

Aktuelles zur Rechtsprechung und Rechtssetzung im Erbrecht

„Zum neuen Erbrecht 2023“

Arbeitskreis Weiterbildung Recht

Mittwoch, 5. Oktober 2022

Dr. iur. Rudolf Kunz
Rechtsanwalt und Notar, LL.M.
Fachanwalt SAV Erbrecht
Mediator SAV

Tel. 081 – 286 05 00
rudolf.kunz@kunzschmid.ch

www.kunzschmid.ch

1

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung
2. Novellen im Erbrecht
3. Praxis
4. Fragen

2

2

1. Einleitung

- Nur ¼ der Einwohner in der Schweiz haben ein Testament
- Rund 40% der Deutschen haben ein Testament

70 Milliarden werden jährlich vererbt

Drei Viertel haben noch kein Testament gemacht

Rund drei Viertel der Schweizerinnen und Schweizer erachten es als wichtig, ein Testament zu verfassen. Getan hat es aber vorerst nur ein gutes Viertel der Befragten, wie eine Umfrage zeigt.

Publiziert: 12.09.2018 um 08:59 Uhr | Aktualisiert: 14.09.2018 um 23:01 Uhr

Das **Testament** – Besitz und Alter beim Verfassen des Dokuments Nur 39 Prozent aller potenziellen Erblasser haben bereits ein **Testament** gemacht. Dieser Anteil nimmt seit 2012 kontinuierlich zu (von 31 Prozent über 36 Prozent im Jahr 2015 auf 39 Prozent im Jahr 2018). 24 Prozent haben das **Testament** vor ihrem 50.

https://www.deutsche-bank.de/pdf/Studie_final.pdf

[Erben und Vererben - Deutsche Bank](#)

3

3

1. Einleitung Vererbte Vermögen in der Schweiz

- Erbschaftsvolumen in der Schweiz bei rund 90 Mia./Jahr
- Volumen tendenziell zunehmend
- Durchschnittlich gestiegene Lebenserwartung führt dazu, dass Erbschaften immer später erfolgen



Erbschaften werden in der **Schweiz** leicht besteuert. Einem geschätzten Erbschaftsvolumen von 95 Milliarden Franken im Jahre 2020, stehen Erbschaftssteuerzahlungen von 1.34 Milliarden Franken gegenüber. Der durchschnittliche Erbschaftssteuersatz beträgt somit 1.4%. 10.12.2019

<https://www.socialchangeswitzerland.ch> > ...

4

4

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

1. Einleitung Planung oder „après moi le déluge“?

Wer alles verzehrt vor seinem End'
der macht das richt'ge Testament.
(Volksmund)



5

5

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

1. Einleitung Planung oder „après moi le déluge“?

„If you want to know the true character of a person,
divide an inheritance with him.“
(Benjamin Franklin)

Seid ihr noch einig, oder habt ihr schon geteilt?
(Volksmund)

6

6

1. Einleitung Planung oder „après moi le déluge“?

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI



Die „Verwandlung“ der Nachkommen im Erbgang...

7

7

1. Einleitung Steuergesetz des Kantons GR

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

- Revision per 1. Januar 2021
- Wechsel von der Nachlass- zur Erbanfallsteuer
- Reduktion der Steuerbelastung
- Einzelne Gemeinden ohne Erbanfallsteuer (Arosa, Avers, Maienfeld und Soazza)

Vergleich Steuersätze	alt		neu	
	Kanton	Gemeinde	Kanton	Gemeinde
Ehegatten, Kinder, Pflege und Stiefkinder:	0%	0%	0%	0%
Konkubinatspartner/in:	0%	5%	0%	0%
Nachkommen Konkubinatspartner/in:	10%	25%	0%	0%
Eltern:	10%	5%	0%	0%
Elterlicher Stamm (Onkel/Tante):	10%	5%	5%	5%
Übrige Empfänger:	10%	25%	15%	25%

8

8

2. Novellen im Erbrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

- **Inkrafttreten** der **Revision Erbrecht** (Teil 1) am:
1. Januar 2023
- Weitere Revisionen folgen:
 - Erbrechtliche Regelungen zur Unternehmensnachfolge (Botschaft Bundesrat vom 10. Juni 2022)
 - Recht auf Integralzuweisung von Unternehmen
 - Zahlungsaufschub gegenüber Miterben
 - Regelung zum Anrechnungswert
- «Technische» Revision (Botschaft 2023 vorgesehen)
 - Informationsrechte der Erben etc.

9

9

2. Novellen im Erbrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

- Motion Gutzwiller für ein zeitgemässes Erbrecht (2010)
- Ziel: Gleichstellung von Konkubinats- und Ehepaaren
- Ergebnis: Höhere verfügbare Quote für Erblasser durch
 - Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Eltern
 - Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen von $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$
 - Einzige pflichtteilsgeschützte Erben somit:
 - der Ehegatte
 - die Nachkommen
 - Pflichtteile betragen die Hälfte des gesetzlichen Anspruchs

10

10

2. Novellen im Erbrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Was ändert sich somit nicht?

- Parentelenordnung – Kreis der gesetzlichen Erben
- Gesetzliche Erbanteile bleiben gleich

11

11

2. Novellen im Erbrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Weitere wesentliche Neuerungen:

- Grundsätzlich Schenkungsverbot bei Erbvertrag
- Gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a) gehört nicht zur Erbmasse, ist aber bei der Pflichtteilsberechnungsmasse zu berücksichtigen
- Klarstellungen bei der Herabsetzung (Reihenfolge der Herabsetzung)

12

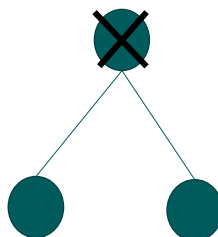
12

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Verfügbare Quote: $\frac{1}{2}$

"alt": $\frac{1}{4}$



Pflichtteil (PT) der Nachkommen: $\frac{1}{2} * \frac{1}{1} = \frac{1}{2}$

"alt": $\frac{3}{4}$

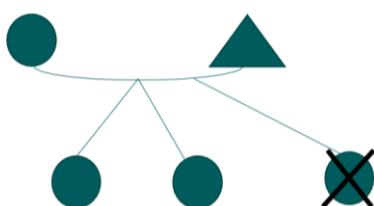
13

13

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Konkubinatspaar ohne Nachkommen



Konkubinatspartner-/in
bekommt ohne Verfügung
von Todes wegen nichts



Verfügbare Quote: $\frac{1}{1}$

"alt": $\frac{1}{2}$

14

14

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

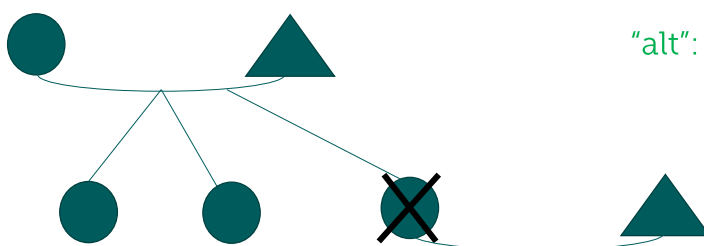
Verheiratete ohne Nachkommen:

PT = 0; "alt": 1/16

PT = 0; "alt": 1/16

Verfügbare Quote: 5/8

"alt": 4/8



PT: $\frac{3}{4} * \frac{1}{2} = \frac{3}{8}$

15

15

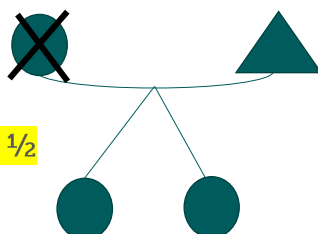
2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Pflichtteile in der klassischen Familie:

Verfügbare Quote: 1/2

"alt": 3/8



PT: $\frac{1}{2} * \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$

PT: $\frac{1}{2} * \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$ (je 1/8)

"alt": 3/8

16

16

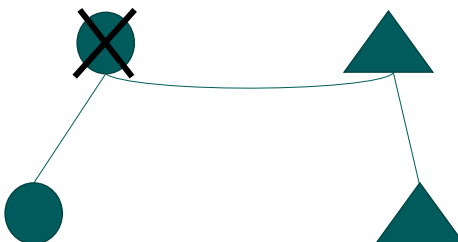
2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Patch-Work-Familien:

Verfügbare Quote: $\frac{1}{2}$

„alt“: $\frac{3}{8}$



PT: $\frac{1}{2} * \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$

PT: $\frac{1}{2} * \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$

„alt“: $\frac{3}{8}$

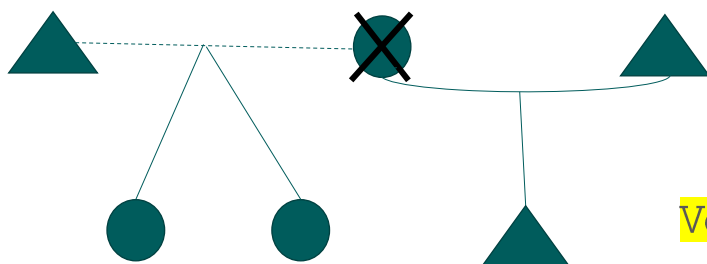
17

17

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Geschieden, nochmals verheiratet:



PT Ehegatte: $\frac{1}{4}$

PT Nachkommen: $\frac{1}{4}$ (je $\frac{1}{12}$)

Verfügbare Quote: $\frac{1}{2}$

„alt“: $\frac{3}{8}$

18

18

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Nicht Verheiratete mit gemeinsamen Kindern:

Verfügbare Quote: $\frac{1}{2}$



PT Nachkommen: $\frac{1}{2}$ von $\frac{1}{1}$: $\frac{1}{2}$

19

19

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsrecht

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Nutzniessung und Eigentum

- Art. 473 Abs. 2 nZGB
- Zuweisung der ganzen Nutzniessung an überlebende Ehegatten
- Zusätzlich: Neu verfügbare Quote: $\frac{1}{2}$

„alt“: $\frac{1}{4}$

20

20

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsberechnungsmasse (PTMB)

Überhäftige Vorschlagszuweisung in der PTMB

Unterscheidung gemeinsame und nicht gemeinsame Kinder

Art. 216 Abs. 2 nZGB

Die über die Hälfte hinaus zugewiesene Beteiligung am Vorschlag wird bei der Berechnung der Pflichtteile des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners, der **gemeinsamen Kinder** und deren Nachkommen **nicht** hinzugerechnet.

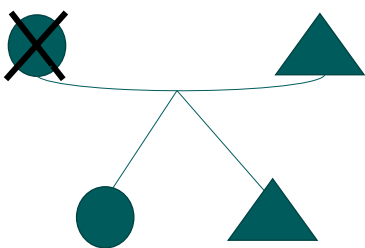
Westschweizerpraxis („Steinauer und Rumo-Jungo, ...“) hat sich im Parlament gegen die Deutschschweizer-Praxis durchgesetzt („Aebi-Müller, Druey, Hegnauer, ...“)

21

21

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsberechnungsmasse Gemeinsame Kinder

Bei voller Vorschlagszuweisung und Pflichtteil (PT) an gemeinsame Kinder



Eigengut Erblasser: 100'000

Errungenschaft: 1'000'000

PTBM = 100'000

PT für die Nachkommen: $\frac{1}{4} = 25'000$

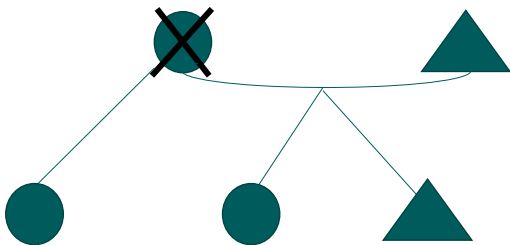
22

22

2. Novellen im Erbrecht:
Pflichtteilsberechnungsmasse
Nicht gemeinsame Kinder

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Bei voller Vorschlagszuweisung und Pflichtteil an nicht gemeinsamen Kindern



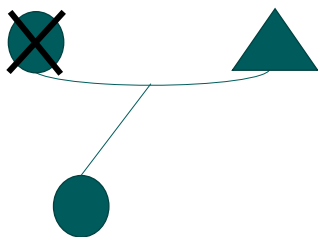
Eigengut Erblasser:	100'000
Errungenschaft:	1'000'000
PTBM:	
Eigengut	100'000
Hälftiger Vorschlag	<u>500'000</u>
	600'000
PT des nicht gemeinsamen Kindes:	
$\frac{1}{6} * \frac{1}{2} = \frac{1}{12}$	= 50'000

23

23

2. Novellen im Erbrecht:
Pflichtteilsberechnungsmasse
Beispiel (bei voller Vorschlagszuweisung)

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI



T

Eigengut Erblasser:	100'000
Errungenschaft:	700'000
Eigengutschenkung an Dritten: (erfolgt im Jahr 2019)	500'000
PTBM:	
Eigengut:	100'000
Schenkung an Dritten	<u>500'000</u>
	600'000
PT Sohn:	150'000
PT Mutter/EF	150'000

24

24

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsberechnungsmasse Beispiel

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

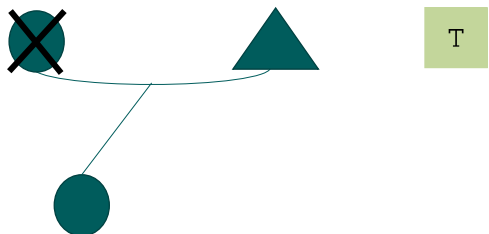
Herabsetzungsreihenfolge:

Art. 532 Abs. 1 nZGB

Ziff. 1: Intestat -> 100'000 an Sohn

Ziff. 3: Zuwendungen unter Lebenden ->
50'000 von T an Sohn

Sohn erhält somit 150'000

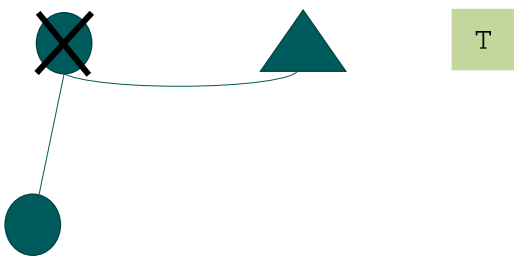


25

25

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsberechnungsmasse Beispiel (bei voller Vorschlagszuweisung)

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI



Eigengut Erblasser: 100'000

Errungenschaft: 700'000

Eigengutschenkung an Dritten: 500'000
(erfolgt im Jahr 2019)

PTBM:
Eigengut: 100'000
Hälftiger Vorschlag: **350'000**
Schenkung an Dritten: 500'000
950'000

PT Sohn: 237'500
PT Mutter/EF: 237'500

26

26

2. Novellen im Erbrecht: Pflichtteilsberechnungsmasse Beispiel

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Herabsetzungsreihenfolge:

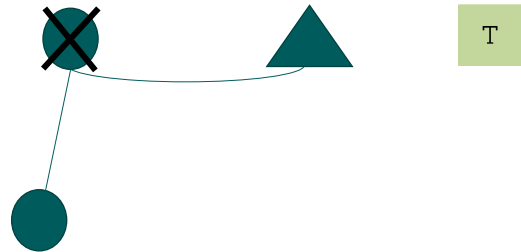
Art. 532 nZGB

Abs. 1 Ziff. 1: Intestat -> 100'000 an Sohn

Abs. 2 Ziff. 1: Ehevertrag -> 112'500 von EF an Sohn

Abs. 2 Ziff. 2: Schenkung -> 25'000 von T an Sohn

Sohn erhält somit 237'5000



27

27

2. Novellen im Erbrecht: Revision des Erbrechts

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Übergangsbestimmungen:

- Erbfälle ab dem 1. Januar 2023 unter neuem Recht
- Todestag ist massgebend (Art. 15 f. SchlT ZGB)
- Unklarheiten bei bestehenden letztwilligen Verfügungen:
 - "...setze meinen Sohn auf den Pflichtteil" → Dynamische Verweisung
 - "...setze meinen Sohn auf den Pflichtteil von $\frac{3}{4}$ "
 - Auslegungsfrage

28

28

2. Novellen im Erbrecht: Revision des Erbrechts

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Verlust des PT-Anspruchs in der Scheidung, Art. 472 nZGB

- Einleitung des Scheidungsverfahrens auf gemeinsames Begehren
oder
- seit zwei Jahren getrennt gelebt:
 - Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten geht verloren
 - Alle ehe- und erbvertraglichen Begünstigungen entfallen, wenn nicht anders vereinbart

29

29

2. Novellen im Erbrecht: Revision des Erbrechts

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Verlust des PT-Anspruchs in der Scheidung, Art. 472 nZGB

Achtung:

- Überlebender Ehegatte bleibt gesetzlicher Erbe
- Nur Pflichtteilsanspruch ist entfallen
 - Verfügung von Todes wegen erforderlich
- Pflichtteile so, wie wenn Erblasser nicht verheiratet wäre

30

30

2. Novellen im Erbrecht: Gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a)

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Klärung der Rechtslage zur Säule 3a

- Direkter versicherungsrechtlicher Anspruch der Begünstigten
- Ansprüche bilden im Erbgang nicht Gegenstand der güterrechtlichen Auseinandersetzung und Erbteilung
- **Hinzurechnung** anlässlich der Berechnung der Pflichtteile
 - zum Rückkaufswert zum Todeszeitpunkt (Versicherung: nArt. 476 Abs. 1 ZGB)
 - zum Kapitalbetrag zum Todeszeitpunkt (Bank: nArt. 476 Abs. 2 ZGB)
- Herabsetzung als Zuwendung unter Lebenden (nArt. 532 Abs. 2 ZGB)

31

31

2. Novellen im Erbrecht: Pro Memoria

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Nicht Teil des Nachlasses, sondern am Nachlass vorbei gehen:

- Todesfalleistungen aus BVG
- Leistungen aus Todesfallrisikoversicherungen
- Versicherungen ohne Rückkaufswert sind erbrechtlich irrelevant
- Wie immer: Art. 2 Abs. 2 ZGB: Rechtsmissbrauch – namentlich bei Einmaleinzahlungen

Umgehungsabsicht, «wenn die Dauer der Versicherung das durchschnittliche Lebenserwartungsalter oder ein im Einzelfall begründetes tieferes Alter übersteigt oder wenn die Prämien resp. die Einmaleinlage in einem Missverhältnis zu den finanziellen Verhältnissen des Erblassers standen.» (Aebi-Müller, 2019).

32

32

2. Novellen im Erbrecht: Klarstellungen bei der Herabsetzung

Mit der Revision sollen Unklarheiten des geltenden Rechts zur Herabsetzung geklärt werden.

- **Intestaterwerb** kraft gesetzlicher Erbfolge unterliegt neu der Herabsetzung
- die **Reihenfolge** der Herabsetzung wird angepasst und präzisiert: Art. 532 nZGB

Art. 532 nZGB

Abs. 1: Der Herabsetzung unterliegen wie folgt der Reihe nach, bis der Pflichtteil hergestellt ist:

- Ziff. 1: die Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge;
- Ziff. 2: die Zuwendungen von Todes wegen;
- Ziff. 3: die Zuwendungen unter Lebenden.

Abs. 2: Die Zuwendungen unter Lebenden werden wie folgt der Reihe nach herabgesetzt:

- Ziff. 1: die der Hinzurechnung unterliegenden Zuwendungen aus Ehevertrag oder Vermögensvertrag;
- Ziff. 2: die frei widerruflichen Zuwendungen und die Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge, im gleichen Verhältnis;
- Ziff. 3: die weiteren Zuwendungen, und zwar die späteren vor den früheren."

33

33

2. Novellen im Erbrecht: Erbvertrag – Schenkungsverbot

Art 494 Abs. 3 nZGB

„Verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, unterliegen jedoch der Anfechtung, soweit sie:

1. mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und
2. im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind.“

34

34

3. Praxis / Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGE 146 III 1

Sachverhalt

- Erblasserin schloss mit ihren drei Kindern einen Erbvertrag ab, wobei sie darin, sowie in einem späteren Testament, einen Willensvollstrecker einsetzte
- Kind A reicht ein Schlichtungsgesuch gegen den Willensvollstrecker und seine beiden Geschwister betreffend Absetzung des Willensvollstreckers ein
- Anschliessende Klage richtet sich nur noch gegen den Willensvollstrecker

35

35

3. Praxis / Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGE 146 III 1

Ungültigkeitsklage gegen Einsetzung des Willensvollstreckers:
Passivlegitimation des Willensvollstreckers?

