

Demenzklauseln in der erbrechtlichen Praxis

Julia Blattner*

I. Einleitung

Demenz ist ein Oberbegriff für verschiedene neurodegenerative oder vaskuläre Hirnerkrankungen, wobei Alzheimer die weltweit häufigste Demenzform ist.¹

Mit dem Alter steigt das Risiko für Demenz. Da die schweizerische Bevölkerung immer älter wird und es immer mehr ältere Menschen in der Schweiz geben wird, ist gemäss Hochrechnungen anzunehmen, dass auch die Zahl der Demenzkranken in den nächsten Jahrzehnten erheblich zunimmt.²

Eine Demenzerkrankung führt dazu, dass die kognitiven Fähigkeiten der betroffenen Person kontinuierlich abnehmen, ohne dass eine Heilung – zumindest gemäss dem derzeitigen Stand der medizinischen Wissenschaft – zu erwarten ist.³

Deshalb ist die Urteilsfähigkeit bei Menschen mit Demenz stets kritisch zu hinterfragen.⁴ Hinzu kommt, dass demente Personen aufgrund ihrer Einschränkungen und Unterstützungsbedürftigkeit besonders anfällig für potenzielle Beeinflussungen von aussen bis hin zur finanziellen Ausbeutung sind (sog. «*elder abuse*»⁵ etc.).⁶

* MLaw Julia Blattner, Rechtsanwältin und Notarin (BS), ThomannFischer, Rechtsanwälte und Notare, Basel.

1 M. w. H. IRENE BOPP-KISTLER, demenz.: Fakten, Geschichten, Perspektiven, 3. A., Zürich 2022, 13 ff.; ANDREAS U. MONSCH, Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz, INR – Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis, Band 13, Bern 2012, 1 ff., 7 f.

2 Vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft, Monitoring der Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2020–2050, Vergleiche zwischen den Beobachtungen und den Vorausschätzungen der Szenarien, Neuchâtel, 2021, 1 ff., 4.

3 Vgl. BOPP-KISTLER (FN 1), 13 ff.; MONSCH (FN 1), 9 f.; M. w. H. JULIA BLATTNER, Demenz im Erbrecht, Praxisrelevante Aspekte zur Nachlassplanung und Prozessführung, AJP 2022, 1285 ff., 1287.

4 M. w. H. BLATTNER (FN 3), 1288 ff.

5 Vgl. Definition der WHO unter: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abuse-of-older-people> (zuletzt besucht am 1. 6. 2024).

6 M. w. H. LAURA SCARDINO-MEIER, Demenz als Risikofaktor für Ausbeutung, Jusletter 2. Oktober 2013, 2 f.

Zudem kann die Pflege der dementen Person – je nach Schweregrad und Ausprägung der Demenz – aufwändig und deshalb kostenintensiv sein. Soweit die Betreuungskosten das Einkommen der betroffenen Person übersteigen, ist in erster Linie das eigene Vermögen anzuzehren.⁷

Es ist deshalb sinnvoll, mit Blick auf eine mögliche Demenzerkrankung gewisse Vorkehrungen zu treffen (sei es in Bezug auf die Situation zu Lebzeiten oder im Rahmen der Nachlassplanung, wobei sich der vorliegende Beitrag auf Letzteres beschränkt).⁸

II. Demenzklauseln als Schutz-/Rückfallklauseln

Mit sog. *Demenzklauseln* wird versucht, Problemen, die mit einer möglichen Demenzerkrankung einhergehen können, bereits in der Nachlassplanung adäquat zu begegnen. Meistens geht es darum, das Familienvermögen vor hohen Pflegekosten bei Demenz oder potenziellen *Erb-schleichern* etc. zu schützen.⁹

Die «klassische» Demenzklausel ist dabei in der Regel als Bedingung konzipiert und lässt eine (Maximal-)Begünstigung bei Demenz der begünstigten Person (in der Regel des zweitversterbenden Ehegatten) rückwirkend dahinfallen oder aber Herausgabeansprüche entstehen.¹⁰ In der Lehre werden solche Klauseln, welche auch für andere Ereignisse (v. a. Wiederverheiratung) vorgesehen werden können, als «Schutz-» oder «Rückfallklauseln» bezeichnet.¹¹

7 In der Regel noch vor möglichen Ergänzungsleistungen und der Verwandtenunterstützung, siehe KILIAN WUNDER / ANDREAS FLÜCKIGER, *Motive und Tücken der Nacherbeneinsetzung, successio 2012*, 82 ff., 86 ff.

8 Vgl. zu möglichen lebzeitigen Vorkehrungen ROLAND FANKHAUSER / THIERRY BURCKHARDT, *Sozialversicherungsoptimierte Nachlassplanung – Sittenwidrigkeit von Heim- oder Demenzklauseln?*, in: Ruth Arnet / Paul Eitel / Alexandra Jungo / Hans Rainer Künzle (Hrsg.), *Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid*, Zürich / Basel / Genf, 2019, 289 ff., 292 f.

