



Marc'Antonio Iten

Dr. iur.
Verwaltungsrat und Co-Geschäftsführer
Dr. Iten, Dudli + Partner Steuerberatung und
Treuhand AG, Zürich
www.idp-treuhand.ch

Erbrecht

Nacherbeneinsetzung

Das Erbrecht orientiert sich weitgehend am traditionellen Familienmodell und wird modernen Familienkonstellationen auch nach der Revision des Erbrechts nicht immer gerecht. Im nachfolgenden Beitrag stellt der Autor die Nacherbeneinsetzung als Möglichkeit, das Erbe den tatsächlichen Verhältnissen und Wünschen anzupassen, in all seinen Facetten dar.

Während die Mehrheit der Kinder nach wie vor bei ihren Eltern aufwächst, hat sich der Anteil der Einpersonenhaushalte, der Paare ohne Kinder und der Einelternhaushalte in den letzten 50 Jahren vervielfacht. Dazu kommt, dass rund 30 Prozent aller Kinder in nichttraditionellen Familien leben.¹ Unser Erbrecht orientiert sich hingegen weitgehend am traditionellen Familienmodell und wird diesen vielfältigen Lebensformen nicht immer gerecht. Auch nach der Revision des Erbrechts möchten viele Patchwork-Familien ihren Nachlass anders regeln, als es das Güter- und Erbrecht vorsieht. Die Einsetzung von Nacherben kann ein Weg sein, um die Nachlassregelung den tatsächlichen Verhältnissen und Wünschen anzugleichen. Sie eignet sich nicht nur für Patchwork-Konstellationen, sondern ermöglicht auch in vielen anderen Situationen flexible Lösungen.

1. Einführung in die Nacherbeneinsetzung

Nacherbeneinsetzungen sind aus gutem Grund weit verbreitet. Ihre Folgen sind jedoch komplex, und gegenüber einer herkömmlichen Erbeinsetzung können erhebliche Mehrkosten entstehen (z.B. für Inventare, Sicherstellung, mehrfache Erbschaftssteuern und Abwicklung). Eine Nacherbeneinsetzung ist die gestaffelte erbrechtliche Begünstigung mehrerer Personen.

Vorerben sind Erben auf Zeit: Sie erhalten die Erbschaft mit der Verpflichtung, sie im Nacherbfall den Nacherben auszuhändigen. Vor- und Nacherben sind Erben desselben Erblassers.² Sie erben nacheinander dieselbe Erbschaft, deren Wert im Vor- und Nacherbfall in der Regel aber nicht identisch ist.³ Das wesentliche Merkmal der Nacherbeneinsetzung ist, dass zwei Erbgänge mit zwei Universalsukzessionen im Nachlass desselben Erblassers aufeinanderfolgen (Art. 537 ff. ZGB und Art. 560 ZGB).⁴ Dabei findet ein stufenweiser Erwerb statt: Die Erbschaft fällt zunächst in das Eigentum der Vorerben und im Nacherbfall in das Eigentum der Nacherben.⁵

Rechtsdogmatisch handelt es sich bei der Nacherbeneinsetzung um eine resolutiv bedingte (Vorerbfall) und eine suspensiv bedingte (Nacherbfall) Erbeinsetzung. Es stehen sich eine rechtsauflösende Bedingung beim Vorerben und eine rechtsbegründende Bedingung beim Nacherben gegenüber.⁶ Ihre jeweilige Erbenstellung ist an den Nacherbfall geknüpft. Die Erbenstellung der Vor- und der Nacherben ist befristet. Zwischen dem Erwerb der Erbschaft durch die Vorerben (erster Erbgang) und dem Nacherbfall (zweiter Erbgang) bleibt die Rechtsposition von beiden in der Schwebe.⁷ Bis zum Nacherbfall ist der Vorerbe provisorischer Erbe, und der Nacherbe erwirbt die Erbschaft erst mit dem Nacherbfall definitiv.

Erblasser können nur eine einmalige Nacherbeneinsetzung verfügen. Denn eine mehrfache Nacherbeneinsetzung verstösst gegen das Verbot der Familienfideikomisse (Art. 488 Abs. 2 i.V.m.

Art. 335 Abs. 2 ZGB). Die Auslieferung an die Nacherben können sie auf die ganze Erbschaft, einen Bruchteil davon oder auf den Überrest festlegen.⁸ Jede Nacherbeneinsetzung impliziert eine Vorerbeneinsetzung. Deshalb verwende ich im Folgenden den Begriff Nacherbeneinsetzung für den gesamten Vorgang, der die Vor- und die Nacherbeneinsetzung umfasst.

Verwandt mit der Nacherbeneinsetzung ist das sogenannte **Nachvermächtnis** (Art. 488 Abs. 3 ZGB). Hier geht ein Erbschaftsgegenstand in zwei Singularsukzessionen an die Vor- und Nacherben. Die Regeln der Nacherbeneinsetzung gelten analog.

1.1 Rechtsgrundlage

Die Nacherbeneinsetzung ist im ZGB geregelt (Art. 488–492a, 531 und 545). Ergänzend dazu zieht die herrschende Lehre analog die ausführlichen Regeln über die Nutzniessung (Art. 473, 484 und 530 sowie 745–775 ZGB) und das Recht der Bedingungen (Art. 151 ff. OR) heran.⁹

1.2 Motive

Mit Nacherbeneinsetzung wendet ein Erblasser seine Erbschaft zunächst einer bestimmten Person als Vorerbe zu. Gleichzeitig stellt er sicher, dass die Erbschaft nach dem Tod des Vorerben nicht dessen Erben zufällt, sondern den Nacherben, die er eingesetzt hat.

Nacherbeneinsetzungen werden häufig in Patchwork-Konstellationen (sogenannte Rekombinationsfamilien) verwendet, um den Nachlass anders zu regeln, als es das Erbrecht vorsieht. Häufig

geht es darum, zuerst den aktuellen Ehegatten abzusichern. Gleichzeitig sollen sich die Vermögen unterschiedlicher Herkunftsfamilien nicht vermischen, sondern zum Beispiel zugunsten der eigenen Nachkommen erhalten bleiben. Daneben gibt es zahlreiche weitere Anwendungsbereiche, für die sich Nacherbeneinsetzungen eignen.

→ Praxisbeispiele:¹⁰

- Patchwork #1: Das Familienvermögen soll generationenübergreifend in der Herkunftsfamilie bleiben (z.B., wenn ein Ehegatte Liegenschaften, Kunst oder Beteiligungen an Unternehmen geerbt hat oder später erben soll). Häufig wollen sich Ehegatten zunächst gegenseitig absichern. Mit Rücksicht auf ihre eigenen, nichtgemeinsamen Nachkommen wollen sie verhindern, dass bestimmte Vermögenswerte nach ihrem Tod an die Nachkommen des anderen Ehegatten fallen.
- Patchwork #2: Gemeinsame und nicht-gemeinsame Nachkommen sollen gleich behandelt werden.
- Patchwork #3: Ehegatten und gemeinsame Kinder sollen gegenüber nichtgemeinsamen Kindern bessergestellt werden. Dazu wird der Pflichtteil der nichtgemeinsamen Kinder wertmässig reduziert, indem der Ehegatte seinen Erbanteil als Vorerbschaft mit Nacherbeneinsetzung zugunsten der gemeinsamen Kinder erhält. Diese Lösung steht unter dem Vorbehalt der Herabsetzung i.S.v. Art. 527 Ziff. 4 ZGB (Entäusserung zur Umgehung der Verfügungsbeschränkung).¹¹
- Patchwork #4: Vermögen soll geschützt werden, indem der überlebende Ehegatte mit Schutzklauseln zugunsten der eigenen, nichtgemeinsamen Kinder als Vorerbe eingesetzt wird. Damit wird der Lebensunterhalt abgesichert. Gleichzeitig werden weitere Nacherbfälle definiert, in denen die Erbschaft schon vor dem Tod des Vorerben an die Nachkommen ausgeliefert wird, z.B. bei der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten, beim Eintritt in eine Alters- und Pflegeeinrichtung oder bei Pflegebedürftigkeit.
- Fehlende Nachkommen: Bestimmte Vermögenswerte wie Liegenschaften bleiben als Nacherbschaft in der Herkunftsfamilie. Wenn zum Beispiel ein Ehegatte erheblich mehr Vermögen in die Ehe eingebracht hat, wird der überlebende Ehegatte als Vorerbe temporär abgesichert und die Angehörigen der Herkunftsfamilie des Erblassers als Nacherben eingesetzt.
- Familienvermögen: Erblasser dehnen ihre Verfügungsmacht aus, indem sie ihre Kinder als Vorerben und die Enkel als Nacherben

einsetzen, etwa zum Erhalt von Kunstsammlungen oder Liegenschaften. Dieses Vorgehen steht unter dem Vorbehalt des Pflichtteilsschutzes. Zwei-Generationen-Lösungen für die Vererbung von Familienvermögen: zunächst an den überlebenden Ehegatten, dann an die Nachkommen. Oder zunächst an die Nachkommen und dann an die Enkelkinder.

- Unliebsame Schwiegersöhne oder -töchter: Unliebsame Ehegatten der Kinder werden von der Erbfolge ausgeschlossen, indem der Erblasser seine Kinder als Vorerben und deren eigene Kinder als Nacherben einsetzt.
- Einflussnahme: Erblasser nehmen auf das Verhalten der Vorerben Einfluss, indem sie gewisse Auflagen und Bedingungen als weitere Nacherbfälle definieren (z.B. Ausbildung, Berufswahl, Heirat, Scheidung usw.). Vexatorische, d.h. sittenwidrige Klauseln sind ungültig (Art. 482 Abs. 2 ZGB).
- Vermögensschutz: Der Nachlass wird vor verschwenderischen Erben geschützt, indem diese im Rahmen der verfügbaren Quote als Vorerben mit Sicherstellungspflicht zur Herausgabe an geeignete Nacherben verpflichtet werden.
- Nachfolgeregelung: Die gesetzlichen Erben (Ehegatten und Kinder) werden als Vorerben und die bevorzugten Unternehmensnachfolger als Nacherben eingesetzt. So können Erblasser verhindern, dass das Eigentum am Unternehmen infolge des Generationenwechsels verwässert wird. Diese Lösung steht unter dem Vorbehalt der Herabsetzung (Art. 531 ZGB).
- Erbschaftssteuern: Erbschaftssteuerrechtlich sind Nacherben Erben des ursprünglichen Erblassers und nicht des Vorerben. Darum kann eine Nacherbeneinsetzung unter Umständen steuerlich vorteilhaft sein, zum Beispiel bei Patchwork-Konstellationen.
- Behindertentestament: Dauerhaft urteilsunfähige Nachkommen können als Vorerben verpflichtet werden, den Überrest an Nacherben herauszugeben, die der Erblasser eingesetzt hat (Art. 492a i.V.m. Art. 531 ZGB). Voraussetzung ist, dass der Vorerbe pflichtteilsgeschützt und dauerhaft urteilsunfähig ist, weder eigene Nachkommen noch einen überlebenden Ehegatten hinterlässt und keine letztwillige Verfügung aufgesetzt hat, bevor er seine Urteilsfähigkeit verlor.

