

Richard Permann
Fraentalweg 117
CH-8045 Zürich
E-Mail: rpermann@tiscalinet.ch

Tel. ++41 1 461 32 32



von lic. iur. RICHARD PERMANN, Zürich

ÜBUNGEN IM ZGB Sommersemester 1995
für Studierende nach bestandener Zwischenprüfung

Fall Nr. 5
Gruppe: L - R bei
Dr. **P. Karrer**, Rechtsanwalt

Semester: Hörer (Auditor)

Dr. Pierre A. Karrer
Pestalozzi Gmuer & Patry
Löwenstrasse 1
8001 Zürich

Fall 5

Der in der Schweiz wohnhafte amerikanische Staatsangehörige A konsultiert Sie. Er ist 50 Jahre alt, seine Kinder aus erster Ehe bald 30 Jahre. Er beabsichtigt wieder zu heiraten, und zwar die um 10 Jahre jüngere F. In der Schweiz besitzt er eine Liegenschaft und ein beträchtliches Wertschriftenvermögen, einschliesslich eines Paketes Stimmrechtsaktien an einer schweizerischen Publikumsaktiengesellschaft.

Der US\$ 600'000.-- übersteigende Nachlass eines Amerikaners unterliegt weltweit der amerikanischen Nachlasssteuer zum Satz von 50% (vereinfacht). Diese Steuer möchte A möglichst tief halten. Dabei hat er an die Möglichkeit eines Trust gedacht. Dazu konsultiert er ausländische Anwälte.

Von Ihnen möchte er wissen, was ihm das schweizerische Recht bietet. Was fragen Sie ihn ? Was raten Sie ihm ?

Inhaltsverzeichnis

1.	Güterrechtliche Problematik	1
1.1.	Anwendbares Recht (Güterrechtsstatut)	1
1.2.	Güterstände	1
1.2.1.	Ordentlicher Güterstand: Errungenschaftsbeteiligung	1
1.2.1.1.	Güterrechtliche Auseinandersetzung beim Güterstand Errungenschaftsbeteiligung	2
1.2.2.	Güterstand der Gütertrennung	2
1.2.2.1.	Güterrechtliche Auseinandersetzung des Güterstandes der Gütertrennung	2
1.2.3.	Güterstand der Gütergemeinschaft	3
1.2.3.1.	Allgemeine Gütergemeinschaft	3
1.2.3.2.	Errungenschaftsgemeinschaft	3
1.2.3.3.	Ausschlussgemeinschaft	3
1.2.4.	Güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Gütergemeinschaft	4
2.	Erbrechtliche Problematik	4
2.1.	Anwendbares Recht (Erbstatut)	4
2.2.	Gesetzliche Erbfolge	4
2.3.	Gewillkürte Erbfolge	5
2.3.1.	Verfügbare Quote	5
2.3.2.	Testament	5
2.3.2.1.	Das eigenhändige Testament	6
2.3.2.1.1.	Formvorschriften	6
2.3.2.2.	Das öffentliche Testament	6
2.3.2.2.1.	Hauptform	6
2.3.2.2.2.	Nebenform	7
2.3.2.3.	Das mündliche Testament	7
2.3.2.4.	Aufhebbarkeit des Testaments	7
2.3.3.	Erbvertrag	8
2.3.3.1.	Form des Erbvertrages	8
2.3.3.2.	Aufhebbarkeit des Erbvertrages	8
2.3.3.3.	Der einseitige Rücktritt vom Erbvertrag	9
2.7.1.	Liegenschaft	9
2.7.2.	Wertschriftenvermögen	9
2.7.3.	Stimmrechtsaktien an einer schweizerischen Publikumsaktiengesellschaft	10

2.8.	Der Willensvollstrecker	10
2.9.	Steuerrechtliche Problematik	10
2.9.1.	Besteuerung des Nachlasses im Kanton Zürich	10
2.9.2.	Schenkung	11
2.9.3.	Stiftung	12
3.	Ergebnis Was ist A in seinem konkreten Fall zu raten?	12

Literaturverzeichnis

- BOTSCHAFT des Bundesrates zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BBI 1983 I 263-519.
- DRUEY Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 3. Aufl., Bern 1992.
- HAUSHEER Heinz/REUSSER Ruth/GEISER Thomas: Berner Kommentar, Bd. II/1/3/1, Kommentar zu Ehe- und Erbrecht, Bern 1992.
- HEGNAUER Cyril/BREITSCHMID Peter: Grundriss des Ehe- und Erbrechts, 3. Aufl., Bern 1993.
- HÖHN Ernst/ZUPPINGER Ferdinand: Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1993.
- HONSELL Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Bern 1992.
- MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter: Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Aufl., Bern 1993.
- NÄF-HOFMANN Marlies und Heinz: Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. Zürich 1989.
- PIOTET Paul: Das Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV, 1, Basel/Stuttgart 1978/1981; Nachtrag, Basel/Frankfurt a.M. 1986.
- SCHNYDER Anton K.: Das neue IPR-Gesetz, Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), 2. Aufl., Zürich 1990 [zitiert: Schnyder, IPR].
- TUOR Peter/SCHNYDER: Bernhard: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Aufl., Zürich, 1986 [zitiert: Tuor/Schnyder].
- VALLENDER Klaus A.: Schweiz. Steuer-Lexikon, Nachschlagewerk für eidgenössische und kantonale Steuern Einschätzungs- und Steuerjustiz-Praxis, Bd. 3, 17. Aufl., Zürich 1991.

