

THOMAS WEIBEL

ALAIN HOSANG

## ERBRECHTLICHE GLEICHBEHANDLUNG DER NACHKOMMEN

### Unter Berücksichtigung nicht gemeinsamer Nachkommen und der Unternehmensnachfolge

**Erfahrung und Praxis zeigen, dass Eltern ihre Kinder in der Regel gleich behandeln wollen. Das gilt bereits in der Erziehung, erst recht und akzentuiert aber im Bereich des Erbrechts, wo es – vermeintlich – nur noch um eine vermögensrechtliche Gleichbehandlung geht.**

#### 1. EINLEITUNG

Die Absicht der Gleichbehandlung ist leichter gedacht als tatsächlich umgesetzt: Es beginnt schon damit, dass nicht alle Nachkommen dasselbe wollen. Die einen möchten unbedingt das Haus der Eltern erben, während andere lieber einen Geldbetrag zur freien Verfügung wollen. Die meisten Vermögenswerte lassen sich zudem nicht einfach auf mehrere Nachkommen verteilen, und Häuser oder Familienunternehmen sind in den wenigsten Fällen in der Mehrzahl vorhanden.

Ebenfalls eine Rolle spielt, ob einzelne Nachkommen bereits vor dem Tod des Erblassers etwas bekommen haben. So hat vielleicht die Tochter ein teures Universitätsstudium finanziert erhalten, während der Sohn mit seiner Familie ins Elternhaus eingezogen ist, das ihm die Eltern vorab überschrieben haben. Müssen sie sich diese Zuwendungen im Nachlass anrechnen lassen, und wenn ja, in welchem Umfang? Unklar kann auch sein, aus wessen Vermögen die Zuwendung ausgerichtet wurde, da Eltern oft ihre Nachkommen gemeinsam beschenken, auch wenn der Schenkungsgegenstand formell dem Vermögen eines der beiden Eltern zuzurechnen ist.

Erschwerend hinzu kommen familiäre Konstellationen wie in Patchwork-Familien, wie sie heute der gesellschaftlichen Realität entsprechen. Hat ein Erblasser, der Kinder aus erster Ehe hat, wieder geheiratet, so müssen seine Kinder das Erbe mit ihrer Stiefmutter teilen, auch wenn ihnen der

Erblasser das ganze Vermögen zu gleichen Teilen vermacht hat. Das kann die Gleichbehandlung zusätzlich ritzen.

Auf der juristischen Ebene sind all diese Fragen weit weniger klar geregelt, als angenommen werden könnte. Die gesetzliche Regelung ist unklar und lückenhaft, die Rechtsprechung uneinheitlich und teilweise sogar widersprüchlich.

Nachfolgend wird eine Übersicht über die wichtigsten «Baustellen» in diesem Bereich vermittelt. Gleichzeitig werden Lösungsansätze skizziert, wie Erblasser den Grundsatz der Gleichbehandlung ihrer Nachkommen gerecht, effektiv und anfechtungsresistent umsetzen können.

#### 2. GESETZLICHE REGELN

**2.1 Gesetzliche Erbfolge.** Bestimmt der Erblasser nichts anderes, kommt die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung. Nach dieser sind die wichtigsten Erben eines Erblassers seine Nachkommen. Sie sind die einzigen Erben, wenn der Erblasser bei seinem Tod unverheiratet war, und teilen sich sonst den Nachlass mit dem überlebenden Ehegatten hälftig. Mehrere Nachkommen erben zu gleichen Teilen – von drei Kindern erhält also jedes einen Drittel des auf die Nachkommen insgesamt entfallenden Erbteils.

