

Die Erbenausschlussklausel – oder die Kontroverse zwischen Banken- und Erbrechtlern¹

Dr. iur. Alexandra Zeiter, Rechtsanwältin/Fachanwältin SAV Erbrecht (Zürich)²

I. Einleitung

Die Erbenausschlussklausel ist ein Rechtsinstitut, das sowohl die Banken- als auch die Erbrechtler beschäftigt. Trotz ihrer Verbreitung in der Bankenpraxis wird bis heute kontrovers diskutiert, ob sie überhaupt zulässig ist und ob das Auskunftsrecht der Erben eines verstorbenen Kontoinhabers gegenüber der Bank ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Dabei zeigt sich ein interessantes, wenngleich nicht erstaunliches Bild: Eine Bruchlinie zwischen den Vertrags- und Bankenrechtlern einerseits und den Erbrechtlern andererseits.

II. Das Gemeinschaftskonto und die Erbenausschlussklausel

Bei einem Gemeinschaftskonto³ kann jeder Kontoinhaber ohne Mitwirkung der übrigen Kontoinhaber über das Bankkonto verfügen, wie wenn es ihm allein gehören würde (Solidargläubigerschaft gemäss Art. 150 OR).⁴ Der Tod eines Kontoinhabers ändert daran nichts. Dessen Erben treten aufgrund der erbrechtlichen Universalsukzession (Art. 560 ZGB) in seine Rechtsstellung und damit ins Vertragsverhältnis mit der Bank ein.

Gemeinschaftskontoerträge enthalten häufig eine Erbenausschlussklausel, d.h. eine Abrede, wonach beim Ableben eines Kontoinhabers das Vertragsverhältnis unter Ausschluss der Erben des verstorbenen Kontoinhabers nur mehr mit dem/den überlebenden Kontoinhaber(n) fortgesetzt wird.⁵ Zugleich werden oftmals die Auskunftspflich-

¹ Dr. iur. Peter Isler, Rechtsanwalt, LL.M. zum 70. Geburtstag gewidmet.

² Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich.

³ Dieses Konto wird von zwei oder mehreren Inhabern gemeinsam geführt. Es wird auch als joint account, compte-joint oder Oder-Konto bezeichnet.

⁴ Statt vieler *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft (7. A. 2011) Nr. 666.

⁵ Vgl. z.B. *Dieter Zobl*, Probleme im Spannungsfeld von Bank, Erb- und Schuldrecht, AJP 2001 1007 ff., 1011.

ten der Bank gegenüber den Erben eines Kontoinhabers ausgeschlossen oder zumindest erheblich beschränkt.

III. Zulässigkeit der Erbausschlussklausel

Die Zulässigkeit einer Erbausschlussklausel⁶ wird in der Lehre vorwiegend im Zusammenhang mit der Frage diskutiert, ob bei deren Abschluss die erbrechtlichen Formvorschriften einzuhalten sind. Die Mehrheit der vertrags- und bankenrechtlichen Lehre qualifiziert die Erbausschlussklausel als Rechtsgeschäft unter Lebenden und argumentiert, es müsse den am Bankvertrag beteiligten Parteien aufgrund der Vertragsfreiheit offenstehen, die Berechtigung einer Vertragspartei gegen die Bank auf den Tod hin resolutiv bedingt zu vereinbaren.⁷ Die *erbrechtliche* Lehre hingegen qualifiziert die Erbausschlussklausel mehrheitlich als eine Verfügung von Todes wegen, weil diese erst beim Tod eines Kontoinhabers Wirksamkeit erlange, also eine Schenkung auf den Tod hin darstelle. Deshalb sei sie zwingend in einer erbrechtlichen Form (praktisch in Form des Erbvertrags) abzuschliessen.⁸ Da dies bei Bankverträgen regelmässig nicht der Fall sei, leide die Erbausschlussklausel an einem Formmangel und sei mittels Ungültigkeitsklage (Art. 519 ZGB) anfechtbar.⁹

Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Erbausschlussklauseln ist bescheiden.¹⁰ Das Bundesgericht qualifizierte in BGE 94 II 167 ff. (E. 4) – in einem obiter dictum – den Vertrags- und Bankenrechtlern folgend – die Erbausschlussklausel als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. In BGER 5P.17/2002 (E. 2c/cc) liess es die Frage offen. Auch das Zürcher Handelsgericht liess die Frage in einem Urteil vom 26.6.2008 letztlich unbeantwortet.¹¹

