



---

<sup>b</sup>  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Departement für Privatrecht  
**Zivilistisches Seminar**

17. Juni 2016

## **V E R N E H M L A S S U N G**

**zur**

### **Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrter Herr Direktor  
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die uns mit Schreiben vom 4. März 2016 eröffnete Gelegenheit zur Vernehmlassung danken wir Ihnen bestens. Wir wollen diese – mit der notwendigen Beschränkung auf die wesentlichen Punkte des Vorentwurfs – nachstehend gerne wahrnehmen.

## I. Vorbemerkung

Wenn Revisionsbedarf behauptet wird, so wird damit die Einschätzung ausgedrückt, wonach gewisse Rechtsregeln bestehenden Erfordernissen nicht (mehr) genügen. Rechtsetzung – und damit auch Revisionsgesetzgebung – soll Anforderungen an eine rationale Willensbildung und Entscheidungsfindung einhalten<sup>1</sup>. Das bedingt auch, dass Revisionsbedarf stets nachvollziehbar zu begründen ist. Im Vorfeld einer Gesetzesrevision dürften deshalb regelmässig jeweils drei Aspekte zu betrachten sein, die unabhängig voneinander oder in Verbindung und Wechselwirkung untereinander Revisionsbedarf begründen können.

Zunächst einmal ist zu prüfen, ob und falls ja wie weit sich das wirtschaftliche und soziale Umfeld geändert hat und dadurch das bestehende Normgefüge mittlerweile unzulänglich geworden ist (*Sachverhaltserstellung*). Der Begleitbericht spricht zwar von einem grundlegenden Wandel in sozio-demographischer Hinsicht<sup>2</sup>, kommt aber bei dessen Beschreibung nicht über Gemeinplätze hinaus. Das erstaunt nicht, liegt doch dazu noch kaum mit Blick auf rechtswissenschaftliche Fragestellungen verarbeitetes Datenmaterial vor<sup>3</sup>. Genaue Kenntnis dieser tatsächlichen Ausgangslage wäre aber von grundlegender Bedeutung, um gesetzgeberisch wirkungsvoll und nachhaltig gestaltend tätig werden zu können. Wenn man etwa sogenannte Realbeziehungen regeln will, so müssen deren einzelne Ausprägungen bekannt sein und es sind deren durchaus unterschiedlichen Bedürfnisse zur Kenntnis zu nehmen. So gibt es etwa nicht *die* faktische Lebensgemeinschaft: Vielmehr gibt es Partnerschaften mit oder ohne (gemeinsame) Kinder, voreheliches Zusammenleben oder Partnerschaft im Alter, denen im Einzelnen die verschiedenartigsten Motive für das Nichteingehen der Ehe zugrunde liegen – von der fundamentalen Opposition gegen die Ehe über die Rentenoptimierung bis hin zur schlichten Steuerersparnis – und für die jeweils auch ein ganz anderes Regelungsbedürfnis bestehen dürfte.

---

<sup>1</sup> Dazu GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 77.

<sup>2</sup> Etwa der erläuternde Bericht, S. 5.

<sup>3</sup> Das zeigt sich auch im Bericht MICHELLE COTTIER, *Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, successio – nota@lex 2014*, S. 29 ff., S. 31 ff.

Weiter ist zu fragen, ob der bestehende Regelungskomplex bereits seit Inkrafttreten unzulänglich ist, etwa weil gewisse bereits bei Erlass der Regelung bestehende Probleme nicht erkannt wurden oder aber eine unzweckmässige oder sonstwie unzureichende Lösung erlassen wurde (*Normanalyse*). Hier sind dem Vorentwurf wie auch dem begleitenden Bericht durchaus entsprechende Ausführungen zu entnehmen. Wünschenswert wäre sicher gewesen, dass die gerade erst jüngst von den Kollegen THOMAS SUTTER-SOMM und DARIO AMMANN vorgelegte Aufstellung von unzulänglichen Bestimmungen in das Projekt einbezogen worden wäre<sup>4</sup>.

Schliesslich ist auch zu reflektieren, ob eine – in der Praxis durchaus gut funktionierende – Regelung geändert werden soll, weil sich angeblich damit zusammenhängende politische Wertungen geändert haben, die Gesetzgebung sich mithin an anderen Grundsätzen orientieren soll (*Rechtsfolgen- oder Zielbewertung*)<sup>5</sup>. Hier hat das Parlament eine gewisse Stossrichtung vorgegeben, wonach ein Einbezug der Perspektive der faktischen Lebensgemeinschaften in das Gesetz zu prüfen sei<sup>6</sup>. Wenn allerdings die hievor erwähnten Aspekte nicht weitergehende Schritte nahe legen, so wäre ein derart offener Auftrag des Parlaments wohl eher in zurückhaltender Form umzusetzen.

Das alles bedingt eine profunde Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Lage ebenso wie mit dem geltenden Recht und einen breiten wissenschaftlichen und politischen Diskurs. Dies wird – wie hievor bereits kurz angedeutet und die nachfolgende Auseinandersetzung im Einzelnen zeigen wird – im Vorentwurf nur in ungenügender Weise abgebildet. Die eben erwähnten, feststehenden methodischen Grundsätze für die Gesetzgebung sind bei der Ausarbeitung des vorliegenden Vorentwurfs ganz offenbar auch nicht genügend befolgt worden.

---

<sup>4</sup> THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2015.

<sup>5</sup> Stichwort vermehrte „Schutz-“ oder „Betreuungsgesetzgebung“. Dazu anschaulich PIERRE TSCHANNEN, Immer, sofort, überall? Vom Umgang des Gesetzgebers mit der Gesetzgebung, in: Alain Griffel (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, S. 159 ff., S. 163 f.

<sup>6</sup> Motion 10.3524 „Für ein zeitgemässes Erbrecht“, 17.6.2010, eingereicht von Ständerat Felix Gutzwiller.

## II. Grundsätzliche Einschätzung

Eine Betrachtung des Vorentwurfs im Ganzen führt zu folgender grundsätzlichen Einschätzung:

Vorweg lässt sich aus den vorgelegten Regelungen *kein klares Konzept* ableiten. Zwar führt der Bericht entsprechende Leitlinien an, nämlich die Verkleinerung der Pflichtteile, die Einführung eines Unterhaltsvermächnisses und die Klärung weiterer offener Fragen<sup>7</sup>. Diese einzelnen Teilaspekte fügen sich indessen zu keinerlei Gesamtkonzept zusammen.

Gewisse Widersprüche, welche zur Konzeptlosigkeit beitragen, ergeben sich bereits aus dem Vorentwurf selbst. Wenn etwa durch allgemeine Senkung der Pflichtteilsquoten die Verfügungsfreiheit erhöht werden will, so ist nicht nachvollziehbar, warum die Begünstigungsmöglichkeit bezüglich gewisser Personengruppen zugleich eingeschränkt wird (Art. 541a VE ZGB)<sup>8</sup>. Es wäre sinnvoll gewesen, dies in den grösseren Kontext der Sicherung des freien Willens des Erblassers einzuordnen: Von mehr Verfügungsfreiheit kann nur dann die Rede sein, wenn der Erblasser diese Freiheit wirklich auch selbstbestimmt ausüben kann, was wiederum den Schutz dieser Freiheit – und gerade nicht ihre Einschränkung – erforderlich macht.

