



Nachlassplanung im Vorfeld der Erbrechtsrevision(en)

Gestaltungsüberlegungen aus der Praxis

LOUISE LUTZ SCIAMANNA*

Am 18. Dezember 2020 wurde mit der parlamentarischen Schlussabstimmung der erste Teil der Erbrechtsreform verabschiedet. Die Inkraftsetzung des neuen Rechts wird, vorbehaltlich eines Referendums, voraussichtlich auf den 1. Januar 2023 erfolgen. So sollen die Bürgerinnen und Bürger genügend Zeit erhalten, um die notwendigen Anpassungen in ihren Nachlassplanungsdokumenten vorzunehmen. Dieses Zeitfenster gilt es nun auch zu nutzen. Im Zentrum des neuen Erbrechts stehen die Reduktion der Pflichtteile und die Erhöhung der Verfügungsfreiheit der Erblasserin – aber nicht nur. Dieser Beitrag fasst die wichtigsten Änderungen, die es in der Nachlassplanungspraxis zu berücksichtigen gilt, zusammen.

Le 18 décembre 2020, la première partie de la réforme du droit des successions a été adoptée suite au vote final du Parlement. Sous réserve d'un référendum, le nouveau droit devrait entrer en vigueur le 1er janvier 2023. Ceci devrait laisser aux citoyennes et citoyens suffisamment de temps pour adapter leurs documents de planification successorale et il s'agit de ne pas se faire prendre par le temps. Le pilier central du nouveau droit successoral est la réduction des réserves légales et l'accroissement de la liberté de disposer du défunt – mais ce n'est pas tout. La présente contribution résume les principales modifications à prendre en compte en pratique dans la planification successorale.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Umgang mit Eventualitäten in der Nachlassplanung
- III. Das erste Etappenziel: Die «politische» Erbrechtsrevision
 - A. Vom Entwurf 2018 zum Revisionstext vom 18. Dezember 2020
 - B. Die Reduktion der Pflichtteile und die Erhöhung der Verfügungsfreiheit
 1. Übersicht über die Änderungen
 2. Folgen der Reduktion der Pflichtteile für die Praxis
 - C. Klarstellungen bei der Herabsetzung
 - D. Erb- und ehgüterrechtliche Folgen eines hängigen Scheidungsverfahrens
 1. Der Verlust des Pflichtteilsanspruchs der Scheidungsgatten
 2. Wegfall von erb- und ehgüterrechtlichen Begünstigungen
 3. Bedeutung für Nachlassberater und Scheidungsanwälte
 - E. Die erbrechtliche Behandlung der überhäufigen Vorschlagszuweisung
 1. Der Lehrstreit zum geltenden Art. 216 ZGB
 2. Von Auslegung 2 (Art. 216 Abs. 2 EntZGB) zu Auslegung 1 (Art. 216 Abs. 2 E-ZGB)
 3. Klarheit für die Beratungspraxis
 - F. Kurskorrektur bei Erbverträgen: Von Schenkungsfreiheit zu Schenkungsverbot
 - G. Klarstellungen bei den Leistungen aus der Säule 3a im Todesfall
- IV. Fazit

I. Einleitung¹

Das Erbrecht hat eine wichtige wirtschaftliche und soziale Bedeutung.² Das in der Schweiz jährlich vererbte (und verschenkte) Vermögen hat sich innerhalb von zwanzig Jahren fast verdreifacht, von 36 Milliarden (1999) auf 95 Milliarden (2020), so dass heute bereits jeder zweite Vermögensfranken geerbt ist.³ Die gleiche Entwicklung zeigt sich im Ausland.⁴ Es erstaunt somit nicht, dass Themen rund ums Erben und Vererben im vergangenen Jahrzehnt auch auf der politischen Agenda nach oben gerückt sind, und sowohl in der Schweiz⁵ als auch im Ausland⁶

¹ Dieser Aufsatz beruht auf einem Vortrag, welchen die Autorin anlässlich der St. Galler Erbrechtstagung (Online-Veranstaltung) vom 30. November 2020 gehalten hat.

² Botschaft vom 29. August 2018 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), BBl 2018 5813 ff. (zitiert Botschaft Erbrecht), 5819.

³ MARIUS BRÜLHART, Erbschaften in der Schweiz: Entwicklung seit 1911 und Bedeutung für die Steuern, *Social Change in Switzerland*, N° 20, DOI: 10.22019/SC-2019-00008, 3.

⁴ Für Deutschland: ANITA TIEFENSEE/MARKUS M. GRABKA, Das Erbvolumen in Deutschland dürfte um gut ein Viertel grösser sein als bisher angenommen, DIW Wochenbericht Nr. 27.2017, 565 ff.

⁵ Vgl. z.B. die eidgenössische Erbschaftssteuer-Initiative mit Abstimmung vom 14. Juni 2015, mit den nachlassplanerischen Folgen im Jahre 2011, als im Kanton Zürich innerhalb eines Jahres 3300 Grundstücksschenkungen an Nachkommen erfolgten (vgl. FABIAN FELLMANN/LUKAS HAUPTLI, Notare ziehen Notbremse, NZZ online, 20.11.2011).

⁶ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 (EU-Erbrechtsverordnung); vgl. auch die Europäischen Güterrechtsverordnungen für Ehen (Güterrechtsverordnung, EUGüVO – Verordnung (EU) 2016/1103) und für ein-

* LOUISE LUTZ SCIAMANNA, lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Erbrecht, Konsultantin bei CMS von Erlach Poncet AG, Zürich.

auf zivil- und steuerrechtlicher Ebene Gegenstand neuer Gesetze und Revisionsbestrebungen wurden.

Mit der Überweisung der *Motion Gutzwiller* im Juni 2011 wurde der Grundstein für die Revision des schweizerischen Erbrechts gelegt und der Bundesrat beauftragt, das «nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten Lebensrealitäten anzupassen» sowie zu prüfen, «ob weitere Anpassungen des Erbrechts angezeigt erscheinen».⁷ Im März 2016 legte der Bundesrat einen Vorentwurf («Vorentwurf 2016») und einen erläuternden Bericht zur Änderung des ZGB (Erbrecht) vor.⁸ Aufgrund der Vielschichtigkeit und Vielzahl der in der Vernehmlassung aufgeworfenen Fragen entschied der Bundesrat mit Beschluss vom 10. Mai 2017, die Revision des materiellen Erbrechts in drei Etappen anzugehen:⁹ zuerst (i) die sog. «politische» Erbrechtsrevision mit dem Grundauftrag der Motion Gutzwiller,¹⁰ sodann (ii) die eher «technischen» Revisionsanliegen¹¹ und schliesslich (iii) die Erleichterung der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge.¹² Die drei vorgesehenen Erb-rechts-teilrevisionen werden sich somit noch über Jahre hinziehen. Sie verschärfen damit die einer Gesetzesrevision stets anhaftenden übergangsrechtlichen Probleme¹³ und stellen die Nachlassberatungspraxis vor zusätzliche Herausforderungen.¹⁴

getragene Partnerschaften (Partnerschaftsverordnung, EUPartVO – Verordnung (EU) 2016/1104) vom 24. Juni 2016.

⁷ Botschaft Erbrecht (FN 2), 5822 f., 5825.

⁸ Der Vorentwurf und der erläuternde Bericht sind abrufbar auf der Homepage des Bundesamts für Justiz (BJ): <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (Abruf: 18.2.2021).

⁹ Botschaft Erbrecht (FN 2), 5826.

¹⁰ Vgl. dazu unten III.

¹¹ Themen im Vorentwurf 2016 und im Vernehmlassungsverfahren waren u.a. die Stärkung der Informationsrechte der Erben, das audiovisuelle Nottestament, Massnahmen gegen die Erbschleicherei und die Zuständigkeiten bei der Aufsicht über Willensvollstrecker. Die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens sind abrufbar auf der Homepage des BJ (FN 8). Der weitere Fahrplan für den «technischen» Teil ist noch nicht bekannt.

¹² Der Vorentwurf mit erläuterndem Bericht zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Unternehmensnachfolge)» liegt seit dem 10. April 2019 vor. Er wurde im Vernehmlassungsverfahren begrüsst, so dass die Ausarbeitung einer Botschaft mit Entwurf in näherer Zukunft zu erwarten ist. Der Vorentwurf und die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens sind abrufbar auf der Homepage des BJ (FN 8).

¹³ PETER BREITSCHMID, Erbrecht: Stabilität und Reform... und der Übergang von fortdauernder Reform zu Stabilität, *successio* 2020, 402 ff., 402; s. dazu unten II.

