

Erbrecht und Grundbuch

Succession et registre foncier

**Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung
Schweizerisches Notariat vom 16. August 2021
in Zürich und vom 2. September 2021 in Lausanne**

**Contributions des séminaires de formation
continue organisés par la Fondation Notariat
Suisse le 16 août 2021 à Zurich
et le 2 septembre 2021 à Lausanne**

Herausgeber/Éditeurs:

Beat Franz, Notar, Präsident Zürcherisches Notaren-Kollegium

Michel Mooser, professeur titulaire à l'Université de Fribourg, notaire

Schulthess § 2021

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2021
ISBN 978-3-7255-8335-5

www.schulthess.com

Neues Erbrecht *ante portas* – Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

PAUL EITEL*

Inhaltsverzeichnis

Literatur	34
I. Einführung	37
1. Vorbemerkungen	37
2. Von der Motion Gutzwiler von 2010 zum neuen Erbrecht von 2020	38
3. Zum Ehe- und Erbrecht von 1984/1988 und zum (unveränderten) Übergangsrecht	41
II. Die neuen Pflichtteile und die Erweiterung der Verfügungsfreiheit	43
1. Übersicht	43
2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis	47
III. Keine neuen gesetzlichen Erbteile (o.dgl.)	50
1. Ausgangslage	50
2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis	51
IV. Die Nutzniessung (usw.) des Ehegatten nach Art. 473 nZGB	52
1. Das neue Recht	52
2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis	54
V. Ehevertragliche Modifikationen des gesetzlichen Vorschlagsbeteili- gungsanspruchs (und der gesetzlichen Gesamtgutsteilung)	55
1. Das neue Recht	55
2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis	58
3. Exkurs: Zur Wahl des Güterstands	60
VI. Die Stärkung der Anwartschaft des Erbvertragserben	62
1. Das neue Recht	62
2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis	64

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, ordentlicher Professor an der Universität Luzern und Titularprofessor an der Universität Freiburg.

VII. Die Berücksichtigung rechtshängiger Scheidungsverfahren	66
1. Das neue Recht	66
2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis	68
VIII. Versicherung und gebundene Selbstvorsorge	69
1. Das neue Recht	69
2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis	71
IX. Schluss	71

Literatur

Regina E. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2007 (zit. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung); dieselbe, Die drei Säulen der Vorsorge und ihr Verhältnis zum Güter- und Erbrecht des ZGB, successio 2009, S. 4 ff. (zit. Aebi-Müller, Die drei Säulen der Vorsorge); dieselbe, Hat sich die Errungenschaftsbeteiligung bewährt?, successio 2013, S. 188 ff. (zit. Aebi-Müller, Errungenschaftsbeteiligung); dieselbe, Was uns das (zur amtlichen Publikation bestimmte) Urteil des Bundesgerichts 9C_523/2013 vom 28. Januar 2014 über das Verhältnis der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) zum Erbrecht lehrt – und was nicht!, Jusletter 3. März 2014 (zit. Aebi-Müller, Urteil des Bundesgerichts 9C_523/2013); Margareta Baddeley, De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016: aperçu sommaire de la proposition de réforme, FamPra.ch 2016, S. 567 ff.; Philip R. Bornhauser, Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis, Diss. Zürich 2012; Peter Breitschmid, Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln im Testamentsrecht, ZSR 1983 I S. 109 ff. (zit. Breitschmid, Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln); derselbe, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.06.2010), successio Sonderheft 2014, S. 7 ff. (zit. Breitschmid, Bericht); derselbe, Vielfältigere Lebensformen ... und alte Bedürfnisse: Das statische Erbrecht in Bewegung, in: Alexandra Jungo/Peter Breitschmid/Jörg Schmid (Hrsg.), Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zürich 2018, S. 1 ff. (zit. Breitschmid, Vielfältigere Lebensformen); derselbe, Erbrecht: Stabilität und Reform ... und der Übergang von fortdauernder Reform zu Stabilität ..., successio 2020, S. 402 ff. (zit. Breitschmid, Stabilität und Reform); derselbe, Die Revision(en) des Erbrechts, AR 2021, S. 21 ff. (zit. Breitschmid, Die Revision(en)); Michelle Cottier, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» zuhanden des Bundesamts für Justiz, successio Sonderheft 2014, S. 29 ff.; Paul Eitel, «Viertel-Lösung» im «Achtel-Streit», Jusletter 4. März 2002 (zit. Eitel, «Viertel-Lösung»); derselbe, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Ehegüterrecht und im Erbrecht des schweizerischen ZGB gestern und heute – eine Übersicht, in: Peter Breitschmid/Tugrul Ansay (Hrsg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Konvergenzen und Divergenzen, Berlin 2008, S. 154 ff. (zit. Eitel, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten); derselbe, Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis, successio 2007, S. 82 ff. (zit. Eitel, Die Nacherbeneinsetzung); derselbe, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte und ihre Tragweite beim Ableben eines Ehegatten – ausgewählte Fragestellungen, in: Alexandra Jungo/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge – Güterrecht – Unterhalt, 8. Symposium zum Familienrecht 2015, Universität Freiburg, Zürich 2016, S. 1 ff. (zit. Eitel, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte); derselbe, Auf dem Weg zu einem zeitgemässen Erbrecht?, successio 2016, S. 183 ff. (zit. Eitel, Auf dem Weg?); der-

selbe, Was ist zeitgemässes Intestaterbrecht?, *successio* 2017, S. 263 ff. (zit. *Eitel*, Intestaterbrecht?); *derselbe*, Ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einem (vor allem politisch) zeitgemässen Erbrecht (?): Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, *successio* 2018, S. 336 ff. (zit. *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018); *derselbe*, Der letzte Wille des Erblassers – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), *Der Mensch als Mass*, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 271 ff. (zit. *Eitel*, Der letzte Wille); *derselbe*, Der Vorentwurf des Bundesrats vom 10. April 2019 zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge)» – ein Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?, *successio* 2019, S. 304 ff. (zit. *Eitel*, Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?); *Paul Eitel/Karin Anderer*, 100 Jahre Begünstigung des Ehegatten nach Art. 473 ZGB, in: Daniel Girsberger/Michele Luminati (Hrsg.), *ZGB gestern – heute – morgen*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich 2007, S. 139 ff.; *Paul Eitel/Marjolein Bieri*, Die Durchführung der Herabsetzung bei Schenkungen, Lebensversicherungen und Trusts, *successio* 2015, S. 288 ff.; *Paul Eitel/Fabienne Elmniger*, Die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit nach Art. 494 Abs. 3 ZGB, in: Felix Bommer/Stephen V. Berti (Hrsg.), *Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011–150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich 2011, S. 241 ff.; *Paul Eitel/Melanie Friedrich*, Enkelerbrecht *de lege lata* und *de lege ferenda*, in: Paul Eitel/Alexandra Zeiter (Hrsg.), *Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts*, *Liber amicorum* für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, S. 71 ff.; *FamKomm Scheidung*, Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), 3. Auflage, Bern 2017 (zit. *FamKomm Scheidung-Bearbeiter*); *Roland Fankhauser*, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Eine Studie an der Schnittstelle zwischen Ehe- und Erbrecht, Bern 2011 (zit. *Fankhauser*, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts); *derselbe*, Kritisches zum geplanten Ehegattenerbrecht und zum Unterhaltsvermächtnis, in: Alexandra Jungo/Peter Breitschmid/Jörg Schmid (Hrsg.), *Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision* anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zürich 2018, S. 21 ff. (zit. *Fankhauser*, Ehegattenerbrecht und geplantes Unterhaltsvermächtnis); *Roland Fankhauser/Thierry Burckhardt*, Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle (Hrsg.), *Der Mensch als Mass*, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 289 ff.; *Roland Fankhauser/Alexandra Jungo*, Entwurf zur Revision des Erbrechts vom 29. August 2018: ein Überblick, *recht* 2019, S. 1 ff.; *Andreas Flückiger*, Nacherbeneinsetzung vs. Nutznießungsvermächtnis – wozu raten?, *successio* 2015, S. 5 ff.; *Roberto Fornito*, Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen, *AJP* 2019, S. 795 ff.; *Barbara Haidmayer*, Die Revision des Erbrechts, Änderungen im Pflichtteilsrecht und Unterstützungsanspruch für Lebenspartner, *AJP* 2018, S. 1544 ff.; *Felix Horat*, Die Revision des Erbrechts / Motion Gutzwiler, *BlAR* 2017, S. 239 ff.; *Stephanie Hrubesch-Millauer*, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. *Hrubesch-Millauer*, Bindung und Sicherung); *dieselbe*, Die Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem abgeschlossenen Erbvertrag, *BGE* 140 III 193, *successio* 2015, S. 55 ff. (zit. *Hrubesch-Millauer*, *BGE* 140 III 193); *Bruno Huwiler*, Art. 484 ZGB, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar*, 6. Auflage, Basel 2019; *Alexandra Jungo*, Faktische Lebenspartner als Erben – *de lege ferenda*, *successio* 2016, S. 5 ff. (zit. *Jungo*, Faktische Lebenspartner als Erben); *dieselbe*, Die Qualifikation der vollen Vorschlagszuweisung durch das Bundesgericht und was der Vorentwurf zur Erbrechtsrevision daraus macht, *successio* 2016, S. 276 ff. (zit. *Jungo*, Die Qualifikation der vollen Vorschlagszuweisung); *dieselbe*, Säule 3a – im Erbrecht: Klärung einer Streitfrage, in: Alexandra Jungo/Peter Breitschmid/Jörg Schmid (Hrsg.), *Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision* anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zürich 2018, S. 93 ff. (zit. *Jungo*, Säule 3a – im

Erbrecht); *dieselbe*, Die Säule 3a gemäss Entwurf zur Erbrechtsrevision vom 29. August 2018, successio 2019, S. 98 ff. (zit. *Jungo*, Die Säule 3a gemäss Entwurf); *H. Albert Kaufmann*, Das Erbrecht sowie die ehe- und erbrechtliche Übergangsordnung, in: *H. Albert Kaufmann/Bruno Huwiler* (Hrsg.), Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung und seinen Auswirkungen auf das Scheidungs-, Miet-, Handels-, Steuer- und Betreibungsrecht, BTJP 1987, Bern 1988, S. 117 ff.; *Tomie Keller*, Die faktische Lebensgemeinschaft im Erbrecht, Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht, Diss. Basel 2016, Bern 2018; *Aline Kratz-Ulmer*, Anknüpfungskriterien zu einer gesetzlichen Regelung für die faktische Lebensgemeinschaft und deren Auflösung infolge Todesfalls, successio 2018, S. 210 ff.; *Cordula Lötscher*, (K)ein gesetzliches Erbrecht für faktische Lebenspartner?, Das Unterhaltsvermächtnis gemäss Art. 484a VE ZGB zwischen erbrechtlicher Kompensation und Solidarität, successio 2018, S. 195 ff.; *Nathalie Möri*, Durchführung der Herabsetzung nach Art. 532 ZGB, insbesondere bei gewöhnlichen Schenkungen, Schenkungsversprechen und frei widerruflichen Schenkungen, AJP 2016, S. 803 ff.; *Denis Piotet*, Rapport adressé à l'office fédéral de la justice, En suite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiler 10.3524, successio Sonderheft 2014, S. 57 ff. (zit. *Piotet*, Rapport); *derselbe*, Où porter le débat sur l'avant-projet de révision du droit des successions?, L'exemple de la qualification de l'attribution par contrat de mariage au conjoint survivant d'une part supplémentaire à la part de liquidation légale des biens matrimoniaux, successio 2016, S. 329 ff. (zit. *Piotet*, L'attribution par contrat de mariage); *derselbe*, L'attribution du bénéfice matrimonial et l'ordre des réductions: Réviser l'art. 532 CC autrement, SJZ 2019, S. 67 ff. (zit. *Piotet*, Réviser l'art. 532 CC autrement); *Paul Piotet*, Réserves et réductions en cas de contrat de mariage sur la liquidation du régime matrimonial, SJZ 1990, S. 37 ff. (zit. *Piotet*, Réserves et réductions); *PraxisKommentar Erbrecht*, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Daniel Abi/Thomas Weibel (Hrsg.), 4. Auflage, Basel 2019 (zit. *PraxKomm Erbrecht-Bearbeiter*); *José-Miguel Rubido*, L'aménagement de la réserve légale en droit suisse et ses perspectives d'avenir, successio 2016, S. 335 ff.; *Alexandra Rumo-Jungo*, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, successio 2007, S. 158 ff.; *Alexandra Rumo-Jungo/Lucie Mazenauer*, Die Säule 3a als Vorsorgevereinbarung oder Vorsorgeversicherung: ihre unterschiedliche Behandlung im Erbrecht, BGE 9C_523/2013, successio 2014, S. 300 ff.; *Sandra Spirig*, Zur Anfechtung von Schenkungen nach abgeschlossenem Erbvertrag – Weshalb BGE 140 III 193 im Ergebnis richtig ist, BGE 140 III 193, successio 2017, S. 340 ff.; *Paul-Henri Steinauer*, Le calcul des réserves héréditaires et de la quotité disponible en cas de répartition conventionnelle du bénéfice dans la participation aux acquêts (Art. 216 al. 2 CC), in: François Dessemontet/Paul Piotet (Hrsg.), Mélanges Pierre Engel, Bern 1989, S. 403 ff. (zit. *Steinauer*, Le calcul des réserves); *derselbe*, Le droit des successions, 2. Auflage, Bern 2015 (zit. *Steinauer*, Le droit des successions); *derselbe*, Acquisitions et libéralités par intestat, in: Alexandra Jungo/Peter Breitschmid/Jörg Schmid (Hrsg.), Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zürich 2018, S. 77 ff. (zit. *Steinauer*, Acquisitions et libéralités ab intestat); *derselbe*, Vers une révision du droit des successions, ZSR 2018 I S. 495 ff. (zit. *Steinauer*, Vers une révision); *derselbe*, Première approche de la révision du droit des successions, in: Paul-Henri Steinauer/Michel Mooser/Antoine Eigenmann (Hrsg.), Journée du droit successoral 2019, Bern 2019, S. 205 ff. (zit. *Steinauer*, Première approche); *Thomas Sutter-Somm*, Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten und der neue Art. 473 ZGB, FamPra.ch 2003, S. 89 ff.; *Thomas Sutter-Somm/Dario Ammann*, Die Revision des Erbrechts, Methodik einer adäquaten Gesetzgebung und umstrittene Aspekte de lege lata, Zürich 2016; *Thomas Sutter-Somm/Felix Kobel*, Ist das schweizerische Ehegüterrecht revisionsbedürftig?, FamPra.ch 2004, S. 776 ff.; *Daniel Trachsel*, Schnittstellen zwischen

Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a, AJP 2013, S. 169 ff.; *Emmanuel Ullmann/Fabia K. Spiess*, Säule-3a-Guthaben bei Bankstiftungen in der Erbrechtsrevision, Jusletter 14. Januar 2019; *Stephan Wolf*, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV 2007, S. 301 ff. (zit. *Wolf*, Grundlagen); *derselbe*, Verfügungen unter Lebenden vs. «unzulässige» Umgehung der Verfügungsbeschränkung – wann greift die Herabsetzungsklage gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB?, ZBJV 2014, S. 435 ff. (zit. *Wolf*, Herabsetzungsklage gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB?); *Stephan Wolf/Martin Eggel*, Jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung und hängige Erbrechtsrevision – erste Folgerungen und Überlegungen zur Rechtsgeschäftsplanung, in: *Stephan Wolf* (Hrsg.), Aktuelles zur ehgüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 23./24. Oktober 2019, Bern 2019, S. 1 ff. (zit. *Wolf/Eggel*, Erbrechtsrevision – Rechtsgeschäftsplanung); *dieselben*, Ehgüter- und erbrechtliche Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen, in: *Stephan Wolf* (Hrsg.), Aktuelles zur ehgüter- und erbrechtlichen Planung – insbesondere aus der Sicht des Notariats, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 23./24. Oktober 2019, Bern 2019, S. 19 ff. (zit. *Wolf/Eggel*, Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen); *Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer*, Schweizerisches Erbrecht, 2. Auflage, Bern 2020; *Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer/Sibylle Hofer/Regina Aebi-Müller*, Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorentwurf des EJPD, AJP 2016, S. 1419 ff.; *Kilian Wunder/Andreas Flückiger*, Motive und Tücken der Nacherbeneinsetzung, *successio* 2012, S. 82 ff.; *Alexandra Zeiter*, Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen, ZBGR 2015, S. 365 ff.; *Beat Zoller/Patrizia Kraft*, Auf dem Weg zu einem zeitgemässen Erbrecht, Ein Zwischenfazit aus Praktikersicht, Jusletter 14. Mai 2018.

I. Einführung

1. Vorbemerkungen

Das neue Erbrecht hat naturgemäss eine Geschichte. Sie wird im Folgenden vorab resümiert. Dabei ist nicht nur auf den Zeitraum zurückzublicken, in welchem das Projekt «Neues Erbrecht» bearbeitet worden ist (I.2), sondern auch auf die Zeit davor. Denn dies erleichtert einerseits die übersichtsmässige Einordnung des neuen Rechts, andererseits das Verständnis des massgebenden Übergangsrechts (I.3). Weiter wird zunächst auf das Kernstück der Revision eingegangen, nämlich auf (die noch verbleibenden Pflichtteile und damit auf) die Erweiterung der Verfügungsfreiheit des Erblassers (II.),¹ dann aber auch auf ein Revisionsanliegen, welches im Gesetzgebungsverfahren zwar durchaus ebenfalls bedacht worden, letztlich aber gleichsam nur nebenher und nicht spezifisch umgesetzt worden ist, nämlich betreffend die faktischen Lebenspart-

1 Vgl. *Steinauer*, *Première approche*, N. 3, 7.

ner (III.). Hernach werden die neuen Gesetzesbestimmungen im Einzelnen behandelt, thematisch gruppiert (IV. bis VIII.). In diesem Kontext sind mitunter auch einzelne neue Bestimmungen über die Herabsetzung anzusprechen,² jedoch lediglich *en passant*.

Bei alledem wird stets auch auf Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis hingewiesen. Diese Hinweise reflektieren allerdings zwangsläufig hauptsächlich bloss Erfahrungen, die der Schreibende selber gemacht hat. So oder so steht jedoch fest: Der Erblasser hat inskünftig (noch) mehr Freiheit; er trägt deswegen inskünftig aber auch (noch) mehr Verantwortung.³ Dem wird m.E. (mehr denn je) auch in der Beurkundungspraxis Rechnung zu tragen sein. Denn zum einen erfolgt die (möglichst verantwortungsvolle) Wahrnehmung der Verfügungsfreiheit durch den Erblasser wesentlich in Form von Rechtsgeschäften, welche der (qualifizierten) öffentlichen Beurkundung bedürfen (vgl. nur die Art. 499 ff., 512 und 184 ZGB, betreffend öffentliche Testamente, Erbverträge und Eheverträge). Zum andern sind gerade auch (vermeintlich bewährte) «Standardlösungen» *in concreto* vermehrt zu hinterfragen bzw. die entsprechenden Repertoires zu erweitern.⁴

2. Von der Motion Gutzwiler von 2010 zum neuen Erbrecht von 2020

«Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht), Änderung vom 18. Dezember 2020» – so lautet der Titel der von der Redaktionskommission finalisierten Vorlage, welche die eidgenössischen Räte gleichentags in der Schlussabstimmung verabschiedet haben.⁵ Diese Revision des ZGB wird hier als «neues Erbrecht» (von 2020) bezeichnet, in der Annahme, dass die entsprechenden Geset-

2 Vgl. Botschaft 2018, S. 5858 ff.; *Fankhauser/Jungo*, S. 7; *Steinauer*, Acquisitions et libéralités ab intestat; *derselbe*, Première approche, N. 28 ff.; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 341 f.

3 Vgl. Botschaft 2018, S. 5820, 5871, 5877, 5899; ferner (zu den damit verbundenen Anforderungen nicht nur an die Erblasser, sondern auch an deren [allfällige] Berater [sowie an weitere Akteure]) namentlich *Breitschmid*, Vielfältigere Lebensformen, S. 2 f., 3 f., 15 f., 19 f.; *derselbe*, Stabilität und Reform, S. 403, 406.

4 Vgl. dazu namentlich *Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung, § 11; *Bornhauser*, S. 293 ff.; *Fornito*; *Wolf/Eggel*, Rechtsgestaltung mittels Bedingungen; *Zeiter*.

5 Vgl. dazu und zum Folgenden Botschaft 2018, S. 5821 ff.; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 336 f. (mit einer synoptischen Darstellung der Bestimmungen im geltenden ZGB, im VE 2016 und im E 2018 [S. 344 ff.]); *derselbe*, Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?, S. 304 f. Der Gang des Gesetzgebungsver-

zesbestimmungen tatsächlich in Kraft treten werden.⁶ Was damit vorliegt, ist das erste (und vielleicht auch, bis zur nächsten [vorwiegend] «politischen» Revision,⁷ das wichtigste) Ergebnis eines Vorhabens, das von den daran beteiligten Akteuren zunächst ausgesprochen gemächlich angegangen,⁸ zuletzt aber, mit Blick auf Art. 216 nZGB, in geradezu atemberaubendem Tempo vorangetrieben worden ist.⁹

Am 17.6.2010 hatte Ständerat Felix Gutzwiller die Motion 10.3524 «Für ein zeitgemässes Erbrecht» eingereicht. Die eidgenössischen Räte stimmten ihr im Jahr 2011 zu, allerdings mit einer vom Nationalrat vorgenommenen Ergänzung, welche zum vornherein eine Gleichstellung von Konkubinatspaaren mit Ehepaaren ausschliessen sollte.¹⁰ Die Federführung in der Verwaltung bei der Arbeit an der Erfüllung des von den beiden Räten erteilten Auftrags lag in der Hand des Bundesamts für Justiz (BJ). Im Jahr 2014 veröffentlichte es drei von ihm eingeholte Gutachten,¹¹ worauf es am 4.3.2016 einen «Vorwurf [im Folgenden: VE 2016] und erläuternde[n] Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)» in die Vernehmlassung schickte.¹² Am 10.5.2017 nahm der Bundesrat Kenntnis vom «Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens»;¹³ gleichzeitig entschied er, die eher «politischen»

fahrens ist im Übrigen minutiös dokumentiert auf der Website des Bundesamts für Justiz, siehe <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>.

6 Das Manuskript für den vorliegenden Beitrag wurde am 1.3.2021 abgeschlossen. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte daher auch der weiterführende Beitrag von *Louise Lutz Sciamanna*, Nachlassplanung im Vorfeld der Erbrechtsrevision(en), Gestaltungsüberlegungen aus der Praxis, AJP 2021, S. 325 ff.

7 Vgl. *Breitschmid*, Stabilität und Reform.

8 Die damit verbundenen Verzögerungen (und die anschliessende Etappierung) wurden mitunter moniert (vgl. namentlich *Breitschmid*, Vielfältigere Lebensformen, S. 19); ebenso wurde aber auch beanstandet, dass es teilweise an der gebotenen Umsicht fehlte (vgl. namentlich *Baddeley*; *Sutter-Somm/Anmann*; *Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller*; ferner auch *Eitel*, Auf dem Weg?).

9 Vgl. dazu kritisch *Breitschmid*, Die Revision(en), S. 23.

10 Vgl. dazu *Fankhauser/Jungo*, S. 9 f.; *Steinauer*, Vers une révision, S. 505.

11 *Breitschmid*, Bericht; *Cottier*; *Piotet*, Rapport.

12 Vgl. für umfassende (mitunter durchaus kritische) Würdigungen des VE 2016 namentlich *Baddeley*, *Horat*, *Rubido*, *Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller* und *Zoller/Kraft*.

13 Ab Mitte 2017 zog das BJ für seine Arbeit eine neunköpfige «Expertengruppe» bei, welcher auch der Schreibende angehörte (vgl. Botschaft 2018, S. 5827); ich äussere mich hier aber ausschliesslich privat und versuche dabei, Einschätzungen sowohl zum Tempo

von den eher «technischen» Punkten zu trennen¹⁴. Anschliessend wurde zunächst, am 29.8.2018, zwecks Umsetzung der gesellschaftspolitischen Forderungen der Motion Gutzwiller, die «Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht)» (im Folgenden: Botschaft 2018) mit einem entsprechenden Entwurf (im Folgenden: E 2018) veröffentlicht (hernach, am 10.4.2019, ein weiterer Vorentwurf [erneut auch mit einem erläuternden Bericht]), diesmal zur «Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge)»¹⁵; die eher technischen Gesichtspunkte des VE 2016 werden Gegenstand einer weiteren Botschaft sein.¹⁶ Die Beratungen des E 2018 in den Rechtskommissionen und im Plenum von Ständerat (Erstrat) und Nationalrat begannen noch im gleichen Jahr und wurden am besagten 18.12.2020 abgeschlossen.

Der E 2018 hatte sich auf (überwiegend) «politische» Punkte konzentriert. Dennoch (oder vielleicht gerade deswegen) enthielt er aber mehrere Bestimmungen, welche teilweise durchaus auch inhaltlich erheblich von denjenigen im VE 2016 abwichen. Dieses Vorgehen des Bundesrats kann insofern als geglückt bezeichnet werden, als die im E 2018 vorgeschlagenen Regelungen weitgehend auch im nun vorliegenden neuen Recht enthalten sind, was für die Kompromisstauglichkeit des Bundesratsentwurfs spricht.¹⁷ Immerhin sind aber doch drei (durchaus gewichtige) Ausnahmen zu hervorzuheben: [i] Die Abs. 2 bis 4 des Art. 216 E 2018, betreffend Vereinbarungen über eine andere Beteiligung am Vorschlag, wurden teilweise geändert, teilweise ersatzlos gestrichen; [ii] Art. 472 E 2018, betreffend den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten im Scheidungsverfahren, wurde geändert; [iii] sämtliche Bestimmungen im E 2018 betreffend den gesetzlichen Unterstützungsanspruch des faktischen Lebenspartners¹⁸ (siehe insbesondere die Art. 606a–606d E 2018) wurden ersatzlos gestrichen. Daher sind auch die entsprechenden Passagen in der Botschaft 2018 (ganz oder teilweise) obsolet

als auch zur Qualität des gesamten Gesetzgebungsverfahrens in seinen einzelnen Phasen und Teilrechtsbereichen zu unterlassen.

14 Vgl. die Gegenüberstellung bei Eitel, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 337 f.

15 Vgl. Eitel, Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?

16 Vgl. im Übrigen zu den internationalprivatrechtlichen Aspekten nur Botschaft 2018, S. 5821.

17 Vgl. Eitel, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 339; siehe demgegenüber für eine Einschätzung zum Echo auf den VE 2016 im Vernehmlassungsverfahren und in der Lehre namentlich Haidmayer, S. 1545; kritisch zum Anliegen der «Referendumsfestigkeit» sodann Breitschmid, Reform und Stabilität, S. 405.

18 Im Folgenden bezeichnet als Konkubinatspartner.

geworden;¹⁹ dies gilt hauptsächlich für die sehr einlässlichen Darlegungen zum Unterstützungsanspruch,²⁰ ferner aber auch für die Ausführungen zur ehevertraglichen Ehegattenbegünstigung²¹.

3. Zum Ehe- und Erbrecht von 1984/1988 und zum (unveränderten) Übergangsrecht

Das Erbrecht des ZGB von 1907/1912 wurde seit seinem Inkrafttreten bereits mehrfach teilrevidiert.²² Am häufigsten, nämlich bereits dreimal, wurde Art. 473 ZGB geändert.²³ Seine heute geltende Fassung ist demnach seine vierte,²⁴ und die nun vorliegende wird seine fünfte sein.

Die bisher wichtigste Revision des Erbrechts des ZGB war diejenige von 1984/1988,²⁵ betreffend das seinerzeit so genannte «Neue Ehe- und Erbrecht». Mithin ging es damals nicht nur um Erbrecht, sondern auch (bzw. sogar vor allem) um Eherecht. Immerhin ist dieses (nach wie vor) in der Tat auch aus erbrechtlicher Perspektive zentral,²⁶ wobei das Ehegüterrecht bzw. die Rechtsfolgen der Auflösung der Ehe und damit des Güterstands durch Tod eines Ehegatten im Vordergrund stehen – und hier wiederum hauptsächlich²⁷ die ehevertraglichen Modifikationen der gesetzlichen «Beteiligung am Vorschlag» (Randtitel der Art. 215–217 ZGB) im Recht des ordentlichen Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 181 ZGB) und der gesetzlichen «Teilung» (Randtitel der Art. 241 f. ZGB) des Gesamtguts im (ausschliesslich vertraglichen) Güterstand der Gütergemeinschaft. Alledem entspricht das mittlerweile geradezu geflügelte Wort vom «Sondererbrecht im Ehegüterrecht»²⁸ in den Art. 216 und 241 des ZGB von 1984/1988. Dieses setzte einen (wenn auch,

19 Vgl. *Breitschmid*, Die Revision(en), S. 21 (Fn. 2).

20 Vgl. Botschaft 2018, S. 5861 ff., 5887 ff.

21 Vgl. Botschaft 2018, S. 5845 ff., 5884, 5878 f.

22 Vgl. *Wolf*, Grundlagen, S. 302.

23 Vgl. Botschaft 2018, S. 5842.

24 Vgl. *Eitel/Anderer*, S. 141 (mit einer synoptischen Darstellung der bisher vier Fassungen [S. 179 f.]).

25 Vgl. *Steinauer*, Vers une révision, S. 496.

26 Vgl. Botschaft 2018, S. 5845; *Breitschmid*, Vielfältigere Lebensformen, S. 12 ff.; ferner auch *Eitel*, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 2 ff.

