

## Erbrecht in Patchwork-Familien<sup>1</sup>

Nando Stauffer von May\*

Die gesetzliche Erbfolge ist auf das traditionelle Familienbild ausgerichtet und deshalb insbesondere für im Konkubinat lebende Paare, für gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern sowie in Patchwork-Familien selten geeignet. Mittels letztwilliger Verfügungen sowie Vorsorge- und Versicherungslösungen bestehen mannigfache Möglichkeiten, auch nicht gesetzliche Erben zu begünstigen. Dabei gilt es, die Pflichtteile, das Ehe- sowie das Steuerrecht besonders zu berücksichtigen. Anhand einer Beispiel-Patchwork-Familie werden einzelne Problemkreise und Lösungsmöglichkeiten dargestellt.

### 1. Die gesetzliche Erbfolge

Das Zivilgesetzbuch bestimmt die (gesetzlichen) Erben anhand des Verwandtschaftsgrades. Dabei kommt dem Ehegatten bzw. dem eingetragenen (gleichgeschlechtlichen) Partner eine Sonderstellung zu.

Verstirbt eine Person, so erben deren **Nachkommen**, d.h. die Kinder oder Grosskinder (Art. 457 ZGB)<sup>2</sup>. Das Kindesverhältnis entsteht zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt, zwischen dem Kind und dem Vater kraft der Ehe mit der Mutter oder durch Anerkennung oder gerichtliches Urteil (Art. 252 ZGB)<sup>3</sup>. Das Kindesverhältnis kann zudem durch **Adoption** entstehen (Art. 252 Abs. 3 ZGB). Das Adoptivkind erhält dabei die Rechtsstellung eines (leiblichen) Kindes der Adoptiveltern und das bisherige Kindesverhältnis zu den leiblichen Eltern erlischt<sup>4</sup>. Ehegatten können nur gemeinschaftlich adoptieren; anderen Personen, namentlich eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnern, steht die gemeinschaftliche Adoption nicht zur Verfügung (Art. 264a Abs. 1 ZGB). Eine unverheiratete, nicht aber eine in eingetragener Partnerschaft lebende Person, kann allerdings allein adoptieren (Art. 264b Abs. 1 ZGB; Art. 28 PartG). Dies führt u.a. zur unbefriedigenden Situation, dass einem Adoptivkind eines gleichgeschlechtlichen Partners gegenüber dessen Partner kein gesetzliches Erbrecht zukommt.

Hat der Erblasser keine Kinder, geht das Erbe an seine Eltern bzw. deren Nachkommen (**elterlicher Stamm**, Art. 458 ZGB).

Sind auch keine Erben des elterlichen Stammes mehr vorhanden, geht das Erbe an die Grosseltern bzw. deren Nachkommen (**grosselterlicher Stamm**, Art. 459 ZGB).

Ist der Erblasser verheiratet oder in eingetragener Partnerschaft haben die vorgenannten Erben den Nachlass mit dem überlebenden Ehegatten oder dem

\* Notar des Kantons Bern (in Muri bei Bern), Rechtsanwalt in Zürich.

<sup>1</sup> Der vorliegende Text ist in gekürzter Fassung Teil des Schweizer Beitrags zum XXVII. Kongress des Internationalen Notariatsverbandes in Lima, Peru, welcher unter dem Titel «*Réflexions du notariat sur le droit de la famille et le droit successoral face aux nouvelles relations sociales*» – «*Das Familien- und Erbrecht angesichts neuer Formen sozialer Beziehungen aus notarieller Sicht*» steht.

<sup>2</sup> Wobei ein Kind, unter Vorbehalt, dass es lebend geboren wird, bereits vom Zeitpunkt der Empfängnis an erbfähig ist (Art. 544 Abs. 1 ZGB). Zudem kann durch letztwillige Verfügung auf dem Wege der Nacherbeneinsetzung oder des Nachvermächtnisses auch eine Person begünstigt werden, die zur Zeit des Erbgangs noch nicht lebt (Art. 545 Abs. 1 ZGB).

<sup>3</sup> Den Erben des Anerkennenden steht die Anfechtungsklage offen (Art. 260a Abs. 1 ZGB). Umgekehrt können Mutter und Kind gegen die Nachkommen, Eltern oder Geschwister des Vaters, der das Kindesverhältnis nicht anerkannt hat, Vaterschaftsklage führen (Art. 261 Abs. 2 ZGB). Solange der Vater lebt, ist die Klage aber freilich gegen ihn zu führen (Art. 261 Abs. 1 ZGB).

<sup>4</sup> Mit Ausnahme jenes zum Elternteil, der mit dem Adoptierenden verheiratet ist (Art. 267 ZGB).

eingetragenen Partner zu teilen. Der **Ehegatte** oder **eingetragene Partner** erhält dabei die Hälfte des Nachlasses, wenn er das Erbe mit Nachkommen teilt; drei Viertel, wenn er es mit Erben des elterlichen Stammes teilt oder alles, wenn keine Nachkommen und keine Erben des elterlichen Stammes (mehr) vorhanden sind (Art. 462 ZGB). Mit rechtskräftigem Ehescheidungsurteil, nicht aber bereits während des Ehescheidungsverfahrens oder während des Getrenntlebens, verliert der Ehegatte sein gesetzliches Erbrecht (Art. 120 Abs. 2 ZGB). Dasselbe gilt für die eingetragene Partnerschaft (Art. 31 PartG).

Das Ganze sei an folgendem **Beispiel** veranschaulicht: Michel, verheiratet mit Emilia, ist Vater eines Sohnes (Sandro) und einer Tochter (Tamara). Sandro und Tamara haben je zwei Kinder; Michel somit vier Grosskinder. Verstirbt Michel, erbt die Ehefrau  $\frac{1}{2}$  und Sandro und Tamara je  $\frac{1}{4}$  des Nachlasses. Ist Sandro bereits vorverstorben, teilen sich dessen zwei Kinder den Viertel und erben mithin je  $\frac{1}{8}$ . Der Erbteil des vorverstorbenen Sandro fällt damit nicht an sämtliche Grosskinder, sondern bloss an seinen Stamm bzw. seine Nachkommen.

## 2. Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge und Pflichtteile

### 2.1 Pflichtteile

Urteilsfähige Personen, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben, können mittels letztwilliger Verfügung ihren Nachlass abweichend von der vorstehenden gesetzlichen Erbfolge regeln (Art. 467 ZGB). Dabei haben sie insbesondere aber die sog. Pflichtteile zu beachten. Nach Art. 471 ZGB steht dem Ehegatten oder eingetragenen Partner ein Pflichtteil im Umfang der Hälfte seines gesetzlichen Erbanspruchs zu, den Nachkommen drei Viertel ihres gesetzlichen Erbanspruchs und den Eltern die Hälfte. Im obigen Beispiel beträgt der Pflichtteil der Ehefrau  $\frac{1}{4}$  ( $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2}$ ) und jener von Sandro und Tamara je  $\frac{3}{16}$  ( $\frac{3}{4} \times \frac{1}{4}$ ); Michel verbleibt damit eine frei verfügbare Quote von  $\frac{5}{16}$ .

