

Besonderheiten der Nachlassplanung bei Nachkommen mit Behinderung

Viele Fragen und Versuch einiger Antworten

Regina E. Aebi-Müller*
Janine Camenzind**

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung und Problemstellung
 - 1.1 Zum Thema
 - 1.2 Zum Begriff der Behinderung im vorliegenden Kontext
 - 2 Drei konkrete Fallbeispiele zum Einstieg in die Problematik
 - 2.1 Maja – Begünstigung der körperlich behinderten Tochter oder des gut ausgebildeten Sohnes?
 - 2.2 Dominik – Begünstigung des geistig schwerstbehinderten Kindes
 - 2.3 Angela – Kein Plan!
 - 3 Mögliche (erbrechtliche) Planungsziele
 - 3.1 Ausgangslage
 - 3.2 Begünstigung des behinderten Kindes
 - 3.3 Zurückstellen des behinderten Kindes
 - 3.4 Vermögensverwaltung bei kognitiv schwer behinderten Kindern
 - 3.5 Familienvermögensplanung
 - 3.6 Zwischenergebnis
 - 4 Planungshindernisse
 - 4.1 Pflichtteilsgrenzen
 - 4.2 Höchstpersönlichkeit im Erbrecht
 - 4.3 Kollision von Zuwendungen mit EL und Sozialhilfe
 - 4.3.1 Überblick
 - 4.3.2 IV
 - 4.3.3 Ergänzungsleistungen
 - 4.3.4 Hilfenentschädigung und Assistenzbeiträge
 - 4.3.5 Sozialhilfe
 - 4.4 Fehlende Vorhersehbarkeit künftiger Entwicklungen
 - 4.5 Allgemeine erbrechtliche Planungshindernisse
 - 5 Lösungsansätze
 - 5.1 Vorbemerkungen
 - 5.2 Erbvertrag
 - 5.3 Begrenzung der Pflichtteilsberechnungsmasse
 - 5.4 Lebzeitige Zuwendungen
 - 5.5 Ausgleichung
 - 5.5.1 Grundsätzliches
 - 5.5.2 Insbesondere Kosten für Erziehung und Ausbildung
 - 5.6 Zuwendung an Stiftung (evtl. Familienstiftung) oder an einen Trust
 - 5.7 Wohnrecht, Nutzniessung, Leibrente
 - 5.8 Nacherbeneinsetzung
 - 5.8.1 Im Allgemeinen
 - 5.8.2 Insbesondere Art. 492a ZGB
 - 5.9 Zuwendung an Geschwister oder Dritte mit Auflage
 - 5.10 Willensvollstreckung
 - 5.11 Einbezug von Beistand und Erwachsenenschutzbehörde
 - 6 Schlussgedanken
- 1 Einleitung und Problemstellung
 - 1.1 Zum Thema

* Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern.

** MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Luzern.



zialhilfe usw.) daraufhin reduziert würden? Wie kann sichergestellt werden, dass das behinderte Kind bestmöglich von seinem Erbanteil profitiert? Welche Ansprüche sollen allfällige Geschwister haben, die womöglich davon geprägt sind, dass ihre Bedürfnisse immer als zweitrangig angesehen wurden? Wie lässt sich das konkrete Planungsanliegen mit den de lege lata vorhandenen rechtlichen Instrumenten umsetzen? Nachfolgend wird versucht, erste Antworten auf die zahlreichen Fragen zu finden.¹

1.2 Zum Begriff der Behinderung im vorliegenden Kontext

Der im vorliegenden Beitrag verwendete Begriff des *Menschen* (oder, im vorliegenden Kontext, des Kindes²) mit *Behinderung* lehnt sich an Art. 1 UNO-BRK an, wonach es sich um Menschen handelt, «die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können». Nicht jede Behinderung i.S. dieser Definition gibt Anlass, die Nachlassplanung zu überdenken. Eine für die Nachlassplanung relevante Behinderung liegt primär in folgenden Sachlagen vor:

- Das Kind hat eine ausschliesslich *körperliche Behinderung* ohne Einschränkung der geistigen Fähigkeiten. Das bedeutet konkret, dass ab Erreichen des 18. Altersjahrs sämtliche rechtsgeschäftlichen Planungsinstrumente ausgeschöpft werden können. Besonderheiten der Planung ergeben sich (nur, aber immerhin) insoweit, als die *Planungsziele* gegebenenfalls der spezifischen Situation, u.a. den Bedürfnissen des Kindes, anzupassen sind. Beachtung verdienen zudem die sozialversicherungs- und sozialhilferechtlichen Besonderheiten.
- Das betroffene Kind leidet an einer *geistigen Behinderung* oder an einer psychischen Stö-

rung, die seine Urteilsfähigkeit und damit seine Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt oder – im Extremfall – vollständig aufhebt. In dieser Situation ist zunächst einmal an Besonderheiten des Erwachsenenschutzrechts zu denken. Für gewisse Instrumente müssen nach Erreichen der Volljährigkeit ein Beistand und allenfalls zusätzlich die Erwachsenenschutzbehörde «eingepflichtet» bzw. überzeugt werden. Andere Planungsinstrumente fallen wegen ihres höchstpersönlichen Charakters ganz ausser Betracht. Ähnlich wie bei einer rein körperlichen Behinderung sind ferner die Planungsziele der spezifischen Sachlage anzupassen und sozialversicherungs- sowie sozialhilferechtliche Regeln zu berücksichtigen.

2 Drei konkrete Fallbeispiele zum Einstieg in die Problematik

Um die Planungssituation zu veranschaulichen, werden nachfolgend drei frei erfundene Fallbeispiele geschildert.

2.1 Maja – Begünstigung der körperlich behinderten Tochter oder des gut ausgebildeten Sohnes?

Maja wurde im Jahr 1996 mit einer infantilen Zerebralparese geboren. Ihre Beine sind gelähmt. Sie leidet an epileptischen Anfällen sowie an Hör- und Sprachstörungen. Trotz dieser Beeinträchtigungen konnte sie – mit entsprechender zusätzlicher Unterstützung und Betreuung – die normale Schule besuchen und abschliessen. In der Bewältigung des Alltags braucht sie Unterstützung, die sie derzeit von ihren Eltern erhält. Fünf Tage in der Woche arbeitet sie in einer geschützten Werkstätte. Im Übrigen lebt sie bei ihren Eltern, welche die 5-Zimmer-Eigentumswohnung in Kriens behindertengerecht eingerichtet haben.

Maja hat einen älteren Bruder, Timon (Jg. 1991), der kurz vor dem Abschluss des Medizinstudiums steht.

Majas Eltern (Jg. 1951 und 1956), die über ein Vermögen von rund CHF 450000 verfügen (davon CHF 300000 in die Wohnung investiert), möchten, dass Maja dereinst (nach ihrem Tod oder Umzug ins Altersheim) in der Wohnung bleiben kann. Des Weiteren sind sie in Bezug auf die Nachlassplanung uneins: Während der Vater die Auffassung vertritt, dass der Sohn mit seinem Medizinstudium gut gerüstet sei und keine weitere Unterstützung brauche (= Planungsvariante 1), möchte die Mutter Timon

1 Es handelt sich um die schriftliche, leicht erweiterte und mit einigen Hinweisen ergänzte Fassung des Vortrags der erstgenannten Autorin am 12. Schweizerischen Erbrechtstag am 31. August 2017 in Zürich. Das Manuskript wurde Ende Oktober 2018 abgeschlossen. Das Referat und dessen schriftliche Fassung sind Teil eines durch den Schweizerischen Nationalfonds geförderten Forschungsprojekts, das die Dissertation der zweitgenannten Autorin zum Ziel hat.

2 Wenn hier und im Folgendem der Begriff «Kind» verwendet wird, ist das Kind im Sinne der familienrechtlichen Stellung gemeint, womit minderjährige und volljährige Kinder gleichermaßen gemeint sind.

finanziell begünstigen, damit er seinem Wunsch entsprechend dereinst eine eigene Praxis eröffnen könne (= Planungsvariante 2).

2.2 Dominik – Begünstigung des geistig schwerstbehinderten Kindes

Dominik wurde im Jahr 2004 als gesunder Junge geboren. Im Alter von 10 Jahren wurde sein Gehirn bei einem Badeunfall unzureichend mit Sauerstoff versorgt, was zu einer hypoxischen Hirnschädigung führte. Nach der Entlassung aus dem Akutspital versuchten die Eltern zunächst selber, Dominik die nötige Pflege und Betreuung zu erbringen. Dies erwies sich jedoch auf die Dauer als Überforderung, mussten sie doch auch noch zwei weitere Kinder (Pia, Jg. 2006, und Yannik, Jg. 2010) betreuen. Seit drei Jahren wohnt Dominik daher unter der Woche in einem spezialisierten Heim. An den Wochenenden kommt er nach Hause. Dominik leidet an schweren Koordinations- und Gedächtnisstörungen und ist auf dauernde und umfassende Betreuung angewiesen. Er nimmt seine Umgebung aber wahr und ist – mit einem Höchstmass an Therapie und Stimulation – auch noch in der Lage, gewisse Funktionen wieder zu erlernen.

Die Ehe seiner Eltern ist unter dem grossen Druck zerbrochen: 2017 kam es zur Scheidung. Die Wochenenden verbringt Dominik nun bei seiner Mutter, sein Vater besucht ihn jede Woche zwei Mal im Heim.

Nach der Scheidung verfügt die Mutter über ein Vermögen von rund CHF 500 000 (u.a. dank einer Erbschaft), der Vater über ein solches von CHF 150 000. Was die Nachlassplanung angeht, sind sich die Eltern einig: Dominik soll gegenüber seinen Geschwistern bevorzugt werden, diese sollen aber bei Dominiks Tod – seine Lebenserwartung ist gemäss Auskunft der Ärzte deutlich vermindert – alles erhalten.

2.3 Angela – Kein Plan!

Angela wurde im Jahr 2015 geboren. Bei der Geburt kam es zu verschiedenen Komplikationen. Angela trug schwerste Hirnschädigungen davon. Sie ist (und bleibt nach Prognose der Ärzte) in jeder Hinsicht vollständig pflegebedürftig. Sie wird zu Hause von ihrer Mutter und gelegentlich (zur Entlastung der Eltern) wochenweise in einer spezialisierten Institution betreut. Zwar scheint es manchmal, als würde sie auf vertraute Stimmen reagieren. Es ist aber unklar, wie viel sie von ihrer Umwelt tatsächlich mitbekommt.

Angelas Eltern (Mutter, Jg. 1971 und Vater, Jg. 1973) besitzen ein Vermögen von rund CHF 900 000, grösstenteils aus dem erfolgreichen gemeinsamen Architekturbüro. Zudem hat (nach langwierigen Verhandlungen) der Haftpflichtversicherer des Privatspitals, in dem Angela zur Welt gekommen ist, für den durch die mangelhafte Überwachung bei der Geburt entstandenen Schaden die Summe von zwei Mio. Franken ausbezahlt. Davon ging ein Teil als Regresszahlung an die Invalidenversicherung.³

Die Eltern von Angela haben keine weiteren Kinder. Die nächsten Verwandten des Vaters sind dessen Eltern und ein jüngerer Bruder, mit dem er praktisch keinen Kontakt pflegt. Die nächste Verwandte der Mutter ist deren Halbschwester, zu der ebenfalls kaum Kontakt besteht. Die Eltern sind unschlüssig, wie sie ihren Nachlass regeln sollen. Sicher ist immerhin, dass die Versorgung von Angela mit gewissen Extras auch nach dem Tod der Eltern sichergestellt werden soll. Zusätzlich ist die Unterstützung einer Stiftung für schwer behinderte Menschen eine Option.

3 Mögliche (erbrechtliche) Planungsziele

3.1 Ausgangslage

Da neben der Rechtsfähigkeit keine weiteren Voraussetzungen für die aktive Erbfähigkeit gefordert sind (Art. 539 Abs. 1 ZGB), beerben Kinder mit einer körperlichen und/oder geistigen Behinderung ihre Eltern grundsätzlich in gleicher Weise wie Nachkommen ohne Behinderung. In allen Familien beeinflussen die Familienkonstellation, das Vermögen und dessen Zusammensetzung, das Einkommen und allfällige Ersatzeinkommen die (erbrechtlichen) Planungsziele.⁴ Diese Faktoren wirken sich auch in Familien mit einem behinderten Kind aus. Zusätzlich sind aber einige Besonderheiten zu beachten. Diese *spezifischen Interessen* von Familien mit einem Kind mit Behinderung können dabei ganz unterschiedlicher Art sein. Es verwundert daher nicht, dass die Nachlassgestaltung in diesem

3 Vgl. Art. 72 ff. ATSG sowie Art. 13 ff. ATSV; ferner WEBER STEPHAN/FUHRER STEPHAN, Das Rückgriffsrecht der AHV/IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen, in: HAVE 2016, S. 227 ff.; exemplarisch zum Regressrecht für Sozialleistungen s. BGE 143 III 79; 131 III 360.

4 Vgl. WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, Erster Teil, Schweizerisches Privatrecht (SPR IV/1), Basel 2012, S. 80 ff.



Kontext von einzelnen Autoren aufgrund der hohen Komplexität⁵ und der entsprechenden Notwendigkeit einer vielschichtigen Planung als «hohe Schule der Testamentsgestaltung»⁶ bezeichnet wird. Bevor mögliche Gestaltungsinstrumente diskutiert werden, gilt es, die konkreten Anliegen der Eltern und allenfalls weiterer Familienangehöriger zu klären.

3.2 Begünstigung des behinderten Kindes

Für einige Eltern wird das Planungsziel dahin gehen, *das behinderte Kind maximal wirtschaftlich zu begünstigen*. Verglichen mit seinen Geschwistern, die mit Blick auf ihre gesundheitliche Situation bessere «Startbedingungen» haben, soll es finanziell bessergestellt werden. Diesen Wunsch hegen gemäss den einführend dargelegten Fallbeispielen die Eltern von Dominik und der Vater von Maja. Hinter der Begünstigungsabsicht steht der Wunsch, dem Kind, das seine wirtschaftlichen Bedürfnisse aller Voraussicht nach nur in beschränktem Umfang (oder gar nicht) aus eigener Kraft wird befriedigen können, die entsprechenden Mittel unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Damit soll es einen angemessenen oder sogar komfortablen Lebensstandard geniessen können, der durch die Minimalleistungen der Sozialversicherungen (in den Beispielen «Maja» und «Dominik») oder die Zahlung des Schädigers (im Fallbeispiel «Angela») nicht finanziert wird. Dazu gehören «Extras», die durch staatliche Leistungen nicht abgedeckt werden, wie beispielsweise raffinierte technische Hilfsmittel, alternative Therapien oder die Möglichkeit begleiteter Ferienreisen. Letztlich geht es also darum, dem behinderten Kind auf lange Sicht eine verbesserte Lebensqualität zu ermöglichen.⁷

Neben der wirtschaftlichen Besserstellung des behinderten Kindes wird nicht selten das Anliegen der *Zuordnung bestimmter Vermögenswerte* im Raum stehen. Beispielsweise kann es im Fallbeispiel «Maja» sinnvoll sein, ihr die behindertengerecht um- und ausgebaute Wohnung zu überlassen, was ihr allenfalls ermöglicht (dies wäre freilich näher abzuklären!), auch nach dem Tod der Eltern oder deren Umzug in ein Alters- bzw. Pflegeheim in der vertrauten Umgebung zu verbleiben.

