

Herausgegeben von Professor Dr. Stephan Wolf

Aktuelles zur ehedüter- 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 ehgüter- 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 ehedüter- 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 Egger
Prof. Dr. iur. Simon Laimer
Prof. Dr. oec. Hans Rainer Künzle
Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller/
BLaw Alexander Lueger



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

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

ISBN 978-3-7272-0765-5

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

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

printed in
switzerland



Ehegüter- und erbrechtliche Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen

STEPHAN WOLF*/MARTIN EGGEL**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	21
I. Einleitung	24
II. Allgemeines zur Verwendung von Bedingungen im Ehegüter- und Erbrecht	27
A. Einleitende Bemerkungen	27
B. Suspensivbedingung und Resolutivbedingung	28
C. Bedingungen betreffend güter- und erbrechtliche Zuwendungen	29
D. Zur Abgrenzung von der Nutzniessung	29
E. Zur Abgrenzung von der Auflage	30
F. Gegenseitig begünstigende Testamente mit kaptatorischen Klauseln und gegenseitige Erbverträge mit Abreden auch für den Zweitversterbensfall – insbesondere Abgrenzung von der Nacherbeneinsetzung	32
III. Aktuelle Beispiele zur Rechtsgeschäftsgestaltung mit Bedingungen	35
A. Vorbemerkung	35
B. Einzelne Fälle	35
1. Wiederverheiratung bzw. Wiedereingehen einer eingetragenen Partnerschaft	35
2. Neue Elternschaft	36
3. Eingehen einer Lebensgemeinschaft	37
4. Heim- und Demenzklauseln	38
5. Tod des zunächst Begünstigten	38
6. Weitere Ereignisse	39
IV. Zur Vorgehensweise bei der Gestaltung mit Bedingungen	39
A. Einleitende Bemerkungen	39
B. Gesetzliche Bestimmungen	40
C. Festlegung der Bedingung	43
1. Bestimmung des zur Bedingung zu machenden Ereignisses	43

* 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.

a)	Bedeutung des Ziels.....	43
b)	Problematik offener Begriffe.....	44
c)	Bedeutung des Faktors Zeit.....	45
2.	Inhaltliche Schranken.....	46
a)	Im Allgemeinen.....	46
b)	Insbesondere Sittenwidrigkeit.....	47
D.	Anordnung von Bedingungen bei güterrechtlicher Begünstigung, Erbeinsetzung und Vermächtnis.....	49
1.	Allgemeines.....	49
2.	Bedingte güterrechtliche Begünstigung.....	51
3.	Bedingte Erbenstellung.....	52
a)	Mögliche Ausgestaltungen.....	52
b)	Bestimmung des Inhalts.....	53
c)	Folgen.....	56
aa)	Betreffend die Rechtsträgerschaft.....	56
bb)	Betreffend rechtsgeschäftlicher Handlungen während der Schwebezeit.....	57
cc)	Betreffend die Haftung.....	59
d)	Beurteilung.....	60
4.	Bedingtes Vermächtnis.....	60
a)	Mögliche Ausgestaltung.....	60
b)	Bestimmung des Inhalts.....	61
c)	Folgen.....	62
aa)	Betreffend die Rechtsträgerschaft.....	62
bb)	Betreffend rechtsgeschäftlicher Handlungen während der Schwebezeit.....	63
cc)	Betreffend die Haftung.....	63
d)	Beurteilung.....	63
E.	Gestaltung der Rechtslage während der Schwebezeit.....	64
1.	Vorbemerkungen und Regeln des Gesetzes.....	64
2.	Pflichtenlage und Machtbefugnisse.....	65
a)	Rechtsgeschäftliche Anordnungen.....	65
b)	Pflichtenlage.....	66
c)	Machtbefugnisse.....	67
3.	Sicherungsmöglichkeiten.....	68
V.	Steuerrechtliche Folgen (Hinweis).....	70
VI.	Schluss.....	71

Literaturverzeichnis

- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015 (zit. PraxKomm-AUTOR/IN)
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten: Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehrungen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007
- BAUMANN LORENZ, Verzicht auf Herabsetzung einer Vor-/Nacherbschaft als (herabsetzbare) lebzeitige Vermögensentäußerung, *successio* 2019, S. 56 ff.
- BREITSCHMID PETER, Willensvollstreckung und Nacherbschaft, in: Künzle Hans Rainer (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, S. 61 ff. (zit. BREITSCHMID, Nacherbschaft)
- BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Erbrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-AUTOR/IN)
- EGGEL MARTIN, Besprechung «Der Mensch als Mass. Festschrift für Peter Breitschmid» (Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer [Hrsg.]), *successio* 3/2019, S. 249 ff. (zit. EGGEL, Besprechung FS Breitschmid)
- EGGEL MARTIN, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Diss. Bern 2013, Bern 2013 (zit. EGGEL, Surrogation)
- EGGEL MARTIN, Vermögensplanung unter Ehegatten im Spannungsfeld der Eheauflösung durch Scheidung oder Tod, *AJP* 2019, S. 90 ff. (zit. EGGEL, Vermögensplanung)
- EITEL PAUL, Die Anwartschaft des Nacherben, Diss. Bern 1991 (zit. EITEL, Anwartschaft)
- EITEL PAUL, Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis, *successio* 2007, S. 82 ff. (zit. EITEL, Nacherbeneinsetzung)
- EITEL PAUL/HORAT FELIX, Erbrecht 2013-2015 – Rechtsprechung, Gesetzgebung, Literatur, *successio* 2016, S. 203 ff.
- ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK-ESCHER)
- FANKHAUSER ROLAND/BURCKHARDT THIERRY, Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?, in:

Arnet Ruth/Eitel Paul/Jungo Alexandra/Künzle Hans Rainer (Hrsg.), *Der Mensch als Mass*, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 289 ff.

FLÜCKIGER ANDREAS, *Nacherbeneinsetzung vs. Nutznießungsvermächtnis – wozu raten?*, *successio* 2015, S. 5 ff.

FORNITO ROBERTO, *Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen*, *AJP* 2019, S. 795 ff.

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-AUTOR/IN)

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)

GIACOMETTI LAURENT, *Die Nacherbeneinsetzung als Verfügungsart im Erbvertrag sowie ihre Beschränkung in personeller und materieller Hinsicht*, Diss. Zürich 1972

HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB*, Bern 1992 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-AUTOR/IN)

KÜNZLE HANS RAINER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügung von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker, Art. 517-518 ZGB*, Bern 2011 (zit. BK-KÜNZLE)

MEIER-HAYOZ ARTHUR, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB*, 5. Aufl., Bern 1981 (zit. BK-MEIER-HAYOZ)

MINNIG YANNICK, *Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis*, Diss. Bern 2017, Bern 2018

PETITJEAN JOSY, *Erbvertrag unter Ehegatten und Nacherben*, *SJZ* 1970, S. 357 ff.

PIOTET PAUL, *Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, 1. Halbband, Erbrecht*, Basel/Stuttgart 1978 (zit. PIOTET, SPR IV/1)

- REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen, unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Habil. Freiburg i.Ue. 2005, Zürich 2006
- SCHMID DOMINIK, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung: eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2012, Bern 2013
- STAEHELIN DANIEL, Bedingte Verfügungen, Zürich 1993
- STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, 2. Aufl., Bern 2015
- TRACHSEL DANIEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a, AJP 2013, S. 169 ff.
- TUOR PETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, 2. Aufl., Bern 1952 (zit. BK-TUOR)
- VON TUHR ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Erste Hälfte, Berlin, 1914 (zit. VON TUHR, AT BGB II/1)
- VON TUHR ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Zweite Hälfte, Berlin 1918 (zit. VON TUHR, AT BGB II/2)
- WEIMAR PETER (Hrsg.), 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)
- WIDMER PIERRE, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1969, Erbrecht, ZBJV 107 (1971), S. 81 ff.
- WOLF STEPHAN, Erbrecht in besonderen Situationen: Konkubinats-, 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, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2003, Bern 2004 (zit. WOLF, Erbengemeinschaft)
- WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (zit. KNB-AUTOR/IN)
- WOLF STEPHAN, Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, insbesondere aus der Optik des Erbrechts und der notariellen Praxis, in: Wiegand Wolfgang

(Hrsg.), Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Berner Bankrechtstag 2004, Band 11, Bern 2005, S. 59 ff. (zit. WOLF, Nachlassplanung)

WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-WOLF für Vorbemerkungen zu Art. 602-619 ZGB sowie Art. 602-605 und Art. 607-611 ZGB bzw. BK-WOLF/EGGEL für Art. 606, 612-619 ZGB)

WOLF STEPHAN/EGGEL MARTIN, Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung und hängige Erbrechtsrevision – erste Folgerungen und Überlegungen zur Rechtsgeschäftsplanung, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Aktuelles zur ehегüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats, INR Band 25, Bern 2019, S. 1 ff. (zit. WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision)

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)

WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017

WUNDER KILIAN/FLÜCKIGER ANDREAS, Motive und Tücken der Nacherben-einsetzung, successio 2012, S. 82 ff.

ZEITER ALEXANDRA, Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen, ZBGR 2015, S. 365 ff.

I. Einleitung

Rechtsgeschäftsplanung im Bereiche des Ehegüter- und Erbrechts – als eine zentrale Aufgabe der Notarinnen und Notare – ist in jüngerer Zeit bedeutsamer und zugleich auch schwieriger geworden. Die Lebensverhältnisse und das Lebensumfeld des Menschen haben an Vielfalt zugenommen. Stichworte dazu sind Scheidung, Zweitehen, Patchworkfamilien; diesbezüglich ist namentlich die «Wiederverheiratklausel» als Gestaltungsmittel schon länger bekannt. Hinzugekommen ist auch der Bedarf nach Planung für den Fall der Urteilsunfähigkeit: Mit dem Erwachsenenschutzrecht sind dafür auf bundezivilrechtlicher Ebene der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung – beides im Grunde rein personenbezogene Institute, und nicht Institute der Vermögenszuwendung bzw. -verteilung – statuiert worden. Gewissermassen als Reflexwirkung aus den erwachsenenschutzrechtlichen Gedanken der vorsorgenden Privatautonomie für den Fall der Urteilsunfähigkeit bestehen zunehmend auch Planungsbestrebungen im Vermögensbereich, so im Ehegüter-

und Erbrecht mit Heimeintritts- oder Demenzklauseln. Um den je eigenen, nicht vorhersehbaren zukünftigen Lebensverläufen planerisch entsprechen zu können, bietet sich rechtstechnisch die *Variantenplanung mittels Bedingungen* an.

Entsprechend dem soeben Ausgeführten setzt sich der vorliegende Beitrag hauptsächlich mit einem bestimmten Aspekt der ehedüter- und erbrechtlichen Planung auseinander, nämlich einer bedingten Ausgestaltung im Ganzen oder in Teilen. *Bedingungen* ermöglichen den Einbezug verschiedener Varianten der Zukunftsentwicklung und können – im vorliegend interessierenden Kontext – zur *verfeinerten Umsetzung und folglich Sicherung des Erblasserwillens* beitragen¹. Gerade in Fällen von bindenden, vertraglichen Abreden oder dem späteren Eintritt von Urteilsunfähigkeit, in denen es dem Erblasser nicht mehr möglich ist, einen abweichenden, zu den entsprechenden Rechtsfolgen führenden Willen zu formulieren, sind Bedingungen in Geschäften der Nachlassplanung höchst bedeutsam.

Die Bedeutung von Bedingungen in diesem Bereich der Vermögensplanung zeigt sich auch an der Tatsache, dass *das Gesetz selber dieses Institut verschiedentlich verwendet*. So lässt das ZGB selbst etwa Nachlassregelungen in bestimmten Konstellationen unmittelbar entfallen: Gemäss Art. 120 Abs. 2 ZGB werden Zuwendungen aus Verfügungen von Todes wegen, die vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet wurden, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils wirkungslos. Auch die vorgeschlagene Überarbeitung dieser Gesetzesnorm im Rahmen der anstehenden Erbrechtsrevision zeigt, wie bedeutsam Präzision bei der Arbeit mit Bedingungen ist: Die Begünstigung aus Verfügungen von Todes wegen soll neu nicht erst bei Rechtskraft des Scheidungsurteils entfallen, sondern bereits dann, wenn ein zulässiges Scheidungsbegehren eingereicht worden ist (Art. Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 E-ZGB)². Die Problematik des Versterbens eines Ehegatten während des Scheidungsverfahrens wird damit seitens des Gesetzgebers in einer Weise entschärft wird, wie dies bisher vor allem durch umsichtige Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen durch den Notar möglich war³. Eine weitere Bedingung statuiert der Gesetzgeber in Art. 473 Abs. 3 ZGB, wonach die Nutzniessung bei Wiederverheiratung auf jenem Teil der Erbschaft entfällt, der im Zeitpunkt des

¹ Vgl. etwa ZK-ESCHER, N. 4 zu Art. 482 ZGB.

² Dazu näher WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, III.C.3.d., in diesem Band.

³ Die bisherige Lösung besteht namentlich darin, dass Begünstigungen aus Ehevertrag oder Verfügung von Todes wegen an die Bedingung geknüpft werden, wonach sie dahinfallen, wenn ein Scheidungsverfahren rechtshängig ist. Näher mit umfassender Darstellung der Rechtslage auch schon WOLF, Erbrecht in besonderen Situationen, S. 47 ff., namentlich mit Hinweis auf die Gestaltung mit Bedingungen S. 52 f. und 56; siehe auch EGGEL, Vermögensplanung, S. 92 ff.

Erbganges nach den ordentlichen Bestimmungen über den Pflichtteil der Nachkommen nicht hätte damit belastet werden können.

Nachfolgend behandelt werden soll namentlich, was unter dem Titel *Rückfall- oder Schutzklauseln* in der Literatur diskutiert wird⁴. Von hier eher nur beschränktem Interesse sind dagegen privatorische Klauseln oder Strafklauseln⁵. Dabei handelt es sich um Bedingungen, welche sicherstellen sollen, dass alle Beteiligten die in der Verfügung von Todes wegen statuierte Ordnung einhalten, ansonsten ihre Begünstigung reduziert oder zurückgenommen wird. Zumeist werden durch solche Bedingungen die in derselben Urkunde enthaltenen Verfügungen von Todes wegen *sanktioniert*⁶. Auf derartige privatorische Klauseln wird nachfolgend nur im Zusammenhang mit der Behandlung der Sicherungsmöglichkeiten kurz zurück zu kommen sein⁷.

Im Folgenden zu behandeln ist die Verwendung von Bedingungen in Eheverträgen mit *güterrechtlicher Begünstigung* des überlebenden Ehegatten sowie in Verfügungen von Todes wegen bei der *Erbeinsetzung* und beim *Vermächtnis*. Selbstredend ist eine Rechtsgeschäftsplanung mit Bedingungen auch bezüglich weiterer Zuwendungen – insbesondere der Schenkung – denkbar, und die nachfolgend angestellten Überlegungen dürften mutatis mutandis auch dort gelten.

Es geht dabei nur um Bedingungen hinsichtlich von Ereignissen, die *nach dem Tod des Erblassers* eintreten. Bei Ausfall oder Eintritt der Bedingung vor dem Erbgang wird die Verfügung von Todes wegen – die ja überhaupt immer erst mit dem Tod wirksam wird – schlicht eine unbedingte oder sie tritt – umgekehrt – nicht in Kraft⁸. Insofern erweisen sich vor dem Ableben des Erblassers entscheidende Bedingungen als wenig problematisch⁹.

Im Einzelnen ist nachfolgend vorerst allgemein auf die Verwendung von Bedingungen im Ehegüter- und Erbrecht einzugehen¹⁰. Danach sind aktuelle

⁴ Zur Terminologie ZEITER, S. 367.

⁵ Vgl. dazu WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 797 ff.

⁶ BK-WEIMAR, N. 55 zu Art. 482 ZGB.

⁷ Siehe IV.E.3. hienach.

⁸ Dazu etwa BSK-STAEHELIN, N. 7 zu Art. 482 ZGB; BK-WEIMAR, N. 42 zu Art. 482 ZGB.

⁹ So darf etwa folgende bedingte Zuwendung als wenig Schwierigkeiten bereidend eingestuft werden: «Mein Götlibub Gustav soll meine juristische Bibliothek erhalten, wenn er bei meinem Ableben das Studium der Rechtswissenschaften mit dem Master of Law abgeschlossen hat.» Wenn Gustav im Zeitpunkt des Todes des Erblassers den Master of Law erlangt hat, so erwirbt er die juristische Bibliothek von seinem Götli als unbedingtes Vermächtnis. Wenn Gustav hingegen den Master of Law nicht erlangt hat, so fällt die Zuwendung dahin, und zwar grundsätzlich zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Erblassers.

¹⁰ II. sogleich.

Beispiele der Rechtsgeschäftsgestaltung mit Bedingungen darzustellen¹¹, alsdann wird die Vorgehensweise bei der Gestaltung mit Bedingungen behandelt¹².

II. Allgemeines zur Verwendung von Bedingungen im Ehegüter- und Erbrecht

A. Einleitende Bemerkungen

Die güter- und erbrechtliche Variantenplanung erfolgt – wie eben schon erwähnt – regelmässig mittels Bedingungen. Allgemein ist die Aufnahme von Bedingungen in Eheverträge und Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich zulässig. Für güterrechtliche Vereinbarungen ist dies in der Lehre anerkannt¹³, für Verfügungen von Todes wegen ergibt es sich ausdrücklich aus dem Gesetz, nämlich aus Art. 482 Abs. 1 ZGB¹⁴.

Die Bedingungen werden – als Tatbestandselement – vom Erblasser in seine einseitige letztwillige Verfügung von Todes oder aber von den Parteien des Ehe- oder Erbvertrages bindend in das Rechtsgeschäft einbezogen. Mit der Bedingung wird die *Wirkung* eines Rechtsgeschäftes ganz oder teilweise *vom Eintritt oder Nichteintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht*. Ist der Eintritt oder Nichteintritt des künftigen Umstandes dagegen sicher, so liegt nicht eine Bedingung, sondern eine *Befristung* vor, welche im Erbrecht ebenfalls zulässig ist¹⁵.

Die Bedingung charakterisiert sich folglich dadurch, dass die Wirksamkeit des Ehevertrages oder der Verfügung von Todes wegen vom Eintritt oder Ausfall der Bedingung abhängt¹⁶. Im Einzelnen bestehen dabei *zwei Möglichkeiten* der Verwendung von Bedingungen: Erstens kann eine Regelung mittels einer Suspensivbedingung erfolgen und zweitens mittels einer Resolutivbedingung.

¹¹ III. hienach.

¹² IV. hienach.

¹³ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 55 ff. zu Art. 182 ZGB; BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 3 und 17 zu Art. 182 ZGB; sodann besonders für die Rückfallklausel bei der güterrechtlichen Begünstigung BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 22 zu Art. 216 ZGB und N. 37 zu Art. 241 ZGB, BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 14 und 24 f. zu Art. 216 ZGB, N. 12 und 14 zu Art. 241 ZGB; jeweils m.w.H.

¹⁴ Aus dem Schrifttum statt vieler BSK-STAEHELIN, N. 4 zu Art. 482 ZGB.

¹⁵ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 328 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 779 und 781.

¹⁶ Statt vieler – im erbrechtlichen Kontext – etwa BK-WEIMAR, N. 41 zu Art. 482 ZGB.

B. Suspensivbedingung und Resolutivbedingung

Bei Aufnahme einer *Suspensivbedingung* (aufschiebenden Bedingung) fällt der Entscheid betreffend die Rechtswirkungen des Geschäftes erst dann, wenn das zur Bedingung gemachte Ereignis eintritt oder ausfällt¹⁷. Wenn es zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes kommt, erfolgt diese üblicherweise ex nunc, d.h. die Wirkungen treten im Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung ein. Eine Rückwirkung ex tunc bleibt die Ausnahme (Art. 151 Abs. 2 OR)¹⁸. Eine Suspensivbedingung kann etwa dann von besonderem Nutzen sein, wenn bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses Variante A wirksam werden soll, bei Ausfall des Ereignisses dagegen Variante B¹⁹.

