



# Nachlassplanung

Planung der Nachlassabwicklung

Prof. Dr. iur. Walter Boente



# Nachfolge- und Abfindungsklauseln – und Rechts(un)sicherheit

«Durch Vertrag vom 12. Januar 1956 schlossen sich A., B. und die Firma R. & Co. zu einer einfachen Gesellschaft zusammen, die eine im Eigentum des A. stehende Parzelle von 63 389 m<sup>2</sup> erwerben, erschliessen, verwalten und veräussern sollte. Der Vertrag wurde für 25 Jahre, d.h. bis Ende 1980 fest abgeschlossen; alsdann konnte er auf Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden. Für eine allfällige Auseinandersetzung sollte der Marktwert des Landes massgebend sein (Ziffer 15 des Vertrages). Gemäss Nachtrag vom 25. Mai 1959 vereinbarten die Gesellschafter in einer neuen Ziffer 16 des Vertrages, dass die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werde, falls die Firma R. & Co. aufgelöst oder liquidiert werden oder einer der beiden anderen während der Dauer des Vertrages sterben sollte. „Das Beteiligungskonto des ausscheidenden Gesellschafters“ war diesfalls auf den nächstfolgenden 31. Dezember abzuschliessen und das Saldoguthaben des Kontos, das den Erben des Verstorbenen zustand, bis zur Liquidation der Gesellschaft zu stunden und entsprechend den Einlagen der verbleibenden Gesellschafter jährlich mit 4,5 % zu verzinsen.

Im August 1971 schied die Firma R. & Co. aus der Gesellschaft aus; an ihre Stelle trat C. Die Abfindungsklausel fand keine Anwendung. Am 10. Dezember 1978 starb A. und hinterliess einzig seine Frau als Erbin.

Am 30. Januar 1981 klagte Frau A. gegen B. und C. auf Zahlung einer Abfindungssumme, die sie nach dem Marktwert des Gesellschaftsvermögens berechnet wissen wollte und einstweilen auf zwei Millionen Franken festsetzte; sie verlangte ferner Zinsen. Die Beklagten widersetzten sich diesen Begehren.»

**Ist das Begehren von Frau A. begründet?**

BGE 113 II 270

# Nachfolge- und Abfindungsklauseln – und Rechts(un)sicherheit

Allgemein **BGE 93 II 223 E. 1:**

«Zur Abgrenzung dieser beiden Arten von Rechtsgeschäften ist auf den Zeitpunkt abzustellen, auf den das Geschäft seinem typischen Entstehungszwecke und seiner juristischen Natur nach seine Wirkungen zu äussern bestimmt ist. Massgebend ist, ob diese Wirkungen beim Tode oder zu Lebzeiten des oder der Handelnden eintreten sollen».

**BGE 113 II 270 E. 2b, 3**, Hervorhebungen hinzugefügt:

«Das gleiche [dem Erbrecht unterstellt] muss für **die Abfindungsklausel in einem Gesellschaftsvertrag gelten, wenn sie wie hier mit einer Überlebensklausel gekoppelt, d.h. auf den Fall beschränkt ist, dass ein Gesellschafter zufolge Todes ausscheidet**. Dies ist auch die Auffassung der herrschenden Lehre (VON GREYERZ, a.a.O. S. 87/88; HAUSHEER, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, S. 118/19; HAUSHEER in ZBGR 52/1971 S. 269 ff. und in ZBJV 114/1978 S. 181; PIOTET, in Schweiz. Privatrecht (SPR) IV/1 S. 179 ff.). Entscheidend dafür ist vorliegend, dass die Abfindungsklausel nur für das Ausscheiden eines Gesellschafters durch Tod vereinbart und die Liquidation der R. & Co. dieser Möglichkeit gleichgestellt wurde, das Ausscheiden eines Gesellschafters zu dessen Lebzeiten dagegen andern Regeln unterstand, da diesfalls jeder Gesellschafter gemäss Ziffer 15 des Vertrages Anspruch auf den vollen Vermögensanteil hatte.

3. Als **letztwillige Verfügung** bedurfte die streitige Klausel zu ihrer Gültigkeit der vorgeschriebenen Form (Art. 498 ff. ZGB), die mit der einfachen Schriftlichkeit des Vertrages, was unbestritten ist, nicht eingehalten wurde.»

Zur (str.) Diskussion m.w.N. WOLF/GENNA, SPR IV/1, S. 149 ff.