27 Vgl. ergänzend *Fornito*, S. 797; ferner auch *Eitel*, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 21 ff., 32 f.

28 So *Hausheer/Reusser/Geiser* in den Berner Kommentaren (zit. bei *Eitel*, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten, S. 163, 166).

wie sich bald einmal zeigen sollte,²⁹ nur vorläufigen) Schlusspunkt in einer Diskussion, die vor allem seit 1976 intensiv geführt worden war, im Nachgang zu einem Leitentscheid (BGE 102 II 313), in welchem das Bundesgericht seine bisherige, seit dem Inkrafttreten des ZGB von 1907/1912 konstante Praxis betreffend die erbrechtliche Tragweite von Vorschlagszuweisungen im Güterverbindungsrecht nach Art. 214 Abs. 3 aZGB änderte (Ablösung der «Mannhart-Praxis» [BGE 58 II 1 von 1932] durch die «Nobel-Praxis»³⁰).

Das (damalige neue) Ehe- und Erbrecht von 1984/1988 interessiert mithin, wie sich bereits aus dem vorstehenden Hinweis auf die vom Gesetzgeber gegenüber Art. 216 E 2018 beschlossenen Änderungen ergibt, gerade auch mit Blick auf das (heute) neue Erbrecht von 2020. Sinngemäss dasselbe gilt für die Frage nach dem massgebenden Übergangsrecht (Intertemporalrecht), die sich regelmässig stellt, wenn neue Gesetzesbestimmungen in Kraft treten.

H. Albert Kaufmann hatte, bezogen auf die Revision des Ehe- und Erbrechts von 1984/1988, ausgeführt³¹: «So differenziert, kompliziert und in manchem rechtlich unsicher das ehgüterrechtliche Übergangsrecht sich darstellt, so konzentriert, einfach und rechtlich sicher ist dasjenige für das Erbrecht. Was die Rechtsgrundlage anbelangt, so sieht das Reformgesetz überhaupt keine erbrechtlichen Übergangsbestimmungen vor. Es gelten vielmehr weiterhin diejenigen des SchlT von 1907. Es handelt sich um die Art. 15 und 16 in Verbindung mit den allgemeinen Bestimmungen in den Art. 1–4. Sie grenzen das bisherige vom künftigen Erbrecht folgendermassen ab. Entscheidend ist allein der Todeszeitpunkt des Erblassers. Auf den Zeitpunkt der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen, einer Schenkung unter Lebenden oder von Todes wegen, des Eintritts einer Bedingung oder einer Befristung, der Vornahme der Teilung des Nachlasses usw. kommt es überhaupt nicht an. Ist der Erblasser vor dem 1. Januar 1988 gestorben, so unterstehen seine erbrechtlichen Verhältnisse, z.B. der Kreis der gesetzlichen Erben, der Pflichtteilsberechtigten und ihre Anteile am Nachlass sowie der ganze Erbgang dem bisherigen Recht. Ist der Erblasser hingegen nach Ende des Jahres 1987 gestorben, so gelten für alle seine erbrechtlichen Verhältnisse die Bestimmungen des neuen Rechts.»

29 Vgl. *Steinauer*, Le calcul des réserves, vs. *Piotet*, Réserves et réductions.

30 Vgl. *Eitel*, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 11 ff.

31 *Kaufmann*, S. 169 f.

Was für das damals neue Ehe- und Erbrecht galt, gilt auch für das heute neue Erbrecht.³² Der Bundesrat befand nämlich, dass an den bewährten Bestimmungen im SchlT ZGB vollumfänglich festgehalten und auf den Erlass spezifischer Übergangsbestimmungen verzichtet werden könne. Dabei ist es in der Folge geblieben, insbesondere auch in Bezug auf die Art. 216 Abs. 2 und 3 nZGB (sowie auf Art. 217 Abs. 2 nZGB),³³ zumal im ZGB von 1984/1988 auch in Bezug auf die seither geltenden Art. 215 bis 217 ZGB kein «Sonderübergangsrecht» erlassen worden war, sofern für die Ehegatten ausschliesslich das neue Errungenschaftsbeteiligungsrecht massgebend sein würde³⁴. Demnach kommt es für die Frage, ob *in concreto* das heute (noch) geltende Recht oder aber das (bald) neu geltende Recht anzuwenden sei, einzig darauf an, ob der Erblasser vor oder nach dessen Inkrafttreten verstorben ist.³⁵

II. Die neuen Pflichtteile und die Erweiterung der Verfügungsfreiheit

1. Übersicht

Die Motion Gutzwiller identifizierte eine möglichst weitgehende Verfügungsfreiheit des Erblassers als wichtigstes Charakteristikum eines zeitgemässen Erbrechts und postulierte daher deren Erweiterung im ZGB, hauptsächlich aus Rücksicht auf die seit dem Inkrafttreten des ZGB von 1907/1912 (in den Worten des Motionärs) «stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten».³⁶ Demnach waren *de lege ferenda* die Pflichtteile zwar nicht gänzlich aufzuheben, aber doch zu reduzieren. Gemäss der *lex lata* betragen sie für Nachkommen 3/4, für Eltern und Ehegatten (sowie für eingetragene Partnerinnen und eingetragene Partner)³⁷ 1/2 ihres jeweiligen gesetzlichen Erbanspruchs (Art. 470 und Art. 471 ZGB mit seinen Ziff. 1–3). Im (bald) neuen Erbrecht gehören die Eltern nicht mehr zu den Pflichtteilserben; ferner und vor allem betragen die Pflichtteile neu ausnahmslos 1/2 des

32 Vgl. dazu und zum Folgenden Botschaft 2018, S. 5870 f.; *Steinauer*, *Première approche*, N. 2, 4 f.; *Wolf/Eggel*, *Erbrechtsrevision – Rechtsgeschäftsplanung*, S. 9 f.

33 Nur, aber immerhin diesbezüglich kritisch *Breitschmid*, *Stabilität und Reform*, S. 403.

34 Vgl. die Art. 9a ff. SchlT ZGB; *Kaufmann*, S. 146 ff., 170 ff.

35 Vgl. Botschaft 2018, S. 5870.

36 Weiterführend Botschaft 2018, S. 5818 f.

37 Wenn im Folgenden von Ehegatten die Rede ist, sind damit eingetragene Partnerinnen und Partner stets mitgemeint.

jeweiligen gesetzlichen Erbanspruchs, der Pflichtteil der Nachkommen wurde mithin reduziert (Art. 470 und 471 nZGB).³⁸ In den statistisch häufigsten Konstellationen,³⁹ wonach der Erblasser entweder nur Nachkommen oder nur Nachkommen und den Ehegatten hinterlässt, resultiert daher neu ein verfügbarer Teil von durchwegs 1/2, gegenüber bisher 1/4 bzw. 3/8⁴⁰ (und gegenüber 1/4 bzw. 3/16 im bis Ende 1987 geltenden Recht)⁴¹.

Das Pflichtteilsrecht der (entfernteren) Verwandten hat damit seinen Rückzug fortgesetzt (bspw. stand bis Ende 1987 ausser den Nachkommen und den Eltern auch den Geschwistern des Erblassers ein Pflichtteil zu [Art. 470 und 471 aZGB], wobei die Kantone befugt waren, den Pflichtteilsanspruch der Geschwister entweder aufzuheben oder auf die Geschwisterkinder auszudehnen [Art. 472 aZGB]).⁴² Mit Blick auf ihre Pflichtteilsansprüche keine Federn lassen mussten einzig die Ehegatten, obschon noch im VE 2016 auch eine Reduktion ihres Pflichtteils vorgeschlagen worden war, nämlich von 1/2 auf 1/4 ihres gesetzlichen Erbanspruchs.⁴³ Dieser Vorschlag wurde vom Bundesrat aber bereits im E 2018 zurückgenommen.⁴⁴ Dabei ist es in der Folge geblieben.

Aufgrund dieser neuerlichen Verschiebung der Gewichte zwischen Verfänglichkeit und Verfügungsfreiheit⁴⁵ sind die Erblasser die Gewinner der vorliegenden Gesetzesrevision. Als weitere (und gleichsam «stille») Gewinner erscheinen aber erneut, wie schon anlässlich der Revision von 1984/1988 (damals aber entsprechend einem erklärten legislatorischen Kernanliegen),⁴⁶ und anders als noch gemäss dem VE 2016,⁴⁷ auch die Ehegatten (und damit die Ehe),⁴⁸ jedenfalls solange ihre zumindest dem Bande nach noch bestehende Beziehung mit

38 Vgl. Botschaft 2018, S. 5880; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 339; kritisch *Baddeley*, S. 81 f.

39 Vgl. für weitere Botschaft 2018, S. 5833 f.

40 Vgl. *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 339.

41 Vgl. *Kaufmann*, S. 122 f.

42 Vgl. *Steinauer*, Vers une révision, S. 499.

43 Vgl. dazu namentlich *Baddeley*, S. 579 f.; *Fankhauser*, Ehegattenerbrecht und geplantes Unterhaltsvermächtnis, S. 23 ff.

44 Vgl. Botschaft 2018, S. 5832 f.

45 Vgl. Botschaft 2018, S. 5829.

46 Vgl. *Eitel*, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten, S. 155 f.

47 Vgl. *Baddeley*, S. 572 f., 579 f.; *Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller*, S. 1421, 1423 (insbesondere mit Hinweis auch auf Art. 199 ZGB).

48 Vgl. *Baddeley*, a.a.O.; kritisch *Haidmayer*, S. 1547 ff.

dem Erblasser nicht offensichtlich vor der Auflösung steht.⁴⁹ Das entspricht zwar dem internationalen Trend,⁵⁰ ist aber nicht selbstverständlich, zumal hierzulande gerade in den letzten Jahrzehnten auch die sozialversicherungs- und vorsorgerechtliche Rechtsstellung der Ehegatten ausgebaut worden ist.⁵¹

Als Verlierer – soweit es sich überhaupt rechtfertigt, in diesem Zusammenhang in solchen Kategorien zu sprechen – stehen demgegenüber, wie bereits im VF 2016,⁵² nunmehr aber noch etwas mehr, die Familie (bzw. die Verwandtschaft) da, sowie die Konkubinatspartner (und damit das Konkubinat)^{53, 54} Einerseits wurden nämlich nicht nur der gesetzliche Erbteil und der Pflichtteil des Ehegatten nicht angetastet, sondern es ist, im Rahmen der Art. 216 und 473 nZGB, auch die Verfügungsfreiheit des Erblassers «ehegattenspezifisch» gestärkt bzw. erweitert worden, und zwar (teilweise sogar) sukzessive, d.h. zunächst bereits aufgrund des Bundesratsentwurfs, hernach (Art. 216 nZGB) zusätzlich von den eidgenössischen Räten (vgl. hinten IV. und V.). Andererseits kann der Erblasser sich seiner (erweiterten) Verfügungsfreiheit zwar durchaus auch zu Gunsten des Konkubinatspartners bedienen (hat bspw. der Erblasser weder Nachkommen noch einen Ehegatten, aber Eltern, kann er dem Konkubinatspartner infolge der Aufhebung der Elternpflichtteile neu den ganzen Nachlass statt wie bisher nur die Hälfte davon zuwenden)⁵⁵. Indessen wird diesem aber nach wie vor kein gesetzlicher Erbteil (oder gar ein Pflichtteil o.dgl.) zustehen (vgl. ergänzend hinten III.).

49 Auch dies gilt ebenso für die eingetragene Partnerin und den eingetragenen Partner (für die eingetragene Partnerschaft), wie insbesondere der Revision von Art. 473 ZGB zu entnehmen ist (vgl. hinten IV.).

50 Vgl. *Eitel*, Intestaterbrecht?, S. 263.

51 Vgl. *Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung, § 2; *dieselbe*, Die drei Säulen; *Trachsel*, S. 170, 178 ff.

52 Vgl. *Baddeley*, S. 581 ff.

53 Wobei zu präzisieren ist, dass es (formal) zwar «die» Ehe gibt, nicht aber «das» Konkubinat.

54 Vgl. dazu namentlich *Breitschmid*, Stabilität und Reform, S. 402, 405; ferner auch (da bereits kritisch zur gegenüber der im E 2018 verbliebenen «Härtefalllösung») *Fankhauser/Jungo*, S. 9 ff.; *Haidmayer*, S. 1550 ff.