Auf den ersten Blick ist der Wunsch nach einer maximalen Begünstigung des körperlich oder geistig beeinträchtigten Kindes edel und begrüssenswert. Auch im Gesetzestext findet sich diese Wertung; nämlich im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Ausgleichung (Art. 631 Abs. 2 ZGB; Vorausbezug für «gebrechliche» Kinder, dazu Ziff. 5.5.1). Trotzdem lohnt es sich, darüber nachzudenken, ob sich dieses Ziel in allen Sachlagen objektiv rechtfertigt. Denkbar ist nämlich, dass das begünstigte Kind gar nicht in den Genuss der Zuwendung gelangt, weil diese die staatlichen Leistungen nicht ergänzt, sondern substituiert (dazu nachfolgend, Ziff. 4.3). Ebenso kann es sein, dass die konkrete Behinderung derart schwer wiegt, dass zufolge fehlender oder stark eingeschränkter Empfindungsfähigkeit der konkrete Nutzen der Begünstigung für das Kind gar nicht spürbar ist (so wohl im Fallbeispiel «Angela»). Die gute Absicht läuft dann ins Leere.

3.3 Zurückstellen des behinderten Kindes

Mit Blick auf das soeben Gesagte ist durchaus denkbar, dass die Eltern das Erbrecht des behinderten Kindes einschränken möchten. So mag es im Fallbeispiel «Maja» die Überlegung der Mutter sein, dass der Sohn von zusätzlichen Geldmitteln in besonderer Weise profitieren könnte. Zudem musste er während seiner Kindheit in vielfältiger Weise auf seine Schwester Rücksicht nehmen und kam mit Bezug auf die elterliche Aufmerksamkeit womöglich deutlich zu kurz. Der Absicht, nunmehr den Sohn zu begünstigen, müssen also keineswegs verwerfliche Motive zugrunde liegen. Vielmehr kann ein *fairer Ausgleich unter den Geschwistern* gerade darin bestehen, im Erbgang die gesunden Kinder in besonderem Mass zu bedenken. Dies gilt umso mehr, zumal diese Zuwendungen dann (anders als womöglich der Erwerb des behinderten Kindes) nicht indirekt den Staat entlasten, sondern tatsächlich in der Familie verbleiben. Daher kann sich gegebenenfalls eine *Minimalbegünstigung bzw. eine* (freilich anfechtbare) *Verletzung der Pflichtteile bzw.*

5 DUVENKROP CLAUDIA, Übergang naher Angehöriger, Behindertentestament, § 14 HeimG, Eine exemplarische Studie zur Beschränkung der Testierfähigkeit aus §§ 138 und 134 BGB, Diss. Saarbrücken 2014, S. 104; generell ist an dieser Stelle anzumerken, dass sich die Literatur in Deutschland mit den vorliegend interessierenden Sachlagen sehr viel einlässlicher befasst hat als diejenige in der Schweiz.

6 RUBY GERHARD, Behindertentestament: Häufige Fehler und praktischer Vollzug, in: ZEV 2006, S. 66 ff., S. 66.

7 Vgl. GRESS JÜRGEN, Recht und Förderung für mein behindertes Kind, Elternratgeber für alle Lebensphasen – Alles zu Sozialleistungen, Betreuung und Behindertentestament, München 2009, S. 239; KÜBLER MICHAELA, Das sogenannte Behindertentestament unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Betreuers, Diss. München 1988, S. 1; SETTERGREN PIA, Das «Behindertentestament» im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und sozialhilferechtlichem Nachrangprinzip, Diss. Mainz, Hamburg 1999, S. 1.

Enterbung des behinderten Kindes aufdrängen.⁸ Gerade dann, wenn ein erhebliches Familienvermögen vorhanden ist, das vielleicht auch schon über mehrere Generationen weitergereicht wurde, wird man eine erbrechtliche Zurückstellung des behinderten Kindes jedenfalls ernsthaft in Betracht ziehen müssen.

Wie im Zusammenhang mit der Begünstigung des behinderten Kindes kann der Wunsch bestehen, den gesunden Nachkommen oder Dritten bestimmte Vermögenswerte zukommen zu lassen, etwa eine (Mehrheits-)Beteiligung an einem Familienunternehmen.

3.4 Vermögensverwaltung bei kognitiv schwer behinderten Kindern

Kinder mit einer schweren geistigen Behinderung sind oftmals nicht in der Lage, ihr Vermögen selber zu verwalten und (sinnvoll) zu nutzen. Ein einmaliger, erheblicher Vermögenszufluss wird womöglich rasch aufgebraucht. Die Erwachsenenschutzbehörde setzt allenfalls einen Vermögensverwaltungsbeistand mit Beschränkung der Handlungsfähigkeit oder des Zugriffs auf das Vermögen ein (Art. 395 ZGB), womit das Kind nicht mehr frei ist, welche Bedürfnisse es mit seinem Vermögen befriedigen will. Unter Umständen ist dem behinderten Kind daher besser gedient, wenn an Stelle eines unmittelbaren Erwerbs zu freiem Eigentum andere Lösungen gefunden werden, die eine *langfristige Befriedigung seiner erweiterten Bedürfnisse und Wünsche* ermöglichen.

3.5 Familienvermögensplanung

Da das von einer schweren geistigen Behinderung betroffene Kind bei fehlender Testierfähigkeit nicht von Todes wegen über den Nachlass verfügen kann, sollte überdies von einer zu hohen Begünstigung abgesehen werden. Unabhängig davon, wie umfangreich der Erbanteil des Kindes mit Behinderung sein soll, kann der Wunsch bestehen, die *Erbfolge nach dessen Tod* zu regeln und in eine bestimmte Richtung zu lenken. Ist ein Kind mit geistiger Behinderung aufgrund seiner Einschränkungen

nicht testierfähig, so verteilt sich sein eigener Nachlass grundsätzlich nach der Intestaterbfolge.⁹ Das Familienvermögen würde dadurch entsprechend den gesetzlichen Regeln unter Umständen in eine Richtung fliessen, die von den Eltern des Kindes nicht erwünscht ist oder die nicht den konkret gelebten Beziehungen entspricht. So könnte beispielsweise ein Lebenspartner des hilfsbedürftigen Kindes nicht begünstigt werden, der elterliche Stamm (Art. 458 ZGB) oder gar der Stamm der Grosseltern (Art. 459 ZGB) würden hingegen (unabhängig von ihrem konkreten Verhältnis zum Kind mit Behinderung) erbberechtigt. Schlimmstenfalls geht das Familienvermögen beim Tod des Kindes an den Kindsvater, der sich seinen Unterhaltspflichten entzogen hatte, an entfernte Verwandte (vgl. insbesondere Art. 459 Abs. 4 und Abs. 5 ZGB) oder an das Gemeinwesen (Art. 466 ZGB). Das kann dem Wunsch der Eltern entgegenstehen, die (nach bzw. neben dem Kind mit Behinderung) nichtverwandte Drittpersonen oder Institutionen begünstigen möchten, die das Kind jahrelang gepflegt haben oder sonst eine engere Beziehung zur Familie aufweisen.¹⁰ Diese Überlegungen sollten sich etwa die Eltern im Fallbeispiel «Angela» machen.

3.6 Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein erstes Ziel bei der Nachlassplanung in Familien mit einem behinderten Kind regelmässig darin besteht, eine insgesamt faire, ausgewogene Verteilung des Vermögens zu bewirken. Ob dies mit einer Begünstigung des behinderten Kindes oder gerade umgekehrt mit einer Begünstigung von dessen Geschwistern verwirklicht werden soll, hängt von der konkreten Sachlage ab. So oder anders sind die nachlassplanerischen Vorkehren so auszugestalten, dass allfällige staatliche Leistungen – namentlich Ergänzungsleistungen (vgl. hinten, Ziff. 4.3.3) – erhalten bleiben und beim Vermögensanfall keine

8 GRESS (Fn 7), S. 238. Ähnlich verhält es sich auch bei Ehepaaren, die – in der Aussicht auf Ergänzungsleistungen oder Sozialhilfe für die allenfalls im Alter anfallenden Pflegekosten – von einer gegenseitigen Maximalbegünstigung absehen, vgl. dazu AEBI-MÜLLER REGINA, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2007, Rz. 11.33.

9 Zu präzisieren ist hier, dass auch der Verfügungsunfähige ein Testament errichten kann, welches bis zur Ungültigkeitsklage i.S.v. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB seine Wirkung wie eine rechtsgültige Verfügung entfaltet, wenn es nicht geradezu als nichtig bezeichnet werden muss; dazu AEBI-MÜLLER REGINA, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, in: *successio* 2012, S. 4 ff., S. 27.

10 Vgl. SCHUMACHER FRANZISKA, Rechtsgeschäfte zu Lasten der Sozialhilfe im Familien- und Erbrecht, Ein Vergleich von Unterhaltsverzicht und Behindertentestament, Diss. Tübingen 2000, S. 36; SETTERGREN (Fn 7), S. 2.



Rückzahlungsansprüche entstehen. Wird eine Begünstigung des behinderten Kindes angestrebt, so soll das Nachlassvermögen nicht für den gewöhnlichen Lebensunterhalt des behinderten Kindes aufgezehrt werden, sondern zur Finanzierung von besonderen, durch die Sozialversicherung nicht gedeckten, Annehmlichkeiten dienen. Ein allfälliges Familienvermögen soll überdies nicht nur beim ersten Erbfall erhalten bleiben, sondern auch beim Tod des behinderten Kindes. Ist dieses nicht testierfähig, sind dafür besondere Vorkehrungen erforderlich. Schliesslich ist mit geeigneten Mitteln dafür zu sorgen, dass die getroffenen Anordnungen auch tatsächlich umgesetzt werden. Zu bedenken ist allerdings auch, dass sich die Planungsziele mit der Zeit verändern können, etwa bei einem unerwarteten Todesfall, einer dauerhaften Verbesserung des Gesundheitszustandes des behinderten Kindes oder – im Zeitalter der Digitalisierung nicht zu vernachlässigen! – zufolge neuer technischer Möglichkeiten, welche dessen Defizite kompensieren (vgl. auch hinten, Ziff. 4.4).

4 Planungshindernisse

Den skizzierten Planungszielen stehen etliche Hindernisse im Weg, die nachfolgend skizziert werden.

4.1 Pflichtteilsgrenzen

Wesentlichstes Planungshindernis ist die bereits erwähnte *Pflichtteilsproblematik*, wobei das schweizerische Erbrecht (derzeit noch) bekanntlich in mehrfacher Hinsicht rechtsvergleichend überaus rigide ausgestaltet ist.¹¹

■ Dabei ist zunächst die *Höhe des Pflichtteils* mit einer Quote von drei Vierteln des gesetzlichen Erbteils (Art. 471 ZGB) sehr hoch. Daran dürfte sich mit der aktuellen Erbrechtsrevision nunmehr etwas ändern; gemäss Vorentwurf und Entwurf wird sich der Pflichtteil des Kindes auf

einen Zweitel des gesetzlichen Erbteils reduzieren (Art. 471 VE 2016 und E 2018).

■ Überdies zeigt sich die Rechtsprechung im *konkreten Umgang mit dem Pflichtteil* wenig flexibel. So steht der Befriedigung von Pflichtteilsansprüchen durch Zuweisung von Nutznießung an entsprechendem Kapital die seit 1944 bestehende «*biens aisément négociables*»-Doktrin¹² des Bundesgerichts entgegen. In doppelter Hinsicht pflichtteilsrelevant ist die Nacherbeneinsetzung: Weder muss sich der Pflichtteilserbe die Auslieferungspflicht an einen Nacherben gefallen lassen, noch wird der Pflichtteilsanspruch des Nacherben mit seiner aufschiebend bedingten Erbinsetzung erfüllt.¹³ Auch die Dauerwillensvollstreckung (dazu hinten, Ziff. 5.10) ist pflichtteilsrechtlich problematisch.¹⁴ Soll eine massgebliche Beteiligung am Familienunternehmen an ein gesundes Geschwisterkind übertragen werden, ist denkbar, dass eine Minderheitsbeteiligung dem Pflichtteilsanspruch nicht genügt.¹⁵

Zwar ist ein *verbindlicher, rechtsgeschäftlicher Pflichtteilsverzicht* (durch Erbverzichtsvertrag) grundsätzlich zulässig (vgl. Art. 495 ZGB).¹⁶ Bei einem minderjährigen, urteilsunfähigen oder unter

11 Z.B. beträgt der Pflichtteil für Nachkommen in Deutschland lediglich die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs, s. § 2302 Abs. 1 BGB. In Frankreich sind – anders als in der Schweiz – lediglich die Nachkommen und der überlebende Ehegatte pflichtteilsberechtigigt, s. Art. 913-1 sowie Art. 916 Code civil France. Der Ehegatte ist es nur, sofern der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt, s. Art. 914-1 Code civil France. Dagegen kennt etwa England gar kein eigentliches Pflichtteilsrecht, sondern nur die sogenannte «*family provision*», welche vom Gericht im Einzelfall festgelegt wird, vgl. dazu den Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975.

12 BGE 70 II 142 E. 2 S. 147: «Il faut que l'objet des libéralités à imputer sur la réserve représente véritablement l'équivalent d'une part «en propriété». Cela suppose qu'elles consistent en *biens aisément négociables*: somme d'argent, titres ou valeurs, immeubles etc. Le legs d'un usufruit ou d'une rente ne satisfait pas à cette condition.» Ausführlich dazu etwa EITEL PAUL, KMU und Pflichtteilsrecht, in: Schmid Jörg/Girsberger Daniel (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Erb-, Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 43 ff., S. 55 ff.; zur «*biens aisément négociables*»-Doktrin im Zusammenhang mit der Nutznießung s. etwa RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Nutznießung in der Erbteilung, in: *successio* 2010, S. 5 ff., S. 10 ff.; allgemein zur Ausgestaltung des schweizerischen Pflichtteilsrechts, KLÖTI DANIELA, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse, Diss. Bern 2013, S. 8 ff.

13 Statt aller: WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn 4), S. 305 f.

14 S. exemplarisch HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., Basel 2015, N 4 zu Art. 531 ZGB.

15 S. dazu etwa, je m.w.H., BADER DANIEL/SEILER CORINNA, Unternehmensnachfolge bei Familienunternehmen, in: ExpertFocus 2017, S. 146 ff., S. 148; HÖSLY BALZ/FERHAT NADIRA, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, in: *successio* 2016, S. 100 ff., S. 119.

16 S. allgemein zum Erbverzichtsvertrag statt aller: WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn 4), S. 214 ff.

einer handlungsfähigkeitseinschränkenden Beistandschaft stehenden Kind stösst man dabei allerdings rasch auf Schwierigkeiten (s. auch hinten, Ziff. 5.2). Bei einem freiwilligen Verzicht des behinderten Kindes liegt u.U. ein Missbrauchstatbestand des Sozialversicherungsrechts vor, der zu Kürzungen bei den Ergänzungsleistungen führen kann (hinten, Ziff. 4.3.3). Denkbar sind auch Leistungskürzungen bei der Sozialhilfe (hinten, Ziff. 4.3.5).

