



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 19./20. August 2009

Beiträge von

Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz
Peter Muntwyler / Dr. Roland Pfäffli
Dr. Philipp Studhalter
Prof. Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009



Stämpfli Verlag AG Bern · 2009

Erbrecht in besonderen Situationen: Konkubinats, Ehekrise, Erwachsenenschutz

Stephan Wolf*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	33
II.	Konkubinats.....	34
1.	Einleitende Bemerkungen.....	34
1.1.	Fehlendes gesetzliches Erbrecht.....	34
1.2.	Einbezug nicht eingetragener gleichgeschlechtlicher Paare in den Begriff des Konkubinats.....	36
1.3.	Grundsätzlich keine Sittenwidrigkeit von Verträgen unter Konkubinatspartnern.....	36
2.	Zum typischen Regelungsbedarf beim Konkubinats im Allgemeinen.....	37
3.	Zum rechtsgeschäftlichen Handlungsbedarf für den Fall des Todes.....	38
3.1.	Ausgangslage.....	38
3.2.	Letztwillige Verfügung oder Erbvertrag?.....	39
a)	Vorbemerkung.....	39
b)	Erbvertrag.....	40
c)	Letztwillige Verfügung.....	43
d)	Fazit.....	44
3.3.	Hinweise auf mögliche materielle Inhalte von Verfügungen mortis causa im Konkubinats.....	46

* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern, Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Direktor des Zivilistischen Seminars sowie des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis.

Für die kritische Durchsicht des Textes und die wertvollen Diskussionen einzelner Fragen dankt der Verfasser Frau Fürsprecherin lic. iur. Barbara Ballmer, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, und Herrn BLaw Martin Egger, Hilfsassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

III. Ehekrise	47
1. Ausgangslage	47
2. Ehegüterrecht	47
2.1. Situation bei Scheidung bzw. bei Ableben eines Ehegatten in der Ehekrise	47
a) Auflösung der Ehe durch Scheidung	47
b) Auflösung der Ehe während des Scheidungsverfahrens durch Tod eines Ehegatten	48
2.2. Handlungsmöglichkeiten	49
a) Möglichkeiten der Aufhebung des gesetzlichen Güterrechts	49
b) Möglichkeiten der Aufhebung einer ehevertraglichen Begünstigung	51
c) Entsprechende Rechtsgestaltung	52
3. Erbrecht	53
3.1. Gesetzliches Erbrecht	53
a) Ausgangslage	53
b) Möglichkeiten zur Vermeidung bzw. Minderung der gesetzlichen Erbberechtigung	54
3.2. Verfügungen von Todes wegen	55
a) Ausgangslage	55
b) Handlungsmöglichkeiten	56
IV. Erwachsenenschutz	56
1. Einleitende Bemerkungen	56
2. Abschluss eines Erbvertrages (Art. 468 nZGB)	57
3. Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen Nachkommen (Art. 492a und 531 nZGB)	58
3.1. Ausgangslage	58
3.2. Die neue Regelung	58
3.3. Übergangsrecht	59
3.4. Problematische Punkte und offene Fragen	59

Literaturverzeichnis

- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2007 (zit. PraxKomm-AUTOR)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Bern 2007
- AEBI-MÜLLER REGINA E./TANNER DEBORA, Das behinderte Kind im Zivilrecht, in: Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 81 ff.
- BREITSCHMID PETER, Begünstigung des nicht-verheirateten Lebenspartners und Dritter, in: Breitschmid Peter/Druey Jean Nicolas (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern/Stuttgart/Wien 1999, S. 45 ff. (zit. BREITSCHMID, Begünstigung)
- BREITSCHMID PETER, Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit, successio 2007, S. 6 ff. (zit. BREITSCHMID, Erbrecht)
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993
- DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002 (zit. DRUEY, Grundriss)
- DRUEY JEAN NICOLAS, Testament und Erbvertrag – praktische Einsatzmöglichkeiten, in: Breitschmid Peter (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Bern 1991, S. 9 ff. (zit. DRUEY, Einsatzmöglichkeiten)
- EITEL PAUL, Nos „proches“ im Erbrecht und im Erbschaftssteuerrecht - Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Terrier, Genève/Zürich/Bâle 2008, S. 191 ff. (zit. EITEL, Nos „proches“)
- FANKHAUSER ROLAND, Gesetzliches Ehegattenerbrecht in der (Ehe-)Krise, FamPra.ch 2007, S. 229 ff. (zit. FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht)
- FANKHAUSER ROLAND/BIELER BRIGITTE, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB, successio 2009, S. 162 ff.
- GEISER THOMAS, Wie lässt sich der Nachlass eines geistig Behinderten regeln?, ZVW 1985, S. 55 ff.
- GEISER THOMAS/GREMPER PHILIPP (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. ZK-AUTOR)
- GRUNDLER JVO, Willensmängel des Gegenkontrahenten beim entgeltlichen Erbvertrag, Diss. St. Gallen 1998

- GRZIWOTZ HERBERT, Der Erbvertrag nichtehelicher Partner, ZEV 1999, S. 299 ff. (zit. GRZIWOTZ, Erbvertrag)
- GRZIWOTZ HERBERT, Letztwillige Verfügungen zugunsten des nichtehelichen Partners, MDR 1999, S. 913 ff. (zit. GRZIWOTZ, Letztwillige Verfügungen)
- GRZIWOTZ HERBERT, Partnerschaftsvertrag, in: Brambring Günter/Jerschke Hans-Ulrich (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., München 2006, S. 711 ff. (zit. GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag)
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Begünstigung des überlebenden Ehegatten, in: Breitschmid Peter/Druey Jean Nicolas (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern/Stuttgart/Wien 1999, S. 1 ff.
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Band II: Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Band II: 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 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Band II: 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)
- HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000
- HENKEL HELMUT, Elterliche Sorge – Grobschnitt statt Feinarbeit, NZZ Nr. 105 vom 8. Mai 2009, S. 16
- HENNINGER ANTON, Der ausserordentliche Güterstand im neuen Eherecht, Diss. Freiburg 1989
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (zit. BSK-AUTOR)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK-AUTOR)

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK-AUTOR)
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Zürich/St. Gallen 2008
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Band IV: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991 (zit. BK-KRAMER)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006 (zit. Handkomm-AUTOR)
- LICHTENSTEIGER SIMON, Konkubinatsvertrag, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kaspar Sabina/Probst Franz (Hrsg.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, Basel 2007, S. 99 ff.
- Musterurkunden-Sammlung des Verbandes bernischer Notare, Bern 1981 mit alljährlichen Nachführungen (zit. Musterurkunde VbN mit Nr.)
- PIOTET DENIS, La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discernement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte, successio 2007, S. 240 ff.
- PULVER BERNHARD, Unverheiratete Paare, Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge, Basel 2000
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: dogmatische Gesichtspunkte, in: Piotet Denis/Tappy Denis (Hrsg.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève/Zürich/Bâle 2006, S. 411 ff. (zit. RUMO-JUNGO, Gesichtspunkte)
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, successio 2007, S. 158 ff. (zit. RUMO-JUNGO, Qualifikation)
- SCHÖBI FELIX, Mankoteilung oder Mankoüberbindung?, recht 2009, S. 27 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, Berne 2006
- TUOR PETER, Berner Kommentar, Band III. Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952 (zit. BK-TUOR)

- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- WEIMAR PETER, Berner Kommentar, Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband, Art. 457-480 ZGB, Bern 2000 (zit. BK-WEIMAR)
- WILDISEN CHRISTOPH, Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Diss. Freiburg 1997
- WOLF STEPHAN, Die Europäische Kommission auf den Spuren von Eugen Huber und Virgile Rossel – Betrachtungen zum Erbvertrag, insbesondere als Instrument der Unternehmensnachfolge, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 941 ff. (zit. WOLF, Europäische Kommission)
- WOLF STEPHAN, Ehe, Konkubinat und registrierte Partnerschaft gemäss dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz – Allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts, recht 2002, S. 157 ff. (zit. WOLF, Ehe)
- WOLF STEPHAN, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV 143 (2007), S. 301 ff. (zit. WOLF, Erbrecht)
- 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)

Materialien

- Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003, S. 1288 ff. (zit. Botschaft PartG)
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff. (zit. Botschaft Erwachsenenschutz)

I. Einleitung

Das Erbrecht ist eines der klassischen Kerngebiete notarieller Tätigkeit. Namentlich ist der Notar zuständig zur Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen. Ebenso ist er zuständig zur Beurkundung der Testament und Erbvertrag häufig ergänzenden oder abrundenden Eheverträge bzw. Vermögensverträge nach PartG.

Als mit Blick auf das Erbrecht besondere Situationen werden im nachfolgenden Beitrag das *Konkubinat*¹, die *Ehekrise*² und – auch aus aktuellem Anlass – die Neuerungen im Zusammenhang mit dem *Erwachsenenschutz*³ behandelt.

Das Konkubinat als von gesetzlichen Regelungen weitestgehend freie Art des Zusammenlebens kommt in der heutigen Gesellschaft vermehrt vor. Damit sehen sich die Konkubinatspartner und gegebenenfalls die Notarin vor die Frage gestellt, ob und gegebenenfalls inwiefern rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf besteht, sei dies unter Lebenden oder auf den Todesfall eines Partners.

Anlässlich einer Ehekrise oder bei einem bereits hängigen Scheidungsverfahren fragt sich regelmässig, ob und inwieweit die für Ehegatten von Gesetzes wegen bestehenden güter- und erbrechtlichen Ansprüche dem Willen der Beteiligten noch entsprechen oder ob allenfalls nach einer Veränderung gesucht werden sollte. Erst recht gilt das, wo ehe- und erbvertragliche Begünstigungen des überlebenden Ehegatten begründet worden sind. Angesichts der heutzutage bestehenden Scheidungsquote hat der Notar bei der Beurkundung von Ehe- und Erbverträgen im Auge zu behalten, dass die Ehe scheitern könnte. Und für diesen Fall hat er den Parteien rechtsgeschäftliche Handlungsalternativen darzulegen.

Einige besondere, neue erbrechtliche Regelungen enthält das Erwachsenenschutzrecht. Für den Notar namentlich von Bedeutung sind die neuen Bestimmungen zur Erbvertragsfähigkeit und zur Nacherbeneinsetzung bei Vorhandensein dauernd urteilsunfähiger Nachkommen.

Im vorliegenden Beitrag sollen die Notarinnen und Notare anhand der Darstellung typischer Problemlagen für die erwähnten besonderen Situationen

¹ II. sogleich.
² III. hienach.
³ IV. hienach.

sensibilisiert werden. Denn diese erheischen besonderer Beratung und Rechtsbelehrung durch die Urkundspersonen.

II. Konkubinat

1. Einleitende Bemerkungen

1.1. Fehlendes gesetzliches Erbrecht

Für Partner einer nicht als Ehe bzw. nicht als eingetragene Partnerschaft eingegangenen Lebensgemeinschaft besteht in der Schweiz kein gesetzliches Erbrecht. Der Gesetzgeber hat es in den letzten Jahrzehnten wiederholt abgelehnt, eine Ordnung für eheähnliche Lebensgemeinschaften zu erlassen; eine umfassende *gesetzliche Regelung des Konkubinates* im schweizerischen Recht ist derzeit *weder vorgesehen noch rechtspolitisch beabsichtigt*⁴. Die

⁴ Vgl. für frühere Diskussionen Amtl. Bull. NR 1975, S. 1783; Amtl. Bull. NR 1983, S. 711 ff.; Amtl. Bull. NR 1997, S. 2696 ff. und 2702 ff. Siehe dazu auch WOLF, Ehe, S. 160, m.w.H. in Fn. 24.

In jüngerer Zeit ist im Zusammenhang mit dem Erlass des PartG vom Gesetzgeber auf einen Einbezug von heterosexuellen Paaren in die Regelung bewusst verzichtet worden, dies unter anderem mit der Überlegung, die Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft seien „viel zu nahe beim Eherecht, als dass das Institut eine echte Alternative zur Ehe wäre“; vgl. Botschaft PartG, S. 1310.