Damit ist aber noch nichts dazu gesagt, wer welchen Gegenstand aus dem Nachlass bekommt. Das Erbrecht gibt – mit wenigen Ausnahmen – keinem der Erben Vorzugsrechte auf einzelne Nachlasswerte. Die wichtigste Ausnahme be-



THOMAS WEIBEL,  
DR.IUR.LL.M., ADVOKAT,  
PARTNER, VISCHER AG,  
ZÜRICH/BASEL



ALAIN HOSANG,  
DR.IUR., ADVOKAT,  
VISCHER AG,  
ZÜRICH/BASEL

trifft die eheliche Wohnung bzw. das eheliche Haus, auf das der überlebende Ehegatte prioritär Anspruch hat.

Der Erblasser kann zwar Teilungsvorschriften, Vorausvermächtnisse etc. machen, um einzelne Nachlasswerte bestimmten Erben zuzuhalten. Solche Anordnungen sind für die Erben verbindlich, soweit sie umsetzbar sind, nicht gegen das Gesetz verstossen, und soweit die Erben sich nicht einzig darüber sind, dass sie sie missachten wollen. Teilungsvorschriften sind aber nicht immer sinnvoll: Erlässt der Erblasser sie längere Zeit vor seinem Tod, so ist der Nachlass regelmässig im Zeitpunkt seines Todes völlig anders zusammengesetzt als im Zeitpunkt der Anordnungen. Auch die Lebensumstände und Bedürfnisse der Erben können sich in der Zwischenzeit verändert haben. Schliesslich können einzelne Erbschaftssachen unter Umständen erheblich an Wert gewonnen oder verloren haben.

**2.2 Ausgleichung.** Erhält der Sohn zur Familiengründung von seiner Mutter ein Haus geschenkt, so ist es gerecht, wenn er bei ihrem Tod weniger erbt als die Tochter, die noch nichts bekommen hat. Das sieht auch das Gesetz so vor: Die Nachkommen müssen sich alles anrechnen lassen, was sie bereits zu Lebzeiten des Erblassers als sog. «Ausstattung» erhalten haben. Unter Ausstattung versteht man beispielsweise ein Haus, wenn Kinder auf die Welt kommen, oder CHF 200 000 zur Gründung eines eigenen Unternehmens.

Schenkt eine Mutter ihrer Tochter ein Haus und ihrem Sohn ein Bild, die beide im Zeitpunkt der Zuwendung genau gleich viel wert sind, so stellen sich in ihrem Nachlass, unter Umständen Jahre später, gleich mehrere Fragen: Stellt das Bild eine «Ausstattung» dar? Gemäss dem heutigen Stand der Lehre und Rechtsprechung wohl eher nicht. Was, wenn das Haus inzwischen wegen des Baus einer Autobahn unmittelbar daneben an Wert verloren hat, während sich der Wert des Bilds wegen des Booms auf dem internationalen Kunstmarkt vervielfacht hat? Grundsätzlich bestimmt sich der Wert der auszugleichenden Vermögensgegenstände zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers, also nicht etwa im Zeitpunkt der Zuwendung. Der Vorempfang der Tochter wäre somit in unserem Beispiel massiv weniger hoch als jener des Sohns, obwohl beide Zuwendungen damals genau gleich hoch waren und die eine möglicherweise genau zu dem Zweck gemacht wurde, die andere auszugleichen, also gerecht zu sein und beide Nachkommen gleich zu behandeln.

Was passiert, wenn die Tochter statt eines Hauses ein Aktienportefeuille erhält und es so geschickt verwaltet, dass es im Zeitpunkt des Todes der Mutter seinen Wert verdoppelt hat? Was, wenn der Sohn zum Ausgleich statt Aktien CHF 200 000 in bar erhält und sich dafür ein teures Auto kauft, das rapid an Wert verliert? Muss sich die Tochter dann den doppelten Wert der Aktien anrechnen lassen, auch wenn die Wertsteigerung auf ihr besonderes Geschick zurückzuführen ist? Hier – wie beispielsweise auch bei einem Familienunternehmen als Gegenstand eines Erbvorbezugs – ist der anrechenbare konjunkturelle vom nicht anrechenbaren industriellen Mehrwert abzugrenzen: Ist die Wertsteigerung der wirtschaftlichen Tätigkeit und dem Können des

Erben zu verdanken, so ist der Mehrwert nicht zur Ausgleichung zu bringen.