Die Verletzung des Pflichtteils wird zwar nicht von Amtes wegen berücksichtigt, sondern nur auf entsprechende *Klage* hin (Art. 522 ff. ZGB). Insofern ist durchaus denkbar, dass eine an sich pflichtteilsverletzende Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen Bestand hat.¹⁷ Im vorliegenden Zusammenhang ist dabei aber zweierlei wesentlich:

- Erstens kann schon das Unterlassen der Herabsetzungsklage einen ergänzungsleistungsrechtlich relevanten Vermögensverzicht bedeuten (dazu hinten, Ziff. 4.3.3).
- Zweitens wird für das urteilsunfähige, verbeiständete Kind der Beistand (mit Genehmigung der Erwachsenenschutzbehörde, Art. 416 Abs. 1 Ziff. 9 ZGB) die Herabsetzungsklage ergreifen. Davon wird er wohl absehen, wenn er zur Überzeugung gelangt, dass die konkrete Nachlassplanung zwar formell die Pflichtteile des verbeiständeten Kindes beeinträchtigt, diesem aber im wirtschaftlichen Ergebnis jedenfalls nicht weniger dient als die Wahrung des Pflichtteilsrechts.¹⁸ Handelt es sich beim Beistand und/oder gesetzlichen Vertreter des urteilsunfähigen Kindes um eine am Nachlass beteiligte Person,¹⁹ ist eine Interessenkollision zu prüfen und allenfalls ein Ersatzbeistand zu ernennen.

4.2 Höchstpersönlichkeit im Erbrecht

Im Erbrecht werden bekanntlich hohe Anforderungen an die für die Errichtung eines Testaments erforderliche Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB i.V.m. Art. 467 ZGB) gestellt.²⁰ Dies rechtfertigt sich auf-

grund der grossen Tragweite des Geschäftes²¹ und der nicht zu unterschätzenden Gefahr der Einflussnahme Dritter, insbesondere vermeintlicher Vertrauenspersonen.²² Bei behinderten Kindern, die gehäuft in Abhängigkeitsverhältnissen leben, wird man unter Umständen sogar besonders sorgsam darauf achten müssen, dass bzw. ob sie einen eigenen Willen bilden und diesen auch – allenfalls entgegen den Ansichten nahestehender Personen – umsetzen können.²³

Steht die Urteilsunfähigkeit des behinderten Kindes fest, wird die Planung erheblich erschwert: Aufgrund des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit²⁴ können die Eltern oder weitere Angehörige *kein Testament im Namen des urteilsunfähigen Kindes* errichten oder errichten lassen.²⁵ Über die genaue Tragweite des Höchstpersönlichkeitsprinzips wird zwar in der Literatur kontrovers diskutiert. Dass keine eigentliche Vertretung des urteilsunfähigen Erblassers zulässig ist, ist wohl unbestritten.²⁶ Rechtsvergleichend handelt es sich freilich nicht um die einzig denkbare Lösung. Gerade in den hier interessierenden Sachlagen könnte die im Common law verbreitete zulässige Möglichkeit der Errichtung eines «Statutory will» von erheblicher Bedeutung sein und den Interessen aller Beteiligten entspre-

bei physischen und psychischen Beeinträchtigungen um ein Grundrecht handelt, weshalb die Anforderungen auch nicht zu hoch angesetzt werden dürfen, s. dazu BREITSCHMID, BSK, N 4 zu Art. 467/468 ZGB. Das Bundesgericht übt ebenfalls gewisse Zurückhaltung: BGE 117 II 231 E. 2b S. 234, «Dans l'intérêt du maintien du testament, la preuve de l'absence de discernement doit être appréciée avec rigueur».

17 Vgl. statt aller: WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, Rz. 1023 ff.
18 So schon GEISER THOMAS, Wie lässt sich der Nachlass eines geistig Behinderten regeln?, in: ZVW 1985, S. 55 ff., S. 58.
19 Die betroffene Person sowie ihr nahestehende Personen können gem. Art. 401 ZGB eine Vertrauensperson als Beistand oder Beiständin vorschlagen, weshalb u.a. auch Eltern oder Geschwister der betroffenen Person Beistand sein können.
20 Ausführlich zur Testierfähigkeit u.a. AEBI-MÜLLER (Fn 9), S. 4 ff., m.w.H. Bei Grenzfällen bleibt immerhin zu beachten, dass es sich bei der Testierfähigkeit selbst

21 Differenzierend BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N 119 zu Art. 16 ZGB; s. auch exemplarisch BGE 124 III 5 E. 1a S. 8.
22 Vgl. statt vieler DRUEY JEAN NICOLAS, Bemerkungen zu BGE 124 III 5, in: AJP 1998, S. 730 ff., S. 734.
23 Vgl. zur Problematik der Abhängigkeit des Erblassers Urteil des BGer 5A_748/2008 vom 16. März 2009 E. 4.4 f.
24 S. dazu u.a. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn 17), Rz. 280 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn 4), S. 171 ff.; DRUEY (Fn 22), S. 734; BREITSCHMID PETER, Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit letztwilliger Anordnungen: ein Diskussionsbeitrag, in: FS Hausheer, Bern 2002, S. 477 ff.; s. ferner auch etwa STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, 2. Aufl., Bern 2015, Rz. 271 f., m.w.Verw.
25 Zum Problem AEBI-MÜLLER (Fn 9), S. 15 und 30 f.; mit Recht kritisch gegenüber einer «hyperkleinlichen Höchstpersönlichkeit» BREITSCHMID PETER, Standort und Zukunft des Erbrechts, in: successio 2009, S. 276 ff., S. 308, m.w.H.
26 Statt aller: DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 8, Rz. 16.



chen. De lege lata erübrigt sich die Diskussion darüber allerdings.²⁷

Neben der Problematik der möglicherweise fehlenden Urteilsfähigkeit ist im vorliegenden Kontext für den Erblasser auch an die *Altersgrenze von 18 Jahren* (Art. 467 und 468 Abs. 1 ZGB) zu denken. Führt die Behinderung zu einer deutlich reduzierten Lebenserwartung, dann hilft bei einem jüngeren Kind auch eine allenfalls vorhandene Urteilsfähigkeit nicht weiter.

Für den *Erbvertrag* ist im Übrigen zu unterscheiden:

- Der *Vertragserblasser* muss, wie der Testator, 18-jährig und urteilsfähig sein (Art. 468 Abs. 1 ZGB). Steht er unter einer Beistandschaft, die den Abschluss eines Erbvertrages umfasst, bedarf er zusätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 468 Abs. 2 ZGB), d.h. des Beistandes.²⁸ Nicht erforderlich ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde.²⁹
- Für den *Vertragspartner des Erblassers* gelten hingegen die normalen Handlungsfähigkeitsregeln.³⁰ Blosser Urteilsfähigkeit genügt gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB, wenn der Erbvertrag für ihn lediglich unentgeltliche Vorteile bringt.³¹ Andernfalls kann nur der vollständig handlungsfähige (d.h. der volljährige, urteilsfähige und unter keiner handlungsfähigkeitseinschränkenden Beistandschaft stehende) Vertragspart-

ner alleine handeln.³² Bei Vorliegen einer Mitwirkungsbeistandschaft, welche den Abschluss eines Erbvertrages umfasst, bedarf der Vertragsabschluss der Zustimmung des Beistandes.³³ Ist der Vertragspartner nicht urteilsfähig oder minderjährig oder steht er unter einer Vertretungs- oder umfassenden Beistandschaft, so kann der Vertreter an seiner Stelle und in seinem Namen den Vertrag abschliessen. Anders als für den Vertragserblasser liegt somit keine Höchstpersönlichkeit vor.³⁴ Der vertretungsweise Abschluss des Erbvertrages bedarf der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

4.3 Kollision von Zuwendungen mit EL und Sozialhilfe

4.3.1 Überblick

Oftmals ist das behinderte Kind berechtigt, Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen zu beziehen. Nun spielt allerdings bei der Anspruchsberechtigung für *Sozialhilfe und Ergänzungsleistungen zur IV* das Vermögen des Betroffenen eine grosse Rolle. Wird das behinderte Kind wohlhabender Eltern Erbe, so ist denkbar, dass dieses Vermögen in-ner kürzester Zeit für teure Pflegeleistungen aufgebraucht ist, weil die Ergänzungsleistungen entfallen. Anschliessend bekommt das Kind nur noch diejenigen Minimalleistungen, für die die öffentliche Hand einsteht. Extras wie Reisen, Ferientaufenthalte, Hobbys, nicht kassenpflichtige Therapien usw. entfallen. Zu denken ist auch an den sogenannten «Sozialtarif». In gewissen Pflegeeinrichtungen sowie in der spitalexternen Pflege gilt: Je vermögender die behinderte Person, desto mehr muss für identische Leistungen bezahlt werden.

Nachfolgend werden die wichtigsten Problemstellungen in knapper Form dargestellt. Für Einzelheiten und insbesondere für die Anspruchsberechtigung an sich muss auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

27 Weiterführend zum Thema u.a. MEIER PHILIPPE, Des Statutory Wills en droit suisse?, in: AJP 2016, S. 1611 ff.

28 Ausführlich dazu etwa BREITSCHMID, BSK, N 5 zu Art. 468 ZGB.

29 Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bezieht sich nur auf Erbverträge, welche die verbeiständete Person als Gegenkontrahent eingeht; anstatt vieler: EITEL/ZEITER, FamKomm, N 38 zu Art. 468 ZGB; VOGEL, CHK, N 15 zu Art. 416–417 ZGB.

30 BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N 200 zu Art. 19–19c ZGB; ZEITER ALEXANDRA/SCHRÖDER ANDREAS, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., Basel 2015, N 16 zu Art. 468 ZGB; BREITSCHMID, BSK, N 6 zu Art. 468 ZGB; STEINAUER (Fn 24), Rz. 319.

31 BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N 200 zu Art. 19–19c ZGB. In den hier interessierenden Konstellationen wird allerdings regelmässig gerade keine ausschliessliche Begünstigung vorliegen, vielmehr soll das Erbrecht des behinderten Kindes meist dergestalt modifiziert werden, dass es seinen Erbteil nicht zu Eigentum und zu freier Verfügung erhält. Die damit verbundene Pflichtteilsverletzung macht es nötig, dass das behinderte Kind bei der Planung mitwirkt. Bei der blossen Zuwendung eines Vermögensvorteils wäre die Wahl der Erbvertragsform oder jedenfalls der vertragliche Einbezug des Kindes nicht erforderlich.

32 TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 68, Rz. 8; vgl. ferner BREITSCHMID, BSK, N 6 zu Art. 468 ZGB.

33 Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist hingegen nicht erforderlich, BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N 288 zu Art. 19–19c ZGB, m.w.Verw.; BREITSCHMID, BSK, N 1 zu Art. 468 ZGB.

34 S. statt vieler: BREITSCHMID, BSK, N 6 zu Art. 468 ZGB.

4.3.2 IV

Invaliddität ist nach Art. 8 ATSG «die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit». Diese Erwerbsunfähigkeit ist dabei auf eine körperliche, geistige oder psychische Gesundheitsbeeinträchtigung zurückzuführen (vgl. Art. 7 ATSG), die ihrerseits Folge eines Geburtsgebrechens, einer Krankheit oder eines Unfalls ist (Art. 4 IVG).³⁵ Menschen mit Behinderung haben somit Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung, wenn ihre Behinderung sie in ihrer (aktuellen oder künftigen) Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt.³⁶ *IV-Leistungen* (und Hilflosenentschädigungen sowie Assistenzbeiträge) werden *unabhängig vom Einkommen und Vermögen des IV-Berechtigten* ausgerichtet.³⁷ Denkbar ist allerdings, dass die IV nach Massgabe von Art. 72 ff. ATSG Regress auf eine haftpflichtige Person nimmt (z.B. Schadenverursacher; vgl. das Fallbeispiel «Angela», Ziff. 2.3). Die entsprechenden Schadenersatzansprüche werden dann nicht (direkt) an den Geschädigten ausbezahlt.³⁸

4.3.3 Ergänzungsleistungen

Ergänzungsleistungen zur IV werden ausgerichtet, wenn die Leistungen der Invalidenversicherung zur Deckung des gegenwärtigen Existenzbedarfs nicht ausreichen (s. den in Art. 2 Abs. 1 ELG festgeleg-

ten Grundsatz).³⁹ Darüber hinaus ist die (limitierte) Vergütung von gewissen Krankheits- und Behinderungskosten durch die Kantone vorgesehen (s. Art. 14 ff. ELG).⁴⁰ *Ergänzungsleistungen zur IV* sollen existenzielle Einkommenslücken schliessen, soweit die anrechenbaren Ausgaben der rentenberechtigten Person die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (vgl. Art. 9 Abs. 1 ELG). Sie haben damit gewissermassen *Auffüllfunktion*.⁴¹ Daraus erschliesst sich ohne Weiteres, dass dann, wenn sich die anrechenbaren Einnahmen erhöhen – etwa nach Zufluss einer Erbschaft – die EL-Leistungen in entsprechendem Umfang zurückgehen und nunmehr Eigenmittel anstelle der Sozialversicherungsleistung für den Unterhalt eingesetzt werden müssen.

Zu den *anrechenbaren Einnahmen* gehören neben dem Erwerbseinkommen (Art. 11 Abs. 1 lit. a ELG) auch Einkünfte aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen (Art. 11 Abs. 1 lit. b. ELG), Vermögensverzehr (Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG), Einnahmen aus Renten, Pensionen und anderen wiederkehrenden Leistungen⁴² (Art. 11 Abs. 1 lit. d ELG) sowie Leistungen aus Verpfändungsvertrag und ähnlichen Vereinbarungen (Art. 11 Abs. 1 lit. e ELG). Ein vollständiges Aufbrauchen des Vermögens wird zwar nicht erwartet. Als zumutbarer Vermögensverzehr und damit als Einkommen wird aber ein 15tel des Reinvermögens berücksichtigt, soweit das Vermögen CHF 37500 (bei Alleinstehenden) übersteigt (Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG).⁴³ Zu beachten ist allerdings, dass die Kantone für in Heimen lebende Personen den Vermögensverzehr auf einen Fünftel erhöhen können (Art. 11 Abs. 2 ELG).⁴⁴ Ferner sind die Kantone befugt, die anre-

35 RIEMER-KAFKA GABRIELA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 6. Aufl., Bern 2018, Rz. 2.19.

36 Damit ist schon offensichtlich, dass die Begriffe Invalidität und Behinderung nicht zwangsweise deckungsgleich sind. Der Invaliditätsbegriff klammert grundsätzlich all jene Menschen mit Behinderung aus, die trotz ihrer Beeinträchtigung uneingeschränkt erwerbsfähig sind oder sich nicht im erwerbsfähigen Alter befinden, s. BLUM-SCHNEIDER BRIGITTE, Pflege von behinderten und schwerkranken Kindern zu Hause, Diss. Zürich 2015, S. 10 f.; vgl. ferner zum Begriff der Invalidität RIEMER-KAFKA GABRIELA, Soziale Sicherheit von Kindern und Jugendlichen, Ihre Rechte insbesondere gegenüber Arbeitgeber, Schule, Eltern, Sozialversicherungen, Sozialhilfe und Opferhilfe, Bern 2011, S. 167 ff.

37 Vgl. die allgemeinen Voraussetzungen für Leistungen der Invalidenversicherung, Art. 4 ff. IVG; ferner exemplarisch KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015, Art. 15, N 21.

38 Der Geschädigte hat jedoch entsprechende Zahlungen bereits von der IV-Stelle erhalten. Ziel ist es, eine Überentschädigung des Versicherten zu vermeiden, s. für Einzelheiten auch Kreisschreiben über die Aufgaben der IV-Stellen bei der Ausübung des Rückgriffs auf haftpflichtige Dritte (KS Regress IV) vom 1. April 2009, abrufbar unter <<https://www.bsvlive.admin.ch/vollzug/documents/view/3698/lang:deu/category:25>> (besucht am 3. November 2018).

39 MÜLLER URS, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum ELG, in: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3. Auflage, Zürich 2013, N 13 zu Art. 4 ELG.