Zuletzt wollte die am 8. Juni 2005 von Nationalrat Reto Wehrli eingereichte Motion 05.3264, Registrierte Lebensgemeinschaft, Schutz der Ehe, den Bundesrat beauftragen, „den Entwurf eines Gesetzes zu unterbreiten, welches Paaren erlaubt, ihre Lebensgemeinschaft zu registrieren und damit rechtlich besser zu schützen“. Der Motionär begründete seinen Vorstoss namentlich auch mit der erbrechtlichen Rechtslage von Konkubinatspaaren: „Obwohl gesellschaftlich ein Faktum, erfahren in einer Gemeinschaft zusammenlebende Paare gegenüber Eheleuten rechtliche Defizite. Beispielsweise erbt der überlebende Partner bei Fehlen eines Testamentes nichts. Wird ein Testament erstellt, so setzen Pflichtteile von Kindern und Eltern enge Grenzen.“ Der Bundesrat gab am 7. September 2005 eine ablehnende Antwort zur Motion ab. Er führte darin aus, das Eherecht erweise sich heute als freiheitlich und lasse weiten Raum für private Gestaltung. Paaren, die sich nicht zur Ehe entschliessen könnten, sei es zuzumuten, den Gestaltungsspielraum, den ihnen der Gesetzgeber belässt, durch Verträge auszuschöpfen. Den bundesrätlichen Ausführungen ist vollumfänglich zuzustimmen; vgl. zum Ganzen ausführlicher und m.w.H. schon WOLF, Erbrecht, ZBJV 2007, S. 310 f. Die Motion Wehrli ist am 22. Juni 2007 im Nationalrat abgeschlossen worden.

Demgegenüber wird sich der Gesetzgeber demnächst in anderer Sicht mit dem Konkubinat zu befassen haben, indem künftig sicherzustellen sein wird, dass sich für Kinder aus dem Umstand, dass ihre Eltern nicht verheiratet sind, keine Nachteile ergeben; siehe dazu jüngstens SCHÖBI, S. 34, und ausführlicher HENKEL, S. 16.

Beteiligten von nichtehelichen und nicht dem Partnerschaftsgesetz (PartG) unterstellten Lebensgemeinschaften sind deshalb darauf verwiesen, ihre Beziehungen gegebenenfalls privatautonom durch *Rechtsgeschäft* zu regeln⁶.⁷ Mit Blick auf das vorliegend zu thematisierende Erbrecht bedeutet das, dass Konkubinatspartner, die sich Zuwendungen auf das Ableben hin zukommen lassen wollen, *Verfügungen von Todes wegen* zu erlassen haben⁸. Nicht eingegangen werden kann im Folgenden auf allfällige weitere, ausserhalb des Erbrechts stehende Möglichkeiten der Absicherung des Partners im Todesfall, wie namentlich Versicherungslösungen.

Die Notarin hat kraft ihrer Rechtsbelehrungspflicht⁹ die Konkubinatspartner darauf hinzuweisen, dass zwischen ihnen *ohne rechtsgeschäftliche Vorkehren grundsätzlich keine Ansprüche bestehen*¹¹. Das gilt allgemein, aber ganz besonders wiederum für den hier interessierenden Fall des Todes eines Konkubinatspartners.

⁵ Bereits HEGNAUER/BREITSCHMID, Rz. 2.26, haben unter Hinweis auf eine schwedische Untersuchung festgehalten, dass sich das rechtspolitische Problem des Konkubinates durch dessen ausdrückliche Regelung nicht lösen lasse. Wie in der Schweiz ist eine Gesamtregelung des Konkubinats auch in Deutschland nicht vorgesehen, und sie wird rechtspolitisch ebenfalls nicht angestrebt; vgl. GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 2, m.w.H.

Freilich wird die Diskussion darüber, ob für Konkubinatspartner jedenfalls ein gesetzliches Erbrecht zu erlassen sei, nach wie vor geführt. Siehe etwa: BSK-BREITSCHMID, N. 5 der Vorbemerkungen zu Art. 467-536 ZGB; BREITSCHMID, Erbrecht, S. 12, der dafür eintritt, den Kreis der gesetzlichen Erben behutsam zu erweitern auf nahe stehende Personen, wobei die „Beweisbarkeit der faktischen Beziehung“ das „Auswahlkriterium“ bilden sollte; EITEL, Nos „proches“, S. 196 f., der hinsichtlich eines formalisierten, an eine Registrierung anknüpfenden Konkubinats dafür hält, es „könnte ... durchaus weiterhin über eine spezifisch erbrechtliche Regelung ... nachgedacht werden“.

⁶ Siehe ebenso für Deutschland GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 2.

⁷ An sich wäre das Innenverhältnis unter Konkubinatspartnern ein geradezu klassischer Bereich für rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten. In der Praxis zeigt sich allerdings regelmässig, dass die Partner eines Konkubinats keine Verträge schliessen. Siehe PULVER, S. 16 und 22; WOLF, Ehe, S. 161, Fn. 49 und 50, m.H.

⁸ Vgl. WOLF, Vermögensverwaltung, S. 66 f.; siehe auch PraxKomm-Erbrecht-KÜNZLE, N. 18 der Einleitung.

⁹ Vgl. für das bernische Notariatsrecht Art. 35 NG Bern; angesprochen ist die materielle Rechtsbelehrungspflicht.

¹⁰ Vorbehalten bleiben insbesondere – und jedenfalls im Privatrecht – einige wenige richterrechtliche Regelungen. So ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 109 II 230; 108 II 240) auf das Innenverhältnis und namentlich auf die Liquidation des Konkubinates sinngemäss das Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) anzuwenden. Siehe auch den Kurzüberblick über die rechtlichen Wirkungen des Konkubinates bei WOLF, Ehe, S. 161, m.w.H.

¹¹ Vgl. auch für Deutschland GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 49.

1.2. Einbezug nicht eingetragener gleichgeschlechtlicher Paare in den Begriff des Konkubinats

Die hier zu thematisierende Problemlage ist grundsätzlich unabhängig davon, ob die Konkubinatspartner gemischten oder gleichen Geschlechtes sind, dieselbe. Denn eine gesetzliche Erbberechtigung fehlt – wie schon erwähnt¹² – bei Nichtvorliegen sowohl einer Ehe als auch einer eingetragenen Partnerschaft. Die begriffliche Beschränkung des Konkubinats auf eine Gemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau ist deshalb im vorliegend interessierenden Zusammenhang wenig brauchbar¹³. Nicht eingetragene gleichgeschlechtliche Paare sind nämlich prinzipiell denselben Rechtsregeln unterworfen wie nicht verheiratete gemischtgeschlechtliche Paare. Gleichgeschlechtliche Paare, die nicht in eingetragener Partnerschaft leben, sind deshalb – in einer ergebnisorientierten Terminologie – ebenfalls in den Begriff des Konkubinats einzubeziehen^{14 15}.

1.3. Grundsätzlich keine Sittenwidrigkeit von Verträgen unter Konkubinatspartnern

Verträge unter Konkubinatspartnern dürften kaum mehr als sittenwidrig i.S.v. Art. 19 f. OR qualifiziert werden¹⁶. Nach heute überwiegender sozialetischer Auffassung ist die Frage, ob ein – nicht ehebrecherisches – Konkubinatspartner gegen die guten Sitten verstosse, klar zu verneinen¹⁷. Die Sittenwidrigkeit einer (erbrechtlichen) Zuwendung unter Partnern im (ehebrecherischen) Konkubinatspartner ist nur dann zu bejahen, wenn sie den Charakter eines *pretium stupri* hat, d.h. das ehebrecherische Verhalten fördern soll, oder sonstwie zur Abgeltung eines allgemein qualifiziert zu missbilligenden Verhaltens verabredet ist¹⁸.

¹² II.1.1. soeben.

¹³ GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 6.

¹⁴ WOLF, Ehe, Konkubinatspartner und registrierte Partnerschaft gemäss dem Vorentwurf zu einem Bundesgesetz – Allgemeiner Vergleich und Ordnung des Vermögensrechts, recht 2002, S. 161, m.w.H.

¹⁵ Vgl. ebenso nun für das Recht der beruflichen Vorsorge BGE 134 V 369 ff., E. 6.3., wonach auch Personen gleichen Geschlechtes eine Lebensgemeinschaft i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. a BVG und Art. 15 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 FZV bilden können.

¹⁶ Siehe schon BK-KRAMER, N. 191 f. zu Art. 19/20 OR. Seither sind namentlich die von BK-KRAMER, N. 192 zu Art. 19/20 OR, erwähnten kantonrechtlichen Konkubinatsverbote allesamt aufgehoben worden, zuletzt dasjenige im Kanton Wallis im Jahre 1995.

¹⁷ BSK-HUGUENIN, N. 38 zu Art. 19/20 OR.

¹⁸ Vgl. BGE 109 II 17 f.; BK-KRAMER, N. 191 zu Art. 19/20 OR; BSK-HUGUENIN, N. 38 zu Art. 19/20 OR; DRUEY, Grundriss, § 12 Rz. 35; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 49 f.; je m.w.H.

2. Zum typischen Regelungsbedarf beim Konkubinatspartner im Allgemeinen

Dem Eingehen eines Konkubinats – und damit dem Nichteingehen einer Ehe bzw. einer eingetragenen Partnerschaft – können ganz unterschiedliche Motive zugrunde liegen¹⁹. Dementsprechend *lässt sich* für Konkubinatspartner *kein generell gültiger rechtsgeschäftlicher Regelungsbedarf umschreiben*, sondern es ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Vorkehrungen getroffen werden sollen²⁰. Immerhin lassen sich dabei typische Regelungsbereiche ausmachen, auf welche an dieser Stelle summarisch einzugehen ist.

Typischerweise kann *rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf* unter Konkubinatspartnern bestehen hinsichtlich der *vermögensrechtlichen Beziehungen* während bestehender Lebensgemeinschaft²¹, hinsichtlich der *Kinder*²², hinsichtlich der *Auflösung* des Konkubinats unter Lebenden und für den *Fall des Todes* eines der Partner^{23 24}. Regelungsbedarf kann weiter gegeben sein für den Fall von *Krankheit und Pflege* eines Partners. Diesbezüglich werden etwa Vollmachten bei vorübergehender Handlungsunfähigkeit eines Partners oder für medizinische Behandlung erteilt sowie Einsichts- und Auskunftsrechte begründet bzw. Entbindungen von Berufsgeheimnissen²⁵ angeordnet. In dieser Hinsicht neu zu berücksichtigen sind nunmehr die Möglichkeiten des *Erwachsenenschutzrechtes*²⁶. Für Konkubinatspartner besteht als Massnahme

¹⁹ Als Erscheinungsarten bekannt sind unter anderem Probeehe, Steuerkonkubinate, Rentenkubinate, Alterskonkubinate, bewusste Ablehnung der Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft. Siehe auch WOLF, Erbrecht, S. 310, mit Fn. 36, und ähnlich für Deutschland GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 3.

²⁰ Je nach konkret gegebenem Konkubinatspartner liegt kein Regelungsbedarf vor. Am ehesten besteht solcher bei Rollenteilung unter den Partnern. Vgl. Näheres bei GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 5 und 7.

²¹ Angesprochen sind hier nicht nur privatrechtliche vermögensrechtliche Lösungen im herkömmlichen Sinne, sondern auch weitere, etwa im Bereiche des privaten und öffentlichen Versicherungsrechts.

²² Die elterliche Sorge steht bei unverheirateten Eltern grundsätzlich der Mutter zu (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 298a ZGB kann allerdings die Vormundschaftsbehörde bei Vorliegen einer genehmigungsfähigen Vereinbarung und eines gemeinsamen Antrages die gemeinsame elterliche Sorge an nicht verheiratete Eltern übertragen, wenn dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

²³ Dazu ausführlicher II.3. sogleich.

²⁴ Siehe zum Ganzen für Deutschland GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 8.

²⁵ Siehe dazu auch etwa LICHTENSTEIGER, S. 99.