# Nachlassabwicklung im Allgemeinen – der Erbgang (Rückblick)

**Erste Abteilung: Die Erben**

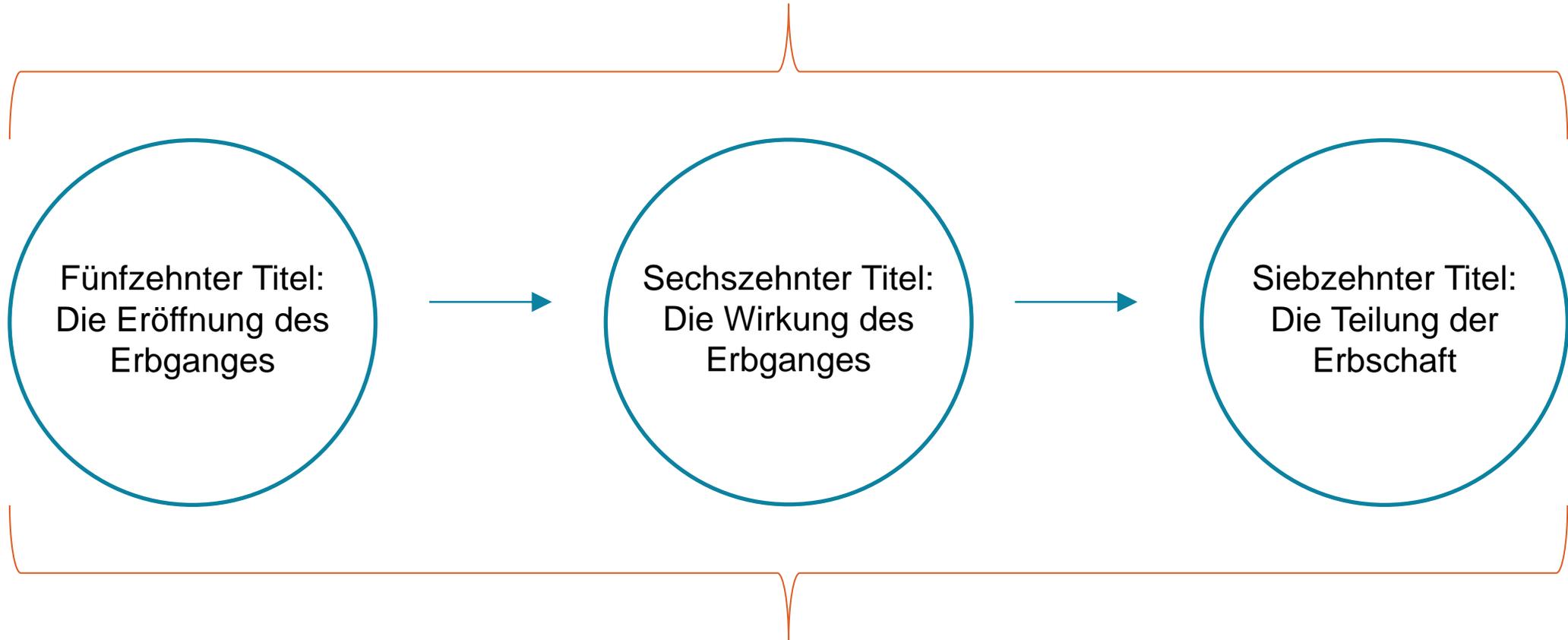
**Zweite Abteilung: Der Erbgang**

Rechtssätze zum Erbgang tragen einer **Zeit von Unsicherheiten nach dem Tod des Erblassers** Rechnung:

- Zwar geht schweizerischer Gesetzgeber vom Prinzip der Identität von Todesfall und Erbgang aus, sprich die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes.
- Doch der Weg, bis die Erbschaft endgültig im eigenen Vermögen der Erben aufgeht, ist häufig (nicht nur im Gesetzestext) weit. Namentlich **Unsicherheiten über die Erben(-stellung) und die Fragen, wer in dieser Zeit für Erbschaft sorgt**, haben den Gesetzgeber veranlasst, diesen rechtlichen Übergang mit einem Verfahren, mit Bestimmungen über den «Erbgang» zu begleiten.
- Die Situation nach dem Tod des Erblassers ist zunächst dadurch geprägt, dass **geklärt werden muss, ob und in welchem Umfang überhaupt eine Erbschaft besteht**.
- Mit dem Tod des Erblassers rückt nicht zuletzt auch die Frage in den Mittelpunkt, **wer überhaupt Erbe ist**. Zum einen können die Verwandtschaftsverhältnisse des Erblassers und damit die gesetzliche Erbfolge wie auch Pflichtteilsrechte ungewiss sein, aber ebenso das Vorliegen von Verfügungen von Todes wegen und damit die Person eingesetzter Erben. Zum anderen kann die Erbenstellung noch nicht endgültig sein, etwa weil testamentarische Bedingungen noch offen sind – und der Gesetzgeber den Erben während des Erbanges noch das Recht einräumt, die Erbschaft abzulehnen.