40 Dazu etwa BGE 138 I 225; 132 V 273.

41 Grundsätzlich zu den Ergänzungsleistungen als Grundversicherungsinstrument s. CARIGIET ERWIN/KOCH UWE, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 8 ff.

42 Dazu zählen z.B. von der Krankenkasse aufgrund einer Langzeitpflegeversicherung periodisch ausgerichtete Leistungen an die Kosten des Pflegeheimaufenthaltes, s. BGE 123 V 184 E. 3 S. 186 ff. (zu aArt. 3 Abs. 1 lit. c ELG).

43 Dazu ferner CARIGIET/KOCH (Fn 41), S. 161 ff.

44 Von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat etwa der Kanton Luzern: s. § 5 Gesetz über die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV vom 10. September 2007 (SRL 881), der Vermögensverzehr wurde neu auch für Invalidenrentner und -rentnerinnen auf 1/5 erhöht (in Kraft seit 1.1.2016); anders etwa der Kanton Bern, welcher die Erhöhung lediglich für Altersrentnerinnen und -rentner



chenbare Heimaufenthaltstaxe zu begrenzen. Der Differenzbetrag zwischen anrechenbarer und effektiv bezahlter Taxe ist wiederum aus der eigenen Tasche zu finanzieren, wodurch selbst das Schonvermögen rasch schrumpfen kann.⁴⁵

Eine besondere Regelung hat der Vermögensverzehr bei *Eigentum an einer Liegenschaft* erfahren. Es ist nur der CHF 112 500 übersteigende Wert der Liegenschaft beim Vermögen zu berücksichtigen, sofern die Liegenschaft von einer in die Berechnung eingeschlossenen Person selbst bewohnt wird (Art. 11 Abs. 1 lit. c ELG). In Abweichung davon ist gemäss Art. 11 Abs. 1^{bis} ELG sogar nur der CHF 300 000 übersteigende Wert der Liegenschaft (= Steuerwert⁴⁶ abzüglich Hypothekarschuld) beim Vermögen zu berücksichtigen, wenn eine Person zusätzlich Bezügerin einer Hilflosenentschädigung der IV ist und sie die Liegenschaft selbst bewohnt, die sie oder ihr Ehegatte besitzt.⁴⁷ Daraus ergibt sich, dass die Zuwendung einer Wohnliegenschaft (wie dies im Fallbeispiel «Maja» von den Eltern beabsichtigt ist) eine nachlassplanerisch ausgesprochen kluge Idee ist. Zur Erhöhung des Freibetrags wäre zunächst der Anspruch von Maja auf eine entsprechende Hilflosenentschädigung abzuklären und gegebenenfalls einzufordern, und zwar auch dann, wenn diese aus Sicht der Eltern aufgrund der aktuellen Wohn-, Einkommens- und Vermögenssituation eigentlich nicht nötig ist.

Bei *Erwerb einer Erbschaft* müssen die zuvor rechtmässig bezogenen EL-Leistungen nicht zurückerstattet werden. Hingegen ist der Vermögenserwerb für die Berechnung der künftigen Leistungen massgeblich.

Im Rahmen der Berechnung des EL-Anspruchs sind zwar grundsätzlich nur tatsächlich vorhandene Einkünfte und Vermögenswerte, über die der Berechtigte ungeschmälert verfügen kann, zu berücksichtigen.⁴⁸ Dieser Grundsatz findet dort Einschränkungen, wo der Berechtigte, ohne dazu verpflichtet zu sein oder⁴⁹ ohne eine angemessene Gegenleistung zu erhalten, auf Vermögen verzichtet, auf welches er einen Rechtsanspruch hat.⁵⁰ Insofern gehört zu den anrechenbaren Einnahmen auch *Verzichtsvermögen* bzw. Erträge daraus sowie ein angemessener Vermögensverzehr (vgl. Art. 11 Abs. 1 lit. g; Art. 17a ELV).⁵¹ Nicht nur der Erbschaftserwerb, sondern auch ein Pflichtteilsverzicht bzw. der Verzicht auf eine Herabsetzungsklage kann daher ernsthafte finanzielle Konsequenzen haben. Die Rechtsprechung tendiert dazu, zumindest den Pflichtteil des EL-Bezügers als Verzichtsvermögen aufzurechnen, wenn dieser nicht geltend gemacht wird.⁵² Unerheblich ist dabei, ob der Vermögensverzicht absichtlich im Hinblick auf den Bezug von Ergänzungsleistungen vorgenommen wurde.⁵³ Überdies gilt es sogar

vorsieht: s. Art. 3 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (EG ELG) vom 27. November 2008 (BSG 841.31).

- 45 Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a ELG. Ferner anschaulich zur Problematik ein Bericht aus der Luzerner Zeitung vom 14. Januar 2017: KÜTTEL KILIAN, Heimbewohner rutschen häufiger in die Sozialhilfe ab, <<http://www.luzernerzeitung.ch/nachrichten/zentralschweiz/luzern/Heimbewohner-rutschen-haeufiger-in-die-Sozialhilfe-ab;art9647,943013>> (besucht am 3. November 2018); jedoch können über die anerkannten Ausgaben hinausgehende Kosten wiederum bei der Berechnung des Vermögens in Abzug gebracht werden, s. MÜLLER (Fn 39), N 339 zu Art. 11 ELG.
- 46 Der Verkehrswert anstatt des erheblich tieferen Steuerwerts ist massgeblich, wenn das Grundstück nicht eigenen Wohnzwecken des EL-Bezügers dient; Art. 17 Abs. 1 und 4 ELV.
- 47 Ausführlich zum Unterschied von selbstbewohnten und nicht selbstbewohnten Liegenschaften CARIGIET/KOCH (Fn 41), S. 168 ff. Zu bedenken ist dabei auch, dass der Mietwert der selbstbewohnten Liegenschaft wiederum als anrechenbare Einnahme berücksichtigt wird. Massgebend ist der nach kantonalem Steuerrecht zu ermittelnde ungekürzte Mietwert, s. BGE 138 V 9 E. 4.4 ff. S. 15 ff.

48 Ausführlich dazu MÜLLER (Fn 39), N 264 f. zu Art. 11 ELG; CARIGIET/KOCH (Fn 41), S. 148; s. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 110 V 21 E. 3 S. 21; 121 V 204 E. 4a S. 205.

49 Die Voraussetzungen sind alternativ zu verstehen, s. BGE 131 V 329 E. 4.3 f. S. 334 ff.

50 BGE 121 V 204 E. 4a S. 206 f., m.w.H. Als gleichwertig gilt die Gegenleistung, wenn sie ungefähr 90% der Leistung beträgt, s. CARIGIET/KOCH (Fn 41), S. 173; MÜLLER (Fn 39), N 496 zu Art. 11 ELG, m.w.H.; aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung s. BGE 122 V 394 E. 5a S. 401; ferner müssen Leistung und Gegenleistung in einem zeitlichen Zusammenhang stehen, s. MÜLLER (Fn 39), N 496 zu Art. 11 ELG, m.w.H. Blosses Verbrauchen des Vermögens gilt hingegen nicht als relevanter Vermögensverzicht, s. etwa BGE 115 V 352 E. 5d S. 355, da die Ermittlung des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen nicht den Zweck einer «Lebensführungskontrolle» habe, s. BGE 115 V 352 E. 5d S. 355.

51 Ausführlich dazu CARIGIET/KOCH (Fn 41), S. 173 ff.

52 Vgl. BGE 139 V 505 E. 2.2 S. 508; u.a. kann sogar Vermögen, auf welches der verstorbene Ehegatte zu Lebzeiten verzichtet hat, anrechenbares Verzichtsvermögen darstellen, s. BGE 139 V 505 E. 2 S. 506 ff.; vgl. ferner Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich ZL.2011.00007 vom 31. Januar 2013 E. 2.2.

53 S. exemplarisch BGE 120 V 10 E. 1 S. 12. Das entsprechende subjektive Element wurde im Rahmen der 2. ELG-Revision im Jahr 1987 gestrichen, vgl. CARIGIET/KOCH (Fn 41), Fn 527; Botschaft betreffend die

als Vermögensverzicht, wenn auf die *Durchsetzung höherer als der gesetzlichen Ansprüche* verzichtet wird⁵⁴ – wenn das behinderte Kind also erbrechtlich begünstigt wurde, diese Begünstigung aber beispielsweise ausschlägt oder nur den gesetzlichen Erbteil geltend macht. Daraus folgt, dass nicht erst im Rahmen der Erbteilung darüber nachgedacht werden sollte, ob die Begünstigung tatsächlich sinnvoll ist oder nicht. Entgegen verbreiteter Auffassung trifft es im Übrigen nicht zu, dass der Vermögensverzicht nach einigen Jahren unberücksichtigt bleiben würde. Das ELG kennt keine zeitliche Beschränkung zur Anrechnung von Verzichtvermögen. Eine Verzichtshandlung ist für den Berechtigten daher auch von Nachteil, wenn sie sehr lange zurück liegt. Immerhin wird der Betrag, auf den verzichtet wurde, ab dem auf den Verzicht folgenden Jahr jährlich um CHF 10000 verringert (Art. 17a Abs. 1 ELV).

Zu den anrechenbaren Einnahmen gehört ferner der *Kindesunterhalt* i.S.v. Art. 276 ff. ZGB, weshalb im Einzelfall abzuklären ist, wann die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber volljährigen, behinderten Kindern erlischt.⁵⁵ Hingegen geht die *Verwandtenunterstützungspflicht* nach Art. 328 ff. ZGB dem Anspruch auf Ergänzungsleistungen nach (Art. 11 Abs. 3 lit. a ELG).⁵⁶

4.3.4 Hilflosenentschädigung und Assistenzbeiträge

Die Hilflosenentschädigung gemäss Art. 42 ff. IVG soll Menschen mit einer Behinderung die unabhängige Lebensführung ermöglichen. Sie ist, wie die IV-Rente, unabhängig von Einkommen und Vermögen des Bezügers. Ihre Höhe hängt vom Grad der Hilflosigkeit ab und davon, ob der Betroffene in einem Heim oder im eigenen Zuhause wohnt (vgl. Art. 42^{ter} IVG). Die wie auch immer geartete Zuwendung von Vermögen durch die Eltern an das Kind mit Behinderung schadet folglich dem Recht auf Hilflosenentschädigung nicht. Denkbar ist

zudem, dass der behinderte, volljährige⁵⁷ Bezüger einer Hilflosenentschädigung der IV zusätzlich Anspruch auf einen *Assistenzbeitrag* nach Art. 42^{quater} ff. IVG hat, der ihm das Leben zu Hause ermöglichen soll.⁵⁸ Damit soll eine Assistenzperson entlohnt werden können, die dem Betroffenen für bestimmte Hilfeleistungen zur Verfügung steht (vgl. Art. 39c IVV). Auf diese Weise liesse sich im Fallbeispiel «Maja» allenfalls der Verbleib in der Wohnung ermöglichen, auch nachdem die Eltern in ein Alters- oder Pflegeheim gezogen oder verstorben sind.

4.3.5 Sozialhilfe

Sozialhilfe wird nach kantonalen Sozialhilfegesetzen und nur an «bedürftige Personen» ausgerichtet. Das Einkommen – dazu gehören Unterhalts- und Verwandtenunterstützungspflichten – spielt daher bei der Anspruchsberechtigung eine zentrale Rolle. Die *Vermögensfreibeträge* sind sehr tief, und es besteht kein Anspruch darauf, Grundeigentum zu erhalten.⁵⁹ Grundsätzlich wird erwartet, dass vor der Inanspruchnahme von Sozialhilfe das eigene Vermögen für den Unterhalt verwendet wird. Nach den aktuellen SKOS-Richtlinien beträgt der Vermögensfreibetrag nur gerade CHF 4000 pro Person.⁶⁰ Die kantonalen Regelungen, die bekanntlich an die SKOS-Richtlinien nicht gebunden sind, setzen diesen Betrag teilweise sogar noch tiefer an.⁶¹

Selbst bei rechtmässigem Bezug von Leistungen ist eine *Rückerstattungspflicht* denkbar, insbesondere bei Anfall einer Erbschaft. Die SKOS-Richtlinien sehen zwar einen Freibetrag (CHF 25000) bei erheblichem Vermögensanfall vor, allerdings gehen die Kantone auch hier teilweise deutlich dar-

zweite Revision des Bundesgesetzes über die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV (ELG), vom 21. November 1984, BBl 1985 I 98 ff., S. 106.

54 Z.B. durch Zustimmung zu einer besonders ungünstigen Erbteilungsvereinbarung, so etwa in einem Fall vor dem Zürcher Sozialversicherungsgericht ZL.2012.00064 vom 30. Mai 2014 E. 4.2.

55 Eingehend dazu CAMENZIND JANINE, Die Auswirkungen einer Behinderung auf die Unterhaltspflicht der Eltern, Im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Selbstverantwortung, in: Jusletter vom 9. April 2018, Rz. 11 ff.

56 Zur Verwandtenunterstützungspflicht bei einem Kind mit Behinderung s. CAMENZIND (Fn 55), Rz. 27 f.

57 Vgl. für den Anspruch von minderjährigen Bezüger Art. 39a IVV.

58 Zum Verhältnis von Ergänzungsleistungen und Assistenzbeitrag s. GÄCHTER THOMAS/TIEFENTHAL JÜRIG M., Assistenzbeitrag und Ergänzungsleistungen – ein klärungsbedürftiges Verhältnis?, in: Pflgerecht 2017, S. 217 ff.; kein Anspruch auf Assistenzbeitrag besteht hingegen bei einer Hilflosenentschädigung der obligatorischen Unfallversicherung, s. dazu BGE 140 V 113 E. 5 ff. S. 115 f.

59 SKOS-Richtlinien: Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, 4. Aufl., Bern 2005, E. 2.2, abrufbar unter <https://skos.ch/fileadmin/_migrated/content_uploads/2017_SKOS-Richtlinien-komplett-d.pdf> (besucht am 3. November 2018).