1.3 Vorerben

Vorerben erwerben die Erbschaft zunächst wie herkömmliche Erben (Art. 491 ZGB). Mit der Eröffnung des Erbgangs (Art. 537 Abs. 1 ZGB) werden sie zu Universalsukzessoren der Erb-

lasser. Das bedeutet, dass der Nachlass nach Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten auf sie übergeht (Gesamtrechtsnachfolge).¹² Mehrere Vorerben bilden eine Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB).¹³ Sie werden Gesamteigentümer aller Aktiven und Gesamtschuldner aller Passiven des Nachlasses (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Vorerben sind Erben auf Zeit; regelmässig auf Lebenszeit: Anders als herkömmliche Erben sind sie bzw. ihre eigenen Erben verpflichtet, die Erbschaft im Nacherbfall an die Nacherben herauszugeben (**Auslieferung**). Vorerben dürfen die Erbschaft **in Besitz nehmen, nutzen und gebrauchen**. Ihr Eigentumsrecht ist jedoch eingeschränkt. Anders als herkömmliche Erben dürfen sie die Erbschaft grundsätzlich **nicht verbrauchen**.¹⁴ Der wirtschaftliche Nutzen einer gewöhnlichen Vorerbschaft entspricht in etwa dem einer Nutzniessung (vgl. Art. 755ff. ZGB).¹⁵ Die Zeit zwischen dem Erwerb der Erbschaft und dem Nacherbfall wird von dem für Nacherbeneinsetzungen geltenden Recht geregelt.¹⁶ Dies betrifft insbesondere Fragen der Verwaltung, Kosten- und Nutzenverteilung, Haftung und Verfügungsmacht.¹⁷

Einem pflichtteilsgeschützten Erben darf eine Nacherbeneinsetzung nur im Rahmen der verfügbaren Quote auferlegt werden (Art. 531 ZGB). Ansonsten kann er sie gerichtlich auf das zulässige Mass herabsetzen lassen.¹⁸ Ob **Pflichtteile** durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft verletzt sind, wird nach den Verhältnissen beim Tod des Erblassers beurteilt (Art. 474 Abs. 1 ZGB). Dazu ist zu prüfen, ob die Erben dem Wert nach erhalten haben, worauf sie aufgrund eigener oder vererbter Pflichtteilsrechte Anspruch haben (Art. 522 Abs. 1 ZGB).¹⁹ Ist ihr Pflichtteil verletzt, erhalten sie diesen zu unbeschwertem Eigentum und einen allfälligen Rest wie vorgesehen als Vorerbschaft. Dasselbe gilt, wenn zum Beispiel pflichtteilsberechtigte Kinder nur als Nacherben eingesetzt sind, während die Ehegattin Vorerbin des gesamten Nachlasses ist.²⁰ Pflichtteilsrechte sind vererblich und können beim Tod des Vorerben grundsätzlich auch von seinen gesetzlichen Erben geltend gemacht werden.²¹ Ob die Erbschaft für **private Schulden** des Vorerben haftet, ist umstritten. Soweit ersichtlich, hat das Bundesgericht diese Frage noch nicht geklärt. Darum können Nacherben leer ausgehen, wenn der Vorerbe Konkurs geht oder gepfändet wird. Das gilt vor allem, wenn der Vorerbe von der Sicherstellung befreit wurde.²²

1.3.1 Vorerbschaftsinventar

Art. 490 Abs. 1 ZGB schreibt die Aufnahme eines Inventars vor, auch für die Nacherbschaft auf den Überrest.²³ Erblasser können die Vorerben nicht davon entbinden, und Vor- und Nacherben können auch im gegenseitigen Einvernehmen nicht darauf verzichten.²⁴

Das Vorerbschaftsinventar ist ein Sicherungsinventar i.S.v. Art. 553 ZGB, das die Auslieferung der Erbschaft im Nacherbfall erleichtern soll.²⁵ Es schützt Vorerben vor zu hohen Sicherheitsleistungen und verschafft Nacherben die notwendigen Angaben über Bestand und Wert der Erbschaft am Todestag des Erblassers. Im Kanton Zürich wird dieses Inventar auf gerichtliche Anordnung im Rahmen der Testamentseröffnung durch ein Notariat erstellt.

1.3.2 Sicherstellung

Art. 490 Abs. 2 ZGB verpflichtet Vorerben, den Nacherben **angemessene Sicherheit** zu leisten. Dabei geht es darum, die Auslieferung der Erbschaft im Nacherbfall zu sichern. Welche Form der Sicherstellung angemessen ist, müssen Vor- und Nacherben gemeinsam entscheiden. Infrage kommen alle Arten von Personal- oder Realicherheiten. Eine amtliche Festsetzung ist ausgeschlossen. Können sich Vor- und Nacherben über Art und Höhe nicht einigen oder kann der Vorerbe die Sicherheit nicht leisten, ordnet die Behörde auf Gesuch des Nacherben die Erbschaftsverwaltung i.S.v. Art. 490 Abs. 3 ZGB an.²⁶

→ Praxisbeispiele:

- Vormerkung der Auslieferungspflicht bei Liegenschaften (Art. 490 Abs. 2 ZGB; Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)
- Grundpfandrechte bei Liegenschaften
- Pfandrechte auf bewegliche Sachen (z.B. Wertschriftendepot)
- Bürgschaften
- Hinterlegung und Abtretung
- Bankgarantie

Die **Vormerkung** sichert die Auslieferung in natura; Grundpfandrechte sichern nur wertmässig. Durch Vormerkung der Auslieferungspflicht lässt sich der Verkauf einer Liegenschaft nicht verhindern. Aufgrund der Publizitätswirkung des Grundbuchs wird die Auslieferungspflicht im Nacherbfall auf den Erwerber der Liegenschaft übertragen.²⁷ Früher errichtete Grundpfandrechte gehen einer späteren Vormerkung vor.²⁸

Erblasser können Vorerben mit Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) von der Sicherstellungspflicht **befreien** (Art. 490 Abs. 2 ZGB). Was für den Vorerben ein Vorteil ist, birgt für Nacherben erhebliche Risiken: Nacherbeneinsetzungen folgen grundsätzlich der Theorie des bedingten Eigentums. Bei einem gutgläubigen Kauf der Liegenschaft durch Dritte wird die Bedingtheit des Eigentums allerdings aufgehoben (Gutgläubigkeitsschutz). Der gutgläubige Käufer erwirbt die Liegenschaft zu unbedingtem Vollerwerb, und die Nacherben können sie nicht mehr herausverlangen. Zwar tritt der Kaufpreis,

den der Vorerbe erzielt hat, an die Stelle der ursprünglichen Liegenschaft. Doch lässt sich der Bargeldbestand im Nacherbfall möglicherweise nicht ohne Weiteres rekonstruieren, wenn das Geld mit dem persönlichen Vermögen des Vorerben vermischt oder aufgebraucht wurde. Damit kann eine herkömmliche Nacherbeneinsetzung faktisch zu einer solchen auf den Überrest werden.

1.3.3 Verwaltung, Verfügung und Haftung

Vorerben dürfen grundsätzlich **nicht über die Erbschaft verfügen**. Ausgenommen sind Massnahmen, die für eine ordentliche Bewirtschaftung und Verwaltung der Erbschaft nötig sind.²⁹ Eine wichtige weitere Ausnahme ist die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest. Sind die Vorerben von der Sicherstellung befreit, dürfen sie zwar nicht über die Erbschaft verfügen. Aber weil ihre **Rechtsmacht überschliessend** ist, können sie es faktisch dennoch tun.³⁰ Von der Sicherstellung befreite Vorerben können also mehr, als sie dürfen: Sie können die Erbschaft verkaufen, verpfänden, Dienstbarkeiten und Vorkaufsrechte einräumen usw.

Vorerben müssen die Erbschaft bis zu ihrer Auslieferung sorgfältig **verwalten** (Art. 755 Abs. 2 ZGB analog) und grundsätzlich im Bestand und Wert erhalten (Art. 755 Abs. 3 ZGB analog).³¹ Zum gleichen Ergebnis führt das Bedingungsrecht: Solange die Bedingung in Kraft ist, dürfen bedingt Verpflichtete nichts unternehmen, was die sorgfältige Erfüllung ihrer Verbindlichkeit stören könnte (Art. 152 Abs. 1 OR). Vorerben sind auch gehalten, die Regeln von Treu und Glauben zu beachten (Art. 2 Abs. 1 ZGB).³² Hierfür sind sie den Nacherben zivilrechtlich **verantwortlich** (Art. 752 ZGB und Art. 755 Abs. 3 ZGB analog). Verunmöglicht ein Vorerbe die Auslieferung im Nacherbfall, wird er den Nacherben ersatzpflichtig. Vorerben haften für jedes Verschulden. Kommt die Erbschaft vor der Auslieferung zu Schaden, wird das Verschulden gesetzlich vermutet. Vorerben haben die Möglichkeit, diese Vermutung zu widerlegen (Art. 97 Abs. 1 OR).³³ Bis zum Nacherbfall können Nacherben keine Schadenersatzansprüche durchsetzen. Einziges Sicherungsmittel, um gegen eine drohende oder erfolgte Schädigung der Erbschaft vorzugehen, ist die Erbschaftsverwaltung i.S.v. Art. 490 Abs. 3 ZGB.³⁴

1.3.4 Kosten und Nutzen

Die Zuordnung von Kosten und Nutzen, die bis zum Nacherbfall anfallen, folgt den Regeln der Nutznießung (Art. 764 ff. ZGB, vgl. Abbildung 1).³⁵

1.3.5 Auslieferungspflicht

Ist der Nacherbfall eingetreten, müssen die Vorerben die Erbschaft den Nacherben herausgeben. Der Auslieferungspflicht der Vorerben entspricht das Auslieferungsrecht der Nacherben.