1. Güterrechtliche Problematik

Die im vorliegenden Fall zu bearbeitende Problematik enthält Fragestellungen aus mehreren Rechtsgebieten¹. Der Verfasser wird versuchen, anhand einer Lösung eine Fallbearbeitung in der Form eines Gutachtens zu machen, die als Beratungsgrundlage des A dienen soll. Es drängt sich bei der vorliegenden Fallkonstellation zunächst die Bearbeitung der güterrechtlichen Problematik auf².

1.1. Anwendbares Recht (Güterrechtsstatut)

Da sich im vorliegenden Fall der Hinweis befindet, dass schweizerisches Recht zu prüfen ist, entspricht dies der gesetzlichen Regelung. Ohne eine ausdrückliche Rechtswahl unterstehen die güterrechtlichen Verhältnisse dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten Wohnsitz haben oder gleichzeitig gehabt haben, Art. 54 I IPRG. Folglich wäre ohne eine ausdrückliche Rechtswahlklausel auf den vorliegenden Fall schweizerisches Ehegüterrecht anwendbar.

1.2. Güterstände

Die zukünftigen Ehegatten A und F haben nach schweizerischem Ehegüterrecht nur die Wahl der vom Gesetz vorgesehenen Güterstände³. Hierzu können Sie wählen zwischen: Ordentlicher Güterstand; Errungenschaftsbeteiligung, Güterstand der Gütertrennung und Güterstand der Gütergemeinschaft mit drei Varianten. Das eheliche Güterrecht regelt die Fragen nach der Wirkung der Ehe auf die Güter und das Vermögen der Ehegatten. Insbesondere geht es um das Eigentum, die Verwaltung, Nutzung und Verfügung, die Haftung und schliesslich um die güterrechtliche Auseinandersetzung in Folge von Tod oder Scheidung der Ehe. Den Ehegatten ist es gestattet, Art. 168 ZGB, untereinander Rechtsgeschäfte abzuschliessen.

1.2.1. Ordentlicher Güterstand: Errungenschaftsbeteiligung

Sofern A und F in bezug auf den Güterstand keinen Ehevertrag abschliessen oder der ausserordentliche Güterstand eingetreten ist, dann gilt für sie der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 181 ZGB⁴. Dieser Güterstand ist dadurch gekennzeichnet, dass jeder Ehegatte während des Güterstandes sein Vermögen selbst verwalten und bei

¹ Gemäss dem Sachverhalt sind von A ausländische Rechtsanwälte mit der Abklärung der Rechtslage bei einem Trust beauftragt worden. Folglich ist keine dahingehende Bearbeitung vorzunehmen.

² Bei Auflösung der Ehe bspw. durch Tod geht die güterrechtliche Auseinandersetzung der erbrechtlichen voraus vgl. Hegnauer/Breitschmid, N 26.04 + N 28.53; ebenfalls Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182 ZGB N 16.

³ Brautleute oder Ehegatten können den Güterstand nur innerhalb der gesetzlichen Schranken wählen, aufheben oder ändern, vgl. Hegnauer/Breitschmid N 23.07; Tuor/Schnyder, § 25 I b; Näf-Hofmann, RNr. 523.

⁴ Das Gesetz benutzt den Terminus: ordentlicher Güterstand.

dessen Auflösung am Vorschlag des anderen teilhat. Jeder Ehegatte behält das Eigentum an dem, was er zu Beginn des Güterstandes und während des Bestehens des Güterstandes Errungenschaftsbeteiligung erwirbt, Art. 196 ZGB. Jeder Ehegatte verwaltet, nutzt und verfügt innerhalb der gesetzlichen Schranken über sein Vermögen, Art. 201 I ZGB. Schranken werden nur durch die Wirkungen der Ehe im allgemeinen gesetzt, wie z.B.

- die Pflicht, das Wohl der Gemeinschaft zu wahren, Art. 159 I + II ZGB;
- die Pflicht für den gemeinsamen Unterhalt zu sorgen, Art. 163 I + II ZGB;
- Beistandspflicht zur Leistung ausserordentlicher Beiträge an den Unterhalt⁵;
- Pflicht zur angemessenen Entschädigung für ausserordentliche Beiträge an den Unterhalt, Art. 165 ZGB;
- Vertretung der Familie während der Ehe, Art. 166 ZGB.

Weiterhin zeichnet sich der Güterstand Errungenschaftsbeteiligung durch die Haftung jedes Ehegatten mit seinem gesamten Vermögen für alle Schulden⁶ aus, Art. 202 ZGB.

1.2.1.1. Güterrechtliche Auseinandersetzung beim Güterstand Errungenschaftsbeteiligung

Bei Auflösung des Güterstandes Errungenschaftsbeteiligung durch Scheidung oder Tod erfolgt die güterrechtliche Auseinandersetzung nach folgendem Schema:

- es wird zunächst eine Ausscheidung des Vermögens von Mann und Frau vorgenommen;
- der Vorschlag⁷ wird berechnet und es wird die Beteiligung bestimmt.

Das vor Begründung des Güterstandes im Eigentum eines jeden Ehegatten stehende Vermögen, wird wieder diesem wieder zugewiesen.

1.2.2. Güterstand der Gütertrennung

Beim Güterstand der Gütertrennung behält jeder Ehegatte das Eigentum an seinem Vermögen⁸, Art. 247 ZGB. Es existiert überhaupt kein eheliches Vermögen.

