



# Kauf oder gemischte Schenkung?

BGE 5A\_802/2014 (Pra 2015 Nr. 57)\*

Walter Sticher\*\*

## Inhaltsverzeichnis

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichtes
- III. Bemerkungen

### I. Sachverhalt

1. D.E. starb verwitwet im Jahr 2007 und hinterliess die Nachkommen A., B. und C. In ihrem öffentlich beurkundeten Testament vom 14.9.1989 setzte sie A. auf den Pflichtteil und wies die freie Quote B. und C. zu. Als Willensvollstrecker bestimmte sie Notar F.

Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 17.12.1987 hatte D.E. ihrem Sohn C. die Parzelle Nr. 98 in X geschenkt und ihn von der Ausgleichungspflicht dispensiert. Ferner verkaufte D.E. ihrer Tochter B. am 15.8.1989 die Parzellen Nr. 108 und 109 in X für CHF 189204.-. Der Kaufpreis war durch Übernahme der Hypothekarschuld von CHF 70000.- und Anerkennung einer Darlehensschuld von CHF 119204.- zu tilgen. Zudem wurde ein Wohnrecht für D.E. vereinbart. Kurze Zeit später erliess D.E. ihrer Tochter B. die Bezahlung der Darlehensschuld.

Sowohl das Testament vom 14.9.1989 als auch die beiden erwähnten Liegenschaftstransaktionen wurden von Notar F. beurkundet.

Im Jahr 2008 machte F. als Willensvollstrecker einen Teilungsvorschlag und wies A. ihren Pflichtteil von  $\frac{2}{8}$  bzw. CHF 42100.- und B. und C. je  $\frac{3}{8}$  bzw. CHF 63157.- zu. Dabei ging er davon aus, dass das Testament vom 14.9.1989 den Widerruf der anlässlich der Schenkung der Parzelle Nr. 98 an C. gewährten Befreiung von der Ausgleichungspflicht zur Folge habe.

2. Auf das Gesuch von A. hin beauftragte die Präsidentin des Bezirksgerichts Bezirke La Broye und Waadt Nord Notarin G. mit der Teilung des Nachlasses. Diese kam, gestützt auf eine vorgängig

bei H. eingeholte Expertise, zu folgenden Verkehrswerten:

- Für die C. geschenkte Parzelle Nr. 98 CHF 87300.-, welcher Betrag nicht der Ausgleichung unterworfen sei;
- Für die an B. verkauften Parzellen Nr. 108 und 109 CHF 472560.- (Übernahme der Hypothek CHF 70000.-, Wohnrecht CHF 21408.-, Schuld erlass CHF 119204.-), womit eine Zuwendung von CHF 261948.- zum Zeitpunkt der Übertragung (1989) und eine solche von CHF 771360.- per Todestag bleibe. Dabei betrage der ursprüngliche (im Zeitpunkt der Übertragung) Schenkungsanteil 80,66%<sup>1</sup>, was bezogen auf den Wert per Todestag CHF 622154.- ausmache.

Das Bezirksgericht berechnete den Nachlass nach Befragung von Notar F. als Zeugen wie folgt:

Ausgleichungspflichtige Schenkung <sup>2</sup> an C. (Parzelle Nr. 98)	CHF 57300.-
Ausgleichungspflichtige gemischte Schenkungen an B. (Parzellen Nr. 108 und 109)	CHF 622154.-
Teilungsmasse	CHF 679454.-

und wies B. an, A. den Pflichtteil von  $\frac{2}{8}$  bzw. CHF 169863.- zuzüglich Zinsen zu bezahlen.

\* Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2014.

\*\* Sticher Strazzer Zeiter, Fachanwälte SAV Erbrecht, Zürich.

1 Schuld erlass von CHF 119204.- und Zuwendung von CHF 261948.-, Total CHF 381152.- bzw. 80,66% von CHF 472560.-.

2 Obwohl im Schenkungsvertrag von der Ausgleichung dispensiert worden war. Vgl. nachfolgend Ziff. III/2. lit. a.

3. B. erhob Berufung beim Kantonsgericht und verlangte Abänderung des Urteils in dem Sinn, dass sie A. CHF 57357.– zu bezahlen habe. Das Kantonsgericht kam zu folgender Berechnung:

Herabsetzbare Schenkung an C. (Parzelle Nr. 98)	CHF 57300.–
Herabsetzbare Schenkung an B. (Parzellen Nr. 108 und 109) wegen Erlass des Darlehens <sup>3</sup>	<u>CHF 119204.–</u>
Teilungsmasse	CHF 176504.–

und verpflichtete B. zur Zahlung von  $\frac{2}{8}$  (CHF 44126.–) bzw. CHF 57357.– an A.<sup>4</sup>

Im Gegensatz zur 1. Instanz sah das Kantonsgericht keine ausgleichspflichtigen Zuwendungen. Gemäss Kantonsgericht kann eine vertragliche Verpflichtung nicht durch eine (spätere) letztwillige Verfügung einseitig geändert werden. Die Schenkung wurde, wenn auch nicht explizit, gemäss Art. 527 Ziff. 1 ZGB hinzugerechnet.

