

Ehe- und erbrechtliche Planung an den Schnittstellen zu BVG, VVG und Sozialversicherung, insbesondere in Patchworksituationen

PETER BREITSCHMID (peter.breitschmid@rwi.uzh.ch)

Stichworte zu einem Referat vor dem St.Galler Juristenverein am 23.9.2008

1 Der Titel spricht von *Planung* – daneben sind allerdings die *apathisch-ungeplanten Situationen* (welche überwiegen: Testierquote idR < 30%, zudem mit meist nur geringfügigen inhaltlichen Retouchen ggü der gesetzl Ordnung) zu bedenken. Es existieren mW keine Untersuchungen darüber, ob eine höhere Regelungsbereitschaft bez nicht-erbrechtlicher Begünstigungsformen besteht.

2 Heutige Betrachtung hat von einem gängigen Vorstellungen (Verwandtenerbrecht, Pflichtteilschutz) entsprechenden, dem *geltenden Erbrecht* auszugehen. Ob und inwieweit Nuancierungen der erbrechtlichen Ordnung (Anpassungen durch Reduktion/Begrenzung des Pflichtteils, Erbrecht auch bei faktischen Beziehungen) eine veränderte Betrachtungsweise (eine gewisse Relativierung pflichtteilsstützender Thesen) nahelegen, wäre ggf zu prüfen (s für einige weiterführende, auch „fachfremde“ Hinweise www.generationenforschung.de). An sich scheint mir eine solche (reflektierte, nicht politisierte!) *Erbrechtsrevisionsdiskussion* geboten, da einerseits die fundamentale Erbrechtskritik zu Reflexion zwingen wird, andererseits die gewandelten gesellschaftlichen Verhältnisse (häufigere Beziehungskrisen, höhere Lebenserwartung, breiteres soziales Spektrum) mE eine gewisse Flexibilisierung erfordern, um der Unterhaltssicherungsfunktion des Erbrechts gerecht zu werden.

3 Es ist Binsenwahrheit, dass *ehe- und erbrechtliche Planung* koordiniert, ggf zur Potenzsteigerung kumuliert, anzugehen ist. Ebenso ist klar, dass jegliche Planung „steueroptimiert“ zu erfolgen hat – das Ziel der *Steuerminimierung* könnte geradezu als *erbrechtliches Auslegungsprinzip* statuiert werden. Es ist aber gleichermassen Binsenwahrheit, dass die Begünstigung des überlebenden Ehegatten (in 70% der Fälle: der überlebenden Ehegattin) nicht zu maximieren, sondern zu optimieren ist (was statistisch in den meisten Nachlässen – dh bei steuerbaren Vermögen bis etwa CHF 0,5 Mio – allerdings durchaus Alleinbegünstigung bedeuten kann). Das Optimum kann je nach verfügbaren und (für die verbleibende Lebensphase) benötigten Mitteln deutlich unter dem Maximum liegen. Dem Postulat einer optimierten, unter den Interessen aller Beteiligten koordinierten Planung kommt angesichts höherer Lebenserwartung und der notorischen „Immobilisierung“ des Vermögens namentlich Hochbetagter (bzw den damit verbundenen vormundschaftsrechtlichen Implikationen) erhöhte Bedeutung zu; sodann ist nicht recht nachzuvollziehen, weshalb in einer Zeit des zunehmend destabilisierten und hinterfragten Status allzu krampfhaft der im Planungszeitpunkt bestehende Status betont werden soll – auch unter nicht-geschiedenen Ehen mögen einige eher rationale als hochemotionale Ordnung rechtfertigen ...

