LÖSUNGSVORSCHLAG (mit weitergehenden Erläuterungen) ZUR PROBEKLAUSUR IM PRIVATRECHT II VOM 5. NOVEMBER 2004 (PROF. P. BREITSCHMID)

1. Teil

Frage 1 (max. 21 Punkte)

Es ist den Erben zu raten, eine Leistungsklage auf Schadenersatz gegen die beiden Willensvollstrecker sowie gegen Walter Klein anhängig zu machen. Zwischen der Erbengemeinschaft und den Willensvollstreckern besteht ein mandatsähnliches Verhältnis. Es ist also das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) analog beizuziehen. Die Willensvollstrecker Stein und Faber haften je aus Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR (Art. 398 Abs. 1 OR definiert lediglich den Massstab der Sorgfalt) analog *(pro memoria: Stein haftet zusätzlich auch aus Art. 754 OR)*. Da die Haftungsvoraussetzungen gegeben sind (Schaden, Kausalzusammenhang, positive Vertragsverletzung, Verschulden) wird eine Klage wohl Erfolg haben. Allenfalls Schwierigkeiten dürfte der Beweis der genauen Höhe des Schadens bereiten.

Gegen Walter Klein haben die Erben auf den ersten Blick keine Anspruchsgrundlage *(abgesehen von Art. 754 OR)*, da zwischen Klein und der Erbengemeinschaft kein Vertragsverhältnis besteht. Art. 41 Abs. 1 OR greift deswegen nicht Platz, weil das Vermögen kein absolut geschütztes Rechtsgut ist und vorliegend keine Schutznorm besteht. Allerdings ist zu beachten, dass zwischen dem Willensvollstrecker Stein und Walter Klein wiederum ein Auftragsverhältnis vorliegt. Klein haftet seinerseits dem Willensvollstrecker Stein aus Vertrag (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR) und der Willensvollstrecker ist den Erben gegenüber verpflichtet, alle Ansprüche geltend zu machen. Art. 399 Abs. 3 OR sieht nun vor, dass der Auftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Substituten zustehen, direkt gegen diesen geltend machen kann. Die auftragsrechtliche Substitution hat somit ähnliche Wirkungen wie ein Vertrag zugunsten Dritter. Der Beauftragte und der eingeschaltete Substitut haften dem Auftraggeber dabei solidarisch. Vorliegend kommt daher ein Direktanspruch der Erben gegen Klein gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR in Frage. Die Erben machen dabei denjenigen Anspruch gegen Klein geltend, welcher Stein diesem gegenüber zusteht. Klein haftet solidarisch mit Stein.

Bezüglich der Einsetzung von Walter Klein als Geschäftsführer der Lopez Sport AG durch Hugo Stein stellt sich die Frage, ob es sich dabei um erlaubte oder unerlaubte Substitution im Sinne von Art. 399 OR handelt.

Der Willensvollstrecker hat seine Aufgabe grundsätzlich persönlich zu erfüllen. Er ist jedoch zur Substitution befugt, wenn objektive Gründe (ungenügende Fachkenntnis / sinnvolle Entlastung) dies nahe legen (vgl. Art. 398 Abs. 3 OR analog), wie hier angenommen werden kann.

Stein war also zur Übertragung befugt (Art. 399 Abs. 2 OR; vgl. auch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR), so dass er „nur“ für cura in eligendo vel instruendo haftet, wobei die zulässige Delegation nichts an der Pflicht zur Überwachung ändert . Da die gehörige Sorgfalt bei der Wahl des Geschäftsführers in casu wohl nicht gegeben ist (vgl. „gelegentliche intellektuelle Aussetzer“ von Klein), sind die Handlungen bzw. Verfehlungen von Klein im Aussenverhältnis dem Willensvollstrecker Stein zuzurechnen.

Gegenüber der Erbengemeinschaft haftet wie gesagt also Walter Klein (aus Art. 399 Abs. 3 OR), ebenso wie die beiden Willensvollstrecker Stein und Faber. Zwischen den drei Haftpflichtigen besteht unechte Solidarität (Art. 99 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 51 OR), da kein Zusammenwirken der Schädiger vorliegt bzw. die Haftpflichtigen aus verschiedenen Verträgen haften. Zu beachten ist, dass Stein im Innenverhältnis auf Klein Rückgriff nehmen kann. Diesen (Klein) trifft allenfalls auch ein Übernahmeverschulden bezüglich der Übernahme der Geschäftsführung der Lopez Sport AG. Ebenso könnte man beim Willensvollstrecker Faber ein Übernahmeverschulden bejahen, da er trotz Arbeitsüberlastung das Amt als Willensvollstrecker auf sich genommen hat. Art. 51 Abs. 1 OR verweist auf Art. 50 OR. Dessen Abs. 2 besagt, dass nach richterlichem Ermessen (ZGB 4) bestimmt wird, ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben.