Der Eindruck der Konzeptlosigkeit ergibt sich aber auch mit Blick auf andere Gesetzgebungsprojekte, wie die bereits angekündigte Modernisierung des Familienrechts: Es ist nicht einsichtig, warum bereits im Vorfeld des eben erwähnten Gesetzgebungsprojekts ein Einzelaspekt eines modernisierten Familienrechts im Erbrecht vorab geregelt werden sollte. Käme man nämlich diesbezüglich später zu anderen Grundsatzentscheidungen – etwa einer umfassenden Regelung faktischer Lebensgemeinschaften, der Einführung eines Instituts ähnlich dem französischen *pacte civil de solidarité* oder der Abstandnahme von jedweder Änderung –, so müsste das Erbrecht sogleich wieder an diese wiederum veränderte Situation angepasst werden. Eine solche Gesetzgebung ist *nicht nachhaltig und im Ergebnis der Rechtssicherheit höchst abträglich*.

---

<sup>7</sup> Erläuternder Bericht, S. 21.

<sup>8</sup> Dazu Näheres unter III.3. hienach.

Des Weiteren fehlt – jedenfalls stellenweise – eine zureichende systematische und begriffliche Durchdringung des erbrechtlichen Stoffes. Ebenso fehlt eine Einbettung des Vorentwurfs in die gesamte Zivilrechtsordnung und ein ausreichender Einbezug auch ausserzivilrechtlicher Aspekte. Beides wäre unabdingbar, soll (Privatrechts-)Gesetzgebung gelingen. Diese Defizite machen die vorgeschlagenen Lösungen schwer verständlich und fördern Unsicherheiten. So wird oftmals nicht klar, wie weit sich die Neuerungen in das bisher geltende System und seine Begrifflichkeiten einfügen<sup>9</sup>. Der erläuternde Bericht arbeitet dies auch nicht – oder jedenfalls nicht in der erforderlichen Deutlichkeit oder allen sich ergebenden Konsequenzen – heraus. Wenn etwa der Pflichtteil der Ehegatten reduziert wird – namentlich auch mit Blick auf Unternehmerehegatten<sup>10</sup> –, wird nicht beachtet, dass dieser hohe Pflichtteilsschutz seine Begründung in der Einführung von Art. 199 Abs. 1 ZGB fand. Der Unternehmerehegatte erhielt die Möglichkeit, das Unternehmen dem Eigengut zuzuweisen, im Gegenzug sollte der andere Ehegatte zumindest erbrechtlich besser geschützt werden<sup>11</sup>. Mit der Reduzierung des Pflichtteilsschutzes des überlebenden Ehegatten wird diese Interessenbewertung völlig unreflektiert aufgehoben. Nicht sachgerecht und systemfremd ist weiter, dass der Unterhalt von Nahestehenden durch Statuierung eines Unterhaltsvermöchtnisses über das Erbrecht geregelt werden soll<sup>12</sup>. Abgesehen davon, dass dem Erbrecht bereits grundsätzlich keinerlei Unterhaltsfunktion zukommt<sup>13</sup>, wären diese Probleme ohnehin im Zusammenhang mit oder besser gänzlich über das Sozialversicherungsrecht anzugehen<sup>14</sup>. Bei der nachfolgenden Betrachtung im Einzelnen wird sich an weiteren Beispielen zeigen lassen, dass einige – scheinbar bloss marginale – Änderungen zu ganz erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen könnten, weil sie mit der beste-

---

<sup>9</sup> Von der Wichtigkeit, dass sich die Änderungen in die fortbestehende Grundkonzeption des Gesetzes einfügen etwa PETER FORSTMOSER, Hektik statt Bedächtigkeit: Entwicklungen in der Gesetzgebung, in: Alain Griffel (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, S. 9 ff., S. 23.

<sup>10</sup> Erläuternder Bericht, S. 21.

<sup>11</sup> BsK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 1 zu Art. 199.

<sup>12</sup> Der erläuternde Bericht, S. 14, macht selber deutlich, dass die Regelung unzureichend bleiben müsse, weil für faktische Lebenspartner das Güterrecht fehle und sich abweichende Steuerfolgen ergeben würden.

<sup>13</sup> Dazu III.2. hienach.

<sup>14</sup> Zum Ganzen detailliert ebenfalls III.2. hienach.

henden Systematik oder Begrifflichkeit brechen<sup>15</sup>. *Damit wird für die Praxis – ohne jeden Grund – grosse Rechtsunsicherheit geschaffen.*

Überdies ist festzustellen, dass *gewisse Lösungen* – unabhängig von systematischen oder dogmatischen Bedenken – als *unzureichend* ausgestaltet erscheinen und teilweise als *unzweckmässig* bezeichnet werden müssen, m.a.W. nicht zu Ende gedacht sind. Soll etwa mehr Verfügungsfreiheit durch die Veränderung des Pflichtteilsrechts erreicht werden, werden in der Lehre durchaus feinere Instrumente diskutiert<sup>16</sup>, als die simple Reduzierung der Quote. Gleiches ist mit Blick auf die Vermeidung von Erbschleicherei festzuhalten<sup>17</sup>. In beiden Fällen – und auch anderswo – werden bestehende zivilrechtliche Forschungsergebnisse des In- und unmittelbar benachbarten Auslandes unberücksichtigt gelassen. Weiter ist nach hierseitiger fester Überzeugung das Unterhaltsvermächtnis – unabhängig von bereits hievor thematisierten Bedenken – in der vorgeschlagenen Gestalt mit grossen Unsicherheiten und Schwierigkeiten behaftet<sup>18</sup>. Ein weiteres Beispiel für die mangelnde Erfassung der Folgen einer Änderung zeigt sich etwa darin, dass mit der Einführung von Art. 518 Abs. 4 VE ZGB (Vereinheitlichung der Aufsicht über Willensvollstrecker) gleichsam Abs. 1 der nämlichen Bestimmung gegenstandslos wird<sup>19</sup>.

Der Gesamteindruck vom Vorentwurf geht nach dem hievor Dargelegten dahin, dass es sich um eine in mehrerlei Hinsicht *nicht ausgereifte Vorlage* handelt.

---

<sup>15</sup> Vgl. etwa die Ausführungen III.5. zur Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB), Änderung von Art. 617 ZGB und die Auswirkungen auf Art. 618 ZGB sowie die Anpassungen in Zusammenhang mit Art. 476 ZGB.

<sup>16</sup> Jüngst etwa DANIELA KLÖTI, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse, Diss. Bern 2013, Bern 2014. Zu beachten wäre sicher auch die Diskussion in Deutschland (etwa Anne Röthel [Hrsg.], Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Symposium vom 30.11.-2.12.2006 in Salzgau, Köln/Berlin/München 2007) und in Österreich. Zum Ganzen III.1. hienach.

<sup>17</sup> Dazu III.3. hienach.

<sup>18</sup> Dazu im Detail III.2. hienach.

<sup>19</sup> Dazu III.4. hienach.

### III. Einschätzung zu ausgewählten Punkten

Nachfolgend soll der vorstehende Gesamteindruck auch durch – keineswegs vollständige – Einzelhinweise konkretisiert werden.

#### 1. Ad Art. 471 VE ZGB: Reduzierung des Pflichtteilsschutzes

Die dem Vorentwurf zugrunde liegende Motion wirkt ausdrücklich darauf hin, dass das gegenwärtige Pflichtteilsrecht verändert wird<sup>20</sup>. Mit Blick auf die Vorzüge, die dem Pflichtteilsrecht unbestritten zukommen<sup>21</sup> und dessen breiten Verankerung in der Bevölkerung<sup>22</sup>, sollte hier nur sehr zurückhaltend eingegriffen werden. Hilfreich dürfte es sein, dem parlamentarischen Anliegen mit *einer auf die angestrebten Ziele zugeschnittenen Lösung* nachzukommen. Eine allgemeine Reduzierung des Pflichtteils würde zu einer – wenigstens quantitativen – Abschwächung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Nachkommen führen, indem durch die generell erhöhte verfügbare Quote des Erblassers etwa die Lieblingstochter in noch vermehrtem Ausmass zulasten der anderen Nachkommen bevorzugt werden könnte als heute. Damit würde potentiell ein Beitrag zur Gefährdung des Familienfriedens geschaffen.

