

Dokument	<b>AJP 2019 S. 795</b>
Autor	<b>Roberto Fornito</b>
Titel	<b>Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen</b>
Seiten	<b>795-802</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Herausgeber	<b>Arnold F. Rusch</b>
Frühere Herausgeber	<b>Ivo Schwander</b>
ISSN	<b>1660-3362</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

AJP 2019 S. 795

## Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen

Roberto Fornito



*Ehe- und Erbverträge sind besonders fehleranfällig, wobei erstaunlicherweise immer wieder die gleichen Grundsätze missachtet werden. Der Autor zeigt typische Fehler bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen auf und wie sie vermieden werden können. Der Beitrag ist keine systematische, geschweige denn vollständige Abhandlung möglicher Fehlerquellen, sondern eine beispielhafte Auflistung anhand praktischer Fälle und soll insbesondere dazu anregen, tradierte Vorlagen kritisch zu hinterfragen und gegebenenfalls anzupassen.*

*Les contrats de mariage et les pactes successoraux sont particulièrement sujets aux erreurs ; étonnamment, ce sont souvent les mêmes principes qui ne sont pas respectés. L'auteur présente les erreurs typiques dans la préparation et la formulation de ces contrats ainsi que les possibilités pour les prévenir. La contribution n'est pas un exposé systématique, et encore moins exhaustif, des sources d'erreurs possibles, mais plutôt une liste d'exemples basés sur des cas pratiques ; elle se veut une incitation à examiner les modèles traditionnels d'un œil critique et à les adapter si nécessaire.*

\* Roberto Fornito, Dr. iur. HSG, Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner Bratschi AG, St. Gallen.

Leicht überarbeitete Fassung des anlässlich der St. Galler Erbrechtstagung 2019 gehaltenen Referats. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

## I. Einleitung

Vor ein paar Jahren, anlässlich eines Vortrages vor dem St. Galler Anwaltsverband, habe ich die ketzerische Ansicht vertreten, dass sich der Anwaltsstand selbst alimentiere: Was der einen Generation bei der Gestaltung von Ehe- und Erbverträgen misslingt, generiert jeweils Prozessaufwand für die nächsten Generationen. Natürlich ist das überspitzt ausgedrückt. Gleichwohl möchte ich am Anfang dieses Beitrags die These stellen, dass Ehe- und Erbverträge besonders fehleranfällig sind, wobei erstaunlicherweise immer wieder die gleichen elementaren Grundsätze missachtet werden.

Über die Gründe können wir nur spekulieren:

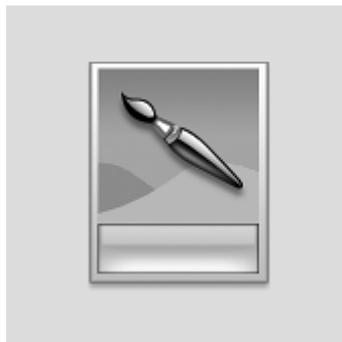
- Die laufende Anpassung und Verbesserung von Verträgen nach dem «Trial-and-Error-Prinzip» funktioniert nicht oder nur schleppend, weil Ehe- und Erbverträge meist erst Jahre oder Jahrzehnte nach der Beurkundung oder gar nicht in Kraft treten.
- Es heisst: «The proof of the pudding is in the eating.» Als Anwalt oder Notar bekommen Sie den Erfolg oder Misserfolg ihres Ehe- und Erbvertragswerkes nur selten mit (was auch ein Vorteil sein kann).
- Ein weiterer Grund dafür, dass ein Ehe- und Erbvertrag nicht funktioniert, ist, dass sich Erwartungen nicht erfüllen, und sei es auch nur die Erwartung, man könne den Vertrag später ja immer noch anpassen.
- Zwingende Grundsätze des Erbrechts, namentlich das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit und das Pflichtteilsrecht, werden ignoriert.

Während meiner Zeit im Vorstand des St. Galler Anwaltsverbandes wurden wir regelmässig aufgefordert, einen Ersatz-Willensvollstrecker zu bestimmen, weil der Erblasser diese Aufgabe an den Vorstand oder an den Präsidenten des Anwaltsverbandes delegiert hatte, was mit dem Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit<sup>1</sup> nicht vereinbar ist. Damit wir uns nicht falsch verstehen: Die Delegation von Entscheidungskompetenzen an einen Dritten (z.B. an den Willensvollstrecker) kann durchaus sinnvoll sein, etwa wenn noch nicht klar ist, welches der

### AJP 2019 S. 795, 796

minderjährigen Kinder dereinst geeignet sein wird, die Familienunternehmung zu übernehmen.<sup>2</sup> Nur sind solche Anordnungen eben nicht verbindlich und damit im Streitfall auch nicht durchsetzbar.

Wir sind uns alle bewusst, dass Ehe- und Erbverträge<sup>3</sup> beurkundet werden müssen. Es gibt allerdings auch Verfügungen von Todes wegen in anderen Verträgen, die prima vista nicht nach Beurkundung schreien. Als Beispiel diene folgende Formulierung aus einem Gesellschaftervertrag, bei der sich trefflich streiten lässt, ob es sich um ein formgültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden oder eine formungültige Verfügung von Todes wegen<sup>4</sup> handelt:



<sup>1</sup> Vgl. Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 8 N 23 ff.; BSK [ZGB](#) II-Breitschmid, Art. 498 N 12, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019; BGE 68 II 115 E. 7; [BGE 81 II 22 E. 6](#), [BGE 100 II 98 E. 3b](#).