¹⁴ Hinzuweisen sei auch auf den Entwurf für die Revision des internationalen Erbrechts im IPRG, der das internationale Erbrecht der Schweiz an die Rechtsentwicklungen im Ausland, insbesondere an die Europäische Erbrechtsverordnung, anpassen will, um Kompe-

II. Der Umgang mit Eventualitäten in der Nachlassplanung

Eine gute Nachlassplanung hat den Anspruch, einen in der Zukunft liegenden Vermögenstransfer verbindlich, klar und konfliktfrei zu regeln. Die besondere Herausforderung liegt dabei darin, dass in der Regel nicht vorhergesehen werden kann, wann sich die Planung verwirklichen wird, zwischen dem Abschluss und der Erfüllung also mehrere Jahre, wenn nicht Jahrzehnte liegen können.

Die Nachlassplanung muss also diverse künftige Optionen als Eventualitäten berücksichtigen und einbeziehen.¹⁵ Zu denken ist vorab an *tatsächliche* Eventualitäten, wie die zukünftige Entwicklung der persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Erblasserin oder die Absterbensreihenfolge von Ehegatten. Auch das *zukünftige Verhalten* von Begünstigten eines Testaments oder der Vertragsparteien eines Erbvertrags ist in Betracht zu ziehen. Gerade bei langfristig bindenden Erbverträgen muss eine sorgfältige Nachlassplanung stets auch ein potentiell opportunistisches Verhalten der Vertragsparteien einbeziehen; ein solches Verhalten wird vor allem dann ursächlich, wenn der Vertrag unvollständig ist.¹⁶ Vertragslücken sind also möglichst zu vermeiden und Schutzklauseln einzubauen.

Das schweizerische Erbrecht blieb über 100 Jahre praktisch unverändert und gewährte damit ein weitgehend stabiles Regelwerk, innerhalb dessen die individuelle Nachlassplanung beraten und gestaltet werden konnte; durch die Revision des Erbrechts wird sich diese Verlässlichkeit nun ändern.¹⁷ Denn es gilt die *Grundregel des erbrechtlichen Übergangsrechts*, dass das im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin geltende Recht massgebend ist,¹⁸ und zwar unabhängig davon, ob die gesetzliche Erbfolge eintritt oder ob vor dem Inkrafttreten der Revision eine letztwillige Verfügung erstellt oder ein Erbvertrag

tenzkonflikte zu vermeiden und die Rechts- und Planungssicherheit zu erhöhen (abrufbar auf der Homepage des EJPD: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78427.html>, [Abruf: 18.2.2021]).

¹⁵ Vgl. PETER BREITSCHMID/ANNINA VÖGELI, Entwicklungen im Erbrecht, *SJZ* 116 (2020), 157 ff., 157.

¹⁶ FELIX BUFF, Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, *ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht* Band/Nr. 275, Zürich 2016, 62.

¹⁷ Vgl. TOBIAS SOMARY, Ein Verlust an Vertrauen und Stabilität, Gastkommentare zur Debatte über die Reform des Erbrechts, *NZZ* vom 27.2.2020, 10.

¹⁸ BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 15/16 SchlT N 1, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch II*, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser).

abgeschlossen wurde (sog. Todestagsprinzip, Art. 15 und 16 SchlT ZGB).¹⁹ In der Nachlassberatung ist somit nun zusätzlich als *rechtliche* Eventualität zu erwägen, dass die Erblasserin vor oder nach dem Inkrafttreten des revidierten Rechts verstirbt. Dies bedingt eine frühzeitige Kenntnis der geplanten Gesetzesänderungen.²⁰

III. Das erste Etappenziel: Die «politische» Erbrechtsrevision

A. Vom Entwurf 2018 zum Revisionstext vom 18. Dezember 2020

Am 29. August 2018 veröffentlichte der Bundesrat die «Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht)» und den entsprechenden Gesetzesentwurf (nachfolgend «Entwurf 2018» und «EntZGB»).²¹ Die wichtigsten Neuerungskonzepte waren die Reduktion der Pflichtteile (Art. 470 Abs. 1 und Art. 471 EntZGB), die Einführung eines Unterhaltsanspruchs für faktische Lebenspartner (Art. 606a ff. EntZGB) sowie der Verlust des Ehegattenpflichtteils im Scheidungsverfahren (Art. 472 EntZGB). Zur Verbesserung der Rechtssicherheit sollten zudem bisher umstrittene Fragen positiv-rechtlich geklärt werden, so u.a. die erbrechtliche Behandlung der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung (Art. 216 EntZGB) und der Leistungen aus der Säule 3a (Art. 476 und 529 EntZGB) sowie die Frage der Objekte und der Reihenfolge der Herabsetzung (Art. 522 und 532 EntZGB). Die Neuerungen wurden in den eidgenössischen Räten mehrheitlich begrüsst. Stark debattiert wurde jedoch der (im Vergleich zum Vorentwurf 2016 bereits abgeschwächte²²) Unterstützungsanspruch für faktische Lebenspartner; er wurde von den Räten schliesslich (mit knapper Mehrheit) abgelehnt, so dass die Art. 606a ff. EntZGB ersatzlos gestrichen wurden.²³

Das erbrechtliche Novum der Begünstigung des faktischen Lebenspartners zog in der Literatur, in der poli-

tischen Debatte und in den Medien viel Aufmerksamkeit auf sich, weshalb die anderen Revisionspunkte anfänglich wohl nur wenig kommentiert wurden.²⁴ Zusammen mit den Kollegen TOBIAS SOMARY und LORENZ BAUMANN hat die AUTORIN ihre Anregungen zum Entwurf 2018 in einem Arbeitspapier zuhanden des Bundesamts für Justiz vorgebracht,²⁵ die sodann diskutiert wurden und bei Art. 472 E-ZGB²⁶ und Art. 216 E-ZGB²⁷ auch Eingang in den Schlussabstimmungstext gefunden haben. Dieser wurde am 18. Dezember 2020 durch die eidgenössischen Räte verabschiedet; die Referendumsfrist läuft bis zum 10. April 2021.²⁸ Die nachfolgenden Verweise auf die Revisionsbestimmungen («E-ZGB») beziehen sich somit auf den publizierten Entwurf zur Änderung des ZGB (Erbrecht) vom 18. Dezember 2020. Es ist derzeit davon auszugehen, dass die Änderungen aufgrund des übergangsrechtlichen Todestagsprinzips erst per 1. Januar 2023 in Kraft treten werden, damit die Bürgerinnen und Bürger genügend Zeit haben, bereits errichtete Nachlassplanungen zu überprüfen und, wenn nötig, an das neue Recht anzupassen.

B. Die Reduktion der Pflichtteile und die Erhöhung der Verfügungsfreiheit

1. Übersicht über die Änderungen

Wichtig ist vorab, dass die gesetzlichen Erbteile in Art. 457–466 ZGB unverändert bleiben. Nur der Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen und die Höhe der Pflichtteilsquoten werden revidiert. Neu sind die Eltern der Erblasserin nicht mehr pflichtteils geschützt, und der Pflichtteil der Nachkommen reduziert sich von drei Viertel auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (Art. 470 Abs. 1 und Art. 471 E-ZGB). Die Pflichtteilsquote des überlebenden Ehegatten beträgt wie bis anhin die Hälfte

¹⁹ Vgl. Botschaft Erbrecht (FN 2), 5870.

²⁰ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. V. 2.7.2003 – U 233/01, wonach sich ein Berater über geplante Gesetzesänderungen informieren und diese in seine Beratung einbeziehen und Alternativen aufzeigen muss.

²¹ Abrufbar auf der Homepage des BJ (FN 8).

²² Im Vorentwurf 2016 (FN 8) schlug der Bundesrat noch die Einführung eines sog. Unterhaltsvermögens vor, dessen Ausrichtung der überlebende faktische Lebenspartner oder Stiefkinder klageweise hätten verlangen können (Art. 484a E-ZGB gemäss Vorentwurf 2016).

²³ Zur Nachverfolgung der politischen Debatte: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180069> (Abruf: 18.2.2021).

²⁴ Anstoss für die nachfolgenden Diskussionen gaben die Gastkommentare zur Debatte über die Reform des Erbrechts von TOBIAS SOMARY, Ein Verlust an Vertrauen und Stabilität, und BALZ HÖSLY, Reform nicht zerzausen, NZZ vom 27.2.2020, 10.

²⁵ TOBIAS SOMARY/LOUISE LUTZ SCIAMANNA/LORENZ BAUMANN, Arbeitspapier Erbrechtsreform betreffend Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I vom 25.3.2020 (zit. Arbeitspapier), in: Standpunkt des BJ zu den Änderungsanträgen der RK-N (Art. 216 Abs. 2 und Art. 472 Abs. 1 E-ZGB) vom 17.10.2019 und zum Antrag um erneute Prüfung, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/centers/documents/de/18-069-standpunkt-bj-d.pdf> (Abruf: 18.2.2021).