4 Das *Mass* an Potenzsteigerung „*benachteiligender Begünstigungslösungen*“ (*Zuwenden heisst Wegnehmen*, soweit nicht so viel vorhanden ist, dass selbst nach „Wegnahme“ eines substantiellen Teils noch ein substantieller Teil verbleibt) hängt allerdings von der „*Nachlasskategorie*“ ab; darüber, wie Nachlässe zu „kategorisieren“ sind, fehlen indes common standards, was sich ganz einfach daraus erklärt, dass – neben naturgemäss unterschiedlichen Vorstellungen der Erblasser- und Erbgeneration und der einzelnen Erben unter sich, was an materiellen Werten für das materielle Lebensglück „erforderlich“ sei – die *Immobilienwerte* schweizweit und auch innerhalb der einzelnen Agglomerationen teils massiv auseinanderdriften, was ein Abstellen rein nur auf den „*Nettovermögensanfall nach Steuern*“ verbietet und eine *kaufkraftbereinigte Betrachtungsweise* erforderlich ist (wie sie übrigens auch rechtsvergleichend beim Heranziehen ausländischer Lösungen geboten ist). Die Frage, was *mentalitätsmässig* ein „grosser“ Nachlass, was „ausreichende Versorgung“ sei, müsste allerdings im Einzelfall in der Beratung sorgfältig diskutiert werden: Ein Start-

kapital zur Unternehmensgründung von CHF 50'000 kann riesige Chance sein und biographisch höheren Stellenwert haben als ein selbstverständliches siebenstelliges „Bequemlichkeitskissen“.

5 Allerdings ist das Konzept einer *ausgewogenen Verteilung des Nettovermögensanfalls nach Steuern* doch insofern zwingend, als im gesetzlich gesteckten Rahmen der Verteilungsgerechtigkeit nicht die (letztlich zufällige) *Mittelherkunft* (Unterhaltersatzrenten aus privater überobligatorischer oder gesetzlicher Vorsorge; Mittelzufluss aus allgemeinen Ersparnissen, „klassischen“ Versicherungen oder Steuersparprodukten) die „Fließrichtung“ bestimmen sollte. Die Idee eines Erbrechts mit Pflichtteilen nach kontinentalem Verständnis beruht auf Vorstellungen über die im konkreten Nachlass ausgewogene Verteilung der wirtschaftlichen Mittel unter den gesetzlich und/oder individuell bestimmten Berechtigten; Privilegierung einzelner Anlageformen stört die Symmetrie. Vielmehr gilt „*Daseinsvorsorge als gemeinsamer Nenner von Privatrecht und Sozialrecht*“ (TH. KOLLER, Familien- und Erbrecht und Vorsorge, Studienheft 4 recht 1997, 4). Würde die gesetzliche Ordnung der Berechtigten in den verschiedenen Bereichen (Familienerbrecht des ZGB, vorsorge- und [erbschafts-]steuerliche Ordnung) koordiniert, müsste auch nicht zur spezifischen Begünstigung einzelner „Kategorien“ auf alternative Produkte ausgewichen werden, die dann den Ruch von Umgehungsgeschäften tragen – vielmehr wäre das „klassische“ Zivilrecht (ZGB) gezwungen, die in verschiedensten Bereichen berücksichtigten „*proches*“ des Erblassers (s zu dieser Terminologie zuletzt EITEL, „Nos proches“ im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht, in FS Tercier, Zürich 2008, 191 ff.) einzubeziehen – nur darin kann überhaupt die Rechtfertigung eines gesetzlichen Erbrechts liegen.