- Grundsatz: Bei der Ungültigkeitsklage ist passivlegitimiert, wer aus der angefochtenen Verfügung zum Nachteil des Klägers erbrechtliche Vorteile zieht. Im Falle der Anfechtung der Einsetzung des Willensvollstreckers, auch der Willensvollstrecker.
- Das BGer bejaht die *alleinige* Passivlegitimation des Willensvollstreckers.
- Keine notwendige Streitgenossenschaft
- Gutheissendes Ungültigkeitsurteil wirkt gegenüber allen - auch nicht am Prozess beteiligten Erben und Bedachten (keine Wirkung bloss inter partes)

36

36

3. Praxis / Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGer 4A_522/2018

Sachverhalt

- Erblasserin (verstorben 2011 in Madrid) hinterlässt Söhne D und E, die Tochter F sowie drei Enkel sowie rund 13 Mio. EUR Vermögen.
- Erblasserin ist wirtschaftlich an einem Nummernkonto berechtigt
- Tochter F hat Vollmacht über dieses Konto
- Erblasserin und Tochter F überweisen im 2009 ca. EUR 503'000 auf ein IBAN-Konto / Empfänger ist anonym
- D will von der Bank den Empfänger wissen
- Bank verweist auf das Bankgeheimnis und weist das Gesuch ab
- D klagt auf Auskunft

37

37

3. Praxis / Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGer 4A_522/2018

Informationsanspruch

- Erbe ist berechtigt gegenüber Banken Auskunft in Bezug auf von der Bank gehaltenen Vermögenswerte Auskunft zu verlangen
- Erbe darf auch Informationen über Dritte erhalten auf welche Vermögenswerte übertragen oder abgetreten worden sind

38

38

3. Praxis / Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGer 4A_522/2018

Informationsanspruch

- **ABER:** Auskunftsrecht setzt ein erbrechtliches Interesse (Herabsetzungs-, Ausgleichungs-, Erbschafts- oder Teilungsklage) voraus UND
- dieses Interesse ist stärker zu gewichten als das Recht des Erblassers auf Privatsphäre
 - In die Privatsphäre fallen auch wirtschaftliche Aspekte des Vermögens
 - Kein impliziter oder expliziter Geheimhaltungswille des Erblassers erforderlich
- **Entscheid:** Information wird nicht erteilt
 - Begründung: Weder Unsorgfalt bei der Ausführung noch erbrechtlicher Konnex dargetan

39

39

3. Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGer 5A_121/2019

Sachverhalt

- Meistbegünstigung zwischen Ehegatten mit Erbverzicht der Nachkommen beim Tod des vorversterbenden Elternteils (1987)
- Erbeinsetzung der Nachkommen zu gleichen Teilen im Erbgang des überlebenden Ehegatten
- Erbvertrag enthält weder Wiederverheiratsklausel noch «Schenkungsverbot» zulasten des überlebenden Ehegatten

40

40

3. Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGer 5A_121/2019

Sachverhalt

- Tod der Ehefrau (2003)
- Wiederverheiratung Ehemann (2006)
- Testament des Ehemannes (2009): Ehefrau als Haupterin und Kinder auf den Pflichtteil
- Schenkungen an Ehefrau während der Ehe in der Höhe von CHF 581'000
- Tod des Ehemannes (2012)

41

41

3. Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGer 5A_121/2019

- **Testamentarische Verfügungen** des Erblassers zugunsten seiner zweiten Ehefrau = anfechtbar, da erbvertragswidrig
- Bindungswirkung zugunsten Kinder aus erster Ehe (Interessentheorie – Vermutung der Zweiseitigkeit)
- **Schenkungen** des Erblassers an seine Ehefrau = anfechtbar, da erbvertragswidrig (anders noch: BGE 140 III 193: „Schädigungsabsicht nicht mit aller Klarheit [Vorsatz] dargetan“)
- Eindeutiger und missbräuchlicher Versuch des Erblassers, seine Verpflichtungen aus dem Erbvertrag zu entgehen
- Gutgläubigkeit der Beschenkten verneint

42

42

3. Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid BGer 5A_121/2019

Neu ab 1. Januar 2023:

- Art. 494 Abs. 3 ZGB: Schenkungsverbot bei Erbverträgen, ausser im Erbvertrag nicht explizit vorbehalten

Altes Recht:

- Grundsatz: Schenkungen mit Erbvertrag vereinbar, soweit nicht explizit oder implizit ausgeschlossen (BGE 140 III 193, Erw. 2.1)
- Ausnahme: Rechtsmissbrauch -> offensichtliche Aushöhlung der erbvertraglichen Verpflichtungen

43

43

3. Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid des Bezirksgerichts Rheinfelden (Kt. AG):
VZ.2019.3 vom 26. August 2020

Sachverhalt

- Vom Notar X am 16. Juni 2004 beurkundete Erbvertrag des Ehepaares S
- Die Ehegatten setzen sich gegenseitig als Vorerben auf das gesamte Nachlassvermögen ein
- Nacherbe des vorversterbenden Ehegatten ist der Neffe A
- Neffe A ist Universalerbe beim gleichzeitigem Versterben
- Erbvertrag enthält keine explizite Regelung für das Ableben des nachversterbenden Ehegatten (Tod des Vorerben)
- (Teil-)Klage von A gegen Notar X auf Schadensersatz (vorprozessuale Kosten zur Klärung der Rechtslage)

44

44

3. Aktuelle Rechtsprechung

Entscheid des Bezirksgerichts Rheinfelden (Kt. AG):
VZ.2019.3 vom 26. August 2020

Haftung des Notars, Sorgfaltspflichtverletzung (Art. 398 Abs. 2
und Art. 97 OR)

- Der aargauische Notar haftet für eine unvollständige Formulierung in einem Erbvertrag
- Der geschädigte Dritte ist durch die **Schutzwirkung zugunsten eines Dritten** aktivlegitimiert, seinen Schaden gegenüber dem Notar selbstständig geltend zu machen (vertraglicher Anspruch)
- Vorprozessuale Kosten waren notwendig und angemessen und dienten der Klärung der Forderungen von A als Erbe

45

45

4. Fragen: Last, but not least

„If you want to make God laugh, tell him your plans about your future“

(Englisches Sprichwort)

46

46

KUNZSCHMID
DIE KANZLEI

Referent / Ansprechpartner



Dr. iur. Rudolf Kunz
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt SAV Erbrecht
Mediator SAV

Erbrecht, Notariat

47



Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht)

Änderung vom 18. Dezember 2020

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 29. August 2018¹,
beschliesst:*

I

Das Zivilgesetzbuch² wird wie folgt geändert:

Art. 120 Abs. 2 und 3

² Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht.

³ Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung können Ehegatten keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen erheben:

1. nach der Scheidung;
2. nach dem Tod eines Ehegatten während eines Scheidungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt.

Art. 216 Abs. 2 und 3

² Die über die Hälfte hinaus zugewiesene Beteiligung am Vorschlag wird bei der Berechnung der Pflichtteile des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners, der gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht hinzugerechnet.

³ Eine solche Vereinbarung darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen.

¹ BBl 2018 5813

² SR 210

Art. 217 Abs. 2

² Dies gilt auch bei Auflösung des Güterstands durch Tod, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt.

Art. 241 Abs. 4

⁴ Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag gelten die Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt.

Art. 470 Abs. 1

¹ Wer Nachkommen, den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner hinterlässt, kann bis zu deren Pflichtteil über sein Vermögen von Todes wegen verfügen.

Art. 471

II. Pflichtteil

Der Pflichtteil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs.

*Art. 472*III. Verlust
des Pflichtteils-
anspruchs
im Scheidungs-
verfahren

¹ Ist beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig, so verliert der überlebende Ehegatte seinen Pflichtteilsanspruch, wenn:

1. das Verfahren auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt wurde; oder
2. die Ehegatten mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben.

² In einem solchen Fall gelten die Pflichtteile, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre.

³ Die Absätze 1 und 2 gelten bei Verfahren zur Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft sinngemäss.

*Art. 473*IV.
Nutzniessung

¹ Unabhängig von einer allfälligen Verfügung über den verfügbaren Teil kann der Erblasser dem überlebenden Ehegatten, der überlebenden eingetragenen Partnerin oder dem überlebenden eingetragenen Partner durch Verfügung von Todes wegen gegenüber den gemeinsamen Nachkommen die Nutzniessung am ganzen ihnen zufallenden Teil der Erbschaft zuwenden.

² Diese Nutzniessung tritt an die Stelle des dem Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner neben diesen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechts. Neben dieser Nutzniessung beträgt der verfügbare Teil die Hälfte des Nachlasses.

³ Heiratet der überlebende Ehegatte wieder oder begründet er eine eingetragene Partnerschaft, so entfällt die Nutzniessung auf jenem Teil der Erbschaft, der im Zeitpunkt des Erbgangs nach den ordentlichen Bestimmungen über den Pflichtteil der Nachkommen nicht hätte mit der Nutzniessung belastet werden können. Diese Bestimmung gilt sinngemäss, wenn die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner eine neue eingetragene Partnerschaft begründet oder heiratet.

Art. 476

3. Versicherung
und gebundene
Selbstvorsorge

¹ Ist ein auf den Tod des Erblassers gestellter Versicherungsanspruch, einschliesslich eines solchen Anspruchs aus der gebundenen Selbstvorsorge, mit Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden, so wird der Rückkaufswert des Versicherungsanspruchs im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu dessen Vermögen hinzugerechnet.

² Ebenfalls zum Vermögen des Erblassers hinzugerechnet werden Ansprüche von Begünstigten aus der gebundenen Selbstvorsorge des Erblassers bei einer Bankstiftung.

Art. 494 Abs. 3

³ Verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, unterliegen jedoch der Anfechtung, soweit sie:

1. mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und
2. im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind.

Art. 522

B. Herabset-
zungsklage
I. Voraus-
setzungen
1. Im
Allgemeinen

¹ Die Erben, die dem Werte nach weniger als ihren Pflichtteil erhalten, können die Herabsetzung der folgenden Erwerbungen und Zuwendungen verlangen, bis der Pflichtteil hergestellt ist:

1. der Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge;
2. der Zuwendungen von Todes wegen;
3. der Zuwendungen unter Lebenden.

² Enthält eine Verfügung von Todes wegen Bestimmungen über die Teile der gesetzlichen Erben, so sind sie als blosse Teilungsvorschriften aufzufassen, wenn kein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich ist.

Art. 523

2. Pflichtteilsberechtigte

Bei pflichtteilsberechtigten Erben werden Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge und Zuwendungen von Todes wegen im Verhältnis der Beträge herabgesetzt, die ihren Pflichtteil übersteigen.

Art. 529

4. Versicherung und gebundene Selbstvorsorge

¹ Versicherungsansprüche auf den Tod des Erblassers, einschliesslich solcher Ansprüche aus der gebundenen Selbstvorsorge, die durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden sind, unterliegen der Herabsetzung mit ihrem Rückkaufswert.

² Ebenfalls der Herabsetzung unterliegen Ansprüche von Begünstigten aus der gebundenen Selbstvorsorge des Erblassers bei einer Bankstiftung.

Art. 532

III. Durchführung

¹ Der Herabsetzung unterliegen wie folgt der Reihe nach, bis der Pflichtteil hergestellt ist:

1. die Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge;
2. die Zuwendungen von Todes wegen;
3. die Zuwendungen unter Lebenden.

² Die Zuwendungen unter Lebenden werden wie folgt der Reihe nach herabgesetzt:

1. die der Hinzurechnung unterliegenden Zuwendungen aus Ehevertrag oder Vermögensvertrag;
2. die frei widerruflichen Zuwendungen und die Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge, im gleichen Verhältnis;
3. die weiteren Zuwendungen, und zwar die späteren vor den früheren.

II

Die Änderung anderer Erlasse wird im Anhang geregelt.

III

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Ständerat, 18. Dezember 2020

Der Präsident: Alex Kuprecht
Die Sekretärin: Martina Buol

Nationalrat, 18. Dezember 2020

Der Präsident: Andreas Aebi
Der Sekretär: Pierre-Hervé Freléchoz

Ablauf der Referendumsfrist und Inkraftsetzung

¹ Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 10. April 2021 unbenützt abgelaufen.³

² Es wird auf den 1. Januar 2023 in Kraft gesetzt.⁴

19. Mai 2021

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Guy Parmelin
Der Bundeskanzler: Walter Thurnherr

³ BBl 2020 9923

⁴ Der Beschluss über das Inkrafttreten wurde am 17. Mai 2021 im vereinfachten Verfahren gefällt.

Anhang
(Ziff. II)

Änderung anderer Erlasse

Die nachstehenden Erlasse werden wie folgt geändert:

1. Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004⁵

Art. 25 Abs. 2

Aufgehoben

Art. 31 Abs. 2

² Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung kann die Partnerin oder der Partner keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen erheben:

1. nach der gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft;
2. nach dem Tod der Erblasserin oder des Erblassers während eines Auflösungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs der überlebenden Partnerin oder des überlebenden Partners bewirkt.

2. Bundesgesetz vom 25. Juni 1982⁶ über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge

Art. 82 Gleichstellung anderer Vorsorgeformen

¹ Arbeitnehmer und Selbstständigerwerbende können Beiträge für weitere, ausschliesslich und unwiderruflich der beruflichen Vorsorge dienende, anerkannte Vorsorgeformen abziehen. Als solche Vorsorgeformen gelten:

- a. die gebundene Selbstvorsorge bei Versicherungseinrichtungen;
- b. die gebundene Selbstvorsorge bei Bankstiftungen.

² Der Bundesrat legt in Zusammenarbeit mit den Kantonen die Abzugsberechtigung für Beiträge nach Absatz 1 fest.

³ Er regelt die Einzelheiten der anerkannten Vorsorgeformen, insbesondere bestimmt er den Kreis und die Reihenfolge der Begünstigten. Er legt fest, inwieweit der Vorsorgenehmer die Reihenfolge der Begünstigten ändern und deren Ansprüche näher bezeichnen kann; die vom Vorsorgenehmer getroffenen Anordnungen bedürfen der Schriftform.

⁵ SR 211.231

⁶ SR 831.40

⁴ Die aus einer anerkannten Vorsorgeform Begünstigten haben einen eigenen Anspruch auf die ihnen daraus zugewiesene Leistung. Die Versicherungseinrichtung oder die Bankstiftung zahlt diese den Begünstigten aus.

Urteilskopf

146 III 1

1. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen)
5A_984/2018 vom 7. Januar 2020

Regeste

Art. 519 ZGB; Ungültigkeitsklage; Anordnung der Willensvollstreckung; Sachlegitimation.

Die Ungültigkeitsklage einzig gegen die Anordnung der Willensvollstreckung setzt nicht voraus, dass alle Erben und Bedachten in den Ungültigkeitsprozess einbezogen werden. Sie darf sich allein gegen den Willensvollstrecker richten (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 1

BGE 146 III 1 S. 1

C. schloss 2011 mit ihren drei Kindern A., D. und E. einen Erbvertrag. Sie setzte darin und in ihrem Testament vom Mai 2014 B. als Willensvollstrecker ein. Im Juni 2014 starb C. (Erblasserin).

A. (Beschwerdeführer) stellte im Juli 2015 ein Schlichtungsgesuch gegen B. (Beschwerdegegner) und gegen seine beiden Geschwister betreffend Absetzung des Beschwerdegegners als Willensvollstrecker. Eine Einigung kam nicht zustande. Am 31. Dezember 2015 klagte der Beschwerdeführer einzig gegen den Beschwerdegegner. Er beantragte, den Beschwerdegegner als Willensvollstrecker abzusetzen und die letztwillig angeordnete Willensvollstreckung aufzuheben.

BGE 146 III 1 S. 2

Die kantonalen Gerichte wiesen die Klage ab. Sie verneinten die Passivlegitimation des Beschwerdegegners mit der Begründung, die Klage richte sich einzig gegen den Beschwerdegegner als Willensvollstrecker, hätte sich aber nach dem Grundsatz der sog. unteilbaren Einheit der Willensvollstreckerklausel zusätzlich gegen alle aus der letztwilligen Verfügung Begünstigten richten müssen.

Der Beschwerdeführer beantragt dem Bundesgericht, den kantonal letztinstanzlichen Entscheid aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Erstinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner schliesst auf Abweisung. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Eine Verfügung von Todes wegen wird auf erhobene Klage für ungültig erklärt (**Art. 519 Abs. 1 und Art. 520 Abs. 1 ZGB**). Ausnahmsweise und hier nicht bestehende Nichtigkeit vorbehalten (**BGE 129 III 580** E. 1 und 2 S. 581 f.; **BGE 132 III 315** E. 2.2 S. 320), bleibt eine Verfügung von Todes wegen folglich wirksam, solange sie nicht angefochten und gerichtlich für ungültig erklärt wird (**BGE 86 II 340** E. 5 S. 344; **BGE 143 III 369** E. 2.1 S. 370). Die Ungültigkeitsklage kann von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde (**Art. 519 Abs. 2 und Art. 520 Abs. 3 ZGB**). Sie ist gegen die Personen zu richten, die aus der ungültigen Verfügung zum Nachteil des Klägers Vorteile erbrechtlicher Art ziehen (**BGE 96 II 79** E. 9b S. 99). Wird die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung angefochten, ist der Willensvollstrecker passivlegitimiert (**BGE 44 II 107** E. 2 S. 114; **51 II 49** E. 3 S. 54; **BGE 85 II 597** E. 3 S. 601; **BGE 103 II 84** E. 1 S. 85).

4.2

4.2.1 Die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts geht dahin, dass ein Urteil über eine Ungültigkeitsklage nur zwischen den Prozessparteien wirkt. Sie kann sich vor allem auf die Erwägung stützen, dass es im Belieben der Beteiligten steht, ob und allenfalls wieweit sie eine letztwillige Verfügung gelten lassen wollen (**BGE 40 II 190** E. 1 S. 192; **44 II 107** E. 2 S. 116 f.; **57 II 150** E. 2 S. 152; **81 II 33** E. 3 S. 36; **91 II 327** E. 7 S. 337; **96 II 119** E. 1b S. 124).

4.2.2 Daraus folgt, dass der Ungültigkeitskläger nicht verpflichtet ist, alle Personen einzuklagen, die aus der angefochtenen Verfügung

BGE 146 III 1 S. 3

von Todes wegen erbrechtliche Vorteile ziehen (**BGE 57 II 150** E. 2 S. 152). Es besteht weder für Klagende noch für Beklagte eine notwendige Streitgenossenschaft (**BGE 136 III 123** E. 4.4.1 S. 127; Urteil 5A_763/2018 vom 1. Juli 2019 E. 8.3.1.3). Von der Regel, dass der Einbezug aller an der Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen oder an deren Aufrechterhaltung erbrechtlich Interessierten in das Klageverfahren nicht notwendig ist, macht die Rechtsprechung dann eine Ausnahme, wenn der Gegenstand der angefochtenen Verfügung von Todes wegen eine unteilbare Einheit bildet und deshalb die Ungültigerklärung der Verfügung von Todes wegen zwingend mit Wirkung für und gegen alle Interessierten erfolgen muss (**BGE 97 II 201** E. 3 S. 205 mit Hinweis auf **BGE 89 II 429**).

4.2.3 Mit der auf die Prozessparteien beschränkten Urteilswirkung im Sinne der Rechtsprechung ist die Rechtskraft gemeint, wonach durch die Gutheissung der Ungültigkeitsklage die angefochtene Verfügung von Todes wegen nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur in Bezug auf die Zuwendungen an die Beklagten aufgehoben wird (**BGE 44 II 107** E. 2 S. 116/117). Zur Begründung dieser Urteilswirkung hat die Rechtsprechung später zusätzlich angefügt, im Unterschied etwa zu Klagen, die den Familienstand betreffen, komme bei der Klage auf Ungültigerklärung eines Testaments kein öffentliches Interesse in Betracht, das verlangen würde, dass das die Klage gutheissende Urteil gegenüber jedermann wirke (**BGE 81 II 33** E. 3 S. 36). Damit wird freilich nicht ausgeschlossen, dass die nur im Verhältnis der Prozessparteien wirkende Ungültigerklärung einer Verfügung von Todes wegen auch für Dritte von Bedeutung sein kann. Im erwähnten **BGE 44 II 107** selber hat das Bundesgericht die Verbindlichkeit des Ungültigkeitsurteils für am Prozess nicht beteiligte Vermächtnisnehmer erwähnt. Gerade weil zu deren Gunsten lautende Vermächtnisse unangefochten blieben und damit gültig waren, wurde die selbstständige Klage gegen die beiden Willensvollstrecker auf Ungültigerklärung ihrer Ernennung zugelassen, damit sich die Willensvollstrecker nicht unter Berufung auf ihre Berechtigung und Verpflichtung zur Ausführung des noch verbleibenden Teils des letzten Willens in die Nachlassliquidation einmischen können (**BGE 44 II 107** E. 2 S. 117). Das von einem Erben gegen die Willensvollstrecker erstrittene Gerichtsurteil, mit dem die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung für ungültig erklärt wird, schliesst folglich ein Handeln der Willensvollstrecker nicht bloss gegenüber dem Kläger, sondern auch im Verhältnis zu allen anderen am Prozess nicht als Parteien beteiligten Erben und Bedachten aus.

BGE 146 III 1 S. 4

4.3 Die Lehre ist sich einig, dass die Ungültigkeitsklage den Einbezug aller erbrechtlich Interessierten als notwendige Streitgenossen in der Regel nicht voraussetzt (E. 4.2.2 oben). Schwierigkeiten bereitet einem Teil der Lehre hingegen die bundesgerichtliche Formulierung, wonach das Urteil nur zwischen den Prozessparteien wirkt (E. 4.2.3 oben). Anerkannt wird dabei, dass das Urteil nur die Verfügung von Todes wegen für ungültig erklären kann, die gerichtlich angefochten und zwischen den Prozessparteien streitig ist. Ergänzt und hervorgehoben wird hingegen, dass das Urteil auch für Dritte gilt, soweit die im Verhältnis zwischen den Parteien eingetretene Rechtsänderung für sie von Bedeutung ist (MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 382 f. Anm. 80b; PAUL PIOTET, Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, SPR Bd. IV/1, 1978, S. 274 f. mit Hinweisen; und ihm folgend insbesondere DENIS PIOTET, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. II, 2016, N. 42 zu Art. 519/520 ZGB mit Hinweisen).

Damit übereinstimmend wird im besonderen Fall der Klage, die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung für ungültig zu erklären, die Auffassung vertreten, dass die Gutheissung der Ungültigkeitsklage auch nur eines Miterben gegen den Willensvollstrecker dessen Einsetzung dahinfallen lässt und dass diese Rechtsgestaltung von jedermann, auch von den am Verfahren nicht beteiligten Erben zu beachten ist (BENEDIKT SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit, 2017, S. 146 ff.). Zum gleichen Ergebnis dürften die Autoren gelangen, die eine Erga omnes-Wirkung des Urteils fordern, wenn sich die Ungültigkeitsklage eines einzigen Miterben ausschliesslich gegen die Einsetzung des Willensvollstreckers richtet (SUTTER-SOMM/CHEVALIER, Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers, successio 2007 S. 20 ff., S. 22 Ziff. III/1b; so wohl auch PETER TUOR, Berner Kommentar, 1952, N. 6b der Vorbemerkungen zu **Art. 519-521 ZGB**), und keine andere Lösung dürfte aus Lehrmeinungen folgen, wonach der Willensvollstrecker allein passivlegitimiert ist, wenn mit der Ungültigkeitsklage einzig die Anordnung der Willensvollstreckung angefochten wird (GIUSEPPE TORRICELLI, L'esecutore testamentario in diritto svizzero, 1953, S. 203; GRÉGOIRE PILLER, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. II, 2016, N. 144 zu **Art. 518 ZGB** mit Hinweisen).

In der Lehre, die das Kantonsgericht dagegen anruft, wird ein Gleichlauf bzw. eine gegenseitige Bedingtheit von Sachlegitimation und Urteilswirkung im Fall der Ungültigkeitsklage gegen die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung befürwortet. Weil eine bloss

BGE 146 III 1 S. 5

"anteilmässige" Absetzung des Willensvollstreckers mit Wirkung nur gegenüber dem Kläger nicht denkbar ist, muss die Ungültigkeitsklage eines einzelnen Miterben - in Anwendung der Rechtsprechung zur

unteilbaren Einheit - sowohl gegen den Willensvollstrecker als auch gegen alle übrigen, nicht bereits als Kläger teilnehmenden Miterben sowie allfällige Vermächtnisnehmer gerichtet werden, andernfalls die Klage mangels Sachlegitimation abzuweisen ist (SUTTER-SOMM/SEILER, Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage - Ausgewählte Probleme, successio 2014 S. 198 ff., S. 205, und gleicher Meinung in einer Vielzahl von Veröffentlichungen DANIEL ABT, zuletzt in: Praxiskommentar Erbrecht, Abt/Weibel [Hrsg.], 4. Aufl. 2019, N. 66d zu **Art. 519 ZGB** mit weiteren Hinweisen).