²⁶ Dazu unten III.D.1.

²⁷ Dazu unten III.E.2.

²⁸ BBl 2020 9923.

(Art. 471 E-ZGB).²⁹ Hinterlässt die Erblasserin also nur Nachkommen, beträgt die verfügbare Quote die Hälfte statt wie bis anhin ein Viertel ihres Nachlasses. Hinterlässt sie einen Ehegatten und Nachkommen, beträgt der verfügbare Teil ebenfalls die Hälfte statt drei Achtel. Die freie Quote beträgt damit unter dem neuen Recht bei Vorhandensein von Pflichtteilserben stets mindestens die Hälfte.³⁰

Bei der Begünstigung des überlebenden Ehegatten mit einer *Nutzniessung* wird die verfügbare Quote an die reduzierten Pflichtteile angepasst: Sie beträgt neben der Nutzniessung neu die Hälfte statt eines Viertels des Nachlasses (Art. 473 Abs. 2 E-ZGB). Haben Ehegatten gemeinsame Nachkommen und besteht das Vermögen der Ehegatten im Wesentlichen aus Eigengut, kann dem überlebenden Ehegatten die Fortführung des bisherigen Lebensstandards ermöglicht werden, indem er zur Hälfte als Erbe eingesetzt und ihm die andere Hälfte zur Nutzniessung zugewiesen wird; idealerweise wird diese Begünstigung noch mit einer Teilungsvorschrift ergänzt, wonach der überlebende Ehegatte frei wählen kann, welche Nachlasswerte er auf Anrechnung an den Erb- und Eigentumsteil übernehmen will.³¹ Das ist gerade im derzeitigen Zins- und Marktumfeld wichtig, dürfte beispielsweise die Nutzniessung an Immobilieneigentum (sei es zum Selbstbewohnen oder zur Vermietung) attraktiver sein, als die Nutzniessung an Finanzvermögen. Sodann wird in Art. 473 Abs. 1 E-ZGB neu ausdrücklich festgehalten, dass die Nutzniessungslösung auch eingetragenen Partnern mit gemeinsamen Nachkommen in der Nachlassplanung zur Verfügung steht.³² Schliesslich klärt der

Bundesrat, wenn auch nur mittelbar³³ über die Erläuterungen in der Botschaft, zwei weitere (offene) Fragen: Der überlebende Ehegatte oder eingetragene Partner hat das Recht, anstelle der Nutzniessung seinen Pflichtteil zu vollem Eigentum zu verlangen, wenn ihm letztwillig ausschliesslich die Nutzniessung zugewiesen wurde.³⁴ Zudem sind bei Vorhandensein gemeinsamer und nichtgemeinsamer Nachkommen zwei verschiedene Erbmassen zu bilden, um die Ansprüche der Erben zu berechnen.³⁵

2. Folgen der Reduktion der Pflichtteile für die Praxis

Die Revision des Pflichtteilsrechts bietet mehr Planungsfreiheit auf zivilrechtlicher Ebene. Die erbrechtliche Begünstigung des faktischen Lebenspartners oder von Stiefkindern als eines der Anliegen der Motion Gutzwiller wird hingegen auch in Zukunft weiterhin ausschliesslich vom entsprechenden und formgültig festgehaltenen Willen der Erblasserin abhängen, wobei das Erbrecht dafür mit der grösseren verfügbaren Quote nun mehr Flexibilität bietet. Aus wirtschaftlicher Sicht ist die Verfügungsfreiheit zugunsten von Nicht-Status-Beziehungen aber so lange nicht verwirklichtet, bis auch die kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuern in diesem Punkt mit einer gewissen Liberalisierung nachziehen oder harmonisiert werden;³⁶ wo die zivilrechtliche Verfügungsfreiheit mit einer starken Besteuerung einhergeht, wird sie kaum gebraucht werden.

a. Verfügungsfreiheit nutzen und Klarheit schaffen

Das neue Pflichtteilsrecht wird auch auf vorbestehende Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden, sofern die Erblasserin nach dessen Inkrafttreten verstirbt (Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB). Die heute beratene Planung hat des-

²⁹ Der Vorentwurf 2016 (FN 8) sah noch vor, den Pflichtteil des Ehegatten auf ein Viertel zu reduzieren (Art. 471 Ziff. 2 Vorentwurf 2016). Aufgrund der Reaktionen im Vernehmlassungsverfahren verzichtete der Bundesrat im Entwurf 2018 darauf, das geltende Recht in diesem Punkt zu ändern (vgl. Botschaft Erbrecht [FN 2], 5830).

³⁰ ROLAND FANKHAUSER/ALEXANDRA JUNGO, Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick, recht 2019, 1 ff., 2.

³¹ Statt vieler: PraxKomm Erbrecht-NERTZ, Art. 473 N 32, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., Basel 2019 (zit. PraxKomm Erbrecht-VERFASSER). Durch die Verdoppelung der verfügbaren Quote ist es denkbar, dass Nutzniessungslösungen in der Beratungspraxis an Bedeutung gewinnen werden. Zur Möglichkeit der Kombination der ehgüterrechtlichen Vorschlagszuweisung (Art. 216 E-ZGB) mit der erbrechtlichen Nutzniessung (Art. 473 E-ZGB), unten III.E.3.

³² Vgl. Botschaft Erbrecht (FN 2), 5842. Die Begünstigung über die Nutzniessung ist gerade für eingetragene Partner bedeutsam, wenn das erblasserische Vermögen hauptsächlich aus Eigengut besteht. Denn es ist den eingetragenen Partnern aufgrund der unklaren Rechtslage derzeit (zumindest faktisch) verwehrt, neben der Gütertrennung und der Errungenschaftsbeteiligung auch die Güterge-

meinschaft zu wählen (vgl. PHILIPP GREMPER, Zürcher Kommentar, Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007, Art. 25 PartG N 28 ff.).

³³ PAUL EITEL, Ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einem (vor allem politisch) zeitgemässen Erbrecht (?): Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, successio 2018, 336 ff., 338, FN 26.

³⁴ Botschaft Erbrecht (FN 2), 5843; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, N 440 ff. Bezeichnenderweise heisst die Marginalie zu Art. 473 E-ZGB nur noch «Nutzniessung» und nicht mehr «Begünstigung des Ehegatten», da je nach der effektiven Bewertung der Nutzniessung die Auferlegung einer solchen mehr Einschränkung als Begünstigung des überlebenden Ehegatten ist (vgl. PraxKomm Erbrecht-NERTZ [FN 31], Art. 473 N 8 f., 32).

³⁵ Berechnungsbeispiele gemäss Botschaft Erbrecht (FN 2), 5843 ff. Dazu die Kritik von FANKHAUSER/JUNGO (FN 30), 3.

³⁶ Vgl. auch Botschaft Erbrecht (FN 2), 5830 f.

halb die Eventualität des Versterbens unter dem alten oder unter dem neuen Recht zu berücksichtigen und damit jegliche Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden.³⁷ Soll ein Nachkomme möglichst wenig und eine gemeinnützige Stiftung möglichst viel erhalten, ist im Testament ein *dynamischer* Verweis auf den Pflichtteil vorzusehen, so dass die Stiftung eine grösstmögliche Zuwendung erhält für den Fall, dass die Erblasserin unter dem neuen Recht verstirbt.³⁸ Erachtet die Erblasserin hingegen die derzeitige (Pflichtteils-)Quote des Sohnes von drei Vierteln und die Begünstigung der Stiftung mit einem Viertel als gerade richtig, muss dieser Wille im Hinblick auf das neue Recht ebenfalls klar aus der Verfügung hervorgehen.³⁹

Durch die Reduktion der Pflichtteile an Bedeutung gewinnen werden in der Planung auch die sog. Strafklauseln (privatorische Klauseln oder Verwirkungsklauseln), wonach ein die Verfügung anfechtender Nachkomme auf den Pflichtteil gesetzt wird.⁴⁰ Durch die reduzierten Pflichtteile vergrössert sich die Fallhöhe des Nachkommen und damit auch der Hebeleffekt solcher Klauseln. Ein Nachkomme wird sich beispielsweise gut überlegen müssen, ob er im Nachlass des erstversterbenden Elternteils die (pflichtteilsverletzende) Begünstigung des überlebenden Elternteils anfecht, wenn er im Nachlass des zweitversterbenden Elternteils riskiert, auf den (reduzierten) Pflichtteil gesetzt zu werden.