6 Die *Notwendigkeit von Begünstigungs-/Benachteiligungslösungen* ist nicht einfach Abbild von Sympathie und letztwilliger Eigentumsfreiheit, sondern verbunden mit demographisch-gesellschaftlichen Rahmenbedingungen: längeres Leben schafft häufiger Gelegenheit zur Knüpfung neuer Kontakte und Reibereien in bestehenden Beziehungen; autonomere („egoistischere“, selbstbestimmtere) Lebensweise kann Partnerwechsel (und damit eine Pluralität von Beziehungen in der „endzeitlich-erbrechtlichen Abrechnung“) begünstigen; allgemeine Mobilität und lebenslange Entwicklung (verbunden mit Orts- und Stellenwechsel) kann im persönlichen Nahebereich ebenfalls Destabilisierung begünstigen. Höhere Scheidungshäufigkeit ist durchaus auch positiv als Möglichkeit zu sehen, nicht aus wirtschaftlich-gesellschaftlichem Druck eine qualifiziert unbefriedigende Beziehung einfach „aushalten“ zu müssen. Das Phänomen mit seinen Auswirkungen ist hier nicht zu kommentieren, aber zur Kenntnis zu nehmen und vorauszusetzen, ohne zu Scheidung animieren zu wollen. *Scheitern von Beziehungen* bedeutet nämlich auch nicht tabula rasa, sondern Prüfen der Kriterien von Art. 125 ZGB: aus Beziehungen resultieren (emotionale und geldwerte) Pflichten, die uU fort dauern. Nacheheliche und postmortale Unterhaltssicherung sind sich gar nicht so unähnlich – in beiden Fällen fällt ein massgeblicher Versorger aus, durch Auflösung des Status durch Rechtsakt oder durch Tod, und ich gehe persönlich so weit, die Rechtfertigung der gesetzlichen Vermutung in Art. 130 Abs. 1 ZGB in Zweifel zu ziehen.

7 Was nun die Behandlung von erster, zweiter und dritter Säule im Nachlass betrifft, kann im Grunde auf die gängige **LITERATUR** verwiesen werden (hervorzuheben aus neuester Zeit etwa Prax-Komm/KÜNZLE, allg. Einleitung, N 102-147; BORNHAUSER, Zusammenspiel erbrechtlicher und sonstiger durch den Tod ausgelöster Ansprüche, jusletter 10.1.2005; AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2.A. Bern 2007, §§ 2, 9; das Thema findet auch jenseits der Grenze Beachtung: etwa ELFRING, Die Lebensversicherung im Erbrecht, ZEV 2004 305 ff.). *Es gilt, dass die*

- (a) 1. *Säule* (AHV, IV) ausschliesslich durch die gesetzliche Ordnung bestimmt ist und von ihrem gesetzlichen Rahmen her keinerlei erbrechtlich relevanten Gestaltungsspielraum belässt;
- (b) 2. *Säule* (berufliche Vorsorge nach BVG) ebenfalls als der individuellen Gestaltung entzogen ist (und Freizügigkeitsguthaben auch aus überobligatorischer beruflicher Vorsorge zumindest so lange nicht pflichtteilsrelevant sind [BGE 129 III 305, dazu ua TH. KOLLER, jusletter 2.6.2003], als

nicht der Erblasser selbst sich diese berufliche Vorsorge sozusagen „auf den Leib geschneidert“ hat – Rechtsmissbrauch bleibt allenthalben vorbehalten);

(c) 3. Säule dem freien Sparen zuzuordnen ist, damit typischerweise unter das Erbrecht fällt,
 (d) wobei allerdings *innerhalb der 3. Säule* einerseits Besonderheiten der *steuerprivilegierten Vorsorge* zu beachten sind (dass nämlich Verträge mit Versicherungen nach Art. 2 BVV3 verteilt werden, entsprechende Bankverträge hingegen nach Erbrecht – die Logik dieser Ordnung hat sich dem Sprechenden bislang nicht erschlossen, da die unterschiedliche Begünstigung in den wenigsten Fällen bewusst geplant und in den übrigen durch Zufall und nicht Erblasserwillen bestimmt sein dürfte);

(e) *Lebensversicherung* von einem durch Art. 76 ff. VVG und Art. 476 ZGB umrissenen Sonderrecht geordnet wird; die (herabsetzungsrechtlich relevante, Art. 532 ZGB) Diskussion, ob es sich bei versicherungsvertraglicher Begünstigung um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen handle, scheint mir persönlich stark von Marketing-Überlegungen bzw einer nicht sachlich zu rechtfertigenden Privilegierung des Versicherungssparens geprägt – entscheidend ist das von den Beteiligten im konkreten Fall (auch wirtschaftlich) angestrebte Ergebnis, das hier stets Begünstigung im Todeszeitpunkt ist (s allg BSK ZGB II-Breitschmid, vor Art. 467-536, N 29 f).