<sup>2</sup> S. dazu Gerrit Langenfeld, Testamentsgestaltung angesichts des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit, [successio 2009, 85 ff.](#)

<sup>3</sup> [Art. 184 ZGB](#); [Art. 512 i.V.m. Art. 499 ff. ZGB](#).

<sup>4</sup> Zur Abgrenzung zwischen lebzeitigen Anordnungen und solchen von Todes wegen s. BSK [ZGB](#) II-Breitschmid (FN 1), Vorbem. zu Art. 467–536; [BGE 99 II 268 E. 2b](#); [BGE 110 II 156 E. 2a](#); [BGE 113 II 270 E. 2b](#); BGer, [4A 575/2009](#), 11.2.2010, E. 2.



Formelle Fehler passieren auch bei der Beurkundung selbst. Bekanntlich unterscheidet das [ZGB \(Art. 501 f. ZGB\)](#) zwischen dem Selbstlesungs- und dem Vorlesungsverfahren und müssen die beiden Zeugen bereits bei der Vorlesung anwesend sein, wenn die Vertragsparteien die Urkunde nicht selbst lesen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt dies auch dann, wenn die Vertragsparteien den Erbvertrag selbst unterzeichnen ([BGE 118 II 273 E. 5](#)). Es genügt deshalb nicht, wenn die Zeugen bestätigen: «Die Vertragsparteien haben uns erklärt, der Ehe- und Erbvertrag sei ihnen vorgelesen worden.» Vielmehr haben die Zeugen diese Bestätigung selbst abzugeben.

Man mag nun einwenden, dass einer routinierten Urkundsperson ein solcher Fehler nicht unterlaufen wird. Aus eigener Erfahrung muss ich dem leider widersprechen. Vor ein paar Jahren hatte ich die letztwillige Verfügung einer älteren Dame zu beurkunden. Sie setzte ihre Lesebrille auf und wir sind zusammen ihren «letzten Willen» Punkt für Punkt durchgegangen. Danach habe ich meine beiden Assistentinnen als Zeugen herbeigerufen und die Klientin bestätigte diesen gegenüber, sie habe die Urkunde selbst gelesen und diese entspreche ihrem Willen. Später – leider erst nach ihrem Tod – stellte sich heraus, dass die Klientin aufgrund einer Makuladegeneration die Urkunde womöglich nicht mehr selbst gelesen haben konnte. Falls dies zutrifft, hätte ich ihr die Urkunde im Beisein der Zeuginnen vorlesen müssen. Es ist daher nicht falsch, wenn Sie Ihre «Checkliste» für Beurkundungen durch den Punkt «Lesetest» ergänzen.

## II. Ehe- und Erbvertrag

### A. Im Allgemeinen

Beim Ehe- und Erbvertrag handelt es sich in erster Linie um einen Vertrag. Musterformulierungen finden sich z.B. in der Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare oder im Praxiskommentar Erbrecht. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Gestaltung anderer Verträge unter Beachtung der Pflichten als Urkundsperson, insbesondere zur Unparteilichkeit und Klarheit.<sup>5</sup> Diese Bemerkung ist lapidar. In der Praxis finden sich allerdings auch heute noch Ehe- und Erbverträge, die ohne jegliche Gliederung, Systematik, Überschriften etc. auszukommen scheinen und das Verständnis, was die Parteien nun eigentlich gewollt haben, erheblich erschweren.

Ein Ehe- und Erbvertrag sollte so klar und unmissverständlich formuliert sein, dass nicht nur die Vertragsparteien (von denen zumindest eine nicht mehr lebt) den Vertrag verstehen, sondern alle präsumtiven Adressaten, wozu primär die Begünstigten zählen (Erben oder Vermächtnisnehmer), aber auch die Eröffnungsbehörde, der Willensvollstrecker, Anwälte, Gerichte etc.

Kürzlich wurde vor dem Kreisgericht St. Gallen die folgende Formulierung beurteilt:

*«Nach Ableben des zweitversterbenden Elternteils teilen die Nachkommen dessen Nachlass untereinander zu gleichen Teilen auf. Vorbehalten bleiben Verfügungen bzw. Erbverträge des überlebenden Ehegatten, mit welchen bis auf die Ansprüche der pflichtteilsgeschützten Erben anderweitig verfügt werden kann.»*

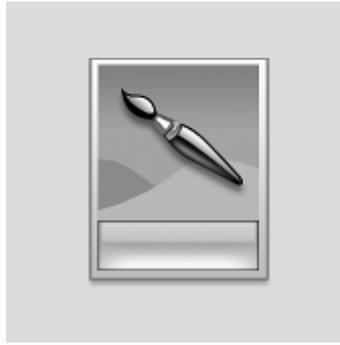
Die Formulierung umfasst den Nachlass beider Ehegatten, wobei dem «überlebenden» Ehegatten das Recht eingeräumt wurde, letztwillig abweichend zu verfügen. Gemeint war wohl, dass es beiden Ehegatten gestattet sein soll, für den Fall ihres Zweitversterbens eine vom Erbvertrag abweichende Regelung zu treffen, und sich die Vertragsparteien insofern gerade nicht binden wollten. Nach Auffassung des verfahrensleitenden Richters war – aus-

#### AJP 2019 S. 795, 797

gehend vom Wortlaut – nur der «überlebende» Ehegatte befugt, über seinen Nachlass zu verfügen. Zwar überlebte der Ehemann die demente Ehefrau, doch war streitig, ob er bereits zu Lebzeiten der Ehefrau hätte verfügen dürfen.