1.2.2.1. Güterrechtliche Auseinandersetzung des Güterstandes der Gütertrennung

⁵ Vgl. Hegnauer/Breitschmid, N 25.15.

⁶ Es ist gleichgültig um was für eine Art von Schulden es sich handelt, Hegnauer/Breitschmid, N 25.19.

⁷ Der Vorschlag ist der positive Saldo (Aktivsaldo), der vom Gesamtwert der Errungenschaft unter Einschluss der hinzugerechneten Vermögenswerte und der Ersatzforderungen verbleibt, nachdem sämtliche auf der Errungenschaft lastenden Schulden, Art. 209 II ZGB, mit dem Zins- und Verzugsschulden und den Ersatzforderungen des Eigengutes abgezogen worden sind; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 210 ZGB N 8.

⁸ Ergänzend ist auch das Einkommen auseinanderzuhalten, vgl. Hegnauer/Breitschmid, N 22.06.

Bei der Auflösung des Güterstandes behält jeder Ehegatte, was er hat. Es stellen sich im Vergleich zu anderen Güterständen keinerlei Probleme⁹. Bei diesem Güterstand hat die Ehe keinerlei Auswirkungen auf das Vermögen der Ehegatten.

1.2.3. Güterstand der Gütergemeinschaft

Beim Güterstand der Gütergemeinschaft¹⁰ werden die eingebrachten Güter beider Ehegatten zum Gesamtgut, das beiden Ehegatten gemeinsam gehört, von ihnen gemeinsam verwaltet und genutzt wird und über welches sie gemeinsam verfügen können, Art. 221 ff. ZGB. Dieser Güterstand bedarf zu seiner Begründung eines öffentlich beurkundeten Ehevertrages, Art. 222 ZGB ff. i.V.m. Art. 184 ZGB. Charakteristisch ist die Tatsache, dass ein Teil des Vermögens, das Gesamtgut, den Ehegatten als Gesamteigentum zur Verfügung steht. Das Gesamtgut¹¹ gehört beiden Ehegatten ungeteilt mit der Folge, dass darüber kein Ehegatte eigenmächtig verfügen darf, Art. 222 III ZGB. Der Güterstand bietet grundsätzlich drei Varianten an, bei dem über Vermögenswerte gezielt verfügt werden kann:

1.2.3.1. Allgemeine Gütergemeinschaft

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft¹² umfasst alles Vermögen sämtliche Einkünfte der Ehegatten mit Ausnahme des gesetzlichen Eigenguts, Art. 222 I ZGB. Dieser Güterstand der Gütergemeinschaft gilt, sofern im Ehevertrag keine Regelungen in bezug auf das Gesamtgut getroffen worden sind.

1.2.3.2. Errungenschaftsgemeinschaft

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist die Gütergemeinschaft auf die Errungenschaft beschränkt, Art. 223 I ZGB. Der Begriff der Errungenschaft umfasst ebenso wie im Güterstand über die Errungenschaftsbeteiligung (ordentlicher Güterstand gem. Art. 197 ZGB), die Vermögenswerte, die die Ehegatten während der Dauer des Güterstandes entgeltlich erwerben, vgl. die in Art. 197 II Ziff. 2 - 5 aufgeführten Vermögenswerte.

1.2.3.3. Ausschlussgemeinschaft

Als dritte und letzte Variante der Gütergemeinschaft haben A und F die Wahl auf die Ausschlussgemeinschaft¹³. Dabei sieht der Ehevertrag den

⁹ Tuor/Schnyder, § 28 II.

¹⁰ Hegnauer/Breitschmid, N 22.07; Tuor/Schnyder, § 27 ff..

¹¹ Dem Gesetz ist eine Umschreibung des Gesamtgutes nicht zu entnehmen. Nach der Literatur kann das Gesamtgut definiert werden als Vermögen und Einkünfte der Ehegatten, soweit sie nicht Eigengut sind; vgl. Tuor/Schnyder, § 27 I a.

¹² Vgl. Hegnauer/Breitschmid, N 28.10; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182 ZGB N 40; Tuor/Schnyder, § 27 I b.

¹³ Hegnauer/Breitschmid, N 28.12.

Ausschluss bestimmter Vermögenswerte, wie bspw. Grundstücke, von der Gütergemeinschaft aus, Art. 224 I ZGB.

1.2.4. Güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Gütergemeinschaft

Die güterrechtliche Auseinandersetzung beim Güterstand der Gütergemeinschaft gliedert sich in drei Schritte:

- Feststellung des Gesamtgutes
- Bestimmung der Anteile
- und Durchführung der Teilung.

Gem. Art. 241 I ZGB steht bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch Tod oder Vereinbarung eines anderen Güterstandes jedem Ehegatten oder seinen Erben die Hälfte des Gesamtgutes zu¹⁴. Bei einer entsprechenden Vereinbarung zwischen A und F in einem Ehevertrag, dass zwischen ihnen allgemeine Gütergemeinschaft bestehen soll, hätte dies für A den Vorteil, dass sich im Falle seines Ablebens, sein Nachlass auf die Hälfte reduzieren würde.