Bei Statuierung einer *Resolutivbedingung* wird das Rechtsgeschäft sogleich wirksam, seine Wirkung entfällt aber wiederum – je nach Formulierung – bei Eintritt oder Ausfall des bezeichneten Ereignisses²⁰. Dabei ist ein Wegfall der Wirkungen ex nunc die Regel, zu einer Rückwirkung ex tunc kommt es ebenfalls nur ausnahmsweise (Art. 154 Abs. 2 OR)²¹. Zu einer Resolutivbedingung ist dann zu greifen, wenn zunächst Situation A wirksam sein soll, bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses die Wirkungen dagegen entfallen sollen²².

Solange das Rechtsgeschäft noch wirkungslos ist (Suspensivbedingung) oder sobald es wirkungslos wird (Resolutivbedingung), gilt das, was das *Gesetz* oder ein *anderes Rechtsgeschäft* vorsieht. Wenn sich diesfalls die Rechtslage aus einem anderen Rechtsgeschäft ergibt, so stehen sich ein resolutiv und ein suspensiv bedingtes Geschäft ergänzend gegenüber^{23,24}.

Umgekehrt gewendet bedeutet dies, dass eine Kombination zwischen einem resolutiv und einem suspensiv bedingten Rechtsgeschäft immer dann erforderlich ist, wenn sich die Begünstigung eines vom Verfügenden gewünschten Berechtigten nicht bereits aus dem status quo oder dem Gesetz ergibt. Fak-

¹⁷ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 328; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 783.

¹⁸ Eine wichtige Ausnahme bildet im Erbrecht die Nachverfügung; vgl. IV.B.

¹⁹ Beispiel: «Wenn meine Tochter im Alter von 30 Jahren aus der Schweiz ausgewandert sein sollte, soll sie CHF 50'000.00 schenkungsweise erhalten. Sollte sie dagegen immer noch in der Schweiz wohnhaft sein, so soll sie CHF 20'000.00 schenkungsweise erhalten.»

²⁰ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 328; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 783.

²¹ Vgl. Fn. 18 hievore.

²² Beispiel: «Ich schenke das Grundstück X meiner Schwester. Die Schenkung entfällt bei ihrem definitiven Wegzug aus der Schweiz.»

²³ Im Bereich des Erbrechts wäre dafür die Nachverfügung ein klassisches Beispiel. Vgl. statt vieler WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 296 f. und IV.B. hienach.

²⁴ Beispiel: «Ich schenke das Grundstück X meiner Schwester. Die Schenkung entfällt bei ihrem definitiven Wegzug aus der Schweiz. Für den Fall, dass meine Schwester definitiv aus der Schweiz wegziehen sollte, schenke ich das Grundstück meinem Nefen A.B.»

tisch – nicht rechtlich – liegt eine solche ergänzende Situation allerdings immer vor: Im Falle von *Güterbewegung* muss eine Begünstigung, wenn sie jemandem entzogen wird, jemand anderem zukommen, und ebenso muss die jemand zukommende Begünstigung von jemandem herkommen. Wenn sich die ergänzende Bedingung nicht aus einem Rechtsgeschäft ergibt, so folgt sie aus dem Gesetz.

Wenn in der Rechtsgeschäftsgestaltung Bedingungen verwendet werden, entsteht mithin immer eine Situation, in der jemand für eine gewisse Zeit begünstigt wird oder bleibt, und die Begünstigung bei Eintritt der Bedingung an eine andere Person gehen oder an diese zurückfallen soll. Im Folgenden wird deshalb in dieser Hinsicht auch vom *früher Berechtigten* und vom *später Berechtigten* gesprochen²⁵.

C. Bedingungen betreffend güter- und erbrechtliche Zuwendungen

Bedingungen werden einseitig angeordnet oder rechtsgeschäftlich verabredet und beziehen sich auf eine bestimmte Zuwendung resp. werden Teil des die Wirksamkeit betreffenden Tatbestandes der Zuwendung selbst. Vorliegend zu betrachten sind bedingte Zuwendungen aus Ehegüterrecht sowie die bedingte Erbeinsetzung und die bedingte Zuwendung eines Vermächtnisses. Dabei ist auch das Nutzniessungsvermächtnis anzusprechen. So es um eine bedingte Erbeinsetzung oder ein bedingtes Vermächtnis geht, ist zu beachten, dass – je nach Ausgestaltung – die Regeln der Nachverfügung (fideikommissarische Substitution)²⁶ zur Anwendung gelangen²⁷.

D. Zur Abgrenzung von der Nutzniessung

Als Alternative zum Einbezug von Bedingungen – die häufig zur Anwendung der Bestimmungen über die Nachverfügung führen²⁸ – wird etwa die Anordnung einer Nutzniessung vorgeschlagen. Die Einräumung eines Nutzniessungsvermächtnisses²⁹ ist damit allerdings nur insofern eine Alternative zur Arbeit mit Bedingungen, als man dabei die spezifischen Gefahren, denen man

²⁵ Im Beispiel in Fn. 24 soeben wäre die Schwester die *früher Berechtigte*, der Neffe der *später Berechtigte*.

²⁶ Als Oberbegriff für Vor-/Nacherbeinsetzung und Vor-/Nachvermächtnis. So WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 295; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 1 Vor. Art. 488-492a ZGB.

²⁷ Zu den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen IV.B. hienach.

²⁸ Dazu IV.B. hienach.

²⁹ Statt vieler PIOTET, SPR IV/1, S. 104.

mit Bedingungen begehen will, bereits als durch die Konstruktion selbst gelöst sieht. Dies dadurch, dass der *später Berechtigte bereits Eigentümer* wird und folglich dem *früher Berechtigten nur die Nutzniessung* zusteht³⁰. Damit ist insbesondere die Gefahr des Eingriffs in die Substanz zum Nachteil des später Berechtigten – d.h. des Eigentümers – gebannt, steht doch dem Nutzniesser das Recht zur Verfügung über das in Nutzniessung stehende Objekt nicht zu. Zweifellos ist aber auch die bedingte oder teilweise bedingte Statuierung eines Nutzniessungsvermächtnisses möglich³¹.

E. Zur Abgrenzung von der Auflage

Wie Bedingungen sind bei ehevertraglicher Begünstigung und bei Verfügungen von Todes wegen auch Auflagen grundsätzlich zulässig^{32,33}. Angesichts ihrer Funktionsweise *eignet sich die Auflage* allerdings für die vorliegend angestrebte Gestaltung *nicht in gleichem Masse* wie die Bedingung, jedenfalls nicht als primäres Mittel³⁴. Zwar nimmt die Auflage – wie die Bedingung – auf einen bestimmten Ehevertrag oder eine bestimmte Verfügung von Todes wegen³⁵ Bezug. Während aber eine Bedingung die Wirksamkeit eines Ehevertrages oder einer Verfügung von Todes wegen von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig macht³⁶, wird der mit einer Auflage Beschwerte – namentlich ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer – zu einem bestimmten Verhalten – einem Tun, Dulden oder Unterlassen – veranlasst³⁷, ohne dass allerdings bei deren Nichtbeachtung die Zuwendung an den Auflagebeschwerten entfallen würde³⁸. Die Auflage betrifft m.a.W. die Wirksamkeit der Zuwendung aus Ehevertrag oder Verfügung von Todes wegen nicht, sondern hält den Beschwerten, der aus dem zugrundeliegenden Recht berechtigt wird, zu einem Verhalten an. Wird die Auflage nicht befolgt, besteht gegenüber dem Beschwerten – im Unterschied zu dem eine echte Forderung begründenden-

³⁰ Für einen Vergleich FLÜCKIGER, *passim*; für eine Abgrenzung WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 295 f.

³¹ Dazu IV.D.4. hienach.

³² Für Verfügungen von Todes wegen ergibt sich das ausdrücklich aus Art. 482 Abs. 1 ZGB.

³³ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 20 zu Art. 216 ZGB, m.w.H.; BSK-STAEHELIN, N. 1 zu Art. 482 ZGB.

³⁴ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 25 zu Art. 216 ZGB; vorsichtig ZEITER, S. 373.

³⁵ Denkbar ist auch eine Bezugnahme auf das gesetzliche Erbrecht; vgl. BK-TUOR, N. 8 zu Art. 482 ZGB.

³⁶ II.A. hievor.

³⁷ Vgl. so WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 322, und WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 755.

³⁸ PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 1 zu Art. 482 ZGB; weiter BK-TUOR, N. 9 zu Art. 482 ZGB. Freilich kann auch eine Auflage bedingt angeordnet werden. Im vorliegenden Kontext AEBI-MÜLLER, Rz. 06.135.

den Vermächtnis – kein Erfüllungsanspruch, sondern nur ein *Klagerecht auf Vollziehung*³⁹. Die Auflage kann deshalb auch nicht real vollstreckt werden, sondern lediglich durch indirekten Zwang mittels Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB) oder Ordnungsbusse (Art. 343 ZPO)⁴⁰.

Möglich ist, dass auch eine Auflage bedingt angeordnet wird⁴¹. Mit einer Auflage kann zudem eine bedingte güterrechtliche Zuwendung oder Verfügung von Todes wegen gesichert werden⁴².

So unterschiedlich die beiden Rechtsinstitute der Bedingung und der Auflage auch sind, kann bei Eheverträgen oder Verfügungen von Todes wegen im Einzelfall doch unklar sein, ob eine bestimmte Zuwendung bedingt oder aber unbedingt, jedoch mit einer Auflage versehen, angeordnet wurde. In einem solchen Fall muss durch Auslegung ermittelt werden, ob eine Bedingung oder eine Auflage vorliegt. Eine Vermutung zugunsten der einen oder der anderen Figur besteht nicht⁴³. Es gehört selbstverständlich zu den Pflichten der Urkundsperson, diesbezüglich Klarheit zu schaffen⁴⁴. In öffentlichen Urkunden ist stets der juristisch zutreffende technische Begriff – «Bedingung» oder «Auflage» – aufzunehmen und es ist auch die Formulierung darauf abzustimmen, etwa durch Bezugnahme auf das Institut oder die Regelung der Rechtsfolgen. Dies gilt ganz allgemein, und es gilt erst recht dann, wenn an bedingte Zuwendungen Auflagen geknüpft werden.

³⁹ WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 325 f.; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 15 zu Art. 482 ZGB; weiter BK-TUOR, N. 6 zu Art. 482 ZGB. Zur Abgrenzung von Vermächtnis und Auflage BGE 108 II 278, 285.

⁴⁰ WOLF/GENNA, SPR IV/2, S. 325 f. Ausführlich zur Vollziehungsklage BSK-STAEHELIN, N. 25 ff. zu Art. 482 ZGB; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 27 ff. zu Art. 482 ZGB.

⁴¹ Siehe im vorliegenden Kontext AEBI-MÜLLER, Rz. 06.135.

⁴² Siehe IV.E.3. hienach.

⁴³ BGE 120 II 182, 184 f. Aus dem Schrifttum WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 319; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 752; BSK-STAEHELIN, N. 1 zu Art. 482 ZGB; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 1 zu Art. 482 ZGB.

⁴⁴ Für Bern folgt dies als notarielle Berufspflicht aus Art. 34 Abs. 2 NG, wonach die Urkunde klar abzufassen ist. Gemäss KNB-PFAMMATTER, N. 18 zu Art. 34 NG, hat der Notar «durch die Verwendung einer präzisen und mit der rechtlichen Terminologie übereinstimmenden Sprache dafür zu sorgen, dass die Urkunde von den Parteien, ihren Rechtsnachfolgern, Dritten und den Behörden ohne den Beizug weiterer Hilfsmittel verstanden werden kann» (im Original teilweise in Fettschrift).

F. Gegenseitig begünstigende Testamente mit kaptatorischen Klauseln und gegenseitige Erbverträge mit Abreden auch für den Zweitversterbensfall – insbesondere Abgrenzung von der Nacherbeneinsetzung

Eine Gestaltung mit Bedingungen – jedenfalls in bestimmter Hinsicht – liegt auch dann vor, wenn gegenseitig begünstigende Testamente mit kaptatorischen Klauseln oder gegenseitige Erbverträge mit – im Falle der letztwilligen Verfügung bedingten, im Falle des Erbvertrages bindenden – Abreden für den Fall des Versterbens der zweiten beteiligten Person (sog. Zweitversterbensfall) errichtet werden⁴⁵.

Praktisch bedeutsam ist dabei insbesondere der *Ehegattenerbvertrag*, welcher mit dem Ziel der *Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten* und der anschliessenden – bei Ableben des überlebenden als zweitversterbendem Ehegatten zum Tragen kommenden – *Begünstigung von bestimmten Dritten* – häufig der gemeinsamen Nachkommen – abgeschlossen wird⁴⁶. Das Bundesgericht erkannte diesbezüglich, die erbvertragliche Bestimmung, in welcher sich Ehegatten gegenseitig als Alleinerben einsetzen und für den Fall des Ablebens des zweiten Ehegatten einen Dritten als Erben bezeichnen, enthalte in Bezug auf diesen Dritten sowohl eine – durch den zweitversterbenden Ehegatten angeordnete – Erbeinsetzung als auch eine – vom erstversterbenden Ehegatten verfügte – Nacherbeneinsetzung⁴⁷. Diese Nacherbeneinsetzung schliesse den Verzicht eines jeden Ehegatten auf seinen Pflichtteil am Nachlass des anderen in sich⁴⁸. In einem weiteren Urteil qualifizierte das höchste Gericht den Erbvertrag, wonach sich die Parteien «gegenseitig als Alleinerbin einsetzen und vereinbarten, dass beim Ableben der Zweitversterbenden die Institutionen X., W. und Y. zu gleichen Teilen erben sollten» als Nacherbeneinsetzung⁴⁹, obwohl sich die Vertragsschliessenden nicht als Vorerben und die Institutionen X., W. und Y. nicht als Nacherben bezeichnet hatten⁵⁰. Diese Rechtsprechung nimmt in den beschriebenen Konstellationen pauschal eine Nacherbeneinsetzung an, ohne die Möglichkeit der Einsetzung des überlebenden Ehegatten als uneingeschränkten Vollerben überhaupt zu erwägen; sie ist deshalb im Schrifttum auch zu Recht kritisiert worden⁵¹.

⁴⁵ Dazu auch BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 2 zu Art. 488 ZGB.

⁴⁶ EITEL/HORAT, S. 206.

⁴⁷ BGE 95 II 519, 521 f.

⁴⁸ BGE 95 II 519, 522 f. Zum Ganzen auch WUNDER/FLÜCKIGER, S. 82; eingehende Besprechung des Entscheids bei EITEL, Anwartschaft, S. 92 ff.

⁴⁹ BGer 5C.72/2004 vom 26. Mai 2004.

⁵⁰ WUNDER/FLÜCKIGER, S. 82.

⁵¹ GIACOMETTI, S. 60 ff.; PETITJEAN, S. 357 ff., wonach – speziell bei Ehegatten – «eher eine freie Erbeinsetzung zu vermuten» (S. 358) ist. Für die Annahme einer Vor-

Richtigerweise wäre diesbezüglich zu *differenzieren* und die Nacherbeneinsetzung abzugrenzen von Abreden – wie sie sich namentlich in Erbverträgen unter Ehegatten finden –, denen die überlebende Partei als Erbin eingesetzt wird und ihrerseits für den Fall ihres Nachverstehens eine Dritte für ihre Erbschaft – die auch das von der erstversterbenden Partei ererbte Vermögen umfasst – als Erbin einsetzt oder sich zur Errichtung einer entsprechenden Verfügung von Todes wegen verpflichtet⁵². Wenn zwei Personen – insbesondere Ehegatten – sich *in einem Erbvertrag gegenseitig als Alleinerben des Erstversterbenden einsetzen*, und Dritte – etwa ihre Nachkommen – *als Erben des Überlebenden*, so kann der Überlebende entweder *Vollerbe oder Vorerbe* des Erstversterbenden sein. Im ersten Fall sind die Dritten sog. *Schlusserven nur des Zweitverstorbenen* und im zweiten Fall *Nacherben des Erstverstorbenen und Erben des Zweitverstorbenen*^{53,54}. In zivilrechtlicher Hinsicht ergeben sich im ersten Fall Beschränkungen für den Zweitversterbenden einzig aus seiner *erbvertraglichen Bindung*, im zweiten Fall kommen die Beschränkungen aus der *Nacherbschaft* (Art. 488 ff. ZGB) hinzu⁵⁵. Unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten kann sich demgegenüber die Anordnung einer Vor-/Nacherbschaft – namentlich bei Ehegatten mit nichtgemeinsamen Nachkommen – als vorteilhaft erweisen gegenüber einer erbvertraglichen Regelung des Nachlasses der überlebenden Partei ohne Nacherbeneinsetzung⁵⁶.

In den eben besprochenen Konstellationen darf *keine pauschalisierende Betrachtung* Platz greifen. Namentlich besteht keine Vermutung zugunsten der Nacherbeneinsetzung⁵⁷. Im Gegenteil ist ohne besondere Anordnung des Erb-

Nacherbschaft dagegen müsse aus der Formulierung für den Nachlass des Erstversterbenden «in irgendeiner Ausdrucksweise die Verpflichtung des Vorerben hervorgehen: seine Einschränkung im Verbrauch und die spätere Auslieferungspflicht für den ganzen Nachlaß» (S. 359); WIDMER, S. 81 ff.; BK-WEIMAR, N. 4 zu Art. 488 ZGB; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 2 zu Art. 488 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 5 zu Art. 483 ZGB. Zutreffend BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 2 zu Art. 488 ZGB.

⁵² Zutreffend BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 2 zu Art. 488 ZGB.
⁵³ Eine Vermutung zugunsten der Nacherbeneinsetzung besteht in solchen Fällen gemäss BGE 102 Ia 418, 421 f. nicht.

⁵⁴ Zum Ganzen BK-WEIMAR, N. 4 zu Art. 488 ZGB.

⁵⁵ Dazu im Detail IV.B. hienach.

⁵⁶ So auch BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 6 Vor. Art. 488-492a ZGB, m.H. auf die unterschiedlichen Steuersätze.

⁵⁷ BGE 102 Ia 418, 421 f.: «Indessen widerspricht es der neueren Lehre, eine Klausel, wonach der durch Ehevertrag begünstigte überlebende Ehegatte verpflichtet wird, seinerseits eine letztwillige Verfügung zugunsten eines Dritten zu treffen, ohne Weiteres als Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zu betrachten. Die Nacherbeneinsetzung unterscheidet sich von der Nennung einer zweiten Person, welche der Erbe seinerseits zum Erben seines dannzumaligen Nachlasses einsetzen soll. Insbesondere fällt im letzteren Fall die behördliche Inventaraufnahme im Sinne von Art. 490 Abs. 1 ZGB weg, die sonst, im Unterschied zur Sicherstellungspflicht, nicht wegbedungen werden kann. Sodann ist der Erbe völlig frei, das ererbte Vermögen nach seinem Willen zu verwenden, insbesondere auch unentgeltliche Verfügungen zu treffen, was beim Vor-

lassers bzw. der Parteien von einem freien, unbelasteten Erbanfall auszugehen. Eine Nachverfügung ist nur dann anzunehmen, wenn ein entsprechender Wille des Erblassers ausgedrückt wird, nicht aber bereits bei einer erbvertraglich bindenden Regelung der Erbschaften der erst- und der zweitversterbenden Partei⁵⁸. Soll sodann der überlebende Ehegatte nur Vorerbe sein – und damit auf seinen Pflichtteil verzichten (vgl. Art. 531 ZGB) – so muss sich das aus dem Erbvertrag unmissverständlich ergeben, denn ein Pflichtteilsverzicht darf nicht vermutet werden⁵⁹.

Die gemachten Ausführungen lassen die Bedeutung einer präzise formulierten und inhaltlich stimmigen Rechtsgeschäftsgestaltung deutlich werden. Die Notarin hat in entsprechenden Konstellationen abzuklären, ob eine *bindende Regelung zweier Nachlässe* oder aber eine *Vor-/Nachverfügung* dem Parteiwillen entspricht, und sodann die entsprechende Urkunde in präziser juristischer Terminologie zu redigieren.

