
Berner Bankrechtstag 2004

Vermögensverwaltung und Nachlassplanung

Herausgegeben von
Professor Dr. WOLFGANG WIEGAND

Direktor des Instituts für Bankrecht
an der Universität Bern

Stämpfli Verlag AG Bern • 2005



STEPHAN WOLF

Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, insbesondere aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	64
II.	Methodische Bemerkungen zur Tätigkeit des rechtsgeschäftsgestaltenden Juristen	64
	1. Zur Methodik der Kautelarjurisprudenz; insbesondere das Prognoseproblem	64
	2. Wichtige Grundsätze bei der Rechtsgeschäftsgestaltung	65
III.	Nachlassplanung aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis ..	65
	1. Vorfrage: Besteht überhaupt Planungsbedarf?	65
	1.1. Analyse der persönlichen und wirtschaftlichen Ausgangslage	65
	1.2. Rechtliche Ausgangslage	66
	a. Allgemeines	66
	b. Gesetzliches Erbrecht, Pflichtteilsrecht und erbrechtliche Verfügungsfreiheit	66
	c. Für verheiratete Erblasser zusätzliche Beachtung des Ehegüterrechts	67
	d. Ausserprivatrechtliche Aspekte	67
	2. Mögliche Ziele der Nachlassplanung	67
	2.1. Unbegrenzte Vielzahl möglicher Ziele	67
	2.2. Materiell-inhaltliche und nachlassabwicklungsbezogene, organisatorische Planungsziele	67
	2.3. Typische materiell-inhaltliche Planungsziele	68
	a. Die Ehegattenbegünstigung	68
	b. Die Nachkommenbegünstigung	68
	c. Die Drittbegünstigung, insbesondere nicht verheiratete Partner ..	69
	3. Hindernisse und Grenzen der Planung	71
	3.1. Faktische Unkenntnis der künftigen Entwicklung	71
	3.2. Rechtliche Hindernisse und Grenzen	72
	a. In formeller Hinsicht	72
	aa. Beachtung der erbrechtlichen Formvorschriften	72
	bb. Das Prinzip der formellen Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen	72
	b. In zeitlicher Hinsicht	73
	c. In sachlicher Hinsicht	73
	aa. Pflichtteilsrecht	73
	bb. Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen	76

cc.	Freiheit der Erben bei der Vereinbarung der Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB)	76
dd.	Ausserprivatrechtliche Hindernisse	76
aaa.	Steuern	76
bbb.	Vorsorgerecht	77
ccc.	Heimtarife und Ergänzungsleistungen	77
4.	Übersicht über die zivilrechtlichen Instrumente der Nachlassplanung und -gestaltung	77
4.1.	Verfügungen von Todes wegen und Rechtsgeschäfte unter Lebenden: Abgrenzung, Problematik und Konsequenzen	77
a.	Abgrenzung	77
b.	Problematik	78
c.	Konsequenzen	78
4.2.	Lebzeitige Zuwendungen und ihre erbrechtliche Berücksichtigung	78
4.3.	Inhaltlich-materielle Anordnungen	80
a.	Erbrechtliche Anordnungen	80
aa.	Erbeinsetzung (Art. 483 ZGB)	80
bb.	Vermächtnis (Art. 484 ff. ZGB)	80
cc.	Einsetzung als Ersatzerbe oder Ersatzvermächtnisnehmer (Art. 487 ZGB)	80
dd.	Einsetzung als Nacherbe oder Nachvermächtnisnehmer (Art. 488 ff. ZGB)	80
ee.	Untervermächtnis	80
ff.	Nutzniessung (Art. 473 ZGB)	80
aaa.	Allgemeines	80
bbb.	Rechtsnatur der Begünstigung gemäss Art. 473 ZGB	81
ccc.	Zur Frage der rechtsgeschäftlichen Einräumung eines Wahlrechts	82
gg.	Auflage und Bedingung (Art. 482 ZGB)	83
hh.	Errichtung einer Stiftung (Art. 81 und 493 ZGB)	83
ii.	Erbverzicht (Art. 495 ff. ZGB)	83
jj.	Teilungsvorschriften (Art. 603 ZGB)	83
kk.	Vorschriften über die Ausgleichspflicht (Art. 626, 629, 631 ZGB)	83
ll.	Enterbung (Art. 477 ff. ZGB)	83
mm.	Begründung von Stockwerkeigentum (Art. 712d Abs. 3 ZGB)	83
nn.	Kindesanerkennung (Art. 260 Abs. 3 ZGB)	83
b.	Weitere zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	83
aa.	Ehegüterrechtliche Vereinbarungen, insbesondere über die Vorschlagsbeteiligung (Art. 216 f. ZGB) und die Gesamtgutsteilung (Art. 241 f. ZGB)	83
bb.	Schenkungen auf den Todesfall (Art. 245 Abs. 2 OR)	83
cc.	Fortsetzungs-, Eintritts-, Nachfolge- und Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften	83
dd.	Begünstigung bei der Lebensversicherung	83

4.4.	Nachlassabwicklungsbezogene, organisatorische Anordnungen	84
a.	Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)	84
b.	Verhinderung der Blockierung in der Erbengemeinschaft	84
c.	Teilungsaufschub, Teilungsverbot	84
IV.	Spezifisch Banken betreffende Fragen	85
1.	Vollmacht auf den Todesfall und Vollmacht über den Tod hinaus	85
1.1.	Vorbemerkung	85
1.2.	Vollmacht auf den Todesfall	85
a.	Allgemeines	85
b.	Beurteilung aus der Optik des Erbrechts	85
1.3.	Vollmacht über den Tod hinaus	86
a.	Allgemeines	86
b.	Erbrechtliche Aspekte	86
aa.	Qualifikation	86
bb.	Widerruf durch die Erben	87
cc.	Wirkungen und Risiken	87
aaa.	Für den Bevollmächtigten	87
bbb.	Für Vermögensverwalter	87
2.	Gemeinschaftskonto und Gemeinschaftsdepot	88
2.1.	Begriff und Rechtsnatur	88
2.2.	Beurteilung aus erbrechtlicher Optik	89
a.	Situation bei Ableben eines Kontoinhabers	89
b.	Erbausschlussklausel	90
3.	Auskunftsrechte der Erben	91

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA ELISABETH, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehrungen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Diss. Bern 2000
- AUBERT MAURICE/BÉGUIN PIERRE-ANDRÉ/BERNASCONI PAOLO/GRAZIANO-VON BURG JOHANNA/SCHWOB RENATE/TREULLAUD RAPHAËL, Le secret bancaire suisse, 3. Aufl., Bern 1995.
- BÄR ROLF, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987, ZBJV 1989, S. 233 ff.
- BAUMGARTNER HANNES, Depot- und Compt-Joint, unter besonderer Berücksichtigung des Innenverhältnisses, Diss. Basel 1977, Zürich 1977
- BREITSCHMID PETER, Trust und Nachlassplanung, in: Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zürich 1995, S. 49 ff. (zitiert: BREITSCHMID, FS Heini)
- BREITSCHMID PETER, Begünstigung des nicht-verheirateten Lebenspartners und Dritter, in: JEAN NICOLAS DRUEY/PETER BREITSCHMID (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern/Stuttgart/Wien 1999 (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Band 56), S. 45 ff.
- BREITSCHMID PETER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zitiert: BSK-BREITSCHMID)

- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zitiert: BRÜCKNER, Beurkundungsrecht).
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000
- CANARIS CLAUS-WILHELM, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Berlin/New York 1988
- DE CAPITANI WERNER, Vorkehren im Hinblick auf den Tod des Bankkunden, in: PETER FORSTMOSER (Hrsg.), Rechtsprobleme der Bankpraxis (Bankwirtschaftliche Forschungen Band 36), Bern/Stuttgart 1976, S. 67 ff.
- DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, Le nouveau droit matrimonial, Bern 1987
- DRUEY JEAN NICOLAS, Testament und Erbvertrag – praktische Einsatzmöglichkeiten, in: PETER BREITSCHMID (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern/Stuttgart 1991 (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Band 26), S. 9 ff. (zitiert: DRUEY, Einsatzmöglichkeiten)
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002
- ERB FELIX, Die Bankvollmacht, Diss. Freiburg 1974, Zürich 1974
- ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar, III. Band: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959 (zitiert: ZK-ESCHER)
- GUGGENHEIM DANIEL, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Aufl., Zürich 1986
- HAUSHEER HEINZ, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: PETER BREITSCHMID (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Praktische Probleme im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, Bern/Stuttgart 1991 (St. Galler Studien zum Privat-, Handels-, und Wirtschaftsrecht Band 26), S. 79 ff.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA, Begünstigung des überlebenden Ehegatten, in: JEAN NICOLAS DRUEY/PETER BREITSCHMID (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern/Stuttgart/Wien 1999 (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Band 56), S. 1 ff.
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften, Art. 181–195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196–220 ZGB, Bern 1992 (zitiert: BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HUBER EUGEN, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 1. Band: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Aufl., Bern 1914
- LANGENFELD GERRIT, Vertragsgestaltung, Methode-Verfahren-Vertragstypen, 1. Aufl., München 1991 (zitiert: LANGENFELD, 1. Aufl.)
- LANGENFELD GERRIT, Vertragsgestaltung, Methode-Verfahren-Vertragstypen, 3. Aufl., München 2004
- MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983
- MOOSER MICHEL/WERMELINGER AMÉDÉO, Quelques aspects liés au dessaisissement volontaire d'éléments de fortune par des personnes âgées, FZR 1993, S. 1 ff.
- Musterurkunde VbN, Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen
- PIOTET PAUL, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht Band IV/1, Basel/Stuttgart 1978 (zitiert: PIOTET, SPR IV/1)

- PIOTET PAUL, Erbrecht, Nachtrag zu den Bänden IV/1 und IV/2, Basel/Frankfurt a.M. 1986 (zitiert: PIOTET, Nachtrag)
- PIOTET PAUL, Avatars de l'art. 473 CC et critique de son actuel al. 2, ZBGR 2002, S. 257 ff.
- RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995
- RUSCA JAN, Gemeinschaftsabrede bei Bankverträgen, Diss. Zürich 1973
- SCHNYDER BERNHARD, Private Rechtsgestaltung im neuen Ehe- und Erbrecht, BN 1986, S. 309 ff.
- SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt a.M. 1990
- STAEHELIN DANIEL, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zitiert: BSK-STAEHELIN)
- STEINAUER PAUL-HENRI, L'art. 473 al. 3 CC, Droit actuel et projet de révision, ZSR 1980 I, S. 341 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten und der neue Art. 473 ZGB, FamPra.ch 2003, S. 89 ff.
- TUOR PETER, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457–536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952 (zitiert BK-TUOR)
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002
- WATTER ROLF, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zitiert: BSK-WATTER)
- WEIMAR PETER, Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Art. 457–480 ZGB, Bern 2000 (zitiert: BK-WEIMAR)
- WILDISEN CHRISTOPH, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Diss. Freiburg 1997 (AISUF 167)
- WOLF STEPHAN, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996 (zitiert: WOLF, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung)
- WOLF STEPHAN, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2004 (zitiert: WOLF, Grundfragen)
- WOLF STEPHAN/STEINER ISABELLE, Erbrecht in der Schweiz, in: REMBERT SÜSS/ULRICH HAAS (Hrsg.), Erbrecht in Europa, Angelbachtal 2004, S. 891 ff.
- ZÄCH ROGER, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32–40 OR, Bern 1990 (zitiert: BK-ZÄCH)
- ZOBL DIETER, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb- und Schuldrecht, AJP 2001, S. 1007 ff.

