

Dokument	<b>AJP 2021 S. 1112</b>
Autor	<b>Suzan Can, Arnold F. Rusch, Tamara M. Völk, Jennifer Zbinden</b>
Titel	<b>Hausverkauf an Kinder im Alter</b>
Seiten	<b>1112-1130</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 2021 S. 1112

## Hausverkauf an Kinder im Alter

Suzan Can \*



Arnold F. Rusch \*\*



Tamara M. Völk \*\*\*

Jennifer Zbinden \*\*\*\*

\* Suzan Can, MLaw, Rechtsanwältin, Universität St. Gallen.

\*\* Arnold F. Rusch, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

\*\*\* Tamara M. Völk, Dr. iur., LL.M., St. Galler Kantonalbank.

\*\*\*\* Jennifer Zbinden, M.A. HSG in Rechtswissenschaft, Kantonsgericht Glarus.

Die Eltern verkaufen im Alter ihr Haus an eines ihrer Kinder: Was so einfach klingt, weist eine stupende Komplexität auf, denn ein zu günstiger Preis kann in erb-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ungeahnte Folgen nach sich ziehen. Die vorliegende Abhandlung will auf häufig vorkommende Fallstricke aufmerksam machen und praktische Lösungsansätze zeigen, die wiederum vertiefte Kenntnisse des Obligationen- und Sachenrechts erfordern.

Des parents âgés vendent leur maison à l'un de leurs enfants : ce qui semble simple de prime abord s'avère d'une complexité étonnante car un prix trop avantageux peut avoir des conséquences inattendues en matière de successions, d'impôts et d'assurances sociales. La présente contribution a pour but d'attirer l'attention sur les pièges les plus fréquents et de présenter des solutions pratiques qui exigent à leur tour de solides connaissances en droit des obligations et droits réels.

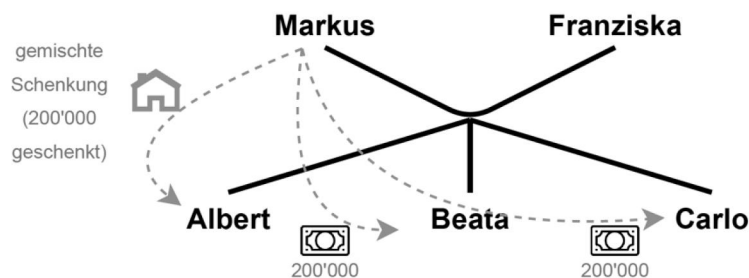
Viele Eltern hegen den Wunsch, ihre Liegenschaft schon zu Lebzeiten auf eines der Kinder zu übertragen. Vielleicht ist ihnen das Haus zu gross und zu unpassend für das Alter. Vielleicht benötigt das Kind für die eigene Familiengründung mehr Platz. Denkbar ist auch ein im Alter erhöhter Kapitalbedarf. Allerdings hat das Kind, das die Liegenschaft übernimmt, oftmals zu wenig Geld, um die Liegenschaft den Eltern zu einem marktüblichen Preis abzukaufen. Entsprechend erfolgen solche Liegenschaftsübertragungen regelmässig in Form einer reinen oder gemischten Schenkung. Leider ziehen solche per se gut gemeinten Schenkungen oder nur schon vereinbarten günstigen «Familienpreise» oftmals nicht zu unterschätzende Probleme nach sich. Davon handeln die nachfolgenden Überlegungen. In einem ersten Teil richten sie den Fokus auf ein Beispiel, anhand dessen sich die Probleme anschaulich darstellen lassen. In einem zweiten Schritt widmen wir uns den Ansätzen zur Problemvermeidung.

## I. Sachverhalt

Markus stirbt am 1. Januar 2020 ohne Ehevertrag oder Verfügung von Todes wegen. Er hinterlässt seine Frau Franziska (Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung)

**AJP 2021 S. 1112, 1113**

und seine drei Kinder Albert, Beata und Carlo. Die Erben finden folgende Situation vor: Markus hat sein im Alleineigentum stehendes Haus, das er aus seinem Verdienst während der Ehe gekauft hat, am 1. Januar 2016 seinem Sohn Albert im Rahmen einer gemischten Schenkung übertragen (CHF 200'000 als Kaufpreis, CHF 200'000 als Schenkung). Das Haus ist heute CHF 800'000 wert. Zusätzlich hat er im gleichen Jahr aus seinem Verdienst zwei Schenkungen in der Höhe von je CHF 200'000 an Beata und Carlo vorgenommen. Er verfügt im Todeszeitpunkt über ein von seinem Vater geerbtes Sparbuch mit CHF 150'000 und über ein Bankkonto, das er mit Verdienst und dem Erlös aus der Liegenschaftsübertragung geüfnet hat (CHF 300'000). Franziska verfügt ebenfalls über ein Lohnkonto (CHF 300'000). Sämtliche Schenkungen erfolgten mit Zustimmung Franziskas.



## II. Lösungsvorschlag

Der Sachverhalt erwähnt, dass es um eine gemischte Schenkung an Albert geht. Erwähnt die notarielle Urkunde lediglich einen Kauf, der nach Ansicht der Miterben zu günstig erfolgt ist, so stehen diese vor einer *fast unmöglichen Aufgabe*. Für die Bejahung einer gemischten Schenkung im Bereich des Güter- und Erbrechts verlangt das Bundesgericht nicht bloss eine Wertdiskrepanz. Damit eine gemischte Schenkung vorliegt, müssen die Parteien die Wertdifferenz kennen und diese unentgeltlich zukommen lassen wollen

(sog. *animus donandi*).<sup>1</sup> Eine Bezifferung der Schenkungsquote ist nicht erforderlich,<sup>2</sup> jedoch empfehlenswert. Die Beweislast für das Vorliegen einer Schenkung liegt bei den Miterben, die aus Hinzurechnung, Ausgleichung oder Herabsetzung Rechte ableiten wollen (vgl. [Art. 8 ZGB](#)).<sup>3</sup> Da das Bundesgericht der Tatsache der öffentlichen Beurkundung<sup>4</sup> und der damit verbundenen Aufklärungspflicht grosses Gewicht zumisst,<sup>5</sup> dürfte der Beweis einer gemischten Schenkung bei einer rein als Kauf ausgefertigten Urkunde äusserst schwierig zu führen sein – umso mehr, als eine der Vertragsparteien nicht mehr lebt. Wir werden darauf noch zurückkommen. Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich dem unter Ziff. I dargelegten Sachverhalt.

## A. Güterrecht

Zuerst findet die güterrechtliche Auseinandersetzung statt ([Art. 204 Abs. 1 ZGB](#)). Sämtliche Vermögenswerte stammen gemäss den Angaben im Sachverhalt aus dem Arbeitsverdienst und gehören deshalb zur Errungenschaft ([Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB](#)), mit Ausnahme des vom Vater geerbten Sparbuchs, das zum Eigengut zählt ([Art. 198 Ziff. 2 ZGB](#); i.c. CHF 150'000). Auch der Erlös aus dem Verkauf der Liegenschaft gehört wieder zur Errungenschaft.<sup>6</sup> Somit ergibt sich ein Eigengut von Markus von CHF 150'000 und eine Errungenschaft von CHF 300'000 (Bankkonto, geäufnet mit Lohn und Lohnsurrogaten). Da Franziska den Schenkungen zugestimmt hat, erfolgt keine güterrechtliche Hinzurechnung ([Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB](#)).

Die Vorschläge sind gleich gross (je CHF 300'000) – für Markus bleibt es beim Eigengut von CHF 150'000 und der Errungenschaft von CHF 300'000, total

### AJP 2021 S. 1112, 1114

CHF 450'000. Franziskas Errungenschaft beträgt ebenfalls CHF 300'000. Die gesetzliche hälftige Beteiligung am Vorschlag ([Art. 215 Abs. 1 ZGB](#)) bewirkt deshalb keine güterrechtliche Vermögensverschiebung.

1. Güterrechtliche Auseinandersetzung (ausgehend vom Grundsachverhalt)		
	Markus	Franziska
Eigengut	Sparbuch: CHF 150'000	
Errungenschaft	Bankkonto: CHF 300'000	Lohnkonto: CHF 300'000
Vorschlagsbeteiligung	CHF 0	CHF 0

<sup>1</sup> [BGE 145 III 1 E. 3.2](#): «Eine Zuwendung im Sinne von Art. 626 Abs. 2 bzw. [Art. 527 Ziff. 1 ZGB](#) liegt daher nur vor, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dem Erblasser nicht bloss erkennbar gewesen, sondern von ihm auch tatsächlich erkannt worden ist ([BGE 98 II 352 E. 3b S. 357 ff.](#)). Obwohl es die Frage später nochmals aufgegriffen hat ([BGE 126 III 171 E. 3b/cc S. 175 f.](#)), ist das Bundesgericht in seiner Praxis dabei geblieben, dass allein entscheidend ist, ob der Erblasser den Nachkommen begünstigen wollte und ob er diese Begünstigung erkannt hat (Urteil [5A 629/2015 vom 27. März 2017 E. 8](#), vorab [E. 8.2.1](#); z. B. Urteil [5A 802/2014 vom 7. November 2014 E. 2 und 4.3](#), in: *Praxis* 104/2015 Nr. 57 S. 452; ebenso im Güterrecht: Urteil [5A 662/2009 vom 21. Dezember 2009 E. 2.3](#), in: *FamPra.ch* 2010 S. 424).»

<sup>2</sup> Vgl. [BGE 98 II 352 E. 3b](#); vgl. auch [BGE 101 II 59 E. 1](#); vgl. Wolfgang Ernst, Entgeltlichkeit, in: Thomas Lobinger/Reinhard Richardi/Jan Wilhelm (Hrsg.), *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2010, 139 ff., 176; a.M. Sandra Maissen, *Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht*, Diss. Freiburg 1996, N 324 f.

<sup>3</sup> [BGE 145 III 1 E. 3.3](#).

<sup>4</sup> Für die Übertragung einer Liegenschaft im Rahmen eines Kaufs oder einer Schenkung ist stets eine öffentliche Beurkundung erforderlich, vgl. Art. 216 bzw. [Art. 242 f. OR](#).

<sup>5</sup> [BGE 145 III 1 E. 4.2](#).

<sup>6</sup> BSK [ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller](#), Art. 197 N 37, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch I*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK [ZGB I-Verfasser](#)): «Bei Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 geht es um den sog. Wertersatz. Scheidet ein bestimmter Vermögensgegenstand aus der Errungenschaft aus, ohne dass eine Schenkung an einen Dritten oder aber Verbrauch vorliegt, wird jener neue Vermögenswert, der an seine Stelle tritt, wiederum Errungenschaft, und zwar unabhängig davon, ob er von gleicher Beschaffenheit ist oder nicht.»



*Exkurs:* Ohne Franziskas Zustimmung zu den Schenkungen lautet die Rechnung anders. Gehen wir von der rein theoretischen Konstellation aus, dass Franziska zu allen Schenkungen die Zustimmung verweigert hätte.<sup>7</sup> Ohne Zustimmung wären die Schenkungen der Errungenschaft von Markus hinzuzurechnen ([Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB](#)). Die Bewertung der Liegenschaft für die Belange der Hinzurechnung findet im Zeitpunkt der Schenkung statt ([Art. 214 Abs. 2 ZGB](#)).<sup>8</sup> Die Errungenschaft von Markus beläuft sich dann auf CHF 300'000 (Konto) + CHF 200'000 (gemischte Schenkung des Hauses an Albert zum Nominalwert) + CHF 400'000 (Schenkungen an Beata und Carlo) = CHF 900'000. Die Vorschlagsbeteiligung gemäss [Art. 215 Abs. 1 ZGB](#) führt zum Ergebnis, dass Franziska CHF 300'000 aus der Errungenschaft von Markus erhält und der reine Nachlass von Markus nur noch aus seinem Eigengut von CHF 150'000 besteht.

## B. Erbrecht

Nach der vorrangigen (vgl. [Art. 204 Abs. 1 ZGB](#)) güterrechtlichen Auseinandersetzung folgt die Feststellung des reinen Nachlasses, der Teilungsmasse und der Pflichtteilberechnungsmasse – in dieser Reihenfolge.

Der reine Nachlass beträgt CHF 450'000.<sup>9</sup> Für die Zwecke der erbrechtlichen Teilung geht es jetzt darum, die *Teilungsmasse* festzustellen. Die erbrechtliche Ausgleichung ([Art. 626 ff. ZGB](#)) bildet Teil der Erbteilung.<sup>10</sup> Gemischte und vollumfängliche Schenkungen fallen unter die Ausgleichung ([Art. 626 Abs. 2 ZGB](#)).<sup>11</sup> Der relevante Zeitpunkt ist der Wert der Zuwendung *im Todeszeitpunkt* ([Art. 630 Abs. 1 ZGB](#)). Das Haus weist im Todeszeitpunkt einen Wert von CHF 800'000 auf, wobei der Schenkungsanteil die Hälfte beträgt. Nach der richtigen Berechnungsmethode<sup>12</sup> ergibt dies einen Ausgleichungswert von CHF 400'000 ( $[(CHF\ 800'000 \times CHF\ 200'000) / CHF\ 400'000]$ ). Die zwei Barschenkungen behalten für die Zwecke der Ausgleichung ihren Wert,<sup>13</sup> folglich zweimal je CHF 200'000.

AJP 2021 S. 1112, 1115

- 
- 7 Dies ist insofern unrealistisch, als die Veräusserung des Hauses *als Familienwohnung* zwingend ihrer Zustimmung bedarf ([Art. 169 Abs. 1 ZGB](#)).
- 8 BSK [ZGB](#) I-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 208 N 26: «Für die Bewertung der hinzuzurechnenden Vermögenswerte stellt das Ehegüterrecht auf den Entäusserungszeitpunkt ab, während im Erbrecht die Eröffnung des Erbgangs massgebend ist. Ergibt sich aufgrund des Erbrechts deshalb ein höherer Wert als im Ehegüterrecht, sollte bei der Wertdifferenz – entgegen [BGE 107 II 126 ff. E. 2d, e](#) – dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ohne die Vermögensentäusserung zulasten der Errungenschaft der andere Ehegatte seine Vorschlagsbeteiligung hätte geltend machen können (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 55; Frage offen gelassen in [BGE 127 III 402](#)).»
- 9 Siehe oben II.A.
- 10 BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti, Art. 626 N 20, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK [ZGB](#) II-Verfasser).
- 11 BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 626 N 9: «Der Ausgleichungspflicht unterliegen nur unentgeltliche Zuwendungen, d. h. Vermögensverschiebung vom künftigen Erblasser zum präsumptiven Erben, deren Gegenwert sich nicht im Nachlass befindet (für die verschiedenen Kategorien von unentgeltlichen Rechtsgeschäften, neben der schon begrifflich als Hauptbeispiel dienenden Schenkung, vgl. BK-Eitel, N 100–109), gemischte Schenkungen somit für deren unentgeltlichen Teil [...]»
- 12 BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 630 N 3: «Liegt eine sog. gemischte Schenkung vor, d. h. zum Zeitpunkt der Zuwendung besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis, wendet das BGer seit über 40 Jahren die sog. Quotenmethode an. Hat eine Sache, die der Erblasser dem ausgleichungspflichtigen Erben teilweise unentgeltlich überlassen hat, bis zum Todeszeitpunkt einen Wertzuwachs erfahren, ist der Erbe nur für den unentgeltlich zugewendeten Wertanteil ausgleichungspflichtig, und zwar zum Wert, den er im Zeitpunkt des Todes des Erblassers hatte [...]. Um diesen zu ermitteln, wendet das BGer folgende mathematische Formel an (vgl. auch Breitschmid, Vorweggenommene Erbfolge und Teilung, 68): [Wert des Gegenstandes beim Erbgang] × [effektiv geschenkter Teilbetrag bei Vertragsschluss] : [Wert des Gegenstandes bei Vertragsschluss].»
- 13 BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 630 N 4: «Hat ein Erbe eine Geldsumme zugewendet erhalten, schuldet er, ohne entsprechende Abmachung im Zuwendungsgeschäft, keinen Zins (BK--Tuor/Picononi, Art. 626 N 2c; ZK-Escher, Art. 626 N 43) und ist nach dem «Nominalwertprinzip» nur für die zugewendete Summe ausgleichungspflichtig (Druey, Erbrecht, § 7 Rz. 9; P. Piotet, SPR IV/1, 317). Eine Indexierung der empfangenen Geldsumme nach dem Landesindex der Konsumentenpreise, vom Zeitpunkt des Todes des Erblassers bis zum Abschluss der Erbteilung, würde die Unterscheidung in der Wertberechnung zwischen den eingeworfenen [...] und den nicht eingeworfenen [...], ausgleichungspflichtigen Vorempfängern verwischen (unveröff. BGE vom 29.10.1996, auszugsweise in [AJP 1997, 1551](#) wiedergegeben, zustimmend Breitschmid, [AJP 1997, 1552](#); s. a. Steinauer, Successions, § 7 Rz. 233a FN 117).»



