

Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Organ folgender Verbände/Organe des associations suivantes:

Zürcher Notariatsverein (ZNV), Aargauische Notariatsgesellschaft, Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz, Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la polycopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen*

Von Dr. iur. *Alexandra Zeiter*, Rechtsanwältin/Fachanwältin SAV Erbrecht,
Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich.

I. Ausgangslage

1. Einleitung

Bei Vertragsgestaltungen ist man oft versucht, auf vorformulierte Musterdokumente und Musterklauseln zurückzugreifen. Vor allem vermeintlich einfache Standardkonstellationen verleiten zu einem solchen Verhalten. Dies ist auch in der Nachlassplanung nicht anders. So greifen die Beraterinnen und Berater etwa bei der Redaktion eines Ehe- und Erbvertrags für ein Ehepaar mit gemeinsamen Nachkommen, das beim Ableben des ersten Ehegatten (Erstversterbensfall) dem überlebenden Ehegatten so viel wie möglich zukommen lassen möchte mit der Vorstellung, dass nach dem Ableben des zweiten Ehegatten (Zweitversterbensfall) das gesamte noch verbleibende Vermögen den (gemeinsamen) Nachkommen zufallen soll, gerne auf die ihnen zur Verfügung stehenden Muster in den diversen Musterdokumentensammlungen.

Diese Musterdokumente enthalten regelmässig neben den Bestimmungen zur Meist- oder Maximalbegünstigung des überlebenden Ehe-

* Leicht überarbeitete Fassung der anlässlich des Weiterbildungsseminars für die Notare und Notar-Stellvertreter des Kantons Zürich vom 8. November 2014, des 10. Schweizerischen Erbrechtstags vom 27. August 2015 und der Weiterbildungsveranstaltung des Verbands Solothurnischer Notare vom 16. September 2015 gehaltenen Referate. Der Vortragsstil wird beibehalten, auf einen Fussnotenapparat wird weitgehend verzichtet.

gatten im Erstversterbensfall¹ und der Erbeinsetzung der Nachkommen im Zweitversterbensfall Klauseln, die beim Eintritt bestimmter Ereignisse zwischen dem Erst- und dem Zweitversterbensfall eine vorzeitige Begünstigung der Nachkommen vorsehen und die Begünstigung des überlebenden Ehepartners im Erstversterbensfall zu Gunsten der Nachkommen korrigieren.²

Es ist tatsächlich nicht ausgeschlossen, dass aufgrund bestimmter Ereignisse die den Nachkommen im Zweitversterbensfall an sich zustehenden Ansprüche nach dem Erstversterbensfall erheblich geschmälert oder sogar gänzlich ausgehebelt werden, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil zwischen dem Erst- und dem Zweitversterbensfall Jahre, wenn nicht Jahrzehnte liegen können. Die vorerwähnten Klauseln zum Schutz der Nachkommen tragen dieser Unvorhersehbarkeit und den Zufälligkeiten der Zukunft Rechnung, weshalb denn auch grundsätzlich nichts gegen die Aufnahme solcher Klauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen einzuwenden ist.

Bei näherer Betrachtung dieser Klauseln fällt allerdings ein Zweifaches auf: Zum einen wird deren Ausgestaltung und Formulierung oftmals zu wenig Beachtung geschenkt, weshalb die Klausel häufig auslegungsbedürftig ist.³ Zum anderen werden diese Klauseln häufig und gerade in klassischen – wie etwa der vorstehend aufgezeigten – Familienkonstellationen stereotyp in Ehe- und Erbverträge oder Testamente aufgenommen, ohne jedoch abzuklären, ob eine solche Klausel im konkreten Einzelfall überhaupt Sinn macht bzw. ob sie unter Umständen gar zu nicht gewünschten Rechtsfolgen führen könnte.

Nachfolgend wird aufgezeigt, was bei der Ausgestaltung und der Formulierung solcher Klauseln zu beachten (Ziff. II.) und in welchen Situationen Vorsicht beim Einsatz solcher Klauseln geboten ist (Ziff. III.). Abgeschlossen werden diese Ausführungen mit einem Formulierungsvor-

¹ Auf die verschiedenen Möglichkeiten einer Meist- oder Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten und deren Ausgestaltung wird im vorliegenden Beitrag nicht näher eingegangen. Es genüge an dieser Stelle der Hinweis auf das Standardwerk zu dieser Thematik von *Regina E. Aebi-Müller*, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehrungen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Diss., 2. Aufl., Bern 2007, und die weitere diesbezügliche Spezialliteratur.

² *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., S. 174.

³ Die Nachlässigkeit bei der Formulierung mag viele Gründe haben. Es spielt sicherlich eine wesentliche Rolle, dass die Klausel bloss einen «Nebenschauplatz» in der Nachlassplanung darstellt, weil deren Regelung unter Umständen (und aus Sicht der Ehegatten hoffentlich) bloss Makulatur bleibt. Viele Ehepaare können sich im Zeitpunkt der Planung auch nicht vorstellen, sich nach dem Ableben ihres Ehegatten wieder zu verheiraten oder ein Konkubinat einzugehen, weshalb sie dieser Thematik keinen Platz einräumen (wollen). Nicht selten führen diese Themen aber auch zu Spannungen zwischen Ehegatten, weshalb (auch vom Berater) versucht wird, Diskussionen darüber möglichst zu vermeiden. Und nicht zuletzt liegt ein allfälliger Eintritt solcher Ereignisse, wie erwähnt, regelmässig in weiter Ferne, was eine Formulierung naturgemäss erschwert.

schlag (Ziff. IV.). Vorab wird kurz die Bezeichnung dieser Klauseln erläutert (2.) und den Fragen nachgegangen, ob solche Klauseln überhaupt zulässig (3.) und wie sie zivilrechtlich und steuerlich zu behandeln sind (4.).

2. Begriff der Schutzklausel

In der Praxis werden die Klauseln, die den Nachkommen bei bestimmten Ereignissen Ansprüche einräumen, als «Rückfallklauseln» bezeichnet. Mit Ausnahme der als Resolutivbedingung (vgl. nachfolgend Ziff. II./2b) ausgestalteten Klausel kommt es juristisch allerdings nicht zu einem Rückfall, weshalb der Begriff nach meinem Dafürhalten zu eng ist. Da allen diesen Klauseln, unabhängig ihrer Ausgestaltung, jeweils derselbe Zweck zu Grunde liegt, nämlich der Schutz der Nachkommen vor einem definitiven Verlust oder einer erheblichen Verminderung ihrer Ansprüche im Zweitversterbensfall, werden diese Klauseln nachfolgend «Schutzklauseln» genannt.

3. Zulässigkeit von Schutzklauseln

Vereinzelt wird im Zusammenhang mit der Wiederverheiratungsklausel die Ansicht vertreten, dass diese sittenwidrig und damit ungültig sei, weil sie den Betroffenen in seiner individuellen Freiheit einschränke, dessen Entscheid zur Wiederverheiratung beeinflusse und damit einen Eingriff in die Ehefreiheit darstelle.⁴ Die herrschende Lehre bejaht hingegen deren Zulässigkeit, sofern sie nicht Strafcharakter aufweist und nicht der Eifersucht entspringt, d.h. sofern sie ehrenhafte Motive verfolgt, und sofern der überlebende Ehegatte nicht mehr herausgeben muss, als ihm von Gesetzes wegen, d.h. ohne Abschluss des Ehe- oder des Erbvertrags oder der Errichtung des Testaments, zugestanden wäre.⁵

Den Ehegatten steht es frei, mittels Ehevertrag teilweise oder sogar vollständig und ohne Gegenleistung auf die ihnen von Gesetzes wegen zustehende hälftige Beteiligung am Vorschlag des anderen (Art. 216 Abs. 1 ZGB)⁶ oder am Gesamtgut (Art. 241 Abs. 2 ZGB) zu verzichten. Dieselbe Möglichkeit besteht auch mit Bezug auf die erbrechtlichen

⁴ Vgl. dazu *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.144 und 07.145.

