

Dokument	<b>AJP 2013 S. 169</b>
Autor	<b>Daniel Trachsel</b>
Titel	<b>Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Herausgeber	<b>Ivo Schwander</b>
ISSN	<b>1660-3362</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

---

AJP 2013 S. 169

## **Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a**

Daniel Trachsel\*



*Eine optimale Nachfolgeplanung im familiären Kontext ist eine anspruchsvolle Aufgabe, die eine ganzheitliche Betrachtungsweise hinsichtlich aller in Frage stehender Aspekte güter-, erb-, gesellschafts- sozialversicherungs-, steuer- und internationalprivatrechtlicher Art verlangt. Wichtige Weichenstellungen können*

---

\* Daniel Trachsel, Dr., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Mediator FHNW Zürich. Referat anlässlich der St. Galler Tagung zum Eheerrecht vom 29. November 2012.



bereits auf güterrechtlichem Wege erfolgen. Wird auf diesem Wege ein Ehegatte begünstigt, dann kann bei einer Wiederverheiratung oder bei anderen Sachverhalten ein Rückfall an die Zweitbegünstigten sinnvoll sein. Damit stellt sich die Frage nach Inhalt und Tragweite von Rückfallklauseln. Es zeigt sich, dass ähnliche Probleme auftauchen wie bei der Vor- und Nacherbschaft. Macht ein Erblasser lebzeitige Zuwendungen, so stellt sich die Frage nach der erbrechtlichen Hinzurechnung; aus der Sicht der Ehefrau ist zu prüfen, ob die güter- oder erbrechtliche Hinzurechnung vorteilhafter ist. Schliesslich zeigt sich, dass Guthaben bei der gebundenen Säule 3a unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten oder aus den in Art. 204 Abs. 2 ZGB genannten Gründen aufgelöst wird.

*Une planification successorale optimale dans un contexte familial est une tâche ardue qui suppose une vision globale s'agissant de toutes les questions qui se posent en matière de régimes matrimoniaux, de successions, de droit des sociétés, en matière d'assurances sociales, de droit fiscal et de droit international privé. Des jalons importants peuvent déjà être posés au niveau du régime matrimonial. Si un époux est avantagé par ce biais, un retour aux seconds bénéficiaires peut être judicieux en cas de remariage ou pour d'autres situations. Cela soulève la question du contenu et de la portée des clauses de retour. Il s'avère que les problèmes sont similaires à ceux rencontrés en cas de succession grevée et de substitution fidéicommissaire. Si le de cujus fait des libéralités de son vivant, il se pose la question de la réunion successorale; du point de vue de l'épouse, il convient d'examiner si la réunion est plus avantageuse au niveau matrimonial ou successoral. Enfin, les avoirs de prévoyance liée (pilier 3a) sont traités différemment selon que la dissolution du régime matrimonial est fondée sur le décès d'un des conjoints ou sur un des motifs cités à l'art. 204 al. 2 CC.*

## A. Vorbemerkungen

Auch Familienrechtler werden - mit zunehmendem Alter immer häufiger - in die Nachlassplanung ihrer Klienten und Klientinnen einbezogen. Die *Scheidung*, später die sich daran anschliessende *neue Partnerschaft* (häufig eine "patchwork family") oder schlicht der *Eintritt in die dritte Lebensphase* lassen das Bedürfnis nach einer sinnvollen Nachlassplanung entstehen.

Eine optimale Nachlassplanung hat einer ganzen Reihe von Aspekten Rechnung zu tragen, welche teilweise in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen: Zunächst muss die güter- und erbrechtliche Planung koordiniert

---

AJP 2013 S. 169, 170

werden. Dabei müssen zwingend die Guthaben, bzw. Anwartschaften der 2. und (gebundenen) 3. Säule berücksichtigt werden, weil Vermögensbildung immer häufiger in diesen Gefässen stattfindet. Weiter sind steuerliche Gesichtspunkte zu beachten. Sind Familienunternehmen vorhanden, muss auf gesellschaftsrechtliche Instrumente zurückgegriffen werden. Schliesslich ist bei der Nachlassplanung immer in die Überlegungen einzubeziehen, dass eine (neue) Ehe nicht durch den Tod eines Ehegatten, sondern durch eine Scheidung aufgelöst wird, was zwingend alternative Szenarien erforderlich macht. Solche sind auch erforderlich, je nachdem, wer zuerst stirbt. Angesichts der heutigen Mobilität hat die Planung der Frage nachzugehen, ob die in Aussicht genommene Struktur an einem allfälligen neuen ausländischen Wohnsitz mit Blick auf die dortige Rechtslage "wasserdicht" ist. Je nachdem muss dies im Detail abgeklärt werden oder es ist zumindest den Klienten nachdrücklich nahezu legen (und in den Verträgen als Hinweis aufzunehmen), vor einer grenzüberschreitenden Wohnsitzverlegung abzuklären, ob die Dispositionen am neuen Wohnsitz verbindlich bleiben. Last but not least soll eine Nachlassplanung so strukturiert werden, dass die dereinstige Erbteilung wenn immer möglich nicht strittig erfolgt.



Eine Nachfolgeplanung, die all dem Rechnung trägt, wird zu einer anspruchsvollen Aufgabe. Vor diesem Hintergrund sollen einige ausgewählte Problemlagen unter die Lupe genommen werden:

Güterrechtliche Weichenstellungen (B)

Güterrechtliche Rückfallklauseln (C)

"Danaergeschenke" (D)

Güter- und erbrechtliche Behandlung von Vorsorgeguthaben (E)

## B. Güterrechtliche Weichenstellungen

Wenn die Ziele der Klientschaft herausgeschält worden sind, stellt sich die Frage, wo der *"planerische Eingriff"* stattfinden soll. Regelmässig ergibt sich ja die Notwendigkeit, die gesetzliche "default" Regelung, also den ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung und die gesetzliche Erbfolge, zu modifizieren, um zu einer massgeschneiderten, dem spezifischen Gepräge der Familie entsprechenden Ergebnis zu gelangen. Der Entscheid, ob die Planung im Wesentlichen auf der güterrechtlichen oder der erbrechtlichen Ebene ansetzen soll oder ob, was wohl der Regelfall ist, eine Kombination vorzunehmen ist, stellt die erste entscheidende Weichenstellung dar.

Im Erbrecht stehen *Auflagen* und *Bedingungen*, *Teilungsvorschriften*, *Erbeinsetzungen*, *Vermächtnisse*, *Zuweisungen von frei verfügbaren Quoten*, *Nutzniessung*, *Vor- und Nacherbschaft* und anderes mehr zur Verfügung, was auf den ersten Blick eine so reichhaltige Palette darstellt, dass oftmals nicht ausreichend wahrgenommen wird, dass bereits auf güterrechtlicher Ebene sehr Vieles vorgespurt werden kann. Am augenscheinlichsten ist dies bei der Wahl eines *vertraglichen Güterstandes*: Mit der Vereinbarung des "Nicht-Güterstandes" der Gütertrennung erfolgt die gesamte Nachfolgeplanung auf der Ebene des Erbrechtes; mit der Vereinbarung einer allgemeinen Gütergemeinschaft wird das gesamte eheliche Vermögen, ausschliesslich auf güterrechtlicher Ebene zugewiesen, sodass Dispositionen dort vorzunehmen sind.

Aus der Vielzahl von Instrumenten, die uns bei der güter- und erbrechtliche Planung zur Verfügung stehen, möchte ich zwei herausgreifen:

### 1. Die Massenumteilung gemäss Art. 199 ZGB

Damit können nicht nur die Erträge des Eigengutes der Errungenschaft entzogen (Art. 199 Abs. 2 ZGB), sondern auch Vermögenswerte der Errungenschaft, die für die Ausübung eines Berufes oder den Betrieb eines Gewerbes bestimmt sind, zu Eigengut erklärt werden (Art. 199 Abs. 1 ZGB).

Mit dieser *"Unternehmensnorm par excellence"* können bedeutende Vermögenswerte der Errungenschaftsbeteiligung entzogen und für spezifische erbrechtliche Dispositionen reserviert werden.

Zu beachten ist:

Die in Frage stehende Berufs- und Gewerbetätigkeit muss bereits ausgeübt werden. Nur unter dieser Voraussetzung können auch künftige Errungenschaftswerte dem schon bestehenden Berufs-, Gewerbe- bzw. Unternehmensvermögen zugeordnet werden<sup>1</sup>.

