

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Aktuelles zur ehegüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare
und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der
Universität Bern vom 23./24. Oktober 2019



Stämpfli Verlag

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

**Aktuelles zur ehegüter- und erbrechtlichen
Planung – insbesondere aus der Sicht des
Notariats**



Schriften INR

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern

Aktuelles zur ehegüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats

Weiterbildungstagung des Verbandes
bernischer Notare und des Instituts für
Notariatsrecht und Notarielle Praxis
an der Universität Bern
vom 23./24. Oktober 2019

Beiträge von
Prof. Dr. iur. Stephan Wolf/Dr. iur. Martin Eggel
Prof. Dr. iur. Simon Laimer
Prof. Dr. oec. Hans Rainer Künzle
Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller/
BLaw Alexander Lueger



Stämpfli Verlag

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

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

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2019
www.staempfiverlag.com

ISBN 978-3-7272-0765-5

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

E-Book ISBN 978-3-7272-0767-9

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung und hängige Erbrechtsrevision – erste Folgerungen und Überlegungen zur Rechtsgeschäftsplanung

STEPHAN WOLF*/MARTIN EGEL**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	2
Materialienverzeichnis.....	4
I. Einleitung	4
II. Folgerungen aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die rechtsgeschäftliche Planung	5
A. Zum rechtsgeschäftlichen Handlungsbedarf hinsichtlich der Zuweisung von Erbschaftsgegenständen im Lichte von BGE 143 III 425 ff.....	5
B. Zulassung der Möglichkeit eines Teilurteils im Scheidungspunkt durch BGE 144 III 298 ff.	7
III. Erste Überlegungen zur hängigen Erbrechtsrevision aus planerischer Sicht.....	8
A. Die drei Revisionsvorlagen.....	8
B. Übergangsrecht im Erbrecht	9
C. Der Entwurf vom 29. August 2018.....	10
1. Vorbemerkungen.....	10
2. Keine Veränderung des gesetzlichen Erbrechts	10
a) Rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf für Zuwendungen an Personen ausserhalb des Kreises der gesetzlichen Erben	10
b) Unterstützungsanspruch zugunsten des überlebenden faktischen Lebenspartners.....	11
3. Aufhebung beziehungsweise Reduktion von Pflichtteilsrechten.....	12
a) Einleitende Bemerkungen.....	12
b) Aufhebung des Elternpflichtteils	13

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

** Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Oberassistent und Lehrbeauftragter am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

c)	Reduktion des Nachkommenpflichtteils	13
d)	Verlust des Pflichtteilsanspruchs während eines Scheidungsverfahrens	14
e)	Praktische Konsequenzen aus der vorgesehenen Erhöhung der Verfügungsfreiheit	15
4.	Klärung heute umstrittener Fragen.....	16
a)	Vorbemerkung	16
b)	Behandlung der ehe- bzw. vermögensvertraglichen Vorschlagszuweisung	16
c)	Regelung der Herabsetzung des Intestaterwerbs	18
d)	Erbrechtliche Erfassung der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a)	18

Literaturverzeichnis

ABT DANIEL, Prozessuale Erbteilung: Zufallsentscheid oder Zuweisungskompetenz?, dRSK, 29. August 2017 (zit. ABT, Erbteilung)

ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015 (zit. PraxKomm-AUTOR/IN)

AEBI-MÜLLER REGINA, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, Familienrecht, Eherecht (Eheschutz und Ehescheidung) und Kindesrecht, ZBJV 155 (2019), S. 508 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung)

CONTE GIUSEPPE, Presentazione, L'evoluzione dell'*ars notaria* nel quadro dell'attuale ordinamento giuridico, in: Crisi della legge e produzione privata del diritto, a cura di Conte Giuseppe e Palazzo Massimo, Roma 2018, S. 7 ff.

EGGEL MARTIN, Die gerichtliche Erbteilung zwischen Erwägung und Zufall, Bemerkungen zu BGE 143 III 425, AJP 2018, S. 407 ff. (zit. EGGEL, Erbteilung)

EGGEL MARTIN, Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod, AJP 2019, S. 90 ff. (zit. EGGEL, Vermögensplanung)

Fondazione italiana del Notariato, Biblioteca online della Fondazione italiana del Notariato, Degiurisdizionalizzazione, digitalizzazione, concorrenza: Tre itinerari di ricerca per il notariato contemporaneo (I/2018), Il contributo del notariato alla degiurisdizionalizzazione: mediazione, negoziazione

assistita e arbitrato (Parte I – Atti del convegno tenutosi a Bari il 17 marzo 2017), <https://biblioteca.fondazionenotariato.it/arg/22.html> (zuletzt besucht am 27. August 2019) (zit. Fondazione italiana del Notariato, Degiurisdizionalizzazione)

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-AUTOR/IN)

LIECHTI FABRIZIO, Formulierung der Rechtsbegehren bei Erbteilungsklagen und grundbuchliche Auswirkungen, BN 2018, S. 236 ff.

SCHWIZER ANGELO, Urteilsbesprechung 5A_623/2017, AJP 2018, S. 1565 ff. (zit. SCHWIZER, Urteilsbesprechung)

SIEBER LORENZ, Anspruch auf einen Teilentscheid im Scheidungspunkt vor Regelung der Nebenfolgen?, ZBJV 155 (2019), S. 49 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI, Première approche de la révision du droit des successions, in: Steinauer Paul-Henri/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (éd.), Journée de droit successoral 2019, Berne 2019, S. 205 ff. (zit. STEINAUER, approche)

WEIBEL THOMAS, Kommentierung zu Art. 604 ZGB, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. PraxKomm-WEIBEL, 4. Aufl.)