⁵ *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.144, 07.145 und 12.30, mit Hinweisen; *Trachsel* (FN 2), S. 176; *Kilian Wunder / Andreas Flückiger*, Motive und Tücken der Nacherbeneinsetzung, *successio* 2012 S. 82 ff., 85 f. Vgl. zur Diskussion über die Sittenwidrigkeit von Wiederverheiratungsklauseln in Deutschland *Manuel Tanck*, Zur Sittenwidrigkeit von Wiederverheiratungsklauseln in gemeinschaftlichen Verfügungen von Todes wegen (Berliner Testament), *ZErB* 2015 S. 297 ff., insbesondere sein Hinweis auf S. 298 f. auf zwei neuere Urteile: Das OLG Zweibrücken erachtete in seinem Beschluss vom 14.3.2011 den kompensationslosen Verlust der Erbschaft des überlebenden Ehegatten im Fali seiner Wiederverheiratung als sittenwidrig; das Saarlandische OLG qualifizierte in seinem Urteil vom 15.10.2014 eine Wiederverheiratungsklausel, bei welcher der überlebende Ehegatte bei der Wiederverheiratung zur vermachtisweisen Herausgabe des gesamten Nachlasses verpflichtet ist und ihm nicht einmal mehr der Pflichtteil verbleibt, ebenfalls als sittenwidrig.

⁶ *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.05 ff., insb. zum Verzicht RZ 06.13.

Ansprüche. So kann jeder Ehegatte in einem Erbvertrag teilweise oder sogar vollständig und ohne Gegenleistung auf seine erbrechtlichen Ansprüche verzichten (vgl. auch Art. 495 Abs. 1 ZGB). Weshalb ein solcher Verzicht jedoch nicht zulässig sein soll, wenn er an eine Bedingung (konkret: der Wiederverheiratung) geknüpft ist, leuchtet deshalb nicht ein. Eine solche Einschränkung lässt sich auch nicht den gesetzlichen Bestimmungen zu den Bedingungen in Art. 151 ff. OR oder Art. 482 ZGB entnehmen. Diese setzen den Bedingungen keine Schranken (mit Ausnahme der Rechts- und Sittenwidrigkeit und der Unmöglichkeit). In diesem Zusammenhang sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass auch das Gesetz selber in Art. 473 Abs. 3 ZGB eine ähnliche Wiederverheiratungsklausel vorsieht. Demnach sollten solche Schutzklauseln in Ehe- und Erbverträgen unter Berücksichtigung der für die Bedingung geltenden Schranken zulässig sein.

Eine Schutzklausel in einem Testament ist meines Erachtens solange zulässig, als dem überlebenden Ehegatten bei Eintritt der Bedingung mindestens sein Pflichtteil verbleibt. Greift sie in den Pflichtteil ein, steht dem überlebenden Ehegatten die Herabsetzungsmöglichkeit gemäss Art. 522 ff. ZGB zur Verfügung.

Diese Überlegungen gelten nicht für die Wiederverheiratung, sondern für sämtliche in einer Schutzklausel definierten Ereignisse.

4. Zivilrechtliche und steuerliche Aspekte der Schutzklauseln

Es stellt sich die Frage nach der erbrechtlichen und steuerlichen Behandlung des Anspruchs der Nachkommen, der durch den Eintritt eines definierten Ereignisses entsteht.

Mit Bezug auf die steuerliche Behandlung vertritt *Trachsel*⁷ die Ansicht, dass die Regelungen zur Vor- und Nacherbschaft analog anzuwenden seien, womit das Verwandtschaftsverhältnis des Zuwendungsempfängers zum Erstversterbenden massgebend sei und die Zuwendung daher auch von diesem erfolge.⁸ Dieser Ansicht ist zu folgen. Gleiches gilt meines Erachtens deshalb auch in erbrechtlicher Hinsicht, d.h. Fragen zur Ausgleichung (Art. 626 ZGB) oder Herabsetzung der Zuwendung (Art. 527 ZGB) betreffen den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten.⁹

⁷ *Trachsel* (FN 2), S. 176.

⁸ *Trachsel* (FN 2), S. 176, weist zu Recht darauf hin, dass die steuerliche Behandlung von Vor- und Nacherbschaften in den verschiedenen Kantonen unterschiedlich ausgestaltet ist, und dass sich zwar in der Mehrheit der Kantone, aber eben nicht in allen Kantonen, die Erbschaftsteuer für den Nacherben nach dem verwandtschaftlichen Verhältnis zum Erblasser und nicht zum Vorerben bemisst. Vgl. auch *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 85 f.; vgl. zum Ganzen *Mischa Salathé*, Die Nacherbfolge im schweizerischen Recht, Eine Untersuchung der privat- und steuerlichen Aspekte der Nacherbfolge, Diss., Basel 2009, § 10 f.

⁹ *Gl.M. Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.136, im Zusammenhang mit der Ausgestaltung als Auflage.

II. Ausgestaltung der Schutzklauseln

In einer Schutzklausel sind neben der Festlegung der Ereignisse, welche einen Anspruch der Nachkommen entstehen lassen sollen (1.), zwingend auch die konkrete Ausgestaltung (2.) und die Höhe des Anspruchs, wozu auch die Frage der Anrechenbarkeit von lebzeitigen Zuwendungen gehört (3.), zu regeln. Idealerweise äussert sich die Klausel auch zu weiteren Aspekten, wie etwa zur Art der Abgeltung, zur Fälligkeit und Verzinsung oder Durchsetzung des Anspruchs (4.). Ein besonderes Augenmerk gilt schliesslich der Frage, ob auch die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten zwischen dem Erstversterbensfall und dem allfälligen Eintritt des Ereignisses einer besonderen Regelung bedarf (5.).

1. Formulierung des/der Ereignisse(s)

In den Musterklauseln werden die Nachkommen regelmässig vor den Ereignissen Wiederverheiratung und Konkubinat geschützt. In jüngeren Musterdokumenten finden sich oftmals zusätzlich die Ereignisse Heimeintritt und Demenz. Nachfolgende Ausführungen beschränken sich auf diese Gruppe von Ereignissen, obwohl beliebige weitere solcher Ereignisse vorstellbar wären. Zu erwähnen sind beispielsweise der Umzug in einen anderen Kanton oder ins Ausland, die Konkursandrohung oder eine Pfändungsankündigung.¹⁰

a) *Hinzutreten neuer pflichtteilsgeschützter Erben*

aa) Wiederverheiratung / Eintragung einer Partnerschaft

Am häufigsten trifft man in der Praxis die sog. Wiederverheiratungsklausel an. Mit dieser Klausel soll verhindert werden, dass die Nachkommen im Zweitversterbensfall das gemeinsam erwirtschaftete Vermögen der Ehegatten mit einem neuen Ehepartner des überlebenden Ehegatten zu teilen haben.¹¹ Durch die Wiederverheiratung werden die Ansprüche der Nachkommen nämlich ganz erheblich reduziert.¹² Kommt es im Zweitversterbensfall beispielsweise zur gesetzlichen Erbfolge, sinken die gesetzlichen Erbteile der Nachkommen von Hundert Prozent auf die Hälfte des Nachlasses (Art. 462 Ziff. 1 ZGB). Selbst wenn der überlebende Ehegatte von Todes wegen zu Gunsten der Nachkommen verfügt, hat der neue Ehepartner als pflichtteilsgeschützter Erbe zwingend Anspruch auf seinen Pflichtteil von einem Viertel des Nachlasses, womit den Nachkommen maximal Dreiviertel des Vermögens verbleiben (vgl. Art. 462 Ziff. 1 i.V.m. mit Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Verfügt der überlebende Ehegatte indessen von Todes wegen zu Gunsten des zweiten Ehegatten, verbleibt den Nachkommen nur mehr ihr Pflichtteil von Dreiachteln des

¹⁰ *Trachsel* (FN 2), S. 174.