Es gilt das güterrechtliche Surrogationsprinzip: Ersatzanschaffungen führen ihrerseits zu Eigengut im Sinne von 198 Ziff. 4 ZGB.

Die Kombination von Art. 199 Ziff. 1 und 2 ZGB verstärkt die Wirkung.

Der Arbeitserwerb gemäss Art. 197 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB fällt nicht unter Art. 199 ZGB. Die Abgrenzung zwischen Ertrag und Arbeitserwerb kann schwierig werden. Die

---

<sup>1</sup> Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar, N 7 zu Art. 199 ZGB.



Lehre<sup>2</sup> schlägt vor, alles was über eine angemessene Entschädigung der Arbeitsleistung hin-

---

AJP 2013 S. 169, 171

ausgeht, als Ertrag gemäss Art. 199 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren. Hilfsweise kann auf die steuerrechtliche Betrachtungsweise zurückgegriffen werden: Alles, was nicht eine verdeckte Gewinnausschüttung ist (was sich wiederum vorab daran bemisst, was aussenstehenden Dritten unter vergleichbaren Umständen als Arbeitsentschädigung ausgerichtet wird), ist jedenfalls eine angemessene Arbeitsentschädigung.

Reinvestitionen sind nicht nur zur Substanzerhaltung, sondern auch zur Verbesserung der Marktstellung erlaubt<sup>3</sup>.

Von besonderer Bedeutung ist, dass die Massenzuordnung nach Art. 199 Abs. 1 ZGB nicht dem Pflichtteilsvorbehalt untersteht. Die Pflichtteilsberechtigten verlieren mithin ihren Schutz, obschon durch eine Massenumverteilung indirekt die Vorschlagsteilung beeinflusst wird<sup>4</sup>. Es dürfte vor allem dieser Umstand sein, der es nahelegt, nicht den - an sich ebenfalls offenstehenden - Weg über eine Vorschlagsänderung gemäss Art. 216 ZGB einzuschlagen, weil dort die Pflichtteile nichtgemeinsamer Nachkommen vorbehalten bleiben.

Die Massenumteilung gemäss Art. 199 Abs. 1 ZGB gilt sowohl bei Auflösung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten wie auch aus einem der in Art. 217 ZGB genannten Gründe<sup>5</sup>.

Ist eine Differenzierung in dem Sinne, dass eine Disposition nach Art. 199 ZGB nur beim Tod eines Gatten, nicht aber bei einer Scheidung (oder umgekehrt) gelten soll, möglich? Ich vermag keine Gründe zu erkennen, die dagegen sprechen. Soll Art. 199 Abs. 1 ZGB nur für den Fall der Auflösung durch den Tod gelten, so erscheint dies - aus der Sicht der Ehegatten - gemeinschaftsfreundlich; soll die Massenumteilung nur für den Fall der Scheidung gelten, so bewegen wir uns im Rahmen des von Art. 216 ZGB abgesteckten Spielraumes und die mit der Zuweisung ins Eigengut allenfalls verbundene Benachteiligung von nichtgemeinsamen Nachkommen beim Tod des Unternehmerehegatten ist im Rahmen von Art. 199 ZGB zulässig. Dagegen könnte eingewendet werden, dass in der Tat eine Massenumteilung erfolgt, die nicht je nach Auflösungsgrund wieder rückgängig gemacht werden kann. Allerdings hat der Gesetzgeber genau dies an einem anderen Ort ausdrücklich vorgesehen, nämlich bei Art. 242 ZGB, wo das Gesamtgut in die Eigengüter der Ehegatten gemäss Art. 198 ZGB "zurückverwandelt" wird, sodass der Einwand nicht überzeugt.

## 2. Gestaltungsspielraum im Rahmen der Gütergemeinschaft

Es gibt eine Reihe von Gründen, diesen Güterstand, der zu Unrecht etwas ein Schattendasein führt, als taugliches Instrument der Nachlassplanung in die Evaluation einzubeziehen:

Das Faszinierende an diesem Güterstand ist, dass - im pointierten Gegensatz zur Errungenschaftsbeteiligung - das Eigengut völlig frei definiert werden kann. Die beschränkte Gütergemeinschaft oder die Ausschlussgemeinschaft räumen den Parteien einen ausserordentlich weit gefassten Gestaltungsspielraum ein.

Das Gesamthandverhältnis erlaubt die Vereinbarung einer (sachenrechtlichen) Anwachsungsklausel zugunsten des überlebenden Ehegatten. Liegenschaften werden ausserbuchlich übertragen.

Bei kinderlosen Ehen kann das Pflichtteilsrecht der Eltern vollständig ausgeschlossen werden.

---

2 Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 22 zu Art. 199 ZGB.

3 BGE 131 III 559.

4 Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. A., Bern 2007, Rz. 06.48, nachfolgend: Aebi-Müller, Begünstigung.

5 Vgl. Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 63 zu Art. 206 ZGB und N 17 zu Art. 199 ZGB.



Bei der Teilung des Gesamtgutes steht derselbe Spielraum zur Verfügung, wie bei Art. 216 ZGB<sup>6</sup>.

Ehevertragliche Modifikationen der Teilung des Gesamtgutes müssen die Pflichtteile der Nachkommen (nicht gemeinsamer und gemeinsamer; dies im Gegensatz zu Art. 216 Abs. 3 ZGB) respektieren. Dieser (güterrechtliche) Pflichtteil gibt den Nachkommen keinen Anspruch auf bestimmte Vermögensgegenstände oder auf die Mitwirkung bei der Teilung des Gesamtgutes. Zulässig ist also, das ganze Gesamtgut dem überlebenden Gatten zuzuweisen unter Einschluss einer Teilungsregel, wonach alle Vermögenswerte des Gesamtgutes eigentümlich diesem zufallen. Der Pflichtteil legt dann allein fest, welche wertmässige Quote des Gesamtgutes als obligatorischer Anspruch den Nachkommen zufallen muss<sup>7</sup>. Der überlebende Gatte kann die Nachkommen in bar abfinden.

*Dies ist naturgemäss gegenüber dem Szenarium einer verfeindeten Erbengemeinschaft eine durchaus attraktive Alternative.* Ein sehr berechtigtes Ziel einer Nachlassplanung ist, Streitigkeiten in der Erbteilung zu verhindern. Dass zwischen den Nachkommen aus der ersten Ehe und der Stiefmutter Spannungen auftreten können, liegt in der Natur der Sache, weshalb die Gütergemeinschaft unter diesem Gesichtspunkt im Einzelfall ein taugliches

---

AJP 2013 S. 169, 172

Instrument sein kann. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch im erbrechtlichen Kontext ein "schwieriger" Erbe neutralisiert werden kann, indem ihm die Erbenstellung entzogen und der Pflichtteil als Vermächtnis zugewiesen wird. Nach herrschender Lehre kann mit der Herabsetzungsklage gemäss Art. 522 ZGB das Nichtrespektieren der Erbenstellung nicht gerügt werden, wenn der Pflichtteil dem Werte nach respektiert wird. Selbstverständlich stehen einem so zurückgesetzten Erben sämtliche erbrechtlichen Informationsansprüche offen; er ist indessen nicht Mitglied der Erbengemeinschaft, womit dort die Beschlussfassung, die einstimmig erfolgen muss, erleichtert wird<sup>8</sup>.

Natürlich gibt es auch Nachteile. Zu nennen sind zunächst die bekannte Haftungsproblematik (Art. 233 ZGB) sowie das (allerdings wegbedingbare) Erfordernis der gemeinsamen Verwaltung des Gesamtgutes (Art. 227 ZGB). Eine grosse Schwierigkeit stellt dar, dass die ehevertraglichen Dispositionen nur bei einer Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten "wasserdicht" sind. Bei einer Scheidung kommt Art. 242 ZGB zum Zuge: *Die Gütergemeinschaft wird zur Errungenschaftsbeteiligung.* Jeder Ehegatte nimmt also dasjenige, was unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung sein Eigengut im Sinne von Art. 198 ZGB ist, zurück, wobei die Mehrwertbeteiligung gemäss Art. 206 und 209 ZGB ebenfalls zu spielen beginnt<sup>9</sup>. *Art. 242 ZGB ist zwingend*<sup>10</sup>, kann also ehevertraglich nicht wegbedungen werden. Allein die Teilung des Gesamtgutes (nunmehr Errungenschaft im Sinne von Art. 197 ZGB) ist auch für den Scheidungsfall einer Vereinbarung zugänglich<sup>11</sup>. Nachdem die Möglichkeit einer Scheidung immer einzubeziehen ist, kommt damit der Güterstand der Gütergemeinschaft nur in Ausnahmefällen in Frage, also wenn ein Ehegatte etwa wegen einer schweren Erkrankung eine deutlich reduzierte

---

6 Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 24 ff. zu Art. 241 ZGB.