4.4

4.4.1 Das Kantonsgericht findet die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht derart einschlägig, dass gestützt darauf die heutige Streitfrage beantwortet sei, ob der Beschwerdeführer seine Klage, die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung für ungültig zu erklären, allein gegen den Beschwerdegegner als Willensvollstrecker erheben durfte oder zusätzlich auch gegen seine Miterben und gegen alle von der Erblasserin letztwillig Bedachten hätte richten müssen.

4.4.2 Das in **BGE 44 II 107** veröffentlichte Leiturteil gestattet den Schluss, dass die Klage eines Erben, die letztwillige Anordnung der Willensvollstreckung für ungültig zu erklären, gegen den Willensvollstrecker zu richten ist, dass dabei ein Einbezug sämtlicher an der Aufhebung oder Beibehaltung der Willensvollstreckung erbrechtlich Interessierten in den Prozess unterbleiben darf und dass vielmehr das Urteil, das die Ungültigkeitsklage gutheisst, die Willensvollstreckung auch im Verhältnis zu den am Prozess nicht beteiligten Erben oder Bedachten ausschliesst (E. 4.2.3 oben; so auch zutreffend SEILER, a.a.O., S. 75 Rz. 140).

Diese Folgerung wird durch **BGE 51 II 49** gestützt. Für unbegründet erklärt hat das Bundesgericht dort den Einwand der beklagten Willensvollstreckerin, "die Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage müsse gegen die Miterben, allfällig in Verbindung mit dem Willensvollstrecker, und könne nicht gegen letzteren allein geführt werden, ganz abgesehen davon, dass der einzige Miterbe erklärt hat, er setze dem Begehren der Klägerin keinen Widerstand entgegen" (**BGE 51 II 49** E. 3 S. 54).

BGE 146 III 1 S. 6

Bestätigt wurde das Ergebnis in **BGE 90 II 376**, wo einige der pflichtteilsberechtigten Erben des elterlichen Stammes und eine Bank als Zessionarin von Erbansprüchen die Entsetzung der Fides Treuhand-Vereinigung vom Amt eines Willensvollstreckers beantragten und das Kantonsgericht die Fides Treuhand-Vereinigung vom Amt eines Willensvollstreckers im Nachlass des Christian Schmid-Blaser entthob (Bst. A-D S. 377 f.). Auf Berufung der Willensvollstreckerin hat sich das Bundesgericht einlässlich mit allen sich stellenden Verfahrensfragen befasst (E. 1-4 S. 379 ff.) und die Passivlegitimation der Willensvollstreckerin bejaht (E. 2 S. 381), dabei aber nicht im Ansatz ein Problem in der Tatsache gesehen, dass lediglich einige und damit nicht alle Erben am Verfahren gegen die Willensvollstreckerin beteiligt waren. Vielmehr hat das Bundesgericht im Einzelnen geprüft, ob die Amtsenthebung wegen einer Interessenkollision oder wegen Pflichtverletzungen, die eine Interessenkollision belegen, begründet war (E. 5 und 6 S. 386 ff.).

4.4.3 An der Praxis ist festzuhalten. Denn das Gesetz lässt keinen Zweifel daran, dass es bei mehreren Klageberechtigten genügt, wenn einer von ihnen klagt, und bei mehreren Bedachten, wenn gegen den einen geklagt wird. Worüber sich das Gesetz hingegen ausschweigt, ist die Frage, wie weit sich die gerichtliche Ungültigerklärung in persönlicher Beziehung erstreckt (vgl. TUOR, a.a.O., N. 6 der Vorbemerkungen zu **Art. 519-521 ZGB**). Auf dieser Ebene ist deshalb auch die Antwort auf die heutige Streitfrage zu suchen, wie sie die Praxis und ein Teil der Lehre auch gefunden haben, und nicht durch einen vom Gesetzgeber nicht erwünschten Einbezug aller Erben in den Ungültigkeitsprozess.

4.4.4 Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners gewährt das Gesetz den Erben oder Bedachten keinen Anspruch darauf, dass eine letztwillig angeordnete Willensvollstreckung zu ihrer Durchführung gelangt. Ohne Rücksicht auf ihr Interesse an der Willensvollstreckung kann der Willensvollstrecker sein Amt ablehnen, später niederlegen oder aufsichtsbehördlich abgesetzt werden. Es besteht deshalb auch keine Rechtsgrundlage dafür, Erben und Bedachte, die nicht selber geklagt haben, als Beklagte in einen Ungültigkeitsprozess gegen den Willensvollstrecker auf dessen Absetzung einzubeziehen. Sind sie an der Abweisung der Ungültigkeitsklage interessiert, steht es ihnen frei, unter den gesetzlichen Voraussetzungen (**Art. 74 ff. ZPO**) den Willensvollstrecker im Prozess zu unterstützen. Streitige erbrechtliche Auseinandersetzungen sind nun nicht derart aussergewöhnlich, dass sie zur Schaffung notwendiger Streitgenossenschaften,

BGE 146 III 1 S. 7

die das materielle Recht nicht vorsieht, zwingen. Den Miterben stehen zudem weitere gesetzliche Möglichkeiten zu ihrer Interessenwahrung offen (z.B. ein Begehren um Bestellung einer Erbenvertretung: Urteil 5D_133/2010 vom 12. Januar 2011 E. 5; vgl. CORDULA LÖTSCHER, Das schwarze Schaf in der Erbgemeinschaft - Auswege aus einer Blockade und planerische Möglichkeiten, successio 2019 S. 174 ff.).

4.4.5 Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob der Grundsatz der sog. unteilbaren Einheit auf den vorliegenden Sachverhalt überhaupt zugeschnitten ist und was damit genau gemeint ist (vgl. dazu die Urteilsbesprechungen von MAX KUMMER, ZBJV 100/1964 S. 539 ff., und von HANS MERZ, ZBJV 109/1973 S. 70).

4.5 Aus den dargelegten Gründen ist der Beschwerdegegner als Willensvollstrecker im Verfahren der Klage des Beschwerdeführers, die letztwilligen Anordnungen der Willensvollstreckung für ungültig zu erklären, allein passivlegitimiert und ein Einbezug der beiden Miterben des Beschwerdeführers und der Vermächtnisnehmer als Beklagte in den Ungültigkeitsprozess nicht notwendig.



Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



4A_522/2018

Arrêt du 18 juillet 2019

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes les Juges fédérales
Kiss, Présidente, Hohl et May Canellas.
Greffière : Mme Schmidt.

Participants à la procédure

1. A. _____,
2. B. _____,
3. C. _____,
4. D. _____,

tous les quatre représentés par Me Jean-Charles Lopez,
recourants,

contre

Z. _____ SA,
représentée par Me Daniel Tunik,
intimée.

Objet

droit des héritiers aux renseignements contre la banque du défunt; délimitation en matière internationale entre le droit de nature contractuelle et le droit de nature successorale,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 25 juillet 2018 (C/21851/2016, ACJC/1031/2018).

Faits :

A.

A.a. Le 26 septembre 2005, feu U. _____ (ci-après: la cliente ou la défunte) avait conclu avec la banque Z. _____ SA, à Genève (ci-après: la banque), un contrat de gestion de fortune. Elle était titulaire et ayant droit économique du compte numérique xxx n°... ouvert dans les livres de la banque (ci-après: le compte X). De son vivant, après avoir effectué quelques retraits en liquide sur son compte X, la cliente a, le 30 octobre 2009, donné l'ordre écrit à la banque de transférer la totalité de ses avoirs vers le compte IBAN CH... (ci-après: le compte IBAN Y) ouvert dans les livres de la banque, puis de clôturer son compte X. A cette date, ses avoirs s'élevaient à 503'244 euros. L'ordre était signé par elle, ainsi que par sa fille F. _____, laquelle était au bénéfice d'une procuration générale sur le compte depuis le 19 septembre 2007. Ses avoirs ont été effectivement transférés entre le 11 et le 12 novembre 2009. La cliente est décédée le 11 janvier 2011 à Madrid. Elle laisse pour héritiers deux fils (D. _____ et E. _____), une fille (F. _____) et trois petits-enfants (A. _____, B. _____ et C. _____) d'un fils prédécédé. Sa succession qui s'élevait à 13'740'281,70 euros a été répartie entre ses héritiers par acte notarié du 23 janvier 2012.

A.b. En 2012, son fils D. _____ a requis de la banque des renseignements sur la relation bancaire de feu sa mère. La banque lui a fourni les relevés du compte pour toute la durée de la relation bancaire et les états du portefeuille au 31 décembre de chaque année. Sur demande d'informations complémentaires de 2013, la banque a confirmé que, depuis 2003, la cliente n'avait pas ouvert d'autre relation bancaire que le compte X et a transmis les avis de débit et de tra des actifs liés aux instructions de clôture données par la cliente. Puis, sur nouvelle demande, elle lui a transmis un copie de l'instruction de transfert et de clôture signée le 30 octobre 2009.

En 2016, le fils précité et les trois petits-enfants ont requis de la banque, en particulier, la copie de tous les avis de débit en relation avec ledit transfert et la communication de l'identité du titulaire du compte IBAN Y. Ils ignorent l'identité du titulaire et de l'ayant droit économique de ce compte, sur lequel les avoirs de la défunte ont été transférés en 2009. Le titulaire de ce compte IBAN Y s'est opposé à la levée du secret bancaire à son égard. La banque a indiqué ne pas pouvoir révéler son identité en raison de ses obligations de confidentialité.

B.

Par requête de citation en conciliation du 22 décembre 2016, le fils de la défunte, D. _____, et les trois petits-enfants de celle-ci, A. _____, B. _____ et C. _____ (ci-après: les héritiers ou les demandeurs), tous héritiers réservataires, ont ouvert action en reddition de compte contre la banque, concluant notamment à ce qu'il soit ordonné à celle-ci de leur remettre la copie de l'intégralité des instructions données par la défunte en relation avec la gestion de ses avoirs sous la relation du compte X en ses livres et de leur communiquer l'identité du titulaire du compte IBAN Y sur lequel ont été versés les avoirs du compte X de la défunte en novembre 2009. Bien que l'arrêt ne précise pas le fondement de la demande, il résulte de sa motivation que les héritiers réservataires demandeurs ont invoqué que le droit suisse est applicable à la relation contractuelle entre le défunt et la banque (i.e les règles du mandat des art. 394 ss CO) et qu'en vertu de l' art. 400 al. 1 CO, ils ont le même droit contractuel que la défunte d'être pleinement renseignés sur les mouvements sur les comptes de celle-ci durant les dix dernières années, le secret bancaire ne pouvant leur être opposé.

Par jugement du 16 août 2017, le Tribunal de première instance a ordonné à la banque de remettre aux demandeurs la copie de l'intégralité des instructions données par la défunte en lien avec la gestion de ses avoirs sous la relation visée, mais a rejeté la demande de communication de l'identité du titulaire du compte IBAN Y. A l'appui de ce rejet, il a considéré que si les héritiers avaient un droit de nature contractuelle aux renseignements, découlant des droits contractuels du défunt, la banque devait protéger le secret bancaire dû à ses autres clients, en particulier les bénéficiaires de transferts, internes à la banque, d'avoirs dont la défunte était titulaire.

Statuant le 25 juillet 2018, la Chambre civile de la Cour de justice de Genève a partiellement admis l'appel des demandeurs et, réformant le jugement attaqué, a condamné la banque à remettre aux clients, en plus de ce qu'elle leur avait déjà transmis, la copie de la retranscription des instructions et des ordres éventuellement donnés par la défunte téléphoniquement ou oralement lors de ses visites à la banque. Confirmant le jugement pour le surplus, elle a refusé la demande de communication de l'identité du titulaire du compte IBAN Y.

Examinant tout d'abord le droit contractuel aux renseignements, elle a considéré que, en se fondant sur la relation contractuelle que le défunt entretenait avec la banque, les héritiers réservataires avaient le droit d'être renseignés sur les transactions effectuées par la défunte (copie de l'intégralité des instructions données par la défunte en relation avec la gestion de ses avoirs). En revanche, ceux-ci ne disposaient pas du droit de contraindre la banque à leur dévoiler l'identité du titulaire du compte IBAN Y parce que ce tiers bénéficie du secret bancaire, que la défunte elle-même ne pouvait obtenir des informations concernant ce compte, quand bien même elle connaissait vraisemblablement l'identité de son titulaire, de sorte que le secret bancaire qui était opposable à la défunte l'était également à ses héritiers. Elle a examiné ensuite le droit successoral aux renseignements: elle a considéré que les héritiers auraient dû établir, ou tout au moins rendre hautement vraisemblable, la lésion de leur réserve, ce qu'ils n'ont pas fait puisqu'ils n'ont même pas allégué que leur réserve légale aurait été lésée par la libéralité que la défunte aurait faite au titulaire du compte IBAN Y.

C.

Contre cet arrêt, les héritiers demandeurs ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 19 septembre 2018. En substance, ils concluent, sur le fond, à ce que l'arrêt soit réformé en ce sens que la banque soit condamnée à leur communiquer dans les dix jours l'identité du titulaire du compte IBAN Y, sous peine d'une amende d'ordre de 1'000 fr. par jour de retard dans l'exécution. Subsidièrement, ils concluent à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il les déboute de leur conclusion tendant à la communication de l'identité du titulaire compte IBAN Y et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Ils précisent que la seule question litigieuse est celle de savoir si la banque doit leur communiquer l'identité du titulaire de ce compte IBAN Y sur lequel ont été versés les avoirs de la défunte et dont celle-ci avait nécessairement connaissance.

La banque intimée conclut au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué. La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt. Les parties ont encore déposé chacune des observations.

Considérant en droit :

1.

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF), prise sur appel par le tribunal supérieur du canton de Genève (art. 75 LTF), dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF), dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable.

2.

Sous réserve de la violation des droits constitutionnels (art. 106 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal (ou, cas échéant, à l'état de fait qu'il aura rectifié conformément aux art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l' art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116; arrêts 4A_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 2.2, non publié in ATF 143 III 348; 4A_357/2015 du 4 décembre 2015 consid. 1.4; 4A_285/2015 du 22 septembre 2015 consid. 1.3; 4A_653/2014 du 11 août 2015 consid. 1.4 non publié in ATF 141 III 407; 4A_399/2008 du 12 novembre 2011 consid. 2.1 non publié in ATF 135 III 112).

Toutefois, même lorsqu'une question est discutée par les parties, le Tribunal fédéral n'est pas lié par l'argumentation juridique développée par celles-ci ou par l'autorité précédente; il peut admettre le recours, comme il peut le rejeter en procédant à une substitution de motifs (**ATF 140 III 86** consid. 2; **135 III 397** consid. 1.4; **134 III 102** consid. 1.1 p. 104; **133 III 545** consid. 2.2).



3.

Il n'est pas contesté, s'agissant d'une affaire de nature internationale, que le droit suisse est applicable et que les tribunaux genevois sont compétents pour connaître de la demande en renseignements des demandeurs dirigée contre la banque (arrêt 4A_249/2009 du 29 juillet 2009 consid. 2.3, lequel précise qu'il n'y a pas lieu d'anticiper, au stade de l'examen de la compétence, sur la nature contractuelle ou successorale du droit aux renseignements, puisqu'il y a lieu de se baser sur les allégués de la demande et donc sur la prétention (contractuelle) invoquée par le demandeur conformément à la théorie de la double pertinence [sur cette théorie, cf. **ATF 142 III 467** consid. 4.1; **141 III 294** consid. 5]).

4. La seule question litigieuse est de savoir si la banque défenderesse doit communiquer aux héritiers réservataires demandeurs l'identité du titulaire du compte IBAN Y, sur lequel la défunte a fait transférer, de son vivant, la totalité de ses avoirs se trouvant sur son compte X et s'élevant à 503'244 euros.

4.1. Le droit privé suisse ne contient pas de droit général aux renseignements. Ce n'est pas le besoin d'être renseigné de l'héritier qui est déterminant quand il s'agit de savoir de qui il peut exiger une information. Dans chaque cas, il faut examiner quelle disposition légale fonde le droit à l'information (**ATF 132 III 677** consid. 4.2). En ce qui concerne les renseignements requis d'une banque auprès de laquelle le défunt avait un compte, il faut ainsi distinguer, d'une part, le droit aux renseignements de nature contractuelle et, d'autre part, le droit aux renseignements de nature successorale, étant précisé que ces droits aux renseignements comprennent également les pièces justificatives dont ceux-ci ressortent (ci-après, en raccourci: le droit aux renseignements ou le droit à l'information). Avant de statuer sur la question litigieuse (consid. 4.5), il est nécessaire de résumer préalablement la jurisprudence et la doctrine en ce qui concerne ces deux droits (consid. 4.2 et 4.3) et la réglementation de la compétence dans les affaires internationales (consid. 4.4).

4.2. En droit suisse, le droit aux renseignements de nature contractuelle des héritiers à l'égard de la banque se déduit de l'art. 400 al. 1 CO.

Selon la jurisprudence, en vertu du principe de l'universalité de la succession (art. 560 al. 1 CC), les héritiers acquièrent non seulement tous les droits patrimoniaux du défunt, mais aussi le droit aux renseignements concernant les relations contractuelles que celui-ci entretenait, en particulier avec sa banque, à l'exception des faits de nature strictement personnelle que le défunt aurait confiés à son banquier (**ATF 133 III 664** consid. 2.5).

4.2.1. Il est incontesté qu'en ce qui concerne les avoirs du défunt au jour du décès, les héritiers - qu'ils soient réservataires ou non - ont droit à toutes les informations sur ces avoirs, qui font partie de la masse successorale. Les héritiers qui ont droit à la délivrance des biens de la succession sont les titulaires de ce droit aux renseignements à l'égard de la banque. Leur droit est de nature contractuelle, puisqu'il résulte du contrat qui liait le défunt à la banque (**ATF 135 III 185** consid. 3.4.2) et a son fondement dans l'art. 400 al. 1 CO.

La jurisprudence a retenu un droit individuel aux renseignements de chaque héritier " pour faire valoir ses droits " (**ATF 89 II 87** consid. 6 p. 93 dans lequel il s'agissait d'une promesse de donner à cause de mort) sur la base de l'art. 400 al. 1 CO (**ATF 133 III 664** consid. 2.5), conception reprise par de nombreux auteurs (CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2e éd. 2008, p. 343 n. 76; le même, Bankgeheimnis und Auskunftsrecht der Erben, Secret bancaire et droit à l'information des héritiers, Not@lex 2018 p. 99 ss; Antoine EIGENMANN, Succession et secrets, in Journée de droit successoral 2019, p. 93 ss, p. 118 n. 62; CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, La banque face aux demandes de renseignements des héritiers, in Not@lex 2011 p. 121 ss, p. 138; FRANZ WERRO, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 9 ad art. 400 CO) et critiquée par Denis Piotet (Le droit des héritiers à être renseignés par les tiers, in Journée de droit successoral 2015, p. 35 ss, n. 44, pour lequel les héritiers acquièrent en commun, et non individuellement, les biens de la succession [art. 560 al. 1 et 602 al. 1 CC], de sorte qu'ils devraient être titulaires en commun du droit aux renseignements).

Ainsi, lorsqu'ils entendent faire valoir ce droit contractuel aux renseignements, les héritiers doivent établir d'une part la relation contractuelle du défunt avec le tiers (i.e. la banque) et, d'autre part, leur légitimité successorale, soit l'acquisition de cette prétention par voie successorale (**ATF 138 III 728** consid. 3.5 p. 735).

4.2.2. En ce qui concerne les transferts effectués par le *de cujus* antérieurement à son décès, la question de l'étendue du droit aux renseignements de nature contractuelle fondé sur l'art. 400 al. 1 CO est l'objet de controverses.

Sous le titre marginal " Reddition de compte ", cet article dispose que le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit.

4.2.2.1. A propos de l'obligation du mandataire en général, la jurisprudence admet que l'obligation de rendre compte de sa gestion (*Rechenschaftspflicht*) comprend l'obligation de renseigner (*Informationspflicht*). Le droit à l'information doit permettre au mandant de vérifier si les activités du mandataire correspondent à une bonne et fidèle exécution du mandat et, le cas échéant, de réclamer des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité du mandataire. Grâce à l'information obtenue, le mandant connaîtra également l'objet de l'obligation de restitution du mandataire (*Ablieferungs* - OU *Herausgabepflicht*) (**ATF 141 III 564** consid. 4.2.1 p. 567; **139 III 49** consid. 4.1.2 p. 54; **110 II 181** consid. 2 p. 182; cf. également **ATF 138 III 425** consid. 6.4 p. 435). Le devoir de renseigner peut aussi porter sur la teneur de documents internes pour autant qu'elle soit pertinente pour contrôler les activités du mandataire (**ATF 139 III 49** consid. 4.1.3 p. 56).

Pour procéder à la vérification de la bonne exécution du mandat par la banque, le client et, après son décès, ses héritiers ont intérêt à être informés de tous les faits nécessaires pour déterminer si la banque a exécuté le contrat avec diligence et si elle s'en est tenue aux instructions du client.

4.2.2.2. En plus du droit aux renseignements pour pouvoir mettre en cause la responsabilité de la banque pour inexécution ou mauvaise exécution du mandat, la jurisprudence reconnaît aux héritiers le droit d'obtenir de la banque des renseignements sur les versements et virements effectués par le défunt antérieurement à son décès en faveur de tiers. Il a souvent été déduit des **ATF 133 III 664** et 136 III 461 que ce droit des héritiers a la même étendue que le droit du défunt lui-même et que ce devoir de renseigner de la banque subsiste même lorsque la banque a déjà complètement renseigné le client de son vivant. Cette conception est l'objet de controverses.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice genevoise, seul l'héritier réservataire dispose d'un droit contractuel (hérité; *ererb*) aux renseignements à l'égard de la banque au sujet des transferts effectués de son vivant par le défunt en faveur de tiers (*credendi, solvendi* ou *donandi causa*), ces informations devant lui permettre d'exercer l'action en réduction (art. 522 ss CC) ou de faire respecter l'obligation de rapporter de ses cohéritiers (art. 626 CC) (LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, Reddition de comptes et droit aux renseignements, in SJ 2006 II p. 23 ss, p. 30 et les nombreuses références à la jurisprudence cantonale).