9 Vgl. dazu Ziffer III. nachstehend.

10 M. w. H. REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehrungen, unter Berücksichtigung des Steuerrechts*, 2. Auflage, Bern 2007, Rz. 06.135 ff.; MICHAEL LÜDI, *Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen – unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Zürcher Studien zum Privatrecht*, Band 272, Zürich 2016, 329; PETER BREITSCHMID, MARTIN EGGEL / PAUL EITEL / ROLAND FANKHAUSER / THOMAS GEISER / ALEXANDRA JUNGO, *litera B, Erbrecht*, Zürich / Basel / Genf, 4. Auflage 2023, 143.

11 Gemäss ZEITER ist konsequent der Begriff «Schutzklausel» statt «Rückfallklausel» zu verwenden, weil ein Rückfall nur bei als Resolutivbedingung ausgestalteten Klausel stattfindet, m. w. H. ALEXANDRA ZEITER, *Schutzklauseln in Eheverträgen und Verfügungen von Todes wegen*, ZBGR 2015, 365 ff., 367; AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 07.96 ff.

- «*Schutzklausel*», weil es um den Schutz der Anwartschaften von im Zeitpunkt des Erstversterbens übergangenen und bei Zweitversterben dann zum Zuge kommenden Begünstigten geht.
- «*Rückfallklausel*», weil bei Bedingungseintritt die Begünstigung rückwirkend dahinfällt und ein Rückfall dieser Begünstigung in den Nachlass erfolgt (zumindest soweit die Klausel als Resolutivbedingung konzipiert ist).

Mit dem Begriff Demenzklausel, wie er im vorliegenden Beitrag verwendet wird, sind hingegen nicht auch die anderen nachlassplanerischen Instrumente (wie beispielsweise eine Nutznießung, ein bedingtes Vermächtnis, eine Nacherbschaft etc.) gemeint, welche einer späteren Demenzerkrankung ebenfalls Rechnung tragen können.¹²

III. Sinn und Zweck von Demenzklauseln

1. Schutz des Familienvermögens

Soweit Ehegatten eine güter- und gegebenenfalls auch erbrechtliche Maximalbegünstigung (v. a. Vorschlagszuweisung) vereinbaren, übernimmt der überlebende Ehegatte bei Erstversterben das gesamte eheliche Vermögen; die gemeinsamen Kinder gehen hingegen leer aus (zumindest wenn keine nennenswerten Eigengüter vorhanden sind).¹³ In der Regel wird diesfalls (mit erbvertraglicher Bindungswirkung) vereinbart, dass die Nachkommen dafür den gesamten Nachlass des zweitversterbenden Ehegatten erhalten sollen.¹⁴

Erkrankt der überlebende Ehegatte an Demenz, fallen unter Umständen hohe Pflegekosten (ob wegen einer 24-h-Betreuung zu Hause oder beispielsweise bei einem stationären Aufenthalt in einem Alters- / Pflegeheim) an. Häufig reichen die Leistungen der AHV und gegebenenfalls BVG etc. nicht mehr, um diese Kosten zu decken. In diesem Fall ist in erster Linie

12 Zu den Alternativen von Demenzklauseln, siehe Ziffer IX. nachstehend; m. w. H. auf die einschlägige Literatur, FANKHAUSER / BURCKHARDT (FN 8), 292 f.

13 Gemäss FORNITO ist die volle Vorschlagszuweisung gar der am häufigsten beurkundete Ehevertrag, siehe ROBERTO FORNITO, Fallstricke bei der Gestaltung und Formulierung von Ehe- und Erbverträgen, AJP 2019, 795 ff., 797.

14 Vgl. DANIEL TRACHSEL, Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a, AJP 2013, 169 ff., 174; STEPHAN WOLF / STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, Bern, 2. Auflage 2020, Rz. 988; STEPHAN WOLF / MARTIN EGGEL, Ehegüter- und erbrechtliche Rechtsgeschäftsgestaltung mittels Bedingungen, INR – Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis, Band 25, Bern 2019, 19 ff., 32.

das Vermögen anzuzehren, weshalb es sein kann, dass das gesamte Familienvermögen verbraucht (oder zumindest angezehrt) wird. Das führt dazu, dass die Kinder bei Ableben des zweitversterbenden Ehegatten nichts oder einen erheblich tieferen wertmässigen Anteil erhalten, als wenn im Erstversterbensfall die dispositiven gesetzlichen güter- und erbrechtlichen Teilungsbestimmungen angewandt worden wären.¹⁵

Mit einer Demenzklausel soll dieses in der Regel nicht erwünschte Ergebnis der Maximalbegünstigung verhindert werden, indem die maximale güter- und erbrechtliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten bei Demenz (nachträglich) dahinfällt und die Nachkommen doch noch am Nachlass des Erstversterbenden partizipieren.¹⁶