### 2.2 Herabsetzung

Der Pflichtteilsanspruch kann gegen den Willen des Berechtigten nur dann entzogen werden, wenn die strengen Voraussetzungen für die Enterbung erfüllt sind (Art. 477 ff. ZGB). Wird durch letztwillige Verfügung der Erbanspruch dennoch derart geschmälert, dass der Pflichtteil verletzt wird, können die pflichtteilsgeschützten Erben die sog. Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Mass verlangen (Art. 522 ZGB). Der Herabsetzung unterliegen auch gewisse Verfügungen unter Lebenden wie Erbabfindungen, grössere Schenkungen und Umgehungsgeschäfte (Art. 527 ZGB).

Im Umfange des Pflichtteils wird die Verfügungsfreiheit des Erblassers über seinen Nachlass eingeschränkt und werden insoweit die gesetzlichen Erben geschützt. Über die Berechtigung eines solchen Eingriffs in die Testierfreiheit lässt sich freilich streiten; insgesamt wird man dem Pflichtteilsrecht jedenfalls die Begünstigung des Rechtsfriedens aber kaum absprechen können<sup>5</sup>, was im Vergleich zu unzähligen anderen Rechtsnormen bereits einen erheblichen Leistungsausweis darstellt. Dabei ist nicht nur an den Fall zu denken, wo ein gesetzlicher Erbe, der immerhin den Pflichtteil ausbezahlt erhält, auf eine Anfechtung der letztwilligen Verfügung eher verzichten wird, als wenn er ganz übergegangen worden wäre. Vielmehr gilt dies auch im umgekehrten Fall, wo der Erblasser einen Alleinerben einsetzt und die pflichtteilsgeschützten Erben umgeht. Hier wird der begünstigte Erbe sich häufig freiwillig mit den gesetzlichen Nachkommen darauf verständigen, dass diesen ihr Pflichtteil ausbezahlt wird. Entschliesst sich in unserem Beispiel Michel dazu, mittels letztwilliger Verfügung seine Geliebte als Alleinerbin einzusetzen, wird diese gut beraten sein, ein Gerichtsverfahren zu vermeiden und die Pflichtteile freiwillig auszubezahlen.

### 2.3 Vorsorge

Für den Erblasser existieren gewisse Möglichkeiten, einzelne Personen ohne Einbezug in die Berechnung des Pflichtteils zu begünstigen. Er kann insbesondere mittels **Lebensversicherung** Personen begünstigen, wobei deren Anspruch zwar grundsätzlich der Herabsetzung unterliegt, allerdings bloss im Umfange des versicherungsrechtlichen Rückkaufswerts (Art. 529

<sup>5</sup> BREITSCHMID, Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert, successio 2007, 13.

ZGB)<sup>6</sup>. Die Differenz zwischen dem Betrag, welcher der Begünstigte von der Versicherung ausbezahlt erhält und dem regelmässig deutlich tieferen Rückkaufswert bleibt unbeachtlich<sup>7</sup>. Die Versicherungsleistung fällt dabei nicht in den Nachlass, weshalb beispielsweise Nachlassgläubiger nicht darauf zugreifen können<sup>8</sup>. Anders liegt der Fall einzig, wenn die Versicherungsleistung mittels Verfügung von Todes wegen zugewendet wurde<sup>9</sup>. Der Bedachte hat aber auch hier ein direktes Forderungsrecht gegen die Versicherung (Art. 563 Abs. 2 ZGB)<sup>10</sup>.

Michel kann somit eine Lebensversicherung abschliessen und als Begünstigte seine Geliebte einsetzen. Ihr wird dabei die Versicherungsleistung von beispielsweise CHF 100 000 direkt ausbezahlt, ohne dass diese in den Nachlass fällt. Zur Berechnung des Pflichtteils wird sodann nicht die ausbezahlte Versicherungsleistung, sondern bloss der Rückkaufswert der Versicherung, welcher beispielsweise CHF 30 000 beträgt, berücksichtigt. Hinterlässt Michel ein Vermögen von CHF 20 000, werden die Pflichtteile somit gestützt auf CHF 50 000 (20 000 + 30 000 Rückkaufswert) und nicht auf CHF 120 000 berechnet. Die Pflichtteile betragen vorliegend insgesamt CHF 31 250 ( $\frac{10}{16} \times \text{CHF } 50\,000$ ), während im Nachlass bloss CHF 20 000 vorhanden sind. Die Geliebte hat demnach in diesem Fall gegenüber den gesetzlichen Erben eine Herausgabeverpflichtung aus Herabsetzung von lediglich CHF 11 250. Wäre die gesamte Versicherungsleistung herangezogen worden, hätte die Geliebte demgegenüber insgesamt CHF 55 000 ( $120\,000 \times \frac{10}{16} - 20\,000$ ) geschuldet.

Überhaupt nicht zur Berechnung des Pflichtteils berücksichtigt werden sodann die öffentlich-rechtlichen Hinterlassenenansprüche (**Witwen- und Waisenrenten**) aus der staatlichen Alters- und Hinterbliebenenversicherung (sog. 1. Säule, Art. 23 ff. AHVG)<sup>11</sup> und der obligatorischen beruflichen Vorsorge (sog. Säule 2a, Art. 18 ff. BVG), die beide nicht in den Nachlass fallen<sup>12</sup>. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung fallen grundsätzlich auch die privatrechtlichen Ansprüche aus der überobligatorischen beruflichen Vorsorge (sog. Säule 2b) nicht in den Nachlass und unterliegen auch nicht der Herabsetzung<sup>13</sup>. Die freiwillige gebundene (steuerbegünstigte) Vorsorge (sog. Säule 3a)<sup>14</sup> hingegen gehört zum Nachlass und ist für die Berechnung des Pflichtteils zu berücksichtigen<sup>15</sup>. Während früher fast nur jene Personen eine Rente aus der Vorsorgeeinrichtung des Erblassers erhielten,

**6** Temporäre Todesfallversicherungen ohne Sparanteil weisen keinen Rückkaufswert auf, weshalb sie grundsätzlich nicht der Herabsetzung unterliegen; es sei denn, die Versicherung wurde in der Absicht, die Pflichtteile zu umgehen, abgeschlossen, was sich beispielsweise darin manifestieren kann, dass im Hinblick auf die finanziellen Verhältnisse unverhältnismässig hohe Prämien bezahlt wurden (AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 03.60).

**7** Basler Kommentar zum ZGB II, STAEHELIN, Art. 476 N 8. Mittels Lebensversicherung kann damit das Pflichtteilsrecht bis zu einem gewissen Grade legal umgangen werden (N 12). S.a. GUINAND, Le sort des prestations d'assurances dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions, ZBGR (70) 1989, 75 ff.

**8** BGE 112 II 157.

**9** GUINAND, Le sort des prestations d'assurances dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions, ZBGR (70) 1989, 74.

**10** HÄUTPLI, in: Abt/Weibel (Hrsg.), Praxis Kommentar Erbrecht, Basel 2011, Art. 563 N 4.

**11** Wobei unter gewissen Voraussetzungen auch geschiedenen Ehegatten (Art. 24a AHVG) und Pflegekindern (Art. 25 Abs. 3 AHVG und Art. 49 AHVV) eine Rente zustehen kann.

**12** GUINAND, Le sort des prestations d'assurances dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions, ZBGR (70) 1989, 73; KÜNZLE, in: Abt/Weibel (Hrsg.), Praxis Kommentar Erbrecht, Basel 2011, Einleitung N 103 und 106 ff.