D'autres auteurs sont d'avis que tous les héritiers doivent être mis sur un pied d'égalité, en se basant sur le fait que les héritiers succèdent au défunt dans ses rapports juridiques avec la banque (EIGENMANN, op. cit., p. 120 n. 67).

Un auteur reconnaît aux héritiers, même non réservataires, le droit d'être renseignés sur les mouvements intervenus sur le compte du défunt dans les dix ans qui précèdent (voire plus si la banque dispose encore de ces renseignements), mais le limite aux seules informations qui résultent de la documentation bancaire qui leur est accessible, ce qui signifie que l'identité du titulaire ayant reçu des versements du défunt qui ne ressort pas de cette documentation n'a pas à leur être communiquée, alors même que le défunt la connaissait (LOMBARDINI, op. cit., p. 981 n. 54 et note 71 et p. 982 n. 59).

Comme en ce qui concerne les biens au jour du décès, lorsqu'il entend faire valoir son droit aux renseignements au sujet d'opérations antérieures au décès, l'héritier doit établir, d'une part, la relation contractuelle du défunt avec le tiers (par ex. la banque) et, d'autre part, l'acquisition de cette prétention par voie successorale, laquelle relève de la loi applicable au statut successoral (**ATF 138 III 728** consid. 3.5 p. 735).

Il sied enfin de préciser qu'en ce qui concerne les comptes dont le défunt était l'ayant droit économique, les héritiers ne disposent pas de droit contractuel à l'information (art. 400 al. 1 CO). En effet, dès lors que l'ayant droit économique n'est pas partie à la relation contractuelle avec la banque, que, pour la banque, les rapports entre le titulaire du compte et l'ayant droit économique sont des *res inter alios acta*, l'héritier n'a pas de droit contractuel aux renseignements en ce qui concerne ces valeurs patrimoniales dont le défunt n'était qu'ayant droit économique; il n'a ainsi pas de droit à l'égard d'institutions tels que des trusts ou des fondations du Liechtenstein (**ATF 138 III 728** consid. 3.5 in fine; **136 III 461** consid. 4 et 5.2; arrêts 5A_695/2013 du 15 juillet 2014 consid. 5.1; 5A_638/2009 du 13 septembre 2010 consid. 4.1). Il en découle logiquement que le droit des héritiers ne peut se fonder que sur le droit successoral (art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC). Cette conception est critiquée par la jurisprudence cantonale genevoise (JACQUEMOUD-ROSSARI, op. cit., p. 33; PATRICK BLASER, Le secret à l'épreuve du droit civil, in Les enjeux juridiques du secret bancaire, Genève 2011, p. 87 ss, p. 91; ZENO RAVEANE, Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung, Zurich 2017, p. 70 ss n. 175 ss). Autre est toutefois la question des virements (libéralités) faits par le défunt au débit du compte dont il était titulaire à ces structures successorales tels que trusts ou fondations, dont il serait l'ayant droit économique.

4.3. En droit suisse, le droit successoral aux renseignements découle des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC.

L'art. 607 al. 3 CC oblige les héritiers en possession de biens de la succession ou débiteurs envers celle-ci d'en informer avec précision leurs cohéritiers. L'art. 610 al. 2 CC leur fait plus largement l'obligation de se communiquer tous les renseignements sur leur situation personnelle envers le défunt propre à permettre une égale et juste répartition de la succession.

Ces dispositions visent toutes les informations qui, considérées objectivement, sont potentiellement de nature à influencer le partage de quelque manière que ce soit (**ATF 132 III 677** consid. 4.2.1 p. 685; **127 III 396** consid. 3 p. 401 s.).

Si, à rigueur de texte, ce droit de l'héritier n'est reconnu qu'à l'encontre des cohéritiers, la jurisprudence l'a étendu par analogie à l'égard des tiers, non seulement au sujet de biens en leur possession dès lors que ceux-ci se trouvent potentiellement liés à l'héritier du point de vue du droit des successions, comme un donataire contre lequel peut être introduite une action en réduction (art. 522 ss CC), mais aussi au sujet de l'identité des tiers auxquels ces biens auraient été remis ou cédés et qui en seraient devenus possesseurs ou ayants droit, de façon à ce que l'héritier puisse ensuite agir en restitution contre ceux-ci (**ATF 132 III 677** consid. 4.2.4-4.2.5; arrêts 5A_681/2017 du 7 février 2018 consid. 4.1.2 in fine; 5A_434/2012 du 18 décembre 2012 consid. 3.3.2.2; 5A_620/2007 du 7 janvier 2010 consid. 7.1). Bien que l'**ATF 132 III 677** ait été rendu à propos d'un demandeur qui était exécuteur testamentaire, le même droit aux renseignements appartient logiquement aussi à chaque héritier contre de tels tiers.

En d'autres termes, l'héritier a le droit d'exiger d'une banque des renseignements au sujet de biens faisant potentiellement partie de la succession et qu'elle détient (par ex. ceux dont le défunt était l'ayant droit économique), mais aussi au sujet de l'identité de tiers auxquels ces biens auraient été remis ou cédés et dont ceux-ci seraient devenus titulaires ou ayants droit économiques. Ce droit aux renseignements présuppose toutefois que l'héritier ait vraisemblablement un intérêt juridique (*Rechtsposition*) à la restitution de ces biens, que ce soit par l'action en réduction et restitution ou par l'action en rapport et en partage (arrêt 5A_994/2014 du 11 janvier 2016 consid. 5.5; cf. RAVEANE, op. cit., p. 66 n. 162; TARKAN GÖKSU, Informationsrechte der Erben, PJA 2012, p. 953 ss, 958; ANDREAS SCHRÖDER, Erbrechtliche Informationsansprüche oder die Geister, die ich rief..., in successio 2011, p. 189 ss, p. 190). Ce droit de nature successorale appartient à chaque héritier individuellement (cf. art. 610 al. 3 CC; GÖKSU, op. cit., p. 956 et les références). Le devoir de la banque subsiste à son égard même lorsqu'elle a déjà complètement informé le mandant de son vivant.

4.4. Lorsque l'affaire présente un caractère international (art. 1 al. 2 LDIP; arrêt 4A_445/2015 consid. 3 non publié in **ATF 142 III 466**; **ATF 134 III 475** consid. 4 p. 477 et les arrêts cités), le droit contractuel et le droit successoral des héritiers aux renseignements à l'égard de tiers présentent des différences, dont il résulte des avantages et des inconvénients pour le demandeur.

4.4.1. Ainsi, l'action en reddition de compte, soit le droit contractuel des héritiers aux renseignements contre la banque, tombe dans le champ d'application matériel de la Convention de Lugano (art. 1 al. 1 CL), et non dans la matière successorale exclue par l'art. 1 al. 2 ch. 1 CL (**ATF 135 III 185** consid. 3.4.2). Cette action ressortit ainsi à la compétence internationale de l'État du siège de la banque défenderesse (art. 2 al. 1 CL) et, partant, au tribunal du lieu

du siège de celle-ci (art. 112 al. 1 LDIP; **ATF 135 III 185** consid. 3.5). Ce droit aux renseignements est soumis au statut contractuel applicable (**ATF 135 III 185** consid. 3.4.2); il est habituellement régi par le droit suisse, car lorsqu'un client étranger ouvre un compte dans une banque en Suisse, la relation contractuelle avec la banque est habituellement soumise au droit suisse par les conditions générales de la banque, qui contiennent une élection de droit (art. 116 al. 1 LDIP). L'existence et l'étendue de ce droit contractuel sont donc régies par l' art. 400 al. 1 CO.



4.4.2. En revanche, le droit successoral des héritiers aux renseignements contre la banque, comme les actions successorales, est soumis à la LDIP. La demande de renseignements est du ressort de la juridiction du dernier domicile du défunt (art. 86 al. 1 LDIP) et, si celui-ci se trouvait dans un État étranger, il est régi par le droit que désignent les règles de droit international privé de cet État (art. 91 al. 1 et 92 al. 1 LDIP; HANS RAINER KÜNZLE, *Auskunftspflichten gegenüber Erben*, in *successio* 2012, p. 256 ss, p. 257). Un tel droit successoral est exclu du champ d'application de la Convention de Lugano, puisque cette convention exclut les litiges successoraux (art. 1 al. 2 let. a CL; **ATF 135 III 185** consid. 3.4.2 et arrêt 5A_681/2017 du 7 février 2018 consid. 4.1.1). Il en résulte que l'existence et l'étendue du devoir d'information ne s'examinera pas à l'aune du droit suisse, mais de la loi applicable à la succession.

4.5. Après ce rappel de jurisprudence et de doctrine, il s'impose de clarifier les rapports entre le droit des héritiers aux renseignements de nature contractuelle et le droit de nature successorale à l'égard de la banque du défunt, de statuer sur l'étendue de leur droit de nature contractuelle de l' art. 400 al. 1 CO et d'indiquer à quelles conditions l'héritier invoque un droit de nature contractuelle, de sorte que les juridictions suisses sont compétentes et le droit suisse applicable.

4.5.1. Tout d'abord, il y a lieu d'admettre qu'en droit interne, les droits contractuel et successoral des héritiers aux renseignements à l'égard de la banque peuvent entrer en concours (GÖKSU, op. cit., p. 958; RAVEANE, p. 70 n. 174). Contrairement à ce que certains auteurs ont déduit de l' **ATF 133 III 664** (RAVEANE, op. cit., p. 70 n. 174) ou de l' **ATF 132 III 677** (EIGENMANN, op. cit., n. 41), le Tribunal fédéral n'a pas jugé que l'existence d'un droit contractuel exclurait le droit successoral (tel qu'étendu aux tiers par l' **ATF 132 III 677**); il résulte seulement de ces arrêts que, comme un droit à l'information général ne résulte pas du droit privé suisse et que le droit successoral tel qu'il est réglé par les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC n'existe que contre les cohéritiers, il faut des motifs justifiés pour étendre celui-ci aux tiers, ce qui a été fait par l' **ATF 132 III 677** à l'égard des banques.

En revanche, en matière internationale, le droit de nature successorale n'entrera pas dans la compétence des juridictions suisses et celles-ci ne devront donc examiner que le droit de nature contractuelle des héritiers aux renseignements (**ATF 135 III 185** consid. 3.4.2; cf. arrêt 5A_695/2013 précité consid. 6.1, dans lequel le droit successoral a aussi été examiné concurremment car la compétence internationale n'était pas contestée par la banque défenderesse).

4.5.2. Ensuite, à l'instar de la jurisprudence genevoise, il y a lieu d'admettre, que le droit de nature contractuelle des héritiers aux renseignements ne saurait être illimité, autrement dit avoir exactement la même étendue que le droit du défunt aux renseignements envers la banque, et cela lorsque ce n'est pas la responsabilité de la banque qui est en jeu (art. 398 al. 2 CO; cf. consid. 4.2.2.1), mais seulement les versements et virements antérieurs au décès effectués correctement sur ordre du défunt. En effet, le droit à l'information des héritiers se heurte au droit du défunt au maintien de sa sphère privée, laquelle englobe non seulement les faits de nature strictement personnelle (déjà soumis au secret par l' **ATF 133 III 664** consid. 2.5), mais aussi les aspects d'ordre économique relatifs à son patrimoine et donc les ordres qu'il a donnés, qu'il ait expressément ou non ordonné à la banque d'en maintenir la confidentialité. Dès lors que toute action est subordonnée à l'existence d'un intérêt juridique du demandeur, comme l'exprime l'adage, "pas d'intérêt, pas d'action", seul l'héritier réservataire dont la réserve est lésée et dont l'action en réduction n'est pas périmée, ou l'héritier légal qui dispose d'un droit au rapport et au partage (en matière internationale, ces qualités sont déterminées par la loi applicable au statut successoral; **ATF 138 III 728** consid. 3.5 p. 735), sont en droit d'obtenir des renseignements sur les opérations effectuées par le défunt de son vivant. En revanche, l'intérêt du défunt à la confidentialité de ses décisions économiques doit prévaloir sur l'intérêt de l'héritier qui ne dispose d'aucun de ces droits. Il ne peut être déduit de la jurisprudence que le Tribunal fédéral se serait affranchi de la distinction entre héritiers non réservataires et héritiers réservataires (dans ce sens EIGENMANN, op. cit., n. 68). En effet, dans l' **ATF 89 II 87** (auquel renvoie l' **ATF 133 III 664** consid. 2.5), il s'agissait d'un livret d'épargne dont le défunt s'était réservé la libre disposition jusqu'à sa mort et d'un mandat donné à la banque de le délivrer à son décès à son petit-fils (promesse de donner à cause de mort) et donc de l'état du patrimoine du défunt à son décès, et non d'une libéralité antérieure. Dans l' **ATF 133 III 664**, il s'agissait des enfants d'un premier lit, héritiers réservataires, qui sollicitaient de la banque, des informations concernant des versements et virements effectués par leur défunt père, lesquelles étaient importantes pour la défense de leurs droits à l'égard de leurs cohéritiers (les enfants du second lit et leur mère). Enfin, l' **ATF 136 III 461** consid. 4, qui ne fait que reprendre la formulation de l' **ATF 133 III 664** consid. 2.5, a été rendu dans le cadre de l'action en reddition de compte requise par la veuve du défunt à l'encontre de la banque aux fins de connaître les biens (instituts tels que trusts ou fondations du Liechtenstein) dont le défunt serait l'ayant droit économique, situation dans laquelle il n'existe aucun droit contractuel du défunt qui aurait pu passer aux héritiers (cf. consid. 4.2.2.2 ci-dessus). Lorsqu'un transfert ordonné par le défunt lèse la réserve ou le droit au rapport, la banque doit communiquer aux héritiers le nom du tiers bénéficiaire du transfert, contre lequel ils ne peuvent agir en réduction ou en rapport que s'ils en connaissent l'identité. A cet égard, il importe peu que le transfert ait eu lieu vers un compte ouvert dans une banque tierce ou qu'il ait été effectué sur un compte auprès de la même banque; de même, le fait que le défunt ait connu l'identité du tiers ne saurait dispenser la banque de communiquer celle-ci à l'héritier lésé. La banque ne saurait opposer le secret bancaire du tiers. Les libéralités soumises à la réduction ou au rapport ne sont pas protégées par le secret bancaire. Le secret bancaire dû au tiers ne doit être respecté que lorsqu'il ne met pas en péril les droits des héritiers. A ce propos, il se justifie de rappeler que l'obligation de la banque de garder le secret ne se déduit pas du secret bancaire, mais du contrat passé avec le client, ainsi que du droit de celui-ci à la protection de sa sphère privée. Cette obligation est renforcée par les sanctions pénales prévues par l' art. 47 LB, disposition qui ne règle pas le secret bancaire en tant que tel, mais prévoit la sanction (pénale) en cas de violation de ce secret par la banque (**ATF 142 III 116** consid. 3.1.2; **137 II 431** consid. 2.1.1 p. 436 s.).

Selon la jurisprudence, chaque héritier peut exercer individuellement le droit aux renseignements de nature contractuelle qui appartenait au défunt (cf. consid. 4.2.1 ci-dessus). Il n'y a pas lieu de revenir sur cette jurisprudence dès lors que ce droit a en réalité un fondement successoral dont se déduit un droit individuel (cf. dans ce sens DENIS

4.5.3. Enfin, pour déterminer la nature de l'action intentée - action en reddition de compte contractuelle ou action en renseignements de nature successorale - dans une affaire concrète, les motifs sur lesquels se fonde la demande et lesquels s'appuie la banque défenderesse pour y résister sont décisifs (arrêt 5A_681/2017 précité consid. 4.1.2; **ATF 132 III 677** consid. 3.5 et 4.2). Autrement dit, il s'agit de déterminer l'objet du litige (*Streitgegenstand*) sur la base des conclusions prises dans la demande et du complexe de faits - qui est le fondement du procès - allégué à l'appui de celles-ci, et non la disposition légale invoquée, laquelle relève de l'application du droit d'office par le juge (art. 57 CPC) (**ATF 142 III 210** consid. 2.1; **139 III 126** consid. 3.2.3 et les arrêts cités).

Ainsi, un droit aux renseignements de nature contractuelle de l'art. 400 al. 1 CO est dirigé contre la banque suisse lorsque l'héritier a acquis ce droit, qui se trouvait déjà dans le patrimoine du défunt, par succession (*ererb*) et que seule sa qualité d'héritier lésé dépend du statut successoral; tel est le cas lorsque le défunt était en relation contractuelle avec le tiers (i. e. la banque), et qu'un droit aux renseignements découle de la loi suisse applicable au contrat (cf. **ATF 135 III 185** consid. 3.4.1 p. 191). Inversement, lorsque l'héritier ne peut invoquer aucune relation contractuelle entre le défunt et la banque, le droit aux renseignements ne peut être que de nature successorale; tel est le cas du droit aux renseignements relatif à un compte dont le défunt n'était que l'ayant droit économique (cf. consid. 4.2.2.2 ci-dessus).

4.5.4. On peut rappeler que, en matière internationale, lorsque les héritiers ne peuvent faire valoir qu'un droit de nature successorale, par exemple lorsque le défunt n'était que l'ayant droit économique d'un compte bancaire en Suisse, il appartient au tribunal étranger compétent de fixer l'étendue des renseignements que doit leur fournir la banque et de requérir l'entraide judiciaire internationale contre celle-ci conformément à la Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (cf. **ATF 142 III 116**).

5.

En l'espèce, les demandeurs ne reprochent pas à la banque une inexécution ou une mauvaise exécution de son mandat, ni dans la gestion de la fortune de la défunte, à laquelle ils ont succédé, ni dans l'exécution de l'ordre de transfert du 30 octobre 2009.

La seule question discutée par les demandeurs recourants est de savoir si la banque doit leur communiquer l'identité du titulaire du compte IBAN Y sur lequel la défunte a fait verser les avoirs qui se trouvaient sur son compte X auprès de la banque. Il s'ensuit que toutes les critiques et questions soulevées par la doctrine au sujet de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui ne sont pas touchées par cette question n'ont pas à être discutées et tranchées ici (cf. consid. 2).

5.1. Savoir si les héritiers demandeurs font valoir un droit contractuel ou un droit successoral à l'information dépend des conclusions qu'ils ont prises dans leur demande et du complexe de faits allégué à la base de celles-ci, tels que ces éléments ressortent des constatations de fait de l'arrêt attaqué (art. 105 al. 1 LTF).

Or, selon ces constatations, dans leur demande, les héritiers demandeurs avaient pris des conclusions en conservation de tous les documents bancaires, en délivrance de tous ceux qui avaient des liens avec la succession. A l'appui du seul chef de conclusions encore litigieux, qui tend à la communication par la banque du nom du titulaire du compte IBAN Y, les héritiers se prévalent de ce que l'étendue de leur droit à l'information est identique à celui qui valait pour la défunte, de sorte que le secret bancaire ne leur serait pas opposable.

La défunte disposait, comme titulaire et ayant droit économique, d'un compte X, numérique, auprès de la banque défenderesse et avait conclu avec celle-ci un contrat de gestion de fortune. Le 30 octobre 2009, elle a donné l'ordre par écrit à la banque, ordre cosigné par sa fille F., de transférer sur le compte IBAN Y d'un tiers - dont le nom ne résulte pas de la documentation bancaire qui a été remise aux héritiers - la totalité de ses avoirs déposés sur son compte X, puis de clôturer celui-ci, ce qui a été fait dans les jours suivants. La défunte était donc bien en relation contractuelle avec la banque, relation soumise conventionnellement au droit suisse.

Il en découle que le droit aux renseignements que les demandeurs font valoir est le droit qui se trouvait déjà dans le patrimoine de la défunte et dont ils ont hérité, soit un droit de nature contractuelle, qui est régi par le droit suisse applicable à la relation contractuelle et donc le droit aux renseignements de l'art. 400 al. 1 CO.

5.2. Les demandeurs sont une partie des héritiers réservataires de la défunte, cette qualité seule étant régie par le droit espagnol. La banque leur a déjà fourni toutes les informations relatives au compte de la défunte (ouverture, états du portefeuille, relevé détaillé depuis son ouverture jusqu'à sa clôture, ordre de transfert et de clôture du 30 octobre 2009 et tous les avis de débit et de transferts ordonnés, de son vivant, par la défunte). Seul manque le nom du bénéficiaire du virement de 503'244 euros ordonné le 30 octobre 2009, ordre cosigné par la fille de la défunte.

La cour cantonale a retenu que les héritiers réservataires demandeurs n'ont toutefois pas établi, ni même rendu hautement vraisemblable la lésion de leur réserve. Selon les juges précédents, les demandeurs n'ont même pas allégué considérer que leur réserve légale aurait été lésée par la libéralité accordée par la défunte au titulaire du compte IBAN Y. Par ailleurs, compte tenu de l'importance de la fortune de la défunte qui était de 13'740'281,70 euros, il est douteux que la libéralité d'environ 500'000 euros ait pu léser leur réserve et puisse être sujette à réduction et ils ne l'allèguent même pas, de sorte que la condition qui leur aurait permis de solliciter la divulgation de l'identité du titulaire du compte IBAN Y fait défaut.

Les demandeurs recourants reprochent certes à la cour cantonale d'avoir nié leur droit à connaître l'identité du titulaire du compte IBAN Y. Ils se limitent toutefois à affirmer qu'ils ont un droit contractuel à être renseignés dans la même mesure que la défunte aurait pu l'être et que le secret bancaire ne peut être violé puisque l'information était connue de la défunte. Ce faisant, ils ne s'en prennent pas à la motivation de la cour cantonale, laquelle a constaté que la lésion de leur réserve n'était pas démontrée. Ils n'allèguent ni ne démontrent pas non plus, dans l'hypothèse d'une libéralité faite à un cohéritier, que leurs droits équivalant à un rapport au sens du droit suisse seraient lésés. La question de savoir quel degré de preuve devrait être exigé pour la preuve de la lésion de leurs droits dans le cadre d'une action de nature contractuelle en renseignements contre la banque peut demeurer ouverte.

Contrairement à ce que la cour cantonale a retenu, ce n'est donc pas parce que le tiers qui a reçu le virement de la défunte bénéficierait du secret bancaire et que la défunte elle-même n'aurait pas pu obtenir cette information de la banque, que l'action contractuelle en renseignements doit être rejetée, mais bien parce que les héritiers, s'ils ont bien établi qu'ils sont héritiers réservataires n'ont pas prouvé ni même rendu vraisemblable que, selon le droit espagnol,

leurs droits seraient atteints par l'éventuelle libéralité du montant de 503'244 euros faite à un bénéficiaire. Il sied d'ailleurs de rappeler que l'ordre donné par la défunte a été cosigné par sa fille.