Der Willensvollstrecker unterliegt zusätzlich der Behördenaufsicht. Ihn trifft somit nicht nur eine zivilrechtliche, sondern auch eine disziplinarische Verantwortlichkeit. Die Erben sind befugt, diese mittels Beschwerde an die Aufsichtsbehörde geltend zu machen (Art. 518 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 595 Abs. 3 ZGB). Vorliegend drängen sich disziplinarische Massnahmen insbesondere gegen den noch amtierenden Willensvollstrecker Faber auf. Eine Absetzung eines Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde ist nur im Sinne einer ultima ratio bei grober Pflichtverletzung oder Unmöglichkeit gehöriger Erfüllung zulässig (wobei ein Verschulden des Willensvollstreckers nicht verlangt wird). Ob die Schwere der Pflichtverletzung von Faber vorliegend eine solche rechtfertigt, ist fraglich. In Betracht dürften auch weniger einschneidende Massnahmen kommen, namentlich Weisungen für das weitere Vorgehen.
Beide Rechtsbehelfe - die zivilrechtliche und die disziplinarische Verantwortlichkeit - können kumulativ geltend gemacht werden.

Frage 2 (max. 9 Punkte)

Mit dem Tod des Erblassers gehen auch dessen Verpflichtungen auf die Erben über. Diese werden für die Schulden des Erblassers solidarisch haftbar (Art. 603 Abs. 1 ZGB). Der Willensvollstrecker kann also den Gesamtbetrag von CHF 50'000.-- von nur einem der Erben verlangen. Dies allerdings wäre eher theoretischer Natur, da es sich nicht mit seiner willensvollstreckerlichen Pflicht verträgt, zur (schlanken) Nachlass-Abwicklung beizutragen, und würde als Erbenungleichbehandlung aufsichtsrechtlich beanstandet.

Da für die Rückzahlung des Darlehens kein Rückzahlungstermin vereinbart wurde, ist es innerhalb von sechs Wochen seit der ersten Aufforderung zurückzubezahlen (Art. 318 OR). Zu beachten ist, dass ein Drittpfandverhältnis vorliegt (Art. 824 Abs. 2 ZGB), da das Eigentum am Pfandgegenstand der Lopez Sport AG zusteht.

Zu den Aufgaben eines Willensvollstreckers gehört u.a., dass er die Schulden des Erblassers zu bezahlen hat (Art. 518 Abs. 2 ZGB). Stein hat als Willensvollstrecker die Verfügungsmacht über den Nachlass, so dass ein Interessenkonflikt nicht auszuschliessen ist, da er es „sich selbst“ zurückzahlen muss. Beispielsweise läge bei einer allfälligen Rückzahlung des Darlehens vor Ablauf der 6-wöchigen Frist nach Art. 318 OR eine unrechtmässige Gläubigerbevorzugung vor.

Das Thema Verrechnung (Art. 120 ff. OR) ist zu prüfen. Die Erben haben einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Willensvollstrecker Stein. Diesem wiederum steht eine Darlehensforderung gegenüber den Erben zu.

Eine Verrechnung kann erfolgen, wenn erstens die folgenden positiven Voraussetzungen gegeben sind: Existenz zweier Forderungen, Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit (der Verrechnungsforderung) und Klagbarkeit (der Verrechnungsforderung) (vgl. Art. 120 OR). Die Verrechnungsforderung (auch Gegenforderung genannt) ist diejenige Forderung, welche der Verrechnende (Kompensant) opfert, um die gegen ihn bestehende Forderung (Hauptforderung) des Verrechnungsgegners (Kompensat) zu tilgen. Vorliegend sind die positiven Voraussetzungen für eine Verrechnung erfüllt.
Die Verrechnung ist sodann nur zulässig, wenn kein gesetzliches Verrechnungsverbot besteht (vgl. Art. 125 OR) und die Verrechnung nicht vertraglich ausgeschlossen worden ist (Art. 126 OR). Es liegen die negativen Voraussetzungen für eine Verrechnung ebenfalls vor. Der auf Schadenersatz belangte Stein kann somit seine Forderung aus Darlehen zur Verrechnung bringen (was er mittels entsprechender Verrechnungserklärung (Art. 124 Abs. 1 OR) geltend zu machen hat).

Frage 3 (max. 21 Punkte)

Zunächst gilt es, den folgenden im Sachverhalt enthaltenen Satz auszulegen: „Die von Alberto Lopez gehaltenen Aktien sollen seiner Ehefrau Sabrina übertragen und nach ihrem Ableben gleichmässig auf die Söhne verteilt werden."