Um also zweckdienliche Anpassungen zu wählen, ist vorab – und auch hier – zu bestimmen, was die Ziele der Revision sind. Gemäss erläuterndem Bericht soll der Handlungsspielraum des Erblassers in zweierlei Hinsicht vergrössert werden: Erstens bei Unternehmen und zweitens bei Realbeziehungen (faktische Lebenspartner und Stiefkinder)<sup>23</sup>. Es geht also nicht um eine allgemeine Erweiterung der Verfügungsfreiheit, sondern nur um eine auf bestimmte Situationen beschränkte.

---

<sup>20</sup> Siehe Fn. 7 hievov.

<sup>21</sup> Etwa PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17.06.2010), *successio – not@lex* 2014, S. 7 ff., S. 17, Ziff. 28; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 13, m.w.H. Insb. auch im Kontext der Beeinflussung des Erblassers III.3. hienach.

<sup>22</sup> Ebenso der erläuternde Bericht, S. 10, m.H. auf BREITSCHMID, a.a.O. (Fn. 21), Ziff. 34.

<sup>23</sup> Erläuternder Bericht, S. 21.

Für beide Situationen werden in der Lehre durchaus Veränderungen des Pflichtteilsrechts vorgeschlagen, allerdings in erheblich zielführenderer Weise, als dies der Vorentwurf tut.

Soll etwa die Übertragung von Unternehmen erleichtert werden<sup>24</sup>, so könnte man sich an den Instrumenten des BGB orientieren<sup>25</sup> oder – so man eine Regelung über das Pflichtteilsrecht versuchen möchte – zielgerichtet einen diesbezüglichen Freiteil schaffen<sup>26</sup>. Es sei – auch wenn die Motion hier kaum Interpretationsspielraum lässt – gleichwohl noch einmal darauf hingewiesen, dass durch eine Reduktion des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten die anlässlich der Revision des Eherechts mit Art. 199 ZGB vorgenommene Interessenabwägung nun infrage gestellt und zulasten des Nichtunternehmerehegatten verändert wird. Weiter wäre etwa zu prüfen, ob nicht auch die Stundung von Pflichtteilsansprüchen – allenfalls auch über längere Zeiträume – eine Übernahme durch einen einzelnen Erben erleichtern würde, ohne die Gleichbehandlung zu tangieren<sup>27</sup>.

Ähnlich zielgerichtete Möglichkeiten bestehen auch für faktische Lebensgemeinschaften und Stiefkindsverhältnisse<sup>28</sup>.

## **2. Ad Art. 484a VE ZGB: Unterhaltsvermächtnis**

Mit dem Unterhaltsvermächtnis soll die in der Motion behauptete Ungleichbehandlung von faktischen Lebenspartnerschaftsmodellen gegenüber der Ehe gemindert werden, ohne dass es zu einer Gleichstellung mit derselben käme. In der Wahl der Rechtsfigur (Unterhaltsvermächtnis) zeigt sich, dass die Funktion des Erbrechts vom nunmehr tätig werdenden Reformgesetzgeber – oder wenigstens der für den vorliegenden Vorentwurf verantwortlich zeichnenden Verwaltung – wohl hauptsächlich in der Sicherung des

---

<sup>24</sup> Differenzierte Hinweise finden sich bei BALZ HÖSLY/NADIRA FERHAT, *successio* 2016, S. 100 ff.

<sup>25</sup> Kritisch dazu DENIS PIOTET, *Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice, Ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524, successio – not@lex* 2014, S. 57 ff., S. 70 f.

<sup>26</sup> Dazu etwa KLÖTI, a.a.O. (Fn. 16), S. 152 ff.; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 12 f.

<sup>27</sup> Vgl. etwa LUTZ DIWELL, *Reformen im Erb- und Pflichtteilsrecht – Spielräume aus Sicht des Bundesministeriums der Justiz –*, in: Anne Röthel (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 16), S. 185 ff., S. 190.

<sup>28</sup> Dazu ebenfalls etwa KLÖTI, a.a.O. (Fn. 16), S. 152 ff.

Unterhalts der Erben gesehen wird. Diese Auffassung ist *nicht haltbar*: Versorgung ist nicht – vorbehalten Art. 605 Abs. 2 und Art. 606 ZGB sowie das Erbrecht des Ehegatten – Aufgabe des Erbrechts. Die zunehmende Rezeption dieser falschen Aussage macht sie indes nicht richtiger<sup>29</sup>. Das Erbrecht soll schlicht die Überführung von Aktiven und vor allem auch der Passiven beim Tod eines Rechtssubjekts auf einen Rechtsnachfolger bewerkstelligen<sup>30</sup>. Eine (faktische) Versorgungsfunktion kann ebenso wenig für die jüngere Zeit angenommen werden, erbt doch die Mehrzahl der Erben – aufgrund der höheren Lebenserwartung – am Ende ihres eigenen Erwerbslebens<sup>31</sup>. Die Versorgung von Personen wird nicht über das Erbrecht, sondern hauptsächlich über die Vorsorgesysteme (Sozialversicherungsrecht) sichergestellt<sup>32</sup>. Insofern hätte man diese wenigstens in die Überlegungen einbeziehen müssen (insbesondere die Witwen- und Waisenrente sowie die berufliche Vorsorge<sup>33</sup>) und sollte darauf verzichten, eine sachfremde Lösung – die deshalb in jedem Fall unzureichend bleiben muss – im Erbrecht zu statuieren. Und falls Versorgung eher mit Unterhalt in Verbindung gebracht wird, so wäre der zutreffende Regelungsort das Familienrecht: Wie andere Unterhaltsforderungen – etwa diejenigen von ehemaligen Ehegatten – auch, handelt es sich hier um eine Forderung gegenüber dem Partner. Eine entsprechende Rechtsgestaltung sollte – sofern sich dies bei tieferen Untersuchungen als angezeigt erweisen würde – im Rahmen der Modernisierung des Familienrechts erfolgen. Dort könnte man dann die Behandlung von Unterhaltsansprüchen im Erbgang regeln. Wobei dabei freilich sogleich ein weite-

<sup>29</sup> A.M. etwa der erläuternde Bericht, S. 11; BREITSCHMID, a.a.O. (Fn. 21), S. 11; PIOTET, a.a.O. (Fn. 25), S. 65.

<sup>30</sup> „Das Erbrecht hat die Funktion, das vererbliche Vermögen des Erblassers im Ausglick des Todes auf seine Erben als neue Rechtsträger überzuleiten, im Idealfall auf seine Nachkommen [...]. Deren Bedürfnisse und deren Versorgung spielen dabei nach gemeinsamen europäischen Vorstellungen (anders als im angloamerikanischen Pflichtteilsrecht) keine Rolle. Nur das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, der traditionell nicht zu den gesetzlichen Erben gehörte, beruht auf dem Versorgungsgedanken.“ BK-WEIMAR, Einl. vor Art. 457 ff. ZGB, N. 15. Ebenso SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 21. Siehe auch die Umschreibung der Ziele des Erbrechts durch EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Ausgabe, Band I, Bern 1914, S. 320: „Versuchen wir, den gesamten sich für das Erbrecht darbietenden Stoff nach den Erwägungen zu ordnen, die das Erbrecht bestimmen und in seiner Entwicklung beherrschen, so lassen sich mit besonderer Deutlichkeit drei Richtungen unterscheiden [...]: Die Sicherung des Friedens im Verhältnis der sich folgenden Geschlechter untereinander, die Erhaltung der einmal geschaffenen Werte über den Tod ihres einzelnen Trägers hinaus und die Durchführung eines billigen und wirtschaftlich angemessenen Verteilungsplanes der vom Erblasser hinterlassenen Güter.“

<sup>31</sup> Erläuternder Bericht, S. 6; vorsichtig COTTIER, a.a.O. (Fn. 3), S. 42 f.