2. Ermittlung der Erb- und Pflichtteile (ausgehend vom Grundsachverhalt)		
<b>A. Reiner Nachlass (= Nachlassaktiven abzüglich relevanter Schulden)</b>		
Sparbuch	CHF 150'000	
Bankkonto	CHF 300'000	
	<u>CHF 450'000</u>	
<b>B. Teilungsmasse (= reiner Nachlass zzgl. ausgleichspflichtiger Zuwendungen)</b>		
Reiner Nachlass	CHF 450'000	
Gemischte Schenkung an Albert (Quotenmethode)	+ CHF 400'000	
Schenkungen an Beata (Nominalmethode)	+ CHF 200'000	
Schenkungen an Carlo (Nominalmethode)	+ CHF 200'000	
	<u>CHF 1'250'000</u>	
<b>Erbteil Franziska:</b> 1/2 der Teilungsmasse	CHF 625'000	<i>Es fehlen CHF 175'000</i>
<b>Erbteil Albert:</b> 1/3 der Teilungsmasse	CHF 208'333.33	<i>Vollständig erhalten</i>
<b>Erbteil Beata:</b> 1/3 der Teilungsmasse	CHF 208'333.33	<i>Es fehlen CHF 8333.33</i>
<b>Erbteil Carlo:</b> 1/3 der Teilungsmasse	CHF 208'333.33	<i>Es fehlen CHF 8333.33</i>
→ Albert bezahlt CHF 175'000 + 2 × CHF 8333.33		
<b>C. Pflichtteilberechnungsmasse (= Teilungsmasse zzgl. herabsetzbarer Zuwendungen)</b>		
Keine herabsetzbaren Zuwendungen, da die Ausgleichung alle Zuwendungen bereits erfasst		
	<u>CHF 1'250'000</u>	
<b>Pflichtteil Franziska:</b> 1/2 ihres Erbteils	CHF 312'500	<i>Pflichtteil gewährt</i>
<b>Pflichtteil Albert:</b> 1/3 seines Erbteils	CHF 156'250	<i>Pflichtteil gewährt</i>
<b>Pflichtteil Beata:</b> 1/3 ihres Erbteils	CHF 156'250	<i>Pflichtteil gewährt</i>
<b>Pflichtteil Carlo:</b> 1/3 seines Erbteils	CHF 156'250	<i>Pflichtteil gewährt</i>

Die Teilungsmasse – sprich der reine Nachlass plus die ausgleichspflichtigen Zuwendungen – beträgt somit CHF 450'000 + CHF 400'000 + CHF 400'000 = CHF 1'250'000. Die Ehegattin Franziska erhält davon gemäss [Art. 462 Ziff. 1 ZGB](#) die Hälfte (CHF 625'000). Von der anderen Hälfte sollte jedes Kind 1/3, d.h. je 1/6, erhalten ([Art. 457 Abs. 1 und 2 ZGB](#)). 1/3 von CHF 625'000 ergibt CHF 208'333.35. Vorhanden sind jedoch nur CHF 450'000. Es fehlen somit bei Franziska CHF 175'000 sowie bei Beata und Carlo je CHF 8333.35,<sup>14</sup> damit sie jeweils auf ihre Erbteile kommen. Bezahlen muss diese Summe Albert (CHF 191'666.65). Albert stünde alternativ die Realkollation offen, i.e. die Einwerfung des Grundstücks *in natura* ([Art. 628 Abs. 1 ZGB](#)), doch lassen die h.L. und die Rechtsprechung dies bei gemischten Schenkungen nicht zu.<sup>15</sup> Schliesslich hat Albert die Möglichkeit, das Erbe *auszuschlagen*, um so der Ausgleichung zu entgehen. Er müsste sich dann nur der Herabsetzung stellen, was sich vorliegend lohnen würde.<sup>16</sup>

#### AJP 2021 S. 1112, 1116

*Wie lauten die Zahlen ohne Zustimmung Franziskas?* Die Teilungsmasse – sprich der reine Nachlass plus die ausgleichspflichtigen Zuwendungen – würde dann CHF 950'000 betragen (CHF 150'000 + CHF 400'000 + CHF 400'000). Die Ehegattin bekommt davon gemäss [Art. 462 Ziff. 1 ZGB](#) die Hälfte. Von der anderen Hälfte erhält jedes Kind 1/3, d.h. 1/6 pro Kind ([Art. 457 Abs. 1 und 2 ZGB](#)). 1/6 von CHF 950'000 entspricht einem Betrag von CHF 158'333.30. Entsprechend müsste Albert im Rahmen der Ausgleichung CHF 241'666.70 einwerfen. Beata und Carlo müssten je CHF 41'666.70 (zusammen total CHF 83'333.30) einwerfen. Die Kinder müssten somit total einen Betrag von CHF 325'000 einwerfen. Zusammen mit dem reinen Nachlass von CHF 150'000 ist der Anspruch der Ehefrau auf die Hälfte der Teilungsmasse gedeckt (CHF 475'000).

<sup>14</sup> Je CHF 200'000 haben sie bereits als Vorbezug erhalten.

<sup>15</sup> Paul Eitel, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Ausgleichung, [Art. 626–632 ZGB](#), Bern 2004 (zit. BK-Eitel), [Art. 628 ZGB](#) N 24: «Diese Erwägungen und ihr Kontext legen den Schluss nahe, dass das Bundesgericht die Realkollation bei gemischten Schenkungen eher nicht zulassen würde. Auch der herrschenden Lehre zufolge kann der Ausgleichungsschuldner sie nicht wählen (Piotet, SPR IV/1, S. 317; Picononi, Behandlung, S. 74; Moser, S. 81 f.; Seeberger, S. 290; Spahr, Valeur, S. 169). Nach anderer Auffassung ist sie allerdings zulässig (Benn, S. 130; ZR 57/1958, Nr. 42, S. 103)»; BGer, [5A 670/2012](#), 30.1.2013, E. 3.2.2 i.f.

<sup>16</sup> Schlägt Albert aus, beträgt die Teilungsmasse nur noch CHF 850'000. Davon stehen Franziska CHF 425'000 zu sowie Beata und Carlo je CHF 212'500. Bei der Ausschlagung eines Ausgleichungsschuldners bleibt der Globalpflichtteil der h.L. nach gleich gross, während die übrigen Erben von der Ausschlagung profitieren. Die Pflichtteilberechnungsmasse beträgt CHF 1'250'000, wovon Franziska 1/4 als Pflichtteil zusteht (CHF 312'500, i.c. gewährt). Beata und Carlo steht weiterhin ein Pflichtteil von zusammen 3/8 des gesetzlichen Erbteils, entsprechend CHF 468'750, zu. Da sie zusammen nur CHF 425'000 erhalten, besteht eine Differenz von CHF 43'750, welche Albert bezahlen muss. Vgl. zur Ausschlagungsfrage Paul Eitel, Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Spannungsfeld zwischen Ausgleichung und Herabsetzung, [ZBJV 2006, 457 ff.](#), 476 ff.



In einem dritten Schritt müsste man jetzt zur Berechnung der Pflichtteilberechtigungs-masse schreiten. Da die Ausgleichung die unentgeltlichen Zuwendungen jedoch bereits erfasst, ist dies nicht mehr nötig.<sup>17</sup> Die Teilungsmasse entspricht der Pflichtteilberechnungsmasse. Haben alle den Pflichtteil erhalten? Der Pflichtteil beträgt für die Kinder  $\frac{3}{4}$  des gesetzlichen Erbspruchs ([Art. 471 Ziff. 1 ZGB](#)), bei drei Kindern also je  $\frac{3}{4} \times \frac{1}{6} = \frac{3}{24} = \frac{1}{8}$ , was CHF 156'250 entspricht. Die Ehegattin ([Art. 471 Ziff. 3 ZGB](#)) sollte  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$  des gesetzlichen Erbspruchs erhalten, was CHF 312'500 entspricht. Sämtliche Pflichtteile sind gedeckt.<sup>18</sup>

*Erster Exkurs:* Steht das Haus von Markus hingegen nicht in seinem Allein-, sondern im Miteigentum mit Ehefrau Franziska, stellen sich die folgenden Fragen: Muss Albert den gesamten Wert des Hauses oder nur einen Teil zur Ausgleichung resp. Herabsetzung bringen? In der Lehre finden sich dazu nur punktuell Ausführungen. Grundsätzlich gilt: «*Steht ein Vermögenswert im Miteigentum der Ehegatten, so ist der dem Erblasser gehörende Eigentumsbruchteil Nachlassgegenstand.*»<sup>19</sup> Zunächst ist also zu klären, welcher Ehegatte welche Quote am Haus zu Eigentum hat, denn vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung wird das Miteigentum nach den sachenrechtlichen Regeln aufgehoben ([Art. 651 ZGB](#)).<sup>20</sup> Es gilt dabei die Vermutung, dass beiden Miteigentümern die gleichen Anteile zustehen ([Art. 646 Abs. 2 ZGB](#)). Demzufolge fiele lediglich die Hälfte des Hauses ins Nachlassvermögen von Markus. Betrachtet man die Miteigentumsanteile der Einfachheit halber wie zwei einzelne Grundstücke, so wird dies noch klarer:<sup>21</sup> Albert muss lediglich das von Markus erhaltene Grundstück ausgleichen oder herabsetzen, nicht jedoch dasjenige von Franziska. Güterrechtlich können sich Mehrwertbeteiligungen und bei nicht hälftiger Finanzierung des Hauses Ersatzforderungen zwischen den Gütermassen aufdrängen,<sup>22</sup> welche den Nachlasswert wiederum beeinflussen. Dies gilt auch dann, wenn die Veräusserung bzw. Schenkung des Hauses vor der güterrechtlichen Auseinandersetzung erfolgt ist.<sup>23</sup>

*Zweiter Exkurs:* Erhöhte Vorsicht ist bei Schenkungen zwischen den Ehegatten aus der Errungenschaft geboten. Da der Ehegatte güterrechtlich am geschenkten Wert nicht mehr partizipiert,<sup>24</sup> die Schenkung jedoch der Herabsetzung untersteht, fährt der beschenkte Ehegatte mitunter schlechter als ohne Schenkung. Dies lässt sich gut anhand eines einfachen Beispiels aufzeigen: Ein Ehepaar hat eine gemeinsame Tochter. Dem Ehemann gehört ein aus Errungenschaft bezahltes Haus im Wert von CHF 240'000. Im Übrigen ist kein Vermögen vorhanden. Aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung gehen CHF 120'000 an die Ehegattin. Von den in den Nachlass fallenden CHF 120'000 erhält die Ehegattin die Hälfte.

#### AJP 2021 S. 1112, 1117

Zusammen mit ihrem güterrechtlichen Anspruch kommt sie somit auf total CHF 180'000. Hätte der Mann seiner Frau das Haus vor seinem Ableben geschenkt, würde sie daran güterrechtlich nicht mehr partizipieren. Im Rahmen der Herabsetzung müsste sie jedoch den Pflichtteil der Tochter äufnen ( $\frac{3}{4} \times \frac{1}{2} = \frac{3}{8}$ ; entspricht einem Wert von CHF 90'000). Ihr verbleiben somit nur CHF 150'000.

<sup>17</sup> Vgl. BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Vor Art. 522–533 N 12: «*Allgemein hat die Ausgleichung vor der Herabsetzung den Vorrang*»; ebenso Pra 1984, Nr. 252, E. 7f.

<sup>18</sup> Mit der Erbrechtsrevision beträgt der Pflichtteil einheitlich nur noch die Hälfte des gesetzlichen Erbspruchs (BBl 2020 9924).

<sup>19</sup> S. Peter Weimar, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, [Art. 457–516 ZGB](#), Bern 2009, [Art. 462 ZGB](#) N 26.

<sup>20</sup> BGer, [5A 664/2014](#), 30.4.2015, E. 2.2.

<sup>21</sup> Vgl. bspw. in BGer, [5A 621/2013](#), 20.11.2014, E. 5.4.3 ff.; Alexandra Jungo/Sybille Gassner, Auflösung von Miteigentum unter Ehegatten: Eine Kritik der neuen Praxis des Bundesgerichts, Jusletter vom 3.3.2014, N 12; Alexandra Jungo, Die Auflösung von Miteigentum unter Ehegatten und die Wiederentdeckung von [Art. 206 ZGB](#), Jusletter vom 2.3.2015, N 12.

<sup>22</sup> BGer, [5A 26/2014](#), 2.2.2015, E. 6.2; BGer, [5A 621/2013](#), 20.11.2014, E. 5.3.1 ff.; BGer, [5C.81/2001](#), 14.1.2002, E. 4; [BGE 131 III 252 E. 3](#) (anderer Meinung war das Bundesgericht hingegen in [BGE 138 III 150 E. 5](#); BGer, [5A 417/2012](#), 15.8.2012, E. 4.3.1; BGer, [5A 464/2012](#), 30.11.2012, E. 6.3); Jungo/Gassner (FN 21), N 12; Regina E. Aebi-Müller, Miteigentum unter Ehegatten bei bloss einseitigen Investitionen – wer partizipiert am Gewinn?, [ZBJV 2012, 658 ff.](#), 660 f.; Thomas Geiser, Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts, [AJP 2014, 395 ff.](#), 396; Jungo (FN 21), N 10 ff.

<sup>23</sup> Bei der Mehrwertbeteiligung ist gemäss [Art. 206 Abs. 2 ZGB](#) auf den Veräusserungserlös bzw. auf den objektiven Wert zum Zeitpunkt der Übertragung abzustellen; bei den Ersatzforderungen ist nach [Art. 209 Abs. 3 ZGB](#) auf den Verkehrswert zum Zeitpunkt der Übertragung abzustellen, BSK [ZGB](#) I-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 206 N 38 und Art. 209 N 24, je m.w.H.

<sup>24</sup> Die güterrechtliche Hinzurechnung gemäss [Art. 208 ZGB](#) erfasst Schenkungen zwischen Ehegatten nicht, vgl. BSK [ZGB](#) I-Hausheer/Aebi-Müller (FN 6), Art. 208 N 17.



Auch beim eingangs geschilderten Beispiel würde sich eine solche Schenkung negativ auswirken, wenngleich nicht so stark: Nehmen wir an, alles sei wie beim Grundfall, doch hätte Markus das Haus nicht Albert im Rahmen einer gemischten Schenkung übertragen, sondern seiner Ehegattin vollumfänglich geschenkt. Deshalb beläuft sich das Bankkonto von Markus und damit seine Errungenschaft bloss noch auf CHF 100'000, da er für die Liegenschaftsabtretung an seine Gattin nichts erhalten hat. Franziskas Errungenschaft beträgt nach wie vor CHF 300'000. Langer Rede kurzer Sinn: Die Ehegattin erhält dadurch weniger (CHF 1'168'750 anstelle von CHF 1'175'000), als sie ohne Schenkung erhalten würde.<sup>25</sup>

## C. Steuerrecht

Schenkungen weisen auch eine steuerrechtliche Bedeutung auf. Im Kanton St. Gallen unterliegt eine Schenkung an die direkten Nachkommen jedoch unabhängig vom Betrag keiner Besteuerung.<sup>26</sup> Ebenfalls steuerfrei sind Einkünfte aus güterrechtlicher Auseinandersetzung (§ 37 Abs. 1 lit. a StG/SG: «*Steuerfrei sind: a. der Vermögensanfall infolge Erbschaft, Vermächtnis, Schenkung oder güterrechtlicher Auseinandersetzung; [...]»*).

Eine gemischte Schenkung liegt steuerrechtlich schon dann vor, wenn die Gegenleistung (Schuldübernahme + Nutzniessung) weniger als 75 % des Verkehrswerts beträgt.<sup>27</sup> Damit weicht das Steuerrecht vom Zivilrecht ab, das eine gemischte Schenkung nur bei *bewusster Wertdiskrepanz* und *gewollter Unentgeltlichkeit* annimmt.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Zu diesem Problem siehe [BGE 107 II 119 E. 2 f. und 127 III 396 E. 2b/bb](#), m.w.H.; a.M. BSK [ZGB II-Staehelin](#) (FN 10), Art. 475 N 12. Die Berechnung mit Errungenschaftsschenkungen ergibt gemäss [Art. 215 Abs. 1 ZGB](#) für die Errungenschaft von Markus einen Anspruch von CHF 100'000 zu Lasten von Franziska. Sein reiner Nachlass beträgt somit CHF 150'000 (Eigengut) plus CHF 200'000 (Errungenschaft mit Vorschlagsbeteiligung), total CHF 350'000. Die beiden Barschenkungen an Beata und Carlo unterliegen der Ausgleichung ([Art. 626 Abs. 2 ZGB](#)), nicht aber die Schenkung an die Ehegattin ([Art. 626 Abs. 1 ZGB](#)). Die Teilungsmasse beträgt somit CHF 750'000, wovon Franziska CHF 375'000 zustehen. Dies zwingt Beata und Carlo zu einem Einwurf von je CHF 75'000. Die Schenkung an die Ehegattin unterliegt der Herabsetzung ([Art. 527 Ziff. 3 ZGB](#)). Die Pflichtteilberechnungsmasse beträgt neu CHF 1'550'000. Der Pflichtteil für jedes Kind beträgt CHF 193'750, erhalten haben sie aber bloss CHF 125'000. Für die Differenz (3 x CHF 68'750 = CHF 206'250) muss Franziska aufkommen. Mit Schenkung verfügt sie vor dem Tod ihres Ehegatten über CHF 1,1 Mio., nach güter- und erbrechtlicher Auseinandersetzung noch über CHF 1'168'750. Ohne Schenkung (d.h., wenn das Haus in Markus' Errungenschaft steht und auch nicht Albert geschenkt wurde) verfügt sie vor dem Tod ihres Ehegatten über CHF 300'000, nach den Auseinandersetzungen über CHF 1'175'000.