²⁶ Dieses ist am 19. Dezember 2008 in den Eidgenössischen Räten verabschiedet worden; vgl. BBl 2009, S. 141 ff. Inzwischen ist die Referendumsfrist unbenützt abgelaufen. Mit einem Inkrafttreten ist auf 2013 zu rechnen.

von Gesetzes wegen (Art. 374 ff. nZGB) einzig das Recht zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen (dazu Art. 377 ff. nZGB); das gesetzliche Vertretungsrecht von Konkubinatspartnern steht dabei im Nachgang zu demjenigen einer rechtsgeschäftlich – in einer Patientenverfügung oder einem Vorsorgeauftrag – bezeichneten Person (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 nZGB), des Beistandes (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 nZGB), des Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB), und es besteht überdies nur dann, wenn die Person, welche mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt, ihr auch regelmässig und persönlich Beistand leistet (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 nZGB). Demgegenüber ist die allgemeine Vertretung bei Urteilsunfähigkeit einzig dem Ehegatten bzw. dem eingetragenen Partner vorbehalten (Art. 374 Abs. 1 nZGB); der Gesetzgeber hat eine Ausdehnung dieses Vertretungsrechts auf faktische Lebensgemeinschaften abgelehnt²⁷. Gerade für Konkubinatspartner wird deshalb der rechtsgeschäftliche Erlass eines *Vorsorgeauftrages* (Art. 360 ff. nZGB) oder einer *Patientenverfügung* (Art. 370 ff. nZGB) gegebenenfalls zu erwägen sein.

In erbrechtlicher Hinsicht ist in Erinnerung zu rufen, dass eine in einem Konkubinatsvertrag eingegangene Verpflichtung zur Erbeinsetzung – oder auch zu einer anderweitigen Begünstigung *mortis causa* – des Partners nichtig ist²⁸, und dass Verfügungen von Todes wegen selbstverständlich die dafür vorgeschriebenen Errichtungsformen (Art. 498 ff. ZGB) zu wahren haben.

3. Zum rechtsgeschäftlichen Handlungsbedarf für den Fall des Todes

3.1. Ausgangslage

Wo nicht dem Kreis der gesetzlichen Erben und namentlich der Pflichtteils-erben angehörende Drittpersonen – wie typischerweise der Konkubinatspartner – von Todes wegen begünstigt werden sollen, liegen von der subsidiären gesetzlichen Ordnung des Ehegüter- (bzw. des partnerschaftsrechtlichen Vermögens-) und Erbrechts nicht erfasste Verhältnisse vor²⁹. In solchen Situationen besteht deshalb rechtsgeschäftlicher Planungs- und Handlungsbedarf³⁰.

²⁷ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7014.

²⁸ Das Versprechen, einen Erbvertrag abzuschliessen, ist allgemein nichtig; vgl. BGE 108 II 405 ff. Siehe auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 66 Rz. 5, i.f.; Handkomm-STUDHALTER, N. 5 zu Art. 494 ZGB. Siehe auch für das deutsche Recht unter Hinweis auf § 2302 BGB GRZIWOTZ, Erbvertrag, S. 299 f.

²⁹ Siehe auch bereits einleitend II.1.1. hievor.

³⁰ Vgl. WOLF, Vermögensverwaltung, S. 69.

Von vornherein ausgeschlossen unter Nichtverheirateten bzw. nicht eingetragenen Partnern ist eine eigentliche Begünstigung des überlebenden Partners nach den Regeln des Ehegüterrechts³¹ bzw. des partnerschaftsrechtlichen Vermögensrechts³².

3.2. Letztwillige Verfügung oder Erbvertrag?

a) Vorbemerkung

Wollen sich Konkubinatspartner von Todes wegen Zuwendungen machen, so stellt sich – mehr als für Ehegatten, welche durch die Ehe schon von Gesetzes wegen auch vermögensrechtlich miteinander verbunden sind und die naturgemäss Ehe- und Erbverträge schliessen^{33 34} – die Frage, ob sie eine allfällige Regelung in einer *letztwilligen Verfügung* oder in einem *Erbvertrag* erlassen sollen. Beide Formen haben ihre Vor- und Nachteile³⁵. Darauf ist hier sogleich einzugehen.

³¹ Siehe schon WOLF, Vermögensverwaltung, S. 69.

³² Theoretisch bliebe allerdings denkbar, dass sich Konkubinatspartner vertragsrechtlich einem Güterstand – etwa der Errungenschaftsbeteiligung – unterstellen würden; vgl. BREITSCHMID, Begünstigung, S. 60 f. Solches ist freilich mit etlichen Risiken verbunden; einerseits fehlt für das Konkubinatsrecht der spezifische eherechtliche Rechtsschutz (Art. 171 ff. ZGB), so dass entsprechende Vereinbarungen nicht einfach rückgängig gemacht werden können (vgl. demgegenüber im Eherecht namentlich die Normen von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3, 185, 188, 189 und Art. 137 Abs. 2 ZGB, welche eine Palette von Möglichkeiten des Übergehens zur Gütertrennung bieten), andererseits bestehen im Konkubinatsrecht die Vorteile der güterrechtlichen Begünstigung (wie besonders die Relativierung des Pflichtteilsrechts gemäss Art. 216 Abs. 2 und Art. 241 Abs. 3 ZGB) nicht. Insgesamt erweist sich die Übernahme ganzer güterrechtlicher Institute als praktisch nicht sinnvoll. Vgl. zutreffend dazu schon BREITSCHMID, Begünstigung, S. 61. Verträge sollten sich grundsätzlich vielmehr auf Einzelfragen beschränken; siehe ebenso die Beurteilung aus deutscher Sicht von GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 9.

³³ Siehe etwa MusterurkundenVbN Nrn. 421 ff. bzw. 515, 516 und 517.

³⁴ Entsprechendes gilt analog auch für eingetragene Partner. Solche unterstehen zwar von Gesetzes wegen materiell dem Güterstand der Gütertrennung (Art. 18 ff. PartG; dazu ZK-GREMPER, N. 3 und 12 der Vorbemerkungen zu Art. 18-25 PartG), sie können aber einen Vermögensvertrag schliessen (Art. 25 PartG), der auch mit einem darauf abgestimmten Erbvertrag ergänzt werden kann (vgl. ZK-GREMPER, N. 176 f. zu Art. 25 PartG, und ZK-WOLF/GENNA, N. 8 zum Erbrecht der eingetragenen Partnerschaft).

³⁵ Siehe zum Ganzen schon WOLF, Vermögensverwaltung, S. 69.

b) *Erbvertrag*

Der Erbvertrag ist das zweiseitige Rechtsgeschäft von Todes wegen. Er weist mithin *bindende Wirkung* auf (vgl. Art. 494 Abs. 3 ZGB). Mit dem Erbvertrag werden folglich erbrechtliche Anordnungen getroffen, die der Erblasser einseitig grundsätzlich nicht mehr widerrufen kann³⁶. Zu berücksichtigen ist namentlich, dass der Erbvertrag mit dem Tod des Erstversterbenden – oder bereits mit der dauernden Urteilsunfähigkeit eines Partners – zu einer endgültigen Bindung des Überlebenden führt³⁷.

Infolge seiner Bindungswirkung erleichtert der Erbvertrag ganz allgemein eine *verlässliche Planung* der Vermögensnachfolge auf das Ableben hin³⁸. Im vorliegend interessierenden Kontext ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass mittels des Erbvertrages ein Einbezug auch von pflichtteilsberechtigten Erben in einen allfällig zugunsten des überlebenden Konkubinatspartners abzugehenden *Erbverzicht* (Art. 495 ZGB) ermöglicht wird³⁹.

Die eben angesprochenen Vorteile des Erbvertrages sind aber zugleich dessen Nachteile. Die die Sicherung der Nachlassplanung ermöglichende Bindungswirkung lässt – gewissermassen als Kehrseite – eine Anpassung der getroffenen Regelungen an spätere, nicht vorhergesehene und vielleicht auch nicht vorhersehbare Entwicklungen nicht mehr oder nur noch ausnahmsweise zu⁴⁰. Die *ursprünglich gewollte Bindung* wird sich dann als *unerwünscht* erweisen, wenn sich die Verhältnisse verändern oder die von der Gegenseite erwartete Leistung oder Zuneigung ausbleibt. Namentlich kann der Zeitablauf Unsicherheiten und damit u.U. erhebliches Risikopotenzial enthalten, was bei „lang laufenden“ Erbverträgen unter jungen Parteien allgemein und unter Konkubinatspartnern ganz besonders zu berücksichtigen ist⁴¹.

Von Gesetzes wegen ist eine einseitige Lösung vom Erbvertrag nur unter besonderen, restriktiven Voraussetzungen möglich (vgl. Art. 513 Abs. 2 und

³⁶ Vgl. STEINAUER, Rz. 624; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 66 Rz. 5.

³⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28.

³⁸ Siehe im gleichen Sinne für das deutsche Recht GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 44: „Eine Wechselbezüglichkeit lässt sich am sichersten durch einen Erbvertrag erreichen“.

³⁹ Siehe auch BREITSCHMID, Begünstigung, S. 62 f.; WOLF, Vermögensverwaltung, S. 69.

⁴⁰ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28.

⁴¹ DRUEY, Einsatzmöglichkeiten, S. 22 f.; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 65; BSK-BREITSCHMID, N. 21 der Vorbemerkungen vor Art. 494-497 ZGB; WOLF, Vermögensverwaltung, S. 69 f. Zum Ganzen nun auch HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, passim, besonders Rz. 6, 439 ff. und 1108 f.

3 ZGB, Art. 514 ZGB)⁴². Sollten sich diese gesetzlichen Aufhebungsmöglichkeiten für die erbvertragsschliessenden Parteien im Allgemeinen und für Konkubinatspaare im Besonderen als zu eng erweisen, ergibt sich diesbezüglich ebenfalls rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf⁴³.

Unsicherheiten in Bezug auf die zukünftige Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse kann mittels Anknüpfung der erbvertraglichen Regelungen an *Bedingungen* begegnet werden. Im Vordergrund stehen wird dabei regelmässig die Anknüpfung der Wirksamkeit der den überlebenden Partner begünstigenden Verfügungen von Todes wegen an die *Bedingung des Fortbestandes der Partnerschaft*. Das Fortbestehen der partnerschaftlichen Beziehung wird deshalb in der Regel als Resolutivbedingung in den Erbvertrag aufzunehmen sein⁴⁴ ⁴⁵. Im Gegenzug dürften erbvertragliche Verfügungen nach dem Willen der Konkubinatspartner bei Eingehen der Ehe bzw. einer eingetragenen Partnerschaft infolge der damit grundlegend veränderten rechtlichen Ausgangslage in der Regel ebenfalls untergehen. Soweit dem so ist, wäre auch die *Eheschliessung bzw. das Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft* als auflö-

⁴² Dazu TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, § 70 Rz. 10 ff.

⁴³ Vgl. WOLF, Vermögensverwaltung, S. 70.

⁴⁴ BREITSCHMID, Begünstigung, S. 85 f.; zu alledem ebenfalls schon WOLF, Vermögensverwaltung, S. 70.

Demgegenüber wird in der deutschen Literatur von solchen Bedingungen abgeraten; vgl. GRZIWOTZ, Partnerschaftsvertrag, Rz. 44: „Klauseln, die die Geltung der Verfügung oder einen Rücktritt an eine „dauernde Aufhebung der Partnerschaft“ knüpfen, führen zu Beweisschwierigkeiten. Praktikabel ist allein ein freier Rücktrittsvorbehalt ...“. Dazu ist freilich zweierlei festzuhalten. Erstens kennt das ZGB – im Gegensatz zum deutschen Recht – keine Grundlage für einen Rücktrittsvorbehalt beim Erbvertrag; vgl. dazu Näheres sogleich im Text. Zweitens sind die Beweisschwierigkeiten über den Fortbestand oder Nichtfortbestand des Konkubinates keineswegs unüberwindlich; sie sind nicht grösser als etwa im Bereiche des Scheidungsgrundes von Art. 114 ZGB (Scheidungsklage nach Getrenntleben von zwei Jahren), wo sie ohne weiteres bewältigt werden können.