6.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté, avec suite de frais et de dépens à la charge des recourants (art. 1 et 68 al. 1 LTF).



Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis solidairement à la charge des recourants,

3.

Les recourants, débiteurs solidaires, verseront à l'intimée une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens.

4.

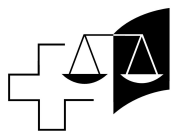
Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile.

Lausanne, le 18 juillet 2019

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

La Greffière : Schmidt



Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



5A_121/2019

Arrêt du 25 novembre 2020

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux Herrmann, Président,
Marazzi, von Werdt, Schöbi et Bovey.

Greffière : Mme Dolivo.

Participants à la procédure

A. _____,
représentée par Me Jean-Jacques Martin, avocat,
recourante,

contre

1. B.B. _____,
2. C.B. _____,
tous les deux représentés par Me Pierre Gabus, avocat,
intimés.

Objet

pacte successoral,

recours contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 11 décembre 2018
(C/24576/2013 ACJC/1745/2018).

Faits :

A.

D.D. _____ et E.D. _____ se sont mariés en 1948 sous le régime de l'union des biens de l'ancien droit. En 1975, les époux D. _____ ont conclu devant notaire un contrat de mariage modifiant la répartition du bénéfice de l'union conjugale, prévoyant une attribution exclusive en faveur du conjoint survivant. Les époux D. _____ ont eu deux enfants, B.B. _____ et C.B. _____.

A.a. D.D. _____ était propriétaire de trois immeubles: la parcelle n° 2858 de la commune de V. _____, où sa fille B.B. _____ exploitait la société F. _____ SA, radiée depuis 1996, dont il était administrateur et actionnaire; cette parcelle a été vendue en septembre 1997 au prix de 550'000 fr., dont 500'000 fr. ont été versés en remboursement des hypothèques; la parcelle n° 10385 de la commune de U. _____, sur laquelle se trouve une villa de deux appartements (ci-après: la Villa), dont l'un était habité par D.D. _____ et l'autre loué à un tiers; et la parcelle n° 10464 de la commune de U. _____, sur laquelle est érigé un bâtiment dans lequel était exploité un atelier de mécanicien.

A.b. Le 2 avril 1987, D.D. _____, E.D. _____ et leurs deux enfants ont conclu un pacte successoral duquel il ressort notamment:

- que les époux ont rappelé les termes de leur contrat de mariage;

- que la totalité des biens des époux dépendaient de l'union conjugale, aucun d'entre eux n'ayant reçu de donation ou d'héritage, sous réserve d'un héritage à recevoir par E.D. _____ dans un avenir proche qui s'élèverait à 120'000 fr.;
- que les époux déclaraient s'instituer réciproquement pour seuls et uniques héritiers, en se léguant l'intégralité de leur succession;
- que ces deux institutions d'héritiers, pour le tout consenties par les époux, étaient expressément acceptées par leurs enfants, lesquels déclaraient renoncer à tous droits dans la succession du premier des deux parents qui décéderait;
- qu'au décès du deuxième des conjoints, B.B. _____ se verrait attribuer la pleine et exclusive propriété des actions de la société F. _____ SA;
- que cette attribution des actions F. _____ SA à leur valeur nominale, expressément acceptée par C.B. _____, serait consentie à B.B. _____, à valoir sur les droits pour moitié auxquels elle pourrait prétendre dans la succession du deuxième de ses père et mère décédé;
- qu'au décès du deuxième des conjoints D.D. _____ et A. _____, B.B. _____ et C.B. _____ seraient héritiers à parts égales entre eux dans ladite succession;
- qu'à titre de règle de partage, C.B. _____ pourrait reprendre dans sa part l'immeuble dans lequel il exploitait son atelier de mécanicien, et B.B. _____ pourrait reprendre dans sa part l'immeuble dans lequel elle exploitait la société F. _____ SA, ainsi que la Villa;
- que les dispositions testamentaires et de partage étaient expressément acceptées par les comparants.

A.c. Par la suite, D.D. _____ a pris d'autres dispositions à cause de mort.

Ainsi, par testament public du 23 juin 1997, D.D. _____ a confirmé les dispositions du pacte successoral susmentionné, ajoutant que la société F. _____ SA qu'il détenait partiellement avait été liquidée afin d'éviter une faillite provoquée par la gestion trop laxiste de sa fille, que la dette de cette dernière envers lui en lien avec cette liquidation s'élevait à 547'520 fr. 45 au 31 décembre 1996 et qu'il devait être tenu compte de ladite créance contre sa fille dans la succession du deuxième des parents, afin de protéger les droits de son fils, C.B. _____, cohéritier avec sa soeur.

Par testament public du 14 août 2002, D.D. _____ a révoqué et annulé son testament du 23 juin 1997 et confirmé en tant que besoin le pacte successoral du 2 avril 1987.

A.d. En octobre 2003, E.D. _____ est décédée.

A la date du décès de E.D. _____, les époux D. _____ détenaient des actifs bruts s'élevant à 2'524'217 fr., composés essentiellement d'avoirs bancaires (431'216 fr.), de la Villa (estimée à 760'000 fr.) et de l'atelier de mécanicien (estimé à 1'330'000 fr.). Ces immeubles étaient hypothéqués à hauteur de 807'488 fr. La fortune nette de D.D. _____ s'élevait à cette époque à environ 1'713'700 fr.

A.e. Le 21 octobre 2006, D.D. _____ s'est remarié avec A. _____, avec laquelle il n'a pas conclu de contrat de mariage.

A.e.a. Lors de son second mariage, D.D. _____ disposait d'une fortune mobilière de 338'037 fr. 60 et d'une fortune immobilière nette d'environ 1'290'000 fr. Il percevait des loyers mensuels pour la location du second appartement se trouvant dans la Villa et pour la location de l'atelier de mécanicien, respectivement à hauteur de 2'250 fr. et 10'000 fr. Il bénéficiait également d'une rente AVS annuelle de 21'096 fr.

A.e.b. S'agissant de A. _____, son patrimoine était constitué de la manière suivante lors de son mariage avec D.D. _____ en octobre 2006: un compte épargne senior auprès de la Banque G. _____ avec un solde de 5'573 fr. et un compte épargne auprès de H. _____ avec un solde de 5'368 fr. En outre, durant le mariage, A. _____ percevait une rente AVS annuelle de 19'944 fr.

A.e.c. Durant son second mariage, D.D. _____ a adopté de nouvelles dispositions à cause de mort:

Par testament public déposé devant notaire les 6 et 16 novembre 2006, D.D. _____ a rappelé être marié sous le régime de la participation aux acquêts et précisé que tous les biens mobiliers et immobiliers qu'ils possédaient à ce jour à son nom avaient été acquis avant son mariage. Il a révoqué et annulé tous les testaments et dispositions à cause de mort antérieurs et institué sa nouvelle épouse pour héritière, pour sa part légale et toute la quotité disponible, en pleine propriété. Il a réduit ses enfants à leur réserve légale, à parts égales entre eux.

Le 9 mars 2009, D.D. _____ a déposé chez son notaire un second testament public, aux termes duquel il révoquait et annulait tous les testaments ou dispositions à cause de mort antérieurs, instituait son épouse comme héritière pour sa part légale plus l'entier de la quotité disponible en pleine propriété et, à titre de règle de partage, lui attribuait la Villa. Il a réduit ses deux enfants à leur réserve légale.

A.e.d. Durant son second mariage, D.D. _____ a procédé à d'importantes transactions immobilières et mobilières pour un montant totalisant 3'962'499 fr. Ainsi, entre les mois d'octobre 2006 et décembre 2012, D.D. _____ a effectué de nombreux retraits d'espèces ou des versements de 100'000 fr. sur divers comptes au nom de son épouse, mais il a aussi vendu son atelier de mécanicien et un porte-feuille de titres. Les transactions effectuées par D.D. _____ directement au profit de sa seconde épouse se sont élevées au total à 581'000 fr.

A.f. Selon les déclarations fiscales des époux D.D. _____ et A. _____, leur fortune mobilière a évolué de la manière suivante au cours de leur mariage: en 2006, leur fortune se montait à 319'925 fr., à savoir 218'669 fr. pour D.D. _____ et 101'256 fr. pour A. _____; en 2007, leur fortune se montait à 156'210 fr., à savoir 90'209 fr. pour D.D. _____ et 66'001 fr. pour A. _____; en 2008, leur fortune se montait à 1'753'906 fr., à savoir 1'739'459 fr. pour D.D. _____ et 14'447 fr. pour A. _____; en 2009, leur fortune se montait à 677'734 fr., à savoir 592'923 fr. pour D.D. _____ et 84'811 fr. pour A. _____; en 2010, leur fortune se montait à 1'569'671 fr., à savoir 1'499'147 fr. pour D.D. _____ et 70'524 fr. pour A. _____; en 2011, leur fortune se montait à 1'307'005 fr., à savoir 1'000'701 fr. pour D.D. _____ et 306'304 fr. pour A. _____; un montant de 100'000 fr. était déclaré en tant que fortune en numéraires, autos et bijoux. Interrogé sur la diminution de 260'000 fr. des avoirs mobiliers par rapport à l'année précédente, le conseiller fiscal de D.D. _____ a répondu que son client ne lui avait pas donné d'explications; en

2012, leur fortune mobilière se montait à 963'353 fr., à savoir 712'546 fr. pour D.D. _____ et 250'807 fr. pour A. _____.

B.

D.D. _____ est décédé le 24 décembre 2012, laissant ses deux enfants, ainsi que sa seconde épouse. En janvier 2013, les enfants du défunt ont appris l'existence des testaments des 6 et 16 novembre 2006 et 9 mars 2009, par l'intermédiaire du notaire dépositaire.

C.B. _____ a requis le bénéfice d'inventaire de la succession de son père. L'inventaire dressé dans ce contexte faisant état d'actifs à hauteur de 4'297'106 fr. et de passifs pour 759'117 fr., à savoir un actif successoral net de 3'537'989 fr., comprenant le prix de vente de l'atelier de mécanicien et celui de la parcelle n° 2858 de la commune de V. _____.

C.

Le 18 novembre 2013, B.B. _____ et C.B. _____ ont ouvert une action en invalidation des dispositions à cause de mort postérieures au pacte successoral conclu le 2 avril 1987, à savoir les testaments des 6 et 16 novembre 2006 et du 9 mars 2009, dès lors que ledit pacte successoral interdisait à feu leur père de prendre de telles dispositions à cause de mort postérieures incompatibles avec les attributions conventionnelles résultant du pacte de 1987. Ils ont aussi conclu à l'annulation, respectivement à l'invalidation, de l'ensemble des donations effectuées par feu leur père au profit de sa seconde épouse ou de tout autre tiers, notamment au profit des deux enfants de cette dernière, et cela fait, à ce que le rapport de l'ensemble de ces donations soit ordonné, puisque ces nombreuses donations avaient été effectuées dans le seul but d'éluder le pacte successoral et de leur porter préjudice. Les demandeurs ont assorti leur action en invalidation et annulation d'une demande de renseignements.

Par réponse et demande reconventionnelle du 26 septembre 2014, A. _____ a notamment conclu au rejet de l'action et, à titre préjudiciel, à ce qu'il soit constaté qu'elle est héritière légale de la succession de feu son époux, qu'il soit constaté que sa réserve légale est de 1/4 de son droit de succession, car le testament du 9 mars 2009 devait être interprété à la lumière du pacte successoral, de sorte que, selon un avis de droit du Professeur Steinauer qu'elle avait commandé, elle est réduite à sa réserve; qu'il soit constaté que la Villa lui est attribuée en application des règles de partage prévues dans le testament du 9 mars 2009; et qu'il soit constitué, avec le solde des biens mobiliers et des avoirs bancaires, trois lots d'une valeur égale à respectivement 1/4 de la succession pour elle, sous déduction de la valeur de la Villa, et de 3/8èmes pour chacun des demandeurs. Sur demande reconventionnelle, A. _____ a notamment conclu à la détermination de la valeur de la succession, à l'attribution en sa faveur de la Villa estimée à 890'000 fr., à ce qu'il soit dit qu'elle reprenait à son seul nom la dette hypothécaire grevant ce bien à la valeur du jugement, et à l'attribution des lots réalisés en fonction du droit de succession de chacun des héritiers légaux. La défenderesse a chiffré sa part dans la succession à 334'787 fr. 20.

Dans leur réponse à la demande reconventionnelle, les demandeurs ont conclu à ce qu'il soit dit que la valeur de la succession de feu leur père s'élevait à 1'829'821 fr. (sous réserve d'amplification), que leurs parts héréditaires étaient de 3/8èmes chacun, celle de A. _____ de 1/4, et que la part dévolue aux deux premiers nommés s'élevait à 686'183 fr. chacun. Ils ont en outre sollicité l'attribution en faveur de B.B. _____ de la Villa en imputation de sa part, ainsi que la condamnation de A. _____ à rapporter à la succession la somme de 593'027 fr. avec intérêts à 5% dès le 24 décembre 2012 et à leur payer le montant de 135'572 fr. avec intérêts à 5% dès le 24 décembre 2012, correspondant respectivement à la différence entre sa part de la succession et le montant des rapports dont elle est débitrice, et à une indemnité à titre d'occupation de l'un des appartements de la Villa équivalent à un loyer mensuel de 2'250 fr. du 24 décembre 2012 jusqu'à la date du partage de la succession. Les demandeurs ont en outre conclu au déboutement de A. _____ de toutes ses conclusions.

Entendu par le Tribunal de première instance, le notaire dépositaire des testaments de feu D.D. _____ a expliqué que ce dernier avait souhaité rédiger un testament afin de favoriser au maximum son épouse. Il a déclaré qu'il ignorait que le disposant avait conclu un pacte successoral auparavant, dont il a appris l'existence seulement après le décès de son client, mais que s'il avait eu connaissance de ce pacte successoral à l'époque, il aurait instrumenté différemment les testaments, au regard de l'engagement contractuel pris par le disposant.

Durant la procédure de première instance, A. _____ a déclaré devant le tribunal qu'elle ignorait les dispositions à cause de mort prises par son époux, hormis le testament du 9 mars 2009. Elle a appris l'existence des autres dispositions à cause de mort après le décès de son mari, singulièrement du pacte successoral, qu'elle avait ensuite retrouvé dans le bureau de son défunt époux. S'agissant des mouvements de fonds effectués par son feu mari, elle a déclaré au tribunal, lorsqu'elle a été entendue à ce sujet pour la première fois, qu'elle ignorait tout, sauf le transfert de 100'000 fr. sur son compte I. _____ en 2006, et a contesté devoir rapporter un quelconque montant à la succession. Par la suite, A. _____ a reconnu que les sommes créditées sur ses comptes par feu son mari étaient importantes et nombreuses et a expliqué ces transferts par le souhait de celui-ci de la protéger. Elle a en outre exposé que le couple allait fréquemment dans de bons restaurants et avait effectué plusieurs voyages que son mari payait en espèces. Interrogée par le tribunal sur d'autres retraits en espèces, elle a admis que ces montants avaient probablement servis à aider des tiers, notamment son fils issu d'une précédente relation ou un prêtre. Concernant le retrait d'espèces effectué le jour du décès de son mari, elle a fait valoir qu'elle avait procédé à ce retrait sur demande de son époux qui souhaitait faire des cadeaux. Quant à l'augmentation de sa fortune mobilière à environ 306'000 fr. dans sa déclaration fiscale 2011, A. _____ n'a pas souhaité fournir d'explications, précisant néanmoins qu'elle ne jouait pas à la loterie.

Dans leurs plaidoiries finales écrites du 15 novembre 2017, les demandeurs ont persisté dans leurs conclusions préalables en invalidation des testaments et ont requis, au fond, qu'il soit dit que la succession s'élève à 2'731'828 fr., portant à 1'024'435 fr. 50 leur part respective, A. _____ étant tenu de restituer à la succession la somme de 1'493'230 fr. avec intérêts à 5% dès le 24 décembre 2012.

Dans ses plaidoiries finales écrites du même jour, A. _____ a requis une part de 5/8èmes de la succession, ce qui correspond selon elle à un montant de 710'271 fr., à ce que la vente aux enchères publiques de la Villa soit ordonnée et à ce qu'il soit dit qu'elle a droit à 5/8èmes du prix de vente. Elle a nouvellement fait valoir que l'aspect bilatéral des clauses du pacte successoral faisait défaut, au motif que les enfants B. _____ n'avaient renoncé à rien vu le régime matrimonial de leurs parents et que leur mère ne possédait aucuns biens propres, de sorte que les testaments de 2006 et 2009 étaient valables. S'agissant des libéralités entre vifs reçues de feu son mari; elle a fait valoir qu'il ne s'agissait pas de donations, mais du devoir d'entretien conjugal, afin de la faire bénéficier du train de vie dispendieux de son époux.

Les demandeurs ont conclu à l'irrecevabilité des plaidoiries finales de l'intimée, subsidiairement à l'irrecevabilité des conclusions nouvelles.

C.a. Par jugement du 26 janvier 2018, le Tribunal de première instance de Genève a notamment ordonné le partage de la succession de feu D.D. _____ (ch. 1 du dispositif), dit que la part de A. _____ dans ladite succession était de 1/4 de l'actif net (ch. 2), celle de B.B. _____ de 3/8èmes de l'actif net (ch.3) et celle de C.B. _____ de 3/8èmes de l'actif net (ch.4), condamné A. _____ à payer à l'hoirie de feu D.D. _____ la somme de 581'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 24 décembre 2012 (ch. 5), dressé la liste des actifs successoraux, comprenant entre autres les créances contre A. _____ à hauteur de 581'000 fr., plus intérêts, en restitution de libéralités, de 88'660 fr. à titre d'indemnité pour occupation de la parcelle n° 10385, et de 18'229 fr. 87 à titre de remboursement des actifs de la succession employés pour acquitter des factures (ch. 6), dit que la parcelle n° 10385 [la Villa] était attribuée à B.B. _____ en imputation de sa part successorale (ch. 9), statué sur les frais et dépens (ch. 13 et 14), et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 15).

Le 5 mars 2018, A. _____ a fait appel de ce jugement, sollicitant l'annulation des chiffres 2 à 6 et 13 à 15 du dispositif et leur réforme, notamment en ce sens qu'il soit dit que sa part dans la succession est de 5/8èmes de l'actif net, que la part des enfants est de 3/16èmes chacun, et qu'il soit constaté que les actifs successoraux ne se composent pas des créances à son encontre de 581'000 fr., de 88'660 fr. et de 18'229 fr. 87.

C.b. Par arrêt du 11 décembre 2018, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a déclaré recevable l'appel interjeté par A. _____ et confirmé le jugement entrepris.

D.

Par acte du 8 février 2019, A. _____ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant à l'annulation de l'arrêt entrepris et à sa réforme dans le sens de ses conclusions d'appel. Au préalable, la recourante sollicite le bénéfice de l'assistance judiciaire, comprenant la désignation de son conseil en qualité d'avocat d'office.

Par réponse du 25 juin 2020, les intimés ont principalement conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. L'autorité précédente s'est référée aux considérants de son arrêt.

Par réplique du 9 juillet 2020, la recourante a contesté les arguments présentés dans la réponse et persisté dans ses conclusions.

La cause a été délibérée publiquement le 25 novembre 2020.

Considérant en droit :

1.

Le recours en matière civile est recevable (art. 72 al. 1, 74 al. 1 let. b, 76 al. 1, 75, 90 et 100 al. 1 LTF).

2.

Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris le droit constitutionnel (**ATF 136 I 241** consid. 2.1; **136 II 304** consid. 2.4). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés (**ATF 142 III 364** consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (**ATF 142 I 99** consid. 1.7.1; **142 III 364** consid. 2.4 et la référence). En outre, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation des droits fondamentaux que si de tels griefs ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation n ", art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de façon claire et détaillée (**ATF 144 II 313** consid. 5.1; **142 II 369** consid. 2.1; **142 III 364** consid. 2.4).

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (**ATF 143 I 310** consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (art. 106 al. 2 LTF). Une critique portant sur l'état de fait ou sur l'appréciation des preuves qui ne satisfait pas au principe d'allégation susmentionné (cf. *supra* consid. 2.1) est irrecevable (**ATF 145 IV 154** consid. 1.1).

3.

Le présent recours a pour objet la portée contraignante des clauses du pacte successoral conclu le 2 avril 1987 (cf. *supra* faits let. A.b), ainsi que la compatibilité dudit pacte au regard des dispositions entre vifs et à cause de mort prises ultérieurement par feu D.D. _____, singulièrement les donations intervenues entre 2006 et 2012 et les testaments de 2006 et 2009.

4.

Dans son arrêt, l'autorité précédente a d'abord réfuté l'argument de la recourante (alors appelante) selon lequel les clauses du pacte successoral étaient librement révocables, en sorte que le testament du 9 mars 2009 serait valable. La Cour de justice a estimé que le but des époux D. _____ était d'avantager le conjoint survivant au-delà de ce que permettait leur contrat de mariage, puisque les enfants auraient pu, au regard de la législation et de la jurisprudence en vigueur au décès du premier de leur parent, agir en réduction contre les clauses dudit contrat de mariage sur la répartition du bénéfice de l'union conjugale qui portaient atteinte à leur réserve. En renonçant à hériter du premier de leurs parents décédé, les enfants B. _____ ne renonçaient pas uniquement à leur part résultant des apports dans l'union conjugale (art. 212 et 213 aCC), ils renonçaient également à leur réserve héréditaire dans la succession du premier parent décédé. En échange de leur renonciation, les enfants se voyaient institués héritiers uniques de l'intégralité de la succession du second parent décédé. Les engagements pris de manière reconnaissable par toutes les parties dans le pacte successoral de 1987 étaient ainsi de nature contractuelle, en sorte qu'il fallait admettre que feu D.D. _____ s'était irrévocablement engagé. Admettant que le remariage de feu D.D. _____ avait eu pour conséquence de diminuer la part dévolue à ses enfants par le pacte successoral, la Cour de justice a jugé que la nouvelle épouse ne pouvait prétendre à la réduction dudit pacte qu'à concurrence de sa propre réserve.

