

Tenzing Memmishofer

## **Neues Erbrecht**

### **Zur Revision des Schweizer Erbrechts unter besonderer Berücksichtigung der am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Teile**

---

Das Erbrecht lebt: Am 1. Januar 2023 treten die Teile der sog. ersten Etappe der Erbrechtsrevision in Kraft. Zwei weitere Etappen sollen folgen. Die vorliegende Darstellung gibt einen kurz gefassten Überblick zum aktuellen Stand der Erbrechtsrevision (I.) sowie zu den mit Beginn des kommenden Jahres in Kraft tretenden erbrechtlichen Bestimmungen (II.) und endet mit einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung (III.).

---

Beitragsart: Beiträge  
Rechtsgebiete: Erbrecht

Zitiervorschlag: Tenzing Memmishofer, Neues Erbrecht, in: Jusletter 19. Dezember 2022

## Inhaltsübersicht

- I. Entstehungsgeschichte, Stand der Dinge und Fortgang der Erbrechtsrevision
- II. Die am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Teile der Erbrechtsrevision
  - 1.1. Erhöhung der Verfügungsfreiheit des Erblassers durch Abschaffung des elterlichen Pflichtteilsrechts (Art. 470 Abs. 1 nZGB) und durch Verringerung der Pflichtteilsquoten für Nachkommen (Art. 471 nZGB)
  - 1.2. Verlust des Pflichtteilsrechts und der rechtsgeschäftlichen Begünstigungen des überlebenden Ehegatten bei hängigem Scheidungsverfahren nach zweijährigem Getrenntleben oder im Verfahren auf gemeinsames Begehren (Art. 472 nZGB; sowie Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 nZGB, Art. 217 Abs. 2 nZGB, Art. 241 Abs. 4 nZGB)
  - 1.3. Erhöhung der verfügbaren Quote bei Nutzniessung nach Art. 473 nZGB
  - 1.4. Klarstellung: Die überhälftige Zuweisung am Vorschlag unter Ehegatten gilt als Rechtsgeschäft unter Lebenden (vgl. Art. 532 Abs. 2 Ziff. 2 nZGB) und ist bei der Pflichtteilsberechnung der gemeinsamen Nachkommen sowie des überlebenden Ehegatten nicht hinzuzurechnen (Art. 216 Abs. 2 nZGB)
  - 1.5. Klarstellung: Die gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a) und ihre erbrechtliche Behandlung (Art. 82 nBVG, Art. 476 nZGB, Art. 529 nZGB)
  - 1.6. Klarstellung(en): Herabsetzungsklage
    - 1.6.1. Im Allgemeinen zur Herabsetzungsfähigkeit von Intestaterwerbungen (Art. 522 nZGB, Art. 523 nZGB) sowie zur Reihenfolge bei der Durchführung der Herabsetzungsklage (Art. 532 nZGB)
    - 1.6.2. Im Besonderen zur Anfechtung bei Überschreitung erbvertraglicher Bindungen zu Lebzeiten (Art. 494 Abs. 3 nZGB i.V.m. Art. 522 nZGB).
  - 1.7. Übergangsrecht
- III. Schlussbetrachtung

## I. Entstehungsgeschichte, Stand der Dinge und Fortgang der Erbrechtsrevision

[1] Zur Ausgangslage und den Gründen für die laufende Revision des Schweizerischen Erbrechts lässt sich mit den Worten des Bundesrates aus der Einleitung zur Botschaft vom 29. August 2018<sup>1</sup> kurz und knapp folgendes festhalten:

«Das geltende Erbrecht datiert im Wesentlichen aus der Zeit der Schaffung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Anfang des 20. Jahrhunderts. Die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich seither allerdings grundlegend verändert: Die durchschnittliche Lebenserwartung ist stark gestiegen, die Ehe hat ihre Monopolstellung in der Partnerschaft verloren, Zweit- und Drittbeziehungen sind häufiger und die familiären Lebensformen vielfältiger geworden. Es ist deshalb angebracht, diesen Veränderungen durch eine Revision des Erbrechts Rechnung zu tragen.»<sup>2</sup>

[2] Als formaler Anstoss zur Erbrechtsrevision fungierte dabei die vom damaligen Zürcher Ständerat Felix Gutzwiller eingebrachte (inzwischen abgeschriebene) Motion «Für ein zeitgemässes Erbrecht» vom 7. Juni 2010 (Motion Gutzwiller), mit welcher der Bundesrat beauftragt wurde,

---

<sup>1</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018, BBl 2018 5813 ff. (zit. Botschaft Erbrecht I), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/2131/de> (besucht am 31. Oktober 2022).

<sup>2</sup> Botschaft Erbrecht I, 5814.

«das über hundertjährige, nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen».<sup>3</sup>

[3] Nachdem der Bundesrat am 4. März 2016 einen ersten Vorentwurf mitsamt erläuterndem Bericht<sup>4</sup> in die Vernehmlassung gegeben hatte, entschied er mit Beschluss vom 10. Mai 2017, die Revision aufgrund der Komplexität, Kontroversität und der generellen Tragweite des Vorhabens «etappenweise» anzugehen, statt in einem einzigen Zug.<sup>5</sup>

[4] Stand heute lässt sich die Revision des Erbrechts in drei Teile bzw. Etappen unterteilen, die unterschiedlich weit gediehen sind:

[5] Eine erste Etappe, welche neben dem Gutzwiller'schen Postulat für eine Erhöhung der erblasserischen Verfügungsfreiheit auch noch weitere «politische» Regelungsmaterien zum Gegenstande hat, wurde in der Gestalt des bundesrätlichen Entwurfs vom 29. August 2018 mitsamt der dazugehörigen Botschaft Erbrecht I den eidgenössischen Räten zur Behandlung vorgelegt.<sup>6</sup> Diese Etappe hat bereits ihren Abschluss gefunden, als das Geschäft fertig beraten und von der eidgenössischen Bundesversammlung mit Schlussabstimmung vom 18. Dezember 2020 angenommen worden ist.<sup>7</sup> Nachdem dagegen kein Referendum ergriffen wurde, hat der Bundesrat das Inkrafttreten am 19. Mai 2021 auf den 1. Januar 2023 festgesetzt.<sup>8</sup> Die Bestimmungen dieser ersten Etappe sind Inhalt der nachstehenden Darstellung (II).

[6] Eine zweite Etappe der Revision hat das Erbrecht im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge zum Gegenstande. Nachdem der Bundesrat einen diesbezüglichen Vorentwurf mitsamt erläuterndem Bericht vom 10. April 2019 in die Vernehmlassung geschickt hatte,<sup>9</sup> hat er dem Parlament erst jüngst am 1. Juni 2022 die dazugehörige Botschaft mitsamt Gesetzesentwurf unterbreitet.<sup>10</sup> Hieraus folgt, dass der Bundesrat die Unternehmensnachfolge insbesondere durch

---

<sup>3</sup> Motion Felix Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» vom 17. Juni 2010, 10.3524, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20103524> (besucht am 31. Oktober 2022).

