

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 4./5. Mai 2022



Stämpfli Verlag

u^b

u^b
UNIVERSITÄT
BERN

**Das neue Erbrecht – insbesondere
Rechtsgeschäftsplanung,
Fragen aus der notariellen Praxis und
internationales Erbrecht**



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

**Das neue Erbrecht – insbesondere
Rechtsgeschäftsplanung,
Fragen aus der notariellen Praxis
und internationales Erbrecht**

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern
vom 4./5. Mai 2022

Beiträge von
Prof. Dr. iur. Stephan Wolf/Andrea Dorjee-Good
Prof. Dr. iur. Martin Eggel/BLaw Nathalie Gerster
Andrea Dorjee-Good



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2022
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2300-6

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-2301-3

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis

STEPHAN WOLF*/ANDREA DORJEE-GOOD**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	5
Materialienverzeichnis.....	10
I. Einleitung.....	11
II. Revisionsgesetzgebungsgeschichte und einzelne Revisionsvorhaben	11
A. Motion Gutzwiller	11
B. Vorentwurf und erläuternder Bericht vom 4. März 2016	12
1. Inhalt	12
2. Ergebnisse der Vernehmlassung	13
3. Bundesratsbeschluss vom 10. Mai 2017: Etappenweise Revision	14
C. Drei Etappen bzw. Revisionsvorlagen.....	14
1. Vorbemerkung.....	14
2. Erste Etappe: Die sog. «politische» Revisionsvorlage (Entwurf vom 29. August 2018 und Schlussabstimmung am 18. Dezember 2020)	14
3. Zweite Etappe: Die sog. «technische» Revisionsvorlage.....	15
4. Dritte Etappe: Die Revisionsvorlage zur erbrechtlichen Unternehmensnachfolge.....	15
D. Revision des internationalen Erbrechts.....	16
E. Herausforderungen der Revision für die Praxis, insbesondere für die Rechtsgeschäftsplanung	17
III. Die beschlossene erste Revisionsvorlage: Entstehungsgeschichte und Allgemeines.....	18
A. Einleitende Bemerkungen.....	18

* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

** Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Erbrecht, Trust and Estate Practitioner (TEP), Partnerin bei Schellenberg Wittmer AG, Zürich.
Wir danken Frau Sophie Müller, M.A. HSG, Substitutin, Schellenberg Wittmer AG, Frau Joana Nedeltcheva, Rechtsanwältin und Notarin, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, Frau Nathalie Jakob, Rechtsanwältin, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, und Frau Selina Hufschmid, BLaw, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, herzlich für die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrages.

B.	Vom Entwurf vom 29. August 2018 zur Schlussabstimmung vom 18. Dezember 2020.....	18
IV.	Übergangsrecht	20
V.	Die einzelnen, insbesondere die Rechtsgeschäftsplanung betreffenden Punkte der ersten Revisionsetappe.....	23
A.	Übersicht.....	23
B.	Keine Veränderung des gesetzlichen Erbrechts.....	24
C.	Aufhebung bzw. Reduktion von Pflichtteilsrechten	25
1.	Übersicht	25
2.	Aufhebung des Elternpflichtteils.....	25
3.	Reduktion des Nachkommenpflichtteils	26
4.	Unveränderter Pflichtteil des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners.....	27
5.	Erhöhung der Verfügungsfreiheit und praktische Auswirkungen	27
a)	Allgemeines	27
b)	Möglichkeit zu grösserer Ungleichbehandlung der Nachkommen.....	29
c)	Möglichkeit zu vermehrten Zuwendungen an aussenstehende Dritte, insbesondere die faktische Lebenspartnerin	29
d)	Erhöhte Bedeutung von privatorischen Klauseln	31
e)	Vermehrtes Konfliktpotential unter Verlagerung des Streitgegenstandes	32
D.	Ehegattenerbrecht und Ehegüterrecht bei hängigem Scheidungsverfahren	32
1.	Einleitende Bemerkungen	32
2.	Gesetzliches Erbrecht.....	33
3.	Verlust des Pflichtteilsanspruchs während eines Scheidungsverfahrens	34
a)	Heutige Rechtslage	34
b)	Neues Recht.....	35
aa)	Die Regelung.....	35
bb)	Zum Verlust des Pflichtteilsrechts führende Sachverhalte	36
cc)	Folgen.....	37
dd)	Zeitlich parallele Behandlung mit der Auflösung des Güterstandes und dem Vorsorgeausgleich.....	39
4.	Verlust von Begünstigungen aus Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen.....	39
a)	Allgemeines und Überblick	39

b)	Ehevertragliche Vereinbarungen betreffend	
	Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung	40
aa)	Geltendes Recht	40
bb)	Neues Recht	40
c)	Verfügungen von Todes wegen	41
aa)	Geltendes Recht	41
bb)	Neues Recht	41
d)	Zusammenfassung	43
5.	Bedeutung der neuen Ordnung für die Rechtsgeschäftsplanung und besonders die «Scheidungsplanung»	43
E.	Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB	45
1.	Übersicht	45
2.	Die einzelnen Änderungen bzw. Klarstellungen	46
a)	Änderung der Marginalie	46
b)	Ausdrückliche grammatikalische Erfassung auch der eingetragenen Partner	46
c)	Anwendung unabhängig von den anderen Anordnungen in Bezug auf den verfügbaren Teil (nArt. 473 Abs. 1 ZGB)	47
d)	Neben der Nutzniessung bestehende verfügbare Quote (nArt. 473 Abs. 2 Satz 2 ZGB)	47
e)	Verlangen des Pflichtteils durch den überlebenden Ehegatten	48
f)	Rechtsgeschäftliche Einräumung eines Wahlrechts an den überlebenden Ehegatten	48
g)	Berechnung der Erb- und Pflichtteile bei Vorhandensein gemeinsamer und nicht gemeinsamer Nachkommen	49
h)	Gesetzliche Wiederverheiratungs- bzw. Wiederverpartnerungsklausel	49
3.	Voraussichtliche künftige Bedeutung von Art. 473 ZGB ..	50
a)	Allgemeines	50
b)	Erhöhte verfügbare Quote neben der Nutzniessung	51
c)	Hauptsächliche Kriterien	51
d)	Abstimmung mit dem Ehegüterrecht	53
e)	Teilungsvorschriften	54
F.	Die ehevertragliche Vorschlagszuweisung bzw. Gesamtgutszuweisung	55
1.	Ausgangslage	55
a)	Allgemeines	55
b)	Im geltenden Recht bestehende Kontroversen	56
2.	Zum Verlauf der Gesetzgebungsgeschichte	58

3.	Zur neuen Regelung im Einzelnen	59
a)	Qualifikation von Zuwendungen aus Ehevertrag als Zuwendungen unter Lebenden.....	59
b)	Vorschlagszuweisung	60
c)	Gesamtgutszuweisung	61
d)	Regelung der Herabsetzungsreihenfolge	61
e)	Wiederverheiratungs- bzw. Wiederverpartnerungsklausel	62
f)	Weitere Schutzklauseln	65
g)	Weiteres zur Ehegattenbegünstigung nach nArt. 216 ZGB	65
h)	Kombination von ehevertraglicher Vorschlags- zuweisung (nArt. 216 ZGB) und erbvertraglicher Ehegattennutzniessung (nArt. 473 ZGB).....	66
4.	Übergangsrecht	67
G.	Bindungswirkung des Erbvertrages.....	68
1.	Ausgangslage	68
a)	Erbvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen.....	68
b)	Mit dem Erbvertrag nicht vereinbare Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen	68
2.	Die neue Regelung	71
a)	Allgemeines zu nArt. 494 Abs. 3 ZGB.....	71
b)	Bedeutung und offene Fragen.....	71
aa)	Allgemeines	71
bb)	Was ist «mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar»?.....	72
cc)	Welche «Zuwendungen unter Lebenden» werden erfasst?.....	72
dd)	Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtungsweise.....	74
ee)	Möglichkeiten privatautonomer Gestaltung	75
3.	Übergangsrecht	76
VI.	Schluss	77

Literaturverzeichnis

- ABT DANIEL/BLESKIE NICOLAI, Sicherung und Durchsetzung von Vermächtnisansprüchen: ZGB, ZPO und/oder SchKG?, AJP 2020, S. 847 ff.
- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. PraxKomm-AUTOR/IN)
- AEBI-MÜLLER REGINA, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Bern 2007
- BORNHAUSER PHILIP R., Anfechtung von Schenkungen gestützt auf Art. 494 Abs. 3 ZGB, ZBGR 2014, S. 361 ff. (zit. BORNHAUSER, Anfechtung)
- BORNHAUSER PHILIP R., Der Ehe- und Erbvertrag: dogmatische Grundlage für die Praxis, Diss. Zürich 2021 (zit. BORNHAUSER, Ehe- und Erbvertrag)
- BREITSCHMID PETER, Die Revision(en) des Erbrechts, Anwaltsrevue 2021, S. 21 ff. (zit. BREITSCHMID, Revision(en))
- BREITSCHMID PETER, Erbrecht: Stabilität und Reform ... und der Übergang von fortdauernder Reform zur Stabilität ..., successio 2020, S. 402 ff. (zit. BREITSCHMID, Stabilität)
- BREITSCHMID PETER/VÖGELI ANNINA, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 2021, S. 232 ff.
- DORASAMY RÉBECCA/FRACHEBOUD LAETITIA, Veraltetes Familienprinzip im Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuern, StR 76/2021, S. 222 ff.
- DORJEE-GOOD ANDREA, Die Revision des internationalen Erbrechts, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, INR Band 27, Bern 2022, S. 127 ff.
- EGGEL MARTIN/GERSTER NATHALIE, Revision des Erbrechts – Behandlung der Säule 3a und Änderungen im Herabsetzungsrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, INR Band 27, Bern 2022, S. 79 ff.
- EIGENMANN ANTOINE, Les grandes lignes de la révision – Nouvelles réserves, conditions de l'action en réduction, cas particuliers et droit transitoire, in: Pradervand-Kernen Maryse/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (éd.), Journée de droit successoral 2022, Berne 2022, S. 17 ff.
- EITEL PAUL, Das neue Erbrecht («politischer Teil») vom 18.12.2020: Inkrafttreten am 1.1.2023, successio 2021, S. 186 ff. (zit. EITEL, Teil)

- EITEL PAUL, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten – ausgewählte Fragestellungen, in: Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge – Güterrecht – Unterhalt, 8. Symposium zum Familienrecht 2015, Universität Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 1 ff. (zit. EITEL, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte)
- EITEL PAUL, Ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einem (vor allem politisch) zeitgemässen Erbrecht (?): Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, *successio* 2018, S. 336 ff. (zit. EITEL, Schritt)
- EITEL PAUL, Neues Erbrecht ante portas – Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis, in: Franz Beat/Mooser Michel (Hrsg.), Erbrecht und Grundbuch, Zürich 2021, S. 33 ff. (zit. EITEL, Neues Erbrecht)
- EITEL PAUL/ELMIGER FABIENNE, Die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit nach Art. 494 Abs. 3 ZGB in: Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich/Basel/Genf 2011 (LBR Band 53), S. 241 ff.
- FANKHAUSER ROLAND, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Eine Studie an der Schnittstelle zwischen Ehe- und Erbrecht, Habil. Basel, Bern 2011
- FANKHAUSER ROLAND/JUNGO ALEXANDRA, Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: Ein Überblick, *recht* 2019, S. 1 ff.
- FORNITO ROBERTO, Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen, *AJP* 2019, S. 795 ff.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-AUTOR/IN)
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-AUTOR/IN)
- GENNA GIAN SANDRO, Eventualvorsatz genügt nicht für Schädigungsabsicht, *dRSK*, publiziert am 20. August 2014
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 2. Unterteilband: Die Gütergemeinschaft, Art. 221–246 ZGB, Die Gütertrennung, Art. 247–251 ZGB, Bern 1996 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. HRUBESCH-MILLAUER, Bindung)

- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Der Erbvertrag im schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: Wolf Stephan/Hrubesch-Millauer Stephanie/Eggel Martin/Cicero Cristiano/Barba Vincenzo, Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht / Il contratto successorio, aspetti di diritto comparato, INR Band 23, Bern 2018, S. 135 ff. (zit. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag)
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag – Eine methodische Betrachtung, *successio* 2008, S. 205 ff. (zit. HRUBESCH-MILLAUER, Vereinbarkeit)
- JUNGO ALEXANDRA, Willensvollstreckung und volle Vorschlagszuweisung, in: Breitschmid Peter/Eitel Paul/Jungo Alexandra (Hrsg.), Der letzte Wille, seine Vollstreckung und seine Vollstrecker, Festschrift für Hans Rainer Künzle, *successio-Schriften* 4, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 193 ff.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK-AUTOR/IN)
- LEUBA AUDREY/MEIER PHILIPPE/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, *Droit du divorce, Conditions – effets – procédure*, Berne 2021
- LUTZ SCIAMANNA LOUISE, Gestern, heute und morgen in der Nachlassplanung: Erste Erkenntnisse zur Erbrechtsrevision, Vortrag am Schweizer Erbrechtstag vom 26. August 2021 (zit. LUTZ SCIAMANNA, Erbrechtsrevision)
- LUTZ SCIAMANNA LOUISE, Nachlassplanung im Vorfeld der Erbrechtsrevision(en), *AJP* 2021, S. 325 ff. (zit. LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung)
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (éd.), *Commentaire romand Code civil II*, 1re édition, Basel 2016 (zit. CR-AUTOR/IN)
- PIOTET PAUL, Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial, *SJZ* 1990, S. 37 ff.
- PRADERVAND-KERNEN MARYSE, Divorce, régime matrimonial et nouveau droit successoral, in: Pradervand-Kernen Maryse/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (éd.), *Journée de droit successoral 2022*, Berne 2022, S. 41 ff.
- RÜETSCHI DAVID, Modernisierung des Erbrechts, Stand der laufenden Arbeiten und Ausblick, Vortrag am Schweizerischen Erbrechtstag vom 26. August 2021
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, *successio* 2007, S. 158 ff.

- SOMARY TOBIAS, Ein Verlust an Vertrauen und Stabilität, Gastkommentare zur Debatte über die Reform des Erbrechts, NZZ vom 27. Februar 2020, S. 10 (zit. SOMARY, Verlust)
- SOMARY TOBIAS, Handlungsbedarf angesichts nationaler und internationaler Änderungen im Ehegüter- und Erbrecht: Checklisten und Praxisempfehlungen, Vortrag an der St. Galler Erbrechtstagung vom 30. November 2021 (zit. SOMARY, Handlungsbedarf)
- SOMARY TOBIAS/LUTZ SCIAMANNA LOUISE/BAUMANN LORENZ, Arbeitspapier Erbrechtsreform vom 25. März 2020, 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, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/18-069-standpunkt-bj-d.pdf> (besucht am 15. Februar 2022)
- SPIRIG SANDRA, Zur Anfechtung von Schenkungen nach abgeschlossenem Erbvertrag – Weshalb BGE 140 III 193 im Ergebnis richtig ist, *successio* 2017, S. 340 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI, 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: Dessemontet François/Piotet Paul (éd.), *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne 1989, S. 403 ff. (zit. STEINAUER, calcul)
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Le droit des successions*, 2. éd., Berne 2015 (zit. STEINAUER, successions)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Première approche de la révision du droit des successions, in: Steinauer Paul-Henri/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (éd.), *Journée de droit successoral 2019*, Berne 2019, S. 205 ff. (zit. STEINAUER, approche)
- STEINAUER PAUL-HENRI, Vers une révision du droit des successions, *ZSR* 2018, S. 495 ff. (zit. STEINAUER, révision)
- STUDHALTER PHILIPP, Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten nach Art. 473 ZGB, mit besonderer Berücksichtigung des rechtsgeschäftlichen Wahlrechts, *INR* Band 4, Diss. Bern 2007
- SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO, *Die Revision des Erbrechts, Methodik einer adäquaten Gesetzgebung und umstrittene Aspekte de lege lata*, Zürich 2015
- Verband bernischer Notare (Hrsg.), *Musterurkunden*, Bern 1981 ff., mit alljährlichen Nachführungen (zit. *Musterurkunde VbN*)
- WEIMAR PETER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen

- Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, die Verfügungsfreiheit, die Verfügungsarten, die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR)
- WOLF STEPHAN, Erbrecht in besonderen Situationen: Konkubinat, Ehekrise, Erwachsenenschutz, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht, INR Band 9, Bern 2009, S. 27 ff. (zit. WOLF, Besondere Situationen)
- WOLF STEPHAN, Vermögensverwaltung und Nachlassplanung insbesondere aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Berner Bankrechtstag, BBT Band 11, Bern 2005, S. 59 ff. (zit. WOLF, Vermögensverwaltung)
- WOLF STEPHAN, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996 (zit. WOLF, Vorschlagszuweisung)
- WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Ehegüter- und erbrechtliche Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelles zur ehегüter- und erbrechtlichen Planung des Notariats, INR Band 25, Bern 2019, S. 19 ff. (zit. WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung)
- WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung und hängige Erbrechtsrevision – erste Folgerungen und Überlegungen zur Rechtsgeschäftsplanung, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelles zur ehегüter- und erbrechtlichen Planung des Notariats, INR Band 25, Bern 2019, S. 1 ff. (zit. WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision)
- WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht IV/1, Erbrecht, 1. Teilband, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1)
- WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2017
- WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/HOFER SIBYLLE/AEBI-MÜLLER REGINA, Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorentwurf des EJPD, AJP 2016, S. 1419 ff.
- WOLF STEPHAN/MINNIG YANNICK, Familienrecht, Basel 2021
- WOLF STEPHAN/STEINER ISABELLE, Das Vermögensrecht und die weiteren für das Notariat relevanten Aspekte des Partnerschaftsgesetzes, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, INR Band 3, Bern 2006, S. 53 ff.
- ZEITER ALEXANDRA, Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen, ZBGR 96/2015, S. 365 ff.

Materialienverzeichnis

- Änderung Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht) vom 18. Dezember 2020, BBl 2020 9923 ff., <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (besucht am 15. Februar 2022) (zit. Änderung ZGB)
- Bericht «Modernisierung des Familienrechts» vom 25. März 2015, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (besucht am 15. Februar 2022) (zit. Bericht Familienrecht)
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018, BBl 2018 5813 ff., <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de> (besucht am 15. Februar 2022) (zit. Botschaft Erbrecht)
- Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10. April 2019, <https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2019/2019-04-10.html> (besucht am 15. Februar 2022) (zit. Erläuternder Bericht Unternehmensnachfolge)
- Regulierungsfolgenabschätzung Revision Erbrecht (Unternehmensnachfolge), Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Heiko Bergmann, Frank Halter, Thomas Zellweger, St. Gallen, April 2018, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>, (besucht am 15. Februar 2022) (zit. Regulierungsfolgenabschätzung)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht) vom 19. Mai 2021, AS 2021 312, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (besucht am 15. Februar 2022) (zit. Beschluss Bundesrat)
- Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) vom 4. März 2016, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (besucht am 15. Februar 2022), (zit. Vorentwurf und erläuternder Bericht Erbrecht)

I. Einleitung

Das Erbrecht und die mit diesem verbundene Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung gehören herkömmlicherweise zu den zentralen Kerngebieten der notariellen Tätigkeit. Mit der am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden sog. ersten Etappe der Erbrechtsreform *werden die erbrechtliche Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung noch weiter an Bedeutung gewinnen* und namentlich auch Notarinnen und Notare vor neue Herausforderungen stellen.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem neuen Erbrecht. Er legt den Fokus zur Hauptsache auf die soeben angesprochene Rechtsgeschäftsplanung und die namentlich in der notariellen Praxis zu beachtenden Aspekte. Im Einzelnen werden nachfolgend vorab die Revisionsgesetzgebungsgeschichte und die verschiedenen Revisionsvorhaben zusammengefasst dargestellt¹. Alsdann ist auf die beschlossene erste Revisi­onsetappe im Allgemeinen² und das Übergangsrecht einzugehen³, bevor die einzelnen Punkte der Revision näher beleuchtet werden⁴. Der Beitrag wird abgeschlossen durch ein erstes Fazit⁵.

II. Revisionsgesetzgebungsgeschichte und einzelne Revisionsvorhaben

A. Motion Gutzwiller

Die in der Schweiz teilweise beschlossene und teilweise noch hängige Erbrechtsrevision geht hauptsächlich auf die am 17. Juni 2010 von Ständerat Felix Gutzwiller eingereichte Motion 10.3524 zurück⁶. Diese beauftragte den Bundesrat «das über hundertjährige, nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen. Dabei soll das geltende Recht in seinem Kerngehalt bewahrt und die Familie als institutionelle Konstante auch weiterhin geschützt werden. Trotz Teilrevision soll es dem

¹ II. sogleich.

² III. hienach.

³ IV. hienach.

⁴ V. hienach.

⁵ VI. hienach.

⁶ Vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20103524> (besucht am 15. Februar 2022).

Erblassenden weiterhin freistehen, die Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen.»⁷

Am 25. August 2010 empfahl der Bundesrat die Motion zur Annahme⁸.

Am 23. September 2010 wurde sie vom Ständerat mit 32 zu 7 Stimmen angenommen⁹. Auf Antrag seiner Rechtskommission nahm der Nationalrat am 2. März 2011 mit 94 zu 43 Stimmen die Motion an mit der Anpassung «keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren»¹⁰.

Die Motion hatte damit folgenden Wortlaut: «Der Bundesrat wird beauftragt, das über hundertjährige, nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen. Dabei soll das geltende Recht in seinem Kerngehalt bewahrt und die Familie als institutionelle Konstante auch weiterhin geschützt werden (keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren). Trotz Teilrevision soll es dem Erblassenden weiterhin freistehen, die Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen.»

Der Ständerat seinerseits schloss sich dieser angepassten Version an und überwies die Motion am 7. Juni 2011 einstimmig an den Bundesrat^{11 12}.

B. Vorentwurf und erläuternder Bericht vom 4. März 2016

1. Inhalt

Am 4. März 2016 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung über den Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)¹³.

Zur Erfüllung des Auftrags von National- und Ständerat schlug der Bundesrat namentlich vor, den Pflichtteil der Eltern aufzuheben sowie denjenigen der

⁷ Botschaft Erbrecht, S. 5821.

⁸ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20103524> (besucht am 15. Februar 2022).

⁹ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23483> (besucht am 15. Februar 2022).

¹⁰ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23465> (besucht am 15. Februar 2022).

¹¹ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=28316> (besucht am 15. Februar 2022).

¹² Zum Ganzen auch Botschaft Erbrecht, S. 5821 f., m.w.H.

¹³ Botschaft Erbrecht, S. 5825. Vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht Erbrecht.

Nachkommen – von drei Vierteln auf die Hälfte – und denjenigen der Ehegatten bzw. eingetragenen Partner – von der Hälfte auf ein Viertel – zu reduzieren. Mit der damit einhergehenden Erhöhung der verfügbaren Quote sollte dem Erblasser insbesondere ermöglicht werden, Zuwendungen an den faktischen Lebenspartner oder in Patchworkfamilien an ein nicht eigenes Kind auszurichten. Ebenso sollte damit der Spielraum für die Unternehmensnachfolge erweitert werden¹⁴.

Dem Willen der Eidgenössischen Räte entsprechend – wonach «keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren» stattfinden sollte – verzichtete der Bundesrat darauf, ein gesetzliches Erbrecht oder gar ein Pflichtteilsrecht für faktische Lebenspartner vorzuschlagen. Vielmehr sollten diese grundsätzlich weiterhin nur dann erbrechtlich berücksichtigt werden, wenn und soweit der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen entsprechende Anordnungen traf. Für Härtefälle schlug der Bundesrat aber – unter Hinweis auf seinen 2015 veröffentlichten Bericht zur Modernisierung des Familienrechts¹⁵ – die Einführung eines von Gesetzes wegen greifenden sog. «Unterhaltsvermächtnisses» zugunsten des faktischen Lebenspartners vor (Art. 484a VE-ZGB)¹⁶.

Im Weiteren enthielt der Vorentwurf Vorschläge zur Klärung verschiedener in Gesetzgebung und Rechtsprechung unbeantworteter Fragen¹⁷.

2. *Ergebnisse der Vernehmlassung*

Nach der Darstellung in der Botschaft wurde der Vorentwurf «im Grossen und Ganzen positiv aufgenommen»^{18 19}. Kritik erfuhr indessen namentlich das vorgeschlagene «Unterhaltsvermächtnis» für faktische Lebenspartner²⁰.

¹⁴ Vgl. zu alledem Botschaft Erbrecht, S. 5825.

¹⁵ Bericht Familienrecht, S. 18.

¹⁶ Zum Ganzen Botschaft Erbrecht, S. 5825.

¹⁷ Botschaft Erbrecht, S. 5825.

¹⁸ Botschaft Erbrecht, S. 5826. Die Vernehmlassungen und die Vernehmlassungsergebnisse finden sich auf der Seite des Bundesamtes für Justiz unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (besucht am 15. Februar 2022).

¹⁹ Vgl. aber etwa die kritische Stellungnahme unter Darlegung der inhaltlichen Konzeptlosigkeit und Widersprüchlichkeit des Entwurfs von WOLF/HRUBESCH-MILLAUER/HOFER/AEBI-MÜLLER, S. 1419 ff.