⁴⁵ Praktisch unbekannt ist die – jedenfalls theoretisch nicht von vornherein ausgeschlossene – *Befristung* einer erbvertraglichen Regelung, z.B. auf zehn Jahre. Soweit ersichtlich, wird eine solche in Rechtsprechung und Schrifttum nicht besonders thematisiert; immerhin weist GRUNDLER, S. 150 f., darauf hin, es könnten „sich die Kontrahenten zur Neuverhandlung des Erbvertrages bei einer massgeblichen Änderung oder nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne verpflichten“. Die Resolutivbedingung des Fortbestandes der Partnerschaft oder auch weitere, auf konkrete Situationen – wie etwa Geburt eines Kindes, Heirat der Parteien, Eintritt des Pensionsalters usw. – Bezug nehmende Bedingungen – sie erfassen ungewisse künftige Tatsachen – dürften eine Befristung – sie bezieht sich auf eine gewisse künftige Tatsache – des Erbvertrages weitgehend entbehrlich machen. Denn ganz allgemein dürften eher bestimmte, ungewisse künftige Ereignisse zu einer Änderung einer erbvertraglichen Anordnung Anlass geben als der blosser Zeitablauf.

sende Bedingung des unter den Konkubinatspartnern geschlossenen Erbvertrages vorzusehen.

Im Schrifttum werden als weitere Instrumente zur Korrektur einer zu weitgehenden Bindungswirkung des Erbvertrages *Anpassungsklauseln* oder den einseitigen Rücktritt vom Vertrag ermöglichende Klauseln, sog. *Rücktrittsklauseln*, vorgeschlagen⁴⁶. Soweit in der Schweiz überhaupt Diskussionen über solche Vertragsklauseln stattfinden, werden diese herkömmlicherweise und überwiegend abgelehnt⁴⁷. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang namentlich, dass das schweizerische Recht – anders als § 2293 BGB für das deutsche Recht – *keine Grundlage für einen Vorbehalt des Rücktritts vom Erbvertrag* kennt. Damit muss die Zulässigkeit einer – in der schweizerischen Praxis überhaupt nicht bekannten – rechtsgeschäftlichen Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts – oder auch eines Änderungsvorbehalts – beim Erbvertrag unter dem ZGB als *zweifelhaft* erscheinen^{48, 49}. Insbesondere erweist sich die Vereinbarkeit eines solchen Vorbehalts mit Art. 513 ZGB, wonach der Erbvertrag rechtsgeschäftlich prinzipiell nur durch schriftliche Übereinkunft beider Parteien aufgehoben werden kann, als fraglich⁵⁰. Angesichts der diesbezüglich manifesten, hohen Unsicherheiten wird der Notar gut daran tun, Vorsicht walten zu lassen, mithin von der Vereinbarung von Rücktritts- oder Änderungsvorbehalten *abzuraten* oder solche jedenfalls nur nach Erteilung entsprechender *Rechtsbelehrung* an die Parteien in Erbverträge aufzunehmen. Über die bestehenden Zweifel an deren Zulässigkeit hinaus zu beachten ist schliesslich auch, dass mit – jedenfalls weit gehenden – Rücktritts- bzw. Än-

derungsvorbehalten das mit der Wahl des Erbvertrages angestrebte Grundziel einer bindenden Ordnung für den Fall des Ablebens gerade verfehlt wird.

Für den Fall, dass sich einseitige Rücktritts- bzw. Änderungsrechte nicht mit Art. 513 ZGB vereinbaren lassen sollten, erheben einzelne Autoren – zumindest für Extremsituationen – das m.E. ebenfalls zweifelhafte Postulat einer Anrufung der *clausula rebus sic stantibus*⁵¹ oder von Art. 27 ZGB⁵².

c) *Letztwillige Verfügung*

Möglich ist natürlich auch, dass sich Konkubinatspartner gegenseitig in letztwilligen Verfügungen für das Ableben der einen Partei sichern. Die Errichtung gegenseitiger Testamente führt infolge der jederzeitigen einseitigen Widerruflichkeit (vgl. Art. 509 Abs. 1 ZGB) zu einem *flexibleren Ergebnis* als der Erbvertrag. Die der erbvertraglichen Bindungswirkung innewohnenden Risiken lassen sich damit vermeiden. Im Gegenzug ist die letztwillige Verfügung aber gerade deswegen das *weniger sichere Planungsinstrument*⁵³.

Im Weiteren ist zu beachten, dass *gegenseitig bedingte, sog. korrespondierende Testamente*, nach h.L. *ungültig* oder *gar nichtig* sind⁵⁴. Die Partner haben deshalb in ihren formgerecht errichteten letztwilligen Verfügungen⁵⁵ zweifelsfrei zum Ausdruck bringen, dass sie um die fehlende gegenseitige Bindungswirkung des gegenseitigen Testaments wissen. Überdies haben sie festzuhalten, dass sie den Bestand ihrer jeweils eigenen Verfügung nicht von der Gültigkeit bzw. der Nichtaufhebung der Verfügung des anderen Partners

⁴⁶ Ausführlich dazu neuerdings HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1001 ff., welche von Anpassungs- und Rücktrittsvorbehalten spricht.

⁴⁷ Siehe zum Stand der Diskussion HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1008 ff., m.w.H.

⁴⁸ Siehe dazu auch HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1025, wonach die Frage „vollständig ungeklärt“ ist; die Autorin selbst bejaht in der Folge, Rz. 1025 ff., die grundsätzliche Zulässigkeit von Vorbehalten im Erbvertrag. Eher zurückhaltend BSK-BREITSCHMID, N. 21 der Vorbemerkungen vor Art. 494-497 ZGB, der in „gewissem Rahmen“ und „namentlich für den Fall veränderter Umstände“ u.a. vom „Einbau von Anpassungsklauseln“ spricht.

⁴⁹ Anlässlich der Gesetzgebungsarbeiten zum ZGB wurden namentlich von Eugen Huber und Virgile Rossel immer wieder – in diametraler Abgrenzung von der Situation bei der letztwilligen Verfügung sowie von der Ordnung im romanischen Rechtskreis – die Bindungswirkung des Erbvertrages sowie deren auf manifesten praktischen Bedürfnissen gründende Berechtigung betont; vgl. dazu Näheres bei WOLF, Europäische Kommission, S. 950 ff. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte lassen sich denn m.E. jedenfalls weit gehende Rücktrittsvorbehalte vom Erbvertrag nur schwerlich begründen.

⁵⁰ Die grundsätzliche Zulässigkeit von Vorbehalten im Erbvertrag wird bejaht von HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1025 ff.

⁵¹ Vgl. so BREITSCHMID, Begünstigung, S. 65 f., und BSK-BREITSCHMID, N. 21 der Vorbemerkungen vor Art. 494-497 ZGB. Dazu eingehend nunmehr HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 850 ff., welche ihrerseits die Anrufung der *clausula rebus sic stantibus* sowohl durch den Erblasser (Rz. 864 ff.) als auch durch die Vertragspartei (Rz. 862 f.) ablehnt.

⁵² Die Möglichkeit übermässiger Selbstbindung durch Eingehen eines Erbvertrages betont BRÜCKNER, Rz. 2472, Fn. 105, und Rz. 2476. Die von Art. 27 ZGB anvisierten Bindungen sind allerdings solche zu Lebzeiten und ergeben sich insofern nicht aus Verfügungen von Todes wegen, so dass die Anwendbarkeit der Norm von Art. 27 ZGB als zweifelhaft beurteilt werden muss. Siehe ähnlich BSK-BREITSCHMID, N. 22 der Vorbemerkungen vor Art. 494-497 ZGB, wonach das Moment übermässiger und Art. 27 Abs. 2 ZGB widersprechender Selbstbindung des Erblassers „nicht generell als bedrohlich“ erscheint.

⁵³ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28; WOLF, Vermögensverwaltung, S. 71.

⁵⁴ DRUEY, Grundriss, § 9 Rz. 7; STEINAUER, Rz. 618; je m.w.H.

⁵⁵ Ungültig ist namentlich das gemeinsame Testament, das von einem Partner verfasst und von beiden unterzeichnet wird; vgl. BK-TUOR, N. 17 der Vorbemerkungen vor Art. 494 ZGB.

abhängig machen⁵⁶. Demgegenüber wäre es zulässig, die eigene Zuwendung an die Bedingung zu knüpfen, dass der andere Partner sein Testament im Zeitpunkt des Erbfalls nicht widerrufen hat bzw. auch in Zukunft nicht aufheben wird (sog. kaptatorische Verfügung)⁵⁷.

d) Fazit

Zusammengefasst erweist sich *je nach Situation im Einzelfall* das Testament oder der Erbvertrag als das geeignete Instrument der Absicherung von Konkubinatspartnern im Todesfall.

Der Abschluss eines Erbvertrages dürfte für Konkubinatspartner an sich von vornherein nur dann sinnvoll sein, wenn *grössere Vermögen* vorhanden sind oder jedenfalls eine *länger dauernde Partnerschaft* – mithin nicht nur ein bloss probeweises Zusammenleben – beabsichtigt ist⁵⁸.

Im Weiteren ist die Frage, ob eine letztwillige Verfügung oder ein Erbvertrag gewählt werden soll, insbesondere danach zu entscheiden, ob *Bindungswirkung* gewünscht wird oder mindestens ein heimlicher Widerruf der Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen werden soll⁵⁹. Erbvertragliche Bindung ist allgemein dann gerechtfertigt, wenn *Chancen und Risiken* einer bestimmten Gestaltung *derart* auf die Parteien *verlegt* werden, *dass nur die vertragliche, dauernde Bindung einen gerechten Ausgleich der beiderseitigen Interessen gewährleistet*⁶⁰. Fehlt ein entsprechender, gegenseitiger Austausch, lässt sich erbvertragliche Bindung nicht rechtfertigen⁶¹.

Nach dem hievori⁶² Gesagten ist mit Blick auf die Planungssicherheit sowie in Anbetracht der mit der letztwilligen Verfügung verbundenen Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht – Möglichkeit des jederzeitigen einseitigen Widerrufs – und rechtlicher Hinsicht – drohende Ungültigkeit oder gar Nichtigkeit gegenseitig bedingter Testamente – zumindest grundsätzlich und jedenfalls

⁵⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28.

⁵⁷ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, S. 28 f.; STEINAUER, Rz. 618a. Zum Ganzen auch WOLF, Vermögensverwaltung, S. 71.

⁵⁸ GRZIWOTZ, Erbvertrag, S. 299. Gemäss GRZIWOTZ, Letztwillige Verfügungen, S. 913, empfiehlt sich im Sinne einer „Faustregel“, „beim Zusammenleben auf Probe, sofern Verfügungen von Todes wegen in diesem Fall gewollt sind, Einzeltestamente vorzuschlagen, während bei dauerhaften Partnerschaften der Erbvertrag ... das richtige Gestaltungsmittel sein wird“.

⁵⁹ GRZIWOTZ, Erbvertrag, S. 299; DERS., Letztwillige Verfügungen, S. 913.

⁶⁰ BRÜCKNER, Rz. 2471.

⁶¹ BRÜCKNER, Rz. 2472.

⁶² II.3.2.b) und c) soeben.

für das gefestigte Konkubinatspartnerschaft, dem nach dem Willen der Partner dauernder Charakter zukommen soll, dem *Erbvertrag* der Vorzug zu geben.

Freilich ist sogleich auch wiederum darauf hinzuweisen, dass die mit dem Erbvertrag einhergehende *Bindung sich als übermässig erweisen kann*. Dies ist bei der Begünstigung des Konkubinatspartners als eines familienfremden Dritten umso mehr zu bedenken, als hier ein gesetzliches Erbrecht – und Güterrecht – überhaupt fehlt, mithin nur die vertragliche Beziehung besteht⁶³.