<sup>32</sup> A.M. BREITSCHMID, a.a.O. (Fn. 21), S. 11, 23 f.

<sup>33</sup> Für letztere immerhin III.5. hienach.

rer Widerspruch zutage tritt, werden doch im Familienrecht unter dem Stichwort des „clean break“ und dem Vorrang der Eigenversorgungskapazität in der Tendenz nach-eheliche Unterhaltsansprüche gerade zurückgesetzt bzw. minimiert.

Selbst wenn man – entgegen dem hievor Ausgeführten – die Versorgung von mit dem Erblasser in Realbeziehung stehenden Personen fortan auch über das Erbrecht sichern will<sup>34</sup>, so müsste man wohl zwingend differenzieren, um was für eine Art der faktischen Gemeinschaft es sich handelt. Wenn der Gesetzgeber sich – wie im vorliegenden Vorentwurf – nicht dazu äussert, so wird jede faktische Lebensgemeinschaft erfasst sein, die dem durch die Rechtsprechung in anderem Zusammenhang entwickelten Begriff entspricht. Wie weit dies sachgerecht ist, kann hier mangels Kenntnis der Sachlage<sup>35</sup> nicht beurteilt werden<sup>36</sup>. So oder so bleibt das wenig behagliche Ergebnis, dass Gerichte vermehrt in höchst sensiblen persönlichen Bereichen Beweis führen müssten – zudem in einer Situation, in der einer der Protagonisten verstorben ist –, was im Grunde möglichst zu vermeiden wäre<sup>37</sup>.

Zu diesen *grundsätzlichen Bedenken* treten *weitere, praktische Schwierigkeiten* hinzu: Mit der Schaffung einer derart offenen Norm wird *grosses Streitpotential* geschaffen. Gerade angesichts der Tatsache, dass erbrechtliche Streitfälle aufgrund der zumeist emotionalen Bindungen unter den Beteiligten die Tendenz haben zum Flächenbrand zu werden<sup>38</sup>, sollte es tunlichst vermieden werden, weitere potentielle Konfliktfelder zu schaffen. Genau das tut allerdings der Vorentwurf. Nachfolgend seien einige ausgewählte offene – und damit streitbegünstigende – Einzelfragen angesprochen:

---

<sup>34</sup> Wohlgermerkt kann dem Erbrecht diese Funktion vom Gesetzgeber künftig zuerkannt werden (zur Versorgungsfunktion des Erbrechts ANATOL DUTTA, Warum Erbrecht?, Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, Habil. Hamburg 2012, Tübingen 2014, S. 399 ff.). Dies würde allerdings eine grundlegende Neukonzeption und davor eine eingehende Diskussion bedingen, nicht nur über die Funktionen des Erbrechts, sondern auch über Grundsätze und Motive der Privatrechtsgesetzgebung. Was das Erbrecht betrifft, ist eine solche Diskussion – zumindest für die Schweiz – nicht auszumachen.

<sup>35</sup> Es fehlt die Verarbeitung soziologischer Befunde aus rechtlicher Sicht. Dazu bereits I. hievor.

<sup>36</sup> Dazu ebenfalls schon I. hievor.

<sup>37</sup> Ebenso beurteilt das der erläuternde Bericht, S. 21. COTTIER, a.a.O. (Fn. 3), S. 48 f., schlägt denn auch vor, ein familien- und erbrechtliches Institut „faktische Lebensgemeinschaft“ gesetzlich zu regeln. Es zeigt sich, dass eine Revision allein des Erbrechts unzureichend bleiben muss.

<sup>38</sup> Siehe etwa PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich 2011, S. 515; HEINRICH LANGE/KURT KUCHINKE, Erbrecht, Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001, S. 1.

- Sofern jede faktische Lebensgemeinschaft unterhaltsvermächtnisberechtigt sein soll, könnte dies in Einzelfällen zu einem postmortalen Rechtsschutz polyamorer Verhältnisse führen, was durchaus Konfliktstoff birgt.
- Es ist nicht angezeigt, die Leistung von Unterhalt – entgegen den Voraussetzungen in anderen Fällen – von einer „Gegenleistung“ des Partners zugunsten des Erblassers abhängig zu machen. Sollte damit ein zusätzliches Erfordernis an die Qualität der nichtehelichen Beziehung gestellt werden<sup>39</sup>, so ist die Formulierung des Vorentwurfs ungenau. Wenn damit darauf abgezielt wird, einen Ausgleich etwa für unentgeltlich erbrachte Pflegeleistung zu erreichen, so hätte man eine diesbezügliche Regelung vorschlagen können<sup>40</sup>. Bereits rein begrifflich ist das Vermächtnis eine unentgeltliche Zuwendung von Todes wegen; nach dem Vorentwurf wäre das Unterhaltsvermächtnis dagegen im Ergebnis eine entgeltliche Zuwendung. So das so bleiben sollte, werden sich daraus auch steuer- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen ergeben.
- Die vorgeschlagene kurze dreimonatige Verwirkungsfrist wird nach feststehender praktischer Erfahrung gerade nicht zum Rechtsfrieden beitragen<sup>41</sup>, ganz im Gegenteil: Will eine anspruchsberechtigte Person aus Gründen der Pietät während einer gewissen Zeit – üblicherweise bis zum Dreissigsten – mit der Geltendmachung einer Unterhaltsforderung zuwarten, so bleibt anschliessend nicht allzu viel Zeit für Verhandlungen mit den Erben. Sehr rasch dürften beiderseits Anwälte beigezogen werden, womit ein Streit alsbald – insbesondere mit Blick auf den Charakter der Frist als Verwirkungsfrist – vor Gericht anhängig gemacht werden dürfte.
- Auch der offene Begriff „zumutbar“ (Art. 484a Abs. 2 ZGB) bedürfte der Konkretisierung und wird zu Prozessen führen.
- Grosse Schwierigkeiten dürften sich schliesslich auch bei der Bemessung stellen. Für die Erben wird – um rasch Klarheit zu erhalten und teilen zu können – zentral sein, dass der Anspruch kapitalisiert werden kann. Wollte man dies ausschliessen, würde das eine Teilung wohl für längere Zeit verhindern (was wiederum „unzu-

<sup>39</sup> COTTIER, a.a.O. (Fn. 3), S. 49.

<sup>40</sup> Denkbar wäre bspw. die Statuierung einer Vermutung, wonach von nahestehenden Personen erbrachte Pflegeleistungen entgeltlich sind und die entsprechenden Ansprüche gegen die Erbengemeinschaft – als Schulden des Erblassers – geltend gemacht werden können.

<sup>41</sup> So aber das Ziel gemäss erläuterndem Bericht, S. 7.

mutbar“ gemäss Abs. 2 sein könnte). Bei einer Kapitalisierung stünde man allerdings vor nicht unerheblichen Problemen, wie ein Blick auf Art. 126 Abs. 2 ZGB (Kapitalisierung nahehelichen Unterhalts) zeigt: Zu beachten ist, dass eine nachträgliche Anpassung nicht möglich ist und der Einbezug von künftigen Entwicklungen (Wiederverpartnerungswahrscheinlichkeit, hypothetische zukünftige finanzielle Verhältnisse) zu im Einzelfall unbefriedigenden Ergebnissen führen kann<sup>42</sup>. Eine einmalige Abfindung anstatt einer Rente ist im Rahmen des nahehelichen Unterhalts die Ausnahme („besondere Umstände“, Art. 126 Abs. 2 ZGB)<sup>43</sup> und sollte deshalb auch nicht ins Erbrecht übernommen werden.