²⁰ Siehe dazu auch Botschaft Erbrecht, S. 5826.

3. *Bundesratsbeschluss vom 10. Mai 2017: Etappenweise Revision*

Infolge der Vielzahl und der Komplexität der in der Vernehmlassung aufgeworfenen Fragen entschied sich der Bundesrat am 10. Mai 2017, die Revision des Erbrechts in verschiedene Etappen aufzuteilen²¹. In einer ersten Botschaft (Botschaft I) sollten die gesellschaftspolitischen Forderungen der Motion 10.3524 umgesetzt werden, in einer nachfolgenden Botschaft dann die eher technischen Revisionspunkte des Vorentwurfs (Botschaft II)²².

C. **Drei Etappen bzw. Revisionsvorlagen**

1. *Vorbemerkung*

Gestützt auf den Beschluss des Bundesrates lassen sich *drei Etappen* der Revision des Erbrechts oder Revisionsvorlagen²³ unterscheiden, nämlich die erste sog. «politische» Revisionsvorlage²⁴, die zweite sog. «technische» Revisionsvorlage²⁵ und schliesslich die dritte Vorlage betreffend die erbrechtliche Unternehmensnachfolge²⁶.

2. *Erste Etappe: Die sog. «politische» Revisionsvorlage (Entwurf vom 29. August 2018 und Schlussabstimmung am 18. Dezember 2020)*

Die erste Revisionsvorlage hat der Bundesrat mit Botschaft und zugehörigem Gesetzesentwurf am 29. August 2018 zuhanden der Eidgenössischen Räte unterbreitet. Es handelt sich bei diesem Teil um die sog. «politische» Erbrechtsrevision, die den Grundauftrag der Motion Gutzwiller erfüllen soll²⁷. Die Schlussabstimmung hat am 18. Dezember 2018 stattgefunden²⁸. Auf

²¹ Botschaft Erbrecht, S. 5826.

²² Erläuternder Bericht Unternehmensnachfolge, S. 10.

²³ So WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 8; vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326.

²⁴ Dazu II.C.2.

²⁵ II.C.3.

²⁶ II.C.4.

²⁷ Botschaft Erbrecht, S. 5826; LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326.

²⁸ Vgl. Änderung ZGB.

Entstehungsgeschichte und Inhalt dieser ersten Revisionsetappe wird hienach detailliert eingegangen²⁹.

3. *Zweite Etappe: Die sog. «technische» Revisionsvorlage*

Die zweite Revisionsvorlage betrifft sog. «technische» Reformanliegen³⁰. Dazu gehören mit Blick auf den Vorentwurf von 2016 und das entsprechende Vernehmlassungsverfahren Themen wie etwa die Informationsrechte der Erben, das audiovisuelle Nottestament, Massnahmen gegen Erbschleicherei und die Aufsicht über den Willensvollstrecker. Bereits diese Stichworte zeigen auf, dass es dabei keineswegs um gewissermassen bloss untergeordnete «technische» Fragen geht, so dass insofern die vom Bund gewählte Bezeichnung sich als eine eigentliche falsa demonstratio erweist und die Abgrenzung des «politischen» vom «technischen» Teil als rein zufällig erscheint³¹. Der Zeitplan für diese zweite Etappe ist noch nicht näher bekannt³². Nach Angaben aus dem Bundesamt für Justiz ist die Verabschiedung der Botschaft durch den Bundesrat für das Jahr 2023 zu erwarten³³.

4. *Dritte Etappe: Die Revisionsvorlage zur erbrechtlichen Unternehmensnachfolge*

Eine dritte Revisionsvorlage betrifft die erbrechtliche Unternehmensnachfolge³⁴.

Am 10. Mai 2017 hat der Bundesrat das EJPD beauftragt, zu prüfen, ob es nicht möglich sei, die Unternehmensnachfolge weiter zu erleichtern³⁵. In diesem Zusammenhang hat das Bundesamt für Justiz ein Gutachten «Regulierungsfolgenabschätzung Revision Erbrecht (Unternehmensnachfolge)» eingeholt, welches im April 2018 erstattet worden ist³⁶.

²⁹ Zur Entstehungsgeschichte III.B., zum Inhalt V. hienach.

³⁰ Siehe so Botschaft Erbrecht, S. 5826.

³¹ In diesem Sinne auch BREITSCHMID, Stabilität, S. 402, wo von einer Trennung in «(i) die (angeblich) «politische», dann (ii) die (sogenannt) «technische» Tranche (beide mit höchst unklarer und zufälliger Abgrenzung)» die Rede ist.

³² Vgl. zu alledem auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326, mit Fn. 11.

³³ RÜETSCHI, Folie 4.

³⁴ Botschaft Erbrecht, S. 5826.

³⁵ Erläuternder Bericht Unternehmensnachfolge, S. 10.

³⁶ Vgl. Regulierungsfolgenabschätzung.

Am 10. April 2019 wurde der Vorentwurf mit erläuterndem Bericht zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge)» veröffentlicht und in die Vernehmlassung geschickt³⁷. Die Neuregelung zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge geht von der in der ersten Etappe der Erbrechtsrevision vorgenommenen Reduktion der Pflichtteile aus, deren erklärtes Ziel unter anderem auch die Erleichterung der Übertragung von Familienunternehmen war³⁸. Als weitere Massnahmen vorgeschlagen werden sodann die Möglichkeiten der Integralzuweisung des Unternehmens und einer Stundung von Ausgleichsforderungen an die Miterben sowie eine Neuregelung der Bewertung des zu Lebzeiten übertragenen Unternehmens³⁹. Verzichtet wird dagegen auf eine Ordnung der steuerrechtlichen Fragen⁴⁰.

Am 26. Februar 2020 hat der Bundesrat die Vernehmlassungsergebnisse betreffend die Vorlage zur Erleichterung der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge zur Kenntnis genommen und das EJPD beauftragt, bis Anfang 2021 eine Botschaft auszuarbeiten⁴¹.

Der Vorentwurf wurde in der Vernehmlassung grossmehrheitlich positiv aufgenommen⁴². Die Botschaft und der zugehörige Entwurf sind demnächst zu erwarten⁴³, und zwar nach Angaben aus dem Bundesamt für Justiz nunmehr voraussichtlich im ersten Quartal 2022⁴⁴. Zeitlich wird damit die dritte Revisi-onsetappe die zweite aller Voraussicht nach überholen⁴⁵.

D. Revision des internationalen Erbrechts

Parallel zur Revision des materiellen Erbrechts findet auch eine Revision des im IPRG geregelten internationalen Erbrechts statt⁴⁶. Das Reformvorhaben

³⁷ Vgl. Erläuternder Bericht Unternehmensnachfolge.

³⁸ Erläuternder Bericht Unternehmensnachfolge, S. 12, m.H. auf Botschaft Erbrecht, S. 5814. Siehe dazu auch schon II.B.1. hievor.

³⁹ Erläuternder Bericht Unternehmensnachfolge, S. 12 ff.

⁴⁰ Erläuternder Bericht Unternehmensnachfolge, S. 15 f.

⁴¹ <https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2020/2020-02-26.html> (besucht am 15. Februar 2022).

⁴² Vgl. die Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse auf der Seite des Bundesamtes für Justiz unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (besucht am 15. Februar 2022).

⁴³ Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326, Fn. 12.

⁴⁴ RÜETSCHI, Folie 4.

⁴⁵ So auch BREITSCHMID, Revision(en), S. 21.

⁴⁶ Vgl. dazu den Beitrag DORJEE-GOOD, in diesem Band, S. 127 ff.

geht auf eine Motion 14.4285 «Internationales Übereinkommen über Erbsachen» von Ständerat Luc Recordon zurück⁴⁷. Am 14. Februar 2018 hat der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren eröffnet⁴⁸.

Das internationale Erbrecht der Schweiz soll modernisiert und an die Rechtsentwicklung im Ausland angepasst werden. Die Botschaft mit Gesetzesentwurf ist vom Bundesrat am 13. März 2020 zuhanden der Eidgenössischen Räte verabschiedet worden. Der Entwurf will das Risiko von Zuständigkeitskonflikten mit ausländischen Behörden, insbesondere im Verhältnis zur EU, vermindern und das internationale Erbrecht besser auf die Rechtslage in Europa, wie sie namentlich in der Europäischen Erbrechtsverordnung vereinheitlicht worden ist, abstimmen⁴⁹.

E. Herausforderungen der Revision für die Praxis, insbesondere für die Rechtsgeschäftsplanung

Das Erbrecht galt bis anhin als beständiges Rechtsgebiet und bot damit Gewähr für weitgehende Stabilität und Sicherheit im Rahmen der Rechtsgeschäftsplanung. Diese bis heute gegebene Beständigkeit wird sich mit den angesprochenen, nun teils bereits beschlossenen und teils erst noch zu behandelnden und zu beschliessenden Revisionsvorhaben ändern⁵⁰.

Die vorgenommene *Etappierung der Erbrechtsrevision* mag der politischen Realisierbarkeit dienen, sie ist aber *einer einheitlichen Konzeption sowie einer systematischen und inhaltlichen Gesamtopik* – wie sie für die Gesetzgebung gerade im Zivilrecht im Grunde unabdingbar ist – *abträglich*. Seit der am Anfang der Revisionsbestrebungen stehenden Einreichung der Motion Gutzwiller sind inzwischen über elf Jahre vergangen. Die Gesetzgebungsarbeiten an den partiellen Erbrechtsrevisionen werden noch über Jahre andauern⁵¹. Mit einer solchen Vorgehensweise akzentuieren sich besonders auch die einer Revision stets inhärenten *übergangsrechtlichen Schwierigkeiten*⁵² sowie ganz allgemein

⁴⁷ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=35274> (besucht am 15. Februar 2022).

⁴⁸ RÜETSCHI, Folie 18.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen näher die Dokumentation zur Revision des internationalen Erbrechts unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78427.html> (besucht am 15. Februar 2022).

⁵⁰ Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326, m.H. auf SOMARY, Verlust, S. 10.

⁵¹ Gleich bereits die Einschätzung von LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326.

⁵² Dazu kritisch auch BREITSCHMID, Stabilität, S. 402.

die *Herausforderungen für die Praxis* namentlich in der Rechtsgeschäftsplanung⁵³.

III. Die beschlossene erste Revisionsvorlage: Entstehungsgeschichte und Allgemeines

A. Einleitende Bemerkungen

An dieser Stelle wird kurz die Entstehungsgeschichte der ersten Revisionsvorlage ab dem Gesetzesentwurf vom 29. August 2018 bis zur Schlussabstimmung in den beiden Räten vom 18. Dezember 2020 geschildert⁵⁴. Der Inhalt der ersten Revisionsvorlage wird sodann später im Detail vorgestellt⁵⁵.

B. Vom Entwurf vom 29. August 2018 zur Schlussabstimmung vom 18. Dezember 2020

Der Bundesrat hat die *Botschaft mit Gesetzesentwurf* zur ersten Revisionsvorlage am 29. August 2018 zuhanden der Eidgenössischen Räte verabschiedet⁵⁶.

Im Zentrum der Vorlage stand die *Erhöhung der Verfügungsfreiheit* durch Verkleinerung der Pflichtteile⁵⁷. Die beantragte Neuregelung sah hinsichtlich der Änderung der Pflichtteile die Aufhebung des Elternpflichtteils (Art. 470 Abs. 1 E-ZGB) und die Reduktion des Nachkommenpflichtteils (Art. 471 E-ZGB) vor⁵⁸. Zudem wurden der Verlust des Pflichtteilsrechts während eines Scheidungs- oder Auflösungsverfahrens (Art. 472 E-ZGB)⁵⁹ und die Erhöhung der verfügbaren Quote bei Nutzniessung zugunsten des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners (Art. 473 E-ZGB)⁶⁰ vorgeschlagen. Eine weitere Neuerung betraf die *Verankerung eines Unterstützungsanspruchs* zugunsten des faktischen Lebenspartners (Art. 606a ff. E-ZGB)⁶¹. Zur *Verbesserung der*

⁵³ Zum Ganzen schon LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326.

⁵⁴ III.B. sogleich.

⁵⁵ V. hienach.

⁵⁶ Botschaft Erbrecht, S. 5813 ff. Siehe auch schon II.C.2. hievor.

⁵⁷ Botschaft Erbrecht, S. 5814 und 5827. Vgl. dazu und zum Folgenden auch die zusammengefasste Übersicht bei LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 327.

⁵⁸ Botschaft Erbrecht, S. 5829 ff.

⁵⁹ Botschaft Erbrecht, S. 5837 ff.

⁶⁰ Botschaft Erbrecht, S. 5840 ff.

⁶¹ Botschaft Erbrecht, S. 5861 ff.

Rechtssicherheit sollten ausserdem verschiedene, bisher umstrittene Punkte geklärt werden⁶². Dies betraf im Einzelnen Klarstellungen in Bezug auf die ehe- oder vermögensvertragliche Vorschlagszuweisung (Art. 216 E-ZGB)⁶³, die erbrechtliche Behandlung der gebundenen Selbstvorsorge, mithin der Säule 3a (Art. 476 und 529 E-ZGB)⁶⁴, sowie die Gegenstände und die Reihenfolge der Herabsetzung (Art. 522 f. und 532 E-ZGB)⁶⁵.

Die *Behandlung in den Eidgenössischen Räten* fand im Ständerat in der Herbstsession 2019 statt, im Nationalrat in der Sommersession 2020, gefolgt von der Differenzbereinigung in Ständerat und Nationalrat in der Wintersession 2020⁶⁶.

Die Neuerungen wurden in den Eidgenössischen Räten überwiegend, wenn auch teilweise in modifizierter Form, angenommen⁶⁷.

Im Rahmen der Beratungen der Eidgenössischen Räte wurden insbesondere die folgenden drei *wesentlichen Modifikationen* gegenüber dem Entwurf des Bundesrates vorgenommen⁶⁸:

- Erstens wurde der vorgeschlagene gesetzliche Unterstützungsanspruch zugunsten des faktischen Lebenspartners (Art. 606a ff. E-ZGB) ersatzlos gestrichen⁶⁹.
- Zweitens wurde in Bezug auf die Behandlung der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung eine gegenüber dem Entwurf andere Lösung beschlossen (Art. 216 E-ZGB)⁷⁰.
- Drittens hat Art. 472 E-ZGB eine präzisierende Ergänzung erfahren: In Abs. 2 wird festgehalten, dass bei Verlust des Pflichtteilsrechts im Schei-

⁶² Botschaft Erbrecht, S. 5814.

⁶³ Botschaft Erbrecht, S. 5845 ff.

⁶⁴ Botschaft Erbrecht, S. 5851 ff.

⁶⁵ Botschaft Erbrecht, S. 5858 ff.

⁶⁶ Zu den Beratungen in den Eidgenössischen Räten <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180069> (besucht am 15. Februar 2022).

⁶⁷ Vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 327.

⁶⁸ Siehe auch EITEL, Teil, S. 186; LUTZ SCIAMANNA, Erbrechtsrevision, Folie 5.

⁶⁹ Dieser war gegenüber dem im Vorentwurf noch enthaltenen Unterhaltsvermächtnis bereits abgeschwächt worden. Siehe dazu Vorentwurf und erläuternder Bericht Erbrecht, S. 21 ff., und Botschaft Erbrecht, S. 5861 ff. Weiter ebenfalls LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 327.

⁷⁰ Vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 327.

dungsverfahren die Pflichtteile gelten, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre. Damit werden die Nachkommen der Scheidungsehegatten besser geschützt⁷¹.

Diese erste, sog. «politische» Revisionsvorlage ist am 18. Dezember 2020 in der *Schlussabstimmung* angenommen worden⁷². Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 10. April 2021 unbenützt abgelaufen. Der Bundesrat hat mit Beschluss vom 17. Mai 2021 das *Inkrafttreten auf den 1. Januar 2023* festgesetzt⁷³.

IV. Übergangsrecht

Besondere übergangsrechtliche Vorschriften sind in der am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden ersten Revisionsvorlage nicht enthalten⁷⁴. Es gelangen deshalb die allgemeinen intertemporalen erbrechtlichen Bestimmungen der Art. 15 f. SchlT ZGB zur Anwendung⁷⁵. Zu beachten sind ebenfalls die in Art. 1-4 SchlT ZGB enthaltenen allgemeinen Bestimmungen des Übergangsrechts⁷⁶.

Die erbrechtlichen Verhältnisse einer verstorbenen Person bestimmen sich folglich nach dem im Zeitpunkt ihres Todes geltenden Recht (Art. 15 Abs. 1 SchlT ZGB)⁷⁷. Massgebend ist mithin das bei der Eröffnung des Erbganges (Art. 537 Abs. 1 ZGB) in Kraft stehende Recht⁷⁸. Übergangsrechtlich gilt somit das *Todestagsprinzip*⁷⁹.

Die Regelung bezieht sich sowohl auf die Erben als auch auf den Erbgang (vgl. Art. 15 Abs. 2 SchlT ZGB). Die übergangsrechtliche Ordnung erfasst demnach

⁷¹ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 327 und 331.

⁷² Änderung ZGB, S. 9923 ff.

⁷³ Vgl. Beschluss Bundesrat.

⁷⁴ Der Bundesrat hatte geprüft, ob die vor Inkrafttreten der Revision errichteten Verfügungen von Todes wegen dem alten Recht unterstellt werden sollten. Das hätte indessen dazu geführt, dass das alte Recht noch während erheblicher Zeit nach Inkrafttreten des neuen Rechts zur Anwendung gelangt wäre, womit die Umsetzung der mit der Revision angestrebten rechtspolitischen Ziele – insbesondere der Erhöhung der Verfügungsfreiheit – erheblich verzögert worden wären, was als nicht im Sinne des Gesetzgebers erachtet wurde. Siehe dazu Botschaft Erbrecht, S. 5871.

⁷⁵ Siehe bereits WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 9, wo allerdings die Frage, ob nicht die Eidgenössischen Räte ein besonderes Übergangsrecht erlassen würden, noch offen war.

⁷⁶ Zum Ganzen Botschaft Erbrecht, S. 5870. Siehe auch EIGENMANN, N. 68.

⁷⁷ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 49; BSK-BREITSCHMID, N. 1 zu Art. 15/16 SchlT ZGB.

⁷⁸ Vgl. auch WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 9.

⁷⁹ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326 f.

beide Abteilungen des Erbrechts des ZGB⁸⁰ und gilt mithin für das *gesamte Erbrecht*. Das im Zeitpunkt des Todes des Erblassers geltende Recht ist folglich massgebend für die Erbeneigenschaft, die Pflichtteile bzw. die verfügbare Quote und auch für die Abwicklung des Erbganges⁸¹. Die übergangsrechtliche Regelung gilt sodann unabhängig davon, ob die gesetzliche Erbfolge zum Tragen kommt oder ob bereits vor Inkrafttreten der Revision eine letztwillige Verfügung errichtet oder ein Erbvertrag abgeschlossen worden ist⁸².

Für *Verfügungen von Todes wegen* ist alsdann Art. 16 SchlT ZGB zu beachten. Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB stellt dabei klar, dass sich die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen infolge Überschreitung der Verfügungsfreiheit oder wegen der Art der Verfügung stets nach den Bestimmungen des neuen Rechts richtet, wenn der Erblasser nach dessen Inkrafttreten verstorben ist⁸³. Mithin gilt also für alle Erbfälle ab dem 1. Januar 2023 das neue Pflichtteilsrecht, selbst wenn die Verfügung von Todes wegen noch unter altem Recht errichtet wurde⁸⁴.

Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB ist deshalb *besonders auch in der Rechtsgeschäftsplanung zu beachten*. Wenn – wie das regelmässig der Fall sein dürfte – die Erblasserin von der mit der Revision geschaffenen erhöhten Verfügungsfreiheit Gebrauch machen möchte, so sind entsprechende Verfügungen von Todes wegen bereits heute offen bzw. dynamisch zu formulieren. Zur übergangsrechtlichen Klarstellung ist zudem vorzugsweise ausdrücklich auf die bevorstehende Rechtsänderung Bezug zu nehmen. Entsprechende Formulierungen könnten etwa wie folgt lauten: «Ich setze meinen Sohn Simon auf seinen Pflichtteil, so wie dieser im Zeitpunkt meines Ablebens bestehen wird.» Oder auch: «Ich wende meiner Freundin Federica die gesamte verfügbare Quote zu, wie diese mir nach Gesetz im Zeitpunkt meines Todes zustehen wird.»⁸⁵ Will die Erblasserin umgekehrt eine künftige erweiterte Verfügungsfreiheit nicht beanspruchen, sondern auf die im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen geltende Pflichtteilsregelung abstellen, so ist auch dies ausdrücklich anzuordnen⁸⁶. Diesfalls wird man im Rechtsgeschäft *mortis causa* eine sog.

⁸⁰ Das Erbrecht des ZGB ist unterteilt in die beiden Abteilungen «Die Erben» (Erste Abteilung, Art. 457-536 ZGB) und «Der Erbgang» (Zweite Abteilung, Art. 537-640 ZGB).

⁸¹ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 49; BSK-BREITSCHMID, N. 1 zu Art. 15/16 SchlT ZGB.

⁸² Botschaft Erbrecht, S. 5870; vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 326 f.

⁸³ Dazu auch schon WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 9.

⁸⁴ Vgl. LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328.

⁸⁵ Zu alledem ebenfalls WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 16; ebenso mit entsprechenden Beispielen schon STEINAUER, *approche*, S. 212.

⁸⁶ WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 16.

festе bzw. statische Angabe des Pflichtteils⁸⁷ anbringen, etwa folgendermassen: «Ich setze meinen Sohn auf den Pflichtteil von 3/4 seines gesetzlichen Erbanspruchs. Diese Erbquote gilt ausdrücklich auch für den Fall, dass ich nach Inkrafttreten des revidierten Pflichtteilsrechts versterben sollte.» Es gilt also mittels genauer und eindeutiger Redaktion des Rechtsgeschäftes jegliche Auslegungsschwierigkeiten, die sich intertemporalrechtlich ergeben könnten, zu vermeiden⁸⁸. Fehlen hingegen entsprechende präzise Anordnungen bei altrechtlichen pflichtteilssetzenden Verfügungen von Todes wegen, so ist es letztlich eine Auslegungsfrage, ob die Erblasserin – gewissermassen positiv – einen Erbteil in der Höhe des im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung geltenden Pflichtteils zuwenden wollte oder aber – gewissermassen negativ – so wenig wie möglich, also den neuen, tieferen Pflichtteil⁸⁹. Eine Vermutung hinsichtlich des Willens der Erblasserin in die eine oder in die andere Richtung besteht dabei nicht⁹⁰.

Ein einfaches *Beispiel* soll das soeben Ausgeführte illustrieren:

Wenn der Erblasser, der seine Ehegattin und seinen Sohn als Erben hinterlässt, in seinem Testament aus dem Jahre 2010 angeordnet hat «Mein Sohn Simon erhält 3/8 des Nachlasses, der Rest geht an meine liebe Ehefrau.», so bleibt unklar, ob der Erblasser damit wollte, dass der Sohn auch unter dem revidierten Recht so wenig wie möglich, also nur seinen dannzumaligen Pflichtteil – der nur noch 1/4 betragen würde (nArt. 471 i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB) – erhält, oder ob er wollte, dass der Sohn ungeachtet der Höhe des Pflichtteils in jedem Fall 3/8 bekommt. Vor diesem Hintergrund ist dringend zu empfehlen, auch bereits früher errichtete Verfügungen von Todes wegen mit Blick auf die Revision zu überprüfen und soweit nötig und möglich anzupassen bzw. klarzustellen.

⁸⁷ Die feste, statische Angabe des Pflichtteils ist vor allem bei der Zuwendung der verfügbaren Quote bei der Nutzniessung gemäss Art. 473 Abs. 2 ZGB üblich, denn angesichts des früheren Achtelsstreites wird die verfügbare Quote regelmässig mit einem Viertel angegeben. Übergangsrechtlich kann das zu Auslegungsschwierigkeiten führen, nachdem mit der Revision die neben der Nutzniessung bestehende verfügbare Quote auf die Hälfte des Nachlasses erhöht wird. Siehe zur Problematik auch SOMARY, Handlungsbedarf, Folie 17. Weiter zur Nutzniessung nach Art. 473 ZGB V.E. hienach.

⁸⁸ WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 15; ebenso LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328 f.

⁸⁹ Vgl. auch BREITSCHMID, Revision(en), S. 24.

⁹⁰ WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 15 f.

Besondere *übergangsrechtliche Fragen* können sich auch *bei den einzelnen revidierten Bestimmungen* ergeben. Auf sie ist jeweils an der entsprechenden Stelle einzugehen⁹¹.

V. Die einzelnen, insbesondere die Rechtsgeschäftsplanung betreffenden Punkte der ersten Revisionsstufe

A. Übersicht

Im Einzelnen werden hier *in diesem Beitrag die folgenden Punkte* der ersten Revisionsstufe *behandelt*:

- Keine Veränderung des gesetzlichen Erbrechts⁹²;
- Aufhebung bzw. Reduktion von Pflichtteilsrechten (nArt. 470 Abs. 1 und 471 ZGB)⁹³;
- Ehegattenerbrecht und Ehegüterrecht bei hängigem Scheidungsverfahren (nArt. 120 Abs. 2 und 3, 472 ZGB)⁹⁴;
- Nutzniessung (nArt. 473 ZGB)⁹⁵;
- Ehevertragliche Vorschlagszuweisung bzw. Gesamtgutszuweisung (nArt. 216 Abs. 2 und 3, 217 Abs. 2 und 241 Abs. 4 ZGB)⁹⁶;
- Bindungswirkung des Erbvertrages (nArt. 494 Abs. 3 ZGB)⁹⁷.