WEIMAR PETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III, Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, die Verfügungsfreiheit, die Verfügungsarten, die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR)

WOLF STEPHAN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, Erbrecht, ZBJV 154 (2018), S. 412 ff. (zit. WOLF, Rechtsprechung)

WOLF STEPHAN, Erbrecht in besonderen Situationen: Konkubinat, Ehekrise, Erwachsenenschutz, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht, INR Band 9, Bern 2009, S. 27 ff. (zit. WOLF, Erbrecht in besonderen Situationen)

WOLF STEPHAN, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Diss. Bern 1996 (zit. WOLF, Vorschlagszuweisung)

WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Ehegüter- und erbrechtliche Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelles zur ehegüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht

des Notariats, INR Band 25, Bern 2019, S. 19 ff. (zit. WOLF/EGHEL, Rechtsgeschäftsgestaltung)

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 1. Halbband, Erbrecht, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1)

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 2. Halbband, Erbrecht, Basel 2015 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/2)

Materialienverzeichnis

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

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10. April 2019, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2019/ref_2019-04-10.html (zuletzt besucht am 27. August 2019) (zit. Bericht Vorentwurf 2019)

Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) vom 4. März 2016, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2016/ref_2016-03-041.html (zuletzt besucht am 27. August 2019) (zit. Bericht Vorentwurf 2016)

I. Einleitung

Die ehegüter- und erbrechtliche Planung gehört zu den Kerngebieten der notariellen Tätigkeit und erweist sich als eine überaus breite, facettenreiche Thematik. In der Rechtsgeschäftsgestaltung hat die Notarin jeweils auch die Auswirkungen der Rechtsprechung und von allfälligen Gesetzesrevisionen mit in die Betrachtungen einzubeziehen. In diesem Zusammenhang sind im vorliegenden Beitrag¹ zunächst Folgerungen aus der *jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung* für die rechtsgeschäftliche Planung zu ziehen². Danach ist auf die hängige – sich seit nunmehr bald zehn Jahren hinziehende³, nun aber doch etwas konkreter werdende – *Erbrechtsrevision* und insbeson-

¹ Der unmittelbar anschliessende Aufsatz WOLF/EGHEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, S. 19 ff. in diesem Band, behandelt weitere aktuelle Fragen aus der ehegüter- und erbrechtlichen Rechtsgeschäftsplanung.

² II. sogleich.

³ Vgl. dazu Botschaft BBl 2018 5821 f.

dere die diesbezüglich bereits heute in der Rechtsgeschäftsgestaltung zu beachtenden Aspekte einzugehen⁴.

II. Folgerungen aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die rechtsgeschäftliche Planung

A. Zum rechtsgeschäftlichen Handlungsbedarf hinsichtlich der Zuweisung von Erbschaftsgegenständen im Lichte von BGE 143 III 425 ff.

Im Urteil BGE 143 III 425 hat das Bundesgericht entschieden, dass das Erbteilungsgericht nicht befugt sei, Lose oder einzelne Sachen direkt nach eigenem Ermessen einem Erben zuzuweisen, wenn sich die Erben darüber nicht einig sind und Teilungsvorschriften des Erblassers fehlen. In solchen Fällen steht der Erbteilungsrichterin mithin keine Zuweisungskompetenz gestützt auf sachliche Kriterien zu. Vielmehr kann das Erbteilungsgericht nur Lose nach Art. 611 ZGB bilden, die Losziehung vornehmen sowie gegebenenfalls Erbschaftsgegenstände, die sich weder teilen noch einem Los zuweisen lassen, i.S.v. Art. 612 ZGB verkaufen und alsdann den Erlös verteilen⁵. Mit der nunmehrigen Rechtsprechung stellt das Erbteilungsurteil auch keine vollwertige Alternative zum Erbteilungsvertrag mehr dar⁶.

Darauf, dass das höchste Gericht damit ein der bisherigen bewährten, jahrzehntelangen Erbrechtspraxis widersprechendes und in der Sache unzutreffendes Urteil gefällt hat, ist an dieser Stelle nicht näher zurückzukommen⁷. Hingegen sind aus dem Bundesgerichtsurteil Folgerungen für die Rechtsgeschäftsgestaltung zu ziehen. Denn bei Fehlen von Teilungsvorschriften des Erblassers wird das Erbteilungsgericht nach der neuen Rechtsprechung keine Zuweisung von Erbschaftsgegenständen an die einzelnen Erben gestützt auf sachliche, objektive Kriterien – wie etwa die Zuweisung einer behindertengerecht umgebauten Stockwerkeinheit an den darin seit Jahrzehnten wohnenden, behinderten Sohn des Erblassers – mehr vornehmen, sondern den Entscheid dem Zufall – und damit vielleicht die Stockwerkeinheit dem schon seit

⁴ III. hienach.

⁵ Vgl. auch schon ABT, Erbteilung; WOLF, Rechtsprechung, S. 418.

⁶ So schon WOLF, Rechtsprechung, S. 419.

⁷ Vgl. die Kritik am Entscheid bei ABT, Erbteilung; EGEL, Erbteilung, S. 407 ff.; WOLF, Rechtsprechung, S. 412 ff.; nunmehr ablehnend auch BSK-SCHAUFELBERGER/ KELLER LÜSCHER, N. 7a zu Art. 604 ZGB, und PraxKomm-WEIBEL, 4. Aufl., N. 45c zu Art. 604 ZGB.

langem in Neuseeland lebenden, zur Wohnung keinerlei Bezug aufweisenden zweiten Sohn des Erblassers – überlassen.

Mit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist folglich *die Bedeutung einer sorgfältigen Erbschaftsplanung durch Verfügungen von Todes wegen gestiegen*. Die mit der Nachlassplanung betraute Notarin oder der entsprechend mandatierte Rechtsanwalt hat die Klientschaft *darauf hinzuweisen, dass ohne Vorliegen von Teilungsvorschriften eine gerichtliche Zuweisung nach sachlichen Gesichtspunkten ausgeschlossen ist* und «rasch einmal die Veräusserung der Erbschaftsgegenstände und die Verteilung des Erlöses in der Erbteilung erfolgen werden»⁸. Vom Erblasser, der einen reinen Zufallsentscheid des Erbteilungsgerichts verhindern will, sind in einer Verfügung von Todes wegen konkrete Zuweisungsansprüche der einzelnen Erben begründende *Teilungsvorschriften* (Art. 608 Abs. 1 ZGB) zu erlassen. Die neue Rechtsprechung trägt damit im Ergebnis zur – an sich durchaus begrüssenswerten – Verwirklichung von Privatrecht ausserhalb der Gerichte bei⁹. Es handelt sich damit in gewissem Sinne auch um eine Erscheinungsart von *Dejurisdiktionalisierung*¹⁰, d.h. – verkürzt und verallgemeinert ausgedrückt – einer Auslagerung von bis anhin den Gerichten zustehenden Kompetenzen sowie Erledigung von Konflikten auf anderem Wege und unter Bezug bzw. Zuständigkeit von anderen Personen, namentlich auch von Notaren¹¹.

⁸ LIECHTI, S. 260 f.; ebenso EGHEL, Erbteilung, S. 413.