55 Vgl. *Steinauer*, Vers une révision, S. 499; *Wolf/Eggel*, Erbrechtsrevision – Rechtsge-
schäftsplanung, S. 13.

Im Übrigen ist m.E. auch dies, neben der unterbliebenen Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts⁵⁶ (und auch des «Ehekrisenerbrechts»)⁵⁷ ein Ergebnis des Umstands, dass der Bundesrat bemüht war, im E 2018 die vorgeschlagenen Regelungen «quantitativ» möglichst zu beschränken.⁵⁸ Denn auch in rechtsvergleichender Sicht hat sich gezeigt, dass allein schon die «technisch» zu lösenden Probleme bei der Umsetzung allfälliger erbrechtlicher Ansprüche von Konkubinatspartnern die jeweiligen Gesetzgeber vor ganz besondere Herausforderungen stellen.⁵⁹ Allerdings dürfen diese nicht dazu führen, dass allein ihretwegen die legislatorische Umsetzung eines Anliegens auf Dauer gänzlich unterbleibt, sofern ein solches denn erst einmal als «politisch» gerechtfertigt erscheint (immerhin war dem BJ in allen drei von ihm im Hinblick auf die Ausarbeitung des VE 2016 eingeholten Gutachten der Erlass [auch] entsprechen-der erbrechtlicher Regelungen empfohlen worden)⁶⁰. Bis es irgendwann einmal vielleicht auch hierzulande soweit ist,⁶¹ bleibt bereits der schlichte Eheschluss allein (aus rein erbrechtlicher Sicht [sowie oft auch aus rein erbschaftssteuerrechtlicher Sicht; vgl. hinten III.2.]) die effizienteste Massnahme zu Gunsten des (dereinst) überlebenden Partners. Hinzu kommt sodann, ist die Ehe erst einmal geschlossen (und gerät sie nicht in eine Krise), die ganze Palette der rechtsgeschäftlichen Begünstigungsmöglichkeiten, welche zu Gunsten des Partners ebenfalls noch ausgeschöpft werden kann (vgl. ergänzend hinten IV. und V.), jeweils verbunden mit der Frage, ob die maximale (oder ausnahmsweise die minimale) Begünstigung des Ehegatten die optimale sei.⁶²

56 Vgl. dazu nur *Haidmayer*, S. 1545 f.

57 Vgl. dazu *Fankhauser*, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, 4. Kapitel; sowie hinten VII.

58 Vgl. dazu Botschaft 2018, S. 5820; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 338 f.

59 Vgl. *Eitel*, Intestaterbrecht?, S. 264 ff.

60 Vgl. *Breitschmid*, Bericht, S. 15 f., 22 f., 25; *Cottier*, S. 34 ff., 48 f.; *Piotet*, Rapport, S. 62 ff., 98.

61 Vgl. *Breitschmid*, Die Revision(en), S. 24.

62 Vgl. *Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung (zur «Minimalbegünstigung»: Rz. 11.31 ff.); *Breitschmid*, Die Revision(en), S. 22 f.

2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

Da seit rund einem Jahrzehnt ernsthaft mit einer Modifikation der Pflichtteile zu rechnen war (oder jedenfalls spätestens seit 2018),⁶³ konnte (und musste)⁶⁴ die angesprochene Entwicklung in der Beurkundungspraxis bereits seit einiger Zeit antizipiert werden. Dabei gingen meine persönlichen Erfahrungen dahin, dass im Regelfall die Pflichtteile gemäss dem (mutmasslich bald geltenden) neuen Recht gegenüber denjenigen gemäss dem (vorläufig noch) geltenden Recht vorgezogen werden (soweit solche überhaupt weiterhin zu berücksichtigen sein würden). Redaktionell lässt sich dieser «letzte Wille» des Erblassers durch Erklärungen festmachen, wonach ihm bewusst sei, dass die Pflichtteile aufgrund einer Gesetzesänderung möglicherweise geändert (insbesondere reduziert oder aufgehoben) werden könnten und daher die im Zeitpunkt seines Ablebens (allenfalls noch) geltenden Pflichtteile massgebend sein sollten. Nur im Ausnahmefall entscheidet sich der Erblasser, über seinen Nachlass (zumindest bis auf Weiteres) gleichsam nur im Rahmen der aktuell noch geltenden Pflichtteile zu verfügen und damit womöglich, sollte er erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts versterben, seine (dereinstige) Verfügungsfreiheit nicht vollumfänglich auszuschöpfen.⁶⁵

Dieser Befund steht im Einklang mit den Motiven der Motion Gutzwiller bzw. des Gesetzgebers. Hinzu kommt, dass das Übergangsrecht schon seit 1907/1912 bekannt und nicht modifiziert worden ist, obschon die Pflichtteile bzw. der verfügbare Teil seither bereits zweimal (teilweise) neu festgelegt worden sind, nämlich, ausser anlässlich der «grossen» Revision von 1984/1988, auch anlässlich der anschliessenden, «kleinen» Revision von 2001/2002, d.h. im Rahmen der Beendigung des «Achtel-Streits» betreffend Art. 473 ZGB durch den legislatorischen Schwerthieb der «Viertel-Lösung».⁶⁶ Somit erklärt der Erblasser seinen «letzten Willen» zwar naturgemäss (womöglich sehr lange Zeit) vor seinem Ableben, aber es gilt dennoch ein Todestagsprinzip in dem Sinne, dass das (erst) in diesem Zeitpunkt geltende Recht massgebend sein soll.

63 Vgl. Fornito, S. 800; Steinauer, *Première approche*, N. 2.

64 Vgl. Wolf/Eggel, *Erbrechtsrevision – Rechtsgeschäftsplanung*, S. 4 f., 8.

65 Vgl. auch Wolf/Eggel, *Erbrechtsrevision – Rechtsgeschäftsplanung*, S. 16.

66 Vgl. Eitel, «Viertel-Lösung».

Im Übrigen sind Auslegungsprobleme mitunter unvermeidlich und vielfältig, aber auch lösbar.⁶⁷ So liegt es bspw. nahe, die Pflichtteile und den verfügbaren Teil zu gegebener Zeit grundsätzlich auch dann gemäss dem neuen Erbrecht zu veranschlagen, wenn eine Verfügung *in concreto* tatsächlich auslegungsbedürftig ist, etwa weil sie vor mehr als zehn Jahren beurkundet wurde und/oder weil sie, aus welchen Gründen auch immer (bspw. wegen Verfügungsunfähigkeit des Erblassers; Art. 467 f. ZGB), mittlerweile nicht mehr geändert bzw. präzisiert werden kann. Es kann sich aber auch rechtfertigen, auf eine solche Änderung bzw. Präzisierung gänzlich zu verzichten, obschon dergleichen durchaus noch erfolgen könnte. Konkret ist m.E. nämlich, wiederum entsprechend den Intentionen des Gesetzgebers, im Zweifel immer dann, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des neuen Erbrechts verstirbt, aber in einer vor dessen Inkrafttreten errichteten Verfügung von Todes wegen eine Person (ausdrücklich oder sinngemäss) «auf den Pflichtteil gesetzt» (und/oder einer Person ausdrücklich «den [maximal] verfügbaren Teil» zugewendet) hat, der nach dem (bald) neuen Recht geltende Pflichtteil (sofern ein solcher überhaupt noch besteht) massgebend (bzw. der nach dem [bald] neuen Recht geltende verfügbare Teil).⁶⁸ Tendenziell anders verhält es sich demgegenüber, wenn der Erblasser sich darauf beschränkt hat, den einzelnen Erben genau fixierte Bruchteile der Erbschaft zuzuweisen.

Schliesslich hat die erblasserische Verfügungsfreiheit bzw. deren Erweiterung durch den Gesetzgeber durchaus auch ihre Kehrseite. Denn (viel) mehr für die einen bedeutet immer auch (viel) weniger für die anderen, was die davon Betroffenen mitunter unterschiedlich würdigen.⁶⁹ Das gilt nach meinen persönlichen Erfahrungen vor allem, wenn Kinder (bzw. ihre Stämme) entsprechend ungleich(er) behandelt werden⁷⁰ (handle es sich nun um Nachkommen des Erblassers aus lediglich einer Beziehung oder aus mehr als einer), und wenn Partner «auf Kosten» von Kindern entsprechend (zusätzlich) begüns-

67 Vgl. Botschaft 2018, S. 5870 f.; da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, spezifische Auslegungsregeln zu erlassen (vgl. *Steinauer*, *Première approche*, N. 20), sind die allgemeinen Auslegungsgrundsätze massgebend; vgl. zu diesen *Steinauer*, *Le droit des successions*, N. 286 ff.; *Wolf/Hrubesch-Millauer*, N. 306 ff.

68 Vgl. *Breitschmid*, *Die Revision(en)*, S. 24; *Steinauer*, *Première approche*, N. 21 (mit konkreten Formulierungsbeispielen); *Wolf/Eggel*, *Erbrechtsrevision – Rechtsgeschäftsplanung*, S. 16 (mit konkreten Formulierungsbeispielen); ferner dazu (betreffend den verfügbaren Teil gemäss Art. 473 ZGB) bereits *Eitel*, «Viertel-Lösung», Rz. 7 f.

69 Vgl. dazu namentlich *Baddeley*, S. 579; *Breitschmid*, *Vielfältigere Lebensformen*, S. 2 f.; *Haidmayer*, S. 1547 f.

70 Vgl. *Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller*, S. 1422.

tigt werden, die nicht auch Kinder dieses Partners sind. Dasselbe gilt aber auch dann, wenn (hauptsächlich) «entfernere» Personen (Verwandte oder Nichtverwandte des Erblassers) bedacht werden. Hinterlässt der Erblasser bspw. zwei Kinder, kann er dem einen Kind nach (noch) geltendem Recht $5/8$ ($15/24$) zukommen lassen, sodass für das andere $3/8$ ($9/24$) verbleiben, während er nach (bald) neu geltendem Recht dem einen Kind sogar $3/4$ ($18/24$) zuwenden kann, sodass für das andere nur mehr $1/4$ ($6/24$) übrigbleiben; und hinterlässt er bspw. drei Kinder, ergeben sich Quoten von $1/2$ ($12/24$) gegenüber $2 \times 1/4$ ($2 \times 6/24$) bzw. von $2/3$ ($16/24$) gegenüber $2 \times 1/6$ ($2 \times 4/24$).

Vor diesem Hintergrund gewinnen die Bestimmungen betreffend die Anforderungen an die Gültigkeit von Verfügungen von Todes wegen (und betreffend die Erbwürdigkeit) an Bedeutung. Dem hat der Gesetzgeber allerdings nicht ebenfalls Rechnung getragen, zumindest bis anhin nicht⁷¹ (bereits *de lege lata* bleibt sodann an Möglichkeiten der Teilungsgültigkeit bei beschränkter [abgestufter] Urteilsfähigkeit zu denken).⁷² Die Urkundspersonen sind daher (mehr denn je auch) aufgerufen, die Verfügungsfähigkeit des Erblassers (Art. 467 f. bzw. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und seinen mängelfrei gebildeten Willen (Art. 469 bzw. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) sorgfältig zu prüfen bzw. zu ermitteln.

Eine mass- und damit verantwortungsvolle Nachlassregelung kann aber sehr wohl auch darin bestehen, dass der Erblasser (entsprechend dem Ausnahmefall) seine (bald erweiterte) Verfügungsbefugnis nicht vollumfänglich ausschöpft. In diesem Kontext gewinnen m.E. in der Beurkundungspraxis die privatorischen Klauseln (Strafklauseln, Verwirkungsklauseln) an Bedeutung (soweit sie nach wie vor als «anfechtungsresistent» gelten)⁷³. Denn sie können die sich vor allem im Zusammenhang mit Vorausvermachnissen und Quotenvermachnissen (im Sinne von Art. 608 Abs. 3 ZGB), aber auch mit «gewöhnlichen» Vermächnissen (Art. 484 ZGB) regelmässig stellenden Bewertungsprobleme «indirekt» entschärfen, da die entsprechend «zurückgesetzten» (aber nicht auf den Pflichtteil gesetzten) Erben, sofern sie, gemäss dem statistischen

71 Vgl. dazu bereits Sutter-Somm/Ammann, N. 147 ff., 155 ff.; zuletzt Breitschmid, Stabilität und Reform, S. 406; sowie (auch zu Art. 541a VE 2016) Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller, S. 1421, 1422, 1425 f.

72 Vgl. Eitel, Der letzte Wille, S. 279 ff.

73 Vgl. die entsprechenden Vorbehalte von Breitschmid, Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln.

Regelfall, zu den Pflichtteilserben gehören, sich die Anfechtung dieser Verfügungen inskünftig gewissermassen zweimal werden überlegen müssen.⁷⁴

III. Keine neuen gesetzlichen Erbteile (o.dgl.)

1. Ausgangslage

Der Gesetzgeber hat letztlich darauf verzichtet, der namentlich von Ständerat Gutzwiller diagnostizierten Entwicklung der Lebensrealitäten auch durch eine Revision des Intestaterbrechts Rechnung zu tragen, sei dies nun mittels einer Modifikation der gesetzlichen Erbteile (Art. 457 ff. ZGB) oder mittels der Schaffung neuer gesetzlicher Erben, darunter insbesondere die Konkubinatspartner.⁷⁵ Er hat aber, insoweit entgegen den Intentionen des Bundesrats, auch keine Alternativlösung umgesetzt, nicht einmal eine «Härtefalllösung»⁷⁶. Das (bald) neue Erbrecht wird daher weiterhin weder ein Enkelerbrecht (wie in der Motion Gutzwiller angedacht)⁷⁷ noch einen Anspruch auf ein Unterhaltsvermächtnis (wie gemäss Art. 484a VE 2016)⁷⁸ noch einen Unterstützungsanspruch (wie gemäss den Art. 606a ff. E 2018)⁷⁹ enthalten.⁸⁰ Als «Opfer» dieses Verzichts erscheinen die Stief- und Pflegekinder, vor allem aber (vorläufig?)⁸¹ die Konkubinatspartner.

⁷⁴ Vgl. Fornito, S. 799.

⁷⁵ Vgl. dazu namentlich Jungo, Faktische Lebenspartner als Erben, Keller und Kratz-Ulmer; ferner auch Eitel, Intestaterbrecht?

⁷⁶ Vgl. Botschaft 2018, S. 5825.

⁷⁷ Vgl. dazu Eitel/Friedrich.

⁷⁸ Vgl. dazu namentlich Baddeley, S. 574 ff.; Fankhauser, Ehegattenerbrecht und geplantes Unterhaltsvermächtnis, S. 30 ff.; Piotet, Rapport, S. 98; Lötscher; Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller, S. 1423 ff.; Zoller/Kraft, Rz. 8.

⁷⁹ Eine Lösung, die wohl wenigstens «technisch» gegenüber derjenigen im VE 2016 den Vorzug verdient hätte; vgl. Piotet, Rapport, S. 98; Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller, S. 1425.

⁸⁰ Vgl. Steinauer, Vers une révision, S. 504.

⁸¹ Vgl. Breitschmid, Stabilität und Reform, S. 402.