# Nachlassabwicklung im Allgemeinen – der Erbgang (Rückblick)

Zeitlich gestrecktes Verfahren



**Zweite Abteilung: Der Erbgang**

# Nachlassabwicklung im Allgemeinen – der Erbgang (Rückblick)

## Zweiter Abschnitt: Der Erwerb der Erbschaft ...

**Art. 560.** <sup>1</sup> Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes. ...

Damit die Frage, wer in dieser Zeit grundsätzlich das Recht hat, für die Erbschaft zu sorgen:

- Nach dem Grundsatz des Vonselbsterwerbs werden die Erben mit dem Tod Rechtssubjekt, (Rechts-)Träger des Vermögens Erbschaft. Davon ist zwar grundsätzlich die Frage zu trennen, **wer für dieses Vermögen während der Dauer des Erbganges sorgt**. Der Gesetzgeber hat sich jedoch dazu entschieden, dass dies bereits während des Erbganges eben **die «Erben» selbst** sein sollen:

«Der Erbschaftserwerb muss ... unseres Erachtens gesetzlich nach der Ordnung bestimmt werden, wie sie in den allermeisten Fällen praktisch sich zu gestalten pflegt».

HUBER, Erläuterungen I, S. 371

- So wird die Rechtsfolge des Vonselbsterwerbs der Erbschaft in den weitaus meisten Fällen Bestand haben und erspart daher regelmässig staatliche oder private Tätigkeit, Kosten und gewährt dem Rechtsverkehr einen klaren Bezugspunkt der fortbestehenden Rechtsverhältnisse ([nur] zur Vertiefung MUSCHELER, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, S. 242 ff.).

# Nachlassabwicklung im Allgemeinen – der Erbgang (Rückblick)

Weiter stellt sich die Frage, wer diese Interessen besorgt, wenn die Erben aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen während des Erbganges nicht für die Erbschaft sorgen (können):

- Für den **Fall, dass die Erben aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen während des Erbganges nicht für die Erbschaft sorgen (können)**, hat man im Erbrecht drei Organe, drei Ämter, drei Amtsträger geschaffen, die an ihrer Stelle für die Erbschaft sorgen. Mit diesen Ämtern wurde von Gesetzes wegen die Befugnis verbunden, in bestimmten Angelegenheiten für die eigentlich sorgetragenden Erben rechtsverbindlich aufzutreten:
  - der **Willensvollstrecker**, eingesetzt durch den Erblasser selbst, dessen Aufgabe grundsätzlich umfassend das Betreiben des Erbganges als solchen, an Stelle der Erben ist;
  - der **Erbenvertreter**, eingesetzt durch die Behörde auf Ansuchen eines Erben, der die Erbengemeinschaft bis zur Teilung in ihrer Zuständigkeit zur Fürsorge vertritt;
  - der **Erbschaftsverwalter**, eingesetzt durch die Behörde von Amtes wegen, dessen Aufgabe dabei regelmässig die vorübergehende Konservierung des Nachlasses ist.
- In diesem Verhältnis von Willensvollstrecker, Erbenvertreter und Erbschaftsverwalter setzt sich deutlich die **Subsidiarität staatlichen Handelns** fort: Soweit die Erben bzw. Willensvollstrecker handeln können bzw. handeln, besteht im Grundsatz kein Anlass zur Bestellung eines Erbenvertreeters oder eines Erbschaftsverwalters, da die gesetzlichen Aufgaben des Willensvollstreckers auch die Bereiche der anderen Ämter umfassen. Für Fälle wiederum, in denen ein Erbenvertreter bestellt ist und handelt, ist ein Erbschaftsverwalter überflüssig.