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle auch auf die *weiteren Revisionspunkte* hinzuweisen, nämlich Versicherung und gebundene Selbstvorsorge (nArt. 476 ZGB) sowie die Herabsetzung (nArt. 522, 523, 529 und 532 ZGB)⁹⁸.

⁹¹ Vgl. für den Ehevertrag V.F.4., für den Erbvertrag V.G.3.

⁹² V.B. sogleich.

⁹³ V.C. hienach.

⁹⁴ V.D. hienach.

⁹⁵ V.E. hienach.

⁹⁶ V.F. hienach.

⁹⁷ V.G. hienach.

⁹⁸ Diese weiteren Revisionspunkte bilden Gegenstand des Beitrages von EGGEL/GERSTER, in diesem Band, S. 79 ff.

B. Keine Veränderung des gesetzlichen Erbrechts

Die Revision führt zu *keiner Veränderung des gesetzlichen Erbrechts*. Das gilt sowohl für den Kreis der gesetzlichen Erben als auch für die gesetzlichen Erbquoten. Sofern die Erblasserin keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat, führt die Revision also keine Änderung der bisherigen Rechtslage herbei. Im Einzelnen:

- Zunächst *bleibt der Kreis der gesetzlichen Erben gleich* wie im geltenden Recht⁹⁹. Er erfasst im Verwandtenerbrecht weiterhin die drei erbberechtigten Parentelen der Nachkommen (Art. 457 ZGB), der Eltern (Art. 458 ZGB) und der Grosseltern (Art. 459 ZGB) sowie darüber hinaus den überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner (Art. 462 ZGB) und subsidiär das Gemeinwesen (Art. 466 ZGB).
- Ebenfalls *unverändert bleiben die gesetzlichen Erbquoten*¹⁰⁰.

Wie bisher muss deshalb die Erblasserin, die einer Person ausserhalb des umschriebenen Kreises der gesetzlichen Erben – wie namentlich dem Lebenspartner oder einem nicht gemeinsamen Nachkommen seines Ehegatten, eingetragenen Partners oder faktischen Lebenspartners, mithin besonders einem Stief- oder auch einem Pflegekind¹⁰¹ – von Todes wegen eine Zuwendung ausrichten möchte, dies in einer *Verfügung von Todes wegen* ausdrücklich anordnen. Selbstverständlich ebenfalls möglich bleibt die Vornahme von Zuwendungen unter Lebenden an eine nicht zum Kreis der gesetzlichen Erben gehörende Person¹⁰². Ebenso muss die Erblasserin, die eine Veränderung der gesetzlichen Erbquoten bewirken will, dies wie bisher in einer Verfügung von Todes wegen zum Ausdruck bringen.

Im Vergleich zum heutigen Recht tritt mit der Revisionsvorlage allerdings insofern eine Veränderung ein, als sich infolge der Aufhebung des Elternpflichtteils (vgl. nArt. 470 ZGB) und der Reduktion des Nachkommenpflichtteils (nArt. 471 ZGB) im Einzelfall eine *erhöhte verfügbare Quote* ergeben kann¹⁰³.

⁹⁹ Siehe so auch schon die Botschaft Erbrecht, S. 5828.

¹⁰⁰ Vgl. ebenfalls LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 327, und noch für den Entwurf WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 10, m.w.H. Weiter bereits die Botschaft Erbrecht, S. 5828.

¹⁰¹ Siehe auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 50.

¹⁰² Zu alledem vgl. schon STEINAUER, *approche*, S. 208; WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 10 f.

¹⁰³ Dazu näher V.C.5. hienach.

C. **Aufhebung bzw. Reduktion von Pflichtteilsrechten**

1. *Übersicht*

Die mit der Erbrechtsrevision unter anderem angestrebte Erweiterung der Verfügungsfreiheit wird namentlich durch die folgenden zwei, sogleich darzustellenden Neuerungen erreicht: Erstens durch die *Abschaffung des Elternpflichtteils*¹⁰⁴ und zweitens durch die *Reduktion des Nachkommenpflichtteils*¹⁰⁵. Diese beiden Revisionspunkte führen zu *Konsequenzen*, die anschliessend behandelt werden¹⁰⁶.

2. *Aufhebung des Elternpflichtteils*

Wenn der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt – mithin keine Angehörigen der ersten Parentel vorhanden sind –, so gelangt die Erbschaft gemäss der gesetzlichen Erbfolge an den Stamm der Eltern (Art. 458 Abs. 1 ZGB), also an die zweite Parentel. Innerhalb derselben haben nach geltendem Recht die Eltern – und nur sie als Parentelenhäupter, nicht dagegen ihre Nachkommen – ein Pflichtteilsrecht (Art. 470 Abs. 1 ZGB). Der Pflichtteil der Eltern beträgt dabei die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs (Art. 471 Ziff. 2 ZGB).

Neu wird der Pflichtteil der Eltern aufgehoben (nArt. 470 Abs. 1 ZGB).

Die Überlegungen zu diesem Entscheid des Gesetzgebers waren die folgenden: Zwar besteht innerhalb der Familie eine gewisse Solidaritätspflicht, wie sie namentlich in der Verwandtenunterstützungspflicht gemäss Art. 328 ZGB zum Ausdruck kommt. Allerdings hat der Pflichtteil von Vater und Mutter seine Bedeutung weitgehend verloren, denn die Eltern des Erblassers verfügen in der Regel – besonders auch dank der Entwicklung der Sozialversicherungen – über genügend eigene Mittel¹⁰⁷. Der Bundesrat seinerseits begründete die Streichung des Elternpflichtteils in der Botschaft konkret mit der «Überlegung, dass der Pflichtteil der Eltern weniger auf einem Unterstützungsbedürfnis beruht als auf dem Gedanken der Solidarität innerhalb der Familie und der Generationen. Diese Solidarität hat in den letzten Jahrzehnten signifikant abgenommen, und

¹⁰⁴ V.C.2. sogleich.

¹⁰⁵ V.C.3. hienach.

¹⁰⁶ V.C.5. hienach.

¹⁰⁷ STEINAUER, *approche*, S. 210; WOLF/EGGEL, *Erbrechtsrevision*, S. 13.

es erscheint deshalb angemessen, dass das Recht diese Entwicklung nachvollzieht.»¹⁰⁸

Die Aufhebung des Elternpflichtteils ist allerdings nur dann von Relevanz, wenn der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt, denn sonst sind Erben in der ersten Parentel vorhanden, so dass den Eltern als Angehörigen der zweiten Parentel – wie auch bereits heute – kein gesetzliches Erbrecht zukommt¹⁰⁹. Hinterlässt der Erblasser dagegen keine Nachkommen, so bleiben seine Eltern gesetzliche Erben (vgl. Art. 458 Abs. 1 und 2 ZGB)¹¹⁰, sie sind aber neu nicht mehr pflichtteilsgeschützt^{111 112}.

Künftig gehören somit nur noch die Nachkommen sowie der überlebende Ehegatte bzw. eingetragene Partner zum Kreise der pflichtteilsgeschützten Personen (nArt. 470 ZGB). Folglich kann der Erblasser, der keine Nachkommen hat und nicht verheiratet ist bzw. nicht in einer eingetragenen Partnerschaft lebt, neu über seine ganze Erbschaft frei verfügen. Praktisch ist die Aufhebung des Elternpflichtteils besonders dann von Relevanz, wenn der alleinstehende, nachkommenlose Erblasser zugunsten seiner faktischen Lebenspartnerin verfügen möchte, denn das kann er künftighin uneingeschränkt tun¹¹³.

3. *Reduktion des Nachkommenpflichtteils*

Weitaus wichtiger als die Abschaffung des Elternpflichtteils ist die Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen¹¹⁴. Nach geltendem Recht beträgt der Pflichtteil für einen Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs (Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Neu wird der Pflichtteil des Nachkommen auf die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs reduziert (nArt. 471 Ziff. 1 ZGB).

In der Botschaft wird die Verkleinerung damit begründet, dass mit dem Ausbau der Sozialversicherungen durch Einführung des AHVG und des BVG das Erbrecht seine Funktion als Versorgungsinstitut für die Nachkommen weitgehend

¹⁰⁸ Botschaft Erbrecht, S. 5831.

¹⁰⁹ STEINAUER, révision, S. 499.

¹¹⁰ Vgl. zum unverändert bleibenden Kreis der gesetzlichen Erben schon V.B. hievov.

¹¹¹ Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 327.

¹¹² Sollen Eltern in dieser Konstellation nichts erhalten, so müssen sie durch eine Verfügung von Todes wegen vom Nachlass ausgeschlossen werden.

¹¹³ Botschaft Erbrecht, S. 5831 und 5834. Zum Ganzen auch schon WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 13; vgl. ebenfalls STEINAUER, approche, S. 210.

¹¹⁴ STEINAUER, révision, S. 500.

verloren habe und diese «heutzutage in den meisten Fällen zu einem Zeitpunkt erben, in dem sie ihre wirtschaftliche Existenz bereits aufgebaut haben»¹¹⁵.

Weiter weist die Botschaft darauf hin, dass der Pflichtteil der Nachkommen in der Schweiz rechtsvergleichend «sehr hoch» sei und dessen Reduktion einer Tendenz entspreche, «wie sie in vielen ausländischen Rechtsordnungen in den vergangenen Jahren festzustellen ist»^{116 117}.

4. *Unveränderter Pflichtteil des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners*

Der Pflichtteil für den überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner bleibt unverändert; er beträgt wie bisher (Art. 471 Ziff. 3 ZGB) *die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs* (Art. 470 Abs. 1 ZGB i.V.m. nArt. 471 ZGB)¹¹⁸.

5. *Erhöhung der Verfügungsfreiheit und praktische Auswirkungen*

a) Allgemeines

Mit der Revision wird der *Pflichtteil* für sämtliche pflichtteilsberechtigten Erben – Nachkommen, Ehegatten und eingetragene Partner (nArt. 470 Abs. 1

¹¹⁵ Botschaft Erbrecht, S. 5832. Siehe weiter schon WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 13.

¹¹⁶ Botschaft Erbrecht, S. 5832 m.H. auf 5835.

¹¹⁷ Nach den Ausführungen in der Botschaft Erbrecht, S. 5835 ff., beträgt der Pflichtteil des Nachkommen in Deutschland und Österreich die Hälfte der Erbschaft (§ 2303 i.V.m. § 1929 BGB; § 759 i.V.m. § 732 ABGB). Allerdings reduziert sich der Pflichtteil, wenn der Erblasser einen Ehegatten oder eingetragenen Partner hinterlässt; diesfalls beträgt der Nachkommenpflichtteil in Deutschland noch zwischen einem Viertel und drei Achteln der Erbschaft, in Österreich einen Drittel der Erbschaft. In Frankreich und Italien besteht ein unterschiedliches System, die Pflichtteile der Nachkommen sind aber im Allgemeinen ebenfalls tiefer als die in der Schweiz geltenden; dazu STEINAUER, *révision*, S. 500.

¹¹⁸ In der Revision unverändert bleibt die hier angesprochene Höhe des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners. Eine Änderung für diese Personen tritt aber ein mit dem Wegfall des Pflichtteilsanspruchs bzw. dem Wegfall von Begünstigungen aus Verfügungen von Todes wegen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens; vgl. dazu unten, V.D.

ZGB) – *einheitlich* auf die *Hälfte des gesetzlichen Erbteils* festgesetzt (nArt. 471 ZGB)¹¹⁹.

Damit *erhöht sich* unter dem revidierten Recht gleichzeitig die *verfügbare Quote* und der Erblasser kann immer über mindestens die Hälfte seines Nachlasses frei verfügen¹²⁰. Im Einzelnen ergeben sich folgende Konstellationen:

- Hinterlässt die Erblasserin nur Nachkommen, so beträgt die pflichtteilsgebundene Quote die Hälfte und die frei verfügbare Quote damit ebenfalls *die Hälfte* der Erbschaft, statt wie bisher ein Viertel¹²¹.
- Hinterlässt der Erblasser sowohl Nachkommen als auch einen Ehegatten bzw. eingetragenen Partner, so beträgt der Pflichtteil für die Nachkommen sowie für den Ehegatten oder eingetragenen Partner je einen Viertel. Insgesamt macht die gebundene Quote damit wiederum die Hälfte der Erbschaft aus. Die verfügbare Quote beträgt demnach *die (andere) Hälfte* der Erbschaft statt drei Achtel wie bisher unter geltendem Recht¹²².
- Hinterlässt der Erblasser einen Ehegatten oder eingetragenen Partner und die Eltern – mithin keine Nachkommen –, so beträgt der Pflichtteil des Ehegatten bzw. eingetragenen Partners drei Achtel (ein Zweitel mal drei Viertel; Art. 462 Ziff. 2 ZGB). Die Eltern sind neu nicht mehr pflichtteilsberechtigt. Damit beträgt die verfügbare Quote *fünf Achtel* statt wie bisher die Hälfte.

Die Erhöhung der verfügbaren Quote wird *verschiedene praktische Auswirkungen* nach sich ziehen. Vorab führt sie bei der Nachlassplanung zu einem *grösseren Handlungsspielraum*. So können etwa Nachkommen vermehrt gleich behandelt werden¹²³, oder es kann dem überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner ein grösserer Anteil am Nachlass zugewiesen werden. Ebenso vergrössert sich der Gestaltungsspielraum für Zuwendungen an familienfremde Dritte, insbesondere an die faktische Lebenspartnerin¹²⁴. Überdies wird die Relevanz von privatorischen Klauseln zunehmen¹²⁵. Weiter dürfte sich mit der

¹¹⁹ Vgl. dazu – noch bezogen auf den Gesetzesentwurf – auch WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 13 f., und FANKHAUSER/JUNGO, S. 2.

¹²⁰ FANKHAUSER/JUNGO, S. 2; LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328.

¹²¹ Botschaft Erbrecht, S. 5834; vgl. ebenfalls LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328.

¹²² Botschaft Erbrecht, S. 5834. Vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328; siehe weiter – in Bezug auf den Entwurf – WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 14.

¹²³ Dazu V.C.5.b. sogleich.

¹²⁴ V.C.5.c. hienach.

¹²⁵ V.C.5.d. hienach.

Reduktion der Pflichtteilsquoten und der damit einhergehenden erhöhten Verfügungsfreiheit *mehr Konfliktpotential* unter teilweiser Verlagerung des Streitgegenstandes ergeben¹²⁶.

b) Möglichkeit zu grösserer Ungleichbehandlung der Nachkommen

Die tieferen Pflichtteile der Nachkommen ermöglichen es, *die Nachkommen zukünftig in grösserem Ausmass ungleich zu behandeln*¹²⁷.

Zur Veranschaulichung diene folgendes *Beispiel*:

Der verwitwete Erblasser hinterlässt drei Nachkommen und eine Erbschaft von CHF 900'000. Er setzt die Kinder A und B auf den Pflichtteil und weist die dadurch frei werdende verfügbare Quote dem dritten Kind C zu.

Der gesetzliche Erbteil für Kind beträgt 1/3 (Art. 457 Abs. 3 ZGB), der Pflichtteil 1/2 davon (nArt. 471 ZGB), ergo 1/6. A und B erhalten somit 1/6 und C 4/6.

Rechnerisch¹²⁸ entspricht der Pflichtteil von 1/6 einem Betrag von CHF 150'000. Somit erhalten A und B je 150'000, während C 600'000 bekommt.

Im Ergebnis erhält damit das begünstigte Kind C vier Mal so viel als seine auf den Pflichtteil gesetzten Geschwister¹²⁹. Es versteht sich von selbst, dass damit tendenziell innerfamiliär vermehrt Spannungen eintreten können.

c) Möglichkeit zu vermehrten Zuwendungen an aussenstehende Dritte, insbesondere die faktische Lebenspartnerin

Mit der erhöhten Verfügungsfreiheit wird es der Erblasserin auch ermöglicht, einen *grösseren Teil ihres Vermögens bzw. ihrer Erbschaft an ausserhalb des Kreises der gesetzlichen Erben stehende Personen* zu Lebzeiten oder von Todes wegen *auszurichten* – etwa dem faktischen Lebenspartner oder dem Kind ihres Ehemannes oder ihrer eingetragenen Partnerin oder letztlich beliebigen Dritten –, ohne damit das Pflichtteilsrecht zu verletzen¹³⁰.

¹²⁶ V.C.5.e. hienach.

¹²⁷ Dazu schon WOLF/HRUBESCH-MILLAUER/HOFER/AEBI-MÜLLER, S. 1422.

¹²⁸ Das Beispiel beruht auf der Annahme, dass keine lebzeitigen Zuwendungen zu berücksichtigen sind.

¹²⁹ Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 329, m.w.H.

¹³⁰ Vgl. auch Botschaft Erbrecht, S. 5825; STEINAUER, approche, S. 208; WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 11.

Will der Erblasser seine *faktische Lebenspartnerin* erbrechtlich bedenken, so hat er zu entscheiden, ob er eine *Erbeinsetzung* (Art. 483 ZGB) oder ein *Vermächtnis* (Art. 484 ff. ZGB) anordnen will. Weiter hat er zu überlegen, ob er seine Zuwendung an *Bedingungen* oder *Auflagen* (Art. 482 ZGB) knüpfen will. In der Regel wird das zu bejahen sein¹³¹. Namentlich wird die Zuwendung an einen faktischen Lebenspartner an die Bedingung zu knüpfen sein, dass die Lebenspartnerschaft im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers noch Bestand hat. Die den Lebenspartner begünstigende Verfügung von Todes wegen ist deshalb in der Regel an die auflösende Bedingung (Resolutivbedingung) des Fortbestandes der Partnerschaft zu knüpfen¹³². Bei der konkreten Ausgestaltung sind sodann etliche weitere Überlegungen anzustellen¹³³.

Die Erweiterung der Verfügungsfreiheit bietet insoweit auch verbesserte Möglichkeiten zur sachgerechten *Rechtsgestaltung bei «Patchworkfamilien»*. Für diese Konstellation bleibt allerdings zu bedenken, dass kein gesetzliches Verwandtenerbrecht zum Tragen kommt. So kann bei Begünstigung des überlebenden Lebenspartners die dereinstige Absterbensreihenfolge darüber entscheiden, welche Nachkommen oder sonstigen Verwandten des einen oder des anderen faktischen Lebenspartners letztlich in den Genuss des Vermögens beider Partner kommen. Es lässt sich diesfalls von einer eigentlichen «Absterbenslotterie» sprechen¹³⁴. Die Beteiligten sind durch die Notarin insbesondere auf diesen Umstand hinzuweisen. Nicht selten werden sie alsdann diesbezüglich umfassende Lösungen im Rahmen eines Erbvertrages mit den Nachkommen für beide Erbschaften treffen¹³⁵. Als Mittel dazu dienen kann beispielsweise eine Vor- und Nacherbschaft.

Bei Zuwendungen an nicht zum Kreise der Familie gehörende Drittpersonen ist ausserhalb des Privatrechts nach wie vor zu beachten, dass je nach anwendbarem kantonalem Recht in der Regel höhere *Erbschafts- und Schenkungssteuern* anfallen als für Zuwendungen an Personen, die in einem familienrechtlichen Verhältnis zum Zuwendenden stehen¹³⁶. Alle Kantone haben den überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner von der Erbschafts- und Schenkungssteuer befreit. Die direkten Nachkommen gelangen in den meisten Kantonen ebenfalls in den Genuss einer Steuerbefreiung, teilweise unter Einbezug

¹³¹ EITEL, Neues Erbrecht, S. 51.

¹³² Vgl. auch bereits WOLF, Besondere Situationen, S. 41, m.w.H.

¹³³ EITEL, Neues Erbrecht, S. 51, m.H. auf ZEITER, S. 370 f.

¹³⁴ EITEL, Neues Erbrecht, S. 51, m.H. in Fn. 86 auf AEBI-MÜLLER, § 12.

¹³⁵ Zu alledem EITEL, Neues Erbrecht, S. 51 f.

¹³⁶ Siehe dazu schon STEINAUER, approche, S. 208, und WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 11.

auch von Stief- und Pflegekindern¹³⁷. Für Konkubinatspartner sehen demgegenüber nur wenige Kantone eine Steuerbefreiung vor, teilweise aber eine privilegierte, je nachdem an relativ hohe Anforderungen geknüpfte Besteuerung oder gar eine solche zu Maximalsätzen¹³⁸. Wo die im Einzelfall zivilrechtlich mögliche freie Verfügung zu einer hohen Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerbelastung führt, wird sie in der Regel nicht oder nur in eingeschränktem Ausmass vorgenommen werden¹³⁹.

d) Erhöhte Bedeutung von privatorischen Klauseln

Mit der erhöhten Verfügungsfreiheit – und dem damit ebenfalls einhergehenden erhöhten Konfliktpotential – wird auch die Bedeutung von Bedingungen in der Gestalt von *privatorischen Klauseln* zunehmen. Mit einer privatorischen Klausel – auch als kassatorische Klausel, Straf- oder Verwirkungsklausel bezeichnet – ordnet der Erblasser an, dass eine Person ihre erbrechtliche Berechtigung ganz oder teilweise verliert, wenn sie die Verfügung von Todes wegen anfechten oder sonst nicht nach dem Willen des Erblassers handeln sollte¹⁴⁰. Häufig werden dabei durch privatorische Klauseln Pflichtteilssetzungen verfügt.

Mit der Reduktion der Pflichtteile wird sich die «Fallhöhe» für einen von einer privatorischen Klausel mit Pflichtteilssetzung betroffenen Nachkommen vergrössern und damit die entsprechende «Hebelwirkung» ansteigen. In einer entsprechenden Konstellation wird sich deshalb ein Bedachter zukünftig noch besser als heute überlegen müssen, ob er eine Verfügung von Todes wegen oder eine lebzeitige Zuwendung anfechten und damit das Risiko eingehen möchte, auf den nunmehr tieferen Pflichtteil gesetzt zu werden¹⁴¹. Im Einzelfall können somit privatorische Klauseln ein in der Rechtsgeschäftsplanung noch vermehrt zu prüfendes Mittel sein, um eventuell Streitigkeiten vorzubeugen.

¹³⁷ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 2160; näher dazu PraxKomm-TAROLLI/HEUBERGER/STEBLER, Anhang Steuern, N. 90 ff.

¹³⁸ DORASAMY/FRACHEBOUD, S. 222 ff., insbesondere S. 225-227.

¹³⁹ So schon die Botschaft Erbrecht, S. 5830 f. Vgl. weiter LUTZ/SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328; sodann noch zum Gesetzesentwurf auch FANKHAUSER/JUNGO, S. 2 f.

¹⁴⁰ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 814.

¹⁴¹ Siehe zum Ganzen auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 329.

e) Vermehrtes Konfliktpotential unter Verlagerung des Streitgegenstandes

Aufgrund der erhöhten Verfügungsfreiheit und der damit einhergehenden Möglichkeiten zur vermehrten Ungleichbehandlung namentlich von Nachkommen und der Zuwendung an ausserhalb des Kreises der gesetzlichen Erben stehende Drittpersonen *dürfte sich in der Zukunft ein tendenziell erhöhtes Konfliktpotential ergeben*. Insbesondere dürften etwa die Fragen an Bedeutung gewinnen, auf welcher Basis die Pflichtteile zu berechnen sind und welche lebzeitigen Zuwendungen der Hinzurechnung bzw. der Herabsetzung unterliegen. Auch ist gut denkbar, dass noch häufiger über Bewertungsfragen gestritten wird, was es bei der Planung zu beachten gilt. Unter dem Blickwinkel der Abschaffung bzw. Reduktion der Pflichtteile von Eltern bzw. Nachkommen dürfte es zukünftig allerdings jedenfalls rein rechnerisch betrachtet weniger häufig zu Pflichtteilsverletzungen kommen als heute¹⁴². Insofern dürfte sich der Streitgegenstand innerhalb der Herabsetzungsprozesse verlagern auf die oben angesprochenen Fragen der Pflichtteilsberechnungsweise und der Bewertung. Statt Pflichtteilsverletzungen werden zukünftig wohl auch noch vermehrt als bereits heute die Verfügungsfähigkeit oder Willensmängel der Erblasserin – etwa im Kontext von «Erbschleicherei» – und allenfalls auch Formmängel Objekt erbrechtlicher Streitigkeiten sein. Insgesamt dürften die Anfechtungswahrscheinlichkeit und die Komplexität der im Prozess zu klärenden Fragen kaum abnehmen, im Gegenteil.