2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

Der Erblasser, der einen Konkubinatspartner hinterlässt,⁸² trägt damit nach wie vor eine erhöhte Verantwortung,⁸³ m.E. mit entsprechenden Auswirkungen auch auf die Beurkundungspraxis (ganz abgesehen von den [inzwischen seltener gewordenen] Fällen, in denen nach meinen persönlichen Erfahrungen mitunter noch immer «übersehen» wird [bzw. bleibt], dass nach dem [mutmasslichen] Willen des Testators die Erklärung einer Kindesanerkennung im Sinne von Art. 260 Abs. 3 ZGB beurkundet werden sollte). Will der Erblasser zu Gunsten des Konkubinatspartners verfügen, stellt sich zusätzlich die Frage, ob die entsprechende Erbeinsetzung (Art. 483 ZGB) bzw. das entsprechende Vermächtnis (Art. 484 ff. ZGB) mit zusätzlichen Modifikationen (Art. 482 ZGB) zu verknüpfen sei oder nicht.⁸⁴ Nach meinen persönlichen Erfahrungen ist sie im Regelfall zu bejahen. Bei der Redaktion *in concreto* ist allerdings einiges sorgfältig zu bedenken.⁸⁵

Die Erweiterung der Verfügungsfreiheit des Erblassers ist immerhin auch geeignet, gerade in «Patchworkkonstellationen» sachgerechte Lösungen zu erleichtern.⁸⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Konkubinatspartner erb-schaftssteuerlich ähnlich wie Ehegatten (oder zumindest nicht wie weit entfernt oder überhaupt nicht Verwandte) des Erblassers und/oder wenn Stief- oder Pflegekinder (und deren Nachkommen) erbschaftssteuerlich wie Kinder (bzw. Nachkommen) des Erblassers behandelt werden.⁸⁷ Denn die Erweiterung der erblasserischen Verfügungsfreiheit erhöht für die (verschiedenen) Angehörigen der jüngeren Generationen zwar die Chancen (auf die Ziehung des grossen Loses), aber auch die Risiken (der Ziehung [nahezu] einer Niete) in der «Absterbenslotterie»⁸⁸, die sich aus der (unterschiedlichen) Absterbens-reihenfolge der (beiden) Angehörigen der ältesten Generation ergibt. Werden die Beteiligten sich dessen tatsächlich gewahr, sind sie nach meiner per-

82 Weniger erheblich ist m.E. die Verantwortung des Erblassers, der Stief- oder Pflegekin-der hinterlässt; vgl. *Eitel*, Intestaterbrecht?, S. 266.

83 Vgl. *Steinauer*, Vers une révision, S. 504.

84 Vgl. dazu *Wolff/Eggel*, Rechtsgestaltung mittels Bedingungen.

85 Es gilt diesbezüglich sinngemäss dasselbe wie im gleichsam «umgekehrten» Fall der sog. Konkubinatsklauseln; vgl. dazu *Zeiler*, S. 370 f.

86 Vgl. *Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung, § 12.

87 Vgl. dazu *Baddeley*, S. 583; *Fankhauser/Jungo*, S. 2 f.; *Steinauer*, Vers une révision, S. 503 f.; *derselbe*, Première approche, N. 7.

88 Vgl. *Aebi-Müller*, Rz. 11.03 ff.

sönlichen Erfahrung⁸⁹ nicht selten auch bereit zu «umfassenden» Lösungen im Rahmen des Abschlusses von Erbverträgen (mit entsprechend zahlreichen Vertragsparteien), die dann meistens die Nachlässe von mindestens zwei Erblassern regeln (siehe dazu ergänzend hinten VI.).

IV. Die Nutzniessung (usw.) des Ehegatten nach Art. 473 nZGB

1. Das neue Recht

Art. 473 nZGB lautet wie folgt (geänderte Regelungen durchgestrichen, neue Regelungen kursiv).

~~«Der Erblasser kann dem überlebenden Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen gegenüber den gemeinsamen Nachkommen die Nutzniessung an dem ganzen ihnen zufallenden Teil der Erbschaft zuwenden.»~~
(Abs. 1):

«Unabhängig von einer allfälligen Verfügung über den verfügbaren Teil kann der Erblasser dem überlebenden Ehegatten, der überlebenden eingetragenen Partnerin oder dem überlebenden eingetragenen Partner durch Verfügung von Todes wegen gegenüber den gemeinsamen Nachkommen die Nutzniessung am ganzen ihnen zufallenden Teil der Erbschaft zuwenden.»
(Abs. 1).

~~«Diese Nutzniessung tritt an die Stelle des dem Ehegatten neben diesen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechts. Neben dieser Nutzniessung beträgt der verfügbare Teil einen Viertel des Nachlasses.»~~
(Abs. 2):

«Diese Nutzniessung tritt an die Stelle des dem Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner neben diesen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechts. Neben dieser Nutzniessung beträgt der verfügbare Teil die Hälfte des Nachlasses.»
(Abs. 2).

~~«Im Falle der Wiederverheiratung entfällt die Nutzniessung auf jenem Teil der Erbschaft, der im Zeitpunkt des Erbanges nach den ordentlichen Bestimmun-~~

⁸⁹ Vgl. auch Fornito, S. 802.

~~gen über den Pflichtteil der Nachkommen nicht hätte mit der Nutzniessung belastet werden können.»~~
(Abs. 3).

«Heiratet der überlebende Ehegatte wieder oder begründet er eine eingetragene Partnerschaft, so entfällt die Nutzniessung auf jenem Teil der Erbschaft, der im Zeitpunkt des Erbgangs nach den ordentlichen Bestimmungen über den Pflichtteil der Nachkommen nicht hätte mit der Nutzniessung belastet werden können. Diese Bestimmung gilt sinngemäss, wenn die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner eine neue eingetragene Partnerschaft begründet oder heiratet.»
(Abs. 3).

Der Gesetzgeber hat Art. 473 ZGB ein viertes Mal revidiert, dieses Mal sogar komplett (auf eine ersatzlose Streichung der Bestimmung⁹⁰ wurde also weiterhin verzichtet)⁹¹. Dennoch sind aber nicht alle («auf dem Tisch liegenden») offenen Fragen (explizit) behandelt worden.⁹²

Die vorliegende Revision erstreckt sich erstmals auch auf den Randtitel⁹³ (bisher: «Begünstigung des Ehegatten»; neu: «Nutzniessung»)⁹⁴. Diese Entwicklung ist ein Argument gegen diejenigen Auffassungen in der Lehre (vertreten auch vom Schreibenden),⁹⁵ welche sich bei der Auslegung der *lex lata* für Lösungen zu Gunsten des Ehegatten ausgesprochen haben. Insofern erscheint der Ehegatte also doch auch ein wenig als Verlierer der Revision.⁹⁶ Dieser Umstand wird aber nicht nur durch die Revision in ihrer Gesamtheit, sondern bereits auch durch die Revision von Art. 473 ZGB selber mehr als kompensiert (dies gilt sogar noch mehr für die überlebenden eingetragenen Partnerinnen und Partner, da sie in Art. 473 Abs. 1 nZGB nun explizit ebenfalls erwähnt werden)⁹⁷. Denn im VE 2016 war einerseits der Ehegattenpflichtteil ebenfalls

90 Vgl. Sutter-Sommi/Kobel, S. 791.

91 Vgl. Botschaft 2018, S. 5842.

92 Vgl. Sutter-Sommi/Ammann, N. 73 ff.

93 Vgl. Eitel/Anderer, S. 141.

94 Vgl. Botschaft 2018, S. 5881.

95 Vgl. Eitel/Anderer, S. 164 ff.

96 Dies gilt aber nicht etwa auch in Bezug auf die Frage, ob der Ehegatte gegen seinen Willen mit einem Nutzniessungs- oder Rentenvermächtnis abgefunden werden könne; vgl. dazu Botschaft 2018, S. 5843; ferner auch Eitel, Weg zu einem zeitgemässen Unternehmenserbrecht?, S. 308.

97 «Umgekehrt» aber auch in Abs. 3 von Art. 473 nZGB; vgl. zum Ganzen Botschaft 2018, S. 5840 ff., 5881 ff.

reduziert und andererseits, trotz der Reduktion auch des Nachkommenpflichtteils, der im Rahmen von Art. 473 ZGB geltende verfügbare Teil nicht erweitert worden. Demgegenüber wurde im E 2018 sowohl auf die Reduktion des Ehegattenpflichtteils verzichtet als auch der gemäss Art. 473 nZGB verfügbare Teil erweitert. Demnach kann dem Ehegatten (oder auch einem Dritten)⁹⁸ neu 1/2 und damit der ganze auch nach den ordentlichen Bestimmungen bestehende verfügbare Teil zu Eigentum und zusätzlich an 1/2 die Nutzniessung zugewendet werden, während gemäss dem (noch) geltenden Recht dem Ehegatten (oder auch einem Dritten)⁹⁹ «nur» 1/4 zu Eigentum und zusätzlich an 3/4 die Nutzniessung zugewendet werden können, der verfügbare Teil gemäss den ordentlichen Bestimmungen aber 3/8 und damit mehr als 1/4 beträgt.¹⁰⁰ Gleichzeitig ist und bleibt der «Nackteigentumsanteil» der Nachkommen gemäss Art. 473 ZGB doppelt so gross wie ihr Pflichtteil gemäss den ordentlichen Bestimmungen (neu 1/2 [4/8] gegenüber 1/4 [2/8], bisher 3/4 [6/8] gegenüber 3/8).¹⁰¹

2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

Diesog. Maximalbegünstigung des Ehegatten nach Art. 473 ZGB ist verbreitet,¹⁰² und entsprechende Verfügungen werden auch im Vergleich mit Alternativlösungen wie der Vor- und Nacherbeneinsetzung (auf den Überrest) propagiert (Art. 488 ff. ZGB).¹⁰³ Ihre Bedeutung dürfte in Zukunft zunehmen, auch in der Beurkundungspraxis, aus folgenden Gründen.

Die Begünstigung des Ehegatten ist nun noch weitergehend möglich, insbesondere auch für den Fall, dass die gemeinsamen Nachkommen (aus welchen Gründen auch immer) nicht ebenfalls in entsprechende Planungen eingebunden werden. Man kann sich aber auch fragen, inwieweit bei der Nachlassplanung überhaupt noch auf Art. 473 ZGB zurückgegriffen werden muss, nachdem zum einen der gemäss Art. 530 ZGB zu berücksichtigende ordentliche Pflichtteil der gemeinsamen Nachkommen¹⁰⁴ nurmehr 1/4 statt 3/8 beträgt und zum anderen die diesbezüglich relevanten Kapitalwerte der Nutzniessun-

98 Vgl. Botschaft 2018, S. 5882.

99 Vgl. *Steinauer*, Le droit des successions, N. 444; *Wolff/Hrubesch-Millauer*, N. 658.

100 Vgl. Botschaft 2018, S. 5842 f., 5882; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 339.

101 Vgl. *Steinauer*, Première approche, N. 17.

102 Vgl. Botschaft 2018, S. 5841.

103 Vgl. namentlich *Flückiger*.

104 Vgl. dazu *Steinauer*, Le droit des successions, N. 444 ff.; *Wolff/Hrubesch-Millauer*, N. 645 ff.

gen derzeit niedrig sind (und vorläufig niedrig bleiben dürften).¹⁰⁵ Daneben bleibt in diesem Kontext an die Risiken der Erweiterung der erblasserischen Verfügungsfreiheit zu denken, immerhin (und anders als weiterhin im Rahmen von Art. 216 nZGB) nach wie vor auch unter Berücksichtigung der «gesetzlichen Wiederverheirathungsklausel» in Abs. 3 von Art. 473 nZGB (ebenso bleibt auch im Wiederverheirathungsfall immerhin noch die Hälfte des Nachlasses «gesichert», wenngleich «nur» in Form von Nackteigentum).

Nach meinen persönlichen Erfahrungen sind Nutzniessungslösungen im Regelfall ausgesprochene «Schönwetterlösungen».¹⁰⁶ Sie sind m.E. vor allem dann besonders geeignet, wenn der überlebende Ehegatte nicht mehr allzu jung ist und (womöglich sogar mit zu seinen Lasten vertragsmässiger Wirkung) zusätzlich verfügt wird, dass er entgegen den gesetzlichen Regelungen sämtliche Lasten gemäss den Art. 764–767 ZGB zu tragen hat und Grundstücke nutzniessungsbelastet sind; besonders ungeeignet sind sie demgegenüber,¹⁰⁷ wenn der Erblasser (auch) nichtgemeinsame Nachkommen hinterlässt.¹⁰⁸ Dies vorausgesetzt, ist in der Beurkundungspraxis besondere Rücksicht geboten, wenn sowohl gemeinsame als auch nichtgemeinsame Nachkommen vorhanden sind.¹⁰⁹

V. Ehevertragliche Modifikationen des gesetzlichen Vorschlagsbeteiligungsanspruchs (und der gesetzlichen Gesamtgutsteilung)

1. Das neue Recht

Der Gesetzgeber hat im (noch) geltenden Art. 216 ZGB von 1984/1988 den Abs. 2 ersetzt und einen Abs. 3 hinzugefügt. Art. 216 nZGB lautet daher wie folgt (geänderte Regelungen durchgestrichen, neue Regelungen kursiv [Randtitel unverändert]):

¹⁰⁵ Vgl. Eitel, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 339.

¹⁰⁶ Vgl. auch Breitschmid, Die Revision(en), S. 23 f.

¹⁰⁷ Vgl. aber auch Trachsel, S. 174.

¹⁰⁸ Vgl. im Übrigen zu den entsprechenden Berechnungsproblemen Sutter-Somm/Ammann, N. 73 ff., bzw. Botschaft 2018, S. 5843 ff. (mit Beispielen), 5882 f.; und zu dieser Fankhauser/Jungo, S. 3.

¹⁰⁹ Vgl. Fornito, S. 802.

«Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vorschlag vereinbart werden.»
(Abs. 1).

~~«Solche Vereinbarungen dürfen die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen.»
(Abs. 2):~~

*«Die über die Hälfte hinaus zugewiesene Beteiligung am Vorschlag wird bei der Berechnung der Pflichtteile des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners, der gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht hinzugerechnet.»
(Abs. 2).*

*«Eine solche Vereinbarung darf die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigen.»
(Abs. 3).*

Art. 216 nZGB muss (zudem) im Kontext mit Art. 532 nZGB gelesen werden.¹¹⁰ Gemäss dessen Abs. 1 unterliegen der Herabsetzung der Reihe nach «die Erwerbungen gemäss der gesetzlichen Erbfolge» (Ziff. 1), «die Zuwendungen von Todes wegen» (Ziff. 2) und schliesslich «die Zuwendungen unter Lebenden», worauf Abs. 2 Ziff. 1 festlegt:¹¹¹ «Die Zuwendungen unter Lebenden werden wie folgt der Reihe nach herabgesetzt: 1. die der Hinzurechnung unterliegenden Zuwendungen aus Ehevertrag oder Vermögensvertrag».