Eine Präambel ist sicherlich sinnvoll und erleichtert die Auslegung von Verträgen. Allerdings sollte sie auch mit den Vereinbarungen übereinstimmen. Im nachfolgenden Beispiel ist dies nicht der Fall:

<sup>5</sup> Vgl. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, § 31 und 37.



Die Absicht, den überlebenden Ehegatten maximal zu begünstigen,<sup>6</sup> würde es nahelegen, Vorempfänge der Nachkommen der Ausgleichung zu unterstellen. Tatsächlich war vorliegend nicht nur die Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten beabsichtigt, sondern auch die Bevorzugung einzelner Nachkommen, welche bereits zu Lebzeiten erhebliche Zuwendungen erhalten hatten. Die Präambel ist insofern unvollständig. Die Formulierung vermischt zudem die Begriffe der Ausgleichung i.S.v. [Art. 626 ff. ZGB](#) und der Herabsetzung i.S.v. [Art. 522 ZGB](#). Gemeint war wohl ein vollständiger Ausgleichungsdispens unter Vorbehalt des Herabsetzungsanspruchs der Miterben.

## B. Ehevertrag

### 1. Üblicher Inhalt

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen möchte ich den Fokus auf den Ehevertrag richten. Aufgrund des rigiden Pflichtteilsrechts ([Art. 471 ZGB](#)) gibt es bei Eheverträgen in der Regel den wesentlich grösseren Gestaltungsspielraum als bei Erbverträgen, es sei denn, sämtliche pflichtteilsgeschützten Erben seien vertraglich eingebunden.

Es hat sich eingebürgert, Eheverträge (wie auch Erbverträge) in drei Teile zu gliedern: Im ersten Teil «Feststellungen» (oder «Vorbemerkungen») wird insbesondere festgehalten, wann und wo die Ehegatten geheiratet haben (oder beabsichtigen zu heiraten), wie sich die aktuellen Familienverhältnisse darstellen, ob und welche Verträge bisher abgeschlossen wurden, wie sich die Vermögensverhältnisse präsentieren und welcher Gütermasse die Vermögenswerte zuzuordnen sind, ergänzt allenfalls durch eine Absichtserklärung. Im zweiten Teil «Vereinbarungen» geht es primär um die Wahl des Güterstandes, den zeitlichen Geltungsbereich (z.B. Rückwirkung auf den Eheschluss), die Vorschlagszuweisung nach [Art. 216 ZGB](#), das vertraglich vereinbarte Eigengut nach [Art. 199 ZGB](#) und den Mehrwertanteil nach [Art. 206 ZGB](#) bei der Errungenschaftsbeteiligung oder die Beschränkung der Gütergemeinschaft nach [Art. 223 ff. ZGB](#) und die Gesamtgutszuweisung nach [Art. 241 ZGB](#), meist ergänzt durch Schutzklauseln und ein Wahlrecht des überlebenden Ehegatten. Der dritte Teil «Schlussbestimmungen» enthält – sofern nicht bereits in den Vereinbarungen geregelt – die Rechtswahl, das Verhältnis zu den bisherigen Verträgen (Aufhebung), eine salvatorische Klausel, Belehrungen (z.B. dass die Anerkennung des Vertrages im Ausland nicht garantiert werden kann), die Ausfertigung etc.

Der am häufigsten beurkundete Ehevertrag ist wahrscheinlich die Vereinbarung der Errungenschaftsbeteiligung mit voller Vorschlagszuweisung nach [Art. 216 ZGB](#). Vor allem bei Ehegatten mit keinem oder geringem Eigengut kann dadurch erreicht werden, dass das gesamte oder wenigstens ein Grossteil des ehelichen Vermögens beim überlebenden Ehegatten verbleibt, vorausgesetzt, es bestehen nur gemeinsame Nachkommen ([Art. 216 Abs. 2 ZGB](#)). Diese güterrechtliche Maximalbegünstigung wurde bereits früher vertraglich korrigiert, falls sich der überlebende Ehegatte wieder verheiratet, ohne mit dem neuen Ehegatten einen Erbverzichtsvertrag, allenfalls kombiniert mit einer Gütertrennung, abzuschliessen.

Heute ist es in Mode gekommen, die «Wiederverheiratungsklausel» mit weiteren, sog. «Rückfallsklauseln» oder «Schutzklauseln» zu ergänzen.<sup>7</sup> Gemeint ist der Schutz des ehelichen Vermögens zu Gunsten der Nachkommen als präsumtive Erben. Die resolutiv bedingte Begünstigung des überlebenden Ehegatten wird rückgängig gemacht oder tritt erst gar nicht in Kraft, falls der überlebende Ehegatte sich wieder verheiratet, dement wird, in ein Alters- oder Pflegeheim eintritt, die eheliche Liegenschaft veräussert und/oder ins Ausland zieht etc. In all diesen Fällen wird den Nachkommen das Recht eingeräumt, ihre Ansprüche im

<sup>6</sup> S. dazu Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. A., Bern 2007.

<sup>7</sup> Vgl. Alexandra Zeiter, Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen, [ZBGR 2015, 365 ff.](#)

Erbgang oder später, bei Eintritt der Bedingung, geltend zu machen, also in der Regel so gestellt zu werden, als ob der Ehe- und/oder Erbvertrag nicht abgeschlossen worden wäre.