<sup>4</sup> Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) vom 4. März 2016, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (besucht am 31. Oktober 2022); PAUL EITEL, Auf dem Weg zu einem zeitgemässen Erbrecht?, in: *successio* 2/2016, S. 183 ff.

<sup>5</sup> Botschaft Erbrecht I, 5826.

<sup>6</sup> Vgl. Fn. 1.; PAUL EITEL, Ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einem (vor allem politisch) zeitgemässen Erbrecht (?): Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, in: *successio* 4/2018, S. 336–349.

<sup>7</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), Änderung vom 18. Dezember 2020, BBl 2020 9923 ff., <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/2688/de> (besucht am 31. Oktober 2022).

<sup>8</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), Änderung vom 18. Dezember 2020, AS 2021 312, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/312/de> (besucht am 31. Oktober 2022); das neue am 1. Januar 2023 in Kraft tretende Recht ist bereits Gegenstand zahlreicher Darstellungen in der Lehre geworden, stellvertretend genannt seien an dieser Stelle aber lediglich einige wenige: PAUL EITEL, Das neue Erbrecht («politischer Teil») vom 18.12.2020: Inkrafttreten am 1.1.2023, in: *successio* 3/2021, S. 186 f.; STEPHAN WOLF, Das neue Erbrecht – eine Übersicht über die auf den 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Änderungen, in: ZBJV 158/2022, S. 417 ff.; PETER BREITSCHMID, Die Revision(en) des Erbrechts, in: *Anwaltsrevue* 1/2021, S. 21 ff.; LOUISE LUTZ SCIAMANNA, Nachlassplanung im Vorfeld der Erbrechtsrevision(en), in: *AJP* 3/2021, S. 325 ff.; eingehend sodann der Sammelband STEPHAN WOLF (Hrsg.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, INR Band 25, Bern 2022.

<sup>9</sup> Vorentwurf und Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10. April 2019, je abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2019/2019-04-10.html> (besucht am 31. Oktober 2022); PAUL EITEL, Der Vorentwurf des Bundesrats vom 10. April 2019 zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge)» – ein Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?, in: *successio* 4/2019, S. 304 ff.

<sup>10</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10. Juni 2022, BBl 2022 1637 ff., <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/1637/de> (besucht am 31. Oktober 2022).

drei zentrale Massnahmen erleichtern möchte: Erstens soll im Intestaterbrecht die Möglichkeit auf Integralzuweisung an einen unter mehreren Erben<sup>11</sup> eingeführt werden, um eine aus wirtschaftlichen Gründen nicht gebotene Zerstückelung oder gar Schliessung eines Unternehmens zu verhindern; zweitens ist mittels eines besonderen Zahlungsaufschubtatbestandes gegenüber den anderen Erben ein Instrument zur Vermeidung von existenzbedrohenden Liquiditätspässen des Unternehmens im Nachgang eines Erbfalltes vorgesehen; schliesslich, drittens, werden spezifische Regeln in Bezug auf den Anrechnungswert eines Unternehmens im Erbfolge vorge schlagen. Das Geschäft ist in den Räten noch nicht behandelt worden.

[7] Sodann sollen die «eher technischen Revisionsanliegen»<sup>12</sup> ebenfalls gesondert behandelt werden (dritte Etappe), wobei es sich hierbei – wie bereits STEPHAN WOLF und ANDREA DORJEE-GOOD ausgeführt haben – um weitaus bedeutendere, durchaus auch «untechnische», mithin politische und materiellrechtlich strittigere Fragen handelt, als es die in der Botschaft verwendete Bezeichnung erahnen lässt; wo sich doch im Vorentwurf 2016 behandelte Themen hinzuzählen lassen wie eine Revision der kontrovers diskutierten Informationsrechte der Erben, die Einführung eines völlig neuen, audiovisuellen Nottestaments, Massnahmen gegen Erbschleicherei und die Aufsicht über den Willensvollstrecker.<sup>13</sup> Eine Botschaft des Bundesrats mitsamt Gesetzesentwurf wird dem Parlament voraussichtlich frühestens im Jahr 2023 vorgelegt.

[8] Es ist schliesslich auch auf die laufende Revision des internationalen Erbrechts hinzuweisen, welche (nicht nur, aber) insbesondere die Harmonisierung mit der Europäischen Erbrechtsverordnung (Eu-ErbVO)<sup>14</sup> bzw. die Vermeidung von Kompetenzkonflikten im Bereiche des internationalen Privatrechts zum Ziel hat. Die Botschaft des Bundesrats und der dazugehörige Gesetzesentwurf<sup>15</sup> befindet sich noch zur Behandlung in den Räten, wobei der erstbehandelnde Rat (hier der Nationalrat) bereits darüber beraten hat (Annahme mit Abweichungen vom Entwurf mit Abstimmung vom 15. Juni 2021).<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> In der vorliegenden Darstellung wird der Terminologie des ZGB folgend die männliche Form verwendet («der Erbe», «die Erben», «der Erblasser», «die Erblasser» etc.), nichtsdestoweniger beziehen sich die Angaben auf alle Menschen.

<sup>12</sup> So Botschaft Erbrecht I, 5826.

<sup>13</sup> STEPHAN WOLF/ANDREA DORJEE-GOOD, Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung und Aspekte aus der notariellen Praxis, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Das neue Erbrecht – insbesondere Rechtsgeschäftsplanung, Fragen aus der notariellen Praxis und internationales Erbrecht, INR Band 25, Bern 2019, S. 1 ff., S. 15.

<sup>14</sup> Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. L 201/107 vom 27. Juli 2012.

<sup>15</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Erbrecht) vom 13. März 2020, BBl 2020 3309 ff., <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/739/de> (besucht am 31. Oktober 2022).

<sup>16</sup> Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, AB 2021 N 1337 ff., <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53371> (besucht am 31. Oktober 2022); RAPHAEL DUMMERMUTH, Die Revision des internationalen Erbrechts – Bestandesaufnahme und Postulat, in: successio 1/2021, S. 73 ff.