Auf all diese Fragen vermag das Recht nur beschränkt und teilweise holzschnittartig Antworten zu geben. Der Erblasser sollte daher über die reine Gleichbehandlung im Zeitpunkt der Zuwendung hinausdenken. Wenn ihm an einer Gleichbehandlung seiner Nachkommen – oder einer gezielten Ungleichbehandlung – und an einer Vermeidung jahre-

---

*«Grundsätzlich bestimmt sich der Wert der auszugleichenden Vermögensgegenstände zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers, also nicht etwa im Zeitpunkt der Zuwendung.»*

langer Streitigkeiten um seinen Nachlass liegt, so sollte er sich bereits zu Lebzeiten mit seinem Nachlass auseinandersetzen. Dafür kann er, und sollte er regelmässig auch, Anordnungen zur Ausgleichung von Zuwendungen treffen.

**2.3 Herabsetzung.** Für solche Anordnungen – ja: überhaupt für Zuwendungen und Vermögensentäusserungen des Erblassers – gibt es Grenzen. Einzelne Erben, nämlich die Nachkommen, der überlebende Ehegatte sowie (falls der Erblasser keine Nachkommen hat) auch die Eltern des Erblassers geniessen den sog. Pflichtteilsschutz. Ein Teil ihres gesetzlichen Erbteils, der sog. Pflichtteil, ist unentziehbar. Der Erblasser darf (von Todes wegen) nur über jenen Teil seines Nachlasses frei verfügen, der nicht Pflichtteil darstellt. Bei den Nachkommen beträgt der Pflichtteil drei Viertel des gesetzlichen Erbteils.

Die Pflichtteile aller Nachkommen des Erblassers sind von Gesetzes wegen gleich gross. Das Gesetz sieht also auch in dieser Hinsicht eine Gleichbehandlung der Nachkommen vor. Ist der Pflichtteil eines Nachkommen verletzt, beispielsweise weil der Erblasser sein gesamtes Vermögen dem Tierheim schenkt oder seiner Lieblingsnichte vermacht, kann der betroffene Nachkomme seinen Pflichtteilsanspruch vor Gericht durchsetzen und über die sog. «Herabsetzung» eine Reduktion der pflichtteilsverletzenden Zuwendung – ob sie nun bereits unter Lebenden erfolgt ist oder erst von Todes wegen erfolgen soll – verlangen. Die Herabsetzung füllt gewissermassen den Pflichtteil des Verletzten wieder auf. Sie setzt damit der (gezielten oder auch unbeabsichtigten) Ungleichbehandlung von Nachkommen Schranken.

Die Herabsetzung ist grundsätzlich subsidiär zur Ausgleichung. Sie kommt mit anderen Worten nur dann zur Anwendung, wenn die Ausgleichung nicht greift. Im einzelnen ist das Verhältnis zwischen Ausgleichung und Herabsetzung aber dornenreich und bestehen auch gewisse Wertungsunterschiede zwischen den beiden Instrumenten. So klar die Regeln beider Instrumente in der Theorie sein mögen, so komplex ist ihre Anwendung und ihr Zusammenspiel in der Praxis.

### 3. GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN DES ERBLASSERS

**3.1 Einleitung.** Der Erblasser kann bereits zu Lebzeiten darauf hinwirken, dass alle Nachkommen gleich behandelt werden. Idealerweise plant er seinen Nachlass bereits frühzeitig und bezieht alle Erben in die Planung transparent mit ein. Das Gesetz stellt ihm insbesondere folgendes Instrumentarium zur Verfügung:

**3.2 Schenkung unter Lebenden.** Eltern oder Grosseltern wollen oftmals «mit warmen Händen» geben und ihre Nachkommen bereits zu ihren Lebzeiten begünstigen. Dazu bietet sich die sog. Schenkung unter Lebenden an. Anders als bei einer Zuwendung im Rahmen eines Testaments oder