<sup>26</sup> Art. 146 Abs. 1 StG/SG: «*Zuwendungen an den Ehegatten, die Nachkommen sowie die Stief- und Pflegekinder sind steuerfrei.*»

<sup>27</sup> Steuerbuch des Kantons St. Gallen, StB SG 143 Nr. 1.

<sup>28</sup> Vgl. BSK [ESchStR-Opel](#), § 8 N 6, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Silvia Hunziker (Hrsg.), Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, Basler Kommentar, Basel 2020: «*Veranschaulichen lässt sich das Gesagte am Schenkungsbegriff. Der kantonale Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, für die Besteuerung den zivilrechtlichen Begriff der Schenkung (Art. 239 Abs. 1 OR) zu übernehmen oder auch nur daran anzuknüpfen [...]. Die Definition kann laut Bundesgericht vielmehr Besonderheiten aufweisen, die sich aus dem Zweck des Gesetzes oder aus Gründen der Praktikabilität ergeben*» ([BGE 118 Ia 497 E. 2b/aa = ASA 62 \[1993/1994\] 437 ff. = StR 1993, 339 ff. = NStP 1993, 82 ff.](#); s. a. [BGer, 20.10.1997, 2P.144/1995, E. 1c = StR 1998, 677 ff. = Pra 87 Nr. 81](#)). Während im Zivilrecht die Entreicherung des Schenkers im Vordergrund steht, ist es im Schenkungssteuerrecht die Bereicherung des Beschenkten. Dieser Unterschied spricht für einen eigenständigen, im Vergleich zum Zivilrecht weiter gefassten Schenkungsbegriff [...]; vgl. zur unklaren Lage BSK [ESchStR-Sieber/Oehrli](#), § 14 N 5: «*Kein klarer kantonalrechtlicher Kanon ist erkennbar bei der Frage, ob dem steuerrechtlichen Schenkungsbegriff (wie dem zivilrechtlichen) auch ein subjektives Element eigen ist. Eine recht grosse Anzahl an kantonalen Gesetzesbestimmungen kennzeichnet die unentgeltliche Zuwendung mit dem Prädikat <freiwillig> (so Art. 8 Abs. 1 ESchG BE; Art. 154 Abs. 1 StG NW; Art. 117 Abs. 1 StG GL; § 2 Abs. 1 ESchG BL; Art. 6 Abs. 1 ESchG SH; Art. 95 Abs. 1 StG AI; Art. 143 Abs. 1 StG SG; Art. 106a Abs. 1 StG GR; Art. 143 Abs. 1 StG TG; <liberalité> in Art. 142 Abs. 1 LT TI; <libéralité> in Art. 15 Abs. 1 LMSD VD; Art. 8 LSucc NE; Art. 3 Abs. 1 LISD JU). Zahlreiche andere kantonale Gesetzesbestimmungen enthalten keinen Hinweis auf ein subjektives Element, sodass sich die Frage stellt, ob die Freiwilligkeit des steuerbaren Vermögensübergangs bereits als im Begriff der Zuwendung enthalten gilt; alle diese Kantone nennen die Schenkung unter Lebenden, welche zivilrechtlich den animus donandi der zuwendenden Person voraussetzt (vgl. [BGer, 21.12.2009, 5A 662/2009, E. 2.2 m. H.](#); [BGer, 24.4.2008, 5A 673/2007, E. 2.6.5](#); [BGer, 2.4.2001, 5C.212/2000, E. 4b m. H.](#); [BGE 98 II 352 E. 3b, 357 f.](#); vgl. dazu hinten N 51 ff.), ausdrücklich als Gegenstand der Schenkungssteuer; unklar bleibt dabei, ob dies bedeutet, dass der animus donandi für alle Zuwendungsarten verlangt wird (oder gerade nicht). Selten sind Bestimmungen, welche die Schenkungsabsicht der zuwendenden Person direkt thematisieren: so verlangt Art. 7 Abs. 1 ESchG FR für die Besteuerung der gemischten Schenkungen [...], dass <die Wertdifferenz zwischen den beiderseitigen Leistungen [...] einer Schenkungsabsicht entspricht>; umgekehrt erfasst Art. 106a Abs. 1 StG GR die unentgeltlichen Zuwendungen mit der Schenkungssteuer <unbekümmert einer Schenkungsabsicht> (allerdings gehört diese Norm zu jenen, welche die Zuwendung als freiwilligen Vorgang qualifizieren, was ohne animus donandi u. E. schwer vorstellbar ist). Einstweilen dahingestellt bleibe, ob den Kantonen in dieser Hinsicht wirklich ein*

Das Steuerbuch des Kantons St. Gallen schreibt zum Thema (gemischte) Schenkungen: «Die Veranlagungspraxis zeigt, dass vor allem Grundstücksgeschäfte unter Familienangehörigen oft nur teilweise entgeltlich erfolgen. Da aufgrund der Bestimmung von Art. 150 Abs. 2 i.V.m. Art. 57 f. StG für Liegenschaften der Verkehrswert bzw. Ertragswert die massgebliche Bezugsgrösse darstellt, liegt eine (steuerpflichtige) gemischte Schenkung vor, wenn die vereinbarte Gegenleistung mindestens 25 % unter dem Verkehrswert bzw. Ertragswert liegt. Für die Veranlagungspraxis ist dabei Art. 151 Abs. 1 StG von Bedeutung, wonach die Veranlagungsbehörde und der Steuerpflichtige eine Neuschätzung verlangen können. Die Gegenleistung wird sehr oft durch Übernahme von Grundpfandschulden sowie durch die Einräumung verschiedener Rechte wie Leibrenten, Wohnrecht, Nutzniessung, Vorkauf- und Kaufsrechten getilgt. Die steuerrechtlichen Folgen bei Belastung der Zuwendung mit einer wiederkehrenden Leistung werden in StB 152 Nr. 1 dargestellt.»<sup>29</sup> Noch deutlicher sagt es ein Entscheid der St. Galler Verwaltungsrekurskommission: «Während im Zivilrecht eine Schenkungsabsicht notwendig ist, setzt die st. gallische Schenkungssteuer keinen Schenkungswillen (animus donandi) voraus (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 20. Oktober 1997, publiziert in SGE 1997 Nr. 15). Es wird allein an das Fehlen einer entsprechenden Gegenleistung angeknüpft bzw. auf das Vorliegen einer Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Schenkers abgestellt.»<sup>30</sup>

*Exkurs zur Grundstückgewinnsteuer:* Gemischte Schenkungen können Grundstückgewinnsteuern auslösen. Dabei erfasst die Grundstückgewinnsteuer lediglich die entgeltliche Quote, d.h. die Gegenleistungen des Erwerbers, sofern diese die Anlagekosten des Veräusserers übersteigen. Im Rahmen der unentgeltlichen Quote erfolgt ein teilweiser Steueraufschub.<sup>31</sup>

## D. Sozialversicherungsrecht

In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht könnten Schenkungen Folgen zeitigen, wenn eine Person vor ihrem Tod noch Ergänzungsleistungen beanspruchen will, beispielsweise zur Finanzierung eines Alters- oder Pflegeheimaufenthalts. Anspruch auf Ergänzungsleistungen haben nur Personen, deren anerkannte Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen ([Art. 9 ELG](#)). Mit freiwilligen Vermögensentäusserungen (Vermögensverzicht) befassen sich [Art. 11a Abs. 2 ELG](#) i.V.m. [Art. 17a ff. ELV](#).<sup>32</sup> Das Sozialversicherungsrecht nimmt einen Verzicht unabhängig vom Vorliegen einer zivilrechtlichen Schenkung bereits an, wenn die Gegenleistung weniger als 90 % des Wertes des übertragenen

---

Gestaltungsspielraum für die Schenkungssteuer überlassen ist oder ob die kantonale Vielfalt letztlich nur eine scheinbare ist»; zur zivilrechtlichen Behandlung vgl. [BGE 145 III 1 E. 3.1.](#)

<sup>29</sup> Steuerbuch SG, StB SG 143 Nr. 1, Ziff. 2.

<sup>30</sup> Verwaltungsrekurskommission SG, I/2-2010/79, 1.4.2011, E. 2b.

<sup>31</sup> Steuerbuch SG, StB SG 132 Nr. 1, Ziff. 3.

<sup>32</sup> [Art. 11a Abs. 2 ELG](#): «Die übrigen Einnahmen, Vermögenswerte und gesetzlichen oder vertraglichen Rechte, auf die eine Person ohne Rechtspflicht und ohne gleichwertige Gegenleistung verzichtet hat, werden als Einnahmen angerechnet, als wäre nie darauf verzichtet worden»; [Art. 17e ELV](#): «(1) Der anzurechnende Betrag des Vermögens, auf das gemäss Artikel 11a Absätze 2 und 3 [ELG](#) verzichtet wurde, wird für die Berechnung der Ergänzungsleistungen jährlich um 10'000 Franken vermindert. (2) Der Betrag des Vermögens im Zeitpunkt des Verzichts ist unverändert auf den 1. Januar des Jahres, das auf den Verzicht folgt, zu übertragen und dann jeweils nach einem Jahr zu vermindern. (3) Für die Berechnung der jährlichen Ergänzungsleistung ist der verminderte Betrag am 1. Januar des Bezugsjahres massgebend.»





Vermögensgegenstandes ausmacht.<sup>33</sup> Das vorliegende Beispiel, bei dem der Sohn Albert lediglich CHF 200'000 für die Liegenschaft bezahlt, unterschreitet diese Schwelle deutlich.

Nehmen wir für die folgenden Ausführungen an, Markus sei nicht verstorben, sondern hätte 2020 einen Schlaganfall erlitten und sei seither dauerhaft auf Pflege angewiesen. Sein Vermögen habe er vorher schon aufge-

#### AJP 2021 S. 1112, 1119

braucht.<sup>34</sup> Der nicht gedeckte Teil der Pflegekosten betrage jährlich CHF 40'000.

Der Vermögensverzicht von CHF 600'000 im Jahre 2016 anlässlich der gemischten Schenkung der Liegenschaft und der beiden reinen Schenkungen von je CHF 200'000 an Beata und Carlo führt, ohne Berücksichtigung der bisher eingetretenen Wertsteigerung der Immobilie,<sup>35</sup> zu folgendem anrechenbarem Vermögen, das sich jährlich um CHF 10'000 reduziert:

2016:	CHF 600'000 (Verzichtsyear)
2017:	CHF 600'000 (unverändert im Folgejahr des Verzichts, Art. 17e Abs. 2 ELV)
2018:	CHF 590'000 (jährliche Reduktion um CHF 10'000, Art. 17e Abs. 1 ELV)
2019:	CHF 580'000
2020:	CHF 570'000
2021:	CHF 560'000

<sup>33</sup> Neu in [Art. 17b ELV](#): «Ein Vermögensverzicht liegt vor, wenn eine Person: (a.) Vermögenswerte veräussert, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, und die Gegenleistung weniger als 90 Prozent des Wertes der Leistung entspricht; oder (b.) im zu betrachtenden Zeitraum mehr Vermögen verbrauchte, als gemäss [Artikel 11a Absatz 3 ELG](#) zulässig gewesen wäre»; vgl. früher [BGE 122 V 394 E. 5b](#): «Nach den vorstehenden Berechnungen macht die Gegenleistung des Erwerbers mit Fr. 130'167.– 89,7 % (oder aufgerundet 90 %) der Leistung des Veräusserers von Fr. 145'000.– aus. Sie kann mit dem BSV als angemessen bezeichnet werden. Wenn die Praxis ein «angemessenes» Verhältnis verlangt, damit der EL-Bezüger oder -Ansprecher dem Vorwurf des Verzichts entgeht, so ist damit kein frankenmässig genaues Aufrechnen von Leistung und Gegenleistung gemeint. Im Übrigen verkennt die Sozialversicherungsanstalt, dass auch die Schätzung einer Liegenschaft und die Nutzniessungskapitalisierung (welche von dem vom Schätzungswert abhängigen Mietwert auszugehen hat) mit gewissen Ungenauigkeiten verbunden ist. Zwar lassen sich Ergebnisse «auf den Franken genau» ermitteln. Bezüglich Angemessenheit oder Unangemessenheit des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung lässt sich aus solchen (schein)genauen Zahlen aber nichts ableiten. Aus diesem Grunde ist eine Gegenleistung noch als angemessen zu betrachten, wenn sie sich in einer Bandbreite von rund 10 % zur Leistung bewegt. Ist nach dem Gesagten in casu ein Verzicht zu verneinen, so entfällt praxisgemäss die Anrechnung eines Verzichtsvermögens, ebenso die Berücksichtigung eines darauf entfallenden hypothetischen Ertrages und eines hypothetischen Verzehrs»; vgl. auch CJ GE, [ATAS/1043/2017](#), 20.11.2017, E. 12b/aa.

<sup>34</sup> Ein verschwenderischer Lebensstil galt früher noch nicht als Vermögensverzicht, vgl. BGer, [9C 688/2019](#), 30.6.2020, E. 2.5–2.7. Die relevanten Kriterien für einen Vermögensverzicht sind die Rechtspflicht und die adäquate Gegenleistung (E. 2.6.2). Mit der Revision des [ELG](#) hat sich dies geändert, vgl. [Art. 11a Abs. 3 ELG](#), in Kraft ab 1. Januar 2021: «Ein Vermögensverzicht liegt auch vor, wenn ab der Entstehung des Anspruchs auf eine Hinterlassenenrente der AHV beziehungsweise auf eine Rente der IV pro Jahr mehr als 10 Prozent des Vermögens verbraucht wurden, ohne dass ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Bei Vermögen bis 100'000 Franken liegt die Grenze bei 10'000 Franken pro Jahr. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten; er bestimmt insbesondere die wichtigen Gründe» (BBI 2019 2608 f.).

<sup>35</sup> Urs Müller, [Art. 11 ELG](#) N 394, in: Hans-Ulrich Stauffer/Basile Cardinaux (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum [ELG](#), 3. A., Zürich 2015: «Massgebender Beurteilungszeitpunkt. Es ist auf den Zeitpunkt der Entäusserung abzustellen, weshalb für die Zeit nach der Entäusserung keine allfällige Wertsteigerung berücksichtigt werden kann. Vorbehalten bleibt der Fall, in dem sich der nach [Art. 17 ELV](#) ermittelte Wert als missbräuchlich erweist oder zu einem stossenden Ergebnis führt. In diesem Sinne wäre wohl von diesem Wert abzuweichen, wenn eine entäusserte Liegenschaft schon nach kurzer Zeit vom Empfänger zu einem weit höheren Wert verkauft würde. Andererseits darf aber nicht jede nach einer Liegenschaftsveräusserung eingetretene und bei einem späteren Verkauf festgestellte Wertsteigerung noch dem Entäusserer angerechnet werden. So durfte vorliegend die Wertsteigerung zwischen der Schenkung und dem Verkauf der Liegenschaft (4½ Jahre später) durch den ehemals Beschenkten nicht berücksichtigt werden ([113 V 194 f. E. 5b, c](#); vgl. auch [120 V 184 E. 4b](#); s. auch ZAK 1987 377 E. 3, wo der auf den Zeitpunkt der Entäusserung hin ermittelte «amtliche Wert» der entäusserten Liegenschaft als Verzichtsvermögen eingesetzt wurde und nicht der gut ein Jahr danach vom nachmaligen Eigentümer bei einem Verkauf realisierte, erheblich höhere Verkehrswert).»