60 SKOS-Richtlinien (Fn 59), E. 2–3.

61 So beträgt der Vermögensfreibetrag etwa im Kanton Aargau lediglich CHF 1500 pro Person, s. § 11 Sozialhilfe- und Präventionsverordnung (SPV) des Kantons Aargau vom 28. August 2002 (SR-AG 851.211).



unter.⁶² Dass ein von den Eltern an das Kind mit Behinderung zugewandtes Vermögen nunmehr dazu führt, dass vorerst keine weiteren Sozialhilfeleistungen ausbezahlt werden, versteht sich von selbst. Unter Umständen sind sogar die Erben der durch die Sozialhilfe unterstützten Person im Rahmen der empfangenen Erbschaft rückerstattungspflichtig.⁶³ Daran ist namentlich dann zu denken, wenn das Familienvermögen nach Versterben des Sozialhilfebezügers mit Behinderung an weitere im Voraus bestimmte Personen weitergeleitet werden soll.⁶⁴

Im Recht der Sozialhilfe wird grundsätzlich *kein Verzichtvermögen angerechnet*.⁶⁵ Allerdings führt ein schuldhaftes Herbeiführen der Notsituation aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Regel zu Leistungskürzungen.⁶⁶ Das «absolute Existenzminimum» bleibt aber gesichert.⁶⁷ Unter Umständen wird daher die *Kürzung der EL zufolge Vermögens-*

verzichts (vorne, Ziff. 4.3.3) *durch die Sozialhilfe aufgefangen*. Das kann etwa zutreffen, wenn der Betroffene zwingend in einem Pflegeheim betreut werden muss. Denkbar (aber unwahrscheinlich) ist, dass der Sozialhilfeanspruch wegen offenbaren Rechtsmissbrauchs verweigert wird.⁶⁸ Jedenfalls würde dies voraussetzen, dass der Betroffene absichtlich die eigene Lage allein deswegen verursacht hat, um sich anschliessend mit Sozialhilfeleistungen zu bereichern.⁶⁹

4.4 Fehlende Vorhersehbarkeit künftiger Entwicklungen

Die Nachlassplanung in Familien mit einem behinderten Kind ist (noch) mehr als andere Familien-nachlassplanungen konfrontiert mit dem Problem, dass zufolge künftiger Entwicklungen die Planung obsolet oder gar kontraproduktiv wird. Denn die oftmals ungewisse Gesundheitssituation beim behinderten Kind, ein unerwarteter vorzeitiger Tod oder gerade umgekehrt bahnbrechende neue Behandlungsmethoden oder Hilfsmittel können die Ausgangslage, auf deren Grundlage die Planung beruht, wegbrechen lassen. Ferner ist an verschiedenste Möglichkeiten der Ablebensreihenfolge der Familienmitglieder zu denken. Neben einem allfälligen Vorversterben des Kindes mit Behinderung ist etwa zu überlegen, was im Falle des Vorversterbens eines Vor- oder Nacherben geschehen soll oder was für den Fall des gleichzeitigen Ablebens beider Eltern vorzukehren ist. Überdies sind weitere mögliche Änderungen der Familiensituation zu bedenken; etwa eine Scheidung und/oder Wiederheirat der Eltern bzw. eines Elternteils. Bei der Wahl der Planungsinstrumente ist daher immer die Frage zu stellen, welche Flexibilität diese in der Zukunft eröffnen. Insofern ist u.a. an klug formulierte (auflösende sowie aufschiebende) Bedingungen sowie durchdachte Ersatzanordnungen zu denken, die fast bei jedem Planungsinstrument eingesetzt werden können.

4.5 Allgemeine erbrechtliche Planungshindernisse

Selbstverständlich ist überdies an die allgemeinen Planungshindernisse *de lege lata* zu denken, wie etwa die eingeschränkte Zwecksetzung der Familienstiftung, das Verbot der mehrfachen Nacherben-einsetzung, Steuernachteile gewisser Gestaltungsformen oder, wenn die rechtsgeschäftliche Planung

62 Auch hier liegt der Vermögensfreibetrag des Kantons Aargau (CHF 5000) deutlich unter der Empfehlung der SKOS, s. § 20 SPV-AG (Fn 61).

63 S. exemplarisch § 20 Abs. 3 SPV-AG (Fn 61); § 40 Sozialhilfegesetz (SHG) des Kantons Luzern vom 16. März 2015 (SRL 892).

64 Für diesen Fall bietet sich allenfalls eine Vor- und Nacherben-einsetzung an, da die Nacherben den ursprünglichen Erblasser und nicht den Vorerben beerben, vgl. Art. 492 Abs. 1 ZGB; s. ferner statt aller: WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn 17), Rz. 674.

65 Vgl. aber etwa § 32 Abs. 1 SHG-LU (Fn 63): «Bei der Berechnung des Anspruchs auf wirtschaftliche Sozialhilfe werden Vermögenswerte, auf die verzichtet worden ist, als Einkommen angerechnet. Vorbehalten bleibt das verfassungsmässige Recht auf Hilfe in Notlagen»; s. ferner die zugehörige Verordnungsbestimmung: § 13 Sozialhilfeverordnung des Kantons Luzern (SHV) vom 24. November 2015 (SRL 892a).

66 Vgl. BGE 134 I 65 E. 5.4 S. 74 (übersetzt in: Pra 97/2008, Nr. 68, S. 560 ff.). Von einem schuldhaften Herbeiführen kann jedoch nur dann die Rede sein, wenn der Betroffene auch tatsächlich etwas gegen die Notlage hätte unternehmen können. So muss etwa das Kind mit Behinderung urteilsfähig und volljährig sein, um eine (teilweise) Enterbung oder die Verletzung seines Pflichtteils anzufechten. Versäumnisse des gesetzlichen Vertreters oder Beistands dürfen ihm sozialhilferechtlich nicht entgegengehalten werden, s. AEBI-MÜLLER REGINA/TANNER DEBORA, Das behinderte Kind im Zivilrecht, in: Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006, Fn 102; vgl. BGE 131 I 166 E. 4.2 S. 174: «[D]ie betroffene Person muss aufgrund der bestehenden Möglichkeit konkret und aktuell in der Lage sein, die Notlage selbst abzuwenden oder zu beenden».

67 BGE 134 I 65 E. 3.3 S. 70 (übersetzt in: Pra 97/2008, Nr. 68, S. 560 ff.): «[D]ie Hilfe in Notlagen i.S.v. Art. 12 BV [kann] einer bedürftigen Person nicht herabgesetzt oder verweigert werden, selbst wenn Letztere für ihre Lage persönlich verantwortlich ist».

68 Vgl. BGE 131 I 166 E. 6.2 S. 178, m.w.H.

69 S. BGE 121 I 367 E. 3d S. 377 f.

mehrere Parteien umfasst, die fehlende Kooperationsbereitschaft innerhalb der Familie. Neben der Berücksichtigung dieser spezifischen Planungshindernisse gilt es, bekannte Fallstricke zu vermeiden. Dazu gehören etwa die gedankenlose Übernahme von Mustern, die Falschberechnung der zugrunde liegenden vermögensrechtlichen Situation, das Ausserachtlassen des Ehegüterrechts, Dritte (Familienmitglieder, KESB, Beistände usw.) nicht einzubeziehen oder vollstreckungsrechtliche Probleme unberücksichtigt zu lassen.

5 Lösungsansätze

5.1 Vorbemerkungen

Es gibt verschiedene mögliche Planungselemente (Nacherbeneinsetzung, Nutzniessung, Teilungsregeln, usw.), die sich in unterschiedlichen Planungsinstrumenten (u.a. Erbvertrag, Testament, Vertrag zugunsten Dritter, Versicherungslösungen) umsetzen lassen und die zusätzlich variantenreich gestaltet werden können (Suspensiv- und Resolutivbedingungen, Auflagen usw.). Zu denken ist auch an Sicherungsmöglichkeiten (Willensvollstreckung, Beistandschaft). Die nachfolgende Darstellung soll Interessierten einen Überblick über den aktuellen Forschungsstand ermöglichen, erhebt jedoch nicht den Anspruch auf Vollständigkeit.

Welche Planungsarten im konkreten Fall tatsächlich sinnvoll sind, hängt unter anderem von den konkreten Planungsanliegen (vorne, Ziff. 3) sowie von der Höhe und Zusammensetzung des Vermögens ab und lässt sich daher nicht verallgemeinern. Generell gilt für die Nachlassplanung in Familien mit einem behinderten Kind, dass Standardlösungen praktisch nie zielführend sind und die Nachlassplanung spezifisch auf die konkrete Sachlage «masszuschneiden» ist.

5.2 Erbvertrag

Mit einem Erbvertrag können *bindende Anordnungen* für den Todesfall getroffen werden.⁷⁰ Von praktischem Interesse im Rahmen des Erbvertrags ist primär der *Erbverzicht bzw. Erbauskau*f, d.h. die Teilnahme des behinderten Kindes oder, je nach Interessenlage, von dessen Geschwistern als *Vertragspartner* des Erblassers bzw. der Erblasser (der Eltern). Denkbar ist etwa im Fallbeispiel «Dominik», dass beide Eltern je mit den Kindern (solange minderjährig vertreten durch einen Beistand) einen Erb-

vertrag abschliessen. Dieser soll zunächst die Begünstigung von Dominik (allenfalls auch nur eine Vorerbeneinsetzung, vgl. dazu hinten, Ziff. 5.8) und bei dessen Tod die Begünstigung von dessen Geschwistern vorsehen. Da die Stellung als Vertragserblasser keine Vertretung zulässt (vgl. Ziff. 4.2) und Dominik aufgrund seiner schweren Hirnschädigung offenkundig dauernd urteilsunfähig ist, ist der Erbvertrag so zu gestalten, dass Dominik nur als Vertragserbe in Erscheinung tritt und nicht zusätzlich auch als Erblasser.

5.3 Begrenzung der Pflichtteilsberechnungsmasse

Da der Pflichtteilsanspruch der Nachkommen ein wesentliches Planungshindernis darstellt – unabhängig davon, ob das behinderte Kind oder gesunde Kinder begünstigt werden sollen – ist zu verhindern, dass die *Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil* zu sehr anwächst und so die ohnehin schon beschränkte Verfügungsfreiheit noch weiter verringert. Zu einem Anwachsen der Pflichtteilsberechnungsmasse kommt es unter anderem dann, wenn im Sinne einer maximalen Ehegattenbegünstigung das eheliche Vermögen unbelastet dem überlebenden Ehegatten zugewiesen wird,⁷¹ welcher den Kindern in der Folge einen erheblichen Nachlass hinterlässt. Die Maximalbegünstigung des überlebenden Ehegatten führt dazu, dass das behinderte Kind beim Tod des zweiten Elternteils einen grösseren Vermögensbetrag erhält, als wenn bereits beim Tod des erstversterbenden Elternteils ein Teil des Vermögens an ein gesundes Geschwister oder an Dritte (u.a. einer Stiftung) übertragen worden wäre. Es lohnt sich daher, die unterschiedlichen Gestaltungsvarianten konkret durchzurechnen. Eine sinnvolle Lösung kann auch darin bestehen, den überlebenden Ehegatten erbvertraglich seinerseits nur als Vorerben (Variante: als Nutzniesser) und die nicht behinderten Nachkommen (oder Dritte) als Nacherben auf den Überrest einzusetzen.⁷²

71 Vgl. dazu AEBI-MÜLLER (Fn 8), Rz. 06.04 ff.

72 Vgl. RUBY (Fn 6), S. 67 f., der allerdings auf der Grundlage des deutschen Rechts argumentiert; eingehend zur Frage, ob eine maximale Ehegattenbegünstigung sinnvoll ist, AEBI-MÜLLER (Fn 8), passim; zu beachten ist jedoch, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Verzicht des Ehegatten auf seine Vollerbenstellung im Umfang seines Pflichtteils bei gegebenen Voraussetzungen in seinem Nachlass eine herabsetzbare Zuwendung i.S.v. Art. 527 ZGB darstellen kann, s. dazu Urteil des BGer 5A_267/2016 vom 18. Januar 2017 E. 3.

70 S. statt aller: ZEITER/SCHRÖDER, PraxKomm (Fn 30), N 1 zu Art. 468 ZGB.



5.4 Lebzeitige Zuwendungen

Je nach konkreten Planungsbedürfnissen kommen (in den Schranken von Art. 527 ZGB) *lebzeitige Vermögensentäusserungen* in Form von Schenkungen und Erbvorbezügen in Betracht, um das Familienvermögen an die gewünschte Stelle zu übertragen. Dadurch kann einerseits in den Schranken von Art. 527 ZGB die Pflichtteilsberechnungsmasse reduziert werden. Andererseits kann es sich aufdrängen, dem behinderten Kind spezifische Therapien, Hilfsmittel und Ausstattungen zuzuwenden, die im Bereich des Ergänzungsleistungsrechts nicht als anrechenbares Vermögen betrachtet werden⁷³ und die daher für die Berechnung des zumutbaren Vermögensverzehrs unberücksichtigt bleiben (vgl. dazu hinten Ziff. 4.3.3).

5.5 Ausgleichung

Im Zusammenhang mit lebzeitigen Zuwendungen ist auch an die Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) zu denken.

5.5.1 Grundsätzliches

Zuwendungen (Schenkungen) unter Lebenden sind *ausgleichungspflichtig*, wenn sie nach Art. 626 Abs. 1 ZGB auf Anrechnung an den Erbteil («Vor-empfang») oder den Nachkommen als Ausstattung, durch Vermögensabtretung, Schulderlass usw. (Art. 626 Abs. 2 ZGB) zugewendet wurden. Unter dem Begriff «Ausstattung» sind (nach dem bundesgerichtlichen Konzept der Versorgungskollation) Zuwendungen zur Existenzbegründung, -sicherung oder -verbesserung zu verstehen. Grosszuwendungen an einzelne Kinder lassen sich meist unter diesen Begriff subsumieren.

Nicht ausgleichungspflichtig sind grundsätzlich laufende Leistungen zur Verbesserung der Lebenshaltung des behinderten Kindes,⁷⁴ z.B. Therapien, Ferienreisen usw. Dies gilt auch dann, wenn diese Leistungen deutlich über die Unterhalts- bzw. Unterstützungspflicht der Eltern hinausgehen (s. aber hinten, Ziff. 5.5.2).

Ferner ist Art. 631 Abs. 2 ZGB zu beachten. Danach haben Kinder, «die noch in Ausbildung stehen oder die gebrechlich sind», bei der Teilung des Nachlasses *Anspruch auf einen Vorausbezug*. Unter Umständen relativiert dieser Vorausbezug die Aus-

gleichungsverpflichtung nach Abs. 1. Man kann daher auch von einer «umgekehrten Ausgleichung» sprechen.⁷⁵ Der Anspruch nach Art. 631 Abs. 2 ZGB besteht grundsätzlich ohne Rücksicht auf das Alter des Kindes, also auch nach dessen Volljährigkeit. Ziel ist es, die besonderen Bedürfnisse des behinderten (bzw. noch nicht ausgebildeten) Kindes nach dem Tod der Eltern auszugleichen, wenn die Unterstützung durch diese weggefallen ist. Für den Umfang des Vorausbezugs ist deshalb unter anderem entscheidend, welchen Betrag das gebrechliche Kind vom Erblasser hätte erwarten können, hätte dieser weitergelebt.⁷⁶ War das Kind zum Zeitpunkt des Todes der Eltern⁷⁷ nicht mehr unterstützungsbedürftig, beispielsweise weil es ein ausreichendes Erwerbs- oder Renteneinkommen erzielt, entfällt der Anspruch auf Vorausbezug. Im Übrigen ist Art. 631 Abs. 2 ZGB zwingender Natur:⁷⁸ Sind die Voraussetzungen erfüllt, hat das behinderte Kind mindestens Anspruch auf den Pflichtteil zuzüglich Vorausbezug.

Sowohl eine *ausdrückliche Ausgleichsanordnung* wie auch ein *expliziter Ausgleichsdispens* (zugunsten des behinderten Kindes oder der Geschwister) können in gewissem Rahmen Raum für faire Lösungen schaffen. Der damit verbundene Spielraum ist indessen gering, insbesondere deshalb, weil die Pflichtteile durch solche Anordnungen gewahrt werden müssen, soweit kein gültiger Verzicht vorliegt. Schliesslich ist zu bedenken, dass Zuwendungen i.S.v. Art. 626 ZGB im Rahmen von Art. 527 Ziff. 1 ZGB trotz Ausgleichsdispens (zwingend) der Herabsetzung unterliegen und damit in die Berechnung der Pflichtteilsberechnungsmasse einfließen.⁷⁹

5.5.2 Insbesondere Kosten für Erziehung und Ausbildung

Nach Art. 631 Abs. 1 ZGB unterliegen Auslagen für Erziehung und Ausbildung einzelner Kinder der Ausgleichungspflicht, soweit sie «das übliche Mass übersteigen». Die Eltern haben im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht (Art. 276 ff. ZGB) grundsätzlich auch für behinderungsbedingte Mehraus-

73 Generell gilt, dass das anrechenbare Vermögen im Ergänzungsleistungsrecht nach den Grundsätzen des Steuerrechts – und damit grösstenteils nicht zum Verkehrswert – bewertet wird; Art. 17 Abs. 1 ELV.