## II. Die am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Teile der Erbrechtsrevision

### 1.1. Erhöhung der Verfügungsfreiheit des Erblassers durch Abschaffung des elterlichen Pflichtteilsrechts (Art. 470 Abs. 1 nZGB<sup>17</sup>) und durch Verringerung der Pflichtteilsquoten für Nachkommen (Art. 471 nZGB)

[9] Wie obstehend bereits ausgeführt worden ist, tritt am 1. Januar 2023 keineswegs die gesamte Erbrechtsrevision in Kraft, sondern nur eine erste «Etappe». Ein Teil dieser Revision bezweckt die Vergrösserung der Verfügungsfreiheit des Erblassers und nimmt insofern die Forderungen der Motion Gutzwiller auf.<sup>18</sup> Die *ratio legis* gründet vor allem in der Einsicht, dass den sich stark geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen (die Botschaft nennt etwa die gestiegene durchschnittliche Lebenserwartung, Verlust der Monopolstellung der Ehe und Verbreitung anderer gemeinsamer Lebens-, Beziehungs- und Familienformen) und der damit einhergehenden Vielgestaltigkeit der Beziehungsnetze in Bezug auf einen Erbgang am besten durch eine moderate Stärkung der Privatautonomie des Erblassers bzw. durch eine angemessene Vergrösserung der erblasserischen Freiheit durch letzten Willen verfügen zu können, begegnet werden soll und nicht etwa durch Implementierung einer paternalistisch motivierten Ordnungsvorstellung des Gesetzgebers.<sup>19</sup>

[10] Zu diesem Zwecke wird das bisherige Pflichtteilsrecht der Eltern ersatzlos gestrichen (Art. 470 Abs. 1 nZGB) und fortan gilt für alle Pflichtteilsberechtigten (Nachkommen, überlebender Ehegatte oder überlebender Partner) die gleiche Pflichtteilsquote im Umfang von der «Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs» (Art. 471 nZGB). Durch die Anpassungen der gebundenen Teile erhöht sich der verfügbare Teil, die verfügbare Quote bzw. der Umfang der Verfügungsbefugnis eines Erblassers mit Nachkommen, da er bei einem Rechtsgeschäft von Todes wegen nicht mehr wie bisher einen Pflichtteilsanspruch der Nachkommen in Höhe von drei Viertel des gesetzlichen Anspruchs (Art. 471 Ziff. 1 ZGB<sup>20</sup>) sondern nur noch in Höhe von dessen Hälfte berücksichtigen muss, während ein Erblasser ohne Nachkommen in der Abfassung einer Verfügung von Todes wegen gar keine Rücksicht mehr auf die bisherigen elterlichen Pflichtteile (Art. 470 Abs. 1 ZGB) nehmen muss. Der Gestaltungsspielraum im Rahmen einer Nachlassplanung wird somit erhöht, aber es ist auch auf das damit einhergehende (allenfalls steigende) innerfamiliäre Konfliktpotential hinzuweisen: Nach neuem Recht wird etwa ein unternehmerischer Erblasser einen aus seiner Sicht für die Unternehmensnachfolge geeigneten Nachkommen im Verhältnis zu den anderen Nachkommen stärker begünstigen können; oder es kann einer Person ohne gesetzliches Erbrecht mittels Verfügung von Todes wegen mehr als bisher zugewendet werden, etwa einem faktischen Lebenspartner (dem auch nach revidiertem Erbrecht kein gesetzliches Erbrecht zukommt)<sup>21</sup> im Verhältnis zu den noch lebenden Eltern (wenn keine Nachkommen existieren), aber gegebenenfalls eben auch zu Lasten der eigenen, nicht gemeinsamen Kinder aus einer früheren Beziehung.

---

<sup>17</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (in der Fassung vom 1. Januar 2023), SR 210 (zit. nZGB).

<sup>18</sup> Vgl. Botschaft Erbrecht I, 5814, 5829 ff.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (in der Fassung vom 1. Juli 2022), SR 210 (zit. ZGB).

<sup>21</sup> Der Bundesrat wollte hingegen zur Vermeidung von «stossenden Fällen», «in denen die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner nach dem Tod des Erblassers oder der Erblasserin auf Sozialhilfe angewiesen wäre, einen besonderen, nicht an die Erbenstellung gebundenen «Unterstützungsanspruch» einführen (Art. 606a ff. E-ZGB), vgl. Botschaft Erbrecht I, 5814, 5816 ff. Dieser Vorschlag wurde in den Räten allerdings vollumfänglich verworfen.

[11] Diese Anpassungen betreffen die gewillkürte Erbfolge (Testaterbrecht). Das bislang geltende gesetzliche Erbrecht über die gesetzliche Erbfolge (Intestaterbrecht) – die gesetzlichen Erben, die gesetzlichen Erbteile, die Rangordnung des Parentelsystems und die Stellung des überlebenden Ehegatten – verbleibt unverändert.

## **1.2. Verlust des Pflichtteilsrechts und der rechtsgeschäftlichen Begünstigungen des überlebenden Ehegatten bei hängigem Scheidungsverfahren nach zweijährigem Getrenntleben oder im Verfahren auf gemeinsames Begehren (Art. 472 nZGB; sowie Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 nZGB, Art. 217 Abs. 2 nZGB, Art. 241 Abs. 4 nZGB)**

[12] Nach bisherigem Recht entfällt das gesetzliche Erbrecht zwischen Eheleuten und eingetragenen Partnern erst mit dem formell rechtskräftigen Scheidungs- bzw. Auflösungsurteil (Art. 120 Abs. 2 ZGB, Art. 31 PartG).<sup>22</sup> Stirbt ein Ehegatte während eines solchen Verfahrens und hat dieser keine Verfügung von Todes wegen errichtet, tritt folglich die gesetzliche Erbfolge ein und der überlebende Teil erhält seinen gesetzlichen Erbteil. Will sich ein Ehegatte mit dieser Rechtslage bei Todesfall während des laufenden Verfahrens nicht abfinden, so kann er nach gegenwärtigem Recht den anderen Teil mit einer Verfügung von Todes wegen lediglich (aber immerhin) auf den Pflichtteil setzen (oder allenfalls gar enterben). Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ist gegenwärtig aber auch im hängigen Scheidungsverfahren nach den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen geschützt.

[13] Die geltende Rechtslage wird vom Gesetzgeber als nicht mehr angemessen wahrgenommen, denn «[d]er Pflichtteil der überlebenden Ehefrau oder des überlebenden Ehemannes beziehungsweise der überlebenden eingetragenen Partnerin oder des überlebenden eingetragenen Partners findet seine Grundlage im Willen des Paares, eine Lebens- und Schicksalsgemeinschaft zu bilden, der sich in der Eheschliessung oder der Begründung der eingetragenen Partnerschaft manifestiert», der aber «[i]n der Regel» nicht mehr bestehe, wenn «die Ehefrau oder der Ehemann beziehungsweise eine eingetragene Partnerin oder ein eingetragener Partner vor Gericht klagt, um die Gemeinschaft zu beenden»;<sup>23</sup> überdies sei die bisherige Lösung auch nicht mehr gleichermassen mit der ursprünglichen *ratio legis* der Vorsorge geboten, da der Ehegatte während eines Scheidungs- oder Auflösungsverfahrens unabhängig von der Erbenstellung an der güterrechtlichen Aufteilung des Vermögens beteiligt (ausgenommen im Güterstand der Gütertrennung) und sozialversicherungsrechtlich besser eingebettet sei; ferner bestehe derzeit eine wertungsmässige Ungleichheit zum Güterrecht sowie dem Recht des Vorsorgeausgleichs, die beide auf den Tag abstellen, an dem ein Scheidungsbegehren eingereicht wird (Art. 204 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 122 ZGB) und nicht auf das Datum des rechtskräftigen Scheidungs- bzw. Auflösungsurteils; und schliesslich bestehe ein gewisses Missbrauchspotential, wo doch der Abschluss eines solchen Verfahrens vom anderen Ehegatten bewusst herausgezögert werden könnte, wenn dieser mit dem baldigen Ableben des anderen rechne.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> So explizit in BGE 122 III 308 E. 2b/aa.