2. Erbrechtliche Problematik

2.1. Anwendbares Recht (Erbstatut)

Bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts ist bei der objektiven Anknüpfung vom letzten Wohnsitz des Erblassers auszugehen¹⁵. Verstirbt eine Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, so ist gem. Art. 90 I IPRG schweizerisches Recht anzuwenden. Dieses Erbstatut ist anwendbar auf Mobilien und Immobilien¹⁶. Da A amerikanischer Staatsangehöriger ist, hat er gem. Art. 90 II IPRG auch die Wahl, durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag den Nachlass dem amerikanischen Recht zu unterstellen. Deswegen wäre ihm zu raten, eine ausdrückliche Rechtswahlklausel in Bezug auf das schweizerische Recht vorzunehmen, um späteren Missverständnissen zuvorzukommen. Also ist auf den vorliegenden Fall schweizerisches Recht anzuwenden.

2.2. Gesetzliche Erbfolge

Bevor A überhaupt eine Verfügung von Todes wegen oder auf den Todesfall vornimmt, muss die gesetzliche Erbfolge geprüft werden. Damit erhält A eine Entscheidungsgrundlage, die ihm die Frage beantwortet, was passiert, wenn er selbst keine Verfügung von Todes wegen oder auf den Todesfall vornimmt. Die gesetzliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten am Nachlass in Konkurrenz mit Nachkommen des Erblassers beurteilt sich gem. Art. 457 I i.V.m. Art. 462 Ziff. 1 ZGB. Da die überlebende F mit Kindern des A aus erster Ehe zu teilen hätte, würde sie die Hälfte des

¹⁴Hegnauer/Breitschmid, N 28.44. Eine Beeinträchtigung der Pflichtteilsansprüche [Art. 241 III ZGB] wäre durch einen solchen Ehevertrag nicht gegeben, vgl. die Ausführungen unter Ziff. 2.3.1., weil der Pflichtteil der Kinder mit 3/8 berechnet wurde und gewahrt wäre.

¹⁵Schnyder, [IPR] S. 83.

¹⁶Botschaft Ziff. 263.2.

Nachlasses erhalten. Die andere Hälfte würde an die Kinder des A aus erster Ehe fallen. Diese erben zu gleichen Teilen, Art. 457 II ZGB. In diesem Zusammenhang wäre an A die Frage zu stellen:

Sind Sie von Ihrer Ehefrau aus erster Ehe rechtskräftig geschieden? Leben Sie von Ihrer Ehefrau gerichtlich getrennt?

Ist Ihre Ehefrau verstorben?

Bei der ersten Variante (rechtskräftige Scheidung) hat der geschiedene Ehegatte keine Erbensprüche gegen A¹⁷. Bei der zweiten Variante (gerichtliche Trennung) tritt gem. Art. 155 ZGB von Gesetzes wegen Gütertrennung ein mit der Folge, dass noch erbrechtliche Ansprüche¹⁸ der ersten Ehefrau gegen A bestehen, solange keine rechtskräftige Scheidung vorliegt. Bei der dritten Variante (Tod) entfallen logischerweise Erbrechtansprüche.

Sodann ist daran zu denken, dass F gegenüber A nach seinem Tod, neben den erbrechtlichen Ansprüchen auch güterrechtliche Ansprüche geltend machen kann¹⁹.

2.3. Gewillkürte Erbfolge

A ist es freigestellt im Rahmen des Gesetzes über sein Vermögen Verfügungen vorzunehmen, die vom gesetzlichen Erbrecht abweichen. Bei der Wahl der gewillkürten Erbfolge muss man jedoch zunächst ermitteln, wie hoch die verfügbare Quote des A ist²⁰.

2.3.1. Verfügbare Quote

A muss vor Errichtung seiner letztwilligen Verfügung, die Schranken kennen, die durch das Pflichtteilsrecht statuiert werden²¹. Um festzulegen, über welche Quote A verfügen kann, muss man die Pflichtteile bestimmen, sie zusammenzählen und das Ergebnis vom Gesamtnachlass subtrahieren. In unserem Fall beurteilt sich der Pflichtteil für die Kinder von A gem. Art. 471 Ziff. 1 ZGB und beträgt je drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs, also $\frac{3}{8}$. F hat einen Pflichtteilsanspruch, der die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs, also $\frac{1}{4}$ ausmacht, Art. 471 Ziff. 3 ZGB. Addiert man die Pflichtteilsansprüche zusammen, dann kommt man auf $\frac{5}{8}$. Und subtrahiert man sie vom Gesamtnachlass, so ergibt sich für A eine verfügbare Quote von $\frac{3}{8}$ des Nachlasses²².

¹⁷Es bestehen weder gesetzliche Erbensprüche zwischen Geschiedenen, Art. 462 ff. ZGB, noch solche aus Verfügungen von Todes wegen, die ein Geschiedener vor der Scheidung zugunsten des anderen Ehegatten errichtet hat, so Tuor/Schnyder, § 21 Ziff. 2.

¹⁸Durch die gerichtliche Trennung wird eine Trennung von Tisch und Bett herbeigeführt. Das heisst die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft, zum Zusammenleben der Ehegatten wird aufgehoben. Die Ehe aber bleibt rechtlich bestehen; vgl. Tuor/Schnyder § 21 II 6b.

¹⁹Siehe Ziff. 1.2. ff..

²⁰Tuor/Schnyder, § 59 Ziff. 2; Druey, § 6 N 21.

²¹Tuor/Schnyder, § 59 Ziff. 3.

²²Die verfügbare Quote ist für beide Arten von Verfügungen, also Testamente und Erbverträge identisch, Tuor/Schnyder, § 57 III.