**13** BGE 129 III 305, wonach dies mindestens für «normale» Arbeitnehmer gilt, die auf die Ausgestaltung ihrer überobligatorischen beruflichen Vorsorge kaum Einfluss haben. Wie es sich bei wesentlich über die normale Vorsorge hinausgehenden Vorsorgeverträgen insbesondere für Kader und Unternehmer verhält, liess das Bundesgericht offen. Das Gericht lässt jedoch erkennen, dass es nur bei unverhältnismässigen Vorsorgelösungen eingreifen würde.

**14** Nach dem Ableben des Vorsorgenehmers sind folgende Personen in nachstehender Reihenfolge begünstigt: 1. Der überlebende Ehegatte oder der überlebende eingetragene Partner; 2. Die direkten Nachkommen sowie die natürlichen Personen, die von der verstorbenen Person in erheblichem Masse unterstützt worden sind, oder die Person, die mit dieser in den letzten fünf Jahren bis zu ihrem Tod ununterbrochen eine Lebensgemeinschaft geführt hat oder die für den Unterhalt eines oder mehrerer gemeinsamer Kinder aufkommen muss; 3. die Eltern; 4. die Geschwister; 5. die übrigen Erben. Der Erblasser kann gewisse Modifikationen vornehmen (Art. 2 BVV3).

**15** Wird die Vorsorge im Rahmen einer Versicherungslösung mit Rückkaufswert geschlossen, dann fällt der Anspruch allerdings nicht in den Nachlass und es ist nur der Rückkaufswert zur Berechnung des Pflichtteils massgebend (Basler Kommentar zum ZGB, Band II, STAEHELIN, Art. 476 N 4 und N 16 ff.; TRACHSEL DANIEL, Schnittstellen zwischen

die ohnehin gesetzliche Erben waren, besteht heute insbesondere in der beruflichen Vorsorge die Möglichkeit, auch weitere Personen zu begünstigen. Das **Vorsorgereglement** kann für Personen, die vom Versicherten in erheblichem Masse unterstützt worden sind, oder jene Person, die mit diesem in den letzten fünf Jahren bis zu seinem Tod ununterbrochen eine Lebensgemeinschaft geführt hat oder die für den Unterhalt eines oder mehrerer gemeinsamer Kinder aufkommen muss, Hinterlassenenleistungen vorsehen (Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG). Damit soll insbesondere eine Begünstigung des nichtverheirateten **Lebenspartners** ermöglicht werden<sup>16</sup>, die allerdings zwei Einschränkungen unterliegt: Erstens hängt die Begünstigung davon ab, ob die Vorsorgeeinrichtung eine Möglichkeit hierzu überhaupt vorsieht. Zweitens steht es der Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich frei, die Begünstigung an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen<sup>17</sup>.

Aufgrund der aktuellen politischen Debatte über den Umfang des Pflichtteilsrechts<sup>18</sup> drängt sich die Überlegung auf, ob nicht die Vorsorge- und Versicherungsansprüche an den Pflichtteil angerechnet werden

sollen, wodurch dem Erblasser automatisch ein grösserer Handlungsspielraum für die Begünstigung nicht pflichtteilsgeschützter Erben erwachsen würde. Im vorliegenden Beispiel müsste sich demnach die Ehefrau ihre kapitalisierte Witwenrente, vermindert um die latenten Steuern<sup>19</sup>, an den Pflichtteil anrechnen lassen, was dazu führen würde, dass die Geliebte letztlich bloss die Pflichtteile der beiden Nachkommen «auffüllen» müsste.

## 2.4 Begünstigung des Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners

Der Erblasser hat sodann insbesondere weitreichende ehe- und erbrechtliche Möglichkeiten, seinen Ehegatten zu begünstigen. Ehegüterrechtlich steht dabei beim ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung die vollumfängliche Zuweisung des sog. Vorschlags<sup>20</sup> und beim Güterstand der Gütergemeinschaft die Zuweisung des Gesamtgutes<sup>21</sup> im Vordergrund (Art. 216 Abs. 1 ZGB und Art. 241 Abs. 2 ZGB). Eine solche Begünstigung darf aber bei der Errungenschaftsbeteiligung die Pflichtteile von nichtgemeinsamen Kindern und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen (Art. 216 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 25 Abs. 2 PartG). Beim Güterstand der Gütergemeinschaft dürfen auch die Pflichtteile der gemeinsamen Kinder nicht beeinträchtigt werden (Art. 241 Abs. 3 ZGB). Eine durch die **Vorschlagszuweisung** bewirkte Verletzung der Pflichtteile anderer Erben ist hingegen hinzunehmen. Im Übrigen ist in der Lehre umstritten, ob die Vorschlagszuweisung für die Pflichtteilsberechnung der anderen Erben zu berücksichtigen ist, oder ob deren Pflichtteile bloss auf dem durch die Vorschlagszuweisung reduzierten Nachlass berechnet werden. Da m.E. die güterrechtliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten – sei es als Verfügung von Todes wegen oder als Verfügung unter Lebenden – grundsätzlich der Herabsetzung unterliegt<sup>22</sup>, und nicht einzusehen ist, weshalb mit einer güterrechtlichen Bestimmung (Art. 216 bzw. Art. 241 ZGB) die erbrechtliche Berechnung des Pflichtteils abgeändert werden sollte, hat sich der begünstigte Ehegatte erbrechtlich die Vorschlagszuweisung anrechnen zu lassen und die Pflichtteile sind auf dem um die Vorschlagszuweisung erhöhten Nachlass zu berechnen<sup>23</sup>.

Sodann besteht die Möglichkeit, dem überlebenden Ehegatten gegenüber den gemeinsamen Nachkommen die **Nutznussung** an dem ihnen zufallenden

---

Güter- und Erbrecht, AJP 2013, 180; KÜNZLE, in: Abt/Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2011, Einleitung N 121 und 123 ff.; AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 03.61.

<sup>16</sup> Zum Begriff der Lebensgemeinschaft im Sinne von Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG s. BGE 137 V 383 E. 4.1 und BGE 138 V 86 E. 4.1.

<sup>17</sup> BGE 137 V 383 E. 3.2.

<sup>18</sup> Motion «Für ein zeitgemässes Erbrecht» von Ständerat Felix Gutzwiller, eingereicht am 17. Juni 2010.

<sup>19</sup> Die monatliche Witwenrente ist als Einkommen zu besteuern, was den Wert der Rente reduziert.

<sup>20</sup> Was von der Errungenschaft eines Ehegatten, einschliesslich der hinzugerechneten Vermögenswerte und der Ersatzforderungen, nach Abzug der auf ihr lastenden Schulden verbleibt, bildet den Vorschlag (Art. 210 Abs. 1 ZGB).

<sup>21</sup> Im Gesamtgut sind das Vermögen und die Einkünfte der Ehegatten, mit Ausnahme der Gegenstände, die von Gesetzes wegen Eigengut darstellen, vereinigt (Art. 222 Abs. 1 ZGB).

<sup>22</sup> BGE 102 II 313; AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 06.29 ff.