Von diesem Vermögen in der Höhe von CHF 570'000 im Jahre 2020 zieht das Gesetz bei verheirateten Paaren einen Freibetrag von CHF 50'000 ab ([Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG](#)). Es verbleiben im Jahr 2020 CHF 520'000, die mit einem Zehntel,<sup>36</sup> sprich CHF 52'000, als Einnahmen anrechenbar sind und seinem Bedarf gegenüberzustellen sind. Hinzu kommt der Ertrag, der aus dem verzichteten Vermögen erzielbar gewesen wäre. Wenn wir von einer durchschnittlichen Verzinsung von 0,03 % für das Jahr 2020 ausgehen,<sup>37</sup> geht es um CHF 153. Für das Jahr 2021 berechnet sich das Zehntel anhand von CHF 510'000, also CHF 51'000. Dies übersteigt in beiden Fällen den Fehlbetrag von CHF 40'000, weshalb Markus keine Ergänzungsleistungen erhält. Eine umfassende Beratung sollte auch in Betracht ziehen, dass die Erben seit 2021 die vom Erblasser bezogenen Ergänzungsleistungen aus demjenigen Teil des Nachlasses zurückzahlen müssen, der CHF 40'000 übersteigt.<sup>38</sup>

Da Markus, wie vorstehend geschrieben, in dieser Sachverhaltsvariante sein Vermögen vor Heimeintritt aufgebraucht hat und er infolge des Vermögensverzichts keine Ergänzungsleistungen erhält, stellt sich die Frage der Sozialhilfe. Zuvor sind jedoch die eheliche Unterstützungspflicht ([Art. 163 ZGB](#)) und die Verwandtenunterstützungspflicht ([Art. 328 ZGB](#)) zu prüfen, denn die Sozialhilfe verhält sich dazu *subsidiär*.<sup>39</sup> Zur Verwandtenunterstützung in ab- oder aufsteigender Linie ist man verpflichtet, wenn man in günstigen Verhältnissen lebt

**AJP 2021 S. 1112, 1120**

([Art. 328 Abs. 1 ZGB](#)). Unter günstigen Verhältnissen sind «wohlhabende» Verhältnisse zu verstehen.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> [Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG](#): «Als Einnahmen werden angerechnet: [...] c. ein Fünftel, bei Altersrentnerinnen und Altersrentnern ein Zehntel des Reinvermögens, soweit es bei alleinstehenden Personen 37 500 Franken, bei Ehepaaren 60'000 Franken und bei rentenberechtigten Waisen sowie bei Kindern, die einen Anspruch auf eine Kinderrente der AHV oder IV begründen, 15'000 Franken übersteigt; gehört der Bezügerin oder dem Bezüger oder einer Person, die in die Berechnung der Ergänzungsleistung eingeschlossen ist, eine Liegenschaft, die mindestens von einer dieser Personen bewohnt wird, so ist nur der 112 500 Franken übersteigende Wert der Liegenschaft beim Vermögen zu berücksichtigen; [...]»

<sup>37</sup> Gemäss Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL), 115, Internet: <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6930#version-15509-15> (Abruf 27.7.2021).

<sup>38</sup> [Art. 16a ELG](#).

<sup>39</sup> Art. 2 Abs. 2 Sozialhilfegesetz/SG: «Sie wird geleistet, soweit: a) keine Hilfeleistung durch unterstützungspflichtige Verwandte oder andere Dritte gewährt wird oder diese nicht rechtzeitig verfügbar ist; b) kein Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen oder auf Sozialhilfe nach der besonderen Gesetzgebung besteht»; vgl. BSK [ZGB I-Koller](#) (FN 6), Art. 328/329 N 36: «Die Verwandtenunterstützungspflicht geht dem Sozialhilferecht vor (Art. 329 Abs. 3 i. V. m. Art. 289 Abs. 2; Art. 293 Abs. 1); die Fürsorgepflicht des Gemeinwesens ist gegenüber Art. 328/329 subsidiär [...]. Den Kantonen steht es allerdings frei, dies anders zu regeln (Widmer, [successio 2012, 227](#)), wie dies z.B. der Kanton Basel-Landschaft getan hat, der seit 1. 1. 2014 auf die Durchsetzung der Verwandtenunterstützung im Bereich der Sozialhilfe verzichtet (o. N 4).»

<sup>40</sup> BSK [ZGB I-Koller](#) (FN 6), Art. 328/329 N 15b: «In seinem wegleitenden Urteil [5C.186/2006](#) vom 21.11.2007 hat sich das Bundesgericht klar für eine restriktive Interpretation entschieden (E. 3.2, mit einlässlicher Begründung; ausf. zu diesem Entscheid Koller, [recht 2008, 159 ff.](#)) und im Streit zwischen zwei Enkeltöchtern als Klägerinnen und ihrer Grossmutter als Beklagter bei einem steuerbaren Jahreseinkommen von CHF 116 241 «günstige Verhältnisse» verneint. In günstigen Verhältnissen lebe (nur), wem aufgrund seiner finanziellen Gesamtsituation eine wohlhabende Lebensführung möglich sei (a. a. O., E. 3.2.3; bestätigt in [BGE 136 III 1 E. 4 S. 4](#)). Als wohlhabend ist dabei anzusehen, wer über finanzielle Mittel verfügt, die es ihm erlauben, über die notwendigen Auslagen und die Bildung eines angemessenen Sparkapitals hinaus auch diejenigen Ausgaben tätigen zu können, die weder notwendig noch nützlich zu sein brauchen, zur Führung eines gehobenen Lebensstils jedoch anfallen, wie Ausgaben in den Bereichen Reisen, Ferien, Kosmetik, Pflege, Mobilität, Gastronomie, Kultur etc. (a. a. O., E. 3.2.3, unter Verweis auf [BGE 82 II 197 E. 2 S. 199](#) [zur Unterstützungspflicht der Geschwister]; bestätigt in [BGE 136 III 1 E. 4 S. 4](#) und in [BGer](#), 21. 6. 2012, [5A 122/2012, E. 2](#); [BezGer ZH](#), ZR 2016, 139). Die bisherige (restriktive) Rechtsprechung zur Unterstützungspflicht der Geschwister kann – so das Bundesgericht ausdrücklich – ohne weiteres auf die Verwandten in gerader Linie zweiten Grades (Grosseltern – Enkel) übertragen werden (a. a. O., E. 3.2.3 i.f.). Überdurchschnittlich gute Verhältnisse sind – zumindest bei Verwandten zweiten Grades – erst ab einem deutlich über CHF 10 000 pro Monat liegenden Grenzwert anzunehmen (a. a. O., E. 5). Zusätzlich zu berücksichtigen ist sodann das Recht des Belangten auf Aufbau und Erhaltung einer angemessenen Altersvorsorge (u. N 16 f.).» Diese Überlegungen gelten mit leichter Abschwächung auch gegenüber direkten Verwandten in auf- und absteigender Linie, vgl. BSK [ZGB I-Koller](#) (FN 6), Art. 328/329 N 15c: «Grundsätzlich nicht anders kann es sich bei Verwandten ersten Grades verhalten. Art. 328 Abs. 1 würde für eine grundlegende Differenzierung zwischen Verwandten ersten und zweiten Grades keine Basis bilden (ähnlich Brunner, N 07.84). Das Wohlstandskriterium muss daher prinzipiell ebenfalls gelten, wenn z.B. Eltern zur Unterstützung von (erwachsenen) Kindern oder Kinder zur Unterstützung der Eltern herangezogen werden (so zutreffend [BezGer Arbon](#), [FamPra.ch 2007, 963 ff.](#), 968 f., sowie [BezGer ZH](#), ZR 2016, 139). Allenfalls mag dabei die Wohlstandsschwelle etwas niedriger angesetzt werden als bei Verwandten zweiten Grades (Koller, [recht 2008, 164](#); [KUKO ZGB-Büchler](#), Art. 328 N 3; so andeutungsweise wohl auch [BGE 136 III 1 E. 5 S. 4 f.](#); deutlicher nun [BGer](#), 21.6.2012, [5A 122/2012, E. 2](#)). Für eine alleinstehende Person im mittleren Alter konnte dementsprechend in den Jahren 2000 – 2005 ein monatlicher Betrag von rund CHF 9500 bis CHF 9800 als Grenzbetrag anerkannt werden ([BGer](#), 22.6 2007, [5C.299/2006](#); [OGer SH](#) als Vorinstanz, [SJZ 2007, 533 ff.](#) =

Nehmen wir an, der alleinstehende Sohn von Markus, Albert, sei 45-jährig und erziele ein Jahreseinkommen von CHF 150'000. Daneben besitzt Albert das vom Vater erhaltene Haus à CHF 800'000 sowie ein Bankkonto mit CHF 100'000.

Als Sohn des unterstützungsbedürftigen Markus zählt Albert zu den potentiell unterstützungspflichtigen Personen nach [Art. 328 f. ZGB](#). Zur Bestimmung, ob Albert in wohlhabenden Verhältnissen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lebt, ist sowohl sein Einkommen und als auch sein Vermögen zu berücksichtigen.<sup>41</sup> Die stark einzelfallbezogene bundesgerichtliche Praxis geht grundsätzlich von einer Unterstützungspflicht ab einem jährlichen Einkommen von CHF 114'000 bzw. CHF 120'000 aus.<sup>42</sup> Das Einkommen von Albert übersteigt diese Grenze klar, weshalb von wohlhabenden Verhältnissen auszugehen ist.

Der konkrete Betrag der Unterstützungspflicht variiert je nach Einzelfall.<sup>43</sup> Als Orientierungshilfe zur Berechnung können die SKOS-Richtlinien dienen.<sup>44</sup> Angewendet auf oben stehenden Sachverhalt bedeutet dies, dass vom Vermögen Alberts (insgesamt CHF 900'000) ein Freibetrag von CHF 250'000 für alleinstehende Personen abzuziehen ist.<sup>45</sup> Die daraus resultierenden CHF 650'000 sind mit einer Umwandlungsquote von 1/40 zu multiplizieren,<sup>46</sup> sodass sich ein jährlicher Vermögensverzehr von CHF 16'250 ergibt. Dieser ist Alberts Einkommen hinzuzurechnen,<sup>47</sup> was ein anzurechnendes Einkommen von CHF 166'250 ergibt. Von diesem anzurechnenden Einkommen wird eine sog. «Pauschale für gehobene Lebensführung» abgezogen.<sup>48</sup> In unserem Beispiel sind somit von den CHF 166'250 CHF 120'000 (Pauschale für Einpersonenhaushalt) abzuziehen. Die Hälfte der daraus resultierenden CHF 46'250 stellen den Maximalbetrag der zu bezahlenden Verwandtenunter-

#### AJP 2021 S. 1112, 1121

stützungspflicht dar.<sup>49</sup> Markus könnte somit jährlich bis zu CHF 23'125 von Albert fordern. Allerdings könnte er somit trotz Verwandtenunterstützungspflicht nicht die gesamten Pflegekosten (CHF 40'000) decken und müsste deshalb die Sozialhilfe um Unterstützung bitten.

### III. Problemvermeidung

#### A. Notarielle Aufklärungspflicht

Damit sich beim Hausverkauf an eines der Kinder keine Probleme ergeben, bedarf es in einem ersten Schritt überhaupt eines Problembewusstseins der beteiligten Parteien. Vorauszuschicken ist, dass ein Kauf oder eine (gemischte oder reine) Schenkung stets einer öffentlichen Beurkundung bedarf. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weist die notarielle Urkunde aufgrund der Aufklärungspflicht und der Fachkenntnis der Urkundsperson eine besonders hohe Beweiskraft auf: *«In öffentlich beurkundeten Verträgen hat der Erblasser seinem Willen Ausdruck gegeben, den Beklagten je bestimmte Grundstücke zu schenken, die später überbaut werden sollten, und die Beklagten haben daraufhin erklärt, die Schenkung dankend anzunehmen. Durch Vorlage dieser Verträge hat die Klägerin eine Schenkung bewiesen, die aus*

---

*ABSH 2006, 77 ff.; dazu Koller, [FamPra.ch 2007, 793](#)), für eine verheiratete Person mit Kindern ab 2013 rund CHF 15 000 (BezGer ZH, ZR 2016, 139 ff.). Bei lang andauernder Unterstützungspflicht oder bei höherem Alter des Belangten ist die Wohlstandsschwelle aber höher anzusetzen, um dem Recht des Pflichtigen auf Aufbau und Erhaltung einer angemessenen Altersvorsorge Rechnung zu tragen (dazu u. N 16 f.). Denn auch dem belangten Verwandten ersten Grades steht ein Anspruch auf ein dauerndes, gleich bleibendes und gesichertes Einkommen auf hohem Niveau bis an sein Lebensende zu (so i. E. eindrücklich [BGE 132 III 97 E. 3 S. 104 ff.](#)).»*

<sup>41</sup> [BGE 136 III 1 E. 4](#); [BGE 132 III 97 E. 3.2](#); BGer, [5C.186/2006](#), 21.11.2007, E. 3.2.3.

<sup>42</sup> BGer, [5C.186/2006](#), 21.11.2007, E. 5; BGer, [5C.299/2006](#), 22.6.2007, E. 4; auch die SKOS-Richtlinien gehen von einem Grenzbetrag von CHF 120'000 für alleinstehende Personen aus, vgl. Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, 4. A., Bern 2005 (zit. SKOS-Richtlinien), F.4-1 und F.4-2.

<sup>43</sup> Vgl. [BGE 136 III 1 E. 4](#); [BGE 132 III 97 E. 1](#); BSK [ZGB I-Koller](#) (FN 6), Art. 328/329 N 18.

<sup>44</sup> SKOS-Richtlinien (FN 42), F.4-1 ff., H.4-1 f. Diese sind allerdings rechtlich nicht verbindlich, vgl. BSK [ZGB I-Koller](#) (FN 6), Art. 328/329 N 17b; Thomas Koller, Wird, was lange währt, nun endlich gut?, ZESO 2009, 9 ff.

<sup>45</sup> SKOS-Richtlinien (FN 42), H.4-1.

<sup>46</sup> SKOS-Richtlinien (FN 42), H.4-1.

<sup>47</sup> SKOS-Richtlinien (FN 42), F.4-2.

<sup>48</sup> SKOS-Richtlinien (FN 42), H.4-1 f.

<sup>49</sup> SKOS-Richtlinien (FN 42), H.4-2; BSK [ZGB I-Koller](#) (FN 6), Art. 328/329 N 17a.

rechtlicher Sicht als Zuwendung im Sinne von [Art. 626 ZGB](#) zu betrachten ist [...]. Die Beklagten haben im kantonalen Verfahren dagegen eingewendet, es handle sich nicht um eine «Schenkung», sondern um die Abgeltung all der Leistungen, die sie stunden- und jahrelang im Familienbetrieb ihrer Eltern erbracht hätten. Der Appellationshof hat den Beweis dafür als nicht geleistet angesehen. Entgegen der heutigen Darstellung der Beklagten hat der Appellationshof ihnen damit nicht die Beweislast für die ausgleichspflichtige Zuwendung auferlegt, sondern für die von ihnen erhobene Einrede, dass die Vertragsparteien mit der vereinbarten Schenkung die in Wirklichkeit beabsichtigte Entschädigung für Arbeitsleistungen hätten verdecken wollen. Eine derartige Simulation hat zu beweisen, wer sie behauptet, hier also die Beklagten [...]. Eine Verletzung der bundesrechtlichen Beweislastregel ([Art. 8 ZGB](#)) liegt nicht vor.»<sup>50</sup>

Folglich obliegt den Klägern hier der Beweis, dass eine *Simulation* vorgelegen habe – und nicht bloss, dass die Familienmitglieder die im bundesgerichtlichen Urteil erwähnten Leistungen im Familienbetrieb erbracht haben. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht unlängst bestätigt: «Gewicht messen die Parteien und das Kantonsgericht dem Umstand bei, dass der Abtretungsvertrag – wie auch die spätere Begründung des Wohnrechts von demselben Notar – beurkundet wurde. Es ist in der Tat davon auszugehen, dass der beurkundende Notar, dessen Erfahrungheit und Sachkunde von keiner Partei in keinem Zeitpunkt jemals in Frage gestellt wurde, die Rechtslage genau gekannt und die Vertragsparteien pflichtgemäss darüber aufgeklärt hat (Urteil [5A 530/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2.1](#), in: [ZBGR 95/2014 S. 264](#)).»<sup>51</sup> Damit dürfte der Beweis für das Vorliegen eines simulierten Kaufes und einer dissimulierten gemischten Schenkung äusserst schwierig zu erbringen sein.

Diese Rechtsprechung zeigt deutlich, wie wichtig die notarielle Aufklärungspflicht ist. Doch kann man diese effektiv so gewissenhaft vornehmen, dass sich die bundesgerichtlichen Folgerungen rechtfertigen lassen? Es dürfte für den Notar regelmässig schwierig sein, Diskrepanzen zwischen dem Wert des Grundstücks und dem Kaufpreis überhaupt zu erkennen: Gerade diese Diskrepanz bildet jedoch den Eckpfeiler des Problems. Weiter verfügt der Notar meist über wenig bis keine Kenntnisse über die güterrechtlichen Verhältnisse der Vertragsparteien: Er weiss kaum, ob die Eheleute eine Vorschlagszuweisung vereinbart oder weitere Schenkungen vorgenommen haben. Auch kann er nicht in die Zukunft blicken und abschätzen, wie sich die Vermögenslage des künftigen Erblassers entwickelt. Er kennt oft nicht einmal dessen gegenwärtige Vermögenslage. Deshalb ist es umso wichtiger, dass der Notar die Lösungsansätze in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kennt, mit denen sich Probleme vermeiden lassen. Dazu gehören zudem denkbare Alternativen zum vergünstigten Verkauf des Hauses an eines der Kinder. Den möglichen Lösungsansätzen und den Alternativen widmen sich die nachfolgenden Gedanken.