*«Ist die Wertsteigerung der wirtschaftlichen Tätigkeit und dem Können des Erben zu verdanken, so ist der Mehrwert nicht zur Ausgleichung zu bringen.»*

Erbvertrags wird die Zuwendung nicht erst auf den Tod des Erblassers wirksam, sondern bereits zu dessen Lebzeiten. Eine Schenkung kann grundsätzlich von Hand zu Hand, d. h. durch Übergabe des Gegenstands, vollzogen werden. Für die spätere Beweisbarkeit und die Gleichbehandlung der Nachkommen ist es jedoch besser, sie schriftlich festzuhalten. Für einzelne Zuwendungsobjekte, wie beispielsweise Grundstücke, besteht ohnehin ein gesetzlicher Formzwang.

Möchten die Eltern ihre Kinder in gleichem Ausmass begünstigen, bietet es sich an, ihnen bereits zu Lebzeiten gleich viel zu schenken. Wie bereits dargestellt, hat dies jedoch seine Tücken: Regelt der Erblasser die Grundsatzfrage sowie das Mass der Anrechnung von Zuwendungen nicht klar, so kann es vom Zufall abhängen, wer (noch) wie viel erbt, und der ursprüngliche Gedanke der Gleichbehandlung kann sich in sein Gegenteil verkehrt haben.

**3.3 Testament.** Die wohl gängigste und kostengünstigste Methode, als Erblasser seinen Nachlass zu regeln, ist das Testament. Das Testament ist eine einseitige Anordnung des Erblassers auf seinen Todesfall hin und kann jederzeit problemlos widerrufen oder abgeändert werden. Eine Information an die oder gar Zustimmung der Erben ist nicht erforderlich.

Das Testament muss strengen Formvorschriften genügen. Es muss entweder notariell beurkundet werden oder sonst vom Erblasser selber von Anfang bis Ende handschriftlich verfasst, unterschrieben und datiert sein. Ist es mit Computer geschrieben und lediglich handschriftlich unterzeichnet, so ist es formungültig und damit zwar nicht unwirksam, aber (problemlos) anfechtbar. Verfasst ein Sohn das Testament für seine Mutter, da diese beim Schreiben zittert, ist das Testament ebenfalls formungültig, selbst wenn es nachweislich dem Willen der Mutter entsprechen sollte.

Will der Erblasser alle Nachkommen gleich behandeln, so kann er dies ausdrücklich in seinem Testament vermerken. Haben einzelne Nachkommen bereits zu Lebzeiten grosse Geschenke erhalten, kann der Erblasser sie testamentarisch zur Ausgleichung verpflichten. Schenkt die Mutter ihrer Tochter bereits zu Lebzeiten ein Auto im Wert von CHF 80 000 und ihrem Sohn am gleichen Tag CHF 80 000 in bar, so kann sie in ihrem Testament vermerken, dass die Kinder unabhängig von Wertentwicklungen seit der Zuwendung je einen Betrag von CHF 80 000 nominal zur Ausgleichung bringen müssen. Um späteren Streit zu vermeiden, ist es ratsam, dass sie in diesem Beispiel ihre Entscheidung den Kindern möglichst transparent mitteilt und kurz begründet.

Sind die Verhältnisse einfach (geringe Anzahl Erben, wenig Nachlassgegenstände), ist das Testament eine kostengünstige und einfache Variante, den Nachlass verbindlich zu regeln. Sind die Verhältnisse komplizierter, und werden von den Nachkommen Gegenleistungen verlangt, kommt es aber rasch an seine Grenzen.

**3.4 Erbvertrag.** Will eine Person ihren Nachlass bereits zu Lebzeiten verbindlich regeln, bietet sich der Erbvertrag an. Anders als beim Testament handelt es sich beim Erbvertrag um einen Vertrag zwischen zwei oder mehr Vertragsparteien, der nicht mehr von einer Seite einseitig widerrufen werden kann – auch nicht vom Erblasser.