<sup>23</sup> AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 06.32 ff. m.w.H.;



Teil der Erbschaft zuzuwenden (Art. 473 Abs. 1 ZGB)<sup>24</sup>. Im Gegenzug verliert der Ehegatte von Gesetzes wegen sein gesetzliches Erbrecht. Neben der Nutzniessung an drei Vierteln des Nachlasses (Pflichtteile der Nachkommen) verbleibt aber ein frei verfügbarer Teil von einem Viertel, in dessen Umfang der Ehegatte als Erbe eingesetzt werden kann (Art. 473 Abs. 2 ZGB)<sup>25</sup>. Mit einer Teilungsregel kann der überlebende Ehegatte zusätzlich ermächtigt werden, darüber zu bestimmen, welche Vermögenswerte er auf Anrechnung an seine güter- und erbrechtlichen Ansprüche zu Eigentum übernehmen will<sup>26</sup>.

Überkäme in unserem Beispielfall Michel ein schlechtes Gewissen wegen seiner Affäre, könnte er – im Sinne einer finanziellen Wiedergutmachung – seine Ehefrau dadurch begünstigen, dass eherechtlich vereinbart wird, dass beide Vorschläge ganz der Ehefrau zufallen. Zudem kann Michel die gemeinsamen Nachkommen auf den Pflichtteil (von  $\frac{3}{4}$  des Nachlasses) setzen und seiner Ehefrau an diesem Teil überdies die Nutzniessung einräumen und sie im Rahmen der frei verfügbaren Quote als Erbin einsetzen. Als Alternative zur Nutzniessung kann er seiner Ehefrau auch die Möglichkeit einräumen, stattdessen  $\frac{1}{2}$  zu Eigentum zu übernehmen und den Kindern die Pflichtteile von insgesamt  $\frac{2}{3}$  zu überlassen<sup>27</sup>.

Anlässlich des **Todesfalls** findet zuerst die güterrechtliche Auseinandersetzung statt. Der Nachlass besteht zufolge Vorschlagszuweisung an die Ehefrau nur aus dem Eigengut des Ehemannes. Diesen Nachlass erhält die Ehefrau im Rahmen der Pflichtteile der Nachkommen, welche sich unter der Berücksichtigung der Vorschlagszuweisung berechnen, zur Nutzniessung und im Rahmen der allenfalls noch verbleibenden frei verfügbaren Quote zu unbelastetem Eigentum<sup>28</sup>.

Im Falle der Wiederverheiratung reduziert sich die Nutzniessung von Gesetzes wegen soweit, dass die Nachkommen ihren Pflichtteil unbelastet erhalten (Art. 473 Abs. 3 ZGB). Freilich kann auch ein weitergehender Wegfall der Nutzniessung für den Fall der Wiederverheiratung festgelegt werden.

Da **gleichgeschlechtliche Partner** nach schweizerischer Konzeption keine gemeinsamen Nachkommen haben können, besteht die soeben skizzierte Möglichkeit für die eingetragenen Partner nicht<sup>29</sup>. Im Übrigen sind die gleichgeschlechtlichen eingetragenen Partner den Ehegatten erbrechtlich gleichgestellt, weshalb es sich erübrigt, gesondert darauf einzugehen.

a.M. Basler Kommentar zum ZGB II, STAEHELIN, Art. 473 N 4b. Die güterrechtlichen Bestimmungen führen lediglich dazu, dass den Pflichtteilserben, mit Ausnahme der nicht-gemeinsamen Nachkommen bei der Errungenschaftsbeteiligung bzw. aller Nachkommen bei der Gütergemeinschaft, die Herabsetzungsklage verwehrt wird, diese die Pflichtteilsverletzung somit hinnehmen müssen, wenngleich ein Herabsetzungstatbestand vorliegen würde (AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 06.35).

**24** Zum Vorgehen bei nicht gemeinsamen Kindern s. STEINAUER PAUL-HENRI, *Enfants communs et non communs en droit des successions et des régimes matrimoniaux*, in: Pichonnaz/Rumo-Jungo, *Enfant et Divorce*, Fribourg 2006, 178. Zur Berechnung der Quoten bei gemeinsamen und nichtgemeinsamen Kinder s. Studhalter Philipp, *Praktische Aspekte zur Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB*, in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht*, Bern 2009, 91.

**25** NERTZ, in: Abt/Weibel (Hrsg.), *Praxis Kommentar Erbrecht*, Basel 2011, Art. 473 N 34; Studhalter Philipp, *Praktische Aspekte zur Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB*, in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht*, Bern 2009, 94.

**26** STUDHALTER PHILIPP, *Praktische Aspekte zur Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB*, in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht*, Bern 2009, 69; AEBI-MÜLLER, *Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten*, 2. Auflage, Bern 2007, N 07.87.

Art. 612a ZGB sieht als dispositive gesetzliche Teilungsvorschrift vor, dass der überlebende Ehegatte oder eingetragene Partner Hausratsgegenstände aus der Erbschaft zu Eigentum in Anrechnung auf seinen Erbteil übernehmen kann.

**27** Je nach Wert der Nutzniessung, welche vom Alter des überlebenden Ehegatten abhängt, kann die Alternative für letzteren vorteilhafter sein. Zum Ganzen: Studhalter Philipp, *Praktische Aspekte zur Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB*, in: Wolf Stephan (Hrsg.), *Aktuelle Fragen aus dem Erbrecht*, Bern 2009, 69 und 96. Die Zulässigkeit der Alternativermächtigung ist aufgrund der materiellen Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen nicht ganz unumstritten. Da die Möglichkeit besteht, dem überlebenden Ehegatten die bedingte Erbenstellung für den Fall der Ausschlagung der Nutzniessung einzuräumen (AEBI-MÜLLER, *Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten*, 2. Auflage, Bern 2007, N 07.37), macht es aber wohl kaum Sinn, die Alternativermächtigung zu untersagen.

**28** Verfügt der Erblasser nur über wenig Eigengut, wird durch die Vorschlagszuweisung die freiverfügbare Quote regelmässig bereits ausgeschöpft sein (AEBI-MÜLLER, *Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten*, 2. Auflage, Bern 2007, N 07.12, 07.42 und 10.21).

**29** Basler Kommentar zum ZGB, Band II, STAEHELIN, Art. 473 N 2.

### 3. Inhalt letztwilliger Verfügungen

#### 3.1 Erbeinsetzung und Vermächtnis

Dem Erblasser stehen grundsätzlich zwei Formen letztwilliger Begünstigung zur Verfügung: Einerseits die Erbeinsetzung, bei welcher für die ganze Erbschaft oder einen Bruchteil davon, einer oder mehrere Erben eingesetzt werden (Art. 483 ZGB), auf welche das Erbe mittels Universalsukzession übergeht (Art. 560 ZGB); andererseits das Vermächtnis, mit welchem einem Bedachten ein bestimmter Vermögensvorteil zugewendet wird (Art. 484 Abs. 1 ZGB). In letzterem Falle kann der Erblasser dem Bedachten nicht bloss eine einzelne Erbschaftssache vermachen, sondern ihm auch die Nutzniessung an der gesamten Erbschaft oder an einem Teil davon zuwenden, einen Geldwert zusprechen oder ihn von einer Schuld befreien (Art. 484 Abs. 2 ZGB). Sodann besteht die Möglichkeit, ein Wahlvermächtnis zu gewähren, indem dem Vermächtnisnehmer mehrere Objekte alternativ vermacht werden, woraus sich der Bedachte das passende auswählt<sup>30</sup>.