Im Weiteren ist daran zu erinnern, dass die *Beziehung unter Konkubinatspartnern* im Vergleich zu derjenigen unter Ehegatten bzw. eingetragenen Partnern *lockerer* ist, weil mit Bezug auf das Grundverhältnis der Partnerschaft eben die Bindung, jedenfalls die mit einer Ehe bzw. einer eingetragenen Partnerschaft verbundene, ja gerade vermieden werden soll. Insofern besteht – in einer grundsätzlichen Optik – ein gewisser Widerspruch im Verhalten von Konkubinatspartnern, die sich nicht binden, aber doch auf das Ableben hin bindend sichern wollen⁶⁴.

Im Sinne eines die Vorteile einer bindenden, vertraglichen Nachlassplanung berücksichtigenden und zugleich die Nachteile einer daraus entstehenden übermässigen Gebundenheit womöglich vermeidenden Vorgehensweise könnte erwogen werden, dass sich Konkubinatspartner *erbvertraglich nicht umfassend* – etwa im Sinne einer Alleinerbeneinsetzung oder Erbeinsetzung für die ganze verfügbare oder sonst offene Quote –, *begünstigen, sondern bloss in beschränktem Ausmass*⁶⁵. Zu erwägen wäre z.B. eine Absicherung nur im Umfang dessen, was Ehegatten – bzw. eingetragenen Partnern – erbrechtlich von Gesetzes wegen zustünde, oder je nach individuellen Verhältnissen auch eine noch weniger weit gehende Begünstigung. Sind Kinder eines Konkubinatspartners vorhanden, so ergeben sich dabei freilich nicht zu vernachlässigende Schranken aus deren Pflichtteilsrecht. Nachkommen verfügen über einen Pflichtteil von $\frac{3}{4}$ des gesetzlichen Erbrechts (Art. 471 Ziff. 1 ZGB); zugewiesen werden kann mithin nur – aber immerhin – $\frac{1}{4}$ des Nach-

⁶³ Bildhaft gesprochen wird bei der Begünstigung von Konkubinatspartnern von null auf hundert gegangen, bei Ehegatten – und eingetragenen Partnern – dagegen angesichts des vorbestehenden gesetzlichen (Ehegüter- und) Erbrechts nur von fünfzig auf hundert.

⁶⁴ BREITSCHMID, Begünstigung, S. 67; WOLF, Vermögensverwaltung, S. 70.

⁶⁵ Diese Art des Schutzes vor übermässiger erbvertraglicher Bindung liegt gedanklich auch der – freilich in anderem Kontext, nämlich für den Erbvertrag unter Ehegatten erlassenen – österreichischen Regelung des § 1253 ABGB zugrunde. Danach gilt: „Ein reiner Viertel ... bleibt kraft des Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten.“

lasses. Sind Eltern eines Konkubinatspartners vorhanden, so beträgt deren Pflichtteil $\frac{1}{2}$ des Nachlasses (Art. 471 Ziff. 2 ZGB); diesfalls verfügbar ist $\frac{1}{2}$ der Erbschaft.

Regelmässig wird es sich überdies empfehlen, dem Erblasser eine *Quote oder bestimmte Objekte vorzubehalten*, über die er weiterhin frei verfügen kann. Das gilt allgemein bei Erbverträgen, erscheint aber namentlich für Konkubinatspartner als angezeigt⁶⁶.

Letztlich ist es allein Sache der beteiligten Parteien, wozu sie sich entscheiden. Dabei sind die erbvertraglich verfügenden Personen durch den Notar über die Unwiderruflichkeit der damit begründeten Bindung zu *belehren*. Umgekehrt hat der Notar die am Erbvertrag teilnehmende Vertragspartei – namentlich diejenige, welche beim entgeltlichen Erbvertrag (Vor-)Leistungen unter Lebenden erbringt – darauf hinzuweisen, dass der erhoffte Erbanfall trotz des Erbvertrages rechtlich nicht als gesichert betrachtet werden kann, weil der Erbvertrags Erblasser lebzeitig grundsätzlich frei bleibt, über sein Vermögen zu verfügen (vgl. Art. 494 Abs. 2 ZGB) bzw. dasselbe zu nutzen und zu verbrauchen⁶⁷. All das ergibt sich aus der materiellen Rechtsbelehrungspflicht des Notars.

3.3. Hinweise auf mögliche materielle Inhalte von Verfügungen mortis causa im Konkubinats

Der *materielle Inhalt* von Verfügungen mortis causa im Konkubinats ist naturgemäss *je nach Einzelfall unterschiedlich*. Dabei können sämtliche zugelassenen Verfügungen von Todes wegen in Frage stehen. Angesichts der Vielfalt möglicher Anordnungen kann an dieser Stelle darauf verständlicherweise nicht näher eingegangen werden. Immerhin dürften regelmässig die *Sicherung des überlebenden Konkubinatspartners* und *Bestimmungen für den Fall des Ablebens desselben* ein Thema sein. Die Sicherung des überlebenden Partners lässt sich situationsbezogen mittels einer mehr oder weniger weit gehenden Erbeinsetzung oder mittels eines Vermächtnisses verwirklichen; unter letzterem genügt eventuell auch ein Wohnrecht⁶⁸. Nicht selten wird sein, dass für den Fall des Ablebens des zweiten Konkubinatspartners das (verbleibende) Vermögen des Erstverstorbenen der eigenen, angestammten Familie zugehen soll, was mittels Vorerbeneinsetzung des Konkubinatspartners und Nacherbeneinsetzung (auf den Überrest) von Angehörigen der eige-

⁶⁶ BSK-BREITSCHMID, N. 22 der Vorbemerkungen vor Art. 494-497 ZGB; BREITSCHMID, Begünstigung, S. 68; jeweils mit Hinweis auf § 1253 ABGB.

⁶⁷ BRÜCKNER, Rz. 2473.

⁶⁸ Vgl. für Deutschland GRZIWOTZ, Erbvertrag, S. 300.

nen Familie realisiert werden kann. Stets zu beachten ist überdies bei der Rechtsgeschäftsgestaltung das Steuerrecht, namentlich das *Erbschaftssteuerrecht*; als Nicht-Verwandte unterliegen Konkubinatspartner unter Umständen hohen Erbschaftssteuerbelastungen.

III. Ehekrise

1. Ausgangslage

Gemäss Art. 120 Abs. 2 ZGB haben geschiedene Ehegatten zueinander kein gesetzliches Erbrecht. Zudem können sie aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet haben, keine Ansprüche erheben⁶⁹. Art. 120 Abs. 2 ZGB trägt dem tiefen Einschnitt Rechnung, den eine Scheidung für die Ehegatten bedeutet⁷⁰.

Art. 120 Abs. 2 ZGB äussert sich nur zum Erbrecht, nicht aber zum Ehegüterrecht. Für dieses wird in Art. 120 Abs. 1 ZGB auf die entsprechenden einschlägigen Bestimmungen verwiesen.

Nicht gewünschte Konsequenzen können sich bei Vorliegen einer Ehekrise sowohl im Erbrecht als auch im Bereiche des Güterrechts ergeben. Nachfolgend ist deshalb vorerst auf die Situation im *Ehegüterrecht* einzugehen⁷¹ und anschliessend das *Erbrecht* zu behandeln⁷².

2. Ehegüterrecht

2.1. Situation bei Scheidung bzw. bei Ableben eines Ehegatten in der Ehekrise

a) Auflösung der Ehe durch Scheidung

Leben die Ehegatten unter Errungenschaftsbeteiligung und wird die Ehe durch Scheidung aufgelöst, so wird die *Auflösung des Güterstandes* auf den Tag zurückbezogen, an dem das Scheidungsbegehren eingereicht worden ist (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Der Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes ist entscheidend für den Bestand von Errungenschaft und Eigengut jedes Ehegatt-

⁶⁹ Eine entsprechende, zur eherechtlichen Norm des Art. 120 Abs. 2 ZGB analoge Regelung findet sich in Art. 31 PartG für die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft; vgl. ZK-WOLF/GENNA, N. 2 zu Art. 31 PartG.

⁷⁰ BK-WEIMAR, N. 14 zu Art. 462 ZGB.

⁷¹ III.2. sogleich.

⁷² III.3. hienach.

ten (Art. 207 Abs. 1 ZGB). Demgegenüber ist für den *Wert* der bei der Auflösung des Güterstandes vorhandenen Errungenschaft der Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung massgebend (Art. 214 Abs. 1 ZGB). Entsprechendes gilt auch für den Güterstand der Gütergemeinschaft (Art. 236 Abs. 2 und 3 ZGB sowie Art. 240 ZGB)⁷³.

Massgebend für den Bestand der Errungenschaft – bzw. des Gesamtgutes – ist damit die *Rechtshängigkeit* des Scheidungsverfahrens⁷⁴. Ab diesem Moment kann keine Errungenschaft – und kein Gesamtgut – mehr gebildet werden, so dass im Ergebnis eine grundsätzlich der Gütertrennung vergleichbare Situation vorliegt.

b) *Auflösung der Ehe während des Scheidungsverfahrens durch Tod eines Ehegatten*

Die Rechtslage gestaltet sich allerdings dann anders, wenn nach Einleitung des Scheidungsverfahrens, aber vor dem rechtskräftigen Scheidungsurteil *einer der Ehegatten verstirbt*⁷⁵. Der *Güterstand* wird diesfalls nämlich nicht durch Scheidung, sondern *durch Tod aufgelöst* (Art. 204 Abs. 1 ZGB). Auflösungszeitpunkt und Auflösungsgrund für den Güterstand fallen zusammen⁷⁶. Massgebend für den Bestand der Gütermassen ist erst der Zeitpunkt des Todes. Die für die Scheidung vorgesehene Rückbeziehung des Zeitpunktes der Auflösung des Güterstandes auf den Moment der Einreichung des Scheidungsbegehrens (Art. 204 Abs. 2 ZGB für die Errungenschaftsbeteiligung bzw. Art. 236 Abs. 2 und 3 ZGB für die Gütergemeinschaft) tritt nicht ein. Damit ist die güterrechtliche Auseinandersetzung grundsätzlich – insbesondere bei Nichtvorliegen eines Ehevertrages – nach den ordentlichen Regeln vorzunehmen. Namentlich findet zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen Ehegatten eine hälftige gegenseitige Vorschlagsbeteiligung gemäss Art. 215 ZGB – bzw. eine hälftige Gesamtgutsteilung gestützt auf Art. 241 ZGB – statt. Dies dürfte in der Regel nicht den Absichten der in Scheidung begriffenen – oder sonstwie in der Ehekrise befindlichen – Ehegatten entsprechen.

⁷³ Zum Ganzen Handkomm-SCHWANDER, N. 1 zu Art. 120 ZGB.

⁷⁴ Siehe auch BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 25 zu Art. 204 ZGB.

⁷⁵ Das nachfolgend Gesagte gilt mutatis mutandis an sich – und gewissermassen gar a fortiori – auch dann, wenn kein Scheidungsverfahren hängig ist, aber eine Ehekrise sonstwie vorliegt. Verstirbt ein Ehegatte während der Ehekrise, so ist die Ehe ebenfalls durch Tod aufgelöst.

⁷⁶ Handkomm-RYFFEL, N. 2 zu Art. 204 ZGB; vgl. auch FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 237.

Erst recht nicht den Intentionen der in einer Ehekrise oder gar Scheidung befindlichen Ehepartner entsprechende Konsequenzen ergeben sich regelmässig auch dann, wenn ein *Ehevertrag mit Begünstigung des überlebenden Ehegatten* vorliegt⁷⁷. Von Gesetzes wegen (Art. 217 ZGB und Art. 242 Abs. 3 ZGB) gelten zwar entsprechende Vereinbarungen über die Vorschlagsbeteiligung bzw. die Gesamtgutsteilung bei Scheidung – und auch bei Trennung, Ungültigerklärung der Ehe oder gerichtlicher Gütertrennung (Art. 217 ZGB bzw. Art. 242 ZGB)⁷⁸ nicht, es sei denn, solches wäre ausdrücklich ehevertraglich vorgesehen. Das Gesetz nimmt für diese Fälle die mutmassliche Interessenlage der Ehegatten auf. Kommt es während des hängigen Scheidungsverfahrens – oder vorher, aber ebenfalls bereits in einer Ehekrise – zur Auflösung der Ehe durch Tod, so wird die ehevertragliche Begünstigung indessen wirksam, denn die Ehe ist diesfalls ja eben gerade nicht durch Scheidung aufgelöst worden⁷⁹. Art. 217 bzw. Art. 242 Abs. 3 ZGB sind mithin nicht anwendbar.