Zusammenfassend dargelegt, bestehen im Einzelnen für die diskutierte Konstellation folgende *Varianten* der Rechtsgeschäftsgestaltung:

- Zunächst ist es möglich, dass *zwei Erblasser je eine letztwillige Verfügung errichten*, mit welchen sie eine bestimmte Begünstigtenordnung treffen. Im Testament jedes Erblassers wird für den Fall des Vorversterbens der jeweils andere als Erbe eingesetzt und eine weitere, für beide identische Person wird als Ersatzerbin bezeichnet für den Fall, dass der andere Testator überlebt wird. Dabei handelt es sich um eine Ersatzverfügung, weil sich die Bedingung zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers entscheidet. Erst wenn die Erblasser zusätzlich statuieren, dass die Erbeinsetzung des überlebenden Testators davon abhängen soll, dass das die von beiden in gleicher Weise bezeichnete Drittperson begünstigende Testament des Zweitversterbenden nicht geändert wird⁶⁰ (kaptatorische Klausel)⁶¹, liegt eine Resolutivbedingung vor.

erben zum mindesten nicht unbestritten ist ... Giacometti legt unter Berufung auf das Vertrauensprinzip in einleuchtender Weise dar, weshalb Bestimmungen der fraglichen Art gerade dann, wenn sie sich in Erbverträgen und nicht in Testamenten finden, im Zweifel nicht als Nacherbeneinsetzung gedeutet werden dürfen ...». Der Entscheid steht insofern im Gegensatz zur pauschalen Betrachtungsweise von BGE 95 II 519 ff.

⁵⁸ So treffend BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 2 zu Art. 488 ZGB; ebenso WUNDER/FLÜCKIGER, S. 82, Fn. 2; ähnlich auch BK-WEIMAR, N. 4 zu Art. 488 ZGB.

⁵⁹ BSK-STAEHELIN, N. 5 zu Art. 483 ZGB.

⁶⁰ Präzisierend kann festgehalten werden, dass es ausreichend ist, wenn eine solche Begünstigtenordnung im Zeitpunkt des Todes besteht; d.h. ein zwischenzeitlicher Widerruf mit anschließender erneuter Einsetzung der Drittperson als Erbin dürfte die Bedingung nicht auslösen.

⁶¹ Zur Zulässigkeit WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 180; a.M. BK-WEIMAR, N. 72 zu Art. 482 ZGB, der kaptatorische Klauseln als «betrügerisch und unsittlich» einstuft.

- Beim *Abschluss eines Erbvertrages* können der Erbgang des Erstversterbenden und auch derjenige des Zweitversterbenden erbvertraglich bindend und damit definitiv geregelt werden. Es handelt sich dabei um eine Erbeinsetzung des Erstversterbenden und eine solche des Zweitversterbenden. Weil damit *zwei erbvertraglich bindende Anordnungen für zwei Erbschaften* – diejenige des Erst- und diejenige des Zweitversterbenden – vorliegen, liegt *keine bedingte Erbenstellung* vor und es besteht kein besonderes Sicherungsbedürfnis, so dass sich eine kaptatorische Klausel bezüglich der Erbeinsetzung für den Erstversterbensfall zumeist erübrigt⁶².
- Denkbar ist schliesslich eine Ausgestaltung als *Vor- und Nachverfügung*, wie sie das Bundesgericht für die besprochenen Konstellationen bisweilen generell – und u.E. zu pauschal – annimmt. Die Planung erfolgt in diesem Fall mittels *Bedingungen*.

III. Aktuelle Beispiele zur Rechtsgeschäftsgestaltung mit Bedingungen

A. Vorbemerkung

In neuerer Zeit werden in der Praxis in verschiedener Hinsicht Gestaltungen von Rechtsgeschäften mittels Bedingungen vorgenommen, um für je unterschiedliche Szenarien eine rechtsgeschäftliche Ordnung zu treffen. Die entsprechende Rechtsgeschäftsplanung mittels Bedingungen – man spricht dabei wie schon erwähnt namentlich von Rückfallklauseln oder Schutzklauseln – ist im Schrifttum jüngst wiederholt besprochen worden⁶³. Auf die einzelnen Fälle ist nachfolgend⁶⁴ einzugehen.

B. Einzelne Fälle

1. *Wiederverheiratung bzw. Wiedereingehen einer eingetragenen Partnerschaft*

In der Praxis häufig verwendet wird die sog. *Wiederverheiratungsklausel*, wonach das der begünstigten überlebenden Ehegattin über ihren gesetzlichen Anteil hinaus ehedüter- oder erbrechtlich Zugewendete bei ihrer Wiederver-

⁶² Eine Regelung kann immerhin empfehlenswert sein, wenn der Hinzutritt weiterer Pflichtteilserben zu befürchten ist. Dazu III.B.1. und III.B.2. hienach.

⁶³ Vgl. TRACHSEL, S. 174; ZEITER, S. 369 ff.; WUNDER/FLÜCKIGER, S. 86 f.

⁶⁴ III.B.

heiratung ganz oder teilweise an die Erben des erstverstorbenen Ehegatten – namentlich an dessen Nachkommen – fallen soll⁶⁵. Für den Fall der Ehegattennutzniessung ist der entsprechende Rückfall bereits von Gesetzes wegen zwingend⁶⁶ vorgeschrieben (Art. 473 Abs. 3 ZGB).

Mit der Wiederverheiratung begründet die überlebende Ehegattin ein neues gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht zugunsten ihres zweiten Ehegatten, so dass für die Nachkommen erster Ehe – oder weiterer Erben des erstverstorbenen Ehegatten – eine neue Ausgangslage mit endgültig und gegebenenfalls erheblich reduzierten Ansprüchen entsteht. In dieser Konstellation zielt die Wiederverheiratungsklausel vor allem darauf ab, zu verhindern, dass Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten beim Ableben der sich wieder verheiratenden überlebenden Ehegattin das von den Ehegatten erster Ehe gemeinsam erwirtschaftete Vermögen mit dem neuen zweiten Ehegatten zu teilen haben⁶⁷. Gleiches gilt bei einer späteren *Eintragung einer Partnerschaft* des überlebenden Elternteils⁶⁸, so dass auch für diesen Fall eine entsprechende Rückfallklausel vorzusehen ist. Und selbstredend gilt dies auch bei eingetragenen Partnerschaften.

Das Inkrafttreten der Wiederverheiratungsklausel kann gegebenenfalls unter den Vorbehalt gestellt werden, dass nicht eine *anderweitige güter- und erbrechtliche Korrektur der Begünstigung* der überlebenden Ehegattin stattfindet. So kann die Wiederverheiratungsklausel etwa nur dann für anwendbar erklärt werden, wenn die überlebende Ehegattin sich wiederverheiratet und nicht mit dem neuen Ehegatten einen Ehevertrag auf *Gütertrennung* und/oder einen *Erbverzichtsvertrag* abschliesst⁶⁹.

2. *Neue Elternschaft*

Eine der Wiederverheiratung entsprechende Problematik⁷⁰ ergibt sich auch dann, wenn durch (erneute) *Elternschaft* neue gesetzliche und pflichtteilsgeschützte Erben hinzutreten. Auch dabei kommt es zu einer Neuordnung des

⁶⁵ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 22 zu Art. 216 ZGB; AEBI-MÜLLER, Rz. 06.139 f. und 07.145; ZEITER, S. 369.

⁶⁶ BSK-STAEHELIN, N. 24 zu Art. 473 ZGB.

⁶⁷ Näher und mit Berechnungsbeispielen AEBI-MÜLLER, Rz. 06.139, und ZEITER, S. 369.

⁶⁸ ZEITER, S. 369.

⁶⁹ FORNITO, S. 797. Freilich stellt dieser Vorschlag eine mit Unsicherheiten behaftete Regelung dar, denn es bleibt der überlebenden Ehegattin und ihrem Ehemann unbenommen, den Ehevertrag auf Gütertrennung wiederum aufzuheben. Grundsätzlich gilt auch für einen Erbverzichtsvertrag, es sei denn, es würden die später Berechtigten – in erster Linie die Nachkommen aus erster Ehe – in den Vertragsschluss einbezogen.

⁷⁰ Dazu III.B.1. soeben.

gesetzlichen Erb- und des Pflichtteilsrechts zuungunsten bereits lebender Nachkommen oder anderer – kraft Gesetzes, Ehevertrages oder Verfügung von Todes wegen – Berechtigter⁷¹. Soll der Schutz der Nachkommen – und anderer Berechtigter – vor einer Schmälerung ihrer Ansprüche generell angestrebt werden, so genügt eine blossе Wiederverheirathungsklausel nicht, sondern es ist eine Bestimmung zu treffen, welche die Nachkommen bzw. weiteren Berechtigten generell beim Hinzukommen von neuen pflichtteilsgeschützten Erben absichert⁷².

3. *Eingehen einer Lebensgemeinschaft*

Ebenfalls in Zusammenhang mit dem Schutz der Ansprüche insbesondere der Nachkommen stehen sog. *Konkubinatsklauseln*, welche das Eingehen einer Lebensgemeinschaft durch den begünstigten überlebenden Ehegatten als früher Berechtigten in den Blick nehmen⁷³. Die Konkubinatsklausel soll verhindern, dass der überlebende Ehegatte das Wirksamwerden der Wiederverheirathungsklausel dadurch umgeht, dass er nicht heiratet, sondern weiterhin im Konkubinat lebt⁷⁴. Allerdings begründet das Bestehen einer faktischen Lebensgemeinschaft – anders als die Wiederverheirathung, die Begründung einer eingetragenen Partnerschaft und eine neue Elternschaft – kein Pflichtteilsrecht und überhaupt kein gesetzliches Erbrecht, so dass unter diesem Aspekt nicht dieselben Fragen zu lösen sind⁷⁵.

Indessen wird mit einer Konkubinatsklausel vor allem auch der Tatsache begegnet, dass die *Vermögen der beiden zusammenlebenden Partner* regelmässig – etwa bei gemeinsamen Anschaffungen oder gemeinsamer Bestreitung des laufenden Lebensunterhalts – *vermischt werden* und sich bei Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft – gerade durch Tod – allenfalls kaum noch sauber entflechten lassen. Damit kann ein Konkubinat – auch ohne jede Schädigungsabsicht des überlebenden Ehegatten – die Ansprüche der Nachkommen im Zweitversterbensfall gefährden⁷⁶.

⁷¹ ZEITER, S. 217; TRACHSEL, S. 174.

⁷² ZEITER, S. 217.

⁷³ AEBI-MÜLLER, Rz. 12.13; ZEITER, S. 370 f.

⁷⁴ Zu alledem AEBI-MÜLLER, Rz. 12.13; ZEITER, S. 370 f.

⁷⁵ Sollte mit der Erbrechtsrevision ein Unterstützungsanspruch eingeführt werden, so könnte dieser ein Planungsbedürfnis begründen. Zum Unterstützungsanspruch WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, III.C.2.b., in diesem Band.

⁷⁶ Zum Ganzen einlässlich ZEITER, S. 370 f.; siehe auch für die entsprechende Situation bei einem neuen Partner des Vorerben WUNDER/FLÜCKIGER, S. 93.

4. *Heim- und Demenzklauseln*

In der Praxis zunehmend Verbreitung finden die sog. Heim- oder Demenzklauseln. Gelegentlich dürften die beiden damit anvisierten Situationen zusammenfallen, allerdings handelt es sich doch um zwei unterschiedliche Ereignisse.

Die sog. *Heimklausel* bezieht sich in der Praxis vor allem auf den Eintritt des begünstigten überlebenden Ehegatten in ein Pflege- oder Altersheim oder auch den Anfall anderer Betreuungskosten. Dabei steht der Gedanke im Vordergrund, dass die Nachkommen nicht auch noch Vermögen verlieren sollen, das ihnen eigentlich aufgrund ihres gesetzlichen Erbrechts gegenüber dem erstverstorbenen Elternteil schon bei dessen Erbgang zugestanden hätte, auf das aber – zwecks Maximalbegünstigung des überlebenden Elternteils – (zumindest vorerst) verzichtet worden ist⁷⁷. Freilich ist sie auch bezüglich anderer Personen denkbar.

Die sog. *Demenzklausel* kommt beim Verlust der Urteilsfähigkeit zum Tragen. Diese Situation tritt häufig – aber doch nicht ausschliesslich – im Alter ein. Mit der Demenzklausel geht es vor allem darum, das Vermögen der urteilsunfähig gewordenen Person faktisch vor Verschleuderung, Erbschleicherei oder Betrug zu schützen⁷⁸. Gegebenenfalls sollen damit auch präventiv die Einflussmöglichkeiten eines Beistands minimiert werden⁷⁹.

Solche Heim- und Demenzklauseln können aber auch in ganz anderen Situationen angezeigt sein, wie etwa bei einer Unternehmensnachfolge⁸⁰.

5. *Tod des zunächst Begünstigten*

Eine weitere Bedingung kann der *Tod* des zunächst Begünstigten im Sinne des Vorversterbens in Bezug auf eine andere⁸¹, diesfalls dann begünstigte Person sein. Dies ist vor allem im Rahmen der Vor-/Nacherbeneinsetzung *das* typische Ereignis (vgl. Art. 489 Abs. 1 ZGB).

⁷⁷ Dazu FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 289 ff.

⁷⁸ Vgl. ZEITER, S. 372.

⁷⁹ Vgl. EGGEL, Besprechung FS Breitschmid, S. 250.

⁸⁰ Beispiel: «Meine Aktien an der Familienunternehmung, der Max Muster Holding AG, gehen als Vorvermächtnis an meine Geschäfts- und Lebenspartnerin F. Sollte für F. eine erwachsenenschutzrechtliche Massnahme angeordnet werden, so gehen die genannten Aktien im Sinne eines Nachvermächtnisses an meinen Sohn R.»

⁸¹ Siehe TRACHSEL, S. 174.

6. Weitere Ereignisse

Denkbar und der rechtsgeschäftlichen Regelung mittels Bedingungen zugänglich sind sodann eine Vielzahl weiterer Ereignisse⁸² oder Gefahrenlagen. So kann es angezeigt sein, eine Rückfallklausel etwa vorzusehen für den definitiven Wegzug des Erstbegünstigten ins Ausland (Jurisdiktionswechsel), für den Konkurs, die Pfändung oder deren Androhung oder das (Fort-)Bestehen einer Ehe (etwa bei Zuwendungen an Schwiegerkinder)⁸³.

IV. Zur Vorgehensweise bei der Gestaltung mit Bedingungen

A. Einleitende Bemerkungen

Zu den Zwecken der öffentlichen Beurkundung gehören unter anderem die Förderung der Klarheit des Rechtsgeschäftes und die Beweissicherung sowie der Schutz der Parteien namentlich durch Erteilung der entsprechenden Rechtsbelehrung⁸⁴. Letztlich sollen öffentliche Urkunden *Rechtssicherheit* schaffen. Das zu realisieren, ist vornehme Aufgabe des Notars.

Im Zusammenhang mit der Variantenplanung durch Bedingungen hat die Notarin namentlich den Parteiwillen zu ermitteln und alsdann – immer im Austausch mit der Klientschaft, deren Wille in der öffentlichen Urkunde umzusetzen ist – zu überlegen, für welche möglichen Ereignisse welche Lösungen bestehen und was diese für Folgen nach sich ziehen. Ausgangspunkt für die im Zusammenhang mit einer Variantenplanung anzustellenden Überlegungen sind die gesetzlichen Bestimmungen zu den Bedingungen⁸⁵. Alsdann zu behandeln sind die Festlegung der Bedingung⁸⁶ sowie die Anordnung von Bedingungen bei güterrechtlicher Begünstigung, Erbeinsetzung und Vermächtnis⁸⁷. Schliesslich ist auf die Gestaltung der Rechtslage während der Schwebezeit einzugehen⁸⁸.

⁸² Vgl. TRACHSEL, S. 174.

⁸³ Wenn mit der Erbrechtsrevision höhere verfügbare Quoten bestehen werden – dazu WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, III.C.3., in diesem Band –, dürften entsprechende Anordnungen in ihrem Ausmass tendenziell zunehmen.

⁸⁴ Vgl. KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 8 ff. zu Art. 23 NG.

⁸⁵ Dazu IV.B. sogleich.

⁸⁶ IV.C. sogleich.

⁸⁷ IV.D. hienach.

⁸⁸ IV.E. hienach.

B. Gesetzliche Bestimmungen

Vorab sind die gesetzlichen Regeln, die bei einer Variantenplanung mit Bedingungen zur Anwendung gelangen können, zu betrachten. Denn aus der gesetzlichen Ordnung ergibt sich einerseits der Freiraum, wie er – ausserhalb von zwingenden Bestimmungen – für rechtsgeschäftliche Planung überhaupt besteht. Und andererseits enthält das Gesetz eine – subsidiäre – Regelung für den Fall, dass eine rechtsgeschäftliche Ordnung fehlt.

Für *ehevertragliche Gestaltungen* ist die grundsätzliche Zulässigkeit von Bedingungen in der Lehre anerkannt⁸⁹. Dass Bedingungen – und auch Auflagen – sowohl für die gesetzliche Vorschlagsbeteiligung als auch für eine darüber hinausgehende Begünstigung angeordnet werden können, ist aus der Ehevertragsfreiheit abzuleiten⁹⁰.

Im *Erbrecht* findet sich hinsichtlich der Bedingung – und Auflage – ausdrücklich nur die eher knappe Norm des Art. 482 ZGB. Danach kann der Erblasser seinen Verfügungen Bedingungen anfügen (Art. 482 Abs. 1 ZGB). Ausführlicher regelt das Gesetz eine besondere Art der bedingten erbrechtlichen Verfügung, nämlich die *Nachverfügung* in ihren beiden Erscheinungsarten der *Nacherbeneinsetzung* bzw. des *Nachvermächtnisses* (Art. 488 ff. ZGB)⁹¹. Nach herrschender Ansicht ist der Vorerbe resolutiv bedingter Erbe und der Nacherbe suspensiv bedingter Erbe⁹². Die Bestimmungen der Nachverfügung sind deshalb immer auch zu beachten, wenn eine Gestaltung mit Bedingungen vorgenommen werden soll. Denn die mittels Bedingungen getroffene rechtliche Konstruktion kann gegebenenfalls – auch wenn sie nicht explizit als eine solche bezeichnet wird – eine Nacherbeneinsetzung darstellen⁹³, womit die einschlägigen zwingenden und – sofern in concreto keine rechtsgeschäftlichen abweichenden Anordnungen vorliegen – dispositiven Gesetzesregeln Anwendung finden. In einem solchen Fall sind namentlich die zwingenden Normen des Verbots der mehrfachen Nachverfügung (Art. 488 Abs. 2 ZGB) und der Inventarisierung (Art. 490 Abs. 1 ZGB) zu beachten. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die weiteren Regeln hinsichtlich der Sicherstellung des Nacherben (Art. 490 Abs. 2 und 3 ZGB), der Schwebezeit

⁸⁹ Dazu schon II.A. hievor.

⁹⁰ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 20 zu Art. 216 ZGB.

⁹¹ BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 482 ZGB; BK-WEIMAR, N. 47 zu Art. 482 ZGB.

⁹² Siehe zur allgemeinen Umschreibung WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 296 f.; dazu auch IV.D.3. hienach.

⁹³ Siehe zu deren allgemeiner Umschreibung WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 296 f.; dazu auch IV.D.3. hienach.

(Art. 491 ZGB und subsidiär Art. 151 ff. OR)⁹⁴ und für den Eintritt des Nacherbfalls (Art. 489 und 492 ZGB betreffend Zeitpunkt, Rechtsfolgen usw.).