7 Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 51 zu Art. 241 ZGB.

8 Peter Kuster, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. A., Basel 2011, Anhang Checkliste N. 54 f. Für die Berechnung des nach Art. 241 Abs. 3 ZGB vorbehaltenen Pflichtteils der Nachkommen sei auf Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), verwiesen. Zusammengefasst ergibt sich, dass den Nachkommen durch ehe- und ervertragliche Verfügungen wertmässig  $\frac{3}{8}$  des Eigengutes und  $\frac{3}{16}$  des Gesamtgutes nicht entzogen werden dürfen. Zu beachten ist, dass in diesem Kontext nicht vom Eigengut gemäss Art. 198 ZGB, sondern von demjenigen gemäss Art. 225 ZGB die Rede ist. Im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft beträgt der Pflichtteil damit immer  $\frac{3}{16}$  oder 18.75%.

9 Vgl. Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 17 zu Art. 242 ZGB.

10 Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 9 zu Art. 242 ZGB.

11 Vgl. Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 29 zu Art. 242 ZGB.



Lebenserwartung hat, oder bei älteren Ehepaaren, welche nach langer Ehedauer im Hinblick auf ihren Tod disponieren wollen.

### 3. Gütertrennung

Auch die Gütertrennung kann unter spezifischen Voraussetzungen für eine Nachfolgeplanung fruchtbar gemacht werden: Wenn der nicht oder nur partiell erwerbstätige Ehegatte vorverstirbt, hätten unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung dessen nicht gemeinsame Nachkommen den Pflichtteilsschutz nach Art. 216 Abs. 2 ZGB. Bei der Gütertrennung ist indessen eine Beteiligung der nicht gemeinsamen Nachkommen am Vermögen des anderen, wirtschaftlich leistungsfähigeren, überlebenden Stiefelternteils ausgeschlossen<sup>12</sup>.

### 4. Wahl des Güterstandes

Dass die *Wahl des Güterstandes* durchaus eine erhebliche praktische Bedeutung hat, zeigt folgendes einfache Beispiel:

*Der heute 55-jährige Herr Müller hat zu seiner Tochter aus einer ersten, kurzen Ehe keinen Kontakt mehr. Er will seine zweite, 60 Jahre alte Ehefrau maximal begünstigen. Das eheliche Vermögen besteht aus seinem Eigengut von 500'000 Franken und aus seiner Errungenschaft von 200'000 Franken.*

Haben die Ehegatten *Gütertrennung* vereinbart, was in einer zweiten Ehe durchaus nicht selten vorkommt, dann fällt das gesamte Vermögen des Ehemannes in den Nachlass. Dieser beträgt 700'000 Franken; der Pflichtteil der Tochter beträgt  $\frac{3}{8}$  oder 262'500 Franken, womit die zweite Ehefrau maximal mit 437'500 Franken begünstigt werden kann.

Bei der *Errungenschaftsbeteiligung* wird der Ehemann die Gesamtsumme beider Vorschläge, soweit dies mit Art. 216 Abs. 2 ZGB vereinbar ist, der Ehefrau zuweisen und er wird erbrechtlich seine Tochter auf den Pflichtteil setzen. Der Pflichtteil der Tochter ist rein erbrechtlicher und nicht güterrechtlicher Natur und dessen Durchsetzung erfolgt mit der erbrechtlichen Herabsetzungsklage<sup>13</sup>. Der Pflichtteil berechnet sich aufgrund des Vermögens des Verstorbenen, welches das Eigengut (hier 500'000 Franken) und die Hälfte der Gesamtsumme des Vorschlages beider Ehegatten (hier 100'000 Franken) umfasst. Der Nachlass beträgt mithin 600'000 Franken und der Pflichtteil der Tochter ( $\frac{3}{8}$ ) beträgt 225'000 Franken, womit die Ehefrau 475'000 Franken erhält.

---

AJP 2013 S. 169, 173

Haben die Ehegatten eine *allgemeine Gütergemeinschaft* gemäss Art. 222 ZGB vereinbart, dann beträgt der Pflichtteil der nichtgemeinsamen Tochter nach dem vorne Ausgeführten  $\frac{3}{16}$  oder 131'250 Franken. Wird dieser verletzt, so ist er durch die gerichtliche Herabsetzung gemäss Art. 522 ff. ZGB geltend zu machen<sup>14</sup>. Die Ehefrau erhält 568'750 Franken.

Die allgemeine Gütergemeinschaft ist also im Hinblick auf eine Meistbegünstigung immer dann interessant, wenn die Ehegatten über substantielle Vermögenswerte verfügen, welche nach dem Recht der Errungenschaftsbeteiligung Eigengut wären.

Solange sich die Planung im Rahmen des vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Spielraumes bewegt und nicht das *einzig*e Ziel ist, pflichtteilsgeschützte Erben in offensichtlicher Weise zu schädigen, setzt sie sich nicht dem Vorwurf des

---

<sup>12</sup> Vgl. Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 06.91.

<sup>13</sup> Daniel Steck, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 2. A., Bern 2011, N 17 ff. zu Art. 216 ZGB.

<sup>14</sup> Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 53 zu Art. 241 ZGB.



Rechtsmissbrauches aus. Andere legitime Anliegen, wie vor allem die Altersvorsorge des überlebenden Ehegatten zu gewährleisten, sind meist vorhanden<sup>15</sup>.

## 5. Diskussion von Planungsszenarien an einem Beispiel

### a. Ausgangssachverhalt

*Der heute 55-jährige Herr Müller hat zu seiner Tochter aus einer ersten, kurzen Ehe keinen Kontakt mehr. Seine zweite, 60 Jahre alte Ehefrau ist eine erfolgreiche Geschäftsfrau, die während der Ehe eine Unternehmung gegründet hat, die einen inneren Wert von 4 Millionen Franken verkörpert und die der Errungenschaft zuzuordnen ist. Daneben haben die Ehegatten eine Liegenschaft mit einem Nettowert von ca. 500'000 Franken, die Errungenschaft des Ehemannes darstellt. Aus der zweiten Ehe ist ein Sohn hervorgegangen.*

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien einige mögliche Szenarien durchgespielt:

### b. Vorversterben des Ehemannes

Das Interesse der Ehegatten wird naturgemäss dahingehen, die Ansprüche der Tochter des Ehemannes aus erster Ehe soweit wie möglich zu beschneiden. Die bei der *Errungenschaftsbeteiligung* in Art. 215 ZGB vorgesehene hälftige Teilung des Vorschlages von 4'500'000 Franken, welcher aus der Unternehmung der Ehefrau und der Liegenschaft des Ehemannes besteht, ist nicht sinnvoll, da die Vorschlagshälfte des Ehemannes in dessen Nachlass fällt, woran die Tochter aus erster Ehe nebst ihrem Halbbruder einen pflichtteilsgeschützten Anspruch von  $\frac{3}{16}$  oder 421'875 Franken hat. Die Zuweisung der Gesamtsumme beider Vorschläge darf gemäss Art. 216 Abs. 2 ZGB die Pflichtteilsansprüche der Tochter nicht verletzen; sie würde auch diesfalls die vorstehend berechneten 421'875 Franken erhalten.

Wird *Gütertrennung* vereinbart oder gestützt auf Art. 199 Abs. 1 ZGB die Unternehmung der Ehefrau deren Eigengut zugewiesen, dann gehen die Pflichtteilsberechtigten - vorbehaltlich der Liegenschaft - leer aus, obschon im Falle von Art. 199 Abs. 1 ZGB indirekt die Vorschlagsteilung massiv beeinflusst wird<sup>16</sup>.

### c. Vorversterben des Ehemannes und Scheidung

Allerdings: Was sich im Falle des Vorversterbens des Ehemannes als sinnvolle Disposition erweist, kehrt sich aus seiner Sicht ins Gegenteil um, falls die Ehe geschieden wird. Will man auch das Szenario einer Scheidung berücksichtigen, dann könnte eine Ausschlussgemeinschaft gemäss Art. 224 ZGB eine überlegenswerte Variante sein.