Die eben dargestellten Folgen des Ablebens eines Ehegatten in der Ehekrise oder gar während eines hängigen Scheidungsverfahrens werden – wie schon erwähnt – regelmässig nicht den Absichten der Beteiligten entsprechen. Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, ob und gegebenenfalls mit welchen Mitteln den unerwünschten Konsequenzen begegnet werden kann.

2.2. Handlungsmöglichkeiten

a) *Möglichkeiten der Aufhebung des gesetzlichen Güterrechts*

Grundsätzlich zu unterscheiden sind Möglichkeiten ausserhalb eines Scheidungsverfahrens und solche im Rahmen eines Scheidungsverfahrens.

Soll bei einer Ehekrise *ausserhalb eines Scheidungsverfahrens* vermieden werden, dass infolge Ablebens eines Ehegatten vor der Scheidung das gesetzliche Ehegüterrecht – mithin der subsidiäre ordentliche Güterstand der Errun-

⁷⁷ Als Begünstigung zu verstehen ist im hier interessierenden Zusammenhang die rechtsgeschäftlich, durch Ehevertrag, begründete, von der gesetzlichen Ordnung abweichende Vereinbarung, mit welcher der überlebende Ehegatte bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Vergleich zur gesetzlichen Regelung vermögensrechtlich besser gestellt wird. Begünstigung ist namentlich jeder Anspruch des überlebenden Ehegatten am Vorschlag oder Gesamtgut, der über seinen gesetzlichen Anteil hinausgeht und stufenlos bis zur maximalen Begünstigung durch die Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung reichen kann. Vgl. zum Ganzen WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 6 f.

⁷⁸ Bei der Gesamtgutsteilung wird zusätzlich die gesetzliche Gütertrennung erwähnt (vgl. Art. 242 Abs. 1 ZGB).

⁷⁹ Siehe auch FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 238.

genschaftsbeteiligung – Anwendung findet, so ist es möglich, im Rahmen der Anhebung eines *Eheschutzverfahrens* gestützt auf Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ein *Begehren um Anordnung der Gütertrennung* zu stellen. Dafür erforderlich sind *rechtfertigende Umstände*. Als solche gelten Gefährdungen von wirtschaftlichen Interessen eines Ehegatten⁸⁰. Eine weitere Möglichkeit bietet das zu den Eheschutzmassnahmen i.w.S. zählende⁸¹ *Begehren um Anordnung der Gütertrennung* gemäss Art. 185 ZGB. Verlangt dafür wird das Vorliegen eines *wichtigen Grundes* (Art. 185 Abs. 1 ZGB). Ein solcher liegt grundsätzlich immer dann vor, „wenn die Errungenschaftsbeteiligung oder die Gütergemeinschaft ihre innere Berechtigung verloren haben oder der ordentliche Gang des Güterstandes gefährdet ist“⁸². Mithin machen Eheschwierigkeiten i.w.S. einen wichtigen Grund aus⁸³. Mit beiden, soeben erwähnten Möglichkeiten kann ein Übergang zur Gütertrennung bewirkt werden, wobei der bisherige Güterstand grundsätzlich nach seinen Regeln aufzulösen ist.

Ist das *Scheidungsverfahren* rechtshängig⁸⁴, kann jeder Ehegatte *vorsorgliche Massnahmen* gestützt auf Art. 137 ZGB beantragen. Für Voraussetzungen und Inhalt der Massnahmen verweist Art. 137 Abs. 2 Satz 3 ZGB sinngemäss auf die Regelung der Eheschutzmassnahmen (Art. 172 ff. ZGB)⁸⁵. Damit sind *Begehren um Anordnung der Gütertrennung* i.S.v. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 oder Art. 185 ZGB angesprochen⁸⁶. In diesem Fall wird bei Gutheissung des *Begehrens* die Gütertrennung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrages zurückbezogen (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Die Gütertrennung wird als *vorsorgliche Massnahme* bereits während des *Scheidungsverfahrens* angeordnet. Damit ist m.E. sie der *Auflösungsgrund* des Güterstandes. Verstirbt in der Folge einer der Ehegatten, so ist die *Errungenschaftsbeteiligung* mithin bereits vorher aufgelöst. Damit ist nach hier vertretener Auffassung der Tod eines Ehegatten weder der Grund für die *Auflösung* des Güterstandes noch ist sein Zeitpunkt massgebend für die *Auflösung*⁸⁷.

⁸⁰ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 38 zu Art. 176 ZGB; Handkomm-SCHMID, N. 9 zu Art. 176 ZGB.

⁸¹ Vgl. Handkomm-KOBEL SCHNIDRIG, N. 1 zu Art. 185 ZGB.

⁸² BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 19 zu Art. 185 ZGB, m.H. auf HENNINGER, S. 144. Ebenso FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 237, Fn. 45.

⁸³ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 19 zu Art. 185 ZGB; vgl. auch Handkomm-KOBEL SCHNIDRIG, N. 6 zu Art. 185 ZGB.

⁸⁴ Vgl. zur diesbezüglich bestehenden Rechtslage III.2.1.b) hievor.

⁸⁵ Handkomm-SCHWANDER, N. 4 zu Art. 137 ZGB.

⁸⁶ Vgl. auch FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 237.

⁸⁷ Wie hier schon FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 237 f., m.H. auf die wohl andere Meinung von BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 37 zu Art. 204 ZGB. Wie FANKHAUSER, a.a.O., Fn. 46, zutreffend festhält, wird die vorliegend interessierende Konstellation von BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER nicht behandelt, son-

b) *Möglichkeiten der Aufhebung einer ehevertraglichen Begünstigung*

Ein *Begehren um Anordnung der Gütertrennung* gestützt auf Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 oder Art. 185 ZGB führt dazu, dass der bisherige Güterstand aufgelöst wird. In diesen Fällen gilt die ehevertragliche Vereinbarung über die *Vorschlagsbeteiligung* nicht mehr⁸⁸. Der *Vorschlag* ist damit gemäss der gesetzlichen Regelung (Art. 215 ZGB) zu teilen⁸⁹. Sinngemäss gilt Entsprechendes für *Vereinbarungen* hinsichtlich der *Teilung* des Gesamtgutes (vgl. Art. 242 ZGB).

Ist das *Scheidungsverfahren* rechtshängig, sind *vorsorgliche Massnahmen* gemäss Art. 137 ZGB möglich. Damit angesprochen ist die *Anordnung* der Gütertrennung, wobei sich die bereits erwähnten offenen Fragen ergeben⁹⁰.

FANKHAUSER⁹¹ prüft als weitere Mittel zur *Aufhebung* einer ehevertraglichen *Begünstigung* die *Möglichkeiten* der *Berufung* auf einen *Irrtum*, die *clausula rebus sic stantibus*, die *Anrufung* des *Rechtsmissbrauchsverbotes* (Art. 2 ZGB) oder die *Widerrufsgründe* gemäss Art. 249 f. OR⁹². Freilich bleibt bei allen diesen *Möglichkeiten* m.E. äusserst zweifelhaft, ob sie zum *Ziele* führen

den diese Autoren erachten die *vorsorgliche Anordnung* der Gütertrennung als bedeutungslos, wenn die *Scheidung* ausgesprochen wird. Mit FANKHAUSER ist festzuhalten, dass diese Überlegung nicht auf den Fall des Todes nach bereits erfolgter *Anordnung* der Gütertrennung im *Scheidungsverfahren* übertragen werden kann. In dieser Konstellation sollte m.E. dem *Begehren* um Gütertrennung selbständige *Bedeutung* zukommen, weil der *Auflösungsentscheid* schon zu einem früheren Zeitpunkt gefällt worden ist; so zutreffend FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 238, Fn. 46. Freilich bleibt in prozessrechtlicher Hinsicht zu beachten, dass der *Massnahmerichter* nur die Gütertrennung anordnen kann, wohingegen die *Auseinandersetzung* in einem ordentlichen Verfahren stattzufinden hat; vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 37 zu Art. 204 ZGB. Weil mit dem Tod eines Ehegatten das *Scheidungsverfahren* gegenstandslos wird, ist die *güterrechtliche Auseinandersetzung* in einem anderen, ordentlichen Verfahren zwischen überlebendem Ehegatten und Erben des verstorbenen Ehegatten vorzunehmen.

⁸⁸ Siehe auch BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 9 zu Art. 217 ZGB, wonach die *Bestimmung* alle Fälle erfasst, in welchen der Güterstand in Zusammenhang mit einem *gerichtlichen Entscheid* aufgelöst wird.

⁸⁹ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 8 zu Art. 217 ZGB. Vgl. auch ausführlicher FANKHAUSER, S. 238 ff., m.w.H.; dieser Autor erachtet den „Anwendungsbereich der gerichtlichen Gütertrennung zur Vermeidung der ehevertraglichen Begünstigung“ als „eher begrenzt“, das auch mit Blick darauf, dass die *Anordnung* der Gütertrennung durch das Gericht möglicherweise zu spät kommt.

⁹⁰ Dazu III.2.2.a) i.f. soeben.

⁹¹ FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 240 ff.

⁹² Dabei dürfte nicht das *Scheidungsver schulden* zum *Widerruf* einer ehevertraglichen *Begünstigung* führen; vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 31 zu Art. 241; FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 241.

würden⁹³. Der vorsichtige Praktiker wird davon ausgehen müssen, dass dem nicht so ist.

FANKHAUSER geht überdies der Frage nach, ob erbrechtliche Vorkehren zur Lossagung von einer ehevertraglichen Begünstigung führen können. Die von ihm dem Grundsatz nach bejahte Möglichkeit, sich in Form der letztwilligen Verfügung von einer ehevertraglichen Begünstigung analog Art. 513 Abs. 2 und 3 ZGB zu lösen⁹⁴, erscheint mit Blick auf die der Enterbung zugrundeliegenden Wertungen an sich nicht von vornherein als unplausibel. Dennoch ist die Möglichkeit zu verneinen⁹⁵. Das Bundesgericht hat nämlich ausdrücklich erkannt, dass „sich eine ehevertragliche Abmachung über die güterrechtliche Auseinandersetzung keinesfalls durch eine letztwillige Verfügung ... abändern lässt“⁹⁶. Weiter erscheint der Vorschlag mit Art. 182 Abs. 2 i.V.m. Art. 184 ZGB nicht vereinbar, wonach der Ehevertrag – so er rechtsgeschäftlich aufgehoben werden soll – wiederum durch Ehevertrag aufzuheben ist⁹⁷. Und darüber hinaus müsste ohnehin ein die Intensität eines Enterbungsgrundes annehmendes Verhalten des Ehegatten vorliegen, was bei Ehekrisen in aller Regel nicht der Fall sein wird⁹⁸.

c) Entsprechende Rechtsgeschäftsgestaltung

Angesichts der dargestellten Rechtslage, die nur beschränkte oder unsichere Möglichkeiten zur einseitigen Aufhebung des Ehevertrages kennt, kann es angezeigt sein, im *Ehevertrag* selbst bereits vorsorglich für den Fall des Eintritts einer Ehekrise rechtsgeschäftliche Vorkehren zu treffen. So liesse sich eine ehevertragliche Begünstigung gemäss Art. 216 bzw. 241 ZGB an die

⁹³ FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 240 ff., weist denn selber darauf hin, dass die erwähnten Mittel teils als wenig aussichtsreich erscheinen und teils noch der eingehenderen Diskussion bedürften.

⁹⁴ FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 242 f.