<sup>23</sup> Botschaft Erbrecht I, 5837.

<sup>24</sup> Botschaft Erbrecht I, 5838.

[14] Nach neuem Recht verliert der (überlebende) Ehegatte seinen Pflichtteilsanspruch, wenn «ein [Scheidungs-]Verfahren auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt wurde» (Art. 472 Abs. 1 Ziff. 1 nZGB) oder in einer hängigen Scheidung auf Klage «die Ehegatten mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben» (Art. 472 Abs. 1 Ziff. 1 nZGB). In einem solchen Fall gelten die gesetzlichen Pflichtteile, «wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre» (Art. 472 Abs. 2 nZGB). Der Verlust des Pflichtteilsrechts erfolgt *ipso iure*, da dem überlebenden Ehegatten aber das gesetzliche Erbrecht (Art. 462 ZGB) auch nach neuem Recht bis zur rechtskräftigen Scheidung verbleibt,<sup>25</sup> bedeutet dies, dass der Erblasser nicht einfach zuwarten, sondern aktiv werden und den gesetzlichen Anspruch des anderen Teils (ganz oder teilweise) mit Rechtsgeschäft von Todes wegen «entziehen» muss, wenn er nicht will, dass die obskizzierte gesetzliche Erbfolge bei Versterben während des laufenden Scheidungsverfahrens eintritt.<sup>26</sup> Sinngemäss gilt dasselbe künftig auch bei der Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft (Art. 472 Abs. 3 nZGB).<sup>27</sup>

[15] Aus denselben Erwägungen<sup>28</sup> sollen im Todesfalle des einen Ehegatten während eines laufenden Scheidungsverfahrens nach künftigem Recht auch die Begünstigungen des überlebenden Ehegatten aus Verfügungen von Todes wegen (Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 nZGB), aus einem Ehevertrag betreffend abweichende Beteiligung am Vorschlag (Art. 217 Abs. 2 nZGB) oder aus einem Vermögensvertrag betreffend abweichende Teilung von Gesamtgut (Art. 241 Abs. 4 nZGB) von Gesetzes wegen entfallen, wenn das Pflichtteilsrecht des überlebenden Teils nach Massgabe von Art. 472 nZGB weggefallen ist (d.h. wenn ein Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder als solches fortgesetzt wurde oder die Ehegatten während eines hängigen Scheidungsverfahrens auf Klage hin mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben) und keine anderslautende Regelung vereinbart worden ist (d.h. die Weitergeltung der Begünstigung ausdrücklich auch für den Todesfall während eines laufenden Scheidungsverfahrens festgehalten wurde in der betreffenden Verfügung von Todes wegen bzw. im betreffenden Ehevertrag bzw. im betreffenden Vermögensvertrag).

### **1.3. Erhöhung der verfügbaren Quote bei Nutzniessung nach Art. 473 nZGB**

[16] Nach geltendem Recht kann dem überlebenden Ehegatten die Nutzniessung am ganzen den gemeinsamen Nachkommen zufallenden Teil der Erbschaft zugewendet werden (Art. 473 Abs. 1 ZGB). Die Nutzniessung am Nachlass tritt für den begünstigten Ehegatten an Stelle seines Erbrechts (d.h. Verlust der Erbenstellung und damit einhergehend auch des Pflichtteilsrechts), den gemeinsamen Nachkommen kommt an den nutzniessungsbelasteten Teilen das Eigentum als *nudum ius* zu und dem Erblasser verbleibt eine verfügbare Quote von einem Viertel am Nachlass (Art. 473 Abs. 2 ZGB). Der so begünstigte Ehegatte kann aber auf die Nutzniessung verzichten

---

<sup>25</sup> So auch Botschaft Erbrecht I, 5839.

<sup>26</sup> Botschaft Erbrecht I, 5881.

<sup>27</sup> Ohnehin steht seit dem 1. Juli 2022 gleichgeschlechtlichen Paaren auch die Ehe offen (Art. 94 Abs. 1 ZGB); Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Ehe für alle), Änderung vom 18. Dezember 2020, AS 2021 747, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/747/de> (besucht am 31. Oktober 2023).

<sup>28</sup> Siehe Botschaft Erbrecht I, 5838.

und stattdessen die Einsetzung als Erbe im Umfange des Pflichtteils verlangen.<sup>29</sup> Bei Wiederverheiratung entfällt die Nutzniessung auf dem den Pflichtteil der gemeinsamen Kinder verletzenden Teil der Erbschaft von Gesetzes wegen (Art. 473 Abs. 3 ZGB).

[17] Mit dem am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Recht wird neben redaktionellen Änderungen (beispielsweise heisst die Marginalie neu «Nutzniessung» statt «Begünstigung des Ehegatten») vor allem der verfügbare Teil auf die Hälfte des Nachlasses erhöht (Art. 473 Abs. 2 nZGB), während an den obskizzierten Grundsätzen festgehalten wird. Nach neuem Recht kann somit eine weitergehende erbrechtliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten geschaffen werden, indem diesem an der einen (den gemeinsamen Nachkommen zukommenden) Hälfte des Nachlasses die Nutzniessung und an der anderen Hälfte das Volleigentum letztwillig zugewendet wird.<sup>30</sup>

[18] Nachdem eingetragene Partner seit dem 1. Januar 2018 Kinder adoptieren und damit rechtliche Nachkommen haben können (Art. 264c Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), wird künftig konsequenterweise auch die erbrechtliche Begünstigung des eingetragenen Partners zu Lasten der gemeinsamen Nachkommen im Gesetz ausdrücklich festgeschrieben (Art. 473 nZGB ist dahingehend sprachlich in allen Absätzen angepasst worden).<sup>31</sup>

#### **1.4. Klarstellung: Die überhäufige Zuweisung am Vorschlag unter Ehegatten gilt als Rechtsgeschäft unter Lebenden (vgl. Art. 532 Abs. 2 Ziff. 2 nZGB) und ist bei der Pflichtteilsberechnung der gemeinsamen Nachkommen sowie des überlebenden Ehegatten nicht hinzuzurechnen (Art. 216 Abs. 2 nZGB)**