1.3.5.1 Zeitpunkt (= Nacherbfall)

Nach der gesetzlichen Konzeption ist der Tod des Vorerben der Nacherbfall (Art. 489 Abs. 1 ZGB). Diese Regel ist dispositiv. Der Erblasser kann sie in einer Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) modifizieren. Stirbt der Vorerbe vor dem Nacherbfall, gelangt die Erbschaft zunächst gegen Sicherstellung an dessen Erben (Art. 489 Abs. 2 ZGB). Stirbt der Nacherbe, bevor der Nacherbfall eintritt, bleibt die Erbschaft beim Vorerben, wenn der Erblasser nichts anderes verfügt hat (Ersatznacherbenverfügung i.S.v. Art. 492 Abs. 2 ZGB). Stirbt der Vorerbe vor dem Erblasser, gelangt die Erbschaft direkt an die Nacherben (Art. 492 Abs. 3 ZGB). Dasselbe gilt, falls Vorerben erbunwürdig sind oder die Erbschaft ausschlagen. Auch diese Regeln sind dispositiv und können mit einer sogenannten Ersatzvorerbenverfügung anders geregelt werden (Art. 487 ZGB).

1.3.5.2 Wirkung

Vorerben müssen die Erbschaft im Nacherbfall an die Nacherben herausgeben (Auslieferung i.S.v. Art. 488 Abs. 1 und Art. 491 Abs. 2 ZGB). Die Auslieferung erfolgt grundsätzlich **in natura**. Die einzelnen Vermögenswerte sind den Nacherben in dem Zustand auszuliefern, in dem sie sich beim Nacherbfall befinden, einschliesslich Wertvermehrungen, Wertverminderungen und Zuwachs.³⁶ Für Vermögenswerte, die aus der Erbschaft verkauft wurden, gilt das **Surrogationsprinzip**.

Der Begriff «Auslieferungspflicht» ist irreführend, weil er eine obligatorische Herausgabeverpflichtung des Vorerben impliziert. Dem ist nicht so. Denn im Nacherbfall fällt die Rechtsstellung des Vorerben dahin (Resolutivbedingung i.S.v. Art. 154 OR) und der Rechtserwerb des Nacherben findet ex nunc statt (Suspensivbedingung i.S.v. Art. 151 OR).³⁷ Der Nacherbe tritt von Gesetzes wegen an die Stelle des Vorerben. Die Lehre spricht von **bedingtem Eigentum**.³⁸ Auslieferung bedeutet, dass der Vorerbe alles unternehmen muss, was für die korrekte Zuweisung der Erbschaft ins uneingeschränkte Vollerwerb der Nacherben erforderlich ist.

→ Praxisbeispiele:³⁹

- Bargeld, Gold und Edelmetalle: Übertragung des Besitzes.
- Bankguthaben: Saldierung und Überweisung der Abschlussaldi.
- Wertschriften: nach Rücksprache mit Nacherben entweder liquidieren oder in eigene Depots der Nacherben transferieren.
- Immobilien: Zunächst zweiten Erbfolgevermerk (= zweiten Eigentumsübergang infolge

Abbildung 1: Zuordnung der Kosten und Nutzen bis zum Nacherbfall

Kategorie	Vorerben	Nacherben
Gewöhnlicher, d.h. laufender Unterhalt – Instandhaltung (Pflege, Reinigung und Wartung) – Instandstellung (Ausbesserungen und kleinere Reparaturen) – Erneuerung (periodisch anfallender Ersatz kleinerer und i.d.R. kurzlebiger Anlagen und Einrichtungen) – Heiz- und Nebenkosten – Hypothekarzinsen – Versicherungsprämien – Öffentlich-rechtliche Abgaben (Abwasser, Kehricht usw.) Rechtsgrundlage: Art. 764 Abs. 1 ZGB analog; Art. 765 Abs. 1 und 2 ZGB analog	X ¹	
Aussergewöhnlicher Unterhalt – Alle Kosten, die nicht zum gewöhnlichen Unterhalt zählen – Grössere Reparaturen (Heizung, Leitungen usw.) und Renovationen (Dach-, Fassadensanierungen usw.) – Wertvermehrende Investitionen – Beiträge in den Erneuerungsfonds (STWE) Rechtsgrundlage: Art. 765 Abs. 3 ZGB analog		X ^{2,3}
Natürliche Früchte und wirtschaftliche Erträge (Dividenden, Zinsen usw.) Rechtsgrundlage: Art. 756 Abs. 1 ZGB analog; Art. 757 ZGB analog	X ⁴	
Kapitalgewinne aus Wertsteigerungen und Kapitalverluste aus Wertverminderungen (konjunkturell)		X ⁵

¹ BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 4.; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch / Schürmann, Art. 491 ZGB N 9 m.w.H.

² BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 4 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch / Schürmann, Art. 491 ZGB N 9 m.w.H.

³ **Wichtiger Hinweis:** Diese Kosten müssen zunächst die Vorerben bezahlen (Vorschuss). Bis zum Nacherbfall können keine Kosten auf die Nacherben abgewälzt werden. Die definitive Abrechnung erfolgt im Rahmen der Auslieferung.

⁴ BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 4; gemäss BGER 5C.53/2006 vom 12.4.2007, E. 5.4, fallen jedoch aufgelaufene Erträge, die bis zum Eintritt des Nacherbfalls nicht aufgebraucht wurden, als Bestandteil des Überrestes an die Nacherben.

⁵ Flückiger, S. 26.

Erbgangs) im Grundbuch eintragen lassen. Die Anmeldung kann direkt durch die Nacherben veranlasst werden. Grundlage ist der Erbschein.

- Beteiligungen an Unternehmen: physische Übergabe der indossierten Namenaktien (AG) bzw. schriftliche Abtretung der Gesellschafteranteile (GmbH).
- Nachlasspassiven (Schulden): formlose Vereinbarung zwischen Nacherben und Gläubigern.

Wenn die Vorerbin einen Vermögenswert (Unternehmensbeteiligung, Kunst, Liegenschaften usw.) nicht allein als Abgeltung ihres Erbanspruchs übernommen, sondern zusätzlich durch private Ausgleichszahlungen finanziert hat, muss zunächst nach der im Güterrecht üblichen **Quotenmethode** geprüft werden, ob dieser Vermögenswert als Ganzes der Vorerbschaft oder dem persönlichen Vermögen der Vorerbin zuzuordnen ist. Ein Vermögenswert kann nicht gleichzeitig der Vorerbschaft und dem privaten Vermögen zugeordnet werden. Er fällt als Ganzes in das Vermögen, das den Erwerb überwiegend finanziert hat. Die andere Vermögensmasse erhält eine Ersatzforderung. Ob die Auslieferung eines solchen Vermögenswerts in natura erfolgen kann, hängt mit anderen Worten vom Verhältnis ab, in dem die Erbschaft und das persönliche Vermögen des Vorerben den Erwerb des Erbschaftsgegenstandes finanziert haben.⁴⁰

1.4 Nacherben

Auch Nacherben sind Erben auf Zeit. Ihre Erbenstellung ist suspensiv bedingt.⁴¹ Bis zum Nacherbfall bleibt offen, ob sie die Erbschaft tatsächlich bekommen, d.h., ihre Erbenstellung schwebt.⁴² Bis dann haben sie eine sogenannte Anwartschaft.⁴³ Tritt der Nacherbfall ein, verliert der Vorerbe seine Erbenstellung und damit auch sein Eigentumsrecht (Resolutivbedingung), während der Nacherbe diese erwirbt (Suspensivbedingung).⁴⁴

Der Nacherbfall führt zu einem **zweiten Erbgang** (Art. 537 ff. ZGB). Ab dann läuft eine weitere dreimonatige Ausschlagungsfrist gemäss Art. 567 Abs. 1 ZGB.⁴⁵ Mit anderen Worten: Es handelt sich um einen zweiten ordentlichen Erbgang mit all seinen Fristen, Rechtsmitteln usw. Eine zweite Testamentsöffnung findet indes nicht statt. Nacherben haben erst im Nacherbfall Anspruch auf die Ausstellung einer **Erbschein** (Art. 559 Abs. 1 ZGB).⁴⁶ Dazu müssen sie den Erbschein bei der im ersten Erbfall zuständigen Eröffnungsbehörde beantragen und dazu eine **Feststellungsurkunde** eines Notars vorlegen. Diese Urkunde bestätigt, dass der Nacherbfall eingetreten ist.⁴⁷

Der Nacherbfall führt zu einer **zweiten Universal-sukzession** i.S.v. Art. 492 Abs. 1 i.V.m. Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB, mit der der Nacherbe zum unbedingten Erben wird.⁴⁸ Die Erbschaft geht mit sachenrechtlicher Wirkung erneut vom Erblasser (nicht vom Vorerben!) auf die Nacherben über, mit Aktiven und Passiven, Rechten und Pflichten, in dem Zustand, in dem sie sich beim Nacherbfall befinden (Gesamtrechtsnachfolge). Die Erb-

schaft umfasst alle geldwerten Gegenstände des Erblassers. Dazu zählen nicht nur die Werte, die er dem Vorerben im ersten Erbgang hinterlassen hat, sondern auch alle Ersatzwerte, die an die Stelle der ursprünglichen Vermögensstücke getreten sind (Surrogation). Gibt es mehrere Nacherben, entsteht zwischen ihnen ein Gesamthandverhältnis. Sie werden als Erbengemeinschaft **Gesamteigentümer** am Nacherbschaftsvermögen (Art. 560 i.V.m. Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB) und haften solidarisch für die Schulden des Erblassers (Art. 603 Abs. 1 ZGB).⁴⁹ Bis zur Erbteilung verfügen die Nacherben gemeinsam – d.h. grundsätzlich einstimmig – über die Rechte der Erbschaft (Art. 602 Abs. 2 ZGB).

Der Übergang von **Liegenschaften** vom Erblasser an die Nacherben erfolgt von Gesetzes wegen (zweite Universal-sukzession). Beim Nacherbfall werden die Nacherben Gesamteigentümer sämtlicher Grundstücke. Die Verfügungsmacht darüber erhalten sie, sobald sie im Grundbuch eingetragen sind (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Rechtsgrund ist die Erbfolge: Erben müssen eine Erbschein vorlegen und werden als «Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft» eingetragen. Nacherben können die Eintragung ohne Mitwirkung der Vorerben erwirken.⁵⁰ Mehrere Erben werden zunächst als «Gesamteigentümer infolge Erbengemeinschaft» eingetragen. Handänderungen im Zusammenhang mit der Erbfolge führen auch im Nacherbfall zu einem Aufschub der Grundstückgewinnsteuer (§ 216 Abs. 3 lit. a StG ZH in Ausführung von Art. 12 Abs. 3 lit. a StHG).