# Bezugspunkte der Selbstbestimmung – im Erbgang

## Erste Abteilung: Die Erben ...

### Vierzehnter Titel: Die Verfügungen von Todes wegen ...

#### Fünfter Abschnitt: Die Willensvollstrecker

## Zweite Abteilung: Der Erbgang

Neben der Verfügung von Todes wegen als solcher, ihrem über die Erbschaft verfügenden Inhalt, eröffnet der Gesetzgeber dem Erblasser auch die **Möglichkeit, das Verfahren des Erbganges, in diesem beschränkten Sinne die «Vollstreckung» seines Willens selbst zu organisieren:**

- Die **Stellung** der Vorschriften der Art. 517 und 518 über «Die Willensvollstrecker» ausserhalb des Erbganges bei den Bestimmungen über die Verfügungen von Todes wegen rechtfertigt der Gesetzgeber wie folgt:

«Nach seinen Funktionen betrachtet, könnte das Institut der Testamentsexekutoren auch den Sicherungsmassregeln [im Erbgang] ... angereiht werden. Wir ziehen es jedoch vor, seiner unter den Verfügungen von Todes wegen zu gedenken, um dessen Zusammenhang mit dem Willen des Erblassers genügend hervortreten zu lassen».

HUBER, Erläuterungen I, S. 410

- **Gründe, von den Erben abzusehen und an ihrer Stelle einen («anderen») Willensvollstrecker zu bestimmen**, können vielfältig sein, wie nicht zuletzt besondere Vertrauensverhältnisse, eine besondere Qualifizierung oder Geheimhaltungsinteressen.

# Bezugspunkte der Selbstbestimmung – (Dokumentation von) Tatsachen

**Erste Abteilung: Die Erben**

**Zweite Abteilung: Der Erbgang**

**Fünftehnter Titel: Die Eröffnung des Erbganges**

**Sechzehnter Titel: Die Wirkung des Erbganges**

**Siebzehnter Titel: Die Teilung der Erbschaft**

**Dokumentation** (lat. documentum: «Lehre, warnendes Beispiel, Beweis, Probe», später «beweisendes Schriftstück»; zu lat. docēre «lehren, unterrichten») nachlass-, namentlich teilungserleichternder Tatsachen:

- Dokumentation des **Vermögens** (Steuererklärungen, Bankauszüge etc., sprich alles, was die Erfassung des Nachlasses bzw. [Steuer-]Inventars erleichtert).
- Dokumentation der **Beteiligten** (aktualisierte Namens- und Adresslisten von Begünstigten, mit Verwaltungsbelangen befassten Personen sowie Willensvollstreckern [evtl. vorsorgebeauftragten bzw. zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Personen]).
- **Hinterlegungsort** bzw. Fundstelle von Anordnungen von Todes wegen; Erwähnung, ob Kopien bestehen, evtl. Äusserung zur Bedeutung der Kopien (Doppel als Sicherheit oder etwa ohne Bedeutung, falls Original vernichtet).

# Bezugspunkte der Selbstbestimmung – (Selbstbestimmte) Rechtssätze

**Siebzehnter Titel: Die Teilung der Erbschaft**

**Erster Abschnitt: Die Gemeinschaft vor der Teilung**

**Zweiter Abschnitt: Die Teilungsart**

**Dritter Abschnitt: Die Ausgleichung**

**Vierter Abschnitt: Abschluss und Wirkung der Teilung**

Raum für Selbstbestimmung von Recht(ssätzen) bietet namentlich der Titel über die (Auf-)Teilung der Erbschaft:

- Die **Gemeinschaft vor der Teilung**
- Die **Teilungsart**
- Die **Ausgleichung**

# Bezugspunkte der Selbstbestimmung – die Gemeinschaft vor der Teilung

## Siebzehnter Titel: Die Teilung der Erbschaft

### Erster Abschnitt: Die Gemeinschaft vor der Teilung

#### A. Wirkung des Erbganges

##### I. Erbengemeinschaft

**Art. 602.** <sup>1</sup> Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbganges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft.

<sup>2</sup> Sie werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam. ...

Bezugspunkt der Nachlassplanung ist hier (wiederum) die Selbstbestimmung über den Rechtssatz, dass die Erbengemeinschaft während des Erbganges für die Erbschaft, den Nachlass sorgt:

- Hier kommt wiederum die in Betracht, namentlich zur Vermeidung von «Reibungsverlusten» durch eine «blockierte» Erben(gemeinschaft), einen Willensvollstrecker das Recht zu übertragen, für die Erbschaft zu sorgen.
- Hinzu tritt die (str.) Möglichkeit einer (selbstbestimmten) Schiedsklausel, unter Ausnahme des Pflichtteils.