[19] Ist der Erblasser verheiratet gewesen, so ist bekanntlich noch vor der erbrechtlichen Auseinandersetzung die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen (der Tod bewirkt die Auflösung der Ehe bzw. des Güterstandes, Art. 204 ZGB), da erst nach Abschluss von letzterem bekannt wird, was güterrechtlich in den erbrechtlichen Nachlass fällt bzw. wie gross der Nachlass schliesslich ist.<sup>32</sup> Sind die Ehegatten dabei nicht vom gesetzlichen Standardgüterstand der Errungenschaftsbeteiligung abgewichen (Art. 196 ZGB), so besteht am positiven Saldo der Errungenschaft, dem sog. Vorschlag, grundsätzlich von Gesetzes wegen je ein Anspruch auf die Hälfte des jeweils anderen Ehegatten (Art. 215 Abs. 1 ZGB). Von der hälftigen Vorschlagsteilung können die Ehegatten aber durch öffentlich beurkundeten Ehevertrag rechtsgeschäftlich abweichen und eine andere Beteiligung vereinbaren (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Die Pflichtteilsrechte der nichtgemeinsamen Nachkommen dürfen durch eine abweichende Vereinbarung über die Vorschlagszuweisung aber nicht beeinträchtigt werden (Art. 216 Abs. 2 ZGB); was im Umkehrschluss bedeutet, dass sich die gemeinsamen Kinder hingegen eine Beeinträchtigung ihres Pflichtteils gefallen lassen müssen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Begünstigung des anderen Ehegatten durch Zuweisung des gesamten Vorschlages ein sehr verbreitetes nachlassplanerisches Rechtsgeschäft darstellt.<sup>33</sup> Umso erstaunlicher muss es deswegen erscheinen, dass unter geltendem Recht strittig ist,

---

<sup>29</sup> Botschaft Erbrecht I, 5843.

<sup>30</sup> Illustrativ sind die Berechnungsbeispiele in Botschaft Erbrecht I, 5843 ff.

<sup>31</sup> Nach einem Teil der Lehre soll dies schon unter geltendem Recht möglich sein (strittig). Mit weiteren Nachweisen siehe STEPHAN WOLF/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 119, 648.

<sup>32</sup> Zum Ganzen etwa WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 31), Rz. 68 ff.

<sup>33</sup> Botschaft Erbrecht I, 5845 f.

ob es sich bei der überhäufigen Zuweisung am Vorschlag um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder ein Rechtsgeschäft von Todes wegen handelt;<sup>34</sup> was sich ja gravierend auf die Ermittlung der Pflichtteilsberechnungsmasse (vgl. Art. 474 f. i.V.m. Art. 527 f. ZGB) und auf die Reihenfolge bei der Durchführung der Herabsetzungsklage (Art. 532 ZGB) auswirken kann.<sup>35</sup> Auch das Bundesgericht hat diese Frage bei letzter Gelegenheit offengelassen.<sup>36</sup>

[20] Mit dem am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Recht wird nun ausdrücklich festgehalten, dass es sich bei der überhäufigen Zuweisung am Vorschlag aus Ehevertrag um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt (vgl. die Erwähnung unter den «Zuwendungen unter Lebenden» in Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB). In Art. 216 Abs. 2 nZGB wird überdies klargestellt, dass die überhäufige Zuweisung am Vorschlag beim anderen Ehegatten sowie bei den gemeinsamen Nachkommen nicht zur Pflichtteilsberechnungsmasse derselben hinzugerechnet werden darf, sodass es insofern zu keiner «Kompensation» zugunsten der gemeinsamen Nachkommen beim Erbgang kommt.<sup>37</sup> Bei den dort nicht erwähnten nicht gemeinsamen Nachkommen ist die überhäufige Vorschlagszuweisung hingegen hinzuzurechnen;<sup>38</sup> deren Pflichtteil darf auch nach neuem Recht nicht beeinträchtigt werden, was aber neu in Abs. 3 von Art. 216 nZGB verortet sein wird (statt wie bisher in Abs. 2). Kurioserweise existieren in dieser Konstellation fortan also zwei unterschiedliche Pflichtteilsberechnungsmassen.

### **1.5. Klarstellung: Die gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a) und ihre erbrechtliche Behandlung (Art. 82 nBVG, Art. 476 nZGB, Art. 529 nZGB)**

[21] Das Schweizerische Vorsorgesystem beruht bekanntermassen auf den drei Säulen gemäss Art. 111 Abs. 1 BV<sup>39</sup>: Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (sog. erste Säule), berufliche Vorsorge (sog. zweite Säule) und gebundene Selbstvorsorge (sog. dritte Säule). Nach geltendem Recht ist strittig, wie Leistungen aus der dritten Säule erbrechtlich zu behandeln sind bzw. ist unklar, ob diese überhaupt in den effektiv vorhandenen Nachlass, d.h. als Aktivum in die Erbmasse fallen, oder nicht und dann wie andere nicht in den Nachlass fallende, auf den Tod gestellte Versicherungen (gemeint sind die privaten Lebensversicherungen nach Art. 73 ff. VVG<sup>40</sup>) in die (vom reinen Nachlass zu unterscheidende) Pflichtteilsberechnungsmasse hinzuzurechnen sind (Art. 476 ZGB) bzw. wie diese auch der Herabsetzungsklage unterliegen (Art. 529 ZGB).<sup>41</sup> Kontrovers diskutiert wird insbesondere die Frage, ob den von der dritten Säule begünstigten Dritten ein eigenständiger, unmittelbarer oder direkter Anspruch auf Leistung zusteht.<sup>42</sup>

---

<sup>34</sup> Mit Nachweisen Botschaft Erbrecht I, 5846 f.

<sup>35</sup> Vgl. PAUL EITEL, Die Pflichtteilsberechnungsmasse, in: ZBJV 154/2018, S. 451 ff., 462–464.

<sup>36</sup> BGE 137 III 113 E. 3.

<sup>37</sup> Im verworfenen bundesrätlichen Entwurf war das Gegenteil, also die Hinzurechnung auf die Pflichtteilsberechnungsmasse vorgesehen (Art. 216 Abs. 2 E-ZGB), was allgemein, aber insbesondere auch im Zusammenhang mit der ebenfalls verworfenen Wiederverheiratsklausel (Art. 216 Abs. 4 E-ZGB (wie dies etwa bei der Nutzniessung der Fall ist, Art. 473 Abs. 3 nZGB) praktische Bedeutung erlangt hätte. Die fortan geltende Regel erweist sich demgegenüber als eine Stärkung der Stellung des überlebenden Ehegatten. Vgl. Botschaft Erbrecht I, 5848.

<sup>38</sup> Siehe WOLF/DORJEE-GOOD (Fn. 13), S. 60 f.

<sup>39</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

<sup>40</sup> Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908, SR 221.229.1.

<sup>41</sup> Zum Ganzen und mit Nachweisen Botschaft Erbrecht I, 5852 ff.

<sup>42</sup> Siehe dazu Botschaft Erbrecht I, 5854.