b. Der wirtschaftliche Wert der Pflichtteilsquote

Die neuen Verfügungsfreiheiten ermöglichen es einer Erblasserin, ihr Vermögen in Zukunft sehr ungleich innerhalb der Familie zu verteilen: Setzt eine verwitwete Erblasserin ihre zwei Söhne zugunsten ihrer Tochter auf den Pflichtteil von je einem Sechstel, erhält die Tochter mit vier Sechsteln viermal mehr als die Söhne.⁴¹ Diese quota-

le Mehrbegünstigung eines Kindes zulasten der anderen Kinder ist gesetzlich zulässig. Die Folge davon ist aber, dass der «innere» oder «faire» Wert der Pflichtteilsquote⁴² und damit die Frage, von welcher Berechnungsmasse die Quote zu berechnen ist, in Zukunft noch wichtiger sein wird (Art. 474 ff. ZGB).⁴³ Wie wird das Gericht in Zukunft eine Herabsetzungsklage der Söhne beurteilen, wenn die Tochter zusätzlich zur letztwilligen Begünstigung bereits zu Lebzeiten durch eine Schenkung eines Mehrfamilienhauses unter Vorbehalt der Nutzniessung,⁴⁴ mit substantiellen unverzinslichen Darlehen⁴⁵ oder einem vorteilhaften Mietvertrag⁴⁶ begünstigt wurde? Das Gericht wird wohl vermehrt auf die «Geschichtlichkeit des Nachlasses»⁴⁷ und Indizien abstellen, wie die Nachlassplanung insgesamt erfolgt ist, wenn es lebzeitige Vermögensvorgänge und insbesondere die Schädigungsabsicht der Erblasserin gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB zu beurteilen hat; aggressiv-kreative Pflichtteilsvermeidungsstrategien unter fachlicher Beratung werden deshalb unter dem neuen Pflichtteilsrecht vermutlich einem höheren Konflikt- und Anfechtungsrisiko ausgesetzt sein.⁴⁸

³⁷ STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung und hängige Erbrechtsrevision – erste Folgerungen und Überlegungen zur Rechtsgeschäftsplanung, INR - Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis, Band/Nr. 25, 2019, 1 ff., 15.

³⁸ Formulierungsbeispiel: *Ich setze meinen Sohn auf den Pflichtteil und die X Stiftung im Umfang der verfügbaren Quote als Erbin ein. Ich bin mir bewusst, dass die gesetzlichen Pflichtteile der Nachkommen reduziert werden. Es gilt dasjenige Recht, welches im Zeitpunkt meines Ablebens in Kraft sein wird.*

³⁹ Formulierungsbeispiel: *Ich setze meinen Sohn zu 3/4 und die X Stiftung zu 1/4 als Erben ein. Diese Erbquoten gelten ausdrücklich auch für den Fall, dass ich nach dem Inkrafttreten des neuen Erbrechts versterbe, welches die Pflichtteile der Nachkommen reduziert.*

⁴⁰ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit privatorischer Klauseln, vgl. BGE 117 II 239, E. 5c.

⁴¹ Vgl. LORENZ BAUMANN, Die Revision des Erbrechts verschärft die Missbrauchsgefahr, Tagesanzeiger vom 20.6.2020, 13.

⁴² Art. 522 E-ZGB behält entsprechend erfreulicherweise (und im Gegensatz zu Art. 522 gemäss Vorentwurf 2016) die Formulierung bei, dass zur Herabsetzungsklage aktivlegitimiert ist, wer als Erbe «dem Werte nach» weniger als seinen Pflichtteil erhalten hat (vgl. auch FANKHAUSER/JUNGO [FN 30], 7).

⁴³ Vgl. PETER BREITSCHMID/ANNINA VÖGELI, Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel von Art. 527 Ziff. 4 ZGB, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 547 ff., 554.

⁴⁴ Vgl. BGE 145 III 1, E. 4.2 und BGE 120 II 417, E. 4, wonach die Schenkung unter Vorbehalt der Nutzniessung eine gemischte (und keine reine) Schenkung ist; eine Übersicht über die (überwiegend) kritischen Lehrmeinungen findet sich bei FELIX HORAT, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungsvorbehalt – Rechtsnatur und Hinweise zur Nachlassplanung, ZGBR 100/2019, 181 ff., 185 ff.

⁴⁵ Vgl. BGE 136 III 305, E. 3.2 und 3.3, wonach die Unverzinslichkeit eines Darlehens keine der Herabsetzung unterliegende unentgeltliche Zuwendung im Sinne von Art. 527 Ziff. 1 ZGB ist, den Tatbestand von Art. 527 Ziff. 4 ZGB aber grundsätzlich erfüllen kann (vorliegend verneint).

⁴⁶ Vgl. BGE 5A_271/2014, 26.5.2014, E. 3.2, wonach die Überlassung einer Wohnung ohne Mietzins über eine Dauer von 56 Monaten im Grundsatz ausgleichungspflichtig ist.

⁴⁷ PIERRE WIDMER, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung. Eine kritisch-rechtsvergleichende Studie zur Theorie des Vorempfanges, Diss. Bern 1971, 94.

⁴⁸ BREITSCHMID/VÖGELI (FN 43), 549 f.; vgl. auch BGE 5P.347/2004, 11.1.2005, E. 2.3 und E. 3, wonach die Aufklärungspflicht des beurkundenden Notars und die Beratung durch eine Fachperson als Indiz für eine (wenigstens eventuelle) Umgehungsabsicht des Erblassers gesehen wurde, da der Erblasser damit um die Möglichkeit einer Pflichtteilsverletzung seiner rechtsgeschäftlichen Planung gewusst haben muss.

c. Check-up für bestehende Nachlassplanungen

Bei Erbgingen nach Inkrafttreten des neuen Rechts gelangen auch letztwillige Verfügungen und Erbverträge nach Massgabe des neuen Rechts zur Abwicklung, die zu einem Zeitpunkt errichtet wurden, als mit einer Reduktion der Pflichtteile nicht zu rechnen war (Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB). Es werden sich im Rahmen der Nachlassabwicklung somit Fragen zum erblasserischen Willen stellen, die über die Mittel der Auslegung⁴⁹ zu klären sein werden. Um an die vorangehenden Beispiele anzuknüpfen: War es der Wille der Erblasserin, die den Sohn zugunsten der Stiftung auf den Pflichtteil setzte, dem Sohn möglichst wenig und der Stiftung möglichst viel zuzuwenden, oder war für die Erblasserin die Begünstigung der Stiftung im Rahmen der damaligen freien Quote von einem Viertel gerade richtig?⁵⁰ Wollte die Erblasserin eine derartige Ungleichbehandlung zwischen den Nachkommen oder wollte sie der Tochter einfach ein bisschen mehr als den Söhnen zuhalten?⁵¹

Solche Rechtsunsicherheiten bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen führen zu Diskussionen unter den Erben und schliesslich unvermeidlich zu Konflikten. Bereits errichtete letztwillige Verfügungen sind daher mit Blick auf die konkreten Revisionsbestimmungen zu überprüfen, und es ist wenn nötig (und möglich) zu Lebzeiten Klarheit zu schaffen. Diese Empfehlung zur Überprüfung gilt besonders auch für Berater, die in der letztwilligen Verfügung als Willensvollstrecker eingesetzt sind.

Bei vorbestehenden Erbverträgen ist die erbrechtliche Übergangslösung zugunsten des Todestagsprinzips umso problematischer.⁵² Erbverträge werden als taugliches Mittel empfohlen, um bereits zu Lebzeiten einen offenen Diskurs zu fördern und unter Einbindung der Vertragsparteien klare, von diesen mitgetragene, verbindliche Lösungen für die Zukunft zu treffen. Dieses Vertrauen in die Verbindlichkeit und Stabilität solcher Vereinbarungen⁵³ wird durch die Revision auf die Probe gestellt werden.⁵⁴

C. Klarstellungen bei der Herabsetzung

Nach dem geltenden Recht kann eine Person, die nicht dem Werte nach ihren Pflichtteil erhält, die Herabsetzung der Verfügungen von Todes wegen und bestimmter Zuwendungen unter Lebenden verlangen, und zwar in der Reihenfolge, dass die späteren vor den früheren herabgesetzt werden (Art. 532 ZGB). Das Gesetz spricht nur von Verfügungen von Todes wegen und von Zuwendungen unter Lebenden; umstritten ist deshalb, ob auch das Intestaterbrecht als Objekt der Herabsetzung gilt.⁵⁵ In Bezug auf die Reihenfolge der Herabsetzung lässt das Gesetz bei den Zuwendungen unter Lebenden zudem offen, welcher Zeitpunkt massgeblich ist für die Frage, wann eine Zuwendung als erfolgt gilt.⁵⁶ Schliesslich ist bei der Herabsetzungsreihenfolge strittig, ob die überhäufigte Vorschlagszuweisung (Art. 216 ZGB) eine Verfügung von Todes wegen oder eine lebzeitige Zuwendung ist.⁵⁷