Entscheidend für die Anwendbarkeit der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen über die Nacherbschaft ist, *ob eine Nachverfügung vorliegt*. Nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 488 Abs. 1 ZGB) ist dies stets dann der Fall, wenn ein eingesetzter Erbe die erworbene Erbschaft einem anderen – eingesetzten – Erben mit dem Bedingungseintritt – d.h. dem sog. Nacherbfall (dazu Art. 489 ZGB) – auszuliefern hat. Über den Wortlaut des Gesetzes hinaus liegt auch dann eine Nacherbeneinsetzung vor, wenn die Auslieferungspflicht gesetzlichen Erben auferlegt wird oder gesetzliche Erben als Nacherben vorgesehen sind; auch auf diese Fälle der sog. konstruktiven Nacherbeneinsetzung⁹⁵ kommen die Regeln der Nachverfügung zur Anwendung. Im Einzelfall kann freilich zweifelhaft sein, ob eine Vor-/Nacherbeneinsetzung vorliegt und damit Art. 488 ff. ZGB anwendbar sind; das zeigt sich namentlich bei korrespondierenden Testamenten oder wechselseitigen Erbverträgen mit Abreden für den Zweitversterbensfall⁹⁶. Nach herrschender Lehre⁹⁷ gelangen allerdings die Regeln über die Nachverfügung auf alle bedingten Erbeinsetzungen zur Anwendung. Die Frage nach der Anwendbarkeit der erwähnten Bestimmungen erweist sich deshalb in der Rechtsgeschäftsgestaltung nur als insofern von Bedeutung, als es sich empfiehlt, bezüglich der dispositiven Normen Klarheit über ihre Bedeutung zu schaffen, sie je nach Parteiwillen anzupassen und die zwingenden Regeln – sicherheitshalber – möglichst bei allen bedingten Erbeinsetzungen zu berücksichtigen. Entsprechendes gilt – mit im Einzelnen freilich abweichenden oder differenzierenden Lehrmeinungen – für das Vor-/Nachvermächtnis und grundsätzlich auch für alle anderen bedingten Ver-

⁹⁴ PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 12 zu Art. 482 ZGB.

⁹⁵ Dazu etwa WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 306 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 704 f.; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 3 zu Art. 488 ZGB; BK-TUOR, N. 7 Vor Art. 488-492 ZGB.

⁹⁶ Dazu II.F. hievor.

⁹⁷ PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 11, 14 zu Art. 482 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 482 ZGB; ZK-ESCHER, N. 7, 11 zu Art. 482 ZGB; BK-TUOR, N. 37 zu Art. 482 ZGB; STEINAUER, N. 584c; differenzierend BK-WEIMAR, N. 48 f. zu Art. 482 ZGB.

mächtnisse⁹⁸. Diesbezüglich ein Vorbehalt anzubringen ist nach hier vertreter Ansicht für das bedingte Untervermächtnis⁹⁹.

Sodann sind auf bedingte güterrechtliche Zuwendungen und Verfügungen von Todes wegen die Regeln von Art. 151 ff. OR betreffend die *Bedingungen* sinngemäss anwendbar¹⁰⁰.

Weiters sind auf die Vor-/Nacherbschaft die *Bestimmungen zur Nutzniessung* gemäss Art. 755 ff. ZGB analog heranzuziehen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Verwaltung, den Nutzen sowie die Kosten und Lasten der Vor-erbschaft¹⁰¹.

Insgesamt ist im Recht der Nachverfügung, in dessen Verhältnis zu den Bestimmungen der Nutzniessung und auch im Bedingungsrecht *vieles umstritten*¹⁰². Umso wichtiger ist es, im Rahmen der Rechtsgeschäftsgestaltung klare Verhältnisse zu schaffen.

⁹⁸ BSK-STAEHELIN, N. 10 zu Art. 482 ZGB; ZK-ESCHER, N. 7 zu Art. 482 ZGB; BK-TUOR, N. 37 zu Art. 482 ZGB; STEINAUER, N. 584c; differenzierend BK-WEIMAR, N. 53 zu Art. 482 ZGB. Dabei halten TUOR und ESCHER für das bedingte Vermächtnis andere Regeln für anwendbar und erachten etwa eine mehrfache Substitution bei gewöhnlichen bedingten Vermächtnissen als zulässig; siehe BK-TUOR, N. 15 zu Art. 488 ZGB; ZK-ESCHER, N. 7 zu Art. 488 ZGB; a.M. PIOTET, SPR IV/1, S. 142; ebenfalls abweichend BK-WEIMAR, N. 17 ff. zu Art. 488 ZGB.

⁹⁹ Die Abgrenzung zwischen Vor-/Nachvermächtnis und bedingtem Vermächtnis ist nach dem vermachten Objekt zu treffen: Ein Nachvermächtnis liegt nur dann vor, wenn Identität des – bereits als Vorvermächtnis zugewendeten – Legatsgegenstandes besteht. Ist demgegenüber ein Objekt vermacht, das nicht mit dem später legierten identisch ist, so liegt ein bedingtes Untervermächtnis vor, und werden Erben und nicht Vermächtnisnehmer bedingt mit einem Vermächtnis belastet, so handelt es sich um ein bedingtes Vermächtnis; so WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 295; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 3 zu Art. 488 ZGB; ZK-ESCHER, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge (Art. 488-493), N. 7; a.M. PIOTET, SPR IV/1, S. 142.

¹⁰⁰ BSK-STAEHELIN, N. 11 zu Art. 482 ZGB; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 3 Vor. Art. 488-492a ZGB; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 12 zu Art. 482 ZGB; BK-TUOR, N. 33 zu Art. 482 ZGB; BK-WEIMAR, N. 45 zu Art. 482 ZGB; differenzierend ZK-ESCHER, N. 7 zu Art. 482 ZGB.

¹⁰¹ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 685 ff.; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 3 f. zu Art. 491 ZGB; ZK-ESCHER, N. 4 zu Art. 487 ZGB; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 4 zu Art. 491 ZGB. A.M. BK-WEIMAR, N. 5 zu Art. 491 ZGB, wonach die Bestimmungen über die Nutzniessung «nur mit grösster Umsicht auf die Nacherbeneinsetzung angewendet werden» können.

¹⁰² Ebenso FLÜCKIGER, S. 15. Umstritten ist etwa das Verständnis der Stellungen des früher und später Berechtigten als je bedingt (so STEINAUER, N. 551; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 3 Vor. Art. 488-492a ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 296; BK-TUOR, N. 12 Vor. Art. 488-492 ZGB; a.M. BK-WEIMAR, N. 8 ff., 15 ff. Vor. Art. 488 ff. ZGB), oder die Wirkung des Übergangs ex tunc (abweichend von der h.L. insb. WEIMAR, ebd.). Siehe auch die Ausführungen zur Pflichtenlage während der Schwebezeit IV.E.2. hienach.

C. Festlegung der Bedingung

1. Bestimmung des zur Bedingung zu machenden Ereignisses

a) Bedeutung des Ziels

Bei der Planung ist vorab das zur Bedingung zu machende *Ereignis zu bestimmen*. Dabei ist es unabdingbar, auch das mit der entsprechenden Klausel zu erreichende *Ziel* miteinzubeziehen.

Dies lässt sich am *Beispiel der Wiederverheirathungsklausel* veranschaulichen. Wenn es um den Schutz von Ansprüchen der Nachkommen geht, die zugunsten des überlebenden Ehegatten im Erbgang des erstversterbenden Elternteils auf ihre Ansprüche verzichten, wird Ziel der Bedingung regelmässig nicht nur sein, die Nachkommen vor konkurrierenden Ansprüchen eines möglichen späteren Ehegatten zu schützen, sondern schlicht vor denjenigen aller weiteren, künftig neben sie tretenden Erben. Es geht mithin ganz allgemein darum, dass das Vermögen «in der Familie» bleibt¹⁰³. Zu diesem Zwecke kann man durch eine bindende erbvertragliche Einsetzung der Nachkommen als Erben im zweiten Erbgang weitere künftige eingesetzte oder nicht pflichtteilsgeschützte gesetzliche Erben von der Erbfolge verbindlich ausschliessen¹⁰⁴. Demgegenüber ist solches hinsichtlich weiter hinzutretenden pflichtteilsgeschützten Erben nicht möglich. Wenn für den Erblasser nach Abschluss einer Verfügung von Todes wegen – mithin auch eines Erbvertrages – eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit eintritt – durch Hinzukommen eines zusätzlichen Pflichtteilerben – so wird die Verfügung der Herabsetzung unterstellt (Art. 516 ZGB). Für einen solchen Fall wäre als Ereignis für die Bedingung, welche die Begünstigung hinfällig werden lässt, der *Hinzutritt weiterer pflichtteilsgeschützter Erben allgemein* festzulegen, und nicht allein die Wiederverheirathung oder das Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft. Soll demgegenüber mit der Wiederverheirathungsklausel das Ziel verfolgt werden, dass es bei Eingehen einer neuen Beziehung des überlebenden Ehegatten nicht zu ungewollten Vermögensvermischungen kommt, so wäre auch die Aufnahme einer *faktischen Lebensgemeinschaft*¹⁰⁵ als Bedingung vorzusehen. Wenn es um ungewollte Vermögensvermischung geht, könnte auch die Begründung eines *Mehrgenerationenhaushalts* unerwünscht sein und wäre als bedingendes Ereignis ebenfalls aufzunehmen. Die entsprechenden, zur Bedingung zu

¹⁰³ Siehe auch WUNDER/FLÜCKIGER, S. 84.

¹⁰⁴ Eine erbvertragliche Erbeinsetzung geht auch später hinzutretenden gesetzlichen Erben vor.

¹⁰⁵ Das Konkubinatsverhältnis ist derzeit erbrechtlich nicht relevant. Im Rahmen der Erbrechtsrevision wird diesbezüglich allerdings ein Unterstützungsanspruch vorgeschlagen; dazu WOLF/EGGEL, Erbrechtsrevision, III.C.2.b., in diesem Band.

machenden Ereignisse lassen sich selbstverständlich auch miteinander kombinieren.

b) Problematik offener Begriffe

Sogleich anzusprechen ist ein weiterer Aspekt. *Die Umschreibung des zur Bedingung zu machenden Ereignisses kann Schwierigkeiten bereiten.* Oftmals erweisen sich die verwendeten Begriffe als offen. So existiert etwa kein einheitlicher Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft¹⁰⁶, oder es werden mit der Bezeichnung «Demenz» sehr unterschiedliche Stadien einer Krankheit erfasst. Allgemein sind derart offene Begriffe zu vermeiden. Stattdessen ist es in solchen Fällen angezeigt, das Ereignis – mit Blick auf das jeweils angestrebte Ziel – *möglichst präzise zu umschreiben.* Möglich erscheint dies namentlich durch Anknüpfung an *objektive und überprüfbare Sachverhaltselemente.* In Bezug auf die beiden eben erwähnten Beispiele wären etwa folgende Überlegungen anzustellen:

- *Faktische Lebensgemeinschaft* (Konkubinat): Weil die Gefahr der Vermögensvermischung – die oftmals der eigentliche Grund für den Einbezug als Bedingung sein wird¹⁰⁷ – bei Führen eines jeden gemeinsamen Haushalts gegeben sein dürfte, erscheint es in der Regel als sinnvoll, die Begründung eines ebensolchen als Ereignis zu bezeichnen. Darunter kann – weitgefasst – jede häusliche Gemeinschaft mit irgendwelchen Personen fallen oder aber – enger gefasst – nur eine solche mit einem neuen Lebenspartner. In beiden Fällen bleibt die Problematik bestehen, wie das Ereignis einer entsprechenden Lebensgemeinschaft umschrieben werden soll. Ein Abstellen auf den gemeinsamen Wohnsitz wird sich u.U. als nicht zielführend erweisen, weil getrennte Wohnsitze trotz faktischer Lebensgemeinschaft möglich bleiben. Bei der häuslichen Gemeinschaft mit einem Lebenspartner liesse sich allenfalls an die bundesgerichtliche Umschreibung des Konkubinates als Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft¹⁰⁸ abstellen; allerdings weist auch diese Umschreibung offene Konturen auf und bietet damit Streitpotential. Es zeigt sich hier die bekannte Schwierigkeit, die faktische Lebensgemeinschaft an eine objektive und leicht feststellbare tatsächliche Situation anzuknüpfen.
- *Demenz*: Bei Verwendung einer Demenzklausel im Vordergrund stehen dürfte häufig das Anliegen, dass sobald die zunächst begünstigte Person über ihr Vermögen – und damit auch über das mittels der bedingten Zuwendung Erhaltene – nicht mehr eigenständig verfügen kann, bezüglich

¹⁰⁶ ZEITER, S. 371.

¹⁰⁷ Siehe IV.C.1.a. soeben.

¹⁰⁸ So BGE 124 III 52.

der Begünstigung bereits ein Übergang an die zweitbedachten Personen stattfinden soll. In diesem Fall liesse sich an die dauerhafte Urteilsunfähigkeit anknüpfen, ein Rechtsbegriff, der auch etwa in Art. 492a Abs. 1 ZGB verwendet wird und mit dem eine gewisse Erfahrung besteht. Im Streitfall wäre ein diesbezügliches Gutachten zu erstellen. Allerdings bleibt der Begriff der dauernden Urteilsunfähigkeit seinerseits ebenfalls offen. Insbesondere aufgrund des Grundsatzes der Relativität der Urteilsfähigkeit könnten sich schwierige Fragen ergeben, weil Urteilsfähigkeit bezüglich bestimmter Geschäfte noch gegeben sein kann, bezüglich anderer hingegen nicht¹⁰⁹. Statt des Abstellens auf die Urteilsfähigkeit liesse sich als Alternative allenfalls eher auf einen *behördlichen Schritt* abstellen, etwa auf die Errichtung mindestens einer (partiellen) Vertretungsbeistandschaft oder die Validierung eines Vorsorgeauftrags. Vorteil einer solchen Anknüpfung ist es, dass es sich dabei um ein objektiv feststellbares Ereignis handelt und allfällige Auseinandersetzungen darüber im erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren und damit bereits im Vorfeld der erbrechtlichen Auseinandersetzung erfolgen.

c) Bedeutung des Faktors Zeit

Bei der Festlegung des zur Bedingung zu machenden Ereignisses stets auch zu beachten ist der *Faktor Zeit*. So dürften bloss vorübergehende Ereignisse die Bedingung regelmässig nicht erfüllen. Zwar ist diesbezüglich letztlich der Parteiwille entscheidend. Dennoch wird im Allgemeinen etwa eine Beziehung eine gewisse Zeit Bestand haben müssen, damit sie sich als Lebensgemeinschaft qualifiziert, es wird die Urteilsunfähigkeit andauernd – also voraussichtlich irreversibel – sein müssen, und es wird der Heimeintritt definitiv und nicht nur auf Probe erfolgen müssen. In diesem Sinne stellt die *zeitliche Dauer* ein Qualifikationsmerkmal des Ereignisses selbst dar: Erst wenn eine bestimmte Dauer vorliegt, qualifiziert sich das Geschehen als das zur Bedingung gemachte Ereignis. Ist das Ereignis aber einmal eingetreten, so treten die vereinbarten Folgen ein. Ein späterer Wegfall des Ereignisses sollte nicht zu einer Rückkehr in den Schwebezustand führen¹¹⁰.

¹⁰⁹ Vgl. dazu im erbrechtlichen Kontext etwa WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 328 ff.

¹¹⁰ Eine gegenteilige Abrede wäre wohl grundsätzlich möglich, ist u.E. aber nicht zu empfehlen. Einmal erwies sich solches als kaum mehr praktikabel; zudem droht rechtlich gegebenenfalls ein Verstoß gegen das Verbot der doppelten Nacherbeneinsetzung (Art. 488 Abs. 2 ZGB).

2. *Inhaltliche Schranken*

a) **Im Allgemeinen**

Ganz allgemein dürfen Rechtsgeschäfte nicht *rechts- oder sittenwidrig* sein und auch nicht gegen das *Recht der Persönlichkeit* verstossen (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR sowie Art. 27 ZGB). Die entsprechenden Schranken gelten auch für den Ehevertrag¹¹¹, und sie sind ebenso für erbrechtliche Rechtsgeschäfte grundsätzlich gleich zu beachten wie für Rechtsgeschäfte unter Lebenden¹¹². Gemäss der erbrechtlichen Norm des Art. 482 Abs. 2 ZGB machen unsittliche oder rechtswidrige Auflagen und Bedingungen die Verfügung ungültig. Erbrechtliche Rechtsfolge ist grundsätzlich die Anfechtbarkeit der mit der Bedingung verbundenen Verfügung von Todes wegen mittels Ungültigkeitsklage (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)¹¹³.

Im Zusammenhang mit der vorliegend interessierenden Rechtsgeschäftsgestaltung ist aus praktischer Sicht vor allem die Frage zu behandeln, unter welchen Umständen Bedingungen zu Sittenwidrigkeit führen^{114,115}.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass *lästige oder unsinnige Bedingungen* als nicht vorhanden betrachtet werden (Art. 482 Abs. 3 ZGB), so dass die zugrundeliegende Begünstigung als unbedingt bestehen bleibt, und zwar eo ipso, ohne dass eine Anfechtung mittels Ungültigkeitsklage erforderlich wäre¹¹⁶. *Objektiv unmögliche Suspensivbedingungen* machen die Verfügung von Todes wegen wirkungslos, mithin nichtig. *Objektiv unmögliche Resolutivbedingungen* wandeln die darunter gestellte Zuwendung in eine unbedingte um, die entsprechende Verfügung ist somit unbedingt wirksam¹¹⁷. In beiden Fällen bedarf es keiner Ungültigkeitsklage¹¹⁸.

¹¹¹ Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 24 zu Art. 182 ZGB.

¹¹² Siehe WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 963.

¹¹³ Ausnahmsweise können Fälle extremer Ungültigkeit – mithin auch von entsprechender Rechts- oder Sittenwidrigkeit – auch zur Nichtigkeit führen. Vgl. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 927; näher dazu nun auch FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 297 f., insb. zu Heim- und Demenzklauseln S. 300 ff.

¹¹⁴ Näher IV.C.2.b. sogleich.

¹¹⁵ Vgl. dazu bezüglich Schutzklauseln allgemein ZEITER, S. 367 f.; betreffend Heim- oder Demenzklauseln FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 295 ff.

¹¹⁶ Vgl. BSK-STAEHELIN, N. 42 zu Art. 482 ZGB; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 51 zu Art. 482 ZGB.

¹¹⁷ Dazu insgesamt WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 796.

¹¹⁸ Vgl. BSK-STAEHELIN, N. 44 zu Art. 482 ZGB.

b) Insbesondere Sittenwidrigkeit

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt bei Verfügungen von Todes wegen dann Sittenwidrigkeit vor, wenn sie gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder der Gesamtrechtsordnung immanente ethische Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen, wobei dieser Verstoss unmittelbar in der Leistung selbst oder im damit angestrebten Zweck liegen kann, oder sich aus einer Verknüpfung einer notwendig unentgeltlichen Leistung mit einer geldwerten Leistung ergeben kann¹¹⁹. Bei der Vornahme einer entsprechenden Beurteilung ist der Gesamtcharakter zu würdigen. Dabei sind nach Rechtsprechung und herrschender Lehre auch die subjektiven Begleitumstände zu berücksichtigen, weshalb regelmässig ebenfalls die mit der Verfügung verfolgten Zwecke oder die ihr zugrundeliegenden Motive des Erblassers – und bei Verträgen wohl auch der weiteren Parteien – bedeutsam sind¹²⁰.

Die Sittenwidrigkeit einer Verfügung von Todes wegen kann sich insbesondere auch daraus ergeben, dass sie mit einer sittenwidrigen *Bedingung* verknüpft wird. Eine Bedingung wiederum ist dann sittenwidrig, wenn sie den Bedachten in seinen Freiheitsrechten übermässig einschränkt¹²¹. Zu den Schutzobjekten zählt unter anderen auch die persönliche Freiheit in all ihren Facetten und damit etwa die Freiheit, seinen Wohnsitz zu wählen, zu heiraten oder eine Beziehung einzugehen¹²². *Nicht als sittenwidrig* betrachtet werden demgegenüber Anordnungen, welche dem Bedachten ein bestimmtes, freiheitsbeschränkendes Verhalten nicht vorschreiben, sondern dieses lediglich zum *Anlass* der entsprechenden Klausel nehmen, oder auch solche, welche zwar einen Eingriff in die höchstpersönliche Sphäre des Begünstigten darstellen, aber *objektiv gerechtfertigt* sind¹²³.

Nach dem Gesagten ist somit bei der Rechtsgeschäftsgestaltung mit Bedingungen hinsichtlich der Problematik der Sittenwidrigkeit namentlich auf zweierlei zu achten, nämlich:

¹¹⁹ Siehe BGE 136 III 474, 477 f.; BGE 133 III 167, 173 f.; BGE 132 III 455, 458; BGE 123 III 101, 102; BGE 115 II 232, 235. Aus dem Schrifttum: PraxKomm-ABT, N. 33 zu Art. 519 ZGB; BK-TUOR, N. 28 zu Art. 482 ZGB.