2.3.2. Testament

Nachdem die A zustehende Quote in Höhe von $\frac{3}{8}$ über die er verfügen darf, festgestellt worden ist, kommt für ihn als erste Verfügung von Todes wegen ein Testament in Betracht. Beim Testament handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen, das Willensausdruck nur einer Person ist, von der sie folgerichtig allein abhängt in Entstehung, Fortdauer und deren Wirkungen²³.

2.3.2.1. Das eigenhändige Testament

Die wohl am häufigsten gebrauchte Testamentsart ist das eigenhändige Testament, das sich durch seine Einfachheit auszeichnet und dem Erblasser die Möglichkeit der Geheimhaltung der Tatsache des Testierens wie auch des Inhalts gestattet. Es handelt sich dabei um eine vom Erblasser geschriebene, datierte und unterzeichnete Urkunde, die seinem letzten Willen entspricht. Es erübrigt sich eine Bekräftigung durch Zeugen, noch bedarf es der öffentlichen Beglaubigung durch einen Notar, noch muss A das eigenhändige Testament bei einer Amtsstelle hinterlegen. A bleibt es überlassen, es am Ort seiner Wahl aufzubewahren oder es einer Vertrauensperson zur Aufbewahrung zu übergeben. Gem. Art. 505 II ZGB kann der Erblasser sein eigenhändiges Testament offen oder verschlossen einer eigens dafür vorgesehenen kantonalen Stelle²⁴ zur Aufbewahrung übergeben.

2.3.2.1.1. Formvorschriften

Ein eigenhändiges Testament muss vom A von Anfang bis zum Ende persönlich von Hand geschrieben werden, es muss den Ort angeben an dem es errichtet worden ist, das Datum enthalten und schliesslich muss es mit Vor- und Zunamen unterschrieben werden, Art. 505 I ZGB.

2.3.2.2. Das öffentliche Testament

Neben dem eigenhändigen Testament besteht für A die Möglichkeit, seinen letzten Willen in der Form des öffentlichen Testaments zu errichten. Das öffentliche Testament ist durch formelle Regeln gekennzeichnet²⁵, das eine rechtskundige Beratung, Einhaltung der Formen, sichere Aufbewahrung und die Echtheit des Testierungs-Aktes dokumentieren soll, Art. 499 - 504 ZGB. Es wird errichtet, unter Mitwirkung von zwei Zeugen und der Hinterlegung bei einer Amtsstelle. Es handelt sich, wenn man vom Wohnsitz des A im Kanton Zürich ausgeht, um das Notariat an seinem Wohnsitz²⁶.

2.3.2.2.1. Hauptform

²³Tuor/Schnyder, § 57 II.

²⁴Im Kanton Zürich ist dies gem. § 1 a) Ziff. 3 Notariatsgesetz das Notariat.

²⁵Tuor/Schnyder, § 60 II b.

²⁶Vgl. § 1 a) Ziff. 1 des Notariatsgesetzes.

Die Hauptform des öffentlichen Testaments besteht aus zwei engverbundenen Akten. Zunächst einmal müsste A dem Notar (Beamter i.S.v. Art. 500 I ZGB) seinen Testierwillen mitteilen (mündlich oder mittels Übergabe eines Schriftstücks). Der Notar setzt daraufhin eine Urkunde auf und gibt sie A zum Lesen. Das Lesen muss in der Anwesenheit des Notars erfolgen²⁷. Dieses Schriftstück ist dann von A und dem Notar zu unterschreiben, der auch das Datum hinzufügt, (Art. 500 ZGB). Der zweite Akt erfordert die Mitwirkung von zwei Zeugen, die beim ersten Akt, also der Testamentserrichtung, nicht zugegen gewesen sein müssen. Damit kann den Zeugen der Inhalt des öffentlichen Testaments vorenthalten werden. Danach muss A dem Notar²⁸ gegenüber in der Gegenwart dieser beider Zeugen²⁹ die Erklärung abgeben, er habe die Urkunde gelesen und sie enthalte seine letztwillige Verfügung. Anschliessend bestätigen beide Zeugen durch ihre Unterschrift auf der Urkunde, dass A diese Erklärung abgegeben hat und dass er sich nach deren Auffassung im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden habe (Art. 501 ZGB). Die Zeugen sind nicht gehalten zu bestätigen, dass A die Urkunde vor den Zeugen und dem Notar unterschrieben und die vorgeschriebene Erklärung abgegeben habe³⁰.

2.3.2.2.2. Nebenform

Bei der Nebenform gem. Art. 502 ZGB liest und unterschreibt A die Urkunde nicht, sondern der Notar liest seinen letzten Willen vor, was in Gegenwart der beiden Zeugen erfolgen muss, weshalb diese notwendigerweise den Inhalt des Testaments erfahren³¹. Die Unterschrift des A wird dadurch ersetzt, dass A erklärt, die Urkunde enthalte seine letzte Verfügung.

2.3.2.3. Das mündliche Testament

Gem. Art. 506 - 508 ZGB steht A als letzte Testamentsform das mündliche Testament zur Verfügung. Es handelt sich hierbei um eine öffentliche letzte Verfügung, die die Mitwirkung des A auf ein Mindestmass reduziert. Das mündliche Testament ist charakterisiert durch eine mündliche Erklärung des erblasserischen Willens vor zwei Zeugen, die gleichzeitig anwesend sein müssen³². Der Inhalt des erblasserischen Willens ist „sofort“ von einem Zeugen niederzuschreiben und von beiden Zeugen zu unterzeichnen. Diese letzte Verfügung kann gem. Art. 507 III ZGB von den beiden Zeugen auch mündlich zu Protokoll des Notariats abgegeben werden.