I. Einleitung

Das zu behandelnde Thema Vermögensverwaltung und Nachlassplanung aus erbrechtlicher und notarieller Sicht erweist sich als ein nahezu unerschöpfliches Generalthema. Damit ist bereits gesagt, dass in diesem Beitrag nicht eine umfassende Gesamtschau vorgenommen werden kann, sondern Beschränkungen unumgänglich sind. In der nachfolgenden Darstellung soll vorab auf *allgemeine methodische Grundsätze* für die Tätigkeit des rechtsgeschäftsgestaltenden Juristen hingewiesen werden¹. Danach ist aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis auf die *Nachlassplanung* einzugehen². Schliesslich sind einzelne, *spezifisch Banken betreffende Fragen* zu behandeln³.

II. Methodische Bemerkungen zur Tätigkeit des rechtsgeschäftsgestaltenden Juristen

1. Zur Methodik der Kautelarjurisprudenz; insbesondere das Prognoseproblem

Die Tätigkeit des rechtsgeschäftsgestaltenden Juristen ist in die Zukunft gerichtet. Seine Erwägungen bei der Vertragsgestaltung erfolgen *ex ante*. Die Arbeitsweise des rechtsgeschäftsgestaltenden Juristen ist insofern eine ganz andere als etwa jene des Richters, der *ex post* strittige Sachverhalte rechtlich zu beurteilen hat⁴. Der Kautelarjurist sieht sich primär dem *Prognoseproblem* gegenübergestellt, d.h. der Schwierigkeit der Erfassung und Beurteilung der zukünftigen Entwicklung. Im Weiteren stellt sich ihm das *Auswahlproblem*, d.h. die Schwierigkeit der Wahl geeigneter, inhaltlich ausreichender Gestaltungsmittel⁵.

Gemeinsam haben Vertragsjurist und Richter das Problem der *Sachverhaltsermittlung*. Ist der Sachverhalt nicht oder nicht richtig bzw. nicht vollständig ermittelt worden, taugen weder Urteil noch Rechtsgeschäftsgestaltung etwas. Die Sachverhaltsermittlung durch den Richter und den rechtsgeschäftsgestaltenden Juristen findet aber wiederum auf unterschiedliche Weise statt. Der Richter wird in der Regel im Rahmen eines Prozesses förmlich Beweis führen lassen. Der Vertragsjurist demgegenüber bezieht seine Informationen aus dem befragenden Gespräch mit den Beteiligten⁶.

¹ II. sogleich.

² III. hienach.

³ IV. hienach.

⁴ LANGENFELD, S. 1, Rz. 1.

⁵ LANGENFELD, S. 1, Rz. 2.

⁶ LANGENFELD, S. 2, Rz. 2.

2. Wichtige Grundsätze bei der Rechtsgeschäftsgestaltung

Für den Rechtsgeschäftsgestalter gelten u.a. die folgenden wichtigen Grundsätze:

1. Die *Sachverhaltsermittlung* ist in einem klar strukturierten, zielgerichteten Gespräch vorzunehmen⁷.
2. Bei der *Rechtsanwendung* ist vor allzu viel individueller Kreativität des Vertragsgestalters zu warnen. Vielmehr empfiehlt sich die Orientierung an bewährten Gestaltungen.

III. Nachlassplanung aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis

1. Vorfrage: Besteht überhaupt Planungsbedarf?

Vor jeder Planung ist – im Sinne einer Eintretensvoraussetzung – die Frage zu klären, ob überhaupt Planungsbedarf besteht. Die Prüfung ist anhand einer Analyse der Ausgangslage in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht einerseits⁸ sowie in rechtlicher Hinsicht andererseits⁹ vorzunehmen.

1.1. Analyse der persönlichen und wirtschaftlichen Ausgangslage

Jede Nachlassplanung hat von einer Analyse der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse auszugehen¹⁰.

In persönlicher Sicht macht es insbesondere einen Unterschied, ob der künftige Erblasser allein stehend ist oder nicht. Ist er nicht allein stehend, fragt sich, ob er verheiratet ist oder im Konkubinat lebt und ob er Kinder hat oder nicht. Je nachdem besteht gar kein Planungsbedarf oder jedenfalls nicht derselbe¹¹.

In wirtschaftlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass jede Nachlassgestaltung das Vorhandensein einer einigermaßen substanziellen Erbschaft voraussetzt¹². Des Weiteren ist die Frage zu klären, wie sich der Nachlass zusammen-

⁷ Vgl. LANGENFELD, S. 53 f., Rz. 145 ff.

⁸ Dazu III.1.1. sogleich.

⁹ Dazu III.1.2. hienach.

¹⁰ BSK-BREITSCHMID, N. 13 der Vorbemerkungen zu Art. 467–536 ZGB.

¹¹ Die persönliche Ausgangslage ist dabei nicht isoliert zu betrachten, sondern in Bezug zur rechtlichen Ausgangslage – zu dieser III.1.2. hienach – zu setzen. Nur so lässt sich ermitteln, ob rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf besteht oder nicht.

¹² Siehe BSK-BREITSCHMID, N. 18 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB, m.w.H. auf die Vermögensstatistik.

setzt. Gehört z.B. ein Unternehmen dazu, so stellen sich ganz andere Fragen, als wenn das nicht der Fall ist¹³.

1.2. Rechtliche Ausgangslage

a. Allgemeines

Es gibt Bereiche des Privatrechts, in denen vorerst keinerlei Planung und Regelung getroffen wird. Exemplarisch kann dafür auf das Haftpflichtrecht verwiesen werden. Umgekehrt steht im Bereich des Vertragsrechts die Schaffung einer Regelung durch die Parteien im Vordergrund.

Das Erbrecht und das Ehegüterrecht sind zwischen diesen beiden Polen anzusiedeln. An sich ist in beiden Bereichen eine detaillierte Ordnung des Gesetzes vorhanden, die subsidiär, d.h. bei fehlender individueller Planung und Regelung, greift. Andererseits bestehen aber erhebliche privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten für die Beteiligten¹⁴. Verfügungen von Todes wegen und Eheverträge ermöglichen dem Erblasser, die Ordnung der Vermögensnachfolge anstelle oder in Ergänzung zum gesetzlichen Ehegüter- und Erbrecht weit gehend nach seinem Willen zu bestimmen¹⁵.

b. Gesetzliches Erbrecht, Pflichtteilsrecht und erbrechtliche Verfügungsfreiheit

Das dispositive *Gesetzesrecht* hält eine erbrechtliche Ordnung bereit, die sich naturgemäss an *durchschnittlichen Verhältnissen* orientiert. Wenn und insoweit der Erblasser diesen durchschnittlichen Verhältnissen entspricht, mithin insbesondere mit seiner Frau in erster Ehe verheiratet ist und nur gemeinsame Kinder hat¹⁶, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das Gesetz

¹³ Die Unternehmensebfolge ist denn auch ein eigentliches Spezialgebiet geworden.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen SCHNYDER, BN 1986, S. 309.

¹⁵ Siehe dazu die grundlegenden Überlegungen bei EUGEN HUBER, S. 322 f.:

«Man kann ... die Bestimmung des Nachfolgers entweder durch den Erblasser selbst vornehmen lassen oder dem Gesetze diese Aufgabe zuweisen. Für die Freiheit des Erblassers spricht sein Eigentum und die Überlegung, dass es am Ende doch in erster Linie ihm zugetraut werden darf, er werde die richtige Verfügung über dasjenige treffen, was er im Leben besessen und oft auch geradezu geschaffen hat. Auch ist nicht zu unterschätzen, dass eine solche Steigerung der Macht des Eigentümers den Ansporn zur Entfaltung individueller Tüchtigkeit vermehrt, so dass durch die Freiheit der Verfügung von Todes wegen die Unternehmungslust und der wirtschaftliche Eifer der einzelnen nach der einen Richtung unzweifelhaft gefördert werden.

Für eine Regelung durch das Gesetz aber ist die Überlegung anzuführen, dass im Grunde genommen der einzelne mit seinem Tode sein Recht dahin hat. Über das Leben hinaus kann ihm die Verfügung über seine Güter nicht zugestanden werden. Und wenn man es ihm doch zuerkennen wollte, so stehen dem Rechte Pflichten gegen seine Familie und gegen die Gemeinschaft gegenüber, deren leichtfertigen Missachtung durch Verfügungen von Todes wegen das Gesetz nicht müssig soll zuschauen müssen.»

¹⁶ BREITSCHMID, S. 47.

für ihn eine ausgewogene Regelung bereithält. Selbst in diesen sog. Durchschnittsverhältnissen kann aber nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass kein Bedarf nach Nachlassplanung besteht. Vielmehr ist Handlungsbedarf immer schon dann gegeben, wenn *individuelle Besonderheiten* sich mit der gesetzlichen Ordnung nicht decken. Erst recht ist Nachlassplanung angezeigt, sobald *eigentliche Abweichungen* von den umschriebenen Durchschnittsverhältnissen vorliegen. Das gilt etwa für das Konkubinats-, die Patchworkfamilie und andere – aus der Sicht der heutigen rechtlichen Ausgangslage – atypische Situationen¹⁷. In solchen Situationen empfiehlt sich regelmässig, von der erbrechtlichen Verfügungsfreiheit Gebrauch zu machen. Diese Freiheit besteht allerdings nur innerhalb der Grenzen, wie sie sich insbesondere aus dem Pflichtteilsrecht (Art. 471 ZGB), aber auch aus weiteren Schranken der Rechtsordnung – wie etwa Art. 19 f. OR, Art. 2, 27 und 483 Abs. 2 ZGB – ergeben.

c. Für verheiratete Erblasser zusätzliche Beachtung des Ehegüterrechts

Für verheiratete Erblasser ist zusätzlich zum Erbrecht das Ehegüterrecht in die Beurteilung miteinzubeziehen.

d. Ausserprivatrechtliche Aspekte

An ausserprivatrechtlichen Aspekten ist insbesondere dem Vorsorgerecht sowie dem Steuer- und Erbschaftssteuerrecht Rechnung zu tragen¹⁸.

2. Mögliche Ziele der Nachlassplanung

2.1. Unbegrenzte Vielzahl möglicher Ziele

Die möglichen Ziele der Nachlassplanung bestehen an sich in unbegrenzter Vielzahl. Sie hängen u.a. ab von den tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall und den für diese massgebenden Rechtsregeln einerseits sowie von den individuellen Wünschen der Beteiligten andererseits.

2.2. Materiell-inhaltliche und nachlassabwicklungsbezogene, organisatorische Planungsziele

Die in der Praxis regelmässig anzutreffenden Planungsziele lassen sich in mehrere typische Kategorien gliedern.

¹⁷ Vgl. BSK-BREITSCHMID, N. 5 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

¹⁸ Siehe dazu auch Näheres in III.3.2.c.dd. hienach.

So kann einmal Ziel der Planung sein, *inhaltlich-materielle Anordnungen*, d.h. sich auf den Nachlass als solchen beziehende Verfügungen zu treffen¹⁹. Typische Beispiele solcher Anordnungen sind Erbeinsetzung und Vermächtnis.

Ziel der Planung kann aber auch nur sein, die *Abwicklung des Nachlasses* sicherzustellen²⁰, etwa präventiv Konflikten zu begegnen oder eine Blockierung zerstrittener Miterben in der Erbengemeinschaft zu verhindern.