Die Unternehmung wird dem Eigengut der Ehefrau zugewiesen (Art. 224 ZGB), währenddem die Liegenschaft im Gesamtgut verbleibt. In finanzieller Hinsicht wird damit ein ähnliches Ergebnis wie mit der Gütertrennung oder mit Art. 199 Abs. 1 ZGB erzielt; im Scheidungsfall jedoch geht der Ehemann nicht leer aus, da diesfalls aufgrund der zwingenden Bestimmung von Art. 242 ZGB der Ehemann wieder am inneren Wert der Unternehmung partizipiert.

### d. Vorversterben der Ehefrau

Für den Fall des Vorversterbens der Ehefrau erweisen sich die Gütertrennung, eine ehevertragliche Modifikation gemäss Art. 199 Abs. 1 ZGB und vor allem die Vereinbarung einer Ausschlussgemeinschaft gemäss Art. 224 ZGB, wenn auch der Eventualität einer Scheidung Rechnung getragen werden soll, als sinnvolle Massnahmen.

---

<sup>15</sup> Vgl. BGE 112 II 390 sowie BGE 99 II 9.

<sup>16</sup> Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 06.48.



Der Versorgung des Ehemannes, insbesondere dessen Altersvorsorge, muss dann mit erbrechtlichen Instrumenten Rechnung getragen werden. In Betracht kommen:

Einräumung einer Nutzniessung nach Art. 473 ZGB;

Zuweisung des Erbteils an den überlebenden Ehemann als Vorerben mit der Verpflichtung, diesen dem gemeinsamen Sohn als Nacherben auszuhändigen;

---

AJP 2013 S. 169, 174

Erbverzicht des Ehemannes, dem stattdessen auf dem Wege eines Legates eine lebenslängliche Rente ausgerichtet wird.

## C. Güterrechtliche Rückfallklauseln

### 1. Interessenlagen

Ist der überlebende Ehegatte güterrechtlich begünstigt worden, dann geschieht dies wohl meist in der Meinung, dass bei seinem Nachversterben die gemeinsamen Nachkommen zum Zuge kommen sollen. Eine Wiederverheiratung oder eine neue Elternschaft kann dies durchkreuzen und ruft nach korrigierenden Massnahmen.

Bei Rekombinationsfamilien ("Patchwork-Familien") ergibt sich zusätzlich der Zielkonflikt, dass zwar die Altersvorsorge des überlebenden zweiten Ehegatten (des "Stiefelternteils") sichergestellt werden, aber bei dessen Nachversterben das an ihn übergegangene Vermögen wieder an die Nachkommen des Erstversterbenden zurückgehen soll. Dies erfolgt entweder durch Einräumung einer *Nutzniessung* (bei welcher es sich nicht um eine solche nach Art. 473 ZGB handelt, da sie zu Lasten nichtgemeinsamer Nachkommen geht) oder indem der überlebende Ehegatte als Vorerbe und die Nachkommen des Vorversterbenden als *Nacherben* eingesetzt werden. Folgerichtig muss zunächst durch güterrechtlichen Massnahmen sichergestellt werden, dass möglichst viel in den Nachlass der Erstversterbenden fällt, damit ausreichend Substrat vorhanden ist, um die (erbrechtlich modifizierte) Begünstigung des überlebenden Ehegatten vorzunehmen.

Kann dasselbe auf *güterrechtlichem Weg* erreicht werden? Wird mit anderen Worten ein Ehegatte im Rahmen von Art. 216 Abs. 2 ZGB, durch eine Massenumteilung gemäss Art. 199 ZGB oder durch Vereinbarung einer allgemeinen Gütergemeinschaft im Rahmen von Art. 241 Abs. 2 ZGB maximal begünstigt, so stellt sich die Frage, ob mit geeigneten Massnahmen den Interessen der Nachkommen Rechnung getragen werden kann. Angesprochen sind damit güterrechtliche Rückfallklauseln. Anders als bei einer Nutzniessung hat der güterrechtlich begünstigte Ehegatte die volle Eigentümerstellung, woraus sich eine besondere Gefährdungslage für die designierten Zweitbegünstigten ergeben kann.

### 2. Muster einer Rückfallklausel

#### 1. Maximale Begünstigung des Ehegatten

##### 1.1 Bei Gütergemeinschaft

Wir vereinbaren in Anwendung von Art. 241 Abs. 2 ZGB, dass bei Auflösung unserer Ehe durch den Tod eines Ehegatten das ganze Gesamtgut ins Alleineigentum des überlebenden Ehegatten fällt.

Der überlebende Ehegatte kann die Pflichtteilsansprüche von Nachkommen, die gemäss Art. 241 Abs. 3 ZGB vorbehalten bleiben, ganz oder teilweise durch Zuweisung von Vermögenswerten des Gesamtgutes abgelten.

##### 1.2 Bei Errungenschaftsbeteiligung

Wir vereinbaren, dass bei Auflösung unserer Ehe durch den Tod eines Ehegatten die Gesamtsumme beider Vorschläge ganz dem überlebenden Ehegatten zusteht, wobei die Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen vorbehalten bleiben.

#### 2. Teilungsvorschrift





Im Sinne einer güterrechtlichen Teilungsvorschrift kann der überlebende Ehegatte nach freier Wahl bestimmen, welche Nachlassaktiven er (allenfalls unter Wertausgleich) à conto des güterrechtlichen Anspruches zu Eigentum übernehmen will.

### 3. Berechnung der Zuwendung

Beim Ableben des erstversterbenden Ehegatten ist festzustellen, wie hoch der güter- und erbrechtliche Anspruch des überlebenden Ehegatten bei einer ehevertraglich nicht modifizierten Errungenschaftsbeteiligung sowie der gesetzlichen Erbfolge wäre. Das Ergebnis ist dem Anspruch des überlebenden Ehegatten gegenüber zustellen, wie er sich aus der heute vereinbarten güter- und erbrechtlichen Begünstigung ergibt. Die Differenz stellt die "Zuwendung" dar.

### 4. Suspensiv bedingte Rückfallklausel

#### 4.1 Sofern der überlebende Ehegatte

sich wieder verheiratet,

weitere Nachkommen hat,

seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt,

eine Konkursandrohung oder eine Pfändungsankündigung erhält,

in ein Alters- oder Pflegeheim eintritt,

spätestens jedoch, wenn er verstirbt,

hat er den Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten die erhaltene Zuwendung (*Variante: den noch vorhandenen Überrest*) auszubezahlen.

4.2 Die Ansprüche der Nachkommen werden 30 Tage nach Eintritt eines Ereignisses gemäss Ziffer 4.1 zur Zahlung fällig und sind bis dahin nicht zu verzinsen.

### 5. Sicherstellung der Zweitbegünstigten

Bezüglich der Zuwendung wird folgendes vereinbart:

5.1 Über die Zuwendung ist analog zu Art. 490 Abs. 1 ZGB ein Inventar zu erstellen, welches die Vermögenswerte enthält, die der überlebende Ehegatte gestützt auf die Teilungsvorschrift gemäss Ziffer 2 zu Eigentum übernimmt.

5.2 (*Sicherstellungspflicht, insbesondere Vormerkung der Auslieferungspflicht bezüglich Immobilien gestützt auf Art. 152 Abs. 2 OR und analog gemäss Art. 490 Abs. 2 ZGB vorsehen? Dann nicht erforderlich, wenn die Zuwendung verbraucht werden darf und nur der "Überrest" auszuliefern ist.*)

5.3 Der überlebende Ehegatte ist verpflichtet, sein eigenes Vermögen und die Zuwendung strikt getrennt anzulegen und zu verwalten.

Für den Fall, dass der überlebende Ehegatte sein eigenes Vermögen und die Zuwendung vermischt hat und sich nicht mehr feststellen lässt, inwieweit das bei ihrem Nach-

---

AJP 2013 S. 169, 175

versterben noch Vorhandene eigenes Vermögen oder Zuwendung darstellt, gilt folgendes:

Beim Ableben des erstversterbenden Ehegatten ist das Grössenverhältnis zwischen der Zuwendung und dem eigenen Vermögen der überlebenden Ehegatten festzustellen (z.B. 1 Teil eigenes Vermögen und 3 Teile Zuwendung). Hierzu ist nebst dem Inventar über die Zuwendung auch ein Status des eigenen Vermögens des überlebenden Ehegatten zu erstellen.

Beim Eintritt eines Ereignisses, das den Rückfall gemäss Ziffer 4 auslöst, ist das ganze dannzumals vorhandene Gesamtvermögen im gleichen Verhältnis (vorstehend z.B. 1: 3) in eigenes Vermögen und in Zuwendungsvermögen (welches den Nachkommen zufällt) aufzuteilen.