¹¹ Vgl. dazu und zum Folgenden auch *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.139.

¹² Es sei denn, der neue Ehegatte gäbe einen vollständigen Erbverzicht im Nachlass des andern Ehegatten ab.

Nachlasses (Art. 471 Ziff. 1 i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB).¹³

Zu beachten ist, dass die Eintragung einer Partnerschaft zu derselben Reduktion der Ansprüche der Nachkommen führt.

bb) Neue Elternschaft

Neben der Wiederverheiratung und der Eintragung einer Partnerschaft kommt auch bei einer neuen Elternschaft (unabhängig der Art deren Entstehung) ein neuer gesetzlicher und pflichtteilgeschützter Erbe hinzu, mit dem die Nachkommen das Vermögen zu teilen haben,¹⁴ was ebenfalls zu einer erheblichen Beschränkung der Erbansprüche der Nachkommen aus der früheren Ehe führt. Der neue Nachkomme tritt bei der gesetzlichen Erbfolge gleichberechtigt zu den Nachkommen aus der früheren Ehe hinzu und hat Anteil auf denselben Erbanteil wie diese (vgl. Art. 457 Abs. 2 ZGB). Er erhält – selbst wenn der überlebende Ehegatte zum Schutz der Nachkommen aus der früheren Ehe verfügen sollte – mindestens seinen Pflichtteil in der Höhe von Dreivierteln seines gesetzlichen Anspruchs (vgl. Art. 471 Ziff. 1 ZGB).

Sofern eine Wiederverheiratungsklausel in einen Ehe- oder Erbvertrag oder ein Testament aufgenommen werden soll, ist daher stets zu prüfen, welchen Zweck die Ehegatten mit dieser Klausel verfolgen. Steht der Schutz der Nachkommen vor einer definitiven und erheblichen Schmälerung ihrer Erbanwartschaft im Vordergrund, ist statt einer blossen Wiederverheiratungsklausel eine Klausel aufzunehmen, welche die Nachkommen generell vor neuen pflichtteilgeschützten Erben schützt (zum Formulierungsvorschlag vgl. Ziff. IV.).

b) Konkubinat

In der Praxis sind neben den Wiederverheiratungsklauseln Klauseln anzutreffen, die bei einem Konkubinat durch den überlebenden Ehegatten eine Korrektur seiner Begünstigung im Erstversterbensfall zu Gunsten der Nachkommen vorsehen.

Mit einer Konkubinatsklausel soll verhindert werden, dass der überlebende Ehegatte die Anwendung der Wiederverheiratungsklausel aushebelt, indem er weiterhin im Konkubinat lebt, anstatt sich wieder zu verheiraten.¹⁵ Dies ist allerdings nicht der einzige Grund für die Aufnahme einer Konkubinatsklausel. Bei einem Konkubinat werden die

¹³ Die Ansprüche der Nachkommen können bei einer Wiederverheiratung je nach Vermögensverhältnissen des zweiten Ehegatten mit einem Güterstandswechsel noch weiter geschmälert werden. Beim Güterstand der Gütergemeinschaft gehört nämlich das vom überlebenden Ehegatten in die neue Ehe eingebrachte Vermögen zum Gesamtgut (Art. 222 Abs. 1 i.V.m. Art. 225 Abs. 2 ZGB), sofern die Ehegatten mittels Ehevertrags nicht etwas anderes vereinbaren, und fällt bei dessen Tod zur Hälfte an den (ursprünglich) mittellosen zweiten Ehegatten (Art. 241 Abs. 1 ZGB). Vgl. dazu auch *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.139.

¹⁴ Vgl. auch *Trachsel* (FN 2), S. 174.

¹⁵ *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 12.13 Fussnote 9, spricht von einer konkubinatsfördernden Wirkung von Wiederverheiratungsklauseln.

Vermögen der zusammenlebenden Partner oftmals vermischt (z.B. wenn Anschaffungen gemeinsam getätigt werden oder der Lebensunterhalt aus einer gemeinsamen Kasse bestritten wird), was dazu führt, dass die beiden Vermögensmassen beim Tod des einen Partners (oder auch bei Auflösung des Konkubinats) kaum mehr individualisiert werden können. Eine Beweisführung über die Zugehörigkeit einzelner Vermögenswerte oder von Surrogaten zu den einzelnen Vermögensmassen der beiden Lebenspartner ist daher häufig kaum mehr möglich. Demzufolge kann ein Konkubinat – selbst ohne Schädigungsabsicht des überlebenden Ehegatten – unter Umständen erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Ansprüche der Nachkommen im Zweitversterbensfall haben.¹⁶

Die Aufnahme einer Konkubinatsklausel in einen Ehe- oder Erbvertrag oder in ein Testament kann daher durchaus gerechtfertigt sein. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass kein einheitlicher Konkubinatsbegriff existiert.¹⁷ Deshalb sollte vermieden werden, den Bedingungseintritt an den blossen Begriff des «Konkubinats» zu knüpfen. Vielmehr empfiehlt sich, das Ereignis «Konkubinat» möglichst präzise zu definieren und den Bedingungseintritt an objektive Kriterien zu knüpfen (zum Formulierungsvorschlag vgl. Ziff. IV.).

c) Heimeintritt und ähnlich gelagerte Ereignisse

aa) Zweck einer Heimklausel

In den jüngeren Musterdokumenten finden sich immer häufiger sog. Heim- und Demenzklauseln. Mit einer Heimklausel möchten die Ehegatten vor allem verhindern, dass ihr Vermögen, das im Zweitversterbensfall ihren Nachkommen zufallen soll, für hohe Heim-, Pflege- oder Betreuungskosten aufgebraucht wird, zumal auch kein Anspruch auf Ergänzungsleistungen besteht, solange die Einnahmen unter Berücksichtigung des Vermögensverzehr die anerkannten Ausgaben zu decken vermögen.¹⁸ Auch bei der Demenzklausel steht im Vordergrund, einen

¹⁶ *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 93.

¹⁷ Auch das Bundesgericht kennt verschiedene Konkubinatsbegriffe und unterscheidet zwischen einem sog. stabilen (qualifizierten) und einem sog. losen (einfachen) Konkubinat, vgl. etwa BGE 138 III 235 ff. oder BGE 118 III 235 ff. Andere Rechtsgebiete verwenden andere Definitionen, vgl. etwa SKOS-Richtlinien F.5 und H.10 (und der in diesem Zusammenhang ergangene Entscheid des Bundesgerichts 8C_232/2015 vom 17.9.2015). Auch ist umstritten, ob der Begriff nur für hetero- oder auch für gleichgeschlechtliche Partnerschaften gilt. Vgl. zu den unterschiedlichen in der Lehre gebräuchlichen Konkubinatsbegriffen etwa *Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Jungo*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 19 RZ 6.

¹⁸ Als Einnahmen werden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG ein Fünfzehntel, bei Altersrentnerinnen und Altersrentner ein Zehntel des Reinvermögens angerechnet, soweit es bei alleinstehenden Personen CHF 37 000.00, bei Ehepaaren CHF 60 000.00 und bei rentenberechtigten Waisen sowie bei Kindern, die einen Anspruch auf eine Kinderrente der AHV oder IV begründen, CHF 15 000.00 übersteigt. Bei einem Heimaufenthalt können die Kantone gestützt auf Art. 11 Abs. 2 ELG den Vermögensverzehr auf 20% pro Jahr erhöhen. Siehe dazu auch *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 86.