⁹ WOLF, Rechtsprechung, S. 419.

¹⁰ Das mehrschichtige Phänomen der Dejurisdiktionalisierung ist namentlich in der jüngeren zivilrechtlichen Diskussion in Italien ein vielfach beachtetes Thema. Siehe etwa im Zusammenhang mit dem Notariat die Beiträge in: Fondazione italiana del Notariato, Degiurisdizionalizzazione.

¹¹ In der Tat erweist sich gerade der Notar als vorzüglicher Realisator der Dimension der Rechtsanwendung. Zur entsprechenden Rolle des Notars in Abgrenzung von denjenigen des Richters treffend CONTE, S. 15 f.: «Il notaio è partecipe di questa dimensione in modo completamente diverso rispetto al giudice. A dire il vero, il suo intervento muove da un angolo privilegiato: il suo *iudicare* non vale a distribuire torti e ragioni tra le parti, le quali, non essendo riuscite a prevenire o a dirimere la lite tra di esse insorte, si sono rimesse al giudizio di un organo terzo per venirne a capo; il notaio, a differenza del giudice, che esprime un *dictum* in virtù della potestà decisoria di cui è investito, interviene nella fase antecedente della negoziazione; il suo intervento non esprime nessuna potestà decisoria, né tantomeno ripartisce torti e ragioni tra le parti; il suo ruolo è di suggerire una soluzione negoziale che sia valida sul piano giuridico e pienamente confacente agli interessi di tutte le parti. L'efficacia del suo intervento riposa sulla forza persuasiva che si ricollega: alla solidità della sua competenza professionale, agli affidamenti che la sua veste imparziale suscita nelle parti, ai controlli e alle responsabilità che si accompagnano alle sue prestazioni professionali.»

B. Zulassung der Möglichkeit eines Teilurteils im Scheidungspunkt durch BGE 144 III 298 ff.

Im Entscheid BGE 144 III 298 hat das Bundesgericht erkannt, dass ein Urteil nur im Scheidungspunkt – d.h. ein sog. *Teilurteil* i.S.v. Art. 283 ZPO – zulässig ist¹². Der Grundsatz, wonach das Gericht im Scheidungsurteil auch über die Scheidungsfolgen befindet (Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils), schliesse ein Teilurteil dann nicht aus, «wenn die Ehegatten einem Teilentscheid im Scheidungspunkt zustimmen oder wenn das Interesse des einen Ehegatten an einem Teilentscheid im Scheidungspunkt das Interesse des anderen Ehegatten an einem gleichzeitigen Entscheid von Scheidung und Scheidungsfolgen überwiegt»¹³. Ein Teilurteil ist mithin dann zuzulassen, wenn der Scheidungspunkt liquid ist, sich die Auseinandersetzung über die Scheidungsnebenfolgen noch in die Länge ziehen dürfte und seitens der einen Partei ein *legitimes, überwiegendes Interesse* besteht¹⁴. Dabei ist auch das Interesse einer Partei zu berücksichtigen, eine Nachfolgeregelung zu treffen, «die erschwert werde, solange das gesetzliche Erbrecht der Beschwerdegegnerin bestehe (vgl. Art. 120 Abs. 2 ZGB)»¹⁵.

Mit diesem Urteil wird im Einzelfall eine schon länger bekannte Problematik im Erbrecht gemildert, dass nämlich für die Phase zwischen Einreichung eines berechtigten Scheidungsbegehrrens bis zur Scheidung, m.a.W. während des Scheidungsverfahrens, ehe- und erbvertraglich bindende Begünstigungen oder – wenn solche nicht vorhanden sind – auch der Pflichtteil des noch nicht geschiedenen Ehegatten unentziehbar bleiben (vgl. Art. 120 ZGB). Im geltenden Recht kann ein scheidungswilliger Ehegatte einseitig nicht erreichen, dass für den Fall seines Versterbens während des Scheidungsverfahrens der andere Ehegatte nicht in den Genuss der mit der Stellung als überlebender Ehegatte verbundenen ehegüter- und erbrechtlichen Begünstigungen gelangt¹⁶. Durch die Möglichkeit eines Teilurteils im Scheidungspunkt wird nun dieser Zeitraum gegebenenfalls verkürzt.

Dies *dispensiert freilich nicht von einer rechtsgeschäftlichen Planung*, welche die entsprechende Problematik aufnimmt¹⁷. Denn auch ein Teilurteil ergeht

¹² BGE 144 III 298, insbesondere 305 ff. Vgl. die Besprechungen von AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung, S. 511; SCHWIZER, Urteilsbesprechung, S. 1565 ff.; SIEBER, S. 49 ff.

¹³ Regeste zu BGE 144 III 298.

¹⁴ SCHWIZER, Urteilsbesprechung, S. 1566.

¹⁵ BGE 144 III 298, 308. Zur Prüfung der auf dem Spiel stehenden Interessen der Parteien auch AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung, S. 511 f.

¹⁶ In diesem Zusammenhang näher zur Problematik der Ehekrise WOLF, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 47 ff., m.w.H.

¹⁷ Dazu bereits die Hinweise bei EGEL, Vermögensplanung, Fn. 48 und 64; weiter auch WOLF, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 47 ff.

erst nach Durchlaufen des vorangehenden Scheidungsverfahrens, und ob die gerichtlich vorzunehmende Abwägung der Interessen der Parteien einen auf den Scheidungspunkt beschränkten Teilentscheid zulässt, steht nicht von vornherein fest. Deshalb ist nach wie vor in Erwägung zu ziehen, ehe- und erbvertragliche Begünstigungen des überlebenden Ehegatten an die (*Resolutiv-*)*Bedingung* zu knüpfen, wonach sie dahinfallen, wenn ein Scheidungsverfahren rechtshängig ist oder bereits wenn der gemeinsame Haushalt aufgehoben wird¹⁸. Auch die hängige Erbrechtsrevision – auf die sogleich noch detailliert einzugehen sein wird¹⁹ – bringt hier zwar gewisse Lösungen, wobei im Einzelfall aber durchaus weiterhin rechtsgeschäftliche Regelungen angezeigt sein können²⁰.