74 Vgl. exemplarisch FORNI/PIATTI, BSK, N 15 zu Art. 626 ZGB.

75 FANKHAUSER, CHK, N 1 zu Art. 631 ZGB.

76 Urteil des BGer 5C.60/2003 vom 7. Mai 2003 E. 4.

77 In der Regel besteht der Anspruch aber erst beim Tod des zweiten Elternteils, darf doch davon ausgegangen werden, dass beim ersten Todesfall der andere Elternteil die Unterhaltspflicht alleine weiterträgt, sodass ein relevanter Unterhaltsausfall erst bei dessen Tod eintritt. Vgl. dazu Urteil des BGer 5C.40/2001 vom 23. Mai 2001 E. 5 in fine.

78 EITEL, BK, N 28 zu Art. 631 ZGB.

79 BGE 126 III 171 E. 3a S. 173.

lagen aufzukommen.⁸⁰ Bei einem Kind mit Behinderung kann es durchaus vorkommen, dass die Ausgaben für Erziehung und Ausbildung wesentlich höher ausfallen als bei gesunden Geschwistern. In der Lehre ist umstritten, inwiefern gesetzlich geschuldete Leistungen der Ausgleichung unterliegen.⁸¹ Die eben genannte Norm steht nämlich in einem gewissen *Spannungsverhältnis zum Unterhaltsrecht*, welches von den Eltern nicht nur den «üblichen», sondern den nach den gesamten Umständen angemessenen Unterhalt verlangt (vgl. Art. 276 Abs. 2 ZGB, «gebührender Unterhalt»). Gerade bei Kindern mit Behinderung ist es nicht unüblich, dass ungewöhnlich hohe Unterhaltsleistungen gesetzlich geschuldet sind und die Unterschiede zu den Geschwistern erheblich ins Gewicht fallen.⁸² Die gesetzliche Ausgleichung hat sich in allgemeiner Weise der Gleichbehandlung der Nachkommen verschrieben.⁸³ Daher ist der Lehrmeinung zu folgen, wonach auch bei gesetzlich geschuldeten Erziehungskosten auf das Kriterium des üblichen Masses abzustellen ist.⁸⁴ Ungewöhnlich hohe (u.U. auch be-

hinderungsbedingte) Ausbildungs- und damit verbundene Unterhaltskosten unterliegen daher nach vorliegend vertretener Auffassung vermutlich der gesetzlichen Ausgleichung. Im Übrigen handelt es sich um eine dispositive Bestimmung (vgl. Art. 631 Abs. 1 ZGB), weshalb mittels Ausgleichungsdispens sowie Ausgleichungsanordnungen der konkreten Interessenlage Rechnung getragen werden kann⁸⁵:

Einerseits ist in diesem Zusammenhang an eine *gewillkürte Ausgleichungspflicht* zu denken. Der Bestimmung von Art. 631 Abs. 1 ZGB lässt sich entnehmen, dass der Erblasser durch ausdrückliche Anordnung (neben den der gesetzlichen Ausgleichung unterliegenden unüblichen auch) übliche Leistungen für Erziehung und Ausbildung eines Kindes der Ausgleichung unterwerfen kann.⁸⁶ Da Pflege und Erziehung eines behinderten Kindes in der Regel zu einem erheblichen, nicht nur monetären Mehraufwand führt, der gelegentlich zulasten weiterer, gesunder Kinder geht, ist eine solche Anordnung unter Umständen gerechtfertigt. Dies umso mehr, als das «gebrechliche» Kind, wie dargelegt (vgl. vorne, Ziff. 5.5.1), nach Art. 631 Abs. 2 ZGB gegebenenfalls Anspruch auf einen angemessenen Vorausbezug hat, der die Ausgleichungspflicht bis zu einem gewissen Grad aufwiegt. Ein Teil der Lehre vertritt allerdings die Ansicht, dass gesetzlich geschuldete Erziehungs- und Ausbildungskosten einer positiven Ausgleichungsanordnung entzogen seien.⁸⁷

Andererseits kann der Wunsch der Eltern darin bestehen, dass das behinderte Kind die Mehrauslagen für seine teurere Ausbildung gerade nicht zur Ausgleichung bringen soll. Eine *Aufhebung der gesetzlichen Ausgleichungspflicht* ist ohne Weiteres zulässig, wobei sich aus Beweisgründen die Schriftform aufdrängt. Für eine zusätzliche Begünstigung des behinderten Kindes kann der Erblasser gleichzeitig für die Leistungen an die Geschwister die Ausgleichung ausdrücklich anordnen.

Im Fallbeispiel «Maja» könnten die Eltern, wenn sie den Erbteil von Maja erhöhen wollen (Planungsvariante 1), verfügen, dass sich der Bruder von Maja einen Teil des teuren Medizinstudiums auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss.

80 Eingehend dazu CAMENZIND (Fn 55), Rz. 5.

81 Insbesondere in der älteren Lehre wurde vertreten, dass lediglich diejenigen Ausbildungskosten der Ausgleichung unterworfen sind, die das aufgrund von Art. 276 ff. ZGB gesetzlich Geschuldete übersteigen, vgl. ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640), Zürich 1960, N 5 zu Art. 631 ZGB; ferner STEINAUER (Fn 24), Rz. 188, 191; vgl. ferner WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, Zweiter Teil, Schweizerisches Privatrecht (SPR IV/2), Basel 2015, S. 334 f.; s. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einzig BGE 76 II 212 übersetzt in Pra 1951, Nr. 3; in der neueren Lehre vertreten demgegenüber etliche Autoren die Auffassung, dass Art. 631 Abs. 1 ZGB diejenigen Erziehungs- und Ausbildungskosten der Ausgleichung unterstelle, die dasjenige Mass überschreiten, welches unter normalen Umständen notwendig ist, und zwar auch dann, wenn sie gesetzlich geschuldet sind, so namentlich EITEL, BK, N 15 zu Art. 631 ZGB.

82 Vgl. EITEL, BK, N 15 zu Art. 631 ZGB.

83 Statt aller: WOLF/GENNA, SPR IV/2 (Fn 81), S. 317; ausführlich dazu schon WIDMER PIERRE, Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Bern 1971, S. 19 ff.

84 So insbesondere EITEL PAUL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht: Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung, Bern 1998, § 9, Rz. 21 ff.; DRUEY (Fn 26), § 7, Rz. 34; a.M. FORNI/PIATTI, BSK, N 5 zu Art. 631 ZGB; BREITSCHMID PETER/VETSCH MICHAEL, Mündigenunterhalt (Art. 277 Abs. 2 ZGB) – Ausnahme oder Regel?, in: Fampra.ch 2005, S. 471 ff., S. 483; WOLF/GENNA, SPR IV/2 (Fn 81), S. 334 f., die letzteren beiden mit der Begründung, dass nur freiwillig getätigte unentgeltliche Zuwendungen der Ausgleichung unterliegen können und Leistungen in Erfüllung gesetzlicher Pflichten keine solchen seien.

85 Vgl. WOLF/GENNA, SPR IV/2 (Fn 81), S. 334.

86 Inwiefern dies auch für Unterhalt aufgrund der familienrechtlichen Unterhaltspflicht (Art. 276 ff. ZGB) angeordnet werden kann, ist wiederum umstritten; vgl. zum Problem AEBI-MÜLLER (Fn 8), Rz. 08.36, m.w.H.; EITEL, BK, N 11 ff. zu Art. 631 ZGB.

87 S. exemplarisch SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016, Rz. 92; FORNI/PIATTI, BSK, N 5 zu Art. 631 ZGB.



Im Kontext des Fallbeispiels «Dominik» ist offensichtlich, dass die Eltern überdurchschnittliche Aufwendungen für ihren schwer hirngeschädigten Sohn getätigt haben. Eine Begünstigung des behinderten Kindes liegt ferner darin, dass es sich (wie dargelegt, 5.5.1) zum laufenden Verbrauch bestimmte Leistungen der Eltern (Finanzierung von Ferien usw.) grundsätzlich nicht auf den Erbteil anrechnen lassen muss. Allenfalls besteht daher das Bedürfnis, den gesunden Geschwistern «als Ausgleich» später beispielsweise einen Beitrag für den Bau eines eigenen Hauses oder ein Startkapital für ein eigenes Geschäft zuzuwenden. Damit die damit verfolgte Absicht nicht an der gesetzlichen Ausgleichung scheitert, bedarf es eines ausdrücklichen Ausgleichsdispenses.

5.6 Zuwendung an Stiftung (evtl. Familienstiftung) oder an einen Trust

Ein weiteres Planungsinstrument ist die Errichtung einer Stiftung, wobei insbesondere an eine Familienstiftung zu denken ist (Art. 493 i.V.m. Art. 335 ZGB). Da das Stiftungsvermögen nicht dem Destinatär (d.h. dem behinderten Kind) gehört, wird es im Ergänzungsleistungs- und Sozialhilferecht nicht berücksichtigt. Vorbehalten bleibt eine Konstruktion, die zufolge wirtschaftlicher Identität zwischen Stiftung und Begünstigtem einen Durchgriffstatbestand erfüllt.⁸⁸

Zum anrechenbaren *Einkommen* i.S.v. Art. 11 Abs. 1 ELG gehören allerdings regelmässige Pensionen und andere wiederkehrende Leistungen. Regelmässig ausgerichtete Leistungen der Stiftung an die Destinatäre können folglich unter diese Bestimmung fallen. Auch nichtmonetäre Leistungen, die einen materiellen Wert aufweisen, zählen als andere wiederkehrende Leistungen i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. d ELG.⁸⁹ Die Aufzählung nicht anrechenbarer Leistungen i.S.v. Art. 11 Abs. 3 ELG ist abschliessend, weshalb alle übrigen Leistungen Dritter zu berücksichtigen sind, es sei denn, sie lassen sich keiner Tatbestandsvariante von Art. 11 Abs. 1 ELG zuordnen. Dabei ist gleichgültig, ob es sich um Geld- oder Naturalleistungen handelt.⁹⁰ Nicht anrechenbare Leistungen sind u.a. öffentliche oder pri-

vate Leistungen mit ausgesprochenem Fürsorgecharakter (Abs. 3 lit. c). Darunter fallen freiwillige Leistungen, die auf Zusehen hin und unter periodischer Anpassung an die Bedürftigkeit des Begünstigten ausgerichtet werden.⁹¹ Die Frage, ob eine nicht anrechenbare Leistung gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. c ELG oder eine wiederkehrende Leistung nach Art. 11 Abs. 1 lit. d ELG vorliegt, richtet sich nach dem Zweck, welchen die Leistung aus objektiver Sicht verfolgen soll. Der subjektive Wille der Parteien ist damit nicht ausschlaggebend.⁹² Zum Voraus fest vereinbarte Leistungen an den Destinatär gelten folglich als anrechenbare Einnahmen, welche zur Kürzung des EL-Anspruchs führen.⁹³

Geschickt ist es daher, nicht zum Voraus (statutarisch) festgesetzte Geldleistungen, sondern die Finanzierung bestimmter Dienstleistungen durch die Stiftung vorzusehen, beispielsweise die Finanzierung einer regelmässigen Ferienbegleitung oder eine bestimmte Therapie. Die konkreten Leistungen sollten dabei im Ermessen der Stiftung liegen und jeweils an die aktuelle Bedürftigkeit der Destinatäre angepasst werden. Unter diesen Umständen sollte eine Berücksichtigung im Sozialhilfe- und EL-Recht entfallen, weil das begünstigte Kind über den wirtschaftlichen Gegenwert der Stiftungsleistung nicht verfügen kann. Vorbehalten bleibt allerdings der Rechtsmissbrauchstatbestand, der indessen nur in offensichtlich stossenden Fällen erfüllt sein dürfte.

Eine Stiftung kann *als Rechtsgeschäft unter Lebenden* (Art. 81 Abs. 1 ZGB) *oder von Todes wegen* (Art. 81 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 493 Abs. 1 ZGB) errichtet werden, wobei entsprechende Formvorschriften zu beachten sind. Der Handelsregistereintrag hat konstitutive Wirkung, was seit einer jüngsten Gesetzesrevision (i.K. seit 1. Januar 2016) auch die Familienstiftung betrifft (Art. 52 Abs. 1 ZGB).⁹⁴ Ebenfalls zulässig ist die Errichtung durch Erbver-

recht: seine Verknüpfung mit dem ZGB, Zürich 2016, S. 55 ff., S. 69.

88 Zum Durchgriff im Allgemeinen s. u.a. HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, Rz. 17.101 ff.

89 Beispielsweise das unentgeltliche Überlassen von Wohnraum, s. BGE 139 V 574 E. 3.3.3 S. 577 f.

90 MOSIMANN HANS-JAKOB, Verwandtschaftsverhältnisse und ihre Auswirkungen im Sozialversicherungsrecht, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Sozialversicherungs-

91 MÜLLER (Fn 39), N 700 zu Art. 11 ELG mit Verweis auf BGE 116 V 328 E. 1a S. 330: «Selon la jurisprudence, seules sont considérées comme ayant manifestement le caractère de prestations d'assistance au sens de l'art. 3 al. 3 let. c LPC [entspricht Art. 11 Abs. 3 lit. c ELG], les prestations qui sont allouées à titre précaire ou bénévole et dont l'allocation fait l'objet d'un réexamen périodique, voire avant chaque versement, en fonction de l'évolution des besoins du bénéficiaire».

92 S. Urteil des BGER 8C_716/2008 vom 5. Dezember 2008 E. 5.3.1.

93 BGE 116 V 328 E. 1a S. 330.

94 Die mit dem Handelsregistereintrag verbundene Publizität ist allerdings bei Familienstiftungen oft gerade nicht erwünscht und mindert deren Attraktivität.

trag oder durch Auflage an einen Vermächtnisnehmer⁹⁵ (zu denken ist etwa an ein gesundes Geschwister oder Dritte). Bei einem solchen Vermächtnis unter Auflage der Stiftungsgründung kann i.S.v. Art. 482 Abs. 1 ZGB jede Person mit berechtigtem Interesse dessen Ausführung verlangen, womit insbesondere die nach erblasserischem Willen zu begünstigende Person (das Kind mit Behinderung bzw. dessen Beistand) die Vollziehung der Auflage begehren kann.⁹⁶

In der Schweiz gilt der Grundsatz der Stiftungsfreiheit, was bedeutet, dass der Stifter den Stiftungszweck prinzipiell frei wählen kann. Dieser darf allerdings weder widerrechtlich noch unsittlich sein (Art. 52 Abs. 3 und Art. 88 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Problematisch kann es daher sein, wenn die Stiftung lediglich zur *Umgehung eines möglichen Zugriffs des Sozialhilfeträgers auf das Familienvermögen* errichtet wurde oder ein Missbrauchstatbestand des Sozialhilfe- bzw. Sozialversicherungsrechts erfüllt ist. Die Familienstiftung stellt die Nachlassplanung sodann insbesondere wegen der in Art. 335 Abs. 1 ZGB abschliessend vorgegebenen Zwecke vor Herausforderungen. Die reine Unterhaltstiftung ist bekanntlich unzulässig.⁹⁷ Die Befriedigung besonderer Bedürfnisse des behinderten Kindes ist indessen ein erlaubter Zweck.

Erlaubt ist es auch, eine Stiftung zum vornherein *zeitlich zu befristen*. Dies etwa in der Art, dass beim Tod des Destinatärs eine Aufhebung erfolgt oder indem die Ausschüttungen so festgelegt werden, dass das Stiftungsvermögen nach einer gewissen Zeit verbraucht ist.