D. Ehegattenerbrecht und Ehegüterrecht bei hängigem Scheidungsverfahren

I. Einleitende Bemerkungen

Der Reformgesetzgeber hat sich relativ eingehend mit der Thematik des Ehegattenerbrechts und Ehegüterrechts im Zusammenhang mit der Scheidung befasst. Das revidierte Recht enthält dazu sowie zu den entsprechenden Vereinbarungen in Verfügungen von Todes wegen und Eheverträgen *vier einschlägige Bestimmungen*¹⁴³, nämlich nArt. 120 Abs. 2 und 3 ZGB (gesetzli-

¹⁴² Vgl. in Bezug auf Vermächtnisse auch ABT/BLESKIE, S. 859, welche von einer Verminderung von Konflikten mit dem Pflichtteilsrecht ausgehen.

¹⁴³ Vgl. auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 66.

ches Erbrecht und Verfügungen von Todes wegen), nArt. 472 ZGB (Pflichtteilsrecht) sowie nArt. 217 Abs. 2 ZGB und nArt. 241 Abs. 4 ZGB (ehebertragliche Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung).

Nachfolgend ist im Kontext der Scheidung je einzeln einzugehen auf das gesetzliche Erbrecht¹⁴⁴, das Pflichtteilsrecht¹⁴⁵, die Verfügungen von Todes wegen¹⁴⁶ und die ehebertraglichen Vereinbarungen¹⁴⁷. Das Kapitel abschliessend wird die Bedeutung der neuen Ordnung für die Rechtsgeschäftsplanung und besonders die «Scheidungsplanung» dargestellt¹⁴⁸.

2. Gesetzliches Erbrecht

Nach geltendem Recht entfällt das gesetzliche Erbrecht unter Ehegatten (Art. 462 ZGB) mit der Scheidung (Art. 120 Abs. 2 ZGB), und zwar präziser mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils¹⁴⁹. Diese Folgerung lässt sich auch bereits aus Art. 462 ZGB ableiten, denn nach der Scheidung kann nicht mehr von einem «Ehegatten» im Sinne dieser Bestimmung gesprochen werden¹⁵⁰. Das Scheidungsurteil beendet nur das Ehegattenerbrecht, lässt demgegenüber das gegebenenfalls unter den Ehegatten bestehende Verwandtenerbrecht – etwa wenn eine Ehe zwischen Onkel und Nichte geschlossen wurde – bestehen¹⁵¹. Analog gestaltet sich die Rechtslage für die eingetragene Partnerschaft, bei der das gesetzliche Erbrecht mit dem rechtskräftigen Auflösungsurteil untergeht (Art. 31 Abs. 1 PartG).

Gemäss neuem Recht haben geschiedene Ehegatten zueinander kein gesetzliches Erbrecht (nArt. 120 Abs. 2 ZGB).

Nach dem Gesagten *bleibt die Rechtslage unverändert*. Sowohl nach geltendem (Art. 120 Abs. 2 ZGB) als auch nach neuem Recht (nArt. 120 Abs. 2

¹⁴⁴ V.D.2. sogleich.

¹⁴⁵ V.D.3. hienach.

¹⁴⁶ V.D.3. hienach.

¹⁴⁷ V.D.4. hienach.

¹⁴⁸ V.D.5. hienach.

¹⁴⁹ Botschaft Erbrecht, S. 5837; vgl. auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 173, m.w.H.; BGE 122 III 308, 310 f.

¹⁵⁰ Siehe WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 126, Fn. 452, m.H. auf BGE 122 III 308, 311; ferner LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N. 247.

¹⁵¹ BSK-ALTHAUS/HUBER/STECK, N. 18 zu Art. 120 ZGB, mit Hinweis darauf, dass es dabei nicht um pflichtteilsgeschütztes Erbrecht geht; siehe dazu auch LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N. 248.

ZGB) *entfällt das gesetzliche Erbrecht unter Ehegatten mit der Scheidung*, und zwar mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Scheidungsurteils.

3. *Verlust des Pflichtteilsanspruchs während eines Scheidungsverfahrens*

a) Heutige Rechtslage

Nach geltendem Recht *entfällt* neben dem gesetzlichen Erbrecht auch *das Pflichtteilsrecht unter Ehegatten erst mit rechtskräftigem Scheidungsurteil* (Art. 120 Abs. 2 ZGB)¹⁵². Diese Konsequenz folgt bereits aus Art. 470 Abs. 1 ZGB, denn nach der Scheidung lässt sich nicht mehr von «Ehegatten» sprechen¹⁵³. Entsprechendes gilt für die eingetragene Partnerschaft (Art. 31 Abs. 1 PartG)¹⁵⁴.

Stirbt somit ein Ehegatte während des hängigen Scheidungsverfahrens oder gar erst nachdem das Scheidungsurteil ausgefällt wurde, aber noch nicht in Rechtskraft getreten ist¹⁵⁵, so ist – *de lege lata* – der überlebende Ehegatte pflichtteilsberechtigter Erbe¹⁵⁶. Diese heutige Rechtslage kann bei einer Partei *Anlass geben, das Scheidungsverfahren bewusst zu verzögern*, dies in der Absicht, den Tod des anderen Ehegatten vor Vorliegen eines rechtskräftigen Scheidungsurteils abzuwarten, um ihn alsdann – zumindest im Umfang des Pflichtteils – beerben zu können¹⁵⁷. Entsprechende taktische Verzögerungsvorkehrungen sind zwar in der Praxis nicht allzu häufig, sie kommen aber doch vor¹⁵⁸. Ein derartiges Verhalten wäre im Grunde als rechtsmissbräuchlich einzustufen¹⁵⁹, was freilich kaum je wirklich bewiesen werden kann.

¹⁵² Botschaft Erbrecht, S. 5837.

¹⁵³ Siehe ebenso schon für das gesetzliche Erbrecht V.D.2. hievor.

¹⁵⁴ Vgl. Botschaft Erbrecht, S. 5837.

¹⁵⁵ Das gilt auch bei Teilrechtskraft nach Art. 315 Abs. 1 ZPO; dazu BSK-ALTHAUS/HUBER/STECK, N. 18 zu Art. 120 ZGB.

¹⁵⁶ Vgl. Botschaft Erbrecht, S. 5837.

¹⁵⁷ Siehe dazu Botschaft Erbrecht, S. 5838: «In extremen Fällen könnte beispielsweise jemand versucht sein, das Scheidungsverfahren gegen seine erkrankte Ehefrau oder seinen erkrankten eingetragenen Partner absichtlich zu verzögern, weil er deren beziehungsweise dessen Tod abwarten will, um zu erben.»

¹⁵⁸ So LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 331. Vgl. auch WOLF/MINNIG, N. 349.

¹⁵⁹ Siehe FANKHAUSER, N. 503, wonach nicht einerseits die Auflösung der Ehe und damit auch der Ehwirkungen angebeht, andererseits aber von den entsprechenden, nicht mehr gewünschten Bindungen profitiert werden soll.

In der Situation einer hängigen Scheidung verbleibt dem Erblasser – der nicht will, dass er von seinem Noch-Ehegatten beerbt wird – de lege lata praktisch einzig die Möglichkeit, seinen Ehegatten bzw. eingetragenen Partner testamentarisch auf den Pflichtteil zu setzen¹⁶⁰. Weil nach heutiger Auffassung Ehekrise sowie Scheidungsmotive und Scheidungsursachen nicht bereits per se einen Enterbungsgrund i.S.v. Art. 477 Ziff. 2 ZGB darstellen, bleibt die an sich gegebene weitere Möglichkeit der Enterbung in aller Regel verwehrt. Mit Zustimmung des anderen Ehegatten bzw. eingetragenen Partners lässt sich ein gegenseitiger Erbverzicht (Art. 495 ZGB) vereinbaren, was allerdings in der Praxis auch nur selten realisierbar sein wird¹⁶¹. Ebenfalls bloss ausnahmsweise wird ein Erbunwürdigkeitstatbestand gemäss Art. 540 ZGB vorliegen¹⁶².

b) Neues Recht

aa) Die Regelung

Die Revision will die soeben¹⁶³ angesprochenen, heute bestehenden Möglichkeiten der taktischen Verzögerung im Rahmen eines Scheidungsverfahrens verhindern¹⁶⁴.

Nach nArt. 472 ZGB gilt deshalb künftig Folgendes:

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 (Abs. 1).

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

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

¹⁶⁰ Denkbar ist auch, den Ehegatten bzw. eingetragenen Partner in einer Verfügung von Todes wegen vollumfänglich zu übergehen, dies in der Hoffnung, dass der Ehegatte bzw. eingetragene Partner diese Pflichtteilsverletzung nicht anfechten wird.

¹⁶¹ Zu alledem WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 177; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 126.

¹⁶² Siehe auch PRADERVAND-KERNEN, N. 6.

¹⁶³ V.D.3.a. hievov.

¹⁶⁴ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 331; WOLF/MINNIG, N. 349.

bb) Zum Verlust des Pflichtteilsrechts führende Sachverhalte

Die erste in nArt. 472 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB umschriebene Sachverhaltsvariante erfasst zunächst das von beiden Ehegatten *auf gemeinsames Begehren i.S.v. Art. 111 und 112 ZGB eingeleitete Scheidungsverfahren*. In dieser Konstellation sind die Ehegatten von Anfang an einig über den Grundsatz der Scheidung. Beide Ehegatten wollen ihre Ehe beenden, was den Verlust des Pflichtteilsanspruchs rechtfertigt¹⁶⁵.

Die zweite in nArt. 472 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB normierte Situation bezieht sich auf den Fall eines auf Klage hin eingeleiteten Scheidungsverfahrens (Art. 114 oder 115 ZGB), in dessen Verlauf die beiden Ehegatten nachträglich über die Scheidung einig werden, so dass das *Verfahren gemäss Art. 292 Abs. 1 ZPO nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt wird*¹⁶⁶.

In Bezug auf diese zweite von nArt. 472 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB anvisierte Konstellation ist allerdings auch Art. 292 Abs. 2 ZPO zu beachten. Danach findet *kein Wechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren* statt, *wenn der geltend gemachte Scheidungsgrund feststeht*. Wenn es sich beim feststehenden Scheidungsgrund um das *zweijährige Getrenntleben* gemäss Art. 114 ZGB handelt, hat dies keine weitere Bedeutung, weil dieser Scheidungsgrund ohne weiteres unter nArt. 472 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB fällt; denn wenn das Getrenntleben im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit seit zwei Jahren besteht, so wird es offensichtlich auch im Moment des Todes eines Ehegatten mindestens zwei Jahre gedauert haben. Wenn allerdings ausnahmsweise der Scheidungsgrund der *Unzumutbarkeit* nach Art. 115 ZGB feststeht und wenn die Ehegatten beim Tod des Erblassers nicht mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben, so ist der Tatbestand von nArt. 472 ZGB seinem Wortlaute nach nicht erfüllt. Folglich könnte allenfalls – so denn entsprechende Gründe vorliegen – einzig zur Enterbung gegriffen werden¹⁶⁷. Unter teleologischen Gesichtspunkten wäre u.E. hier unabhängig davon, ob i.S.v. Art. 292 Abs. 2 ZPO der Scheidungsgrund feststeht oder nicht, dem Umstand, dass die Ehegatten über die Scheidung einig sind, mehr Gewicht beizumessen und damit auch in dieser Konstellation der Wegfall des Pflichtteilsrechts zu bejahen. Andernfalls wäre der pflichtteilsentzugswil-

¹⁶⁵ Vgl. Botschaft Erbrecht, S. 5881. Die entsprechende Begründung in der Botschaft ist u.E. sehr und im Grunde zu absolut abgefasst; es kann nämlich durchaus Einzelfälle geben, in denen zwar beide Ehegatten die Scheidung wollen, der Verlust des Pflichtteilsrechts im Ergebnis aber dennoch als stossend erscheint.

¹⁶⁶ Vgl. Botschaft Erbrecht, S. 5881.

¹⁶⁷ Siehe zur Möglichkeit der Enterbung auch den Hinweis in Botschaft Erbrecht, S. 5881.

lige Ehegatte im Falle des Feststehens des Tatbestandes von Art. 115 ZGB erbrechtlich schlechter gestellt als wenn dies nicht der Fall wäre, was sich nach Sinn und Zweck von nArt. 472 ZGB im Ergebnis als kaum haltbar erweisen müsste¹⁶⁸.

In nArt. 472 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB erfasst wird die Konstellation, in der das Scheidungsverfahren einseitig auf *Klage eines Ehegatten* gemäss Art. 114 oder 115 ZGB eingeleitet und geführt worden ist – mithin Rechtshängigkeit gegeben ist – und die Ehegatten im Zeitpunkt des Todes des Erblassers mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ist dabei nicht relevant; es spielt mithin keine Rolle, ob in diesem Moment das als Voraussetzung in Art. 114 ZGB verlangte zweijährige Getrenntleben bereits vorlag oder nicht. Entscheidend für den Verlust des Pflichtteilsrechts ist einzig, dass die Ehegatten im Zeitpunkt des Todes seit mindestens zwei Jahren getrennt gelebt haben¹⁶⁹.

cc) Folgen

Ist einer der von nArt. 472 ZGB umschriebenen Sachverhalte gegeben, «so verliert der überlebende Ehegatte seinen Pflichtteilsanspruch» von Gesetzes wegen. Das bedeutet, dass *der überlebende Ehegatte nicht mehr zum Kreise der pflichtteilsgeschützten Erben gehört*. Mit nArt. 472 ZGB wird folglich für den Fall der Hängigkeit des Scheidungsverfahrens eine Möglichkeit geschaffen, den anderen Ehegatten erbrechtlich vollumfänglich zu übergehen¹⁷⁰. Der überlebende Ehegatte behält indessen sein gesetzliches Erbrecht (vgl. Art. 120 Abs. 2 ZGB)¹⁷¹.

¹⁶⁸ Zum Ganzen zutreffend LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N. 264, mit Fn. 504.

¹⁶⁹ Botschaft Erbrecht, S. 5839 und 5888.

¹⁷⁰ Im Schrifttum ist zwar auch davon die Rede, dass aufgrund von nArt. 472 ZGB «jeder Ehegatte dem anderen Ehegatten durch letztwillige Verfügung den Pflichtteil entziehen» kann und die Revision «faktisch einen neuen Enterbungsgrund» schaffe; so LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 331. Ein eigentlicher Entzug des Pflichtteilsrechts – wie er im Rahmen einer Enterbung (Art. 477 ff. ZGB) anzuordnen ist (vgl. Art. 477 Abs. 1 ZGB) – ist hier allerdings nicht notwendig. Vielmehr genügt ein schlichtes Übergehen oder erbrechtliches Nichtbeachten des Ehegatten. Vgl. so wie hier auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 68, der von einem «gänzlich leer ausgehen lassen» spricht. Die Situation präsentiert sich mithin gleich wie für einen von vornherein nicht pflichtteilsberechtigten Erben, der durch blosses Übergehen vom gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossen werden kann.

¹⁷¹ Dazu schon V.D.2. hievor. Weiter auch Botschaft Erbrecht, S. 5839.

Sobald ein Scheidungsverfahren hängig ist, kann somit der Erblasser-Ehegatte den anderen Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen – u.E. mithin sowohl durch letztwillige Verfügung als auch durch Erbvertrag¹⁷² – vollumfänglich übergehen. Will der Erblasser-Ehegatte, dass der Noch-Ehegatte nichts erhält, besteht rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf¹⁷³. Der Erblasser muss mithin entsprechend aktiv werden¹⁷⁴. Der Gesetzgeber hat m.a.W. eine als «opting out»-Lösung bezeichnete Regelung geschaffen¹⁷⁵.

Trifft demgegenüber der Erblasser-Ehegatte keine Vorkehr in einer Verfügung von Todes wegen, so verbleibt dem anderen Ehegatten bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft des Scheidungsurteils das gesetzliche Erbrecht (Art. 462 ZGB i.V.m. Art. 120 Abs. 2 ZGB)¹⁷⁶. Die entsprechende «Verantwortung», ob der Erblasser etwas tun will oder nicht, ist mithin diesem selbst auferlegt worden¹⁷⁷.

Im Falle des Verlusts des Ehegattenpflichtteilsrechts bei Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens *gelten die Pflichtteile, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre* (nArt. 472 Abs. 2 ZGB)¹⁷⁸. Mittels dieser Fiktion erhöht sich der Pflichtteil der Nachkommen¹⁷⁹. Im Einzelnen ist allerdings wie folgt zu unterscheiden: Sind Nachkommen des Erblassers vorhanden, tritt eine entsprechende Erhöhung ihres Pflichtteils ein¹⁸⁰. Sind demgegenüber keine Nachkommen – mithin keine anderen pflichtteilsgeschützten Erben – des Erblassers vorhanden, erhöht sich die verfügbare Quote.

¹⁷² Anders als für die Enterbung gemäss Art. 477 ff. ZGB ist die Anordnung also nicht nur einseitig in einem Testament oder einer testamentarischen Klausel in einem Erbvertrag möglich; vgl. für die Situation bei Enterbung WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 1187 f.

¹⁷³ WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 14, m.w.H.

¹⁷⁴ Botschaft Erbrecht, S. 5881. Weiter FANKHAUSER/JUNGO, S. 5; EITEL, Neues Erbrecht, S. 68.

¹⁷⁵ Vgl. FANKHAUSER, N. 507 ff., mit Kritik an dieser Ordnung.

¹⁷⁶ Botschaft Erbrecht, S. 5839 f. und 5881; weiter auch WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 14; FANKHAUSER/JUNGO, S. 6.

¹⁷⁷ EITEL, Neues Erbrecht, S. 68.

¹⁷⁸ Diese Rechtsfolge entspricht der in Art. 478 ZGB für die Enterbung vorgesehenen Ordnung, welche ohne die nun vorliegende ausdrückliche Regelung von nArt. 472 Abs. 2 ZGB wohl analog hätte herangezogen werden müssen. Siehe LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 331.

¹⁷⁹ Die verfügbare Quote erhöht sich demnach nicht ohne weiteres. Siehe dazu auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 67 f., wonach aufgrund von nArt. 472 Abs. 2 ZGB keine Erweiterung der Verfügungsfreiheit eintritt.

¹⁸⁰ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 331.

dd) Zeitlich parallele Behandlung mit der Auflösung des Güterstandes und dem Vorsorgeausgleich

Die neue Regelung von nArt. 472 ZGB führt im Scheidungsfall in zeitlicher Hinsicht zu einer zeitlich parallelen Behandlung der Aufhebung des Pflichtteilsrechts mit der Auflösung des Güterstandes und dem Vorsorgeausgleich.

Die *Auflösung des Güterstandes* wird auf den Tag der Einreichung des Scheidungsbegehrens zurückbezogen (Art. 204 Abs. 2 ZGB für die Errungenschaftsbeteiligung und Art. 236 Abs. 2 ZGB für die Gütergemeinschaft)^{181 182}. Ebenso findet mit nArt. 472 ZGB eine Abstimmung mit der auf den Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens abstellenden *Ausgleich der beruflichen Vorsorge* (Art. 122 ZGB) statt¹⁸³.

Demgegenüber besteht die Möglichkeit der Wiederverheiratung für einen Ehegatten weiterhin erst ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils.

4. *Verlust von Begünstigungen aus Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen*

a) Allgemeines und Überblick

Der Gedanke, welcher der Regelung von nArt. 472 ZGB betreffend den Verlust des Pflichtteilsrechts bei hängigem Scheidungsverfahren zugrunde liegt¹⁸⁴, soll auch für rechtsgeschäftlich – durch Eheverträge bzw. Vermögensverträge nach PartG und Verfügungen von Todes wegen – begründete Begünstigungen unter Ehegatten bzw. eingetragenen Partnern zum Tragen kommen¹⁸⁵.

Zu diesem Zweck sieht das neue Recht Folgendes vor:

Mit Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens, das gemäss nArt. 472 ZGB den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt,

¹⁸¹ Möglich ist freilich, dass die Auflösung des Güterstandes bereits vorher erfolgt, so etwa wenn schon als Eheschutzmassnahme gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB die Gütertrennung angeordnet worden ist.

¹⁸² Für die Bewertung der einzelnen Gegenstände ist alsdann auf den Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung massgebend (Art. 214 Abs. 1 ZGB und Art. 240 ZGB).

¹⁸³ Siehe auch Botschaft Erbrecht, S. 5838; weiter OFK-BÜRGI, N. 1 zu Art. 472 ZGB, und neuerdings EIGENMANN, N. 30.

¹⁸⁴ Dazu V.D.3. soeben.

¹⁸⁵ Siehe Botschaft Erbrecht, S. 5840.

- gelten Vereinbarungen über die Vorschlagsbeteiligung nur, wenn der Ehevertrag dies ausdrücklich vorsieht (nArt. 217 Abs. 2 ZGB)¹⁸⁶;
 - gelten Vereinbarungen über eine Gesamtgutsteilung im Todesfall unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag nicht (nArt. 241 Abs. 4 ZGB)¹⁸⁷;
 - können Ehegatten unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen erheben (nArt. 120 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB)¹⁸⁸.
- b) Ehevertragliche Vereinbarungen betreffend Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung

aa) Geltendes Recht

De lege lata gelten Vereinbarungen über die Änderung der gesetzlichen Vorschlagsbeteiligung bzw. der Gesamtgutsteilung bei Scheidung nur dann, wenn der Ehevertrag dies ausdrücklich vorsieht (Art. 217 bzw. Art. 242 Abs. 3 ZGB).

bb) Neues Recht

Die soeben¹⁸⁹ dargelegte, heute bestehende Regelung erfährt im Rahmen der Revision eine Ergänzung bzw. Änderung. Wenn ein *Scheidungsverfahren hängig* ist, *das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt*, gelten Vereinbarungen über die Änderung der gesetzlichen Beteiligung am Vorschlag neu auch bei Auflösung des Güterstands durch Tod nur dann, wenn der Ehevertrag dies ausdrücklich vorsieht (nArt. 217 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ZGB). Auch Vereinbarungen über eine andere Gesamtgutsteilung im Todesfall gelten unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag nicht, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt (nArt. 241 Abs. 4 ZGB).

Beim Vergleich des Wortlauts dieser beiden Bestimmungen fällt auf, dass die ehevertragliche Vereinbarung für die Vorschlagszuweisung dann gilt, «wenn

¹⁸⁶ Näher V.D.4.b. sogleich.

¹⁸⁷ V.D.4.b. sogleich.

¹⁸⁸ V.D.4.c. hienach.

¹⁸⁹ V.D.4.b.aa.

der Ehevertrag dies ausdrücklich vorsieht» (nArt. 217 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ZGB), während diejenige für die Gesamtgutszuweisung bei einem entsprechenden «Vorbehalt einer abweichenden Anordnung im Ehevertrag» zum Tragen kommt (nArt. 241 Abs. 4 ZGB). Beide Bestimmungen nehmen allerdings offensichtlich Bezug auf nArt. 472 ZGB¹⁹⁰, weshalb dem unterschiedlichen Gesetzestext u.E. im Ergebnis keinerlei Bedeutung zukommt. *Soll die ehevertragliche Vereinbarung mithin auch im Falle der Rechtshängigkeit eines den Verlust des Pflichtteilsrechts herbeiführenden Scheidungsverfahrens wirksam sein, so ist das im Ehevertrag unmissverständlich so anzuordnen.*

c) Verfügungen von Todes wegen

aa) Geltendes Recht

Nach geltendem Recht können Ehegatten aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens¹⁹¹ errichtet haben, keine Ansprüche erheben (Art. 120 Abs. 2 ZGB). Entsprechendes gilt für eingetragene Partner (Art. 31 Abs. 2 PartG).

bb) Neues Recht

Das neue Recht sieht diesbezüglich in nArt. 120 Abs. 3 ZGB Folgendes vor:

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.

Die analoge neue Ordnung für die eingetragene Partnerschaft findet sich in nArt. 31 Abs. 2 PartG.

Mit nArt. 120 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB wird der Bezug zu nArt. 472 ZGB hergestellt¹⁹². Stirbt ein Ehegatte während des Scheidungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs bewirkt, so kann die überlebende Ehegattin

¹⁹⁰ So auch schon Botschaft Erbrecht, S. 5840.

¹⁹¹ Vgl. zu dieser Art. 62 Abs. 1 und Art. 274 ZPO; siehe BSK-ALTHAUS/HUBER/STECK, N. 20 zu Art. 120 ZGB.

¹⁹² Siehe Botschaft Erbrecht, S. 5840.

grundsätzlich – d.h. unter Vorbehalt einer anderen Anordnung – *keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen* zu ihren Gunsten erheben¹⁹³. Als Verfügungen von Todes wegen erfasst werden – bereits aus Gründen der Begrifflichkeit – sowohl letztwillige Verfügungen als auch Erbverträge. Für den Erbvertrag statuiert damit nArt. 120 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB einen neuen gesetzlichen Beendigungstatbestand; eine abweichende Vereinbarung bleibt allerdings vorbehalten¹⁹⁴. Ist ein entsprechendes Scheidungsverfahren hängig, so entfällt mithin der Pflichtteilschutz und darüber hinaus verliert grundsätzlich – vorbehalten bleibt diesbezüglich eine andere Anordnung – auch der Erbvertrag seine Bindungswirkung¹⁹⁵.

Beispiel:

Es liegt ein *Erbvertrag* zwischen den Ehegatten vor, in dem sie eine *erbrechtliche Maximalbegünstigung und Teilungsvorschriften* vereinbart haben¹⁹⁶. Eine von der dispositiven Regelung des nArt. 120 Abs. 3 ZGB abweichende Anordnung ist nicht vorbehalten worden.