## B. Adäquater Preis

Die einfachste Variante dürfte darin liegen, dass der Kauf zum «richtigen» Preis stattfindet. Liegen keine Unentgeltlichkeit und damit einhergehend auch kein Bewusstsein von Unentgeltlichkeit vor, kann keine *gemischte* oder und schon gar keine *reine* Schenkung vorliegen.<sup>52</sup> Die Ermittlung des «richtigen» Preises kann mit besonders hoher Autorität mittels eines unabhängigen Gutachtens erfolgen. Damit sind güterrechtliche Hinzurechnung, Ausgleichung und Herabsetzung grundsätzlich vom Tisch, eben-

### AJP 2021 S. 1112, 1122

so schenkungssteuer- und sozialversicherungsrechtliche Folgen.<sup>53</sup> Unseres Erachtens ist es angezeigt, das Faktum der unabhängigen Preisfestsetzung durch ein Wertgutachten in der notariellen Urkunde zu erwähnen. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass es oftmals selbst bei Bezahlung des realistischen Kaufpreises nicht schadet, die Eckpfeiler dieser Liegenschaftsübertragung in einem Erbvertrag mit allen übrigen künftigen Erben (insbesondere den Geschwistern des die Liegenschaft übernehmenden Kindes) abzusichern, weil sich damit allfällige spätere Diskussionen von vornherein erübrigen. Zudem wünschen die

<sup>50</sup> [BGE 131 III 49 E. 4.1.1.](#)

<sup>51</sup> [BGE 145 III 1 E. 4.2.](#)

<sup>52</sup> [BGE 145 III 1 E. 3.](#)

<sup>53</sup> Martin Eggel, Beständigkeit von der Erbteilung zugrunde gelegten Verkehrswertgutachten in späteren Auseinandersetzungen, [successio 2017, 4 ff.](#), 13, FN 69: «Hat der Erblasser einen unabhängigen Schätzer beigezogen und gestützt auf die von diesem ermittelten Verkehrswerte bestimmte Vermögensgegenstände entgeltlich zu ebendiesen Werten zu Lebzeiten an einen Erben übertragen (Kaufvertrag), so dürfte eine Schenkungsabsicht schwerlich nachzuweisen sein. Diesfalls wäre von der beweisbelasteten Partei zu zeigen, dass der Erblasser das Gutachten als qualifiziert falsch betrachtet und gleichwohl – zwecks Begünstigung des erwerbenden Erben – der Übertragung zugrunde gelegt hat. Das private Gutachten hat aber – soweit nicht alle Erben es als verbindlich akzeptieren würden – keine präjudizierende Wirkung bezüglich der Wertfeststellung und damit der Bestimmung des objektiven Elements der Wertdifferenz in späteren erbrechtlichen Verfahren.»



Eltern oft, ein Vorkaufsrecht und v.a. ein Gewinnanteilsrecht für die Geschwister festzuhalten, was idealerweise ebenfalls in einem Erbvertrag geschieht.<sup>54</sup>

## C. Darlehen

Kann sich das Kind die Baute zum wirklichen Wert nicht leisten, liegt ein Darlehen auf der Hand. Denkbar ist es, einen Teil des Kaufpreises *stehen zu lassen*, d.h. den eigentlich fälligen Kaufpreis ganz oder teilweise als Darlehen zu gewähren und damit zu stunden. *Muss man dies beurkunden?* An sich wäre die Stundung für das ganze Geschäft sehr wesentlich.<sup>55</sup> Formvorschriften sind jedoch restriktiv zu handhaben (vgl. [Art. 11 Abs. 1 OR](#)). Es gibt keine Formvorschriften für ein Darlehen, sondern nur für den Grundstückskauf. Wenn das Darlehen das grundstückskaufrechtliche Synallagma nicht erfasst, bedarf es keiner Beurkundung. Die Vereinbarung eines *marktüblichen Darlehens* ist deshalb vom Formzwang nicht erfasst. Nur ein *marktunüblich* tief- oder hochverzinstes Darlehen könnte die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung des Grundstücks verändern und wäre deshalb formpflichtig.<sup>56</sup> Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch die Unterschiede zwischen zinslosen Darlehen und verzinsten Darlehen, bei denen der Darleiher auf den Zins nachträglich verzichtet. Letztere unterliegen gemäss Bundesgericht Ausgleichung und Herabsetzung, erstere nicht.<sup>57</sup>

## D. Geldschenkung

Probleme zeigen sich im Alltag, wenn das kaufwillige Kind nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, was häufig der Fall ist. Hier wäre möglich, an Stelle eines zu tief gewählten Preises die Schenkung von Geld vorzusehen, damit es nicht zur ausgleichungs- und herabsetzungsrechtlichen Anwendung der Quotenmethode bei Wertsteigerungen der Grundstücke bis zum Tod des Erblassers kommt. Bei Bargeld gilt die Nominalmethode, deren Anwendung keine Probleme schafft.<sup>58</sup> Allfällige Schenkungssteuern und sozialversicherungsrechtliche Folgen dieser Schenkung bleiben indes bestehen.

Zur Veranschaulichung dieses Unterschieds zwischen der Quotenmethode und der Nominalmethode kehren wir nochmals zum eingangs erwähnten Hauptbeispiel zurück. Jedoch überträgt Markus seinem Sohn Albert das Haus nun nicht im Rahmen einer gemischten Schenkung, sondern schenkt ihm im Jahr 2016 in bar den Betrag von CHF 200'000. Anschliessend kauft Albert das Haus mit Hilfe der geschenkten CHF 200'000 sowie mit CHF 200'000 aus seinem Ersparten (total somit CHF 400'000). Auf diese Weise haben alle drei Kinder von Markus je CHF 200'000 erhalten.

Die Unterschiede zeigen sich erst im Todesfall von Markus. An der güterrechtlichen Auseinandersetzung ändert sich nichts – denn auch hier ist davon auszugehen, dass Franziska den Schenkungen zugestimmt hat und somit keine güterrechtliche Hinzurechnung nach [Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB](#) vorzunehmen ist. Somit beträgt der reine Nachlass wie im Hauptbeispiel CHF 450'000 (CHF 300'000 Errungenschaft + CHF 150'000 Eigen-

### AJP 2021 S. 1112, 1123

gut). Zur Bestimmung der Teilungsmasse sind die lebzeitigen Schenkungen an die drei Kinder hinzuzurechnen (je CHF 200'000). Dies ergibt einen Betrag von CHF 1'050'000. Unberücksichtigt bleiben kann, dass das verkaufte Haus eine Wertsteigerung erfahren hat. Denn in dieser Variante hat Albert den ganzen Verkehrswert des Hauses bezahlt, womit mit Bezug auf das Haus keine unentgeltliche Zuwendung vorliegt – auch keine gemischte Schenkung.

Im Ergebnis beträgt die Teilungsmasse in der Variante mit der Geldschenkung an Albert CHF 200'000 weniger als im Ausgangsbeispiel (CHF 1'050'000 anstatt CHF 1'250'000). Entsprechend fallen auch die Erbteile kleiner aus: Ehegattin Franziska erhält gemäss [Art. 462 Ziff. 1 ZGB](#) die Hälfte des Nachlasses, d.h.

<sup>54</sup> Anders als ein Vorkaufsrecht lässt sich ein Gewinnanteilsrecht nicht im Grundbuch eintragen.

<sup>55</sup> Vgl. [BGE 113 II 402 E. 2a](#).

<sup>56</sup> Vgl. [BGE 113 II 402 E. 2c](#): «Im vorliegenden Fall hat das Darlehen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des bedingten Kaufvertrages nicht berührt. Insbesondere ist es zu marktüblichen Bedingungen gewährt worden, was die Annahme ausschliesst, der Darleiher habe durch einen tiefen Zinssatz eine zusätzliche Leistung im Rahmen des Kaufvertrages erbracht. Die Hoffnung des Borgers, gegebenenfalls durch geschickte Geldanlage seinerseits einen höheren Zins zu erwirtschaften, berührt die Gegenleistung des Käufers nicht, da sie ausserhalb jeder kaufrechtlichen Zuwendung steht.»

<sup>57</sup> Vgl. [BGE 136 III 305 E. 3.2.2](#) und die Kritik dazu bei Paul Eitel, Gewährung unverzinslicher Darlehen als herabsetzbare Zuwendung (Art. 527 Ziff. 1 und 4 [ZGB](#))?, [successio 2012, 45 ff., N 23](#).

<sup>58</sup> BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 630 N 4.

CHF 525'000. Die drei Kinder erhalten je  $\frac{1}{6}$  ([Art. 457 Abs. 2 ZGB](#)), d.h. CHF 175'000. Während die Erbteile aller drei Kinder durch die lebzeitigen Schenkungen gedeckt sind, fehlen für Franziska CHF 75'000 (CHF 450'000 – CHF 525'000). Diese Summe ist anteilmässig durch die drei Kinder auszugleichen (je CHF 25'000). An dieser Stelle zeigt sich die grosse Differenz zum Ausgangsbeispiel, in welchem Albert eine gemischte Schenkung mit nachträglich eingetretener Wertsteigerung ausgleichen muss: Beim Ausgangsbeispiel fehlten für Franziska CHF 175'000 und für Beata und Carlo je CHF 8333.35 (je CHF 200'000 haben sie bereits als Vorbezug erhalten), damit sie auf ihre Erbteile kommen. Bezahlen musste diese Summe von total CHF 191'166.65 vollumfänglich Albert. Durch die Wahl der Barschenkung spart Albert folglich CHF 166'666.65.

In der Literatur gibt es nur wenige Stimmen, die die Anwendung der Quotenmethode selbst für Geldschenkungen erwägen, die im Hinblick auf den Erwerb eines bestimmten Objekts erfolgen.<sup>59</sup>

## E. Ausgleichungsdispens

Schenkt ein Elternteil einem seiner Kindern zu Lebzeiten ein Haus mit Ausstattungscharakter, gilt nach [Art. 626 Abs. 2 ZGB](#) die Vermutung, dass diese Zuwendung auszugleichen ist.<sup>60</sup> Soll die Ausgleichungspflicht – und somit auch die Anwendung der Quotenmethode bei Wertsteigerung des Grundstücks – jedoch vermieden werden, kann der Erblasser *einseitig von dieser Pflicht dispensieren*.<sup>61</sup> Einen solchen Ausgleichungsdispens kann er formfrei verfügen.<sup>62</sup> Der Dispens muss aber in jedem Fall ausdrücklich sein.<sup>63</sup> Der Dispens kann als einseitige Anordnung oder als bindende Vereinbarung erfolgen.<sup>64</sup>

Der Dispens befreit jedoch nicht von allfälligen Schenkungssteuern und sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer Schenkung. Mit dem Bundesgericht ist zudem davon auszugehen, dass der Erblasser mit dem Ausgleichungsdispens nicht von einer allfälligen Herabsetzungspflicht nach [Art. 522 ZGB](#) befreien kann.<sup>65</sup>

Angewendet auf das eingangs erwähnte Hauptbeispiel bedeutet dies, was folgt: Möchte Markus seinen Sohn Albert von der Ausgleichungspflicht bezüglich des teilweise geschenkten Hauses befreien, kann er das zu seinen Lebzeiten so verfügen. Bei seinem Tod beträgt der reine Nachlass nach Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung CHF 450'000 (CHF 300'000 Errungenschaft + CHF 150'000 Eigengut). Zu diesen CHF 450'000 sind die beiden ausgleichungspflichtigen Barschenkungen an Beata und Carlo hinzuzuzählen (je CHF 200'000).

### AJP 2021 S. 1112, 1124

Die gemischte Schenkung an Albert ist nicht anzurechnen, weshalb auch die Wertsteigerung des Grundstücks keine Berücksichtigung findet. Somit ergibt sich eine Teilungsmasse von CHF 850'000 (CHF 450'000 + CHF 200'000 + CHF 200'000). Die Ehefrau Franziska erhält nach [Art. 462 Ziff. 1 ZGB](#) die Hälfte der Teilungsmasse, d.h. CHF 425'000. Die Kinder erhalten je  $\frac{1}{6}$ , d.h. CHF 141'666.667. Franziska erhält ihren Anteil aus dem reinen Nachlass ausbezahlt. Albert erhält CHF 25'000 aus dem reinen Nachlass

<sup>59</sup> Vgl. die Angaben bei BK-Eitel (FN 15), [Art. 628 ZGB](#) N 36: «*Besonders betont wird, eine Surrogation müsse jedenfalls dann stattfinden, wenn ein Geldbetrag oder Wertpapiere schon in der Meinung zugewendet wurden, dass bestimmte Sachwerte daraus erworben werden sollen*» (Druey, a.a.O.; vgl. auch Jaun, S. 102 ff. [sowie das Beispiel soeben in N. 23]; ferner ZR 39/1940, Nr. 117, S. 265 sowie N. 94 a.E. zu Art. 626). Bis vor kurzem hat die Lehre allerdings die Anwendbarkeit des Surrogationsgrundsatzes im vorliegenden Zusammenhang verneint (vgl. Escher, N. 9; Tuor/Piccononi, N. 2, 18; [ZGB-Forni/Piatti](#), N. 5 zu Art. 630; Piotet, SPR IV/1, S. 316, 328; Keller, S. 55; implizit auch Brückner, N. 180; Seeberger, S. 284); für eine Surrogation Stéphanie Spahr, Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales, Diss. Freiburg 1994, 218 f.

<sup>60</sup> Vgl. zur Diskussion, ob nur unentgeltliche Zuwendungen mit Ausstattungscharakter oder alle Zuwendungen (ev. erst ab einem gewissen Betrag) unter die Ausgleichung nach [Art. 626 Abs. 2 ZGB](#) fallen (Versorgungs- vs. Schenkungskollation), BK-Eitel (FN 15), [Art. 626 ZGB](#) N 76 ff.

<sup>61</sup> [BGE 118 II 282 E. 3](#); [BGE 77 II 228 E. 3a](#); [BGE 69 II 71 E. 2](#); BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 626 N 18; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, § 7 N 48. A.M. Peter Weimar, Zehn Thesen zur erbrechtlichen Ausgleichung, in: Peter Gauch et al. (Hrsg.), Familie und Recht – Familie et Droit, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard der zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 833 ff., 836 f.

<sup>62</sup> [BGE 118 II 282 E. 3](#); Regina E. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, Unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. A., Bern 2007, N 08.31; BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 626 N 18; Druey (FN 61), § 7 N 52.

<sup>63</sup> [Art. 626 Abs. 2 ZGB](#); BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 626 N 19.

<sup>64</sup> Vgl. dazu BGer, [5C.202/2006](#), 16.2.2007, E. 2.4, 3.2; [BGE 118 II 282 E. 3](#).

<sup>65</sup> Sog. objektive Auslegung, vgl. [BGE 126 III 171 E. 3a](#); [BGE 116 II 667 E. 2a](#) m.w.H.; a.M. Paul Piotet, Des libéralités réductibles selon l'art. 527 ch. 1 CC, [JdT 1992 I, 347 ff.](#)

und je CHF 58'333.334 von Beata und Carlo, welche diesen Betrag von ihrem jeweiligen Vorempfang zurückbezahlen müssen.

Zum Schluss ist zu kontrollieren, ob alle Pflichtteile der erbberechtigten Personen gedeckt sind. Dazu ist die Pflichtteilsberechnungsmasse zu berechnen. Diese ergibt sich, indem man die herabsetzungspflichtige Zuwendung – hier den unentgeltlichen Teil der Grundstücksveräußerung inkl. Wertsteigerung – zur Teilungsmasse addiert.<sup>66</sup> Der unentgeltliche Teil der Grundstücksveräußerung berechnet sich nach der Quotenmethode:  $\text{CHF } [800'000 \times \text{CHF } 200'000] / \text{CHF } 400'000 = \text{CHF } 400'000$ . Somit umfasst die Pflichtteilsberechnungsmasse CHF 1'250'000 (CHF 850'000 + CHF 400'000). Der Pflichtteil von Ehegattin Franziska umfasst  $\frac{1}{4}$  (die Hälfte von  $\frac{1}{2}$ ), d.h. CHF 312'500. Die Pflichtteile der drei Kinder betragen je  $\frac{1}{8}$  ( $\frac{3}{4}$  von  $\frac{1}{6}$ ), d.h. je CHF 156'250.