2. Teil der sozialversicherungsoptimierten Nachlassplanung

Ergänzungsleistungen können erst dann geltend gemacht werden, wenn die gesetzlich verankerten *Vermögensschwellen* unterschritten sind. Die unter Umständen teuren Pflegekosten bei Demenz sind deshalb wiederum primär aus dem eigenen Vermögen zu bezahlen, zumindest bis die Anspruchsberechtigung für Ergänzungsleistungen hergestellt ist.¹⁷

Dieser Vermögensverzehr geht wiederum zu Lasten der erbrechtlich Begünstigten, weil der spätere Erbanfall geringer ausfallen wird. Häufig wird im Rahmen der Nachlassplanung der Wunsch geäussert, in einer solchen Situation dennoch Leistungen der ELG beziehen zu können, um das Vermögen zu Gunsten der späteren Erben zu schonen. Mittels Schenkungen zu Lebzeiten (bis zum Erreichen des Schwellenwertes für Ergänzungsleistungen) kann der Erblasser dieser Problematik aufgrund der Berücksichtigung von freiwilligen Vermögensverzichten bei der ELG nur bedingt entgegenwirken.¹⁸

15 M. w. H. FORNITO (FN 13), 797 f.; vgl. auch BREITSCHMID/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO (FN 10), 142 f.; WOLF/EGGEL (FN 14), 38; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (FN 14), Rz. 989; WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 86 f.; ZEITER (FN 11), 366.

16 Was beispielsweise auch mit der Nacherbeneinsetzung erreicht werden kann, wenn der APH-Eintritt als Nacherbfall definiert wird, m. w. H. WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 85 ff.; vgl. auch AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 07:98; BREITSCHMID/EGGEL/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO (FN 10), 142 f.; LÜDI (FN 10), 329 f.; WOLF/EGGEL (FN 14), 38; ZEITER (FN 11), 371 f.

17 Zu den Schwellenwerten siehe Art. 9a Abs. 1 ELG; m. w. H. FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 8), 290; BLATTNER (FN 3), 1299 f.; WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 86 f.; ZEITER (FN 11), 371 f.

18 Vor allem wegen der strengen Regeln gemäss Art. 11a ELG im Umgang mit Vermögensverzichten; vgl. auch FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 8), 291 f.

Hingegen kann mit einer Demenzklausel erreicht werden, dass bei Demenz rückwirkend eine abweichende güter- und / oder erbrechtliche Berechtigung greift, sodass die Anspruchsberechtigung der ELG unter Umständen nachträglich doch noch hergestellt und das eigene Vermögen geschont wird.¹⁹

3. Schutz der dementen Person vor sich selbst

Hinzu kommt, dass Demenzerkrankte aufgrund der kognitiven Defizite in ihrer Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit teilweise stark beeinträchtigt und deshalb auch auf Unterstützung bei der Bewältigung ihres Alltages angewiesen sind. Deshalb werden sie besonders anfällig für Beeinflussungsversuche von aussen (Erbschleicherei, Enkeltrick-Betrüger etc.).²⁰

Dadurch droht, dass eine demente Person aufgrund einer Beeinflussung letztlich unfreiwillig erbrechtliche Begünstigungen errichtet oder aber das Vermögen schon zu Lebzeiten (unwiederbringlich) verschleudert.²¹ Eine Aufarbeitung solcher Vermögensentäußerungen nach dem Ableben des Erblassers ist in der Praxis aufwändig und unter Umständen auch schwierig (beispielsweise bei Bargeldbezügen ohne erkennbaren Verwendungszweck oder Empfänger).

Mit einer Demenzklausel soll diese Problematik verhindert oder zumindest abgeschwächt werden, indem bei Demenz (bzw. bei Eintritt des möglichst objektiv umschriebenen Ereignisses; vgl. dazu Ziffer VI. / 1. nachstehend) die (Maximal-)Begünstigung dahinfällt, womit die demente Person weniger Vermögenswerte zur Verfügung hat, welche durch unlautere Machenschaften von Dritten abhanden kommen können.²²

IV. Exkurs: Weitere Schutz-/Rückfallklauseln

Die Demenzklausel weist eine starke Ähnlichkeit zur sog. «Heimklausel» auf: Auch die Heimklausel zielt darauf ab, das Vermögen vor den unter Umständen hohen Kosten eines Heimaufenthalts zu schützen.²³

19 Vgl. ZEITER (FN 11), 371 f.

20 BLATTNER (FN 3), 1299 f.; M. w. H. zur Gefahr von Ausbeutung von dementen Personen siehe SCARDINO-MEIER (FN 6), 4 f.; WOLF / EGGEL (FN 14), 38.