Inhalt des Erbvertrags kann beispielsweise eine Begünstigung des Vertragspartners irgendwelcher Art aus dem Nachlass sein. Der Vertragspartner kann auch auf seinen Erbteil – ja: selbst auf den Pflichtteil – verzichten (sog. Erbverzicht); allenfalls verzichtet er auch deshalb, weil er schon zu Lebzeiten etwas vom Erblasser erhält, das seinen Erbteil abgilt (sog. Erbauskaufl oder entgeltlicher Erbverzicht). Gerade beim Erbverzicht zeigt sich der Vorteil gegenüber dem Testament, denn ein Verzicht auf Rechte kann mittels Testament nur schwierig durchgesetzt werden.

Der Erbvertrag ist insbesondere dann ein attraktives Regelungsmittel, wenn der Erblasser seine Nachkommen gleich behandeln möchte. Hat er beispielsweise drei Nachkommen und drei Liegenschaften zu etwa demselben Wert, so liegt die Gleichbehandlung der Nachkommen mit je einer Liegenschaft pro Nachkommen, allenfalls mit einem finanziellen Ausgleich unterschiedlicher Werte, auf der Hand. Seinem Ehegatten möchte der Erblasser zum Ausgleich ein Aktienportefeuille zuweisen. Zudem möchte er sämtliche Erben zum Zeitpunkt des Todes wertmässig gleich behandeln. Da die Wertentwicklung der einzelnen Vermögensgegenstände zu Lebzeiten nur schwierig absehbar ist, kann er mit seinen Nachkommen und den Ehegatten – entweder separat oder in einem einzigen Vertragsdokument – einen Erbvertrag abschliessen. In diesem können alle Bewertungs- und Anrechnungsfragen, die später zu Streit führen könnten, verbindlich und anfechtungsresistent geregelt werden.

Zur Durchsetzung der Gleichbehandlung der Nachkommen sind Erbverträge vor allem dann sinnvoll, wenn alle Nachkommen einverstanden sind und sich binden wollen. Macht ein Erbe nicht mit, und tangiert eine Anordnung des Erblassers seine Rechte, so kann er nach dem Tod des Erblas-

sers gegen seine Miterben und/oder die Empfänger von Zuwendungen klagen. Wenn einzelne Nachkommen im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags noch nicht volljäh-

*«Zur Durchsetzung der Gleichbehandlung der Nachkommen sind Erbverträge vor allem dann sinnvoll, wenn alle Nachkommen einverstanden sind und sich binden wollen.»*

rig sind, so können sie am Erbvertrag nicht mitwirken. Auch bei ihnen besteht die Gefahr, dass sie ihre Rechte später vor Gericht geltend machen.

#### 4. GLEICHBEHANDLUNG NICHT GEMEINSAMER NACHKOMMEN

Das Gesetz sieht vor, dass alle Nachkommen gleich behandelt werden. Es macht keinen Unterschied mehr zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Hat beispielsweise ein Vater Kinder aus einer früheren Ehe, so sind diese grundsätzlich am Erbe gleichberechtigt wie die Kinder aus der aktuellen Ehe.

Gesetzlich erbberechtigt sind aber jeweils nur Nachkommen des Erblassers, d. h. Personen, zu denen der Erblasser ein sog. Kindesverhältnis hat. Dieses entsteht bei der Mutter durch Geburt und beim Vater automatisch aufgrund vorbestehender Ehe oder auf juristischem Weg durch Anerkennung oder Klage. Ebenfalls möglich ist eine Adoption. Beim Kindesverhältnis sind tatsächliche soziale Bindungen irrelevant. Bringt also beispielsweise eine Mutter ein Kind in die Ehe, und stirbt ihr zweiter Ehemann, so ist das Kind diesem gegenüber nicht erbberechtigt, selbst wenn es ihn als sozialen Vater wahrgenommen hat.