2.3.2.4. Aufhebbarkeit des Testaments

²⁷BGE 65 II 214.

²⁸BGE 103 II 87.

²⁹BGE 89 II 367.

³⁰BGE 103 II 84.

³¹BGE 66 II 89.

³²BGE 104 II 68; Tuor/Schnyder, § 60 II c.

Der entscheidende Vorteil der oben aufgeführten Testamente für A ist, dass diese von ihm beliebig und jederzeit wieder aufgehoben werden können. Die ausdrückliche Erklärung muss allerdings in einer für die Testamenterrichtung vorgesehenen Formen erfolgen (Art. 507 I ZGB).

2.3.3. Erbvertrag

Als zweite letztwillige Verfügung sieht das Gesetz den Erbvertrag vor, Art. 512 ff. ZGB. Der Erbvertrag ist die zweiseitige Verfügung von Todes wegen, die eine übereinstimmende Willenserklärung zweier Personen, also des Erblassers und des Mitkontrahenten beinhaltet³³. Dieser Vertrag bindet beide Vertragsparteien. Beispielsweise könnte A mit F einen Erbvertrag mit dem Inhalt abschliessen, dass sie ein lebenslanges Nutzniessungsrecht an seiner Liegenschaft eingeräumt bekommt, während F sich verpflichtet, ihrerseits für die Pflege des A besorgt zu sein. In diesem Zusammenhang drängt sich an A die Frage auf:

Möchten Sie durch den Abschluss eines Erbvertrages mit F ihr die Nutzniessung an der Liegenschaft übertragen, während diese sich verpflichten müsste, Sie im Falle Ihrer Bedürftigkeit zu pflegen?

2.3.3.1. Form des Erbvertrages

Der Erbvertrag bedarf zu seiner Rechtsgültigkeit im wesentlichen der Form des öffentlichen Testaments (Art. 512 ZGB), selbstverständlich unter Berücksichtigung der Spezifikationen, die er als zweiseitiger Vertrag mit sich bringt. Beide, A wie auch F, müssten gleichzeitig dem Notar ihren Willen kundgeben. Haben sich beispielsweise A und F auf den Inhalt des Erbvertrages geeinigt, dann muss der Erbvertrag vom Notar und den zwei Zeugen unterschrieben werden. Eine öffentliche Hinterlegung ist für den Erbvertrag nicht vorgesehen³⁴. Jedoch erhalten sowohl A als auch F eine Ausfertigung.

2.3.3.2. Aufhebbarkeit des Erbvertrages

Im Vergleich zum Testament ist der Erbvertrag schwerfälliger. So ist die durch den Erbvertrag bewirkte vertragliche Gebundenheit grundsätzlich nur durch das gegenseitige Einverständnis beider Vertragsparteien wieder aufhebbar³⁵. Die Aufhebbarkeit erfolgt im gegenseitigen schriftlichen Einvernehmen, Art. 513 I ZGB. Bereits hier muss man A darauf aufmerksam machen, dass eine einseitige Aufhebbarkeit des Erbvertrages durch ihn, nur erfolgen kann, wenn hierfür ein Grund i.S.v. Art. 513 II i.V.m. Art. 477 ZGB vorliegt. Dies wäre etwa der Fall, wenn F gegenüber A oder eine ihm nahestehende Person ein schweres Verbrechen begangen hat.

³³Vgl. Tuor/Schnyder, § 57 II.

³⁴Tuor/Schnyder, § 60 III.

³⁵Tuor/Schnyder, § 62 II.

Sollte sich A entscheiden, mit einem oder mit sämtlichen seiner Kinder einen Erbvertrag zu schliessen, dann ist für ihn ein Aufhebungsgrund gem. Art. 513 II i.V.m Art. 477 Ziff. 2 ZGB bei einer schweren Verletzung familienrechtlicher Pflichten gegenüber A oder einem dessen Angehörigen gegeben.

2.3.3.3. Der einseitige Rücktritt vom Erbvertrag

A hat unter eng umschriebenen Möglichkeiten eine Rücktrittsmöglichkeit vom Erbvertrag. Für den Rücktritt ist es erforderlich, dass F ihre vertraglichen Pflichten aus dem Erbvertrag nicht gehörig erfüllt. Dann kann A den Rücktritt vom Erbvertrag gem. Art. 514 ZGB erklären. Das gleiche Recht steht auch F zu, sollte sie von Ihrem Nutzniessungsrecht nicht vertragskonform Gebrauch machen können. Die Rechtslage ist mit den Rechtsfolgen aus dem Obligationenrecht zu vergleichen (Kauf Art. 184 ff. OR). Der benachteiligten Vertragspartei steht folglich die Wahl zu, entweder auf Erfüllung des Erbvertrages nebst Schadenersatz zu klagen oder aber den Rücktritt zu erklären. Das geht natürlich nur, wenn der Gegenpartei erfolglos eine Frist zur vertragsgemässen Erfüllung angesetzt worden ist.