Diese Rechtsunsicherheiten hat der Gesetzgeber nun geklärt. Die «Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge», also das Intestaterbrecht, sind neu ausdrücklich ein Objekt der Herabsetzung (Art. 522 Abs. 1 E-ZGB) und unterliegen vor den Verfügungen von Todes wegen und den lebzeitigen Zuwendungen der Herabsetzung (Art. 532 Abs. 1 E-ZGB). Die Zuwendung aus Ehevertrag oder aus Vermögensvertrag (Art. 25 PartG) gilt als letzte unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden, die als solche als Erstes der Herabsetzung unterliegt (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 E-ZGB). Sodann folgen die frei widerruflichen Zuwendungen und die Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge⁵⁸ im gleichen Verhältnis (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 2 E-ZGB) und danach die weiteren lebzeitigen Zuwendungen, und zwar wie bis anhin die späteren vor den früheren (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 3 E-ZGB).

klärende Anpassung im Erbvertrag ist deshalb nicht mehr möglich. Der Ehefrau kann aber allenfalls empfohlen werden, im Hinblick auf einen möglichen Konflikt zwischen dem Kind und der Stiftung über die Höhe der Pflichtteilsquote (drei Viertel oder neu die Hälfte) zumindest *ihrer* damaligen Willen und ihr damaliges Verständnis der erbvertraglichen Vereinbarungen nachträglich schriftlich zu dokumentieren.

⁴⁹ Zur Auslegung: PraxKomm Erbrecht-ZEITER (FN 31), Vorbem. zu Art. 467 ff., N 13 ff.

⁵⁰ Oben III.B.2.a.

⁵¹ Oben III.B.2.b.

⁵² Zur Problematik des Übergangsrechts und zur schwierigen Abwägung zwischen Vertrauensschutz (Vertrauen in die Beständigkeit und Verbindlichkeit von Verfügungen von Todes wegen) und Todestagsprinzip (zeitnahe Verwirklichung rechtspolitischer Ziele einer Revision), vgl. Botschaft Erbrecht (FN 2), 5870 f.

⁵³ SOMARY (FN 17), 10.

⁵⁴ Ein einfaches *Beispiel*: Ehegatten vereinbarten im Jahre 2009 erbvertraglich, den überlebenden Ehegatten durch Zuweisung der frei verfügbaren Quote maximal zu begünstigen und beim Nachversterben das gemeinsame Kind zugunsten der X Stiftung auf den Pflichtteil zu setzen. Der Ehemann verstarb im Jahr 2011; eine

⁵⁵ Eine Übersicht zu den Lehrmeinungen findet sich in PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER (FN 31), Vorbem. zu Art. 522 ff., N 2a ff.

⁵⁶ Botschaft Erbrecht (FN 2), 5859.

⁵⁷ Zur Übersicht über die Lehrmeinungen: HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Unterteilbände 1 und 2, Art. 181–220 ZGB, Art. 221–251 ZGB, Bern 1992/1996 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER), Art. 216 ZGB N 34 ff.

⁵⁸ Dazu unten III.G.

D. Erb- und ehегüterrechtliche Folgen eines hängigen Scheidungsverfahrens

1. Der Verlust des Pflichtteilsanspruchs der Scheidungsgatten

Heute haben Ehegatten so lange gegenseitige erb- und pflichtteilsrechtliche Ansprüche, bis ein formell rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt (Art. 120 Abs. 2 ZGB). Unter dem neuen Recht verliert der überlebende Ehegatte seinen Pflichtteilsanspruch – nicht aber sein gesetzliches Erbrecht – bereits dann, wenn beim Tod eines Ehegatten ein Scheidungsverfahren hängig ist und (i) dieses auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt wurde (Art. 472 Abs. 1 Ziff. 1 E-ZGB), oder (ii) die Ehegatten seit mindestens zwei Jahren getrennt gelebt haben (Art. 472 Abs. 1 Ziff. 2 E-ZGB).⁵⁹ Die Revision will damit taktische Verzögerungen im Scheidungsverfahren verhindern.⁶⁰ Solche Fälle sind in der Praxis nicht allzu häufig, kommen aber durchaus vor, können doch in komplizierten Familien- und Vermögensverhältnissen bekanntlich Jahre vergehen, bis ein formell rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt.

Sobald also ein Scheidungsverfahren im Sinne von Art. 472 E-ZGB hängig ist, kann jeder Ehegatte dem anderen Ehegatten durch letztwillige Verfügung den Pflichtteil entziehen. Tut er das nicht, behält der Scheidungsgatte sein gesetzliches Erbrecht. Die Revision schafft also faktisch einen neuen Enterbungsgrund. Anders als bei den «allgemeinen» Enterbungsgründen (Art. 477 ff. ZGB) regelte der Entwurf 2018 die Wirkung des Pflichtteilsentzugs im Scheidungsverfahren aber nicht. Das hätte – wenn man nicht ohnehin von einer analogen Anwendung von Art. 478 ZGB hätte ausgehen müssen – bei Vorhandensein von Nachkommen dazu geführt, dass sich die verfügbare Quote der Ehegatten gerade in der heikelsten Familiensituation des Scheidungsverfahrens auf beispiellose drei Viertel erhöht hätte.⁶¹ Die AUTORIN regte deshalb

an, zumindest die Nachkommen der Scheidungsgatten besser zu schützen, wie dies bei den «allgemeinen» Enterbungsgründen vorgesehen ist, wonach die Nachkommen des Enterbten ihr Pflichtteilsrecht behalten, wie wenn der Enterbte den Erbfall nicht erlebt hätte (Art. 478 Abs. 3 ZGB).⁶² Diese Anregung wurde vom Bundesamt für Justiz und schliesslich auch in den Schlussabstimmungstext aufgenommen: Im Scheidungsverfahren gelten nun die Pflichtteile, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre (Art. 472 Abs. 2 E-ZGB). Durch diese Fiktion erhöht sich der gesetzliche Erbteil und damit auch der Pflichtteil der Nachkommen.

2. Wegfall von erb- und ehегüterrechtlichen Begünstigungen

Ist ein Scheidungsverfahren hängig, das gemäss Art. 472 E-ZGB den Verlust des Pflichtteilsanspruchs bewirkt, können Ehegatten neu von Gesetzes wegen und unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung auch keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen mehr erheben (Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 E-ZGB), wobei unter Verfügungen von Todes wegen eben nicht nur Testamente, sondern auch Erbverträge fallen.⁶³ Bei Erbverträgen entfällt damit, vorbehaltlich einer anderen vertraglichen Vereinbarung, von Gesetzes wegen auch deren Bindungswirkung.⁶⁴

Unter der gleichen Voraussetzung eines hängigen Scheidungsverfahrens entfallen von Gesetzes wegen zudem auch die übergesetzlichen Begünstigungen bei der Vorschlagsbeteiligung (Art. 217 Abs. 2 E-ZGB) und bei der Gesamtgutszuweisung (Art. 241 Abs. 4 E-ZGB).

der Ehegatten entfällt, so dass nur noch der Pflichtteil des Kindes von einem Viertel zu beachten ist. Die verfügbare Quote im Scheidungsverfahren beträgt damit drei Viertel. Nach der Scheidung beträgt der Pflichtteil des Kindes die Hälfte (die Hälfte des gesetzlichen Erbs), und auch die verfügbare Quote beträgt wiederum die Hälfte.

⁵⁹ Gemäss FANKHAUSER/JUNGO (FN 30), 4, bezieht sich das Erfordernis des zweijährigen Getrenntlebens auf den Zeitpunkt des Todes, weshalb der Verlust des Pflichtteilsanspruchs somit grundsätzlich auch dann eintreten kann, wenn eine Scheidungsklage wegen Unzumutbarkeit nach Art. 115 ZGB vor Ablauf der zweijährigen Getrenntlebensfrist eingereicht wurde.

⁶⁰ Botschaft Erbrecht (FN 2), 5838.