III. Erste Überlegungen zur hängigen Erbrechtsrevision aus planerischer Sicht

A. Die drei Revisionsvorlagen

Der Bundesrat hat am 29. August 2018 eine Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) mit zugehörigem Gesetzesentwurf zuhanden der Eidgenössischen Räte verabschiedet²¹. Dabei handelt es sich um die erste, sich auf die Umsetzung der Motion 10.3524 Gutzwiller konzentrierende Etappe der geplanten Erbrechtsrevision. Weitere Reformanliegen, wie sie in dem am 4. März 2016 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf enthalten waren, sollen zu einem späteren Zeitpunkt behandelt werden²². Inzwischen hat der Bundesrat am 10. April 2019 auch einen Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) mit Erläuterndem Bericht zuhanden des Vernehmlassungsverfahrens veröffentlicht²³.

Selbstverständlich kann sich aus allen drei hängigen Vorlagen rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf ergeben, der gegebenenfalls bereits heute zu berücksichtigen ist. Es würde allerdings den Rahmen des vorliegenden Beitrages sprengen, alle drei Vorlagen – die das Gesetzgebungsverfahren noch zu durchlaufen haben und für die offen bleibt, ob, wann und mit welchem Inhalt sie in Kraft treten werden – bereits an dieser Stelle detailliert zu präsentie-

¹⁸ Näher WOLF, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 52 f. und 56.

¹⁹ III.

²⁰ Vgl. III.C.3.d. hienach.

²¹ Botschaft BBI 2018 5813 ff.

²² Botschaft BBI 2018 5826.

²³ Bericht Vorentwurf 2019.

ren²⁴. Angesprochen wird deshalb nachfolgend einzig der Entwurf des Bundesrates vom 29. August 2018.

Im Folgenden ist zunächst das Übergangsrecht im Erbrecht darzustellen²⁵. Danach wird – wie eben erwähnt – auf den Entwurf des Bundesrates vom 29. August 2018 und auf die daraus sich ergebenden Folgen für die Rechtsgeschäftsplanung und die Redaktion von Verfügungen von Todes wegen eingegangen²⁶.

B. Übergangsrecht im Erbrecht

Gemäss Art. 15 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB richten sich die erbrechtlichen Verhältnisse einer verstorbenen Person *nach dem im Zeitpunkt ihres Todes* – mit hin bei der Eröffnung des Erbganges (Art. 537 Abs. 1 ZGB) – *geltenden Recht*²⁷. Sofern nicht im Rahmen der noch bevorstehenden Gesetzgebungsarbeiten besondere übergangsrechtliche Regeln erlassen werden – der Entwurf vom 29. August 2019 sieht solche nicht vor²⁸ –, sind die allgemeinen Bestimmungen von Art. 15 f. SchlT ZGB anwendbar²⁹.

Weil die Revisionsbestrebungen tendenziell zu einer Reduktion der Pflichtteile – und damit im Gegenzug zu einer Erhöhung der Verfügungs freiheit des Erblassers – führen sollen³⁰, ist für die Rechtsgeschäftsplanung intertemporalrechtlich namentlich Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB zu beachten. Danach gilt für das *Pflichtteilsrecht* bezüglich aller Verfügungen von Todes wegen das *neue Recht, wenn der Erblasser nach dessen Inkrafttreten gestorben ist*. Diese Regel gilt demnach auch für Verfügungen von Todes wegen, die bereits unter dem früheren – heutigen – Recht errichtet worden sind, und sie gilt a fortiori ebenfalls für lebzeitige Zuwendungen, die pflichtteilsrechtlich relevant sind³¹. In diesem Zusammenhang können sich insbesondere dann Auslegungsprobleme ergeben, wenn der Erblasser unter der Geltung eines pflichtteilsrechtlich strengeren Rechtes verfügt, aber nach Inkrafttreten einer pflichtteilsrechtlich

²⁴ Siehe in diesem Sinne auch schon STEINAUER, approche, S. 206.

²⁵ III.B. sogleich.

²⁶ III.C. hienach.

²⁷ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 49; BSK-BREITSCHMID, N. 1 zu Art. 15/16 SchlT ZGB.

²⁸ Vgl. Botschaft BBI 2018 5870 ff. Ebenso enthalten die Vorentwürfe vom 4. März 2016 und vom 10. April 2019 keine besonderen intertemporalrechtlichen Bestimmungen; vgl. Bericht Vorentwurf 2016, S. 17, und Bericht Vorentwurf 2019, S. 18.

²⁹ Vgl. auch STEINAUER, approche, S. 207.

³⁰ Gemäss Botschaft BBI 2018 5814, steht die Erhöhung der Verfügungs freiheit des Erblassers im «*Zentrum der Revision*» (Kursivschrift im Original).

³¹ STEINAUER, approche, S. 207. Siehe dazu näher auch PraxKomm-SCHWEIZER, N. 8 ff. zu Art. 16 SchlT ZGB.

freieren Ordnung verstirbt³². Im Rahmen der Redaktion von Verfügungen von Todes wegen gilt es, solche Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden³³.

C. Der Entwurf vom 29. August 2018

1. Vorbemerkungen

Nachfolgend wird kurz auf die namentlich für die Notarin relevanten Aspekte des Entwurfs des Bundesrates vom 29. August 2018 eingegangen. Für eine weiterführende Darstellung sei auf die Botschaft samt Gesetzesentwurf verwiesen³⁴. Im Einzelnen hier zu behandeln sind der gleich bleibende Kreis der gesetzlichen Erben³⁵, die Aufhebung beziehungsweise Reduktion von Pflichtteilsrechten zur Erhöhung der Verfügungs freiheit des Erblassers³⁶ sowie die angestrebte Klärung verschiedener heute kontroverser Fragen aus dem Pflichtteilsrecht^{37,38}.

2. Keine Veränderung des gesetzlichen Erbrechts

a) Rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf für Zuwendungen an Personen ausserhalb des Kreises der gesetzlichen Erben

Der Entwurf enthält keinerlei Veränderung des gesetzlichen Erbrechts³⁹. Der Kreis der gesetzlichen Erben und die gesetzlichen Erbquoten entsprechen dem heute geltenden Recht. Unter Berücksichtigung des klar geäusserten Willens des Parlaments verzichtete der Bundesrat namentlich darauf, die Einführung eines gesetzlichen Erbteils für faktische Lebenspartner vorzuschlagen⁴⁰. Für diesen wird stattdessen ein Unterstützungsanspruch vorgesehen⁴¹.