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Wille des Erblassers unabhängig vom juristisch technischen Wortlaut zu ermitteln ist. In Frage kommen Vor-/Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ff. ZGB), Nutzniessung (Art. 473 ZGB), Auflage (Art. 482 ZGB) sowie allenfalls blosse Teilungsvorschrift (Art. 608 ZGB). Hier kommt eine Vor-/Nacherbeneinsetzung zum Tragen. Die Zuweisungen an die vom Erblasser bedachten Personen sind also zeitlich gestaffelt. Beide Bedachten sind Erben desselben Erblassers, der Nacherbe ist also nicht Erbe des Vorerben.

Mögliche Begründung, weshalb die testamentarische Bestimmung als Vor-/Nacherbeneinsetzung in Bezug auf diese Aktien (Art. 488 ff. ZGB) zu qualifizieren ist: Bei Annahme einer blossen Auflage zu Lasten der Ehefrau (bzw. ihres Nachlasses) zur Übertragung der Aktien auf die Söhne (Art. 482 ZGB) würde kein automatischer Eigentumserwerb durch die Söhne im Zeitpunkt des Todes der Ehefrau erfolgen. Den Auflagebegünstigten stünde jedoch auch keine Forderung im rechtstechnischen Sinne zu. Sie haben grundsätzlich auch keinen Schadenersatzanspruch bei Nichterfüllung der Auflage. Vorliegend ist deshalb davon auszugehen, dass der Erblasser seinen Söhnen eine stärkere Position als diejenige von blossen Auflagenbegünstigen verschaffen wollte (hypothetischer Erblasserwille). Die testamentarische Bestimmung deutet auf keine Beschränkung der Befugnisse der Ehefrau hin, so dass die Qualifizierung als Einräumung einer blossen Nutzniessung an die Ehefrau unwahrscheinlich erscheint. Es ist daher anzunehmen, dass eine Vor- und Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ff. ZGB) vorliegt.

Mit der Verpflichtung zur Weitergabe ist die Stellung des Vorberechtigten nicht mehr diejenige eines Volleigentümers. Er hat das Erbgut zu schonen und zu erhalten. Seine Position kommt derjenigen eines Nutzniessers nahe. Von der Nutzniessung unterscheidet sich die Nachverfügung dadurch, dass der Vorerbe zwar Eigentümer wird (vgl. Art. 491 Abs. 2 ZGB), wenn auch belastet bzw. resolutiv bedingt mit der Pflicht zur Auslieferung gegenüber den Nachberufenen. Der Nutzniesser ist dagegen Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts (anders bei Nutzniessung an verbrauchbaren und geschätzten Sachen, Art. 772 ZGB) und kann über die Nutzniessungsgegenstände nur im Rahmen der Verwaltung und der Nutzung verfügen (zum Ganzen, BSK ZGB II-BESSENICH, vor Art. 488-492 N 2). Anders als der

Vorerbe haftet der Nutzniesser nicht für die Schulden des Erblassers. Der Nachlass bleibt beim Vorerben ein Sondervermögen; es gilt darum das Prinzip der Surrogation für Ersatzobjekte.

a) Es stellt sich die Frage, ob Sabrina berechtigt war, die von ihr gehaltenen Aktien an einen Dritten zu veräussern. An sich ist Sabrina verpflichtet, diejenigen Verfügungen zu unterlassen, welche die Dispositionen des Erblassers unterlaufen. Mit der Veräusserung macht sie die gleichmässige Verteilung der Aktien an ihre Söhne, wie es dem Willen von Alberto entsprach, unmöglich. Sie hat - wie bereits oben erwähnt - nicht die Stellung einer Volleigentümerin, sondern hält die Aktien quasi fiduziarisch, was bedeutet, dass sie diese in ihrer Substanz zu erhalten hat und nicht veräussern darf (Art. 491 Abs. 2 ZGB). Wie auch der Treuhänder kann Sabrina jedoch mehr als sie darf. Es ist davon auszugehen, dass das Rechtsgeschäft mit dem Dritten gültig zustande gekommen ist. Denn die vorgenommenen Verfügungen des Vorberechtigten werden mit Eintritt des Nachfolgefalles nicht hinfällig. Die Verfügungsmacht der Vorberufenen ist aber nicht völlig uneingeschränkt. Ihre Rechtsausübung muss den Grundsätzen von Art. 2 ZGB folgen, andernfalls den Nachberufenen Schadenersatzansprüche gegenüber der Mutter zustehen. Der Schutz der Rechte der Nachberufenen vor rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung durch die Vorberufene besteht in der Anordnung der Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 490 Abs. 3 ZGB, wobei - falls der Erblasser einen Willensvollstrecker bezeichnet hat - diesem die Verwaltung zu übergeben ist (Art. 554 Abs. 2 ZGB). Und nach Art. 490 Abs. 1 hat die zuständige Behörde in allen Fällen der Nacherbeneinsetzung die Aufnahme eines Inventars zwingend anzuordnen (Sicherungsmassnahme).
Einen weiteren Schutz für die Nacherben gewährt Art. 490 Abs. 2 ZGB, welcher vorsieht, dass die Auslieferung der Erbschaft an den Vorerben nur gegen Sicherstellung erfolgt, sofern der Erblasser den Vorerben nicht ausdrücklich von dieser Pflicht befreit hat. In casu liegt kein derartiger Dispens des Erblassers vor. Eine entsprechende Sicherheitsleistung musste folglich erbracht worden sein, auf welche die Nacherben nötigenfalls greifen können.