# Bezugspunkte der Selbstbestimmung – die Teilungsart

## Siebzehnter Titel: Die Teilung der Erbschaft ...

### Zweiter Abschnitt: Die Teilungsart

#### A. Im Allgemeinen

**Art. 607.** ...<sup>2</sup> [Die Erben] ...können, wo es nicht anders angeordnet ist, die Teilung frei vereinbaren.

#### B. Ordnung der Teilung

##### I. Verfügung des Erblassers

**Art. 608.**<sup>1</sup> Der Erblasser ist befugt, durch Verfügung von Todes wegen seinen Erben Vorschriften über die Teilung und Bildung der Teile zu machen.

<sup>2</sup> [Es] ... sind diese Vorschriften für die Erben verbindlich.

<sup>3</sup> Ist nicht ein anderer Wille des Erblassers aus der Verfügung ersichtlich, so gilt die Zuweisung einer Erbschaftssache an einen Erben als eine blosser Teilungsvorschrift und nicht als Vermächtnis.

Im Grundsatz bieten die gesetzten Rechtssätze über die Teilungsart grossen Raum für die Nachlassplanung, sprich die Selbstbestimmung von Rechtssätzen über die Teilungsart:

- Diese Selbstbestimmung ist jedoch insoweit eine nur vermeintliche, als sich nach ganz überwiegender Auffassung die Erben bei Einstimmigkeit über dieser Bestimmungen hinwegsetzen können.
- Bei der Nachlassplanung ist auch hier zu beachten, dass das Selbst, namentlich der Willen, durch den Erblasser selbst aus(einander)gelegt wird, und nicht durch Auslegungsvorschriften (wie Art. 608 Abs. 3 über die Frage eines Vorausvermächtnisses) überschrieben wird. Es empfiehlt sich daher auch hier Klarheit bei der Formulierung der selbstbestimmten Rechtssätze (zur Auslegung etwa BGE 115 II 323 E. 1).

# Selbstbestimmte Teilungsart – Formulierungsbeispiele

## Selbstbestimmung über das Vorausvermächtnis (vor dem Hintergrund von Art. 608 Abs. 3):

«X erhält den historischen Stammbaum unserer Familie als Vorausvermächtnis.»

«Y erhält ohne Anrechnung an seinen Erbteil meinen Lancia Flavia.»

## Einräumung von Wahlrechten zur Kompensation von Planungsunsicherheiten:

«Ich vermache X letztwillig nach seiner Wahl entweder ein Barlegat von CHF 100'000 oder eine lebenslängliche, monatlich im Voraus zahlbare Rente von CHF 800. Das Barvermächtnis wird sechs Monate, die erste Rente am sechsten Monatsbeginn nach meinem Ableben fällig. Bei verspäteter Auszahlung ist ein Zins von 4 % p.a. zu entrichten.»

«Ich räume meinem Ehegatten das Recht ein, zu wählen zwischen  $\frac{5}{8}$  des Nachlasses zu unbeschwertem Eigentum einerseits und  $\frac{1}{4}$  des Nachlasses zu unbeschwertem Eigentum und den restlichen  $\frac{3}{4}$  zur lebenslänglichen kautionsfreien Nutzniessung andererseits. Mein Ehegatte hat seine Wahl innert dreier Monate nach Vorliegen des Inventars zu erklären. Kann oder will er seine Wahl nicht fristgerecht treffen, erhält er die Hälfte des Nachlasses zu unbeschwertem Eigentum.»

(Formulierungsbeispiele aus PraxKomm Erbrecht/KUSTER, Anhang Checkliste, N. 128, 132)

# Bezugspunkte der Selbstbestimmung – die Ausgleichung

## Siebzehnter Titel: Die Teilung der Erbschaft ...

### Dritter Abschnitt: Die Ausgleichung

**Art. 626.** <sup>1</sup> Die gesetzlichen Erben sind gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat.

<sup>2</sup> Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.