Ist ein Scheidungsverfahren unter den Ehegatten und Erbvertragsparteien hängig, das den Verlust des Pflichtteilsrechts nach sich zieht, so ist trotz des Erbvertrages mit Maximalbegünstigung ein nachträgliches einseitiges Übergehen des anderen Ehegatten durch letztwillige Verfügung oder einen späteren Erbvertrag möglich. Wenn auf solche Weise verfügt wird, so kann die überlebende Ehegattin keine Ansprüche aus dem ursprünglichen Erbvertrag erheben. Die *Maximalbegünstigung fällt* damit *dahin*. *Gleiches gilt für Teilungsvorschriften*¹⁹⁷, wenn der Ehegatte vollumfänglich durch nachträgliche Verfügung von Todes wegen übergangen wird; diesfalls hat er nämlich keinen Erbteil mehr, womit auch erbvertraglich vereinbarte Teilungsvorschriften ohne weiteres gegenstandslos werden¹⁹⁸.

Wenn diese Folgen nicht dem Willen der Beteiligten entsprechen sollten, so *ist in der Verfügung von Todes wegen eine abweichende Anordnung zu treffen*. Nach der Botschaft ist der Vorbehalt einer abweichenden Anordnung durch «Testament oder Erbvertrag» möglich¹⁹⁹. Dazu ist Folgendes zu ergänzen: Formal kann die abweichende Anordnung in einem *Testament* oder einem *Erbvertrag* getroffen werden. In Bezug auf die Bindungswirkung ergeben sich allerdings Unterschiede. Eine testamentarisch vorgenommene abweichende Anordnung

¹⁹³ Botschaft Erbrecht, S. 5878.

¹⁹⁴ Vgl. zu alledem auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 331.

¹⁹⁵ Vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Erbrechtsrevision, Folie 16.

¹⁹⁶ Dazu und zum Folgenden auch LUTZ SCIAMANNA, Erbrechtsrevision, Folie 16.

¹⁹⁷ Siehe diesbezüglich auch LUTZ SCIAMANNA, Erbrechtsrevision, Folie 16.

¹⁹⁸ Teilungsvorschriften weisen einem Miterben einen Gegenstand auf Anrechnung an seinen Erbteil zu, so dass sie Erbenstellung voraussetzen.

¹⁹⁹ Botschaft Erbrecht, S. 5078.

kann – entsprechend dem Charakter der letztwilligen Verfügung als einseitiges Rechtsgeschäft – auch jederzeit wiederum widerrufen werden (Art. 509 Abs. 1 ZGB) und ist insofern mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist. Demgegenüber ist eine durch Erbvertrag vereinbarte abweichende Anordnung mit entsprechend bindender Wirkung versehen.

d) Zusammenfassung

Rechtsgeschäftliche Begünstigungen unter Ehegatten aus Ehevertrag bzw. Vermögensverträgen und Verfügungen von Todes wegen – sowohl letztwilligen Verfügungen als auch Erbverträgen – fallen mit Rechtshängigkeit des einen Verlust des Pflichtteilsanspruchs bewirkenden Scheidungsverfahrens von Gesetzes wegen dahin. Will der Erblasser-Ehegatte gegenteilig den Fortbestand der entsprechenden Begünstigung, so besteht rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf und er hat dies in einem Ehevertrag bzw. Vermögensvertrag und einer Verfügung von Todes wegen – diesbezüglich mit Blick auf seine Bindungswirkung vorzugsweise in einem Erbvertrag – anzuordnen.

5. *Bedeutung der neuen Ordnung für die Rechtsgeschäftsplanung und besonders die «Scheidungsplanung»*

Die mit nArt. 472 ZGB geschaffene Ordnung ist nicht nur für die güter- und erbrechtliche Planung von Bedeutung, sondern auch für die «Scheidungsplanung». Darauf ist an dieser Stelle einzugehen.

Die neue Ordnung von nArt. 472 ZGB verlegt den Verlust des Pflichtteilsrechts unter Ehegatten zeitlich auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens vor. Ein Ehegatte kann nach zweijährigem Getrenntleben klageweise die Scheidung verlangen (Art. 114 ZGB) und damit gestützt auf nArt. 472 ZGB rein einseitig den anderen Ehegatten testamentarisch vollumfänglich übergehen²⁰⁰.

Ziel der Neufassung von nArt. 120 Abs. 3 ZGB war es, das Hinauszögern des Scheidungsurteils aus taktischen Gründen des Fortbestandes des Erbrechts zu verhindern²⁰¹. Es ging mithin um den *Schutz des einen Ehegatten vor solchen Verzögerungstaktiken des anderen Ehegatten*. Unter neuem Recht kann sich demgegenüber *nun in anders gelagerter Hinsicht Schutzbedarf* ergeben, und zwar für den finanzschwächeren Ehegatten.

²⁰⁰ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 332.

²⁰¹ Botschaft Erbrecht, S. 5838. Vgl. auch bereits V.D.3.a. hievor.

Im Kontext der neuen Ordnung können sich folgende *Konsequenzen für einen Ehegatten* – besonders für den finanzschwächeren – ergeben²⁰²:

- Er hat gegebenenfalls nur gesetzliche güterrechtliche Ansprüche oder erhält – etwa wenn keine Errungenschaft vorhanden ist oder im Falle der Gütertrennung – gar nichts aus Güterrecht.
- Er erhält allenfalls aus beruflicher Vorsorge nur wenig oder nichts.
- Er hat keinen Anspruch auf nahehelichen Unterhalt, denn die naheheliche Unterhaltspflicht des finanziell stärkeren Ehegatten erlischt von Gesetzes wegen mit seinem Tod (Art. 130 Abs. 1 ZGB).
- Er hat gegebenenfalls keine erbrechtlichen Ansprüche, weil ihm das Pflichtteilsrecht entzogen werden kann.

Aus all diesen Überlegungen ergibt sich *Bedarf nach entsprechender Belehrung bzw. Beratung besonders des finanzschwächeren Ehegatten*. Die Belehrung bzw. Beratung hat dabei insbesondere beim *Abschluss von Eheverträgen* und der *Errichtung von Verfügungen von Todes wegen* einerseits und *vor der Einleitung eines Scheidungsverfahrens* andererseits stattzufinden. Im ersten Fall sind insbesondere – aber nicht nur – Urkundspersonen angesprochen, im zweiten Fall insbesondere – aber wiederum nicht nur – Rechtsanwälte.

Im Einzelnen ist in Bezug auf *Belehrung und Beratung* Folgendes festzuhalten:

- *Bei Abschluss von Eheverträgen und der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen* ist die *Vereinbarung einer abweichenden Ordnung* für den Fall der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens *zu diskutieren und zu prüfen*. So kann z.B. vorgesehen werden, dass der überlebende Ehegatte eine Begünstigung aus Vorschlagsbeteiligung bzw. Gesamtgutsteilung trotz Scheidungsverfahrens erhalten soll oder dass er den erbrechtlichen Pflichtteil oder allenfalls auch eine grössere oder geringere Quote an der Erbschaft erhält. Die erbrechtlichen Verfügungen sind, sollen sie bindend sein, durch Erbvertrag zu vereinbaren^{203 204}.
- *Vor Einleitung des Scheidungsverfahrens* ist zunächst *zu prüfen*, ob und gegebenenfalls was für diesen Fall an rechtsgeschäftlichen Vorkehrungen in *Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen* vorhanden sind. Alsdann

²⁰² Vgl. dazu ebenfalls LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 332.

²⁰³ Siehe dazu auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 332.

²⁰⁴ Im Umstand, dass angesichts der dispositiven gesetzlichen Regelung rechtsgeschäftlich eine andere Ordnung vereinbart werden kann, zeigt sich im Ergebnis auch ein weiterer Unterschied zur insoweit zwingenden Enterbung, auf die nicht zum Voraus verzichtet werden könnte.

ist darauf *hinzuweisen*, dass die Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens durch die Ehegatten (Art. 111 f. ZGB) oder einer Scheidungsklage (Art. 114 ZGB) und auch eines Wechsels zur Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 292 Abs. 1 ZPO) mit dem Verlust des Pflichtteilsanspruchs unmittelbar *erbrechtliche Folgen* nach sich ziehen. Auch sind die daraus sich ergebenden *Dispositionsmöglichkeiten* zu thematisieren und gegebenenfalls zu ergreifen²⁰⁵. Zu denken ist an den Abschluss einer entsprechenden Scheidungsvereinbarung. Besonders zu beachten ist, dass die Pflicht zur Leistung von Unterhalt nach der Scheidung mit dem Tod der verpflichteten Person von Gesetzes wegen untergeht (Art. 130 Abs. 1 ZGB). Die Unterhaltspflicht ist also passiv unvererblich. Soll das – etwa im Falle eines bald absehbaren Ablebens des Unterhaltsschuldners – anders und mithin im Sinne der passiven Vererblichkeit der Unterhaltspflicht – geregelt werden, so ist eine Vereinbarung unter Einhaltung der Erbvertragsform zu treffen²⁰⁶.

E. Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB

I. Übersicht

Im Rahmen der Revision erfährt auch Art. 473 ZGB eine Anpassung und wird damit seit dem Inkrafttreten des ZGB zum nunmehr bereits vierten Mal revidiert²⁰⁷. Nachfolgend sind zunächst die einzelnen Änderungen bzw. Klarstellungen zu behandeln²⁰⁸; anschliessend ist ein Blick auf die voraussichtliche künftige Bedeutung der Norm zu werfen²⁰⁹.

²⁰⁵ Vgl. LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 332.

²⁰⁶ OFK-SCHWANDER, N. 2 zu Art. 130 ZGB; weiter EITEL, Neues Erbrecht, S. 69. A.M. bezüglich der einzuhaltenden Formvorschriften FANKHAUSER, N. 430, m.w.H.

²⁰⁷ Vgl. Botschaft Erbrecht, S. 5842; EITEL, Neues Erbrecht, S. 53; OFK-BÜRGI, N. 13 zu Art. 473 ZGB.

²⁰⁸ V.E.2. sogleich.

²⁰⁹ V.E.3. hienach.

2. Die einzelnen Änderungen bzw. Klarstellungen

a) Änderung der Marginalie

Geändert wird vorab der Randtitel von Art. 473 ZGB, der nun «Nutzniesung» – statt bisher «Begünstigung des Ehegatten» – lautet²¹⁰. Die Anpassung steht im Zusammenhang mit der neu im Gesetzestext ausgedrückten Subsumtion auch der eingetragenen Partner unter Art. 473 ZGB²¹¹.

b) Ausdrückliche grammatikalische Erfassung auch der eingetragenen Partner

Der Gesetzestext hält neu ausdrücklich fest, dass die Nutznießung gemäss Art. 473 ZGB auch zugunsten des überlebenden eingetragenen Partners angeordnet werden kann (nArt. 473 Abs. 1 ZGB). Art. 473 ZGB ist somit neben Ehegatten *künftighin auch seinem Wortlaute nach ebenfalls auf eingetragene Partner mit gemeinsamen Nachkommen anwendbar*²¹². Gestützt auf eine namentlich *teleologische Auslegung* gilt diese Rechtslage u.E. freilich bereits seit 1. Januar 2018, als die von Art. 264c Abs. 1 Ziff. 2 ZGB geschaffene Möglichkeit der Adoption des Kindes des eingetragenen Partners in Kraft trat. Insofern liegt materiell keine Neuerung, sondern bloss eine grammatikalische Klarstellung vor.

Die Begünstigung mittels Einräumung der Nutznießung kann für eingetragene Partner insofern von besonderer Relevanz sein, als für sie – anders als für Ehegatten – *als ordentlicher Güterstand die Gütertrennung gilt* und von der Unzulässigkeit der Gütergemeinschaft ausgegangen werden muss²¹³. Möglich bleibt den eingetragenen Partnern immerhin auch die *Vereinbarung der Errungenschaftsbeteiligung* mit Vorschlagszuweisung (Art. 25 PartG)²¹⁴. Unter Errungenschaftsbeteiligung erweist sich die Nutznießungslösung nach Art. 473 ZGB vor allem bei Vorhandensein von Eigengut als prüfenswert²¹⁵. Zu ergänzen ist, dass mit der am 1. Juli 2022 in Kraft tretenden Revision «Ehe für alle»

²¹⁰ Siehe Botschaft Erbrecht, S. 5881.

²¹¹ Dazu V.E.2.b. sogleich.

²¹² Botschaft Erbrecht, S. 5842 und 5882.

²¹³ Zur entsprechenden Rechtslage für eingetragene Partner WOLF/STEINER, S. 85, m.w.H. Siehe dazu auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328, Fn. 32.

²¹⁴ Ausführlich zum Vermögensvertrag nach Art. 25 PartG WOLF/STEINER, S. 78 ff.

²¹⁵ Dazu allgemein näher V.E.3.d. Vgl. für eingetragene Partner auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328, Fn. 32.

gleichgeschlechtlichen Paaren neu die Möglichkeit der Eingehung der Ehe eröffnet wird, womit auch ihnen das Ehegüterrecht mit allen seinen Güterständen zur Verfügung steht.

- c) Anwendung unabhängig von den anderen Anordnungen in Bezug auf den verfügbaren Teil (nArt. 473 Abs. 1 ZGB)

Mit dem die Gesetzesbestimmung einleitenden Wortlaut «Unabhängig von einer allfälligen Verfügung» wird ausdrücklich festgehalten, dass der Erblasser ohne Berücksichtigung des Umstandes, was er in Bezug auf den verfügbaren Teil der Erbschaft anordnet, dem überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner die Nutzniessung am ganzen den gemeinsamen Nachkommen zufallenden Teil der Erbschaft zuwenden kann²¹⁶.

- d) Neben der Nutzniessung bestehende verfügbare Quote (nArt. 473 Abs. 2 Satz 2 ZGB)

Mit der Revision werden die Pflichtteile der Nachkommen auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils reduziert²¹⁷. Infolge dieser Reduktion *beträgt die neben der – den Erbteil der Nachkommen belastenden – Nutzniessung bestehende verfügbare Quote die Hälfte des Nachlasses* (nArt. 473 Abs. 2 Satz 2 ZGB) statt wie bisher ein Viertel (Art. 473 Abs. 2 Satz 2 ZGB).

Die neben der Nutzniessung bestehende frei verfügbare Quote entspricht damit der bei Vorhandensein von überlebendem Ehegatten und Nachkommen gegebenen ordentlichen verfügbaren Quote in der Höhe der Hälfte der Erbschaft (nArt. 471 ZGB i.V.m. Art. 462 ZGB)²¹⁸. Anders als im noch geltenden Recht²¹⁹ steht dem Erblasser damit unabhängig davon, ob er von der Möglichkeit von Art. 473 ZGB Gebrauch macht oder nicht, die gleiche disponible Quote – nämlich ein Zweitel der Erbschaft – zur Verfügung²²⁰.

Nach neuem Recht kann der Erblasser der überlebenden Ehegattin demnach *die Hälfte der Erbschaft zu Eigentum und die andere Hälfte zur Nutzniessung*

²¹⁶ Botschaft Erbrecht, S. 5882.

²¹⁷ Vgl. V.C.3. hievor.

²¹⁸ Botschaft Erbrecht, S. 5843

²¹⁹ Bei Anwendung von Art. 473 ZGB beträgt heute die verfügbare Quote nur 2/8, bei Nichtanwendung von Art. 473 ZGB dagegen 3/8; vgl. BSK-STAEHELIN, N. 11 zu Art. 473 ZGB.

²²⁰ Botschaft Erbrecht, S. 5843.

zuweisen, während nach bisherigem Recht bloss ein Viertel zu Eigentum und drei Viertel zur Nutzniessung zugewiesen werden konnten. Der nutzniessungsbelastete Anteil steht dabei im «nackten» Eigentum (*nuda proprietas*) der gemeinsamen Nachkommen und beträgt neu die Hälfte statt wie bisher drei Viertel. Der unter Nutzniessung stehende Anteil an «nacktem» Eigentum der Nachkommen bleibt damit weiterhin doppelt so gross wie ihr Pflichtteil, er beträgt nämlich neu die Hälfte (4/8) gegenüber einem Viertel (2/8), während er sich bisher auf 3/4 (6/8) gegenüber 3/8 belief²²¹.

Statt dem überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner kann der Erblasser die verfügbare Quote auch einem Dritten zuwenden oder sie durch sonstige Anordnungen ausschöpfen²²².

e) Verlangen des Pflichtteils durch den überlebenden Ehegatten

Die Erläuterungen des Bundesrates stellen klar, dass Art. 473 ZGB den Pflichtteil des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners nicht tangiert. Der *überlebende Ehegatte bzw. eingetragene Partner* kann auf die ihm letztwillig ausschliesslich zugewiesene Nutzniessung verzichten und stattdessen *seinen Pflichtteil zu vollem Eigentum verlangen*. Hat er allerdings die *Nutzniessung akzeptiert*, so hat er auch *auf seinen Pflichtteil verzichtet*²²³.

Ein Verzicht auf den Pflichtteil kann je nach den Umständen des Einzelfalls dann gegeben sein, wenn die Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB mit dem überlebenden Ehegatten im Rahmen eines Erbvertrages verbindlich vereinbart worden ist²²⁴. Denkbar ist selbstverständlich auch, dass der überlebende Ehegatte bzw. Partner nach Eröffnung des Erbganges die Nutzniessung akzeptiert.

f) Rechtsgeschäftliche Einräumung eines Wahlrechts an den überlebenden Ehegatten

Dem überlebenden Ehegatten kann auch explizit ein *Wahlrecht* eingeräumt werden *zwischen Erbeinsetzung zur maximalen Quote und der Nutzniessung*

²²¹ STEINAUER, *approche*, S. 211; EITEL, *Neues Erbrecht*, S. 54.

²²² Vgl. *Botschaft Erbrecht*, S. 5882; siehe in diesem Sinne auch EITEL, *Neues Erbrecht*, S. 54.

²²³ *Botschaft Erbrecht*, S. 5843, in Bestätigung von STEINAUER, *successions*, N. 440, m.w.H. Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, *Nachlassplanung*, S. 328.

²²⁴ G.L.M. BSK-STAEHELIN, N. 16 zu Art. 473 ZGB; *PraxKomm-NERTZ*, N. 9 zu Art. 473 ZGB.

neben der freien Quote gemäss Art. 473 ZGB²²⁵. Es handelt sich dabei nicht um einen Gegenstand der Erbrechtsrevision, der Umstand ist aber zur Vervollständigung hier ebenfalls zu erwähnen.

g) Berechnung der Erb- und Pflichtteile bei Vorhandensein gemeinsamer und nicht gemeinsamer Nachkommen

Sind sowohl gemeinsame als auch nicht gemeinsame Nachkommen vorhanden, so müssen zur Berechnung der Erb- und Pflichtteile im Kontext von Art. 473 ZGB *zwei verschiedene Teilerbmassen* gebildet werden: Eine erste zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinsamen Nachkommen sowie eine zweite zwischen dem überlebenden Ehegatten und den nichtgemeinsamen Nachkommen²²⁶. Die Botschaft bestätigt damit – freilich ohne formelle Änderung des Gesetzestextes²²⁷ – die bisher in der Lehre mehrheitlich vertretene Auffassung, wonach *auf die gemeinsamen Nachkommen Art. 473 ZGB anzuwenden ist, auf die nichtgemeinsamen Nachkommen dagegen die gewöhnlichen Regeln* Anwendung finden²²⁸.

h) Gesetzliche Wiederverheiratungs- bzw. Wiederverpartnerungsklausel

Unverändert (vgl. Art. 473 Abs. 3 ZGB), wenn auch mit angepasstem Wortlaut, statuiert das Gesetz eine Wiederverheiratungs- bzw. Wiederverpartnerungsklausel: *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 ein-

²²⁵ BSK-STAEHELIN, N. 17 zu Art. 473 ZGB.

²²⁶ Botschaft Erbrecht, S. 5843 ff., mit Berechnungsbeispielen; weiter LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328.

²²⁷ Dazu kritisch FANKHAUSER/JUNGO, S. 3, wonach «zumindest infrage gestellt werden [kann], ob es Aufgabe einer bundesrätlichen Botschaft ist, durch den (diesbezüglich unveränderten und weiterhin) auslegungsbedürftigen Gesetzeswortlaut entstandene Interpretationsdifferenzen zu entscheiden.»

²²⁸ CR-STEINAUER, N. 6 zu Art. 473 ZGB; BK-WEIMAR, N. 15 zu Art. 473 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 19 zu Art. 473 ZGB, m.w.H.; STUDHALTER, N. 551 und 555; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 666 f.

getragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner eine neue eingetragene Partnerschaft begründet oder heiratet (nArt. 473 Abs. 3 ZGB). Wie bisher fällt die Nutzniessung des überlebenden Ehegattens bzw. eingetragenen Partners im Umfang der Pflichtteile der Nachkommen dahin²²⁹.

Die Bestimmung ist *zwingend*²³⁰. Der Erblasser kann davon nicht dispensieren, doch können die Nachkommen nach allgemeinen Grundsätzen auf die Durchsetzung verzichten²³¹. An dieser de lege lata geltenden Rechtslage ändert u.E. nichts.

In der *Rechtsgeschäftsplanung* besonders zu beachten ist, dass das Gesetz in Abweichung von der hier besprochenen Ordnung gemäss nArt. 473 Abs. 3 ZGB bei der ehevertraglichen Begünstigung durch Vorschlagszuweisung (nArt. 216 ZGB) bzw. Gesamtgutszuweisung (nArt. 241 ZGB) keine Wiederverheiratklausel statuiert. Ist dort eine entsprechende Regelung von den Parteien gewünscht, so muss sie deshalb im Ehevertrag vereinbart werden²³².

3. *Voraussichtliche künftige Bedeutung von Art. 473 ZGB*

a) Allgemeines

Die Begünstigung nach Art. 473 ZGB gelangt in der Notariatspraxis als *typischer Bestandteil der Rechtsgeschäftsplanung* oft zur Anwendung²³³. Ob die Bedeutung der Norm mit der Revision zunehmen wird²³⁴, wird sich weisen müssen. Unbestritten ist, dass das hauptsächliche Motiv von Art. 473 ZGB, dem überlebenden Ehegatten nach dem Ableben des erstversterbenden Ehegatten das *Verbleiben im gewohnten Umfeld zu ermöglichen*, von ungebrochener Aktualität ist²³⁵. Ob die Ehegattennutzniessung zur Erreichung dieses Ziels die

²²⁹ Vgl. für das jetzige Recht BSK-STAEHELIN, N. 22 zu Art. 473 ZGB; OFK-BÜRGI, N. 9 zu Art. 473 ZGB.

²³⁰ Für das heutige Recht OFK-BÜRGI, N. 12 zu Art. 473 ZGB.

²³¹ Zu alledem de lege lata BSK-STAEHELIN, N. 24 zu Art. 473 ZGB.

²³² Dazu auch V.F.3.e. hienach.

²³³ Vgl. die im Jahre 2005 vorgenommene Rechtstatsachenforschung bei STUDHALTER, N. 322 ff., N. 324 und 397. Siehe als Beispiele etwa Musterurkunden VbN Nr. 424.2, II.1.a.bb., Nr. 513, 2.a., Nr. 516, Variante 2. Nach Botschaft Erbrecht, S. 5841, bzw. EITEL, Neues Erbrecht, S. 254, ist die Anwendung von Art. 473 ZGB «häufig» bzw. «verbreitet».

²³⁴ Diesbezüglich bejahend EITEL, Neues Erbrecht, S. 254.

²³⁵ Vgl. auch STUDHALTER, N. 646.

optimale Lösung darstellt, muss freilich stets anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalls beurteilt werden.

b) Erhöhte verfügbare Quote neben der Nutzniessung

Infolge der Reduktion der Pflichtteile ist die Begünstigung des Ehegatten bzw. eingetragenen Partners künftig in grösserem Umfang möglich als bisher²³⁶. Denn statt wie bis anhin 1/4 zu Eigentum und 3/4 zur Nutzniessung kann neu 1/2 zu Eigentum und 1/2 zur Nutzniessung zugewiesen werden (nArt. 473 Abs. 2 ZGB)²³⁷. Mithin ergibt sich in diesem Kontext eine *Verdoppelung der verfügbaren Quote*. Unter diesem Gesichtspunkt könnte Art. 473 ZGB in der Praxis an sich künftig noch *an Bedeutung gewinnen*²³⁸. Freilich sind beim Entscheid darüber, ob eine Nutzniessungslösung nach Art. 473 ZGB angewendet werden soll, auch *weitere Kriterien* zu berücksichtigen²³⁹. Und auch in einer auf den Aspekt der verfügbaren Quote beschränkten Optik könnte Art. 473 ZGB infolge des reduzierten Nachkommenpflichtteils auch gerade *an Bedeutung verlieren*²⁴⁰. In der Tat besteht künftighin insofern nämlich sogar weniger Bedarf nach der Anwendung von Art. 473 ZGB, als infolge seiner Reduktion auch der allgemein nach Art. 530 ZGB bei Nutzniessungsbelastungen zu beachtende Pflichtteil der Nachkommen in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten nur noch 1/4 – statt wie bisher 3/8 – beträgt. Zudem sind die für die Nutzniessung massgebenden Kapitalisierungswerte infolge des niedrigen Zinsumfeldes jedenfalls für Bankanlagen derzeit tief²⁴¹.

c) Hauptsächliche Kriterien

Beim Entscheid darüber, ob die Anordnung einer Nutzniessung nach Art. 473 ZGB sinnvoll ist oder nicht, sind auch weiterhin als hauptsächliche Kriterien die *involvierten Personen* und die *familiäre Konstellation* sowie das *Alter der*

²³⁶ Vgl. EITEL, Neues Erbrecht, S. 54.