IV. Zulässigkeit des Ausschlusses oder der Beschränkung des Auskunftsrechts der Erben gegenüber der Bank

Während die *Bankenrechtler* das Auskunftsrecht der Erben des verstorbenen Kontoinhabers früher mehrheitlich ablehnten und sich dabei auf das Bankkundengeheimnis und den Persönlichkeitsschutz Dritter beriefen, bejahten die *Erbrechtler* dieses Auskunftsrecht. Inzwischen hat die Rechtsprechung diese Kontroverse weitgehend¹² – und den Erb rechtlern folgend – gelöst. Es gilt heute als unbestritten, dass den Erben ein (vertraglich) uneingeschränktes Auskunftsrecht¹³ gegenüber der Bank zusteht, und zwar unabhängig davon, ob diese pflichtteilsgeschützt sind oder nicht.¹⁴ Begründet wird diese Auffassung mit der Gesamtrechtsnachfolge der Erben (Art. 560 ZGB). Die Bank sei den Erben als Rechtsnachfolger des verstorbenen Kontoinhabers wie diesem selber gegenüber zur (das Vertragsverhältnis überdauernden und nicht wegbedingbaren) Rechenschaftsablegung gemäss Art. 400 OR verpflichtet, und

⁶ Es wird davon ausgegangen, dass der Bankvertrag schweizerischem Recht unterliegt.

⁷ Etwa *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 4) Nr. 669; *Zobl* (Fn. 5) 1011, mit Hinweisen; vgl. auch die Übersicht bei *Geneviève Brunner*, Der Tod des Bankkunden (2011) 160 ff.

⁸ Z.B. *Peter Breitschmid*, BSK ZGB I (5. A. 2015), Art. 467–536 ZGB N 45; *Hans Rainer Künzle*, Praxiskommentar Erbrecht, 3. A. 2015, Einleitung N 146; *Stephan Wolf/Gian Sandro Genna*, SPR IV/1 2012 161; vgl. auch die Übersicht bei *Brunner* (Fn. 7) 160 ff.

⁹ Die Frage der Beachtung der erbrechtlichen Formvorschriften wird auch bei Totalvorschlagsbeteiligungen in Eheverträgen oder bei Aktionärbindungsverträgen, welche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Tod eines Aktionärs (z.B. Nachfolge- oder Abfindungsklauseln) beinhalten, diskutiert. Bei der Beurteilung von Aktionärbindungsverträgen ist ebenfalls eine Bruchlinie zwischen den Vertrags- und Bankenrechtlern und den Erb rechtlern zu erkennen: Bei einer Nachfolgeklausel handelt es sich gemäss der Mehrheit der erbrechtlichen Lehre (z.B. *Wolf/Genna*, Fn. 8, 152; *Künzle*, Fn. 8, Einleitung N 140) um eine Verfügung von Todes wegen, während in der vertrags- und bankenrechtlichen Literatur eine (zumindest einfache) Nachfolgeklausel mehrheitlich als Rechtsgeschäft unter Lebenden qualifiziert wird (z.B. *Peter Forstmoser/Marcel Küchler*, Aktionärbindungsverträge, 2015, Nr. 570, mit Hinweisen).

¹⁰ Das Zürcher Obergericht hat allerdings eine Erbausschlussklausel als rechtswidrig und damit als nichtig (Art. 20 OR) qualifiziert, weil sie sich als Mittel erweise, die erbrechtlichen Ansprüche der Erben des verstorbenen Kontoinhabers und die erbrechtlichen Vorschriften zu unterlaufen, was missbräuchlich sei (ZR 2002 Nr. 26). Ebenso entschied das Basler Appellationsgericht in einem Urteil vom 26.3.2004 (BJM 2006 100 ff.). In beiden Urteilen ging es jedoch nicht um die Frage der Formvorschriften, sondern um die Auskunftsrechte der Erben (vgl. dazu IV.).

¹¹ Geschäfts-Nr. HG070016, E. 3.5 (= ZBGR 2012 91 ff.) mit dem Hinweis, dass sich die Frage der Zulässigkeit für die Bank nicht stelle, wenn sie dem Überlebenden statt den Erben des Verstorbenen gegenüberstehe.

¹² Umstritten ist etwa noch immer, ob die Erben auch ein Auskunftsrecht für die Zeit nach dem Tod des Kontoinhabers haben.

¹³ Daneben steht den Erben auch ein erbrechtliches Auskunftsrecht zu, das sich im internationalen Verhältnis nach dem jeweils anwendbaren Erbstatut richtet.