Auch bei der Ausgleichung ist zu beachten, dass das Selbst, namentlich der Willen, durch den Erblasser selbst aus(einander)gelegt wird, und nicht durch Auslegungsvorschriften (wie Art. 626 Abs. 2) überschrieben wird. Es empfiehlt sich daher auch hier Klarheit bzw. eine ausdrückliche Formulierung der selbstbestimmten Rechtssätze:

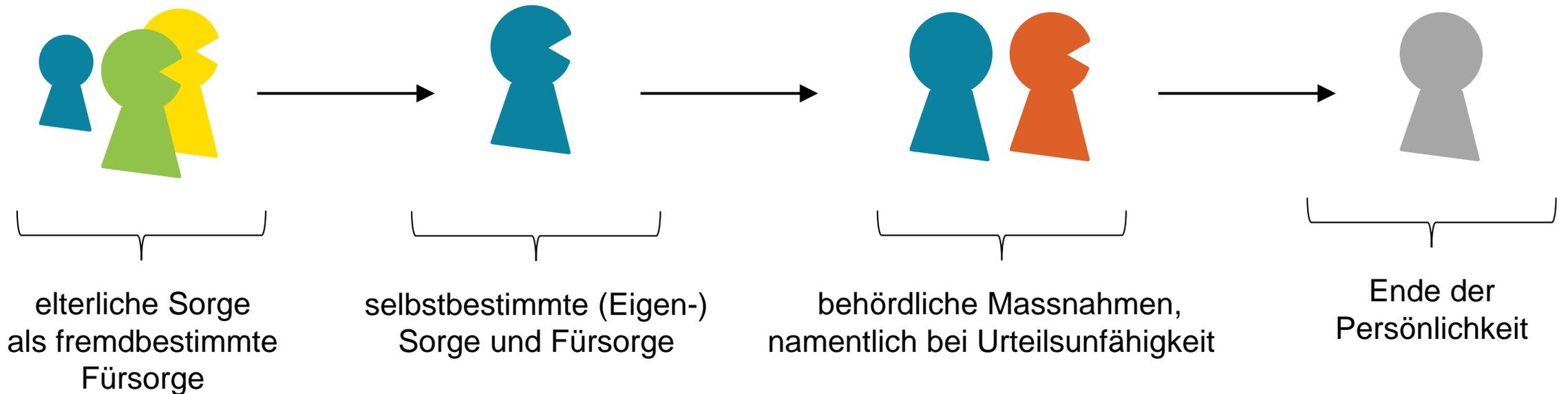
«Ich habe meiner Tochter X am <Datum> den Gegenstand A zum Preis von CHF 100.000 verkauft und verfüge letztwillige, dass X eine allfällige Differenz zwischen dem vorgenannten Kaufpreis und dem Verkehrswert zur Zeit des Erbgangs weder gegenüber meiner überlebenden Ehefrau noch gegenüber meinen übrigen Nachkommen auszugleichen hat.»

«Wir vereinbaren mit erbvertraglicher Bindung, dass unsere Kinder alles, was sie oder ihre Nachkommen und Ehegatten von uns oder von einem von uns bis heute zugewendet erhalten haben (insb. als Schenkung, Heiratsgut, Ausstattung, durch Vermögensabtretung, Schulderlass, Miet- und Kapitalzinsvergünstigungen, als Beiträge für Erziehung und Ausbildung und dgl.), weder untereinander noch gegenüber dem Überlebenden von uns zur Ausgleichung bringen müssen. Dies gilt auch für künftige derartige Zuwendungen, soweit diese im bisherigen Rahmen bleiben.» (Formulierungsbeispiele aus PraxKomm Erbrecht/KUSTER, Anhang Checkliste, N. 213)