Bevor die Errichtung einer (Familien-)Stiftung ernsthaft in Betracht gezogen wird, sind die *Steuerfolgen* im Einzelnen abzuklären. Die durch die Stiftung ausgerichteten Leistungen unterliegen als wiederkehrende oder einmalige Einkünfte gemäss Art. 16 Abs. 1 DBG bzw. Art. 7 Abs. 1 StHG beim Destinatär der Einkommenssteuer, sofern sie statutarisch vorgesehen sind (keine Freiwilligkeit und damit keine Schenkung).⁹⁸ Allenfalls fallen die

Leistungen der Stiftung unter die Ausnahmebestimmung von Art. 24 lit. d DBG bzw. Art. 7 Abs. 4 lit. f StHG (Unterstützung aus öffentlichen oder privaten Mitteln, die für den Lebensunterhalt notwendig sind), womit sie der Einkommenssteuer nicht unterliegen. Zu beachten ist, dass statutarisch vorgesehene Leistungen auch dann nicht freiwillig ausgerichtet werden (und damit als Schenkung gelten), wenn den Stiftungsorganen bei der Festlegung des Leistungsumfangs gewisse Freiheiten zukommen.⁹⁹ Werden hingegen Zuwendungen ohne statutarische Grundlage ausgerichtet, kann der Schenkungstatbestand erfüllt sein, was die kantonale Schenkungssteuer (zum Tarif unter Nichtverwandten) auslöst. Ferner ist daran zu denken, dass die kantonalen Steuerbehörden auch ohne einen eigentlichen Durchgriffstatbestand das Vermögen einer (namentlich ausländischen, konkret: liechtensteinischen) Stiftung der dahinter stehenden natürlichen Person zurechnen. Die Rede ist hier oft von einer sogenannten kontrollierten Stiftung.¹⁰⁰

Schliesslich löst die Stiftung die *Pflichtteilsproblematik* (vorne, Ziff. 4.1) nicht, falls kein gültiger Verzicht vorliegt.

Mehr Flexibilität als die Stiftung bietet die *Errichtung eines Trusts* nach ausländischem Recht.¹⁰¹ Auch auf diese Weise liesse sich das Nachlassvermögen der Eltern des behinderten Kindes in eine flexiblere Richtung lenken als vom Gesetzgeber vorgesehen. Zwar ist der reine Binnentrust (d.h. ein

und internationalen Verhältnissen, Diss. Basel 2009, S. 179; Urteil des BGer 2A.668/2004 vom 22. April 2005 E. 3.2 ff.

99 STEUERVERWALTUNG GRAUBÜNDEN, Familienstiftung, in: StR 2013, S. 597 ff., S. 601 f.; OPEL (Fn 98), S. 179 f., m.w.H.

100 Vgl. dazu FRÖHLICH PETER, Die kontrollierte Stiftung – Rechtssicherheit und Realität!, in: StR 2017, S. 272 ff.

101 In der Regel bietet sich die Errichtung eines Trusts nach englischem oder liechtensteinischem Recht an. S. allgemein zum Trust HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn 88), Rz. 19.106 ff.; eingehend zum Verhältnis von Trusts und dem schweizerischen Erbrecht die Dissertation von HERZOG SABINE, Trusts und schweizerisches Erbrecht, Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts – unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung, Diss. Luzern 2015, Zürich/Basel/Genf 2016; ausführlich zur Unterscheidung von Erbstatut und Truststatut EITEL PAUL/BRAUCHLI SILVIA, Trusts im Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts, in: *successio* 2012, S. 116 ff., S. 119 ff.; zum Trust als Instrument der Nachlassplanung s. JAKOB DOMINIQUE/PICHT PETER, Der Trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung, Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, in: AJP 2010, S. 855 ff.

95 S. statt aller: GRÜNINGER, BSK, N 6 zu Art. 493 ZGB.

96 Vgl. BGE 108 II 278 E. 4d S. 286; aus der Literatur s. exemplarisch LIATOWITSCH MANUEL/SCHÜRMANN GEORG, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), *Praxiskommentar Erbrecht*, 3. Aufl., Basel 2015, N 27 ff. zu Art. 482 ZGB.

97 S. zum Ganzen HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn 88), Rz. 19.11 ff. Zur eingeschränkten Zulässigkeit von schweizerischen Unterhaltstiftungen s. ferner etwa GUTZWILLER PETER MAX, Die Zulässigkeit der schweizerischen Unterhaltstiftung, in: AJP 2010, S. 1559 ff.

98 S. OPEL ANDREA, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen



Trust ohne Auslandbezug ausser der gewählten Rechtsordnung) zulässig und aufgrund des Haager Trustübereinkommens in der Schweiz anzuerkennen,¹⁰² die Steuernachteile können aber (wie bei der Familienstiftung) erheblich sein¹⁰³ und müssen mit den Vorteilen dieses Instruments sorgfältig abgewogen werden.

Ein Trust kann wie die Stiftung durch *Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes* wegen errichtet werden (vgl. Art. 2 Abs. 1 HTÜ). Der Trust besitzt jedoch (anders als die Stiftung nach schweizerischem Recht) keine eigene Rechtspersönlichkeit. Das Vermögen des «Settlor» (Begründer) wird fideuziarisch auf den «Trustee» übertragen, welcher das Vermögen zu *Eigentum* erwirbt und dies im Sinne des «Settlor» zu verwalten hat (vgl. Art. 2 HTÜ). Denkbar ist daher, dass durch die Begründung eines Trusts Vermögen des Erblassers auf einen Trustee übertragen wird, welcher im Anschluss regelmässig Leistungen an das Kind mit Behinderung («Beneficiary») ausrichtet. Das behinderte Kind wird nicht Eigentümer des entsprechenden Vermögens, weshalb es im Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht nicht berücksichtigt wird (Rechtsmissbrauch vorbehalten). Jedoch ist wiederum zu prüfen, ob es sich dabei um wiederkehrende Leistungen i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. d ELG handelt, was zu deren Berücksichtigung im Rahmen der anrechenbaren Einnahmen führt. Ferner ist zu bedenken, dass der Trust als dem schweizerischen Recht *fremdes Rechtsinstitut* dem gewählten ausländischen Recht unterstellt ist, was zu Unsicherheiten führen kann.

5.7 Wohnrecht, Nutzniessung, Leibrente

Dem nachhaltigen Schutz des Familienvermögens kann es dienen, wenn das behinderte Kind anstatt einen (oder neben einem kleinen) Eigentumsanteil ein Wohnrecht, eine Nutzniessung¹⁰⁴ oder eine wiederkehrende Geldleistung erhält. Denkbar wäre es beispielsweise, den Geschwistern des behinderten Kindes das nackte Eigentum am Nachlass einzuräumen und dem behinderten Kind die Nutzniessung daran. Möglich ist auch die Zuwendung von Todes wegen an eine Stiftung oder an ein gesundes

Geschwister, verbunden mit der Auflage, regelmässige Rentenleistungen an das behinderte Kind zu überweisen (vgl. auch Ziff. 5.9).

Wenn man sich an die These hält, wonach der Pflichtteilsanspruch in leicht verwertbaren Gütern (*biens aisément négociables-Doktrin*)¹⁰⁵ abgefunden werden muss (s. Ziff. 4.1), sind die genannten Instrumente zumindest im Umfang des Pflichtteils unzulässig, d.h., die Pflichtteilsverletzung könnte vom behinderten Kind bzw. von dessen Beistand erfolgreich angefochten werden. Auch hier können die wiederkehrenden Geldleistungen zur Kürzung von Ergänzungsleistungen und u.U. (mangels Bedürftigkeit) zur Kürzung der Leistungen der kantonalen Sozialhilfe führen (vgl. auch Ziff. 5.6).

Da der Ertrag der Nutzniessung bzw. die eingesparten Wohnkosten ergänzungsleistungsrechtlich berücksichtigt werden,¹⁰⁶ sind – obwohl rechtmässig bezogene Ergänzungsleistungen bei späterem Vermögensanfall nicht zurückerstattet werden müssen – nur wenige Sachlagen denkbar, bei denen sich diese Möglichkeit der Gestaltung tatsächlich empfiehlt. Am ehesten wird dies zutreffen, wenn das Nutzniessungsvermögen nach dem Tod des Kindes bei einer bestimmten Person verbleiben soll; die Nutzniessung hat dann eine ähnliche Funktion wie die Nacherbeneinsetzung. Daneben ist an die Situation zu denken, in der das behinderte Kind wegen einer kognitiven Beeinträchtigung sein Vermögen nicht selber verwalten kann. Die blosser Stellung als Nutzniesser, Wohnberechtigter oder Bezüger einer privaten Leibrente hätte dann den Vorteil, dass das Familienvermögen nicht durch einen Beistand verwaltet wird, sondern indirekt unter der Kontrolle der Erwachsenenschutzbehörde steht.

Je nach Familienkonstellation ist allenfalls eine *private Leibrente* in Betracht zu ziehen. So könnte einem gesunden Geschwister ein entsprechend grösserer Erbanteil übertragen werden, belastet mit einem Rentenvermächtnis zugunsten des behinderten Geschwisters. Sofern eine solche Rente im Einzelfall wegen der Subsidiarität der EL-Ansprüche unvorteilhaft ist, könnte anstelle finanzieller Leistungen die Verpflichtung zu bestimmten Naturalleistungen erfolgen, wobei der Fantasie kaum Grenzen gesetzt sind (vgl. auch hinten, Ziff. 5.9).¹⁰⁷ Wie überall ist auch im Zusammenhang mit Versiche-

102 S. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Juli 1985 (SR 0.221.371) (HTÜ).

103 Vgl. etwa OPEL ANDREA, Familienstiftung und Trust – Postulat für eine kohärente Besteuerung, in: ASA 2009/2010 (78), S. 265 ff.

104 S. zu den Vorteilen der Nutzniessung anstelle der Nacherbeneinsetzung FLÜCKIGER ANDREAS, Nacherbeneinsetzung vs. Nutzniessungsvermächtnis – wozu raten?, in: successio 2015, S. 5 ff.

105 BGE 70 II 142 E. 2 S. 147.

106 S. BGE 139 V 574 E. 3.3.3 S. 577 f.

107 Beachte aber, dass im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 lit. d unter Umständen auch Naturalleistungen ergänzungsleistungsrechtlich relevant sein können, vgl. Ziff. 5.6.

runslösungen und Leibrenten an die Steuerfolgen zu denken.¹⁰⁸

5.8 Nacherbeneinsetzung

5.8.1 Im Allgemeinen

Steht die längerfristige Bewahrung des Familienvermögens und dessen Weiterleitung in eine bestimmte Richtung im Vordergrund, so kommt eine *Nacherbeneinsetzung* (allenfalls auf den Überrest) infrage,¹⁰⁹ womit das Vermögen gewissermassen nur vorübergehend an das behinderte Kind übergeht und – wenn überhaupt – nur in beschränkter Masse bzw. nur für bestimmte Zwecke verbraucht werden kann.¹¹⁰ Als Nacherben kommen insbesondere andere Geschwister oder auch eine Institution (z.B. eine Behinderteninstitution oder Stiftung) infrage. Allenfalls wird ein Willensvollstrecker – eventuell handelt es sich gleichzeitig um den Beistand des Kindes (s. hinten, Ziff. 5.10) – damit beauftragt, dem behinderten Kind nach Bedarf aus dem Nachlassvermögen gewisse, zum voraus festgelegte Sachzuwendungen (für die nicht anderweitig finanzierten «Extras», z.B. Ferien, Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke, anderweitig nicht gedeckte Kuraufenthalte usw.) auszurichten. Sowohl für das Fallbeispiel «Dominik» wie auch für das Fallbeispiel «Angela» ist diese Option zu erwägen. Je nach Verwandtschaftsverhältnis ist der Steuersituation bei der Nacherbeneinsetzung Rechnung zu tragen.¹¹¹

Mit der Nacherbeneinsetzung können die Eltern testierunfähiger Kinder das Höchstpersönlichkeitsprinzip (vorne, Ziff. 4.2) gewissermassen umgehen, indem sie anstelle des Vorerben über die Erbfolge nach dessen Tod bestimmen.¹¹²

Aus rechtlicher Sicht problematisch ist die Nacherbeneinsetzung wegen des in der Schweiz (derzeit noch) hohen Pflichtteilsschutzes. Art. 531 ZGB ist diesbezüglich klar: «Eine Nacherbeneinsetzung ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfange des Pflichtteils ungültig». Das mit einer Nacherbeneinsetzung belastete, behinderte Kind

kann also mittels *Herabsetzungsklage* die Nacherbeneinsetzung beseitigen lassen.¹¹³ Ist das Kind voll handlungsfähig, so ist es alleine zur Klage legitimiert. Steht das Kind hingegen unter einer die Handlungsfähigkeit einschränkenden Beistandschaft, kann der Beistand (mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde, Art. 416 Abs. 1 Ziff. 9 ZGB) den Prozess für das Kind führen. Er *muss* dies sogar tun, wenn die Herabsetzungsklage im Interesse des Verbeiständeten ist. Die Anfechtung führt zum Wegfall der Nacherbeneinsetzung, womit die testamentarischen Vorkehrungen nutzlos werden.

Ist das Kind mit Behinderung urteilsfähig und volljährig, so könnte an sich die mit der Nacherbeneinsetzung verbundene Pflichtteilsproblematik durch Abschluss eines Erb(verzichts)vertrages umgangen werden. Auch damit sind allerdings noch nicht alle Schwierigkeiten aus der Welt geschafft. Denn erstens kann der Verzicht, wie erwähnt, insbesondere im Sozialhilferecht und für die Berechnung eines allfälligen Ergänzungsleistungsanspruchs von Bedeutung sein (vgl. Ziff. 4.3.3 und 4.3.5). Und zweitens beseitigt ein Erbvertrag mit dem behinderten Kind dann nicht alle Hürden der Nachlassplanung, wenn dabei andere Pflichtteilsberechtigte zurückgesetzt werden sollen und sei es auch nur vorläufig. Es muss sich nämlich kein Nachkomme mit der blossen Stellung als Nacherbe (des Geschwisters mit Behinderung) abfinden. Entsprechend bedürfte die Nacherbeneinsetzung – soll ihr ganzes Potenzial ausgeschöpft werden – des Einbezugs nicht nur beider Elternteile und des behinderten Kindes, sondern auch von all dessen Geschwistern.

5.8.2 Insbesondere Art. 492a ZGB

Zu Art. 492a ZGB findet sich in Kommentaren und Aufsätzen reichlich Literatur,¹¹⁴ sodass an dieser

108 Dazu u.a. AEBI-MÜLLER (Fn 8), Rz. 09.83 ff., m.w.H.

109 So schon GEISER (Fn 18), S. 56 f.

110 S. dazu etwa TUOR/SCHNYDER/JUNGO (Fn 32), § 72, Rz. 36 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn 4), S. 301 ff.

111 Nacherben sind Erben des ursprünglichen Erblassers; statt aller: LIATOWITSCH/SCHÜRMAN, PraxKomm (Fn 96), N 3 zu Art. 492 ZGB; STEINAUER (Fn 24), Rz. 550.

112 Eine Ersatzanordnung drängt sich für den Fall auf, dass der Vorerbe mit Behinderung aufgrund des medizinischen Fortschrittes in einem höheren Mass die Selbstständigkeit (wieder)erlangt und von allfälligen Sozialhilfeleistungen unabhängig wird; so bereits AEBI-MÜLLER/TANNER (Fn 66), S. 105.

113 S. dazu etwa HRUBESCH-MILLAUER, PraxKomm (Fn 14), N 1 zu Art. 531 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn 4), S. 305 f.