Vermögensverzehr zu verhindern. Allerdings spielt hierbei auch die Überlegung mit, dass eine urteilsunfähige Person selber geschützt werden muss vor Vermögensverschleuderung, vor Enkelbetrügern, Erbschleichern oder Betreuern mit finanziellen Begünstigungsabsichten.

Führt man sich diese Überlegungen vor Augen, genügt es meines Erachtens bei einer Heimklausel nicht, sich auf den blossen Heimeintritt als bedingungsauslösendes Ereignis zu beschränken. Damit bleibt nämlich ungeklärt (und auslegungsbedürftig), ob der Anspruch der Nachkommen auch entsteht, wenn der Heimeintritt bloss provisorisch oder probeweise erfolgt oder wenn der überlebende Ehegatte statt in ein Heim im klassischen Sinn in eine ähnliche Institution, beispielsweise in eine einem Altersheim angeschlossene Wohnung oder in eine Altersresidenz umzieht. Eine solche Klausel trägt aber auch dem Umstand nicht Rechnung, dass nicht nur der Eintritt in ein Heim oder in eine ähnliche Institution mit hohen Kosten verbunden ist, sondern auch bei einer Betreuung zuhause ganz erhebliche Kosten anfallen können.

Gleiches gilt für die Demenzklausel. Eine Anknüpfung der Entstehung der Ansprüche der Nachkommen an den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des überlebenden Ehegatten ist in der Regel untauglich und die Ansprüche sind kaum durchsetzbar. Berufen sich die Nachkommen auf die Urteilsunfähigkeit, wären sie beweispflichtig, da die Urteilsfähigkeit – mit wenigen Ausnahmen – vermutet wird.¹⁹ Diese Beweisführung ist aber in den meisten Konstellationen, insbesondere bei einer Altersdemenz, kaum möglich. Der Übergang von der Urteilsfähigkeit zur Urteilsunfähigkeit ist ein schleichender Prozess, und eine Person kann ohne Weiteres – je nach Art und Tragweite der Handlung oder des Geschäfts – für bestimmte Handlungen urteilsfähig sein, für andere hingegen nicht (sog. Relativität der Urteilsfähigkeit).²⁰

Es empfiehlt sich daher auch hier, die Ereignisse, welche die Ansprüche der Nachkommen entstehen lassen sollen, an möglichst objektive und überprüfbare Kriterien anzuknüpfen. Mögliche Anknüpfungen wären beispielsweise die Anordnung von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen (z.B. Anordnung einer über die Begleitbeistandschaft hinausgehenden Beistandschaft) oder die Wirksamkeit eines Vorsorgeauftrags (Art. 362 ff. ZGB)²¹ (zum Formulierungsvorschlag vgl. Ziff. IV).

Im Gegensatz zu den vorstehend erwähnten Ereignissen können diese Ereignisse bereits vor dem Erstversterbensfall eintreffen. Dieser Besonderheit ist auch bei der Formulierung der Klausel Rechnung zu tragen (vgl. Formulierungsvorschlag in Ziff. IV).

¹⁹ Statt vieler *Margrith Bigler-Eggenberger / Roland Fankhauser*, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, N. 47 ff. zu Art. 16 ZGB; oder für die Urteilsfähigkeit im Erbrecht *Andreas Schröder*, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011, N. 23 ff. zu Art. 467 ZGB.

²⁰ *Bigler-Eggenberger/Fankhauser* (FN 19), N. 49 zu Art. 16 ZGB; für die Urteilsfähigkeit im Erbrecht *Schröder* (FN 19), N. 16 zu Art. 467 ZGB.

²¹ *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 86 f., schlagen bei einer Vor- und Nacherbeneinsetzung zum Schutz des Nacherben ebenfalls vor, als Ereignis, das den Nacherbfall auslöst, den Heimeintritt oder die Pflegebedürftigkeit vorzusehen.

2. Ausgestaltung des Anspruchs

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, den Anspruch der Nachkommen bei Eintritt eines in der Schutzklausel definierten Ereignisses rechtlich auszugestalten. Neben den in den Musterdokumenten in der Regel anzutreffenden und von der Lehre²² propagierten Instituten der (bedingten) Auflage (a) und der Resolutivbedingung (b) stehen auch die (bedingte) Forderung (c) und bei Verfügungen von Todes wegen zusätzlich das (bedingte) Vermächtnis (d) zur Verfügung.

a) (Suspensiv)bedingte Auflage

Bei der Ausgestaltung des Anspruchs der Nachkommen als (suspensiv)bedingte Auflage²³ ist in mehrfacher Hinsicht Vorsicht geboten:

Findet sich eine solche Schutzklausel in einem Ehevertrag, stellt sich vorweg die Frage, welche Bestimmungen Anwendung finden. Das Institut der Auflage kennt nämlich nur das Erbrecht (Art. 482 ZGB) und das Schenkungsrecht (Art. 246 Abs. 1 OR), nicht hingegen das Ehe- und das Ehegüterrecht.

Bei der erbrechtlichen Auflage entsteht den Nachkommen als Auflagebegünstigten ein Vollziehungsanspruch gegen den Auflagebeschwerten, d.h. gegen den überlebenden Ehegatten, und im Unterschied zu einer Forderung (vgl. nachfolgend c) und einem Vermächtnis (vgl. nachfolgend d) gerade keine vollstreckbare Verpflichtung des Beschwerten.²⁴ Umstritten ist daher unter anderem, ob die Nachkommen Anspruch auf Verzugszinsen oder auf Schadenersatz haben,²⁵ sofern der überlebende Ehegatte den Anspruch der Nachkommen (verschuldet) nicht oder zu spät erfüllt. Umstritten ist ausserdem, ob der Vollziehungsanspruch der Auflagebegünstigten überhaupt verjähren kann.

Sofern der Anspruch der Nachkommen als (suspensiv)bedingte Auflage formuliert wird, sollten im Interesse und zum Schutz der Nachkommen in der Schutzklausel Fragen wie Fälligkeit, Verzugsfolgen und Rechtsfolgen bei Nichterfüllung explizit geregelt werden (vgl. dazu nachfolgend Ziff. II./4.).

²² Statt vieler *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.135 und 06.140; *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 87. In der deutschen Lehre wird zudem die sog. konstruktive Vor- und Nacherbschaft propagiert. Damit wird der überlebende Ehegatte im Erstversterbensfall (auflösend bedingter) Vollerbe und für den Fall des Eintritts der Bedingung (aufschiebend bedingter) Nacherbe. Vgl. dazu auch *Tanck* (FN 5), S. 297. Diese Variante wird nachfolgend nicht mehr aufgegriffen.

²³ Vgl. den Formulierungsvorschlag bei *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.140: «Falls sich der überlebende Ehegatte wieder verheiratet sollte, hat er den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten [...] auszubehalten.» Dieser Vorschlag ist identisch mit der von *Trachsel* (FN 2), S. 176, vorgeschlagenen Formulierung für eine suspensivbedingte Forderung, vgl. FN 32. Vgl. zur Problematik auch nachfolgend unter Ziff. II./2c.

²⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden etwa *Stephan Wolf / Gian Sandro Genna*, SPR IV/1, Basel 2012, S. 325 ff.; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo* (FN 17), § 72 RZ 27.