⁶¹ *Beispiel:* Vor einer Scheidung betragen die gesetzlichen Erbteile der Ehegatten und des gemeinsamen Kindes die Hälfte, wobei die Erbteile jeweils zur Hälfte, also zu einem Viertel, pflichtteilsgeschützt sind. Die verfügbare Quote beträgt somit die Hälfte. Es kommt zur Scheidung. Im hängigen Scheidungsverfahren bleiben die gesetzlichen Erbteile unverändert, aber der Pflichtteilsanspruch

⁶² SOMARY/LUTZ SCIAMANNA/BAUMANN, Arbeitspapier (FN 25), 8.
⁶³ Botschaft Erbrecht, 5878.
⁶⁴ *Beispiel:* Ehegatten mit einem gemeinsamen Kind haben sich gegenseitig erbvertraglich und unter Zuweisung der verfügbaren Quote als Erben eingesetzt und subjektive Teilungsvorschriften vereinbart. Der Ehemann verstirbt während des Scheidungsverfahrens, ohne der Ehefrau testamentarisch den Pflichtteil entzogen zu haben. Als Folge von Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 E-ZGB ist m.E. davon auszugehen, dass sämtliche erbvertraglichen Begünstigungen zugunsten der Ehefrau, d.h. auch die Teilungsvorschriften, dahinfallen und somit für sie das gesetzliche Erbrecht gilt, das die Ehefrau ja bis zum formell rechtskräftigen Scheidungsurteil behält (vgl. Botschaft Erbrecht [FN 2], 5839 f.). Eine Folgefrage wird, wenn der Erbvertrag noch weitere Vereinbarungen enthält, sodann wohl sein, ob der ganze Erbvertrag dahinfällt oder ob der Erbvertrag nur teilungültig ist.

3. Bedeutung für Nachlassberater und Scheidungsanwälte

Ein Ehegatte kann nach zweijährigem Getrenntleben durch Einreichen der Scheidungsklage den Enterbungsgrund einseitig herbeiführen und letztwillig dem anderen Ehegatten sämtliche erbrechtlichen Ansprüche entziehen. Ziel der Revision war es, Anreize zur taktischen Verzögerung des Scheidungsverfahrens zu unterbinden.⁶⁵ Unter dem revidierten Recht geht das Missbrauchspotential im Scheidungsverfahren nun aber zu Lasten des finanzschwächeren Ehegatten, wenn dieser nicht nur seine erbrechtlichen Ansprüche verliert, sondern auch aus Ehegüterrecht (oder aus der beruflichen Vorsorge) wenig oder nichts erhält, weil wenig Errungenschaft vorhanden oder die Gütertrennung vereinbart worden ist. Lebensprägende Faktoren bleiben gänzlich unbeachtet, und auch die Pflicht des finanzstärkeren Ehegatten zur Bezahlung eines nachehelichen Unterhalts entfällt mit dessen Tod (Art. 130 ZGB). Diese Folgen sind bei der Beratung des finanzschwächeren Ehegatten zu beachten, insbesondere wenn ein Ehevertrag mit Gütertrennung vereinbart werden soll, und je nach Verhältnissen ist allenfalls ein erbvertraglicher Vorbehalt anzubringen, dass der überlebende Ehegatte den Pflichtteil oder eine gewisse kleinere Quote am Nachlass auch im Falle eines hängigen Scheidungsverfahrens erhalten soll.

Scheidungsanwälte haben nunmehr auf die unmittelbaren erbrechtlichen Folgen eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens, insbesondere bei einer Teileinigung (Art. 112 ZGB), eines Wechsels zur Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 292 Abs. 1 ZPO) und einer Scheidungsklage aufmerksam zu machen und die daraus resultierenden erbrechtlichen Dispositionsmöglichkeiten zu besprechen.

E. Die erbrechtliche Behandlung der überhälftigen Vorschlagszuweisung

In der Anwalts- und Notariatspraxis ist die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten einer der Hauptgründe für den Abschluss von Ehe- und Erbverträgen.⁶⁶ Umso bedeutender für die Nachlassplanung ist deshalb die Revision der erbrechtlichen Behandlung der überhälftigen Vorschlagszuweisung und die Klärung der bislang unklaren Rechtslage gemäss Art. 216 ZGB.

1. Der Lehrstreit zum geltenden Art. 216 ZGB

Beim Tod einer verheirateten Person geht die ehегüterrechtliche Auseinandersetzung der erbrechtlichen Teilung voran. In den Nachlass fällt nur dasjenige Vermögen, welches nicht bereits ehегüterrechtlich dem länger lebenden Ehegatten zukommt. Bei der Errungenschaftsbeteiligung können die Ehegatten mittels Ehevertrag vereinbaren, dass nicht nur die gesetzlich vorgesehene Hälfte des Vorschlags (Art. 215 Abs. 1 ZGB), sondern die Summe beider Vorschläge dem länger lebenden Ehepartner zugewiesen wird (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Der Nachlass besteht damit nur noch aus dem erblasserischen Eigentum.

In der Lehre ist die erbrechtliche Behandlung der ehегüterrechtlichen Begünstigung nach Art. 216 ZGB umstritten und gilt als eine «dogmatische Lieblingsstreitfrage»⁶⁷ der erbrechtlichen Wissenschaft. Denn zum Verhältnis zwischen Ehегüter- und Erbrecht sagt das geltende Recht lediglich, dass die ehevertraglichen Vereinbarungen die Pflichtteilsansprüche der *nichtgemeinsamen* Nachkommen nicht beeinträchtigen dürfen (Art. 216 Abs. 2 ZGB). Unklar ist, ob die überhälftige Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten auch bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Pflichtteilerben zu berücksichtigen ist oder nicht.⁶⁸ Eine Lehrmeinung⁶⁹ («Auslegung I») geht davon aus, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung und die erbrechtliche Teilung unabhängig voneinander erfolgen, die ehevertragliche Begünstigung bei der Berechnung der Pflichtteile also nicht relevant ist, mit der ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahme für die Berechnung der Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen.⁷⁰ Die Pflichtteile der gemeinsamen und nichtgemeinsamen Nachkommen werden somit auf der

⁶⁷ BREITSCHMID (FN 13), 403.

⁶⁸ Zur Übersicht über die Lehrmeinungen: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 57), Art. 216 ZGB N 50 ff. Missverständlich ist die Ausführung in der Botschaft, dass die Pflichtteile gegenwärtig auf der Grundlage von unterschiedlichen Berechnungsmassen berechnet würden; dies stimmt für die Handhabung durch eine grosse Mehrheit der Praxis (vgl. SOMARY/LUTZ SCIAMANNA/BAUMANN, Arbeitspapier (FN 25), 4 f.), in der Lehre ist die Rechtslage aber umstritten, und ein klärender Bundesgerichtsentscheid liegt nicht vor.

⁶⁹ PAUL-HENRI STEINAUER, Le calcul des réserves héréditaires et de la quotité disponible en cas de répartition conventionnelle du bénéfice dans la participation aux acquêts (art. 216 al. 2 CC), in: FS Engel, Lausanne 1989, 403 ff., 404 ff.

⁷⁰ *Beispiel* (geltendes Recht): Ehegatten mit einem gemeinsamen Kind vereinbaren ehevertraglich die Totalvorschlagszuweisung nach Art. 216 ZGB. Der Ehemann verstirbt. Die Errungenschaft beträgt CHF 700, das Eigentum CHF 100. Die Pflichtteilsberechnungsmasse entspricht dem Eigentum, so dass der Pflichtteil des Kindes 3/8 von CHF 100, also CHF 37.5, beträgt.

⁶⁵ Vgl. oben III.D.1, FN 60.

⁶⁶ Vgl. Botschaft Erbrecht (FN 2), 5845 f.