[22] Nach neuem Recht wird mittels einer Änderung im BVG<sup>43</sup> vorab klargestellt, dass die aus anerkannten Vorsorgeformen der gebundenen Selbstvorsorge bei Versicherungseinrichtungen oder Bankstiftungen (Art. 82 Abs. 1 nBVG) begünstigten Personen «einen eigenen Anspruch auf die ihnen daraus zugewiesenen Leistungen» aus der dritten Säule haben und dass diese Leistungen von der betreffenden Versicherungseinrichtung oder Bankstiftung unmittelbar an die begünstigte Person auszurichten sind (vgl. Art. 82 Abs. 4 nBVG). Handkehrum folgt hieraus, dass die Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge nicht direkt beim Erblasser «anfallen» und entsprechend nicht in den Nachlass, die Erbmasse kommen, da sie ja direkt an die begünstigte Person ausgerichtet werden. Auch die erbrechtliche Behandlung von Leistungen aus der dritten Säule ist vor diesem neuen sozialversicherungsrechtlichen Hintergrund im künftigen Recht klar und ausdrücklich geregelt: Leistungen aus der dritten Säule sind in die Pflichtteilsberechnungsmasse hineinzurechnen, und zwar nach dem Rückkaufswert bei Leistungen einer Versicherungseinrichtung (Art. 476 Abs. 1 nZGB) bzw. nach dem vollen Kapitalbetrag<sup>44</sup> bei Leistungen einer Bankstiftung (Art. 476 Abs. 2 nZGB) und konsequenterweise unterliegen sie damit auch der Herabsetzungsklage (Art. 529 nZGB).<sup>45</sup> Schliesslich geht aus dem neuen Recht ausdrücklich hervor, dass es sich bei den Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge um Zuwendungen unter Lebenden handelt (vgl. die entsprechende Erwähnung in Art. 532 Abs. 2 Ziff. 2 nZGB).

## 1.6. Klarstellung(en): Herabsetzungsklage

### 1.6.1. Im Allgemeinen zur Herabsetzungsfähigkeit von Intestaterwerbungen (Art. 522 nZGB, Art. 523 nZGB) sowie zur Reihenfolge bei der Durchführung der Herabsetzungsklage (Art. 532 nZGB)

[23] «Hat der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten», so ist der in seinem Pflichtteilsrecht verletzte Erbe nach dem heute geltenden Art. 522 Abs. 1 ZGB dazu legitimiert, «die Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Mass» zu verlangen. Da nach diesem Wortlaut nur von der Herabsetzung der «Verfügung» die Rede ist, eine Pflichtteilsverletzung des einen Erben in gewissen Konstellationen aber auch im Intestaterwerb (d.h. in der gesetzlichen Erbfolge) durch das, was den anderen Erben zufällt, verletzt werden kann,<sup>46</sup> hat sich unter dem geltenden Recht die strittige Frage gestellt, ob nicht auch Erwerbungen aus der gesetzlichen Erbfolge der Herabsetzung unterworfen sind.<sup>47</sup>

[24] Nach neuem Recht ist nun klar und eindeutig festgehalten, dass auch die Herabsetzung von «Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge» (Art. 522 Abs. 1 Ziff. 1 nZGB) verlangt werden darf. Entsprechend konsequent heisst es dann in Art. 523 nZGB neu: «Bei pflichtteilsgeschützten Erben werden Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge und Zuwendungen von Todes wegen im Verhältnis der Beträge herabgesetzt, die ihren Pflichtteil übersteigen».

---

<sup>43</sup> Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, SR 831.40.

<sup>44</sup> Siehe Botschaft Erbrecht I, 5855 (letzter Absatz).

<sup>45</sup> Illustrativ sind die Berechnungsbeispiele in Botschaft Erbrecht I, 5856 f.

<sup>46</sup> Vgl. das Beispiel in WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 31), Rz. 1068 f.

<sup>47</sup> Mit Nachweisen Botschaft Erbrecht I, 5858 f.

[25] Im neuen Recht wird auch die Bestimmung zur Reihenfolge bei der Durchführung der Herabsetzung neu gefasst und es werden dabei einige Klarstellungen vorgenommen (Art. 532 nZGB). Nunmehr präziser festgehalten ist die Reihenfolge der Herabsetzung: Als Erstes die «Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge» (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 1 nZGB), dann als Zweites die «Zuwendungen von Todes wegen» (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 2 nZGB) und schliesslich als Drittes die «Zuwendungen unter Lebenden» (Art. 532 Abs. 1 Ziff. 3 nZGB). Dass die mittels Rechtsgeschäfts von Todes wegen erfolgten Zuwendungen erst nach den Zuwendungen aus Intestaterwerb herabgesetzt werden sollen, wird in der Botschaft mit dem Respekt vor dem erblasserischen Willen begründet.<sup>48</sup> Im künftigen Recht wird schliesslich auch die Herabsetzungsreihenfolge innerhalb der Kategorie der Zuwendungen unter Lebenden festgeschrieben: Als Erstes «die der Hinzurechnung unterliegenden Zuwendungen aus Ehevertrag oder Vermögensvertrag» (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB), als Zweites «die frei widerruflichen Zuwendungen und die Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge, im gleichen Verhältnis» (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 2 nZGB; vgl. hierzu auch Art. 529 nZGB), und schliesslich «die weiteren Zuwendungen, und zwar die späteren vor den früheren» (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 3 nZGB). Dass bei dieser Gelegenheit auch geklärt wurde, dass es sich bei der Begünstigung mittels Ehe- bzw. Vermögensvertrag sowie bei den Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge um herabsetzungsfähige Zuwendungen unter Lebenden handelt, wurde bereits obstehend dargelegt.

#### **1.6.2. Im Besonderen zur Anfechtung bei Überschreitung erbvertraglicher Bindungen zu Lebzeiten (Art. 494 Abs. 3 nZGB i.V.m. Art. 522 nZGB).**