- Offen bleiben schliesslich etwa auch – wie schon angesprochen – die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen, insbesondere bei einer kapitalisierten Abgeltung.

Angesichts der Vielzahl von Konstellationen von faktischen Lebensgemeinschaften kann der Gesetzgeber hier – zumal vor dem Abschluss der Diskussion um die Familienrechtsmodernisierung – kaum sinnvoll einen „Normalfall“ regeln. Es wäre wohl angebracht, auch für solche Fälle schlicht die Verfügungsfreiheit zu erhöhen. Und sofern man gleichwohl einen Anspruch von Gesetzes wegen vorsehen möchte, sollte man sich besser an Art. 606 ZGB orientieren und diese Norm allenfalls modifizieren.

### **3. Ad Art. 541a VE ZGB: Ausschluss von Vertrauenspersonen von der Erbrechtigung**

Mit der Aufnahme dieser Bestimmung zeigt sich wiederum die *Konzeptlosigkeit, ja sogar innere Widersprüchlichkeit des Vorentwurfs*: Während mit der darin vorgesehenen Reduktion der Pflichtteilsquoten<sup>44</sup> die Verfügungsfreiheit erhöht wird, wird sie hier im Gegenteil in materieller Hinsicht eingeschränkt. Zur Verhinderung von Erbschleicherei durch Vertrauenspersonen gibt es weitaus bessere und zielführendere Lösungen, als eine mögliche Erbeinsetzung bestimmter Personengruppen – eben der

<sup>42</sup> Bezgl. Art. 126 Abs. 2 ZGB etwa DOMINIK DIEZI, Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt, Grundlagen und Rechtfertigung vor dem Hintergrund der rechtlichen Erfassung der Lebensgemeinschaft, Diss. Basel 2013, Bern 2014 (Schriftenreihe FamPra.ch 20), S. 428.

<sup>43</sup> BsK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, N. 10 zu Art. 126.

<sup>44</sup> Dazu bereits III.1. hievov.

„Vertrauenspersonen“ – auf ¼ zu beschränken. Dieses Problem ist letztlich in den grösseren Kontext der Sicherung der Willensfreiheit des Erblassers, genauer der Verfügungsfreiheit, einzuordnen<sup>45</sup>. Würde man sich dieser Herausforderung annehmen, so würde damit auch ein Beitrag geleistet zur Lösung des künftig wohl zunehmenden Problems des Testierens älterer Personen (Drucksituationen und Einflussnahme im Allgemeinen, insbesondere auch durch Verwandte, Demenzerkrankungen).

Der im Vorentwurf enthaltene Vorschlag eines partiellen Verfügungsverbots ist freilich – wie jüngste erbrechtliche Forschungsergebnisse sehr eingehend belegen – ungeeignet, den Erblasser vor unzulässiger fremder Einflussnahme zu schützen. Der Vorschlag stellt einen *Rückschritt* dar, indem *in überholter paternalistischer Weise* in die Verfügungsfreiheit eingegriffen wird. Im Ergebnis wird damit nicht der Erblasser in seiner Selbstbestimmung geschützt, sondern vielmehr allein die gesetzlichen Erben vor für sie ungünstigen Verfügungen von Todes wegen<sup>46</sup>. Statt eines pauschalen, partiellen Verfügungsverbots – das nicht zuletzt auch mit der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Widerspruch zu geraten droht – bestehen *weitaus geeignetere und einzelfallgerechtere Instrumente* zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung<sup>47</sup>. Im Vordergrund steht dabei die Anpassung von *Formvorschriften*<sup>48</sup>. So könnte etwa die öffentliche Beurkundung für gewisse Konstellationen für zwingend erklärt und auch dahingehend angepasst werden (namentlich etwa Ausschluss bestimmter weiterer Personen als Zeugen; Verbot Ausfertigungen zu erstellen oder auszuhändigen bzw. Erfordernis eines versiegelten Testaments bei der Urkundsperson; Beizug fachkundiger, allenfalls medizinisch geschulter Zeugen für gewisse Verfügungen). Der Erblasser, der sich in einer Abhängigkeitslage zum Begünstigten befindet, die geeignet ist, seine freie Willensbildung zu beeinträchtigen, könnte damit nur unter Einhaltung

<sup>45</sup> Zum Ganzen GREGOR CHRISTANDL, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft, Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung, Habil. Innsbruck 2015, Tübingen 2016 (erscheint demnächst), passim und besonders §§ 4-6.

<sup>46</sup> CHRISTANDL, a.a.O. (Fn. 45), § 5 III. i.f.: „[...] Testierverbote [...] entgegen aller Vorwände nicht geeignet sind, die Selbstbestimmungsfreiheit des Erblassers vor unzulässiger Einflussnahme zu schützen. Sie versuchen nämlich Selbstbestimmung durch Entzug der Selbstbestimmungsfreiheit zu sichern. Das ist ein Widerspruch in sich und muss daher scheitern. [...] Dieser paternalistische Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers, der nicht dem Erblasser selbst, sondern in vielen Fällen seinen gesetzlichen Erben zugute kommt, ist abzulehnen.“

<sup>47</sup> Dazu ausführlich und im Einzelnen sorgfältig abwägend CHRISTANDL, a.a.O. (Fn. 45), § 6.

<sup>48</sup> Die Formstrenge im Erbrecht dient der Rechtssicherheit, dem Übereilungsschutz der Parteien sowie der Beweissicherung; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 196.

qualifizierter Formvorschriften von Todes wegen verfügen. Bei Nichteinhalten dieser Form würde die – widerlegbare – Vermutung gelten, dass der Erblasser die Verfügung nicht selbstbestimmt errichtet hat<sup>49</sup>. Das stellte für Zuwendungen an Vertrauenspersonen ein adäquateres, den in ihrer Selbstbestimmungsfreiheit potentiell betroffenen – geschwächten, oft betagten und alleinstehenden – Erblassern weitaus gerechter werdendes, auch rechtlich tragfähiges Instrument dar, als zwar nur teilweise, aber insoweit eben doch pauschale Verfügungsverbote, als ein Verfügungsverbot über ganze  $\frac{3}{4}$  der Erbschaft.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regel ist als nach dem eben Gesagten *viel zu pauschal* und damit als *rechtlich unverhältnismässig* abzulehnen. So man daran dennoch – und entgegen den eben dargelegten faktischen und rechtlichen Vorbehalten – festhalten will, so müsste zumindest die Umschreibung des Personenkreises näher geprüft werden. In der jetzigen Formulierung wird sodann etwa nicht deutlich, ob nur natürliche oder auch juristische Personen davon erfasst werden sollten<sup>50</sup>. Besonders auch für gewisse karitative Organisationen könnte die Regelung zu Rechtsunsicherheit führen.

#### **4. Ad Art. 518 Abs. 4 VE ZGB: Aufsicht über die Willensvollstrecker**

Die Revision über die Aufsicht des Willensvollstreckers hat gemäss dem erläuternden Bericht zwei wesentliche Ziele: Erstens soll die Unterscheidung zwischen „formellen“ und „materiellen Fragen“ aufgehoben werden und zweitens soll für die Absetzung des Willensvollstreckers bei Interessenkonflikten eine einzige Behörde zuständig sein<sup>51</sup>. Dies soll dadurch geschehen, dass die Willensvollstrecker ausschliesslich der Aufsicht des Gerichts unterstellt werden (vgl. Art. 518 Abs. 4 VE ZGB). Die Kantone wären nicht wie bis anhin frei, die Aufsicht entweder einer Verwaltungsbehörde oder einem Gericht zu übertragen.