#### 3.2 Auflagen, Bedingungen und Teilungsvorschriften

Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat (Art. 482 Abs. 1 ZGB). Auch kann der Erblasser für die Erbteilung Vorschriften aufstellen und Erbschaftssachen einzelnen Erben in Anrechnung an den Erbeil zuweisen (Art. 608 ZGB)<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 07.19.

<sup>31</sup> Wenngleich die Teilungsvorschrift grundsätzlich verbindlich ist, können die Erben, wenn sie unter sich einig sind, davon abweichen.

<sup>32</sup> AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 07.16.

<sup>33</sup> Eine Nacherbeneinsetzung ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils ungültig; vorbehalten bleibt die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen (Art. 531 ZGB).

<sup>34</sup> Basler Kommentar zum ZGB, Band II, BESSENICH, Art. 488 N 4.

#### 3.3 Ersatzverfügungen

Der Erblasser kann eine oder mehrere Personen bezeichnen, denen die Erbschaft oder das Vermächtnis für den Fall des Vorabsterbens oder der Ausschlagung des Erben oder Vermächtnisnehmers zufallen soll (Art. 487 ZGB). Eine solche Ersatzverfügung kann sich dabei nicht bloss auf die Person des Begünstigten beziehen, sondern auch auf den Gegenstand der Begünstigung. Ist beispielsweise das Vermächtnisobjekt zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr vorhanden, kann dem Bedachten ein Ersatzobjekt zugewendet werden<sup>32</sup>.

#### 3.4 Vor- und Nacherben

Der Erblasser ist befugt, in seiner Verfügung den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft einem andern als Nacherben auszuliefern. Die gleiche Möglichkeit besteht beim Vermächtnis (Art. 488 ZGB)<sup>33</sup>. Als Zeitpunkt der Auslieferung ist, wenn die Verfügung es nicht anders bestimmt, der Tod des Vorerben zu betrachten (Art. 489 Abs. 1 ZGB). Der Nacherbe erwirbt die Erbschaft des Erblassers, wenn er den für die Auslieferung bestimmten Zeitpunkt erlebt hat. Erlebt er diesen Zeitpunkt nicht, so verbleibt die Erbschaft, wenn der Erblasser nicht anders verfügt hat, dem Vorerben (Art. 293 ZGB).

#### 3.5 Familienstiftung

Dem Nacherben kann die Verpflichtung zur Weiterreichung des Erbes nicht auferlegt werden, womit eine dauerhafte Belastung des Eigentums am Nachlassvermögen (mit der Auslieferungspflicht) verhindert wird (Art. 488 Abs. 2 ZGB)<sup>34</sup>. Der Erblasser, der die Zuteilung seines Vermögens auf längere Dauer regeln will, wird deshalb eine Stiftung errichten, mit welcher das Vermögen dauerhaft einem bestimmten Zweck gewidmet wird (Art. 493 Abs. 1 ZGB).

Mittels **Familienstiftungen** kann das Vermögen mit der Familie derart verbunden werden, dass dieses zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, zur Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken verwendet wird (Art. 335 Abs. 1 ZGB). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sollen indes reine Unterhaltstiftungen untersagt sein, da diese den Müssiggang der Berechtigten fördern würden, was der historische Gesetzgeber habe

unterbinden wollen. Abgesehen davon, dass sich diese historische Auslegung als nicht stichhaltig erweist, ist es heute, wo der Staat selber derartige Leistungen erbringt, nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch in privatrechtlicher Form möglich sein soll. Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich jedenfalls kein Verbot der Unterhaltsstiftung herleiten<sup>35</sup>. Überdies könnte ein Verbot durch die Benützung ausländischer Stiftungen oder Trusts ohne Weiteres legal umgegangen werden<sup>36</sup>.

### 3.6 Willensvollstrecker

Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung eine (oder mehrere) handlungsfähige Person(en) mit der Vollstreckung seines Willens beauftragen (Art. 517 ZGB). Der Willensvollstrecker hat den Willen des Erblassers zu vertreten und gilt insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen (Art. 518 Abs. 2 ZGB).

## 4. Formvorschriften

Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung entweder mittels öffentlicher Beurkundung oder eigenhändig oder ausnahmsweise durch mündliche Erklärung errichten (Art. 498 ZGB). Als einseitige Verfügung kann ein sog. Testament vom Erblasser jederzeit geändert und aufgehoben werden (Art. 509 ff. ZGB). Verpflichtet sich der Erblasser demgegenüber in einem zweiseitigen Rechtsgeschäft gegenüber einem oder mehreren Vertragspartnern zu einer bestimmten Regelung seines Nachlasses oder eines Teils davon, bedarf ein solcher **Erbvertrag** der öffentlichen Beurkundung (Art. 512 Abs. 1 ZGB). Mittels Erbvertrag können mehrere Nachlässe (von Vertragsparteien) gleichzeitig und verbindlich geregelt werden. Da dem Erbvertrag Bindungswirkung zukommt, bedarf es zu dessen Änderung oder Aufhebung grundsätzlich der Zustimmung der Vertragsparteien (Art. 513 ff. ZGB)<sup>37</sup>. **Stiftungen** können zusätzlich nach den Regeln des Personenrechts bereits vor dem Ableben errichtet werden (Art. 335 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 ZGB)<sup>38</sup>.

## 5. Situationen bei Patchwork-Familien

### 5.1 Ausgangslage

Patchwork-Familien stellen den Notar vor eine besondere Herausforderung, da der Nachlass regelmässig auf pflichtteilsgeschützte Personen und auf nicht gesetzliche Erben zu verteilen ist. Nicht selten sind pflichtteilsgeschützte Personen, beispielsweise die getrennt lebende Ehefrau oder ein Kind, von welchem sich der Erblasser entfremdet hat, vorhanden, die letzterer am liebsten gar nicht begünstigen würde. Demgegenüber gilt es für den Fall, dass sich zwei geschiedene Personen, ggf. je mit Kindern aus erster Ehe, wieder verheiraten, bei der Regelung des Erbes besondere Unterscheidungen zwischen Erst- und Zweitversterbenden zu treffen, ansonsten die Nachkommen des zweitversterbenden Ehegatten bevorzugt werden, da diesen auch der Erbteil des Zweitversterbenden am Nachlass des Erstversterbenden zukommt<sup>39</sup>.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien ausgewählte Probleme anhand der Familie von Michel und Emilia mit ihren beiden Kindern Sandro und Tamara aufgezeigt: Michel, Inhaber der U AG, lebt inzwischen zusammen mit seiner neuen Partnerin Petra, deren Tochter Ulrike und seinem Sohn Sandro in einem gemeinsamen Haushalt, getrennt von seiner Ehefrau. Auf diese, wie auch auf seine Tochter Tamara ist Michel nicht gut zu sprechen. Er möchte diesen möglichst nichts hinterlassen und stattdessen die in seinem Haushalt lebenden Personen begünstigen.