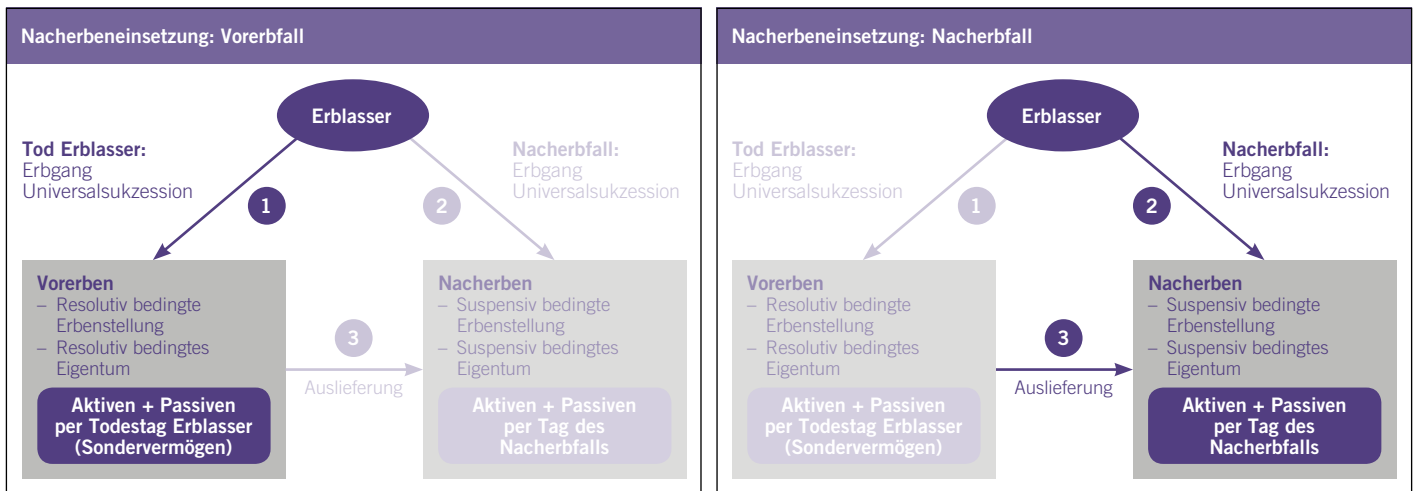
Ist eine Gesamtheit von Nacherben eingesetzt, muss ein Nacherbe auf Teilung klagen, wenn er gegen die anderen vorgehen will (Art. 604 ZGB). Die Erbschaftsklage steht Erben untereinander nicht zur Verfügung.⁵¹

1.4.1 Minimaler Schutz

Bis zum Nacherbfall haben Nacherben keine Rechte an der Erbschaft. Sie haben nur eine Anwartschaft ohne klagbares Forderungsrecht, dafür mit gewissen Sicherungsmitteln.⁵² Als solche kommen infrage: das Vorerbschaftsinventar (Art. 490 Abs. 1 ZGB), die Sicherstellung (Art. 490 Abs. 2 ZGB) und die Erbschaftsverwaltung (Art. 490 Abs. 3 ZGB).

Fehlt eine Sicherstellung, sind Vorerben kaum geschützt. Für Nacherben ist entscheidend, dass sie rechtzeitig informiert werden, wenn der Nacherbfall eintritt. Soweit ersichtlich, gibt es keine Rechtsgrundlage, wonach die Nacherben über den Tod des Vorerben oder über das Eintreten eines anderen Nacherbfalls informiert werden müssen; weder von Amtes wegen noch von den Vorerben.⁵³ Wie soll ein Nacherbe also erfahren, dass ein Nacherbfall eingetreten ist, wenn er den Vorerben nicht kennt oder nicht weiss, wo er sich aufhält?

Abbildung 2: Nacherbeneinsetzung im Vor- und im Nacherbfall



1.4.2 Auslieferungsrecht

Der Begriff «Auslieferungsrecht» ist irreführend, weil er ein obligatorisches Forderungsrecht der Nacherben gegen die Vorerben impliziert. Dem ist nicht so. Denn wenn der Nacherbfall eintritt, fällt die Rechtsstellung des Vorerben weg (Resolutivbedingung i.S.v. Art. 154 OR), und der Rechtserwerb des Nacherben findet ex nunc statt (Suspensivbedingung i.S.v. Art. 151 OR).⁵⁴ Der Nacherbe tritt an die Stelle des Vorerben. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von bedingtem Eigentum.⁵⁵

Die Auslieferung der Vorerbschaft an die Nacherben erfolgt grundsätzlich **in natura**. Das heisst, dass die Gegenstände der Erbschaft den Nacherben in dem Zustand auszuliefern sind, in dem sie sich zum Zeitpunkt des Nacherbfalls befinden, einschliesslich Wertvermehrungen, Zuwächse oder Wertverminderungen.⁵⁶ Wurden Erbschaftsgegenstände verkauft, gilt das **Surrogationsprinzip**.

Auslieferung bedeutet, dass der Vorerbe alles unternehmen muss, was für die korrekte Zuweisung der Erbschaft ins uneingeschränkte Volleigentum der Nacherben erforderlich ist. Nötigenfalls können die Nacherben ihre Rechte mit einer **Erbschaftsklage** durchsetzen (Art. 598ff. ZGB).⁵⁷ Die Erben des Vorerben haften für die Erfüllung der Auslieferungspflicht (Art. 560 Abs. 2 ZGB), und zwar persönlich und solidarisch (Art. 603 ZGB).⁵⁸

Die Nacherben tragen die **Beweislast**, wenn sie ihre Erbschaft respektive ihre Surrogate einfordern wollen. Können sie diesen Beweis nicht erbringen, weil die Vorerben die Erbschaft mit ihrem eigenen Vermögen vermischt haben, darf vermutungsweise von einem anteilmässigen Verbrauch beider Vermögen ausgegangen werden.⁵⁹ Massgebend ist das Verhältnis zwischen dem Inventarwert der Erbschaft und dem Wert des persönlichen Vermögens des Vorerbens beim Tod des Erblassers.

Wenn die Vorerben eine **Erteilung** durchgeführt haben, ohne die Vorerbschaft auszusondern und an die Nacherben auszuliefern, ist

diese Erteilung für Nacherben grundsätzlich nicht verbindlich.⁶⁰ Haben die Erben eines Vorerben ohne Sicherstellung die Erbschaft mitsamt Vorerbschaft jedoch gutgläubig erworben, greifen auch hier die Regeln des Gutgläubenschutzes (vgl. Abbildung 2).

2. Ausgewählte Rechtsprobleme

2.1 Risiken

Die Nacherbeneinsetzung bietet spannenden Gestaltungsspielraum, aber auch Stolpersteine. In der Nachlassplanung sollte man künftige Erblasser für die Chancen und Nebenwirkungen angemessen sensibilisieren.

→ Praxisbeispiele:⁶¹

- Auslegungsprobleme führen oft zu Streit und sind nach Möglichkeit zu vermeiden. Die Nacherbeneinsetzung sollte also klar, eindeutig und vollständig geregelt werden.
- Vor- und Nacherbeneinsetzungen können im Bereich des Pflichtteils angefochten und herabgesetzt werden (Art. 531 ZGB). Diese Risiken müssen Erblasser kennen und bei der Nachlassplanung abwägen. Eventuell ist die Nacherbeneinsetzung nur im Rahmen der verfügbaren Quote anzuordnen, wenn mit den pflichtteilsberechtigten Erben kein Erbvertrag abgeschlossen werden kann, in dem sie auf einen Teil ihres Erbes verzichten.
- Die Ansprüche der Nacherben können gefährdet sein, wenn die Vorerbschaft ohne Sicherstellung und auf den Überrest eingeräumt wird. Vor allem bei länger dauernden Vorerbschaften besteht das Risiko, dass die Nacherben leer ausgehen.⁶² Der Beweis eines unzulässigen Vermögensverzehr ist aufwendig und schwer zu erbringen.⁶³ Even-

tuell sollten Erblasser zusätzliche Sicherungen anordnen.

- Wenn Vorerben die Vorerbschaft nicht getrennt von ihrem persönlichen Vermögen verwalten, wird sie sich damit vermischen, was die Abgrenzung der auszuliefernden Erbschaft erschwert.⁶⁴ Eventuell sollten Erblasser zusätzliche Sicherungen anordnen.
- Das Gesetz sieht als Nacherbfall einzig den Tod des Vorerben vor. Passt diese Regelung, oder ist der Nacherbfall zu modifizieren? Allenfalls sind weitere Nacherbfälle zu definieren, mit Schutzklauseln gegen vollständigen Vermögensverzehr bei Pflegebedürftigkeit des Vorerben, falls er von der Sicherstellungspflicht befreit und die Nacherben auf den Überrest eingesetzt wurden. Hier könnten beispielsweise die Pflegebedürftigkeit und/oder der Eintritt in eine Alters- oder Pflegeeinrichtung als zusätzliche Nacherbfälle angeordnet werden (Schutzklausel).⁶⁵
- Eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Vorerben kann die Erbschaft gefährden, insbesondere wenn der Vorerbe von der Sicherstellungspflicht befreit wurde. Zu prüfen ist, ob für diesen Fall ein weiterer Nacherbfall definiert werden soll (Schutzklausel).
- Das zulässige Mass des Verbrauchs- und Verfügungsrechts des Vorerben bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist streitanfällig. Deshalb sollten die Rechte der Vorerben möglichst klar geregelt werden.
- Erblasser sollen prüfen, ob sie mit dem gesetzlich vorgesehenen Schicksal der Erbschaft beim Vorversterben der Vor- und Nacherben einverstanden sind. Weil es sich weitgehend um dispositives Recht handelt, können Ersatzverfügungen sinnvoll sein (vgl. Art. 492 Abs. 2 ZGB).
- Eine unsorgfältige Verwaltung der Erbschaft durch Vorerben (fehlender Unterhalt von

Liegenschaften, riskante Wertschriftenanlagen usw.) lässt sich kaum beweisen. Zu prüfen ist, ob weitergehende Informations- und Rechenschaftspflichten der Vorerben angeordnet werden sollen.

- Die Steuerfolgen einer Nacherbeneinsetzung sind im Einzelfall zu prüfen und die Risiken einer Doppelbesteuerung zu vermeiden. Vor allem bei Konkubinaten ist Vorsicht geboten.