Grundlage unterschiedlicher Berechnungsmassen berechnet. Eine andere Lehrmeinung⁷¹ («Auslegung 2») spricht sich dafür aus, dass die überhäufige Vorschlagszuweisung stets erbrechtlich zu berücksichtigen ist, die Pflichtteile aller Pflichtteilerben somit auf der Grundlage einer einheitlichen Masse berechnet werden. Im Unterschied zu den nichtgemeinsamen Nachkommen können die gemeinsamen Nachkommen aber die Herabsetzung der ehevertraglichen Zuwendung gegenüber dem überlebenden Ehegatten nicht durchsetzen, sondern die Befriedigung ihres Pflichtteils nur (aber immerhin) aus dem im Nachlass vorhandenen Eigengut verlangen.⁷²

In der Praxis wurde mehrheitlich die Auslegung 1 vertreten, und zahlreiche Nachlässe wurden nach diesem Verständnis abgewickelt.⁷³ Die Gründe dafür sind darin zu sehen, dass mit der vollen Vorschlagszuweisung und in Anwendung der Auslegung 1 zwei in der Praxis vorherrschende Grundbedürfnisse der Ehegatten abgedeckt werden, die in der Regel auch von den gemeinsamen Kindern so akzeptiert werden: (i) Die *maximale* Begünstigung des überlebenden Ehegatten und (ii) die *speditive* Nachlassabwicklung beim Tod des erstversterbenden Elternteils, da eine vollständige güterrechtliche Auseinandersetzung unterbleiben kann und sich Bewertungsfragen grundsätzlich auf das Eigengut beschränken.⁷⁴ Gerade in Mittelsstandsfamilien ist die maximale finanzielle Absicherung des überlebenden Ehegatten wichtig, indem ihm neben der gemeinsam erwirtschafteten und ersparten Errungenschaft zusätzlich erbrechtlich ein wesentlicher Teil des Eigenguts zugewendet werden kann. Bei jungen Paaren mit minderjährigen Kindern geht es dabei um die existentielle Absicherung des alleine sorgeberechtigten Elternteils; bei älteren Paaren steht die private Altersvorsorge im Vordergrund.⁷⁵ Folgt man hingegen der Auslegung 2, werden die

erbrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten aufgrund der ehегüterrechtlichen Begünstigung reduziert.⁷⁶

2. Von Auslegung 2 (Art. 216 Abs. 2 EntZGB) zu Auslegung 1 (Art. 216 Abs. 2 E-ZGB)

Der Entwurf 2018 sah vor, dass die ehevertragliche Begünstigung bei der Berechnung der erbrechtlichen Pflichtteile ausnahmslos berücksichtigt werden muss (Auslegung 2).⁷⁷ Er wollte damit zum Schutz der gemeinsamen Nachkommen erreichen, dass ihre durch die Revision reduzierte Pflichtteilsquote zumindest gegenüber dem überlebenden Elternteil durch eine höhere Pflichtteilsberechnungsmasse wertmässig wieder aufgebessert wird.⁷⁸ Zum weiteren Schutz der gemeinsamen Nachkommen wollte der Bundesrat überdies eine gesetzliche Wiederverheiratsklausel einführen.⁷⁹

Der Vorschlag zur Revision von Art. 216 ZGB kam überraschend und war in dieser Ausgestaltung auch nicht vorhersehbar.⁸⁰ Er wurde von der Erbrechtspraxis, so auch von der AUTORIN dieses Beitrags, entsprechend kritisiert.⁸¹ Zum einen entspricht diese Behandlung der ehevertraglichen Begünstigung nicht dem in der Praxis wahrgenommenen Bedürfnis der optimalen Absicherung des überlebenden Ehegatten. Zum anderen würde die Nachlassabwicklung komplizierter und konfliktanfälliger werden, da für die Berechnung der Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen grundsätzlich stets eine umfassende ehегüterrechtliche Auseinandersetzung mit entsprechenden Verkehrswertschätzungen durchzuführen wäre. Eine gesetzlich zwingende Wiederverheirats-

⁷¹ PAUL PIOTET, Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial, SJZ 86 (1990), 41 ff.; so im Ergebnis auch HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, Art. 216 N 38, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018.

⁷² Beispiel (geltendes Recht): Ehegatten mit einem gemeinsamen Kind vereinbaren ehevertraglich die Totalvorschlagszuweisung nach Art. 216 ZGB. Der Ehemann verstirbt. Die Errungenschaft beträgt CHF 700, das Eigengut CHF 100. Die Pflichtteilsberechnungsmasse beträgt CHF 450 (CHF 100 + CHF 700/2), so dass der Pflichtteil des Kindes 3/8 von CHF 450, also CHF 168.75, beträgt. Das Kind kann die (teilweise) Erfüllung seines Pflichtteils aus dem Eigengut verlangen. Die Ehefrau erhält aus dem Eigengut (Nachlass) nichts.

⁷³ Übersicht in SOMARY/LUTZ SCIAMANNA/BAUMANN, Arbeitspapier (FN 25), 4 f.

⁷⁴ Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER (FN 57), Art. 216 ZGB N 7.

⁷⁵ Die private Altersvorsorge wird denn auch in Zukunft an Bedeutung gewinnen, da die Bevölkerung immer älter wird und die

Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung (Art. 113 Abs. 2 lit. a BV) über die 1. und 2. Säule aufgrund der erhöhten Lebenserwartung wohl nicht mehr gewährleistet sein wird; vgl. PETER A. FISCHER, Und was ist, wenn wir bald 110-jährig werden?, NZZ vom 31.10.2019.

⁷⁶ Vgl. das Beispiel in FN 72 (und auch das Beispiel in der Botschaft Erbrecht [FN 2], 5848 f.), wonach die Ehefrau zusätzlich zu ihren ehегüterrechtlichen Ansprüchen an der Errungenschaft keine erbrechtlichen Ansprüche am Eigengut mehr geltend machen kann.

⁷⁷ Art. 216 Abs. 2 EntZGB: «Eine solche Vereinbarung wird bei der Berechnung von Pflichtteilen berücksichtigt, soweit sie den überlebenden Ehegatten begünstigt.»

⁷⁸ Botschaft Erbrecht (FN 2), 5848.

⁷⁹ Art. 216 Abs. 4 EntZGB: «Gemeinsame Kinder und deren Nachkommen können eine Herabsetzung der Begünstigung des überlebenden Ehegatten verlangen, wenn dieser wiederverheiratet oder eine eingetragene Partnerschaft begründet.»

⁸⁰ BREITSCHMID (FN 13), 403. Die Revision von Art. 216 ZGB war auch nicht – zumindest nicht konkret – Gegenstand des Vorentwurfs und des Vernehmlassungsverfahrens.

⁸¹ SOMARY (FN 17), 10; SOMARY/LUTZ SCIAMANNA/BAUMANN, Arbeitspapier (FN 25), 6 f.

klausel schliesslich – zudem noch in der vorgeschlagenen unklaren Ausgestaltung⁸² – wäre ein empfindlicher Eingriff in die Privatautonomie der Ehegatten.⁸³

Der Lehrstreit sowie die Kritik aus der Praxis zur Revision von Art. 216 ZGB gemäss Entwurf 2018 wurden sodann im parlamentarischen Differenzbereinigungsverfahren aufgenommen und fortgeführt.⁸⁴ Nach längerem Hin und Her beschlossen die Räte, die überhälftige Vorschlagszuweisung im Sinne der Auslegung 1 und damit in Abkehr zum Entwurf 2018 zu klären, und verabschiedeten schliesslich folgende Formulierung (Art. 216 Abs. 2 E-ZGB): «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.» Bei der Berechnung der Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen wird die ehevertragliche Begünstigung jedoch wie bis anhin berücksichtigt (Art. 216 Abs. 3 E-ZGB, inhaltlich unverändert). Die gesetzliche Wiederverheiratsklausel (Art. 216 Abs. 4 EntZGB) wurde konsequenterweise⁸⁵ ersatzlos gestrichen.

3. Klarheit für die Beratungspraxis

Für die erbrechtliche Behandlung der überhälftigen Vorschlagsbeteiligung wird durch die Revision nun Rechtssicherheit geschaffen, und zwar in einer Weise, wie es für die Bürgerinnen und Bürger auch nachvollziehbar ist. Zudem wird die Position des überlebenden Ehegatten im «klassischen» Familienmodell gestärkt, was es in der

Nachlassplanung erlaubt, die konkreten Versorgungsbedürfnisse der Familie individuell zu berücksichtigen.

Die in der (notariellen) Praxis üblichen Ehe- und Erbverträge, in welchen eine ehevertragliche Totalvorschlagszuweisung (Art. 216 ZGB) mit einer erbrechtlichen Nutzniessung (Art. 473 ZGB) kombiniert wird, bleiben auch unter dem neuen Recht möglich, da die überhälftige Vorschlagszuweisung gemäss Art. 216 Abs. 2 E-ZGB (Auslegung 1) keinen Einfluss auf die erbrechtlichen Pflichtteile und die verfügbare Quote hat.⁸⁶ Durch diese ehегüter- und erbrechtliche Planungskombination können sich Ehegatten mit gemeinsamen Kindern absichern, wenn nicht nur Errungenschaft, sondern auch substantielles Eigengut vorhanden ist.

Durch die Streichung von Art. 216 Abs. 4 E-ZGB können Ehegatten wie bis anhin die für sie passende Wiederverheiratsklausel nach ihrem eigenen Lebensverständnis ehevertraglich gestalten und dabei dem finanziellen Schutzbedürfnis des überlebenden Ehegatten und der gemeinsamen Nachkommen je nach der konkreten Lebens- und Vermögenssituation der Familienmitglieder Rechnung tragen.