Die vorgeschlagene Vereinheitlichung macht weder die Unterscheidung zwischen „formellen“ und „materiellen Fragen“ gegenstandslos noch wird dadurch die Problematik der Spaltung des Rechtsweges bei Interessenkonflikten gelöst. Die Revision vereinheitlicht

<sup>49</sup> Dazu sehr eingehend und überzeugend CHRISTANDL, a.a.O. (Fn. 45), § 6, besonders II.6.

<sup>50</sup> Freilich beschränkt die gegenwärtige Lehre den Begriff „Vertrauensperson“ auf natürliche Personen (dazu etwa SUTTER-SOMM/AMMANN, a.a.O. [Fn. 4], S. 110).

<sup>51</sup> Erläuternder Bericht, S. 54.

zwar die sachliche Zuständigkeit für das Beschwerde- und Zivilverfahren (wie dies z.B. im Kanton Zürich bereits heute der Fall ist)<sup>52</sup>, sie hat aber keinen Einfluss auf die Verfahrensart. Das aufsichtsrechtliche Beschwerdeverfahren ist ein behördliches Massnahmeverfahren, welches unter den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit fällt<sup>53</sup>. Für solche Verfahren sieht die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) das *summarische Verfahren* vor (vgl. Art. 1 lit. b und Art. 248 lit. e ZPO<sup>54</sup>). „Materielle Fragen“ (wie z.B. die Absetzung des Willensvollstreckers bei einer dem Erblasser bekannten Interessenskollision) wären hingegen weiterhin in einem kontradiktorischen Zivilverfahren zu entscheiden<sup>55</sup>. Hier muss die klagende Partei zunächst grundsätzlich ein *Schlichtungsverfahren* durchlaufen und danach wird der Zivilprozess im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren durchgeführt (vgl. Art. 197, Art. 219 und Art. 243 Abs. 1 ZPO). Die sinnvolle und notwendige Trennung zwischen Beschwerde- und Zivilverfahren würde bestehen bleiben und damit auch die hiermit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten. Es stellt sich deshalb die Frage, wo der *wirkliche Nutzen* des vorgeschlagenen Art. 518 Abs. 4 ZGB liegt. Durch die Revision wird ohne triftige Gründe in die kantonale Gesetzgebungskompetenz eingegriffen und die Justiz wird mit weiteren Aufgaben belastet.

Aus der Praxis der Kantone, die wie Bern und viele andere eine behördliche Aufsicht über die Willensvollstrecker kennen, ist keinerlei Mehrwert des Vorentwurfs gegenüber der bestehenden kantonalen Lösung auszumachen.

Der vorgeschlagene Art. 518 Abs. 4 ZGB führt sodann zu einer Doppelspurigkeit. In Lehre und Rechtsprechung ist man sich heute weitgehend einig, dass der Verweis in Art. 518 Abs. 1 ZGB auf den amtlichen Erbschaftsliquidator hauptsächlich die Funktion hat, den Willensvollstrecker der behördlichen Aufsicht zu unterstellen<sup>56</sup>. Durch die Revision würde Art. 518 Abs. 1 ZGB an praktischer Bedeutung verlieren, weshalb der vorgeschlagene Art. 518 Abs. 4 ZGB auch aus systematischer Sicht abzulehnen ist.

---

<sup>52</sup> Vgl. § 139 Abs. 2 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010 des Kantons Zürich (Zürcher Loseblattsammlung 211.1).

<sup>53</sup> BGE 90 II 376, 384 f.; BsK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, N. 33 zu Art. 595.

<sup>54</sup> Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, N. 312a, in: BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

<sup>55</sup> BGE 90 II 376, 385.

<sup>56</sup> BGE 66 II 148, 150; PraxKomm-CHRIST/EICHNER, N. 1 und 88 zu Art. 518 ZGB.

## 5. Weitere Hinweise

*Ad Art. 472 Ziff. 2 VE ZGB:*

Das Anliegen ist durchaus nachvollziehbar. Wie der erläuternde Bericht treffend ausführt<sup>57</sup>, geht die Tendenz dahin, ganz allgemein die Wirkungen der Scheidung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsbegehrens zurückzubeziehen (Art. 204 Abs. 2 ZGB; Art. 122 revZGB). Vorgenannte Bestimmungen betreffen freilich Fälle, bei denen es dann schliesslich auch effektiv zur Scheidung kommt. Insofern ist der Entscheid richtig, für die Auflösung der Ehe durch Tod während hängiger Scheidung allein den Pflichtteilsschutz sowie die Begünstigungen aus (bindenden) Verfügungen von Todes wegen entfallen zu lassen und nicht bereits *ipso iure* die Erbberechtigung. Es obliegt damit jeweils den Ehegatten, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen oder nicht.

Zu prüfen ist allerdings, ob es nicht sinnvoll wäre, diese Möglichkeit immer ab dem Zeitpunkt zu gewähren, in dem ein Scheidungsverfahren anhängig gemacht worden ist und sich dieses bezüglich des Scheidungspunktes als zulässig erweist, sei es infolge gemeinsamen Begehrens (Art. 111 ZGB), sei es infolge Ablaufs der zweijährigen Trennungsfrist (Art. 114 ZGB)<sup>58</sup>. Ob eine Scheidung auf Klage demgegenüber schon zwei Jahre hängig ist, sollte nicht von Bedeutung sein.

*Ad Art. 476 VE ZGB:*

Zuwendungen gemäss Art. 476 Abs. 1 VE ZGB werden bis anhin zu ihrem Rückkaufswert einbezogen und allein das erscheint in der Sache richtig: Der Rückkaufswert ist derjenige Wert, den der Versicherer dem Versicherungsnehmer – im vorliegenden Kontext also dem Erblasser – ausbezahlen muss bei vorzeitigem Rücktritt vom Vertrag (dem Rückkauf)<sup>59</sup>. Bis zum Tod des Versicherungsnehmers ist allein der Rückkaufs-

---

<sup>57</sup> Erläuternder Bericht, S. 30 f.

<sup>58</sup> Schwieriger dürfte es sein, wie Fälle von Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) in diese Regelung einbezogen werden können. Da diesfalls wohl oft zugleich auch ein Enterbungsgrund gegeben sein dürfte (insb. Art. 477 Ziff. 2 ZGB), hat der Erblasser allerdings ebenfalls eine Möglichkeit, die Erbfolge entsprechend zu bestimmen.

<sup>59</sup> BK-WEIMAR, N. 35 zu Art. 476 ZGB.

wert der Wert der Versicherung, denn nur diesen Preis würde ein Dritter bei einem Erwerb bezahlen<sup>60</sup>. Die Werterhöhung mit Eintritt des versicherten Ereignisses – nämlich dem Tod des Versicherungsnehmers – erfolgt nicht aus dem Vermögen des Erblassers, sondern ist Teil des Risikos des Versicherers und stammt aus dessen Vermögen. Diese Wertdifferenz zwischen Rückkaufswert und Versicherungsleistung kann damit zu keinem Zeitpunkt als dem Vermögen des Versicherungsnehmers – also auch nicht seinem Nachlass – zugehörig betrachtet werden<sup>61</sup>.