AJP 2019 S. 795, 798

Man kann sich aus ethischen oder politischen Überlegungen die Frage stellen, ob es angebracht sei, eine «Demenzklausel» oder die «Pflegeheimklausel» zu statuieren. Nach meinem Dafürhalten gibt es hier rein rechtlich betrachtet weder ein Richtig noch ein Falsch. Es ist unsere Aufgabe, die Klienten so aufzuklären, dass diese selbst entscheiden können. Es mehren sich allerdings in letzter Zeit die Stimmen, die solchen Klauseln auch aus juristischer Sicht kritisch gegenüberstehen.<sup>8</sup> Wenn wir ehrlich sind, verkaufen wir unseren Klienten mit diesen Schutzklauseln ein Produkt, von dem wir heute noch nicht wissen, ob es künftig tatsächlich Bestand haben wird.

## 2. Typische Fehler beim Ehevertrag

Es ist sicherlich sinnvoll, das Eigengut der Ehegatten beim Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung festzuhalten. Dies erleichtert später die güterrechtliche Auseinandersetzung. Allerdings sollte man sich bewusst sein (und sollte dies auch aus dem Vertrag hervorgehen), dass es sich nur um eine Momentaufnahme handelt. Die Feststellung, die Ehegatten hätten dies und das in die Ehe eingebracht und dies und das während der Dauer der Ehe geerbt oder geschenkt erhalten, ist nur beschränkt hilfreich, wenn nicht klar ist, ob diese Eigengüter bei Vertragsabschluss noch vorhanden sind oder zwischenzeitlich verbraucht wurden. Falls die Eigengüter vertraglich festgehalten werden, muss diese Feststellung auch den Tatsachen entsprechen. Andernfalls gerät man in Teufels Küche, spätestens bei einer Scheidung oder wenn die Nachkommen erfahren, dass entgegen den Feststellungen die Erblasserin oder der Erblasser das Grundstück gar nicht aus der Errungenschaft erworben, sondern geerbt hatte.

Es kommt auch immer wieder vor, dass ein Güterstand aus falschen Überlegungen gewählt wird, z.B. weil die Parteien glauben, die Gütertrennung sei aus Haftungsgründen vorteilhaft, obwohl unter diesem Gesichtspunkt relevant wäre, das Vermögen der Ehegatten effektiv getrennt zu halten (getrennte Kassen, Bankkonten etc.). Der Güterstand der Gütergemeinschaft wird manchmal abgelehnt, weil die Parteien fälschlicherweise meinen, bei einer Scheidung werde dann das Gesamtgut auch hälftig geteilt, entgegen [Art. 236 Abs. 2 ZGB](#). Überhaupt ist der äusserst flexible Güterstand der Gütergemeinschaft unterschätzt, ich würde behaupten aus Rechtsunkenntnis. Falls dann doch einmal die Gütergemeinschaft gewählt wird (namentlich um ungleich hohe Eigengüter der Ehegatten auszugleichen), findet sich in den Eheverträgen häufig die Formulierung, das Gesamtgut werde dem überlebenden Ehegatten zugewiesen, «unter Vorbehalt der Pflichtteilsansprüche der Nachkommen». Damit wird aber gerade kein dinglicher Übergang des Gesamtguts erreicht.<sup>9</sup> Der überlebende Ehegatte kann dann z.B. die Übertragung des Eigentums an Grundstücken im Gesamteigentum nicht verlangen, sondern muss sich gedulden, bis sich die Erben auf eine Teilung verständigt haben. Immerhin freut sich der Willensvollstrecker bei solchen Formulierungen, weil bei einer integralen Zuweisung des Gesamtguts letztlich kein Nachlass mehr vorhanden ist, den es zu verwalten<sup>10</sup> und zu verteilen gäbe (bis auf die Habseligkeiten, die der verstorbenen Person ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch dienen).

Eine letzte Bemerkung zum «Ehevertrag»: Wenn Sie in Ihren Standardverträgen die Formulierung haben, dass der Ehe- und Erbvertrag vollständig dahinfallen soll, falls die Ehe der Parteien nicht durch Tod, sondern durch Scheidung etc. aufgelöst wird, wäre es an der Zeit, diesen Passus zu überdenken, namentlich wenn die Ehegatten die Gütertrennung vereinbart haben. Diese wird ja gerade auch für den Fall abgeschlossen, dass die Ehe der Parteien geschieden wird. Selbstverständlich sollen auch bei einer Ehescheidung die gemeinsamen Feststellungen Bestand haben und Vereinbarungen, welche die Ehegatten im Hinblick auf eine Scheidung getroffen haben (soweit genehmigungsfähig i.S.v. [Art. 279 ZPO](#)), weiterhin gelten.

---

<sup>8</sup> Vgl. Roland Fankhauser/Thierry Burckhardt, Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, 289 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Aebi-Müller (FN 6), N 06.71; Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Gütergemeinschaft, Die Gütertrennung, [Art. 221–251 ZGB](#), Bern 1996, [Art. 241 ZGB](#) N 5; Kurt Wissmann, Das neue Ehegüterrecht – Vom altrechtlichen zum neurechtlichen Ehevertrag, [ZBGR 1986, 321 ff.](#), 365.

<sup>10</sup> Hans Rainer Künzle, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Willensvollstrecker, [Art. 517–518 ZGB](#), Bern 2011, [Art. 517–518 ZGB](#) N 283.