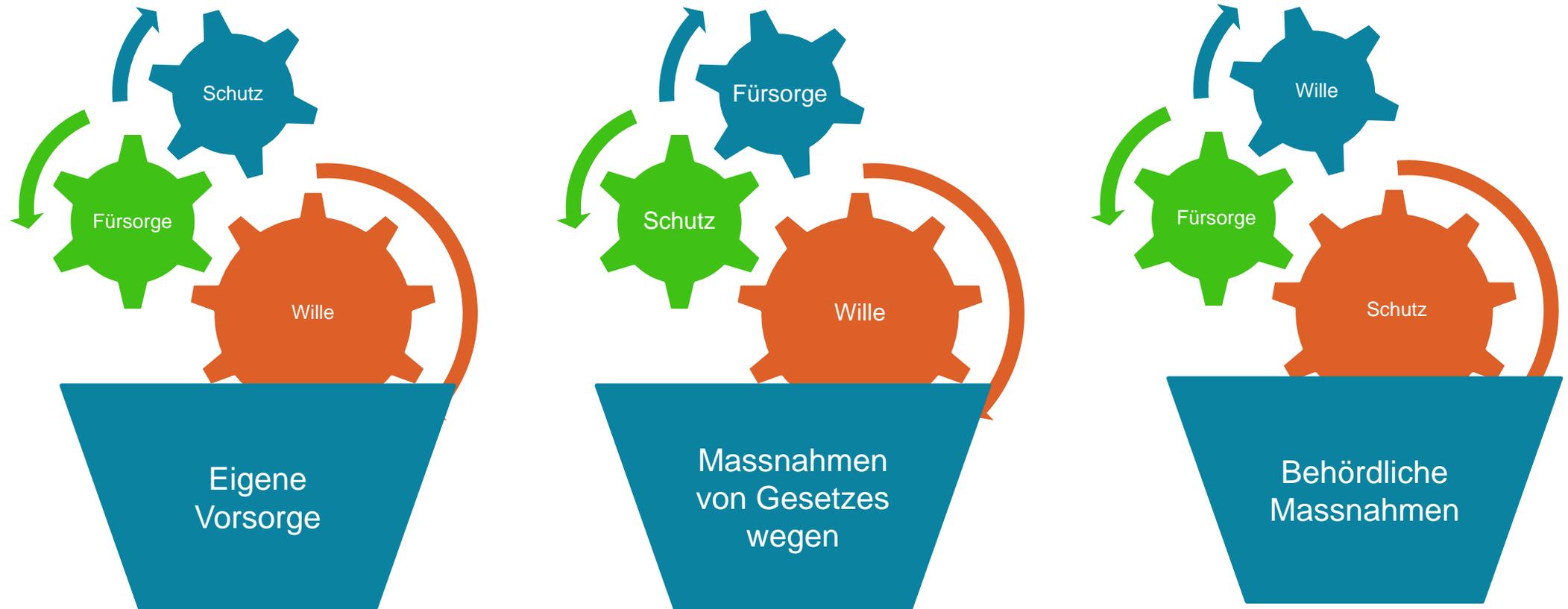
# Eigen- und Fürsorge für das Vermögen – im Laufe des Lebens

- Zu oft aus dem Blick gerät, dass man bereits vor dem Ende der Persönlichkeit und dem Wirken des Erbrechts bzw. dem Wirksamwerden der Nachlassplanung, mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit nicht mehr selbst für seine Vermögensinteressen sorgen kann, sprich **handlungsunfähig** wird (sog. bürgerlicher Tod im weiteren Sinne).
- Regelmässig wird die **Organisation (!) der Fürsorge** in diesen Fällen fremd bestimmt. Mit den sog. behördlichen Massnahmen wird eine staatliche Fürsorgeorganisation zur Verfügung gestellt.



# Gleichlauf selbst und staatlich bestimmter Fürsorge – im Grundsatz

Grundsätzlich muss bzw. müsste **in jedem Einzelfall dasselbe Recht** folgen, müss(t)en sich dieselben Rechtsfolgen ergeben, unabhängig davon, ob das Fürsorgerecht selbstbestimmt (eigene Vorsorge, mittelbare Massnahmen von Gesetzes wegen) oder fremdbestimmt wurde (behördliche Massnahmen):



# Nachlassplanungs(relevante) Ausnahme (namentlich) aufgrund VBVV

**Art. 408 ZGB.** <sup>1</sup> Der Beistand oder die Beiständin verwaltet die Vermögenswerte sorgfältig und nimmt alle Rechtsgeschäfte vor, die mit der Verwaltung zusammenhängen. ...