Während Franziska und Albert somit ihren Pflichtteil erhalten haben, liegt der Erbteil von Beata und Carlo, nach Ausgleichung ihrer Zuwendung, nur noch bei je CHF 141'666.667, was je CHF 14'583.333 unter ihrem Pflichtteil liegt. Diesen Fehlbetrag können sie mittels einer Herabsetzungsklage gegen Albert geltend machen, ausser man ziehe für die Reihenfolge der Herabsetzung auch den Intestaterwerb heran, wie dies ein Teil der Lehre befürwortet.<sup>67</sup> Die Zahlen berechnen sich ohne Berücksichtigung des Intestaterwerbs wie folgt: Albert hat seinen Geschwistern je CHF 14'583.333 zu bezahlen, d.h. insgesamt CHF 29'166.666.

Mit Berücksichtigung des Intestaterwerbs ändert sich die Herabsetzungsreihenfolge insofern, als erstens der Intestaterwerb, zweitens die Verfügungen von Todes wegen und drittens die Zuwendungen unter Lebenden herabzusetzen sind – wie dies auch das kommende Erbrecht vorsieht (Art. 522 Abs. 1 des revidierten ZGB).<sup>68</sup> Im vorliegenden Beispiel liegt keine Verfügung von Todes wegen von Markus vor, weshalb seine Frau Franziska und die Kinder je ihren gesetzlichen Erbanteil erhalten (Intestaterwerb). Beata und Carlo können somit ihre Herabsetzungsklage gegen Franziska und Albert richten. Während Franziskas Intestaterwerb CHF 425'000 beträgt, umfasst dieser von Albert nur CHF 141'666.667, d.h. dreimal weniger. Beata und Carlo können somit den ihnen fehlenden Betrag über CHF 29'166.667 zu  $\frac{3}{4}$  von Franziska verlangen, was CHF 21'876 entspricht.  $\frac{1}{4}$  können sie zudem von Albert fordern (CHF 7291.667). Nicht zu berücksichtigen ist dabei der Ausgleichsdispens an Albert, da dieser als Verfügung von Todes wegen<sup>69</sup> erst an zweiter Stelle herabsetzungspflichtig wäre und bereits die Summe der Intestaterwerbe ausreicht, um die Pflichtteilsverletzung von Beata und Carlo auszugleichen.

## F. Erbvertrag und Vertrag über eine künftige Erbschaft

### 1. Erbvertrag

Wer eine gemischte Schenkung vornehmen will und dabei *Ausgleichung und Herabsetzung* sicher ausschliessen möchte, sollte einen Erbvertrag mit allen künftigen Erben abschliessen. Die Form des Erbvertrages ist in [Art. 512 ZGB](#) geregelt, der eine *öffentliche letztwillige Verfügung mit zwei Zeugen* vorsieht.

Erlangt eine Veräußerung eines Grundstücks mit öffentlicher Beurkundung, bei der sich die anderen Erben mit dem Preis in der öffentlichen Urkunde einverstanden erklären, ebenfalls Gültigkeit bezüglich der Herabsetzung? Die öffentliche Beurkundung liegt vor, nicht aber die qualifizierte Beurkundung gemäss [Art. 512 ZGB](#). Es liegt nahe, dass solche Erklärungen dazu dienen, die entsprechenden Vorgänge erbrechtlich vergessen zu lassen. Dazu Eitel: *«Dies vorausgesetzt, erscheint es nicht als ausgeschlossen, die Ausnahme von der formlosen Gültigkeit von Erklärungen über den Verzicht auf eventuelle Ausgleichungsansprüche auf Erklärungen über den Verzicht*

AJP 2021 S. 1112, 1125

<sup>66</sup> KGer SG, BO.2017.36, 19.2.2019, E. 4a/aa.

<sup>67</sup> Vgl. Felix Kobel/Roland Fankhauser, [successio 2007, 168 ff.](#); Nathalie Möri, Durchführung der Herabsetzung nach [Art. 532 ZGB](#), insbesondere bei gewöhnlichen Schenkungen, Schenkungsversprechen und frei widerruflichen Schenkungen, [AJP 2016, 803 ff.](#), 806; Peter Weimar, Die vermeintliche Herabsetzbarkeit gesetzlicher Erbrechte, [successio 2008, 9 ff.](#)

<sup>68</sup> BBI 2020 9925; de lege lata Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Vorschriften und der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, [Art. 181–220 ZGB](#), Bern 1992, [Art. 216 ZGB](#) N 46; Paul-Henri Steinauer, Le droit des successions, 2. A., Bern 2015, N 836; Paul Piotet, Erbrecht, SPR IV/1, Basel 1978, 500.

<sup>69</sup> BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 626 N 18; Paul Eitel, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung, Habil. Bern 1998, 105. A.M. Weimar (FN 61), 837.



auf eventuelle Herabsetzungsansprüche auszudehnen, sodass auf solche Verzichte auch unter dem Titel der Herabsetzung nicht gleichsam doch nochmals zurückgekommen werden könnte. Eine solche Erweiterung läge wohl auch auf der «Generallinie» der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche die Tragweite der erbrechtlichen Formvorschriften sukzessive relativiert. Indessen ist nicht zu verkennen, dass pflichtteilsberechtigte Erben aufgrund entsprechender Vereinbarungen sogar völlig leer ausgehen können, nämlich dann, wenn der Erblasser überhaupt nichts hinterlässt und der Zuwendungsempfänger von einem Totalverzicht nicht nur auf den Ausgleichsanspruch, sondern auch auf den herabsetzungsrechtlichen Rückleistungsanspruch nach [Art. 528 Abs. 1 ZGB](#) profitiert. Daher rechtfertigt es sich m.E. letztlich gleichwohl nicht, Erklärungen, welche anlässlich der Ausrichtung lebzeitiger Zuwendungen ohne Einhaltung der Formvorschriften gemäss [Art. 512 ZGB](#) abgegeben werden, sogar auch bezogen auf den Verzicht auf Herabsetzungsansprüche als formgültig zu qualifizieren.»<sup>70</sup>

Folgende Punkte könnte man in einem Erbvertrag regeln:

- Verzicht (im erforderlichen Ausmass) auf die Pflichtteilsrechte, wobei der Verzicht ebenfalls für die Nachkommen der Verzichtenden gilt. Damit erhöht sich die verfügbare Quote, da der Verzichtende bei der Feststellung der Pflichtteilberechnungsmasse mitgezählt wird.<sup>71</sup> Die Wirkung für die Nachkommen müsste man im Übrigen nicht explizit festhalten, da das Gesetz diese vermutet ([Art. 495 Abs. 3 ZGB](#)).
- Verbindliche Anrechnungswerte für die Ausgleichung<sup>72</sup> – unabhängig vom effektiven heutigen Wert des Grundstücks und einer allenfalls später eintretenden Wertsteigerung. Damit bleibt auch die Quotenmethode aussen vor.<sup>73</sup>
- Erbkauf.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> Eitel (FN 16), 475.

<sup>71</sup> BSK [ZGB](#) II-Breitschmid/Bornhauser (FN 10), Art. 495 N 12: «Mit dem Erbverzicht erweitert sich die verfügbare Quote und damit der Gestaltungsspielraum des Erblassers, da bei der Berechnung der Pflichtteilsquoten der verbleibenden Erben der Verzichtende mitgezählt wird (BGE 50 II 450 ff., 458 E. 4)»; BSK [ZGB](#) II-Staehelin (FN 10), Art. 470 N 17: «Ein Erbverzicht wirkt vermuthungsweise auch zu Lasten der Nachkommen des Verzichtenden (Art. 495 Abs. 3). Gemäss h. L. wirkt dann der Verzicht zu Gunsten der freien Quote, der Verzichtende wird bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Erben mitgezählt, wie wenn er den Verzicht nicht erklärt hätte (BGE 50 II 458; ZK-Escher, Vor Art. 470–480 N 21; BK-Weimar, N 10 ff.; P. Piotet, SPR IV/1, 456; Druet, Erbrecht, § 10 N 28; Vital, 174; Brühlmeier, 101; PraxKomm Erbrecht-Nertz, N 20; a. M. BK-Tuor, N 23 f.). Dies gilt sowohl bei einem entgeltlichen, wie auch bei einem unentgeltlichen Erbverzicht (ZK-Escher, Vor Art. 470–480 N 21; P. Piotet, SPR IV/1, 456 f.; PraxKomm Erbrecht-Nertz, N 20; a. M. F. Schiller, 48; ZK-Escher, 2. Aufl., welche den unentgeltlichen Erbverzicht der Ausschlagung gleichstellten). Beim entgeltlichen Erbverzicht geht jedoch die Gegenleistung, welche der Herabsetzung unterliegt (Art. 527 Ziff. 2) und zum Nachlass hinzugerechnet werden muss (Art. 475) in dem Umfang zu Lasten der freien Quote, wie sie dem Pflichtteil des Verzichtenden entspricht (Art. 535 Abs. 2; P. Piotet, SPR IV/1, 456; CS-Roussianos/Auberson, N 8). Wirkt der Verzicht nicht zu Lasten der Nachkommen des Verzichtenden, so erhalten diese ihre eigenen Pflichtteile (BK-Weimar, 11; CS-Roussianos/Auberson, N 8)»; BGE 50 II 450 E. 4: «Der Pflichtteil des Verzichtenden kann nun nicht anders ermittelt werden, als dass dieser schon bei der Berechnung der gesetzlichen Erbansprüche mitgezählt wird; dadurch werden aber notwendigerweise die gesetzlichen Erbansprüche und damit auch die Pflichtteile der (übrigen) Erben reduziert, mindestens mit Wirkung für die Herabsetzungsklage gegen den Verzichtenden.»

<sup>72</sup> Vgl. BSK [ZGB](#) II-Forni/Piatti (FN 10), Art. 630 N 1: «Art. 630 regelt den für die Bewertung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen massgebenden Zeitpunkt. Er ist aber dispositiver Natur und der Erblasser kann einen anderen massgebenden Moment für die Schätzung vorschreiben (ZK-Escher, N 3; BK-Tuor/Picenoni, N 6, BK-Eitel, N 8). Über die dem Erblasser zustehenden Möglichkeiten bezüglich der Bewertung der ausgleichungspflichtigen Zuwendung und des Zeitpunktes zu deren Vornahme, vgl. eingehend Spahr (FS Steinauer, 57). Legt der Erblasser den Anrechnungswert auf eine konkrete Geldsumme fest, ist eine davon abweichende Berechnung grundsätzlich ausgeschlossen (BGer, 7. 5. 2003, [5C.60/2003](#), betreffend eine Liegenschaftsabtretung). Die Anordnung eines festen Betrages, der unter dem Wert der Zuwendung liegt, kann einem Ausgleichsdispens gleichkommen. Übersteigt der Betrag den Schätzungswert, kann der ausgleichungspflichtige Erbe die Herabsetzung verlangen, sofern sein Pflichtteil verletzt ist (Spahr, a. a. O.). Nach dem Gesetz wird der Wert der Zuwendung, wenn sie noch vorhanden ist, im Zeitpunkt des Erbanges ermittelt. Ist der Vorempfang dagegen vor dem Erbgang veräussert (u. U. auch zwangsveräussert) worden, ist der erzielte Erlös für die Ausgleichung massgebend.»

<sup>73</sup> BGer, [5C.60/2003](#), 7.5.2003, E.3.2.2: «Somit kann der auszugleichende Anrechnungswert nicht nach der sogenannten Quotenmethode berechnet werden, wie es der Beklagte verlangt. Zwar trifft zu, dass das Bundesgericht den Anrechnungswert bei gemischten Schenkungen nach dieser Methode berechnet ([BGE 98 II 352 E. 5 S. 359 ff.; 120 II 417 E. 4b S. 422](#)). Dies setzt aber bei der Ausgleichung voraus, dass der Erblasser die Berechnungsmethode nicht bereits selber festgelegt hat. Da im vorliegenden Fall die Erblasserin den auszugleichenden Anrechnungswert mit einem konkreten Betrag angegeben hat, bleibt für eine abweichende Berechnung kein Platz mehr. Damit kann auch offen bleiben, in welchem Umfang die Abtretung der Liegenschaften tatsächlich unentgeltlich erfolgt ist (Paul Eitel, Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniesungsvorbehalt, [recht 1/1996 S. 42](#)).»

<sup>74</sup> Dieser bewirkt eine Vergrösserung der verfügbaren Quote, da die Pflichtteilberechnungsmasse unter Berücksichtigung auch des verzichtenden Erben erfolgt, vgl. BSK [ZGB](#) II-Breitschmid/Bornhauser (FN 10), Art. 495



- Vorausverzicht auf Herabsetzung bei Vorliegen eines Ausgleichungsdispenses.
- Gewinnanteilsrechte bei einem Verkauf in naher Zukunft (für maximal 25 Jahre begründbar).

AJP 2021 S. 1112, 1126

•Vorkaufs- und Grundpfandrechte, oftmals auch oder ausschliesslich zur Sicherung des Gewinnanteils. Bei einem limitierten Vorkaufsrecht muss der Vorkaufsberechtigte nicht den Preis bezahlen, welchen der Dritte (Kaufinteressent) bietet, sondern einen von Beginn weg definierten Preis ([Art. 216 Abs. 2 und 3 OR](#); deshalb ist eine öffentliche Beurkundung<sup>75</sup> zwecks Übereilungsschutz notwendig).

## 2. Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft

Ebenfalls denkbar wäre die Verwendung des Vertrags über eine noch nicht angefallene Erbschaft ([Art. 636 Abs. 2 ZGB](#) e contrario),<sup>76</sup> kombiniert mit dem Verkauf der Liegenschaft und einem Erbvorbezug in Höhe des Kaufpreises. Im Vertrag über die noch nicht angefallene Erbschaft erklären sich die Geschwister mit dem Übernahmepreis einverstanden. Zur Form dieses Vertrags äussert sich [Art. 636 ZGB](#) nicht. Da der Vertrag dieselben Wirkungen wie der Vertrag gemäss [Art. 635 Abs. 2 ZGB](#) (Vertrag über angefallene Erbanteile) zeitigt, ist die Einhaltung der Schriftform gemäss [Art. 635 Abs. 1 ZGB](#) erforderlich.<sup>77</sup> Im Zusammenhang mit Grundstücksübertragungen ist jedoch ohnehin die öffentliche Beurkundung notwendig, die sich auf den zusammenhängenden Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft erstreckt. Hat der Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft bezüglich der Pflichtteile eine bindende Wirkung? Im Hinblick auf die oben geäusserten Ansichten ist dies zweifelhaft. Es verbleibt damit klarerweise das Risiko einer späteren Anfechtung, weshalb von dieser Lösung wohl abzuraten ist.

## G. Nutzniessung und Wohnrecht

Möchten die Eltern das Haus zu Lebzeiten an die Kinder übertragen, aber weiterhin darin wohnen, ist es möglich, dass sie sich bei der Veräusserung die Nutzniessung oder ein Wohnrecht vorbehalten. Die vertragliche Errichtung beider Nutzungsformen setzt bei Grundstücken eine öffentliche Beurkundung (bspw. mittels Erbvertrags) sowie einen Eintrag ins Grundbuch voraus.<sup>78</sup> Die Kinder und die Eltern können sowohl bei der Nutzniessung als auch beim Wohnrecht vereinbaren, dass dieses bis zum Tode beider Eltern andauert.<sup>79</sup> Vorteilhaft ist, dass beide Dienstbarkeiten auch nur an einem Teil des Hauses erfassen können; so kann bspw. die Dachgeschosswohnung den Eltern zur Nutzung überlassen werden, während die Kinder den Rest des Hauses beanspruchen.<sup>80</sup>

---

N 12.

