

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes bernois**

143. Jahrgang

Erscheint
jeden Monat

2007

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Heinz Hausheer
Prof. Dr. Jörg Schmid

Stämpfli Verlag AG Bern



Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?*

Von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Überprüfung der Revisionsbedürftigkeit des Erbrechts anhand ausgewählter Bereiche

1. Kreis der erbberechtigten Verwandten
2. Stellung des überlebenden Ehegatten
 - 2.1 Allgemeine europäische Tendenz zur Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten
 - 2.2 Art. 462 ZGB: Der überlebende Ehegatte als wichtigster gesetzlicher Erbe
 - 2.3 Im Schrifttum geübte Kritik an der Neuregelung von 1988
 - 2.4 Stellungnahme
3. Überlebende eingetragene Partnerin bzw. überlebender eingetragener Partner (Hinweis)
4. Bedeutung eines effektiv gelebten Naheverhältnisses für die gesetzliche Erbberechtigung?
5. Gesetzliche Erbberechtigung des Konkubinatspartners?
6. Abschaffung oder Relativierung des Pflichtteilsrechts?

III. Schluss

Materialien und Literatur

I. Einleitung

Das heute geltende Erbrecht des ZGB ist im Wesentlichen 1912 in Kraft getreten. Es ist seither mehrmals revidiert worden, allerdings – im Vergleich mit anderen Rechtsgebieten, insbesondere mit dem Familienrecht – nicht sehr häufig.

* Anlässlich der Hauptversammlung des Bernischen Juristenvereins am 4. November 2005 in Bern gehaltenes Referat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Anmerkungen sind auf ein Minimum beschränkt. Meiner Assistentin Frau Fürsprecherin Isabelle Steiner, lic. iur., danke ich herzlich für die kritische Durchsicht des Textes.

Die *wesentlichen Revisionen* des Erbrechts seit 1912 sind die folgenden¹:

1973 *Gleichstellung des Adoptivkindes mit dem leiblichen Kind*;

1978 *Einführung des vollen und gegenseitigen Erbrechts des ausser-ehelichen Kindes*;

1988 *Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten*:

Die Erbrechtsrevision von 1988 hat gleichzeitig mit der Revision des Rechts der Wirkungen der Ehe im Allgemeinen und des Ehegüterrechts stattgefunden. Dabei ist der gesetzliche Erbanspruch des überlebenden Ehegatten in Konkurrenz mit Nachkommen von einem Viertel auf die Hälfte verdoppelt worden (Art. 462 Ziff. 1 ZGB). Im Gegenzug ist die gesetzliche erbrechtliche Nutzniessung abgeschafft und zugleich das gesetzliche Erbrecht auf die Verwandten des grosselterlichen Stammes beschränkt worden;

1996 *Relativierung der Formvorschriften für die eigenhändige letztwillige Verfügung*:

Seit der Revision des Testamentsrechts muss der Ort der Errichtung nicht mehr angegeben werden (Art. 505 Abs. 1 ZGB). Zudem führen Mängel bei der Angabe des Datums im eigenhändigen Testament nur noch dann zur Ungültigkeit, wenn sich die Angaben nicht auf andere Weise feststellen lassen und das Datum für die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit, der Reihenfolge mehrerer Verfügungen oder einer anderen, die Gültigkeit der Verfügung betreffenden Frage von Bedeutung ist (Art. 520a ZGB);

2002 *Bestimmung der verfügbaren Quote bei Zuwendung der Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB*:

Mit dieser Revision wurde der sog. Achtelsstreit beendet. Sind Ehegatte und Nachkommen vorhanden, beträgt der verfügbare Teil neben der Nutzniessung ein Viertel des Nachlasses (Art. 473 Abs. 2 ZGB).

Insgesamt sind das eher bescheidene und jedenfalls nicht die Fundamente des Erbrechts tangierende Revisionen. Zu dieser Beurteilung führt vor allem der Vergleich mit dem Familienrecht, das – die gesellschaftliche Entwicklung eher aufnehmend – mehrfach in tief

¹ Angegeben ist jeweils das Jahr des Inkrafttretens.

greifender Weise revidiert worden ist. Man denke nur an das neue Eherecht von 1988, an das neue Ehescheidungsrecht von 2000 oder an die hängige Revision des Vormundschaftsrechts.