Auch der Verkauf der Parzellen Nr. 108 und 109 wurde vom Kantonsgericht als nicht ausgleichspflichtige Transaktion beurteilt, mit Beanstandung, die Erblasserin habe ihre Nachkommen testamentarisch ungleich behandeln wollen. Deshalb habe die gesetzliche Anordnung der Ausgleichung ihre Grundlage verloren. Ferner liege keine gemischte Schenkung vor, da es an der Schenkungsabsicht gefehlt habe. Nachlassrelevant sei somit nur der Erlass der Darlehensschuld von CHF 119204.–.

4. A. erhob gegen das Urteil des Kantonsgerichts Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht und verlangte den ihr von der 1. Instanz zugesprochenen Betrag von CHF 169863.–. Dies mit der Begründung, das Kantonsgericht habe willkürlich verneint, dass der Kaufvertrag vom 15.9.1989 eine gemischte und somit herabsetzbare Schenkung sei. Anstatt die Berichte der Notarin G. und des Immobilienexperten H. zu würdigen, habe das Kantonsgericht zu Unrecht auf die Zeugenaussagen von Notar F. bzw. auf die von diesem redigierten Verträge abgestellt.

3 Es wurde von «der Ausgleichung unterliegender Erlass der Schuld» gesprochen, was irrtümlich geschehen sein dürfte, da zuvor die Ausgleichspflicht verneint worden war. Am Ergebnis ändert sich jedoch nichts.

4 Da die Klägerin den höheren Betrag akzeptiert hatte, war sie dabei zu behaften.

## II. Erwägungen des Bundesgerichtes

1. Vom Bundesgericht zu beurteilen war die Frage der Beweiswürdigung, konkret die Nichtberücksichtigung der Schlussfolgerungen von Notarin G. bzw. des Immobilienexperten H., was unter dem eingeschränkten Blickwinkel des Willkürverbots erfolgte. Das Bundesgericht versteht den gerichtlichen Gutachter als «Entscheidungsgehilfen des Richters», der für das Gericht Sachfragen abklärt, welche besondere wissenschaftliche, berufliche oder technische Kenntnisse voraussetzen. Der Richter sei, so das Bundesgericht, an die Schlussfolgerungen eines gerichtlichen Gutachtens nicht gebunden.

Er werde jedoch ohne triftigen Grund nicht davon abweichen und müsse seinen Entscheid begründen.<sup>5</sup> In casu habe das kantonale Gericht klar dargelegt, warum es vom erstinstanzlichen Urteil und vom Bericht der mit der Teilung beauftragten Notarin abgewichen sei; konkret, warum es den Vertrag vom 15.8.1989 als Kaufvertrag und nicht als gemischte Schenkung betrachtet habe. Der Gesuchstellerin gelänge es nicht, nachzuweisen, dass diese Gründe nicht ernsthaft beziehungsweise willkürlich seien.<sup>6</sup> Das Kantonsgericht habe sich nämlich nicht nur mit dem Zeitverlauf zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Erstellung der Immobilienexpertise von H. beschäftigt, welches Kriterium lediglich die objektive Voraussetzung<sup>7</sup> der gemischten Schenkung betreffe. Vielmehr habe das kantonale Gericht detaillierte Gründe dargelegt, weshalb seiner Ansicht nach, sich die Parteien des Wertunterschiedes nicht bewusst gewesen seien und diesen auch nicht erkennen konnten. Die Prüfung dieser subjektiven Voraussetzung (animus donandi) sei jedoch das entscheidende Kriterium.

5 Der Erbfall war noch unter der Geltung von Art. 570 ff. aZPO/VD zu beurteilen, welcher für die Erbteilung die Einsetzung eines Notars vorschrieb. Für die von diesem erstellten «Expertisen» gelten die gleichen Regeln wie für die dargestellte Behandlung eines gerichtlich eingeholten Gutachtens.