- <sup>75</sup> BSK [OR](#) I-Fasel, Art. 216 N 24, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019: «Der Vorkaufsvertrag [...] kann den Preis des Grundstücks im Vorkaufsfall bereits definieren (limitiertes Vorkaufsrecht) oder offen lassen und von dem Preis abhängig machen, den ein Dritter im Vorkaufsfall bezahlen würde (nicht limitiertes, auch: Unlimitiertes Vorkaufsrecht). Es bleibt im Zeitpunkt der Vereinbarung eines Vorkaufsgeschäftes offen, ob es jemals zu diesem Vorkaufsfall kommt. Juristisch ist das Vorkaufsrecht das Recht, durch einseitige Erklärung einen Kaufvertrag für den Fall zustande zu bringen, dass der Grundeigentümer das Grundstück gültig an einen Dritten verkauft. Anders als beim Kaufs- und Rückkaufsrecht liegt die Entscheidung beim Grundeigentümer.»
- <sup>76</sup> BSK [ZGB](#) II-Schaukelberger/Keller Lüscher (FN 10), Art. 636 N 1: «Während Art. 635 die Verfügung über einen bereits angefallenen Erbanteil – d. h. nach Eröffnung des Erbanges (Art. 537 Abs. 1) – regelt, befasst sich Art. 636 mit dem Fall, in welchem über die «noch nicht angefallene» Erbschaft bereits zu Lebzeiten des künftigen Erblassers verfügt werden soll. Das Gesetz erachtet solche Verträge grundsätzlich als sittenwidrig und daher unverbindlich (Abs. 1), lässt sie aber ausnahmsweise dann zu, wenn der künftige Erblasser dem Vertrag zugestimmt hat.»
- <sup>77</sup> BSK [ZGB](#) II-Schaukelberger/Keller Lüscher (FN 10), Art. 636 N 5: «Art. 636 sagt nichts über die Form solcher Verträge aus. Der Vertrag i.S.v. Art. 636 erzeugt jedoch praktisch die gleichen Rechtswirkungen wie sie Verträgen nach Art. 635 Abs. 2 zukommen. Nach Lehre und Praxis bedarf daher auch der Vertrag i.S.v. Art. 636 – das Einverständnis des Erblassers vorausgesetzt (N 8 f.) – der Schriftform (vgl. [BGE 98 II 281, 285 f.](#)).»
- <sup>78</sup> Art. 746 Abs. 1 und Art. 776 Abs. 3 i.V.m. [Art. 746 ZGB](#); BSK [ZGB](#) II-Müller (FN 10), Art. 746 N 2 f.; BSK [ZGB](#) II-Mooser, Art. 776 N 20 f. und 30.
- <sup>79</sup> «Rente auf das längere Leben»; sofern die Eltern altersbedingt nicht früher in eine altersgerechte Institution einziehen möchten (vgl. [BGE 116 II 281 E. 4a](#)). Mit dem Tode der nutznießungsberechtigten Personen endigen die Nutzniessung ([Art. 749 Abs. 1 ZGB](#)) und das Wohnrecht ([Art. 776 Abs. 2 ZGB](#)).
- <sup>80</sup> [Art. 745 Abs. 3 und Art. 776 Abs. 1 ZGB](#). Besteht das Wohnrecht ausschliesslich an einem Teil eines Hauses, dürfen die gemeinschaftlichen Einrichtungen mitbenutzt werden. Möglich ist es ebenfalls, das Wohnrecht nicht ausschliesslich, sondern als ein mit den Kindern gemeinsames auszugestalten ([Art. 778 ZGB](#)) oder dass die Kinder sich ein Benutzungsrecht am mit der Nutzniessung belasteten Grundstück einräumen (vgl. [BGE 116 II 281 E. 4b](#)).

Eine Nutzniessung verleiht den berechtigten Personen den vollen Genuss, d.h. Besitz, Gebrauch und Nutzung, am Grundstück oder an einem Teil davon ([Art. 745 ff. ZGB](#)).<sup>81</sup> Die nutzungsberechtigten Eltern können das Grundstück entsprechend nicht nur selbst bewohnen, sondern bspw. auch vermieten und zudem die Früchte (Mietzinse etc.) beanspruchen.<sup>82</sup> Diese Einnahmen kön-

#### AJP 2021 S. 1112, 1127

nen folglich den Eltern selbst dann noch dienen, wenn sie in ein Altersheim ziehen. Umgekehrt sind die Eltern als Nutzniesser verpflichtet, die Sache zu verwalten und die Kosten für den gewöhnlichen Unterhalt und die Bewirtschaftung zu tragen ([Art. 755 und 764 f. ZGB](#)). Ebenso bezahlen sie die periodischen Steuern und Abgaben sowie die Zinsen einer auf dem Grundstück haftenden Hypothekarschuld.<sup>83</sup> Den Kindern verbleibt das *nackte Eigentum* am Haus. Das Wohnrecht ([Art. 776 ff. ZGB](#)) schliesst demgegenüber lediglich die Befugnis ein, das Haus oder einen Teil davon zu bewohnen und ist somit im Umfang der Nutzung beschränkt. Die Eltern dürfen weder das Wohnrecht noch dessen Ausübung übertragen und das Haus entsprechend nicht vermieten.<sup>84</sup> Ebenso dürfen sie keine Früchte in Anspruch nehmen.<sup>85</sup> Beim Wohnrecht tragen die Eltern die Kosten des gewöhnlichen Unterhalts. Demgegenüber müssen sie nicht für allfällige Hypothekarzinsen, Steuern und Abgaben und dergleichen aufkommen, sofern keine andere Kostentragung vereinbart wird.<sup>86</sup>

Da das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Bestellung einer solchen Personaldienstbarkeit als «*Gegenleistung für die Eigentumsübertragung zu betrachten ist und eine den Verkehrswert der übernommenen Liegenschaft mindernde Belastung bedeutet*»,<sup>87</sup> liegt eine gemischte Schenkung vor, wenn das Haus unentgeltlich, aber mit Vorbehalt einer solchen (ebenfalls unentgeltlichen) Dienstbarkeit übertragen wird.<sup>88</sup> Die Kinder müssen folglich weniger Vermögen zur Ausgleichung resp. Herabsetzung bringen. Der jährliche Ertrag der Dienstbarkeit wird dabei kapitalisiert und vom Verkehrswert des unbelasteten Grundstücks abgezogen.<sup>89</sup> Der Kapitalisierungsfaktor kann den Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle/Schaetzle/Weber entnommen werden.<sup>90</sup>

Daraus ergibt sich für unser Beispiel Folgendes: Markus überträgt das in seinem Alleineigentum stehende Haus seinem Sohn Albert, unter Vorbehalt einer unentgeltlichen lebenslänglichen Nutzniessung für ihn und seine Frau. Markus und Franziska sind im Zeitpunkt der Übertragung der Liegenschaft beide 70-jährig; das Haus hat zum Zeitpunkt des Verkaufs (2016) einen Verkehrswert von CHF 400'000 und einen jährlichen Nettoertrag von CHF 10'000. Kapitalisiert man das Nutzungsrecht, erhält man einen Kapitalwert von

<sup>81</sup> [Art. 755 ZGB](#); BSK [ZGB](#) II-Müller (FN 10), Art. 745 N 13; BSK [ZGB](#) II-Müller (FN 10), Art. 755 N 5.

<sup>82</sup> [Art. 757 ZGB](#) und [Art. 758 Abs. 1 ZGB](#). Die Übertragung des Nutzniessungsanspruchs an sich ist nicht zulässig, lediglich die Übertragung der Ausübung der Nutzniessung. Zudem ist die Zuerusserung des Nutzniessungsgegenstandes durch die Nutzniessenden untersagt, vgl. CHK-Thurnherr, [Art. 745 ZGB](#) N 1, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-Verfasser).

<sup>83</sup> [Art. 765 Abs. 1 und 2 ZGB](#); [BGE 85 I 115 E. 2](#); BSK [ZGB](#) II-Müller (FN 10), Art. 765 N 2 ff. und N 5 zu den Lasten, die der Eigentümer trägt.

<sup>84</sup> [Art. 776 Abs. 2 ZGB](#); BSK [ZGB](#) II-Mooser (FN 10), Art. 776 N 4 ff.; vgl. gemäss [BGE 116 II 281 E. 4c](#) die Möglichkeit, die Ausübung mit rein obligatorischer Wirkung zu übertragen.

<sup>85</sup> BSK [ZGB](#) II-Mooser (FN 10), Art. 777 N 4.

<sup>86</sup> [Art. 778 ZGB](#); BSK [ZGB](#) II-Mooser (FN 10), Art. 778 N 2 ff.

<sup>87</sup> [BGE 145 III 1 E. 4.2](#) m.w.H. auf die Rechtsprechung. Vgl. die Kritik zum bundesgerichtlichen Entscheid in Paul Eitel, Ein «Abtretungsvertrag auf Anrechnung künftiger Erbschaft» ohne erbrechtliche Tragweite, [successio 2020, 43 ff.](#), 48 ff.

<sup>88</sup> BGer, [5A 472/2020](#), 25.2.2021, E. 9.1.3; [BGE 145 III 1 E. 4.1 ff.](#); BGer, [5A 338/2010](#), 4.10.2010, E. 9.1.2 und E. 13; vgl. auch KGer SG, BO.2017.36, 19.2.2019, E. 4c/bb/bbb, m.w.H.

<sup>89</sup> Der Kapitalwert hängt von der mutmasslichen Dauer des Rechts – folglich bspw. vom Alter der nutzungsberechtigten Person und der statistischen Lebensdauer – und den voraussichtlichen durchschnittlichen Nettoerträgen aus dem Recht während dieser Dauer – bei einer Nutzniessung resp. einem Wohnrecht grundsätzlich der Jahresmietertrag abzüglich der von den Nutzniessenden zu tragenden Aufwendungen – ab. Die Summe dieser Erträge wird schliesslich abgezinst, da sie in der Berechnung als einmaliges -Kapital und nicht als periodische Leistungen betrachtet werden. Vgl. Felix Horat, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt, Zürich 2018, 199 ff. und 226 ff.; vgl. 237 ff. zu abweichenden Lehrmeinungen; s. zudem eingehend Francesco Canonica, Die Bewertung von Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht, Bern 2016, 196 ff.

<sup>90</sup> Die Berechnung des Kapitalwertes erfolgt insgesamt ex ante zum Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit. Vgl. Wilhelm Stauffer/Theo Schaetzle/Marc Schaetzle/Stephan -Weber, Barwerttafeln und Berechnungsprogramme, 7. A., Zürich 2018. Da keine gesetzliche Regelung zur Berechnung eines Kapitalwertes besteht, werden in der Lehre teilweise auch andere Ansätze zur Berechnung des kapitalisierten Wertes vorgetragen; s. Horat (FN 89), 204 ff. m.w.H. zu den Lehrmeinungen. Das Bundesgericht benutzt seinerseits hingegen ebenfalls die Tafeln von Stauffer et al., bspw. für die Berechnung von IV-Schäden; vgl. [BGE 123 III 115 E. 6](#); [BGE 131 III 360 E. 8.4.2](#); [BGE 86 II 154](#).

gerundet CHF 200'000.<sup>91</sup> Sie vereinbaren, dass die Übertragung des Hauses neben dem abzuziehenden Kapitalwert der Dienstbarkeit unentgeltlich erfolgt, folglich liegt eine gemischte Schenkung vor. Diese wird anlässlich der Ausgleichung resp. Herabsetzung gemäss der Quotenmethode nur hälftig zu CHF 400'000 angerechnet (vgl. Sachverhalt am Anfang).<sup>92</sup> Wird hingegen vereinbart, dass Albert

#### AJP 2021 S. 1112, 1128

CHF 200'000 als Geldleistung oder durch die Übernahme der auf dem Grundstück lastenden Hypothekarschuld erbringt und CHF 200'000 durch die Anrechnung des kapitalisierten Barwerts der Dienstbarkeit als getilgt gelten, ist dieser Übertragungsakt, da er voll entgeltlich erfolgt ist, weder ausgleichungs- noch herabsetzungsrechtlich relevant.<sup>93</sup>

Bemerkenswert ist, dass der herrschende Teil der neueren Lehre der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zustimmt. Er betrachtet die unentgeltliche Abtretung eines Grundstücks mit Einräumung (resp. Vorbehalt) einer Nutzniessung oder eines Wohnrechts als *reine* Schenkung und erblickt mithin keine Gegenleistung darin, dass das Kind den Eltern ein Nutzungsrecht einräumt.<sup>94</sup> Als Grund für die Annahme der Unentgeltlichkeit bringt die neuere Lehre vor, dass die beschenkte Person mit der Duldung des Rechts keine Gegenleistung aus eigenem Vermögen erbringe und das Grundstück bereits zu Beginn mit der Dienstbarkeit verbunden sei. Nur schon die Annahme eines zweigeteilten Geschäfts schein unpassend, da keine Übertragung des Grundstücks mit späterer Einräumung der Nutzniessung erfolge.<sup>95</sup> Zudem erlösche die Dienstbarkeit im Todeszeitpunkt der berechtigten Person, womit sich im Nachlass kein Gegenwert (mehr) befinde. Mit dem Todeszeitpunkt erhalte der neue Eigentümer schliesslich das unbelastete Grundstück, welches den vollen Wert aufweise.<sup>96</sup> Demgegenüber behandelt das Bundesgericht – im Gegensatz zu seiner erwähnten privatrechtlichen Rechtsprechungspraxis – die Einräumung einer Nutzniessung resp. eines Wohnrechts im Steuerrecht ebenfalls als unentgeltliche Leistung, aus grundsätzlich denselben Gründen.<sup>97</sup>

Die Qualifikation als reine oder gemischte Schenkung ist von grosser Bedeutung, denn sie beeinflusst die erbrechtliche Behandlung des Rechtsgeschäfts.<sup>98</sup> Gilt das eingeräumte Nutzniessungs-/Wohnrecht nicht als anzurechnende entgeltliche Gegenleistung, fällt die Quotenmethode bei der Bestimmung des Anrechnungswerts im Rahmen der Ausgleichung bzw. Herabsetzung ausser Betracht, sofern keine anderen entgeltlichen Gegenleistungen wie Barzahlungen oder die Übernahme von Hypothekarschulden erfolgen.<sup>99</sup> Daraus folgt für unser Beispiel, dass Albert das ohne Gegenleistung übertragene Grundstück in seinem vollen Werte (d.h. CHF 800'000) zur Ausgleichung resp. Herabsetzung bringen müsste.

Zu beachten bleiben ebenfalls die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen der Einräumung einer unentgeltlichen Nutzniessung resp. eines Wohnrechts. Steuerrechtlich sind die Erträge, die die

<sup>91</sup> Geht man, wie die herrschende Lehre sowie die haftpflichtrechtliche Praxis des Bundesgerichts (vgl. Horat [FN 89], 203 f. m.w.H.), von einem Kapitalzinsfuss von 3,5 % aus, ergeben sich folgende Werte gemäss Stauffer/Schaetzle/Schaetzle/Weber (FN 90): Tafel M1x (70 Jahre Markus): Faktor 14,48; Tafel M1y (70 Jahre Franziska): Faktor 15,91; total 30,39. Abzüglich Verbindungsrentenfaktor (Rente auf das längere Leben) Tafel M5xy (beide 70-jährig): 11,33 = 19,06; Korrektur des Faktors um -0,04 % (aufgrund der nichtmonatlichen Zahlungsweise) = 19,02. Finale Rechnung: Faktor 19,02 x jährlicher Nettoertrag von CHF 10'000 = Kapitalwert des Nutzungsrechts CHF 190'200. Beachte, dass der Zinsfuss kantonal verschieden ist, so beträgt er bspw. in den Kantonen St. Gallen und Zürich 3 % (vgl. für St. Gallen StB 135 Nr. 3; für Zürich Weisung ZStB 41/420), im Kanton Basel-Stadt 3,5 % (vgl. Praxisinformation der Steuerverwaltung vom 20. August 2004 zur Besteuerung von Nutzniessung und Wohnrecht bei Grundstücken des Privatvermögens), im Kanton Bern 4 % (vgl. NStP Nr. 5 1995, 67 ff.).

<sup>92</sup> [BGE 120 II 417 E. 4b](#); vgl. auch Horat (FN 89), 94 f.

<sup>93</sup> Horat (FN 89), 215 f.

<sup>94</sup> So v.a. Paul Eitel, Erbrechtliche Tragweite einer Liegenschaftsabtretung mit Nutzniessungsvorbehalt, [recht 1996, 34 ff.](#); Paul Eitel, Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung, [ZBJV 1998, 729 ff.](#), 741 f.; Paul Eitel, Eine Grundstückschenkung mit Nutzniessungsvorbehalt (Ausgleichung und Herabsetzung), [successio 2013, 68 ff.](#); BK-Eitel (FN 15), [Art. 626 ZGB](#) N 115; je m.w.H. oder bspw. Alexandra Rumo-Jungo, Nutzniessung in der Erbteilung, [successio 2011, 5 ff.](#), 15 f., und Horat (FN 89), 139 ff. und 162 ff. m.w.H. auf den Lehrstreit.

<sup>95</sup> Die gegenteilige Ansicht erachtet das Kantonsgericht gar als «praxisfremd»; vgl. Entscheid des KGer SG, BO.2017.36, 19.2.2019, E. 4c/bb/ccc/bbbb, m.w.H.

<sup>96</sup> Horat (FN 89), 181 f.; KGer SG, BO.2017.36, 19.2.2019, E. 4c/bb/ccc/dddd.

<sup>97</sup> BGer, [2C 542/2010](#) und [2C 543/2010](#), 24.11.2010, E. 2.1; [2C 256/2010](#), 6.9.2010, E. 2.2.2; [2A.535/2003](#), 28.1.2005, E. 2.6; [2A.232/2001](#), 31.1.2002, E. 2c; vgl. Horat (FN 89), 152 ff.

<sup>98</sup> Horat (FN 89), 145 ff.