## C. Erbvertrag

### 1. Üblicher Inhalt

Die Feststellungen eines Erbvertrages enthalten üblicherweise den Zivilstand und die Familienverhältnisse des oder der Erblasser, die bisherigen Vereinbarungen der Vertragsparteien (z.B. einen Erbauskau), eine Auflistung der lebzeitigen Zuwendungen an die Nachkommen (einschliesslich einer bisherigen Ausgleichsvereinbarung), den Vertragsgegenstand (insbesondere die Re-

AJP 2019 S. 795, 799

gelung des Nachlasses des erstversterbenden Ehegatten oder beider Ehegatten) sowie allenfalls eine Absichtserklärung. Beim Erbverzicht ist es m.E. auch erforderlich, die Vermögensverhältnisse des oder der Erblasser zu umreissen, oder haben die Verzichtenden zumindest zu erklären, dass sie über die Vermögensverhältnisse vollständig informiert sind. Die Vereinbarungen regeln insbesondere den Widerruf oder die Aufhebung bisheriger Verfügungen, die Erbfolge und die Erbquoten, allenfalls verbunden mit einer Vor- und Nacherbeneinsetzung, die Enterbung oder den Entzug der Erbenstellung, Vermächtnisse, Teilungsvorschriften und Wahlrechte, allfällige Schutzklauseln und die (letztwillige) Einsetzung eines Willensvollstreckers. Unter die Schlussbestimmungen fallen die Rechtswahl, salvatorische Klauseln, Belehrungshinweise, die Hinterlegung, Anordnungen bezüglich der Eröffnung und die Ausfertigung.

### 2. Typische Fehler beim Erbvertrag

In der Praxis ist häufig unklar, was überhaupt Gegenstand des Erbvertrages sein soll. Werden die Nachlässe beider Ehegatten geregelt, muss aus dem Vertrag eindeutig hervorgehen, ob sich die Parteien auch hinsichtlich des zweiten Nachlasses binden wollten, der überlebende Ehegatte also nicht mehr befugt ist, abweichend zu verfügen, oder – und dies wird der Regelfall sein – ob es sich lediglich um eine subsidiäre Regelung handelt, die dann zum Zug kommt, wenn nichts anderes verfügt wird.

Bei Erbverzichtsverträgen zwischen Eltern und Kindern ist der «Deal» meist der, dass die Kinder zu Gunsten des überlebenden Elternteils auf ihren Pflichtteil verzichten und die Eltern im Gegenzug zusichern, dass die Nachkommen im Nachlass des zweitversterbenden Ehegatten gleichbehandelt werden. Weil der überlebende Ehegatte in solchen Fällen nicht mehr letztwillig verfügen kann, könnte man auf die Idee kommen (und ich habe das schon mehrfach erlebt), den überlebenden Ehegatten lediglich als Vorerben und die Kinder als Nacherben zu qualifizieren, zumal die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>11</sup> nicht verlangt, dass die Bezeichnungen «Vorerbe» oder «Nacherbe» tatsächlich verwendet werden. Eine solche Qualifikation hätte nicht nur zur Folge, dass ein Inventar aufgenommen werden muss ([Art. 490 Abs. 1 ZGB](#)), sondern der überlebende Ehegatte auch zur Sicherstellung angehalten werden und nur noch beschränkt über die Erbschaft verfügen kann ([Art. 490 Abs. 2 und 3 ZGB](#)). In solchen Konstellationen empfiehlt es sich daher, ausdrücklich klarzustellen, dass keine Vor- und Nacherbeneinsetzung beabsichtigt ist.

Wer einen Erben auf den Pflichtteil setzt ([Art. 471 ZGB](#)), hat seine Verfügungsbefugnisse voll ausgereizt. Es bleibt dann kein Raum mehr für beispielsweise abweichende Bewertungsbestimmungen, z.B. das Recht einzelner Erben, eine Liegenschaft zu einem vergünstigten Wert zu übernehmen. Für die Berechnung des Pflichtteils ist der Nachlass zwingend zu Verkehrswerten zu bewerten ([Art. 617 ZGB](#)), Vermächtnisse sind hinzuzurechnen etc. Gleichwohl finden sich in Ehe- und Erbverträgen mit Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten immer wieder Bestimmungen, wonach der überlebende Ehegatte nebst der maximalen Erbquote auch den Hausrat ohne Anrechnung an seine güter- und erbrechtlichen Ansprüche übernehmen darf, oder er berechtigt ist, bis zur Erbteilung ohne Nutzungsentschädigung in der ehelichen Liegenschaft zu wohnen, oder beide Ehegatten Vermächtnisse bis zu einem bestimmten Betrag an Dritte ausrichten dürfen usw., meist noch verbunden mit einer (hier unsinnigen) privatorischen Klausel.

Man kann das schon so handhaben und es steht den benachteiligten Erben frei, solche Anordnungen zu akzeptieren oder die Herabsetzung ([Art. 522 ff. ZGB](#)) zu verlangen. Nach meinem Dafürhalten gaukelt man den Klienten damit jedoch Ansprüche vor, die sie tatsächlich gar nicht haben, und ist es dann in der Beratung oft schwierig, der Witwe zu erklären, dass sie die ihr vertraglich eingeräumten, notariell beurkundeten (!) Rechte gar nicht hat oder zumindest nicht gegen den Willen der pflichtteilsgeschützten Erben durchsetzen kann.

Weitere typische Fehler bei der Formulierung von Erbverträgen sollen anhand der nachfolgenden Beispiele veranschaulicht werden.

---

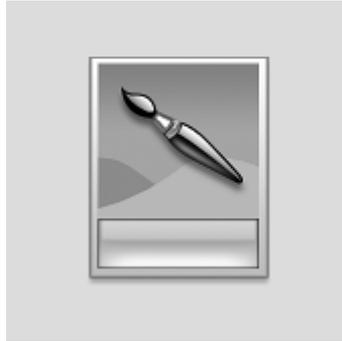
<sup>11</sup> BGer, [5C.54/2006](#), 12.4.2007, E. 3.