2.2 Information

Art. 490 Abs. 1 ZGB schreibt nur die Ausfertigung eines Vorerbschaftsinventars für die Nacherben vor. Danach müssen Vorerben den Nacherben grundsätzlich keine weiteren Auskünfte über Bestand, Entwicklung, Nutzung und Verwaltung der Erbschaft geben. Denn bis der Nacherbfall eintritt, haben Nacherben keine Erbenstellung und damit grundsätzlich auch keine erbrechtlichen Informationsrechte. Ohne regelmäßige, gesicherte Informationen können Nacherben nicht rechtzeitig reagieren, wenn die Erbschaft gefährdet ist, und angemessene Sicherungsvorkehrungen wie eine Erbschaftsverwaltung einleiten. Soweit ersichtlich, gibt es in der Schweiz weder eine Rechtsprechung noch eine herrschende Lehre, die Nacherben ein Auskunftsrecht zugesteht, wie es etwa im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) vorgesehen ist.⁶⁶ Gemäss § 2127 BGB können Nacherben jederzeit von Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft verlangen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass ein Vorerbe die Rechte der Nacherben erheblich verletzt. Weil eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt, spricht sich Eitel m.E. zu Recht gegen die Ansicht aus, dass Nacherben ein Auskunftsrecht zusteht – gestützt auf die analoge Anwendung der erbrechtlichen Informationsrechte Art. 607 Abs. 3 ZGB (Auskunftspflicht der Miterben, die sich im Besitz von Erbschaftssachen befinden) sowie Art. 610 Abs. 2 ZGB (Auskunftspflicht der Erben über alles, was für die gleichmässige und gerechte Teilung in Berücksichtigung fällt).⁶⁷

Im Nacherbfall erlangt der Nacherbe Erbenstellung und damit rückwirkend alle Informationsrechte, die Erben zustehen.⁶⁸ Diese umfassen jedoch nur die Zeit bis zum Tod des Erblassers, nicht jedoch die oft entscheidende Zeit bis zum Nacherbfall. Anders als das deutsche Recht (§ 2130 Abs. 2 BGB) sind Vorerben den Nacherben im Schweizer Erbrecht grundsätzlich nicht rechenschaftspflichtig.⁶⁹ Dies ist meiner Meinung nach unbefriedigend. Denn um zu prüfen, ob Vorerben die Erbschaft sorgfältig verwaltet haben und wie sich die Erbschaft bis zum Nacherbfall verändert hat, sind Nacherben auf angemessene Informationen angewiesen – insbesondere bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest. In

der Nachlassplanung sollte man deshalb prüfen, ob sich die Erblasser über die fehlenden Informationsrechte der Nacherben im Klaren sind und ob sie das tatsächlich wollen. Sonst ist es sinnvoll, letztwillig weitergehende Informations- und Kontrollrechte anzuordnen.

2.3 Erbschaftsverwaltung

Die Erbschaftsverwaltung ist ein weiteres Sicherungsinstrument der Nacherben. Sie ist die Ultima Ratio, wenn eine Sicherstellung fehlt oder ungenügend ist oder wenn die Anwartschaft gefährdet ist (Art. 490 Abs. 3 ZGB).⁷⁰ Nacherben können auch dann eine Erbschaftsverwaltung anordnen lassen, wenn der Erblasser den Vorerben von der Sicherstellungspflicht entbunden hat. Eine konkrete Gefährdung der Auslieferung muss weder vom Vorerben verschuldet worden sein, noch muss bereits ein Schaden vorliegen.⁷¹ Die fehlenden Informationsrechte führen oft dazu, dass während der Vorerbschaft weder Nacherben noch Willensvollstrecker erfahren, dass die Erbschaft gefährdet ist.⁷²

2.4 Sondervermögen mit Surrogation

Sowohl bei der gewöhnlichen als auch bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist die Erbschaft ein **Sondervermögen** des Vorerben.⁷³ Sondervermögen liegen vor, «wo die Rechtsordnung es zulässt oder geradezu anordnet, dass Rechte zu einem bestimmten Zweck vom allgemeinen Vermögen ausgeschieden und in gewisser Hinsicht besonders behandelt werden».⁷⁴ In diesem Zusammenhang heisst das, dass die Erbschaft rechtlich vom Vermögen des Vorerben abgegrenzt ist. Vorerben müssen die Erbschaft in erster Linie **in natura** ausliefern, und zwar in dem Zustand, in dem sie im Zeitpunkt des Nacherbfalls war (inkl. Wertverminderungen oder -vermehrungen).⁷⁵ Ist ein Vermögenswert im Zeitpunkt der Auslieferung nicht mehr vorhanden, greift das für Sondervermögen charakteristische **Surrogationsprinzip**.⁷⁶ Es zielt darauf ab, Sondervermögen in ihrem Bestand zu schützen. Entwickelt wurde es für das Recht der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB und Art. 198 Ziff. 4 ZGB).⁷⁷ Im Erbrecht bedeutet Surrogation, dass der Austausch eines Erbschaftsgegenstands durch einen anderen vor der Erbteilung als Ersatzanschaffung gilt, analog der güterrechtlichen Terminologie (vgl. Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB sowie Art. 198 Ziff. 4 ZGB), und dass dieser Ersatzwert Teil der Erbschaft wird. Die Surrogation tritt unmittelbar von Gesetzes wegen ein.⁷⁸ Ersatzwerte sind Vermögenswerte, die mit Mitteln der Erbschaft für die Erbschaft erworben werden.⁷⁹ Dabei muss zwischen der Veräusserung und dem Neuerwerb ein Kausalzusammenhang bestehen.⁸⁰ Der Bestand der Erbschaft basiert auf dem amtlichen Inventar (Art. 490 Abs. 1 ZGB). Im Nacherb-

fall müssen Vorerben ausliefern, was sie für Erbschaftsgegenstände erhalten haben, die nicht mehr in natura vorhanden sind. Die Auslieferungspflicht gilt für Sachen, die mit Mitteln der Erbschaft erworben wurden, und für Erlöse aus Verkäufen von Erbschaftsgegenständen.⁸¹ Neuananschaffungen, die aus Mitteln der Erbschaft und aus privaten Mitteln der Vorerben finanziert wurden, sind analog zu Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 und 198 Ziff. 4 ZGB als Ganzes entweder der Vorerbschaft oder dem persönlichen Vermögen des Vorerben zuzuordnen – je nachdem, welches Vermögen den überwiegenden Anteil finanziert hat.⁸² Der anderen Vermögensmasse wird analog der güterrechtlichen Regel eine variable Ersatzforderung zugesprochen.⁸³

→ Praxisbeispiele (Surrogation):

- Eine Vorerbin verkauft mehrere Titel aus dem Wertschriftendepot der Erbschaft. Sowohl der Erlös als auch Neuanlagen zählen weiterhin zur Erbschaft. Liquidiert sie die Wertschriften des Erblassers und kauft mit dem Erlös eine Wohnung, fällt diese Wohnung in das Sondervermögen «Erbschaft».
- Ein neu eröffnetes Wertschriftendepot, das auf den Namen der Vorerbin lautet und auf das Wertschriften aus der Erbschaft transferiert werden, zählt als Surrogat weiterhin zur Erbschaft.⁸⁴
- Die Vorerbin kauft eine Liegenschaft. Einen Teil des Kaufpreises finanziert sie aus Mitteln der Erbschaft, den Rest mit eigenen Mitteln. In diesem Fall wird die Liegenschaft den beiden Vermögen proportional zugerechnet. Weil eine partielle Surrogation bei Grundstücken nicht möglich ist, lehnte das Bundesgericht die Eintragung einer entsprechenden Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ab.⁸⁵ Eitel folgert daraus, dass ein einzelner Vermögenswert vollumfänglich in diejenige Vermögensmasse surrogiere, die den grösseren Anteil finanziert hat.⁸⁶ Die andere Vermögensmasse erhält eine Ersatzforderung.
- Die Vorerbin fordert die Rückzahlung eines Darlehens des Erblassers, das im Vorerbschaftsinventar aufgeführt ist ein. Als Surrogat der Rückzahlungsforderung gehört die Rückzahlung des Darlehens zur Erbschaft.
- Wird ein Gemälde der Erbschaft gestohlen, tritt die ausbezahlte Versicherungssumme als Surrogat an dessen Stelle.
- Schadenersatz-, Enteignungs- oder Versicherungszahlungen im Zusammenhang mit Vermögenswerten der Erbschaft gehören als Surrogat ebenfalls zur Erbschaft.⁸⁷
- Die Vorerbin erwirbt mit Barmitteln (Bargeld, Bankguthaben, Ausgleichszahlungen usw.) der Erbschaft Goldmünzen. Diese gehören

nicht als Ersatzanschaffung zur Erbschaft, sondern werden zu persönlichem Vermögen der Vorerbin. Denn an vertretbaren Sachen, wozu Geld gehört, erwerben Vorerben freies und unmittelbares Eigentum. Im Nacherbfall müssen sie den Nacherben nur den ursprünglichen Wert ersetzen (vgl. Art. 772 Abs. 1 ZGB analog).⁸⁸

Die Erbschaft bildet bis zur **Auslieferung** ein Sondervermögen. Es kann Jahre oder sogar Jahrzehnte dauern, bis eine Vorerbschaft ausgeliefert wird. Wenn die Vorerben die Vermögen nicht sauber getrennt halten, Buch führen und alle Belege aufbewahren, ist es nach so langer Zeit praktisch unmöglich, nachzuweisen, was zur Vorerbschaft gehört und was zum persönlichen Vermögen der Vorerben.⁸⁹ Vorerben können die Erbschaft den Nacherben nur ausliefern, wenn sie nicht mit ihrem eigenen Vermögen **verschmolzen** ist.⁹⁰ Sonst weicht die Praxis in der Regel auf eine **quotale Lösung** ab: Die Erbschaft und das Vermögen der Vorerben werden im Nacherbfall im gleichen Verhältnis aufgeteilt wie die ursprüngliche Erbschaft (Nachweis mit Inventar) zum Vermögen des Vorerben beim Tod des Erblassers (Nachweis mit Steuererklärung des Vorerben per Todestag des Erblassers). Diese Aufteilung geht von der Annahme aus, dass das freie Vermögen und das Vorerbschaftsvermögen gleichmässig verbraucht worden sind.