Die *hohe Beständigkeit des Erbrechts*² muss erstaunen, denn dass sich die Realien der Gesellschaft seit 1912 grundlegend verändert haben, wird niemand bezweifeln wollen. Professor HEINZ HAUSHEER hat denn vor fast 40 Jahren treffend ausgeführt, es stelle eine dauernde Aufgabe dar, das geltende Recht auf seine Auswirkungen hin zu überprüfen. Zum einen führten veränderte Rechtstatsachen dazu, dass bestehendes Recht veraltet und zu Unrecht werde. Zum anderen würden sich die gesellschaftlichen Auffassungen darüber, was als gerecht zu gelten habe, wandeln.³

Diese mit gutem Grund geforderte kontinuierliche Überprüfung des Rechts auf seine Auswirkungen ist nachfolgend hinsichtlich der Grundlagen des Erbrechts vorzunehmen.⁴

II. Überprüfung der Revisionsbedürftigkeit des Erbrechts anhand ausgewählter Bereiche

1. Kreis der erbberechtigten Verwandten

Zum Kreis der von Gesetzes wegen erbberechtigten Verwandten gehören die *Nachkommen* (Art. 457 ZGB), der *elterliche* (Art. 458 ZGB) und der *grosselterliche Stamm* (Art. 459 ZGB). Mit dem Stamm der Grosseltern hört die Erbberechtigung der Verwandten auf (Art. 460 ZGB). Das ZGB folgt dem Prinzip der Erbberechtigung der Familie also nicht unbegrenzt.⁵ Vielmehr sind von den Verwandten

² In der Literatur wird gesagt, das Erbrecht gehöre zu den «politisch verhältnismässig stillen Gewässern»; Erbrecht gilt auch als konservativ. Vgl. DRUEY, § 2 Rz. 11.

³ HAUSHEER, 217.

⁴ Angesichts der Beschränkung auf die Grundlagen wird nicht eingegangen auf darüber hinausgehende, weitere Fragen, welche freilich das Erbrecht auch stark tangieren können, z.B. den Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung oder das gegebenenfalls auch für die Schweiz Folgen nach sich ziehende Grünbuch Erb- und Testamentsrecht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 1. März 2005.

⁵ Es hat sich in dieser Hinsicht von der Auffassung des Erbrechts als *pretium sanguinis* entfernt; vgl. TUOR/SCHNYDER, 558.

nur Kinder, Eltern oder Grosseltern des Erblassers bzw. deren Nachkommen erbberichtig.

Hinterlässt der Erblasser keine erbberechtigten Verwandten, so gelangt der Nachlass ganz an den überlebenden Ehegatten (Art. 462 ZGB). Ist ein solcher nicht vorhanden und liegt auch keine Erbeinsetzung durch eine Verfügung von Todes wegen vor, so fällt die Erbschaft an das Gemeinwesen (Art. 466 ZGB), den «cousin de tout le monde».⁶

Im europäischen Vergleich befindet sich die Schweiz mit der Beschränkung des gesetzlichen Verwandtenerbrechts auf die grosselterliche Parentel im guten Durchschnitt. Auch in England und Tschechien sind die Angehörigen noch bis zur dritten Parentel erbberichtig. In Österreich kommen die Urgrosseltern hinzu, nicht aber deren Abkömmlinge. In Schweden erben in der dritten Parentel noch Onkel und Tanten des Erblassers, aber nicht mehr Cousins und Cousinen. Am engsten ist die Begrenzung des Verwandtenerbrechts in Polen: Dort sind nur Angehörige der ersten und zweiten Parentel erbberichtig; die Grosseltern haben aber bei Bedürftigkeit Unterhaltsansprüche gegenüber den Erben. Weiter gehend als in der Schweiz endet das Verwandtenerbrecht in Frankreich, Italien und den Niederlanden grundsätzlich erst mit der vierten Parentel.⁷ Noch weiter reicht das Verwandtenerbrecht in Deutschland, wo auch die entferntesten Verwandten vor dem Staat rangieren. Eine Einschränkung des Kreises der erbberechtigten Verwandten ist in Deutschland freilich schon wiederholt empfohlen worden.⁸ Dass es bisher dennoch nicht zu einer Revision gekommen ist, dürfte damit zusammenhängen, dass nur in sehr seltenen Fällen ein Erblasser von Angehörigen der vierten oder einer weiteren Parentel beerbt wird;⁹ die praktische Relevanz der in Teilen des deutschen Schrifttums als reformbedürftig empfundenen Regelung ist mithin gering.