2.3. Typische materiell-inhaltliche Planungsziele

a. Die Ehegattenbegünstigung

In der notariellen Praxis steht unter den zu verwirklichenden Planungszielen die *Begünstigung des überlebenden Ehegatten* eindeutig im Vordergrund^{21, 22}. Als klassische Instrumente der Ehegattenbegünstigung dienen einerseits aus dem Bereich des Ehegüterrechts die *Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung* an den überlebenden Ehegatten. Andererseits bieten sich im Erbrecht insbesondere die Pflichtteilssetzung der weiteren Noterben, insbesondere der Nachkommen, unter *Zuweisung der verfügbaren Quote* an den überlebenden Ehegatten sowie die Einräumung einer *Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB* an. Zu beachten ist die Singularität, dass bei Verfügungen zugunsten des überlebenden Ehegatten die Pflichtteilsrechte teilweise nur in reduziertem Umfang greifen²³.

b. Die Nachkommenbegünstigung

Die Nachkommenbegünstigung stellt gewissermassen das Gegenteil der Ehegattenbegünstigung dar. Sie kommt etwa im Bereich der Nachfolge in Familienunternehmen vor, wenn einer von mehreren Nachkommen als Betriebsnachfolger vorgesehen ist. Die Nachkommenbegünstigung ist wesentlich *schwieriger zu verwirklichen* als die Ehegattenbegünstigung. Der Grund dafür liegt vor allem darin, dass – im Gegensatz zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten²⁴ – bei der Nachkommenbegünstigung die Pflichtteilsrechte vollumfänglich zu wahren sind. Praktisch erfordert deshalb die optimale Realisierung der Nachkommenbegünstigung häufig den Einbezug aller Betroffenen in einen

¹⁹ Dazu III.2.3. sogleich.

²⁰ Dazu III.4.4. hienach.

²¹ Das obwohl der überlebende Ehegatte bereits von Gesetzes wegen eine starke – und in der 1988 in Kraft getretenen Revision noch verbesserte – güter- und erbrechtliche Position einnimmt. Ausführlich zur Ehegattenbegünstigung: WOLF, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung, S. 6 ff.; AEBI-MÜLLER, passim.

²² Vgl. als praktisches Beispiel der Gestaltung die Musterurkunde VbN Nr. 424.

²³ Vgl. dazu Näheres in III.3.2.c.aa. hienach.

²⁴ Siehe III.2.3.a. soeben.

umfassenden Erbvertrag, in dem die übrigen Pflichtteilsberechtigten gegebenenfalls Erbverzicht eingehen.

c. Die Drittbegünstigung, insbesondere nicht verheiratete Partner

Wo nicht zum Kreise der gesetzlichen Erben und insbesondere der Pflichtteils-erben zählende Dritte von Todes wegen begünstigt werden sollen, liegen – jedenfalls aus der Optik der subsidiären gesetzlichen Ordnung des Ehegüter- und Erbrechts – atypische Verhältnisse vor. Hier besteht mithin *rechtsgeschäftlicher Planungs- und Handlungsbedarf*.

Wenig Schwierigkeiten bietet dabei der Fall, wo Dritte, etwa ein Patenkind oder ein enger Freund, irgendwie – aber nicht substanziell – bedacht werden sollen. Hier bietet sich im Rahmen der verfügbaren Quote regelmässig genügend Spielraum an. Als schwieriger erweist sich demgegenüber die Verwirklichung des Planungsziels in der Regel dann, wenn eine – dem Erblasser meist eng verbundene – Drittperson, insbesondere der nicht verheiratete Partner, in wesentlichem Ausmass begünstigt werden soll. Einem solchen Vorhaben stehen vorab allfällige Pflichtteilsrechte der Nachkommen bzw. Eltern im Wege²⁵. Von vornherein ausgeschlossen unter Nichtverheirateten ist eine eigentliche Begünstigung nach den Regeln des Ehegüterrechts.

Weil ein gesetzliches Erbrecht fehlt, bedarf es zur Begünstigung des überlebenden Konkubinatspartners einer *Verfügung von Todes wegen*. Unter Konkubinatspartnern stellt sich dabei – mehr als unter Ehegatten, die durch das Band der Ehe bereits von Gesetzes wegen verbunden sind und naturgemäss Ehe- und Erbverträge abschliessen – die Frage, ob sie eine allfällige Regelung in einem Testament oder einem Erbvertrag treffen sollen. Das gibt Gelegenheit, auf diese beiden Verfügungsformen einzugehen. Beide Formen haben Vor- und Nachteile.

Zum Erbvertrag:

Der Erbvertrag äussert eine gewisse Bindungswirkung schon zu Lebzeiten (vgl. Art. 494 Abs. 3 ZGB). Er führt sodann zu einer endgültigen Bindung des Überlebenden nach dem Tod des Erstversterbenden oder schon mit der dauernden Urteilsunfähigkeit eines Partners²⁶. An sich erleichtert vertragliche Bindung eine geplante Vermögensnachfolge auf das Ableben hin. Insbesondere ist mittels Erbvertrages auch ein Einbezug von Pflichtteilsberechtigten in einen allfällig zugunsten des überlebenden Konkubinatspartners abzugebenden Erbverzicht denkbar²⁷. Die Vorteile des Erbvertrages sind aber zugleich dessen Nachteile. Die der Sicherung des gewünschten Erbschaftsverlaufs die-

²⁵ Sind Nachkommen vorhanden, beträgt die verfügbare Quote bloss $\frac{1}{4}$ des Nachlasses, gegenüber Eltern $\frac{1}{2}$ (Art. 471 Ziff. 1 und 2 ZGB).

²⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28.

²⁷ BREITSCHMID, S. 62 f.

nende Bindung lässt keine Anpassung an unvorhersehbare Entwicklungen mehr zu²⁸. Bindung wird dann unerwünscht, wenn sich die Verhältnisse verändern oder die von der Gegenseite erwartete Leistung oder Zuneigung ausbleibt. Namentlich kann der Zeitablauf Risiken enthalten, was insbesondere bei «lang laufenden» Erbverträgen unter jüngeren Konkubinatspartnern zu beachten ist²⁹.

Von Gesetzes wegen ist eine *einseitige Aufhebung* des Erbvertrages nur unter bestimmten restriktiven Voraussetzungen möglich (vgl. Art. 513 Abs. 2 und 3 ZGB, Art. 514 ZGB). Mithin besteht auch in dieser Hinsicht rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf für erbvertragsschliessende Konkubinatspartner. Unsicherheiten hinsichtlich der künftigen Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse kann in gewissem Rahmen durch eine *Bedingung* oder *Befristung* der Regelung begegnet werden. So wird die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen zugunsten eines Konkubinatspartners nach dem Willen der Betroffenen regelmässig an die Bedingung des Fortbestandes der Partnerschaft zu knüpfen sein. Der Fortbestand der partnerschaftlichen Beziehung ist mithin als Resolutivbedingung anzuordnen³⁰. Als weitere Mittel gegen eine zu weit gehende Bindungswirkung des Erbvertrages werden in der Literatur Anpassungsklauseln oder Klauseln vorgeschlagen, die den einseitigen Rücktritt vom Vertrag ermöglichen. Allerdings ist deren Vereinbarkeit mit Art. 513 ZGB, wonach der Erbvertrag dem Grundsatz nach nur durch schriftliche Übereinkunft beider Parteien aufgehoben werden kann, umstritten. Soweit sich einseitige Rücktrittsrechte nicht mit Art. 513 ZGB vereinbaren lassen sollten, postulieren vereinzelte Autoren – jedenfalls für Extremfälle – eine Anrufung der *clausula rebus sic stantibus*³¹ oder von Art. 27 ZGB³².

Erbvertragliche Bindung unter Konkubinatspartnern – oder sonstigen Dritten – ist also möglich und auch zulässig. Sie kann sich aber im Einzelfall als übermässig erweisen. Dieser Umstand ist bei der Begünstigung familienfremder Personen umso mehr zu bedenken, als hier einerseits angesichts des Fehlens eines gesetzlichen Erbrechts nur die vertragliche Bindung besteht. Andererseits ist die Beziehung unter Lebenspartnern im Vergleich zu derjenigen unter Ehegatten doch lockerer, weil mit Bezug auf das Grundverhältnis der Partnerschaft eben die Bindung, jedenfalls die mit einer Ehe verbundene, ja gerade vermieden werden soll. Insofern besteht an sich ein gewisser Widerspruch im Verhalten der Parteien, die sich nicht binden, aber doch auf das Ableben bindend sichern wollen³³. Selbst – und gerade – dort, wo die Beteiligten

²⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28.

²⁹ DRUEY, Einsatzmöglichkeiten, S. 22 f.; BREITSCHMID, S. 65.

³⁰ BREITSCHMID, S. 85.

³¹ So BREITSCHMID, S. 65 f.

³² Das Moment übermässiger Bindung wird besonders betont von BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, Rz. 2476.

³³ Vgl. BREITSCHMID, S. 67.

– vielleicht in einträchtiger Euphorie – den gesamten Nachlass erbvertraglich regeln wollen, empfiehlt es sich in aller Regel, dem Erblasser eine Quote oder bestimmte Objekte vorzubehalten, über die er weiterhin frei verfügen kann. Dies gilt allgemein, besonders aber für Konkubinatspartner³⁴.

Zum *Testament*:

Die Errichtung gegenseitiger Testamente führt aufgrund der jederzeitigen einseitigen Widerrufsmöglichkeit zu einem *flexibleren Ergebnis* als der Erbvertrag. Umgekehrt ist das Testament aber gerade deswegen *weniger sicher*³⁵. Zu beachten ist sodann, dass gegenseitig bedingte, sog. korrespondierende Testamente, nach h.L. ungültig oder gar nichtig sind³⁶. Die Partner müssen deshalb in ihren formgültigen Testamenten³⁷ zweifelsfrei zum Ausdruck bringen, dass sie um die fehlende gegenseitige Bindungswirkung des gegenseitigen Testaments wissen. Zudem haben sie festzuhalten, dass sie den Bestand ihrer eigenen Verfügung nicht von der Gültigkeit bzw. der Nichtaufhebung der anderen abhängig machen^{38, 39}.

3. Hindernisse und Grenzen der Planung

3.1. Faktische Unkenntnis der künftigen Entwicklung

Als erstes Hindernis der Nachlassplanung erweist sich die faktische Unkenntnis der künftigen Entwicklung der für die Rechtsgeschäftsgestaltung massgebenden Faktoren⁴⁰. An sich ist richtig, dass, je später im Leben testiert wird, desto überschaubarer und sicherer die Daten sind und «desto eingehendere Verfügungen mit gewünschter Bindung» getroffen werden können⁴¹. Freilich ist daraus nicht etwa allgemein zu schliessen, es empfehle sich, die entsprechenden Rechtsgeschäfte möglichst spät abzuschliessen. Einer solchen Auffassung könnte nur mit grössten Vorbehalten gefolgt werden. So droht insbesondere die Gefahr, dass später die erforderliche Urteilsfähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen nicht mehr gegeben ist (vgl. Art. 467 f.

³⁴ BREITSCHMID, S. 68, mit Hinweis auf die österreichische Regelung des § 1253 ABGB.

³⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28.

³⁶ BREITSCHMID, S. 63, der allerdings entgegen der h.L. zur «Rettung» eine Umdeutung in eine Auflage gegenüber dem Zweitversterbenden annehmen will.

³⁷ Ungültig ist insbesondere das gemeinsame Testament, das von einem verfasst und von beiden mitunterzeichnet wird; vgl. BK-TUOR, N. 17 der Vorbemerkungen vor Art. 494 ZGB.

³⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28.

³⁹ Zulässig wäre es dagegen, eine Zuwendung an die Bedingung zu knüpfen, dass der andere Partner sein eigenes Testament im Zeitpunkt des Erbfalls nicht widerrufen hat bzw. auch in Zukunft nicht aufhebt (sog. kaptatorische Verfügung); vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28 f.

⁴⁰ Vgl. dazu schon die allgemeinen methodischen Bemerkungen in II. hievor.

⁴¹ LANGENFELD, 1. Aufl., Rz. 431 i.f., S. 192.