Die beiden Söhne haben aufgrund des Prinzips der Surrogation für Ersatzobjekte jedoch Anspruch auf eine wertmässige Abfindung in der Höhe des Veräusserungserlöses. Denn Objekte und Werte, die an die Stelle bisheriger Objekte und Werte treten, gehören zur selben Masse. Der Nachverfügung sind also ganz allgemein der Veräusserungserlös, allfällige Schadenersatz-, Enteignungs- oder Versicherungszahlungen oder die mit den Mitteln des Erblassers erworbenen Gegenstände unterworfen (BSK ZGB II-BESSENICH, Art. 491 N 8). Die Realerfüllung in natura ist durch den Verkauf von Sabrina ja nicht mehr möglich. Fraglich ist, ob für die wertmässige Surrogation der erzielte Verkaufspreis angesehen werden kann oder der Wert der Aktien im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalles (=Erbgang von Sabrina Lopez; Art. 489 Abs. 1 ZGB). M.E. ist der höhere Wert massgebend.
Es gilt - wie erwähnt - das Prinzip der **dinglichen** Surrogation. Einzig bei verbrauchbaren Sachen kommt es zu einem wertmässigen Ausgleich. Vorliegend tritt aufgrund der dinglichen Surrogation der Veräusserungserlös an die Stelle der ursprünglichen Aktien.

Die Bedingtheit der Rechtsstellung der Vorberufenen bringt mit sich, dass sie unter dem Vorbehalt des Gutglaubensschutzes Dritter nicht mehr Rechte übertragen kann, als ihr selber zustehen. Mit dem Eintritt des Nachfolgefalles können die Nachberufenen (unter dem Vorbehalt des Gutglaubensschutzes der Dritten) die Auslieferung der Gegenstände verlangen. Bei Verfügungen über Mobilien (Aktien als bewegliche Sachen) gilt der sachenrechtliche Gutglaubensschutz der Dritten (Art. 933, 935 ZGB). Nur wenn der Erwerber bösgläubig war, können die Nachberufenen ihre Rechte durchsetzen (Art. 936). Im vorliegenden Sachverhalt wird über die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Dritten nichts erwähnt.

Es sollte jedoch ein Hinweis darauf erfolgen, dass der gute Glaube des Dritten zu vermuten ist (Art. 3 ZGB). (Bei Inhaberaktien ist Art. 935 ZGB die einschlägige Bestimmung, bei Namenaktien [welche wertpapierrechtlich Orderpapiere darstellen und einen erhöhten Verkehrsschutz geniessen] Art. 1152 i.V.m. Art. 1006 OR, was allerdings nicht Prüfungsstoff ist.)

Die Vorberufene Sabrina haftet den Nachberufenen Alex und Fritz in analoger Anwendung der Regeln der Nutzniessung, wenn und soweit die Rechte der Nachberufenen nicht erfüllt werden. Die Vorberufene haftet damit dafür, dass sie ihre bedingten Rechte gemäss den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft wahrnimmt und nichts vorkehrt, was die Anwartschaft der Nachberufenen beeinträchtigt (BSK ZGB II-BESSENICH, Art. 491 N 8). Sie haftet für jeden Schaden, der nicht ohne ihr Verschulden eingetreten ist (Art. 752 Abs. 1 ZGB analog), wobei ein Verschulden gesetzlich vermutet wird und sich Sabrina exkulpieren muss. Zu berücksichtigen ist, dass Sabrina angesichts der sinkenden Aktienkurse ökonomisch etwas Sinnvolles getan hat. Wertmässig sind die beiden Kinder unter Umständen besser gestellt, als wenn sie die Aktien nicht veräussert hätte. Diesen ist vorliegend gar kein Schaden entstanden. Im Sinne eines „Rechtfertigungsgrundes“ als Exkulpationsgrund im Sinne von Art. 752 Abs. 1 ZGB könnte man sich überlegen, ob die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag allenfalls beizuziehen sind (vgl. Art. 419 ff. OR). Auf jeden Fall haben Alex und Fritz aufgrund der dinglichen Surrogation Anspruch auf die Herausgabe des Erlöses im Zeitpunkt des Nacherbenfalles.