### 3. Diskussion der einzelnen Bestimmungen

#### a. Zu Ziffer 1:

Die Begünstigung durch Begründung einer Gütergemeinschaft mit Zuweisung des Gesamtgutes an den überlebenden Ehegatten hat vor allem den Vorteil, dass der überlebende Ehegatte zum Alleineigentümer des bisherigen Gesamtgutes wird. Die ehevertragliche Zuweisung hat damit zugleich sachenrechtliche Wirkung und schliesst die übrigen Erben von jeglicher Berechtigung am Gesamtgut aus<sup>17</sup>. Allerdings: Das dingliche Anwachsen des ehelichen Vermögens zu Volleigentum, was ein wesentlicher Begünstigungsvorteil der Gütergemeinschaft darstellt, entfällt, wenn dem überlebenden Ehegatten nur ein Teil des Gesamtgutes zufällt. Diesfalls werden die Erben des vorversterbenden Ehegatten *Eigentümer zur gesamten Hand*, womit eine güterrechtliche Auseinandersetzung stattfinden muss.

Damit kommt der Formulierung im Ehevertrag erhebliche Bedeutung zu.

Die Klausel "dem überlebenden Ehegatten soll das Gesamtgut unter Abzug der Pflichtteile der Nachkommen zukommen" schliesst Alleineigentum des überlebenden Ehegatten am Gesamtgut aus.

Demgegenüber führt die Klausel "bei Auflösung der Ehe durch Tod fällt das ganze Gesamtgut ins Alleineigentum des überlebenden Ehegatten. Er kann Pflichtteilansprüche von Nachkommen ganz oder teilweise durch Zuweisung von Vermögenswerten des Gesamtgutes abgelten" zur erwünschten sachenrechtlichen Begünstigung<sup>18</sup>. Den Nachkommen steht diesfalls lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Wiederherstellung des Pflichtteils zu, ohne dass sich am dinglichen Rechtserwerb des überlebenden Ehegatten etwas ändert. Eine bis anhin im Gesamteigentum zufolge Gütergemeinschaft stehende Liegenschaft wird ausserbuchlich ins Alleineigentum des überlebenden Ehegatten übertragen. Die Zustellung des Ehevertrages mit einem entsprechenden Antrag an das zuständige Notariat genügt.

Wird der überlebende Ehegatte durch Zuweisung des Gesamtgutes maximal begünstigt, dann befindet sich ausser dem gesetzlichen Eigengut gemäss Art. 225 ZGB (welches allein die persönlichen Effekten umfasst), nichts im Nachlass.

Trotz dem dinglichen Rechtserwerb des überlebenden Ehegatten ergibt sich in der Praxis die Schwierigkeit, dass Banken die Konten und Depots, welche auf den überlebenden Ehegatten lauten, nicht gestützt auf den Ehevertrag übertragen, sondern eine Erbenbescheinigung und die Zustimmung sämtlicher darin aufgeführten Personen verlangen. Eine Erbenbescheinigung wird regelmässig ausgestellt, auch wenn eine allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart wurde und eigentlich gar kein Nachlass besteht. Damit kann sich bei Differenzen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den nicht gemeinsamen Nachkommen des verstorbenen Ehegatten eine unerwünschte Blockade ergeben.

Es ist deshalb empfehlenswert, die güterrechtliche Begünstigung durch eine erbrechtliche zu ergänzen, mit welcher der überlebende Ehegatte zusätzlich als Alleinerbe eingesetzt wird. Die Nachkommen des vorversterbenden Ehegatten, welche damit zu *virtuellen Erben*<sup>19</sup> degradiert sind, werden sich eine Anfechtung gut überlegen, nachdem gemäss herrschender Lehre mit der Herabsetzungsklage gemäss Art. 522 ZGB das Nichtrespektieren der Erbenstellung nicht gerügt werden kann, wenn der Pflichtteil dem Werte nach respektiert wird. Genau das ist hier der Fall, da die Nachkommen ihren (obligatorischen) Anspruch auf  $\frac{3}{16}$  des Gesamtgutes ohne weiteres erhalten sollen.

---

<sup>17</sup> Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 06.66.

<sup>18</sup> Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 06.71.

<sup>19</sup> Vgl. René Strazzer, Der virtuelle Erbe - eine Rechtsfigur mit prozessualen Tücken für den Anwalt, in: *successio* 2010, 147 ff.



Wird ein Willensvollstrecker eingesetzt, dann kann dieser gestützt auf das Willensvollstreckerzeugnis die Banken entsprechend anweisen.

### **b. Zu Ziffer 2:**

Im Güterrecht fehlt eine dem Art. 608 ZGB entsprechende Teilungsvorschrift. Trotzdem geht die herrschende Lehre davon aus, dass güterrechtliche Teilungsvorschriften ohne weiteres zulässig sind - und zwar sowohl allgemein formulierte wie auch sich auf konkrete Sachwerte beziehende<sup>20</sup>. Sie verstärken die Situation des begünstig-

---

AJP 2013 S. 169, 176

ten Ehegatten erheblich und sind im Konzept einer Gesamtbegünstigung letztlich unverzichtbar.

### **c. Zu Ziffer 3:**

Im Hinblick auf die in Aussicht genommene Rückfallklausel ist klar zu definieren, wie sich die Begünstigung berechnet. Die erfolgte Zuwendung ist im Teilungsvertrag festzuhalten.

### **d. Zu Ziffer 4:**

Aus der Zulässigkeit von Bedingungen und Auflagen ergibt sich, dass den Ehegatten grundsätzlich auch die Freiheit zustehen muss, eine Rückfallklausel zu vereinbaren<sup>21</sup>.

Der Rückfall bei einer Wiederverheiratung ist unbedenklich und stellt keinen Eingriff in die Ehefreiheit dar, wenn der Rückfall nur diejenigen Vermögenswerte erfasst, die über das hinausgehen, was dem *gesetzlichen Anspruch des gewählten Güterstandes* entspricht<sup>22</sup>.

Der Rückfall beim Tod des überlebenden Ehegatten an die Erben des verstorbenen Ehegatten gleicht die Zufälligkeit aus, wer als erster verstirbt. Die vorgestellte Rückfallklausel kommt einer Nacherbeneinsetzung nahe und wirft auch ähnliche Probleme auf<sup>23</sup>.

Eine erhebliche praktische Bedeutung kommt der Frage zu, ob die Rückfallklausel als *resolutiv* oder *suspensiv* bedingte Forderung formuliert wird.

Eine Resolutivbedingung ("*Bei Eintritt eines Ereignisses, welche den Rückfall gemäss Ziff. 4 auslöst, entfällt die Begünstigung rückwirkend*") hat zur Folge, dass die Begünstigung eo ipso in den Nachlass des Verstorbenen zurückfällt. Die güter- und erbrechtliche Auseinandersetzung muss mit Bezug auf die "zurückgefallenen Vermögenswerte" neu vorgenommen werden. Davon erhält auch der überlebende Ehegatte einen Anteil, was möglicherweise nicht der Absicht der Vertragsschliessenden entspricht<sup>24</sup>.

Im praktischen Vollzug sehr viel einfacher ist eine suspensiv bedingte Forderung, wie unter Ziff. 4.1 vorgeschlagen. Diese definiert nicht nur klar die von ihr erfasste Zuwendung sondern auch den Kreis der Destinatäre.

*Einzelfallgerecht* ist zu entscheiden, welches Ereignis den Rückfall auslöst, was und wie viel zurück fällt (die gesamte Zuwendung oder nur der Überrest, wobei Mischformen denkbar sind), und welches die Zahlungsmodalitäten (Fälligkeitstermine und Verzinsung) sein sollen.

---

<sup>20</sup> Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 26 zu Art. 216 ZGB.

<sup>21</sup> Hausheer/Reusser/Geiser (FN 1), N 22 zu Art. 216 ZGB.

<sup>22</sup> Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 06.144.

<sup>23</sup> Dazu haben sich letzthin Kilian Wunder/Andreas Flückiger, Motive und Tücken der Nacherbeneinsetzung, *successio* 2012, 82 ff. eingehend geäußert.

<sup>24</sup> Steck (FN 13), N 12 zu Art. 216 ZGB.