ZGB und für den Ehevertrag Art. 182 ZGB; sodann für Rechtsgeschäfte unter Lebenden Art. 18 ZGB). Die Gruppe betagter und schwer kranker Menschen, die urteilsunfähig sind, nimmt allgemein zu⁴². Die Frage der erbrechtlichen Dispositionsfähigkeit war denn in den letzten Jahren bezeichnenderweise wiederholt Gegenstand von bundesgerichtlichen Urteilen, wobei verschiedentlich auf Verfügungsunfähigkeit erkannt worden ist⁴³. Einem Zuwartenden mit der Vornahme der rechtsgeschäftlichen Gestaltung auf einen – naturgemäss ohnehin unbekanntem – Zeitpunkt möglichst nahe am eigenen Ableben ist deshalb mit der gebotenen Reserve zu begegnen. Nach Möglichkeit sind andere Lösungen vorzuziehen. Ist der Planungshorizont effektiv zu ungewiss, ist allenfalls – mit Blick auf die Widerrufsmöglichkeiten – ein *Testament* statt ein Erbvertrag zu wählen. Ungewissen künftigen Entwicklungen kann sodann mittels *Bedingungen, Befristungen und Auflagen* begegnet werden. Zu bedenken ist aber, dass eine einmal getroffene Nachlassplanung nicht unverrückbar auf ewige Zeiten richtig bleiben muss. Vielmehr – und darauf hat der Rechtsgeschäftsgestalter seine Klienten hinzuweisen – ist bei einer Veränderung der massgebenden Verhältnisse selbstverständlich eine *Überprüfung* der getroffenen Vorkehrungen vorzunehmen. Allenfalls wird sich eine *Änderung* derselben als erforderlich erweisen.

3.2. Rechtliche Hindernisse und Grenzen

a. In formeller Hinsicht

aa. Beachtung der erbrechtlichen Formvorschriften

In formeller Hinsicht sind vorab die *Formvorschriften* des Erbrechts zu beachten. Dazu gehören insbesondere die Bestimmungen der Art. 498 ff. ZGB.

bb. Das Prinzip der formellen Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen

Der Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit verlangt, dass *der Erblasser die Verfügung persönlich errichtet*. Für ihn kann weder ein gesetzlicher noch ein bevollmächtigter Vertreter handeln. Es gibt mithin keine Vertretung, weder im Willen noch in der Erklärung. Ebenso ist die nachträgliche Genehmigung einer durch einen anderen errichteten Verfügung ausgeschlossen⁴⁴.

⁴² Vgl. BRÜCKNER, Rz. 196.

⁴³ BGE 124 III 8 f. Vgl. auch BGE 117 II 234 f.; 5C.259/2002.

⁴⁴ BK-WEIMAR, N. 26 der Einleitung zum 14. Titel, m.w.H. Vgl. auch BSK-BREITSCHMID, N. 21 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

b. In zeitlicher Hinsicht

Gelegentlich will ein Erblasser die Verhältnisse nicht nur für sein eigenes Ableben, sondern auch für möglichst lange Zeit danach regeln⁴⁵. Das ZGB setzt solchen zeitlich unbegrenzten Planungsabsichten strikte Grenzen. So verbietet es die Errichtung von Familienfideikommissen (Art. 335 Abs. 2 ZGB). Des Weiteren ist nur eine einmalige Einsetzung von Nacherben erlaubt (Art. 488 Abs. 2 ZGB)⁴⁶.

c. In sachlicher Hinsicht

aa. Pflichtteilsrecht

Innerhalb der sachlichen Hindernisse, welche die Planung des Nachlasses erschweren können, dürfte das Pflichtteilsrecht im Vordergrund stehen. Pflichtteilsrecht ist zwingendes Recht. Indessen sind pflichtteilsverletzende Verfügungen nicht nichtig, sondern *anfechtungsbedürftig*. Wird nicht Herabsetzung (Art. 522 ff. ZGB) verlangt, bleibt die pflichtteilsverletzende Verfügung wirksam.

Diese zivilrechtliche Ausgangslage hat u.a. Konsequenzen für die *Berufspflichten des Notars* im Falle, dass ein Klient die Beurkundung einer pflichtteilsverletzenden Verfügung wünscht. Für den Notar gilt im Rahmen seiner hauptberuflichen Tätigkeit die Urkundspflicht (vgl. für Bern Art. 25 Abs. 1 NG⁴⁷). Diese ist das notwendige Korrelat zu seinem Urkundsmonopol⁴⁸. Was hat der Notar zu tun, wenn seine Klientschaft die Beurkundung einer pflichtteilsverletzenden Verfügung von Todes wegen verlangt? Er hat vorab aufgrund seiner Rechtsbelehrungspflicht (Art. 30 NG) die Parteien auf die mögliche Verletzung der Pflichtteilsrechte und deren Folgen, nämlich die Möglichkeit der Herabsetzung, hinzuweisen. Falls die Parteien weiterhin auf einer pflichtteilsverletzenden Variante der Beurkundung bestehen, sind folgende Überlegungen anzustellen: Ausgangspunkt hat das Zivilrecht zu sein. Bei der Missachtung von Pflichtteilen tritt als Rechtsfolge nicht Nichtigkeit, sondern blosser Anfechtbarkeit ein, d.h. der in seinem Pflichtteil verletzte Noterbe muss eine Herabsetzungsklage – oder allenfalls eine Herabsetzungseinrede – erheben. Unterlässt er das, bleibt die pflichtteilsverletzende Verfügung wirksam. Notariatsrechtlich ist damit der Inhalt der Beurkundung nicht offensicht-

⁴⁵ Der Erblasser stösst dabei aus einem Gefühl der eigenen Unersetzlichkeit in eine immer fernere Zukunft vor, was von vornherein als eine wenig gute Tendenz erscheinen muss; vgl. DRUEY, Einsatzmöglichkeiten, S. 10.

⁴⁶ Die Rechtswissenschaft hat allerdings Konzeptionen entwickelt, wie man doch eine weitere Stufe erreichen kann. Siehe dazu DRUEY, Einsatzmöglichkeiten, S. 12 f.

⁴⁷ Notariatsgesetz, BSG 169.11.

⁴⁸ MARTI, N. 1 zu Art. 25 NG; RUF, Rz. 618.

lich rechtswidrig im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. b NG. Nach dieser Bestimmung ist eine Beurkundung u.a. dann abzulehnen, wenn deren Inhalt offensichtlich rechts- oder sittenwidrig ist. Der Notar hat also den Ehevertrag oder die Verfügung von Todes wegen, welche Pflichtteile nicht beachtet, zu beurkunden. Die Parteien sind aber – wie erwähnt – selbstverständlich über die möglichen Folgen der Pflichtteilsverletzung zu belehren. Dem Notar ist dabei im Hinblick auf seine Verantwortlichkeit zu empfehlen, sich den Beweis zu sichern, dass er die entsprechende Rechtsbelehrung erteilt hat⁴⁹. Analoge Überlegungen sind im Rahmen der dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) unterliegenden nebenberuflichen Tätigkeit des Notars oder auch entsprechend für den beratenden Anwalt anzustellen⁵⁰.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang weiter, dass der Gesetzgeber das *Pflichtteilsrecht* zugunsten einer zu bedenkenden Person in teilweise erheblichem Umfang *relativiert* hat, nämlich zugunsten des überlebenden Ehegatten⁵¹. Das ist in drei Situationen der Fall, nämlich:

1. *Vorschlagsbeteiligung* bei der Errungenschaftsbeteiligung
Vereinbarungen über die Vorschlagsbeteiligung dürfen die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen (Art. 216 Abs. 2 ZGB). E contrario erfahren hier die Pflichtteilsrechte der gemeinsamen Kinder und der Eltern keinen Schutz.
2. *Gesamtgutsteilung* bei der Gütergemeinschaft
Vereinbarungen über die Teilung des Gesamtgutes in der Gütergemeinschaft dürfen die Pflichtteilsansprüche der Nachkommen nicht beeinträchtigen (Art. 241 Abs. 3 ZGB). Geschützt in ihrem Pflichtteil sind hier alle Nachkommen. Dagegen bleibt den Eltern der Pflichtteilsschutz verwehrt.
3. *Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB*
Pflichtteilsgeschützt bleiben hier nur nichtgemeinsame Nachkommen⁵².

Anlässlich eines Vergleichs der erwähnten drei unter Relativierung des Pflichtteilsrechtes zugelassenen Varianten der Begünstigung des überlebenden Ehegatten fällt auf, dass Art. 473 Abs. 3 ZGB im Unterschied zu den Bestimmungen über die Vorschlagsbeteiligung und Gesamtgutsteilung eine *Wiederverheirathungsklausel* statuiert. Danach verliert im Falle der Wiederverheirathung der überlebende Ehegatte die Nutzniessung im Umfang der Pflichtteile

⁴⁹ Art. 36 Abs. 3 Satz 2 NG gesteht der Urkundsperson gar ausdrücklich die Möglichkeit zu, einen entsprechenden Vorbehalt in die Urkunde aufzunehmen.

⁵⁰ Allgemein dürfte es nicht angebracht sein, den Beteiligten eine pflichtteilsverletzende Gestaltung der Nachlassplanung zu empfehlen, stellt doch die Wahrung des Familienfriedens ein zumindest im Regelfall ebenfalls anzustrebendes Planungsziel dar.

⁵¹ Das ist Ausdruck der mit der 1988 in Kraft getretenen Revision beabsichtigten Besserstellung des überlebenden Ehegatten.

⁵² BSK-STAEHELIN, N. 5 zu Art. 473 ZGB.

der Nachkommen⁵³. Art. 473 Abs. 3 ZGB ist dabei zwingend insofern, als der Erblasser davon in seiner Verfügung nicht dispensieren kann^{54, 55}.

Eine Art. 473 Abs. 3 ZGB entsprechende Bestimmung fehlt dagegen bei der Regelung der Vorschlagsbeteiligung und der Gesamtgutsteilung. Weil der überlebende Ehegatte bei seiner späteren Wiederverheirathung in der Person des neuen Ehegatten einen weiteren Pflichtteilerben schafft (vgl. Art. 471 Ziff. 3 ZGB), der von den Kindern erster Ehe von Gesetzes wegen nicht beerbt wird, erweist es sich vielfach als angezeigt, auch bei der güterrechtlichen Begünstigung eine Wiederverheirathungsklausel vorzusehen. Eine solche muss aber eben – im Gegensatz zur Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB – rechtsgeschäftlich verankert werden⁵⁶. Dabei ist die Wiederverheirathungsklausel nach der Lehre dann als zulässig zu betrachten, wenn sie im Interesse der Nachkommen angeordnet worden ist, nicht aber, wenn sie bloss den Zweck hat, die Wiederverheirathung zu verhindern^{57, 58}.

Ausserhalb dieser Sonderregeln zugunsten des überlebenden Ehegatten erweist sich das *Pflichtteilsrecht als grundsätzlich unüberwindbare Schranke*. Vorbehältlich einer Missachtung der Pflichtteilsrechte unter Inkaufnahme des Risikos einer späteren Herabsetzungsklage oder des Vorliegens eines Enterbungsgrundes (Art. 477 ZGB) verbleibt als Ausweg nur noch der *Erbverzichtsvertrag* mit den betroffenen Pflichtteilerben. Erbverzicht bedeutet praktisch Entzug des Pflichtteilsrechts mit dem Willen des Noterben. Es stellt dies die rechtlich saubere und auch psychologisch – im Interesse der Wahrung des allseitigen Familienfriedens – beste Lösung dar; sie setzt aber natürlich die Mitwirkung des Verzichtenden voraus. Die Modalitäten des Verzichts sind da-

⁵³ BSK-STAEHELIN, N. 22 zu Art. 473 ZGB.