²⁵ Das Bundesgericht lehnt einen Schadenersatzanspruch ab, vgl. BGE 105 II 253 Erw. 2d = ZBGR 64 S. 45 Erw. 2d; BGE 99 II 375 Erw. 7 = ZBGR 56 S. 234 Erw. 7.

b) Resolutivbedingung

Der Anspruch der Nachkommen lässt sich auch als Resolutivbedingung ausgestalten.²⁶ Bei dieser Ausgestaltung entfällt die Begünstigung des überlebenden Nachkommen aus dem Erstversterbensfall eo ipso beim Eintritt eines in der Schutzklausel definierten Ereignisses (Art. 154 Abs. 1 OR). Die Begünstigung fällt ex tunc, d.h. rückwirkend auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten, in den Nachlass des Erstversterbenden zurück.²⁷ Es handelt sich damit um eine echte Rückwirkungsklausel.

Durch den Wegfall der Begünstigung des überlebenden Ehegatten und den Rückfall seiner Begünstigung in den Nachlass lebt die Erbengemeinschaft des erstversterbenden Ehegatten wieder auf. Sofern dem überlebenden Ehegatten im Erstversterbensfall Alleinerbenstellung zugekommen ist, erhalten die Nachkommen rückwirkend neu Erbenstellung. Es muss mit Bezug auf die zurückfallenden Vermögenswerte die güter- und erbrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen werden. Bei dieser Auseinandersetzung erhält unter Umständen auch der überlebende Ehegatte einen Anteil, was in der Regel nicht beabsichtigt war.²⁸

Die Durchsetzung der Ansprüche erfolgt mittels einer Erbteilungsklage und gegen alle Erben, nicht nur gegen den überlebenden Ehegatten (Art. 604 ZGB).²⁹ Bei verspäteter Erfüllung steht den Nachkommen kein Verzugszins zu,³⁰ ebenso wenig ein Schadenersatzanspruch bei Nichterfüllung.³¹

Die Ausgestaltung der Ansprüche der Nachkommen als Resolutivbedingung kann demnach diverse nichtgewünschte Folgen mit sich ziehen, weshalb von dieser Möglichkeit eher abzuraten ist.

²⁶ Vgl. das Formulierungsbeispiel in der Musterurkundensammlung des Verbands Bernischer Notare, wiedergegeben bei *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.140: «Sobald sich der überlebende Ehegatte wieder verheiratet, fällt derjenige Betrag an die gemeinsamen Nachkommen zurück, den sie nach Gesetz beim Tode des ersten Ehegatten erhalten hätten, wenn dieser Ehevertrag nicht abgeschlossen worden wäre, unter Anrechnung des bereits bezogenen Erbteils.» M.E. verwirrt diese Formulierung, denn an die Nachkommen kann nichts zurückfallen, das ihnen noch gar nie gehört hat. Zu bevorzugen ist deshalb beispielsweise der eigene Formulierungsvorschlag von *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.140: «Die Zuwendung des Vorschlages (bzw. des Gesamtgutes) an den überlebenden Ehegatten über die hälftige Beteiligung hinaus entfällt bei einer Wiederverheiratung.» Oder jener von *Trachsel* (FN 2), S. 176: «Bei Eintritt eines Ereignisses, welches den Rückfall gemäss [...] auslöst, entfällt die Begünstigung rückwirkend.»

²⁷ *Trachsel* (FN 2), S. 176; *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.135 und 06.137.

²⁸ *Trachsel* (FN 2), S. 176; vgl. auch *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.137.

²⁹ Sofern die Resolutivbedingung im Ehevertrag steht, wird über die güterrechtliche Auseinandersetzung im Rahmen der vorzunehmenden Erbteilung abgerechnet.

³⁰ BGE 102 II 329 Erw. 2 = ZBGR 59 S. 51 Erw. 2.

³¹ Aufgrund des jederzeitigen Teilungsanspruchs in Art. 604 ZGB führt eine Erbteilungsklage zu einem Gestaltungsurteil, mit dem die gesamthänderische Berechtigung der Erben an den Erbschaftsaktiven aufgehoben und diese in das Alleineigentum der einzelnen Erben überführt werden. Vgl. dazu auch *Thomas Weibel*, Praxiskommentar, 2. Aufl., Basel 2011, N. 3 zu Art. 604 ZGB.

c) (*Suspensiv*)bedingte Forderung

Möglich – und einfacher – ist die Ausgestaltung der Ansprüche der Nachkommen als (suspensivbedingte) Forderung.^{32/33} Im Unterschied zur Resolutivbedingung entfällt nicht die Begünstigung des überlebenden Ehegatten, sondern es entstehen die Ansprüche der Nachkommen, wenn das in der Schutzklausel definierte Ereignis eintritt.³⁴ Und im Unterschied zur Auflage sind diese Leistungen klar definiert und unterliegen der Vollstreckung. Für Fragen wie Fälligkeit, Verzug, Ansprüche bei verspäteter oder Nichterfüllung oder Verjährung gelten die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts und müssen in der Schutzklausel nicht zwingend speziell geregelt werden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass bei den in den Musterdokumenten zu findenden Schutzklauseln nicht immer ohne Weiteres klar ist, ob es sich um eine suspensivbedingte Auflage oder suspensivbedingte Forderung handelt. So wird eine identische Formulierung einmal als Auflage, einmal als Forderung qualifiziert. Dies zeigt die Wichtigkeit einer präzisen Formulierung.³⁵

d) (*Suspensiv*)bedingtes Vermächtnis

Die Ansprüche der Nachkommen können auch als (suspensiv)bedingtes Vermächtnis im Sinne von Art. 484 Abs. 1 ZGB ausgestaltet werden. Das Vermächtnis hat wie die (suspensiv)bedingte Forderung den Vorteil, dass das Vermächtnis eine vollstreckbare Verpflichtung ist (Art. 562 ZGB) und die Rechtsfolgen – im Gegensatz zur Auflage – im Gesetz geregelt sind: Der Vermächtnisanspruch wird fällig, sobald der Beschwernte die Erbschaft angenommen hat oder sie nicht mehr ausschlagen kann (Art. 562 Abs. 1 ZGB), d.h. im konkreten Fall bei Eintritt des den Anspruch der Nachkommen auslösenden Ereignisses. Es besteht ein Anspruch auf Verzugszins beim Summenlegat (Art. 562 ZGB i.V.m. Art. 102 ff. OR) und auf Schadenersatz bei Nicht- oder verspäteter Erfüllung (Art. 562 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 97 ff. OR), und der Anspruch der Nachkommen unterliegt einer Verjährungsfrist von 10 Jahren ab Fälligkeit (Art. 601 ZGB). Damit müssen diese Rechtsfolgen – wie bei der suspensivbedingten Forderung – nicht zwingend in der Schutzklausel geregelt werden.

³² Vgl. den Formulierungsvorschlag bei *Trachsel* (FN 2), S. 174: «[...] hat er [der überlebende Ehegatte] den Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten [...] auszubezahlen.» Dieser Vorschlag stimmt allerdings mit jenem von *Aebi-Müller* (FN 1), RZ 06.140, für die Auflage überein, vgl. FN 23, was zeigt, dass bei der Formulierung Vorsicht geboten ist.

³³ Es handelt sich dabei um einen Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR), mit Ausnahme des Erbvertrags, bei dem die Nachkommen als Parteien mitwirken.

³⁴ *Trachsel* (FN 2), S. 176.

³⁵ Vgl. dazu FN 23 und 32.