¹⁴ Dazu und zum Folgenden etwa BGE 133 III 664 ff. E. 2.5; 132 III 677 ff. E. 4.2.4; 5C.291/2006 E. 4.1; ZR 2002 Nr. 26, E. 3.2.

zwar auch dann, wenn die Auskunft bereits geleistet worden sei. Das uneingeschränkte Auskunftsrecht ist damit nicht auf das Pflichtteilsrecht reduziert, wie dies in der Lehre oftmals vertreten wird.¹⁵

Trotz dieser gesicherten Rechtsprechung lehnen einzelne (*bankennahe*) Autoren¹⁶ sowie diverse Banken den uneingeschränkten vertraglichen Auskunftsanspruch der Erben weiterhin ab.

V. These und Schlusswort

Ob Bankenanwalt oder Erbrechtsanwältin, beide sollten die in der Banken- und in der Erbrechtsliteratur kontrovers diskutierten Fragen rund um die Erbausschlussklausel und die einschlägige Rechtsprechung sowie die entsprechenden Risiken für ihren jeweiligen Klienten kennen.

Der *Bankenanwalt* wird der Bank trotz eines bestehenden Gemeinschaftskontos mit einer Erbausschlussklausel zur Vorsicht raten (müssen). Aus Sicht der Bank ist nämlich im Ergebnis jede Erbausschlussklausel mit genau dem Risiko verbunden, das die Bank mit einer solchen Klausel auszuschliessen gedachte, dem Risiko der Doppelzahlung. Dieses Risiko mag zwar faktisch reduziert sein, weil die Erben des verstorbenen Kontoinhabers den (beschwerlichen) Weg einer erbrechtlichen Ungültigkeitsklage (gegen den überlebenden Kontoinhaber) beschreiten müssen. Hat diese aber Erfolg, wird die Erbausschlussklausel, nicht aber der Bankvertrag selber, ex tunc für ungültig erklärt. Damit präsentiert sich die Rechtslage so, wie wenn nie eine Erbausschlussklausel vereinbart worden wäre bzw. wie wenn ein gewöhnliches Gemeinschaftskonto vorliegt. In dieser Konstellation treten die Erben in die Stellung des verstorbenen Kontoinhabers ein und werden zu Vertragspartnern der Bank. Diesen gegenüber hat

die Bank eine Sorgfalts- und Treuepflicht,¹⁷ die verletzt ist, wenn die Bank vom Tod eines Kontoinhabers weiss und Instruktionen des überlebenden Kontoinhabers ausführt, ohne die Zustimmung der Erben des Verstorbenen einzuholen. Kann der Betrag, den die Bank nach dem Tod eines Kontoinhabers auf Instruktion des anderen Kontoinhabers hin diesem ausbezahlt hat, bei Letzterem nicht mehr erhältlich gemacht werden, riskiert die Bank eine Schadensersatzklage der Erben des verstorbenen Kontoinhabers.

Auch die *Erbrechtsanwältin* wird ihrem Klienten von der Erbausschlussklausel abraten (müssen), weil die Konflikte vorprogrammiert sind (vgl. vorstehend) und überhaupt Zweifel bestehen, ob diese Klausel langfristig Bestand haben wird, sodass letztlich mehr als unsicher ist, ob die vom Klienten mit einer solchen Klausel angestrebten Ziele überhaupt erreicht werden können.

Demnach ist sowohl vom Bankenanwalt als auch von der Erbrechtsanwältin im Umgang mit ihren Klienten Überzeugungsarbeit gefordert, damit sie den Wünschen und Zielen ihrer jeweiligen Klienten und den juristischen Gegebenheiten und Risiken gleichsam gerecht werden. Die nachhaltige Lösung verlangt daher – ganz nach dem Motto von Peter Isler – nicht nur profunde juristische Kenntnisse, sondern auch einen gewissen Pragmatismus und eine hohe Sozialkompetenz.

¹⁵ Vgl. etwa *Peter Breitschmid/Isabel Matt*, Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung, insbesondere Informationsansprüche gegenüber Banken über ihre Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser, *successio* 2010 85 ff.; *Christian Brückner/Thomas Weibel*, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A. 2012, Nr. 57. Vgl. auch *Zobl* (Fn. 5) 1017, insbes. auch seinen Hinweis auf eine frühere (und überholte) Empfehlung der Schweizerischen Bankiervereinigung.

¹⁶ Z.B. *Beat Kleiner/Renate Schwob/Christoph Winzeler*, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8.11.1934 (22. Nachlieferung 2014), Art. 49 BankG N 50.

¹⁷ Z.B. *Nedim P. Vogt/Stefan Lüchinger*, The Survivor Takes All: Joint Tenancy-ähnliche Rechtsfiguren im schweizerischen Recht, FS *Zobl*, 2004, 319 ff., 324 Fn. 30, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, und 326.