²³⁷ Zu den Quoten schon V.E.2.d. hievor.

²³⁸ So LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328, Fn. 31; EITEL, Neues Erbrecht, S. 54.

²³⁹ Zu diesen V.E.3.c. sogleich.

²⁴⁰ So und mit weiterem Hinweis auf die nicht unproblematische Situation bei der Nutzniessung BREITSCHMID/VÖGELI, S. 232.

²⁴¹ Vgl. auch EITEL, Neues Recht, S. 54.

*Beteiligten, die Zusammensetzung des Vermögens, die güterrechtliche Situation*²⁴² und die *Ertragsmöglichkeiten* zu berücksichtigen.

Bereits von der Ausgangslage her als kaum geeignet erweist sich Art. 473 ZGB bei Vorhandensein von nichtgemeinsamen Nachkommen²⁴³. Gegenüber diesen ist ein Eingriff in den Pflichtteil nicht zugelassen. Sind nichtgemeinsame und gemeinsame Nachkommen vorhanden, ist deshalb bei Anwendung von Art. 473 ZGB eine getrennte Berechnung vorzunehmen²⁴⁴.

Grundsätzlich ist mit Blick auf die damit verbundene Belastung des Pflichtteils der Nachkommen die Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB dann eher angezeigt, wenn die überlebende Ehegattin nicht mehr allzu jung ist²⁴⁵. Ist sie demgegenüber noch jung, so ist nach statistischer Lebenserwartung – etwas verkürzt gesagt – mit einem höheren Kapitalwert der Nutzniessung²⁴⁶ und einer entsprechend längeren Nutzniessungsbelastung des Pflichtteils der Nachkommen zu rechnen. Aus dem Blickwinkel der nutzniessungsberechtigten Person erweist sich die Situation freilich gerade als umgekehrt: Je älter die Nutzniesserin ist, desto geringer ist angesichts der statistischen Lebenserwartung der Kapitalwert ihrer Nutzniessung. Will man der älteren überlebenden Ehegattin möglichst viel zuweisen, so dürfte es deshalb unter Umständen eher angezeigt sein, ihr die gesetzliche Erbquote und die verfügbare Quote zuzuwenden.

In rechtstatsächlicher Hinsicht gelangt Art. 473 ZGB dann mit Abstand am häufigsten zur Anwendung, wenn Grundstücke im Vermögen vorhanden sind. Die Nutzniessung nach Art. 473 ZGB an Immobilien ist attraktiv, weil sie der überlebenden Ehegattin das Weiterleben im gewohnten Umfeld ermöglicht und weil der Ertrag aus Grundstücken interessant sein kann²⁴⁷. Gleichzeitig bleibt dabei aber zu berücksichtigen, dass die Nutzniessung an einem Grundstück regelmässig mit relativ hohen Kosten – namentlich Hypothekarzinsen und Unterhalt – für den Nutzniesser verbunden sein wird; dies kann unter Umständen zu finanziellen Engpässen führen kann, besonders wenn nicht genügend anderweitige Vermögenswerte vorhanden sind. Bei beweglichen Sachen und namentlich bei Bankanlagen ist die Nutzniessung derzeit infolge des niedrigen Zinsumfeldes weniger attraktiv²⁴⁸.

²⁴² Dazu näher V.E.3.d. sogleich.

²⁴³ Siehe auch EITEL, Neues Recht, S. 55.

²⁴⁴ Dazu V.E.2.g. hievor.

²⁴⁵ Vgl. auch EITEL, Neues Recht, S. 55.

²⁴⁶ Dazu STUDHALTER, N. 518.

²⁴⁷ Zum Ganzen STUDHALTER, N. 359

²⁴⁸ Siehe dazu auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328.

d) Abstimmung mit dem Ehegüterrecht

Ob Art. 473 ZGB in der Rechtsgeschäftsplanung zur Anwendung gebracht werden soll oder nicht, hängt namentlich auch von der *güterrechtlichen Situation* ab. Grundsätzlich kann eine Nutzniessung nach Art. 473 ZGB unter jedem Güterstand angeordnet werden²⁴⁹. Ihre Anordnung erscheint allerdings nicht in jeder güterrechtlichen Konstellation als gleichermassen angezeigt. Im Einzelnen ist Folgendes festzuhalten:

Leben die Ehegatten unter *Errungenschaftsbeteiligung* und *besteht das Vermögen zur Hauptsache aus Errungenschaft*, erweist sich die Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB mit Blick alleine auf das wertmässige Begünstigungspotential kaum als sinnvoll²⁵⁰. Denn diesfalls verschafft die integrale Vorschlagszuweisung nach Art. 216 ZGB²⁵¹ dem überlebenden Ehegatten eine unbelastete Berechtigung an der gesamten Errungenschaft. Dabei müssen die Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen nicht beachtet werden (Art. 216 Abs. 2 ZGB bzw. nArt. 216 Abs. 3 ZGB)²⁵²; diese Regelung deckt sich mit derjenigen von Art. 473 Abs. 1 ZGB und nArt. 473 Abs. 1 ZGB für die Nutzniessung. In beiden Konstellationen müssen sich gemeinsame Nachkommen mithin einen Eingriff in den Pflichtteil gefallen lassen.

Die Anordnung der Nutzniessung nach Art. 473 ZGB kommt dagegen dann eher in Betracht, wenn das *Vermögen zur Hauptsache aus Eigengut des Erblassers besteht*²⁵³ oder ganz allgemein dann, wenn auch – allenfalls neben den Errungenschaften – *umfangreiche Eigengüter* vorhanden sind²⁵⁴. In dieser Situation kann – zusätzlich zu der die Errungenschaft erfassenden ehevertraglichen Vorschlagszuweisung – die überlebende Ehegattin zur Hälfte als Erbin eingesetzt werden und ihr an der anderen Hälfte die Nutzniessung eingeräumt werden²⁵⁵. Allerdings sollte man in solchen Konstellationen immer auch das

²⁴⁹ Vgl. näher auch STUDHALTER, N. 339 ff., N. 340.

²⁵⁰ Unter anderen Gesichtspunkten kann sich freilich wiederum eine davon abweichende Beurteilung ergeben. So wird die Nutzniessung etwa dann sinnvoll sein, wenn man sicherstellen will, dass das Vermögen im Falle der Wiederverheiratung des begünstigten überlebenden Ehegatten nicht dereinst an dessen neuen – familienfremden – Ehegatten geht. Immerhin lässt sich dieses Risiko bei der Vorschlagszuweisung mittels Rückfallklauseln abfedern. Weiter schützt die Nutzniessung auch davor, dass das Vermögen vor der Wiederverheiratung verbraucht wird.

²⁵¹ Dazu V.F.1.a. hienach.

²⁵² Dazu V.F.3.b. hienach.

²⁵³ Vgl. zu alledem auch PraxKomm-NERTZ, N. 32 zu Art. 473 ZGB, m.w.H.

²⁵⁴ Vgl. STUDHALTER, N. 340.

²⁵⁵ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328.

Szenario der Wiederverheiratung sowie von späteren Nachkommen des überlebenden Ehegatten bedenken; die Nutzniessung ist deshalb gegebenenfalls mit entsprechenden Bedingungen zu versehen.

Unter *Gütertrennung* bestehen grundsätzlich keinerlei güterrechtliche Beteiligungsansprüche. Die Nutzniessung nach Art. 473 ZGB kann sich auch hier unter Umständen als geeignet erweisen.

e) Teilungsvorschriften

In Bezug auf den der überlebenden Ehegattin neben der Nutzniessung zu Eigentum zugewiesenen Erbanteil können Teilungsvorschriften angeordnet werden, wonach *die überlebende Ehegattin frei wählen kann, welche Erbschaftsgegenstände sie auf Anrechnung an ihre Erbquote übernehmen will*²⁵⁶. Das Statuieren entsprechender Teilungsvorschriften erscheint derzeit nicht zuletzt mit Blick auf die Markt- und Zinssituation als bedeutsam. So dürfte heute die Nutzniessung an Grundstücken – zum Selbstbewohnen oder zur Vermietung – oftmals interessanter sein als eine solche an Wertschriften²⁵⁷.

Im Weiteren ist die Anordnung von Teilungsvorschriften auch vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts, die dem Erbteilungsgericht Zuweisungskompetenz abspricht²⁵⁸, wichtig. Soll ein *reiner Zufallsentscheid des Gerichts* über die Zuordnung der Erbschaftsgegenstände *verhindert* werden, so hat der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen konkrete Zuweisungsansprüche einzelner Miterben begründende Teilungsvorschriften zu erlassen²⁵⁹.

²⁵⁶ PraxKomm-NERTZ, N. 32 zu Art. 473 ZGB. Vgl. als Beispiel Musterurkunde VbN Nr. 513, S. 2., Ziff. 3.

²⁵⁷ Dazu schon V.E.3.c. hievor. Siehe zum Ganzen auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 328.

²⁵⁸ BGE 144 III 298 ff.

²⁵⁹ Zum entsprechenden Handlungsbedarf näher WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, S. 5 f., mit Kritik am Entscheid des Bundesgerichts und w.H.

F. Die ehevertragliche Vorschlagszuweisung bzw. Gesamtgutszuweisung

1. Ausgangslage

a) Allgemeines

Im ordentlichen Güterstand der *Errungenschaftsbeteiligung* (Art. 196 ff. ZGB) besteht bei Auflösung nach der *gesetzlichen Regelung* an einem positiven Nettosaldo der Gütermasse Errungenschaft – dem sog. Vorschlag (vgl. Art. 210 Abs. 1 ZGB) – eine gegenseitige hälftige Beteiligung der Ehegatten oder ihrer Erben (Art. 215 Abs. 1 ZGB). Durch *Ehevertrag* kann eine andere Beteiligung am Vorschlag vereinbart werden (Art. 216 Abs. 1 ZGB).

In der Praxis besonders häufig ist dabei die *Zuweisung des gesamten Vorschlages an den überlebenden Ehegatten*²⁶⁰. Eine solche Vereinbarung bedeutet konkret, dass die überlebende Ehegattin den gesamten Vorschlag des vorversterbenden Ehegatten erhält und den eigenen Vorschlag insgesamt behalten darf²⁶¹. Dabei handelt es sich um eine klassische güterrechtliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten.

Diese integrale Vorschlagszuweisung führt dazu, dass die Erbschaft des erstversterbenden Ehegatten nur noch aus dessen Eigengut besteht²⁶². Im Rahmen des vertraglichen Güterstandes der *Gütergemeinschaft* besteht eine Parallelmöglichkeit durch die *Zuweisung des ganzen Gesamtgutes an den überlebenden Ehegatten* gestützt auf Art. 241 Abs. 2 ZGB.

Statt einer integralen Vorschlagszuweisung können aufgrund von Art. 216 ZGB auch *andere Vereinbarungen über die Beteiligung am Vorschlag* getroffen werden²⁶³, so etwa die Festlegung von abstrakten Quoten am Vorschlag oder auch von festen Geldbeträgen oder bestimmten Vermögenswerten²⁶⁴. Zu beachten ist, dass die ehevertraglich nicht abänderbare Bestimmung des

²⁶⁰ WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 6 ff., m.w.H., auch auf statistische Erhebungen. Weiter FORNITO, S. 797; WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, S. 51.

²⁶¹ WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 18, Fn. 89, und S. 139; siehe auch WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, S. 51. Diesbezüglich ungenau Botschaft Erbrecht, S. 5845, wo nur vom Vorschlag als «der Hälfte des Wertes der Errungenschaft der verstorbenen Person» die Rede ist.

²⁶² Vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 332.

²⁶³ Siehe auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 56.

²⁶⁴ Vgl. für eine Übersicht über mögliche Gestaltungsmöglichkeiten AEBI-MÜLLER, N. 06.04 ff.; weiter auch BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 16 ff. zu Art. 216 ZGB.

Art. 210 Abs. 2 ZGB keine Beteiligung am Rückschlag – als einem Negativsaldo der Gütermasse Errungenschaft – zulässt²⁶⁵.

b) Im geltenden Recht bestehende Kontroversen

Unter geltendem Recht sind in Bezug auf die ehevertragliche Vorschlagszuweisung *zentrale Fragen offen* und in der Lehre umstritten, namentlich diejenige nach der *Rechtsnatur* der ehevertraglichen Begünstigung – mithin einer über die gesetzlich (Art. 215 Abs. 1 ZGB) vorgesehene Hälfte hinausgehenden Zuweisung des Vorschlages an den überlebenden Ehegatten²⁶⁶ – als Rechtsgeschäft unter Lebenden oder aber als Verfügung von Todes wegen. Ein klärender höchstrichterlicher Entscheid dazu liegt nicht vor²⁶⁷. Die Beantwortung dieser Frage hat insbesondere Auswirkungen auf die *Berechnung der Pflichtteile* sowie auf die *Reihenfolge der Herabsetzung*, denn Verfügungen von Todes wegen werden bekanntlich vor den Zuwendungen unter Lebenden herabgesetzt (Art. 532 ZGB)²⁶⁸. Es handelt sich dabei also um Fragen von praktisch ganz grundlegender Bedeutung²⁶⁹.

De lege lata hält Art. 216 Abs. 2 ZGB einzig fest, dass *ehevertragliche Vereinbarungen über die Vorschlagsbeteiligung die Pflichtteilsansprüche der nicht-gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen dürfen. Wie die Pflichtteilsberechnung vorzunehmen ist und wie sich die Vorschlagszuweisung auf den Pflichtteil der gemeinsamen Kinder auswirkt*, wird aus dem Gesetz demgegenüber *nicht klar*. Mithin ist umstritten, ob die über die Hälfte – wie sie der gesetzlichen Regelung von Art. 215 Abs. 1 ZGB entspricht – hinausgehende Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten auch bei der Berechnung der Pflichtteile der anderen Pflichtteilserven – also den in Art. 216 Abs. 2 ZGB unerwähnt bleibenden gemeinsamen Nachkommen und

²⁶⁵ BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 4 zu Art. 210 ZGB.

²⁶⁶ Zur Begrifflichkeit näher WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 1 ff. Danach «ist unter Begünstigung zu verstehen die rechtsgeschäftlich, durch Ehevertrag, begründete von der subsidiären gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung über die Beteiligung am Vorschlag bzw. die Teilung des Gesamtgutes, die zur Folge hat, dass der überlebende Ehegatte bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Vergleich zur gesetzlichen Regelung vermögensrechtlich besser gestellt wird»; so WOLF, a.a.O., S. 2.

²⁶⁷ Botschaft Erbrecht, S. 5846 f., m.H. auf BGE 37 III 113 E. 3.

²⁶⁸ Botschaft Erbrecht, S. 5847.

²⁶⁹ Vgl. auch RUMO-JUNGO, S. 158 ff., S. 160.

dem ebenso unerwähnt bleibenden überlebenden Ehegatten – zu beachten ist oder nicht²⁷⁰.

Nach einer Lehrmeinung (*Auffassung 1*) sind die Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen einerseits sowie diejenigen der gemeinsamen Nachkommen und weiteren Noterben andererseits auf der Grundlage *unterschiedlicher Berechnungsmassen* zu berechnen²⁷¹. Die *ehevertragliche Begünstigung* ist dabei *nur für die Berechnung der Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen heranzuziehen*²⁷².

Gemäss einer anderen in der Lehre vertretenen Ansicht (*Auffassung 2*) sind sämtliche Pflichtteile aufgrund einer *einheitlichen Berechnungsmasse* zu berechnen²⁷³. Die *ehevertragliche Begünstigung* ist *mithin ganz allgemein für die Berechnung der Pflichtteile heranzuziehen* bzw. hinzuzurechnen. Die gemeinsamen Nachkommen können die ehevertragliche Begünstigung aber nicht herabsetzen lassen²⁷⁴.

Die Beantwortung der Streitfrage wird von den Vertretern, welche die Vorschlagszuweisung als Rechtsgeschäft unter Lebenden qualifizieren, in der Tendenz im Sinne der Auffassung 1 und von den Anhängern der Qualifikation als Verfügung von Todes wegen tendenziell im Sinne der Auffassung 2 vorgenommen²⁷⁵. In der bisherigen Praxis erfolgte die Abwicklung der güter- bzw. erbrechtlichen Auseinandersetzung mehrheitlich nach der Auffassung 1²⁷⁶.

Zur Veranschaulichung des bestehenden Meinungsstreits diene das folgende *Berechnungsbeispiel* (unter dem heute noch geltenden Recht):

Ehemann Martin und Ehefrau Franziska vereinbarten durch Ehevertrag eine integrale Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten. Sie haben eine gemeinsame Tochter Tina. Der Ehemann verstirbt. Sein Vermögen weist ein Eigengut auf von CHF 200'000 und einen Vorschlag von CHF 400'000. Die Ehefrau ihrerseits verfügt über einen Vorschlag von CHF 300'000.

²⁷⁰ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 332, m.H. auf den Überblick über den Meinungsstand bei BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 50 ff. zu Art. 216 ZGB; weiter die Darstellung bei SUTTER-SOMM/AMMANN, S. 35 ff.; siehe sodann auch BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 37 zu Art. 216 ZGB.

²⁷¹ STEINAUER, calcul, S. 404 ff.

²⁷² Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 332 f.

²⁷³ PIOTET, S. 41 ff.; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 38 zu Art. 216 ZGB.

²⁷⁴ Vgl. LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 333; weiter DIESELBE, Erbrechtsrevision, Folie 18.

²⁷⁵ Zum Ganzen auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 57.

²⁷⁶ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 333.

Aus Güterrecht erhält damit die Ehefrau den ganzen Vorschlag des vorverstorbenen Ehemannes und behält ihren eigenen ganzen Vorschlag; insgesamt erhält sie folglich CHF 700'000.

Auffassung 1:

Die Vorschlagszuweisung wird für die Berechnung der Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen nicht berücksichtigt.

Die Erbschaft besteht lediglich aus dem Eigengut des Ehemannes und beläuft sich auf CHF 200'000. Der Pflichtteil der Tochter Tina beträgt $\frac{3}{4} \times \frac{1}{2}$ (Art. 471 Ziff. 1 i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB), mithin $\frac{3}{8}$ der Erbschaft, die zugleich der Pflichtteilsberechnungsmasse entspricht. Somit steht ihr ein Betrag von CHF 75'000 zu.

Auffassung 2:

Die Vorschlagszuweisung wird für die Berechnung aller Pflichtteile berücksichtigt.

Die Pflichtteilsberechnungsmasse besteht aus dem Eigengut des Ehemannes von CHF 200'000 zuzüglich seiner gesetzlichen Vorschlagsbeteiligung von CHF 350'000 ($700'000:2$) und beträgt damit CHF 550'000.

Der Pflichtteil der Tochter Tina beträgt $\frac{3}{4} \times \frac{1}{2}$ (Art. 471 Ziff. 1 i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB), mithin $\frac{3}{8}$ der Erbschaft bzw. der Pflichtteilsberechnungsmasse. Somit steht ihr ein Betrag von CHF 206'250 zu. Sie kann diesen im Rahmen der Erbteilung vollumfänglich aus dem Eigengut von CHF 200'000 verlangen, die darüber hinaus gehende Restanz bleibt demgegenüber ungedeckt, weil gemeinsame Nachkommen die Vorschlagszuweisung nicht herabsetzen lassen können (Art. 216 Abs. 2 ZGB).

Diese de lege lata entsprechende unsichere Rechtslage wird nun im Rahmen der Revision geklärt²⁷⁷.

2. *Zum Verlauf der Gesetzgebungsgeschichte*

Die Gesetzgebungsgeschichte lässt sich als ein zwischen den heute in der Lehre vertretenen Auffassungen 1 und 2 hin und her sich entwickelndes eigentliches «Wechselbad» bezeichnen. Der Vorentwurf von 2016 folgte in der erbrechtlichen Bestimmung des Art. 494 Abs. 4 VE-ZGB der Auffassung 2²⁷⁸. Der Entwurf

²⁷⁷ Botschaft Erbrecht, S. 5847.

²⁷⁸ Die einschlägige Bestimmung des Art. 494 Abs. 4 VE-ZGB fand sich im Erbrecht und nicht im Ehegüterrecht; dazu EITEL, Neues Erbrecht, S. 57, m.w.H.

2018 sah ebenfalls entsprechend der Auffassung 2 in Art. 216 E-ZGB vor, dass die ehevertragliche Begünstigung bei der Pflichtteilsberechnung stets zu berücksichtigen sei, folgte aber in Art. 532 E-ZGB hinsichtlich der Rechtsnatur der Überlebensklausel der Auffassung 1. Gestützt auf dagegen erhobene Kritik von Vertretern der Erbrechtspraxis²⁷⁹ setzte sich im Differenzbereinigungsverfahren schliesslich vollumfänglich Auffassung 1 durch^{280 281}.

Die damit getroffene *Klarstellung durch den Gesetzgeber ist zu begrüessen*. Das zunächst einmal deshalb, weil sie – unabhängig von ihrem Inhalt – Rechtssicherheit in einer heute praktisch bedeutenden, umstrittenen Frage schafft. Sodann aber ist die Lösung auch dogmatisch insofern gutzuheissen, als sie die ehevertragliche Begünstigung nicht als Verfügung von Todes wegen qualifiziert, sondern zutreffenderweise als Rechtsgeschäft unter Lebenden²⁸².

Aus praktischer Sicht entspricht die nunmehr Gesetz gewordene Regelung dem Bedürfnis nach einfacher und weniger konfliktanfälliger Abwicklung. Sie stärkt zudem die Stellung des überlebenden Ehegatten im «klassischen» Familienmodell mit gemeinsamen Nachkommen²⁸³ und erlaubt die individuelle Berücksichtigung der konkreten Vorsorgebedürfnisse der Familie in der ehегüter- und erbrechtlichen Planung²⁸⁴.

3. *Zur neuen Regelung im Einzelnen*

a) *Qualifikation von Zuwendungen aus Ehevertrag als Zuwendungen unter Lebenden*

Das neue Recht anerkennt Zuwendungen aus Ehevertrag oder aus Vermögensvertrag nach PartG im Rahmen der Regelung betreffend die Durchführung der

²⁷⁹ SOMARY, Verlust, S. 10; vgl. SOMARY/LUTZ SCIAMANNA/BAUMANN, S. 1 ff.

²⁸⁰ Vgl. für das Differenzbereinigungsverfahren <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=51151> (besucht am 15. Februar 2022).

²⁸¹ Zum Ganzen auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 333 f.; weiter EITEL, Neues Recht, S. 57; neuerdings zur Gesetzgebungsgeschichte auch JUNGO, S. 193 ff., S. 205 ff., die von einem «Hin und her in der parlamentarischen Beratung» spricht.

²⁸² WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 143 f. Ausführlich zur Rechtsnatur WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 114 ff., mit Ergebnis der Qualifikation der Vorschlagszuweisung als Rechtsgeschäft unter Lebenden, S. 148 ff.

²⁸³ Vgl. auch EITEL, wonach der überlebende Ehegatte in Konkurrenz mit gemeinsamen Nachkommen Ehegatte durch nArt. 216 ZGB noch weitergehend privilegiert wird als nach Art. 494 Abs. 4 VE-ZGB 2016 und Art. 216 Abs. 2 und 3 E-ZGB 2018.

²⁸⁴ Zum Ganzen LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 333 f.

Herabsetzung (nArt. 532 ZGB) ausdrücklich als Zuwendungen unter Lebenden (nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB)²⁸⁵. Die heute umstrittene Rechtslage wird damit im Sinne der hievor umschriebenen Auffassung 1 geklärt²⁸⁶.

b) Vorschlagszuweisung

Das neue Recht sieht im Einzelnen Folgendes vor:

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 (nArt. 216 Abs. 2 ZGB).

Eine solche Vereinbarung darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen (nArt. 216 Abs. 3 ZGB).

Damit werden – entsprechend einer schon bisher vertretenen Lehrmeinung (Auffassung 1) – *güterrechtliche Auseinandersetzung und Erbteilung voneinander unabhängig gehalten*. Die ehevertragliche Begünstigung ist somit bei der Berechnung der Pflichtteile grundsätzlich nicht relevant. Vorbehalten bleibt allerdings die Berechnung der Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen. Sind nichtgemeinsame Nachkommen vorhanden, so sind folglich zwei verschiedene Pflichtteilsberechnungsmassen zu bilden: Für gemeinsame Nachkommen wird die überhäufige Vorschlagszuweisung nicht berücksichtigt, für die nichtgemeinsamen Nachkommen wird sie dagegen berücksichtigt²⁸⁷.