3. Höhe des Anspruchs

a) Bezifferter oder bestimmbarer Anspruch

Die Höhe des Anspruchs der Nachkommen kann in der Schutzklausel entweder bereits genau beziffert oder aber offen gelassen werden:

Die Festlegung eines bestimmten Barbetrags (unter Umständen ergänzt mit einer Indexklausel)³⁶ ist sicherlich die einfachste Lösung (vgl. Formulierungsvorschlag unter Ziff. IV.). Leider ist eine Fixierung oftmals schwierig oder gar nicht möglich, weil im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehe- oder Erbvertrags oder der Errichtung eines Testaments nicht voraussehbar ist, wie sich die Vermögensverhältnisse der Ehegatten bis zum Erstversterbensfall verändern werden. Daher wird die Höhe der bedingten Ansprüche der Nachkommen regelmässig offen gelassen.³⁷ Diesfalls sind aber zwecks Bestimmbarkeit des Anspruchs zwingend die für die dannzumalige Berechnung notwendigen Kriterien klar festzulegen. Dazu gehören die Berechnungsgrundlagen (z.B. Anspruch entspricht dem gesetzlichen Anspruch, wie wenn der Ehe- und Erbvertrag nicht abgeschlossen worden wäre³⁸) und die Festlegung der der Berechnung zu Grunde zu legenden Werte (z.B. Steuerwerte, Verkehrswerte; vgl. Formulierungsvorschlag unter Ziff. IV.), unter Umständen die Bezeichnung der Vermögensaktiven, die bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen sind (z.B. persönliche Gegenstände, Hausrat).

Des Weiteren ist festzulegen, zu welchem Zeitpunkt die Berechnung der bedingten Ansprüche der Nachkommen erfolgen soll (Zeitpunkt des Erstversterbensfalls oder Eintritt des Ereignisses). Es empfiehlt sich, die Berechnung auf den Erstversterbensfall anzuordnen, zumal in diesem Zeitpunkt sämtliche für die Berechnung relevanten Unterlagen vorhanden sind.

Überdies sollte angeordnet werden, dass die bedingten Ansprüche der Nachkommen im Erbteilungsvertrag,³⁹ und sofern dem überlebenden Ehegatten Alleinerbenstellung zukommt, in einer Vereinbarung ausgewiesen werden müssen. *Wunder/Flückiger* erachten die Vollstreckbarkeit der Ansprüche der Nachkommen sogar nur dann als wirklich gesichert, wenn sichergestellt wird, dass der überlebende Ehegatte den Nachkommen eine möglichst bezifferte (suspensivbedingte) Schuldanerkennung inklusive der entsprechenden Beweisunterlagen aushändigt; und

³⁶ *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 87 f.

³⁷ Diese Variante wird von *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 88, aufgrund der sich bei der Abwicklung stellenden Probleme gänzlich abgelehnt.

³⁸ Vgl. auch das Formulierungsbeispiel bei *Trachsel* (FN 2), S. 174 (Klausel in einem Ehevertrag): «Beim Ableben des erstversterbenden Ehegatten ist festzustellen, wie hoch der güter- und erbrechtliche Anspruch des überlebenden Ehegatten bei einer ehevertraglich nicht modifizierten Errungenschaftsbeteiligung sowie der gesetzlichen Erbfolge wäre. Das Ergebnis ist dem Anspruch des überlebenden Ehegatten gegenüber zu stellen, wie er sich aus der heute vereinbarten güter- und erbrechtlichen Begünstigung ergibt. Die Differenz stellt die Zuwendung dar.»

³⁹ So auch *Trachsel* (FN 2), S. 176.

dies nicht nur, um Streitigkeiten in der Familie zu vermeiden, sondern vor allem auch zur Dokumentation gegenüber den Behörden im Fall der Pflegebedürftigkeit oder eines Heimeintritts (sofern ein solches Ereignis in der Schutzklausel aufgenommen wird).⁴⁰

Bei einer Berechnung im Erstversterbensfall ist einzelfallbezogen zu entscheiden, ob die Berechnung auf Verkehrswerten oder gestützt auf die Steuererklärung zu den Steuerwerten erfolgen soll. Sofern die Verkehrswerte massgebend sein sollen, ist zu überlegen, ob bereits im Erstversterbensfall Verkehrswertschätzungen einzuholen sind. Möglich ist auch, die entsprechenden Verkehrswertschätzungen erst bei Eintritt des Ereignisses in Auftrag zu geben (mit einer Schätzung rückwirkend auf den Erstversterbensfall) und die gestützt auf die Steuerwerte erfolgte Berechnung um diese Werte zu korrigieren. In jedem Fall empfiehlt es sich zur Vermeidung von Streitigkeiten, die mit der Schätzung zu beauftragenden Firmen bereits zu bestimmen und – sofern die Schutzklausel in einen Ehe- oder Erbvertrag aufgenommen wird – diese Schätzungen für sich selber als auch für die Nachkommen als verbindlich im Sinne eines Schiedsgutachtens gemäss Art. 189 ZPO zu erklären (vgl. Formulierungsvorschlag in Ziff. IV).

b) Behandlung der lebzeitigen Zuwendungen im Besonderen

Sofern im Erstversterbensfall aufgrund der vorgesehenen Meist- oder Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten die lebzeitigen Zuwendungen des erstversterbenden Ehegatten an die Nachkommen ausgeklammert werden, sollte zwingend bestimmt werden, ob und wenn ja, in welcher Höhe, sich die Nachkommen diese Zuwendungen bei der Berechnung ihres Anspruchs anzurechnen haben (vgl. Formulierungsvorschlag in Ziff. IV).

4. Weitere Regelungsinhalte

Im Einzelfall kann es sinnvoll sein, zusätzliche Aspekte zu regeln, welche zur Verhinderung allfälliger Konflikte zwischen den Nachkommen und dem überlebenden Ehegatten beitragen können oder welche die Rechtsposition der Nachkommen verstärken (vgl. Formulierungsvorschlag in Ziff. IV).

Der Konfliktvermeidung dient etwa eine Regelung, wie die Ansprüche der Nachkommen abzugelten sind, in Bar- oder Sachwerten oder in einer Kombination derselben. Möglich ist auch, dem überlebenden Ehegatten ein entsprechendes Wahlrecht einzuräumen.

Die Rechtsposition der Nachkommen kann beispielsweise verbessert werden durch die Verzinsung des Anspruchs ab dem Erstversterbensfall, die Festlegung des Zeitpunkts der Fälligkeit, die Aufnahme von Verzugsregelungen wie etwa Bestimmung eines Verfalltags (Art. 102 Abs. 2 OR) oder eines Verzugszinses.

⁴⁰ Wunder/Flückiger (FN 5), S. 87.

Der Klarheit für alle Beteiligten dient auch die Regelung der Geltendmachung der Ansprüche, entweder durch die Nachkommen gemeinsam mit allen anderen Nachkommen oder je einzeln sowie bei deren Vorversterben durch deren Erben.

Auch die Vereinbarung eines Gerichtsstands im Ehe- oder Erbvertrag oder die Festlegung eines Gerichtsstands im Testament würde den Beteiligten die Durchsetzung vereinfachen und allfällige Streitigkeiten verhindern. Meines Erachtens ist der Gerichtsstand bei der Ausgestaltung der Schutzklausel als Auflage (vorstehend Ziff. II./2a), als Resolutivbedingung (vorstehend Ziff. II./2b) oder als Vermächtnis (vorstehend Ziff. II./2d) gestützt auf Art. 28 ZPO am letzten Wohnsitz des erstversterbenden Ehegatten gegeben. Nicht ohne Weiteres klar ist indessen, ob die Durchsetzung der Ansprüche bei einer suspensivbedingten Forderung (vorstehend Ziff. II./2c) am Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des erstversterbenden Ehegatten (Art. 28 ZPO) oder gemäss Art. 31 ZPO am Wohnsitz des überlebenden Ehegatten erfolgen muss.

