

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 179

**Christine Schmid-Bucher**

# **Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest**

Schulthess § 2024

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Literaturverzeichnis.....	XXI
Materialien.....	XXXI

Einleitung.....	1
-----------------	---

## **Allgemeiner Teil..... 5**

<b>I. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung im Überblick.....</b>	<b>7</b>
1. Das Universalfideikommiss nach römischem Recht.....	7
2. Die fideikommissarische Substitution nach den naturrechtlichen Kodifikationen (ALR, ABGB und CC).....	14
2.1 Allgemeines Landrecht (ALR).....	15
2.2 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesam[m]ten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB).....	18
2.3 Französischer Code civil (CC).....	19
3. Die fideikommissarische Substitution im Lichte der schweizerischen Gesetzgebung.....	21
<b>II. Einleitende Begriffs- und Wesenserläuterung der Vor- und Nacherbschaft.....</b>	<b>23</b>
1. Hauptelemente der Nacherbeneinsetzung.....	24
2. Das bedingte Recht des Vor- und Nacherben im Besonderen.....	27
2.1 Bedingung oder Befristung.....	27
2.2 Anwendung der obligationenrechtlichen Regelungen?.....	29
a Allgemein.....	29
b Die analoge Anwendung von Art. 152 OR auf Verfügungshandlungen des Vorerben.....	30
<b>III. Allgemeine Schranken der Nacherbeneinsetzung.....</b>	<b>33</b>
1. Erbrechtliche Beschränkung (Pflichtteil).....	33

1.1	Der Pflichtteil im Allgemeinen und im Hinblick auf die Nacherbeneinsetzung im Besonderen .....	33
1.2	Rechtsfolge der Verletzung von Art. 531 ZGB .....	34
2.	Personelle Beschränkung.....	37
2.1	Problemstellung: Umfang von Art. 488 Abs. 2 ZGB .....	37
2.2	Erlaubte mehrfache Nacherbeneinsetzungen .....	41
a	Mehrere nondum concepti.....	41
b	Gegenseitige Substitution von Mitvorerben.....	41
c	Mehrfache Nacherbeneinsetzungen auf den Überrest? .....	42
2.3	Rechtsfolge der Verletzung von Art. 488 Abs. 2 ZGB .....	43
a	Ungültigkeit (Anfechtbarkeit) oder Nichtigkeit? .....	44
b	Teilnichtigkeit oder Konversion .....	46
	<b>Besonderer Teil.....</b>	<b>49</b>
<b>I.</b>	<b>Die Motive des Erblassers – Fallgruppen .....</b>	<b>51</b>
1.	Im Allgemeinen.....	51
2.	Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest im Besonderen .....	54
<b>II.</b>	<b>Anordnung der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest .....</b>	<b>57</b>
1.	Formelle Begründung .....	57
1.1	Allgemein.....	57
1.2	Ausgestaltungsmöglichkeiten im Besonderen .....	58
2.	Materielle Begründung .....	60
2.1	Allgemein.....	60
2.2	Ausgestaltungsmöglichkeiten im Besonderen .....	61
2.3	Effektive und konstruktive Nacherbeneinsetzung.....	63
a	Effektive Nacherbeneinsetzung.....	63
b	Konstruktive Nacherbeneinsetzung.....	64
2.4	Statuierung der Befreiung von der Sicherstellungspflicht?.....	68
3.	Die Einsetzung des nondum conceptus.....	70
3.1	Der nondum conceptus im Allgemeinen .....	70
a	Funktion des nondum conceptus .....	70
b	Personen des nondum conceptus.....	72
c	Anfall der Erbschaft und Auslieferungszeitpunkt .....	73