Au vu du constat du caractère contraignant du pacte successoral, l'autorité précédente a considéré que les dispositions testamentaires prises par feu D.D. _____ après son remariage étaient incompatibles avec l'engagement irrévocable pris par celui-ci dans le pacte successoral de 1987 d'instituer ses enfants uniques héritiers de toute sa succession, de sorte que ces derniers pouvaient demander la réduction de toutes les dispositions du testament de 2009 (révoquant celui de 2006) qui étaient en contradiction avec le pacte successoral. En définitive, la Cour de justice a arrêté la part de la recourante dans la succession de feu D.D. _____ à 1/4 et celles de chacun des enfants à 3/8èmes, correspondant à leur réserve héréditaire majorée de la quotité disponible.

Examinant ensuite la question du caractère réductible des donations entre vifs faites par feu D.D. _____ en faveur de sa nouvelle épouse au cours de leur mariage, l'autorité précédente a admis que le pacte successoral ne comportait certes aucun engagement des époux D. _____ de ne pas disposer de leur patrimoine entre vifs, en sorte que les donations n'étaient pas en soi exclues; en revanche, la circonstance que la majorité de ces nombreuses et importantes transactions ait été faite en espèces pour limiter la traçabilité des transferts de fonds, alors que le recourant était âgé de plus de 86 ans, dénotait une volonté de favoriser largement sa nouvelle épouse au détriment de ses enfants. L'intention de nuire aux héritiers institués pouvait également être déduite des testaments de 2006 et 2009, démontrant que feu D.D. _____ cherchait sciemment à révoquer l'engagement qu'il avait pris par pacte successoral, lequel n'était pas limité à la couverture du montant auquel les enfants avaient renoncé en signant le pacte de renonciation.

Statuant enfin sur l'étendue de la restitution des donations entre vifs consenties par feu D.D. _____ en faveur de sa seconde épouse, la Cour de justice a retenu que la recourante ne pouvait pas se prévaloir de sa bonne foi - affirmant qu'elle ignorait l'existence du pacte successoral -, afin de ne pas avoir à restituer l'ensemble des libéralités dont elle a bénéficié, à savoir 581'000 fr., mais seulement le montant dont elle était encore enrichie au jour de l'ouverture de la succession, à savoir 232'999 fr. L'autorité précédente a retenu que les demandeurs n'avaient certes pas réussi à apporter d'éléments prouvant que la recourante avait connaissance du pacte successoral conclu par son mari et sa famille en 1987, cependant elle a jugé que ses déclarations ne pouvaient pas être tenues pour vraies au regard de son comportement au cours de la procédure de première instance, celle-ci ayant tenu à plusieurs reprises des propos mensongers en niant les libéralités dont elle avait bénéficié et en affirmant ne rien connaître de ces transactions financières, avant de finalement admettre, sur instance du tribunal et présentation de preuves irréfutables, avoir reçu des sommes importantes de son feu époux. La Cour de justice a en outre considéré que si la recourante avait réellement ignoré l'existence du pacte successoral et ne pouvait donc pas se douter que les testaments de 2006 et 2009 contenaient des clauses contraires audit pacte, elle aurait nécessairement dû s'interroger sur la raison qui motivait son époux à effectuer toutes ces transactions financières en vue de réduire la masse successorale apparente à son profit, d'autant que la manière de procéder - majoritairement par retrait d'espèces - dénotait un but évident de limiter la traçabilité des transactions. L'autorité précédente a ainsi considéré que les libéralités faites entre vifs par feu D.D. _____ envers la recourante poursuivaient un but évident de contourner ses engagements résultant du pacte successoral, de sorte que ces libéralités devaient être restituées dans leur intégralité (art. 494 al. 3 CC et art. 528 CC, par analogie).

5.

La recourante se plaint de la violation de l'art. 494 al. 2 et 3 CC à trois égards: (i) l'interprétation du pacte successoral de 1987, (ii) les testaments ultérieurs de 2006 et 2009 et (iii) les donations effectuées entre 2006 et 2012, faisant valoir que les testaments et donations ultérieurs étaient compatibles avec les engagements résultant du pacte successoral, cet acte ne stipulant pas le contraire. Elle prétend ainsi que la possibilité d'attaquer les donations ultérieures est une exception qui n'est ici pas remplie.

5.1.

5.1.1. S'agissant de l'interprétation du pacte successoral de 1987, la recourante considère que la Cour de justice s'est fondée uniquement sur des indices pour retenir que le contrat de mariage passé entre les époux D. _____ en 1975 était insuffisant sans la conclusion du pacte successoral de 1987 pour obtenir la répartition à cause de mort des biens que les parties souhaitaient. Selon elle, il ressort au contraire dudit pacte que les parties ont rappelé ce contrat de mariage, qu'ils ont mentionné l'institution d'héritière de E.D. _____ en tant que conjointe survivante " en tant que de besoin ", mais ne se sont référées ni à la jurisprudence Nobel (**ATF 102 II 313** consid. 4), ni au nouveau droit de la famille entré en vigueur le 1er janvier 1988, soit juste quelques mois après la signature du pacte, en sorte que le texte du pacte successoral litigieux ne contiendrait aucune indication amenant à penser que les cocontractants avaient à l'esprit une potentielle atteinte de la réserve héréditaire des enfants communs et en conséquence une éventuelle renonciation de ceux-ci à agir en réduction. Selon la recourante, les enfants ne renonçaient qu'à leur part réservataire ou légale relative aux apports prévisibles de l'épouse, en relation avec la part successorale d'environ 120'000 fr. qu'elle attendait dans un avenir proche, dans l'hypothèse où celle-ci prédécédait à son époux. Au vu des avoirs détenus par les époux D. _____, la recourante qualifie cette renonciation éventuelle de dérisoire et affirme qu'aucun des époux D. _____ n'avait d'intérêt reconnaissable à conclure le pacte successoral de 1987. Se référant, pour le surplus, à l'avis de droit qu'elle avait requis du Professeur Paul-Henri Steinauer, elle relève que celui-ci a conclu à l'absence de caractère bilatéral des clauses du pacte successoral dans l'hypothèse où l'époux décédait le premier, vu l'absence d'apport de sa part dans l'union conjugale, et elle soutient que le Professeur Steinauer aurait eu le même avis [concernant le prédécès de l'épouse] s'il avait eu connaissance du faible montant auquel les enfants pouvaient prétendre dans la succession de leur mère au titre de partage des apports. Enfin, la recourante prétend que le pacte successoral de 1987 n'institue pas les enfants communs comme uniques héritiers, mais seulement héritiers à parts égales, en sorte que le but du pacte successoral était seulement de régler la répartition des actifs du couple entre les enfants. Les clauses de renonciation et d'attribution échappaient ainsi au caractère bilatéral du pacte successoral.

5.1.2. Au regard des testaments publics de feu D.D. _____ déposés en 2006 et 2009, singulièrement celui de 2009 annulant et révoquant toutes les dispositions à cause de mort antérieures et réduisant ses enfants à leur réserve légale, la recourante fait valoir que les clauses du pacte successoral de 1987 étaient librement révocables - sous réserve éventuellement de la part relative aux apports dans l'union conjugale de feu E.D. _____ s'il fallait considérer cette clause comme étant bilatérale -, de sorte que feu D.D. _____ était intégralement libre de disposer de l'ensemble de son patrimoine. Selon elle, dès lors que les 120'000 fr. d'apports de l'épouse prédécédée figurent toujours dans la masse successorale, le testament de 2009 n'est pas inconciliable avec les engagements découlant du pacte

successoral de 1987 et les enfants sont donc valablement réduits à leur réserve de 3/16èmes chacun de la succession de feu D.D._____.

5.1.3. Quant aux donations entre vifs en sa faveur, la recourante souligne que le pacte successoral de 1987 ne contenait aucun engagement des époux D._____ excluant la possibilité de disposer de leur patrimoine entre vifs. Il appartenait, selon elle, aux enfants de démontrer l'intention de feu D.D._____ de chercher uniquement à leur nuire en favorisant son épouse au moyen de ses donations. Elle reproche à l'autorité précédente d'avoir retenu une telle intention dolosive de feu D.D._____ "à la faveur d'une pure interprétation subjective ne ressortant d'aucun raisonnement sérieux", autrement dit par des déductions insoutenables. Elle expose que le fait que la majorité des donations ait été effectuée en espèces ne permet pas d'inférer une pure volonté de dissimuler la traçabilité des montants s'agissant de transactions réalisées par une personne de 86 ans. Elle ajoute que le disposant aurait aussi pu dilapider sa fortune au casino et précise que la Cour de justice a elle-même retenu que feu D.D._____ avait eu la volonté de favoriser sa seconde épouse, ce qui excluait d'emblée toute volonté du disposant de chercher exclusivement à léser ses enfants, d'autant que feu D.D._____ n'a entamé que partiellement son patrimoine par les donations litigieuses, alors qu'il aurait pu tout lui céder de son vivant. Il n'y aurait ainsi aucune nuisance aux intérêts des enfants et leur réserve serait parfaitement respectée au vu des actifs encore présents dans la succession.

5.2. Aux termes de l'art. 494 CC, le disposant peut s'obliger, dans un pacte successoral, à laisser sa succession ou un legs à l'autre partie contractante ou à un tiers (al. 1); il continue à disposer librement de ses biens (al. 2); toutefois, peuvent être attaquées les dispositions pour cause de mort et les donations inconciliables avec les engagements résultant du pacte successoral (al. 3).

5.2.1. Un pacte successoral est généralement bilatéral, mais peut également être multilatéral et faire intervenir plusieurs cocontractants ou plusieurs disposants (arrêt 5A_84/2017 du 7 novembre 2017 consid. 3.3, avec les références). Dans ce cas, il peut contenir à la fois des clauses d'attribution et de renonciation; le cas se présente fréquemment lorsque deux conjoints disposent réciproquement en faveur du dernier survivant et que, dans le même acte, leurs descendants renoncent à la succession du premier parent qui décède (STÉPHANE ABBET, in Commentaire romand, CC II, 2016, n° 6 *ad* Intro art. 494 à 497 CC).

En droit suisse, le testament conjonctif, acte à cause de mort par lequel deux ou plusieurs personnes prennent ensemble des dispositions pour cause de mort unilatérales et réciproques dans le même acte, est prohibé (**ATF 89 II 284** consid. 4 avec les références; arrêt 5A_408/2016 du 21 juillet 2017 consid. 7; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2^{ème} éd., 2015, n° 618, p. 341). En vertu du principe *favor negotii*, il convient de privilégier l'interprétation de l'acte qui valide les dispositions pour cause de mort à celle qui les rend nulles, par conséquent, une disposition viciée doit, dans la mesure du possible, être convertie en une disposition valable (**ATF 99 II 268** consid. 3f; arrêt 5A_140/2014 du 17 octobre 2014 consid. 2.1; ABBET, *op. cit.*, n° 23 *ad* Intro art. 494 à 497 CC). La conversion d'un testament conjonctif en un pacte successoral valable n'est possible qu'à la condition que la forme prévue par l'art. 512 CC ait été respectée (ABBET, *op. cit.*, n° 7 *ad* Intro art. 494 à 497 CC).

5.2.2. Le pacte successoral, institution de nature contractuelle, peut toutefois également contenir, à côté des dispositions contractuelles qui lient les deux ou plusieurs parties, des clauses unilatérales, lesquelles sont librement révocables en vertu de l'art. 509 al. 1 CC (**ATF 133 III 406** consid. 2.1; arrêt 5A_172/2017 du 7 mars 2018 consid. 3.3.1), mais qui devraient être expressément indiquées comme telles (**ATF 96 II 273**; BREITSCHMID/BORNHAUSER, in Basler Kommentar zum ZGB, II, 2019, n° 11 *ad* Vorbemerkungen zu Art. 494-497).

Une clause est considérée comme bilatérale lorsque le cocontractant du disposant y a également un intérêt (BREITSCHMID/BORNHAUSER, *op. cit.*, n° 12 *ad* Vorbemerkungen zu Art. 494-497), ce qui est toujours le cas quand il s'agit de dispositions en faveur du cocontractant. Si des conjoints s'instituent réciproquement héritiers et se substituent leurs enfants communs, la jurisprudence pose la présomption (de fait) qu'il existe un intérêt des deux parties à la substitution, donc une clause contractuelle (**ATF 133 III 406** consid. 3.4 avec la référence; ABBET, *op. cit.*, n° 7 et 22 *ad* Intro art. 494 à 497 CC, qui précise à la note 66 du n° 7 que certains auteurs récents simplifient cette jurisprudence et considèrent que toute clause dont le caractère unilatéral ou bilatéral est incertain est présumée bilatérale).

L'interprétation des clauses bilatérales d'un pacte successoral est soumise aux règles applicables en matière contractuelle (**ATF 133 III 406** consid. 2.2), en sorte qu'il convient tout d'abord de rechercher la commune et réelle intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices de la volonté des parties (art. 7 CC en lien avec l'art. 18 al. 1 CO; **ATF 143 III 157** consid. 1.2.2 et la référence; **140 III 86** consid. 4.1), que le juge doit rechercher, non seulement à la lecture des déclarations de volonté, mais encore au regard du contexte général (**ATF 143 III 157** consid. 1.2.2; **142 III 239** consid. 5.2.1). Si la volonté réelle des parties ne peut être établie - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes -, ou si elle est divergente - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'une partie l'affirme en procédure mais doit résulter de l'administration des preuves (arrêts 5A_172/2017 du 7 mars 2018 consid. 3.3.2; 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3) -, le juge doit appliquer le principe de la confiance, à savoir rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (**ATF 143 III 157** consid. 1.2.2 et les références; **130 III 417** consid. 3.2 et les références; arrêt 4A_155/2017 précité consid. 2.3). L'interprétation littérale l'emporte sur les autres méthodes d'interprétation (arrêt 5A_724/2011 du 13 février 2013 consid. 2), en sorte qu'il ne faut s'écarter du texte du pacte successoral que si celui-ci n'est pas univoque ou n'est que d'une clarté apparente, étant précisé que, dans la mesure où le pacte successoral est toujours instrumenté par un officier public (art. 512 CC), il faut partir du principe que les notions juridiques s'entendent selon leur sens technique (arrêt 5A_530/2012 du 30 octobre 2012 consid. 3.2.1; ABBET, *op. cit.*, n° 19 s. *ad* Intro art. 494 à 497 CC).

5.2.3. Le pacte successoral a un caractère contraignant pour celui qui s'est engagé au moyen de cet instrument et les engagements ainsi pris ne peuvent en principe pas être révoqués unilatéralement par le *de cu jus*, sous réserve des clauses unilatérales contenues dans ledit pacte (BREITSCHMID/BORNHAUSER, *op. cit.*, n° 11 *ad* Vorbemerkungen zu Art. 494-497). Bien que le disposant ne puisse en principe pas révoquer unilatéralement les dispositions résultant du pacte, il demeure toutefois, de son vivant, entièrement libre de disposer de tous ses biens, c'est-à-dire de les vendre (à n'importe quel prix), de les grever, de les consommer, de les dilapider, d'en faire donation ou d'en disposer à cause de mort, à moins que le contraire ne résulte - expressément ou implicitement - du pacte successoral (**ATF 140 III 193** consid. 2.1; arrêt 5C.71/2001 du 28 septembre 2001 consid. 3a; ABBET, *op. cit.*, n° 5 *ad* art. 494 CC);

BREITSCHMID/BORNHAUSER, *op. cit.*, n° 3 *ad* Art. 494 ZGB). La validité des donations ultérieures constitue ainsi la règle, et la possibilité de les attaquer en vertu de l'art. 494 al. 3 CC l'exception (arrêt 5C.71/2001 précité consid. 3a; JEAN GAUTHIER, Le pacte successoral, thèse, Lausanne 1955, p. 37). Selon cette norme, seules les dispositions ou donations inconciliables avec le pacte successoral sont attaquables, au moyen d'une action analogue à l'action en réduction (**ATF 101 II 305** consid. 3b; ABBET, *op. cit.*, n° 11 *ad* art. 494 CC). Pour juger si une donation ultérieure est conciliable avec le pacte successoral, il convient de recourir à un critère subjectif (arrêt 5C.71/2001 précité consid. 3b; GAUTHIER, *op. cit.*, p. 40 ss).

Les dispositions figurant dans un testament postérieur au pacte successoral sont considérées comme incompatibles avec les attributions prévues dans celui-ci et ainsi attaquables, lorsque l'institution d'héritier postérieure empiète sur la part attribuée dans le pacte (ABBET, *op. cit.*, N° 12 *ad* art. 494 CC).

Des aliénations entre vifs faites à titre gratuit, même si elles sont en principe compatibles avec le pacte successoral, notamment parce que le disposant ne s'est pas engagé à ne pas faire de donations entre vifs, sont attaquables si elles ont été faites dans l'intention de nuire au cocontractant en vidant de leur contenu les engagements pris dans le pacte, ce qui correspond à un abus de droit (art. 2 al. 2 CC; **ATF 140 III 193** précité consid. 2.1; STEINAUER, *op. cit.*, n° 636 ss, p. 348 s.). L'intention du donateur de nuire aux héritiers institués (critère subjectif), doit être " manifeste ". Elle doit être prouvée et le dol éventuel ne suffit pas (**ATF 140 III 193** précité consid. 2.2.1). La preuve de l'intention peut résulter d'un faisceau d'indices, tels que le comportement de l'intéressé, l'importance des donations ou les circonstances temporelles de celles-ci (**ATF 140 III 193** précité consid. 2.2.1; ABBET, *op. cit.*, n° 13 *ad* art. 494 CC).

5.3.

5.3.1. En l'occurrence, la recourante entend faire reconnaître que le pacte successoral de 1987 contiendrait en réalité uniquement des clauses unilatérales, sous réserve très éventuellement de la renonciation des enfants à l'apport de l'épouse dans l'union conjugale, à hauteur de 120'000 fr. En tant qu'elle se fonde à cet effet sur ses propres allégations, singulièrement sur l'avis de droit du Professeur Steinauer - lequel ne constitue pas un moyen de preuve, mais revêt la valeur d'une simple allégation de partie (arrêts 5A_301/2010 du 5 août 2010 consid. 3.2; 5A_261/2009 du 1er septembre 2009 consid. 1.3 et la jurisprudence citée, non publié sur ce point *in* **ATF 135 III 608**) - qu'elle extrapole par ailleurs, la recourante se fonde sur des éléments qui ne sont pas constatés dans la décision querellée, sans faire valoir de grief d'arbitraire à cet égard, sa critique est d'emblée irrecevable (cf. *supra* consid. 2). Cela étant, s'il devait s'agir, comme le soutient la recourante, exclusivement de clauses d'attribution entre les époux et de simples règles de partage unilatérales et réciproques, l'acte serait matériellement constitutif d'un testament conjonctif, lequel est prohibé en droit suisse (cf. *supra* consid. 5.2.1). A tout le moins au regard du principe de conversion et du fait que les réquisits de forme du pacte successoral ont été respectés (cf. art. 512 CC), il convient de considérer que l'acte de 1987 constitue un pacte successoral, ce d'autant qu'il a été instrumenté par un notaire - en conséquence de quoi les termes juridiques employés sont présumés être exacts, y compris son intitulé " pacte successoral " (cf. *supra* consid. 5.2.2 *in fine*) -, qui a expliqué aux parties la portée contraignante d'un tel acte. Par surabondance, les clauses d'un pacte successoral instituant chaque époux héritier l'un de l'autre et l'institution des enfants pour héritiers du solde au décès du second de leur parent sont présumées être des clauses bilatérales. La recourante ne présente aucun argument qui permettrait de renverser cette présomption. Le fait que le contenu du contrat de mariage et la mention " en tant que besoin " figurent dans l'acte notarié ne suffisent nullement à démontrer que ce premier acte serait suffisant, mais établissent uniquement que les parties ont tenu compte de ce premier acte. L'argument de la recourante selon lequel le fait que le pacte successoral ne contient aucune référence à la jurisprudence Nobel ni au nouveau droit n'est pas davantage pertinent, dès lors que les enfants B._____ ont explicitement déclaré, dans le pacte successoral, " renoncer à tous droits dans la succession du premier des deux de leurs parents qui décéderait ", ce qui couvre l'ensemble des hypothèses d'action en réduction visées notamment par l'arrêt Nobel et le nouvel art. 241 al. 3 CC, sans qu'il fût nécessaire d'en préciser plus avant la portée. Il est au contraire manifeste que le contrat de mariage de 1975 n'était pas suffisant pour assurer la dévolution des biens qui a été convenue dans le pacte de 1987, dès lors que le premier document ne prévoyait ni l'institution d'héritiers des enfants communs au décès du second des conjoints, ni le consentement des enfants à la dévolution retardée de la succession du premier de leur parent décédé avec pour corollaire une lésion (temporaire) à leurs droits successoraux, ni les règles de partage consenties par chacun des enfants. Il s'ensuit que tant les époux D._____ que leurs enfants jouissaient d'un intérêt évident à la passation de l'acte à cause de mort en 1987 (cf. *supra* consid. 5.2.2, 2ème paragraphe). En conséquence, l'ensemble des clauses du pacte successoral de 1987 doivent être qualifiées de clauses contractuelles (cf. *supra* consid. 5.2.2), leur vocation à poser des règles d'attribution et de partage étant à cet égard totalement dénué de pertinence. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter du texte littéral clair de cet acte rédigé par un notaire, dont il émane des échanges de volontés réciproques, faisant ressortir une réelle et commune intention des parties de se lier, d'autant que l'interprétation desdites clauses au regard du principe de la confiance et de l'ensemble des circonstances (cf. *supra* consid. 5.2.2) conduit au même résultat. Les parties se sont donc liées par des clauses de nature contractuelle dans le pacte successoral de 1987. L'interprétation de l'acte litigieux par l'autorité précédente, en particulier de la nature de son contenu, ne viole pas l'art. 494 al. 2 et 3 CC.

5.3.2. Dans la mesure où la recourante affirme que les dispositions à causes de mort de D.D._____ postérieures au pacte successoral de 1987 sont pleinement valables en se basant sur son postulat que l'acte à cause de mort de 1987 ne contient pas de clauses contractuelles, mais uniquement des clauses unilatérales librement révocables, son grief est d'emblée mal fondé. Ainsi qu'il vient d'être exposé, les engagements pris par feu D.D._____ dans le pacte successoral de 1987 sont de nature contractuelle (cf. *supra* consid. 5.3.1). Il s'ensuit que la réduction des enfants à leur réserve, de même que l'attribution de la Villa à A._____, dispositions prises dans le testament de 2009, apparaissent manifestement inconciliables avec les attributions prévues dans le pacte successoral, selon lesquelles les enfants hériteraient de la succession de chacun de leurs parents au décès du second et l'attribution de la Villa à B.B._____, avec le consentement de son frère cohéritier. Dès lors que ces nouvelles dispositions à cause de mort contredisent le pacte successoral de 1987 afin de favoriser A._____ au détriment des enfants du disposant, elles doivent être tenues pour inconciliables et donc attaquables au sens de l'art. 494 al. 3 CC (cf. *supra* consid. 5.2.3). La Cour de justice n'a donc pas violé cette norme en confirmant la validité et l'efficacité du pacte successoral de 1987 par rapport au testament de 2009 et, partant, la réduction de la recourante à sa réserve légale.