8 Mit dem Satz „*es gilt, dass ...*“ könnte der Abend eigentlich geschlossen werden. Aber: *Behagt, was gilt?* Der Pluralismus von privatem Sparen, Absicherung durch Versicherung und öffentlichrechtlicher Vorsorge ist historisch und gesetzgebungssystematisch bedingt. Als HUBER in den beiden letzten Jahrzehnten des vorletzten Jahrhunderts seine Überlegungen zur Konzeption eines eidgenössischen Erbrechts machte, war Altersvorsorge weitestgehend innerfamiliärer Unterstützung (im Rahmen eines meist nominell noch grösseren, aber homogeneren Familienverbands) bzw individuellem Vorsorgen (Sparen) vorbehalten; Erbrecht war die Verteilung des beim Sparen im Zeitpunkt des Todes verbliebenen Überschusses. Die „klassische“ Trennung öffentlich- und privatrechtlicher Normierungsbereiche hat einen Vorsorgeparallelismus entstehen lassen, der (nach dem Prinzip „doppelt genäht schadet nicht“) institutionalisiert ist, allerdings (i) überlagert wird (und an Übersichtlichkeit verliert) durch vorab *steueroptimierend* motivierte Vermögensallokationen und (ii) ausgehend davon, dass nicht primär Erblasservermögen, sondern Unterhaltssicherung vermittelt werden soll, nicht (primär; ausschliesslich) die (Status-) Verwandtschaft, sondern die *wirtschaftliche Abhängigkeit* vom verstorbenen Versorger zum Anknüpfungspunkt für Leistungen macht. Diese wirtschaftliche Abhängigkeit ist ohne Zweifel ein weiches und insofern Unsicherheit bewirkendes, zugleich aber einigermassen faires, nach Art. 4 ZGB zu handhabendes Kriterium (einzuräumen bleibt, dass den knappen Altersunterschieden der Töchter aus den verschiedenen Beziehungen im Fall BGE 129 III 305 [oben Ziff. 7b] damit kaum hätte begegnet werden können).

9 Unklar ist nach meiner Auffassung sodann, wie sich einzelne Produkte zuordnen lassen; die *Phantasie der Marketing-Strategen* bezieht sich einerseits auf die Namensgebung (durch welche selbstverständlich ein „Durchgriff“ auf die effektive Struktur geboten ist), andererseits auf die Konzeption neuer Produkte, welche steuerliche und Vorteile der Begünstigungsordnung nach Möglichkeit kombinieren. Die Praxis wird auf Grundlage der geltenden Ordnung dem Marketing nie folgen und nur dann steuernd eingreifen können, wenn sie sich (*praeter legem*, was in diesem Bereich nach bald hundert Geltungsjahren ernsthaft diskutabel scheint) dazu entschliesst, Produkte unabhängig von ihrer Kategorisierung nach ihrem wirtschaftlichen Ergebnis einzuordnen (ob dann die einbezahlten Prämien oder die ausbezahlte Summe massgeblich sein soll, möchte ich für den Moment [s. Ziff. 11] offen lassen). Ob es heute noch Sinn macht, Todesfall-, gemischte Lebens- und temporäre Todesfallversicherung zu unterscheiden bzw den Rückkaufswert (der eher für die Buchhaltung der Versicherung als für die Begünstigten massgebliches Kriterium ist) zu einem (privatrechtlich) massgeblichen Kriterium zu machen, scheint mir zunehmend diskutabel.