In Patchwork-Konstellationen kann es vom Zufall – in der Form der Reihenfolge des Todes der Ehegatten – abhängen, in welchen Familienstamm ein Vermögen weitervererbt wird. Hier besteht besonderer Bedarf für eine Nachlassplanung und eine Regelung jener Punkte, die später zum Streit führen könnten. Zuwendungen an Nichtnachkommen – etwa an Stiefkinder – sind regelmässig nur im engen Rahmen der Pflichtteile der Nachkommen (oder mit deren Zustimmung) möglich.

#### 5. UNTERNEHMENSNACHFOLGE

Familienunternehmen machen oft einen Grossteil des erblasserischen Vermögens aus. Erblassern ist es regelmässig ein Anliegen, für ihre Unternehmen eine sinnvolle Nachfolgelösung zu finden, damit der fähigste Erbe die Unternehmensführung übernehmen kann und das Unternehmen nicht durch jahrelange Auseinandersetzungen und ein damit regelmässig einhergehendes Führungsvakuum zerrieben und in seinem Wert geschmälert wird.

Sieht der Erblasser in seinem Testament nichts anderes vor, haben alle Erben denselben Anspruch auf die Vermögensgegenstände. Zudem ist ein Unternehmen regelmässig zu gross für den Anteil eines einzelnen Erben, weil daneben nicht (oder jedenfalls nicht genug) sonstiges Nachlassvermögen vorhanden ist. Selbst ein Auskauf der anderen Erben durch einen Übernehmer mit eigenem Geld unterliegt noch quantitativen Schranken: Die Zuzahlung darf nach der Rechtsprechung den Erbteil des Übernehmers nicht beliebig überschreiten. Kann keine Einigung gefunden werden, so muss das Unternehmen verkauft und der Erlös verteilt werden.

Möchte der Erblasser seine Nachfolge sichern, den Zufall ausschliessen und ein wertvernichtendes Führungsvakuum vermeiden, so muss er früh beginnen, sich mit der Frage auseinandersetzen, wer sein Nachfolger werden soll. Danach ist die Nachfolge unter Einbezug aller Erben zu regeln. Dabei geht es um die Bestimmung des Werts des Unternehmens, aber auch beispielsweise um eine zeitlich gestaffelte Möglichkeit des Erwerbers für die Übernahme sowie die finanzielle Abgeltung an seine Miterben. Durch geschickte Planung wird die Unternehmensnachfolge idealerweise für alle Erben zur Win-win-Konstellation.

#### 6. PROZESSUALE DURCHSETZUNG DER GLEICHBEHANDLUNG

Erbrechtsprozesse sind regelmässig überaus emotional; das gilt in gesteigertem Mass unter Geschwistern. Ist der Sohn davon überzeugt, dass seine Schwester von den Eltern schon immer bevorzugt behandelt worden sei, so wird er seine zumindest finanzielle Gleichbehandlung spätestens nach dem Tod der Eltern gerichtlich einfordern. Langjährige, teure Prozesse sind die Folge.

Erbrechtliche Prozesse sind juristisch überaus komplex, entsprechend aufwendig und deshalb teuer. Sie können nicht ohne anwaltliche Unterstützung geführt werden und müs-

*«Erbrechtliche Prozesse sind juristisch überaus komplex, entsprechend aufwendig und deshalb teuer.»*

sen – nicht zuletzt mit Blick auf kurze gesetzliche Fristen – bald nach dem Tod des Erblassers anhand genommen werden.

#### 7. FAZIT

Erblasser sind gut beraten, ihren Nachlass frühzeitig zu planen und sich mit dem Thema der Gleichbehandlung ihrer Nachkommen auseinanderzusetzen. Je transparenter und nachvollziehbarer sie dabei vorgehen, desto eher wird es ihnen gelingen, Unfrieden unter ihren Nachkommen zu vermeiden und gerechte – sowie sachgerechte – Lösungen zu finden. ■