Möglich wäre auch eine direkte Argumentation auf der Stufe Pflichtverletzung (und nicht „Rechtfertigung“ und/oder „Verschulden“). Da der Vorerbe seine (bedingten) Rechte, wie oben festgehalten, nach den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft wahrzunehmen hat, fehlt es vorliegend an einer Pflichtverletzung von Sabrina, sofern man im Zeitpunkt des Verkaufs davon ausgehen musste, dass die Werte der Aktien noch weiter sinken werden. Diesfalls hat sie durch die Veräusserung einen weiteren Wertverlust verhindert, was den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft entsprechen dürfte.

Zu beachten ist ferner, dass eine Vor-/Nacherbeneinsetzung zu keiner Pflichtteilsverletzung führen darf, ansonsten sie der Herabsetzungsklage (Art. 522 ZGB) unterliegt. Der Pflichtteil von Sabrina beträgt ½ ihres gesetzlichen Erbteils (letzterer beträgt ½ des Nachlasses, Art. 462 Ziff. 1, Art. 471 Ziff. 3 ZGB), die Pflichtteile für die Söhne je ¾ ihres gesetzlichen Erbteils (letztere betragen je ¼ des Nachlasses, Art. 457 Abs. 1 und 2, Art. 462 Ziff. 1, Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Im Umfang ihres Pflichtteils ist eine Nacherbeinsetzung zu Lasten von Sabrina nicht zulässig (Art. 531 ZGB). Auch die Söhne brauchen sich im Rahmen ihrer Pflichtteile nicht mit einer blossen Stellung als Nacherben abzufinden, da der Pflichtteilsschutz einen Anspruch auf (unmittelbare) Erbenstellung beim Tod des Erblassers begründet. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts lässt sich nicht ermitteln, ob Pflichtteile verletzt worden sind. Ein Hinweis auf diese Problematik sollte jedoch erfolgen.

b) Verfügungen von Todes wegen der Vorberufenen über die Gegenstände der Vorerbschaft sind nur insoweit rechtsbeständig, als diese die Rechte der Nachberufenen nicht schmälern. Soweit eine Verfügung von Todes wegen die Rechte der Nachberufenen verletzt, können diese im Allgemeinen ihre Rechte mit der Erbschaftsklage (respektive der Klage nach Art. 601 ZGB) durchsetzen. Es stellt sich die Frage, was Fritz gegen die testamentarische Anordnung seiner Mutter unternehmen kann und ob diese überhaupt gültig ist. Die testamentarische Anordnung von Sabrina widerspricht derjenigen von Alberto Lopez. Grundsätzlich ist es dem Vorerben verboten, selber von Todes wegen über das Sondergut zu verfügen. Bis zum Tod seiner Mutter hat Fritz keine Möglichkeit, gegen die testamentarische

Anordnung von Sabrina etwas zu unternehmen. Denn als Zeitpunkt der Auslieferung ist, wenn die Verfügung (von Alberto Lopez) es nicht anders bestimmt, der Tod des Vorerben zu betrachten (Art. 489 Abs. 1 ZGB). Beim Erbgang von Sabrina steht Fritz die Herabsetzungsklage im Sinne von Art. 522 ff. ZGB zur Verfügung, dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sein Pflichtteil verletzt wird. Zu erwähnen ist die Prüfung der Möglichkeit einer Erbschaftsklage (Art. 598 ff. ZGB), doch kann sich diese nicht gegen einen Miterben (Alex) richten (vgl. BGE 69 II 366; 75 II 292), weshalb sie wegfällt. Um seine Quote von einem Miterben zu erhalten, steht dem Erben nur die Erbteilungsklage (Art. 604 ZGB) offen. Bei dieser wird vorfrageweise abgeklärt bzw. festgestellt, ob die testamentarische Anordnung von Sabrina gültig ist, was in casu verneint würde. Denn in Bezug auf die gleichmässige Verteilung der Aktien ist im vorliegenden Fall die testamentarische Anordnung von Alberto Lopez relevant.

Frage 4 (max. 11 Punkte)

Der ordentliche Güterstand ist die Errungenschaftsbeteiligung nach Art. 196 ff. ZGB (Art.181 ZGB). Die güterrechtliche Auseinandersetzung erfolgt vor der erbrechtlichen.