10 Im bewussten Bestreben, heute Abend keine Klarheit aufkommen zu lassen (und damit die Diskussion anzuregen und eine *Gesamtbetrachtung in wirtschaftlicher und persönlicher Hinsicht* anzuregen, Ziff. 5) sei in eklektischer Systematik auf einige weitere Unklarheiten hingewiesen:

11 Die *deutschen Gerichte* pflegen momentan (was die Aktualität des Themas und die Notwendigkeit seiner Diskussion belegt) eine Kontroverse darüber, ob bei Herabsetzung (sog. Pflichtteils-ergänzung) die für eine Lebensversicherung zugunsten eines Dritten *aufgewendeten Prämien* (OLG Stuttgart, 13.12.2007, ZEV 2008 145) oder die *Versicherungssumme* (OLG Düsseldorf, 22.2.2008, ZEV 2008 292, am BGH hängig als IV ZR 73/08) massgeblich sei; wie dieser Match zwischen Stuttgart und Düsseldorf im Instanzen-Toto ausgeht ist wohl offen; verschiedene Betrachtungsweisen sind denkbar: je nachdem, ob ausgewogene Begünstigung der Beteiligten (Einbezug des wirtschaftlichen Gesamtergebnisses) oder Privilegierung eines Dritten ausserhalb des Erbrechts (die „klassische“ abgekoppelte Betrachtungsweise) als Ziel betrachtet wird, wird das Ergebnis zwangsläufig unterschiedlich ausfallen. Das OLG Stuttgart wendet sich dagegen, den insolvenzrechtlichen Entscheid BGHZ 156 360 (= NJW 2004 214) auf das Erbrecht zu übertragen; der BGH hatte dort festgehalten, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Interesse der Gläubiger vorrangig sei, wonach anfechtungsrechtlich die durch Zwischenschaltung eines Dritten erfolgte Leistung gleich zu bewerten sei wie wenn diese direkt ausgerichtet worden wäre; wieso das nur bei insolvenzrechtlicher Anfechtung und nicht auch bei Geltendmachung des Pflichtteils gelten soll, ist eher Ermessens- als logische Frage und hängt davon ab, welchen Stellenwert man dem Pflichtteilsrecht einräumt; dieses gehört wohl weniger zum *ordre public* als die internationalem Standard entsprechende *par conditio creditorum* (ein Prinzip, welches dem Pflichtteilsverständnis allerdings gar nicht so unähnlich ist ...). Wenn also auch möglicherweise die unterschiedliche Behandlung dogmatisch begründbar ist, so fragt sich doch, ob sie von den Wertungen her richtig sei; persönlich möchte ich eher auf Düsseldorf wetten ... – Die Diskussion der Frage in der Schweiz scheint festgefahren (s die Übersicht bei BSK-STAEHELIN, Art. 476 N 10); auch hier gilt, dass es kaum eine „dogmatisch richtige“ Antwort gibt, sondern das „Sonderzüglein Lebensversicherung“ entweder als Schmalspur-Museumsbahn anerkannt oder in den erbrechtlichen Nachfolgeverbund einbezogen werden muss – aus den bereits dargelegten Gründen (Ziff. 5) plädiere ich für Letzteres.

12 Ein Überdenken der heterogen-amorphen Zone wird (auch) am *Vorsorgebegriff* anzusetzen haben: Was *steuerrechtlich* (dazu BSK DBG-ZIGERLIG/JUD, Art. 33 N 23k/1; PETER-SZERENYI, Der Begriff der Vorsorge im Steuerrecht, Diss. Zürich 2001) nicht mehr Vorsorge ist, kann sinnvoll auch kaum zivilrechtlich auf Privilegierung hoffen (ich plädiere selbstverständlich nicht für einen Vorrang des Steuerrechts vor dem Zivilrecht, sondern nur für eine koordinierte Betrachtungsweise; weil *Privatrecht* [Produkt-] *Gestaltungsfreiheit* ist, hat sich bislang eher das Steuerrecht der Materie angenommen). Wenn Lebensversicherungsprodukte als Trust-Alternativen verkauft werden, tritt die Versicherungskomponente derart in den Hintergrund, dass das Produkt nach seinem wirtschaftlichen Zweck – nämlich: einer alternativen Vermögensklasse zur *Vermögenssicherung* und nicht einer blossen Absicherung von *Lebensrisiken* – zu behandeln ist.