Die steuerliche Behandlung des Vermögensrückfalls aufgrund einer ehevertraglichen, also güterrechtlichen Bedingung oder Auflage ist nicht abschliessend geklärt. Vieles spricht für eine Behandlung analog zu den entsprechenden erbrechtlichen Instituten, insbesondere zur Vor- und Nacherbschaft<sup>25</sup>. Vor- und Nacherbschaften werden in den kantonalen Rechten unterschiedlich behandelt<sup>26</sup>. Im Regelfall bemisst sich die Erbschaftssteuer für den Nacherben nach dem verwandtschaftlichen Verhältnis zum Erblasser und nicht zum Vorerben; Vor- und Nacherbe sind beide unmittelbare Erben desselben Erblassers. Nachdem im von uns angesprochenen Zusammenhang die überlebende Ehefrau (und Stiefmutter) als Vorerbin und die Nachkommen des Erblassers als Nacherben in Frage stehen, entfallen meist Erbschaftssteuern.

#### **e. Zu Ziffer 5:**

Die Berater tun gut daran, eingehend auf die Risiken des in Aussicht genommenen Rückfalls hinzuweisen. Die Probleme sind letztlich dieselben wie bei der Vor- und Nacherbeneinsetzung<sup>27</sup>. Der begünstigte Ehegatte erwirbt Eigentum mit den damit für die Zweitbegünstigten verbundenen Risiken - mit anderen Worten: Er kann mehr als er darf. Es besteht insbesondere die Gefahr, dass

die Zuwendung in einem Alters- oder Pflegeheim oder für medizinische Behandlung aufgebraucht wird. Ein Anspruch auf Ergänzungsleistungen besteht erst dann, wenn die Einnahmen auch unter Berücksichtigung des Vermögensverzehrs die anerkannten Ausgaben nicht zu decken vermögen;

der Begünstigte Vorkehrungen trifft, um Vermögenswerte zu Lasten der Zweitbegünstigten umzudisponieren;

Vermögenswerte unwillentlich an Dritte abfliessen, sei es dass "Enkeltrick-Betrüger", Erbschleicher oder Ähnliche sich gütlich tun oder dass Schenkungen vorgenommen werden;

eine Wohnsitzverlegung ins Ausland erfolgt, welche die Vollstreckung des obligatorischen Anspruchs auf Ausrichtung der Begünstigung erschwert, wenn nicht verunmöglicht;

Generell: Zwischen dem Eintritt der Begünstigung und dem Rückfall können nicht nur Jahre, sondern Jahrzehnte verstreichen, womit sich die Verhältnisse,

---

**AJP 2013 S. 169, 177**

von denen ausgegangen wurde, grundsätzlich verändert haben können.

Damit wird die Frage nach der Sicherstellung aktuell. Die zur Verfügung stehenden Sicherungsmittel vermögen jedoch, wie leider festgestellt werden muss, der im Extremfall bestehenden Gefährdungslage nicht ausreichend Rechnung zu tragen:

Im Falle einer Nacherbeneinsetzung ist gemäss Art. 490 Abs. 1 ZGB ein Inventar aufzunehmen. Die Inventaraufnahme sollte im Falle einer güterrechtlichen Begünstigung ehevertraglich zwingend vorgesehen werden.

Eine Sicherstellungspflicht nach Art. 490 Abs. 2 ZGB ist praktisch schwierig und hat, wenn sie konsequent durchgeführt wird, zur Folge, dass sich die Begünstigung auf eine Nutzniessung reduziert, in welchem Fall sich aber die Frage stellt, ob nicht grundsätzlich anders disponiert werden sollte.

Praktikabel ist die Vormerkung der Auslieferungspflicht im Grundbuch, wenn Liegenschaften in Frage stehen (Art. 490 Abs. 2 ZGB). Dies stellt einen Anwendungsfall von Art. 152 Abs. 2 OR dar, bei welcher der bedingt Berechtigte befugt ist, bei Gefährdung seiner Rechte Sicherstellung zu verlangen<sup>28</sup>. Eine

---

<sup>25</sup> Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 06.132.

<sup>26</sup> Wunder/Flückiger (FN 23), 94, insbes. N 75.

<sup>27</sup> Vgl. im Einzelnen Wunder/Flückiger (FN 23), 89 f.

<sup>28</sup> Georg Schürmann, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. A., Basel 2011, N 12 zu Art. 490 ZGB.



Auslieferungspflicht sollte auch bei einer güterrechtlichen Begünstigung im Grundbuch vorgemerkt werden können.

Notwendig, aber nicht hinreichend, ist die Verpflichtung zur getrennten Verwaltung des eigenen Vermögens sowie der "Begünstigung".

Je enger das Netz der Sicherstellungsmassnahmen, desto mehr nähert sich die Planung der Nutzniessung an. Diese löst in der Tat eine Reihe der angesprochenen Probleme, weil der Letztbegünstigte das Eigentum erhält, wenn auch nur das nackte. Gegen eine Nutzniessung spricht heute, dass aus kleinen bis mittleren Vermögen kaum mehr Erträge generiert werden können. Stehen substantielle Vermögen, insbesondere Renditeliegenschaften oder die eheliche Liegenschaft in Frage, ist bedenkenswert, anstelle einer güterrechtlichen Begünstigung verbunden mit einem Rückfall eine Nutzniessung (allenfalls verbunden mit der Zuweisung einer Eigentumsquote) zu wählen<sup>29</sup>. Der überlebende Ehegatte erhält die gesetzliche Errungenschaftshälfte oder die Hälfte am Gesamtgut zu Eigentum. An der anderen Hälfte erhält er lediglich die Nutzniessung. Die Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten werden bereits (nackte) Eigentümer, womit einige Probleme, die sich beim Eigentumserwerb des Begünstigten überlebenden Ehegatten ergeben, wegfallen. Auch die Dauer oder der Umfang der Nutzniessung kann differenziert vereinbart werden, je nachdem ob eine Wiederverheiratung oder das Ableben des Begünstigten Ehegatten in Frage stehen. Zu beachten ist indessen, dass sich die nicht gemeinsamen Nachkommen des Erblassers nur insoweit eine Nutzniessung des Stiefelternteils gefallen lassen müssen, als deren kapitalisierter Wert ihre Pflichtteilsansprüche nicht verletzt (Art. 216 Abs. 2 ZGB; im Falle der Gütergemeinschaft erstreckt sich dieser Schutz auch auf die gemeinsamen Nachkommen).

## D. "Danaergeschenke"

### 1. Güter- oder erbrechtliche Hinzurechnung?

*"Der Ehemann schenkt seiner Tochter aus erster Ehe zwei Jahre vor seinem Ableben aus seiner Errungenschaft Wertpapiere im Wert von 200'000 Franken. Die Ehefrau wusste davon nichts und hat folgerichtig der Zuwendung nicht zugestimmt. Bei seinem Ableben ist ein Barvermögen von 100'000 Franken vorhanden, welches Errungenschaft darstellt. Es wurde weder güter- noch erbrechtlich disponiert. Wie ist aus der Sicht der Ehefrau vorzugehen?"*

Der Ehefrau stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen:

#### a. Güterrechtliche Hinzurechnung

Die Ehefrau kann gestützt auf Art. 208 Abs. 1 ZGB eine Hinzurechnung der Schenkung von 200'000 Franken zur Errungenschaft verlangen und die lebzeitige Zuwendung an die Tochter nach Auflösung des Güterstandes gemäss Art. 220 ZGB anfechten.

Durch die Hinzurechnung erhöht sich die Errungenschaft auf 300'000 Franken, wovon die Ehefrau die Hälfte, mithin 150'000 Franken erhält. Der Nachlass des Ehemannes beträgt folgerichtig 150'000 Franken, wovon die Ehefrau ihren gesetzlichen Erbteil, mithin 75'000 Franken erhält. Insgesamt gehen an die Ehefrau 225'000 Franken. Sie behält mithin die sich im Nachlass befindlichen 100'000 Franken und kann von der Tochter gestützt auf Art. 220 ZGB 125'000 Franken herausverlangen.

#### b. Erbrechtliche Hinzurechnung

Gemäss BGE 127 III 400 ist eine Zuwendung ungeachtet ihrer güterrechtlichen Qualifikation in vollem Umfange

---

<sup>29</sup> Vgl. Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 06.12.

---

AJP 2013 S. 169, 178

zum Nachlassvermögen hinzuzurechnen, sofern sie der Ausgleichung oder Herabsetzung unterliegt, weil andernfalls die Höhe der Pflichtteile und damit die verfügbare Quote zur Disposition des Erblassers stünden, was nicht mit Art. 475 ZGB zu vereinbaren ist.

Von der vorhandenen Errungenschaft von 100'000 Franken erhält die Ehefrau die Hälfte oder 50'000 Franken. Die anderen 50'000 Franken fallen in den Nachlass.