### 3. Beispiele

#### a. Entzug der Erbenstellung

Die nachstehende Formulierung entstammt der Feder eines Zürcher Notariats und betraf eine Patchwork-Konstellation. Beide Ehegatten waren in zweiter Ehe verheiratet und hatten Kinder aus erster Ehe. Weil sich der Sohn des Ehemannes weigerte, einem Erbverzicht zu Gunsten seiner Stiefmutter zuzustimmen, wurde ihm die Erbenstellung entzogen. Dies ist nach heute wohl vorherrschender Auffassung zulässig, sofern der pflichtteilsberechtigten Erbe «dem Werte nach» ([Art. 522 ZGB](#)) abgefunden wird. Der Sohn ist dann nicht mehr Erbe, nicht mehr Mitglied der Erbengemeinschaft, nicht mehr dinglich berechtigt etc., sondern hat nur noch einen obligatorischen Anspruch im wertmässigen Umfang seines Pflichtteils.

AJP 2019 S. 795, 800



Der Entzug der Erbenstellung ist ein probates Mittel, «schwarze Schafe» aus der Erbengemeinschaft fernzuhalten.<sup>12</sup> Zu beachten ist allerdings, dass mit dem Entzug der Erbenstellung auch die Ausgleichungspflichten entfallen, weil die Ausgleichung Erbenstellung voraussetzt.<sup>13</sup> Als Vermächtnisnehmer konnte der Sohn vorliegend seinen Pflichtteil beanspruchen, sobald die Erben feststanden;<sup>14</sup> er musste also nicht bis zur Erteilung zuwarten. Die Fälligkeit wurde vorliegend nicht geregelt und bereitete der Witwe zufolge Illiquidität der Nachlasswerte erhebliche Schwierigkeiten. Zudem würde man heute definieren, ob sich der Pflichtteil, sollte dieser gesetzlich revidiert werden, nach der aktuellen oder nach der neuen Regelung berechnet.

#### b. Fehlende Ersatzverfügung

Das folgende Beispiel stammt aus einer letztwilligen Verfügung. Der Erblasser, ein Gemüsehändler, der mit den Behörden ständig im Streit lag und mit seinen Verwandten keinen Kontakt mehr hatte, setzte als Alleinerbin ein Kinderheim ein, welches er jahrelang mit seinem Gemüse beliefert hatte.

*«Ich schliesse alle meine gesetzlichen Erben von der Erbschaft aus und vermache meinen gesamten Nachlass dem Kinderheim XY.»*

Weil das Kinderheim bei Eröffnung des Erbgangs nicht mehr existierte, der Erblasser keine Ersatzverfügung getroffen und überdies seine gesetzlichen Erben von der Erbschaft ausgeschlossen hatte, ging sein gesamter Nachlass – Ironie des Schicksals – an das Gemeinwesen ([Art. 466 ZGB](#)), vorliegend an die Gemeinde, mit der er zeitlebens gestritten hatte.

<sup>12</sup> Cordula Loetscher, Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft, Referat gehalten am Successio-Forum 2019 in Luzern.

<sup>13</sup> Jacqueline Burckhardt Bertossa, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, [Art. 626 ZGB](#) N 6 m.w.V. Dies war vorliegend allerdings nicht das Problem, weil der Sohn ohnehin nur seinen Pflichtteil erhalten sollte und er sich entsprechend alles anrechnen musste, was er bereits zu Lebzeiten vom Erblasser erhalten hatte.

<sup>14</sup> Matthias Häuptli, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015, [Art. 562 ZGB](#) N 3.

### c. Ausschlagung

Es kommt immer wieder vor, dass gesetzliche Erben die Erbschaft ausschlagen, um der Haftung oder der Ausgleichung zu entgehen. Der Erblasser kann selbst bestimmen, wer im Falle einer Ausschlagung profitieren soll ([Art. 572 Abs. 2 ZGB](#)). Tut er dies nicht, ist umstritten, wie sich die Ausschlagung auf die Pflichtteile der verbleibenden Erben auswirkt.<sup>15</sup>

*«Die Hälfte meines Nachlasses fällt an meine Nachkommen.  
Mein Sohn M. erhält seinen Pflichtteil, S., R. und L. erhalten den  
frei werdenden Anteil zu gleichen Teilen.»*

L. schlägt die Erbschaft aus, um der Ausgleichung zu entgehen. Profitiert der auf den Pflichtteil gesetzte M. von der Ausschlagung oder nur seine Geschwister?

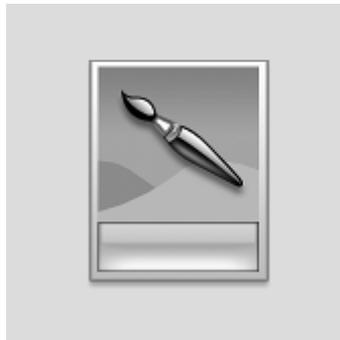
Wir haben eine ähnliche Konstellation, wenn Kinder eine Erbschaft «zu Gunsten» des überlebenden Elternteils ausschlagen wollen. Nun ist aber die Ausschlagung «unbedingt und vorbehaltlos» ([Art. 570 Abs. 2 ZGB](#)) zu erklären und kann somit nicht zu Gunsten einer bestimmten Person ausgeschlagen werden. Der Ausschlagende wird behandelt, wie wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte ([Art. 572 Abs. 1 ZGB](#)). Nach [Art. 462 ZGB](#) müsste der überlebende Elternteil, wenn alle Nachkommen ausschlagen, mit dem väterlichen Stamm des Ehemannes teilen, was gerade nicht im Sinne der Ausschlagenden ist. Nach der Praxis des Amtsnotariats St. Gallen wird in einem solchen Fall dem überlebenden Ehegatten gleichwohl eine Erbbescheinigung ausgestellt, welche ihn als Alleinerben ausweist. Ob diese Praxis im Streitfall Bestand hätte, bleibt abzuwarten. Will man sichergehen, empfiehlt sich auch hier eine Ersatzverfügung.