2.5 Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Gutgläubensschutz)

Die Nacherbeneinsetzung ist ein zweiseitig bedingtes Rechtsgeschäft mit zweiseitig bedingtem Eigentum: resolutiv bedingtes Eigentum i.S.v. Art. 154 OR beim Vorerben und suspensiv bedingtes Eigentum i.S.v. Art. 151 Abs. 2 OR beim Nacherben, wobei der Nacherbfall die Bedingung ist. Als Eigentümer der Erbschaft können Vorerben über einzelne Erbschaftsgegenstände verfügen (Art. 491 Abs. 2 ZGB). Weil ihre Rechtsstellung resolutiv bedingt ist, können sie Dritten grundsätzlich nur resolutiv bedingtes Eigentum einräumen.⁹¹ Denn niemand kann anderen mehr Rechte einräumen, als er selber hat.⁹²

Aussenstehende können nicht ohne Weiteres erkennen, ob ein Vermögenswert Teil einer auslieferungspflichtigen Erbschaft ist und ob der Nacherbfall eingetreten ist. Dies kann den Geschäftsverkehr verunsichern. Vor allem ohne Sicherstellung kann ein Aussenstehender nicht erkennen, dass er nur resolutiv bedingtes Eigentum erworben hat. Wenn er gutgläubig gehandelt hat, kann er das Auslieferungsrecht der Nacherben zurückweisen.⁹³ Wenn er hingegen über die Anwartschaft Bescheid wusste, können die Nach-

erben Vermögenswerte einfordern, die ihnen zustehen (Erbschaftsklage gem. Art. 598ff. ZGB).⁹⁴ Ohne Sicherstellung besteht für Nacherben das Risiko, dass resolutiv bedingt eingeräumte Verfügungshandlungen des Vorerben, gestützt auf den Gutgläubensschutz, zu unbedingten werden (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 und Art. 935 ZGB bei beweglichen Sachen; Art. 973 Abs. 1 ZGB bei Grundstücken sowie Art. 164 Abs. 2 OR bei Forderungen).⁹⁵ Die **Rechtsmacht** von Vorerben ist **überschiessend**: Vor allem ohne Sicherstellung können sie mehr, als sie dürfen.

Bei **Grundstücken** ist entscheidend, ob die Auslieferungspflicht im Grundbuch vorgemerkt ist. Ohne Vormerkung greift der Gutgläubensschutz (Art. 937 Abs. 1 ZGB).⁹⁶ Wurde die Auslieferungspflicht vorgemerkt, bleibt die grundsätzliche Verfügungsmacht des Vorerben bestehen. Im Nacherbfall werden aber alle Eintragungen hinfällig, die auf die Vormerkung folgten, und die Nacherben können die Herausgabe des Grundstücks verlangen.⁹⁷ Für **Mobilien** gilt der allgemeine sachenrechtliche Gutgläubensschutz Dritter (Art. 930 ZGB).⁹⁸

2.6 Nacherbeneinsetzung auf den Überrest

Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist gesetzlich nicht geregelt, im neuen Erwachsenenschutzrechtlichen Art. 492a ZGB wird sie jedoch angedeutet.⁹⁹ Rechtsprechung und Lehre anerkennen die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest einhellig.¹⁰⁰ Obwohl als Ausnahme konzipiert, sind Nacherbeneinsetzungen auf den Überrest weit verbreitet.

Anders als gewöhnliche Vorerben dürfen Vorerben bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest die Erbschaft nicht nur **in Besitz nehmen, nutzen und gebrauchen**, sondern auch **verbrauchen**.¹⁰¹ Das Verbrauchsrecht der Vorerben ist grundsätzlich uneingeschränkt.¹⁰² Damit stehen Vorerben bei dieser Sonderform Eigentümern viel näher als herkömmliche Vorerben, denen eher die Stellung eines Nutznießers zukommt. Anders als Volleigentümer können Vorerben auch bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest letztwillig nicht über die Erbschaft verfügen, weil dies der Erblasser bereits abschliessend getan hat.¹⁰³ Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest werden Vorerben in der Regel von der **Sicherstellungspflicht befreit** (Art. 490 Abs. 2 ZGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Befreiung von der Sicherstellungspflicht sogar vermutet, wenn der Erblasser die Vorerben bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nicht ausdrücklich befreit hat.¹⁰⁴

2.6.1 Verbrauch und Rechtsmissbrauch

Wenn die Erträge aus der Erbschaft den Lebensunterhalt der Vorerben decken, muss die Sub-

stanz nicht aufgezehrt werden. In diesem Fall besteht kein Unterschied zu einer herkömmlichen Nacherbeneinsetzung, bei der die Erträge ohnehin dem Vorerben gehören. Reichen die Erträge nicht aus, um den Lebensunterhalt der Vorerben zu decken, stellt sich die Frage nach dem zulässigen Mass des Substanzverzehr. Ohne anderslautende letztwillige Verfügung dürfen Vorerben bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest die Erbschaft grundsätzlich **vollständig verbrauchen**. Das Verbrauchsrecht deckt nicht nur die Grundbedürfnisse, sondern grundsätzlich auch eine Erhöhung des Lebensstandards.¹⁰⁵ Nacherben haben grundsätzlich keine Rechtsansprüche gegen Vorerben, wenn sie im Nacherbfall nichts erhalten, weil diese die Erbschaft verbraucht haben. Damit sind Nacherben grundsätzlich auf Gedeih und Verderb dem Verhalten der Vorerben ausgeliefert, was problematisch ist.

Das Verbrauchsrecht der Vorerben steht immerhin unter dem **Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs** i.S.v. Art. 2 ZGB. Vorerben müssen die Grundsätze beachten, die sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben ableiten (Art. 2 ZGB). Demnach sind zum Beispiel unsinnige oder verschwenderische Transaktionen und der unsorgfältige Umgang mit Erbschaftsgegenständen unzulässig.¹⁰⁶ Vorerben müssen ihr Verbrauchsrecht schonend ausüben. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang zuweilen vom normalen Verbrauchsrecht der Vorerben. Gleichzeitig sind Vorerben auch für Verwaltungs- und Verfügungshandlungen schadenersatzpflichtig, die über das normale Verbrauchsrecht hinausgehen.¹⁰⁷ Und wenn ein Vorerbe die Erbschaft in der Absicht mindert, den Nacherben zu benachteiligen, ist das ein Rechtsmissbrauch mit Haftungsfolgen.

Dürfen Vorerben ihren Lebensunterhalt allein aus Mitteln der Erbschaft finanzieren und ihr eigenes Vermögen schonen? Diese Frage hat das Bundesgericht bisher offengelassen. Massgebend sind in erster Linie die letztwilligen Anordnungen des Erblassers. Ohne solche Anweisungen ist nach der herrschenden Lehre von einem **proportionalen Verbrauchsrecht** auszugehen. Demnach ist es nicht zulässig, den Lebensbedarf ausschliesslich zulasten der Erbschaft zu bestreiten, weil so der Ausschluss der Erben des Vorerben vereitelt wird, den der Erblasser beabsichtigt hat. Die gegenteilige Auffassung, wonach Vorerben ihren Lebensunterhalt allein aus eigenen Mitteln bestreiten müssten, weil der Erblasser sonst ja eine gewöhnliche Nacherbeneinsetzung hätte anordnen können, geht zu weit. Proportional ist das Verbrauchsrecht, wenn Vorerben ihren Lebensunterhalt im Verhältnis ihres persönlichen Vermögens am Todestag des Erblassers zur Höhe der Erbschaft gemäss Inventar aufteilen, damit beide Vermögensmassen proportional aufgebraucht werden.¹⁰⁸

2.6.2 Verwaltung, Verfügung und Haftung

Vorerben sind bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest grundsätzlich nicht verpflichtet, die Substanz der Erbschaft zu erhalten. Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest sind auch die Anforderungen an die **Vermögensverwaltung** weniger streng als bei einer gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung, bei der die Vorerben zur sorgfältigen Vermögensverwaltung verpflichtet sind. Die Grenze ist auch hier das Rechtsmissbrauchsverbot bzw. die Pflicht, die Erbschaft nach Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 ZGB zu verwalten. Bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest **haften** Vorerben grundsätzlich weder für eine übermässige Abnutzung an Immobilien noch für risikoreiche Investitionen.

Für **Schenkungen** des Vorerben aus der Erbschaft gilt Folgendes: Massgebend sind in erster Linie die letztwilligen Anordnungen der Erblasser. Fehlen explizite Anordnungen, sind Schenkungen im Zweifelsfall unzulässig, weil der Erblasser für den Überrest selber einen Begünstigten bezeichnet hat und dies nicht dem Vorerben überlassen wollte. Davon ausgenommen sind übliche Gelegenheitsgeschenke, die m.E. zweifellos zulässig sind.

2.6.3 Auslieferung

Bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest setzt der Erblasser Nacherben für den Teil der Erbschaft ein, der im Nacherbfall noch vorhanden ist (inkl. Surrogate).¹⁰⁹ Bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ohne Sicherstellung wissen eigene Erben des Vorerben vielleicht gar nicht, dass diesem ein Teil (möglicherweise der grösste Teil) seines Vermögens nur als Vorerbschaft gehörte und dass sie den Überrest nun an die Nacherben ausliefern müssen.¹¹⁰ Die Situation ist besonders undurchsichtig, wenn der Vorerbe die Erbschaft nicht getrennt von seinem Vermögen verwaltet und in seinen Steuererklärungen nicht als Vorerbschaft ausgewiesen hat. In solchen Fällen kann es für Nacherben schwierig werden, ihre Ansprüche mit einer Erbschaftsklage gegen die Erben des Vorerben durchzusetzen (Art. 598ff. ZGB). Die ausbleibende Benachrichtigung über den Tod des Vorerben kommt erschwerend hinzu. In der Nachlassplanung muss man Erblasser auf diese Risiken hinweisen. Nötigenfalls sind weitergehende Sicherungen vorzuziehen.

2.7 Erbschaftssteuern

Erbschaftssteuern sind auf Bundesebene nicht harmonisiert. Sie fallen in die Kompetenz der Kantone, was zu einer Vielfalt von Steuerordnungen führt. Um einen Sachverhalt zu beurteilen, muss man darum die anwendbare kantonale Steuerlegislation konsultieren. Bei 26 Kantonen sind das 26 unterschiedliche Erbschafts- und Schenkungssteuergesetze.

Weil sich die Höhe der Erbschaftssteuern in den meisten Kantonen nach dem Verwandtschaftsgrad zwischen dem Erblasser und dem Begünstigten bemisst, lassen sich mit einer Nacherbeneinsetzung unter Umständen erhebliche Steuerersparnisse realisieren.