Für die Rechtsgeschäftsplanung bedeutet das *weiterhin*, dass der Erblasser, der einer *Person ausserhalb des Kreises der gesetzlichen Erben* – wie namentlich dem Lebenspartner oder einem nicht gemeinsamen Nachkommen

³² BSK-BREITSCHMID, N. 5 zu Art. 15/16 SchlT ZGB; vgl. auch PraxKomm-SCHWEIZER, N. 9 zu Art. 16 SchlT ZGB.

³³ Dazu näher III.C.3.e. hienach.

³⁴ Botschaft BBI 2018 5813 ff.

³⁵ III.C.2. sogleich.

³⁶ III.C.3. hienach.

³⁷ III.C.4. hienach.

³⁸ Siehe zum Folgenden insgesamt schon STEINAUER, approche, S. 207 ff.

³⁹ Vgl. auch STEINAUER, approche, S. 207.

⁴⁰ Botschaft BBI 2018 5825.

⁴¹ Dazu III.C.2.b. sogleich.

seines Ehegatten, eingetragenen Partners oder faktischen Lebenspartners – eine Zuwendung mortis causa ausrichten will, dies in einer *Verfügung von Todes wegen* anzutunnen hat^{42,43}.

Im Vergleich zum heutigen Recht ergibt sich mit der Revision indessen insofern eine *Veränderung*, als aufgrund der vorgesehenen Aufhebung des Elternpflichtteils und der Verkleinerung des Nachkommenpflichtteils im einzelnen Fall eine *erhöhte verfügbare Quote* besteht⁴⁴. Der Erblasser ist mithin im Rahmen der erhöhten Verfügungs freiheit in der Lage, auch ausserhalb des Kreises der gesetzlichen Erben befindlichen Personen – wie namentlich seiner Lebenspartnerin oder den Kindern seiner Ehegattin oder denjenigen seiner Lebenspartnerin – in höherem Ausmass Zuwendungen von Todes wegen – mittels Erbeinsetzung oder Anordnung eines Vermächtnisses – auszurichten, als dies heute der Fall ist⁴⁵. Diesbezüglich weiterhin zu beachten bleibt freilich, dass für aussenstehende Personen in der Regel je nach anwendbarem kantonalem Recht höhere *Erbschafts- und Schenkungssteuern* zu entrichten sind⁴⁶.

b) Unterstützungsanspruch zugunsten des überlebenden faktischen Lebenspartners

Ohne die faktischen Lebenspartner mit Ehegatten beziehungsweise eingetragenen Partnern gleichzustellen – mithin ohne Einführung eines gesetzlichen Erbrechts⁴⁷ – schlägt der Bundesrat einen gesetzlichen Unterstützungsanspruch zugunsten der überlebenden faktischen Lebenspartnerin, die nicht über genügend Mittel zur Deckung des Existenzminimums verfügt, vor (Art. 606a ff. E ZGB)⁴⁸. Es handelt sich um eine Forderung des Lebenspartners gegenüber den Erben. Für die damit von *Gesetzes wegen entstehende Erbschaftsschuld* haften mehrere Erben solidarisch. Nach der vorgeschlagenen Regelung geniesst der faktische Lebenspartner Vorrang gegenüber den Pflichtteilserben; die Pflichtteilsberechnung erfolgt erst nach Abzug des Unterstützungsanspruchs (vgl. Art. 474 Abs. 2 E ZGB)⁴⁹.

⁴² Selbstverständlich auch möglich ist die Ausrichtung von lebzeitigen Zuwendungen an Personen ausserhalb des Kreises der gesetzlichen Erben.

⁴³ Vgl. auch STEINAUER, approche, S. 208; weiter Botschaft BBI 2018 5825.

⁴⁴ Dazu näher III.C.3. hienach.

⁴⁵ Vgl. Botschaft BBI 2018 5825; dazu auch STEINAUER, approche, S. 208.

⁴⁶ Siehe zum Ganzen auch STEINAUER, approche, S. 208, m.w.H. auf die Erbschaftssteuern.

⁴⁷ Vgl. schon III.C.2.a. soeben.

⁴⁸ Botschaft BBI 2018 5828.

⁴⁹ Zum Ganzen Botschaft BBI 2018 5863.

Der Unterstützungsanspruch des überlebenden Lebenspartners entsteht nur unter den zwei kumulativen *Voraussetzungen*, dass er beim Tod des Erblassers seit mindestens *fünf Jahren* mit diesem in einer faktischen Lebensgemeinschaft gelebt hat und ohne die Unterstützung in *Not* geraten würde (Art. 606a Abs. 1 E ZGB). Die Unterstützung erfolgt in der Form einer *Rente*; deren Gesamtbetrag darf weder die Summe der Renten, die der Lebenspartner bis zum vollendeten 100. Altersjahr erhalten würde, noch einen Viertel des Nettovermögens des Erblassers im Zeitpunkt des Todes überschreiten (Art. 606b Abs. 1 E ZGB).

Für die Rechtsgeschäftsplanung zu beachten ist, dass der vorgeschlagene Unterstützungsanspruch vor dem Tod *weder durch eine letztwillige Verfügung noch durch eine Vereinbarung ausgeschlossen werden kann*⁵⁰. Sind seine Voraussetzungen gegeben, so greift der Unterstützungsanspruch rechtlich zwingend. In tatsächlicher Hinsicht lässt sich die Entstehung des Unterstützungsanspruchs vielleicht dadurch verhindern, dass dem überlebenden Lebenspartner zu Lebzeiten⁵¹ oder von Todes wegen Zuwendungen ausgerichtet werden, die ausschliessen, dass er als in Not geraten gilt, womit die entsprechende Anspruchsvoraussetzung nicht erfüllt ist. Wie allerdings eine solche Präventivzuwendung an den Lebenspartner rechtlich einzuordnen wäre, wie sie sich insbesondere zu den Pflichtteilen der Nachkommen verhalten würde und wie mit einem allfälligen Verbrauch umzugehen wäre, muss derzeit offen bleiben.

3. *Aufhebung beziehungsweise Reduktion von Pflichtteilsrechten*

a) **Einleitende Bemerkungen**

Die Erhöhung der Verfügungsfreiheit steht gemäss der Botschaft des Bundesrates im «*Zentrum der Revision*»⁵². Nachfolgend ist auf die einzelnen Bestimmungen betreffend die Aufhebung des Elternpflichtteils⁵³, die Reduktion des Nachkommenpflichtteils⁵⁴ und den Verlust des Pflichtteilsanspruchs während

⁵⁰ Botschaft BBI 2018 5863.