Sind in der konkreten familiären Konstellation *sowohl gemeinsame als auch nichtgemeinsame Nachkommen vorhanden*, so ist in der Rechtsgeschäftsplanung mit den Parteien die Frage der allfälligen Anordnung der Gleichstellung der beiden Nachkommenkategorien zu thematisieren und zu prüfen. Falls sämtliche – mithin gemeinsame und nichtgemeinsame – Nachkommen gleichgestellt sein sollen, so ist das klar und eindeutig zu vereinbaren²⁸⁸.

Stets zu prüfen ist alsdann, ob eine *Wiederverheiratungsklausel* vereinbart werden soll²⁸⁹. Gegebenenfalls sind auch *Rückfallklauseln* vorzusehen für den Fall,

²⁸⁵ Näher dazu V.F.3.d. hienach.

²⁸⁶ Vgl. V.F.1.b und auch V.F.2.

²⁸⁷ Zum Ganzen schon V.F.1.b hievor; weiter zu alledem auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 333 f.

²⁸⁸ Vgl. JUNGO, Willensvollstreckung, S. 214, gemäss welcher aus der Sicht der gemeinsamen Nachkommen Gleichstellung offensichtlich gewünscht sein wird.

²⁸⁹ Dazu näher V.F.3.e. hienach. Weiter ebenfalls JUNGO, Willensvollstreckung, S. 214.

dass der überlebende Ehegatte später mit einem neuen Partner (weitere) Kinder haben sollte.

c) Gesamtgutszuweisung

Für die im Güterstand der Gütergemeinschaft gestützt auf Art. 241 Abs. 2 und 3 ZGB mögliche Gesamtgutszuweisung wurde im Rahmen der Revision keine besondere Regelung getroffen²⁹⁰.

Gemäss der Botschaft soll die Regelung für die Hinzurechnung der Vorschlagszuweisung nach nArt. 216 ZGB auch für die Gesamtgutszuweisung gelten, weshalb Art. 241 ZGB nicht geändert werden müsse²⁹¹. Diese Aussage erweist sich freilich als (zu) pauschal und bedarf der Präzisierung. Zu beachten bleibt nämlich, dass ehevertragliche Vereinbarungen über die Gesamtgutsteilung die Pflichtteilsansprüche der Nachkommen generell nicht beeinträchtigen dürfen (Art. 241 Abs. 3 ZGB). Anders als bei der Vorschlagszuweisung (Art. 216 Abs. 2 ZGB bzw. nArt. 216 Abs. 3 ZGB) sind somit bei einer Gesamtgutszuweisung die *Pflichtteile sämtlicher Nachkommen geschützt*, und nicht nur die Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen.

Konkret bedeutet das u.E., dass derjenige Anteil des Gesamtgutes, der dem überlebenden Ehegatten über die gesetzlich vorgesehene hälftige Gesamtgutsteilung (Art. 241 Abs. 1 ZGB) hinaus zugewiesen wird, bei der Berechnung des Pflichtteils aller – mithin der nichtgemeinsamen und der gemeinsamen – Nachkommen hinzugerechnet wird. Insofern ergibt sich bei der Gesamtgutszuweisung – anders als bei der Vorschlagszuweisung – kein Bedarf nach Bildung zweier verschiedener Berechnungsmassen.

d) Regelung der Herabsetzungsreihenfolge

Die Regelung von nArt. 216 Abs. 2 und 3 ZGB steht – wie schon kurz angesprochen²⁹² – auch in einem *Zusammenhang mit der Regelung der Herabsetzungsreihenfolge* gemäss nArt. 532 Abs. 2 ZGB²⁹³.

Die Vorschlagszuweisung als Zuwendung aus Ehevertrag wird als Zuwendung unter Lebenden anerkannt (nArt. 532 Abs. 2 ZGB i.i.). Unter diesen wird die

²⁹⁰ Die Revision bezieht sich allein auf nArt. 241 Abs. 4 ZGB, welcher neue Absatz die Geltung von Vereinbarungen über die Gesamtgutszuteilung im Scheidungsfall regelt. Dazu V.D.4.b.bb. hievor.

²⁹¹ Botschaft Erbrecht, S. 5878 f.

²⁹² V.F.3.a. hievor.

²⁹³ Dazu näher der Beitrag von EGGEL/GERSTER, in diesem Band, S. 79 ff.

Zuwendung aus Ehevertrag sodann an erster Stelle herabgesetzt (nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB).

Weiter ist auch die Vereinbarung über die Gesamtgutszuweisung – gleich wie diejenige über die Vorschlagszuweisung – als Zuwendung aus Ehevertrag und damit als Zuwendung unter Lebenden zu qualifizieren (nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB)²⁹⁴. Diese Bestimmung regelt die Herabsetzungsreihenfolge für beide ehevertraglichen Vereinbarungen einheitlich.

e) Wiederverheiratungs- bzw. Wiederverpartnerungsklausel

Im Gesetzesentwurf wurde für die Vorschlagszuweisung ebenfalls eine Wiederverheiratungsklausel verankert (Art. 216 Abs. 4 E-ZGB 2018). Damit hätte sich systemkonform²⁹⁵ eine parallele Gesetzeslage zur Regelung bei der Nutznissung ergeben, wo Art. 473 Abs. 3 ZGB und auch nArt. 473 Abs. 3 ZGB eine zwingendes Recht²⁹⁶ darstellende Wiederverheiratungsklausel enthalten²⁹⁷.

Die Bestimmung des Entwurfs ist aber durch die Eidgenössischen Räte wieder gestrichen worden. Es besteht somit hinsichtlich der Vorschlagszuweisung die heutige Rechtslage fort. Die *Ehevertragsparteien sind mithin frei, je nach ihrem Willen eine Wiederverheiratungsklausel bzw. Wiederverpartnerungsklausel zu vereinbaren oder nicht*²⁹⁸.

Angesichts des Fehlens einer gesetzlichen Regelung *ist die Frage*, ob in den Ehevertrag mit Vorschlagszuweisung oder Gesamtgutszuweisung eine Wiederverheiratungsklausel – oder auch eine anderweitige Rückfall- bzw. Schutzklausel, etwa für den Fall neuer Elternschaft²⁹⁹ – aufgenommen werden soll, in der Rechtsgeschäftsplanung *stets zu prüfen und mit den Parteien zu besprechen*. Die Wiederverheiratungs- bzw. -verpartnerungsklausel sieht allgemein vor, dass das der begünstigten überlebenden Ehegattin ehегüter- oder erbrechtlich über den gesetzlichen Anteil hinaus Zugewendete bei ihrer Wiederverheiratung – bzw. beim Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft – ganz oder teilweise an die Erben des erstverstorbenen Ehegatten – namentlich an dessen

²⁹⁴ Siehe auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 58.

²⁹⁵ So EITEL, Neues Erbrecht, S. 58. Vgl. zur Divergenz kritisch JUNGO, S. 210.

²⁹⁶ BSK-STAEHELIN, N. 24 zu Art. 473 ZGB; OFK-BÜRGI, N. 12 zu Art. 473 ZGB.

²⁹⁷ Siehe zur entsprechenden Rechtslage bei Art. 473 ZGB auch schon V.E.2.h. hievör.

²⁹⁸ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 334.

²⁹⁹ Dazu auch V.F.3.f. sogleich.

Nachkommen – fallen soll³⁰⁰. Mit seiner Wiederverheiratung schafft der überlebende Ehegatte nämlich in der Person seines Ehegatten einen neuen gesetzlichen und auch pflichtteilsgeschützten Erben. Damit halbiert sich der Pflichtteil der gemeinsamen Nachkommen erster Ehe³⁰¹.

Nicht nur im Kontext des Ehevertrages, sondern *ganz allgemein wird die Frage, ob die Begünstigung des überlebenden Ehegatten mit einer Wiederverheirungsklausel versehen werden soll, unter dem neuen Recht noch wichtiger werden* als sie es bereits heute ist. Denn die Pflichtteile der – gemeinsamen und nichtgemeinsamen – Nachkommen werden im neuen Recht verringert³⁰², womit sich im Gegenzug die verfügbare Quote und damit das Begünstigungspotential auch zugunsten des überlebenden Ehegatten vergrössert. Die entsprechenden *Risiken für die gemeinsamen Nachkommen* akzentuieren sich insbesondere dann, wenn ihr überlebender Elternteil als überlebender Ehegatte eine neue Ehe eingeht mit einer Person, die gleich alt ist oder gar jünger als die Kinder aus einer vorangegangenen Ehe, wenn der überlebende Elternteil mit dieser Person ebenfalls Kinder hat und schliesslich in dieser neuen Ehe als erster Ehegatte verstirbt. Die Risiken vergrössern sich allenfalls noch zusätzlich, wenn der überlebende Ehegatte mit dem neuen Ehegatten die Gütergemeinschaft wählt und eine Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten vereinbart³⁰³. Unter der allgemeinen Gütergemeinschaft erfasst das Gesamtgut nämlich sämtliche Vermögensgegenstände mit Ausnahme des gesetzlichen Eigenguts, mithin sind einzig die ausschliesslichen persönlichen Gebrauchsgegenstände sowie die Genugtuungsansprüche ausgenommen (Art. 225 Abs. 2 ZGB). Das gesetzliche Eigengut umfasst also weniger als bei der Errungenschaftsbeteiligung, wo auch die einem Ehegatten zu Beginn des Güterstandes gehörenden und die ihm später durch Erbgang oder sonstwie unentgeltlich zufallenden Vermögenswerte dem Eigengut angehören (Art. 198 Ziff. 2 ZGB)³⁰⁴. Insoweit besteht mit der Vereinbarung einer allgemeinen Gütergemeinschaft mit Gesamtgutszuweisung in einer nachfolgenden zweiten Ehe des überlebenden Ehegatten ein erhöhtes Begünstigungspotential, das im Ergebnis zulasten der Nachkommen der ersten Ehe auszufallen droht. Dabei wird die Vereinbarung einer allgemeinen Gütergemeinschaft mit Gesamtgutszuweisung nur in

³⁰⁰ WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, S. 35 f., m.w.H.

³⁰¹ Vgl. auch JUNGO, S. 214.

³⁰² Dazu V.C.3. hievor.

³⁰³ Zum Ganzen ebenfalls EITEL, Neues Erbrecht, S. 59.

³⁰⁴ Vgl. auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 99.

Ausnahmefällen an der Schranke des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 ZGB scheitern^{305 306}.

Um dem vorzubeugen und die Nachkommen zu schützen, wird in der Literatur vorgeschlagen, die güterrechtliche Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten vertraglich mit einer *Klausel* zu versehen, wonach sie *dahinfällt, wenn sich der überlebende Ehegatte wieder verheiratet, ohne mit dem neuen Ehegatten einen Ehevertrag auf Gütertrennung und/oder einen Erbverzichtsvertrag abzuschliessen*³⁰⁷. Eine solche Gestaltung ist zwar an sich durchaus möglich, aber doch insofern mit gewissen Unsicherheiten verbunden, als es dem überlebenden Ehegatten und dessen neuen Ehegatten unbenommen bleibt, eine einmal eingegangene Gütertrennung wiederum aufzuheben und durch neuen Ehevertrag einen anderen Güterstand anzunehmen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für den Erbverzichtsvertrag, es sei denn, dieser sei unter Einbezug der aus der entsprechenden Wiederverheirungsklausel Berechtigten – regelmässig die Nachkommen erster Ehe – abgeschlossen worden³⁰⁸. In den Vertrag ist deshalb –bei entsprechendem Parteiwillen – *zusätzlich eine Bestimmung* aufzunehmen, *wonach der Güterstand der Gütertrennung und/oder der Erbverzichtsvertrag nicht wiederum aufgehoben werden dürfen und dass sonst die Rückfallklausel ebenfalls zur Anwendung gelangt*.

Ein nicht dem Parteiwillen entsprechendes Ergebnis bzw. eine Gefährdung kann sich bei einer Wiederverheiratung des begünstigten überlebenden Ehegatten weiter besonders auch dann ergeben, wenn die Ehegatten in ihrem Ehevertrag und Erbvertrag nur den *Fall des Ablebens des ersten Ehegatten* regeln und nicht auch denjenigen des *Ablebens des zweiten Ehegatten* und den *Kommorientenfall* (vgl. Art. 32 ZGB)³⁰⁹. Ganz allgemein hat aus dem Ehe- und Erbvertrag klar hervorzugehen, ob nur der Fall des Ablebens des ersten Ehegatten oder aber derjenige beider Ehegatten mit bindender Wirkung geregelt wird³¹⁰. Eine alleine den Fall des Ablebens des ersten Ehegatten regelnde vertragliche

³⁰⁵ BGE 112 II 390, Regeste: «Rechtsmissbrauch liegt nur dann vor, wenn der Ehevertrag mit dem einzigen Zweck abgeschlossen wurde, die andern Erben des vorverstorbenen Ehegatten, insbesondere die Nachkommen aus einer früheren Ehe, zu schädigen. Art. 2 Abs. 2 ZGB ist um so mehr mit Zurückhaltung anzuwenden, als bei Gütergemeinschaft durch Ehevertrag in den ordentlichen Pflichtteil der Nachkommen eingegriffen werden kann und der Gesetzgeber den güterrechtlichen Pflichtteil als ausreichenden Schutz betrachtet. Die Schädigungsabsicht muss somit offensichtlich sein (Präzisierung der Rechtsprechung).»

³⁰⁶ Zum Ganzen EITEL, Neues Erbrecht, S. 59; EITEL, Schritt, S. 342.

³⁰⁷ FORNITO, S. 797.

³⁰⁸ WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, S. 36, Fn. 69.

³⁰⁹ EITEL, Neues Erbrecht, S. 59 f.

³¹⁰ FORNITO, S. 798 f.

güter- und erbrechtliche Planung erscheint dabei in der Regel nicht und jedenfalls umso weniger als angebracht, je älter die Ehegatten sind bzw. je länger ihre Beziehung bereits besteht³¹¹. Ehegatten als Laien gehen oftmals ohne weiteres – aber irrigerweise – davon aus, dass sich mit der getroffenen Begünstigung des überlebenden Ehegatten der Nachlass des zweiten Ehegatten alsdann nach der gesetzlichen Erbfolge abwickelt und mithin den gemeinsamen Nachkommen zufallen wird. Diese irrümliche Vorstellung kann zu Ergebnissen führen, die diametral dem ursprünglichen Willen der beiden Ehegatten widersprechen, wenn der überlebende Ehegatte im Nachhinein andere Anordnungen trifft³¹².

Kurz einzugehen ist auf die mit dem soeben Ausgeführten aufgeworfene Frage, ob mit der ehe- und erbrechtlichen Regelung des Ablebens sowohl des ersten als auch des zweiten Ehegatten im Ergebnis eine übermäßige Bindung hergestellt wird. Grundsätzlich ist – wie dargelegt – die umfassende Regelung beider Ablebensfälle vorzuziehen. Dabei erweisen sich vertragliche Anordnungen zwar an sich als umso heikler, je länger es bis zu ihrer dereinstigen Umsetzung dauert, dies angesichts der langen Zeitspanne ihrer Bindungswirkung. Dennoch sollten u.E. auch jüngere Ehegatten in der Regel beide Nachlässe regeln. Die entsprechende Planung ist indessen in der Regel an Bedingungen oder Befristungen zu knüpfen und muss auf jeden Fall regelmässig überprüft werden. Nach entsprechender Belehrung und Beratung ist es letztlich Sache der Parteien, wie sie sich diesbezüglich entscheiden wollen.

f) Weitere Schutzklauseln

Zur Sicherung des dem überlebenden Ehegatten zugewiesenen Vermögens im angestammten Familienkreis – namentlich der Nachkommen – werden zusätzlich zur Wiederverheiratursklausel regelmässig auch *weitere sog. Schutzklauseln* vorgeschlagen. Solche sehen etwa den Rückfall der güter- und erbrechtlichen Begünstigung vor bei neuer Elternschaft, Eingehen einer Lebensgemeinschaft, Heimeintritt oder Eintritt von Demenz³¹³.

g) Weiteres zur Ehegattenbegünstigung nach nArt. 216 ZGB

Mit dem verkleinerten Nachkommenpflichtteil, dem abgeschafften Elternpflichtteil und der Neuordnung von nArt. 216 ZGB *macht die Revision den*

³¹¹ Vgl. aber auch BGer 5A_121/2019 vom 25. November 2020.

³¹² Vgl. zu alledem EITEL, Neues Erbrecht, S. 60.

³¹³ Ausführlich WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, S. 35 ff.

Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung in Bezug auf das Ziel der Ehegattenbegünstigung noch attraktiver. Sind – gemeinsame und/oder nichtgemeinsame – Nachkommen vorhanden, ist deren Pflichtteil kleiner. Sind keine Nachkommen vorhanden, so kann infolge der Abschaffung des Elternpflichtteils unter Errungenschaftsbeteiligung auch das Eigengut erbrechtlich – durch Verfügung von Todes wegen – vollumfänglich dem überlebenden Ehegatten zugewiesen werden. Anders als *de lege lata* muss hierzu also nicht mehr die allgemeine Gütergemeinschaft mit Gesamtgutszuweisung vereinbart werden³¹⁴. Zu bedenken bleibt, dass die Errungenschaftsbeteiligung zwar mit den ihr innewohnenden Ausgleichsmechanismen einen *gerechten, aber doch den komplexesten Güterstand* darstellt. Das ist der Preis, der zu entrichten ist, namentlich auch im Falle, dass die Ehe nicht durch Tod, sondern durch Scheidung aufgelöst wird. Entsprechendes gilt auch für die Gütergemeinschaft (vgl. Art. 242 Abs. 1 und 2 ZGB)³¹⁵.

- h) Kombination von ehevertraglicher Vorschlagszuweisung (nArt. 216 ZGB) und erbvertraglicher Ehegattennutznießung (nArt. 473 ZGB)

Die in der Notariatspraxis verbreiteten *Kombinationen* des Ehevertrages mit Vorschlagszuweisung (nArt. 216 ZGB) und eines Erbvertrages mit einer Nutznießungsbegründung (nArt. 473 ZGB) *bleiben weiterhin möglich*³¹⁶.

Sowohl die Vorschlagszuweisung (nArt. 216 ZGB) als auch die Einräumung einer Nutznießung (nArt. 473 ZGB) stellen Institute zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten in Konkurrenz mit gemeinsamen Nachkommen dar³¹⁷. Denn mit beiden Instrumenten darf in die Pflichtteilsrechte der gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen eingegriffen werden (nArt. 216 Abs. 3 ZGB bzw. nArt. 473 Abs. 1 ZGB). Diese bereits heute bestehende Rechtslage einer sog. *Relativierung des Pflichtteilsrechts*³¹⁸ bleibt unverändert.

Die überhäufige Vorschlagszuweisung an die überlebende Ehegattin beeinflusst die Berechnung der Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen und

³¹⁴ Siehe zu alledem auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 60 f.

³¹⁵ Zum Ganzen EITEL, Neues Erbrecht, S. 61.

³¹⁶ Siehe schon V.E.3.d. hievor.

³¹⁷ Vgl. auch EITEL, Neues Erbrecht, S. 58.

³¹⁸ So WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 1052.

damit der verfügbaren Quote nicht³¹⁹. Mit der Kombination von Vorschlagszuweisung und Ehegattennutzniessung ist eine Absicherung der Ehegatten mit gemeinsamen Kindern besonders auch dann möglich, wenn nicht nur Errungenschaft, sondern auch Eigengut vorhanden ist³²⁰.

4. Übergangsrecht

Es stellt sich die Frage, was übergangsrechtlich für bestehende Eheverträge mit Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten gilt.

Beispiel:

Wir haben einen unter geltendem Recht abgeschlossenen Ehevertrag mit folgendem Wortlaut:

«Wir vereinbaren, dass der Vorschlag jedes Ehegatten ganz dem überlebenden Ehegatten zugewiesen wird.

Wir nehmen zur Kenntnis, dass diese Vereinbarung die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen darf.»³²¹

Es ist dabei offen geblieben, ob die Parteien dieser Vereinbarung das Verständnis gemäss Auffassung 1 oder der Auffassung 2 zugrunde gelegt haben³²².

Gemäss Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB richtet sich die Anfechtung wegen Überschreitung der Verfügungsfreiheit nach den Bestimmungen des neuen Rechts, wenn der Erblasser nach dessen Inkrafttreten gestorben ist. Die Änderungen von Art. 216 ZGB betreffen allerdings einzig den Ehevertrag und Zuwendungen aus Ehevertrag stellen Zuwendungen unter Lebenden dar (nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), sind mithin keine Verfügungen von Todes wegen, womit Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB jedenfalls seinem Wortlaute nach nicht zur Anwendung gelangt³²³.

Nach allgemeinem Übergangsrecht würde gemäss der Regel der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchlT ZGB) das bisherige Recht auf unter diesem abgeschlossene Eheverträge gelten. Die Revision des Pflichtteilsrechts liesse sich freilich auch als Inhalt der Rechtsverhältnisse kraft Gesetzes (Art. 3 SchlT ZGB) verstehen, so dass wiederum das neue Recht anzuwenden wäre.

³¹⁹ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 334. Vgl. auch BSK-STAEHELIN, N. 4b zu Art. 473 ZGB.

³²⁰ LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 334. Siehe auch V.E.3.d. hievor.

³²¹ Musterurkunde VbN Nr. 421, Ziff. II.2.a.

³²² Zur bestehenden Kontroverse V.F.1.b. hievor.

³²³ Siehe zum Ganzen auch LUTZ SCIAMANNA, Erbrechtsrevision, Folie 26.

Die Frage *lässt sich nicht abschliessend beantworten*. Als Argumentationslinie wäre denkbar, Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB über seinen Wortlaut hinaus auf alle Konstellationen im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht anzuwenden, mithin auch auf die Vereinbarkeit von lebzeitigen Zuwendungen mit dem Pflichtteilsrecht. Damit wäre auf bisher abgeschlossene Eheverträge jedenfalls analogieweise das neue Recht anwendbar.

G. Bindungswirkung des Erbvertrages

I. Ausgangslage

a) Erbvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen

Der Erbvertrag ist ein vertragliches – d.h. zwei- oder mehrseitiges – Rechtsgeschäft von Todes wegen, in dem mindestens eine Partei in bindender Weise Verfügungen für ihren Todesfall trifft (vgl. Art. 494 ZGB)³²⁴. Als Verfügung von Todes wegen kommen dem Erbvertrag Wirkungen grundsätzlich erst mit dem Ableben des Erblassers zu³²⁵.

Nach heutigem Recht *kann der Erblasser zu seinen Lebzeiten trotz Abschlusses eines Erbvertrages über sein Vermögen frei verfügen* (Art. 494 Abs. 2 ZGB). Er kann mithin Gegenstände, die künftig zu seiner Erbschaft gehören könnten, grundsätzlich veräussern und verbrauchen, ohne dass der Vertragserbe etwas dagegen tun könnte³²⁶. Der erbvertraglich Bedachte erhält zu Lebzeiten des Erblassers lediglich eine Anwartschaft³²⁷. Diese ist mit der Anwartschaft des Pflichtteilsrben vergleichbar, gelegentlich ist die Rechtsposition des Erbvertragsbedachten auch schon als «vertraglicher Pflichtteil» bezeichnet worden³²⁸.

b) Mit dem Erbvertrag nicht vereinbare Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen

Der erbvertraglich Bedachte kann *Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen* des Erblassers, *die mit dem Erbvertrag nicht vereinbar sind*, nach dessen

³²⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 516.

³²⁵ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 895.

³²⁶ BGE 70 II 255, 261 ff., E. 2; BGE 140 III 193 ff. Weiter WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 897.

³²⁷ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 882.

³²⁸ Vgl. EITEL, Neues Erbrecht, S. 62.

Tod *anfechten* (Art. 494 Abs. 3 ZGB)³²⁹. Diese dem Erbvertragsbedachten aus Art. 494 Abs. 3 ZGB de lege lata zustehende Klage begründet ein der Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB) nachgebildetes Anfechtungsrecht³³⁰. Damit zeigt sich, dass die erbvertraglich begründete Anwartschaft – wie schon erwähnt – dem Pflichtteilsrecht vergleichbar ist.

Entsprechend dem Wortlaut von Art. 494 Abs. 3 ZGB ist zwischen Verfügungen von Todes wegen und Schenkungen zu unterscheiden.

Dem Erbvertrag zeitlich nachfolgende und ihm widersprechende Verfügungen von Todes wegen lassen sich mit der Anfechtungsklage nach Art. 494 Abs. 3 ZGB beseitigen, und zwar in der Regel ohne grössere Schwierigkeiten, weil die entsprechenden Zuwendungen ja erst mortis causa wirken und demgemäss noch nicht ausgerichtet worden sind. Anders gestaltet sich demgegenüber die Situation für lebzeitig bereits getätigte Schenkungen des Erblassers, deren Gegenstand sich schon beim Beschenkten befindet.

Die Frage, ob und in welchem Umfang lebzeitige Schenkungen, die der Erblasser nach Abschluss eines Erbvertrages ausgerichtet hat, wegen Unvereinbarkeit mit seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag angefochten werden können, ist ein Thema, das in der Praxis regelmässig zu Streitigkeiten führt.