Die Tochter hat die Schenkung von 200'000 Franken gestützt auf Art. 626 Abs. 2 ZGB zur Ausgleichung zu bringen; der Nachlass beträgt damit 250'000 Franken.

Davon erhalten Tochter und Ehefrau je die Hälfte, die Ehefrau mithin 125'000 Franken. Zusammen mit ihrer Vorschlagshälfte von 50'000 Franken erhält diese auf diesem Wege 175'000 Franken.

Es zeigt sich, dass die güterrechtliche Hinzurechnung für die Ehefrau günstiger ist, weil in diesem Fall das güterrechtliche Substrat, das sie nicht mit der Tochter teilen muss, grösser ist. Zudem kann die Tochter die Erbschaft ausschlagen, womit die Ehefrau allein auf dem Wege einer Herabsetzung ihren Pflichtteil schützen kann.

## 2. Schenkung an die Ehefrau

*"Der Ehemann schenkt der Ehefrau zwei Jahre vor seinem Ableben aus seiner Errungenschaft Wertpapiere im Wert von 200'000 Franken. Bei seinem Ableben ist noch ein Barvermögen von 100'000 Franken vorhanden, welches Errungenschaft darstellt. Es wurde weder güter- noch erbrechtlich disponiert. Wie ist aus der Sicht der Tochter des Ehemannes aus erster Ehe vorzugehen?"*

### a. Güterrecht

Die unentgeltliche Zuwendung fällt in das Eigengut der Zuwendungsempfängerin (Art. 198 Ziff. 2 ZGB). Der Vorschlag auf Seiten des Ehemannes beträgt 100'000 Franken, wovon die Ehefrau mangels ehevertraglicher Dispositionen die Hälfte, also 50'000 Franken erhält.

### b. Erbrecht

Der (reine) Nachlass des Ehemannes beträgt damit 50'000 Franken. Die Ehefrau und die Tochter erhalten je die Hälfte.

Hat der Ehemann keine Ausgleichung angeordnet, so ist die Ehefrau gemäss Art. 626 Abs. 1 ZGB nicht ausgleichspflichtig. Erfolgte die Zuwendung in Anrechnung an den Erbteil, so kann die Ehefrau mit einer Ausschlagung der Erbschaft der Ausgleichung entgehen.

In beiden Fällen ist die Ehefrau indessen ihre Sorgen noch nicht los: Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes unterliegt die Zuwendung der Herabsetzung gemäss Art. 527 Ziff. 1 ZGB<sup>30</sup>. Dabei unterliegt die gesamte Zuwendung der Herabsetzung. Die Tatsache, dass die Ehefrau, falls die Zuwendung nicht erfolgt wäre, davon in der Vorschlagsteilung ohnehin die Hälfte erhalten hätte, ist gemäss Bundesgericht unbeachtlich<sup>31</sup>.

*Ohne die Zuwendung* würde sich der Vorschlag auf 300'000 Franken stellen. Die Ehefrau erhält gemäss Art. 215 ZGB 150'000 Franken und vom Nachlass von 150'000 Franken die Hälfte, also weitere 75'000 Franken. Die Ehefrau erhält also 225'000 Franken.

---

<sup>30</sup> BGE 107 II 130 f.; Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 08.34.

<sup>31</sup> Für Einzelheiten vgl. Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz 08.45.



Mit der Zuwendung beträgt die Pflichtteilsberechnungsmasse 250'000 Franken (= Zuwendung von 200'000 Franken zuzüglich ½ Vorschlag von 50'000 Franken). Der gesetzliche Erbteil der Tochter beträgt ½, also 125'000 Franken, wovon 75% oder 93'750.00 pflichtteilsgeschützt sind. Der Ehefrau verbleiben mithin 156'250 Franken, resp. zusammen mit dem Vorschlag von 50'000 Franken insgesamt 206'250 Franken.

Was ursprünglich als Verbesserung ihrer Situation gedacht war, verwandelt sich damit ins Gegenteil. Die Tatsache, dass die Ehefrau ja von der Zuwendung bereits güterrechtlich die Hälfte erhalten hätte, ist nach Bundesgericht nicht zu berücksichtigen<sup>32</sup>. Von pflichtteilsrelevanten Schenkungen aus Errungenschaft muss abgeraten werden, solange die - von der Lehre kritisierte - Rechtsprechung des Bundesgerichtes sich nicht ändert. Begünstigungen sind stattdessen über eine Änderung der Vorschlagsteilungsregelung gemäss Art. 216 Abs. 2 ZGB oder durch eine Schenkung aus dem Eigengut des einen in das Eigengut des anderen Ehegatten vorzunehmen.

## E. Fragen im Zusammenhang mit Vorsorgeguthaben

Gegenstand der folgenden Ausführungen sind Ansprüche gegenüber der Zweiten und der gebundenen Dritten Säule, soweit diese im Güter- und Erbrecht unterschiedlich behandelt werden, je nachdem ob der Auflösungsgrund des Güterstandes die Scheidung oder der Tod eines Ehegatten ist.

---

AJP 2013 S. 169, 179

### 1. Guthaben aus der beruflichen Vorsorge in einer Freizügigkeitspolice oder auf einen Freizügigkeitskonto

#### a. Güterrecht

Freizügigkeitsguthaben sind aufgrund der Zweckbindung vor Fälligkeit beim Güterrecht nicht zu berücksichtigen.

#### b. Scheidung

Bei einer Scheidung werden sie im Rahmen von Art. 122 ff. ZGB in den Vorsorgeausgleich einbezogen.

#### c. Erbrecht

Gemäss BGE 129 III 305 ff. beruht die Anspruchsberechtigung sowohl bei Freizügigkeitspolice wie auch bei -konten nicht auf dem Erbrecht, sondern auf den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge<sup>33</sup> und der Verordnung vom 3. Oktober 1994 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge<sup>34</sup>.

Die Leistungen fallen nicht in den Nachlass.

In Art. 15 FZV werden kaskadenartig die begünstigten Personen aufgezählt.

#### **Art. 15 Begünstigte Personen**

*Für die Erhaltung des Vorsorgeschatzes gelten als Begünstigte:*

*a. im Erlebensfall die Versicherten;*

*b. im Todesfall in nachstehender Reihe:*

---

<sup>32</sup> BGE 107 II 119.

<sup>33</sup> Freizügigkeitsgesetz, FZG; SR 831.42.

<sup>34</sup> Freizügigkeitsverordnung, FZV; SR 831.425.

1. die Hinterlassenen nach Artikel 19, 19a und 20 BVG,
2. natürliche Personen, die von der versicherten 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 Kinder des Verstorbenen, welche die Voraussetzungen nach Artikel 20 BVG nicht erfüllen, die Eltern oder die Geschwister,
4. die übrigen gesetzlichen Erben, unter Ausschluss des Gemeinwesens.

Die Versicherten können im Vertrag die Ansprüche der Begünstigten näher bezeichnen und den Kreis von Personen nach Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 1 mit solchen nach Ziffer 2 erweitern.

Diese Begünstigungsordnung kann nicht abgeändert werden. Deshalb erwirbt die begünstigte Person das FZG-Guthaben auch dann, wenn sie die Erbschaft ausschlägt. Es erfolgt weder eine erbrechtliche Hinzurechnung noch kann eine Herabsetzung verlangt werden.

## 2. Einrichtung der freiwilligen gebundenen Vorsorge

### a. Allgemeines

Im Rahmen der gebundenen Säule 3a ist unbestritten, dass sowohl die Guthaben bei Bankstiftungen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b BVV3 wie auch gebundene Vorsorgevereinbarungen beim Versicherungssparen gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a BVV3 güterrechtlich berücksichtigt werden<sup>35</sup>.

Die Art. 197 Abs. 2 Ziffer 2 und insbesondere Art. 207 Abs. 2 ZGB sind auf die Säule 3a nicht anwendbar; es erfolgt mithin, anders als bei den Guthaben der 2. Säule, keine rechnerische Zuweisung zum Eigengut des Vorsorgenehmers.

Die Zuordnung der angesparten Guthaben, bzw. des Rückkaufwertes, erfolgt nach dem güterrechtlichen Surrogationsprinzip. Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ist zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Bestand der Gütermassen festgelegt wird (= Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes gemäss Art. 204 Abs. 2 ZGB) und demjenigen für die Bewertung der Vermögensgegenstände (= Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung gemäss Art. 214 ZGB) zu unterscheiden, wie sich einem neuen Bundesgerichtsentscheid<sup>36</sup> entnehmen lässt.