⁵¹ Freilich ist der Zeitpunkt gut zu wählen, so dass die Mittel nicht zum Zeitpunkt des Todes bereits wieder verbraucht sind.

⁵² Botschaft BBI 2018 5814 (Kursivschrift im Original).

⁵³ III.C.3.b. *sogleich*.

⁵⁴ III.C.3.c. *hienach*.

eines Scheidungsverfahrens⁵⁵ einzugehen. Danach sind praktische Konsequenzen aus der vorgesehenen Erhöhung der Verfügungsfreiheit zu behandeln⁵⁶.

b) Aufhebung des Elternpflichtteils

Der Pflichtteil der Eltern wird aufgehoben (Art. 470 Abs. 1 E ZGB). Trotz der innerhalb der Familie bestehenden Solidaritätspflicht – wie sie namentlich in Art. 328 ZGB zum Ausdruck gelangt – hat der Pflichtteil von Vater und Mutter seine Bedeutung weitgehend verloren, denn die Eltern des Erblassers werden in der Regel über genügend eigene Mittel verfügen, besonders auch angesichts der Entwicklung der Sozialversicherungen⁵⁷.

Die Aufhebung des Elternpflichtteils ist praktisch namentlich dann von Bedeutung, wenn der Erblasser zugunsten seiner faktischen Lebenspartnerin verfügen möchte. Ohne Vorhandensein von Nachkommen kann der – nicht verheiratete und nicht in eingetragener Partnerschaft lebende – Erblasser nach dem Gesetzesentwurf über die ganze Erbschaft frei verfügen⁵⁸.

c) Reduktion des Nachkommenpflichtteils

Nach geltendem Recht beträgt der Pflichtteil für einen Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruches (Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Nach dem Revisionsentwurf beträgt der Pflichtteil neu *die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs* (Art. 470 Abs. 1 i.V.m. 471 E ZGB). Die Botschaft begründet die Reduktion des Nachkommenpflichtteils mit dem Ausbau der Sozialversicherung sowie dem Umstand, dass «die Nachkommen heutzutage in den meisten Fällen zu einem Zeitpunkt erben, in dem sie ihre wirtschaftliche Existenz bereits aufgebaut haben»⁵⁹.

Der Pflichtteil des Ehegatten und des eingetragenen Partners bleibt unverändert; er beträgt wie heute (Art. 471 Ziff. 3 ZGB) die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs (Art. 470 Abs. 1 i.V.m. Art. 471 E ZGB). Der Pflichtteilsan-

⁵⁵ III.C.3.d. hienach.

⁵⁶ III.C.3.e. hienach.

⁵⁷ So STEINAUER, approche, S. 210. Der Bundesrat seinerseits stützte sich dabei gemäss der Botschaft BBI 2018 5831 «auf die Überlegung, dass der Pflichtteil der Eltern weniger auf einem Unterstützungsbedürfnis beruht als auf dem Gedanken der Solidarität innerhalb der Familie und der Generationen. Diese Solidarität hat in den letzten Jahrzehnten signifikant abgenommen, und es erscheint deshalb angemessen, dass das Recht diese Entwicklung nachvollzieht.»

⁵⁸ Vgl. Botschaft BBI 2018 5831 und 5834. Siehe auch STEINAUER, approche, S. 210.

⁵⁹ Botschaft BBI 2018 5832.

spruch beläuft sich nach dem Entwurf mithin für alle pflichtteilsgeschützten Erben – Nachkommen, Ehegatten und eingetragenen Partner (Art. 470 Abs. 1 E ZGB) – auf einheitlich die Hälfte (Art. 471 E ZGB).

Hinterlässt der Erblasser Nachkommen sowie einen Ehegatten oder eingetragenen Partner, so beträgt der Pflichtteil somit für die Nachkommen insgesamt sowie für den Ehegatten bzw. eingetragenen Partner je einen Viertel der Erbschaft. Die verfügbare Quote beläuft sich somit auf die Hälfte des Nachlasses, dies gegenüber drei Achteln unter geltendem Recht⁶⁰. Infolge der veränderten Pflichtteilsquoten sieht der Entwurf auch eine Anpassung der Sonderbestimmung von Art. 473 Abs. 2 ZGB betreffend die verfügbare Quote bei der Nutzniessung vor⁶¹.

d) Verlust des Pflichtteilsanspruchs während eines Scheidungsverfahrens

Der überlebende Ehegatte verliert seinen Pflichtteilsanspruch, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig ist und dieses auf *gemeinsames Begehr* eingeleitet wurde oder auf *Klage* hin eingeleitet wurde und beide Ehegatten mit der Scheidung *einverstanden* gewesen sind oder seit mindestens *zwei Jahren getrennt* gelebt haben (Art. 472 Abs. 1 E ZGB). Diese Bestimmung gilt sinngemäss auch bei Verfahren zur Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft (Art. 472 Abs. 2 E ZGB). Entsprechend der Zielsetzung dieser Änderung sieht der Entwurf bei Wegfall des Pflichtteilsrechts auch den *Verlust von Begünstigungen* aus einem Ehevertrag bzw. Vermögensvertrag und aus Verfügungen von Todes wegen vor (Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2, Art. 217 Abs. 2, Art. 241 Abs. 4 E ZGB; Art. 31 Abs. 2 Ziff. 2 E PartG)⁶².

Zu beachten ist, dass die vorgeschlagene Regelung in Art. 472 Abs. 1 E ZGB zwar den *Verlust des Pflichtteilsrechts* statuiert, die überlebende Ehegattin oder eingetragene Partnerin jedoch bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft der Scheidung oder der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft *das gesetzliche Erbrecht behält* (Art. 120 Abs. 2 Ziff. 1 E ZGB und Art. 31 Abs. 1 E PartG). Soll der Ehegatte oder eingetragene Partner beim Tod des Erblassers vor Eintritt der formellen Rechtskraft des Scheidungs- oder Auflösungsurteils keinen Erbanspruch haben, so ist ihm dieser durch eine entsprechende Verfügung von Todes wegen zu entziehen⁶³. Insofern wird also rechtsgeschäftlicher Handlungsbedarf bestehen bleiben.

⁶⁰ Botschaft BBI 2018 5834.

⁶¹ Dazu näher Botschaft BBI 2018 5842 f.; vgl. auch STEINAUER, approche, S. 211.