Als Fazit ergibt sich, dass hinsichtlich des Verwandtenerbrechts des ZGB aus rechtsvergleichender Sicht *kein Revisionsbedarf* besteht.

6 BK-WEIMAR, N. 2 der Einleitung zum 13. Titel.

7 Vgl. zum Ganzen HENRICH, 372.

8 HENRICH, 372, mit Hinweis auf COING, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Gutachten zum 49. Deutschen Juristentag, 1972, A 73.

9 HENRICH, 371 f.

Eine Ausweitung auf die Urgrosseltern würde die Revision von 1988¹⁰ rückgängig machen und bliebe zudem nach den gemachten Erfahrungen praktisch bedeutungslos. Sie ist auch deshalb nicht angezeigt. Ebenso ist auf der anderen Seite – was bereits der europäische Vergleich deutlich macht – eine Einschränkung der gesetzlichen Erbberichtigung nicht am Platz.

2. Stellung des überlebenden Ehegatten

2.1 Allgemeine europäische Tendenz zur Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten

Seit rund dreissig Jahren sind in vielen europäischen Rechtsordnungen Regelungen zur *Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten* erlassen worden. Diese Tendenz hat mit der Revision von 1988 auch im ZGB ihren Niederschlag gefunden.¹¹

Die Gründe für die Besserstellung des Ehegatten dürften vorab in einem gewandelten allgemeinen Rechtsempfinden auszumachen sein: Herrschte früher die Auffassung vor, dass das Vermögen von einer Generation auf die nächste übergehen solle und in jedem Fall in der Familie zu bleiben habe, so hat heute die Familie zugunsten der Partnerbeziehung an Bedeutung eingebüsst. Es entspricht einem verbreiteten Willen, das Vermögen vorerst dem überlebenden Ehegatten zu überlassen und erst nach dessen Ableben Nachkommen oder andere Verwandte zum Zuge kommen zu lassen.¹² Dieses Anliegen wird auch ausserhalb des gesetzlichen Erbrechts deutlich erkennbar: Aus der notariellen Praxis ist bekannt, dass die Begünstigung des überlebenden Ehegatten das bei weitem wichtigste Motiv zum Abschluss eines Ehe- und Erbvertrages bildet.^{13, 14}

10 Siehe dazu I. hievor.

11 Vgl. dazu schon I. hievor.

12 HENRICH, 372 f.

13 Siehe für die ehgüterrechtliche Begünstigung WOLF, 6, m.w.H. in Anm. 6.

14 Klassische Instrumente zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten bilden die Vorschlags- bzw. Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten gemäss Art. 216 bzw. 241 ZGB, die Pflichtteilssetzung der Nachkommen unter Zuweisung der verfügbaren Quote und die Einräumung der Ehegattennutzniessung gemäss Art. 473 ZGB.

2.2 Art. 462 ZGB: Der überlebende Ehegatte als wichtigster gesetzlicher Erbe

War der Erblasser verheiratet, so ist der ihn überlebende Ehegatte gemäss Art. 462 ZGB heute sein *wichtigster gesetzlicher Erbe*.¹⁵

Für diese Vorzugsstellung führt die seinerzeitige Botschaft neben der bereits erwähnten allgemeinen Tendenz zu einer Priorisierung der Partnerbeziehung gegenüber der Familie¹⁶ vor allem¹⁷ folgende Gründe an:

- Seit dem Erlass des ZGB ist die Lebenserwartung stark angestiegen. Dies hat zur Folge, dass die Kinder ihre Eltern in der Regel zu einem Zeitpunkt beerben, in dem sie selber schon 40–50 Jahre alt sind, also zu einem Zeitpunkt, in dem sie sich bereits eine eigene Existenz aufgebaut haben,¹⁸ mithin der Erbschaft nicht mehr bedürfen.¹⁹
- Die Werte, die heute vererbt werden, stellen in kleinerem Ausmass als früher angestammtes Familienvermögen dar. Stattdessen sind sie häufig vom Erblasser, möglicherweise unter Mitwirkung seines Ehegatten, erschaffen und erspart worden.²⁰