114 S. neben den bekannten Kommentarwerken u.a. BADELEY MARGARETA, Droits des successions, l'article 492a CC: une brèche dans le système des réserves héréditaires, in: Regards de marathoniens sur le droit suisse: mélanges publiés à l'occasion du 20^e Marathon du droit, Genf 2015, S. 55 ff.; FANKHAUSER ROLAND/BIELER BRIGITTE, Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB: in: successio 2009, S. 162 ff.; FLÜCKIGER (Fn 104), S. 5 ff.; HÄFLIGER MANUELA, Die pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkommen nach Art. 492a ZGB, in: BN 2015, S. 49 ff.; PIOTET DENIS, La substitution fidéicommissaire pour le surplus au détriment de la réserve du grevé incapable de discer-



Stelle eine knappe Zusammenfassung der wichtigsten Aspekte genügt: Das geltende Recht sieht seit dem 1. Januar 2013 mit Art. 492a ZGB vor, dass der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anordnen kann, wenn ein pflichtteilsgeschützter Erbe *dauernd urteilsunfähig* ist. Diese Regelung verhindert zwar nicht, dass das behinderte Kind den Nachlass für Pflegekosten einsetzt bzw. einsetzen muss, führt aber immerhin dazu, dass die Eltern als Erblasser bestimmen können, an wen das verbliebene Vermögen nach dem Tod des Kindes fließt. Damit wird wenigstens ein Ziel der behindertengerechten Nachlassplanung erreicht (vorne, Ziff. 3.5). Dazu gibt es indessen auch nach der neuen Rechtslage wichtige Einschränkungen: Die Nacherbeneinsetzung fällt dahin, wenn der urteilsunfähige Vorerbe selbst Nachkommen oder einen Ehegatten hinterlässt (Abs. 1).¹¹⁵ Gleiches gilt, wenn der – als Vorerbe eingesetzte – Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird (Abs. 2). Insbesondere aufgrund der Relativität der Urteilsfähigkeit ergeben sich hier Probleme. Generell gilt jedoch, dass an die Voraussetzung der dauernden Urteilsunfähigkeit hohe Anforderungen zu stellen sind. Die Behinderung muss folglich derart ausgeprägt sein, dass der Erlass einfachster Verfügungen von Todes wegen schlichtweg ausgeschlossen ist.¹¹⁶ Für den Fall, dass der urteilsunfähige Vorerbe seine Urteilsfähigkeit wiedererlangt, ist an eine sinnvolle testamentarische Ersatzanordnung zu denken. Zudem verhindert die (einzig erlaubte) Nacherbeneinsetzung *auf den Überrest* nicht, dass das Vermögen für den Unterhalt des Vorerben mit Behinderung angezehrt und allenfalls auch vollständig aufgebraucht wird. Fragen der Sicherstellungspflicht und das Mass des zulässigen Verzehrs sind noch weitgehend ungeklärt. Weil auch nach der Neuregelung die Nacherbeneinsetzung nur sehr eingeschränkt zulässig ist, werden wohl weitergehende (an sich pflicht-

teilswidrige Nacherbeneinsetzungen) auch in Zukunft ein Thema bleiben.

5.9 Zuwendung an Geschwister oder Dritte mit Auflage

Soll dem behinderten Kind nicht eine primär wirtschaftliche Begünstigung zukommen, sondern geht es um andere Verbesserungen der Lebensqualität, so kann dem Anliegen durch eine Zuwendung (unter Lebenden oder von Todes wegen) an Geschwister oder Dritte erfolgen, versehen mit einer entsprechenden Auflage i.S.v. Art. 482 ZGB. Der wesentlichste Vorteil ist die *hohe Flexibilität* in der Ausgestaltung, da ganz konkrete Anweisungen an den Zuwendungsempfänger möglich sind.¹¹⁷ Zudem können das EL-Recht sowie – soweit erforderlich – die Regeln des Sozialhilferechts berücksichtigt werden (vgl. Ziff. 4.3). Beim Tod des behinderten Kindes fällt die Auflage dahin und der Zuwendungsempfänger kann nunmehr frei über das Vermögen verfügen.

Voraussetzung einer solchen Gestaltung ist allerdings ein hohes Mass an *Vertrauen* in den Zuwendungsempfänger. Denn obschon die Auflage an sich rechtsverbindlich ist, ist die rechtliche Durchsetzung in den hier interessierenden Konstellationen – in denen es oft um ein konkretes Engagement für das behinderte Kind geht – nicht immer problemlos möglich.¹¹⁸ Handelt es sich dabei um ein Familienmitglied, etwa ein gesundes Geschwister, bedarf die Gestaltung überdies eines entsprechenden Einverständnisses. Zu denken ist wiederum auch an das Pflichtteilsrecht.¹¹⁹

Zur Illustration möglicher Gestaltungen soll wiederum an die eingangs vorgestellten Fallbeispiele angeknüpft werden:

- Fallbeispiel «Maja»: Bruder Timon erhält eine grosszügige Zuwendung zur Einrichtung seiner Arztpraxis mit der Auflage, Maja einmal jährlich begleitete Ferien zu ermöglichen und das Amt als Begleitbeistand zu übernehmen.
- Fallbeispiel «Dominik»: Eines der Geschwister von Dominik erhält ein grosszügiges Vermäch-

nement dans le projet de révision du droit de la protection de l'adulte, in: *successio* 2007, S. 240 ff.; ZEITER ALEXANDRA, Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute, in: *SJZ* 2013, S. 255 ff.

115 In Deutschland wird das sog. Behindertentestament insbesondere dann als sittenwidrig erachtet, wenn der als Vorerbe eingesetzte testierunfähige Erbe selbst Nachkommen hat und die entsprechende Verfügung von Todes wegen zum Ausschluss des gesamten Stammes führt, vgl. dazu etwa HAGER JOHANNES, Behindertentestament und Bedürftigentestament, in: Coester-Waltjen Dagmar/Lipp Volker/Waters Donovan W.M. (Hrsg.), *Liber amicorum Makato Arai*, Baden-Baden 2015, S. 341 ff., S. 343.

116 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn 17), Rz. 738, m.w.Verw.

117 Vgl. exemplarisch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn 17), Rz. 760; WOLF/GENNA, *SPR IV/1* (Fn 4), S. 323 f.

118 S. allgemein zum Vollzug einer Auflage etwa WOLF/GENNA, *SPR IV/1* (Fn 4), S. 325 ff.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Fn 17), Rz. 772 ff.; STAEHELIN, BSK, N 25 ff. zu Art. 482 ZGB; LIATOWITSCH/SCHÜRSMANN, *Prax-Komm* (Fn 96), N 27 ff. zu Art. 482 ZGB; LÜDI MICHAEL, *Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 239 ff.

119 Vgl. BGE 101 II 30 E. 2b S. 30; STAEHELIN, BSK, N 22 zu Art. 482 ZGB, m.w.Verw.

nis mit der Auflage, ihn regelmässig zu besuchen, mit ihm Ausflüge zu unternehmen und für seine optimale Unterbringung zu sorgen (wobei die Unterbringungskosten selber weitgehend durch Sozialversicherungsleistungen gedeckt sein sollten).

- Fallbeispiel «Angela»: Eine Stiftung erhält ein grosszügiges Vermächtnis mit der Auflage, für Angela ein optimales Wohnumfeld zu sichern und spezifische Therapien bereitzustellen.

5.10 Willensvollstreckung

Die beste Nachlassplanung ist nur dann etwas wert, wenn sie tatsächlich umgesetzt wird. Weil das behinderte Kind womöglich in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt ist und komplexe Auseinandersetzungen mit Beistand, Erwachsenenschutzbehörde und Sozialversicherungsträgern drohen können, drängen sich Sicherungsmassnahmen auf. Zweckmässig dürfte insbesondere die Einsetzung eines Willensvollstreckers sein, wobei, je nach konkreter Sachlage, ein Treuhänder, ein Rechtsanwalt oder eine Vertrauensperson oder gar ein Familienmitglied als für das Amt geeignet erscheint.

Neben den allgemeinen Aufgaben des Willensvollstreckers kann ihm aufgetragen werden, sich für die Bedürfnisse des behinderten Kindes in besonderer Weise einzusetzen und – anstelle der verstorbenen Eltern – dafür zu sorgen, dass nicht nur dessen minimale Bedürfnisse befriedigt werden.¹²⁰ Dabei ist allenfalls sogar in Betracht zu ziehen, dass diese Vertrauensperson eine Verfügungsberechtigung über den Erbanteil oder gar ein eigenes Vermächtnis¹²¹ erhält, verbunden mit der Auflage, das Vermögen zielgerichtet im Interesse des behinderten Kindes zu verwenden.¹²² Ferner hat der Willensvollstreckter für den Vollzug von Bedingungen und Auflagen zu sorgen,¹²³ womit den oben erwähnten

Möglichkeiten von Zuwendungen unter Auflage (Ziff. 5.9) erhöhte Bedeutung und Sicherheit zukommt. Freilich ist die *Dauer*-Willensvollstreckung wiederum mindestens im Umfang des Pflichtteils rechtlich unzulässig.¹²⁴ Bekanntlich steht es den Erben zudem frei, einstimmig eine von den Anordnungen des Erblassers abweichende Erbteilung zu vereinbaren.¹²⁵

5.11 Einbezug von Beistand und Erwachsenenschutzbehörde

Steht das behinderte Kind unter Beistandschaft, ist zu erwägen, ob eine Vertrauensperson oder gar ein gesundes Geschwister als Beistand gewünscht werden sollte (vgl. Art. 401 ZGB).¹²⁶ Auf diese Weise kann allenfalls besser sichergestellt werden, dass die konkrete Nachlassplanung umgesetzt werden kann bzw. – unter Verzicht auf eine Anfechtungsklage – Bestand hat. Bei der Einsetzung eines Angehörigen als Beistand ist allerdings zu bedenken, dass dieser womöglich bei den wichtigsten Angelegenheiten zufolge Interessenkollision sein Amt nicht ausüben kann (Art. 403 ZGB). Insbesondere dann, wenn die konkrete Planung mit dem Pflichtteilsrecht des behinderten Kindes kollidiert, lohnt sich eine vorgängige Absprache mit der zuständigen Erwachsenenschutzbehörde. Wird das behinderte Kind trotz der Pflichtteilsverletzung im Ergebnis bessergestellt, kann womöglich eine Einigung – ähnlich einem Steuerruling – erzielt oder sogar ein förmlicher Erbverzicht erreicht werden.

120 AEBI-MÜLLER/TANNER (Fn 66), S. 102.

121 Aufgrund der Tatsache, dass auch Erben oder Vermächtnisnehmer mit der Willensvollstreckung beauftragt werden können (s. etwa KARRER/VOGT/LEU, BSK, N 8 zu Art. 517 ZGB), lässt sich schliessen, dass umgekehrt der Zuwendung von Vermächtnissen an den Willensvollstreckter nichts im Wege steht.

122 Ein Willensvollstreckter vertritt den letzten Willen des Erblassers (Art. 518 Abs. 2 ZGB) und ist grundsätzlich an dessen Vorschriften gebunden, hat sich aber gleichzeitig an das objektive Recht zu halten vgl. KARRER/VOGT/LEU, BSK, N 3 zu Art. 518 ZGB; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (Fn 4), S. 336 f.; KÜNZLE, CHK, N 50 zu Art. 517–518 ZGB; KÜNZLE, BK, N 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 517–518 ZGB.

123 Statt aller: KARRER/VOGT/LEU, BSK, N 50a zu Art. 518 ZGB.

124 Vgl. nur Urteil des BGer 5A_914/2013 vom 4. April 2014 E. 3.4 (mit zahlreichen Hinweisen), der einen sehr illustrativen Sachverhalt betrifft: Die Erblasserin hatte ihren Neffen zum Erben eingesetzt, für den Erbteil aber eine Dauerwillensvollstreckung verfügt und den Willensvollstreckter angewiesen, dem Erben aus dessen Erbteil eine bestimmte monatliche Summe auszurichten und Kosten für medizinische Behandlungen zu finanzieren. Da der Neffe nicht pflichtteilsgeschützt ist, war die Dauerwillensvollstreckung nicht zu beanstanden (E. 3.5 ff.).

125 Statt vieler: KÜNZLE, BK, N 9 zu Vorbemerkungen zu Art. 517–518 ZGB, m.w.H.

126 In ähnlicher Weise können die Eltern der KESB für den Fall ihres frühzeitigen Todes einen Wunschvormund für ihre minderjährigen Kinder vorschlagen, welchen die KESB analog Art. 401 ZGB soweit tunlich berücksichtigen wird, s. dazu PETERHANS KATHARINA, Wunschvormund für seine Kinder festlegen?, in: AJP 2018, S. 3 ff.



6 Schlussgedanken

Eltern behinderter Kinder sind im Alltag mit verschiedensten Herausforderungen konfrontiert; die Nachlassplanung ist nur eine davon. Wie aufgezeigt wurde, sollte die Familienvermögensplanung, ausser bei ganz knappen finanziellen Verhältnissen, rechtzeitig und sorgfältig angegangen werden. Eine kluge Planung gibt nicht nur Sicherheit zu Lebzeiten aller Beteiligten, sie trägt auch dazu bei, nach dem Tod der Eltern oder des Kindes mit Behinderung unliebsame Situationen zu vermeiden.

Angesichts der vielfältigen Bezüge zum Sozial- und Sozialversicherungsrecht und allfälliger Hindernisse bei der Umsetzung (Urteilsunfähigkeit, Beistandschaften usw.) erweist sich die Planung oftmals als sehr komplex. Umso wichtiger ist daher kompetente Beratung, die den spezifischen Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht wird. Gerade im Kontext von Familien mit Kindern mit Behinderung versagen gebräuchliche Vorlagen und Musterurkunden weitgehend. Je nach Familiensituation, Vermögenslage, sozialrechtlicher Ansprüche, Ausprägung der Behinderung usw. sind verschiedenste Aspekte zu beachten. Wichtig ist aus Sicht der Autorinnen vor allem Folgendes:

- Die gesetzliche Regelung erweist sich im Zusammenhang mit körperlicher, geistiger oder Mehrfachbehinderung oft als nicht sachgerecht.
- Mittels Testament und Ehe-/Erbvertrag sind Verbesserungen möglich; insbesondere bei blei-

bender Urteilsunfähigkeit des Kindes sind aber den Planungsmöglichkeiten enge Grenzen gesetzt (Pflichtteile, materielle Höchstpersönlichkeit, Problematik des Verzichtvermögens).

- Nicht alles ist vorhersehbar – die Gestaltung sollte genügend flexibel bleiben. Verschiedene mögliche Szenarien sollten bedacht werden.
- Jede Lösung ist nur etwas wert, wenn sie praktisch umsetzbar ist und tatsächlich umgesetzt wird – daher empfiehlt sich die Einsetzung einer Vertrauensperson als Beistand und/oder Willensvollstrecker.
- Letztlich geht es auch um sehr grundsätzliche Fragen:
 - Wer soll für die Unterhaltskosten behinderter Kinder einstehen?
 - Anders formuliert: Ist Behinderung primär «Privatsache»?
 - Und: Wie gross ist das Vertrauen des Staates in die «Vernünftigkeit» der elterlichen Entscheide?

Wie man vor diesem Hintergrund die eingangs beschriebenen Fallbeispiele sinnvoll regeln könnte, soll vorliegend nicht näher aufgezeigt werden. Für den interessierten Leser bleibt damit sicher genügend Stoff für Gedankenspiele an einem verregneten Wochenende.