Die CHF 30'000.--, welche Sabrina Lopez anlässlich der Gründung der Lopez Sport AG einwarf, stammten aus Sabrinas Eigengut (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Bei den CHF 20'000.--, welche Alberto Lopez beisteuerte, handelt es sich wohl um seine Errungenschaft (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Es fand also eine Investition von Sabrina in die Errungenschaft des Ehegatten (Alberto) statt. Der investierte Betrag diente dem Erwerb des Unternehmens. Das Eigengut der Ehefrau hat eine einseitig variable Ersatzforderung im Sinne von Art. 206 Abs. 1 ZGB gegen die Errungenschaft des Ehemannes. Das Eigengut von Sabrina hat keine Beteiligung an einem allfälligen Minderwert (Nennwertgarantie). Das heisst, dass die Ehefrau selbst im Falle eines Wertverlustes der Aktien ihren Ersatzanspruch in der vollen Höhe von CHF 30'000-- anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung geltend machen könnte. Effektiv ist jedoch vielmehr von einem Mehrwert auszugehen. Dies deshalb, weil der Güterstand zum Zeitpunkt des Todes eines Ehegatten aufgelöst wird (Art. 204 Abs. 1 ZGB). Im Todeszeitpunkt des Alberto (sprich am 29. April 2001) war die Lopez Sport AG gemäss Sachverhalt noch ein florierendes Unternehmen.

Die Thematik bzw. die Abgrenzung „industrieller und konjunktureller Mehrwert“ sollte angesprochen werden. Der Beitrag muss zu einem konjunkturellen Mehrwert führen. Dabei handelt es sich um einen Wertzuwachs, der nicht auf die wertschöpfende Tätigkeit eines Ehegatten zurückzuführen, sondern in der allgemeinen Marktlage, d.h. den Veränderungen von Angebot und Nachfrage begründet ist. Industrielle Mehrwerte dagegen beruhen auf einer die ordentliche Verwaltung übersteigenden Tätigkeit eines Ehegatten und führen als Arbeitsentgelt zu Errungenschaft bzw. zu einem Ersatzanspruch der Errungenschaft.

2. Teil

Frage 1 (max. 13 Punkte)

Vorgängig sollte eine kurze Abgrenzung zwischen Auftrag und Werkvertrag erfolgen.
Beim Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) wird ein bestimmter Erfolg geschuldet, beim Auftrag (Art. 394 ff. OR) demgegenüber (nur) ein Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers.
Hier liegt ein Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR vor.

Nach Art. 379 OR erlischt der Werkvertrag, wenn der Unternehmer stirbt und der Werkvertrag mit Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers eingegangen worden war. Der Tod des Bestellers dagegen vermag das Vertragsverhältnis nicht aufzulösen. Dies bedeutet, dass das Vertragsverhältnis kraft Universalsukzession (Art. 560 ZGB) auf die Erbengemeinschaft übergeht. Diese haben eine Forderung gegen den Unternehmer auf die Fertigstellung der Isolation des Dachstockes durch den vom Erblasser betrauten Monteleone, jener einen Vergütungsanspruch gegen die Erben. Gestützt auf Art. 377 OR kann der Besteller (was an sich dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ widerspricht und als Ausnahme von diesem Grundsatz zu verstehen ist), solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Auf Bestellerseite liegt eine notwendige Streitgenossenschaft vor.

Entgegen dem vom Gesetz verwendeten Begriff („Rücktritt“) handelt es sich bei Art. 377 OR um ein Kündigungsrecht. Dieses führt zur Auflösung des Vertrags ex nunc - im Gegensatz zu einem Rücktritt, durch welchen ein Vertrag ex tunc aufgelöst wird.

Gemäss Art. 602 Abs. 2 ZGB werden die Erben Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam. Jedes Rechtsgeschäft, aber auch jedes blosse faktische Handeln, das Nachlassgegenstände betrifft, erfordert eine Einigung unter sämtlichen Erben. Es gilt zwingend das Prinzip der Einstimmigkeit. Nur in dringlichen Fällen kann von diesem Prinzip ausnahmsweise abgewichen werden, so dass ein einzelner Erbe allein für den Nachlass handeln darf. In casu liegt wohl kein dringlicher Fall vor.

Deswegen bedarf es eines einstimmigen Beschlusses der Erben, damit der Werkvertrag gültig widerrufen (*genauer: gekündigt*) werden kann. Obwohl gewisse Bestimmungen über die einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR allenfalls analog angewendet werden können, handelt es sich bei der Erbengemeinschaft nicht um eine einfache Gesellschaft im eigentliche Sinne, da die „gemeinsame Zweckerreichung“ (vgl. Art. 530 Abs. 1 OR) fehlt und es sich bei ihr vielmehr um eine „Schicksalsgemeinschaft“ handelt, bei welcher sich das Gemeinsame auf die blosse Verwaltung und Werterhaltung des Nachlasses erstreckt. Wenn wir davon ausgehen, dass der Widerruf (*genauer: die Kündigung*) von Fritz und Alex (allenfalls auch nur durch konkludentes Verhalten) gedeckt ist, ist die Vertragsauflösung gültig und Monteleone ist lediglich im Sinne von Art. 377 OR schadlos zu halten.