⁹⁵ Nicht gefolgt werden kann von vornherein der auf BGE 102 II 313 ff. abgestützten, sich auf das vorrevidierte Ehegüterrecht beziehenden Argumentation, die ehevertragliche Vorschlagszuweisung stelle eine Schenkung von Todes wegen dar, weshalb über Art. 245 OR die Bestimmungen über die Verfügungen von Todes wegen zur Anwendung gelangten. Diese Ansicht ist dogmatisch nicht zutreffend und entspricht nicht der heute im Erbrecht vertretenen überwiegenden Auffassung. Vgl. BK-WEIMAR, N. 14 der Einleitung zum 14. Titel; STEINAUER, Rz. 285e, mit Fn. 23, und Rz. 496, Fn. 66; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32 Rz. 25; WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 113 f.; RUMO-JUNGO, Gesichtspunkte, S. 411 ff., 417 ff.; RUMO-JUNGO, Qualifikation, S. 158 ff., S. 163 ff.

⁹⁶ BGE 81 II 426.

⁹⁷ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 7 zu Art. 184 ZGB.

⁹⁸ Siehe auch BSK-STECK, N. 18 zu Art. 120 ZGB; PraxKomm-FANKHAUSER, N. 18 zu Art. 120 ZGB und N. 17 zu Art. 477 ZGB.

(*Resolutiv-*)*Bedingung* knüpfen, wonach sie dahinfällt, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist oder bereits wenn der gemeinsame Haushalt der Parteien aufgehoben wird oder ein faktisches, ehebedingtes Getrenntleben vorliegt^{99 100}. Denn ehevertragliche Vereinbarungen über die Vorschlagsbeteiligung bzw. die Gesamtgutsteilung können grundsätzlich mit Bedingungen und Auflagen versehen werden¹⁰¹. Im Einzelnen liegt es an den durch den Notar entsprechend zu belehrenden Parteien, ob sie die ehevertragliche Begünstigung mit einer entsprechenden Bedingung versehen und wie sie diese gegebenenfalls ausgestalten wollen.

3. Erbrecht

3.1. Gesetzliches Erbrecht

a) Ausgangslage

Die Erbberechtigung des Ehegatten ist während der gesamten Dauer des formellen Bestehens der Ehe gegeben¹⁰². Der überlebende Ehegatte ist auch dann erbberechtigt, wenn die Ehegatten getrennt leben – sei es, dass sie faktisch getrennt sind oder den gemeinsamen Haushalt aufgehoben haben (Art. 175 f. ZGB) oder Ehetrennung (Art. 117 f. ZGB) vorliegt – oder wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig ist¹⁰³. Der andere Ehegatte erbt mithin selbst dann, wenn ein Ehegatte während des Scheidungsver-

⁹⁹ So schon FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 238 f.

¹⁰⁰ Vgl. auch entsprechend für den Erbvertrag III.3.2.b) hienach.

¹⁰¹ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 20 zu Art. 216 ZGB, m.w.H., und N. 35 zu Art. 241 ZGB; Handkomm-RYFFEL, N. 3 zu Art. 216 ZGB; AEBI-MÜLLER, Rz. 06.123 ff. und Rz. 11.23.

AEBI-MÜLLER, Rz. 11.23, Fn. 27, äussert allerdings hinsichtlich der Bedingungen einerseits Bedenken wegen Vorliegens von „psychologischen Vorbehalten, weil sich das Ehepaar“ beim Abschluss eines den überlebenden begünstigenden Rechtsgeschäftes „nicht eine Ehekrise vor Augen malt“. Andererseits „kann fraglich sein, ob schon eine kurze therapeutische Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zur Aufhebung oder Sistierung der letztwilligen Zuwendung führen soll. Was hat zu gelten, wenn der Erblasser die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts verschuldet hat, oder sogar vorwiegend deshalb ausgezogen ist, weil er sich aus einer erbrechtlichen Verpflichtung lösen wollte?“

Den Bedenken ist Rechnung zu tragen, und gerade deswegen sind die Bedingungen klar zu formulieren. Insgesamt sind aber Bedingungen der entsprechenden Art m.E. ohne weiteres zulässig. Beweisschwierigkeiten können auch im Rahmen des neuen formalisierten einseitigen Scheidungsgrundes von Art. 114 ZGB auftreten, wo sie auch akzeptiert werden; zum Ganzen zutreffend schon FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 239, Fn. 50.

¹⁰² WILDISEN, S. 75.

¹⁰³ DRUEY, Grundriss, § 5 Rz. 9; BK-WEIMAR, N. 7 f. zu Art. 462 ZGB.

fahrens oder sogar erst nach Eröffnung, aber vor Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils verstirbt¹⁰⁴. Umgekehrt geht das Erbrecht mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils¹⁰⁵ unmittelbar unter, unabhängig davon, wie lange die Ehe gedauert hat¹⁰⁶.

b) *Möglichkeiten zur Vermeidung bzw. Minderung der gesetzlichen Erbberechtigung*

Allgemein bestehen – um die vorerwähnte, in Ehekrise meist nicht gewünschte Konsequenz zu vermeiden bzw. jedenfalls zu mindern – für jeden Ehegatten die einseitigen Möglichkeiten, den anderen testamentarisch auf den Pflichtteil zu setzen oder – bei Vorliegen eines entsprechenden Tatbestandes (Art. 477 ZGB) – ihn zu enterben. Denkbar wäre andererseits, dass die Ehegatten für diesen Fall mittels Erbvertrages – und mithin zweiseitig – gegenseitig Erbverzicht eingehen¹⁰⁷.

Vorab ist also anlässlich einer Ehekrise möglich, dass ein Ehegatte den anderen mittels eines Testamentes *auf den Pflichtteil setzt*¹⁰⁸. Diese Vorkehr lässt sich relativ einfach und schnell treffen¹⁰⁹.

Wenn ein Enterbungsgrund vorliegt, besteht weiter die Möglichkeit, dass ein Ehegatte den anderen *enterbt*. Dazu erforderlich ist, dass der Ehegatte seinen Willen in der Form einer Verfügung von Todes wegen unter Angabe des Enterbungsgrundes ausdrückt (Art. 477, 479 Abs. 1 ZGB)¹¹⁰. Zu beachten ist allerdings, dass Ehekrise sowie Scheidungsmotive und Scheidungsursachen nicht per se auch Enterbungsgründe darstellen¹¹¹. So erfüllen für sich die Einreichung weder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens (Art. 111 f. ZGB) noch einer Scheidungsklage (Art. 114 f. ZGB) und auch nicht die Scheidungsabsicht als solche einen Enterbungsstatbestand¹¹². Demgegenüber können gegebenenfalls die ehelichen Pflichtverletzungen einen Enterbungs-

¹⁰⁴ BGE 122 III 310 f.; Handkomm-SCHWANDER, N. 4 zu Art. 120 ZGB.

¹⁰⁵ Dazu ausführlich FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 230 ff.

¹⁰⁶ Vgl. WILDISEN, S. 76. Zum Ganzen auch PraxKomm-NERTZ, N. 4 zu Art. 462 ZGB.

¹⁰⁷ Handkomm-SCHWANDER, N. 4 zu Art. 120 ZGB.

¹⁰⁸ BSK-BREITSCHMID, N. 12 der Vorbemerkungen zu Art. 467-536 ZGB; Handkomm-SCHWANDER, N. 4 zu Art. 120 ZGB.

¹⁰⁹ PraxKomm-FANKHAUSER, N. 17 zu Art. 120 ZGB; FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 244 f.

¹¹⁰ Vgl. zur Form TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 68 Rz. 64 ff.

¹¹¹ BSK-STECK, N. 18 zu Art. 120 ZGB; FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 245.

¹¹² BK-WEIMAR, N. 7 zu Art. 477 ZGB; PraxKomm-FANKHAUSER, N. 17 zu Art. 477 ZGB.

grund darstellen¹¹³; dafür ist allerdings nach hier vertretener Ansicht ein Schweregrad zu verlangen, der erheblich über das hinausgeht, was üblicherweise zu einer Ehekrise führt¹¹⁴.

Als Möglichkeit bleibt schliesslich das Eingehen eines *Erbverzichtes* unter den Ehegatten¹¹⁵. Das setzt allerdings die Mitwirkung beider Ehegatten voraus, was in der Ehekrise nicht selbstverständlich sein dürfte¹¹⁶.

3.2. Verfügungen von Todes wegen

a) *Ausgangslage*

Gemäss Art. 120 Abs. 2 ZGB können geschiedene Ehegatten aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet haben, keine Ansprüche erheben.

Mithin bleibt die Wirkung von vor Hängigkeit des Scheidungsverfahrens errichteten Verfügungen von Todes wegen bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung bestehen. Auf diese Rechtslage – die ebenfalls häufig nicht dem Willen der Ehegatten entsprechen dürfte – hat die Notarin die Parteien kraft ihrer Rechtsbelehrungspflicht hinzuweisen. Gegebenenfalls sind die Ehegatten auf rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen.

¹¹³ BK-WEIMAR, N. 7 zu Art. 477 ZGB; PraxKomm-FANKHAUSER, N. 17 zu Art. 477 ZGB; FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 245.

¹¹⁴ Ebenso schon FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 245; PraxKomm-FANKHAUSER, N. 17 zu Art. 477 ZGB. Das ist auch – wie PraxKomm-FANKHAUSER, a.a.O., festhält – aus Art. 120 Abs. 2 ZGB bzw. der dieser Norm zugrundeliegenden Wertung zu schliessen, wonach der Gesetzgeber das gesetzliche Erbrecht und damit auch das Pflichtteilsrecht unter Ehegatten erst mit Scheidung untergehen lässt und nicht bereits mit der Aufnahme des Getrenntlebens oder der Einreichung eines Scheidungsbegehrens bzw. einer Scheidungsklage.

¹¹⁵ BSK-STECK, N. 18 zu Art. 120 ZGB; Handkomm-SCHWANDER, N. 4 zu Art. 120 ZGB.

¹¹⁶ FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, S. 246, mit Hinweis darauf, dass der verzichtende Ehegatte einen doppelten Nachteil zu erleiden droht, indem nicht nur aus Erbrecht keine Ansprüche bestehen, sondern bei Versterben vor Rechtskraft des Scheidungsurteils auch keine unterhaltsrechtlichen Ansprüche gegeben sind und keine Teilung der beruflichen Vorsorge stattfindet, eventuell auch kein Anspruch auf Sozialversicherungsrenten besteht; vgl. auch PraxKomm-FANKHAUSER, N. 19 zu Art. 120 ZGB.

b) Handlungsmöglichkeiten

Hinsichtlich des *Testaments* erscheint die Situation als wenig problematisch. Dies insofern, als die letztwillige Verfügung jederzeit einseitig widerrufen werden kann (Art. 509 ff. ZGB).

Als komplexer erweist sich die Situation beim *Erbvertrag*. Dieser kann nämlich grundsätzlich einseitig nicht mehr aufgehoben werden¹¹⁷. Deshalb besteht gegebenenfalls rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf bei Erbverträgen, die den überlebenden Ehegatten begünstigen. Der Notar hat die erbvertragschliessenden Parteien entsprechend zu belehren. Und je nach deren Willen ist u.U. in den Erbvertrag eine (*Resolutiv-*)*Bedingung* aufzunehmen, wonach er dahinfällt, wenn ein Scheidungsverfahren rechtshängig ist oder bereits wenn der gemeinsame Haushalt der Parteien aufgehoben wird oder ein faktisches, ehebedingtes Getrenntleben vorliegt¹¹⁸. Der Entscheid darüber, ob eine entsprechende Bedingung aufzunehmen ist und gegebenenfalls worin diese bestehen soll, ist Sache der Parteien. Wird der Erbvertrag unter einer solchen Bedingung geschlossen, so gilt mit deren Eintritt vorerst das gesetzliche Ehegattenerbrecht. Überdies wird damit auch der Weg frei zur einseitigen Vornahme einer Minderung auch des gesetzlichen Erbrechts durch eine Pflichtteilssetzung des anderen Ehegatten¹¹⁹.