Die ehevertragliche Vereinbarung einer «anderen Vorschlagsbeteiligung» im Sinne von Art. 216 ZGB ist beliebt, und es gibt mannigfaltige Gestaltungsmöglichkeiten.¹¹² Im Vordergrund steht die so genannte wechselseitige Totalvorschlagszuweisung (oder auch lediglich Vorschlagszuweisung oder Überlebensklausel).¹¹³ Denn sie ist in der Praxis besonders häufig anzutreffen,¹¹⁴ sie wird in der Literatur ausgesprochen kontrovers diskutiert, und ein wirklich «einschlägiger» Leitentscheid des Bundesgerichts liegt nicht vor.¹¹⁵

110 Vgl. Botschaft 2018, S. 5860; Wolf/Eggel, Erbrechtsrevision – Rechtsgeschäftsplanung, S. 16 f.; kritisch Piotet, Réviser l'art. 532 CC autrement.

111 Vgl. Breitschmid, Die Revision(en), S. 24.

112 Vgl. Aepli-Müller, Die optimale Begünstigung, Rz. 06.04 ff.

113 Vgl. Eitel, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 6.

114 Vgl. Fornito, S. 797; Wolf/Eggel, Rechtsgestaltung mittels Bedingungen, S. 51.

115 Vgl. Botschaft 2018, S. 5845 ff.

Es sind zwei Hauptfragen voneinander zu unterscheiden.¹¹⁶ Die eine geht dahin, ob die Pflichtteilsberechnungsmasse für die Ermittlung der Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen gleich gross sei wie die Pflichtteilsberechnungsmasse für die Ermittlung der Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen (Variante 1), oder aber ob jene niedriger sei als diese (Variante 2), sodass je nachdem entweder nur von einer einzigen oder aber von zwei Pflichtteilsberechnungsmassen auszugehen ist. Die Antwort darauf hängt mit der Antwort auf die zweite Hauptfrage zusammen, ob es sich bei den Vorschlagszuweisungen um Verfügungen (Zuwendungen, Rechtsgeschäfte) von Todes wegen (tendenziell Variante 1) oder um Verfügungen (Zuwendungen, Rechtsgeschäfte) unter Lebenden (tendenziell Variante 2) handle. Die jeweiligen Argumente Pro und Contra sind vielfältig und zahlreich; nicht zuletzt deshalb wurden auch «Kompromisslösungen» vorgeschlagen;¹¹⁷ zudem werden weiterhin differenzierende Lösungen angedacht¹¹⁸.

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf war also gegeben.¹¹⁹ Bereits der VE 2016 enthielt eine einschlägige Bestimmung, die allerdings nicht im Ehegüterrecht verankert worden wäre, sondern im Erbrecht, als neuer Art. 494 Abs. 4¹²⁰ und im Sinne der Variante 1. Im E 2018 sodann wurden die erwähnten Problemstellungen in den Art. 216 und 532 behandelt, betreffend die Pflichtteilsberechnung ebenfalls im Sinne der Variante 1, betreffend die Rechtsnatur der Überlebensklausel aber im Sinne der Variante 2. Dass sie damit den «politischen» Elementen des Revisionsvorhabens zugeordnet wurden, war angesichts ihrer unter mehreren Gesichtspunkten erheblichen Bedeutung für die erblasserische Verfügungsfreiheit bzw. für das Pflichtteils- und Herabsetzungsrecht folgerichtig. Gesetz geworden ist schliesslich vollumfänglich Variante 2; die eidgenössischen Räte haben mithin die Minderheitsauffassung «übernommen» (die man *de lege lata* mit Fug auch als «Freiburger Variante» bezeichnen kann)¹²¹.

116 Vgl. Botschaft 2018, S. 5846 ff., 5878 f.; ferner auch *Eitel*, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 6 ff.

117 Vgl. *Steinauer*, *Première approche*, N. 24 (zum E 2018); *Eitel*, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 13 ff. (zur *lex lata*).

118 Vgl. *Breitschmid*, *Stabilität und Reform*, S. 403 f., 406; *derselbe*, *Die Revision(en)*, S. 23.

119 Vgl. *Sutter-Sonn/Amann*, N. 53.

120 Dies entsprechend einem Vorschlag von *Piotet*, *Rapport*, S. 93; vgl. dazu in der Folge *Jungo*, *Die Qualifikation der vollen Vorschlagszuweisung*, vs. *Piotet*, *L'attribution par contrat de mariage*.

121 Da sie (wie die gesamte Fragestellung an sich) von *Steinauer*, *Le calcul des réserves*, vorgetragen worden ist, dem sich in der Folge namentlich *Rumo-Jungo* angeschlossen hat.

Gleichzeitig ergibt sich aus Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB, dass nicht nur Vorschlagszuweisungen, sondern auch Gesamtgutszuweisungen als Zuwendungen unter Lebenden qualifiziert werden, was eine entsprechende Präzisierung in Art. 241 ZGB entbehrlich machte.¹²²

2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

Die Ungewissheiten, welche *de lege lata* mit der Vereinbarung wechselseitiger Totalvorschlagszuweisungen *in concreto* verbunden sind, waren seit rund drei Jahrzehnten bekannt, bereits kurz nach der Revision von 1984/1988. Die Urkundspersonen konnten die Ehegatten daher seit jeher darauf hinweisen. Es war zudem ohne Weiteres möglich, die Überlebensklauseln entsprechend offen auszuformulieren.¹²³ Mitunter wurden freilich auch Formulierungen gewählt, welche die vom Gesetzgeber nun aber verworfene Lösung gemäss der herrschenden Auffassung wiedergaben. Sie werden somit jedenfalls immer dann, wenn der Erblasser nach Inkrafttreten des neuen Erbrechts verstirbt, die Rechtslage nicht (mehr) zutreffend abbilden. Dies dürfte allerdings ohne Weiteres hinnehmbar sein, da sich das neue Recht an der für den Ehegatten vorteilhafteren Variante orientiert.

Der Gesetzgeber hat mit Art. 216 nZGB den überlebenden Ehegatten in Konkurrenz mit gemeinsamen Nachkommen noch stärker privilegiert, als dies gemäss Art. 494 Abs. 4 VE 2016 und auch noch gemäss Art. 216 Abs. 2 und 3 E 2018 der Fall gewesen wäre.¹²⁴ Hinzu kommt die ersatzlose Streichung des Abs. 4 von Art. 216 E 2018 durch die eidgenössischen Räte. Diese Bestimmung enthielt gleichsam eine «gesetzliche Wiederverheirathungsklausel». Ihre Einführung wäre insoweit systemkonform gewesen, als Art. 473 ZGB in seinem Abs. 3 bereits eine vergleichbare Regelung enthält und weiterhin enthalten wird.¹²⁵ Denn sowohl in Art. 216 nZGB als auch in Art. 473 nZGB geht es hauptsächlich um eine Begünstigung des Ehegatten in Konkurrenz mit gemeinsamen Nachkommen.¹²⁶

¹²² Vgl. Botschaft 2018, S. 5878 f.; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 342; sowie kritisch *Breitschmid*, Die Revision(en), S. 23.

¹²³ Vgl. *PraxKomm Erbrecht-Kuster*, Anhang Checkliste, N. 225 f.

¹²⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden Botschaft 2018, S. 5878 f.

¹²⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden Botschaft 2018, S. 5848; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 341 f.

¹²⁶ Vgl. *Steinauer*, *Première approche*, N. 26; *Wolf/Eggel*, *Erbrechtsrevision – Rechtsge-
schäftsplanung*, S. 17.

Die Abwägung, ob vertragliche Überlebensklauseln mit vertraglichen Wiederverheirathungsklauseln (diese sind, neben den Konkubinats-, Heim- und Demenzklauseln, Erscheinungsformen der Schutzklauseln)¹²⁷ ergänzt werden sollen oder nicht, ist damit noch bedeutungsvoller geworden als sie es bis anhin schon war. Dies gilt insbesondere mit Blick auf diejenigen Konstellationen, in denen der überlebende Ehegatte mit seinem neuen Ehegatten, der mitunter der gleichen Generation wie seine Kinder (oder sogar einer noch jüngeren Generation als diese) angehört und den er dann nicht ebenfalls überlebt, ehevertraglich die Gütergemeinschaft wählt, womöglich zusätzlich wiederum verbunden mit einer Überlebensklausel¹²⁸ (oder stattdessen mit einer Maximalbegünstigung in einer Verfügung von Todes wegen). Denn der Pflichtteilsanspruch der (gemeinsamen wie der nichtgemeinsamen) Nachkommen in diesen Konstellationen wird im neuen Recht erneut verringert: Betrug er (immer abgesehen von der weiteren, in der Regel «vernachlässigbaren» Gütermasse) gemäss dem bis 1987 geltenden Recht wertmässig 4/16 des ganzen Gesamtguts (sog. «güterrechtlicher Pflichtteil», ausdrücklich geregelt in Art. 226 Abs. 2 aZGB), so beläuft er sich nach dem seit 1988 geltenden Recht auf 3/16 und wird er sich nach dem neuen Recht noch auf 2/16 belaufen (jeweils aufgrund der gleichzeitig erfolgten Modifikationen der gesetzlichen Erbteile und/oder der Pflichtteile des Ehegatten und/oder der Nachkommen). Dabei ist auch daran zu erinnern, dass Eheverträge, in denen eine allgemeine Gütergemeinschaft (verbunden mit einer Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten) vereinbart wird (oder gar eine spezifische andere Gütergemeinschaft [Ausschlussgemeinschaft])¹²⁹, kaum an der «Rechtsmissbrauchsschranke» scheitern, wie sich insbesondere aus einem höchstgerichtlichen Leitenstreich von 1986 (BGE 112 II 390)¹³⁰ ergibt (vgl. ergänzend hinten VI.2.).

Die sich bei einer Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten ergebenden Risiken bestehen vor allem dann, wenn die Ehegatten in ihrem Ehevertrag (und Erbvertrag) zwar den jeweiligen Erstversterbensfall geregelt haben (indem jeder Ehegatte lediglich für den Fall, dass er vor dem anderen versterben sollte, über seinen Nachlass verfügt) und nicht auch den jeweiligen Zweit-

127 Vgl. dazu namentlich Zeiter, sowie Trachsel, S. 174 ff. und Wolf/Eggel, Rechtsgestaltung mittels Bedingungen, S. 26, 35 ff.; ferner zuletzt auch Fornito, S. 797 f., 799, und (betreffend Heim- und Demenzklauseln) Fankhauser/Burckhardt.

128 Vgl. dazu und zum Folgenden Eitel, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 342.

129 Vgl. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung, Rz. 06.74 f.; ferner auch Eitel, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 32 f.

130 Vgl. Trachsel, S. 173; ferner auch Eitel, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 29 f.

versterbensfall (und den Kommorientenfall [vgl. Art. 32 ZGB]; indem jeder Ehegatte auch für den Fall, dass er nach dem anderen oder gleichzeitig mit diesem versterben sollte, über seinen Nachlass verfügt).¹³¹ Eine so «beschränkte» Nachlassplanung rechtfertigt sich m.E. (nur, aber immerhin in der Regel) desto weniger, je älter die Ehegatten sind und/oder je länger ihre Beziehung bereits besteht.¹³² Denn einerseits erscheinen vertragsmässige Regelungen als desto heikler, je länger es hernach dauert, bis sie umgesetzt werden können (bzw. umgesetzt werden müssen), zumal nach der (grundsätzlich m.E. freilich gleichwohl zu befürwortenden) Praxis des Bundesgerichts (die allerdings nicht in einem Leitentscheid verankert ist) dafür keine zeitlichen Schranken zu beachten sind (und dafür auch nach dem neuen Erbrecht keine umfangmässigen oder gar noch weitergehenden Schranken bestehen, wie dies hingegen in umliegenden Rechtsordnungen der Fall ist).¹³³ Andererseits erachten nach meinen persönlichen Erfahrungen im Regelfall die Ehegatten selbst mit zunehmendem Alter nach wie vor nicht nur die maximale Begünstigung des länger lebenden Ehegatten als optimal, sondern sie gehen nicht selten unbeachtet auch davon aus, dass dessen Nachlass (gleichsam «das dann noch vorhandene Familienvermögen») dereinst automatisch entsprechend der gesetzlichen Erbfolge den gemeinsamen Nachkommen zufallen sollte – was fatale Folgen nach sich ziehen kann, wenn der überlebende Ehegatte seiner Verantwortung nicht gewachsen ist.

3. Exkurs: Zur Wahl des Güterstands

Die «grosse» Revision von 1984/1988 stand unter anderem im Zeichen der Ablösung des bisherigen ordentlichen Güterstands der Güterverbindung (Art. 178, 194 ff. aZGB) durch die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 181, 196 ff. ZGB). Das neue Recht dürfte, mit Art. 216 nZGB, deren Attraktivität für die Nachlassplanung nochmals erhöht haben. Hinzu kommt, dass mit der Abschaffung der Elternpflichtteile der Plan kinderloser Ehegatten, den überlebenden Ehegatten maximal zu begünstigen, inskünftig in allen Konstellationen auch ohne Wechsel von der Errungenschaftsbeteiligung zur Gütergemeinschaft verwirklicht werden kann, und zwar neuerdings sogar vollumfänglich, d.h. unter Einschluss der Vermögenswerte, welche selbst im Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft zum (gesetzlichen) Eigengut des erstversterbenden Ehegatten

131 Vgl. Fornito, S. 798 f.; Zeiter, S. 365.

132 Vgl. nun auch BGer 5A_121/2019 vom 25.11.2020.

133 Vgl. Eitel, Der letzte Wille, S. 277 f.

gehören, entsprechend der im Vergleich zu derjenigen in Art. 198 ZGB viel engeren Umschreibung in Art. 225 Abs. 2 ZGB.¹³⁴ Demnach entfallen insofern auch die (bereits *de lege lata* in der Praxis nicht sehr bedeutsamen) Fragen betreffend die Ermittlung der Elternpflichtteile.¹³⁵

Die Errungenschaftsbeteiligung bleibt aber der komplexeste Güterstand.¹³⁶ Dies ist der Preis¹³⁷ für das legislatorische Anliegen anlässlich der Revision von 1984/1988, den «Gerechtigkeitsgehalt» des ordentlichen Güterstands im Vergleich zur Güterverbindung zu erhöhen.¹³⁸ Er ist deshalb zwangsläufig zu bezahlen, wenn die Ehe nicht durch Tod, sondern durch Scheidung aufgelöst wird, und zwar «wirtschaftlich» gesehen (m.E. ebenfalls richtigerweise)¹³⁹ auch dann, wenn eine Gütergemeinschaftsehe durch Scheidung aufgelöst wird (Art. 242 Abs. 1 und 2 ZGB).¹⁴⁰ Er ist aber auch dann zu bezahlen, wenn Wiederverheiratklauseln vereinbart werden, da die Festlegung der im Wiederverheiratungsfall eintretenden Rechtsfolgen bzw. Ansprüche nicht selten die Kenntnis der (mutmasslichen) Ergebnisse der güterrechtlichen Auseinandersetzung so erfordert, wie wenn diese ohne ehevertragliche Modifikationen der Errungenschaftsbeteiligung erfolgt wäre.¹⁴¹ Oder anders formuliert: Die Gütergemeinschaft behält, als «Schönwettergüterstand»,¹⁴² ihre Vorzüge,¹⁴³ namentlich denjenigen der Einfachheit, wenn sie durch Tod eines Ehegatten aufgelöst wird und hernach auseinandergesetzt werden muss¹⁴⁴ (verbunden freilich mit einer gewissen Schwerfälligkeit und den Risiken der Haftungslage)¹⁴⁵. Sinngemäss dasselbe kann sodann aber auch für die Gütertrennung gelten.