21 Vgl. ZEITER (FN 11), 371 f.; siehe auch WOLF / EGGEL (FN 14), 38.

22 Vgl. ZEITER (FN 11), 371 f.

23 Vgl. WOLF / EGGEL (FN 14), 38 f.; WOLF / HRUBESCH-MILLAUER (FN 14), Rz. 989.

Im Gegensatz zur Demenzklausel ist der Grund des Heimaufenthalts allerdings nicht relevant (z. B. auch *Altersgebrechlichkeit*). Zudem zielt eine blosser Heimklausel nicht auch darauf ab, die weiteren Problematiken, die bei Demenz bestehen (v. a. Urteilsunfähigkeit, Ausbeutung, Vermögensverschleuderung, Erbschleicherei etc.) zu lösen.²⁴ Meist dürfte in einer Demenzklausel eine Heimklausel *mitenthalt* sein, weil in der Regel bei der Demenzklausel auch ein Heimaufenthalt als ein die abweichende Teilung auslösendes Ereignis formuliert ist.²⁵

Weitere *Schutz-/Rückfallklauseln* sind sodann in der Praxis für folgende Ereignisse anzutreffen:²⁶

- Eingehen einer neuen Ehe wegen der gesetzlichen güter- und erbrechtlichen Ansprüche des zweiten Ehegatten (sog. «*Wiederverheirathungsklausel*»);
- Begründung eines Konkubinats u. a. aufgrund der regelmässig stattfindenden Vermischung der Vermögensverhältnisse der Lebenspartner (sog. «*Konkubinatsklausel*»);
- erneute Elternschaft aufgrund des Pflichtteilsanspruchs der weiteren Kinder;
- definitiver Wegzug ins Ausland wegen der potenziellen Gefährdung der erbrechtlichen Ansprüche.

V. Zulässigkeit von Demenzklauseln

Die Zulässigkeit von Demenzklauseln bzw. der sozialversicherungsoptimierten Nachlassplanung generell wurde von der einschlägigen Lehre lange Zeit nicht in Frage gestellt.²⁷ Soweit ersichtlich, liegen zu dieser Frage auch keine Gerichtsentscheide vor.

24 Vgl. WOLF/EGGEL (FN 14), 38 f.; ZEITER (FN 11), 371 f.

25 Vgl. Formulierungsvorschlag gemäss Ziffer VIII. nachstehend.

26 Vgl. mit entsprechenden Formulierungsvorschlägen TRACHSEL (FN 14), 174; sowie AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 06.138 ff.; WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 85; WOLF/EGGEL (FN 14), 35 ff.; ZEITER (FN 11), 369 ff.; vgl. auch Musterurkunde Nr. 421, Musterurkundensammlung des Verbands bernischer Notare, Langenthal 2023.

27 Hingegen wurde die Zulässigkeit von sog. Wiederverheirathungsklauseln in der Lehre bereits früher teilweise in Frage gestellt, m. w. H. auch auf die einschlägige Lehre ZEITER (FN 11), 367 f.; sowie AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 06.144; siehe auch BLATTNER (FN 3), 1300; kritischer hingegen FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 8), 295; siehe auch Praxiskommentar Erbrecht-ABT, Basel 2023, Art. 519 N 45b.

Gemäss LÜDI sei die mit der Demenzklausel verwandte *Heimklausel* im Rahmen der frei verfügbaren Quote grundsätzlich zulässig. Hingegen erscheine es rechtsmissbräuchlich, wenn bei Heimeintritt der gesamte Erbsanspruch nachträglich wegfiel, nur damit letztlich unter Umständen das Gemeinwesen für die Pflegekosten aufzukommen habe.²⁸

FANKHAUSER / BURCKHARDT wollen Demenzklauseln hingegen dem Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 1 OR (statt nur Art. 519 ZGB) unterstellen, möchten die Frage der Sittenwidrigkeit solcher Klauseln aber jeweils mit einer Einzelfallentscheidung beurteilt wissen.²⁹

WUNDER / FLÜCKIGER sehen in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht (im Sinne einer Vermögensentäusserung) erst Probleme, wenn der überlebende Ehegatte bei Bedingungseintritt auch verpflichtet wäre, seinen gesetzlichen Pflichtteil herauszugeben.³⁰

Meines Erachtens ist die Zulässigkeit von Demenzklauseln mit Blick auf die (erbrechtliche) Verfügungsfreiheit des Erblassers, welcher in den Schranken des Rechts grundsätzlich frei verfügen kann, eher zu bejahen (zumindest solange Pflichtteile gewahrt sind).³¹ Unklar ist ohnehin, ob dem Gemeinwesen überhaupt eine Anfechtungsmöglichkeit offen steht.³²

Es ist aber FORNITO zuzustimmen, dass bis zu einer höchstrichterlichen Klärung eine gewisse Restunsicherheit verbleibt, ob eine Demenzklausel im späteren Erbfall tatsächlich als gültig erachtet bzw. Bestand haben wird.³³

VI. Ausgestaltung einer Demenzklausel

I. Bedingungseintritt / Anknüpfung

Eine gewisse Schwierigkeit besteht bei Demenzklauseln in der Formulierung des *konkreten Bedingungseintritts*, da eine Demenz verschiedene Ursachen, Schweregrade und Symptome aufweisen kann. Allein auf die Demenzerkrankung abzustellen, erweist sich daher als untauglich. Es

28 Vgl. LÜDI (FN 10), 329.

29 M. w. H. FANKHAUSER / BURCKHARDT (FN 8), 300 ff.

30 WUNDER / FLÜCKIGER (FN 7), 86 ff.

31 Gl. M. ZEITER (FN 11), 367 f.; sowie TRACHSEL (FN 14), 176; zur Zulässigkeit von güterrechtlichen Rückfallklauseln WUNDER / FLÜCKIGER (FN 7), 86 ff.; zur Zulässigkeit der Wiederverheirathungsklausel im Speziellen AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 06.144 sowie Rz. 07.145.