5.3.3. S'agissant des donations entre vifs, il faut constater avec la recourante et l'autorité précédente que le *de cujus* ne s'est pas engagé dans le pacte successoral à conserver son patrimoine en faveur des héritiers institués, de sorte qu'il

pouvait librement en disposer de son vivant, dans la limite de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) ou de l'intention exclusive de porter préjudice aux héritiers institués par le pacte successoral (cf. *supra* consid. 5.2.3). En tant que la recourante conteste l'intention dolosive de son époux, son argumentation, essentiellement appellatoire, n'est pas de nature à démontrer le caractère arbitraire de l'arrêt cantonal à ce sujet, celui-ci ayant retenu, conformément à la jurisprudence, sur la base d'un faisceau d'indices (cf. *supra* consid. 5.2.3), notamment de la manière de procéder - par des prélèvements réguliers en espèces servant à créditer des comptes bancaires nouvellement créés par sa nouvelle épouse - et du montant total des transactions dépassant le demi million de francs en sept ans, que le *de cuius* cherchait manifestement à éluder, ou à tout le moins à réduire la portée de ses engagements pris dans le pacte successoral de 1987, comportement abusif. L'argument de la recourante tiré de la similitude de ces donations entre vifs avec une dilapidation de la fortune du disposant au casino est dépourvue de pertinence, dès lors que la participation à des jeux de hasard ne révèle aucune volonté de contourner un pacte successoral et n'est ainsi pas comparable aux transactions effectuées dans le cas d'espèce. Le grief de violation de l'art. 494 al. 2 et 3 CC en lien avec la condamnation de la recourante à rapporter à la succession les donations entre vifs violant les engagements du disposant dans le pacte successoral de 1987 doit donc également être rejeté.

6.

La recourante dénonce une violation de l'art. 528 al. 1 CC, affirmant que l'autorité précédente n'a pas réussi à établir qu'elle aurait eu connaissance du pacte successoral de 1987 avant le décès de son mari, en sorte que si la restitution des donations entre vifs devait par hypothèse être ordonnée au sens de l'art. 494 al. 3 CC - ce qu'elle a contesté dans le grief précédent (cf. *supra* consid. 5.1.3 et 5.3.3) -, elle devrait à tout le moins être considérée de bonne foi, partant être astreinte à ne rapporter que le montant dont elle se trouvait encore enrichie au jour du décès. Selon elle, puisque la Cour de justice n'a pas pu établir sa connaissance dudit pacte successoral, voire des intentions dolosives de son mari de son vivant, la conclusion selon laquelle elle doit être considérée comme débitrice de mauvaise foi serait fondée sur de pures suppositions. Elle fait valoir à cet égard que ses dénégations relatives aux transactions financières étaient des hésitations et ne portaient que sur les montants retirés, que les donations de son mari servaient à la faire participer au train de vie dispendieux du couple, sans qu'elle n'eût pu imaginer que ces transactions auraient pu avoir une fin chicanière au détriment des enfants B. _____, et que feu D.D. _____ et elle ont vécu comme tout couple marié sans réfléchir en permanence à leur succession.

6.1. L'art. 528 al. 1 CC dispose que le bénéficiaire de bonne foi n'est tenu de restituer que la valeur de son enrichissement au jour de l'ouverture de la succession. Cette norme privilégie ainsi le débiteur de bonne foi tenu à restitution après réduction en limitant son dû à la valeur de son enrichissement au jour de l'ouverture de la succession, alors que le débiteur de mauvaise foi est tenu de restituer l'entier de la valeur de la libéralité entre vifs réduite au jour de l'ouverture de la succession (DENIS PIOTET, Commentaire romand, CC II, 2016, n° 6 *ad* art. 528 CC). Est de mauvaise foi le bénéficiaire qui sait ou doit savoir (PIOTET, *op. cit.*, n° 7 *ad* art. 528 CC) que lors de l'ouverture de la succession, la réserve d'un héritier sera lésée (**ATF 115 II 211** consid. 4), partant que son attribution pourra faire l'objet d'une réduction; la mauvaise foi du débiteur ne saurait être présumée et la simple possibilité théorique ou abstraite que le débiteur ait été de mauvaise fois au jour de l'attribution n'est pas suffisante (PIOTET, *op. c. it.*, loc. cit.).

6.2. En tant que la recourante base sa critique sur le fait qu'elle aurait eu de simples hésitations sur le montant des transactions financières lors de sa comparution personnelle, elle s'en prend à l'établissement des faits, de sorte que son grief est à cet égard irrecevable, faute d'avoir été soulevé dans le cadre d'un grief topique d'arbitraire (art. 9 Cst.) conforme aux exigences légales (art. 106 al. 2 LTF; cf. *supra* consid. 2). Ses arguments concernant la participation au train de vie de son mari et leur absence de considération par rapport à leur succession ne sont pas davantage déterminants, autant que recevables s'agissant d'éléments de fait non établis (art. 9 Cst.; art. 106 al. 2 LTF; cf. *supra* consid. 2), la recourante se limitant à opposer sa propre appréciation des circonstances à celle de l'autorité précédente, sans expliciter les raisons pour lesquelles cette appréciation serait abusive en tant qu'elle considère qu'au cours de cette période, feu D.D. _____ avait à l'esprit le sort de son patrimoine après son décès, sans quoi il n'aurait pas consulté à deux reprises, en 2006 et 2009, son notaire afin d'adopter des dispositions à cause de mort. De surcroît, au vu de la régularité et des montants des transactions, qu'elle a d'abord niées, la recourante ne saurait prétendre qu'il s'agissait d'une simple participation au train de vie de son mari, les déclarations d'impôts des époux D.D. _____ et A. _____ entre 2006 et 2012 attestant de l'accroissement de la fortune de A. _____ au détriment de celle de son époux, même s'il n'est pas exclu qu'une partie des avoirs ait été consommée pour subvenir à leur train de vie. Il n'était pas nécessaire que l'autorité précédente démontre que la recourante avait connaissance de l'existence du pacte successoral de 1987 lors des attributions litigieuses pour retenir qu'elle était de mauvaise foi, le constat que la bénéficiaire ait manifestement su ou dû savoir au regard de l'ensemble des circonstances que ces donations pourraient être sujettes à réduction étant suffisant (cf. *supra* consid. 6.1). Or en l'occurrence, comme l'a relevé l'autorité cantonale sans que l'on puisse lui reprocher d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation à cet égard, si la recourante ignorait l'existence du pacte successoral et ne pouvait donc pas se douter du fait que les testaments de 2006 et de 2009 comportaient des clauses contraires audit pacte, elle aurait nécessairement dû s'interroger sur la raison pour laquelle son époux effectuait les transactions litigieuses. En effet, les dispositions testamentaires de 2006 et 2009, dont elle avait connaissance puisqu'elle était présente auprès de son époux lorsque le notaire a instrumenté ces actes, étaient destinées à garantir son avenir économique pour le cas où elle survivrait à son époux; on ne voit dès lors pas pourquoi le défunt aurait effectué de son vivant de nombreuses et importantes donations à son épouse, si ce n'est pour réduire la masse successorale. Dans ces circonstances, l'appréciation de la cour cantonale, selon laquelle la recourante aurait dû comprendre que les donations dont elle bénéficiait pouvaient léser la réserve des enfants de son époux, ne prête pas le flanc à la critique. En définitive, l'autorité précédente ayant retenu la mauvaise foi de la recourante sur la base d'indices tirés de faits établis et en se fondant sur des critères pertinents, elle n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation, partant, n'a pas violé l'art. 528 al. 1 CC. Autant que recevable, le grief doit être rejeté.

7.

En conclusion, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de la recourante (art. 66 al. 1 LTF). Sa requête d'assistance judiciaire est admise (art. 64 al. 1 LTF), de sorte que les frais judiciaires lui incombant seront provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral (art. 64 al. 4 LTF). L'octroi de l'assistance judiciaire ne dispense pas la recourante de verser des dépens aux intimés (**ATF 122 I 322** consid. 2c), qui ont été invités à se

déterminer. La recourante est rendue attentive au fait qu'elle est tenue de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral si elle est en mesure de le faire (art. 64 al. 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

- 1.**
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- 2.**
La requête d'assistance judiciaire de la recourante est admise et Me Jean-Jacques Martin lui est désigné comme avocat d'office.
- 3.**
Les frais judiciaires, arrêtés à 7'000 fr., sont mis à la charge de la recourante. Ils sont provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral.
- 4.**
Une indemnité de 8'000 fr., à verser aux intimés, créanciers solidaires, à titre de dépens, est mise à la charge de la recourante.
- 5.**
Une indemnité de 7'000 fr., supportée par la Caisse du Tribunal fédéral, est allouée à Me Jean-Jacques Martin à titre d'honoraires d'avocat d'office.
- 6.**
Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 25 novembre 2020

Au nom de la I^{le} Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Dolivo

I. Verfügung von Todes wegen

A. Der unliebsame Erbvertrag

1. Sachverhalt und Erwägungen des Bundesgerichts

In BGer [5A_121/2019](#) vom 25. November 2020 befasste sich das Bundesgericht mit dem Erbvertrag einer Familie, der aufgrund der Wiederverheiratung des Erblassers nicht mehr befolgt wurde.

D.D. und E.D. heirateten im Jahre 1948 unter dem Güterstand der Gütergemeinschaft nach altem Recht. Im Jahr 1975 schlossen die Eheleute D. einen Ehevertrag ab und vereinbarten, dass beim Tod eines Ehegatten dem überlebenden Ehegatten der gesamte Vorschlag zukommen soll.¹ Zwölf Jahre später, am 2. April 1987, unterzeichnete das Ehepaar D. mit ihren Kindern B.B. und C.B. einen Erbvertrag. Darin wurden zunächst die Vereinbarungen des früheren Ehevertrages in Erinnerung gerufen. Des Weiteren wurde festgehalten, dass das gesamte Vermögen der ehelichen Gemeinschaft zuzurechnen sei. Zudem setzten sich die Eheleute gegenseitig als Alleinerben ein, während sich die Kinder verpflichteten, bei Versterben des ersten Elternteils auf alle erbrechtlichen Ansprüche in dessen Nachlass zu verzichten. Beim Versterben des zweiten Elternteils sollten die beiden Kinder zu gleichen Teilen erben.²

Im Oktober 2003 verstarb E.D.³ Am 21. Oktober 2006 heiratete D.D. seine neue Partnerin A., mit der er jedoch keinen Ehevertrag abschloss.⁴ Während seiner zweiten Ehe traf D.D. in Form von Testamenten vom 6. und 16. November 2006 weitere Vorkehrungen für seinen Todesfall. Mit öffentlichem Testament vom 9. März 2009 widerrief D.D. sämtliche frühere Verfügungen, setzte seine neue Ehefrau A. als Erbin für ihren gesetzlichen Erbteil sowie für die gesamte verfügbare Quote ein und verwies seine Kinder auf den Pflichtteil.⁵ Ferner nahm D.D. während seiner zweiten Ehe bedeutende Vermögenstransaktionen wie Barabhebungen oder Einzahlungen zu Gunsten seiner Ehefrau im Gesamtwert von CHF 581'000 vor.⁶

Am 24. Dezember 2012 verstarb D.D. und hinterliess seine beiden Kinder sowie seine zweite Ehefrau. Im darauffolgenden Januar erfuhren die Kinder des Verstorbenen von den teilweise widerrufenen Verfügungen von Todes wegen ihres Vaters.⁷ Am 18. November 2013 erhoben die beiden Kinder B.B. und C.B. Klage auf Ungültigerklärung der Testamente, die auf den am 2. April 1987 geschlossenen Erbvertrag folgten, und beantragten die Ungültigerklärung aller Schenkungen des verstorbenen Vaters an seine zweite Ehefrau A. und deren Familie. A. beantragte, die Klage sei abzuweisen, und verlangte widerklageweise die vorläufige Feststellung ihrer Erbenstellung sowie den Gesamtwert des Nachlasses. Das erstinstanzliche Gericht folgte der Argumentation der Kinder des Erblassers und erklärte in der Folge das Testament aus dem Jahre 2009 für ungültig; zudem wurde A. verpflichtet, den Kindern CHF 600'000 zurückzuerstatten.⁸ Die Berufung von A. gegen dieses Urteil wurde vom Gerichtshof des Kantons Genf abgewiesen.⁹ Daraufhin gelangte A. mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.¹⁰

Als Erstes rügte A. die Verletzung von [Art. 494 Abs. 2 und 3 ZGB](#) und argumentierte, dass die späteren Testamente und Schenkungen mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag vereinbar seien, da Letzterer nichts Anderes vorsehe. Die Möglichkeit der Anfechtung von nachträglichen Schenkungen sei daher eine Ausnahme, die hier

AJP 2021 S. 1172, 1173

1 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt A.

2 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt A.a.

3 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt A.d.

4 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt A.e.

5 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt A.e.c.

6 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt A.e.d.

7 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt B.

8 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt C.a.

9 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt C.b.

10 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, Sachverhalt D.

11 BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 5.

nicht erfüllt sei.¹¹ Zudem hätten die Kinder kein erkennbares Interesse am Abschluss des Erbvertrages im Jahre 1987 gehabt und die Klauseln des Erbvertrages für den Fall des Vorversterbens des Ehemannes seien nicht zweiseitig, sondern einseitige Begünstigungsklauseln zwischen den Eheleuten, da schliesslich ein gemeinschaftliches Testament nach schweizerischem Recht nicht gültig sei.¹²

Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dass bei Klauseln eines Erbvertrages, die die Einsetzung jedes Ehegatten als Erben des anderen und die Kinder als Erben des Restbetrages beim Tod des zweiten Elternteils vorsähen, Zweiseitigkeit vermutet werde und die Beschwerdeführerin keine Argumente vorbringe, die diese Vermutung umzustossen vermöge. Daraus folgte das Bundesgericht, dass sowohl die Eltern wie auch die Kinder ein Interesse am Abschluss des Erbvertrages hatten und die Gesamtheit der Klauseln als vertraglich qualifiziert werden müsse. Da die später getroffene letztwillige Verfügung, mit der die Kinder auf den Pflichtteil gesetzt wurden, im Widerspruch zur Regelung im Erbvertrag stehe, sei diese gemäss [Art. 494 Abs. 3 ZGB](#) anfechtbar.¹³

Weiter machte A. geltend, der Erblasser habe sich mit dem Erbvertrag nicht verpflichtet, das Vermögen zugunsten der eingesetzten Erben zu erhalten, und er habe daher darüber frei verfügen dürfen.¹⁴ Die Würdigung der Vorinstanz sei daher willkürlich.¹⁵ Das Bundesgericht beurteilte die Ausführungen der Vorinstanz jedoch nicht als willkürlich, da diese sich auf eine Reihe von Beweisen gestützt hätten, wie z.B. den Umstand, dass regelmässige Barabhebungen getätigt wurden und ein Bankkonto separat für die Beschwerdeführerin errichtet wurde, oder die Tatsache, dass innerhalb von sieben Jahren mehr als eine halbe Million Franken abgebucht wurde. All diese Hinweise deutete die Vorinstanz gemäss Bundesgericht zu Recht als eindeutigen Versuch des Erblassers, sich seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag von 1987 zu entziehen, was ein missbräuchliches Verhalten darstellt.¹⁶

Schliesslich brachte A. hervor, dass sie bezüglich der Schenkungen gutgläubig i.S.v. [Art. 528 Abs. 1 ZGB](#) gewesen sei, sodass sie höchstens, wenn überhaupt, zu einer Rückleistung zu verpflichtet sei, soweit sie im Zeitpunkt des Erbganges noch bereichert gewesen sei.¹⁷ In Anbetracht der Höhe und der Regelmässigkeit der Zahlungen erachtete es das Bundesgericht jedoch als nicht rechtmässig, der Darstellung der Beschwerdeführerin zu folgen. Steuererklärungen würden belegen, dass das Vermögen von A. auf Kosten desjenigen ihres Ehegatten zugenommen habe.¹⁸

Das Bundesgericht wies deshalb die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.¹⁹

2. Bemerkungen

Im vorliegenden Fall statuierte die Beschwerdeführerin analog der Minderheitsmeinung, dass ohne eine zusätzliche Verpflichtung des Erblassers im Erbvertrag, Schenkungen zu unterlassen, nachträgliche Schenkungen nicht gegen die erbvertragliche Bindung verstossen würden.²⁰ Das Bundesgericht folgte dieser Ansicht nicht, sondern berief sich auf seine in [BGE 140 III 193](#) getätigte Rechtsprechung. In jenem Fall erhielt die Ehefrau lebzeitige Schenkungen im Gesamtwert von 1,3 Mio. CHF trotz Vorliegen eines Erbvertrages, in dem die Nachkommen als Alleinerben eingesetzt wurden.²¹ Angewendet auf den vorliegenden Sachverhalt, ist hervorzuheben, dass hier (begrüssenswerterweise und zu Recht) nicht die Schädigungsabsicht des Erblassers entscheidend war, dass die lebzeitigen Schenkungen als unvereinbar mit dem Erbvertrag beurteilt wurden. Vielmehr wurde im Verhalten des Erblassers ein allgemein rechtsmissbräuchliches Verhalten festgestellt, indem er durch regelmässige Barabhebungen von seinen Konten Gutschriften auf die von seiner neuen Ehefrau neu eingerichteten Bankkonten veranlasst hatte.²² Bejaht wurde in jenem Fall ein missbräuchliches Verhalten des Erblassers; die Schädigungsabsicht an sich wurde nicht geprüft.²³

¹² Zum Ganzen BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 5.1.1.

¹³ BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 5.3.1 f.

¹⁴ BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 5.1.3.

¹⁵ BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 5.1.3.

¹⁶ Zum Ganzen BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 5.3.3.

¹⁷ BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 6.

¹⁸ Zum Ganzen BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 6.2.

¹⁹ BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 7.

²⁰ BGE 62 II 134 E. 3; Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, Schweizerisches Privatrecht, IV. Band: Erbrecht, 2. Teilband, Basel 2012, 381.

²¹ [BGE 140 III 193 E. 2.2.1.](#)

²² Vgl. BGer, [5A_121/2019](#), 25.11.2020, E. 5.3.3.

²³ A.M. Julia Henninger, Erbvertrag – Anfechtung von späteren Testamenten und Schenkungen, dRSK vom 18.3.2021,

Mit der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches per 1. Januar 2023 dürften sich diese Diskussionen rund um [Art. 494 Abs. 3 ZGB](#) erübrigen.²⁴ Neu wird die grundsätzliche Anfechtbarkeit von Schenkungen, die über

AJP 2021 S. 1172, 1174

Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, wie von der überwiegenden herrschenden Lehre gefordert, umgesetzt.²⁵ [Art. 494 Abs. 3 ZGB](#) statuiert nun neu zwei Bedingungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit Verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden angefochten werden können: (1) Die Verfügungen und Zuwendungen sind mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar, namentlich schmälern sie erbvertraglich vereinbarte Begünstigungen und (2) sie sind im Erbvertrag nicht vorbehalten worden.²⁶

Nicht zu begrüssen ist jedoch, dass das Bundesgericht auch in diesem Urteil an seiner bisherigen Rechtsprechung²⁷ festhält, wonach bei der Frage der Bindungswirkung einer erbvertraglichen Bestimmung auf das Interesse der Vertragspartei abzustützen sei. So ist dieses sog. Interessenregelsystem auf zweiseitige Erbverträge zugeschnitten und gerade nicht, wie vorliegend, auf mehrseitige. Darüber hinaus ist die Differenzierung der Einzelinteressen aller Beteiligten nach Verstreichen einer sehr langen Zeit kaum mehr möglich. Diese auch in anderen Gerichtsentscheiden angewendete Methode der freien Willenserforschung und Interessenanalyse findet in der Lehre zwar mehrheitlich Anklang, jedoch ist zu fragen, ob diese Art der «sehr freien Entscheidungsfindung», welche gänzlich im Ermessen des Gerichts steht, die sachgerechte und richtige Methode der Rechtsfindung ist, denn das dargestellte Regelsystem ist nichts anderes als das Ergebnis von Verallgemeinerungsbemühungen und Vereinfachungen und entbehrt empirisch gesicherter Grundlagen. Ein weiterer Kritikpunkt bezüglich der Interessenanalyse berührt die Problematik, wie zu entscheiden ist, wenn sich divergierende oder gegensätzliche Interessen gegenüberstehen.²⁸

B. Vorversterben eines eingesetzten Erben und Auslegung des Testaments

BGer [5A 799/2019 vom 14. Mai 2020](#) hatte die Fallkonstellation zum Gegenstand, bei der nicht nur die ausgeschlossene gesetzliche Erbin, sondern auch der an ihrer Stelle eingesetzte Erbe den Erbgang nicht erlebte.

1. Sachverhalt und Erwägungen des Bundesgerichts

Die Erblasserin C. hinterliess als gesetzliche Erben ihre Schwester B. sowie die vier Nachkommen ihrer vorverstorbenen Schwester E., nämlich F., G., H. und I. H. schlug die Erbschaft aus, woraufhin sein Sohn A. an seine Stelle trat. Die weiteren Kinder von E. (F., G. und I.) traten ihre allfälligen Erbanteile i.S.v. [Art. 635 ZGB](#) an A. ab.

Zu Lebzeiten verfasste die Erblasserin allerdings eine handschriftliche letztwillige Verfügung mit folgendem Inhalt: «Ich [...] wünsche, dass bei meinem Tode mein ganzes Hab und Gut zu gleichen Teilen an meine Schwester Frau B. und ihren Mann Herrn D. [...] fällt. Frau E. erbt nichts.»

Der eingesetzte Erbe D., der Ehemann von B., ist vorverstorben.²⁹

gemäss der das Bundesgericht die Schädigungsabsicht vorliegend bejaht haben soll.

²⁴ Vgl. Botschaft vom 29. August 2018 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), BBl 2018 5813 ff. (zit. Botschaft Erbrecht), 5884.