d	Die Vertretung des nondum conceptus im Allgemeinen .....	73
i)	Vorbemerkung.....	73
ii)	Beistand oder Erbschaftsverwaltung?.....	74
iii)	Die hier vertretene Ansicht .....	77
3.2	Der nondum conceptus als Nacherbe auf den Überrest .....	77
a	Bemerkung .....	77
b	Anfall der Erbschaft und Auslieferungszeitpunkt .....	78
c	Die Vertretung des nondum conceptus .....	78
<b>III.</b>	<b>Auslegungs- und Abgrenzungsfragen .....</b>	<b>80</b>
1.	Auslegungsfragen .....	80
1.1	Auslegung bei Testamenten.....	81
1.2	Auslegung bei Erbverträgen.....	83
a	Auslegungsprinzip bei Erbverträgen .....	83
b	Die Problematik der Abgrenzung zur doppelten Erbeinsetzung .....	83
1.3	Beispiele aus der Praxis.....	87
a	BGE 95 II 519 .....	88
b	BGE 131 III 106 .....	92
c	ASA 27 (1958/59), Nr. 30, S. 187 ff.....	95
d	ZR 14 (1915), Nr. 123, S. 228 f.....	95
2.	Abgrenzungen zu anderen Rechtsinstituten .....	96
2.1	Gewöhnliche Erbeinsetzung.....	97
2.2	Ersatzverfügung (Vulgarsubstitution) .....	99
2.3	Vor- und Nachvermächtnis.....	102
2.4	Nutzniessung .....	104
<b>IV.</b>	<b>Das Verfügungsrecht des Vorerben und dessen Schranken .....</b>	<b>107</b>
1.	Einführung – Die Rechtsstellung des Vorerben .....	107
1.1	Die Stellung des Vorerben im Allgemeinen .....	107
1.2	Die Stellung des Vorerben bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest....	110
2.	Der Beizug des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).....	111
2.1	Das BGB als Auslegungshilfe.....	111
2.2	Rechtsgeschichtliche Einleitung .....	111
2.3	Die Vor- und Nacherbfolge im Allgemeinen.....	113
2.4	Die befreite Vorerbschaft im Besonderen.....	114

3.	Das Hauptmerkmal der fehlenden Sicherstellung.....	116
3.1	Fehlende Sicherstellung im Allgemeinen.....	116
3.2	Art. 489 Abs. 2 ZGB als Ausnahmeregelung.....	120
4.	Die Nutzniessungsnormen als Massstab für das Verfügungsrecht? .....	123
4.1	Übersicht über die verschiedenen Massstäbe.....	123
4.2	Verfügung nach Massgabe des Nutzniessungsrechts? .....	124
	a) Gebrauch, Nutzung und Verwaltung .....	125
	b) Aufsicht, Sicherstellung und Inventarpflicht.....	127
	c) Kosten und Lasten .....	128
	d) Recht des Vorerben auf Ersatzleistung .....	130
	e) Haftung des Vorerben .....	132
	f) Fazit .....	133
5.	Art. 2 ZGB als allgemeiner Beurteilungsmassstab für die Rechtmässigkeit von Verfügungen.....	134
5.1	Art. 2 ZGB als allgemeine Schranke.....	134
	a) Einleitende Bemerkungen .....	134
	b) Der Sorgfaltsmassstab des «befreiten» Vorerben .....	136
	i) Das Verbrauchsrecht des «befreiten» Vorerben .....	137
	ii) Verwaltungspflicht des «befreiten» Vorerben? .....	140
5.2	Verbotene Verfügungen in concreto als Schranken der Verfügungsbefugnis.....	147
	a) Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots.....	147
	b) Verfügungen von Todes wegen.....	148
	c) Unentgeltliche Verfügungen.....	150
	d) Verminderung der Erbschaftswerte .....	154
	i) Allgemein .....	154
	ii) Der kontroverse Fall der Verschwendung im Besonderen .....	156
	e) Äufnung des privaten Vermögens.....	161
	f) Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben.....	164
5.3	Das persönliche Vermögen des Vorerben als Massstab für das Verfügungsrecht?.....	164
	a) Die Massregel des proportionalen Verbrauchs? .....	164
	b) Die Massregel des «Vorverbrauchs» der Früchte? .....	168
	c) Die Massregel des «freien» Verbrauchs .....	168
5.4	Rechtsfolgen pflichtwidriger Verfügungen (Überschreitung der Verfügungsbefugnis) .....	172