32 M. w. H. LÜDI (FN 10), 329 f.

33 M. w. H. FORNITO (FN 13), 797 f.

empfiehlt sich vielmehr, an möglichst *objektive Kriterien* anzuknüpfen, deren Eintritt leicht überprüfbar ist.³⁴

Dabei bieten sich meines Erachtens insbesondere folgende Ereignisse an (in der Regel sind alle zu berücksichtigen):³⁵

- (definitiver / dauerhafter) Eintritt in ein Alters- und / oder Pflegeheim oder in eine gleichartige Einrichtung (inkl. stationäre Demenzabteilung), wobei ein bloss vorübergehender Aufenthalt in der Regel nicht qualifiziert;
- rechtskräftige Anordnung einer über die Begleitbeistandschaft hinausgehende erwachsenenschutzrechtliche Massnahme; sowie
- Validierung eines Vorsorgeauftrages.

Folgende, weitere in der Lehre diskutierte Kriterien erscheinen meines Erachtens eher nicht sachgerecht:

- Die von LÜDI vorgeschlagene Bedingung der *erforderlichen externen intensiven Pflege* ist meines Erachtens zu offen formuliert, zumal in Bezug auf die drei Begriffe «*erforderlich*», «*extern*» und auch «*intensiv*» jeweils eine eigene Wertung vorgenommen werden muss und eine Prüfung des Bedingungseintritts dadurch schwierig erscheint.³⁶ Es ist aber mit LÜDI einig zu gehen, dass auch eine Pflege zu Hause unter Umständen erhebliche Kosten verursachen kann.³⁷
- Auch die Anknüpfung an die (demenzbedingte) *Urteilsunfähigkeit* bereitet in der Umsetzung erhebliche Probleme, weil die Urteilsfähigkeit vermutet wird und stets relativ zu beurteilen ist. Zudem ist die Urteilsfähigkeit letztlich eine Rechtsfrage, welche beispielsweise auch ein Arzt nicht ohne Weiteres beantworten kann (sondern letztlich einem Richter zu überlassen wäre, wodurch die Überprüfung aufwendig wäre).³⁸

Ganz generell erscheint es zudem nicht sachgerecht, den überlebenden Ehegatten durch die Wahl der Anknüpfungspunkte allzu stark in seiner

34 Vgl. LÜDI (FN 10), 329; ZEITER (FN 11), 371 f.

35 WOLF / HRUBESCH-MILLAUER (FN 14), Rz. 989; BREITSCHMID / EGCEL / EITEL / FANKHAUSER / GEISER / JUNGO (FN 10), 143; LÜDI (FN 10), S. 329; ZEITER (FN 11), 371 f.

36 Vgl. LÜDI (FN 10), 329.

37 Zustimmend ZEITER (FN 11), 371 f.

38 Vgl. zur Kognition des Bundesgerichts, BGE 124 III 5 E. 4; m. w. H. zur Urteilsfähigkeit bei Demenz BLATTNER (FN 3), 1288 ff.; siehe auch ZEITER (FN 11), 371 f.

Entscheidungsfindung (gerade wenn es um seine Pflegebedürfnisse etc. geht) zu beschneiden.³⁹

2. Art der Bedingung

Bei der Ausgestaltung einer Demenzklausel zu berücksichtigen ist sodann, dass eine Demenzerkrankung auch bereits vor dem Erstversterbensfall eintreten kann. Eine Demenzklausel sollte deshalb sinnvollerweise bei den Möglichkeiten Rechnung tragen:

- Die Demenz des Erben (in der Regel der überlebende Ehegatte) ist im Erstversterbensfall bereits eingetreten (beispielsweise als Negativ-Bedingung für die Begünstigung); und
- die Demenz tritt erst nach dem Erbfall ein.⁴⁰

In Bezug auf den zweiten Fall stellt sich die Frage, ob die Demenzklausel als *resolutiv* oder *suspensiv* bedingt ausgestaltet werden soll:⁴¹

- Bei einer *Resolutivbedingung* entfällt die Begünstigung rückwirkend und fällt in den Nachlass des Erstverstorbenen zurück. Die Erbengemeinschaft lebt wieder auf, weshalb eine (güter- und) erbrechtliche Teilung durchzuführen und soweit erforderlich mittels Erbteilungsklage durchzusetzen ist.
- Bei einer *Suspensivbedingung* entstehen die Ansprüche der später Begünstigten erst mit Bedingungseintritt. Ein grosser Vorteil dieser Variante ist, dass die Destinatäre klar bezeichnet sind.