Ob Art. 476 Abs. 2 VE ZGB inhaltlich zutreffend ist – Nichteinbezug in die erbrechtliche Auseinandersetzung aufgrund des Vorsorgezwecks<sup>62</sup> –, ist in der Lehre nicht vollständig geklärt<sup>63</sup>. Unabhängig davon ist die vorgeschlagene Norm in der jetzigen Formulierung systematisch unhaltbar. Für Versicherungsansprüche der Säule 3a würde die Bestimmung inhaltlich zwar zutreffen, aber da diese jedoch dem Begünstigten direkt und nicht über den Nachlass zukommen, ist die Formulierung in dieser Hinsicht unzutreffend. Zumeist handelt es sich bei den Guthaben der Säule 3a aber ohnehin um Bankguthaben. Diese gehören zu Lebzeiten bereits uneingeschränkt zum Vermögen des Erblassers, bloss die Fälligkeit ist bis zum Eintritt des Vorsorgefalles aufgeschoben. Während nun Art. 476 Abs. 1 VE ZGB gerade mehr zum Nachlass hinzurechnet, als zulässig, führt Abs. 2 der Bestimmung genau zum Gegenteil. Aus demselben Grund – keine Berücksichtigung, obwohl im Grunde Teil des Vermögens des Erblassers – wird die Norm auch zu Kollisionen mit dem Güterrecht führen. In der jetzigen Fassung würde – ohne dass die Formen der Verfügungen von Todes wegen zu beachten wäre – im Grunde eine Sondererfolge für diese Mittel geschaffen werden, gestützt auf eine – häufig in den AGB enthaltene – einzelschriftliche Begünstigtenordnung. Das schadet

<sup>60</sup> BK-WEIMAR, N. 38 zu Art. 476 ZGB.

<sup>61</sup> BK-WEIMAR, N. 39 zu Art. 476 ZGB. Das deckt sich auch mit der neueren – und zutreffenden – Auffassung im Privatversicherungsrecht, wonach Gegenleistung im Rahmen eines Versicherungsvertrages nicht die Versicherungssumme sei, sondern die Übernahme des Risikos durch den Versicherer. Dazu etwa STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Rz. 2.16.

<sup>62</sup> Erläuternder Bericht, S. 34 f.

<sup>63</sup> Dazu eingehend und zustimmend BK-WEIMAR, N. 41 ff. und insb. N. 45 zu Art. 476 ZGB; a.M. THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Die Begünstigung in der gebundenen Vorsorgevereinbarung – ein Beitrag zur Relevanz des Erbrechts bei Verträgen zugunsten Dritter von Todes wegen, in: Thomas Geiser [et al.] (Hrsg.), FS Heinz Hausheer, Bern 2002, S. 511 ff.; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Was uns das (zur amtlichen Publikation bestimmte) Urteil des Bundesgerichts 9C\_523/2013 vom 28. Januar 2014 über das Verhältnis der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) zum Erbrecht lehrt – und was nicht!, in: jusletter vom 3. März 2014; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 72 f.

nicht zuletzt der Rechtssicherheit. Nach unserer Ansicht gehört die Säule 3a in das Güterrecht und in die Erbschaft.

*Ad Art. 494 Abs. 2 VE ZGB:*

Der Gesetzgeber greift hier in einen Streit betreffend die Abgrenzung der Zuwendungen unter Lebenden von den Zuwendungen von Todes wegen ein<sup>64</sup>: Durch Gesetzgebung soll eine bestimmte Form der Rechtsgestaltung qualifiziert werden<sup>65</sup>. Das betrifft die Definition der Zuwendung von Todes wegen: Es müsste fortan als ausreichend gelten, wenn ein Recht durch den Tod des Erblassers entsteht, sein Tod also Element des rechtsbegründenden Tatbestandes wäre. Es liesse sich diesfalls allerdings schwer erklären, weshalb nun nicht auch die gesetzliche Vorschlagszuweisung bei der Auflösung der Ehe durch Tod als Zuwendung von Todes wegen qualifiziert werden sollte. Diese Auffassung – werde sie nun vom Bundesgericht vertreten oder nicht – verkennt, dass es sich bei der Vorschlagszuweisung – nach Gesetz oder modifiziert durch die Parteien – nicht um eine Zuwendung aus Erbrecht (mithin eine Schenkung auf den Tod, Zuwendung *causa mortis*), sondern eine Zuwendung aus Güterrecht (*causa credendi*, allenfalls *causa solvendi*) handelt<sup>66</sup>. Eine solche Definition ist letztlich auch nicht Sache des Gesetzgebers<sup>67</sup>.

Man kann freilich – im Rahmen einer Fiktion – eine solche Rechtsgestaltung gleich behandeln wie eine Zuwendung von Todes wegen. Jedenfalls dürfte aber wohl vom Gesetzgeber zu erwarten sein, dass er derartige abweichende Wertentscheidungen unter möglicher Schonung des bestehenden privatrechtlichen Systems trifft. Der Wortlaut von Art. 494 Abs. 2 VE ZGB deutet dies wenigstens an, indem davon gesprochen wird, dass die Vorschlagszuteilung „im Erbfall *wie* ein Erbvertrag behandelt“ wird (und nicht ein Erbvertrag *ist*). Präziser müsste man – wenn man nicht noch schwierige

<sup>64</sup> Dazu zusammenfassend SUTTER-SOMM/AMMANN, a.a.O. (Fn. 4), S. 35 ff.; die Auseinandersetzung wird ebenfalls dargestellt von PIOTET, a.a.O. (Fn. 25), S. 85 f.

<sup>65</sup> Erläuternder Bericht, S. 27.

<sup>66</sup> Die Ehegatten wollen sich nichts schenken, vielmehr beabsichtigen sie damit eine gemeinsame Vorsorge zugunsten des Überlebenden. Überdies hat eine solche Vereinbarung immer auch Wirkungen unter Lebenden, weil auch das Vermögen des überlebenden Ehegatten betroffen ist. Zum Ganzen BK-WEIMAR, Einl. zu Art. 467 ff. ZGB, N. 106 ff., mit ausführlichen Hinweisen auf die herrschende Lehre; ebenso SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 143 f.

<sup>67</sup> So zutreffend BK-WEIMAR, Einl. zu Art. 467 ff. ZGB, N. 109.

Formfragen aufwerfen will<sup>68</sup> – formulieren: „Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten oder an die überlebende eingetragene Partnerin oder den überlebenden eingetragenen Partner wird im Erbfall bezüglich ihrer Wirkungen wie eine Zuwendung von Todes wegen behandelt.“ Eine andere Frage ist wiederum, ob Art. 494 ZGB passender Regelungsort ist.

Hinzu kommt, dass die Bestimmung in dieser Form kaum von Nutzen sein dürfte, wird doch der zweite grosse – und praktisch weitaus bedeutendere – Streit darüber, wie die Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen zu berechnen sind, nicht einmal angesprochen<sup>69</sup>. Mehr Klarheit wird so vom Vorentwurf sicher nicht geschaffen, im Gegenteil.

*Ad Art. 601a VE ZGB:*

Wenn insbesondere Dritte gehalten sind, allenfalls auch nur möglichen Erben Auskunft zu erteilen, so wäre eine genauere Umschreibung der anspruchsberechtigten Personen zwingend vorzunehmen.

*Ad Art. 617 VE ZGB:*

Auch hier zeigt sich, dass eine gut gemeinte Änderung – Umsetzung einhelliger Lehre und langjähriger Rechtsprechung in das Gesetz<sup>70</sup> – unbeabsichtigte Folgen haben könnte. Zu prüfen wäre, ob durch Anpassung von Art. 617 ZGB nicht auch der Anwendungsbereich von Art. 618 Abs. 1 ZGB ungewollt erweitert würde. Der sachliche Anwendungsbereich dieser Norm wird im geltenden Recht unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 617 ZGB – aber anders als bei diesem – eng ausgelegt<sup>71</sup>. Entfällt nun der Begriff „Grundstück“ in Art. 617 ZGB wäre ein enger Anwendungsbereich von Art. 618 Abs. 1 ZGB nicht mehr ohne weiteres zu vertreten. Die Wirkungen von Sachverständigengutachten gemäss Art. 618 Abs. 1 ZGB sind – gerade auch mit Blick auf

---

<sup>68</sup> Dazu SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 143.