### d. Vorausvermächtnis oder Teilungsvorschrift?

Was praktisch immer wieder zu Streit führt, ist die Frage, ob der Erblasser ein Vorausvermächtnis ausrichten, einen Erben also zusätzlich begünstigen wollte oder ob es sich dabei lediglich um eine Teilungsvorschrift handelt, der

**AJP 2019 S. 795, 801**

betreffende Nachlasswert also nur auf Anrechnung an den Erbanteil übernommen werden kann.



Eine Begünstigung wird nicht vermutet. Vielmehr ist im Zweifel nach [Art. 604 Abs. 3 ZGB](#) von einer blossen Teilungsvorschrift auszugehen. Spätestens seit [BGE 104 II 337](#) wissen wir: Wird ein Grundstück als Vermächtnis oder Vorausvermächtnis zugewendet, so geht mit dem Eigentum auch die Pfandlast auf den Begünstigten über ([Art. 485 Abs. 1 ZGB](#) i.V.m. [Art. 560 Abs. 2 ZGB](#)). Die dadurch gesicherte Schuld bleibt jedoch im Zweifel bei den Erben. Bei Grundstücken ist daher immer auch zu regeln, was mit der

<sup>15</sup> BGE 50 II 450; Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Von den Tücken der Herabsetzungsreihenfolge und weiteren Planungshindernissen im Bereich des Familienvermögens, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, 349; Arnold Escher, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, [Art. 437–536 ZGB](#), Die Erben, 3. A., Zürich 1959, Vorbem. zu [Art. 470–480 ZGB](#) N 20; Paul Eitel, Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, [ZBJV 2006, 457 ff.](#), 458 f.

Hypothekarschuld geschehen soll. Es empfiehlt sich zudem, zu bestimmen, wie eine allenfalls latente Grundstückgewinnsteuer beim Anrechnungswert zu berücksichtigen ist.<sup>16</sup>

### e. Ausgleichung

Bestehen lebzeitige Zuwendungen an die Erben, so sollte der Vertrag m.E. zwingend regeln, ob die Begünstigten solche Zuwendungen ausgleichen müssen oder ob sie von der Ausgleichung befreit werden. Die dispositive Regelung nach [Art. 626 Abs. 2 ZGB](#) ist extrem streitanfällig. Bereits die negative Feststellung, dass keine Ausgleichungspflichten bestehen, kann hilfreich sein. Es geht um die Frage, wer muss was, gegenüber wem und wann ausgleichen.



Das vorstehende Beispiel zeigt eine missglückte Formulierung. Aus dem Text geht nicht hervor, von wem die Zuwendung stammte. Auszugleichen sind nur Zuwendungen der Erblasserin bzw. des Erblassers. Der Schwiegersohn ist nicht Erbe und somit auch nicht ausgleichungspflichtig. In Bezug auf die Frage, wem gegenüber auszugleichen ist, möchte ich daran erinnern, dass in der Lehre umstritten ist, ob auch der Ehegatte von der Ausgleichung nach [Art. 626 Abs. 2 ZGB](#) profitiert.<sup>17</sup> Bestehen Ausgleichungsvereinbarungen mit dem Begünstigten, sind diese selbstverständlich zu beachten. Der Erblasser kann später grundsätzlich nicht mehr darauf zurückkommen. Bei Ehe- und Erbverträgen mit Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten oder bei einem Erbverzicht der Nachkommen zu Gunsten des überlebenden Elternteils kann es sinnvoll sein, zu bestimmen, dass die Nachkommen erst im Nachlass des zweitversterbenden Ehegatten ausgleichen müssen. Zu klären wäre dann aber auch der Bewertungszeitpunkt.

### f. Willensvollstreckerklausel

So sehr sich die Formulierungen in Ehe- und Erbverträgen in den letzten Jahren angeglichen haben, so sehr unterscheiden sich auch heute noch die von den Urkundspersonen verwendeten Willensvollstreckerklauseln, wobei teilweise sehr sperrige Formulierungen verwendet werden.

*«Die Ehefrau setzt in ihrem Nachlass Dr. X. als Willensvollstrecker ein. Sollte dieser – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage sein, das Mandat anzunehmen, oder das Mandat ablehnen, bestimmt sie als Ersatz die Y. AG bzw. eine allfällige Rechtsnachfolgerin.»*

Aus welchen Gründen der designierte Willensvollstrecker das Mandat ablehnt, ist einerlei. Wichtiger wäre es, den Ersatz auch für den Fall zu bestimmen, dass der Willensvollstrecker sein Mandat nicht zu Ende führt oder eine Interessenkollision vorliegt.

Die nachfolgende Klausel stammte noch aus einer Zeit, als sich Willensvollstrecker Kompetenzen anmassten, die ihnen bereits damals nicht zustanden.