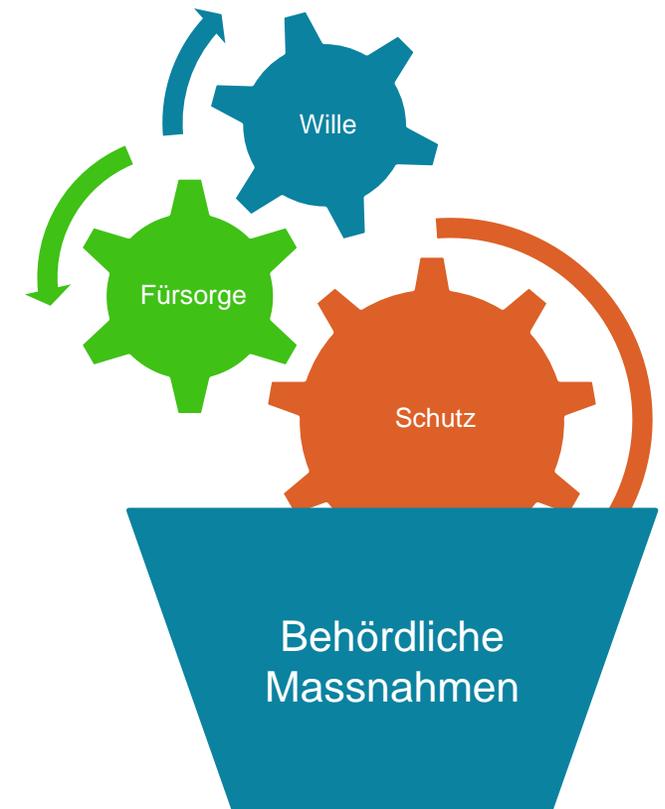
<sup>3</sup> Der Bundesrat erlässt Bestimmungen über die Anlage und die Aufbewahrung des Vermögens.

## **Art. 8 Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV). Umwandlung in zulässige Anlagen.**

<sup>1</sup> Erfüllen Vermögensanlagen, die im Zeitpunkt der Errichtung der Beistandschaft oder Vormundschaft bestehen, und Vermögenswerte, die der betroffenen Person nach diesem Zeitpunkt zufließen, die Voraussetzungen nach den Artikeln 6 und 7 nicht, so müssen sie innert angemessener Frist in zulässige Anlagen umgewandelt werden. ...

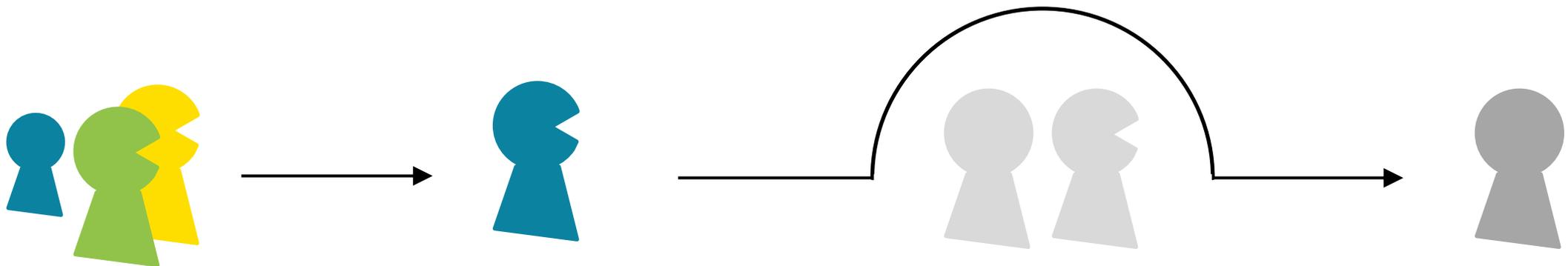
<sup>3</sup> Auf eine Umwandlung kann verzichtet werden, wenn die Vermögenswerte für die betroffene Person oder für ihre Familie einen besonderen Wert haben und der gewöhnliche Lebensunterhalt sichergestellt ist. Der Verzicht bedarf der **Bewilligung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.**

(dazu etwa FASSBIND, Vorsorgeauftrag in der Praxis, in: FS Geiser, S. 220 f., dort auch zur geplanten Revision [!])



# Selbstbestimmte (Für-)Sorge für das Vermögen – lebenslang

- Es kann daher ein Interesse bestehen, die **Organisation (!) der Fürsorge** selbst durch sog. eigene Vorsorge, bei der Nachlassplanung bzw. im Hinblick auf Vermögensinteressen namentlich durch den Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff.) selbst zu bestimmen.
- Auch allgemein kann ein solches Interesse aufgrund eines Wunsches nach (besonderer) Professionalität, Geheimhaltungsinteressen und informationeller Selbstbestimmung begründet sein.
- Es «besser zu organisieren», als der Staat, bedarf jedoch einen erheblichen planerischen Aufwand und kann mit Nachteilen verbunden sein (vgl. zur «Verantwortlichkeit» etwa Art. 454 Abs. 3 und Art. 456).



## Erster Unterabschnitt: Der Vorsorgeauftrag ...

**Art. 360 ZGB.** <sup>1</sup> Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten. ...