⁵⁴ BSK-STAEHELIN, N. 24 zu Art. 473 ZGB. Die Nachkommen können aber natürlich auf die Herabsetzung verzichten.

⁵⁵ In der Lehre umstritten und bundesgerichtlich bisher nicht entschieden ist, ob die für den Fall der Wiederverheirathung des Nutzniessers gesetzlich vorgesehene Reduktion eo ipso eintritt – so SIMONIUS/SUTTER, S. 97; AEBI-MÜLLER, S. 164; WILDISEN, S. 259; BSK-STAEHELIN, N. 25 zu Art. 473 ZGB – oder ob dafür die belasteten Nachkommen die Herabsetzungsklage erheben müssen – so PIOTET, Nachtrag, S. 12; DEBS., ZBGR 2002, S. 258 f.; STEINAUER, ZSR 1980 I, S. 371; DESCHENAUX/STEINAUER, S. 547 –. M.E. ist in Anbetracht des Wortlautes der Norm und der Entstehungsgeschichte davon auszugehen, dass die Reduktion ipso iure mit der Wiederverheirathung eintritt; vgl. BSK-STAEHELIN, N. 25 zu Art. 473 ZGB. Damit liegt eine gesetzliche Resolutivbedingung vor. Der vorsichtige Anwalt wird demgegenüber in Anbetracht der offenen und strittigen Frage dennoch innert Frist die Herabsetzungsklage einreichen müssen.

⁵⁶ Vgl. Musterurkunde VbN Nr. 424, S. 3, II.2.c.

⁵⁷ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 22 f. zu Art. 216 ZGB.

⁵⁸ Dogmatisch bieten sich für die Ausgestaltung der Wiederverheirathungsklausel die Figuren der Resolutivbedingung oder der Auflage an. Bei der Resolutivbedingung fällt die Berechtigung des überlebenden Ehegatten mit seiner Wiederverheirathung von selbst dahin; vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 24 zu Art. 216 ZGB. Die Auflage begründet demgegenüber nur einen Anspruch der Begünstigten auf Vollzug. Gläubigerstellung ist mit ihr nicht verbunden, weshalb bei schuldhafter Nichterfüllung durch den überlebenden Ehegatten kein Anspruch auf Schadenersatz besteht. Vgl. BGE 94 II 92; BK-TUOR, N. 18 zu Art. 482 ZGB; ZK-ESCHER, N. 22 zu Art. 482 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 25 zu Art. 216 ZGB.

bei beliebig. Er kann entgeltlich oder unentgeltlich, vorbehaltlos oder unter Bedingungen (Art. 496 ZGB) erfolgen⁵⁹.

bb. Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen

Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit verlangt, dass *der Inhalt der Verfügungen von Todes wegen vom Erblasser selbst festzusetzen ist*⁶⁰. Er kann diese Entscheidung weder dem Begünstigten noch einer Drittperson – also insbesondere auch nicht dem Willensvollstrecker – überlassen⁶¹. Für die Bestimmung des Inhalts einer Verfügung von Todes wegen besteht folglich keine Delegationsmöglichkeit an andere Personen.

Will der Erblasser auf künftige, im Zeitpunkt der Abfassung seiner Verfügung ungewisse Ereignisse eingehen, so kann er zum Mittel der Bedingung greifen⁶². Mit dem Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit nicht vereinbar sind dabei allerdings reine Wollensbedingungen, d.h. Bedingungen, die sich in der Äusserung des Willens einer anderen Person erschöpfen. Im Allgemeinen zulässig sind dagegen gemischte Potestativbedingungen oder Willkürbedingungen, bei denen der fremde Wille nicht unmittelbar auf die Geltung der Verfügung, sondern auf die Herbeiführung eines anderen Erfolges gerichtet ist⁶³.

cc. Freiheit der Erben bei der Vereinbarung der Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB)

Eine weitere Schranke der Nachlassplanung stellt der Umstand dar, dass die übereinstimmenden Erben grundsätzlich nicht an die Anordnungen des Erblassers gebunden sind. Nach dem *Grundsatz der freien Erbteilung* (Art. 607 Abs. 2 ZGB) können die Erben im gegenseitigen Einverständnis den Nachlass anders teilen, als es der Erblasser angeordnet hat⁶⁴.

dd. Ausserprivatrechtliche Hindernisse

aaa. Steuern

Die Nachlassplanung hat regelmässig die steuerrechtliche Situation mitzubedenken. Die Steueroptimierung dürfte häufig ein massgebliches Planungsziel darstellen⁶⁵.

⁵⁹ BSK-BREITSCHMID, N. 3 zu Art. 495 ZGB.

⁶⁰ Vgl. BSK-BREITSCHMID, N. 21 der Vorbemerkungen vor Art. 457–536 ZGB.

⁶¹ BK-WEIMAR, N. 27 der Einleitung zum 14. Titel.

⁶² BK-WEIMAR, N. 35 der Einleitung zum 14. Titel.

⁶³ BK-WEIMAR, N. 35 f. der Einleitung zum 14. Titel, m.w.H.

⁶⁴ WOLF, Grundfragen, S. 224, m.w.H.

⁶⁵ Vgl. dazu die Ausführungen von URS BEHNISCH, S. 93 ff.

bbb. Vorsorgerecht

Als weiterer Faktor der Nachlassplanung ist das Vorsorgerecht zu beachten. Dieses kann vom Erbrecht abweichen. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass die erbrechtliche Ordnung und die Gestaltungsfreiheit durch das Vorsorgerecht beschränkt werden, indem – selbst im überobligatorischen Bereich – die Begünstigtenordnung von der gesetzlichen Erbfolge abweicht⁶⁶.

ccc. Heimtarife und Ergänzungsleistungen

Häufiger als früher verbringt der überlebende Ehegatte seinen Lebensabend in einem Alters- oder Pflegeheim. Damit birgt die güter- und erbrechtliche Maximalbegünstigung angesichts progressiver Heimtarife – z.B. des so genannten Sozialtarifs im Kanton Bern – das Risiko, dass die Zuführung des Vermögens der Ehegatten an die nächste Generation in Frage gestellt wird.

Leben die Ehegatten in bescheidenen Verhältnissen, so besteht nach der Pensionierung unter Umständen ein Anspruch auf Ergänzungsleistungen der AHV/IV. Diese sind bedarfsabhängig. Einer gezielten güter- und erbrechtlichen Schlechterstellung im Hinblick auf Ergänzungsleistungen begegnet der Gesetzgeber damit, dass dem Leistungsbezüger das sog. Verzichtvermögen inklusive einem fiktiven Vermögensertrag angerechnet werden kann⁶⁷.

Unter diesen Gesichtspunkten kann sich denn die maximale Begünstigung des überlebenden Ehegatten als kontraproduktiv erweisen.

4. Übersicht über die zivilrechtlichen Instrumente der Nachlassplanung und -gestaltung

4.1. Verfügungen von Todes wegen und Rechtsgeschäfte unter Lebenden: Abgrenzung, Problematik und Konsequenzen

a. Abgrenzung

Bei der Abgrenzung der Rechtsgeschäfte unter Lebenden von den Verfügungen von Todes wegen stellt das Bundesgericht vorab auf den Zeitpunkt ab, in dem das Geschäft seinem typischen Entstehungszweck und seiner juristischen Natur nach seine *Wirkungen* entfalten soll⁶⁸. Die Abgrenzung ist dabei in Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Falles vorzunehmen. Der Beurteilung, in welchem Zeitpunkt die Wirkungen des Rechtsgeschäftes eintre-

⁶⁶ BSK-BREITSCHMID, N. 6 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB. Siehe zum Ganzen THOMAS KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge, recht, Studienheft Nr. 4, Bern 1997.

⁶⁷ Zum Ganzen HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 42.

⁶⁸ BGE 93 II 226. Vgl. WOLF, Vorschlags- und Gesamtgutzuweisung, S. 122, m.w.H.

ten, ist besonders auch der Wille der Parteien zugrunde zu legen⁶⁹. Verfügungen von Todes wegen äussern also ihre Wirkungen erst nach dem Tod des Erblassers. Zu seinen Lebzeiten sind sie wirkungslos. *Hereditas viventis non datur*⁷⁰.

b. Problematik

Die erwähnten Formeln leuchten zwar in ihrer abstrakten Umschreibung ein. Werden sie aber auf den konkreten Einzelfall bezogen, so ergeben sich – wie die Praxis zeigt – immer wieder *Abgrenzungsschwierigkeiten*. Diese Schwierigkeiten haben insofern erhebliche Konsequenzen, als an die Qualifikation eines Geschäftes als lebzeitiges oder als ein solches von Todes wegen weit reichende Folgen geknüpft sind⁷¹. Letztlich kann von der entsprechenden Zuordnung gar die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes abhängen⁷².

c. Konsequenzen

Was ist in Anbetracht der geschilderten Abgrenzungsschwierigkeiten zu tun? In allen Zweifelsfällen gilt für den Kautelarjuristen der methodische Grundsatz, den sichereren Weg zu beschreiten. Das heisst für die Rechtsgeschäftsplanung, dass *im Zweifel die qualifizierteren Formvorschriften des Erbrechts zu wahren sind*. Der Berner Emeritus ROLF BÄR hat in diesem Sinne dem Beratungspraktiker die alte Faustregel in Erinnerung gerufen: «Mit allem, was auch nur erbrechtlich riecht, zum Notar!»⁷³

4.2. Lebzeitige Zuwendungen und ihre erbrechtliche Berücksichtigung

Die Bedeutung der zu Lebzeiten vorweggenommenen Erbfolge hat in neuerer Zeit zugenommen. Gründe dafür gibt es mehrere. Zu erwähnen sind die erhöhte Lebenserwartung, die wachsenden Aufwendungen der Eltern für die Ausbildung ihrer Kinder, der meist schon vor dem Erbgang bestehende Aus-

⁶⁹ BGE 99 II 272; 110 II 157 f.; 113 II 273.

⁷⁰ WOLF, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung, S. 122 f.; BK-WEIMAR, N. 96 der Einleitung zum 14. Titel.

⁷¹ Die Qualifikation als Rechtsgeschäft *inter vivos* oder als Verfügung *mortis causa* bleibt überall dort von Bedeutung, wo unterschiedliche Folgen mit ihr verbunden sind. Das ist etwa der Fall bei den Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit der Parteien, der Vertragsanfechtung wegen Willensmängeln, den einzuhaltenden Formvorschriften, der Auslegung, der Aufhebung des Vertrages, der Frage der Ausschlagung, der Haftung, der Reihenfolge der Herabsetzung und allenfalls der Berechnung der Pflichtteile. Dazu WOLF, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung, S. 106 f., m.w.H.

⁷² BK-WEIMAR, N. 99 der Einleitung zum 14. Titel.

⁷³ BÄR, ZBJV 1989, S. 240.

stattungsbedarf der Nachkommen, weiter aber auch die familiären Bande, die sich ja nicht bloss im dereinstigen Beerben erschöpfen sollen, sowie wirtschaftliche Gegebenheiten⁷⁴.

Sofern die verfügbaren Mittel des Erblassers ausreichen, besteht sowohl volkswirtschaftlich als auch unter dem Gesichtspunkt der Familiengemeinschaft ein legitimes Bedürfnis für die Ausrichtung lebzeitiger Zuwendungen⁷⁵. Als ein weiterer – im Zusammenhang mit unserem Thema interessierender – positiver Aspekt erweist sich der Umstand, dass lebzeitige Zuwendungen ja nie das ganze Vermögen des künftigen Erblassers erfassen, sondern nur Teile davon. Die Planung der Vermögensnachfolge bezieht sich insofern nur auf eine bestimmte Portion und nicht auf alles. Eine auf solche Weise *portionierte und zeitlich gestaffelte Vermögensnachfolge* ist leichter zu planen und auszuführen als die Nachfolge in das gesamte Vermögen des Erblassers für einen von vornherein unbestimmten Zeitpunkt des Todes⁷⁶.