a	Der Grundsatz «nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet» .....	172
i)	Bestehenbleiben von Verfügungen .....	172
ii)	Schutz des guten Glaubens .....	174
iii)	Kontroverse Anschauung von PIOTET .....	177
b	Rechtsfolgen in concreto .....	179
i)	Vindikation der Erbschaftssache .....	180
ii)	Forderung nach Schadenersatz .....	182
iii)	Anordnung der Erbschaftsverwaltung .....	185
c	Die Haftungsgrundlage für Schadenersatzforderungen im Besonderen .....	185
i)	Haftung analog einem Nutzniesser (Art. 752 ZGB)? .....	186
ii)	Haftung analog einem Geschäftsführer ohne Auftrag (Art. 420 OR)? .....	187
iii)	Vertragliche Haftung? .....	189
iv)	Ausservertragliche Haftung nach Art. 41 OR? .....	191
6.	Die Sicherungsmassnahmen als klassische Schranken .....	195
6.1	Das Inventar nach Art. 490 Abs. 1 ZGB .....	195
6.2	Die Erbschaftsverwaltung nach Art. 490 Abs. 3 ZGB .....	201
a	Allgemein .....	201
b	Der Tatbestand der Gefährdung .....	201
c	Anordnung der Erbschaftsverwaltung .....	203
d	Wirkung der Erbschaftsverwaltung .....	206
7.	Institutsinhärente Schranken .....	209
7.1	Die Anwartschaft des Nacherben .....	209
a	Die Anwartschaft des Nacherben im Allgemeinen .....	209
i)	Einführung .....	210
ii)	Rechtsgeschichtlicher Rückblick und Vergleich zum deutschen BGB im Besonderen .....	211
b	Die Tragweite der Anwartschaft .....	214
i)	Die Anwartschaft des Nacherben als dingliches Recht? .....	215
ii)	Die Anwartschaft des Nacherben als subjektives Recht? .....	216
iii)	Die Frage der Übertragbarkeit .....	218
iv)	Die Frage der Vererbbarkeit .....	223
v)	Fazit und Würdigung .....	225
7.2	Die Auslieferungspflicht des Vorerben .....	227

a	Die Pflicht zur Herausgabe im Allgemeinen .....	227
b	Der Zeitpunkt der Auslieferung im Allgemeinen .....	229
c	Der Zeitpunkt der Auslieferung beim nondum conceptus.....	230
i)	Der Erbanfall beim konstruktiv eingesetzten Vorerben.....	231
ii)	Der Erbanfall beim effektiv eingesetzten Vorerben.....	232
iii)	Der Auslieferungszeitpunkt beim nondum conceptus .....	234
iv)	Der Auslieferungszeitpunkt bei mehreren nondum concepti.....	235
d	Umfang der Auslieferungspflicht .....	238
i)	Auslieferung in natura .....	239
ii)	Prinzip der dinglichen Surrogation.....	241
a.	Wesen der Surrogation im Allgemeinen .....	241
b.	Umfang und Erstreckung der Surrogation .....	245
c.	Kontroverse Anschauung von PIOTET .....	247
d.	Die Surrogation als zwingendes Prinzip? .....	248
e.	Beweispflicht für Surrogate .....	250
f.	These: Surrogate als Auslegungshilfe?.....	251
e	Die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Herausgabepflicht.....	253

7.3	Fazit.....	253
-----	------------	-----

8.	Weitere Möglichkeiten der Verfügungsbeschränkungen?.....	255
----	--	-----

8.1	Informations-, Kontroll- oder Interventionsrechte des Nacherben?.....	255
-----	---	-----

a	Anspruch aus dem Institut der Nacherbeneinsetzung?.....	255
b	Anspruch aus dem Institut der Nutznießung? .....	259
c	Anspruch aus dem Eröffnungsverfahren? .....	259
d	Fazit und Würdigung.....	261

8.2	Willensvollstreckung.....	264
-----	---------------------------	-----

9.	Zusammenfassung und Würdigung – Das Verfügungsrecht des «befreiten» Vorerben .....	268
----	---	-----

**V. Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest im Lichte des  
Zwangsvollstreckungsverfahrens .....** 274

1.	Einleitung: Die Situation des überschuldeten Vorerben.....	275
----	--	-----

2.	Die Anwartschaft des Nacherben im Lichte des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts .....	276
----	--	-----