¹²⁰ PraxKomm-ABT, N. 36 f. zu Art. 519 ZGB, m.w.H.; a.M. BK-WEIMAR, N. 94, 100 zu Art. 482 ZGB.

¹²¹ PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 43 f. zu Art. 482 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 37 zu Art. 482 ZGB. Vgl. auch für die güterrechtliche Begünstigung AEBI-MÜLLER, N. 06.144.

¹²² Vgl. BSK-STAEHELIN, N. 37 zu Art. 482 ZGB; HASENBÖHLER, S. 13 ff.; ZK-ESCHER, N. 32a zu Art. 482 ZGB; BK-TUOR, N. 28a zu Art. 482 ZGB; BK-WEIMAR, N. 94 ff. zu Art. 482 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 320.

¹²³ Vgl. PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 44 zu Art. 482 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 38 zu Art. 482 ZGB.

Erstens dürfte es regelmässig hilfreich sein, *Motive und Ziele* der Beteiligten einer Nachlassplanung¹²⁴ im Rechtsgeschäft *offenzulegen*. So erschiene es allenfalls bei Heim- und Demenzklauseln¹²⁵, denen allgemein der Zweck der Sozialversicherungsoptimierung zugeschrieben wird und die unter diesem Aspekt allenfalls als sittenwidrig qualifiziert werden könnten¹²⁶, als sinnvoll, abweichende Intentionen der Beteiligten offenzulegen. So kann die Anordnung – und Zustimmung zu – einer Demenzklausel insbesondere darin begründet sein, dass der Zuwendende eine Verwaltung durch einen Beistand oder auch einen Vorsorgebeauftragten des Begünstigten bezüglich des ganzen oder jedenfalls von Teilen des aus Güter- oder Erbrecht erlangten Vermögens nicht will. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass klar formuliert wird, dass es hier allein um Motive und Zwecke geht, welche eine Einordnung des Rechtsgeschäfts erlauben sollen, nicht aber um Anordnungen, die selbst Teil der Bedingung werden oder etwa eine Anfechtung aus Grundlagenirrtum ermöglichen würden¹²⁷.

Zweitens ist darauf zu achten, dass die Freiheitsbeschränkung¹²⁸ *objektiv gerechtfertigt* ist. Je nach konkreter Konstellation lassen sich dazu unterschiedliche Betrachtungen anstellen. So dürfte eine Bedingung namentlich dann unproblematisch sein, wenn sie bereits der *Gesetzgeber* vorsieht, wie dies für die Wiederverheiratung¹²⁹ bei der Nutzniessung gemäss Art. 473 Abs. 3 ZGB der Fall ist¹³⁰. Sodann ist darauf zu achten, dass eine Rückfallklausel *nicht aus*

¹²⁴ Zu diesen Motiven im Zusammenhang mit der Nacherbeneinsetzung etwa WUNDER/FLÜCKIGER, S. 84 ff.

¹²⁵ Zu diesen näher IV.B.4. hievore.

¹²⁶ Dazu eingehend FANKHAUSER/BURCKHARDT, S. 295 ff. Nach FORNITO, S. 798, gibt es hinsichtlich der Heim- und Demenzklauseln «weder ein Richtig noch ein Falsch. Es ist unsere Aufgabe, die Klienten so aufzuklären, dass diese selbst entscheiden können. Es mehren sich allerdings in letzter Zeit die Stimmen, die solchen Klauseln auch aus juristischer Sicht kritisch gegenüberstehen ... Wenn wir ehrlich sind, verkaufen wir unseren Klienten mit diesen Schutzklauseln ein Produkt, von dem wir heute noch nicht wissen, ob es künftig tatsächlich Bestand haben wird».

¹²⁷ Wenn etwa bei Statuierung einer sog. Wiederverheiratungsklausel die Vermeidung der Problematik der Vermögensvermischung beabsichtigt wird (dazu IV.C.1.), so ist unbedingt darauf hinzuweisen, dass schon die abstrakte Gefahr die Parteien zu dieser Vereinbarung führt und keine konkreten Umstände diese Gefahr entfallen lassen würden, m.a.W. die Bedingung nicht auf den Eintritt einer konkreten Gefährdung abstellt, sondern schlicht mit der Wiederverheiratung greift.

¹²⁸ Vgl. zur Verhaltenslenkung durch Bedingungen im Erbrecht auch etwa WUNDER/FLÜCKIGER, S. 86, mit Beispielen; EGCEL, Vermögensplanung, S. 91, m.w.H.

¹²⁹ Sinngemäss hat das auch für das (Wieder-)Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft zu gelten, denn auch der neue eingetragene Partner hat die Stellung eines Pflichtteils-erben (Art. 470 Abs. 1 ZGB).

¹³⁰ So auch BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 22 zu Art. 216 ZGB; AEBI-MÜLLER, Rz. 06.144 und 07.145. Zum Schluss a maiore minus für eine faktische Lebensgemeinschaft EGCEL, Vermögensplanung, S. 96.

unehrenhaften Beweggründen – wie etwa Bestrafung oder Eifersucht – angeordnet wird¹³¹. Dem kann wiederum mit der Darlegung der Motive der Bedingung – wie beispielsweise dem Hinweis auf die damit verfolgte Absicht, das Vermögen innerhalb des Kreises der eigenen Nachkommen behalten zu wollen – begegnet werden. Zu berücksichtigen ist nach h.L. aber auch das mit der Bedingung verbundene *Ausmass*: Sofern der früher Berechtigte nach Eintritt der Bedingung nicht schlechter dasteht, als wenn die gesetzlichen Regelungen greifen würden, ist grundsätzlich nicht von Sittenwidrigkeit auszugehen. Eine Rückkehr zum status quo ante ist m.a.W. kein zu Sittenwidrigkeit führendes Merkmal. Erhält der früher Berechtigte dagegen weniger, kommt es also beispielsweise zu einem kompensationslosen Verlust auch eines gesetzlichen oder gar pflichtteilsgeschützten Anspruchs, dürfte dies eher zur Annahme von Sittenwidrigkeit führen¹³². In Fällen, in denen die nur bedingt Bedachten im Rahmen eines Ehe- oder Erbvertrages dem Einbezug solcher Ereignisse selbst zugestimmt haben, dürfte sich die Problematik nach hier vertretener Auffassung allerdings in der Regel etwas entschärfen¹³³.

D. Anordnung von Bedingungen bei güterrechtlicher Begünstigung, Erbeinsetzung und Vermächtnis

1. Allgemeines

Im vorliegend interessierenden Zusammenhang zu untersuchen sind nur Bedingungen, die sich auf eine *güterrechtliche Begünstigung*¹³⁴, die *Erbenstellung*¹³⁵ oder ein *Vermächtnis*¹³⁶ beziehen. Damit sind die massgebenden zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten auf das Ableben hin im Grunde ausgeschöpft^{137,138}.

¹³¹ Vgl. ZEITER, S. 367; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 23 zu Art. 216 ZGB; AEBI-MÜLLER, Rz. 07.145.

¹³² Siehe ZEITER, S. 367; vgl. auch AEBI-MÜLLER, Rz. 06.144, 07.145, 12.30; WOLF, Nachlassplanung, S. 75; TRACHSEL, S. 176; WUNDER/FLÜCKIGER, S. 85 f.

¹³³ Dazu ZEITER, S. 368.

¹³⁴ IV.D.2. sogleich.

¹³⁵ IV.D.3. hienach.

¹³⁶ IV.D.4. hienach.

¹³⁷ Diesbezüglich a.M. ZEITER, S. 375, und TRACHSEL, S. 174, die als weitere Gestaltungsmöglichkeit eine (suspensiv) bedingte Forderung des später Berechtigten direkt gegen den früher Berechtigten anführen. U.E. ist eine derartige Ausgestaltung als Ausgleichszahlung im Sinne eines Geschäfts unter Lebenden zwischen den Begünstigten nicht empfehlenswert. Denn solches würde einmal nicht abbilden, dass es um eine ehегüter- bzw. erbrechtliche Begünstigung durch den Erblasser geht. Weiter könnten sich gegenüber entsprechenden lebzeitigen Ausgleichszahlungen gesetzliche

Weil es um die Statuierung bzw. Modifikation von Ansprüchen auf den Tod bzw. nach dem Tode geht, ist es wichtig, die *Reichweite der angeordneten Berechtigung in persönlicher Hinsicht* genau zu bestimmen. Diesbezüglich zu beachten ist namentlich, dass aufschiebend bedingte Erbeinsetzungen und aufschiebend bedingte Vermächnisse per se nicht aktiv vererblich sind¹³⁹. Insbesondere für den später Berechtigten dürfte es deshalb regelmässig entscheidend sein, dass seine *bedingten Ansprüche* durch Rechtsgeschäft *vererblich gestellt werden*¹⁴⁰, so dass ihm – sollte er selbst den Bedingungszeitpunkt nicht erleben – seine Erben im Ergebnis in seine Anwartschaft nachfolgen¹⁴¹.

Weiters zu beachten ist, dass immer dann, wenn in Pflichtteile eingegriffen wird, vorzugsweise auch ausdrücklich ein *Erb- oder* wenigstens ein *Pflichtteilsverzicht* zu vereinbaren ist. Wird das unterlassen, entsteht Rechtsunsicherheit: So könnten die betroffenen Erben des früher Berechtigten mittels Herabsetzungsklage gegen die durch eine bedingte Verfügung bzw. Nachverfügung entstandene Pflichtteilsverletzung vorgehen (vgl. Art. 531 ZGB); oder es könnten, wenn die betroffenen Erben untätig bleiben, deren eigene Pflichtteilerben den Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteils als Entäusserung von Vermögenswerten gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB herabsetzen lassen¹⁴². Mit einem abgeschlossenen Erbverzicht lässt sich das verhindern.

Eine *Kombination von bedingten güter- und erbrechtlichen Ansprüchen* ist rechtlich ohne weiteres zulässig. Sie bedarf aber selbstverständlich einer durchdachten gegenseitigen Abstimmung und gebietet insofern besondere Vorsicht.

erbrechtliche Ansprüche im zweiten Erbgang ergeben sowie allenfalls auch – jedenfalls aus zivilrechtlicher Betrachtungsweise – ungerechtfertigte Steuerfolgen.

¹³⁸ Weitere zivilrechtliche Gestaltungsarten – wie Stiftungen, Einsetzung eines Willensvollstreckers, Teilungsvorschriften, Lebensversicherungen usw.; vgl. dazu etwa WOLF/GENNA, SPR IV/1, S.145 ff., oder BK-WEIMAR, N. 45 zu Art. 482 ZGB – sowie ausserprivatrechtliche Planungsmöglichkeiten – etwa über die berufliche Vorsorge – müssen hier ausser Betracht bleiben.

¹³⁹ BK-WEIMAR, N. 53 zu Art. 482 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 482 ZGB.

¹⁴⁰ Zur abweichenden gesetzlichen Regelung PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 10 zu Art. 482 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 12 zu Art. 482 ZGB; BK-WEIMAR, N. 53 zu Art. 482 ZGB.

¹⁴¹ Dogmatisch handelt es sich dabei freilich um eine Ersatzverfügung; die entsprechenden Personen erwerben mithin die Anwartschaft aus eigenem Recht und nicht als Rechtsnachfolger der früher Berechtigten; dazu BK-WEIMAR, N. 53 zu Art. 482 ZGB, m.w.H.

¹⁴² Dazu BGE 128 III 314, 317; BGer 5A_267/2016 vom 18. Januar 2017; BGer 5A_894/2017 vom 20. August 2018. Aus der Literatur BAUMANN, S. 56 ff.; weiter auch WUNDER/FLÜCKIGER, S. 88 f.

2. Bedingte güterrechtliche Begünstigung

Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten stellt das Hauptmotiv zum Abschluss eines Ehevertrages dar¹⁴³. Dabei weisen sich die Ehegatten für den Fall der Auflösung des Güterstandes durch Tod gegenseitig einen höheren Anteil am Vorschlag (Art. 216 Abs. 1 ZGB) bzw. am Gesamtgut (Art. 241 Abs. 2 ZGB) zu, als dies das Gesetz subsidiär mit der hälftigen Beteiligung bzw. Teilung (vgl. Art. 215 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 241 Abs. 1 ZGB) vorsieht. Die typischerweise vereinbarte Maximalbegünstigung wird erreicht durch die integrale Zuweisung des gesamten Vorschlages der beiden Errungenschaften der Ehegatten bzw. des gesamten Gesamtgutes¹⁴⁴. Ehevertragliche Vereinbarungen über die *Vorschlagsbeteiligung* bzw. die *Gesamtgutsteilung* können grundsätzlich mit Bedingungen versehen werden¹⁴⁵. Namentlich wird die Mehrbegünstigung der überlebenden Ehegattin häufig an eine Resolutivbedingung – auch als Rückfallklausel bezeichnet – geknüpft, so dass sie mit einem bestimmten Ereignis entfällt¹⁴⁶.

Wird die Begünstigung durch Vorschlagszuweisung unter *Errungenschaftsbeteiligung* resolutiv bedingt ausgestaltet, so erfährt der Anspruch der überlebenden Ehegattin – als der zuerst Berechtigten – aus Vorschlagsbeteiligung mit Eintritt der Bedingung eine Veränderung, indem er ganz oder teilweise – regelmässig im über die gesetzliche hälftige Beteiligung hinausgehenden Ausmass – an andere Personen als sog. später Berechtigte – typischerweise sind das die Erben, insbesondere die Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten – fällt. Zugunsten der später Berechtigten entsteht in diesem Zeitpunkt eine Forderung gegenüber der überlebenden Ehegattin. Wie diese Forderung zu tilgen ist – ob durch Geldzahlung oder noch vorhandene Sachen – lässt sich rechtsgeschäftlich bestimmen. Vorzugsweise ist eine Geldforderung vorzusehen, weil bei Anordnung der Tilgung durch bestimmte Gegenstände auch ein entsprechendes Verfügungsverbot des überlebenden Ehegatten statuiert werden müsste.

Infolge der mit ihr verbundenen unmittelbar dinglich-absoluten Wirkungen als komplexer erweist sich die Lage unter dem Güterstand der *Gütergemeinschaft*. So fallen aufgrund einer integralen Gesamtgutzweisung sämtliche Gegenstände des Gesamtgutes kraft Akkreszenz (Anwachsung) im Zeitpunkt des Ablebens des erstversterbenden Ehegatten ipso iure und uno actu in die

¹⁴³ WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 6 ff., m.H.

¹⁴⁴ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 143. Näher zum Ganzen und auch zum Begriff der ehevertraglichen Begünstigung WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 1 ff.

¹⁴⁵ Vgl. nur BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 14 und 24 f. zu Art. 216 ZGB und N. 14 zu Art. 241 ZGB; weitere Hinweise II.C. hievor.

¹⁴⁶ Siehe etwa AEBI-MÜLLER, Rz. 06.135.

Alleinberechtigung des überlebenden Ehegatten¹⁴⁷. Aus planerischer Sicht wird sich deshalb in aller Regel empfehlen, nicht die Anwachsungsklausel unter eine auflösende Bedingung zu stellen, sondern den Abfindungsanspruch zugunsten der später Berechtigten – d.h. der Erben des erstversterbenden Ehegatten – bedingt festzulegen oder zu erhöhen¹⁴⁸. Mit Statuierung einer entsprechenden Forderung der Erben gegenüber der überlebenden Ehegattin bleiben die Folgen des Bedingungeintritts immerhin im Rahmen des bei der Errungenschaftsbeteiligung¹⁴⁹ Besprochenen und damit überschaubar. Wird dagegen nicht ein blosser Abfindungsanspruch vorgesehen, müsste im Falle des Eintritts der Resolutivbedingung eine gegenständliche Auseinandersetzung über das Gesamtgutvermögen stattfinden.

3. *Bedingte Erbenstellung*

a) **Mögliche Ausgestaltungen**

Wenn sich die Bedingung auf die Stellung eines Erben bezieht, so ist zu unterscheiden, ob sich die Verfügung von Todes wegen auf die Begünstigung des früher Berechtigten oder aber diejenige des später Berechtigten beziehen soll.

Hinsichtlich der Begünstigung des *früher Berechtigten* sind verschiedene Varianten denkbar. So kann dem früher Berechtigten dann, wenn ihm keine gesetzliche Erbenstellung (mehr¹⁵⁰) zukommt oder die gesetzliche Erbberechtigung als zu tief erachtet wird, durch eine *resolutiv bedingte Verfügung von Todes wegen* – sei es als letztwillige Verfügung, sei es als Erbvertrag – Erbenstellung oder eine höhere Quote zugewendet werden. Für den Fall, dass der früher Berechtigte pflichtteilsgeschützter gesetzlicher Erbe ist, stellt auch der Abschluss eines *suspensiv bedingten Erbverzichtsvertrags* eine denkbare – wenn auch wohl nicht ratsame – Option dar. In allen diesen Varianten entfällt die Erbenstellung oder reduziert sich die Erbquote des früher Berechtigten zum Zeitpunkt des Bedingungeintritts.

Betreffend die Begünstigung des *später Berechtigten* lassen sich ebenfalls verschiedene Konstellationen unterscheiden. Falls dem später Berechtigten – weil ihm keine gesetzliche Erbenstellung (mehr¹⁵¹) zukommt – Erbenstellung

¹⁴⁷ Dazu ausführlich WOLF, Vorschlagszuweisung, S. 213 ff.

¹⁴⁸ Siehe in diesem Zusammenhang auch AEBI-MÜLLER, Rz. 06.142, wonach ein rückwirkender Güterstandswechsel nach aufgelöster Ehe ausgeschlossen bleibt.

¹⁴⁹ Dazu soeben im Text.

¹⁵⁰ Insbesondere wenn ihm infolge unbedingten Erbverzichts keine Erbenstellung zukommt. Vgl. dazu auch die Ausführungen sogleich.

¹⁵¹ Vgl. Fn. 150 soeben.

verschafft oder seine gesetzliche Erbberechtigung erhöht werden soll, so ist eine *suspensiv bedingte Verfügung von Todes wegen* – sei es als letztwillige Verfügung, sei es als Erbvertrag – zu seinen Gunsten zu errichten. So eine pflichtteilsgeschützte gesetzliche Begünstigung besteht, kann auf diese im Rahmen eines *Erbverzichtsvertrages resolutiv bedingt* verzichtet werden. In allen genannten Varianten wird der später Berechtigte mit Eintritt der Bedingung Erbe oder aber es erhöht sich seine Erbquote im Nachlass des Erblassers.

Im Einzelfall ist jeweils zu prüfen, welche Konstruktion als sinnvoll erscheint. Wie bereits ausgeführt¹⁵², kann sich – insbesondere aufgrund gesetzlicher Ansprüche – die Mehrbegünstigung des später Berechtigten auch bereits aus dem Wegfall der Mehrbegünstigung des früher Berechtigten ex lege und mithin von selbst ergeben (vgl. etwa Art. 481 Abs. 2 ZGB; weiter auch für den Fall der Nutzniessung Art. 473 Abs. 3 ZGB).

b) Bestimmung des Inhalts

Bestimmung des Inhalts heisst Festlegung des sog. *Auslieferungsanspruchs*. Es ist also das zu bezeichnen, was – ex nunc oder ex tunc¹⁵³ – eo ipso vom früher Berechtigten an den später Berechtigten (zurück-)fällt, (zurück) zu übertragen ist oder sonstwie übergehen soll. All dies ist anschliessend im Detail darzustellen¹⁵⁴.

Bei der Bestimmung des Anspruchsinhalts ist zu beachten, dass sich dieser immer nur auf die *Erbschaft* – und allenfalls *vom Güterrecht erfasstes Vermögen* – beziehen kann¹⁵⁵. Das gilt auch für rechtsgeschäftlich getroffene Vereinbarungen: Diese können zwar von der gesetzlichen Ordnung abweichen, aber praktisch lassen sich damit stets nur Anordnungen über «Erbschaftsmittel» treffen. Eine darüber hinausgehende abredeweise Veränderung der Begünstigungssituation könnte – obwohl theoretisch nicht ausgeschlossen – weder juristisch noch wirtschaftlich als eine mit dem Erbgang in Verbindung stehende Regelung bezeichnet werden. Das wiederum hätte gegebenenfalls weitreichende Folgen, nicht zuletzt auch hinsichtlich der steuerlichen Behandlung¹⁵⁶.