134 Vgl. Eitel, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 27 f.

135 Vgl. dazu Eitel, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 31 f.

136 Kritisch deshalb Sutter-Somm/Kobel.

137 Vgl. auch Aeby-Müller, Errungenschaftsbeteiligung.

138 Vgl. Eitel, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten, S. 161.

139 Vgl. aber auch Trachsel, S. 172.

140 Vgl. Fornito, S. 798.

141 Vgl. Zeiter, S. 381 f.

142 Vgl. Eitel, Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten, S. 166.

143 Vgl. Trachsel, S. 171 f.

144 Vgl. Eitel, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 27 f.

145 Vgl. Aeby-Müller, Die optimale Begünstigung, Rz. 06.87 ff.; Trachsel, S. 172.

VI. Die Stärkung der Anwartschaft des Erbvertragserben

1. Das neue Recht

Die Anwartschaft des Erbvertragserben ist vergleichbar mit der Anwartschaft des Pflichtteilserben.¹⁴⁶ Dem entspricht, dass auf die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit (Art. 494 Abs. 3 ZGB) die Bestimmungen über die Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB) analog anwendbar sind. In der Literatur ist daher gelegentlich die Rede von der *«réserve contractuelle»* bzw. vom «vertraglichen Pflichtteil».

Der Gesetzgeber hat im (noch) geltenden Art. 494 ZGB von 1907/1912 dessen Abs. 3 revidiert. Art. 494 nZGB lautet wie folgt (geänderte Regelungen durchgestrichen, neue Regelungen kursiv [Randtitel unverändert: «Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrag»]):

«Der Erblasser kann sich durch Erbvertrag einem andern gegenüber verpflichten, ihm oder einem Dritten seine Erbschaft oder ein Vermächtnis zu hinterlassen».

(Abs. 1).

«Er kann über sein Vermögen frei verfügen.»

(Abs. 2).

~~«Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, unterliegen jedoch der Anfechtung.»~~

~~(Abs. 3).~~

«Verfügungen von Todes wegen und Zuwendungen unter Lebenden, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke, unterliegen jedoch der Anfechtung, soweit sie:

1. mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, namentlich wenn sie die erbvertraglichen Begünstigungen schmälern; und
2. im Erbvertrag nicht vorbehalten worden sind.»

(Abs. 3).

¹⁴⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden Eitel/Elmiger, S. 244 ff.

Besonders häufig sind (Ehe- und) Erbverträge,¹⁴⁷ wonach die (gemeinsamen) Nachkommen im Erstversterbensfall des einen Ehegatten (von dessen Vermögen bzw. Erbschaft) nichts und im Zweitversterbensfall des anderen Ehegatten (von dessen Vermögen und Erbschaft) alles erhalten.¹⁴⁸ Nach dem Inkrafttreten des ZGB von 1907/1912 ging die herrschende Auffassung in der Literatur dahin, dass nicht nur Verfügungen von Todes wegen, sondern auch Schenkungen des Erblassers immer dann wegen Erbvertragswidrigkeit anfechtbar seien, wenn er in einem zuvor abgeschlossenen Erbvertrag (Erbeinsetzungsvertrag; vgl. Art. 494 Abs. 1 ZGB) mit bindender Wirkung über seine ganze Erbschaft verfügt hatte.¹⁴⁹ Das Bundesgericht hatte sich dieser Auffassung in einem ersten Leitentscheid von 1936 (BGE 62 II 132) angeschlossen, seine Praxis aber bereits in einem weiteren Leitentscheid von 1944 (BGE 70 II 255) geändert, allerdings ohne diese Praxisänderung ausdrücklich als solche zu bezeichnen und ohne Auseinandersetzung mit der herrschenden Lehre. Diese Entwicklung wurde in der Literatur zunächst hingenommen, in der Folge aber zunehmend hinterfragt, sodass die Ansicht (vertreten auch vom Schreibenden) immer mehr Zuspruch fand, wonach bereits *de lege lata* in Konstellationen wie der soeben beschriebenen von einem umfassenden (impliziten) «Schenkungsverbot» auszugehen (bzw. für die Anfechtbarkeit kein explizites «Schenkungsverbot» erforderlich) sei.¹⁵⁰ Das Bundesgericht hielt aber in einem weiteren Leitentscheid von 2014 (BGE 140 III 193) nicht nur an seiner (letzten) Praxis (von 1944) fest, sondern verschärfte sie sogar noch, indem es befand, dass die (auf einen Leitentscheid von 2002 [BGE 128 III 314] zurückgehende) Relativierung der Voraussetzungen für das Vorliegen einer offenbaren Umgehungsabsicht bei der Herabsetzung im Sinne von Art. 527 Ziff. 4 ZGB¹⁵¹ nicht auch bei der Anfechtung von Schenkungen wegen Erbvertragswidrigkeit erfolgen

147 Vgl. zuletzt BGer 5A_121/2019 vom 25.11.2020.

148 Von diesen Voll- und Schlusserbeinsetzungen zu unterscheiden sind die Vor- und Nacherbeinsetzungen (auf den Überrest); vgl. *Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung, Rz. 07.113 ff.; *Wolf/Eggel*, Rechtsgestaltung mittels Bedingungen, S. 32 ff.; ferner auch *Eitel*, Die Nacherbeinsetzung, S. 95 ff.

149 Vgl. dazu und zum Folgenden *Eitel/Elmiger*, S. 249 ff.

150 Vgl. Botschaft 2018, S. 5884; bzw. namentlich *Bornhauser*, N. 436 ff.; *Hrubesch-Millauer*, Bindung und Sicherung, § 6; *Huwiler*, N. 9a zu Art. 484 ZGB; *PraxKomm Erbrecht-Grundmann*, N. 20 ff. zu Art. 494 ZGB; ferner auch *Eitel/Elmiger*, S. 257 ff.

151 Vgl. dazu namentlich *Wolf*, Herabsetzungsklage gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB?

könne. Umso deutlicher war denn auch die Kritik, die hernach an diesem neuerlichen Leitentscheid von 2014 geübt wurde.¹⁵²

Der Bundesrat nahm diese Entwicklung zum Anlass, im neuen Erbrecht Art. 494 Abs. 3 ZGB so umzuformulieren, dass das, was nach der (inzwischen) herrschenden Lehre ohnehin schon *de lege lata* gelten müsste, bestätigt und mithin die dem entgegenstehende Praxis des Bundesgerichts ihre Gültigkeit verlieren würde.¹⁵³ Gleichzeitig hat er den Begriff der (anfechtbaren) Schenkungen durch denjenigen der (anfechtbaren) Zuwendungen unter Lebenden ersetzt. Dabei ist es in der Folge geblieben. Es ist dies auch eine «Nebenwirkung» des Umstands, dass die auf ehevertraglichen Überlebensklauseln beruhenden Zuwendungen im neuen Recht als Zuwendungen unter Lebenden qualifiziert werden.¹⁵⁴

Nach wie vor vereinbar mit Art. 494 bleiben m.E. jedoch ehevertragliche Vereinbarungen, welche, wie sich aus Art. 532 Abs. 2 Ziff. 1 nZGB ergibt, nicht auch der (pflichtteilsrechtlichen) Hinzurechnung und Herabsetzung unterliegen.¹⁵⁵ Denn wenn solche Vereinbarungen «herabsetzungsresistent» sind, müssen sie grundsätzlich auch sonst «anfechtungsresistent» sein.

2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

Die nun vorliegende neue Lösung bzw. Klarstellung stärkt die Anwartschaft des Erbvertragsserben. Sie entspricht nach meinen persönlichen Erfahrungen im Regelfall auch dem Willen der Vertragsparteien. Dies gilt einmal dann, wenn lediglich die Ehegatten Vertragsparteien sind, ferner und erst recht dann, wenn auch die (gemeinsamen) Nachkommen Vertragspartner sind, aber auch dann, wenn die Ehegatten keine Nachkommen haben und beide verfügen (ohne zum Instrument der Vor- und Nacherbeneinsetzung [auf den Überrest] greifen zu wollen [Art. 488 ff. ZGB]),¹⁵⁶ dass der Nachlass des zweitversterbenden Ehe-

152 Vgl. nur *Hrubesch-Millauer*, BGE 140 III 193; ferner aber immerhin auch einerseits *Spirig*, andererseits BGE 5A_121/2019 vom 25.11.2020.

153 Vgl. dazu und zum Folgenden Botschaft 2018, S. 5884; *Breitschmid*, Stabilität und Reform, S. 404 f.; *derselbe*, Die Revision(en), S. 24; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 342.

154 Vgl. *Steinauer*, *Première approche*, N. 25.

155 Vgl. Botschaft 2018, S. 5886; bzw. *Bornhauser*, N. 63 ff.; ferner auch *Eitel*, Ehegüterrechtliche Rechtsgeschäfte, S. 21 ff., 32 f.

156 Vgl. umfassend (und tendenziell kritisch) zu dieser sowohl flexiblen als auch komplexen Verfügungsart namentlich *Flückiger* und *Wunder/Flückiger*.

gatten (anteilmässig) nicht nur dessen Verwandten, sondern (anteilmässig) auch den Verwandten des erstversterbenden zufallen solle.¹⁵⁷

Die Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis sind indessen überschaubar, da eben in Bezug auf den Anfechtungstatbestand¹⁵⁸ der Schenkungen gemäss Art. 494 Abs. 3 ZGB gleichsam schon immer (und in letzter Zeit mehr denn je) kaum Rechtssicherheit bestand bzw. die Entwicklung der Praxis¹⁵⁹ und der Gesetzgebung schwer abschätzbar war. Oder anders: Soweit in der Vergangenheit der Frage nach der Verfügungsfreiheit des Erblassers in Bezug auf Schenkungen anlässlich der Vertragsredaktion *in concreto* ausdrücklich Rechnung getragen worden ist,¹⁶⁰ wird es dabei sein Bewenden haben können; soweit dies nicht der Fall war, wird ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Erbrechts das gelten, was nach der mittlerweile feststehenden bzw. klargestellten Auffassung des Gesetzgebers bereits *de lege lata* gelten müsste; und schliesslich wird alledem im Rahmen der Beurkundungspraxis auch weiterhin (bzw. erst recht) Rechnung getragen werden können.¹⁶¹

Vor diesem Hintergrund fällt m.E. der Umstand stärker ins Gewicht, dass auch inskünftig insbesondere die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft als solche grundsätzlich nicht gegen vom Erblasser zuvor eingegangene erbvertragliche Verpflichtungen verstösst, also etwa auch dann nicht, wenn es sich bei den Erbvertragserben um Nachkommen aus einer ersten Ehe des Erblassers handelt und die Gütergemeinschaft für die zweite Ehe vereinbart wird. Dagegen hilft m.E. die Verpflichtung des Erblassers, im Wiederverheiratungsfall die Gütertrennung zu vereinbaren (i.V.m. einem wechselseitigen Erbverzicht; Art. 495 ZGB), nur beschränkt weiter, da die Nachkommen zwar Vertragspartner eines Erbvertrags (Art. 494 Abs. 1 ZGB), nicht aber Vertragspartner eines Ehevertrags sein können (Art. 182 ZGB).¹⁶² Mehr Abhilfe zu schaffen vermöchten allenfalls explizite Regelungen im Erbverzichtsvertrag, wonach das Ergebnis einer güterrechtlichen Auseinandersetzung, welches aufgrund von

157 Vgl. *Fornito*, S. 799; ferner auch *Eitel*, Die Nacherbeneinsetzung, S. 95 ff.

158 Vgl. aber auch *Huwiler*, N. 9a zu Art. 484 ZGB.

159 Vgl. neuerdings auch BGer 5A_121/2019 vom 25.11.2020.

160 Vgl. *Bornhauser*, S. 298.

161 Hinzu kommt, dass sich m.E. in Konstellationen wie derjenigen in BGer 5A_121/2019 vom 25.11.2020 die Frage nach der Vertragsmässigkeit bzw. freien Widerrufbarkeit einer Schlusserbeneinsetzung jedenfalls dann nicht mehr stellen kann, wenn der Erbvertrag die Regelung betreffend unentgeltliche Zuwendungen wie in Art. 494 Abs. 3 nZGB ausdrücklich bestätigt.

162 Vgl. auch *Wolf/Eggel*, Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen, S. 36.

ehevertraglichen Rechtsgeschäften des Erblassers mit seinem zweiten Ehegatten für die Nachkommen ungünstiger sei als dies der Fall wäre, wenn der Erblasser mit einem zweiten Ehegatten unter dem Güterstand der Gütertrennung gelebt hätte, in der erbrechtlichen Auseinandersetzung entsprechend zu korrigieren sei.

VII. Die Berücksichtigung rechtshängiger Scheidungsverfahren

1. Das neue Recht

Der Gesetzgeber hat sich sodann, gemessen am Kriterium der schieren Quantität der massgebenden Regelungen, besonders intensiv mit der erbrechtlichen Tragweite von im Zeitpunkt des Ablebens eines Ehegatten rechtshängigen Scheidungsverfahren befasst,¹⁶³ denn das neue Recht enthält nicht weniger als vier einschlägige Gesetzesbestimmungen (darin mag die Kehrseite oder auch die sachgerechte Konsequenz des Umstands erblickt werden, dass [neben dem Erblasser] der Ehegatte als Gewinner der Revision erscheint)¹⁶⁴.