2.1	Die Frage der Pfändbarkeit des Vorerbschaftsvermögens.....	276
-----	--	-----

a	Vorbemerkungen.....	276
---	---------------------	-----

b	Pfändbarkeit des Vorerbschaftsvermögens.....	277
---	--	-----

2.2	Exkurs: Pfändbarkeit der Nacherbenanwartschaft? .....	279
3.	Die Betreuung des Vorerben auf Pfändung oder Konkurs.....	281
3.1	Das Widerspruchsverfahren .....	281
3.2	Das Verwertungsverfahren .....	282
a	Der Grundsatz «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet» .....	282
b	Die Verwertbarkeit bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung und der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest.....	284
i)	Gewöhnliche Nacherbeneinsetzung.....	284
ii)	Nacherbeneinsetzung auf den Überrest .....	286
c	Das Verwertungsverfahren in concreto.....	287
4.	Schutz der Anwartschaft des Nacherben im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren?.....	291
4.1	Schutz der Anwartschaft im deutschen Recht.....	291
4.2	Schutz der Anwartschaft durch Anordnung der Erbschaftsverwaltung?.....	293
4.3	Schutz der Anwartschaft durch Ausschlagung oder amtliche Liquidation?... ..	296
a	Schutz durch Ausschlagung?.....	296
b	Schutz durch amtliche Liquidation?.....	297
4.4	Exkurs: Schadenersatzansprüche des Nacherben im Zwangsvollstreckungsverfahren im Allgemeinen .....	300
5.	Fazit und Würdigung .....	301
<b>VI.</b>	<b>Der Nacherbe auf den Überrest nach Eintritt des Nacherbfalls .....</b>	<b>303</b>
1.	Annahme der Erbschaft und Folgen des Erwerbs.....	304
2.	Ausschlagung.....	307
<b>VII.</b>	<b>Die besondere Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB.....</b>	<b>309</b>
1.	Überblick – Hintergrund und ratio legis.....	309
2.	Voraussetzungen von Art. 492a ZGB .....	310
2.1	Vorerbe ist Nachkomme des Erblassers .....	311
2.2	Dauerhafte Urteilsunfähigkeit des Vorerben .....	312
a	Urteilsunfähigkeit (bzw. Testier- oder Erbvertragsunfähigkeit).....	313
b	Dauerhaftigkeit.....	314
i)	Im Allgemeinen und bezüglich Art. 492a ZGB in concreto .....	314
ii)	Zeitpunkt des Vorliegens der Urteilsunfähigkeit .....	316
2.3	Vorerbe ohne Ehegatten und Nachkommen .....	319

2.4	Fehlen einer bestehenden (rechtsgültigen) letztwilligen Verfügung .....	322
2.5	Einsetzung des Nacherben auf den Überrest.....	324
3.	Zeitpunkt des Vorliegens der Voraussetzungen.....	327
3.1	Zeitpunkt des Fehlens von Ehegatten und Nachkommen .....	327
3.2	Zeitpunkt des Vorliegens der Urteilsunfähigkeit.....	329
3.3	Zeitpunkt des Vorliegens des eingesetzten Nachkommen.....	331
3.4	Zeitpunkt des Fehlens einer Verfügung von Todes wegen.....	331
4.	Rechtsfolge(n) bei Nichterfüllung einer oder mehrerer Voraussetzungen .....	332
4.1	Fehlende (dauerhafte) Urteilsunfähigkeit des Vorerben.....	332
4.2	Vorerbe hinterlässt Nachkommen oder einen Ehegatten (resp. eingetragenen Partner).....	336
4.3	Vorerbe ist kein Nachkomme des Erblassers .....	338
4.4	Vorerbe hat eine rechtsgültige letztwillige Verfügung hinterlassen .....	338
4.5	Keine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest .....	339
4.6	Fazit Rechtsfolgen.....	340
5.	Intertemporalrechtliche Aspekte.....	341
6.	Persönliche Stellungnahme.....	341
	Fazit und Gesamtwürdigung.....	343