Erbschaften werden in erster Linie durch den Kanton besteuert, in dem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte (Hauptsteuerdomizil). Eingeschränkt wird die umfassende Kompetenz des Wohnsitzkantons zur Erhebung von Erbschaftssteuern durch steuerliche Sonderanknüpfungen (z.B. für Liegenschaften und Betriebsstätten im Nachlass). In diesen Fällen sind weitere Kantone ermächtigt, gleichzeitig Erbschaftssteuern zu erheben (beschränkte Steuerpflicht). Auch für die Besteuerung von Vor- und Nacherben ist grundsätzlich der letzte Wohnsitz des ersten Erblassers massgebend. Denn sowohl Vor- als auch Nacherben sind unmittelbare Erben desselben Erblassers.¹¹¹

In den Steuergesetzen der meisten Kantone wird die Nacherbeneinsetzung als zwei separat aufeinander folgende Erbfälle behandelt und damit **doppelt besteuert**. Entsprechend liegen i.d.R. zwei Steueratbestände und damit zwei Steuersubjekte vor.¹¹² Die Erbschaftsbesteuerung richtet sich nach dem Verwandtschaftsgrad zwischen Erblasser und Vorerben (erste Erbschaftsteuer) und im Zeitpunkt des Nacherbfalls zwischen Erblasser und Nacherben (zweite Erbschaftsteuer). Während die erste Erbschaftsteuer im Zeitpunkt des Todes des Erblassers erhoben wird, erfolgt die Besteuerung der Nacherbschaft mit dem Eintritt des Nacherbfalls, also in der Regel mit dem Tod des Nacherben.¹¹³ Diese Doppelbesteuerung ist glücklicherweise selten, weil Nachkommen, Ehegatten und gemeinnützige Institutionen in den meisten Kantonen steuerbefreit sind. Wird die Vorerbschaft dem überlebenden Ehegatten und die Nacherbschaft den eigenen Nachkommen zugewendet, sind in den meisten Kantonen beide Vermögensübergänge steuerfrei. Für die erste Besteuerung ist in der Regel der Nettobestand beim Tod des Erblassers und für die zweite Besteuerung der verbleibende Nettobestand im Zeitpunkt des Nacherbfalls massgebend. Die Kantone VD und JU besteuern Vor- und Nacherben zusammen nur einmal.¹¹⁴ In einigen Kantonen (z.B. Bern) werden Vorerben bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung analog einem Nutzniesser anhand des kapitalisierten Werts der Nutzniessung besteuert. Liegt hingegen eine Nacherbschaft auf den Überrest vor, werden Vor- und Nacherben wie Eigentümer besteuert. Bei **Konkubinat** ist aus erbschaftssteuerlicher Sicht Vorsicht geboten: Steuerlich ist es in der Regel sinnvoller, Konkubinatspartner mit einem Nutzniessungsverhältnis abzusichern, als sie als Vorerben von Liegenschaften einzusetzen.

Erbschaftssteuern sind in aller Regel **persönliche Schulden der Erben** und keine Nachlasspassiven. Darum werden sie nicht aus Mitteln der Erbschaft bezahlt. Ausnahmen gelten für Kantone, in denen die Erbschaftsteuer als Erbanfallsteuer ausgestaltet ist,¹¹⁵ und für Erblasser, die die Bezahlung der Erbschaftsteuer zulasten des Nachlasses anordnen. Bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest steht es im Ermessen der Vorerben, die persönlichen Erbschaftssteuern aus Mitteln der Vorerbschaft zu bezahlen. Verzichten Vorerben vor dem Eintreten des Nacherbfalls zugunsten der Nacherben auf die Erbschaft, indem sie sie vorzeitig ausliefern, könnte das als **Querschenkung** ausgelegt werden, die zusätzlich zur Erbschaftsteuer von der Schenkungssteuer erfasst wird. Diese Ansicht ist umstritten.¹¹⁶ Wenn ein Vorerbe die Erbschaft nicht annehmen möchte, sollte er sie rechtzeitig ausschlagen und den Nacherben vor Ablauf der dreimonatigen Ausschlagungsfrist überlassen.¹¹⁷

3. Praxistipps

Eine Nacherbeneinsetzung kann in bestimmten Konstellationen wertvolle Dienste leisten. Die Umsetzung ist allerdings mit einigen Stolpersteinen verbunden und sie kann kostspielig sein. Weil die Nacherbeneinsetzung nur rudimentär geregelt ist, lässt sie künftigen Erblassern einen grossen Gestaltungsspielraum offen. Meines Erachtens lohnt es sich, diesen bedürfnisgerecht zu nutzen.

3.1 Nachlässe vernünftig planen

Sind Sie als künftiger Willensvollstrecker bereits in die Nachlassplanung involviert? Dann machen Sie sich so früh wie möglich mit rechtlichen und praktischen Spannungsfeldern bekannt, damit Sie mit Ihren Klienten darüber sprechen und die Ergebnisse sorgfältig in die Nachlassregelung einfließen lassen können. Das liegt auch in Ihrem eigenen Interesse. Denn in Ihrer Arbeit müssen Sie sich sowohl mit Vor- als auch Nacherben arrangieren. Ihren Aufgabenbereich als Willensvollstrecker im Vor- und Nacherbfall und für die Schwebezeit dazwischen klar zu regeln ist ein wichtiges Thema. Die Nacherbeneinsetzung ist komplex, darum ist die Aufklärung und Beratung m.E. besonders wichtig.¹¹⁸ Planen Sie Nachlässe vernünftig. Dazu gehört auch, Mass zu halten und Spielräume nicht in jedem Fall auszureizen; weder erbrechtlich noch steuerrechtlich.

3.2 Nacherbfall modifizieren

Das Gesetz sieht nur den Tod des Vorerben als Nacherbfall vor (Art. 489 Abs. 1 ZGB). Erblassern steht es jedoch frei, den Nacherbfall abweichend zu regeln, wobei er nicht später als 100 Jahre

nach dem Tod des Erblassers festgelegt werden darf (vgl. Art. 749 Abs. 2 ZGB analog und Art. 779I Abs. 1 ZGB analog). Es kann sinnvoll sein, zusätzliche Nacherbfälle zu definieren. Verbreitet sind beispielsweise zeitlich enger gefasste Vorerbschaften oder besondere Schutzklauseln zugunsten der Nacherben.

→ **Praxisbeispiele:**

- Volljährigkeit oder runde Geburtstage der Vor- oder Nacherben
- Hochzeitstag
- Geburt eines Kindes
- Wiederverheiratung oder eheähnliche Partnerschaft
- Geschäftsaufgabe
- Dauerhafte Verlegung des Wohnsitzes
- Validierung eines Vorsorgeauftrags oder Anordnung einer Beistandschaft über den Vorerben
- Pflegebedürftigkeit des Vorerben oder Eintritt in ein Alters- und/oder Pflegeheim
- Einleitung eines Fortsetzungsbegehrens, Androhung der Konkurseröffnung gegen den Vorerben oder Arrestbegehren

3.3 Separate Verwaltung mit Rubrik «Vorerbschaft» anordnen

Um die Vermischung der Erbschaft mit dem persönlichen Vermögen des Vorerben zu verhindern, können Erblasser anordnen, dass die Erbschaft als separate Bankbeziehung mit der Rubrik «Vorerbschaft» verwaltet wird. In diesem Fall sollten auch Vorkehrungen für den Fall getroffen werden, dass diese Auflage nicht eingehalten wird, z.B. durch zusätzliche Informations- und Kontrollrechte der Nacherben.

3.4 Verbrauchsrecht definieren

Das Mass des zulässigen Verbrauchs der Erbschaft bei der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest hat seine Schranken im allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben. Daraus leitet sich die Pflicht des Vorerben ab, sein Verbrauchsrecht schonend auszuüben (Art. 2 Abs. 1 ZGB).¹¹⁹ Dieser Begriff ist auslegungsbedürftig. Das schafft Unsicherheit, und Unsicherheit führt regelmässig zu Streit. Deshalb sollten Erblasser in ihrer Nachlassregelung klare Vorgaben zum zulässigen Verbrauch machen: Darf der Vorerbe seinen Lebensunterhalt einseitig zulasten der Vorerbschaft bestreiten und sein persönliches Vermögen unangetastet lassen? Darf er aus der Vorerbschaft Schenkungen machen? Und wenn ja, in welchem Umfang? In der Lehre werden übliche Gelegenheitsgeschenke mehrheitlich für zulässig erklärt, während grössere Schenkungen als unzulässig gelten.¹²⁰ Hier sind klare Regeln oder feste Beträge sinnvoll, um Streitigkeiten zu vermeiden.

→ **Praxisbeispiele:**

- Das Verbrauchsrecht ist unabhängig vom persönlichen Vermögen des Vorerben, es wird ein fixer Betrag bzw. eine Quote festgelegt, oder der Verbrauch ist an bestimmte Bedingungen geknüpft (z.B. subsidiär zum eigenen Vermögen, nur auf Erträge oder nur gleichmässig im Verhältnis zum persönlichen Vermögen).
- Schenkungen werden ausgeschlossen oder nur bis zu einem Betrag bzw. einer Quote zugelassen.
- Erblasser machen spezifische Angaben dazu, wie die Nacherben die Erbschaft verwalten sollen (z.B. den Verkauf von Liegenschaften oder spekulative Anlagen verbieten) und wofür sie sie verbrauchen oder nicht verbrauchen dürfen. In diesem Fall sollte sichergestellt sein, dass die Einhaltung dieser Auflagen wirksam überwacht wird, z.B. durch zusätzliche Informations- und Kontrollrechte der Nacherben.
- Anordnung eines weiteren Nacherbfalls, falls der Vorerbe seiner Verwaltungspflicht nicht genügend nachkommt (Schutzklausel). In diesem Fall sollte sichergestellt sein, dass die Nacherben die Einhaltung durch zusätzliche Informations- und Kontrollrechte überwachen können.

Vertretbar und mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbar ist m.E. auch ein funktionaler Ansatz: Kosten, die primär durch die Erbschaft verursacht werden, dürfen vollständig aus der Erbschaft bezahlt werden. Wenn der Erblasser diesen Punkt nicht ausdrücklich geregelt hat, scheint mir das ein sinnvoller und v.a. praktikabler Ansatz zu sein.

→ **Praxisbeispiele (funktionaler Ansatz):**

- Vorerben können versuchen, sich mit den Nacherben auf einen Modus Vivendi zu einigen, weil eine laufende proportionale Kostenverteilung nicht praktikabel ist.
- Die Substanz der Erbschaft sollte erst angetastet werden, wenn die Erträge aus dem persönlichen Vermögen und der Vorerbschaft nicht ausreichen, um die Lebenshaltungskosten zu decken. In diesem Fall ist ein proportionaler Kostenschlüssel sinnvoll.
- In der Erbschaft befinden sich zwei Liegenschaften. Es ist sachgerecht, ihren Unterhalt vollständig aus Mitteln der Erbschaft zu bezahlen.
- Zur Vorerbschaft gehört ein Wertschriftendepot, das den Grossteil der Steuerbelastung generiert. M.E. können die persönlichen Steu-

ern des Vorerben konsequent aus der Erbschaft und der übrige Lebensunterhalt konsequent aus dem persönlichen Vermögen des Vorerben bezahlt werden.

- Vermögensverwaltungskosten gehen zulasten der jeweiligen Vermögensmasse. Bei einem beträchtlichen Anlagevermögen, das professionell verwaltet wird, können diese Kosten vollständig aus der Erbschaft bezahlt werden.