2.7.1. Liegenschaft

Bei der Liegenschaft, die A gehört, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, ob er sie bewohnt und ob er beabsichtigt, darin mit F zu wohnen. Deshalb müssten in Zusammenhang mit der Liegenschaft die nachfolgenden Fragen an A gerichtet werden:

- *Bewohnen Sie oder eines Ihrer Kinder die Liegenschaft?*
- *Haben Sie Mietzinseinnahmen aus dieser Liegenschaft?*
- *Möchten Sie nach ihrem Tod, dass die Liegenschaft in das Erbgut fällt und der gesamten Erbengemeinschaft zufällt oder wollen Sie F hieran ein lebenslanges Nutzniessungs- bzw. ein Wohnrecht einräumen?*

Gem. Art. 473 I ZGB kann der Erblasser dem überlebenden Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen gegenüber den gemeinsamen und den während der Ehe nichtgemeinsamen Kindern und deren Nachkommen Nutzniessung an dem ganzen ihnen zufallenden Teil der Erbschaft zuwenden. In unserem Fall ist jedoch die Voraussetzung der *gemeinsamen und der während der Ehe nichtgemeinsamen Kindern* nicht erfüllt. Bei den Kindern des A handelt es sich um Kinder aus einer vorhergehenden Ehe. Damit ist diese Vorschrift hier unanwendbar.

Zu denken wäre aber an Art. 776 ZGB.

Danach könnte A seiner zukünftigen Ehefrau F die Befugnis einräumen, in seiner Liegenschaft Wohnung zu nehmen. Dieses Recht ist von Gesetzes wegen jedoch weder übertragbar, noch vererblich. Um die Unsicherheit bei der Liegenschaft nach dem Tod von A von vornherein auszuschliessen, sollte A eine klare Verfügung zu seinen Lebzeiten treffen in Bezug auf ein Nutzniessungs- bzw. Wohnrecht.

2.7.2. Wertschriftenvermögen

Ein Wertschriftenvermögen bereitet insofern weniger Schwierigkeiten, als es sich bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung kapitalisieren lässt. So wurde oben festgestellt, dass A über eine Quote von $\frac{3}{8}$ des gesamten Nachlasses verfügen kann. Um seinen Testierwillen zu kennen, muss in diesem Zusammenhang an A die Frage gestellt werden:

Wie möchten Sie die Quote von $\frac{3}{8}$ Ihres Wertschriftenvermögens auf Ihre Erben verteilen?

2.7.3. Stimmrechtsaktien an einer schweizerischen Publikumsaktiengesellschaft

Bei der Verfügungsmöglichkeit der Stimmrechtsaktien³⁶ an einer schweizerischen Publikumsaktiengesellschaft kann A wiederum bestimmen, wie und ob eine Quote von $\frac{3}{8}$ nach seinem Tod zu verteilen sind, sofern es die Statuten dieser Publikumsaktiengesellschaft gestatten, dass die Stimmrechtsaktien auf Erben übertragen werden können. Da der Sachverhalt zur Übertragbarkeit der Stimmrechtsaktien keine Angaben enthält, müsste an A die Frage gestellt werden:

Können die Stimmrechtsaktien an der schweizerischen Publikumsaktiengesellschaft an die in Frage kommenden Erben ohne Einschränkungen übertragen werden?

2.8. Der Willensvollstrecker

Damit A die Gewissheit hat, dass seine letztwillige Verfügung auch rechtlich zum Tragen kommt, muss er darauf aufmerksam gemacht werden, dass er die Möglichkeit hat, gem. Art. 517 I ZGB eine oder mehrere Personen mit der Vollstreckung seines Willens zu beauftragen.

2.9. Steuerrechtliche Problematik

Im vorliegenden Fall ist bei der Wahl des Güterstandes wie auch der letztmaligen Verfügung die steuerrechtliche Seite des Falles zu beleuchten.

2.9.1. Besteuerung des Nachlasses im Kanton Zürich

Es liegt im Interesse des A, dass sein Nachlass in der Schweiz der Besteuerung unterworfen wird. Er muss bedacht sein, zu Lebzeiten dafür zu sorgen, dass sein Nachlass möglichst gering wird. Das mit den USA

³⁶Bei der Stimmrechtsaktie hat der Aktionär an einer Aktiengesellschaft so viele Stimmen, wie es die Statuten vorsehen, Art. 693 OR; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 3 N 25 + 55, § 12 N 158. Das OR sieht die gesetzliche Möglichkeit vor, vom Prinzip „so viel Kapital, so viel Rechte“ abzuweichen. Dies kann bedeuten, dass die Statuten festlegen können, dass auf jede Aktie eine Stimme entfällt - unabhängig von der Höhe ihres Nennwertes.

abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen³⁷ beruht zum Teil auf der Steueranrechnungsmethode, die nur eine effektive Doppelbesteuerung vermeidet und zur Folge hat, dass der Steuerpflichtige stets die höhere der beiden, auf dem gleichen Steuerobjekt erhobenen Steuern entrichten muss³⁸. Handelt es sich nämlich um einen US-Bürger, so besteuern die Vereinigten Staaten das gesamte Nachlassvermögen. Die Schweiz wiederum kann nach Massgabe des internen Rechts ihrerseits eine Besteuerung vornehmen. So besteuert etwa der Kanton Zürich den gesamten Nachlass unter Ausschluss der ausserhalb des Kantons Zürich gelegenen Liegenschaften. Einzig wird eine Doppelbesteuerung vermieden, die dadurch erreicht wird, dass die USA auf den in der Schweiz belegenen Nachlass eine Steuergutschrift gewährt, für in der Schweiz entrichtete Nachlasssteuern. Und da im Kanton Zürich Erbschaftssteuern von maximal 36%³⁹ erhoben werden, stellt dies eine deutlich tiefere Besteuerung dar als in den Vereinigten Staaten.