[26] Nach Art. 494 Abs. 1 ZGB kann sich der Erblasser mit einem sog. positiven Erbvertrag oder Erbzuwendungsvertrag zu Lebzeiten dazu verpflichten, den anderen Teil als Erben oder Vermächtnisnehmer einzusetzen.<sup>49</sup> Kontrovers diskutiert wird dabei, inwiefern eine solche Verpflichtung aus dem Erbvertrag den Erblasser darin einschränkt, weitere damit im Konflikt stehende Schenkungen oder Rechtsgeschäfte von Todes wegen zu errichten (und mit anderen Worten den Nachlass zu verbrauchen). Dabei gilt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung, dass der Erblasser zu Lebzeiten grundsätzlich nicht gebunden ist und weiterhin frei über sein Vermögen verfügen kann, ohne dass der andere Teil sich zu Lebzeiten des Erblassers dagegen zur Wehr setzen könnte.<sup>50</sup> Immerhin aber können diese Rechtsgeschäfte nach dem Tod des Erblassers angefochten bzw. herabgesetzt werden (Art. 494 Abs. 3 nZGB i.V.m. Art. 522 nZGB, Herabsetzungsklage analog).<sup>51</sup> Zumindest in Bezug auf Schenkungen unter Lebenden wird die Geltendmachung der Anfechtung allerdings durch eine kontrovers diskutierte Rechtsprechung des Bundesgerichts ganz stark relativiert:<sup>52</sup> «Anfechtbar ist freilich nicht jede Schenkung. Nach der Rechtsprechung sind Schenkungen im Prinzip mit dem Erbvertrag vereinbar, soweit dieser nicht – explizit oder implizit – das Gegenteil vorsieht (BGE 70 II 255 E. 2 S. 261 ff.). Fehlt es an einer entsprechenden Abrede, kann Art. 494 Abs. 3 ZGB dennoch zur Anwendung gelangen, wenn der Erblasser mit seinen Schenkungen offensichtlich beabsichtigt, seine Verpflichtungen aus dem Erbvertrag

---

<sup>48</sup> Botschaft Erbrecht I, 5860.

<sup>49</sup> Zum Ganzen WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 31), Rz. 879 ff.

<sup>50</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 31), Rz. 901.

<sup>51</sup> WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 31), Rz. 906.

<sup>52</sup> BGE 70 II 255 E. 2b; BGE 140 III 193 E. 2.1.

auszuhöhlen, was einem Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gleichkommt, oder den Erbvertragspartner zu schädigen (Urteil 5C.71/2001 vom 28. September 2001 E. 3b in fine)<sup>53</sup>. Anfechtbarkeit von Schenkungen unter Lebenden ist unter geltendem Recht somit die Ausnahme und die Nichtanfechtbarkeit der Standardfall.

[27] Mit dem neuen Recht wird diese bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht nur obsolet, sondern ihr Prinzip geradezu kolossal umgekehrt: Nach Art. 494 Abs. 3 nZGB gilt künftig, dass alle Verfügungen von Todes wegen und alle «Zuwendungen unter Lebenden» – mit ausdrücklicher Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken – angefochten werden können, soweit sie «mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und» (Art. 494 Abs. 3 Ziff. 1 nZGB), d.h. kumulativ, «im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind» (Art. 494 Abs. 3 Ziff. 2 nZGB). Mit den erbvertraglichen Pflichten nicht vereinbare Zuwendungen unter Lebenden (mit Ausnahme der Gelegenheitsgeschenke) und Verfügungen von Todes wegen sind nach neuem Recht somit im Standardfall anfechtbar. Nur ausnahmsweise dürfte eine Schenkung unter Lebenden fortan mit dem Erbvertrag vereinbar sein, weil deren Nichtanfechtbarkeit im Erbvertrag ausdrücklich ausbedungen worden ist. Eine positive erbvertragliche Anfechtbarkeitsabrede im Sinne der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ab dem 1. Januar 2023 ebenso wenig wie das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs Voraussetzung für die Geltendmachung von Art. 494 Abs. 3 Ziff. 2 nZGB.

[28] Indem überdies in Art. 494 Abs. 3 nZGB nicht mehr bloss von «Schenkungen» die Rede ist, sondern ganz generell von «Zuwendungen unter Lebenden», wird neu auch die Anfechtung von Eheverträgen (die ja nach neuem Recht als Zuwendungen unter Lebenden qualifiziert werden, Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB) eröffnet.<sup>54</sup>

[29] Wie dies öfters bei grösseren Änderungen der Rechtslage der Fall ist, ist auch bei der Neufassung von Art. 494 Abs. 3 nZGB die genaue Tragweite noch nicht ganz klar und es bestehen eine Reihe offener Fragen.<sup>55</sup> Die Abwendung von der zu strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist m.E. aber richtig und die Neufassung von Art. 494 Abs. 3 nZGB zu begrüssen.

## 1.7. Übergangsrecht

[30] Die am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Teile der Erbrechtsrevision enthalten keine intertemporalrechtlichen Bestimmungen. Der Botschaft des Bundesrats ist vielmehr zu entnehmen, dass die bestehenden übergangsrechtlichen Bestimmungen des Schlusstitels des ZGB zur Anwendung kommen sollen; und zwar die allgemeinen Bestimmungen aus Art. 1–4 SchlT ZGB sowie die beiden Sonderbestimmungen für das Erbrecht, die Art. 15 und 16 SchlT ZGB.<sup>56</sup>

[31] Massgebender Anknüpfungspunkt ist damit der Zeitpunkt des Todes des Erblassers und es kommt somit dasjenige Recht zur Anwendung, welches im Todeszeitpunkt des Erblassers in Kraft steht (Art. 15 Abs. 1 SchlT ZGB). Geprüft aber verworfen wurde hingegen bereits im bundesrätlichen Entwurf eine Sonderlösung für die gewillkürte Erbfolge, nach welcher auf den Zeitpunkt abgestellt worden wäre, an dem eine letztwillige Verfügung erstellt oder ein Erbvertrag

---

<sup>53</sup> BGE 140 III 193 E. 2.1.

<sup>54</sup> Botschaft Erbrecht I, 5884.

<sup>55</sup> Hierzu WOLF/DORJEE-GOOD (Fn. 13), S. 72 ff.

<sup>56</sup> Botschaft Erbrecht I, 5870 ff.

abgeschlossen worden war, da eine dahingehende Regelung aus Sicht des Bundesrats die mit der Revision verbundenen rechtspolitischen Ziele um Jahre und Jahrzehnte verzögert und überdies übermässig schwierige intertemporalrechtliche Fragen nach sich gezogen hätte.<sup>57</sup> Entsprechend ist unter Bezugnahme auf Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB zu verdeutlichen, dass der Erbgang beim Todesfalle nach dem 31. Dezember 2022 auch dann nach neuem Recht erfolgt, wenn eine relevante Verfügung von Todes wegen vor Inkrafttreten des neuen Rechts gültig errichtet wurde; mithin eine dannzumal errichtete Klausel, die beispielsweise einen Nachkommen auf den «Pflichtteil» setzt, im Erbgang ab dem 1. Januar 2023 im Zweifelsfalle dazu führt, dass dieser nicht drei Viertel des gesetzlichen Anspruches wie nach geltendem Recht erhält (Art. 471 Ziff. 1 ZGB) sondern nach neuem Recht bloss die Hälfte (Art. 471 nZGB); was – mangels anderslautender Verfügung – mittelbar auch zu einer Vergrösserung der unangetasteten gesetzlichen Erbteile der anderen Erben oder von mit dem «Rest» dynamisch Bedachten führen kann.