IV. Erwachsenenschutz

1. Einleitende Bemerkungen

Das neue Erwachsenenschutzrecht¹²⁰ enthält auch mehrere Änderungen von Bestimmungen des Erbrechts¹²¹. Namentlich zwei Normen beziehen sich dabei auf besondere erbrechtliche Situationen. Einerseits handelt es sich um die Möglichkeit, dass eine Person unter Beistandschaft, die den *Abschluss eines Erbvertrages* umfasst, nicht mehr nur testamentarisch, sondern auch erbvertraglich verfügen kann (Art. 468 nZGB)¹²². Andererseits kann eine

¹¹⁷ Statt vieler TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 70 Rz. 8 ff.

¹¹⁸ Vgl. auch entsprechend für den Ehevertrag III.2.2.c) hievor

¹¹⁹ Dazu III.3.1.b) hievor.

¹²⁰ Dieses ist in der Schlussabstimmung am 19. Dezember 2008 von den Eidgenössischen Räten angenommen worden; vgl. BBl 2009, S. 141 ff. Die Referendumsfrist ist unbenutzt abgelaufen. Mit einem Inkrafttreten ist auf 2013 zu rechnen.

¹²¹ Vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7104 ff.

¹²² Dazu IV.2. sogleich.

Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkommen angeordnet werden (Art. 492a und 531 nZGB)¹²³.

2. Abschluss eines Erbvertrages (Art. 468 nZGB)

Nach heute geltendem Erbrecht kann eine entmündigte Person – selbst bei gegebener Urteilsfähigkeit – nur durch Testament, nicht aber durch Erbvertrag von Todes wegen verfügen (Art. 468 ZGB)¹²⁴. Neu können auch Personen unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrages umfasst, *erbvertraglich verfügen*. Dazu vorauszusetzen ist Urteilsfähigkeit (Art. 468 Abs. 1 nZGB) und die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, d.h. des Beistandes (Art. 468 Abs. 2 nZGB). Nicht erforderlich ist demgegenüber die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde^{125 126}.

Als den Abschluss eines Erbvertrages umfassende Beistandschaft kommt nicht eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 nZGB), sondern eine Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 nZGB) in Betracht. Denn das Eingehen eines Erbvertrages als Erblasser stellt ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft dar, für welches jede Vertretung ausgeschlossen ist¹²⁷.

Als Begründung für die Neuregelung wird in der Botschaft angeführt, gelegentlich könne es „im wohlverstandenen Interesse der verbeiständeten Person liegen ..., einen Erbvertrag abzuschliessen; man denke etwa an den Erbvertrag unter Ehegatten.“¹²⁸

Schliesst eine verbeiständete Person als Erblasserin einen Erbvertrag ab, so wird der Beistand in besonders verantwortlicher Weise vorzugehen haben. Namentlich wird sich der die Zustimmung zum Erbvertrag des Verbeiständeten erteilende Beistand bewusst sein müssen, dass die verbeiständete Person damit bindende Verfügungen von Todes wegen trifft, aus denen sie sich grundsätzlich einseitig nicht mehr lösen kann¹²⁹. Auch der Notar seinerseits hat kraft seiner Rechtsbelehrungspflicht die verbeiständete Person und den

¹²³ Dazu IV.3. hienach.

¹²⁴ Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 67 Rz. 3.

¹²⁵ Das in Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB statuierte Zustimmungserfordernis erfasst nur den Fall, in dem eine verbeiständete Person als Gegenkontrahent einen Erbvertrag eingeht; vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7057 und 7105.

¹²⁶ Siehe zum Ganzen Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105.

¹²⁷ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105.

¹²⁸ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105.

¹²⁹ Vgl. statt vieler TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 70 Rz. 8 ff.

Beistand namentlich auf die grundsätzlich bindende Wirkung der erbvertraglichen Verfügung hinzuweisen.

3. Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen Nachkommen (Art. 492a und 531 nZGB)

3.1. Ausgangslage

Die neue Regelung knüpft an das bereits seit einiger Zeit diskutierte sog. Behindertentestament¹³⁰ an. Eltern geistig schwer behinderter Kinder hinterlassen zwar ihr Vermögen gerne dem behinderten Kind. Aber sie erachten es als wenig sachgerecht, dass nach dem Ableben des Kindes dessen Erbschaft aufgrund der gesetzlichen Erbfolge an Intestaterben geht, die sich möglicherweise nie um das Kind gekümmert haben¹³¹.

Wird das behinderte Kind nie von Todes wegen Verfügungsfähig, so bleibt es beim gesetzlichen Erbrecht. Denn die Eltern können nur über ihren eigenen Nachlass verfügen, nicht aber über denjenigen ihres geistig behinderten Kindes. Der im schweizerischen Erbrecht geltende Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen schliesst jede Vertretung des Erblassers in der Willensbildung und in der Willenserklärung aus¹³². Daran wird auch mit dem neuen Recht grundsätzlich festgehalten¹³³. Indessen ist für den Fall des Vorhandenseins urteilsunfähiger Nachkommen eine *Neuregelung der Nacherbeneinsetzung* (Art. 492a und 531 nZGB) vorgenommen worden.

3.2. Die neue Regelung

Im geltenden Recht ist eine Nacherbeneinsetzung gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfange des Pflichtteils ungültig (Art. 531 ZGB) bzw. – richtigerweise – herabsetzbar¹³⁴.

Nach neuem Recht kann der Erblasser, wenn ein (pflichtteilsgeschützter) Nachkomme dauernd urteilsunfähig ist und weder Nachkommen noch Ehegatten hinterlässt, eine *Nacherbeneinsetzung auf den Überrest* anordnen (Art. 492a Abs. 1 nZGB). Eltern bzw. ein Elternteil können mithin in einer Verfügung von Todes wegen ihr dauernd urteilsunfähiges Kind als Vorerben und

eine andere Person als Nacherben auf den Überrest einsetzen¹³⁵. Die Nacherbeneinsetzung darf dabei auch *den Pflichtteil* des urteilsunfähigen Kindes *belasten*. Art. 531 nZGB behält bezüglich des Pflichtteilsschutzes gegenüber Nacherbeneinsetzungen die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen ausdrücklich vor. Wird der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig, so fällt die Nacherbeneinsetzung von Gesetzes wegen dahin (Art. 492a Abs. 2 nZGB).

3.3. Übergangsrecht

In übergangsrechtlicher Hinsicht gelten für die Neuregelung der Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen Nachkommen die Bestimmungen von Art. 15 f. SchlT ZGB. Gemäss Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB ist in Bezug auf die Überschreitung der Verfügungsfreiheit oder die Art der Verfügung das neue Recht anwendbar, wenn der Erblasser nach dessen Inkrafttreten gestorben ist. Folglich ist es heute schon möglich, entsprechende Nacherbeneinsetzungen vorzunehmen, dies unter der Bedingung des Versterbens des Erblassers erst nach Inkrafttreten des revidierten Rechts¹³⁶.

3.4. Problematische Punkte und offene Fragen

Im Zusammenhang mit der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkommen ergeben sich eine ganze Reihe problematischer Punkte und offener Fragen¹³⁷. Diese können hier nicht eingehend thematisiert, sondern bloss kurz umrissen werden¹³⁸.

Die Nacherbeneinsetzung kann *nur zulasten von (pflichtteilsgeschützten) Nachkommen als Vorerben* angeordnet werden. Ausgeschlossen sind somit Nacherbeneinsetzungen zulasten der weiteren pflichtteilsberechtigten Erben, nämlich zulasten der Eltern, des Ehegatten und des eingetragenen Partners¹³⁹.

Der als Vorerbe eingesetzte Nachkomme darf seinerseits *keine Nachkommen und keinen Ehegatten* haben. M.E. darf auch *kein eingetragener Partner* vorhanden sein, denn warum in dieser Hinsicht eine Ungleichbehandlung von Ehegatten und eingetragenen Partnern erfolgen sollte, ist nicht ersichtlich¹⁴⁰.

¹³⁰ Siehe schon GEISER, S. 55 ff., und AEBI-MÜLLER/TANNER, S. 81 ff.

¹³¹ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105.

¹³² Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 66 Rz. 3.

¹³³ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105.

¹³⁴ BGE 108 II 290 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 68 Rz. 53.

¹³⁵ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7106.

¹³⁶ Ebenso FANKHAUSER/BIELER, S. 164 f.

¹³⁷ Diese sind jüngstens von FANKHAUSER/BIELER aufgeworfen worden. Bereits früher hat sich PIOTET kritisch zur Neuerung geäußert und letztlich gefragt – S. 247 –, ob tatsächlich „Une nouveauté vraiment nécessaire?“ vorliege.

¹³⁸ Siehe zum Folgenden ausführlicher FANKHAUSER/BIELER, S. 165 ff.

¹³⁹ Siehe auch FANKHAUSER/BIELER, S. 165.

¹⁴⁰ Ebenso PIOTET, S. 244, Fn. 18, und FANKHAUSER/BIELER, S. 167.

Im Gesetz nicht erwähnt ist, ob die Nacherbeneinsetzung auch dann angeordnet werden kann, wenn der *Vorerbe* vor Eintritt einer dauernden Urteilsunfähigkeit bereits *eine Verfügung von Todes wegen erlassen hat*. In einem solchen Fall muss in Anbetracht der *ratio legis* die Anordnung einer Nacherbeneinsetzung zulasten des Pflichtteils ausgeschlossen sein¹⁴¹. Freilich dürfte in praktischer Hinsicht die Abklärung der Frage, ob eine vorbestehende Verfügung von Todes wegen des urteilsunfähig Gewordenen vorhanden ist, mit etlichen Schwierigkeiten verbunden sein. Vorab besteht keine Pflicht, eine Verfügung von Todes wegen bei einer Amtsstelle zu hinterlegen oder – etwa beim Zentralen Testamentenregister – registrieren zu lassen. Überdies wird nach den heutigen Bestimmungen bzw. der heutigen Praxis Auskunft über das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen erst im Erbgang erteilt.

Den m.E. wohl heikelsten Punkt der Neuregelung dürfte die *dauernde Urteilsunfähigkeit* des Nachkommen *und* besonders *deren verbindliche Feststellung* bilden. Relevant zu sein hat die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit des Nachkommen. Denn die neue Bestimmung findet ihre Rechtfertigung darin, dass der urteilsunfähige Nachkomme nicht von Todes wegen verfügen kann. Die erbrechtliche Verfügungsfähigkeit ist – entsprechend der Urteilsfähigkeit – relativ, und zwar in Bezug auf das konkrete Rechtsgeschäft und auf den konkreten Zeitpunkt von dessen Vornahme. Demgegenüber verlangt Art. 492a nZGB offenbar nach einer abstrakten Beurteilung der dauernden Urteilsunfähigkeit des Nachkommen, unabhängig von einer durch diesen konkret zu errichtenden Verfügung von Todes wegen. Denn aus Art. 492a nZGB ergibt sich, dass sich die Voraussetzung der dauernden Urteilsunfähigkeit des Nachkommen auf den Zeitpunkt der Errichtung der die Nacherbschaft anordnenden Verfügung von Todes wegen bezieht¹⁴². Wer soll – ausserhalb jedes formellen Verfahrens, ganz einfach deswegen, weil jetzt die Eltern oder ein Elternteil eine Verfügung von Todes wegen errichten möchten – im Zeitpunkt der Anordnung der Nacherbschaft die dauernde Urteilsunfähigkeit des Nachkommen beurteilen? M.E. ist der Notar in jedem Fall gut beraten, diese Voraussetzung genauestens – mittels Einholens von Arztzeugnissen bzw. ärztlichen Gutachten – abzuklären. Unbedingt zu gelten hat, dass die Schwelle für die Bejahung der Urteilsunfähigkeit sehr hoch anzusetzen ist. Die Situation muss sich so präsentieren, dass die Wiedererlangung der Urteils- bzw. Verfügungsfähigkeit schlicht nicht zu erwarten ist¹⁴³.

¹⁴¹ FANKHAUSER/BIELER, S. 169 f.

¹⁴² Zum Ganzen schon FANKHAUSER/BIELER, S. 166.

¹⁴³ Das folgt auch aus Art. 492a Abs. 2 nZGB, wo von einem Urteilsfähigwerden „wider Erwarten“ die Rede ist. Zum Ganzen FANKHAUSER/BIELER, S. 166.