2.3 Im Schrifttum geübte Kritik an der Neuregelung von 1988

Die erbrechtliche Besserstellung des überlebenden Ehegatten ist inzwischen im Schrifttum teilweise auf Kritik gestossen.²¹ Im Ergebnis habe die Revision von 1988 eine *Überdotierung des Ehegatten* gebracht, dies jedenfalls gegenüber den Nachkommen des Erblassers. Überdies werde das, was während der Ehe erwirtschaftet worden sei, bereits durch das Ehegüterrecht abgegolten und sei deshalb nicht auch noch im Erbrecht zu berücksichtigen. Insgesamt sei man zu weit gegangen.²²

¹⁵ Er wird neben Nachkommen des Erblassers Miterbe zu $\frac{1}{2}$, neben den Eltern des Erblassers und deren Deszendenten Miterbe zu $\frac{3}{4}$ und, wenn der Erblasser weder Erben der ersten noch der zweiten Parentel hinterlässt, Alleinerbe (Art. 462 ZGB); vgl. BK-WEIMAR, N. 9 der Einleitung zum 13. Titel.

¹⁶ II.2.1. soeben.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen und mit weiter gehender Begründung Botschaft, 33 ff.

¹⁸ Botschaft, 33 f.

¹⁹ BK-WEIMAR, N. 12 der Einleitung zum 13. Titel.

²⁰ Botschaft, 34.

²¹ So von BK-WEIMAR, N. 16 der Einleitung zum 13. Titel, und WILDISEN, 54 ff.

²² Vgl. BK-WEIMAR, N. 16 f. der Einleitung zum 13. Titel.

2.4 Stellungnahme

Nimmt man ehегüter- und erbrechtliche Ansprüche zusammen, kommt dem überlebenden Ehegatten von Gesetzes wegen tatsächlich eine *sehr starke Stellung* zu.²³ Der nach wie vor bestehende Wille zu einer möglichst weit gehenden rechtsgeschäftlichen Begünstigung des überlebenden Ehegatten dokumentiert aber eine in der Bevölkerung vorhandene *breite Akzeptanz* eines ausgebauten Ehegattenerbrechts.²⁴

Kehrseite der starken erbrechtlichen Stellung des Ehegatten ist freilich die kleinere Erbquote für die Nachkommen und die weiteren Verwandten des Erblassers.

Die starke erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten, der in einer einzigen, langjährigen Ehe mit dem Erblasser verheiratet war, wird von den Nachkommen in aller Regel akzeptiert.²⁵ Anders dürfte dies aber dann sein, wenn sich ein Mann im fortgeschrittenen Alter zum zweiten – oder dritten oder noch weiteren – Mal mit einer wesentlich jüngeren Frau verheiratet. In einem solchen Fall – man hat ihn auch schon als «Heirat von Todes wegen» bezeichnet²⁶ – werden es die Kinder aus einer früheren Ehe als ungerecht empfinden, dass die junge Stiefmutter nach allenfalls bloss kurzer Ehedauer den grössten Teil des Nachlasses erhält.²⁷ Hier könnte durchaus die Frage aufgeworfen werden, ob für solche Fälle nicht eine besondere gesetzliche Regelung eingeführt werden sollte. In Griechenland wurde denn auch in Erwägung gezogen, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten von der Ehedauer abhängig zu machen. Bei einer kurzen Ehedauer würde die Quote gekürzt.²⁸ Die Idee wurde aber bisher nicht realisiert.

²³ In Kombination der erbrechtlichen Ansprüche mit den im ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung bestehenden gesetzlichen güterrechtlichen Ansprüchen erhält der überlebende Ehegatte $\frac{3}{4}$ des Errungenschaftsvermögens und in Konkurrenz mit Nachkommen $\frac{1}{2}$ des übrigen Vermögens des Erblassers. Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 216.

²⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 217.

²⁵ Siehe für die ehегüterrechtliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten PERRIN, 134, Tableau 38; WOLF, 9.

²⁶ BSK-BREITSCHMID, N. 8 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

²⁷ HENRICH, 378.

²⁸ Siehe HENRICH, 379.