### 5.2 Während des Ehescheidungsverfahrens

Der Notar rät Michel im Hinblick auf die Regelung seines Nachlasses, sich möglichst zügig von seiner Ehefrau scheiden zu lassen, ansonsten diese nach wie vor pflichtteilsberechtigt ist. Emilia wehrt sich gegen die Scheidung, indem sie dieser zuerst nicht zustimmt,

<sup>35</sup> Zum Ganzen: GUTWILLER MAX, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltsstiftung, AJP 2010, 1559–1566.

<sup>36</sup> BGE 135 III 614.

<sup>37</sup> Ist eine Vertragspartei nicht mehr urteilsfähig oder verstorben, so entfällt diese Möglichkeit.

<sup>38</sup> <http://www.stiftungsurkunde.ch> (6.8.2013).

<sup>39</sup> JEANDIN ETIENNE, Chroniques notariales, Genève/Zurich/Bâle 2012, 116.

weshalb Michel gemäss Art. 114 ZGB zwei Jahre mit dem Ehescheidungsbegehren zuwarten muss. Sodann unternimmt sie alles, um den Scheidungsprozess zu verschleppen und legt letztlich gegen das Ehescheidungsurteil auch noch Berufung ein<sup>40</sup>. Der Pflichtteil von Emilia lässt sich deswegen nicht innert nützlicher Frist beseitigen.

Um Petra, Ulrike und Sandro ausserhalb des Nachlasses begünstigen zu können, schliesst Michel zu deren Gunsten je eine Lebensversicherung ab. Auf

diese Weise kann Michel seine Liebsten im Umfange der Differenz zwischen ausbezahlter Versicherungsleistung und Rückkaufswert ohne Einfluss auf die Pflichtteilsberechnung begünstigen. Auch versucht er, Petra und Ulrike im Rahmen der beruflichen Vorsorge zu begünstigen. Zudem setzt er die beiden als Erben ein. Damit eröffnet er diesen zudem die Möglichkeit, sich auf Art. 606 ZGB zu berufen, wonach Erben, die zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Haushalt einen Unterhalt erhalten haben, noch während eines Monats den Unterhalt auf Kosten des Nachlasses und ohne Anrechnung an ihren Erbteil weiter verlangen können<sup>41</sup>.

### 5.3 Vermächtnis im Umfange des Pflichtteils

Michel steht weiter vor dem Problem, dass eine Erbengemeinschaft zwischen den gesetzlichen und eingesetzten Erben aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips kaum funktionieren wird. Zur Verwaltung der Erbschaft setzt er deshalb einen Willensvollstrecker ein. Um die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft sicherzustellen, versucht Michel zudem, Emilia und Tamara ganz aus der Erbengemeinschaft fern zu halten. Anstatt Emilia und Tamara lediglich auf den Pflichtteil zu setzen, wendet er diesen deshalb bloss ein Vermächtnis in der Höhe des Pflichtteils zu, wodurch diese nur Vermächtnisnehmer, nicht aber Erben werden<sup>42</sup>. Hieb- und stichfest ist dieses Vorgehen allerdings nicht, denn anders als beispielsweise in Deutschland hat der pflichtteilsgeschützte Erbe gemäss wohl h.L. in der Schweiz grundsätzlich Anspruch auf Erbenstellung<sup>43</sup>. Michel vertraut aber darauf, dass Emilia und Tamara, angesichts dessen, dass ihnen in der Höhe des Pflichtteils ein Vermächtnis ausgeliefert wird, keine Teilungsklage (einzig) zur Erreichung der Erbenstellung führen werden<sup>44</sup>.

### 5.4 Urteilsfähigkeit und Formvorschrift

Kurz nach formgültiger eigenhändiger Niederschrift des Testaments verstirbt Michel. Nach Eröffnung des Testaments macht Emilia umgehend dessen Ungültigkeit geltend, indem sie vorträgt, dass Michel zufolge seiner fortgeschrittenen Krankheit zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments bereits nicht mehr urteilsfähig gewesen sei. Ein Vorbringen, welches angesichts der steigenden Lebenserwartung und dem-

<sup>40</sup> Im konkreten Fall ist jeweils zu prüfen, ob eine Teilrechtskraft des erstinstanzlichen Ehescheidungsurteils vorliegt, gestützt worauf ggf. die Pflichtteilsberechtigung entfällt (FANKHAUSER ROLAND, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Bern 2011, 158).

<sup>41</sup> Basler Kommentar zum ZGB, Band II, SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 606 N 1 f.

<sup>42</sup> TRACHSEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, AJP 2013, 172; SCHRÖDER, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 1999, 64; Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juli 1988, ZR (95) 1996 Nr. 34; a.M. Basler Kommentar zum ZGB, Band II, FORNI/PIATTI, Art. 522 N 4. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, Petra, Ulrike und Sandro je ein grosszügiges Vermächtnis auszurichten, so dass nach Auslieferung der Vermächtnisse der Nachlass bloss noch aus den Pflichtteilen von Emilia und Tamara besteht. Obwohl die Vermächtnisnehmer bloss einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Herausgabe des Vermächtnisses haben, scheint dies jedenfalls dann kein Nachteil zu sein, wenn sie die Objekte bereits besitzen (AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, 07.19 f.).

<sup>43</sup> Basler Kommentar zum ZGB, Band II, STAEHELIN, Art. 470 N 4; BREITSCHMID, Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert, successio 2007, 14. Der übergangene pflichtteilsgeschützte Erbe müsste aber m.E. jeweils ein konkretes Interesse an der Erbenstellung nachweisen.

<sup>44</sup> Da die Pflichtteilsberechtigten ihren Pflichtteil dem Werte nach als Vermächtnis bekommen, steht die Herabsetzungsklage nicht zur Verfügung (TRACHSEL DANIEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, AJP 2013, 172; AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Auflage, Bern 2007, N 07.12). Sie müssten die Teilungsklage einreichen um in deren Rahmen ihre Erbenstellung geltend zu machen (BGE 69 II 357 E. 4). Bis ein entsprechendes Urteil ergangen ist, haben die übergangenen Pflichtteilerben bloss virtuelle und keine tatsächliche Erbenstellung (SCHRÖDER, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 1999, 64; Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Juli 1988, ZR (95) 1996 Nr. 34).



entsprechend vermehrter Demenzerkrankungen, in Zukunft häufiger zu hören sein wird. Es wäre deshalb empfehlenswert gewesen, die letztwillige Verfügung öffentlich zu beurkunden und darin die Handlungsfähigkeit festzuhalten, was immerhin einen Beweisvorteil verschaffen wird. Zusätzlich empfiehlt es sich, in kritischen Situationen einen Arztbericht über den Gesundheitszustand einzuholen oder einen behandelnden Arzt als Zeugen bei der Beurkundung beizuziehen.

### 5.5 Auskunftsrecht

Emilia fordert alsbald umfassende Auskunft über die Erbschaftsangelegenheiten. Sie stützt sich dabei auf ihr Auskunftsrecht als Ehefrau (Art. 170 ZGB) und als Erbin (Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB). Der Willensvollstrecker stellt sich auf den Standpunkt, dass ersteres nach dem Tode nicht mehr gilt und letzteres mangels Erbenstellung ebenfalls entfällt. Höchstrichterlich ist allerdings noch nicht geklärt, ob das Auskunftsrecht der Ehefrau den Tod des Ehegatten überdauert<sup>45</sup>. Soweit der überlebende Ehegatte Informationen verlangt, die für die güterrechtliche Auseinandersetzung relevant sind, muss ihm nach hier vertretener Auffassung Auskunft erteilt werden. Analoges gilt für übergangene Pflichtteilerben. Wenngleich diese sich mangels Erbenstellung nicht auf die in Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB verbrieften Auskunftsrechte berufen können, sind ihnen jene Informationen zu erteilen, die für die Berechnung des Pflichtteils notwendig sind<sup>46</sup>.