2.9.2. Schenkung

A könnte an eine Schenkung denken, um bereits zu seinen Lebzeiten sein Vermögen zu verkleinern, damit eine geringere bzw. keine amerikanische Nachlasssteuer anfällt. Hierzu hat er gem. Art. 239 OR die Möglichkeit, eine unentgeltliche Zuwendung (Schenkungen) aus seinem Vermögen an F oder seine Kinder zu machen. Charakteristisch ist für eine Schenkung die unentgeltliche Zuwendung des Schenkers an einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung, Art. 239 I OR. Es muss sich um eine Schenkung unter Lebenden handeln. Sofern A eine Schenkung von Todes wegen vornehmen will, also die Folgen eines Schenkungsvertrages nach seinem Tod eintreten lassen will, dann findet auf einen solchen Schenkungsvertrag Erbrecht Anwendung⁴⁰. Für die Form ist Schriftform erforderlich (Art. 243 I OR), wobei zur Erfüllung der Schriftform gem. Art. 13 I OR die Unterschrift des Schenkers genügt, weil nur er verpflichtet wird. Der Beschenkte kann konkludent bzw. mündlich den Schenkungsvertrag annehmen, vgl. Art. 6 OR. A hat darüber hinaus auch noch die Möglichkeit eine Schenkung unter Bedingungen bzw. Auflagen⁴¹ zu machen. Da durch dieses Rechtsinstitut A die Möglichkeit eingeräumt wird, sein jetziges Vermögen teilweise auf F bzw. auf seine Kinder zu übertragen, stellt sich für ihn die Frage, ob eine Schenkung nach seinen Lebzeiten, aufgrund der Benachteiligung irgendeines Erben, angefochten werden kann? Gem. Art. 537 I ZGB wird der Erbgang durch den Tod des Erblassers eröffnet. Dass

³⁷Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Nachlass- und Erbanfallsteuer vom 24. Mai 1951; vgl. Art. IV Abs. 1.

³⁸Höhn/Zuppinger, S. 412.

³⁹Für Beträge über Fr. 1'000'000 werden 6% vom Gesamtbetrag bei Nachkommen erhoben, vgl. § 22 II i.V.m. § 23 I a) ESchG. Und bei Ehegatten entfällt ein Steuerpflicht vollends vgl. Vallender, S. 343; § 11 ESchG.

⁴⁰Vgl. Honsell, § 18 I 1 + IV; Art. 245 II OR.

⁴¹Bei den Auflagen und Bedingungen ist es wichtig darauf zu achten, dass grundsätzlich unter Ehegatten eine stillschweigende Bedingung des Inhalts nicht vorgenommen werden kann, dass die Ehe nicht aus Verschulden des Beschenkten geschieden werde (BGE 85 II 72, BGE 113 II 255).

heisst, solange er nicht gestorben ist, so lange kommt das Erbrecht auch nicht zur Anwendung, weshalb die nicht benachteiligten Erben des A auch nicht mit einer Herabsetzungsklage gem. Art. 522 I ZGB rechnen müssen. Weiterhin stellt sich in diesem Zusammenhang noch die Frage, ob die benachteiligten zukünftigen Erben, eine Ausgleichung i.S.v. Art. 626 ZGB verlangen können, sofern sie in Ihrem Pflichtteil verletzt worden sind? Nach dieser Vorschrift können die im Erbfall benachteiligten Erben eine Klage auf Ausgleichung erheben, sofern es sich um eine unentgeltliche Zuwendung gehandelt hat⁴², die der Erblasser zu seinen Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbteil zugewendet hat. Damit wäre im vorliegenden Fall auch mittels einer Schenkung eine Vermeidung der amerikanischen Nachlasssteuer nicht gegeben.

2.9.2. Stiftung

Ebenso könnte man an die Errichtung einer Stiftung gem. Art. 80 ff. ZGB denken. Jedoch ist eine Anfechtungsmöglichkeit, wie bei der Schenkung⁴³, gem. Art. 82 ZGB vorgesehen, weshalb auch dieses Rechtsinstitut ungeeignet erscheint, A's Wünschen zu entsprechen.

3. Ergebnis Was ist A in seinem konkreten Fall zu raten?

Zunächst einmal ist A zu raten vor der Heirat mit F einen öffentlich beurkundeten Ehevertrag zur Begründung des *Güterstandes der Gütergemeinschaft*, in der Variante der *Allgemeinen Gütergemeinschaft*, abzuschliessen.

Als zweite rechtsgeschäftliche Handlung ist A zu empfehlen, ein *öffentliches Testament* zu errichten und einen Willensvollstrecker seiner Wahl zu bestimmen. Dies sollte unter Beachtung der ihm zur freien Verfügung stehenden Quote von 3/8 erfolgen. Aufgrund des vorliegenden Gutachtens ist an die *Hauptform des öffentlichen Testaments* zu denken.

16. März 1995

Richard Permann

P. S. Diese Arbeit wurde mit der Note GUT bewertet.

HA1.DOC

⁴²Piotet, SPR IV/1, S. 304.

⁴³Vgl. Ziff. 2.9.3..