Beistandschaft, wenn es die Wahrung seiner Interessen erfordert<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Vgl. vorne Ziff. E am Ende.

<sup>28</sup> Vgl. AS 2011, 725, 735.

<sup>29</sup> Vgl. Botschaft in: BBl 2006, 7001, 7016, 7045 ff.

<sup>30</sup> Zur extensiven Auslegung der die Vertretungsbeistandschaft betreffenden Gesetzesbestimmung vgl. ausführlich vorne Ziff. E.

<sup>31</sup> Vgl. AS 2011, 725, 765.

<sup>32</sup> Vgl. Botschaft in: BBl 2006, 7001, 7016, 7106. Die Beistandschaft des *nasciturus* wurde nach altem Recht durch Art. 393 Ziff. 3 aZGB abgedeckt, wonach ein Verwaltungsbeistand zu errichten

war, wenn einem Vermögen die nötige Verwaltung fehlte, namentlich zur Wahrung der Interessen des Kindes vor der Geburt.