13 Einen weiteren problematischen Aspekt, der nicht mit einigen kurzen Stichworten zu klären, aber beim „Betreten des Gebiets“ im Auge zu behalten ist, bilden *internationale Verhältnisse*: So wird nicht nur das familiäre Beziehungsgeflecht vielfältiger und erschwert dadurch die Koordination der Versorgungsanliegen der verschiedenen möglicherweise Berechtigten, sondern die biographischen Unwägbarkeiten der globalisiert-mobilen Lebensweise schaffen internationalrechtliche Bezüge in einem Feld, das nur beschränkt durch das IPR, sondern zwangsläufig auch durch die öffentlich-rechtliche Sozialgesetzgebung bestimmt wird. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden; immerhin scheint vertretbar, die in BGE 131 III 289 zum Vorsorgeausgleich entwickelten Regeln (wonach bei Erwerbstätigkeit in der Schweiz für die Beurteilung der Rentenleis-

tungen auf schweizerische Verhältnisse abzustellen sei, da die schweizerische Situation „vorsorgeprägend“ war) auch auf die postmortale Situation zu übertragen.

14 „Klassisch-privatrechtlich“ ist hingegen die vor allem für Versicherungsprodukte heikle Frage, ob ein *Widerrufsverzicht* im Sinne von Art. 77 Abs. 2 VVG unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 ZGB standhalte, oder ob nicht Situationen nach Art. 249 f. OR bzw. Art. 477 ZGB, 513 ZGB oder gar Art. 120 Abs. 2 ZGB vorbehalten sind? Dass in geringerer als Erbvertragsform eine stärkere als erbvertragliche Bindung erzeugt werden kann, befriedigt kaum. Ob sich eine Widerrufsverzichtsklausel so einfach als widerruflich wird auslegen lassen (s. BSK VVG-Küng, Art. 76 N 20), wird der Einzelfall weisen müssen.

15 *Zusammenfassend*: es liessen sich weitere Hinweise für den eher chaotischen Charakter des Gebiets nachschieben – so sprechen Banken bei Säule 3A-Konten von „*Vorsorgevereinbarungen*“, und so warte ich darauf, bis die ersten Kunden nicht nur über den Unterschied von „*Vorsorge*“ und „*Versicherung*“ stolpern, sondern meinen, einen „*Vorsorgeauftrag*“ (im Sinne von Art. 360 ff E Erwachsenenschutz) erteilt zu haben. Seit „*das Alter*“ als gesellschaftliches (und Marketing-) Thema entdeckt worden ist, nimmt die *Verkaufshektik* zu und leidet die *Verkaufsethik* – ob alle, die noch knapp testierfähig sein mögen, auch zur Beurteilung der vielfältigen Vorsorgeprodukte urteilsfähig seien, möchte ich anzweifeln, womit noch eine weitere Unsicherheit geschaffen wird. Dass für Versicherungen entscheidend ist, dass ihnen das BGer die Hinterlegung ermöglicht (BGE 4A_511/2007), ist bezeichnend ... – Überblickt kaum der Erblasser seine Familienverhältnisse, so wird es für den Versicherer eher noch schwieriger und gefährdet die sofortige Auszahlung der Versicherungsleistungen; doch auch dies ist ein Anliegen, das („*gesamtheitlich*“) eher über eine Reform von Art. 606 ZGB als über den Umweg von Versicherungen anzugehen wäre.