Dabei zu bedenken sind aber selbstverständlich die *erbrechtlichen Konsequenzen* lebzeitiger Zuwendungen einerseits sowie die *Risiken vorzeitiger Vermögensentäusserungen* andererseits. Erbrechtlich unterliegen lebzeitige Zuwendungen dem Grundsatz nach der *Ausgleichung* (Art. 626 ff. ZGB). Das Institut will die Gleichbehandlung unter den Miterben herbeiführen. Sollten Pflichtteile verletzt sein, so sind lebzeitige Zuwendungen herabsetzbar (Art. 522 ff. ZGB). Die *Herabsetzung* dient der Herstellung der Pflichtteile⁷⁷. Lebzeitige Vermögensabtretungen können auch Risiken in sich bergen. Dazu gehören insbesondere später anfallender Vermögensbedarf, etwa angesichts von Pflege- oder Heimkosten⁷⁸, aber auch Veränderungen in der familiären Konstellation oder eine Verschlechterung der persönlichen Beziehungen⁷⁹. Diesbezüglich sieht das Gesetz selbst für bestimmte Situationen die Aufhebung der Schenkung vor (Rückforderung der Schenkung, Art. 249 OR; Hinfälligkeit des Schenkungsversprechens, Art. 250). Rechtsgeschäftlich kann sodann für den Fall, dass der Beschenkte vor dem Schenker versterben sollte, der Rückfall der geschenkten Sache vorbehalten werden (Art. 247 OR)⁸⁰. Gemäss Art. 245 Abs. 1 OR lassen sich Schenkungen allgemein mit Bedingungen und Auflagen verbinden⁸¹.

⁷⁴ BSK-BREITSCHMID, N. 27 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

⁷⁵ Bernische Notare pflegen diesbezüglich ihrer Klientschaft etwa Folgendes zu sagen: «Gähdt de Ching öppis, so lang si nech chöi merci säge».

⁷⁶ BSK-BREITSCHMID, N. 27 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

⁷⁷ BSK-BREITSCHMID, N. 26 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB. Ausführlich PAUL EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung, Habil. Bern 1997, Bern 1998.

⁷⁸ MOOSER/WERMELINGER, FZR 1993, S. 1 ff.

⁷⁹ BSK-BREITSCHMID, N. 27 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

⁸⁰ BSK-BREITSCHMID, N. 27 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

⁸¹ Vgl. auch Musterurkunde VbN Nr. 626, S. 2, Ziff. 1.2. und 3.

4.3. Inhaltlich-materielle Anordnungen

Nachfolgend findet sich eine *Übersicht* über mögliche inhaltlich-materielle Anordnungen. Näher eingegangen wird hier – dies angesichts der im Jahre 2002 in Kraft getretenen Revision – bloss auf die Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB.

a. Erbrechtliche Anordnungen⁸²

aa. Erbeinsetzung (Art. 483 ZGB)

bb. Vermächtnis (Art. 484 ff. ZGB)

cc. Einsetzung als Ersatzerbe oder Ersatzvermächtnisnehmer (Art. 487 ZGB)

dd. Einsetzung als Nacherbe oder Nachvermächtnisnehmer (Art. 488 ff. ZGB)

ee. Untervermächtnis

ff. Nutzniessung (Art. 473 ZGB)

aaa. Allgemeines

Die Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB stellt eine *besondere Möglichkeit der Begünstigung des überlebenden Ehegatten* dar. Danach kann dem überlebenden Ehegatten gegenüber gemeinsamen Nachkommen die Nutzniessung am ganzen Nachlass zugewendet werden. Die Begünstigung gemäss Art. 473 ZGB ist in der Praxis sehr häufig anzutreffen. Sie ermöglicht es, dass der überlebende Ehegatte im Besitze des ganzen Nachlasses bleiben kann und die Kinder, welche auf das nackte Eigentum am Nachlassvermögen verwiesen werden, nicht auszahlen muss. Andererseits ist sichergestellt, dass der Nachlass beim Tod des zweitversterbenden Ehegatten an die gemeinsamen Kinder und nicht an Dritte gelangt⁸³.

Je jünger der überlebende Ehegatte ist, desto grösser ist der kapitalisierte Wert der Nutzniessung und desto eher wird es bei der Planung in Erwägung zu ziehen sein, eine Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB anzuordnen. Der weit reichenden Begünstigung sind immerhin *zwei Schranken* gesetzt:

1. Die Nutzniessung ist nur gestattet gegenüber gemeinsamen Nachkommen;

⁸² Siehe dazu neuerdings auch die Übersicht bei WOLF/STEINER, Rz. 65, m.w.H., sowie die kurze Darstellung der wichtigsten erbrechtlichen Anordnungen in Rz. 66 ff.

⁸³ BSK-STAEHELIN, N. 2 zu Art. 473 ZGB.

2. Sie nimmt ein Ende mit der allfälligen Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten (Art. 473 Abs. 3 ZGB)⁸⁴.

Mit der am 1. März 2002 in Kraft getretenen Revision von Art. 473 ZGB ist der sog. *Achtelsstreit*, d.h. die Frage nach der neben der Nutzniessung bestehenden verfügbaren Quote, gelöst worden. Gemäss dem revidierten Abs. 2 des Art. 473 ZGB beträgt nun der verfügbare Teil neben der Nutzniessung ein Viertel des Nachlasses. Diese freie Quote kann der Erblasser zusätzlich dem überlebenden Ehegatten oder auch einem beliebigen Dritten zuweisen⁸⁵. Während der Achtelsstreit nunmehr geklärt ist, bleiben im Zusammenhang mit Art. 473 ZGB zahlreiche weitere Kontroversen von teils erheblicher praktischer Bedeutung ungelöst. Auf einige von ihnen, nämlich auf die Rechtsnatur der Begünstigung⁸⁶ und auf die Frage der rechtsgeschäftlichen Einräumung eines Wahlrechts⁸⁷, ist nun einzugehen.

bbb. Rechtsnatur der Begünstigung gemäss Art. 473 ZGB

Wie erwähnt⁸⁸, ist der Erblasser frei, wem er die neben der Nutzniessung bestehende verfügbare Quote von einem Viertel zuweisen will. Setzt er für diese Quote nicht den überlebenden Ehegatten als Erben ein, so ist dieser nicht Erbe, sondern als Nutzniessungsberechtigter Vermächtnisnehmer. Das hat Auswirkungen auf seine Rechtsstellung. Der überlebende Ehegatte ist diesfalls nicht Subjekt der Erbengemeinschaft. Er kann weder Erbschaftsklage (Art. 598 Abs. 1 ZGB) noch Erbteilungsklage (Art. 604 Abs. 1 ZGB) erheben. Umgekehrt haftet er nicht für Erbschaftsschulden (Art. 560 Abs. 2, 603 Abs. 1 ZGB).

Trotz dieser dogmatisch an sich klaren Ausgangslage ist aber nach wie vor umstritten, ob es sich bei Art. 473 ZGB effektiv um ein obligatorisch wirkendes Recht im Sinne des Vermächtnisses handelt. Nach mehrheitlicher Auffassung steht dem überlebenden Ehegatten aus Art. 473 ZGB bloss ein *obligatorischer Anspruch* zu. Das hat die praktisch wichtige Konsequenz, dass die Nutzniessung entsprechend dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip an jedem einzelnen Gegenstand zu begründen ist, also an Grundstücken durch Eintragung im Grundbuch, an Mobilien durch Tradition und an Forderungen durch Zession. Eine Minderheitsmeinung vertritt dagegen die Auffassung, Art. 473 ZGB stelle eine *Legalservitut* dar. Der Erwerb der Nutzniessung erfolge mit dinglicher Wirkung im Moment des Erbanfalls. Entsprechend komme einer allfälligen Eintragung der Nutzniessung im Grundbuch bloss dekla-

⁸⁴ Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 585 f. Siehe dazu auch schon Fn. 55 hievore.

⁸⁵ BSK-STAEHELIN, N. 6 zu Art. 473 ZGB.

⁸⁶ III.4.3.a.ff.bbb. sogleich.

⁸⁷ III.4.3.a.ff.ccc. hienach.

⁸⁸ Siehe III.4.3.a.ff.aaa. soeben.

ratorische Wirkung zu⁸⁹. Diese Auffassung geht auf die 1988 aufgehobene, altrechtliche gesetzliche Nutzniessung zurück. Sie müsste heute aufgegeben werden. Das alte Recht lässt sich m.E. auch nicht mehr als Grundlage für eine analoge Handhabung heranziehen, nachdem es – vor nunmehr über 15 Jahren – aufgehoben worden ist⁹⁰.

Ihrer obligatorischen Natur entsprechend setzt die dingliche Entstehung der Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB bei Grundstücken die Eintragung im Grundbuch voraus. Dazu haben die beschwerten Erben gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. b GBV eine schriftliche Zustimmungserklärung abzugeben. Entsprechend erwirbt der Nutzniesser das Nutzniessungsrecht bei Mobilien erst durch Besitzübertragung und bei Forderungen durch Abtretung⁹¹. Es bedarf also zur Einräumung der Nutzniessung der Verfügung durch den oder die beschwerten Erben.

ccc. Zur Frage der rechtsgeschäftlichen Einräumung eines Wahlrechts

Eine andere – ebenfalls umstrittene – Frage ist, ob dem überlebenden Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen ein Wahlrecht eingeräumt werden kann zwischen der *Nutzniessung* gemäss Art. 473 ZGB nebst freier Quote von einem Viertel (Art. 473 Abs. 2 ZGB) und der *maximalen Quote zu Eigentum*. Die überwiegende Lehre bejaht das. Gegen dieses in der Praxis verbreitete Wahlrecht wird aber teilweise vorgebracht, es verstosse gegen das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit. Formal betrachtet hat der Einwand einiges für sich. Andererseits fragt sich, ob die Einräumung des Wahlrechts generell unzulässig sein soll⁹². Nach den diese Auffassung vertretenden Stimmen selbst ist denn zumindest die Einräumung eines Wahlrechts zwischen Nutzniessung und dem Pflichtteil möglich⁹³. Wollte man dem Einwand einer Verletzung der materiellen Höchstpersönlichkeit folgen, wäre sodann das ungültige Wahlrecht durch Konversion in eine Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten umzudeuten. Diesem käme folglich die – je nach seinem Alter – günstigere Variante zu⁹⁴.

Für den Fall, dass dem überlebenden Ehegatten rechtsgeschäftlich kein Wahlrecht eingeräumt wird, muss es dagegen m.E. dabei bleiben, dass er anstelle der Nutzniessung nur seinen Pflichtteil, nicht aber das gesetzliche Erbrecht verlangen kann. Denn durch die Zuwendung der Nutzniessung wird

⁸⁹ SIMONIUS/SUTTER, S. 96 f., Rn. 28 f. Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 588, mit Anm. 31.

⁹⁰ Vgl. auch den Vorbehalt bei TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 588.

⁹¹ BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 473 ZGB.

⁹² SUTTER-SOMM, FamPra.ch 2003, S. 95.

⁹³ BK-WEIMAR, N. 28 der Einleitung zum 14. Titel.