Damit fragt sich, was genau Erbschaftsvermögen – hier gegebenenfalls inkl. güterrechtlich erfasstes Vermögen zu verstehen – darstellt, was m.a.W. zur Erbschaft gehört. Zunächst einmal gehören dazu alle Vermögensgegenstände,

¹⁵² II.B. hievor.

¹⁵³ Zu diesem kaum diskutierten Aspekt näher IV.D.3.c.aa. hienach.

¹⁵⁴ Siehe IV.D.3.c. hienach.

¹⁵⁵ So WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 301, unter Hinweis auf Art. 492 Abs. 1 ZGB.

¹⁵⁶ Dazu Fn. 137 hievor und V. hienach.

die im Rahmen der *Universalsukzession* und von Gesetzes wegen auf die Erben übergehen (Art. 560 ZGB)¹⁵⁷. Fraglich ist nun, ob zur Erbschaft *nur gerade das* gehört, also das, was zum Zeitpunkt des Todes zum Vermögen des Erblassers gehört, oder ob sich die Erbschaft in der Folge bei den Erben noch *verändern* kann. Damit angesprochen ist die Thematik des – im schweizerischen Recht nur bruchstückhaft umgesetzten – *Sondervermögensbegriffs*¹⁵⁸.

Die Erbschaft erfährt *im Vermögen des Erben* – nicht nur dann, wenn die Erbschaftsgegenstände mit anderen Erben gesamthänderisch im Rahmen einer Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB) gehalten werden, sondern auch im Falle des Alleinerben – in verschiedener Hinsicht immer noch eine *besondere Behandlung*. Dies gilt zwar beispielsweise nicht für die Haftung (vgl. Art. 560 Abs. 2 ZGB, wonach die Schulden des Erblassers zu persönlichen Schulden des Erben werden) – die herkömmlicherweise mit dem Sondervermögensbegriff in Zusammenhang gebracht wird¹⁵⁹ –, wohl aber etwa für die Ausschlagung¹⁶⁰, die Ungültigkeitsklage¹⁶¹, die nachträgliche Erbwürdigkeit¹⁶² oder auch einen Nachlass in Verwaltung¹⁶³. Diese besonderen Verhältnisse machen die vom Erblasser im Erbgang erhaltenen Gegenstände im Vermögen des Erben nach wie vor zu Nachlassgegenständen, und diese Verhältnisse beziehen sich auch auf allfällige Surrogate¹⁶⁴. Verkürzt lässt sich sagen, dass auf die Erbschaft das *Surrogationsprinzip* zur Anwendung gelangt.

Wenn also Surrogate zu Gegenständen der Erbschaft werden, ist sogleich die Frage zu stellen, was denn *Surrogate* sind. Nach ganz h.L. handelt es sich dabei im weitesten Sinne um Ersatzstücke, die für ausgeschiedene Vermögensgegenstände erworben werden¹⁶⁵. Technisch betrachtet liegt ein Surrogat immer dann vor, wenn es zu mindestens einem ersatzbedarfschaffenden Vermögenseingriff im Vermögen einer Person kommt und ein surrogatsbestimmender Eingriff in ein weiteres Vermögen stattfindet. Wenn die beiden Eingriffe rechtlich oder tatsächlich verbunden sind, liegt ein Surrogat vor¹⁶⁶. Klassische Beispiele bilden der Verkauf von Wertpapieren mit anschliessen-

¹⁵⁷ Statt vieler BK-WOLF, N. 28 ff. zu Art. 602 ZGB; WOLF, Erbengemeinschaft, S. 15 ff.

¹⁵⁸ Zur Unschärfe des Begriffs EGCEL, Surrogation, Rz. 3.134 ff.

¹⁵⁹ Dazu EGCEL, Surrogation, Rz. 3.137, m.H auf BK-MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N. 156.

¹⁶⁰ Vgl. EGCEL, Surrogation, Rz. 4.102 ff.

¹⁶¹ Wenn sie einen Einfluss auf die Erbenstellung hat; vgl. EGCEL, Surrogation, Rz. 4.112 ff.

¹⁶² Vgl. EGCEL, Surrogation, Rz. 4.119 ff.

¹⁶³ Vgl. EGCEL, Surrogation, Rz. 4.127 ff.

¹⁶⁴ Siehe WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 301; PIOTET, SPR IV/1, S. 104; BK-WEIMAR, N. 7 ff. zu Art. 491 ZGB; EITEL, Nacherbeneinsetzung, S. 85. Dazu EGCEL, Surrogation, Rz. 4.107 ff., 4.115 ff., 4.121 f., 4.129 ff., 4.131 f., sowie Rz. 4.3 ff. zu Grundsätzen der Auslegung hinsichtlich der Surrogation.

¹⁶⁵ BK-WOLF, N. 33 ff. zu Art. 602 ZGB; BK-WEIMAR, N. 8 zu Art. 491 ZGB.

¹⁶⁶ Zu alledem EGCEL, Surrogation, Rz. 3.6 ff.

dem Erwerb anderer Wertpapiere aus dem Erlös oder auch der Erwerb von Versicherungs- oder Schadenersatzansprüchen bei Eintritt eines den Erbschaftsgegenstand schädigenden Ereignisses¹⁶⁷.

Einzugehen ist weiter auf die Frage, ob es sich bei *Früchten* – natürliche wie zivile (Erträge) – auch um Surrogate handelt. Nach hier vertretener Auffassung ist dies durchaus der Fall¹⁶⁸, selbst wenn einzuräumen ist, dass für den Gesetzgeber hinsichtlich des Fruchterwerbs zumeist andere Gedanken als der Ersatzerwerb leitend sind¹⁶⁹. Weil aber die Tatbestandsmerkmale des Surrogatsbegriffs gleichwohl erfüllt sind, kann hier rechtsgeschäftlich von der (dispositiven) gesetzlichen Ordnung¹⁷⁰ abgewichen werden, und es können die Früchte ebenfalls wie Surrogate behandelt werden. Weil insofern m.a.W. Früchte auch Surrogate sind, beziehen sich entsprechende Abreden oder Anordnungen immer noch auf (potentielle) Erbschaftsgegenstände. Dass das Gesetz hier üblicherweise eine andere Einordnung vorsieht – nämlich dass die Früchte an diejenige Person fallen, der die Nutzung zukommt¹⁷¹ – ändert an dieser Einschätzung nichts.

Wenn also auch Ersatzstücke zur Erbschaft gehören, ist nun zu klären, was denn «Surrogation» im vorliegenden Kontext bedeutet. Es heisst dies nichts anderes, als dass eine bestimmte *vermögensrechtliche Lage*, nämlich der «Rückfall» – sei er dinglich, sei er obligatorisch – und die damit verbundene – wiederum dingliche oder obligatorische – Auslieferungspflicht, sich nicht nur auf die *ursprünglichen Gegenstände der Erbschaft*, sondern auch auf allfällige *Surrogate* – einschliesslich Früchten und Erträgen¹⁷² – beziehen können. Damit ist auch das *Maximum* dessen bestimmt, worüber als «zur Erbschaft gehörig» durch den Erblasser disponiert werden kann. Dieses Maximum zu überschreiten, bedeutete, dass die entsprechende Verfügung nicht mehr die Erbschaft des Erblassers betreffen würde. Demgegenüber ist es ohne weiteres möglich, dieses Maximum zu *unterschreiten*. Solches ist etwa immer dann der Fall, wenn eine ursprüngliche Begünstigung reduziert wird, etwa eine maximale Begünstigung bei Eintritt der Bedingung auf die gesetzlichen Ansprüche herabgesetzt wird. Eine Unterschreitung liegt auch dann vor, wenn

¹⁶⁷ Weitere Beispiele und Ausführungen bei BK-WOLF, N. 34 zu Art. 602 ZGB.

¹⁶⁸ EGGEL, Surrogation, Rz. 3.67 ff.; a.M. etwa PIOTET, SPR IV/1, S. 108.

¹⁶⁹ EGGEL, Surrogation, Rz. 3.72. Je nachdem, wie man zu dieser Frage Stellung bezieht, ist etwa die Abgrenzung zwischen Wertschriftenenertrag und Kapitalgewinn von zentraler Bedeutung. Dazu FLÜCKIGER, S. 26 ff.

¹⁷⁰ Für die Vor-/Nacherbeneinsetzung etwa gilt, dass Erträge dem Vorerben verbleiben. Dazu WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 301; BK-WEIMAR, N. 10 zu Art. 491 ZGB.

¹⁷¹ Vgl. dazu etwa die Regelung von Art. 756 Abs. 1 und Art. 757 ZGB für die Nutznießung.

¹⁷² Diesbezüglich kann es – je nach Umständen – empfehlenswert sein, eine Detailregelung zu treffen, insbesondere etwa wenn es um Wertschriften geht; vgl. dazu FLÜCKIGER, S. 26 ff.

der Inhalt der Begünstigung eine Änderung erfährt, indem etwa statuiert wird, dass Surrogate – und nicht nur Erträge – bei einer Änderung der Begünstigung dem früher Berechtigten verbleiben. Ebenso kann ein Verbrauch zugelassen werden, indem der später Berechtigte «auf den Überrest»¹⁷³ gesetzt wird, womit bisher Verbrauchtes und auch «Angebrauchtes» beim früher Berechtigten verbleiben. Dass der Erblasser einem später Berechtigten weniger, aber nicht mehr als das oben Umschriebene zukommen lassen kann – weil ansonsten eben nicht mehr die Erbschaft betroffen ist –, betrifft dingliche wie obligatorische Ansprüche gleichermaßen.

Kurz zu behandeln ist hier noch die Anordnung, wonach der später Berechtigte *als Erbe* (einzig) einen bestimmten *Geldbetrag* aus der Erbschaft erhalten soll. In einem solchen Fall ändert sich an der hievor beschriebenen Rechtslage – Erwerb der Erbenstellung und Berechtigung an der Erbschaft – nichts, sondern es wird mit der Zuweisung von Geld einzig eine Teilungsbestimmung statuiert. Allerdings wäre diesfalls eher ein suspensiv bedingtes Vermächtnis anzuordnen¹⁷⁴.

c) Folgen

aa) Betreffend die Rechtsträgerschaft

Ist die Erbeinsetzung *suspensiv bedingt*, so wird der eingesetzte Erbe mit Eintritt der Bedingung eo ipso Erbe des Erblassers. Damit geht der Nachlass im beschriebenen Umfang¹⁷⁵ auf den suspensiv bedingten Erben über. Bis zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts steht die Erbschaft – soweit nicht eine abweichende Verfügung getroffen worden ist – den gesetzlichen Erben zu (Art. 481 Abs. 2 ZGB)¹⁷⁶. Im Schrifttum nicht näher diskutiert wird und – soweit ersichtlich – auch gerichtlich nicht entschieden ist die *Frage*, ob die Wirkungen *ex nunc oder ex tunc* eintreten¹⁷⁷.

Ist die Erbeinsetzung *resolutiv bedingt*, so fällt die Erbschaft mit dem Eintritt der Bedingung grundsätzlich – soweit nicht eine abweichende Verfügung

¹⁷³ Dazu WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 308 f.; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 9 zu Art. 491 ZGB. Zu den damit korrespondierenden Pflichten während der Schwebezeit IV.E.2. hienach.

¹⁷⁴ IV.D.4. hienach.

¹⁷⁵ IV.D.3.b. hievor.

¹⁷⁶ Zum Ganzen BSK-STAEHELIN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; BK-TUOR, N. 34 zu Art. 482 ZGB; ZK-ESCHER, N. 8 zu Art. 482 ZGB.

¹⁷⁷ Je nachdem findet die Änderung der Zuständigkeit mit bloss obligatorischer oder aber dinglicher Wirkung statt; vgl. dazu auch Fn. 179 hienach.

getroffen worden ist – an die gesetzlichen Erben (Art. 481 Abs. 2 ZGB). Sind die gesetzlichen Erben vorverstorben, so treten ihre Erben an deren Stelle¹⁷⁸. Auch hier ist nicht definitiv geklärt, ob die Wirkungen *ex nunc oder ex tunc* eintreten¹⁷⁹.

Dies sind die Rechtsfolgen in ihren Grundsätzen, wie sie die Rechtsträgerschaft betreffen.

bb) Betreffend rechtsgeschäftlicher Handlungen während der
 Schwebezeit

Einzugehen ist hier weiter auf die Frage, was mit Eintritt der Bedingung mit den während der vorangegangenen Schwebezeit getroffenen rechtsgeschäftlichen Handlungen – vor allem mit zwischenzeitlich vorgenommenen dinglichen Rechtsgeschäften – geschieht. Hinsichtlich dieser Handlungen ist danach zu differenzieren, ob die Konstruktion bei Eintritt der Bedingung zu einer *Veränderung* in der *Zusammensetzung der Erbengemeinschaft* im Sinne des Hinzukommens einer weiteren Person führt (später Berechtigter erhält Erbenstellung) oder aber zu einer blossen *Veränderung der Erbquoten* unter den gleichen Erben oder unter Anwachsung der Quote eines ausfallenden Erben an einen, mehrere oder alle Miterben (früher Berechtigter verliert Erbenstellung).

¹⁷⁸ BSK-STAEHELIN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; BK-TUOR, N. 34 zu Art. 482 ZGB; ZK-ESCHER, N. 8 zu Art. 482 ZGB.

¹⁷⁹ Nach hier vertretener Ansicht ist es generell – und nicht nur bei Anordnung einer Nacherbeneinsetzung im engeren Sinne; dazu IV.B. hievor – bei einer resolutiv bedingten Erbeinsetzung möglich, einen Wegfall der Wirkungen der causa ex tunc zu statuieren. Dies bedeutet, dass die Wirkungen der causa insgesamt – und damit auch als Erwerbsscausa – von Anfang an dahinfallen und der später Berechtigte folglich unmittelbar an den betreffenden Vermögensgegenständen rechtszuständig wird. Es greift somit eine Auslieferungspflicht dinglicher Art; das thematisiert die h.L. vorwiegend, siehe PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; BK-TUOR, N. 36 zu Art. 482 ZGB. Ebenfalls ist es möglich, einen Wegfall der Wirkungen der causa ex nunc zu vereinbaren. Solchenfalls wirkt die causa zwar nach wie vor als Erwerbsscausa, nicht mehr aber als Behaltenscausa und es entsteht ein Bereicherungsanspruch kraft Gesetzes. Dieser verschafft einen bloss obligatorischen Anspruch auf Übertragung entweder zugunsten der Erbengemeinschaft und anschliessend den später Berechtigten oder unmittelbar an den später Berechtigten (Auslieferungspflicht obligatorischer Art). Allerdings wird auch für diese Ausgestaltung in der Literatur häufig eine dingliche Auslieferungspflicht angenommen. Die diesbezüglich kaum geklärten Fragen bedürften – gerade im erbrechtlichen Kontext und namentlich mit Blick auf die Bedeutung der Erbenstellung – vertiefter Betrachtung.

Bei *gleichbleibender* Zusammensetzung der Erbengemeinschaft unter blosser *Veränderung der Quoten*, behalten alle mit Dritten vorgenommenen Geschäfte vor der Erbteilung, und alle Geschäfte unter den Erben – wie insbesondere die Erbteilung – ihre Gültigkeit¹⁸⁰. Das folgt daraus, dass an diesen Geschäften alle früher und später berechtigten Personen im Wissen um ihre Stellung mitgewirkt haben. Hinsichtlich der unter den Miterben vorzunehmenden Erbteilung ist während der Schwebezeit bereits einmal eine partielle Teilung i.w.S. möglich, bei welcher der später Berechtigte bezüglich der ihm bereits definitiv zukommenden Quote ausscheidet, ohne dass das vorläufig zugefallene Vermögen «ausgeschieden» würde. Diesfalls entsteht freilich bei Eintritt des Nacherbfalls erneut eine Erbengemeinschaft, die wiederum zu teilen ist. Möglich ist aber auch eine (antizipierte) vollständige Teilung, bei der zusätzlich das vorläufig zugefallene Vermögen ausgeschieden¹⁸¹ wird¹⁸². Geschäfte, die *nach* der nur *partiellen* Erbteilung – wenn also beim früher Berechtigten sowohl das vorläufig angefallene Vermögen wie auch der definitiv auf ihn entfallende Teil der Erbschaft nicht ausgeschieden werden – stattfinden, sind zunächst gültig, ihre Wirkungen fallen aber grundsätzlich¹⁸³ mit Eintritt der Bedingung dahin^{184,185}. Gleiches gilt *nach vollständiger* Teilung für die zunächst für den früher Berechtigten ausgeschiedenen Vermögensgegenstände.

Erfährt die personelle Zusammensetzung der Erbengemeinschaft eine *Änderung* im hievor beschriebenen Sinne, so verlieren grundsätzlich¹⁸⁶ alle dinglichen Geschäfte sowohl mit Dritten wie auch unter den Erben mit Eintritt der Bedingung ihre Wirkung¹⁸⁷, denn in diesem Fall haben nicht alle nunmehr

¹⁸⁰ Im Ergebnis gleich FLÜCKIGER, S. 18.

¹⁸¹ Dogmatisch handelt es sich dabei – auf dinglicher Ebene – um eine antizipierte Rechtsaufgabe in Erfüllung eines schriftlichen Teilungsvertrages oder aber um eine (antizipierte) Realteilung. Wo die Rechtsaufgabe neben einer entsprechenden Erklärung auch noch die Überlassung des Besitzes oder einen Registereintrag erfordert, wird – weil sich dies nicht immer bewerkstelligen lassen wird – die Rechtsaufgabe widerruflich bleiben bis sich der Tatbestand vervollständigt. Solchenfalls ist aus Gründen der Rechtssicherheit dringend auf den Abschluss eines schriftlichen Teilungsvertrages hinzuwirken und eine Realteilung zu vermeiden. An diesem schriftlichen Teilungsvertrag wirken alle an der Erbschaft Beteiligten mit, sowohl in ihrer Eigenschaft als definitive Erben wie auch als Vor- resp. Nacherben.

¹⁸² Der Vorgang ist zumindest in Teilaspekten der in Art. 605 ZGB geregelten Verschiebung der Erbteilung im Falle eines noch nicht geborenen Kindes vergleichbar.

¹⁸³ Zu Pflichtenlage und Machtbefugnissen IV.E.2. hienach.

¹⁸⁴ Zur Frage ob dinglich oder obligatorisch vgl. die Ausführungen Fn. 179 hievor.

¹⁸⁵ Das zeigt, dass sich die Vornahme einer vollständigen Teilung empfiehlt, weiss doch sonst der Vorerbe nicht, über welche Gegenstände er in welcher Weise verfügen darf, wie weit ihn Verwaltungspflichten treffen usw. Dazu IV.E.2. sogleich.

¹⁸⁶ Zu Pflichtenlage und Machtbefugnissen IV.E.2. hienach.

¹⁸⁷ Bei Wirkung der Bedingung *ex tunc* mit dinglichem Rückfall, bei Wirkung *ex nunc* entsteht ein Rückübertragungsanspruch aus Bereicherungsrecht. Siehe Fn. 179 soeben.

Berechtigten an den Geschäften mitgewirkt. Es entsteht im Zeitpunkt des Bedingungseintritts eine neue, personell veränderte Erbengemeinschaft des Erblassers, der eo ipso und ipso iure Ansprüche zukommen, eine allfällige Erbteilung würde folglich unwirksam¹⁸⁸. Es stellt sich die Frage, ob vor diesem Hintergrund nicht der später Berechtigte bereits in entsprechende Geschäfte – insbesondere den Abschluss eines schriftlichen Teilungsvertrages, in dem auch die Vorerbschaft ausgeschieden wird – einzubeziehen wäre¹⁸⁹.