5. Rechtsstellung des Ehegatten während Schwebezeit

Der begünstigte Ehegatte erwirbt an den ihm im Erstversterbensfall zufallenden Vermögenswerten Eigentum mit allen Eigentümerrechten. Damit besteht die Gefahr, dass die (bedingten) Ansprüche der Nachkommen torpediert oder ausgehebelt werden,⁴¹ sei es willentlich durch den überlebenden Ehegatten (beispielsweise durch Schenkungen an Dritte, Verheimlichung durch Barabhebungen, Wegzug ins Ausland [was die Vollstreckung erschwert oder gar verunmöglicht]⁴²), sei es aufgrund von Veränderungen und Entwicklungen (Einzug in ein Heim, höhere Betreuungskosten⁴³) oder sei es durch unwillentliche Vermögensabflüsse an Dritte (beispielsweise durch Enkeltrickbetrüger oder Erbschleicher⁴⁴).

Diese Gefahr der Nachkommen ist letztlich identisch mit jenen der Nacherben bei einer Nacherbeneinsetzung.⁴⁵ Damit stellt sich auch bei einer Schutzklausel in einem Ehe- und Erbvertrag oder einem Testament die Frage der Sicherstellung der Ansprüche der Nachkommen durch den überlebenden Ehegatten und den möglichen diesbezüglichen Massnahmen. Als Massnahme käme etwa die bei der Nacherbeneinsetzung zwingend vom Gesetz vorgesehene Inventarpflicht beim Tod des Erstverster-

⁴¹ Vgl. dazu und zu den nachfolgenden Beispielen auch *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 86, 89 ff., oder *Trachsel* (FN 2), S. 176.

⁴² Vgl. dazu auch *Andreas Flückiger*, Nacherbeneinsetzung vs. Nutzniessungsvermächtnis – wozu raten?, *successio* 2015 S. 5 ff., 30.

⁴³ Vgl. dazu auch vorstehende Ausführungen bei der Formulierung der die Ansprüche auslösenden Ereignisse unter Ziff. II./1c.

⁴⁴ Vgl. dazu auch vorstehende Ausführungen bei der Formulierung der die Ansprüche auslösenden Ereignisse unter Ziff. II./1c.

⁴⁵ Eingehend *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 82 ff. und 90 ff.; vgl. aber auch den Hinweis bei *Flückiger* (FN 42), S. 7.

benden (Art. 490 Abs. 1 ZGB) in Frage.⁴⁶ Weitere mögliche Massnahmen wären beispielsweise die Pflicht zur separaten Aufbewahrung des im Erstversterbensfall geerbten Vermögens vom eigenen Vermögen, die Buchführungspflicht des überlebenden Ehegatten oder Einsichtsrechte der Nachkommen, eine periodische Rechnungsablegungspflicht des überlebenden Ehegatten, eine periodische Revisionspflicht durch einen unabhängigen Revisor oder Verfügungsverbote.^{47/48}

Mit der Anordnung solcher Massnahmen ist allerdings Vorsicht geboten. Sie können den überlebenden Ehegatten sehr schnell in ein Korsett zwingen und nicht nur in finanzieller Hinsicht über Gebühr einschränken, sondern ihn auch zu sehr der Kontrolle der Nachkommen aussetzen. Überdies führen zu einschränkende Massnahmen letztlich in die Nähe einer Nutzniessung.⁴⁹ Daher bedarf es bei der Frage über die Aufnahme von Massnahmen zur Sicherstellung der Ansprüche immer einer Abwägung zwischen den Interessen der Nachkommen und jener des überlebenden Ehegatten, was letztlich nur einzelfallbezogen beantwortet werden kann.

III. Sinn von Schutzklauseln

Die Aufnahme einer Schutzklausel macht nicht in jedem Fall Sinn. Im Zentrum steht dabei die Frage, wie realistisch die Verwirklichung eines der Ereignisse und wie gross die Gefahr einer Schmälerung der Ansprüche der Nachkommen tatsächlich ist. Dabei steht sicherlich das Alter der nachlassplanenden Ehegatten im Vordergrund. Bei einem fünfzigjährigen Ehepaar drängt sich der Schutz der Nachkommen grundsätzlich eher auf als bei einem achtzigjährigen Ehepaar. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass durch die demographische Entwicklung der Bevölkerung die Zahl der Wiederverheiratungen und Eheschliessungen sowie Eintragung neuer Partnerschaften selbst (hoch)betagter Personen in den letzten Jahren angestiegen ist und weiter ansteigen wird.⁵⁰ Dasselbe gilt auch im Zusammenhang mit neuen Elternschaften. Durch die Fortschritte in der Reproduktionsmedizin ist die Begründung einer neuen Elternschaft nicht nur bei Männern, sondern auch bei Frauen bis ins fortgeschrittene Alter und im Pensionsalter möglich geworden.⁵¹

Neben dem Alter spielt aber auch die finanzielle Situation der Ehegatten eine entscheidende Rolle. Selbst wenn die Verwirklichung eines Ereignisses durchaus möglich wäre, ist bei der Aufnahme solcher Klau-

⁴⁶ Vgl. dazu *Flückiger* (FN 42), S. 16, mit dem richtigen Hinweis, wonach solche Inventare keine eigentliche Absicherung bewirken.

⁴⁷ *Wunder/Flückiger* (FN 5), S. 92.

⁴⁸ Eine Formulierung zur Sicherstellung findet sich bei *Trachsel* (FN 2), S. 174 f.

⁴⁹ Für die Frage, ob sich im Einzelfall eine Nutzniessungslösung aufdrängen würde, vgl. *Trachsel* (FN 2), S. 177.

⁵⁰ Der Verfasserin dieses Beitrags ist ein Fall bekannt, in dem ein Mann im Alter von 96 Jahren zum zweiten Mal geheiratet hat.

⁵¹ Es sei nur an die durch die Medien bekannt gemachte Geburt von Vierlingen durch eine 65-jährige Frau im Juni 2015 erinnert.

seln gerade bei Ehegatten mit bescheideneren Mitteln grösste Vorsicht geboten. Nehmen wir bei dem in der Einleitung erwähnten Fall an, dass der Ehemann der einzige Verdiener der Familie ist und dessen Einkommen ausreicht, damit sich die Ehegatten einen angenehmen Lebensstil leisten können (und sich auch leisten). Beim Tod des Ehemannes ist die Ehefrau 50 Jahre alt, das eheliche Vermögen beläuft sich zu diesem Zeitpunkt auf CHF 500 000.00 (Bankvermögen). Nach dem Tod des Ehemannes vermag die überlebende Ehegattin den bisherigen Lebensstandard (den sie weiterführt) nicht mit den Ersatzeinkommen (Renten) zu decken und ist auf die Vermögenssubstanz angewiesen. Als sie nach zwanzig Jahren im Alter von 70 Jahren nochmals heiraten möchte, beläuft sich ihr Vermögen auf CHF 150 000.00. Sieht nun die Schutzklausel vor, dass die Nachkommen im Wiederverheiratungsfall einen Anspruch auf ihren gesetzlichen Erbanteil, der ihnen im Erstversterbensfall zugestanden hätte, haben, hätte die Ehefrau den Nachkommen einen Betrag von CHF 125 000.00 auszubezahlen. Ihr selber bliebe noch ein Vermögen in der Höhe von CHF 25 000.00.⁵²

Ähnlich stossend ist es, wenn sich die Ehegattin im Alter von 70 Jahren entscheidet, in ein Altersheim einzutreten, allerdings ein privates und damit viel teureres Heim einem öffentlichen Heim vorziehen würde. Enthält die Schutzklausel auch das Ereignis des Heimeintritts, bliebe ihr die Auswahl des Heims versperrt, weil sie sich eine private Einrichtung gar nicht leisten kann. Dasselbe gilt natürlich, wenn sie anstelle eines Heimeintritts die private Pflege zuhause bevorzugen würde. Auch eine solche Wahl hätte sie nicht, müsste sie doch beim Eintritt des Ereignisses «private Pflegebetreuung» den Nachkommen deren Anspruch auszahlen.