Anzusprechen ist die Rolle des Willensvollstreckers. Dieser hat gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB den Willen des Erblassers zu vertreten und gilt insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen. In casu sind vor allem die Verwaltungshandlungen von Interesse. Bei der Liegenschaftsverwaltung hat der Willensvollstrecker die Stellung des Vermieters. Dazu gehören u.a. Kündigung und Neuabschluss von Miet- und Pachtverträgen, laufender Betrieb, Unterhalt und Reparatur zur Werterhaltung der Liegenschaft sowie Handlungen im Bereich des öffentlichen Bau- und Planungsrechtes (BSK ZGB II-KARRER, Art. 518 N 30). Der Willensvollstrecker vertritt die Eigentümerinteressen gegenüber Mietern, Nachbarn, Behörden, Unternehmern etc.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Isolation des Dachstockes zur Werterhaltung der Liegenschaft zwingend erforderlich war. Zudem können sich die Erben bei

Einstimmigkeit über den Willen des Erblassers bezüglich „Auftragserteilung“ hinwegsetzen (und damit auch über den Willensvollstrecker), zumal der Wille des Erblassers auch nicht testamentarisch festgehalten wurde. Das individuelle Recht auf Auskunft über Nachlasssachen gegenüber den Miterben (Art. 607 Abs. 3 ZGB), welches jeder Erbe besitzt, wird von der Praxis auf Dritte ausgeweitet, welche mit der Teilung zu tun haben, wie namentlich den Willensvollstrecker (BGE 90 II 365, 372 f. Erw. 3b). Diese Personen haben sich gegenseitig auch mitzuteilen, was bezüglich Nachlasswerten für andere von Interesse sein könnte (Art. 610 Abs. 2 ZGB analog). Der Willensvollstrecker ist also zumindest über den Widerruf (*Kündigung*) zu informieren.

Frage 2 (max. 11 Punkte)

Die Bestimmung des Art. 604 Abs. 1 ZGB, wonach jeder Miterbe zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft verlangen kann, soweit er nicht durch Vertrag oder Vorschrift des Gesetzes zur Gemeinschaft verpflichtet ist, ist zwingender Natur. Vorbehalten bleibt Art. 604 Abs. 2 ZGB. Das Teilungsurteil ersetzt die einvernehmliche Teilung bzw. den Teilungsvertrag (Art. 634 ZGB) und der Erbe wird mit der rechtskräftigen Zuweisung von Erbschaftssachen durch den Richter an ihn Alleineigentümer (BGE 69 II 357, 369). Es kann dem Sohn Fritz nicht verwehrt sein, seinen Anspruch auf Teilabfindung bzw. Auflösung der Erbengemeinschaft durchzusetzen. Die Teilungsklage ist eine Gestaltungsklage, bei der ein Gesamthandverhältnis aufgelöst wird und die einzelnen Erben - wie erwähnt - Alleineigentum erlangen. Sie umfasst grundsätzlich den gesamten Nachlass; die partielle Teilungsklage ist jedoch zulässig.

Vorliegend steht eine objektiv und subjektiv partielle Teilung zur Diskussion. Eine objektiv partielle Teilung liegt vor, wenn nur ein Teil des Nachlasses geteilt wird (hier: Teilung nur in Bezug auf das Rustico). Von einer subjektiv partiellen Teilung wird dann gesprochen, wenn nur einzelne Erben abgefunden werden und aus der Erbengemeinschaft austreten (hier: Abfindung nur des Erben Fritz).

Es stellt sich in casu die Frage, ob Fritz einen Anspruch auf die Zuteilung des Alleineigentums des Rusticos im Tessin hat, da er ja im Prinzip nur einen Anspruch auf wertmässige Abfindung hat. Die Erben haben nämlich bei der Teilung, wenn keine andern Vorschriften Platz greifen, alle den gleichen Anspruch auf die Gegenstände der Erbschaft (Art. 610 Abs. 1 ZGB). Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz gehört neben dem Prinzip der freien privaten Teilung (nach dem es den Erben grundsätzlich freisteht, den Nachlass nach ihrem Gutdünken zu teilen, vgl. Art. 607 Abs. 2 ZGB) sowie dem Grundsatz der Naturalteilung (wonach die Erben grundsätzlich Anspruch auf Zuteilung der Erbschaftssachen in natura haben) zu den drei das Teilungsrecht beherrschenden Grundsätzen (BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER, vor Art. 602-640 N 6).