### 5.6 Teilungsbestimmung und Anrechnungswert

Im Zusammenhang mit der Berechnung des Pflichtteils stellt das Unternehmen von Michel eine besondere Herausforderung dar. Zwar konnte Michel damals mit seiner Ehefrau im Rahmen des Ehevertrages vereinbaren, dass das Unternehmen in sein Eigentum fällt (Art. 199 Abs. 1 ZGB), was die güterrechtliche Auseinandersetzung zwischen ihm bzw. seinen Erben und Emilia erleichterte, nicht jedoch die Festlegung des massgeblichen Werts für die Berechnung der Pflichtteile. Erbrechtlich hat Michel im Sinne einer Teilungsbestimmung verfügt, dass sämtliche Aktien seiner U AG zu einem vorteilhaften Anrechnungswert an Sandro übergehen. Doch auch die Festlegung

des Anrechnungswerts ist für die Ermittlung des Aktienwerts zur Berechnung der Pflichtteile nicht massgebend. Es gilt vielmehr, den Verkehrswert per Todestag des Erblassers zu berechnen, ansonsten die Pflichtteile durch Festlegung eines tiefen Anrechnungswerts umgangen werden könnten<sup>47</sup>. Die Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Anrechnungswert ist dabei als **Vorausvermächtnis** zugunsten von Sandro zu qualifizieren.

### 5.7 Steuer-, Erbschafts- und öffentliches Inventar

Petra, welche als eingesetzte Erbin zusammen mit den anderen Erben nicht nur das Vermögen sondern auch die Schulden qua Universalsukzession erbt, fürchtet sich, dass Schulden vorhanden sein könnten, die vor ihrer Zeit mit Michel entstanden sind. Sie überlegt sich deshalb, die Aufnahme eines **öffentlichen Inventars** zu verlangen. Im Rahmen des öffentlichen Inventars werden die u.a. durch öffentlichen Rechnungsruf ermittelten Schulden den Nachlassaktiven gegenübergestellt. Die Erben haben alsdann die Möglichkeit, die Erbschaft «unter öffentlichem Inventar» anzunehmen, wodurch sie mit ihrem privaten Vermögen nur für jene Schulden haften, die im Inventar verzeichnet sind (Art. 589 Abs. 3 ZGB)<sup>48</sup>. Das langwierige Verfahren, die zusätzlichen Kosten und die Aussicht auf das ohnehin zu erstellende Steuerinventar bewegen Petra letztlich dazu, auf das öffentliche

<sup>45</sup> BGer vom 14.2.2005, 5C.276/2005, E. 2; s.a. PIOTET DENIS, Les fondements du droit à l'information successorale à charge de tiers non successeurs, Notalex 2012, 79.

<sup>46</sup> SCHRÖDER, Informationspflichten im Erbrecht, Diss. Basel 1999, 65. Nach wohl h.L. kommen der pflichtteilsgeschützten Person sämtliche erbrechtliche Informationsansprüche zu (TRACHSEL DANIEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, AJP 2013, 172; PIOTET DENIS, Les fondements du droit à l'information successorale à charge de tiers non successeurs, Notalex 2012, 80). Allgemein zum Auskunftsrecht der Erben s. BGE 89 II 87 E. 6.

<sup>47</sup> Unternehmensbewertung im Erbrecht, Bericht des Bundesrates vom 1. April 2009, 4.

<sup>48</sup> Sind Forderungen ohne eigene Schuld der jeweiligen Gläubiger nicht angemeldet oder ins Inventar aufgenommen worden, haften die «unter Inventar» annehmenden Erben soweit sie aus der Erbschaft bereichert sind (Art. 590 Abs. 3 ZGB).

Inventar zu verzichten und das Risiko der Haftung für Erbschaftsschulden einzugehen<sup>49</sup>.

Da vorliegend auch kein Erbe und keine Gesetzesbestimmung<sup>50</sup> die Aufnahme eines **Erbschaftsinventars** verlangen, wird von der zuständigen kantonalen Behörde die Aufnahme eines **Steuerinventars** angeordnet<sup>51</sup>. Da im Inventar die zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte festgestellt werden (Art. 2 InvV), erlangt das Inventar nebst seiner fiskalischen auch eine zivilrechtliche Bedeutung. Namentlich (Pflichtteils-)Erben, die keine oder kaum Kenntnisse der finanziellen Verhältnisse des Erblassers haben, können sich gestützt auf das Inventar ein Bild von ihrem Erbteil machen. Wird das Inventar durch eine juristisch versierte Person errichtet und finden sich die Erben zur Inventaraufnahme zusammen, lässt sich häufig eine einvernehmliche Erbteilung finden. Die Inventaraufnahme durch einen Notar ersetzt nicht selten teure Mediations- und Gerichtsverfahren<sup>52</sup>. Auch im Beispielfall wollen wir davon ausgehen, dass sich die Erben und Vermächtnisnehmer auf die Höhe der Vermächtnisse und die Teilung des Erbes letztlich einigen konnten.

<sup>49</sup> Zum Ablauf des öffentlichen Inventars s. Art. 580 ff. ZGB und bspw. für den Kanton Bern Art. 64 EG ZGB (BSG 211.1) sowie die Verordnung über die Errichtung des Inventars vom 18. Oktober 2000 (BSG 214.431.1).

<sup>50</sup> Art. 553 ZGB; Art. 491 Abs. 1 ZGB und für den Kanton Bern Art. 60 EG ZGB (BSG 211.1).

<sup>51</sup> Die Pflicht zur Inventaraufnahme wird in Art. 154 DBG und Art. 54 StHG aufgestellt. Die Inventaraufnahme erfolgt in der Regel nach den kantonalen Vorschriften (Art. 1 Abs. 1 InvV).

<sup>52</sup> Im Kanton Bern wird das Steuerinventar von einem im Notariatsregister des Kantons eingetragenen Notaren aufgenommen (Art. 214 Abs. 3 StG). Der empirische Beweis, dass es im Kanton Bern weniger Erbstreitigkeiten gibt, als beispielsweise im Kanton Zürich, wo das Steueramt zuständig ist (§ 169 StG ZH), steht noch aus.

<sup>53</sup> Die Möglichkeit, Firmenanteile fast zu beliebigen Teilen auf die Erben verteilen zu können, stellt einen wesentlichen Vorteil der AG und GmbH im Vergleich zur Einzelfirma dar und eröffnet auch Möglichkeiten zur Beteiligung Dritter.

<sup>54</sup> FANKHAUSER ROLAND, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Bern 2011, 48, wonach die Erbschaftsteuer für Dritte bis zu 50 Prozent betragen könne.