Es ist daher fraglich, ob solche Klauseln, die den überlebenden Ehegatten in finanzielle Bedrängnis bringen oder dessen Entscheidungsfreiheit derart beschneiden können, tatsächlich dem Wunsch der Ehegatten entsprechen. Meines Erachtens ist es deshalb in Beratungsgesprächen zwingend notwendig, den Ehegatten auch die möglichen Konsequenzen solcher Schutzklauseln aufzuzeigen.

IV. Formulierungsvorschlag

In den nachfolgenden Formulierungsvorschlägen wird versucht, den aufgezeigten Schwierigkeiten Rechnung zu tragen und mögliche Konflikte zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Nachkommen so weit wie möglich zu vermeiden.

1. Formulierungsvorschlag bei bestimmtem Betrag

«Sollte der überlebende Ehegatte nach dem Tod seines Ehepartners wieder eine neue, einen Erb- und Pflichtteil begründende Gemeinschaft eingehen, oder sollte ein solches Rechtsverhältnis entstehen, ist er ver-

⁵² Annahme: Die Ehegatten lebten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung und das eheliche Vermögen war ausschliesslich Errungenschaft.

pflichtet, den Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten in allen Graden nach Stämmen je einen Barbetrag in der Höhe von CHF [...] zu bezahlen. Dieser Betrag ist zu indexieren [Präzisierung der Indexklausel]. Er ist bis zum Bedingungseintritt unverzinslich und wird 60 Tage nach Bedingungseintritt zur Zahlung fällig. Im Fall eines Zahlungsverzugs schuldet der überlebende Ehegatte auf diesem Betrag den gesetzlichen Verzugszins, ohne dass es hierfür einer Mahnung bedarf. Jeder Nachkomme in allen Graden nach Stämmen kann den ihm zustehenden Anspruch unabhängig von den anderen Nachkommen geltend machen, wobei als Gerichtsstand der letzte Wohnsitz des erstversterbenden Ehegatten vereinbart wird. Auf eine Sicherstellungspflicht der Ansprüche wird verzichtet.

Dieselben Ansprüche entstehen, sofern der überlebende Ehegatte eine neue Lebensgemeinschaft eingeht, und zwar im Zeitpunkt des Ablaufs des zweijährigen Zusammenlebens im selben Haushalt (wobei die behördliche Meldung der Adresse hierfür fristauslösend ist). Überdies entstehen diese Ansprüche, sofern der überlebende Ehegatte in ein Alters- und Pflegeheim oder eine gleichartige Einrichtung eintritt, ein Vorsorgeauftrag gemäss Art. 362 ff. ZGB Wirksamkeit erlangt oder eine über die Begleitbeistandschaft hinausgehende erwachsenenschutzrechtliche Beistandschaft rechtskräftig angeordnet wird. Sollte eine dieser Bedingungen bereits im Erstversterbensfall erfüllt sein, gilt [im Ehevertrag:] die gesetzliche Vorschlagsbeteiligung gemäss Art. 215 ZGB / [im Erbvertrag:] die gesetzliche Erbfolge.»

2. Formulierungsvorschlag bei bloss bestimmbarem Betrag

«[...] ist der überlebende Ehegatte verpflichtet, den Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten in allen Graden nach Stämmen denjenigen Betrag auszubezahlen, den diese nach Gesetz beim Tod des erstversterbenden Ehegatten erhalten hätten (d.h. wenn dieser Erbvertrag und der gleichentags beurkundete Ehevertrag nicht abgeschlossen worden wären).⁵³

Im Erstversterbensfall ist der güter- und erbrechtliche Anspruch des überlebenden Ehegatten sowie der erbrechtliche Anspruch der Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten durch den Willensvollstrecker [sofern ein solcher eingesetzt wird] zu berechnen, wie wenn die güter- und erbrechtliche Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Bestimmungen erfolgen würde. Als Grundlage für die Berechnung dienen die in der Steuererklärung per Todestag des erstversterbenden Ehegatten deklarierten Vermögenswerte mit ihren Steuerwerten. Hausrat und persönliche Gegenstände bleiben unberücksichtigt, sofern sie nicht in der Steuererklärung aufgeführt sind. Die bedingten Ansprüche der Nachkommen

⁵³ Die Höhe des Anspruchs kann beliebig umschrieben werden. Vgl. auch das Beispiel bei *Aebi-Müller* (FN 2), RZ 06.140 (für einen Ehevertrag): [...] hat er [der überlebende Ehegatte] den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten einen Viertel der erhaltenen Gesamtsumme beider Vorschläge entsprechend dem erbrechtlichen Prinzip für gesetzliche Erben auszubezahlen.»

sind in einer schriftlichen Vereinbarung festzuhalten [bei einer Erbteilung wären sie im Teilungsvertrag auszuweisen]. Sofern sich der Anspruch der Nachkommen realisieren sollte, ist für die Grundstücke eine Verkehrswertschätzung durch [...] zu veranlassen, der den Verkehrswert rückwirkend per Todestag des erstversterbenden Ehegatten feststellt, und die im Zeitpunkt des Ablebens des erstversterbenden Ehegatten erfolgte Berechnung ist um diese Werte zu korrigieren. Die Parteien erklären diese Verkehrswertschätzungen für sich und ihre Nachkommen verbindlich im Sinne von Art. 189 ZPO.

Der Anspruch kann vom überlebenden Ehegatten nach seiner Wahl in bar, in Sachwerten oder einer Kombination dieser beiden abgegolten werden. Er ist bis zum Bedingungseintritt unverzinslich und wird 60 Tage nach Bedingungseintritt [oder: nach Vorliegen der vorerwähnten, neu einzuholenden Verkehrswertschätzung] zur Zahlung fällig. Im Fall eines Zahlungsverzugs schuldet der überlebende Ehegatte auf diesem Betrag den gesetzlichen Verzugszins, ohne dass es hierfür einer Mahnung bedarf. Jeder Nachkomme in allen Graden nach Stämmen kann den ihm zustehenden Anspruch unabhängig von den anderen Nachkommen geltend machen, wobei als Gerichtsstand der letzte Wohnsitz des erstversterbenden Ehegatten vereinbart wird. Auf eine Sicherstellungspflicht der Ansprüche wird verzichtet. [...]»

V. Schluss

Die Nachlassplanung verlangt auch in vermeintlich einfachen Konstellationen eine sorgfältige und massgeschneiderte Lösung. Vorformulierte Klauseln sollten nicht unbesehen übernommen werden, selbst wenn sie bloße Nebenschauplätze abdecken und unter Umständen nie oder erst in Jahren oder Jahrzehnten zur Anwendung gelangen könnten. Dies gilt auch für Schutzklauseln, welche die Nachkommen der Ehegatten vor dem Eintritt bestimmter Ereignisse zwischen dem Erst- und dem Zweitversterbensfall schützen sollen. Vor der Aufnahme einer solchen Klausel sind jeweils die Interessen des überlebenden Ehegatten und jene der Nachkommen abzuwägen; und es ist in jedem Fall zu prüfen, ob der überlebende Ehegatte durch die Aufnahme einer Schutzklausel in finanzielle Bedrängnis geraten könnte. Entscheiden sich die Parteien für die Aufnahme einer Schutzklausel, ist diese so zu formulieren, dass für alle Beteiligten ohne Weiteres klar ist, bei welchen Ereignissen die Ansprüche der Nachkommen entstehen und welche Rechtsposition den Nachkommen zusteht. Denn nicht oder nur schwierig durchsetzbare Ansprüche helfen den Nachkommen wenig. Damit gilt: Lieber keine Schutzklausel als eine schlechte Schutzklausel.