[32] Da nun mit der Reform die nachlassplanerischen Freiheiten vergrössert und nicht strenger gefasst werden, stellt sich für die vor dem 1. Januar 2023 gefassten Rechtsgeschäfte von Todes wegen weniger die Frage nach der Unvereinbarkeit mit dem neuen Recht, sondern es erweist sich die Reform in den Worten des Bundesrats vielmehr als «Gelegenheit, diese [Rechtsgeschäfte von Todes wegen] im Lichte der grösseren Testierfreiheit und der Klärungen durch das neue Recht zu überdenken und, falls sie [der Erblasser oder die Erblasserin] dies wünschen, anzupassen».<sup>58</sup> Diese Feststellung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich in der Praxis durchaus schwierige Fragen stellen werden. Gerade am Beispiel des Pflichtteilsrechts der Nachkommen zeigt sich das Konfliktpotential und die begrenzte Tragweite dieser «Gelegenheit», rechtsgeschäftliche Anpassungen vorzunehmen, anschaulich: Das in fein säuberlich ausgearbeiteter Nachlassplanung verwirklichte Equilibrium im Beziehungs- und Familiengefüge kann ab dem 1. Januar 2023 eine doch spürbare Störung erfahren und der Erblasser muss sich ganz grundsätzlich die Frage stellen, ob er damit leben kann, dass seine damals unter Geltung des bisherigen Rechts auf den «Pflichtteil» gesetzten Nachkommen nach neuem Recht nur die Hälfte statt wie bisher drei Viertel des gesetzlichen Anspruches erhalten werden. Will der Erblasser also am bisherigen Pflichtteilsrecht festhalten, so muss ihm angeraten werden, auf eine entsprechend ausdrückliche Ergänzung oder Klarstellung der betreffenden Verfügung von Todes wegen hinzuwirken. Während dies bei der letztwilligen Verfügung bekanntlich einseitig (unter Einhaltung der strengen Formvorschriften) geschehen kann, ist dies beim zweiseitigen Erbvertrag aber ebenso bekanntlich dem Grundsatz nach nur unter Mitwirkung des anderen Vertragspartners möglich. Ohnehin könnte aus dem Kreise der Nachkommen unter diesen nunmehr neuen «Geschäftsgrundlagen» auch neue Erwartungen und Forderungen kundgetan werden. Es ist deswegen und aus anderen Gründen absehbar, dass sich bei der gewillkürten Erbfolge schwierige Fragen stellen werden – insbesondere im Zusammenhang mit der Auslegung von Erbverträgen, deren Auflösung zu Lebzeiten und deren Anfechtung im Erbgange (beispielsweise unter Berufung auf einen Irrtum über die künftige Entwicklung der Rechtslage oder gar auf eine gravierende Äquivalenzstörung bzw. auf die *clausula rebus sic stantibus*). Das ist mit Blick auf die Rechtssicherheit problematisch.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Botschaft Erbrecht I, 5871 (letzter Absatz).

<sup>58</sup> Botschaft Erbrecht I, 5871.

<sup>59</sup> Siehe auch LUTZ SCIAMANNA (Fn. 8), S. 330.

### III. Schlussbetrachtung

[33] Mit den am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Teilen der Erbrechtsrevision wird die Verfügungsfreiheit des Erblassers moderat, aber dennoch spürbar vergrössert. Durch die Verringerung der Pflichtteilsquote der Nachkommen (Art. 471 Ziff. 1 ZGB) sowie die ersatzlose Streichung des Pflichtteilsrechts der Eltern (Art. 470 Abs. 1 nZGB) erhöht sich die verfügbare Quote des Erblassers im entsprechenden Umfange. Auch im Bereiche der erbrechtlichen Nutzniessungsbegünstigung des anderen Ehegatten wird die Verfügungsfreiheit des Erblassers grösser als bisher (Art. 473 nZGB). Für den Todesfall im hängigen Scheidungsverfahren (Scheidung auf Klage hin bei zweijährigem Getrenntleben oder bei Einleitung oder Fortführung des Verfahrens auf gemeinsames Begehren) sind besondere Regelungen eingeführt worden, welche die erbrechtlichen Ansprüche des anderen Ehegatten empfindlich einschränken (Pflichtteilsrechtsverlust, Art. 472 nZGB, sowie Wegfall von rechtsgeschäftlichen Begünstigungen aus Erb-, Ehe-, und Vermögensvertrag, Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 nZGB, Art. 217 Abs. 2 nZGB, Art. 241 Abs. 4 nZGB) und die freie Quote im gegebenen Fall ebenfalls erhöhen. Nur scheinbar dazu im Kontrast steht die Neufassung von Art. 494 Abs. 3 nZGB und die damit einhergehende Korrektur der zu strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche die Anfechtung von Rechtsgeschäften des Erblassers, die mit einem zuvor abgeschlossenen Erbvertrag nicht vereinbar sind, nach bislang geltendem Recht übermässig erschwert.

[34] Mit dem neuen Recht wird auch eine Reihe von bislang strittigen Fragen geklärt, was zweifelsohne mehr Rechtssicherheit schafft (auch wenn naturgemäss neue Folgefragen auftauchen werden). Zu nennen sind die erbrechtliche Behandlung der überhälftigen Vorschlagszuweisung (Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB, Art. 216 Abs. 2 nZGB) und der gebundenen Selbstvorsorge (Art. 82 nBVG, Art. 476 nZGB, Art. 529 nZGB) sowie einige Klärungen zur Handhabe der Herabsetzungsklage (Art. 522 nZGB, Art. 523 nZGB, Art. 532 nZGB).

[35] Intertemporalrechtlich gilt einheitlich das Todestagsprinzip (insb. Art. 15 f. SchlT ZGB): Es gilt das Erbrecht, welches im Zeitpunkt des Todes in Kraft steht. Spezifische erbrechtliche Streitigkeiten aufgrund des Inkrafttretens des neuen Rechts sind in Bezug auf die gewillkürte Erbfolge dennoch vorhersehbar.

[36] Ob der neuen erblasserischen Verfügungsfreiheiten, aber auch angesichts diverser Fallstricke, die mit dem neuen Erbrecht einhergehen, ist die kritische (Re-)Evaluation einer jeden Nachlassplanung vorbehaltlos geboten – im Zweifelsfalle unter Beizug einer Fachperson.

[37] Mit Inkrafttreten dieser Bestimmungen ist die Erbrechtsrevision aber noch lange nicht abgeschlossen. Wie obstehend dargelegt worden ist, sollen noch zwei weitere «Etappen» folgen, die jedoch unterschiedlich weit gediehen sind. Die Revision des Erbrechts wird noch eine ganze Weile zu reden geben. Das Erbrecht lebt.

---

TENZING MEMMISHOFER, MLaw (Universität Zürich) Master 2 Droit européen (Université de Strasbourg), ist juristischer Mitarbeiter bei Nobel Baudenbacher Rechtsanwälte (Zürich/Brüssel).

Der Autor dankt Herrn Rabga Rabgyal, cand. BLaw (Universität St. Gallen), für die kritische Durchsicht des Manuskripts.