Aufgrund der Vorteile in der Umsetzung der Demenzklausel ist der Suspensivbedingung den Vorzug zu gewähren.

3. Umfang der Demenzklausel

Bei Ehegatten sollte sich die Demenzklausel in der Regel auch auf die güterrechtliche Teilung beziehen, v. a. wenn abweichend vom Gesetz eine güterrechtliche Besserstellung (bis hin zur sog. Maximalbegünstigung) des überlebenden Ehegatten vereinbart wird.

39 Vgl. mit entsprechenden Beispielen ZEITER (FN 11), 380.

40 Gl. M. ZEITER (FN 11), 371 f.

41 M. w. H. TRACHSEL (FN 14), 176; zur Unterscheidung zwischen suspensivbedingter Auflage und Forderung siehe ZEITER (FN 11), 373 ff.; siehe auch FORNITO (FN 13), 797 f.; WOLF/EGGEL (FN 14), 28.

Da das Güterrecht einen erheblichen Einfluss auf die Bezifferung der erbrechtlichen Ansprüche hat, nützt eine rein erbrechtlich bezogene Demenzklausel unter Umständen nichts bzw. wenig.⁴²

4. Formulierung des Anspruchs der bei Eintritt des Ereignisses Begünstigten

Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es an sich wünschenswert, wenn der konkrete Anspruch bei Eintritt des definierten Ereignisses bereits im Rahmen der Nachlassplanung beziffert werden könnte.

Allerdings ist dies in der Regel schwierig, weil die Vermögensentwicklung bis zum Zweitversterbensfall schlicht nicht vorhersehbar ist.⁴³ Aufgrund dessen wird die Höhe des Anspruchs in aller Regel nicht klar definiert. Diesfalls sollten aber immerhin die zur Berechnung erforderlichen Grundlagen bzw. Kriterien (inkl. die zu berücksichtigenden Werte etc.) festgelegt werden.⁴⁴

VII. Schwierigkeiten bei der Anwendung / Umsetzung

Bei der Anwendung bzw. Umsetzung von Demenzklauseln in der Nachlassabwicklung können sich verschiedene Schwierigkeiten ergeben, u. a.:

- Wie bereits dargelegt, stellt sich zunächst einmal stets die Frage, ob das die Bedingung auslösende Ereignis überhaupt schon eingetreten ist oder (noch) nicht.⁴⁵ Wie bei der Nacherbeneinsetzung kann zudem die Kontrolle des Eintritts durch die später begünstigten Personen schwierig sein (insbesondere bei weiter entfernten Angehörigen oder institutionellen Organisationen etc.).⁴⁶
- Hinzu kommt, dass eine rückwirkende Berechnung bzw. Bezifferung der erbrechtlichen Ansprüche bei Eintritt der Demenzklausel unter Umständen schwierig ist, weil im Erstversterbensfall häufig keine saubere güter- und erbrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen wird und der überlebende Ehegatte weiter von den Nachlassmitteln lebt (zumal zwischen den beiden Erbgingen Jahre bis Jahrzehnte liegen können).

42 Vgl. zur Frage der Zulässigkeit von Auflagen im Ehegüterrecht ZEITER (FN 11), 373.

43 Zur Thematik der Inflation siehe WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 87 f.

44 Gl. M. ZEITER (FN 11), 376 f.; m. w. H. zu den Problemen bei einer Rückabwicklung/Nachvollzug, WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 87 f.

45 Vgl. dazu Ziffer VI./1. vorstehend.

46 WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 89 ff.

Um dies zu verhindern, ist es ratsam, im Erstversterbensfall eine «*Schatzenrechnung*» der Ansprüche der bei Wirksamwerden der Demenzklausel begünstigten Personen durchzuführen (bzw. mindestens ein Inventar zu erstellen) und die später Begünstigten auch entsprechend zu dokumentieren.⁴⁷

- Sodann stellt sich die Frage, ob bzw. welche Rechte den später Begünstigten während der Schwebezeit zukommen und wie die Ansprüche gegebenenfalls sichergestellt werden können (beispielsweise bei einer Vermögensverschleuderung).⁴⁸
- Unklar sind auch die steuerlichen Aspekte: In Bezug auf die Erbschaftssteuern ist TRACHSEL zuzustimmen, dass bei Wirksamwerden der Demenzklausel das Verwandtschaftsverhältnis zum Erstversterbenden (wie bei der Nacherbschaft) entscheidend ist.⁴⁹ An sich wäre zudem eine Revision der Erbschaftsteuerveranlagung des dementen Erstbegünstigten aufgrund des Wegfalls der Begünstigung konsequent. Es ist aber davon auszugehen, dass die steuerlichen Themen in der Praxis eher nicht im Detail aufgearbeitet werden.⁵⁰
- Unklar ist auch, wann die Ansprüche der zweitbegünstigten Erben fällig werden, weshalb in der Demenzklausel gegebenenfalls eine entsprechende Fälligkeit vorzusehen ist.⁵¹