Als *Beispiel* diene die folgende erbvertragliche Vereinbarung zwischen den Ehegatten: «Beim Tod des erstversterbenden Ehegatten erhalten unsere Kinder Nina und Franz nur den Pflichtteil; der Rest geht an den überlebenden Ehegatten. Dieser verpflichtet sich, bei seinem Ableben den Nachlass unseren Kindern zuzuwenden». Ob in dieser Fallkonstellation – ohne besondere Regelung im Erbvertrag – der überlebende Ehegatte nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten noch grössere Schenkungen ausrichten darf, ist letztlich eine Auslegungsfrage.

Nach der *Rechtsprechung des Bundesgerichts*³³¹ gilt in Bezug auf *lebzeitige Schenkungen* nach Abschluss eines Erbvertrags Folgendes:

- Schenkungen sind im Prinzip mit dem Erbvertrag vereinbar, soweit dieser nicht – explizit oder implizit – das Gegenteil vorsieht³³².
- Fehlt eine entsprechende Abrede, sind lebzeitige Schenkungen nach dem Tod nur dann anfechtbar, wenn der Erblasser damit offensichtlich beabsichtigt,

³²⁹ Vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 903.

³³⁰ BGE 101 II 305 E. 3b; OFK-STUDHALTER, N. 10 zu Art. 494 ZGB.

³³¹ BGE 140 III 193 ff.

³³² BGE 70 II 255, 261 ff.

- seine Verpflichtungen aus dem Erbvertrag auszuhöhlen, was einem Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gleichkommt, oder
- den Erbvertragspartner zu schädigen³³³.

Das Bundesgericht verlangt somit entweder eine besondere obligatorische Verpflichtung des Erblassers im Erbvertrag, Schenkungen zu unterlassen³³⁴, mit- hin ein vereinbartes Schenkungsverbot, oder aber das Vorliegen der offensichtlichen – also nicht bloss eventualvorsätzlichen – Absicht des Erblassers, den Erbvertrag auszuhöhlen oder den Erbvertragspartner zu schädigen. Die Beweislast dafür liegt im Prozess beim Erbvertragsbedachten³³⁵.

Dieser Rechtslage und der strengen – die Hürden für eine Anfechtung nach Art. 494 Abs. 3 ZGB hoch ansetzenden – Rechtsprechung *ist in Teilen des Schrifttums Kritik erwachsen*³³⁶.

Die Kritik betraf einerseits die inkonsequente Handhabung von Art. 527 Ziff. 4 ZGB, wo nach dem Bundesgericht Eventualvorsatz ausreicht³³⁷, während bei Art. 494 Abs. 3 ZGB offensichtliche Schädigungsabsicht verlangt wird³³⁸. An-

³³³ Wörtlich führt das Bundesgericht in BGE 140 III 193, 196, E. 2.1, Folgendes aus: «Wer sich durch einen Erbvertrag einem anderen gegenüber verpflichtet, ihm oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen (Art. 494 Abs. 1 ZGB), verliert grundsätzlich nicht das Recht, zu Lebzeiten frei über sein Vermögen zu verfügen (Art. 494 Abs. 2 ZGB). Insbesondere kann er sein Vermögen aufbrauchen. Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit den Verpflichtungen des Erblassers aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, unterliegen jedoch der Anfechtung (Art. 494 Abs. 3 ZGB). Anfechtbar ist freilich nicht jede Schenkung. Nach der Rechtsprechung sind Schenkungen im Prinzip mit dem Erbvertrag vereinbar, soweit dieser nicht - explizit oder implizit - das Gegenteil vorsieht (BGE 70 II 255 E. 2 S. 261 ff.). Fehlt es an einer entsprechenden Abrede, kann Art. 494 Abs. 3 ZGB dennoch zur Anwendung gelangen, wenn der Erblasser mit seinen Schenkungen offensichtlich beabsichtigt, seine Verpflichtungen aus dem Erbvertrag auszuhöhlen, was einem Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gleichkommt, oder den Erbvertragspartner zu schädigen (Urteil 5C.71/2001 vom 28. September 2001 E. 3b in fine).»

³³⁴ Botschaft Erbrecht, S. 5884, m.H. auf BGE 70 II 255 E. 2 und 140 III 193 E. 2.1.

³³⁵ Vgl. LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 334.

³³⁶ PraxKomm-GRUNDMANN, N. 22a ff. zu Art. 494 ZGB; BORNHAUSER, Ehe- und Erbvertrag, N. 36 ff.; DERS., Anfechtung, S. 361 ff.; HRUBESCH-MILLAUER, Bindung, N. 533 ff.; § 6; EITEL, Neues Erbrecht, S. 63 f. Anders SPIRIG, S. 340 ff. Siehe auch die Darstellung bei LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 334 f, mit Fn. 87.

³³⁷ BGE 128 III 314.

³³⁸ Vgl. etwa GENNA, Rz. 6; HRUBESCH-MILLAUER, Vereinbarkeit, S. 61 f. PraxKomm-GRUNDMANN, N. 22c zu Art. 494 ZGB, m.w.H.

dererseits stelle das Bundesgericht mit der starken Gewichtung der Schädigungsabsicht nicht den Vertragswillen zur Zeit des Vertragsschlusses, sondern bloss noch den Willen des Erblassers in den Vordergrund³³⁹.

2. Die neue Regelung

a) Allgemeines zu nArt. 494 Abs. 3 ZGB

Die Revision will die heutige Rechtslage korrigieren. Die jetzige bundesgerichtliche Rechtsprechung soll damit «ihre Gültigkeit verlieren»³⁴⁰.

Nach dem neuen Recht unterliegen Verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, 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 (nArt. 494 Abs. 3 ZGB).

b) Bedeutung und offene Fragen

aa) Allgemeines

Insgesamt kommt es mit nArt. 494 Abs. 3 ZGB zu einem *Paradigmenwechsel*: Statt der bisherigen grundsätzlichen lebzeitigen Zuwendungsfreiheit (*Schenkungsfreiheit*) gilt neu ein grundsätzliches Verbot für lebzeitige Zuwendungen nach Abschluss eines Erbvertrages (*Schenkungsverbot*)³⁴¹. Der Erbvertragsbedachte wird damit besser geschützt³⁴². Seine Anwartschaft wird gestärkt³⁴³.

Im neuen Recht bereits von Gesetzes wegen vorbehalten und weiterhin *zulässig bleiben die üblichen Gelegenheitsgeschenke*. Was aber «mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar» ist und welche Zuwendungen unter Lebenden genau von nArt. 494 Abs. 3 ZGB erfasst werden sollen, bleibt offen.

³³⁹ PraxKomm-GRUNDMANN, N. 22d zu Art. 494 ZGB, m.w.H.

³⁴⁰ So die Botschaft Erbrecht, S. 5884. Vgl. auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 335; EITEL, Neues Erbrecht, S. 64.

³⁴¹ Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 334 f., die von einer «Kurskorrektur» bzw. einem «Kurswechsel» spricht.

³⁴² LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 335.

³⁴³ EITEL, Neues Erbrecht, S. 64.

bb) Was ist «mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar»?

Mit dem neuen Gesetzestext stellt sich die schwierige Frage, was im Einzelnen mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar ist (so nArt. 494 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB). Denn das, was unvereinbar ist, müsste im Erbvertrag vorbehalten werden, um als Zuwendung unter Lebenden oder Verfügung von Todes wegen weiterhin ausgerichtet werden zu können (nArt. 494 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB).

Der Gesetzeswortlaut von nArt. 494 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB präzisiert, dass Zuwendungen unter Lebenden mit dem Erbvertrag namentlich dann *nicht vereinbar* sind, *wenn sie die erbvertragliche Begünstigung schmälern*.

Die Botschaft äussert sich nicht zur aufgeworfenen Frage, was konkret mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar ist. Sie hält dazu schlicht fest: «Schenkungen, die über Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, sollen anfechtbar werden.»³⁴⁴ Gestützt darauf ist nach einer Lehrmeinung unter dem neuen Recht von einem grundsätzlichen Schenkungsverbot auszugehen, wenn der Erblasser in einem Erbvertrag mit bindender Wirkung über seine ganze Erbschaft verfügt hat³⁴⁵. Allgemein enthält der Erbvertrag damit implizit stets ein Schenkungsverbot³⁴⁶. Nach hier vertretener Ansicht erweist sich eine solche Haltung indessen als *zu pauschal* und sie dürfte oftmals auch nicht dem Parteiwillen und besonders nicht dem Erblasserwillen entsprechen³⁴⁷.

cc) Welche «Zuwendungen unter Lebenden» werden erfasst?

Die neue Formulierung von nArt. 494 Abs. 3 ZGB spricht nicht mehr von «Schenkungen», sondern ganz offen von «Zuwendungen unter Lebenden». Dieser *sehr weite Gesetzesbegriff* – vom Wortlaut her erfasst er alles, was nicht Verfügung von Todes wegen ist – *schafft neue Rechtsunsicherheiten* und bedarf der näheren Konkretisierung.

³⁴⁴ Botschaft Erbrecht, S. 5884.

³⁴⁵ In diesem Sinne EITEL, Neues Erbrecht, S. 63.

³⁴⁶ So bereits *de lege lata* HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, S. 148; ausführlich HRUBESCH-MILLAUER, Bindung, N. 533 ff., besonders N. 583 und 594; BK-WEIMAR, N. 17 zu Art. 494 ZGB; EITEL/ELMIGER, 249 ff. Siehe auch die Übersicht bei PraxKomm-GRUNDMANN, N. 22a ff. zu Art. 494 ZGB.

³⁴⁷ Für eine differenzierende Betrachtungsweise vgl. V.G.2.b.dd. hienach.

U.E. versteht sich von selbst, dass *entgeltliche Zuwendungen unter Lebenden nicht unter nArt. 494 Abs. 3 ZGB fallen* können. Offen bleibt, was für teilweise entgeltliche Geschäfte gelten soll.

Die Botschaft des Bundesrates nimmt einzig Bezug auf *Eheverträge und Vermögensverträge* nach PartG. Nach ihr steht der von «Schenkungen» auf «Zuwendungen unter Lebenden» erweiterte Begriff im Zusammenhang mit dem Umstand, dass Eheverträge in nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB als Zuwendungen unter Lebenden qualifiziert und der Herabsetzung unterstellt werden³⁴⁸.

Nach der Botschaft bleiben *Eheverträge* demnach immer dann mit nArt. 494 ZGB *vereinbar, wenn sie nicht i.S.v. nArt. 532 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB der Hinzurechnung unterliegen und damit nicht der pflichtteilsrechtlichen Herabsetzung unterstellt sind*³⁴⁹. Denn ehevertragliche Vereinbarungen, die nicht der Herabsetzung unterstellt sind, müssen auch der Anfechtung entzogen bleiben³⁵⁰. Dementsprechend bleiben – immer nach der Botschaft – vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen Vereinbarungen eines Güterstandes (Art. 181 ZGB), Erklärungen zu Eigengut (Art. 199 ZGB) und Abreden betreffend den Mehrwertanteil an einem Gegenstand des anderen Ehegatten (Art. 206 Abs. 3 ZGB)³⁵¹.

Zu prüfen ist, was für *überhälftige Vorschlags- bzw. Gesamtgutszuweisungen* gilt. Nicht hinzugerechnet wird die überhälftige Vorschlagszuweisung bei der Berechnung der Pflichtteile des überlebenden Ehegatten und der gemeinsamen Nachkommen (nArt. 216 Abs. 2 ZGB). Eine entsprechende Vorschlagszuweisung unterliegt somit auch nicht der Anfechtung nach nArt. 494 Abs. 3 ZGB. Bei der Gesamtgutszuweisung sind die Pflichtteile aller Nachkommen zu beachten (Art. 241 Abs. 3 ZGB); insofern wäre nach der Ansicht des Gesetzgebers eine Gesamtgutszuweisung an die überlebende Ehegattin wohl nArt. 494 Abs. 3 ZGB unterworfen. Freilich lassen sich der Ehevertrag im Allgemeinen und auch die Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung nicht ohne weiteres in das Schema unentgeltlich oder entgeltlich einfügen. So erweist sich gerade die gegenseitige Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an die überlebende Ehegattin im Grunde als kein unentgeltliches Rechtsgeschäft³⁵².

³⁴⁸ Botschaft Erbrecht, S. 5884; weiter STEINAUER, *approche*, S. 213 f.; EITEL, *Neues Erbrecht*, S. 64.

³⁴⁹ Vgl. Botschaft Erbrecht, S. 5886.

³⁵⁰ Siehe zu alledem auch EITEL, *Neues Erbrecht*, S. 64, m.w.H.

³⁵¹ Botschaft Erbrecht, S. 5886.

³⁵² Siehe in diese Richtung schon WOLF, *Vorschlagszuweisung*, S. 20 ff.

Nach abgeschlossenem Erbvertrag *weiterhin zugelassen bleibt die Begründung und Änderung des Güterstandes*, etwa die Vereinbarung einer allgemeinen Gütergemeinschaft. Ein solcher Ehevertrag stellt auch bereits gemäss der Botschaft nicht ein mit dem Erbvertrag unvereinbares Rechtsgeschäft dar^{353 354}. Dazu allgemein festzuhalten ist, dass alleine die Güterstands begründung bzw. -änderung ein erheblich weitergehendes Begünstigungspotential haben kann als die Vorschlags- bzw. Gesamtgutszuweisung als solche. Insofern sind die vom Gesetzgeber angestellten Überlegungen nicht per se zutreffend.

dd) Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtungsweise

Das in der Botschaft offenbar vertretene pauschale Schenkungsverbot wird oftmals – wenn nicht gar regelmässig – dem Erblasserwillen und allenfalls auch generell dem Parteiwillen widersprechen. Es erweist sich u.E. insofern als zu weitreichend. Zudem bedarf es einer *differenzierenden Betrachtungsweise* dessen, was nach einem Erbvertragschluss nicht mehr zuzulassen ist.

Diesbezüglich zu erinnern bleibt zunächst daran, dass – dogmatisch betrachtet – der *Erbeinsetzungsvertrag* mit bindender Wirkung einzig und allein einen Universalsukzessor als Rechts- und auch Pflichtennachfolger von Todes wegen bestimmt. Ob und gegebenenfalls welches Vermögen im Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorhanden sein wird, wird im Erbeinsetzungsvertrag nicht geregelt und kann darin auch gar nicht geregelt werden, weil sich das erst im Ablebenszeitpunkt überhaupt bestimmen lässt. Allenfalls verbleibt dem erbvertraglich eingesetzten Erben letztlich auch bloss ein überschuldeter Nachlass. Auch

³⁵³ Botschaft Erbrecht, S. 5886.

³⁵⁴ Dies soll auch dann gelten, wenn es sich bei den Erbvertragserven um Nachkommen erster Ehe des Erblassers handelt und die Gütergemeinschaft für die zweite Ehe vereinbart wird; vgl. EITEL, Neues Erbrecht, S. 65. Ob dabei die Verpflichtung des Erblassers, in einer nachfolgenden Ehe mit der zweiten Ehegattin Gütertrennung zu vereinbaren und einen gegenseitigen Erbverzichtsvertrag abzuschliessen, weiterhilft, bleibt zweifelhaft. Es bleibt nämlich den Ehegatten als Ehevertragsparteien möglich, den Gütertrennungsvertrag wiederum aufzuheben; ebenso lässt sich der Erbverzichtsvertrag von ihnen wiederum aufheben, wenn er nicht unter Einbezug auch der Nachkommen abgeschlossen worden ist. Vgl. dazu WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, S. 36, Fn. 69; EITEL, Neues Erbrecht, S. 65. Allenfalls denkbar bliebe, eine Regelung im Erbverzichtsvertrag zu treffen, wonach das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung, das aufgrund eines Ehevertrages des Erblassers mit seiner zweiten Ehegattin für die Nachkommen ungünstiger ausfällt als unter Gütertrennung, erbrechtlich zu korrigieren ist; so EITEL, Neues Erbrecht, S. 65 f.

das kann Folge einer Erbeinsetzung und auch einer solchen durch Erbvertrag sein.

Das *Vermächtnis* verschafft dagegen eine Gläubigerstellung ohne Schuldenhaftung.

Insofern dürfte es nicht richtig sein, mit nArt. 494 Abs. 3 ZGB die hinsichtlich der Vereinbarkeit von Schenkungen mit dem Erbvertrag bisher angestellten Differenzierungen pauschal preiszugeben. So ist u.E. *zwischen dem Erbeinsetzungsvertrag und dem Vermächtnisvertrag zu unterscheiden*, wobei dem letzteren erbvertragliche Bindungen zu Lebzeiten eher zuzusprechen sind, dies besonders bei einem zgedachten Spezielegat³⁵⁵.

Eine erbvertragliche Bindungswirkung wird je nach den Umständen des Einzelfalls auch dann zu bejahen sein, wenn eine *Erbeinsetzung mit einer die Zuweisung eines Erbschaftsgegenstandes vorsehenden Teilungsvorschrift* ergänzt wird. Liegt eine entsprechende erbvertragliche Vereinbarung vor, so ist daraus in der Regel zu schliessen, dass der Erblasser über den zugewiesenen Erbschaftsgegenstand lebzeitig grundsätzlich nicht mehr verfügen darf.

Weiter erscheint das Schenkungsverbot beim *entgeltlichen Erbvertrag* eher und in weitergehendem Ausmass als zutreffend und richtig als beim rein *unentgeltlichen Erbvertrag*.

Ebenso *fragt sich, ob mit der neuen gesetzlichen Regelung dem Erbvertragserben im Ergebnis ein stärkerer Schutz zukommen soll als einem Pflichtteilserben*. Das kann im Einzelfall durchaus dem Erblasserwillen entsprechen, der Erbvertrag wird ja durch ein entsprechendes Rechtsgeschäft mit Parteiwillen geschlossen, wohingegen der Pflichtteilsschutz von Gesetzes wegen zwingend besteht.

All die hier aufgeworfenen und mögliche weitere Aspekte sowie die sich daraus ergebenden *Fragen sind wenn möglich durch entsprechende Gestaltung des Erbvertrages zu klären*³⁵⁶.

ee) Möglichkeiten privatautonomer Gestaltung

Auch unter neuem Recht bleibt Art. 494 Abs. 3 ZGB dispositives Recht. *Entscheidend ist letztlich der Parteiwille*, der sorgfältig abzuklären ist. Je nach Parteiwille sind alsdann rechtsgeschäftliche Vorkehren zu treffen.

³⁵⁵ Vgl. dazu näher BSK-HUWILER, N. 9a zu Art. 484 ZGB.

³⁵⁶ Dazu näher sogleich V.G.2.b.ee.

Will der Erblasser nach Abschluss des Erbvertrages weiterhin ganz oder teilweise unentgeltliche Zuwendungen unter Lebenden ausrichten und/oder Verfügungen von Todes wegen vornehmen können, so ist ein entsprechender *ausdrücklicher Vorbehalt in den Erbvertrag aufzunehmen*³⁵⁷. Bereits in der heutigen Praxis werden in Erbverträgen regelmässig *Verfügungen von Todes wegen vorbehalten*, etwa die freie Verfügung über eine Quote des Nachlasses, über bestimmte Objekte oder einen Freibetrag sowie – allgemeiner – die Vornahme abweichender Verfügungen von Todes wegen³⁵⁸. *Neu werden entsprechende Vorbehalte auch für Zuwendungen unter Lebenden erforderlich*, sollen solche trotz Erbvertragsschlusses unanfechtbar möglich bleiben³⁵⁹.

Bereits heute und erst recht mit Blick auf die neue strengere Regelung ist im Rahmen der Redaktion eines Erbvertrages die Rechtslage den Parteien zu erläutern und es sind alsdann entsprechend ihrem Willen *ausdrückliche Vereinbarungen darüber zu treffen, ob und in welchem Umfang der Erblasser nach Abschluss des Erbvertrags noch über sein Vermögen verfügen können soll*. Will sich der Erblasser diesbezüglich gar keine Schranken auferlegen lassen, so ist im Vertrag etwa festzuhalten, dass lebzeitige Zuwendungen trotz Abschlusses des Erbvertrags weiterhin uneingeschränkt zulässig bleiben. Je nach Parteiwille wird eine solch umfassende Schenkungsfreiheit dem mit dem Erbvertrag angestrebten Sinn und Zweck freilich nicht gerecht werden; in einem solchen Fall erweist sich die vertragliche Festlegung einer Freigrenze für die Vornahme von lebzeitigen Verfügungen in der Regel als angezeigt. Konkret kann etwa ein maximaler Betrag oder eine Quote des Vermögens vereinbart werden.

3. *Übergangsrecht*

Übergangsrechtlich wird das neue Recht auch auf bestehende Erbverträge anwendbar sein (Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB). Es empfiehlt sich deshalb bereits jetzt, noch unter heutigem Recht, bei Bedarf entsprechende Vorbehalte in den

³⁵⁷ Siehe auch LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 335.

³⁵⁸ Vgl. WOLF, Vermögensverwaltung, S. 70 f., m.w.H.

³⁵⁹ Im Gegensatz zu vorbehaltenen Verfügungen von Todes wegen fehlen heute in der Regel Vorbehalte für lebzeitige Zuwendungen. Sie waren angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – dazu V.G.I.b. hievor – auch nicht notwendig. Vgl. zu alledem FANKHAUSER/JUNGO, S. 7 f., mit Fn. 60.

Erbvertrag aufzunehmen. Andernfalls drohen unter Umständen Auslegungunsicherheiten³⁶⁰. Sodann sollten idealerweise auch bereits abgeschlossene Erbverträge im Hinblick auf das neue Recht überprüft, die Parteien kontaktiert und die Erbverträge gegebenenfalls – und soweit dies faktisch und rechtlich noch möglich ist³⁶¹ – angepasst werden. Im Einzelnen müsste hier freilich weiter differenziert werden. Die öffentlichrechtlichen – sog. hauptberuflichen – Berufspflichten des Notars gehen nicht so weit, dass ihm eine solche Überprüfung schon abgeschlossener Erbverträge generell auferlegt würde. Demgegenüber kann eine solche Pflicht privatrechtlich – mithin vertraglich – ohne weiteres übernommen werden.

Obwohl das Übergangsrecht unter bisherigem Recht abgeschlossene Erbverträge dem revidierten nArt. 494 Abs. 3 ZGB unterstellen will, bleibt dies rechtlich insofern zweifelhaft, als damit von Gesetzes wegen bei Vertragsschluss nicht bestehende Schranken namentlich für Zuwendungen unter Lebenden aufgestellt werden, die sich rein einseitig zugunsten einer Partei – nämlich des Erbvertragsbedachten – auswirken. Die Erbvertragsparteien sind beim Abschluss ihres Rechtsgeschäftes von der damals geltenden Rechtslage ausgegangen, die nun einem «Paradigmenwechsel»³⁶² unterworfen wird. Ein seinerzeit ausgewogener Erbvertrag kann unter den nunmehr veränderten Geschäftsgrundlagen unausgewogen werden und allenfalls dem Parteiwillen nicht mehr entsprechen. Im Grunde wird mit der Anwendung des neuen Rechts eine fragliche Rückwirkung und damit ein Eingriff in unter anderen Prämissen abgeschlossene Verträge vorgenommen, was doch Fragen nach der Richtigkeit eines solchen Vorgehens aufwirft.

VI. Schluss

Zum Schluss ist an dieser Stelle ein erstes vorläufiges Fazit zur Erbrechtsrevision anzustellen. Dabei lässt sich zu den wichtigsten behandelten Aspekten Folgendes festhalten:

³⁶⁰ Vgl. schon LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung, S. 335.

³⁶¹ Eine rechtsgeschäftliche Anpassung des Erbvertrages ist selbstredend dann abgeschlossen, wenn eine Partei verstorben – oder urteilsunfähig geworden – ist. In solchen Fällen kann sich empfehlen, nach Möglichkeit eine Art «Auslegungsvertrag» zwischen den Vertragsparteien – regelmässig dem überlebenden Vertragspartner und den Erben bzw. Bedachten – abzuschliessen, um Unklarheiten bereits vorzeitig zu klären und damit Streit vorzubeugen.

³⁶² Dazu V.G.2.b.aa. hiavor.

Die Abschaffung des Elternpflichtteils und die Reduktion des Nachkommenpflichtteils erhöhen – im natürlichen Gegenzug – die erbrechtliche Verfügungsfreiheit.

Der Verlust des Pflichtteilsrechts bereits im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens – und nicht erst im Moment des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils – dürfte einem zeitgemässen Verständnis in Bezug auf das mit der Ehe verbundene Erbrecht entsprechen.

Das grundsätzliche Schenkungsverbot nach Erbvertragsschluss führt in gewissem Sinne zu einem Paradigmenwechsel.

Die Reform bringt in verschiedenen heute strittigen Fragen eine Klarstellung und trägt damit zur Rechtssicherheit bei.

Allerdings schafft das neue Recht in anderen Bereichen neue Unklarheiten und Unsicherheiten.

Eines steht mit Sicherheit fest: Insgesamt besteht mehr Verfügungsfreiheit und damit mehr Flexibilität für die Realisierung individueller Anliegen der Erblasserin. Auch ausserhalb des Pflichtteilsrechts sind die dem Erblasser gewährten Möglichkeiten der Ausübung von Privatautonomie von grösserer Bedeutung als im bisherigen Recht. Damit steigen die Herausforderungen für die Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung als einer namentlich Notarinnen und Notaren obliegenden Aufgabe.