## 5.8 Erbschaftssteuern

Da der Nachlass abgesehen von einem geringen Barvermögen hauptsächlich aus dem Unternehmenswert besteht, muss Sandro sich zur Ausbezahlung der Pflichtteile von Emilia ( $\frac{1}{4}$  des Nachlasses) und Tamara ( $\frac{3}{6}$  des Nachlasses) Substanzdividenden aus dem Unternehmen ausschütten lassen. Über die entsprechenden Folgen bei der Einkommenssteuer ist Sandro alles andere als erfreut. Anders als die Vermächtnisnehmerinnen sind Petra und Ulrike zu einem Entgegenkommen bereit. Petra gewährt Sandro im Rahmen der Erbteilung ein Darlehen in der Höhe ihres Erbanteils und Ulrike, welche ebenfalls Interesse am Unternehmen bekundete, kann Sandro in Aktien abgelden<sup>53</sup>. Dieses Entgegenkommen von Petra und Ulrike verhindert aber freilich nicht, dass beide von der Steuerverwaltung mit Erbschaftssteuern von über 40 Prozent belastet werden<sup>54</sup>. Die beiden haben das Pech, dass der Erblasser in einem Kanton wohnhaft war, der erstens die Erbschaftsteuer kennt und zweitens Lebenspartner wie nicht-verwandte Dritte behandelt. Mit einer rechtzeitigen Wohnsitzverlegung hätte der Erblasser seine Partnerin und deren Tochter besser begünstigen können. Die Erbschaftsteuer erweist sich abgesehen vom Pflichtteilsrecht als grösstes Hindernis bei der Begünstigung von Lebenspartnern und deren Kindern.

## 5.9 Maximale Begünstigung

In einer Alternativvariante wird davon ausgegangen, dass sich Michel rechtzeitig von Emilia scheiden lassen konnte. Mit dem Wunsch, Petra maximal begünstigen zu können, tritt er an den Notar heran. Aus erbrechtlichen, vorsorgerechtlichen und erbschaftsteuerrechtlichen Überlegungen rät dieser zur Heirat. Für die anschliessenden Möglichkeiten der Begünstigung sei auf Ziff. 2.4 hiavor verwiesen.

## 5.10 Passivvererbliche Unterhaltregelungen und Formvorschrift

Kurz nach erfolgter Heirat verstirbt Michel, noch bevor er eine letztwillige Verfügung aufsetzen konnte. Sandro, Tamara und Petra als gesetzliche Erben teilen sich folglich den Nachlass. Dabei stellen die Erben fest, dass Michel im Rahmen der Ehescheidungskonvention Emilia nachehelichen Unterhalt bis zu

deren Tode versprochen hatte, der als passivvererblich über den Tod des verpflichteten Ehegatten (Michel) hinaus vereinbart wurde. Sandro, der unter der Ehescheidung besonders gelitten hat und auf die Mutter nicht mehr gut zu sprechen ist, wehrt sich dagegen. Der Notar klärt ihn auf, dass in der Lehre vereinzelt die Meinung vertreten werde, passivvererbliche Unterhaltsregelungen seien in Ehescheidungskonventionen möglich<sup>55</sup>. Seiner Auffassung nach sei eine solche Regelung zu Lasten der durch die Scheidung häufig ohnehin besonders belasteten Kinder aber im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR sittenwidrig. Da es sich zudem um eine Verfügung von Todes wegen handle, hätte die hierzu notwendige Form des öffentlich zu beurkundenden Erbvertrags eingehalten werden müssen; das Gesetz sehe nirgends vor, dass das Ehescheidungsurteil einen Erbvertrag ersetzen könne.

### 5.11 Gleichbehandlung der Nachkommen

Kurz nach Michel verstirbt Petra. Da auch sie keine letztwillige Verfügung getroffen hat, ist ihre einzige Tochter Ulrike Alleinerbin. Diese tritt damit anstelle von Petra in die Erbengemeinschaft des verstorbenen Michel ein. Anders als Sandro ist Ulrike sowohl am Nachlass von Petra wie auch an jenem von Michel beteiligt. Sandro, der Nachkomme des erstversterbenden Ehegatten, ist damit gegenüber Ulrike, der Nachkommen des zweitversterbenden, schlechter gestellt. Vorzugsweise wäre die Patchwork-Familie rechtzeitig zum Notar gegangen, wo sie im Rahmen eines Erbvertrages die jeweilige Begünstigung hätte festlegen können. Dabei wäre freilich der Pflichtteil von Tamara zu beachten gewesen. Auch hätte man der Erbschaftssteuer Rechnung tragen müssen, indem das jeweils nicht leibliche Kind nur im Rahmen des erbschaftssteuerrechtlichen Freibetrages begünstigt würde. Die Ehegatten Michel und Petra hätten es zudem in der Hand gehabt, sich auch ohne Mitwirkung der Kinder gegenseitig nur als Vorerben und das jeweils leibliche Kind als Nacherben einzusetzen oder sich gegenseitig anstelle des Erbteils bloss eine Nutzniessung daran einzuräumen oder den überlebenden Ehegatten mit einer lebenslänglichen Rente als Vermächtnis aus der Erbschaft auszukaufen<sup>56</sup>. In

letzterem Fall würde der Ehegatte im Gegenzug zur Gewährung einer periodischen Leistung bis ans Ende seines Lebens oder bis zur Erreichung eines Höchstbetrages auf seinen Erbanteil verzichten. Diesen Begünstigungsvarianten des Zweitversterbenden ist dabei gemein, dass sie ihre Wirkung im Todesfall des Zweitversterbenden grundsätzlich verlieren, wodurch die Nachkommen des Erstversterbenden entlastet werden.

## 6. Fazit

Zur Regelung des Erbes bei Patchwork-Familienverhältnissen bestehen vielfältige Möglichkeiten, seien es Vorsorgelösungen oder güter- und erbrechtliche Instrumente. Stets ist dem Pflichtteilsrecht Rechnung zu tragen, welches die Testierfreiheit des Erblassers einschränkt und Unsicherheiten in Bezug auf die Bewertung von Nachlassvermögenswerten wie Unternehmen birgt. Um die freiverfügbare Quote des Erblassers massvoll zu erhöhen, ohne das Pflichtteilsrecht auszuhöhlen, wäre es überlegenswert, die (oder gewisse) Vorsorge- und Versicherungsleistungen an die Pflichtteile anzurechnen. Besonders stossend scheint das weitreichende Pflichtteilsrecht eines getrenntlebenden Ehegatten und damit zusammenhängend lange dauernde Ehescheidungsverfahren. Es sollte dem getrennt lebenden Erblasser deshalb ermöglicht werden, mittels öffentlich zu beurkundender Erklärung die Ehetrennung und Scheidungsabsicht zu Protokoll zu geben und damit das Pflichtteilsrecht untergehen zu lassen. Im Übrigen erweist sich das Erbschaftssteuerrecht als grosse Herausforderung bei Patchwork-Familien. Es wäre überlegenswert, für den Lebenspartner und dessen Kinder bevorzugte Steuersätze einzuführen.

<sup>55</sup> FANKHAUSER ROLAND, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Bern 2011, 211 ff.

<sup>56</sup> TRACHSEL DANIEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, AJP 2013, 173 f.; Für weitere Möglichkeiten s. STEINAUER PAUL-HENRI, Enfants communs et non communs en droit des successions et des régimes matrimoniaux, in: Pichonnaz/Rumo-Jungo, *Enfant et Divorce*, Fribourg 2006, 181 ff.