⁶² Vgl. Botschaft BBI 2018 5839 f.; siehe weiter STEINAUER, approche, S. 211.

⁶³ Vgl. Botschaft BBI 2018 5839 f.; siehe auch EGHEL, Vermögensplanung, S. 97.

Solange die *Revision nicht in Kraft* getreten ist oder wenn man *weiter gehen will als das Gesetz*, ist – so das dem Willen der Parteien entspricht – für den Fall einer *Ehekrise* weiterhin *rechtsgeschäftlich Vorkehr zu treffen*. So ist etwa eine ehevertragliche Begünstigung durch Vorschlags- bzw. Gesamtgutszuweisung (Art. 216 bzw. 241 ZGB) an die Bedingung zu knüpfen, wonach sie mit Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens oder bereits mit Aufnahme eines faktischen, ehebedingten Getrenntlebens dahinfällt⁶⁴. Ebenso sind gegebenenfalls begünstigende Verfügungen von Todes wegen mit einer Bedingung zu versehen, dass sie dahinfallen, wenn ein Scheidungsverfahren rechtshängig ist oder ein faktisches Getrenntleben vorliegt⁶⁵.

e) Praktische Konsequenzen aus der vorgesehenen Erhöhung der Verfügungs freiheit⁶⁶

Angesichts des vorliegenden Gesetzesentwurfs sind Personen, die von Todes wegen verfügen möchten, *bereits jetzt auf die allenfalls* – wenn die Revision so wie vorgeschlagen in Kraft treten wird – *sich ergebende erhöhte Verfügungs freiheit hinzuweisen*. Und ebenso ist die Klientenschaft darüber zu informieren, dass schon heute *Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung der (wahr scheinlichen) Erhöhung der Verfügungs freiheit redigiert werden können*. Das ist infolge der mit ihm verbundenen Bindungswirkung insbesondere beim Abschluss eines Erbvertrages zu bedenken. Es gilt aber auch für die Errichtung einer letzt willigen Verfügung, denn es lässt sich nicht ausschliessen, dass der Testator später – etwa infolge einer zwischenzeitlich eingetretenen Verfügungs unfähigkeit (Art. 467 ZGB) – nicht mehr in der Lage sein wird, sein Testament zu ändern⁶⁷.

Unabhängig davon, ob der Erblasser von der vorgeschlagenen Erhöhung der Verfügungs freiheit Gebrauch machen will oder nicht, sind in der Rechts geschäftsplanung jegliche *Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, die sich mit Blick auf das Intertemporalrecht ergeben könnten*, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts verstirbt. Denn in diesem Fall sind für die Frage der Pflichtteile und der verfügbaren Quote die Bestimmungen des neuen Rechts anwendbar, dies auch dann, wenn die Verfügung von Todes wegen unter altem Recht errichtet worden ist (Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB)^{68,69}. Allgemein ergeben sich dann regelmässig Auslegungsprobleme, wenn der Erblasser unter der Gel

⁶⁴ Näher WOLF, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 52 f.; EGGEL, Vermögensplanung, S. 95, m.w.H.

⁶⁵ Dazu WOLF, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 56; EGGEL, Vermögensplanung, S. 97.

⁶⁶ Zum folgenden Abschnitt insgesamt STEINAUER, approche, S. 211 f.

⁶⁷ Zum Ganzen STEINAUER, approche, S. 211 f.

⁶⁸ Zum Übergangsrecht schon III.B. hievor.

⁶⁹ Zu alledem ebenfalls STEINAUER, approche, S. 212.

tung einer diesbezüglich strengeren Ordnung noch Pflichtteilsrechte zu beachten hatte, die im Zeitpunkte seines Ablebens und der Eröffnung des Erbganges nicht mehr bestehen⁷⁰. Eine Vermutung bezüglich des Willens des Erblassers in die eine oder die andere Richtung kommt in dieser Situation nicht zum Tragen, weshalb insofern eine rechtsgeschäftliche Klärung unabdingbar ist.

Wenn – was durchaus wahrscheinlich sein dürfte – der Erblasser von der mit der Revision vorgesehenen erhöhten Verfügungsfreiheit Gebrauch machen möchte, so empfiehlt es sich, entsprechende Verfügungen von Todes wegen diesbezüglich *offen zu formulieren*, mithin darin keine Erb- oder Pflichtteilsquoten anzugeben. Weiters empfiehlt sich, in den Rechtsgeschäften mortis causa *ausdrücklich auf eine eventuelle Rechtsänderung Bezug zu nehmen*. Die Formulierungen könnten etwa wie folgt lauten: «Ich setze meine Tochter Theodora auf ihren Pflichtteil, so wie er im Zeitpunkt meines Ablebens bestehen wird.» Weiter: «Ich wende meiner Freundin Franziska die gesamte verfügbare Quote zu, so wie diese mir nach Gesetz im Zeitpunkt meines Todes zusteht.»⁷¹ Will dagegen der Erblasser eine künftige erweiterte Verfügungsfreiheit nicht beanspruchen, sondern die im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen bestehende Pflichtteilsregelung wahren, so ist auch das ausdrücklich im Rechtsgeschäft festzuhalten.

4. *Klärung heute umstrittener Fragen*

a) **Vorbemerkung**

Im Interesse der Rechtssicherheit sollen anlässlich der Revision verschiedene, heute kontroverse Fragen geklärt werden. Dazu gehören Klarstellungen betreffend die Behandlung ehe- bzw. vermögensvertraglicher Vorschlagszuweisung unter der Errungenschaftsbeteiligung⁷², die Regelung der Herabsetzung beim Intestaterwerb⁷³ sowie die Erfassung der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a)^{74,75}.

b) **Behandlung der ehe- bzw. vermögensvertraglichen Vorschlagszuweisung**

Die von der gesetzlichen, hälftigen Vorschlagsbeteiligung gemäss Art. 215 Abs. 1 ZGB abweichende, sog. überhälftige ehevertragliche Vorschlagszu-

⁷⁰ BSK-BREITSCHMID, N. 5 zu Art. 15/16 SchlT ZGB.

⁷¹ Zum Ganzen mit den Beispielen STEINAUER, approche, S. 212.

⁷² III.C.4.b. sogleich.

⁷³ III.C.4.c. hienach.

⁷⁴ III.D.4.d. hienach.