<sup>99</sup> Horat (FN 89), 180 ff. Vorbehältlich des Nachweises eines Zuwendungswillens, vgl. KGer SG, BO.2017.36, 19.2.2019, E. 4c/bb/ccc/dddd.

nutzniessenden resp. wohnberechtigten Eltern erzielen, von ihnen als Einkommen zu versteuern.<sup>100</sup> Bei der Nutzniessung bezahlen die Eltern ebenfalls Vermögenssteuern auf den ganzen Wert des Nutzniessungsvermögens<sup>101</sup> sowie Verrechnungs- und Spezialsteuern auf der Liegenschaft.<sup>102</sup> Schenkungs- resp. Erbschaftssteuern fallen bei den neuen Eigentümern dann an, wenn der Kapitalwert der Nutzniessung resp. des Wohnrechts<sup>103</sup> und die allfälli-

#### AJP 2021 S. 1112, 1129

ge (Hypothekar-)Schuldübernahme als Gegenleistung für das Grundstück weniger als 75 % des Grundstückwertes betragen, somit eine gemischte Schenkung vorliegt.<sup>104</sup> Bei einer Übertragung an die Kinder entstehen hingegen i.d.R. keine Schenkungs- resp. Erbschaftssteuern, da diese bei unentgeltlichen Zuwendungen von ihren Eltern in fast allen Kantonen steuerbefreit sind.<sup>105</sup> Berücksichtigt werden müssen ferner Grundstückgewinnsteuern, sofern die Steuern aufgrund der gemischten Schenkung nicht aufgeschoben werden;<sup>106</sup> je nach Kanton ebenso Handänderungssteuern.<sup>107</sup>

Sozialversicherungsrechtlich ist wiederum zu berücksichtigen, dass der jährliche Mietwert der Nutzniessung oder des Wohnrechts bei den Eltern als Einkommen anzurechnen ist, sofern diese Ergänzungsleistungen geltend machen.<sup>108</sup> Die Einräumung der Nutzniessung als Gegenleistung der Kinder gilt zudem nur dann als adäquate Gegenleistung, wenn ihr kapitalisierter Wert nicht mehr als 10 % unter dem Steuerwert des Grundstücks liegt.<sup>109</sup> Ist ihr Wert niedriger, so wird die Übertragung zudem als Vermögensverzicht angerechnet, was allenfalls zum Ausschluss des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen führt.<sup>110</sup> Wurde das Wohneigentum der Eltern überdies mittels eines Vorbezuges der Pensionskasse finanziert, so sind sie allenfalls zur Rückerstattung verpflichtet, sofern der Vorsorgefall noch nicht eingetreten ist.<sup>111</sup> Auch eine Schenkung an die Kinder unter Vorbehalt einer Nutzniessung oder eines Wohnrechts gilt als eine der

<sup>100</sup> Als Einkommenssteuer im Rahmen der direkten Bundessteuer, [Art. 21 Abs. 1 lit. a DBG](#), sowie der jeweiligen kantonalen Steuer, [Art. 7 Abs. 1 StHG](#); Peter Locher, Art. 21 N 4 ff., in: Peter Locher (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2. A., Basel 2019; vgl. für den Kanton St. Gallen [Art. 34 Abs. 1 lit. a StG](#). Der Kapitalisierungszinsfuss ist im Kanton St. Gallen grundsätzlich 3 %; vgl. Steuerbuch 135 Nr. 2, Ziff. 5 und 6.

<sup>101</sup> [Art. 13 Abs. 2 StHG](#); vgl. für den Kanton St. Gallen [Art. 53 Abs. 2 StG](#); CHK-Thurnherr (FN 82), [Art. 745 ZGB N 7](#); Moritz Seiler, Grundstückgewinnsteuerliche Folgen der Schenkung mit Nutzniessungsvorbehalt, [ASA 80, 633 ff.](#), 650. Die Lehre ist sich indes uneinig, ob die Berechtigten ein Wohnrechtsvermögen, analog zur Nutzniessung, als steuerbares Vermögen anrechnen lassen müssen; vgl. Aebi-Müller (FN 62), 173 m.w.H. Die kantonale Rechtsprechung ist ebenfalls uneinheitlich; während der Gerichtshof des Kantons Genf mit Urteil vom 30. Oktober 2018, [ATA/1161/2018](#), entschied, dass die Vermögenssteuer beim Wohnberechtigten erhoben wird (E. 4g), vertritt der Kanton Zürich die gegenteilige Praxis, s. Merkblatt des kantonalen Steueramtes vom 6. September 2017, Stand 1. August 2017, über die steuerliche Behandlung von Nutzniessungen, Wohnrechten, Dienstbarkeiten, Grundlasten und vorgemerkten persönlichen Rechten, Ziff. 3; auch im Kanton St. Gallen versteuern die Wohnberechtigten das Vermögen nicht selbst; vgl. Art. 53 Abs. 2 StG/SG e contrario; unklar hingegen, was alles als «nutzniessungsähnlich» gilt, vgl. bspw. VGer SG, B2012/109, 4.4.2013, E. 2.4.

<sup>102</sup> BSK [ZGB II-Müller](#) (FN 10), Art. 765 N 4.

<sup>103</sup> Zu beachten ist, dass die Eltern beim Wohnrecht zwar üblicherweise weniger Kosten tragen als bei der Nutzniessung; dadurch wird allerdings auch weniger vom jährlichen Mietwert abgezogen und es resultiert ein höherer Kapitalwert. Insofern erhöhen sich unter anderem die Einkommens- und potentiellen Erbschafts- und Schenkungssteuern. Vgl. für den Kanton St. Gallen Steuerbuch 152 Nr. 1, Ziff. 1.2 und 3.

<sup>104</sup> Vgl. die Ausführungen in II.C.; Verwaltungsrekurskommission SG, I/2-2010/79, 1.4.2011, E. 2b.

<sup>105</sup> Vgl. für den Kanton St. Gallen Art. 146 Abs. 1 StG; für die anderen Kantone s. die Hinweise in den Steuerinformationen der Schweiz, Steuerkonferenz SSK, D Einzelne Steuern, Die Erbschafts- und Schenkungssteuern, Stand 1. Januar 2017, Abschnitt 6.

<sup>106</sup> Die Besteuerung wird u.a. aufgeschoben bei Eigentumswechsel durch Erbgang, Erbvorbezug oder Schenkung; vgl. für den Kanton St. Gallen Art. 130 ff. StG i.V.m. [Art. 12 Abs. 3 lit. a StHG](#). Vgl. eingehender zu den Grundstückgewinnsteuern Seiler (FN 101), 635.

<sup>107</sup> BSK [ZGB II-Müller](#) (FN 10), Art. 765 N 5; vgl. für den Kanton St. Gallen Art. 241 ff. StG.

<sup>108</sup> [Art. 11 Abs. 1 lit. b ELG](#) i.V.m. [Art. 12 ELV](#); [BGE 122 V 394 E.6](#); Wegleitung des Bundesamts für Sozialversicherungen über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL) (gültig ab 1. April 2011; Stand: 1. Januar 2020), N 3433.01 f.; Sozialversicherungsgericht Zürich, [ZL.2018.00077](#), 16.12.2019, E. 1.3; Urs Müller, in: Hans-Ulrich Stauffer/Basile Cardinaux (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum [ELG](#), 3. A., Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 11 N 309.

<sup>109</sup> S. die Ausführungen in II.D.; [BGE 122 V 394 E.4 f.](#); zu beachten ist, dass das Bundesgericht die Kapitalisierungstabellen der Eidg. Steuerverwaltung benutzt und nicht die von bspw. Stauffer/Schaetzle/Schaetzle/Weber (FN 90). Vgl. Wegleitung (FN 108), N 3483.04 f. (Berechnungsbeispiel s. Anhang 9.3); Sozialversicherungsgericht Zürich, [ZL.2018.00077](#), 16.12.2019, E. 4.5; Müller (FN 108), Art. 11 N 502.

<sup>110</sup> [Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG](#) i.V.m. 17a [ELV](#); Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich, [ZL.2018.00077](#), 16.12.2019, E. 1.3.

<sup>111</sup> [Art. 30d BVG](#).



Rückerstattungspflicht unterliegende Veräusserung,<sup>112</sup> wenn die Kinder ihrerseits nicht gesetzlich ([Art. 19 ff. BVG](#)) oder reglementarisch Begünstigte sind.<sup>113</sup>

Markus und Franziska sollten bei der Wahl, ob sie sich eine Nutzniessung oder ein Wohnrecht vorbehalten, die genannten finanziellen und steuerrechtlichen Aspekte sowie den Umfang der Befugnisse und Freiheiten des entsprechenden Nutzungsrechts in die Entscheidung einfließen lassen. Sie sollten überdies die Möglichkeit einer Praxisänderung des Bundesgerichts hinsichtlich der Bewertung als entgeltliche Gegenleistung im Hinterkopf behalten, da dies die vermögensrechtliche Situation der Kinder nach ihrem Versterben betreffen könnte.

## H. Immorente als Alternative

Möchten die Eltern gerne selbst in ihrem Haus wohnen bleiben, fehlt ihnen hierfür aber das notwendige Geld, besteht die Möglichkeit einer Immo- oder Wohnrente. Bei der Immorente wird das Grundstück nicht verkauft, sondern der Eigentümer eines meist abbezahlten oder nur schwach belasteten Hauses stößt die Hypothek auf, bezahlt die Zinsen sofort und erhält in dieser Zeit eine Rente oder das Kapital.<sup>114</sup> Als Voraussetzungen zum Abschluss einer Immorente ist notwendig, dass sich das Haus in einem gepflegten Zustand befindet, an guter Lage liegt, vor dem Abschluss der Immorente nur bis maximal 30 % belehnt ist sowie einen Verkehrswert von mindestens CHF 1'000'000 aufweist.<sup>115</sup>

Als Beispiel gehen wir davon aus, dass Markus und Franziska gerne selbst im Haus von Markus wohnen bleiben möchten, jedoch zu wenig Geld für anstehende

### AJP 2021 S. 1112, 1130

Renovationsarbeiten besitzen. Eine Erhöhung der Hypothek kommt nicht in Frage, da sie die Tragbarkeitskriterien nicht erfüllen.<sup>116</sup> Unter der Annahme, dass sich sein Haus an guter Lage und in gepflegtem Zustand befindet, einen Verkehrswert von CHF 1 Mio. aufweist und momentan keine Hypothek besteht, kann Markus eine Immorente abschliessen. Er nimmt hierfür eine Hypothek über CHF 400'000 für 15 Jahre zu 2 % auf und bezahlt die Zinsen sofort «en bloc» oder auf ein Sperrkonto. Er erhält so ein Kapital von CHF 280'000, als Einmalzahlung oder als monatliche Zahlung von ca. CHF 1556 während 15 Jahren ausbezahlt.<sup>117</sup> Auf diese Weise kann er Eigentümer des Hauses bleiben und hat genügend Geld für die Renovierungskosten.

Die Wohnrente von Dr. Jost funktioniert etwas anders. Der veräusserungswillige Senior muss vier Verträge mit der Wohnrente AG abschliessen. In einem ersten Vertrag verkauft er das Haus an die Wohnrente AG. Im Gegenzug räumt die Wohnrente AG dem Senior in einem zweiten Vertrag eine lebenslange Nutzniessung am Haus ein. In einem dritten Vertrag spricht die Wohnrente dem Senior zudem eine lebenslange Rente zu. Die Parteien verrechnen sodann den Wert der Nutzniessung und der kapitalisierten Rente mit dem Kaufpreis. Ein vierter Vertrag sichert die Rente mit Schuldbriefen auf dem Haus ab, welche der Senior gemäss der Vereinbarung tranchenweise, d.h. alle vier Jahre einen von zehn Schuldbriefen, den letzten erst beim Tod, zurückgeben muss.<sup>118</sup> Der Nachteil dieser Variante liegt darin, dass der Wohnrentner die Rente versteuern muss.<sup>119</sup>

<sup>112</sup> OFK [BVG](#)-Vetter-Schreiber, Art. 30d N 2 ff. m.w.H., in: Orell Füssli Kommentar [BVG/FZG](#), 3. A., Zürich 2013.

<sup>113</sup> Gabriela Riemer-Kafka, Stellung der Erben und des Willensvollstreckers im Sozialversicherungsrecht, in: Gabriela Riemer-Kafka (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem [ZGB](#), Zürich/Basel/Genf 2016, 178.

<sup>114</sup> Vgl. Martin Spieler, Wie man im Alter sein Haus zu Geld macht, Internet: <https://blog.tagesanzeiger.ch/geldblog/index.php/69264/wie-man-im-alter-sein-haus-zu-geld-macht/> (Abruf 27.7.2021).

<sup>115</sup> Vgl. Spieler (FN 114).

<sup>116</sup> Vgl. für die Tragbarkeitskriterien: Swissbanking, Richtlinien betreffend Mindestanforderungen bei Hypothekendarfinanzierungen, August 2019, Internet: <https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/richtlinien-betreffend-mindestanforderungen-bei-hypothekarfinanzierungen> (Abruf 27.7.2021), Ziff. 3.1 und 3.2.

<sup>117</sup> Exakt dieses Angebot findet sich im Internet: <https://www.hausinfo.ch/de/home/finanzen-steuern/finanzierung/hypotheken/immobilienrente.html> (Abruf 27.7.2021); vgl. Spieler (FN 114).

<sup>118</sup> Vgl. zum Ganzen Internet: <http://wohnrente.ch> (Abruf 27.7.2021); Spieler (FN 114).

<sup>119</sup> Spieler (FN 114).



## IV. Schlusswort

Viele Eltern haben den Wunsch, ihr Haus zu Lebzeiten an die Kinder zu übertragen, um für die Zukunft vorzusorgen. Wie diese Abhandlung zeigt, sollten sie sich dabei jedoch vor unliebsamen Überraschungen schützen. Auswirkungen lebzeitiger Liegenschaftsübertragungen zeigen sich nicht nur in güter- und erbrechtlicher Hinsicht, sondern auch in steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht.

Zunächst hat sich gezeigt, dass lebzeitige Zuwendungen von Markus massgeblichen Einfluss auf die güterrechtliche Auseinandersetzung haben. Diese können einerseits von der güterrechtlichen Hinzurechnung gemäss [Art. 208 ZGB](#) erfasst sein und den Nachlass von Markus erheblich schmälern. Markus sollte daher stets Franziskas Zustimmung einholen. Schwierigkeiten können andererseits Häuser bereiten, die nicht im Alleineigentum, sondern im Mit- oder Gesamteigentum stehen. In diesen Fällen lohnt es sich, die Eigentumsverhältnisse von Anfang an klarzustellen, damit sich die sachen- und güterrechtliche Trennung einfacher gestaltet. Auch kann die Schenkung von Häusern oder anderen Vermögenswerten zwischen Ehegatten Probleme bereiten, wenn die Zuwendung aus der Errungenschaft stammt. Aufgrund der erbrechtlichen Herabsetzung kann sich dies für die beschenkte Ehegattin nachteiliger herausstellen als ohne Schenkung.

Auf erbrechtlicher Ebene müssen die Ehegatten vor allen Dingen die Ausgleichung und Herabsetzung im Auge behalten. Wie sich gezeigt hat, hat dabei die Wahl des Vermögenswertes einen grossen Einfluss auf den anzurechnenden Wert, weshalb es durchaus attraktiver sein kann, Geld zu übertragen oder in Form eines Darlehens zur Verfügung zu stellen, als ein Haus (gemischt) zu schenken. Dasselbe gilt bei der Einräumung eines Wohnrechts oder einer Nutzniessung, sofern ein Teil der Übertragung unentgeltlich bleibt. Hier ist allerdings die mögliche Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Quotenmethode zu bedenken. Selbst ein Ausgleichungsdispens löst nicht alle Probleme, da dieser unter dem Vorbehalt der Herabsetzungsklage steht. Sodann hat die Übertragung eines Hauses an ein Kind nicht nur bei den schenkenden Eltern, sondern vielleicht auch beim beschenkten Kind steuer- und sozialversicherungsrechtliche Folgen, die es allenfalls nicht bewältigen kann.

Markus und Franziska sollten sich die Übertragung des Hauses an Albert also gut überlegen und verschiedene Konstellationen durchdenken. Wenn sie die Vermögensverhältnisse von Anfang klar regeln möchten, empfiehlt sich der Abschluss eines Erbvertrages oder Vertrages über eine noch nicht angefallene Erbschaft mit den Kindern. Von grosser Relevanz ist zudem die vorgängige Aufklärung durch die Urkundsperson, die im besten Fall unterschiedliche Szenarien durchspielt und verschiedene Lösungsmöglichkeiten vorschlägt. Das Rechtsgeschäft ausserhalb des Grundbuchamtes mit einem Erbvertrag unter sämtlichen Beteiligten, inkl. der künftigen Miterben, abzusichern, dürfte sich in den meisten Fällen lohnen.