Art. 120 nZGB lautet wie folgt (Randtitel unverändert [«Güterrecht und Erbrecht»]; geänderte Regelungen durchgestrichen, neue Regelungen kursiv).

«Für die güterrechtliche Auseinandersetzung gelten die Bestimmungen über das Güterrecht.»

(Abs. 1).

~~«Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht und können aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet haben, keine Ansprüche erheben.»~~

~~(Abs. 2).~~

«Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht.»

(Abs. 2).

«Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung können Ehegatten keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen erheben:

1. nach der Scheidung;

¹⁶³ Vgl. dazu namentlich *Fankhauser*, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts.

¹⁶⁴ Vgl. Botschaft 2018, S. 5838.

2. *nach dem Tod eines Ehegatten während eines Scheidungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirkt.*» (Abs. 3).

Art. 120 Abs. 3 Ziff. 2 nZGB verweist auf die Bestimmung, nach welcher der Tod eines Ehegatten während eines Scheidungsverfahrens den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten bewirken kann. Sinngemäss gleich verhält es sich mit den Regelungen in Art. 217 Abs. 2 nZGB (betreffend Dahinfällen von «Vereinbarungen über die Änderung der gesetzlichen Beteiligung am Vorschlag» [Abs. 1]) und in Art. 241 Abs. 4 nZGB (betreffend Nichtgeltung von «Vereinbarungen über eine andere Teilung im Todesfall»). Bei der verwiesenen Bestimmung handelt es sich um Art. 472 nZGB (der im heute [noch] geltenden Recht, seit der Abschaffung der Geschwisterpflichtteile anlässlich der Revision von 1984/1988, gar nicht mehr existiert). Sie lautet wie folgt (Randtitel: «Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsverfahren»):

«Ist beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig, so verliert der überlebende Ehegatte seinen Pflichtteilsanspruch, wenn:

- 1. das Verfahren auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt wurde; oder*
- 2. die Ehegatten mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben.»*

(Abs. 1).

«In einem solchen Fall gelten die Pflichtteile, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre.»

(Abs. 2).

«Die Absätze 1 und 2 gelten bei Verfahren zur Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft sinngemäss.»

(Abs. 3).

Gemäss dem (noch) geltenden Recht behält der Ehegatte sein gesetzliches Erbrecht und damit auch seinen Pflichtteilsanspruch, solange die Ehe nicht rechtskräftig geschieden ist.¹⁶⁵ Gemäss dem (bald) neuen Recht behält er zwar sein gesetzliches Erbrecht in diesem Zeitraum; er verliert aber seinen Pflichtteilsanspruch, sofern im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers entweder bereits ein gemeinsames Scheidungsbegehren vorlag oder die Ehegatten mindestens zwei Jahre getrennt gelebt hatten.¹⁶⁶ Anders als gemäss den Art. 472 VE 2018 und

¹⁶⁵ Vgl. Botschaft 2018, S. 5837 f.

¹⁶⁶ Vgl. Botschaft 2018, S. 5877 f.; kritisch dazu Breitschmid, Die Revision(en), S. 22.

E 2018 führt Art. 472 nZGB jedoch, aufgrund seines Abs. 2, nicht mehr zu einer temporären Erweiterung der Verfügungsfreiheit des Erblassers.¹⁶⁷

Der Erblasser kann somit in einer Verfügung von Todes wegen seinen Ehegatten «vorsorglich» nicht mehr nur auf den Pflichtteil setzen (sofern nicht ganz ausnahmsweise die Voraussetzungen für eine Enterbung [Art. 477 ZGB] gegeben sein sollten),¹⁶⁸ sondern ihn sogar gänzlich leer ausgehen lassen. Der Gesetzgeber hat allerdings auch hier die entsprechende «Verantwortung» in die Hände des Erblassers gelegt, indem er eben darauf verzichtet hat, dem Ehegatten seine gesetzliche Erbenstellung zu entziehen.¹⁶⁹

2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

Die Tragweite der neuen Regelungen in der Beurkundungspraxis ist m.E. zu relativieren. Zunächst einmal dürften «scheidungsresistente» ehevertragliche Modifikationen der gesetzlichen Vorschlagsbeteiligung oder des Gütergemeinschaftsrechts äusserst selten anzutreffen sein und bleiben. Ferner und vor allem wird im Regelfall (in dem keine ernsthaften Zweifel an der Verfügungsfähigkeit [Art. 467 ZGB] des Testators bestehen) die Scheidungsanwaltschaft ihre Klientschaft anhalten, sich bei entsprechenden Verfügungen der Errichtungsform des eigenhändigen Testaments (Art. 505 ZGB) zu bedienen. Hinzu kommt schliesslich, dass Ehen naturgemäss ohnehin nur selten während eines rechtshängigen Scheidungsverfahrens durch Tod eines Ehegatten aufgelöst werden.¹⁷⁰

Anzumerken bleibt, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, Ansprüche des Ehegatten für den Fall vorzusehen, dass der Erblasser bereits verhältnismässig kurze Zeit nach Eintritt der Rechtskraft (der Vollstreckbarkeit) des Scheidungsurteils verstirbt. Zwar standen dem Ehegatten grundsätzlich¹⁷¹ Ansprüche aus Güterrecht und im Zusammenhang mit der beruflichen Vorsorge (Art. 122 ff. ZGB) sowie auf nahehelichen Unterhalt (Art. 125 ff. ZGB) zu. Der Unterhaltsanspruch erlischt jedoch mit dem (baldigen) Tod des leistungspflichtigen Beitragsschuldners (Art. 130 Abs. 1 ZGB). Immerhin ist diese Problematik während des Gesetzgebungsverfahrens zusehends in den Fokus gerückt worden

¹⁶⁷ Vgl. dazu *Fankhauser/Jungo*, S. 5.

¹⁶⁸ Vgl. Botschaft 2018, S. 5838 f., 5881.

¹⁶⁹ Vgl. *Fankhauser/Jungo*, S. 5; *Wolff/Eggel*, Erbrechtsrevision – Rechtsgeschäftsplanung, S. 14; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 340.

¹⁷⁰ Vgl. Botschaft 2018, S. 5839.

¹⁷¹ Vgl. aber *Baddeley*, S. 572 f.

(sinngemäss dasselbe gilt für den Fall, dass die Ehe noch während der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens durch Tod des [mutmasslichen] Beitragschuldners aufgelöst wird).¹⁷² Dem wird in der Beurkundungspraxis inskünftig womöglich vermehrt Rechnung zu tragen sein, im Rahmen von Vereinbarungen, welche die passive Vererblichkeit von Unterhaltsbeitragspflichten vorsehen, zumal sie nach der herrschenden Auffassung in der Literatur der Erbvertragsform bedürfen.¹⁷³

VIII. Versicherung und gebundene Selbstvorsorge

1. Das neue Recht

Die Säulen 2 (berufliche Vorsorge) und 3a (gebundene Selbstvorsorge; in Form von Vereinbarungen entweder mit Versicherungseinrichtungen oder mit Bankstiftungen) sind in der Praxis ebenso verbreitet wie wichtig.¹⁷⁴ Dasselbe gilt für Lebensversicherungen schlechthin. Das heute (noch) geltende Recht befasst sich in den Art. 476 und 529 ZGB (Randtitel jeweils: «Versicherungsansprüche») mit der erbrechtlichen Relevanz von Lebensversicherungsansprüchen, bezogen auf die (pflichtteilsrechtliche) Hinzurechnung und Herabsetzung, der sie (nur) mit dem Rückkaufswert unterliegen (sofern sie überhaupt einen solchen haben). Diese Bestimmungen sind seit dem Inkrafttreten des ZGB von 1907/1912 unverändert geblieben. Sie stammen somit aus einer Zeit, in der es die Säulen 2 und 3a noch gar nicht gab.¹⁷⁵ Vor diesem Hintergrund bestand in mehrfacher Hinsicht legislatorischer Klärungsbedarf. Dass dieser nicht nur im VE 2016, sondern dann auch im E 2018 angesprochen worden ist, leuchtet ein, allein schon mit Blick auf die Tragweite der Frage nach der erbrechtlichen (d.h. insbesondere der pflichtteils- und herabsetzungsrechtlichen) Berücksichtigung der Leistungen aus der Säule 3a.

Unbestritten blieb im Gesetzgebungsverfahren die erbrechtliche Irrelevanz von Leistungen aus der Säule 2 (und erst recht von Leistungen aus der Säule 1),¹⁷⁶ nicht zuletzt entsprechend einem Leitentscheid von 2003 (BGE 129 III

172 Vgl. zuletzt namentlich *Breitschmid*, Stabilität und Reform, S. 404, 405.

173 Vgl. FamKomm Scheidung-Schwenzer/Büchler (Band I), N. 12 zu Art. 130 ZGB; a.M. FamKomm Scheidung-Liatowitsch/Mordasini-Rohner, Anhang K, N. 184.

174 Vgl. Botschaft 2018, S. 5852, 5855.

175 Vgl. Botschaft 2018, S. 5819, 5851 f.

176 Vgl. zum Ganzen namentlich *Aebi-Müller*, Die drei Säulen; *Trachsel*, S. 178 ff.

305). Gemäss einem weiteren Leitentscheid von 1986 (BGE 112 II 157) und der herrschenden Lehre fallen Leistungen aus Lebensversicherungen der Säulen 3a und 3b zwar nicht in den Nachlass, sind aber gleichwohl, als (unentgeltliche) Zuwendungen unter Lebenden, erbrechtlich relevant, während Ansprüche aus gebundenen Vorsorgevereinbarungen mit Bankstiftungen gemäss klar herrschender Auffassung in den Nachlass fallen und bereits aus diesem Grund erbrechtlich zu berücksichtigen sind.¹⁷⁷ Im Anschluss an einen (freilich fragwürdigen)¹⁷⁸ Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2014 wurden jedoch in Art. 476 VE 2016 Regelungen in Aussicht genommen, wonach einerseits sämtliche Begünstigtenansprüche aus der Säule 3a nicht nur nicht (mehr) in den Nachlass gefallen, sondern auch nicht einmal (mehr) erbrechtlich relevant gewesen wären, andererseits aber nunmehr Lebensversicherungsansprüche der Säule 3b ausnahmslos und vollumfänglich hätten hinzugerechnet werden müssen.

In den Art. 476 und 529 E 2018 (mit den neuen Randtiteln «Versicherung und gebundene Selbstvorsorge»;¹⁷⁹ vgl. zudem Art. 532 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 E 2018, mit der Differenzierung zwischen frei widerruflichen Zuwendungen und Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge einerseits und den weiteren Zuwendungen andererseits)¹⁸⁰ wurde demgegenüber vorgeschlagen, sämtliche Leistungen aus der gebundenen Selbstvorsorge einheitlich als der Hinzurechnung und Herabsetzung unterliegende lebzeitige Zuwendungen zu behandeln und ebenso einheitlich sämtliche Lebensversicherungsansprüche mit ihrem Rückkaufswert zu veranschlagen (sofern sie überhaupt einen solchen haben).¹⁸¹ Hinzu kam ein Vorschlag für eine Revision von Art. 82 BVG, darunter eine zusätzliche Klarstellung in Abs. 3, wonach die vom Vorsorgenehmer getroffenen Anordnungen (lediglich) der Schriftlichkeit bedürfen.¹⁸² Wichtige Motive des Bundesrats waren dabei die Rücksichtnahme auf die (m.E. bisher nicht

177 Vgl. *Aebi-Müller*, Die drei Säulen, S. 22 ff.; kritisch dazu *Breitschmid*, Die Revision(en), S. 24.

178 Vgl. *Aebi-Müller*, Urteil des Bundesgerichts 9C_523/2013; *Rumo-Jungo/Mazenauer*.

179 Vgl. Botschaft 2018, S. 5883, 5885.

180 Vgl. dazu Botschaft 2018, S. 5886 f.; *Möri*; ferner auch *Eitel/Bieri*.

181 Vgl. Botschaft 2018, S. 5855 ff. (mit Beispielen), 5883 f., 5885 f.; *Jungo*, Säule 3a – im Erbrecht; *dieselbe*, Die Säule 3a gemäss Entwurf; *Fankhauser/Jungo*, S. 8 f.; *Steinauer*, *Première approche*, N. 32 ff.; *Wolf/Hrubesch-Millauer/Hofer/Aebi-Müller*, S. 1427; ferner auch *Eitel*, Vom Vorentwurf 2016 zum Entwurf 2018, S. 340 f.

182 Vgl. Botschaft 2018, S. 5895 f.

allzu vorsichtige) Praxis der Bankstiftungen¹⁸³ und rechtsstaatliche Überlegungen¹⁸⁴. Dabei ist es in der Folge geblieben.

2. Auswirkungen auf die Beurkundungspraxis

Die Auswirkungen der angesprochenen neuen Gesetzesbestimmungen auf die Beurkundungspraxis dürften sich in Grenzen halten. Denn inskünftig werden die gelegentlich erforderlichen Erklärungen in den fraglichen Bereichen ausnahmslos lebzeitige Zuwendungen bewirken und damit keinerlei erbrechtlichen Formvorschriften unterliegen. Daher wird es, wenngleich solche Erklärungen auch weiterhin in Verfügungen von Todes wegen integriert werden können, wohl nur (aber eben immerhin) – ergänzend zur grundsätzlichen Berücksichtigung der sozialversicherungs- und vorsorgerechtlichen Folgen seines Todes durch den Erblasser – wichtig bleiben, den Erblasser weiterhin überhaupt darauf aufmerksam zu machen, dass solche Erklärungen womöglich (unter welchen Gesichtspunkten auch immer) erforderlich sein könnten.¹⁸⁵

IX. Schluss

Das Projekt «Neues Erbrecht» hat bereits viel Zeit in Anspruch genommen und wird weiterhin Zeit in Anspruch nehmen. Das nun vorliegende (Zwischen-) Ergebnis könnte sicherlich (und je nach Standpunkt) besser, aber auch schlechter sein. So oder so bleibt zu hoffen, dass es wenigstens in der Beurkundungspraxis gelingen wird, möglichst oft der *in concreto* angemessenen Lösung zum Durchbruch zu verhelfen.

183 Vgl. Botschaft 2018, S. 5854 f., 5896; ferner auch *Ullmann/Spiess*.

184 Vgl. Botschaft 2018, S. 5854, 5856, 5895.

185 Vgl. *Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung, §§ 2 und 9.