Überdies ist zu beachten, dass die Frage nach der Gültigkeit von Geschäften mit Dritten – neben diesen grundsätzlichen, sich aus der rechtlichen Konstruktion ergebenden Antworten – immer auch mit der Rechtslage während der Schwebezeit zusammenhängt¹⁹⁰.

cc) Betreffend die Haftung

In Anschluss an die bereits besprochene Frage, *was* im Rahmen des Eintritts der Bedingung zurückfällt resp. übergeht¹⁹¹, ist nun darauf einzugehen, wie die Situation zu behandeln ist, wenn mehr Vermögen oder andere Vermögensgegenstände übergehen müssten, als durch die gewählte Konstruktion erreicht wird. Eine solche Situation kann dann eintreten, wenn durch tatsächliche oder rechtliche Ereignisse Vermögensgegenstände ausscheiden oder an Wert verlieren. Zu denken ist etwa an den Verbrauch von Gegenständen oder sachenrechtliche Vorgänge wie Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung, aber auch an den (gutgläubigen) Erwerb eines Dritten. Häufig wird in diesen Fällen ein Bereicherungsanspruch entstehen; sobald der früher Berechtigte um die Anwartschaft resp. um die Bedingtheit seiner eigenen Stellung weiss, kann er sich auch nicht mehr auf die Entreicherungseinrede berufen. Neben diesem Anspruch kann konkurrierend ein Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR) entstehen, wenn die Begünstigung ex tunc dahinfällt und es sich um absolute Rechte handelt. Dann ist auch an Ansprüche aus echter oder unechter Geschäftsführung ohne Auftrag zu denken, was zugleich auch den Bogen schlägt zur Pflichtenlage während der Schwebezeit: Weitere Ansprüche können sich freilich auch aus einem obligatorischen Verhältnis ergeben, wie es zwischen früher und später Berechtigtem während der Schwebezeit bestehen kann¹⁹².

¹⁸⁸ Dazu auch WUNDER/FLÜCKIGER, S. 95.

¹⁸⁹ Ebenso FLÜCKIGER, S. 17. Die Annahme einer Vertretung durch den Vorerben ist – infolge Interessenkollision – ausgeschlossen. WUNDER/FLÜCKIGER, S. 95.

¹⁹⁰ Insbesondere davon, ob eine Verwaltungspflicht besteht. Dazu IV.E.2. hienach.

¹⁹¹ Damit wurde der Inhalt des Anspruchs bestimmt; siehe IV.D.3.b. hievor.

¹⁹² Siehe IV.E.2. hienach.

d) Beurteilung

Bei einer *Wirkung ex tunc* ergibt sich als Vorteil die unmittelbare Rechtszuständigkeit des später Berechtigten, anstelle eines bloss obligatorischen Anspruchs, der noch zu erfüllen wäre. Nachteil hingegen ist die mit dieser Rückwirkungsfiktion verbundene Unsicherheit bezüglich der während der Schwebezeit abgeschlossenen Geschäfte mit Dritten oder auch unter den Erben. Bei einer Ausgestaltung der *Wirkung ex nunc* geht allenfalls der Vorteil der unmittelbaren Zuständigkeit verloren, demgegenüber erweist sich die Rechtsunsicherheit für Geschäfte während der Schwebezeit als geringer. Einzu beziehen ist bei einer solchen Lösung immer auch die Unsicherheit bezüglich einer allfälligen Haftung der Nachlasswerte für Schulden des früher Berechtigten¹⁹³.

Aus praktischer Sicht zu bedenken bleibt, dass eine (faktische) Rückabwicklung von während der Schwebezeit getätigten Geschäften und eine erneute Vornahme der Erbteilung – wie sie gegebenenfalls erforderlich wird – auf Schwierigkeiten stossen kann, namentlich dann, wenn zwischen Erbgang und Bedingungs Eintritt viel Zeit vergangen ist¹⁹⁴.

4. Bedingtes Vermächtnis**a) Mögliche Ausgestaltung**

Schliesslich ist die Anordnung eines bedingten Vermächtnisses möglich. Dabei ist wiederum zu unterscheiden, ob sich die Bedingung auf die Zuwendung zugunsten des früher oder des später Berechtigten bezieht.

Zunächst kann ein *resolutiv bedingtes Vermächtnis* an den früher Berechtigten verfügt werden. Ist der damit Begünstigte zugleich ein Erbe, so handelt es sich um ein Vorausvermächtnis¹⁹⁵.

Sodann kann ein *suspensiv bedingtes Vermächtnis* an den später Berechtigten angeordnet werden. Falls der Begünstigte gleichzeitig auch ein Erbe ist, liegt wiederum ein Vorausvermächtnis vor¹⁹⁶.

Schliesslich ist auch eine *Kombination* von resolutiv und suspensiv bedingtem Vermächtnis denkbar. Wenn dabei das zugunsten des früher und des spä-

¹⁹³ Dazu FLÜCKIGER, S. 28.

¹⁹⁴ Dazu auch WUNDER/FLÜCKIGER, S. 87 f.

¹⁹⁵ Zum Vorausvermächtnis statt vieler WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N. 591 und 612.

¹⁹⁶ Vgl. Fn. 195 soeben

ter Berechtigten vermachte Objekt identisch ist¹⁹⁷ und eine Auslieferung unmittelbar an den später Berechtigten zu erfolgen hat, liegt ein Vor-/Nachvermächtnis i.e.S. vor^{198,199}.

b) Bestimmung des Inhalts

Wie für die Erbeinsetzung²⁰⁰ gilt auch für Vermächtnisse, dass nur ausgerichtet werden oder zurückfallen kann, was – jedenfalls wertmässig – zur *Erbschaft gehört*. Das folgt bereits allgemein aus Art. 486 Abs. 1 ZGB.

Beim *Speziesvermächtnis* ist ein bestimmter Gegenstand aus der Erbschaft geschuldet. Möglich ist ebenfalls die Anordnung, dass sich das Legat auch auf ein allfälliges Surrogat²⁰¹ oder die Erträge beziehen soll²⁰². Denkbar ist auch ein Verschaffungsvermächtnis²⁰³.

Unter den *Gattungsvermächtnissen*²⁰⁴ ist an dieser Stelle einzig auf das – praktisch bedeutsame – Geldvermächtnis einzugehen. Bei diesem ist im Einzelfall zu prüfen, ob es eher sinnvoll ist, eine bestimmte Summe – allenfalls versehen mit einer Indexierung – zu vermachen oder aber einen offenen Betrag mit klar umschriebenen Berechnungskriterien. Obwohl die Festlegung eines genau festgelegten Betrages die präziseste Regelung darstellt, wird sie oftmals schwierig oder gar unmöglich sein, weil im Moment der Nachlassplanung regelmässig nicht vorhersehbar ist, wie sich die Vermögensverhältnisse bis zum Erstversterbensfall entwickeln werden. In solchen Fällen ist deshalb der Betrag offen zu lassen, es sind aber die Kriterien zu seiner Be-

¹⁹⁷ In specie oder gleicher Gattung; so BK-TUOR, N. 27 Vor. Art. 488-493 ZGB; vgl. dazu auch WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 295.

¹⁹⁸ BGE 105 II 253, 259; aus dem Schrifttum PIOTET, SPR IV/1, S.141, und WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 295.

¹⁹⁹ Zu prüfen bliebe, ob nicht auch ein Rückfall des zunächst vermachten Gegenstandes an die Erben denkbar wäre, so dass sich der nachfolgende Anspruch des später Berechtigten auf Ausrichtung gegen jene richten würde. Eine entsprechende Konstruktion erscheint jedenfalls nicht als per se ausgeschlossen. Die Frage ist allerdings umstritten; vgl. die unterschiedlichen Ansichten bei ZK-ESCHER, Vorbemerkungen zur Nacherbfolge (Art. 488-493 ZGB), N. 8, und BK-TUOR, N. 16 zu Art. 489 ZGB; sodann BK-WEIMAR, N. 18 zu Art. 488 ZGB.

²⁰⁰ IV.D.3.b. hievor.

²⁰¹ WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 258 f.

²⁰² Eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Erträge fehlt im Gesetz und in der Literatur ist umstritten, ob die seit der Eröffnung des Erbanges angefallenen Erträge des Nachlassgegenstandes dem Vermächtnisnehmer oder den Erben zustehen; zum Ganzen m.w.H. PraxKomm-BURKART, N. 51 f. zu Art. 484 ZGB.

²⁰³ Dazu PraxKomm-BURKART, N. 68 ff. zu Art. 484 ZGB.

²⁰⁴ Zum Gattungsvermächtnis WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 258.

rechnung – wie namentlich die Berechnungsgrundlagen, die massgebenden Werte und der massgebende Zeitpunkt – präzise festzuhalten²⁰⁵.

c) Folgen

aa) Betreffend die Rechtsträgerschaft

Der Eintritt der Bedingung lässt eine *resolutiv bedingte* Vermächtnisforderung entfallen. Keine weiteren Folgen ergeben sich dann, wenn die Forderung noch nicht erfüllt worden ist. Ist die Vermächtnisforderung hingegen bereits erfüllt worden, so ist weiter zu unterscheiden, ob es zu einem Wegfall *ex tunc* oder *ex nunc* kommt, sowie ob ein Spezies- oder ein Geldvermächtnis vorliegt. Entfällt ein *resolutiv bedingtes Speziesvermächtnis* auf eine Sache *ex tunc*, so hat dies – aufgrund des Kausalitätsprinzips²⁰⁶ – einen unmittelbaren (dinglichen) Rückfall noch vorhandener, in Erfüllung der Vermächtnisforderung übertragener dinglicher Rechte zur Folge. Bei einem Wegfall *ex nunc* bleibt der Vermächtnisnehmer zunächst rechtszuständig an den in Erfüllung des Vermächtnisses übertragenen dinglichen Rechten, und es entsteht zugunsten der Erben ein obligatorischer Anspruch, in dessen Rahmen das Erhaltene resp. der Inhalt²⁰⁷ *in natura* (Rückübertragung von Eigentum, Verzicht auf Nutzniessung etc.) zurückzuerstatten ist²⁰⁸. Entfällt ein *resolutiv bedingtes Geldvermächtnis*, so wird unabhängig von der Wirkung *ex nunc* oder *ex tunc* – infolge Vermischung – regelmässig ein Bereicherungsanspruch entstehen. Zu prüfen bliebe, ob nicht ein obligatorischer Rückübertragungsanspruch statuiert werden kann, als Ersatz oder Modifikation der gesetzlichen obligatorischen Ansprüche, insbesondere des Bereicherungsanspruchs. Dabei ist jeweils darauf zu achten, ob sich nicht sinnvollerweise eine Gestaltung als Nachvermächtnis empfiehlt.

Bei Entstehung der *suspensiv bedingten* Vermächtnisforderung lebt – sofern die Erbengemeinschaft nicht immer noch besteht – die entsprechende Schuld bei den (früheren) Erben wieder auf. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass dann, wenn der später Berechtigte und nunmehrige Vermächtnisnehmer auch Erbe ist – mithin ein Vorausvermächtnis vorliegt – und die Teilung bereits stattgefunden hat, der Legatar einen Teil des Vermächtnisses –

²⁰⁵ Zu alledem näher ZEITER, S. 376; vgl. auch WUNDER/FLÜCKIGER, S. 87 f.

²⁰⁶ Insofern ergeben sich etwa für Speziesvermächtnisse auf Forderungen andere Folgen.

²⁰⁷ Dazu IV.D.4.b. hievor.

²⁰⁸ Für einen obligatorischen Rückübertragungsanspruch auch PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; BSK-STAEHELIN, N. 8 zu Art. 482 ZGB; STAEHELIN, S. 20 f. Gegebenenfalls würde auch ein Bereicherungsanspruch greifen.

seiner Quote entsprechend – als Schuldner mitträgt. Dies ist bei der Festsetzung des Betrages zu berücksichtigen.

bb) **Betreffend rechtsgeschäftlicher Handlungen während der Schwebezeit**

Die Folgen betreffend Verfügungsgeschäfte hinsichtlich des vermachten Gegenstandes sind einzig für *Speziesvermächtnisse* darzustellen, denn bei Gattungsvermächtnissen ergeben sich diesbezüglich keine Schwierigkeiten.

Bei einem *resolutiv bedingten* Vermächtnis – sofern es erfüllt ist und die legerierte Sache beim Vermächtnisnehmer sich befindet – gilt, dass die diesbezügliche Verfügungsmacht des resolutiv-bedingt Berechtigten mit seiner Vermächtnisforderung entfällt. Bei Wegfall ex tunc werden vorgängig getroffene Verfügungsgeschäfte über den Vermächtnisgegenstand – und nunmehrigen Erfüllungsgegenstand – unwirksam, bei Wegfall ex nunc bleiben Verfügungsgeschäfte hingegen wirksam.

Bei einem *suspensiv bedingten Vermächtnis* bleiben Verfügungen, die der suspensiv bedingt Verpflichtete hinsichtlich des Vermächtnisgegenstandes trifft, ebenfalls wirksam²⁰⁹.

cc) **Betreffend die Haftung**

Wiederum ist die Frage zu behandeln, welche Folgen eintreten, wenn das, was Inhalt²¹⁰ des Vermächtnisses ist resp. war, nicht (mehr) in natura vorhanden ist. Die Problematik ergibt sich nur bei *Speziesvermächtnissen*. Weil für diese immer von einer besonderen Pflicht, den Gegenstand dem später Berechtigten zu erhalten, ausgegangen werden kann, wird der früher Berechtigte u.E. in der Regel aus Art. 97 OR ersatzpflichtig.

d) **Beurteilung**

Nachteil des bedingten Vermächtnisses ist – im Vergleich zur bedingten Erbenstellung – die Notwendigkeit, dass der Legatsanspruch des später Berech-

²⁰⁹ Jedenfalls dann, wenn man Art. 153 Abs. 3 OR mit der h.L. dahingehend versteht, dass damit nur Verfügungen während bedingter Verfügung unwirksam werden. Dazu jüngst eingehend MINNIG, Rz. 4.13 ff., m.w.H.; grundlegend ebenfalls REETZ, *passim*.

²¹⁰ Dazu IV.D.3.b. hievor. Da vorliegend bei den Gattungsvermächtnissen nur Geldvermächtnisse untersucht werden und man Geld immer zu haben hat, entsteht stets eine entsprechende Forderung auf Geld.

tigten erst noch erfüllt werden muss, mithin zu seinen Gunsten nicht eine unmittelbare Berechtigung an den Vermächtnisgegenständen eintritt. Andererseits kann in der obligatorischen Stellung als Vermächtnisnehmer auch gerade ein Vorteil erblickt werden, weil nämlich Vermächtnisse von den Erben geschuldet und – soweit nicht herabsetzbar – auszurichten sind, so dass sie auch den Ansprüchen der Gläubiger der Erben vorgehen. In der Regel ist sodann sicherlich ein Vorteil des bedingten Vermächtnisses die grössere Rechtssicherheit, weil sich die Ansprüche leichter umschreiben lassen.

E. Gestaltung der Rechtslage während der Schwebezeit

1. Vorbemerkungen und Regeln des Gesetzes

Wird mit Bedingungen gearbeitet, so besteht immer eine bestimmte *Phase objektiver Ungewissheit*, in der noch nicht entschieden ist, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt. Während dieser sog. *Schwebezeit (Pendenz)*²¹¹, bleibt offen, ob die gegenwärtige Rechtslage zwischen den Parteien bestehen bleibt oder sich ändert. Während der Schwebezeit besteht die Gefahr, dass der gegenwärtig Berechtigte mit den ihm momentan zustehenden Vermögensobjekten in einer Weise verfährt, dass die bedingten Ansprüche von potentiell später Berechtigten in Bestand oder jedenfalls Ausmass gefährdet sind²¹².

Gerade weil bei Bedingungen notwendigerweise ungewiss ist, ob sie eintreten oder ausfallen, handelt es sich bei bedingten Ansprüchen, die definitiv wirksam werden *könnten* – sei es, dass ein suspensiv bedingter Anspruch erst entsteht, sei es, dass bei einem resolutiv bedingten Geschäft die ursprüngliche Rechtslage wieder eintreten könnte – um sog. *Anwartschaften*²¹³.

Die Anwartschaft bei *suspensiver* Bedingung schützt das Gesetz mit Art. 152 OR. Demgemäss darf der bedingt Verpflichtete – solange die Bedingung schwebt – nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindert (Abs. 1). Weiter sind Verfügungen während der Schwebezeit, wenn die Bedingung eintritt, insoweit hinfällig, als sie deren Wirkung beeinträchtigen (Abs. 3)²¹⁴. Die damit gesetzlich statuierte Pflichtenlage und die damit verbundenen Machtbefugnisse unterscheiden sich allerdings je nach dogmatischer Konstruktion²¹⁵ und dem für die Ansprüche vorgesehenen In-

²¹¹ Vgl. dazu immer noch treffend VON TUHR, AT BGB II/1, S. 19.

²¹² Dazu WUNDER/FLÜCKIGER, S. 89 ff.

²¹³ Grundlegend VON TUHR, AT BGB II/2, S. 292 f., 312 f.

²¹⁴ Zur Kontroverse über die Tragweite dieser Bestimmung Fn. 209 hievor.

²¹⁵ Dazu IV.D.3.a. und c., sowie IV.D.4.a. und c. hievor.

halt²¹⁶. So wird etwa allgemein für den Vorerben eine Pflicht zur Verwaltung der ihm zugewiesenen Nachlassgegenstände – und in deren Umfang auch ein Verfügungsrecht – angenommen²¹⁷.

Überdies kann der später – bedingt – Berechtigte bei Gefährdung seiner Rechte dieselben Sicherungsmassregeln verlangen, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre (Art. 152 Abs. 2 OR). Diese Norm gilt für den Nacherben nicht, obwohl auch dieser suspensiv bedingt berechtigt ist²¹⁸. Denn für den Nacherben sieht das Gesetz eigene, besondere Sicherungsmittel vor (Art. 490 ZGB).

2. *Pflichtenlage und Machtbefugnisse*

a) **Rechtsgeschäftliche Anordnungen**

Das soeben Gesagte²¹⁹ und auch die Ausführungen zu den Folgen der jeweiligen rechtsgeschäftlichen Gestaltung²²⁰ beschreiben allein das, was von Gesetzes wegen gilt. Nunmehr ist die Frage zu behandeln, *wie weit sich die Schwebezeit durch rechtsgeschäftliche Anordnungen gestalten lässt*. Die jeweils getroffene privatautonome Ausgestaltung hat Auswirkungen auf die Folgen bei Eintritt der Bedingung – insbesondere auf die Beständigkeit von rechtsgeschäftlichen Handlungen und die Haftung –, und sie impliziert den Inhalt resp. sollte mit diesem abgestimmt sein.

Wie bei der Vor-/Nacherbschaft lassen sich ganz generell *zwei Problemkreise* unterscheiden, nämlich einerseits die *Pflichtenlage*²²¹ und andererseits die *Machtbefugnisse*²²². Hinsichtlich der Pflichtenlage kann weiter detailliert gefragt werden nach der Verwaltung – inkl. der Erhaltung in specie –, dem Nutzen und den Kosten sowie der Haftung²²³.

²¹⁶ Dazu IV.D.3.b. und IV.D.4.b. soeben.

²¹⁷ Siehe PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 5 zu Art. 491 ZGB; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 3 zu Art. 491 ZGB; BK-TUOR, N. 13 zu Art. 491 ZGB; ZK-ESCHER, N. 5 zu Art. 491 ZGB.

²¹⁸ Dazu BSK-EHRAT/WIDMER, N. 8 zu Art. 152 OR; zu den verschiedenen möglichen Konstruktionen der Vor-/Nacherbschaft Fn. 102.

²¹⁹ Siehe IV.E.1.

²²⁰ Siehe IV.D.3.c. und IV.D.4.c.

²²¹ Näher IV.E.2.b. sogleich.

²²² IV.E.2.c. hienach.

²²³ PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 4 ff. zu Art. 491 ZGB.

b) Pflichtenlage

Bestimmte Pflichten können sich bereits *implizit durch Auslegung* aus einer gewählten rechtlichen Konstruktion und deren Zweck *ergeben*. Wenn z.B. eine bestimmte Sache ex tunc dinglich zurückfallen soll, wird damit ohne weiteres die implizite Auferlegung einer Pflicht an den früher Berechtigten verbunden sein, nicht über die Sache zu verfügen. Geht der Anspruch eines später Berechtigten etwa nach ausdrücklicher Vereinbarung inhaltlich auf eine bestimmte Sache, so dürfte darin regelmässig ebenfalls eine Verpflichtung des früher Berechtigten liegen, nicht über die Sache zu verfügen²²⁴. Um diesbezüglich *Klarheit* zu schaffen, empfiehlt es sich aber regelmässig, die Pflichtenlage ausdrücklich rechtsgeschäftlich festzulegen.