⁷⁵ Siehe zum Ganzen Botschaft BB1 2018 5814 und 5845 ff.

weisung zugunsten der überlebenden Ehegattin bzw. des überlebenden eingetragenen Partners wird als *Zuwendung unter Lebenden* qualifiziert⁷⁶. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen, und zwar sowohl unter dogmatischen Überlegungen⁷⁷ als auch mit Blick auf die praktische Konsequenz, dass Eheverträge – bereits unter geltendem Recht – nicht zu eröffnen sind⁷⁸. Als Zuwendung unter Lebenden sind Zuwendungen aus Ehevertrag oder Vermögensvertrag erst nach dem Intestaterwerb und nach den Verfügungen von Todes wegen *herabzusetzen* (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 E ZGB i.V.m. Art. 532 Abs. 1 E ZGB).

Um die *gemeinsamen Nachkommen*, deren Pflichtteil durch den Revisionsentwurf reduziert wird⁷⁹, nicht zu stark zu benachteiligen, soll die überhälftige Vorschlagszuweisung bei der Berechnung der Pflichtteile berücksichtigt werden⁸⁰. Eine entsprechende ehevertragliche Vereinbarung wird neu bei der Berechnung von Pflichtteilen berücksichtigt, soweit sie den überlebenden Ehegatten begünstigt (Art. 216 Abs. 2 E ZGB). Wie unter dem geltenden Recht können gemeinsame Kinder eine ehevertragliche Vorschlagszuweisung weiterhin nicht herabsetzen lassen. Ihre Rechtsstellung wird aber in zweifacher Hinsicht verbessert: Erstens wird ihr Pflichtteil – wie eben schon erwähnt – neu unter Einbezug der überhälftigen Vorschlagszuweisung berechnet, und wenn sich dabei eine Pflichtteilsverletzung ergeben sollte, können sie Verfügungen von Todes wegen und dem Ehevertrag zeitlich vorgehende lebzeitige Zuwendungen mit der Herabsetzung anfechten. Zweitens können gemeinsame Kinder und deren Nachkommen eine Herabsetzung der Begünstigung des überlebenden Ehegatten verlangen, wenn dieser wieder heiratet oder eine eingetragene Partnerschaft begründet (Art. 216 Abs. 4 E ZGB). Die heute in Eheverträgen übliche rechtsgeschäftliche Vereinbarung einer sog. Wiederverheiratungsklausel⁸¹ wird damit kodifiziert. Folglich wird die gesetzliche Normierung abgestimmt mit der bereits bestehenden Regelung von Art. 473 Abs. 3 ZGB für die Nutzniessung⁸².

⁷⁶ Botschaft BBI 2018 5814 und 5845 ff.

⁷⁷ Ausführlich WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 104 ff., mit Darstellung des Ergebnisses S. 148 ff.; so auch BK-WEIMAR, N. 106-109 der Einleitung zum 14. Titel, Die Verfüungen von Todes wegen.

⁷⁸ Dazu mit einlässlicher Begründung für die Gesamtgutszuweisung WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 223 ff. Ganz allgemein sind Eheverträge deshalb nicht i.S.v. Art. 557 ff. zu eröffnen, weil sie nur entweder obligatorisch – so insbesondere bei den güterrechtlichen Ansprüchen im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung – oder dann unmittelbar dinglich-absolut – wie bei der integralen Gesamtgutszuweisung unter Gütergemeinschaft – wirken, weshalb in beiden Fällen die Ausstellung einer dem Erbenschein entsprechenden Bescheinigung im Widerspruch zur materiellen Rechtslage stehen würde und somit ausgeschlossen ist; siehe auch WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 54.

⁷⁹ Vgl. dazu III.C.3.c. hievor.

⁸⁰ Botschaft BBI 2018 5848.

⁸¹ Dazu WOLF/EGGEL, Rechtsgeschäftsgestaltung, III.B.1., hienach in diesem Band.

⁸² Vgl. Botschaft BBI 2018 5848.

Wie unter geltendem Recht (Art. 216 Abs. 2 ZGB) können *nicht gemeinsame Kinder* und deren Nachkommen die ehevertragliche Vorschlagszuweisung herabsetzen lassen (Art. 216 Abs. 3 E ZGB). Geklärt wird indessen, dass die Herabsetzung des Ehevertrages erst nach der Herabsetzung der Verfügungen von Todes wegen stattfindet⁸³.

c) Regelung der Herabsetzung des Intestaterwerbs

Unter geltendem Recht ist die Frage der Herabsetzung des Intestaterwerbs umstritten⁸⁴. Der Revisionsentwurf sieht deshalb ausdrücklich vor, dass die *Herabsetzung des Erwerbs nach der gesetzlichen Erbfolge verlangt werden kann*⁸⁵.

Erben, die dem Werte nach weniger als ihren Pflichtteil erhalten, können die Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge herabsetzen lassen (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 E ZGB). Entsprechende Erwerbungen werden bei pflichtteilsberechtigten Erben – wie auch Zuwendungen von Todes wegen – im Verhältnis der Beträge herabgesetzt, die ihren Pflichtteil übersteigen (Art. 523 E ZGB). Der Intestaterwerb ist vor den Zuwendungen von Todes wegen und vor den Zuwendungen unter Lebenden herabzusetzen (Art. 532 Abs. 1 E ZGB)⁸⁶.

d) Erbrechtliche Erfassung der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a)

Der Revisionsvorschlag erfasst die Guthaben der 1. und 2. Säule nicht. Die entsprechenden Leistungen fallen nicht in den Nachlass⁸⁷.

Die Guthaben der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) gehören nach dem Entwurf ebenfalls nicht zur Erbmasse. Gemäss Art. 476 und 529 E ZGB werden die Ansprüche aus der Säule 3a indessen *zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzugerechnet*, wobei die Hinzurechnung für Versicherungslösungen nur zum Rückkaufswert erfolgt. Guthaben der gebundenen Säule können damit unabhängig von der gewählten Form – Banksparen oder Versicherungssparren – herabgesetzt werden⁸⁸.

⁸³ STEINAUER, approche, S. 213.

⁸⁴ Vgl. die Übersicht bei STEINAUER, approche, S. 216, Fn. 24.

⁸⁵ Botschaft BBI 2018 5859.

⁸⁶ Siehe zum Ganzen auch STEINAUER, approche, S. 216.

⁸⁷ Näher STEINAUER, approche, S. 216 f.; vgl. für die 2. Säule auch Botschaft BBI 2018 5856.

⁸⁸ Botschaft BBI 2018 5855 f.