**AJP 2019 S. 795, 802**

<sup>16</sup> S. dazu Robert Harmann, Berücksichtigung latenter Grundstückgewinnsteuern in der Erteilung mit Liegenschaften im Kanton Zürich, [successio 2016, 297 ff.](#)

<sup>17</sup> Vgl. Burckhardt Bertossa (FN 13), [Art. 626 ZGB](#) N 16 ff., und namentlich Paul Eitel, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Ausgleichung, [Art. 626–632 ZGB](#), Bern 2004, [Art. 626 ZGB](#) N 146 ff.



«Der Willensvollstrecker ist befugt, meinen Nachlass gemäss meinem letzten Willen und gemäss Gesetz nach seinem Ermessen zu teilen und allfällig ganz oder teilweise zu veräussern. Im Falle von Streitigkeiten über die Auslegung des Testaments oder im Zusammenhang mit der Teilung meines Nachlasses entscheidet der Willensvollstrecker als Schiedsrichter nach bestem Wissen und Gewissen endgültig und letztinstanzlich. Demgemäss weise ich meine Erben an, den ihnen durch den Willensvollstrecker vorgelegten Schiedsvertrag zu unterzeichnen. Für den Fall, dass sich die Erben nicht gütlich einigen, ist der Willensvollstrecker befugt, einen Teilungsplan zu verfassen, diesen den Erben unter angemessener Fristansetzung zuzustellen und, falls der Teilungsplan nicht innert der angesetzten Frist wegen Verstoß gegen das Gesetz oder dieses Testaments wegen gerichtlich angefochten wird, auch ohne Zustimmung sämtlicher Erben zu vollziehen, d.h., der Willensvollstrecker besitzt im Rahmen seines Auftrags eine generelle Ermächtigung zur Durchführung der Teilung und aller damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte. Er ist nach seinem Ermessen auch berechtigt, den Nachlass gegebenenfalls, insbesondere wenn sich die Erben nicht einigen, zu veräussern und den Erlös gemäss diesem Testament, subsidiär gemäss Gesetz unter die Erben zu verteilen. Der Willensvollstrecker ist befugt, zulasten des Nachlasses ein Honorar von drei Prozent der Bruttonachlassaktiven zu beziehen und über seinen Aufwand zu einem berufsstüblichen Ansatz abzurechnen.»

## D. Exkurs: Patchwork-Konstellationen

Im praktischen Alltag zeigen sich zunehmend Patchwork-Konstellationen. Schwierigkeiten bereiten die Pflichtteile der gemeinsamen und nicht gemeinsamen Kinder ([Art. 471 Ziff. 1 ZGB](#)), vor allem bei nicht verheirateten Paaren. Eine vollständige Zuweisung beider Vorschläge an den überlebenden Ehegatten ist nicht möglich bzw. bleibt es nach [Art. 216 Abs. 2 ZGB](#) hinsichtlich der Berechnung der Pflichtteile bei der hälftigen Teilung. Das Nutznießungsvermächtnis nach [Art. 473 Abs. 1 ZGB](#) wird nur den gemeinsamen Nachkommen zugemutet.

Erfahrungsgemäss lassen sich gleichwohl tragfähige Lösungen finden, wenn es gelingt, alle präsumtiven Erben vertraglich einzubinden. Auch bei einer vertraglichen Gesamtlösung kann sich das Bild jedoch schlagartig verdüstern, sobald der eigene Elternteil als bindendes Glied wegfällt und man sich mit dem Stiefelternteil bzw. den Stiefgeschwistern im Rahmen der Erbteilung auseinandersetzen muss. Es ist daher m.E. unabdingbar, vertraglich eine «Exit-Klausel» vorzusehen, die es den Parteien ermöglicht, sich vollständig auseinanderzusetzen und nicht noch über Nutznießungsverhältnisse, Aktienbesitz etc. verbunden zu sein. Zudem gilt es – hier noch mehr als bei einfachen Konstellationen –, die möglichen Ergebnisse der beabsichtigten Regel ganz konkret durchzurechnen und die steuerlichen Konsequenzen zu berücksichtigen.

## III. Schlusswort

Die Empfehlung, eine ehe- und erbvertragliche Regelung regelmässig zu überprüfen, gilt nicht nur für die Klienten, sondern insbesondere auch für uns als Urkundspersonen. Man muss das Rad nicht laufend neu erfinden. Es gilt aber, tradierte Muster kritisch zu hinterfragen. Nur weil eine vom Senior-Partner verfasste Vorlage bereits seit Jahren unverändert im Gebrauch ist, bedeutet dies nicht, dass sie fehlerfrei und auf dem aktuellen Stand ist. Auch sollten wir unseren Klienten nicht voreilig eine Lösung empfehlen, nur weil sich diese (zufälligerweise) in ähnlichen Konstellationen bewährt hat, unter Umständen aber den individuellen Bedürfnissen der Parteien nicht gerecht wird. Wir können und sollen nicht alle Eventualitäten regeln. Das Fehlen einer naheliegenden Ersatzverfügung kann jedoch erhebliche Kostenfolgen haben und dem Willen der Vertragsparteien stracks zuwiderlaufen. Ein guter Ehe- und Erbvertrag gelingt dann, wenn er dem wirklichen Willen der Parteien entspricht und so klar und verständlich formuliert ist, dass er im Erbgang ohne weiteres umgesetzt werden kann, ähnlich einem guten Kochrezept, das nicht mit tollen Bildern, sondern mit präzisen und vollständigen Handlungsanweisungen glänzt.