<sup>69</sup> Dazu mit zahlreichen Verweisen auf die einschlägige Lehre HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienvermögen im Lichte der Schnittstellen von ehelichem Güterrecht, erbrechtlichem Pflichtteilsrecht und Sozialversicherungsrecht, successio 2010, S. 62 ff.

<sup>70</sup> Dazu BK-WOLF/EGGEL, N. 5 f. zu Art. 617 ZGB, m.w.H.

<sup>71</sup> Dazu ebenfalls BK-WOLF/EGGEL, N. 7 zu Art. 618 ZGB; PraxKomm-WEIBEL, N. 2 zu Art. 618 ZGB.

das Beweissystem der Zivilprozessordnung – noch nicht geklärt<sup>72</sup>. Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 618 Abs. 1 ZGB könnte hier – wenn auch nicht in qualitativer, so doch in quantitativer Hinsicht – mehr Unsicherheit entstehen. Die Änderung des Gesetzgebers würde damit nicht wirklich zu mehr Klarheit führen.

*Ad Art. 626 Abs. 2 VE ZGB (u.a.):*

Freilich liessen sich auch kritische Anmerkungen zu den Änderungen im Herabsetzungs- und Ausgleichsrecht vortragen. Insbesondere die sprachliche Veränderung von Art. 626 ZGB dürfte nicht unerhebliche Auswirkungen auf das Ausgleichssystem haben.

Unzweckmässig ist etwa auch die Umformulierung von Art. 522 Abs. 1 ZGB, der in seiner neuen Fassung – nach dem Wortlaut – nur noch Erwerbungen von Todes wegen, nicht mehr aber Verfügungen unter Lebenden erfasst. Eine solche Eingrenzung ist unhaltbar und mit dem Grundgedanken der Ausgleichung schlicht unvereinbar. Eine nähere Einschätzung zum überaus weiten Feld der Ausgleichung bzw. der Behandlung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht kann freilich im Rahmen dieser Vernehmlassung nicht stattfinden. Sie soll berufeneren Kräften überlassen bleiben.

*Ad Übergangsrecht:*

Die vorgeschlagenen Änderungen werden dazu führen, dass eine Vielzahl von Nachlassplanungen von den Bürgerinnen und Bürgern anzupassen sein wird. Hier wird nicht nur Rechtsunsicherheit geschaffen, sondern es dürften auch erhebliche Kosten entstehen. Die vorgeschlagene Regelung ist auch deshalb als ungeeignet abzulehnen.

---

<sup>72</sup> Insbesondere beim Begehren um Erstellung eines Sachverständigengutachtens im Vorfeld eines Erbteilungsprozesses. Es stellt sich dann etwa die Frage, ob es sich um einen ordentlichen Fall der vorsorglichen Beweisführung gemäss ZPO handelt oder aber eine besondere Art der Beweiserhebung im Vorfeld eines Prozesses mit stärkerer Wirkung.

#### IV. Schlussfolgerungen

Nach dem vorstehend Ausgeführten ergeben sich ganz gewichtige Bedenken gegenüber dem Vorentwurf. Nach hierseitigem Dafürhalten wäre zunächst ernsthaft zu reflektieren, ob und allenfalls wie weit überhaupt Revisionsgesetzgebungsbedarf besteht. Erst wenn dies überzeugend bejaht werden sollte, könnten entsprechende Regelungen ausgearbeitet werden, wobei diesfalls wesentlich profunder vorzugehen wäre als dies der Vorentwurf und der erläuternde Bericht tun<sup>73</sup>. Insbesondere wäre vorerst eine weiterführende, vertiefte Auseinandersetzung mit Zweck und Wirkungsweise des Pflichtteilsrechts einerseits, sowie mit den verschiedenen Formen faktischen Familienlebens und ihren jeweiligen Bedürfnissen andererseits, angezeigt. Der konkret vorgelegte Vorentwurf ist insgesamt wie dargelegt in vielerlei Hinsicht *sowohl theoretisch als auch praktisch untauglich*. Über die vorstehend aufgeführten Mängel hinaus bestehen weitere Unzulänglichkeiten, auf die im Rahmen dieser Vernehmlassung nicht eingegangen werden kann. Ob sich die nunmehr mit dem vorliegenden Vorentwurf geschaffene, schlicht nicht tragfähige Ausgangslage überhaupt noch korrigieren lässt, ist höchst zweifelhaft.

Hierseits wird – so eine solche grundlegende Überarbeitung für nicht angebracht erachtet werden wollte – dringend empfohlen, wenigstens das Unterhaltsvermächtnis zu streichen und im Rahmen der Reduktion der Pflichtteile eine sachgerechte Lösung zu treffen. Für weitergehende Änderungen sind die weiteren Weichenstellungen im Rahmen der Diskussion um die Modernisierung des Familienrechts abzuwarten. Sodann wäre für Zuwendungen an Vertrauenspersonen von jeder Pauschalierung abzusehen und stattdessen eine adäquatere Regelung vorzusehen.

In der Optik der Unterzeichnenden verbleibt grosse Ernüchterung darüber, *wie leichtfertig man bereit ist, Rechtssicherheit preiszugeben*.

---

<sup>73</sup> Die Einsetzung einer Expertenkommission wäre tatsächlich angezeigt gewesen. Ebenso SUTTERSOMM/AMMANN, a.a.O. (Fn. 4), S. 13. Siehe dazu ebenfalls die identische, treffliche Einschätzung des früheren EJPD-Vorstehers und alt Bundesrates ARNOLD KOLLER, Aus der Werkstatt eines Bundesrates, Bern 2014, S. 85: „Für Revisionen des Zivilgesetz- oder Strafgesetzbuches schien mir eine vorberatende Expertenkommission schon aus Respekt vor diesen „grossen“ Gesetzen und zur Erreichung einer möglichst gleichwertigen Qualität der Gesetzgebung unverzichtbar.“

Abschliessend sei festgehalten, dass die vorstehende Kritik nicht den mit der Ausarbeitung dieses Vorentwurfs befassten Juristinnen und Juristen gilt, sondern vielmehr den *verantwortlichen politischen Entscheidungsträgern*: Die konzeptlose Reformfreudigkeit unter weitgehendem Verzicht auf Beizug von Fachleuten aus Lehre und Praxis bei der konkreten Ausarbeitung von Entwürfen kann zu keinen anderen Ergebnissen führen. Die politisch Verantwortlichen unterschätzen offensichtlich die Anforderungen an eine gute, in der Praxis umsetzbare und sichere (Privatrechts-)Gesetzgebung.

Für allfällige ergänzende Erläuterungen und Rückfragen stehen Ihnen das Zivilistische Seminar der Universität Bern bzw. die Unterzeichnenden selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. Stephan Wolf

Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern

Prof. Dr. Stephanie Hrubesch-Millauer

Rechtsanwältin, Ordinaria für Privatrecht an der Universität Bern

Prof. Dr. Regina E. Aebi-Müller

Fürsprecherin, Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern, vormals Privatdozentin an der Universität Bern

Prof. Dr. Sibylle Hofer

Ordinaria für Privatrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Bern

Zustellung per E-Mail an [alexandre.brodard@bj.admin.ch](mailto:alexandre.brodard@bj.admin.ch)