Rechtsgeschäftlich ist zunächst eine Ordnung bezüglich der *Verwaltung* zu treffen. So besteht bei einer Nacherbeneinsetzung von Gesetzes wegen (Art. 755 Abs. 2 ZGB analog) die Pflicht des Vorerben, die Vorerbschaft zu verwalten²²⁵. Die Verwaltungspflicht kann nun auch für andere bedingte Berechtigungen rechtsgeschäftlich angeordnet, präzisiert und abgeändert werden. So kann etwa vorgesehen werden, dass gewisse Gegenstände immer in specie zu erhalten sind, und zwar auch dann, wenn sich ein massiver Wertverlust einstellen sollte. Weiter kann die Verwaltungspflicht auf ein Minimum reduziert werden, indem nur ganz notwendige Verwaltungshandlungen vom Vorerben vorgenommen werden müssen.

Entsprechende Regelungsmöglichkeiten bestehen auch hinsichtlich der *Nutzung*. Diesbezüglich ist die Frage, ob Früchte und Erträge an den später Berechtigten herauszugeben sind, bereits bei der Inhaltsbestimmung beantwortet worden²²⁶. Rechtsgeschäftlich kann weiter betreffend die Pflichtenlage in der Schwebezeit die Frage geklärt werden, ob der früher Berechtigte gar verpflichtet ist, Früchte zu ziehen oder ob er die Sache «brachliegen» lassen darf. Das fällt letztlich mit der Frage nach der Verwaltungspflicht zusammen. Umgekehrt ist – wird eine solche Ordnung statuiert – auch die Frage nach der *Kostentragungspflicht* zu beantworten und – je nach Umfang der Verwaltungspflicht – diejenige einer allfälligen *Entschädigung* des früher Berechtigten durch den später Berechtigten^{227,228}.

²²⁴ Analog der Situation beim Speziesvermächtnis und zum Teil sogar direkt anwendbar.

²²⁵ Dazu WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 303; PIOTET, SPR IV/1, S. 115; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 3 zu Art. 491 ZGB, m.w.H.; BK-TUOR, N. 13 zu Art. 491 ZGB; ZK-ESCHER, N. 5 zu Art. 491 ZGB; siehe auch SCHMID, Rz. 3.76 ff.

²²⁶ IV.D.3.b. und IV.D.4.b. hievon.

²²⁷ Wird diesbezüglich nichts angeordnet, so ist die Anwendbarkeit der Regeln über die Nutzniessung (Art. 764 ff. ZGB) oder des Mietrechts zu prüfen; vgl. PraxKommL IATOWTISCH/SCHÜRMANN, N. 9 ff. zu Art. 491 ff. ZGB; BSK-BESSENICH/RICKLI,

Überdies kann es angezeigt sein, bezüglich dieser Pflichten – insbesondere der Verwaltungs- oder Erhaltungspflichten, aber auch der Auslieferungspflicht²²⁹ – die *Haftungsfolgen* zu bestimmen. So liesse sich etwa anordnen, dass eine Haftung – in Abweichung von Art. 97 OR – nur für vorsätzliche und grobfahrlässige Pflichtverletzung besteht (vgl. Art. 100 Abs. 1 OR)²³⁰. Nicht rechtsgeschäftlich beeinflusst werden kann – weil mit der dogmatischen Konstruktion unauflöslich verbunden – die Haftung im Sinne des Entstehensmüssens für Schulden des Erblassers: Während ein Erbe zwingend haftet (Art. 560 Abs. 2, Art. 603 und 639 ZGB), ist dies bei einem Vermächtnisnehmer grundsätzlich nicht der Fall.

Ob es sich bei diesen Anordnungen um einseitige Auflagen, eigentliche Verträge oder juristische Akte eigener Art handelt, bedürfte der vertieften Untersuchung²³¹.

c) Machtbefugnisse

Auch die Machtbefugnisse ergeben sich – wie die Pflichtenlage²³² – grundsätzlich bereits aus der dogmatischen Konstruktion und dem Inhalt des Anspruchs. Bei einem unmittelbaren Wegfall der Begünstigung beim früher Berechtigten *ex tunc*²³³ entfällt auch dessen Verfügungsmacht eo ipso ab initio, und ein allfälliges Verfügungsgeschäft bleibt ausnahmsweise etwa in Fällen des gutgläubigen Erwerbs nach Art. 933 ff. ZGB wirksam²³⁴. Hingegen bleibt die Verfügungsmacht bei einem Wegfall *ex nunc* zunächst bestehen²³⁵. Dies kann dazu führen, dass der früher Berechtigte – rein zeitlich betrachtet – mehr kann, als er darf²³⁶. Auch diesbezüglich lassen sich rechtsgeschäftliche Anordnungen treffen, und es ist auf jeden Fall angezeigt, die Konsequenzen genau zu bedenken und je nach Situation explizite Regelungen vorzusehen.

N. 4 zu Art. 491 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 301 ff.; ZK-ESCHER, N. 7 ff. zu Art. 491 ZGB.

²²⁸ Die Entschädigung liesse sich etwa dadurch sichern, dass angeordnet wird, der früher Berechtigte dürfe sich aus den Früchten bezahlt machen. Damit dürfte er bei Bedingungseintritt einen Teil der Erbschaft behalten.

²²⁹ Dazu bereits IV.D.3.b. und c.aa., sowie IV.D.4.b. und c.aa. hievor.

²³⁰ Dies soll sich bereits von Gesetzes wegen ergeben, wenn der später Berechtigte bestimmten Verwaltungshandlungen des früher Berechtigten zugestimmt hat; vgl. PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 7 zu Art. 491 ZGB, m.w.H.

²³¹ Siehe dazu auch IV.E.3. Al. 1 sogleich.

²³² IV.E.2.b. soeben.

²³³ Zum Fall der blossen Änderung der Erbquote IV.D.3.a. und c.bb. hievor.

²³⁴ Ebenso PraxKomm-LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, N. 14 zu Art. 491 ZGB.

²³⁵ Zu alledem IV.D.3.c. und IV.D.4.c. hievor.

²³⁶ So auch TRACHSEL, S. 176.

Zu beachten ist, dass sich auch aus einer Verwaltungspflicht – bestehe sie bereits von Gesetzes wegen²³⁷, aufgrund einer Auflage oder einer Parteivereinbarung – gewisse Machtbefugnisse ergeben können, die mit dem Eintritt der Bedingung gerade nicht ihre Wirksamkeit verlieren²³⁸. Aus einer Verwaltungspflicht können sich überdies nicht nur Verfügungsmacht, sondern auch andere Machtbefugnisse ergeben²³⁹, die ebenfalls den später Berechtigten – allenfalls auch obligatorisch – binden können.

3. *Sicherungsmöglichkeiten*

Weil sich je nach gewählter Konstruktion unterschiedliche Pflichtenlagen und Machtbefugnisse ergeben²⁴⁰ und je nach Einzelfall auch ein unterschiedliches Bedürfnis nach Sicherungsmassregeln bestehen wird²⁴¹, ist es empfehlenswert, entsprechende Schutzmechanismen als *vertragliche Pflichten* zu vereinbaren oder einseitig als *Auflage* – oder auch als *Bedingung*²⁴² – anzuordnen.

Generell ist zu beachten, dass mit den hievordies angesprochenen, zu Bedingungen gemachten Ereignissen²⁴³ ja gerade Situationen angesprochen sind, in denen es zu einer Änderung der Vermögenssituation kommen soll, damit die später Berechtigten nicht in ihren Ansprüchen geschmälert werden. Insofern ist die sinnvoll gewählte Bedingung – die ja zur definitiven Berechtigung des später Berechtigten führt – bereits eine geeignete Sicherungsmassregel.

In der Literatur²⁴⁴ werden *verschiedene (Sicherungs-)Pflichten* erwähnt. So kann eine Inventarpflicht – so diese nicht bereits zwingend besteht²⁴⁵ – vorgeesehen werden, weiter die Pflicht zur separaten Aufbewahrung und Verwal-

²³⁷ So etwa bei der Vor-/Nacherbschaft; vgl. etwa WUNDER/FLÜCKIGER, S. 93 f.

²³⁸ Ebenso WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 305; BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 6, Al. 4 zu Art. 491 ZGB; ZK-ESCHER, N. 11 zu Art. 491 ZGB; BK-TUOR, N. 2 zu Art. 491 ZGB. Zu den wirksam bleibenden Verfügungen gehört etwa die Erfüllung von Vermächtnissen; siehe BK-WEIMAR, N. 11 zu Art. 491 ZGB.

²³⁹ Dazu etwa SCHMID, Rz. 3.169 ff.

²⁴⁰ Dazu IV.E.2. soeben.

²⁴¹ Bei einem bedingten Nutznießungsvermächtnis ergibt sich schon aufgrund der rechtlichen Konstruktion ein geringeres Sicherungsbedürfnis als bei einer bedingten Erbentstellung.

²⁴² Die Bedingung könnte z.B. lauten, dass die Begünstigung dahinfällt, wenn zwei Mal keine Buchhaltung geführt wird. Die entsprechende Anordnung stellt im Grunde dann eine privatorische Klausel dar.

²⁴³ Wie Wiederverheiratung oder Heimeintritt; vgl. dazu III.B.1., 3. und 4., sowie IV.C.1. hievordies.

²⁴⁴ ZEITER, S. 378 f.; FLÜCKIGER, S. 16, 29; WUNDER/FLÜCKIGER, S. 92; TRACHSEL, S. 174 ff.

²⁴⁵ Wie bei der Vor-/Nacherbschaft (Art. 490 Abs. 1 ZGB); vgl. WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 303.

tung²⁴⁶ des betreffenden Vermögens, eine Buchführungs- und Rechnungsablegungspflicht des zunächst Berechtigten, Einsichts- oder Aufsichtsrechte des später Berechtigten und allenfalls auch die Anordnung einer periodischen Revisionspflicht durch einen unabhängigen Dritten oder gar die Verwaltung durch einen Treuhänder²⁴⁷. Denkbar ist ebenfalls eine Sicherstellung, wobei diese in der Praxis für die Nacherbschaft – für die sie unter Vorbehalt einer Befreiung durch den Erblasser kraft Gesetzes gilt (Art. 490 Abs. 2 ZGB) – häufig gerade ausgeschlossen wird²⁴⁸. Hinsichtlich der ebenfalls von der Lehre vorgeschlagenen Statuierung von Verfügungsverboten ist zu beachten, dass diese nicht die Verfügungsmacht des vorerst Berechtigten betreffen, sondern diesem bloss – aber immerhin – eine obligatorische Pflicht auferlegen, bestimmte Rechtsgeschäfte nicht abzuschliessen. Mit letzterem ist zudem weniger eine Sicherungsmassregel angeordnet, sondern eher die Frage nach dem Inhalt des Anspruchs angesprochen. Hilfreich kann sodann die Einsetzung eines Willensvollstreckers sein, dessen Mandat sich – was klar und eindeutig anzuordnen ist – auch auf die Einhaltung der Sicherungsmassregeln beziehen kann²⁴⁹, sofern es sich um die Wahrung erbrechtlicher Ansprüche aus dem Nachlass handelt. Dabei sind allerdings die der Willensvollstreckung allgemein gesetzten Grenzen – insbesondere hinsichtlich der Dauer – zu beachten. Wenn eine Nacherbeneinsetzung als Lösung gewählt wird, stehen schliesslich ebenfalls die vom Gesetz in Art. 490 ZGB vorgesehenen Sicherungsmittel zur Verfügung²⁵⁰.

Zu beachten ist, dass bestimmte dieser zur Sicherung vorgesehenen Anordnungen – zumal in Kombination – für den zunächst Berechtigten allenfalls zu einem erheblichen *Mehraufwand* führen²⁵¹. Es ist deshalb jeweils genau zu erwägen, was für Folgen Sicherungsmassregeln nach sich ziehen und wie diese sich zu ihrem Nutzen verhalten. Wenn etwa eine Person bereits bisher für das eigene Vermögen keine Buchhaltung geführt hat, dürfte es einen unverhältnismässigen Mehraufwand bedeuten, nunmehr eine solche vorzusehen.

²⁴⁶ Dazu schon IV.E.2.b. hievor.

²⁴⁷ Siehe WUNDER/FLÜCKIGER, S. 92.

²⁴⁸ FLÜCKIGER, S. 16 f.

²⁴⁹ Vgl. bezogen auf die Vor-/Nacherbschaft BK-KÜNZLE, N. 56 zu Art. 517-518 ZGB; BREITSCHMID, Nacherbschaft, S. 68 f. Vgl. auch den Nacherbenvollstrecker gem. § 2222 BGB.

²⁵⁰ Ist ein Nachvermächtnis angeordnet worden, so sind die Sicherungsmassregeln gegebenenfalls entsprechend anzupassen. Ein Inventar ist beim Nachvermächtnis nur dann aufzunehmen, wenn eine Sachgesamtheit – etwa eine Kunstsammlung oder eine Bibliothek – Gegenstand der Nachverfügung bildet; so BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 1 zu Art. 490 ZGB, m.w.H. Zum Schutz des Nachvermächtnisnehmers ist u.E. auch die Einsetzung eines Willensvollstreckers ein geeignetes Mittel. Vgl. Fn. 249 soeben.

²⁵¹ Die Einschränkungen in finanzieller Hinsicht, welche ZEITER, S. 379, anspricht, dürften dagegen eher einem zu stark beschränkenden Inhalt der Ansprüche der künftig Berechtigten geschuldet sein.

Hingegen dürfte die getrennte Aufbewahrung – insbesondere bei Bankkonten und Wertschriftendepots – mit Einräumung von Einsichtsrechten zugunsten der später Berechtigten keine grossen Einschränkungen mit sich bringen. Ein Entscheid darüber, was hier sinnvoll ist, ist letztlich nur einzelfallbezogen möglich.

Des Weiteren zu prüfen ist eine Regelung, wonach dann, wenn der früher Berechtigte *in schwerwiegender Weise seine Pflichten verletzt*, die Bedingung als eingetreten gelten soll²⁵². In solchen Fällen liesse sich auch das Recht des später Berechtigten vorsehen, die Anordnung einer Drittverwaltung für das betroffenen Vermögen zu verlangen. Für die Nacherbschaft ist bei Nichtleistung der Sicherheit durch den Vorerben oder Gefährdung der Anwartschaft des Nacherben kraft Gesetzes die Erbschaftsverwaltung anzuordnen (Art. 490 Abs. 3 ZGB).

V. Steuerrechtliche Folgen (Hinweis)

Bei jeder Rechtsgeschäftsgestaltung sind stets auch die steuerrechtlichen Folgen zu beachten. Dies im vorliegenden Zusammenhang zu tun, müsste aber den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Es muss deshalb bei knappen Hinweisen bleiben.

Es hat sich gezeigt, dass für das Arbeiten mit Bedingungen vor allem die ehevertragliche Begünstigung, die Erbeinsetzung und das Vermächtnis als je unterschiedliche Rechtsinstitute in Betracht fallen. Im Einzelnen sind dabei wiederum verschiedene zivilrechtliche Konstruktionen – wie Suspensivbedingung oder Resolutivbedingung; Wirkung *ex nunc* oder *ex tunc*; dinglicher oder obligatorischer Rückfall – denkbar sind. Gestützt auf das Prinzip der zivilrechtlichen Betrachtungsweise müsste sich auch das Steuerrecht grundsätzlich an der zivilrechtlichen Konstruktion orientieren. In der zivilrechtlichen Lehre ist indessen vertreten worden, dass die steuerrechtlichen Regelungen über die Nacherbschaft²⁵³ analog auf weitere auf Ehevertrag oder Verfügung von Todes wegen beruhende bedingte Rechtsstellungen anzuwenden seien²⁵⁴. Ob diese analoge steuerrechtliche Ausdehnung wirklich greift, lässt sich hier nicht beurteilen. Um in diesem Zusammenhang unerwünschte Folgen zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Steuerbehörden in die zivilrechtliche Planung einzubeziehen, dies namentlich mittels verbindlicher Auskunftserteilung bzw. eines Steuerrulings.

²⁵² WUNDER/FLÜCKIGER, S. 92.

²⁵³ Dazu etwa BSK-BESSENICH/RICKLI, N. 6 zu Art. 488-492a ZGB; WUNDER/FLÜCKIGER, S. 85 f., 94 f.

²⁵⁴ So ZEITER, S. 368; TRACHSEL, S. 176.

VI. Schluss

Rechtsgeschäftsgestaltung mit Bedingungen erlaubt die *Abhängigmachung von güter- oder erbrechtlichen Zuwendungen vom Eintritt oder Ausfall unbestimmter künftiger Ereignisse*. Bedingungen erlauben insofern – und m.a.W. – eine verfeinerte Abstimmung der gemäss eigenem Willen auszurichtenden Begünstigungen auf die im Zeitpunkt der Errichtung des Rechtsgeschäftes noch offene Zukunft.

Als praktisch grundsätzlich gut und einfach handhabbar erweisen sich Bedingungen, über deren Eintritt oder Ausfall *im Zeitpunkt des Todes des Erblassers Gewissheit* besteht²⁵⁵.

Mit Schwierigkeiten verbunden sind demgegenüber die vorstehend behandelten Bedingungen, über deren Eintritt oder Ausfall *erst nach dem Tod des Erblassers* – gegebenenfalls gar erst längere Zeit später – *Gewissheit* besteht. Es lässt sich in diesen Fällen zwischen einem früher Berechtigten und einem später Berechtigten unterscheiden. Während der sog. Schwebezeit bleibt offen, welches die definitive Rechtslage sein wird. Diese tatsächlichen Umstände rücken die entsprechende Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen in die *Nähe der Vor-/Nachverfügung*, für welche eine namentlich auch Schutzvorkehrungen zugunsten des später Berechtigten vorsehende gesetzliche Regelung (Art. 488 ff. ZGB) besteht. Im Vergleich mit der Nachverfügung erweist sich die Rechtsgeschäftsgestaltung mit nach dem Tode des Erblassers eintretenden Bedingungen als wenig geklärt; es liegt diesbezüglich weder eine nähere gesetzliche Normierung vor, noch existiert dazu eine gefestigte Rechtsprechung. Trotz Behandlung der Thematik in der Literatur *bleiben viele Fragen offen*. Wer mit Bedingungen, die nach dem Ableben des Erblassers sich entscheiden, arbeiten möchte, wird namentlich eine klare Umschreibung des zur Bedingung gemachten Ereignisses sowie eine präzise Bezeichnung des personellen Kreises der früher und der später Berechtigten vornehmen müssen, und er wird besonders auch die Schwebezeit – hinsichtlich der Fragen der Rechte und Pflichten des früher Berechtigten – zu regeln haben. Angesichts der mit ihm nur verbundenen obligatorischen Berechtigung erweist sich ein bedingtes Vermächtnis allgemein als einfacher zu ordnen als eine bedingte Erbeinsetzung. So sich die vor- und nachgelagerte Berechtigung als insgesamt nicht sinnvoll regulierbar erweisen sollte, bleibt als Variante die *bedingte Begründung einer Nutzniessung zu erwägen*. Die Nutzniessungslösung erweist sich u.E. tendenziell insofern als einfacher, als der Nutzniesser ein beschränktes dingliches Recht innehat, über das er nicht verfügen kann. Bei der Rechtsgeschäftsgestaltung mit Bedingungen hinsichtlich der Erbenstellung besteht insgesamt ein wohl grösseres Risiko, dass der früher

²⁵⁵ Dazu schon I. hievor, m.H.

Berechtigte Verfügungen trifft, die zwar dogmatisch resolutiv bedingt sind, dann aber doch – etwa infolge Gutgläubenserwerbs durch einen Dritten – unbedingte werden und damit die Stellung des später Berechtigten beeinträchtigen.

Insgesamt besteht bei der Verwendung von sich erst nach dem Tod des Erblassers entscheidenden Bedingungen erheblicher Regelungsbedarf, damit eine rechtlich einwandfreie, sichere und für die Beteiligten allseits verständliche Situation geschaffen werden kann.