⁹⁴ BSK-STAEHELIN, N. 17 zu Art. 473 ZGB.

eben sein gesetzliches Erbrecht aufgehoben (Art. 473 Abs. 2 ZGB). Auch das ist aber nicht unumstritten, sondern bloss Mehrheitsauffassung⁹⁵.

gg. Auflage und Bedingung (Art. 482 ZGB)

hh. Errichtung einer Stiftung (Art. 81 und 493 ZGB)

ii. Erbverzicht (Art. 495 ff. ZGB)

jj. Teilungsvorschriften (Art. 603 ZGB)

kk. Vorschriften über die Ausgleichungspflicht (Art. 626, 629, 631 ZGB)

ll. Enterbung (Art. 477 ff. ZGB)

mm. Begründung von Stockwerkeigentum (Art. 712d Abs. 3 ZGB)

nn. Kindesanerkennung (Art. 260 Abs. 3 ZGB)

b. Weitere zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

aa. Ehegüterrechtliche Vereinbarungen, insbesondere über die Vorschlagsbeteiligung (Art. 216 f. ZGB) und die Gesamtgutsteilung (Art. 241 f. ZGB)⁹⁶

bb. Schenkungen auf den Todesfall (Art. 245 Abs. 2 OR)⁹⁷

cc. Fortsetzungs-, Eintritts-, Nachfolge- und Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften⁹⁸

dd. Begünstigung bei der Lebensversicherung⁹⁹

⁹⁵ BSK-STAEHELIN, N. 18 zu Art. 473 ZGB.

⁹⁶ Siehe dazu die Übersicht bei WOLF/STEINER, Rz. 116 ff.

⁹⁷ Vgl. WOLF/STEINER, Rz. 109.

⁹⁸ DRUEY, § 8 Rz. 46 ff.; BK-WEIMAR, N. 110 f. der Einleitung zum 14. Titel; WOLF/STEINER, Rz. 114.

⁹⁹ DRUEY, § 13 Rz. 27 ff.; WOLF/STEINER, Rz. 110.

4.4. Nachlassabwicklungsbezogene, organisatorische Anordnungen

a. Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB)

Die Einsetzung eines Willensvollstreckers erscheint dann als sinnvoll, wenn die dereinstige Nachlassabwicklung durch eine unabhängige und fachkundige Person gesichert werden soll. Im Vergleich zum Bevollmächtigten über den Tod hinaus verfügt der Willensvollstrecker über umfangreichere Befugnisse und eine unabhängigere Position¹⁰⁰.

b. Verhinderung der Blockierung in der Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft gehört zu den Gesamthandsverhältnissen. Als solches stellt sie eine Rechtsgemeinschaft und weit gehend auch eine Verfügungs-gemeinschaft dar. Die Miterben werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen darüber grundsätzlich gemeinsam (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Als *Gesamthandsgemeinschaft* kann die Erbengemeinschaft blockiert werden. Ein einziger Miterbe vermag im Umfange der Geltung des Einstimmigkeitsprinzips alles zu verhindern¹⁰¹.

Wie kann eine solche drohende Blockierung ex ante planerisch verhindert werden? Unter mehreren Erben entsteht zwingend eine Erbengemeinschaft. Schwierigkeiten bereitende spätere Miterben sind deshalb von der Erbengemeinschaft fern zu halten, sofern das angezeigt erscheint. Es darf also solchen Personen nicht Erbenstellung zukommen. Das bedarf der Regelung durch Rechtsgeschäft. Sollen oder müssen die entsprechenden Personen infolge des Pflichtteilsrechts dennoch bedacht werden, so ist die Vornahme lebzeitiger Zuwendungen oder allenfalls – was aber umstritten ist – eine Abfindung mit Vermächtnissen in Erwägung zu ziehen. Zugunsten des überlebenden Ehegatten bestehen die weiteren Möglichkeiten der Anordnung einer güterrechtlichen Begünstigung oder der Nutzniessung im Sinne von Art. 473 ZGB¹⁰².

c. Teilungsaufschub, Teilungsverbot

In einer erblasserischen Verfügung einseitig angeordnete Teilungsaufschübe oder Teilungsverbote sind von vornherein nur im Rahmen der verfügbaren Quote zulässig bzw. der Herabsetzung entzogen¹⁰³. Allgemein ist m.E. beim Erlass von Teilungsaufschub und Teilungsverbot Zurückhaltung geboten. Sol-

¹⁰⁰ Siehe dazu IV.1.2. hienach mit Abb. 1.

¹⁰¹ Es gilt nach der Formulierung des JOHANN GEORG ESTOR, dass «wenn zehen ja sagen und der eilfte mitherr nein, so wird nichts daraus»; vgl. WOLF, Grundfragen, S. 50 mit Anm. 255.

¹⁰² Vgl. WOLF, Grundfragen, S. 11.

¹⁰³ Vgl. WOLF, Grundfragen, S. 62, Anm. 336.

che Anordnungen laufen zumeist darauf hinaus, sich als Erblasser gewissermassen über das eigene Ableben hinaus durchzusetzen. Das kann aber kein Ziel der Nachlassplanung sein.

IV. Spezifisch Banken betreffende Fragen

1. Vollmacht auf den Todesfall und Vollmacht über den Tod hinaus

1.1. Vorbemerkung

Vollmachten sind ein im Bankverkehr häufig anzutreffendes Mittel. In unserem Zusammenhang zu unterscheiden ist zwischen der Vollmacht auf den Todesfall¹⁰⁴ und der Vollmacht über den Tod hinaus¹⁰⁵.

1.2. Vollmacht auf den Todesfall

a. Allgemeines

Die Vollmacht auf den Todesfall (postmortale Vollmacht) soll erst *auf den Todeszeitpunkt Geltung erlangen*¹⁰⁶.

b. Beurteilung aus der Optik des Erbrechts

Nach dem vorne¹⁰⁷ zur Abgrenzung der Rechtsgeschäfte mortis causa von den Rechtsgeschäften unter Lebenden Gesagten ist die Vollmacht auf den Todesfall als *Verfügung von Todes wegen* zu qualifizieren. Das bedeutet, dass für sie – wie das überwiegender Auffassung entspricht – die Formen der Verfügungen von Todes wegen einzuhalten sind¹⁰⁸. Vollmachten post mortem sind damit ungültig im Sinne von Art. 520 ZGB, wenn sie nicht in den erbrechtlichen Formen abgefasst sind¹⁰⁹.

Selbst dann, wenn eine postmortale Vollmacht formrichtig abgefasst worden wäre, lässt sich ihre Zulässigkeit aus erbrechtlicher Sicht aber nicht vorbehaltlos bejahen. Das Erbrecht statuiert nämlich in den Art. 481 ff. ZGB ei-

¹⁰⁴ Dazu IV.1.2. sogleich.

¹⁰⁵ Dazu IV.1.3. hienach.

¹⁰⁶ GUGGENHEIM, S. 206 f.

¹⁰⁷ Siehe III.4.1.

¹⁰⁸ So die überwiegende schweizerische Auffassung; vgl. BK-ZÄCH, N. 70 zu Art. 35 OR; BK-WEIMAR, N. 104 der Einleitung zum vierzehnten Titel (wo für den Auftrag post mortem dasselbe vertreten wird); ZÖBL, AJP 2001, S. 1009 f., Anm. 32.

¹⁰⁹ BK-WEIMAR, N. 104 der Einleitung zum 14. Titel, mit dem ergänzenden Hinweis, dass sich die Frage, ob sie als Rechtsgeschäfte unter Lebenden wegen Umgehung zwingender Vorschriften des Erbrechts nichtig wären, nicht stellt.

nen *numerus clausus* der möglichen Anordnungen in einer Verfügung von Todes wegen¹¹⁰. Darin fehlt die Vollmacht auf den Todesfall. Bei strenger Respektierung des Prinzips des *numerus clausus* möglicher Verfügungsarten dürfte es um die Vollmacht *post mortem* geschehen sein¹¹¹. Namentlich in der älteren Lehre ist in diesem Zusammenhang denn auch betont worden, dass das Instrument der Vollmacht auf den Todesfall nicht für Angelegenheiten eingesetzt werden dürfe, die dem Willensvollstrecker obliegen¹¹². Angesichts all dieser rechtlichen Unwägbarkeiten¹¹³, aber auch mit Blick auf die im Vergleich mit der Vollmacht über den Tod hinaus weit höhere Missbrauchsgefahr¹¹⁴, empfiehlt es sich, die Vollmacht auf den Todesfall überhaupt zu meiden.

1.3. Vollmacht über den Tod hinaus

a. Allgemeines

Die Vollmacht über den Tod hinaus (transmortale Vollmacht) wird *wirksam bereits zu Lebzeiten des Vollmachtgebers erteilt und überdauert dessen Tod* (vgl. Art. 35 Abs. 1 OR)^{115, 116}.

b. Erbrechtliche Aspekte

aa. Qualifikation

Die Vollmacht über den Tod hinaus kann angesichts ihrer lebzeitig einsetzenden Wirkungen grundsätzlich als *Rechtsgeschäft unter Lebenden* bezeichnet werden¹¹⁷. Auch eine Vollmacht über den Tod hinaus kann aber u.U. materiell eine *Verfügung von Todes wegen* sein. Das hat jedenfalls dann zu gelten, wenn der Bevollmächtigte tatsächlich erst nach dem Tod des Vollmachtgebers aufreten soll¹¹⁸.

¹¹⁰ BSK-BREITSCHMID, N. 42 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 87 ff. Vgl. zum *numerus clausus* auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 615.

¹¹¹ Ablehnend denn auch BREITSCHMID, FS Heini, S. 67. Dennoch wird die Vollmacht auf den Todesfall von der mehrheitlichen Lehre als zulässig erkannt; vgl. ZOBL, AJP 2001, S. 1009, Anm. 23. Das gilt jedenfalls für die obligationenrechtliche Literatur.

¹¹² ZOBL, AJP 2001, S. 1009, Anm. 29 und 30.

¹¹³ Siehe dazu auch ERB, S. 296 ff.

¹¹⁴ BK-ZÄCH, N. 63 zu Art. 35 OR; ZOBL, AJP 2001, S. 1009.

¹¹⁵ Vgl. ERB, S. 274 ff.; GUGGENHEIM, S. 205; ZOBL, AJP 2001, S. 1007.

¹¹⁶ Die Zustimmung der Erben zur Aufrechterhaltung der Vollmacht ist damit nicht erforderlich; vgl. ZOBL, AJP 2001, S. 1008.

¹¹⁷ BK-ZÄCH, N. 68 zu Art. 35 OR; OR-WATTER, N. 8 zu Art. 35 OR; DRUEY, § 8 N. 37; HAUSHEER, S. 98.

¹¹⁸ DRUEY, § 8 N. 43.

bb. Widerruf durch die Erben

Die Erben können die Vollmacht über den Todesfall hinaus nach dem Ableben des Vollmachtgebers widerrufen. Das Widerrufsrecht steht dabei jedem einzelnen Miterben zu¹¹⁹.

cc. Wirkungen und Risiken

aaa. Für den Bevollmächtigten

Als Rechtsgeschäft unter Lebenden begründet die Vollmacht über den Tod hinaus *keine Handlungsbefugnis von Todes wegen*¹²⁰. Mit dem Ableben des Vollmachtgebers werden vielmehr die Erben aufgrund der *Universalsukzession* neue Geschäftsherren. Jeder einzelne Miterbe kann dementsprechend die Vollmacht widerrufen¹²¹. Der Bevollmächtigte selbst hat nach dem Tod des Vollmachtgebers ausschliesslich die Rechte der Erben zu wahren. Er ist eben nur Bevollmächtigter und nicht eingesetzter und damit von den Erben unabhängiger Willensvollstrecker^{122, 123}.

bbb. Für Vermögensverwalter

Handelt der Bevollmächtigte treuwidrig, indem er Verfügungen zum Nachteil der Erben trifft, so hat die Bank seine Weisungen nur zu befolgen, wenn sie gutgläubig ist und nicht weiss bzw. nicht wissen kann, dass die Verfügungen gegen die Interessen der Erben verstossen. Ist das nicht der Fall, hat die Bank die Ausführung der Instruktionen des Bevollmächtigten von der Zustimmung der Erben abhängig zu machen. Diese sind als *Universalsukzessoren* des Erblassers in dessen Beziehung zur Bank eingetreten. Die Bank trifft deshalb eine *Interessenwahrungspflicht* zugunsten der Erben¹²⁴.