Das bedeutet im Einzelnen:

Zinsen eines Bankkontos oder einer Lebensversicherung der gebundenen Säule 3a, die nach Auflösung des Güterstandes anfallen, bilden keine Errungenschaft mehr und sind nicht zu berücksichtigen.

Bei Versicherungseinrichtungen ist der Rückkaufswert im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes massgebend; werden nachher weiterhin Prämien bezahlt, so werden weder die bezahlten Prämien noch der neue Rückkaufswert güterrechtlich berücksichtigt.

Soweit in entsprechenden Vorsorgeeinrichtungen Wertschriften gehalten werden, sind konjunkturelle Wertschwankungen zwischen der Auflösung des Güterstandes und dem Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen.

Es sind die latenten Steuern zu berücksichtigen<sup>37</sup>. Ein Franken im freien Vermögen entspricht also nicht einem Franken in der gebundenen Vorsorge ....

---

AJP 2013 S. 169, 180

<sup>35</sup> Regina Aebi-Müller, Die drei Säulen der Vorsorge und ihr Verhältnis zum Güter- und Erbrecht des ZGB, successio 2009, 4 ff., insbesondere 16, nachfolgend: Aebi-Müller, Vorsorge.

<sup>36</sup> BGE 137 III 337 ff.

<sup>37</sup> BGE 137 III 341.



## **b. Güterrechtliche Auseinandersetzung bei einem der in Art. 204 Abs. 2 ZGB genannten Gründe, insbesondere bei Scheidung**

Art. 4 Abs. 3 BVV3 sieht vor, dass im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung gebundene Vorsorgeguthaben geteilt werden können und dass das Gericht die Vorsorgeeinrichtung entsprechend anweisen kann. Gemäss BGE 137 III 343 handelt es sich indessen nur um eine Zahlungsmodalität, insbesondere kann das Gericht den Schuldner, der über genügend liquide Mittel verfügt, gegen seinen Willen nicht verpflichten, die Forderung des anderen Ehegatten aus der Teilung von Guthaben der Säule 3a durch Abtretung zu tilgen.

## **c. Auflösung des Güterstandes zufolge Todes eines Ehegatten**

Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, dann wird das *gebundene Banksparen* unterschiedlich vom *gebundenen Versicherungssparen* behandelt.

Beim *Banksparen* geht die herrschende Lehre<sup>38</sup> davon aus, dass der *gesamte ausbezahlte Betrag in den Nachlass fällt*. Daraus folgt zweierlei:

Streng genommen wäre die Bank nicht berechtigt, das Sparkapital den Erben vorzuenthalten und direkt der begünstigten Personen auszubezahlen. Die Begünstigungsregelung gemäss Art. 2 BVV3 entfaltet keine materiell-rechtlichen Wirkungen, sondern ist nur insofern von Bedeutung, als die steuerliche Abzugsfähigkeit an die Bedingung geknüpft wird, dass sich die Parteivereinbarung im Rahmen dieser Bestimmung hält<sup>39</sup>. Es spricht vielmehr einiges dafür, dass es sich um eine Zuwendung von Todes wegen handelt, welche in der entsprechend Form zu errichten wäre<sup>40</sup>. In der Praxis wird indessen die erbrechtliche Form meist nicht eingehalten und die Zahlung erfolgt an die begünstigte Person und nicht an die Erben.

Folgerichtig kann die Ausschlagung der Erbschaft zum Wegfall der Hinterlassenenansprüche aus der Vorsorgevereinbarung führen. Vorzubehalten ist indessen der Fall, bei welchem die Begünstigung in den entsprechenden gesetzlichen Formen als Vermächtnis erfolgt ist.

Gänzlich anders präsentiert sich die Situation bei der *gebundenen Vorsorgeversicherung*. Stirbt der Vorsorgenehmer, so hat die vertraglich begünstigte hinterlassene Person (in der Regel wohl der überlebende Ehegatte) gegenüber der Versicherungsgesellschaft ein direktes Forderungsrecht. Anders als beim Banksparen fällt der Anspruch nicht in den Nachlass, so dass eine Erbschaftsausschlagung nicht schadet<sup>41</sup>.

Versicherungsverträge der Säule 3a haben, wenn sie nicht eine reine Risikoversicherung darstellen, einen Rückkaufswert. Beim Rückkaufswert handelt es sich um den Kapitalbetrag, den der Versicherer dem Versicherungsnehmer bei vorzeitiger Auflösung des Versicherungsvertrages zu erstatten hat. Der Rückkaufswert ist in der Regel geringer als die Versicherungssumme<sup>42</sup>.

Dies legt eine analoge Anwendung von Art. 476 und Art. 559 ZGB nahe. Mit guten Gründen wird geltend gemacht<sup>43</sup>, dass der Rückkaufswert der gemischten gebundenen Vorsorgeversicherung in die Pflichtteilsmasse einzubeziehen ist und der Herabsetzung unterliegt.

---

38 Vgl. Aebi-Müller Vorsorge (FN 35), 25 Fn. 226.

39 Aebi-Müller Vorsorge (FN 35), 25.

40 Thomas Koller, Familien- und Erbrecht und Vorsorge, in: recht, Studienheft Nr. 4, 1997, 28 f.

41 Vgl. BGE 130 I 205 ff. sowie Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, §13 Rz. 30.

42 Christoph Nertz, in: Daniel Abt/Thomas Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 2. A., Basel 2011, N 14 zu Art. 476 ZGB.

43 Vgl. Aebi-Müller Vorsorge (FN 35), 23.



Zur Situation des überlebenden Ehegatten: Wie bereits ausgeführt, ist das Kapital beim *gebundenen Banksparen* güterrechtlich wie freies Vermögen zu behandeln. Soweit die Einzahlung aus der Errungenschaft erfolgte, ist die Ehefrau bereits aus Güterrecht hälftig berechtigt. Das gebundene Bankguthaben darf im Nachlass folglich nur mit der Hälfte der effektiven Auszahlung erfolgen. Dies muss auch dann gelten, wenn die Bankstiftung die Summe direkt dem überlebenden Ehegatten ausbezahlt, sofern die Leistung in der Vorschlagsberechnung nicht berücksichtigt wurde. Eine vollständige Erfassung der Begünstigung im Erbrecht kann nur dann stattfinden, wenn das gebundene Sparguthaben aus dem Eigengut des Verstorbenen stammt oder wenn zwischen den Parteien Gütertrennung vereinbart wurde<sup>44</sup>.

Demgegenüber wird die *gebundene Vorsorgeversicherung* güterrechtlich beim Verstorbenen nicht mehr berücksichtigt. Sie fällt auch nicht in den Nachlass, sondern geht aufgrund der Begünstigtenordnung direkt an den überlebenden Ehegatten. Bei einer güterrechtlichen Auseinandersetzung zufolge Scheidung würde die Ehefrau vom Rückkaufswert, soweit die Einzahlung aus Errungenschaft finanziert wurde, die Hälfte erhalten; bei einer Auflösung der Ehe durch den Tod sieht sich indessen die Ehefrau mit der Tatsache konfrontiert, dass der gesamte Rückkaufswert der Hinzurechnung bzw. Herabsetzung

---

AJP 2013 S. 169, 181

unterstellt wird. Regina Aebi-Müller schlägt diesfalls vor, nur den hälftigen Rückkaufswert nach Art. 476 und Art. 529 ZGB zu behandeln<sup>45</sup>. Sie macht allerdings mit Blick auf BGE 107 II 119 ein Fragezeichen, ob sich diese Betrachtungsweise durchsetzen wird.

Zur Situation der Lebenspartnerin: Ein in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebender Vorsorgenehmer mit Kindern muss sich Rechenschaft darüber ablegen, dass er möglicherweise angesichts der Pflichtteilsrelevanz einer Begünstigungsordnung der Säule 3a mit dem Abschluss einer Vorsorgevereinbarung für seinen darin begünstigte Lebenspartnerin keine ausreichende Vorsorge getroffen hat<sup>46</sup>. Es erfolgt eine Hinzurechnung und den Nachkommen, die über einen Pflichtteil von 75% verfügen, steht die Herabsetzungsklage offen.

---

<sup>44</sup> Vgl. Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 03.62.

<sup>45</sup> Vgl. Aebi-Müller Begünstigung (FN 4), Rz. 03.63.

<sup>46</sup> Aebi-Müller Vorsorge (FN 35), 26.