Art. 611 sowie Art. 612 (insbesondere dessen Abs. 2) ZGB sind zu beachten. Bei der Zuweisung einer Sache durch die zuständige Behörde (welche zwar Mitwirkungsrechte, aber keine Entscheidungsbefugnis hat) bzw. das Gericht (der Entscheid über strittige Fragen und Ansprüche obliegt grundsätzlich nur dem Teilungsrichter), ist jeweils der Ortsgebrauch sowie v.a. die persönlichen Verhältnisse der Erben sowie die Wünsche der Mehrheit der Miterben zu berücksichtigen (Art. 611 Abs. 2 ZGB).

Letztlich hat das Gericht eine freie und umfassende richterliche Zuteilungskompetenz. Es soll eine die konkreten Umstände und persönlichen Verhältnisse und die Interessen aller Erben, auch den Ortsgebrauch berücksichtigende Teilung vornehmen. Es soll der Entscheid des

Richters nur wenn es unvermeidlich ist dem Zufall (im Sinne der Losziehung) überlassen werden. Mit anderen Worten hat das Gericht nur dann zur Losziehung zu greifen (Art. 611 Abs. 3 ZGB), wenn die Kriterien in Art. 611 Abs. 2 ZGB für die Entscheidung des Falles nicht konkret genug sind. In der Praxis trifft man ein Losziehungsverfahren kaum. Die Perspektive, einfach den Zufall walten zu lassen, hat für die Erben keine grosse Attraktivität und so werden sie durch die gesetzliche Lösung dazu motiviert, doch untereinander eine Einigung zu finden.

Das Gericht ist an die erblasserischen (Art. 608 ZGB) und gesetzlichen Teilungsvorschriften (Art. 612 ff. ZGB) gebunden, sollte aber so weit wie möglich auch auf den Willen der Mehrheit der Erben Rücksicht nehmen. Auf Ansuchen eines Erben kann die Teilung auch vorübergehend aufgeschoben werden (Art. 604 Abs. 2 ZGB), wenn deren sofortige Vornahme den Wert der Erbschaft erheblich schädigen würde. Hier spricht jedoch nichts für eine erhebliche Schädigung bei einer sofortigen Teilung.

Im vorliegenden Fall kommt es sehr darauf an, inwieweit Fritz aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse auf die Zuteilung des Rusticos angewiesen ist. Aus dem Sachverhalt ist nur wenig ersichtlich, weshalb zu argumentieren ist. Wie bereits oben erwähnt verfügt das Gericht über einen relativ grossen Ermessensspielraum.

Der Willensvollstrecker muss die Teilung durch einen Teilungsvorschlag vorbereiten bzw. einleiten, er hat bei der eigentlichen Teilung mitwirken, darf sie aber nicht autonom ohne Zustimmung sämtlicher Erben vollziehen. Die Einigung über die Teilung bleibt also den Erben vorbehalten, doch liegt damit die ganze Vorbereitung sowie dann die Durchführung (Abwicklung der Zahlungen, Besitzübertragungen und Grundbuchanmeldungen) beim Willensvollstrecker.

Gemäss Art. 617 ZGB sind Grundstücke den Erben zum Verkehrswert anzurechnen, der ihnen im Zeitpunkt der Teilung zukommt. Falls sich nachträglich erweisen sollte, dass Fritz mehr erhalten hat, als ihm nach Massgabe seines Erbanteils zusteht, ist er gegenüber den Miterben zu einer Entschädigungszahlung verpflichtet (Art. 654 Abs. 2 i.V.m. Art. 651 Abs. 3 ZGB).

Die Argumente der übrigen Erben gehen insoweit fehl, als dass die Erbschaft von den Gläubigern der Lopez Sport AG nicht belangt werden kann, da für die Schulden der Aktiengesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen im Sinne von Art. 620 Abs. 1 OR haftet. Es kann also davon ausgegangen werden, dass der aktuelle Wert des „übrigen“ Privatbesitzes bezüglich der Aktiven massgebend ist, da nach vollendetem Konkursverfahren der Lopez Sport AG voraussichtlich kaum mehr Geld in den Nachlass fliessen wird.

Bezüglich der Passiven können die beiden übrigen Erben (Sabrina und Alex) ausserdem verlangen, dass die Schulden des Erblassers vor der Teilung der Erbschaft getilgt oder sichergestellt werden (Art. 610 Abs. 3 ZGB), ansonsten die Regelung von Art. 639 ZGB Platz greift, wonach für die Schulden des Erblassers die Erben den Gläubigern auch nach der Teilung solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haftbar sind, solange die Gläubiger in eine Teilung oder Übernahme der Schulden nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt haben.