²⁵ Vgl. Stephanie Hrubesch-Millauer, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Habil. Bern 2008, § 6 N 478 ff.; N 587; später auch: Paul Eitel/Fabienne Elmiger, Die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit nach [Art. 494 Abs. 3 ZGB](#), in: Felix Bommer/Stephen V. Berti (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neueren Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 241 ff., 269; Stefan Grundmann, [Art. 494 ZGB](#) N 22 ff., in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm-Verfasser).

²⁶ Botschaft Erbrecht (FN 24), 5884.

²⁷ Vgl. [BGE 133 III 406 E. 2.3.](#)

²⁸ Vgl. zum Ganzen ausführlich Stephanie Hrubesch-Millauer, Erbvertrag; vertragsmässige, bindende Verfügungen, [5A 161/2010](#), [successio 2011](#), 325 ff., 330; Peter Weimar, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Verfügungsformen, [Art. 457–516 ZGB](#), Bern 2009, Vor [Art. 494 ZGB](#) N 11 ff.

²⁹ BGer, [5A 799/2019](#), 14.5.2020, Sachverhalt A.a.

Dokument	ZBGR 103/2022 S. 15
Urteilsdatum	26.08.2020
Gericht	Aargau, Bezirksgericht
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
Rechtsgebiete	Vertragsrecht (allgemein), Allgemeines Haftpflichtrecht
Seiten	15-22

ZBGR 103/2022 S. 15

Entscheidungen kantonalen Behörden

Décisions des autorités cantonales

Kanton Aargau

1.) [OR Art. 398 Abs. 2](#) und [OR 97](#); Haftung des Notars; Sorgfaltspflichtverletzung.

Der aargauische Notar haftet für eine unvollständige Formulierung in einem Erbvertrag (fehlende Regelung beim Ableben des zweitversterbenden Ehegatten). Der durch diese unvollständige Formulierung im Erbvertrag geschädigte Dritte ist durch die Schutzwirkung zugunsten eines Dritten aktivlegitimiert, seinen Schaden gegenüber dem Notar selbstständig geltend zu machen.

[CO art. 398 al. 2](#) et [CO art. 97](#); responsabilité du notaire; violation du devoir de diligence.

Le notaire argovien répond d'une formulation incomplète d'un pacte successoral (absence de clause relative au décès du conjoint survivant). Le tiers lésé par une telle formulation a la légitimation active, en vertu de l'effet protecteur reconnu au tiers, pour faire valoir son dommage de façon autonome à l'encontre du notaire.

ZBGR 103/2022 S. 15, 16

Der von Notar X am 16. Juni 2004 beurkundete Erbvertrag des Ehepaares S hält fest, dass sie sich gegenseitig als Vorerben auf das gesamte Nachlassvermögen einsetzen. Der Neffe A wurde bei beiden Ehegatten als Nacherbe, bei gleichzeitigem Versterben der Ehegatten als Universalerbe eingesetzt. Der Erbvertrag enthält jedoch keine explizite Regelung für das Ableben des nachversterbenden Ehegatten.

Nachdem der zweite Ehegatte verstorben war, ersuchte A beim zuständigen Amtsnotariat um Ausstellung eines Erbscheines als Alleinerbe in diesem Nachlass. Das Amtsnotariat verweigerte die Ausstellung eines Erbscheines mit A als Alleinerben, sondern stellte einen Erbschein mit den gesetzlichen Erben aus, weil der gewählte Wortlaut des Erbvertrages ungenau war.

Unbestritten war, dass A vom Ehepaar S zum alleinigen Erben des Nachlasses des Letztversterbenden hätte eingesetzt werden sollen sowie dass sich aufgrund der von Notar X gewählten Formulierung im Erbvertrag dieser Wille nicht eindeutig aus dem Wortlaut ergibt.

Mit einer Teilklage von A gegen den Notar X fordert dieser vorprozessuale Auslagen für rechtliche Abklärungen von CHF 21 692.10. Der Notar X hafte primär aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Die Widerrechtlichkeit liege in der Sorgfaltspflichtverletzung bzw. in der Fahrlässigkeit durch Unterlassung der Formulierung des Willens des Ehepaares A.

Notar X hat mit der Klageantwort eine Widerklage eingereicht mit den Rechtsbegehren der Klageabweisung und der Widerklage mit der Feststellung, dass Notar X dem Kläger A nichts schulde. Notar X bringt unter anderem vor, dass A nicht Vertragspartei des Erbvertrages ist und folglich nicht aktivlegitimiert ist. Die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten sei in der Schweiz, insbesondere vom Bundesgericht, nicht anerkannt und abzulehnen. Die Erbschaft bilde eine blosser Anwartschaft und daraus entstehe keine unmittelbare Forderung. Ein echter Vertrag zugunsten Dritter scheitere daran, dass sowohl die Beratung als auch die Beurkundung von letztwilligen Verfügungen eines zukünftigen Erblassers keine Leistungspflicht des Notars zugunsten einer darin begünstigten Person begründe. Ein selbstständiges Forderungsrecht nach [OR Art. 112 Abs. 2](#) bestehe nicht.

(Sachverhalt gekürzt)

Die Klage wurde vom *Bezirksgericht Rheinfelden* gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.2.2

Das Bundesgericht hat bislang weder die Anwendbarkeit des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für die Schweiz bejaht, noch hat es sich eindeutig davon distanziert. In [BGE 130 III 345 ff.](#) führte es aus, dass die Frage in der bisherigen Praxis nie grundsätzlich bejaht worden sei,

ZBGR 103/2022 S. 15, 17

sowie auch vorliegend nicht beantwortet werde (Erw. 1). Im Entscheid vom 28. Juli 2010 hält es solch eine Vertragsform für möglich. Es wird aber wiederum ausgeführt, dass die Frage bislang nicht entschieden worden sei, und dass das Bundesgericht auch im besagten Entscheid nicht Stellung beziehen werde (BGer [4A 226/2010, Erw. 3.2.1.](#)). In einem früher ergangenen Entscheid aus dem Jahre 2005 wurde für die Begründung der zur Anwendung gelangenden Rechtsfigur auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zurückgegriffen. Im Ergebnis aber wurde ein echter Vertrag zugunsten Dritter angenommen: «Der Servicevertrag wurde für die Beklagte erkennbar zum Schutze aller Familienmitglieder, welche die Liegenschaft bewohnten, abgeschlossen. Vor diesem Hintergrund konnte die Beklagte nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass sie bei einer Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten nur dem Vater des Klägers und nicht auch den übrigen Familienmitgliedern aus Vertrag für allfällige Schäden haften würde ([Art. 112 Abs. 2 OR](#)).» (BGer [4C.139/2005 Erw. 3.3.](#)).

2.2.3

Zellweger-Gutknecht führt im Basler Kommentar zum Obligationenrecht aus, dass die Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter in der Lehre umstritten sei. Der vertragliche Schutz lasse sich aber über den vom Gesetzgeber weit gefassten Begriff «nichtgehöriger Vertragserfüllung» erreichen, welcher auch die Verletzung - durch Vertragsauslegung zu ermittelnder - vertraglicher Nebenpflichten miteinschliesse. Der Schutzbereich bestimme sich durch ergänzende Vertragsauslegung. Im Ergebnis könne das Resultat eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter Abstützung auf [Art. 97 ff. OR](#) als Erweiterung der Nebenpflichtverletzung auch für die Schweiz angenommen werden. Es sei ein vertraglicher Schutzanspruch zuzugestehen, wenn ein bestimmungsgemässer Berührungspunkt mit der Hauptleistung, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers am Einbezug des Dritten in den Schutzbereich sowie die Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises für den Schuldner bestehe. Die Grenze sei dort, wo die Interessenlage des Gläubigers und des Dritten gegenläufig seien (Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, [Art. 1-529 OR](#), 6. A., Basel 2015 [nachstehend zitiert: BSK [OR](#) I-Bearbeiter]; BSK [OR](#) I-Zellweger-Gutknecht, Art. 112 N 22 ff., N 24 b).

Fellmann spricht sich ebenfalls für die Anwendung eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus, wobei der in den Schutzbereich des Vertrags einbezogene Personenkreis eng gezogen werden müsse. Eine Anwendung sei vor allem dort angezeigt, wo die Erteilung des Auftrags in der für den Anwalt erkennbaren Absicht erfolge, dass das Ergebnis einem Dritten zugutekommen solle, wie dies etwa bei der Redaktion eines Testaments zur Begünstigung eines Dritten der Fall sei. Der Anwalt hafte danach dem Dritten für den Schaden, der diesem aus einer vertragswidrigen und schuldhaften Pflichtverletzung entstanden sei (*Walter Fellmann*, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, RZ 1577).

ZBGR 103/2022 S. 15, 18

Auch *Huguenin* und *Gauch/Schlupe* sprechen sich für das Konstrukt des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus (*Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. A. 2014, RZ 3913; *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, allgemeiner und besonderer Teil, 3. A. 2019). Sie zählen folgende Voraussetzungen auf:

- Leistungsnähe des Dritten zum Vertrag;
- Schutzwürdiges Interesse des Gläubigers am Einbezug des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich;
- Erkennbarkeit der Leistungsnähe und des schutzwürdigen Interesses;
- Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der jeweiligen vertraglichen Haftungsnorm ([Art. 97 OR](#): positive Vertragsverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang, Verschulden bzw. keine Exkulpation).

Von *Graffenried* schliesst sich diesen Ausführungen mit ausführlicher Begründung und Herleitung an (*Caroline von Graffenried*, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen, Bern 2019, § 3, RZ 391 ff.). Gleicher Meinung sind auch *Walter/Schmid*, die den vorliegenden Testamentsfall als

klassisches Beispiel dafür bezeichnen (*Walter/Schmid*, in *Weber/Münch*, Handbucher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, 2. A. 2015, S. 953, § 20 RZ 20.12 f.).

Schwenzer hingegen spricht sich gegen den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus. Sie begründet dies damit, dass entweder auf die deliktische Haftung zurückzugreifen oder im Falle eines Testaments zugunsten einer bestimmten Person von einem echten Vertrag zugunsten Dritter auszugehen sei (*Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, 7. A. Bern, 2016, RZ 87.05). Im Ergebnis kommt somit auch *Schwenzer* für den vorliegenden Fall auf eine vertragliche Haftung.

2.2.4

Die Lehre scheint überwiegend und klar der Meinung zu sein, dass grundsätzlich ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter möglich sein muss. Aus dem Umstand, dass das Bundesgericht zu dieser Frage bislang noch nicht explizit Stellung bezogen hat, kann nichts gegen die Anwendbarkeit abgeleitet werden.

Der Kläger und Widerbeklagte bringt richtigerweise vor, dass es zu einer stossenden Haftungsbefreiung von Notaren für alle Fehler in Bezug auf letztwillige Verfügungen führen würde, wenn man das Konstrukt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht anerkennen würde, da der Vertragspartner (Auftraggeber bzw. Erblasser) nach seinem Tod diese Ansprüche nicht mehr geltend machen kann. Der gemäss dem Willen des Erblassers zu Begünstigende ist in diesen Fällen jeweils gerade wegen des Notariatsfehlers nicht Erbe geworden, weshalb der Anspruch auch nicht vererbt werden kann. Hier ist den juristischen Überlegungen im Basler Kommentar zu folgen, was im Ergebnis dazu führt, dass sich der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter Abstützung auf

ZBGR 103/2022 S. 15, 19

[Art. 97 ff. OR](#) als Erweiterung der Nebenpflichtverletzung schlüssig in die Schweizerische Rechtsordnung eingliedern lässt. Durch die Zulassung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ergibt sich auch, dass der Kläger und Widerbeklagte zur Geltendmachung der Forderung aus Vertrag aktivlegitimiert ist.

2.3/2.3.1

Es sind somit die Voraussetzungen für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu prüfen.

Voraussetzung gemäss *Fellmann* ist, dass die Auswirkungen des Leistungsverhaltens des Schuldners auf Dritte erkennbar waren, und dass die Rücksichtnahme auf das Interesse des Gläubigers der Billigkeit entspricht. Dieses Erfordernis ist ohne Weiteres zu bejahen. Einem Notar sind die Auswirkungen seiner Formulierungen und allfälliger Ungenauigkeiten klar und es entspricht der Billigkeit, dass der Notar die Interessen der Begünstigten einer letztwilligen Verfügung bzw. eines Erbvertrages mitberücksichtigt.

Laut herrschender Lehre muss eine Leistungsnähe des Dritten zum Vertrag gegeben sein. Zweck der Beauftragung des Notars zum Aufsetzen eines Erbvertrages war die in der Zukunft liegende Begünstigung des Klägers und Widerbeklagten, weshalb die Leistungsnähe zu bejahen ist. Weiter muss ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers am Einbezug des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich vorliegen. Die Einsetzung eines Erben für den eigenen Nachlass erfüllt dieses Erfordernis des schutzwürdigen Interesses, da es dabei gerade im Kern darum geht, den Dritten zu begünstigen bzw. miteinzubeziehen. Dem Beklagten und Widerkläger war als Notar auch bewusst und somit ohne Weiteres erkennbar, dass eine Leistungsnähe und ein schutzwürdiges Interesse des Klägers und Widerbeklagten vorgelegen haben. Durch das Erfordernis der notariellen Beurkundung des Erbvertrages soll gerade sichergestellt werden, dass der Wille der zukünftigen Erblasser - auch im Sinne der dereinstigen Erben - korrekt formuliert wird. Somit ist auch das Erfordernis der Erkennbarkeit gegeben.

Weiter ist das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der jeweiligen vertraglichen Haftungsnorm zu prüfen. Das Aargauische Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz war im zu beurteilenden Zeitpunkt (16. Juni 2004) noch nicht in Kraft (erst seit 1. Januar 2013). Es bestand somit zum damaligen Zeitpunkt noch keine gestützt auf [Art. 61 OR](#) erlassene Spezialnorm für Urkundspersonen (siehe auch BSK [OR I-Kessler](#), Art. 61, N 5). Es galten die allgemeinen Haftungsgrundlagen für Anwälte. Ein Anwalt haftet für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts nach [Art. 398 Abs. 2 OR](#) i.V.m. [Art. 97 OR](#) (vgl. bspw. *Fellmann*, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, RZ 1455). Es muss eine Vertragsverletzung/Widerrechtlichkeit gegeben sein, welche kausal zu einem Schaden geführt hat.

ZBGR 103/2022 S. 15, 20

2.3.2

Der Kläger und Widerbeklagte führt aus, dass die Widerrechtlichkeit in der Verletzung einer elementaren Sorgfaltspflicht des eingegangenen Vertrages bzw. in der Fahrlässigkeit durch Unterlassung bestehe. Der Beklagte und Widerkläger sieht die Widerrechtlichkeit nur dann als gegeben, wenn eine Schutznorm besteht, die explizit ein Gebot/Verbot hinsichtlich des Vermögensschutzes enthält.

Zur Sorgfaltspflicht des Notars gab es vor Inkraftsetzung des Aargauischen Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetzes weder eine separate gesetzliche Grundlage noch eingehende Ausführungen in der Literatur. Da wie ausgeführt grundsätzlich die allgemeinen Haftungsgrundlagen für Anwälte auch für Notare galten, ist zunächst die Sorgfaltspflicht eines Anwalts genauer zu eruieren. Der Sorgfaltsmassstab bestimmt sich hierbei nach objektiven Kriterien. Der Anwalt kann nicht für jeden Misserfolg sofort haftbar gemacht werden. Andererseits handelt es sich beim Anwaltspatent um einen beruflichen Fähigkeitsausweis bzw. eine staatliche Berufsausübungsbewilligung. Von einem Anwalt darf bezüglich seiner spezifischen Kenntnisse eine besondere Sorgfalt erwartet werden. Der Anwalt verletzt seine Sorgfaltspflichten aber nur, wenn die ihm vorgeworfene Unterlassung eine Verletzung von allgemein anerkannten und gefestigten Regeln darstellt. Das Mass der Sorgfalt, das von einem Anwalt verlangt werden kann, richtet sich nach seinen Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften, die der Auftraggeber (Mandant) gekannt hat oder hätte kennen müssen. Ob eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten vorliegt, ist stets anhand des konkreten Falls zu prüfen. Der Anwalt hat nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte (*Fellmann*, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, RZ 1490-1495). Für einen Notar als Urkundsperson haben diese Ausführungen umso mehr zu gelten.

Im konkreten Fall bestand kein zeitlicher Druck, und es wäre mit einem zusätzlichen Satz oder einer anderen Formulierung leicht möglich gewesen, dass der Wunsch der Ehegatten S klar zum Ausdruck gekommen wäre. Erbverträge als solche sowie die maximale Begünstigung von gesetzlichen oder eingesetzten Erben müssen als Standardgeschäft betrachtet werden, welches ein Notar ohne grössere Abklärungen klar und exakt formulieren können muss. Ein Aspekt, welcher die Situation als selten erscheinen liesse, ist nicht ersichtlich. Komplikationen irgendwelcher Art, an welche der Notar hätte denken müssen, sind nicht erkennbar. Ein Notar muss solch einen Erbvertrag korrekt aufsetzen können, sodass dieser danach auch ohne weiteres im Sinne der Vertragsparteien vollzogen werden kann. Durch die vom Beklagten und Widerkläger gewählten Formulierung ist er dieser ihm obliegenden Sorgfalt nicht nachgekommen. Aufgrund dieser Vertragsverletzung ist die Widerrechtlichkeit zu bejahen.

ZBGR 103/2022 S. 15, 21

2.3.3

Hinsichtlich des Schadens führt der Kläger und Widerbeklagte aus, dass die Erben bislang keine Ansprüche geltend gemacht hätten. Die Erbschaft sei ihm ausgehändigt worden, doch sei unklar, ob eine Erbschaftsklage nach [Art. 598 ZGB](#) angehoben werde. Die Verjährung erfolge erst in 30 Jahren im Jahre 2040. Der zurzeit bestehende Schaden liege konkret in den dem Kläger und Widerbeklagten erwachsenen eingeklagten vorprozessualen Kosten zur Klärung der Rechtslage. Diese seien nötig geworden, weil das Amtsnotariat die Ausstellung einer Erbenbescheinigung verweigert habe. Darüber hinaus seien die Kosten in ihrer Höhe auch nicht bestritten worden. In der vertraglichen Anwaltshaftpflicht sei regelmässig ein reiner Vermögensschaden auszugleichen. Der Schaden sei zudem ein selbstständiger Schaden aus Schlechterfüllung des Vertrages. Er habe selbstständigen Charakter, da er unabhängig davon entstanden sei, ob die Erben ihr unzweifelhaft besseres Recht auf die Erbschaft geltend machen würden.

Der Beklagte und Widerkläger erläutert, dass das Amtsnotariat nur bestätigt habe, was der Kläger und Widerbeklagte verlangt habe, nämlich vorläufig bis zur Klärung der Erbenstellung keine Erbbescheinigung auszustellen. Es liege kein Schaden im Rechtssinne vor, weshalb weder aus vertraglicher noch deliktischer Grundlage etwas gefordert werden könne. Eine Erbschaft sei eine blosser Anwartschaft und keine unmittelbare Forderung. Es bestehe kein rechtlicher Anspruch darauf, insofern könne auch keine rechtlich relevante Vermögensdifferenz resultieren. Vorprozessuale Anwaltskosten müssten immer akzessorisch zur Hauptsache geltend gemacht werden. Es bestehe für diese Kosten keine Ersatzpflicht, solange kein Hauptschaden vorliege. Auch fehle es aufgrund der fehlenden Akzessorietät zur Hauptforderung am nötigen Kausalzusammenhang.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können vorprozessuale Anwaltskosten haftpflichtrechtlichen Bestandteil des Schadens bilden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nur soweit, als sie nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind (BGer [4A 264/2015 Erw. 3](#); [BGE 139 III 190, Erw. 4.2](#); [BGE 131 II 121 Erw. 2.1](#); [117 II 394 Erw. 3a](#); [BGE 117 II 101 Erw. 5](#)).

Mit anderen Worten stellt sich für den vorliegenden Fall die Frage, ob der finanzielle Aufwand des Klägers und Widerbeklagten im entsprechenden Zeitpunkt nötig war oder ob es dem Kläger und Widerbeklagten zumutbar gewesen wäre zuzuwarten, bis ihm ein konkreter Schaden erwächst. Der Kläger und

Widerbeklagte ist bei wörtlicher bzw. objektiver Auslegung des Erbvertrags in Bezug auf den zweitversterbenden Ehegatten nicht als Erbe eingesetzt, obwohl dies zweifelsohne der Wille der Eheleute gewesen ist. Wäre der Kläger und Widerbeklagte untätig ge-

ZBGR 103/2022 S. 15, 22

blieben, so wäre die Erbschaft entweder gestützt auf den Erbvertrag gemäss der gesetzlichen Regelung verteilt worden oder die Verteilung hätte nicht stattfinden können, weil die Erbenstellung als nicht geklärt hätte betrachtet werden müssen. Beides wäre für den Kläger und Widerbeklagten nicht zumutbar gewesen. Die getätigten Abklärungen durch die Beauftragung eines Anwaltes waren notwendig, um seine Ansprüche klären zu können. Der Schaden besteht grundsätzlich im durch den schlecht redigierten Erbvertrag entgangenen Gewinn, wenn der Kläger und Widerbeklagte die Erbschaft nicht erhalten würde. Es muss daher möglich sein, die eigene Berechtigung genauer abklären lassen zu können, auch wenn dies mit Kosten verbunden ist. Vorliegend besteht der Schaden in der Verminderung der Aktiven durch Bezahlen des (vorprozessualen) Anwaltshonorars sowie in den Aufwendungen des Klägers und Widerbeklagten. Diese Kosten waren gerechtfertigt, notwendig und angemessen und dienten der Klärung seiner Forderungen als Erbe. Da (bislang) kein Prozess über die Erbberechtigung geführt werden musste, sind diese Aufwendungen auch nicht durch die Parteientschädigung gedeckt. Der Schaden ist in seiner Höhe nachgewiesen (...) und nicht substantiiert bestritten. Die unsorgfältige Ausfertigung des Erbvertrags hat kausal zum genannten Schaden geführt. Der Kausalzusammenhang zwischen der Widerrechtlichkeit und dem eingetretenen Schaden ist ebenfalls gegeben.

(...)

**BEZIRKSGERICHT RHEINFELDEN, Präsidium des Zivilgerichtes,
Auszug aus dem Entscheid vom 26. August 2020 (VZ.2019.3/ms).**