6 Wie bereits erwähnt, erfolgte die Beweiswürdigung nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel des Willkürverbotes (Art. 9 BV). «Eine Behörde legt Willkür an den Tag, wenn sie ohne triftigen Grund ein zur Änderung des Entscheids geeignetes Beweismittel nicht berücksichtigt, wenn sie sich offenbar über den Sinn und die Tragweite eines solchen Elementes täuscht, oder auch, wenn sie auf der Grundlage der gesammelten Elemente unhaltbare Schlüsse zieht» (E. 4.1).

7 Damit ist die Wertdifferenz gemeint, also der Unterschied zwischen dem objektiven Wert der Liegenschaft und dem effektiv bezahlten (tieferen) Preis.



### III. Bemerkungen

1. Der Titel der Regeste lautet «Bedeutung und Würdigung einer notariellen Expertise über die Erbteilung». Die Ausführungen dazu sind nicht erbrechtsspezifisch und haben ihre Grundlagen in einer Spezialnorm der ehemaligen waadtländischen ZPO, weshalb nicht näher dazu Stellung genommen wird.

2. Erbrechtlich interessant hingegen sind Fragen zur Ausgleichung bzw. zum Dispens von der Ausgleichungspflicht und die Voraussetzungen für das Vorliegen einer gemischten Schenkung.

a. Sowohl der Willensvollstrecker als auch das Bezirksgericht haben bekanntlich angenommen, dass das Testament 1989 den im Schenkungsvertrag vom 17.12.1987 stipulierten Dispens von der Ausgleichungspflicht aufgehoben habe. Warum dem so sein soll, ist aus dem Urteil nicht ersichtlich. Zwei Gründe sind denkbar, nämlich dass der Widerruf explizit im Testament erfolgte oder dass die testamentarische Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge als Widerrufgrund verstanden wurde.

Sofern die Erblasserin den vertraglichen Ausgleichsdispens in ihrem späteren Testament widerrufen haben sollte, wäre dies ein Verstoss gegen den Schenkungsvertrag und somit nicht zulässig.<sup>8</sup> Es ist deshalb jeweils zu prüfen, ob bei reinen oder gemischten Schenkungen der Ausgleichsdispens im selben Akt vereinbart werden soll. Die (zwischenmenschlichen) Verhältnisse können sich bekanntlich ändern, und durch die Regelung der Ausgleichung in einem Testament behält der Schenker seine Handlungsfreiheit.

Weicht die Erblasserin testamentarisch von der gesetzlichen Erbfolge ab, d.h., will sie die Gleichbehandlung der Nachkommen gerade nicht, wird die Ausgleichung mit ihrer Fiktion der erblasserischen Gleichbehandlung der Nachkommen ausser Kraft gesetzt.<sup>9</sup> Vorliegend hat die Erblasserin eines ihrer drei Kinder auf den

Pflichtteil gesetzt und die beiden anderen entsprechend begünstigt. Sie ist somit von der gesetzlichen Erbfolge gemäss Art. 457 Abs. 2 ZGB abgewichen, was demnach die Ausgleichung ausschliesst. Der vertragliche Ausgleichsdispens seitens der Erblasserin wurde von dieser, wenn wahrscheinlich auch unwissentlich, testamentarisch «bestätigt». Das Kantonsgericht hat demzufolge zu Recht die Schenkung nicht der Ausgleichung unterstellt.

b. Eigentliches Prozessthema war die Übertragung zweier Landparzellen zu einem objektiv zu tiefen Preis<sup>10</sup> an die testamentarisch begünstigte Erbin B. und die Frage, ob sich das Rechtsgeschäft als gemischte Schenkung qualifiziert.<sup>11</sup>

Die Klägerin verlangte analog dem erstinstanzlichen Urteil die proportionale Berücksichtigung des Schenkungswertes, was ihr vom Kantonsgericht und Bundesgericht verweigert wurde mit der Begründung, dass ein Verkauf und keine gemischte Schenkung vorliege. Wesentlich für die Entscheidungsfindung waren die Aussagen des beurkundenden Notars F., welcher der Meinung war, dass seitens der Veräusserin kein «animus donandi» vorgelegen habe und sie ihre Tochter B. nicht habe begünstigen wollen. Er habe Kenntnis von den in der Gemeinde X üblichen Preisen gehabt, welche im Jahre 1989 zudem rückläufig gewesen seien. Ferner sei kurz vorher der Nachlass des (vorverstorbenen) F.E. geteilt worden.<sup>12</sup>

Obwohl die angeblichen Marktkenntnisse des Notars F. von der späteren Expertise widerlegt wurden, liess das Kantonsgericht die Frage der Wertdifferenz offen, weil die subjektiven Vor-

8 Vgl. FORNI/PIATTI, BSK ZGB II, 5. Aufl., Zürich 2015, Art. 626 ZGB N 18. Im Urteil BGer 5C.202/2006 vom 16.2.2007 kam das Bundesgericht zu einem anderen Ergebnis, was aber nichts daran ändert, dass ein zweiseitiges Rechtsgeschäft nicht nachträglich einseitig (teilweise) zuungunsten der Vertragsparteien geändert werden kann. Vergleiche zu diesem Urteil A. ZEITER, Widerruf von Ausgleichsanordnungen, *successio* 4/2007, S. 268 ff.