Eine *absolute Sicherheit*, dass die Vermögenswerte tatsächlich den «*Zweitbegünstigten*» zukommen und nicht doch vorher aufgebraucht oder unwiederbringlich abhanden kommen, besteht zudem nicht (beispielsweise wegen Enkeltrick-Betrügerei und Erbschleichern oder aber weil eine Vollstreckung aufgrund einer Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland nicht erfolgsversprechend ist etc.).⁵² Auf diese Risiken ist bei der Nachlassplanung hinzuweisen.⁵³

47 Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 07.92; TRACHSEL (FN 14), 174 ff.; WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 87 f.

48 Vgl. zu den Sicherungsmöglichkeiten TRACHSEL (FN 14), 177 ff.; m. w. H. zu den ähnlichen Problemen bei der Nacherbeneinsetzung WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 89 ff.; siehe auch AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 07.92.

49 Vgl. TRACHSEL (FN 14), 176; gl. M. ZEITER (FN 11), 368.

50 Vgl. AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 07.103.

51 Vgl. den Vorschlag von TRACHSEL (FN 14), 174 ff.

52 TRACHSEL (FN 14), 176 f.; vgl. zur Nacherbeneinsetzung WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 89 ff.

53 Vgl. auch WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 89 ff.

VIII. Formulierungsvorschlag

Der nachstehende Formulierungsvorschlag ist an die in der Lehre anzutreffenden Formulierungen angelehnt.⁵⁴

Demenzklausel in einem Ehe- und Erbvertrag mit Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten:

Für den Fall, dass im Zeitpunkt des Ableben des ersten von uns der überlebende Ehegatte bereits dauerhaft in einem Alters- und Pflegeheim oder einer gleichartigen Einrichtung lebt, ein Vorsorgeauftrag gemäss Art. 360 ff. ZGB Wirksamkeit erlangt hat oder eine über die Begleitbeistandschaft hinausgehende erwachsenenschutzrechtliche Beistandschaft rechtskräftig angeordnet wurde, gelten die Regelungen gemäss den Ziffern [...] hier vor nicht, sondern es gilt, was folgt: [..... // es gelangt die dispositive gesetzliche Vorschlags- und Nachlassteilung zur Anwendung].

Für den Fall, dass der überlebende Ehegatte nach dem Ableben des ersten von uns dauerhaft in ein Alters- und Pflegeheim oder eine gleichartige Einrichtung eintritt, ein Vorsorgeauftrag gemäss Art. 360 ff. ZGB Wirksamkeit erlangt oder eine über die Begleitbeistandschaft hinausgehende erwachsenenschutzrechtliche Beistandschaft rechtskräftig angeordnet wird, hat er den Nachkommen auf den Tag des Eintritts zumindest einer dieser Bedingungen wertmässig das herauszugeben, was er gemäss den Ziffern [...] hi vor beim Tod des Erstversterbenden über seinen gesetzlichen güter- und erbrechtlichen Anspruch hinaus erhalten hat, d. h., es sind die Nachkommen (in allen Graden nach Stämmen je zu gleichen Teilen) so zu stellen, wie wenn beim Tod des erstversterbenden Ehegatten die gesetzliche Vorschlags- und Nachlassteilung zur Anwendung gelangt wäre.

Im Erstversterbensfall sind die wertmässigen güter- und erbrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten sowie die erbrechtlichen Ansprüche der Nachkommen gemäss der gesetzlichen Regelung (d. h. Vorschlags- und Nachlassteilung) festzustellen. Die Berechnung hat zum [Verkehrswert/Steuerwert] per Todestag des erstversterbenden Ehegatten zu erfolgen. Das Ergebnis der Berechnung ist in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Nachkommen festzuhalten. Die Ansprüche der Nachkommen können vom überlebenden Ehegatten nach seiner Wahl in bar, in Sachwerten oder einer Kombination

54 Vgl. TRACHSEL (FN 14), 174 f.; für die Wiederverheiratungsklausel siehe AEBI-MÜLLER (FN 10), Rz. 06.140; vgl. auch Musterurkunde Nr. 421 (FN 26).

dieser beiden abgegolten werden und sind [60 Tage/3 Monate o. Ä.] nach Bedingungseintritt zur Zahlung fällig.

IX. Alternativen zur Demenzklausel

Sofern der Wunsch überwiegt, das Familienvermögen an die nächste Generation weiterzugeben, ist in der Regel dazu zu raten, dass Ehegatten auf eine gegenseitige Meistbegünstigung im Erstversterbensfall verzichten. Dies führt dazu, dass die Kinder ihren (gesetzlichen) Anteil am ehelichen Vermögen bereits bei Erstversterben erhalten. Dadurch kann ein gewisser Anteil des ehelichen Vermögens zu Gunsten der Kinder «*in Sicherheit gebracht*» werden (was sich aber zu Lasten des überlebenden Ehegatten auswirken muss).