Wozu ist in solchen Situationen zu raten? Nach Kenntnis vom Tod des Erblassers ist aufgrund des Art. 3 ZGB, d.h. des guten Glaubens, Banken wie privaten Vermögensverwaltern *Zurückhaltung* zu empfehlen. Vorsichtigerweise wird man sich strikt auf Verwaltungsvorkehren bzw. blosser Ausführung von

¹¹⁹ ZOBL, AJP 2001, S. 1008. Vgl. auch BK-WEIMAR, N. 104 der Einleitung zum 14. Titel, mit dem weiteren Hinweis, dass die Erben auch den Auftrag über den Tod hinaus jederzeit widerrufen oder kündigen können (Art. 404 OR), jedoch nur gemeinsam (vgl. Art. 602 ZGB).

¹²⁰ BSK-BREITSCHMID, N. 42 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

¹²¹ BSK-BREITSCHMID, N. 43 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

¹²² BSK-BREITSCHMID, N. 43 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

¹²³ Keine Sonderrechte stehen insbesondere dem Bevollmächtigten zu, der um den Tod des Vollmachtgebers weiss und ihm bekannte Erben nicht über seine Vertretungsmacht aufklärt. Streiftig ist, ob das geboten ist. Vgl. BK-ZÄCH, N. 58 ff., 62 zu Art. 35 OR.

¹²⁴ ZOBL, AJP 2001, S. 1008. Die Erben sind ja als Rechtsnachfolger des Erblassers Vertragspartei der Bank geworden.

plausibel unaufschiebbaren Zahlungen wie Miete usw. oder Auslagen in Zusammenhang mit der Bestattung beschränken¹²⁵.

Abb. 1: Vergleich Willensvollstrecker – Bevollmächtigter über den Tod hinaus

	Willensvollstrecker	Bevollmächtigter über den Tod hinaus
Grundlagen	Art. 517 f. ZGB	Art. 35 OR
Form	Verfügung von Todes wegen	i.d.R. Rechtsgeschäft unter Lebenden
Beginn	sobald Kenntnis	kontinuierlich
Widerruf	kein Widerruf; höchstens Amtsenthebung durch Aufsichtsbehörde	jeder Erbe einzeln
Aufsicht	ja	nein
Verfügung über Grundstücke	ja	nein

2. Gemeinschaftskonto und Gemeinschaftsdepot

2.1. Begriff und Rechtsnatur

In unserem Zusammenhang interessiert das Gemeinschaftskonto – oder Gemeinschaftsdepot – in der Variante des «oder»-Kontos. Jeder Kontoinhaber ist hier *allein verfügungsberechtigt*. Nach Rechtsprechung und h.L. handelt es sich um einen Fall der Gläubigersolidarität im Sinne von Art. 150 OR¹²⁶.

¹²⁵ Vgl. auch Praxis 2002, S. 420. Zum Ganzen BSK-BREITSCHMID, N. 43 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

¹²⁶ ZOBL, AJP 2001, S. 1010; RUSCA, S. 63 ff.; GUGGENHEIM, S. 211 f. Ausführlich CANARIS, Rz. 224 ff.

2.2. Beurteilung aus erbrechtlicher Optik

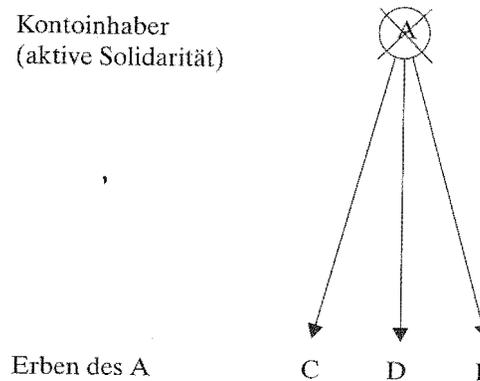
a. Situation bei Ableben eines Kontoinhabers

Abb. 2: Beispiel

Gemeinschaftskonto («oder»-Konto)

Kontoinhaber
(aktive Solidarität)

B



A und B verfügen zusammen über ein «oder»-Konto. Was geschieht nun, wenn einer der mehreren Kontoinhaber, im Beispiel A, verstirbt?

Sein Anteil gelangt von Gesetzes wegen aufgrund der *Universalsukzession* an seine *Erben* (C, D und E)¹²⁷. Das Rechtsverhältnis mit der Bank inklusive Solidarvereinbarung geht ebenfalls auf dem Weg der *Universalsukzession* an die Erben über. Aus dem Grundsatz der *Universalsukzession* folgt, dass A seinen Erben nicht mehr, aber auch nicht weniger vererbt, als für ihn selbst gegolten hat. Die Erben erfahren durch den Erbgang weder eine Verschlechterung noch eine Verbesserung der Position, wie sie der Erblasser innegehabt hat. Das bedeutet, dass die aktive Solidarität weiterhin anhält. Der überlebende Kontoinhaber kann mithin weiterhin allein verfügen. Dasselbe gilt nun aber auch für die Erben C, D und E zusammen. Eine Änderung der Solidargläubigerschaft in dem Sinne, dass die Einzelverfügungsberechtigung durch eine Kollektivverfügungsberechtigung ersetzt werden soll, müsste nun durch B sowie C, D und E nach den Regeln über die Vertragsänderung erfolgen¹²⁸. Damit wird die Frage aktuell, wie sich die Erben ihre Rechte sichern lassen können¹²⁹.

¹²⁷ Vgl. auch CANARIS, Rz. 204 und 225.

¹²⁸ Insoweit grundsätzlich zutreffend BGE 94 II 318.

¹²⁹ Dazu IV.2.2.b. i.f.

b. Erbenausschlussklausel

Was gilt, wenn die Gemeinschaftskontoabrede mit einer Erbenausschlussklausel verbunden wird? Diese soll bewirken, dass die Erben eines Solidargläubigers nicht in dessen Rechtsstellung eintreten. Es handelt sich mithin um eine Abrede, dass beim Ableben eines Kontoinhabers das Vertragsverhältnis ausschliesslich mit dem überlebenden Teil fortgesetzt werde¹³⁰. Das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid die Auffassung vertreten, es ergebe sich aus der Vertragsfreiheit, dass die Vererblichkeit der Rechte aus dem Auftragsverhältnis vertraglich ausgeschlossen werden könne. Entsprechend wird die Erbenausschlussklausel von einem Teil der Lehre als Rechtsgeschäft unter Lebenden qualifiziert¹³¹. Diese Auffassung ist aber nicht unumstritten. Zu beachten ist, dass das Bundesgericht seine Aussage als obiter dictum gemacht hat. Andererseits hat das Zürcher Obergericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2001 eine in einem Formularvertrag der Bank enthaltene Erbenausschlussklausel als nichtig beurteilt¹³².

Wie ist die strittige Frage zu beurteilen? Erbrechtlich auszugehen ist vom Zeitpunkt, in dem die Erbenausschlussklausel Wirkungen entfaltet. Diese Wirkungen setzen eine logische Sekunde nach dem Ableben des verstorbenen Kontoinhabers ein. Diesen selbst haben die Wirkungen zu Lebzeiten nicht getroffen. Damit ist die Erbenausschlussklausel als *Verfügung von Todes wegen* zu qualifizieren. Soweit sie nicht in den erbrechtlichen Formen erlassen worden ist, ist sie ungültig im Sinne von Art. 520 ZGB. Sollte die Erbenausschlussklausel die Umgehung des formellen oder materiellen Erbrechts anstreben¹³³, so müsste sie gar als nichtig qualifiziert werden¹³⁴. Ob die vom Bundesgericht angerufene Vertragsfreiheit der richtige Ansatzpunkt ist, die Erbenausschlussklausel zu rechtfertigen, ist höchst fraglich¹³⁵. Dem Argument, die Erbenausschlussklausel regle einzig das Verhältnis zwischen Bank und Bankkunden, kommt jedenfalls keinerlei heilende Wirkung zu, wenn letztlich eine verdeckte Verfügung von Todes wegen vorliegt¹³⁶.

Ist nach dem Gesagten zwar die Erbenausschlussklausel ungültig oder gar nichtig, so bleibt doch der Umstand, dass das Gemeinschaftskonto mit Solidargläubigerschaft auch nach dem Ableben des einen Kontoinhabers fortbesteht. Damit stellt sich die praktisch bedeutsame *Frage, wie die Erben ihre Rechte wahrnehmen*, insbesondere wie sie verhindern können, dass der überlebende Kontoinhaber ihnen zuvorkommt. Als Sofortmassnahme steht im Erbrecht die *Sicherungsmassregel der Siegelung* gemäss Art. 552 ZGB zur Ver-

¹³⁰ Vgl. ZOBL, AJP 2001, S. 1011.

¹³¹ ZOBL, AJP 2001, S. 1011.

¹³² ZR 2002, Nr. 26, S. 97 ff.

¹³³ BAUMGARTNER, S. 35 f. Vgl. auch HAUSHEER, S. 96.

¹³⁴ So denn auch ZR 2002, Nr. 26, S. 105.

¹³⁵ ZR 2002, Nr. 26, S. 102.

¹³⁶ ZR 2002, Nr. 26, S. 105. Kritisch auch DE CAPITANI, S. 82 f.

fügung. Nach Art. 58 Ziff. 4 EG ZGB¹³⁷ kann jeder Erbe die Siegelung verlangen. In der Siegelung ist die *Verfügungssperre* über Konti und Guthaben mit-enthalten. Mit dieser Massnahme ist einmal verhindert, dass der überlebende Kontoinhaber weiterhin allein verfügen kann.

Weder das Gemeinschaftskonto als solches noch eine nicht formgerecht abgefasste Erbenausschlussklausel vermögen an der materiellen Berechtigung der Erben am Kontoanteil des verstorbenen Solidargläubigers etwas zu ändern. Ihre materielle, auf Erbrecht gründende Berechtigung setzen die Erben gegen einen aussenstehenden Dritten als überlebenden Kontoinhaber mit der *Erbschaftsklage* (Art. 598 ff. ZGB) durch. Diese zielt auf Aussonderung des dem Nachlass angehörenden Anteils auf dem Gemeinschaftskonto. Ist der überlebende Kontoinhaber ein Miterbe, so ist gegen diesen nicht die *Erbschaftsklage*, sondern die *Erteilungsklage* (Art. 604 Abs. 1 ZGB) zu erheben.

3. Auskunftsrechte der Erben

Dem Grundsatz nach unstreitig ist ein Auskunftsrecht der Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers, und zwar unabhängig davon, ob sie pflichtteils geschützt sind oder nicht¹³⁸. Im Einzelnen sind aber Differenzierungen erforderlich¹³⁹. Hinsichtlich der Informationsrechte und -pflichten sind aus dem Erbrecht die Bestimmungen von Art. 607 und 610 ZGB zu beachten.

¹³⁷ Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BSG 211.1.

¹³⁸ Vgl. AUBERT/BÉGUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/SCHWOB/TREUILLAUD, S. 336. Vgl. auch BSK-BREITSCHMID, N. 45 der Vorbemerkungen vor Art. 457–536 ZGB.

¹³⁹ Siehe für das Auskunftsrecht der Erben gegenüber Banken ZOBL, AJP 2001, S. 1016 ff., m.w.H. Ausführlich sodann ANDREAS SCHRÖDER, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 1999, Basel/Genf/München 2000.