9 Zur Ausnahme der gleichen Ungleichbehandlung der Nachkommen in einer letztwilligen Verfügung siehe

P. EITEL, Berner Kommentar, Bern 2004, Art. 626 ZGB N 137.

10 Gemäss Kaufvertrag betrug der anrechenbare Verkehrswert im Jahr 1989 (Zeitpunkt der Übertragung) CHF 189 204.–, nach der Expertise CHF 472 560.–, womit der Kaufpreis 2,5-mal zu tief angesetzt war.

11 Ob das vorbehaltene Wohnrecht eine «Gegenleistung» der Erwerberin ist und somit auch – neben der Übernahme der Hypothek – eine gemischte Schenkung begründet, war vorliegend nicht zu entscheiden. Vgl. dazu STICHER, Erbrechtliche Aspekte der vorbehaltenen Nutzniessung bei Liegenschaftsübertragungen, *SJZ* 2013, S. 437 ff.

12 Wenn somit in Erbteilungsverträgen zwischen Nachkommen und überlebendem Elternteil Liegenschaften mit Wertangaben zugeteilt werden, sollte zur Vermeidung späterer Missverständnisse angegeben werden, ob es sich um reale oder «familiäre» Werte handelt.

aussetzungen (*animus donandi*) nicht gegeben gewesen seien.<sup>13</sup>

Das Bundesgericht ging ebenfalls nicht näher auf die Wertdifferenz ein und meinte, die Vorinstanz hätte die erforderliche Prüfung der subjektiven Voraussetzung vorgenommen und habe detailliert dargelegt, dass sich die Vertragsparteien der Wertdifferenz nicht bewusst waren und diese auch nicht erkennen konnten.

Das Urteil befriedigt nicht, weil einmal mehr die eigentlich entscheidende Wertdifferenz unter den Tisch gewischt und die Betonung auf den inneren Willen der (verstorbenen) Vertragspartei gelegt wurde. Da dieser nicht direkt nachweisbar ist, musste auf die Zeugenaussage von F. abgestellt werden, dessen Glaubwürdigkeit bzw. Rolle im familiären Kontext wohl kritischer hätte hinterfragt werden müssen.

Das subjektive Element bei der gemischten Schenkung beinhaltet, dass der «Verkäufer» das Missverhältnis zwischen Kaufpreis und wirklichem Wert erkannt hat. In diesem Fall ist gemäss

Bundesgericht von einer gemischten Schenkung auszugehen, auch wenn die Zuwendungsabsicht bestritten wird.<sup>14</sup> Im Interesse der Gerechtigkeit unter den Erben – *ratio legis* der Ausgleichung – sollte aber bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Wert und Preis schon dann eine gemischte Schenkung angenommen werden, wenn auch nur *eine* der Vertragsparteien bei Anwendung der üblichen Sorgfalt das Missverhältnis hätte erkennen müssen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass der Wille der verstorbenen Partei praktisch nicht (mehr) ermittelt werden kann.

Zur Annahme einer gemischten Schenkung kommt man auch bei Anwendung des Grundsatzes, dass zwischen zwei Übeln das kleinere zu wählen ist. Hätte im vorliegenden Fall B. die Schenkung ausgleichen müssen, wäre sie immer noch relativ günstig zu einem Grundstück gekommen. Gemäss dem vorliegenden Entscheid bekommt aber A. definitiv zu wenig.

---

13 Voraussetzung für eine gemischte Schenkung ist einerseits eine (objektive) Wertdifferenz und andererseits der (subjektive) Schenkungswille. Vgl. dazu STICHER, *Gemischte Schenkung – Zuwendungsabsicht als Bedingung der Herabsetzung?*, *successio* 1/2013, S. 57 ff. (zugleich eine Besprechung von BGE 5A\_587/2010).

---

14 BGer 5A\_145/2013 vom 18.11.2013, E. 4. Die Schenkung ist in Anwendung der Quoten- oder Proportionalmethode für die Ermittlung der Teilungsmasse zu berücksichtigen.