Denkbar wäre in einer solchen Situation auch die Ehegattennutzniessung gemäss Art. 473 ZGB (oder eine gewöhnliche Nutzniessung), insbesondere wenn die dispositiven gesetzlichen Ansprüche der Nachkommen nicht befriedigt werden können (beispielsweise wenn die Ehegattenliegenschaft der einzige substantielle Vermögenswert ist).⁵⁵ Diesfalls ist der überlebende Ehegatte «*nur*» Nutzniesser; Erben und Eigentümer sind hingegen die gemeinsamen Kinder (je nach Ausgestaltung bzw. Zuweisung der verfügbaren Quote). Dem überlebenden Ehegatten kann das Nutzniessungsvermögen nicht angerechnet werden, gleichzeitig kann er die Erträge für seine Bedürfnisse nutzen.⁵⁶

Auch die Nacherbeneinsetzung kann eine Alternative zur Demenzklausel darstellen, soweit die demenzspezifischen Anknüpfungspunkte zusätzlich zum Tod des Vorerben als Nacherbfälle definiert werden. Allerdings stellen sich bei der Nacherbeneinsetzung ähnliche Probleme in der Nachlassabwicklung wie bei einer Demenzklausel.⁵⁷

Denkbar ist es sodann, einen Teil des Vermögens bereits zu Lebzeiten durch Schenkungen oder Erbvorbezüge etc. zu verteilen. Hierbei gilt allerdings zu bedenken, dass Schenkungen zu einer Reduktion oder sogar einem Ausschluss von Ergänzungsleistungen führen können.⁵⁸

55 Vgl. FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 8), 293; TRACHSEL (FN 14), 177 f.; WOLF/EGGEL (FN 14), 29 f.; WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 100.

56 Vgl. FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 8), 293; vgl. auch WOLF/EGGEL (FN 14), 29 f.; TRACHSEL (FN 14), 177 f.

57 M. w. H. zur Nacherbeneinsetzung WUNDER/FLÜCKIGER (FN 7), 86 ff.; FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 8), 292 f.

58 Vgl. FANKHAUSER/BURCKHARDT (FN 8), 294.

X. Fazit

Demenzklauseln werden heutzutage bei Vereinbarung einer güter- und erbrechtlichen Maximalbegünstigung mit einer gewissen Selbstverständlichkeit als flankierende Massnahme vorgeschlagen bzw. letztlich auch vorgesehen. Demenzklauseln sind deshalb zu einer erbrechtlichen Realität geworden.

Zwar ist es verständlich, den unter Umständen äusserst unangenehmen möglichen Begleiterscheinungen bzw. Folgen von Demenz (insbesondere in Bezug auf das Familienvermögen) Rechnung tragen zu wollen. Allerdings sollte meines Erachtens in der Nachlassplanung auch darauf geachtet werden, den Wunsch der Ehegatten nach einer Maximalbegünstigung an sich zu hinterfragen bzw. entsprechende Alternativen zu prüfen.

Mit anderen Worten darf eine Demenzklausel nicht darauf hinauslaufen, dass sich die Klientschaft in einer falschen Sicherheit wiegt, u. a. auch weil sich trotz einer solchen Klausel nicht alle Aspekte des Lebens planen bzw. voraussehen lassen.

Soweit eine Demenzklausel eingesetzt wird, ist bei deren Formulierung eine besondere Sorgfalt geboten.⁵⁹

59 So auch ZEITER (FN 11), 382: «Lieber keine Schutzklausel als eine schlechte Schutzklausel.»

Résumé

Les clauses de démence dans la pratique du droit successoral

Une maladie de démence peut entraîner l'épuisement du patrimoine (familial) pour couvrir les frais de soins souvent élevés, notamment parce qu'il est fréquemment impossible de faire valoir des prestations complémentaires auparavant. En raison des troubles cognitifs et du besoin d'assistance au quotidien, les personnes atteintes de démence courent en outre un risque accru d'être victimes de diverses escroqueries ou d'arnaques à l'héritage, ce qui met encore plus en danger leur patrimoine. Il pourrait ainsi en résulter une réduction des droits successoraux des futurs héritiers, non souhaitable en général, notamment lorsque les conjoints sont favorisés au maximum au détriment des enfants.

Une clause de démence soigneusement formulée permet, dans le meilleur des cas, de contrecarrer cet épuisement du patrimoine. Toutefois, en raison de divers problèmes de mise en œuvre, il n'existe pas de certitude absolue que la clause de démence permette d'atteindre le résultat souhaité. Dans le cadre du conseil en droit successoral, il convient donc d'examiner les alternatives correspondantes (pour les époux ayant des enfants communs, il s'agit avant tout de renoncer à la clause bénéficiaire maximale réciproque, mais en prévoyant le cas échéant un usufruit selon l'art. 473 CCS).