F. Kurskorrektur bei Erbverträgen: Von Schenkungsfreiheit zu Schenkungsverbot

Nach der geltenden Rechtsprechung gilt, dass die Erblasserin auch nach Abschluss eines Erbvertrags grundsätzlich zu Lebzeiten frei bleibt, über ihr Vermögen mittels Schenkungen zu verfügen (Art. 494 Abs. 2 ZGB). Dem Erbvertrag nachfolgende Schenkungen der Erblasserin an Dritte können nur dann vom Erbvertragsgläubiger erfolgreich angefochten werden (Art. 494 Abs. 3 ZGB), wenn der Erbvertrag einen – expliziten oder impliziten – Vorbehalt enthält oder wenn der Erbvertragsgläubiger im Prozess den Beweis erbringen kann, dass die Erblasserin ihn durch die spätere Schenkung *offensichtlich* (und nicht nur eventualvorsätzlich) schädigen wollte (BGE 140 III 193).

Die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 494 Abs. 3 ZGB stiess in der Lehre auf (fast einhel-

⁸² Die Durchsetzung der Wiederverheiratsklausel gemäss Art. 216 Abs. 4 EntZGB (vgl. FN 79) hätte einige Fragen aufgeworfen: Mit welcher Klage wäre die Begünstigung im Zeitpunkt der Wiederverheiratsklausel effektiv «herabzusetzen» (mit der Herabsetzungsklage oder mit einer Leistungsklage), wann würden die Verwirklichungs- bzw. Verjährungsfristen zu laufen beginnen, und in welchem Umfang wäre der wiederverheiratete (böse- oder gutgläubige) Ehegatte überhaupt rückerstattungspflichtig (vgl. Art. 528 Abs. 1 ZGB)?

⁸³ Es fragt sich, ob die generelle gesetzliche Pflicht zur Rückerstattung der durch die Ehegatten gemeinsam erwirtschafteten Errungenschaft an die gemeinsamen Nachkommen für den Fall, dass sich der überlebende Ehegatte wiederverheiratet, und damit die generelle «Pönalisierung» der Wiederverheiratsklausel durch den Gesetzgeber einem zeitgemässen (Erb-)Recht entsprechen würde.

⁸⁴ Vgl. Abstimmungsfahne Wintersession 2020 Ständerat, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2018/20180069/S5%20D.pdf> (Abruf: 18.2.2021).

⁸⁵ Wird die überhälftige Vorschlagszuweisung bei der Berechnung der Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen nicht hinzugerechnet, gibt es auch keinen Herabsetzungstatbestand für den Fall einer Wiederverheiratsklausel.

⁸⁶ BSK ZGB II-STAEHELIN (FN 18), Art. 473 N 4b, wonach eine Kombination zwischen Vorschlagszuweisung und Nutzniessung problematisch ist, wenn man bei der Anwendung von Art. 216 ZGB der Auslegung 2 folgt, da der gesetzliche Erbsanspruch des überlebenden Ehegatten durch die Vorschlagszuweisung reduziert wird und daher nicht mehr gegen eine Nutzniessung eingetauscht werden kann (vgl. Beispiel FN 72). Zahlreiche, bereits beurkundete Ehe- und Erbverträge wären somit «problematisch» geworden, wenn die Revision der Auslegung 2, wie im Entwurf 2018 noch vorgesehen, gefolgt wäre.

lige) Kritik,⁸⁷ und das revidierte Gesetz wird diese Rechtsprechung nun korrigieren:⁸⁸ Neu kann der durch Erbvertrag eingesetzte Erbe Zuwendungen unter Lebenden, die über Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, grundsätzlich anfechten, wenn seine erbvertraglichen Ansprüche dadurch geschmälert und lebzeitige Zuwendungen im Erbvertrag nicht vorbehalten wurden (Art. 494 Abs. 3 E-ZGB). Statt grundsätzlicher Schenkungsfreiheit gilt neu ein grundsätzliches Schenkungsverbot, und der Erbvertragsgläubiger wird vom Gesetzgeber somit besser geschützt.

Dieser Kurswechsel ist in künftigen Nachlassplanungen zu berücksichtigen. Möchte die Erblasserin über ihr Vermögen zu Lebzeiten ganz oder teilweise unentgeltlich verfügen können, sind entsprechende, klare Vorbehalte im Erbvertrag vorzusehen. Da das neue Recht aber auch auf bestehende Erbverträge anwendbar sein wird (Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB), werden sich bei der Auslegung bestehender Erbverträge allenfalls Rechtsunsicherheiten ergeben, wenn der Erbvertrag nicht bereits eindeutige Vorbehalte in die eine oder andere Richtung enthält.

G. Klarstellungen bei den Leistungen aus der Säule 3a im Todesfall

Zwei weitere Rechtsunsicherheiten, und zwar bei der Behandlung der Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) im Todesfall, werden durch die Erbrechtsrevision geklärt: Neu sollen alle Begünstigten unabhängig von der Vorsorgeform (Vorsorgevereinbarung oder Vorsorgeversicherung) einen eigenen und direkten Anspruch gegenüber der Bank oder der Versicherung haben (Art. 82 Abs. 4 E-BVG). Die entsprechenden Leistungen fallen beim Tod des Vorsorgenehmers somit nicht in den Nachlass und werden damit nicht ehегüter- und erbrechtlich geteilt.⁸⁹ Die Leistungen werden aber für die Berechnung der Pflichtteile zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzugerechnet, bei der Versicherungsleistung mit dem Rückkaufswert und bei der Bankleistung mit dem entsprechenden Kapital (Art. 476 und Art. 529 E-ZGB).⁹⁰

IV. Fazit

Die Reduktion der Pflichtteile gibt der Erblasserin mehr Planungsfreiheit und Flexibilität, um ihren individuellen Bedürfnissen, sei es die Begünstigung des Lebenspartners, die Sicherstellung der Unternehmensnachfolge oder die Verwirklichung philanthropischer Anliegen, in der Nachlassplanung besser Rechnung tragen zu können. Das Ziel der besseren erbrechtlichen Begünstigungen von faktischen Lebenspartnern und Stiefkindern wird jedoch so lange nicht erreicht werden, bis die kantonalen Schenkungs- und Erbschaftssteuern entsprechend nachziehen. Die übrigen Revisionspunkte (Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsverfahren sowie das Schenkungsverbot nach Abschluss von Erbverträgen) bringen einige Veränderungen zum geltenden Recht oder zur Rechtsprechung, können in zukünftigen Planungen jedoch als Option einbezogen und berücksichtigt werden. Für die Praxis wichtig und erfreulich ist die Klärung der Rechtslage bei der überhäufigen Vorschlagszuweisung.

Das neue Recht wird, vorbehaltlich eines Referendums, voraussichtlich am 1. Januar 2023 in Kraft treten, und auch auf vorbestehende Testamente und Erbverträge Anwendung finden, wenn die Erblasserin nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts verstirbt. Bestehende Nachlassplanungen sind deshalb im Hinblick auf das neue Recht zu überprüfen. Es gilt, Klarheit zu schaffen und Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Auslegung des Willens der Erblasserin zu vermeiden; denn Rechtsunsicherheiten führen zu Konflikten, die gerade im Erbrecht langwierig und belastend sein können.

Die sich in der Pipeline befindenden weiteren Erbrechtsteilrevisionen sind aufmerksam zu verfolgen und sodann im Rahmen der Nachlassberatung angemessen zu berücksichtigen.

⁸⁷ Statt vieler: PHILIP BORNHAUSER, Anfechtung von Schenkungen gestützt auf Art. 494 Abs. 3 ZGB, ZBGR 95/2014, 361 ff. Anders nur: SANDRA SPIRIG, Zur Anfechtung von Schenkungen nach abgeschlossenem Erbvertrag – Weshalb BGE 140 III 193 im Ergebnis richtig ist, *successio* 2017, 340 ff.

⁸⁸ Botschaft Erbrecht (FN 2), 5884.

⁸⁹ FANKHAUSER/JUNGO (FN 30), 9 f.

⁹⁰ Dem Umstand, dass es sich beim angesparten Kapital in der Regel um Errungenschaft handelt, wird somit im Todesfall des Vorsorgenehmers nicht (mehr) Rechnung getragen. Der überlebende Ehegatte ist damit im Ergebnis u.U. schlechter gestellt als ohne Vorsor-

gelösung, hätte er doch vom ersparten Kapital schon aus Güterrecht wertmässig die Hälfte erhalten; nun unterliegt aber der gesamte Rückkaufswert bzw. das gesamte Sparkapital der Hinzurechnung bzw. Herabsetzung (vgl. DANIEL TRACHSEL, Guthaben der freiwilligen gebundenen Vorsorge in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zufolge Tod eines Ehegatten oder bei Scheidung, *successio* 2013, 134 ff., 136).