3.5 Zusätzliche Informations- und Kontrollrechte

Nacherben sind gesetzlich nur minimal vor Missbrauch geschützt. Denn bis zum Nacherbfall haben sie keine Informationsrechte, die über das Vorerbschaftsinventar hinausgehen, und die Vorerben schulden ihnen keine Erbschaft über die Verwaltung der Erbschaft. Erblasser, die die Nacherben besser schützen möchten, sollten sie in ihrer Nachlassregelung mit weitergehenden Informations- und Kontrollrechten ausstatten.

→ **Praxisbeispiele:**

- Der Vorerbe wird verpflichtet, die Vorerbschaft von seinem persönlichen Vermögen zu trennen (Konto und Depots mit Rubrik «Vorerbschaft»). Er muss über die Verwendung Buch führen, die Belege aufbewahren und den Nacherben periodische Informationsrechte einräumen oder einem Treuhandbüro ein Mandat für eine jährliche Revision mit Berichterstattung an die Nacherben erteilen.¹²¹
- Anordnung eines weiteren Nacherbfalls, falls der Vorerbe seiner Verwaltungs- und Informationspflicht nicht genügend nachkommt.

3.6 Nutzniessungsvermächtnis als Alternative prüfen

Soll dem überlebenden Ehegatten die bisherige Lebenshaltung ermöglicht und gleichzeitig den Nachkommen das Familienvermögen gesichert werden, ist eine Ehegattennutzniessung nach Art. 473 ZGB oft die bessere Variante. Soll der überlebende Ehegatte jedoch weitestgehend frei verfügen können, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, ist regelmässig der Nacherbeneinsetzung auf den Überrest der Vorzug zu geben.

Neben der Ehegattennutzniessung sieht Art. 484 ZGB ein allgemeines Nutzniessungsvermächtnis vor. Gerade im Hinblick auf die zahlreichen Risiken einer Nacherbeneinsetzung für die Nacherben sollte geprüft werden, ob sich das vom Erblasser anvisierte

Motiv besser mit einem Nutznießungsvermächtnis i.S.v. Art. 484 Abs. 2 ZGB umsetzen lässt.¹²² ■

- 1 Quelle: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/familien/formen-familienleben.html>. Zuletzt aufgerufen am 12.6.2022.
- 2 BGE 123 I 264, E. 2.a.
- 3 Eitel Paul, Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis, in: *successio* 2/2007 S. 82ff. (zit. Nacherbeneinsetzung), S. 96.
- 4 Vgl. BGer 5A_377/2017 vom 9.1.2017, E. 3.1; Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 84; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 488 ZGB N 3 m.w.H.
- 5 Brazerol Riccardo, Der Erbe als Willensvollstrecker, in: *INR – Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis*, Band Nr. 22, Bern 2018, N 16.
- 6 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 488 ZGB N 3 m.w.H.
- 7 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 85.
- 8 Obergericht des Kt. Zürich LF170024-O/U vom 6.6.2017, E. 5.a.
- 9 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 2 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 488 ZGB N 3 m.w.H. sowie Art. 491 ZGB N 4.
- 10 Dazu ausführlich Wunder Kilian/Flückiger Andreas, Motive und Tücken der Nacherbeneinsetzung, in: *successio* 2/2021, S. 84ff.
- 11 Vgl. BGer 5A_267/2016 vom 18.1.2017, E. 2f.; Wunder/Flückiger, S. 88f.
- 12 Iten Marc/Antonio, Die Willensvollstreckung in fünf Phasen, Zürich/Basel/Genf 2019, N 369 m.w.H.
- 13 Brazerol, N 613.
- 14 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 488 ZGB N 1 m.w.H.
- 15 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 85; BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 4 m.w.H.; Brazerol, N 20.
- 16 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 4.
- 17 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 4.
- 18 BGE 133 III 309, E. 5; BGer 5A_267/2016 vom 18.1.2017, E. 7; BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 2.3.
- 19 BGE 133 III 309, E. 5.
- 20 BGE 133 II 309.
- 21 BGE 133 III 309, E. 5; 108 II 288, E. 2; 75 II 190, E. 2; BGer 5A_330/2013 vom 24.9.2013, E. 43.
- 22 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 93; BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 5 m.w.H.
- 23 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 490 ZGB N 2f. m.w.H.
- 24 Wunder/Flückiger, S. 90.
- 25 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 490 ZGB N 2 m.w.H.
- 26 Wunder/Flückiger, S. 91.
- 27 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 91.
- 28 BGer 7B.168/2005 vom 16.1.2006, E. 4.1.
- 29 Wunder/Flückiger, S. 93 m.w.H.
- 30 Wunder/Flückiger, S. 93 m.w.H.; BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 6 m.w.H.
- 31 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 85; BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 3 m.w.H.
- 32 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 492 N 5 m.w.H.
- 33 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 3 m.w.H.
- 34 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 3.
- 35 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 9 m.w.H.
- 36 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 8 m.w.H.
- 37 Brazerol, N 19.
- 38 Flückiger Andreas, Nacherbeneinsetzung vs. Nutznießungsvermächtnis – wozu raten?, in: *successio* 2015 S. 5ff.; S. 14f. m.w.H.
- 39 BGer 5A_707/2020, E. 5.1.
- 40 BGer 5A_377/2017 vom 9.1.2017, E. 3.1; vgl. aus dem Güterrecht BGE 141 III 53 E. 5.4.4.
- 41 Brazerol, N 24.
- 42 Vgl. Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 84f.
- 43 Brazerol, N 24.
- 44 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 488 ZGB N 3 m.w.H.
- 45 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 492 N 1 m.w.H.
- 46 OGer Kt. Zürich LF170024-O/U vom 6.6.2017, E. 7.b.
- 47 Pfäffli Roland, Erbrechtliche Auswirkungen auf das Immobiliarsachenrecht, in: *successio* 2009 S. 32ff., S. 40.
- 48 Brazerol, N 25.
- 49 Brazerol, N 616; BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, Art. 518 N 22; BSK ZGB II-Schauvelberger/Keller Lüscher, Art. 602 N 2 und 9.
- 50 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 492 N 1 m.w.H.
- 51 BGer 5C.53/2006 vom 12.4.2007, E. 5.1.
- 52 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 492 ZGB N 2 m.w.H.
- 53 Dazu ausführlich Flückiger, S. 30.
- 54 Brazerol, N 19.
- 55 Flückiger, S. 14f. m.w.H.
- 56 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 8 m.w.H.
- 57 BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 2.4.
- 58 BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 3.1.
- 59 OGer Kt. ZH LB120007-O/U.doc vom 26.3.2013, E. 3.2.
- 60 Wunder/Flückiger, S. 95 m.w.H.
- 61 Dazu ausführlich Wunder/Flückiger, S. 86ff.
- 62 Dazu ausführlich Flückiger, S. 5ff.
- 63 Wunder/Flückiger, S. 90.
- 64 Wunder/Flückiger, S. 93.
- 65 Wunder/Flückiger, S. 86f.
- 66 Vgl. Zeno Raveane, Erbrechtliche Informationsansprüche und ihre Durchsetzung, in: *IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft* Band Nr. 30, S. 50ff. N 155ff. m.w.H.
- 67 Eitel Paul, Die Anwartschaft des Nacherben, Diss. Bern 1991 (zit. Anwartschaft), S. 125 m.w.H.
- 68 Brazerol, N 100 m.w.H.
- 69 Raveane, N 158 m.w.H.
- 70 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 490 ZGB N 20 m.w.H.
- 71 Flückiger, S. 24.; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 490 ZGB N 20 m.w.H.
- 72 Flückiger, S. 16.
- 73 Brazerol, N 23.
- 74 Eitel, Anwartschaft, S. 155.
- 75 BGer 5A_377/2016 vom 9.1.2017, E. 3.2; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 19f. m.w.H.
- 76 BGer 5A_377/2016 vom 9.1.2017, E. 3.2; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 20 m.w.H.
- 77 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 85 m.w.H.
- 78 BGer 5A_143/2015, E. 4.3.2; BK-Weimar, Art. 491 ZGB N 8.
- 79 BGE 116 II 259, E. 4.a.
- 80 BGE 116 II 259, E. 4.a.
- 81 BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 3.3.2.
- 82 Wunder/Flückiger, S. 93.
- 83 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 8 m.w.H.
- 84 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 8 m.w.H.
- 85 BGE 129 III 113.
- 86 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 86.
- 87 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 8 m.w.H.
- 88 BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 3.1.1; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 16 m.w.H.
- 89 Vgl. zu den Beweisproblemen BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 3.2ff.
- 90 Wunder/Flückiger, S. 93.
- 91 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 2; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 19f. m.w.H.
- 92 Brazerol, N 21.
- 93 Vgl. BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 6 m.w.H.; vgl. PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 14f. m.w.H.
- 94 Flückiger, S. 25 m.w.H.
- 95 Vgl. PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 19f. m.w.H.
- 96 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 6 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 15 m.w.H.
- 97 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 6 m.w.H.; vgl. PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 490 ZGB N 15 m.w.H.
- 98 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 6 m.w.H.
- 99 Vgl. BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 6 m.w.H.; vgl. PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 N 14f. m.w.H.
- 100 BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 2.1; Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 87.
- 101 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 87; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 488 ZGB N 1 m.w.H.
- 102 Vgl. BGer 5A_715/2015 vom 14.4.2016, E. 2.1.
- 103 Eitel, Nacherbeneinsetzung, S. 87.
- 104 BGE 100 II 92; BGer 5C.53/2006 vom 12.4.2007, E. 5.2.
- 105 BGer 5A_713/2011 vom 2.2.2021, E. 4.2.
- 106 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 23ff. m.w.H.
- 107 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 23f. m.w.H.
- 108 PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 26 m.w.H.
- 109 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 8 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht-Liatowitsch/Schürmann, Art. 491 ZGB N 23 m.w.H.
- 110 Flückiger, S. 30.
- 111 BGE 123 I 264, E. 2.a; Komm. ESchStR-Hunziker, §9 N 10.
- 112 PraxKomm Erbrecht-Tarolli/Stebler, Anhang Steuern N 81; Komm. ESchStR-Ramp/Fischer/Buchmann, § 11 N 50f.
- 113 Wunder/Flückiger, S. 94 m.w.H.
- 114 Komm. ESchStR-Fischer/Ramp/Trutmann, § 10 N 25.
- 115 Iten, N 393f.
- 116 Komm. ESchStR-Sieber/Oehrl, § 14 N 29.
- 117 PraxKomm Erbrecht-Tarolli/Stebler, Anhang Steuern N 82.
- 118 Flückiger, S. 32.
- 119 Brazerol, N 22.
- 120 BSK ZGB II-Bessenich, Art. 491 N 8 m.w.H.
- 121 Wunder/Flückiger, S. 92.
- 122 Dazu ausführlich Flückiger, S. 10ff.