Die Ehedauer würde damit – vergleichbar der Regelung für den nahehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB – zum Kriterium für die Bestimmung der Erbquote des überlebenden Ehegatten. Gegenüber dem Vorschlag, das Ehegattenerbrecht von der Ehedauer abhängig zu machen, sind aber m.E. Vorbehalte zu erheben. Gesetzgebung hat sich als generell-abstrakte Normierung grundsätzlich auf die Regelung des Normalfalls und verbreiteter Sondersituationen zu beschränken. Auch das Letztere trifft – zumindest zurzeit – auf eine im Alter eingegangene Zweit-, Dritt- oder Mehrehe nicht zu. Erst wenn sich dies ändern sollte, bestünde Anlass zur Prüfung eines solchen Ansatzes.²⁹

3. Überlebende eingetragene Partnerin bzw. überlebender eingetragener Partner (Hinweis)

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) am 1. Januar 2007 werden überlebende eingetragene Partnerinnen und Partner erbrechtlich Ehegatten grundsätzlich gleichgestellt (vgl. insbesondere die neuen Fassungen von Art. 462 ZGB für das gesetzliche Erbrecht und von Art. 471 Ziff. 3 ZGB für das Pflichtteilsrecht).

4. Bedeutung eines effektiv gelebten Naheverhältnisses für die gesetzliche Erbberechtigung?

Das heutige gesetzliche Erbrecht stellt ausschliesslich auf die *Statusbeziehung* ab. Ob die die Erbberechtigung verleihende Beziehung auch tatsächlich gelebt wird, ist – von den Extremfällen der Erbunwürdigkeit (Art. 540 ZGB) und der Enterbung (Art. 477 ZGB) abgesehen – irrelevant.

²⁹ Bis dahin wird man sich im Falle, dass Ehegatten und nicht gemeinsame Nachkommen vorhanden sind, auf die rechtsgeschäftliche Planung zu verlegen haben. Das setzt freilich – jedenfalls wenn eine vertragliche Regelung angestrebt wird – die entsprechende Bereitschaft auch des sich zum zweiten Mal verheiratenden Elternteils voraus.

Angesichts der zunehmenden Lockerung familienrechtlicher Strukturen sind Vorschläge gemacht und auch schon Regelungen erlassen worden, die den Kreis der Erb- bzw. Pflichtteilsberechtigten flexibilisieren und Erbansprüche von einem effektiv gelebten persönlichen Naheverhältnis zwischen Erblasser und Erbe abhängig machen. Das ist beispielsweise in Österreich der Fall.³⁰

M.E. ist – unter Inkaufnahme der Kategorie der «lachenden Erben», die sich lebzeitig um den Erblasser nie gekümmert haben und diesen dennoch beerben³¹ – von solchen Regelungen *abzusehen*. Denn die Abhängigmachung des gesetzlichen Erbrechts oder Pflichtteilsrechts von einem gelebten Naheverhältnis würde erstens die – schwierige – Definition dieses Verhältnisses voraussetzen. Zweitens würde sie dazu führen, dass gegebenenfalls die Gerichte zu überprüfen hätten, wer den Verlust persönlicher Nähe zu vertreten habe. Zu denken ist diesbezüglich etwa an das Verhältnis zwischen Vater und Kind in der Nachscheidungssituation.³² Im Streitfall müsste mithin *ex post* – nach dem Ableben des Erblassers – eine gerichtliche Beziehungskontrolle durchgeführt werden.³³ Damit würden wir im Erbrecht einführen, was vor kurzem – mit dem Erlass des grundsätzlich verschuldensunabhängig ausgestalteten neuen Scheidungsrechts – mit gutem Grund aus dem Familienrecht weitgehend entfernt worden ist.

³⁰ So kann nach österreichischem Recht seit 1989 der Erblasser die Herabsetzung des Pflichtteils auf die Hälfte anordnen, wo «ein Elternteil und sein Kind zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis [standen], wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht» (§ 773a ABGB; sog. Pflichtteilsminderung). Der Begriff des Naheverhältnisses setzt dabei nicht zwingend einen gemeinsamen Haushalt voraus, sondern in erster Linie eine geistig-ideelle Beziehung, d.h. laufende Anteilnahme am Ergehen des anderen und eine gewisse Dichte persönlicher Kontakte; siehe dazu BSK-BREITSCHMID, N. 4 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB, m.w.H. Im österreichischen Schrifttum wird zudem gefordert, nicht nur das Pflichtteilsrecht, sondern das gesetzliche Erbrecht überhaupt sei von der Beziehungsnähe abhängig zu machen; vgl. FERRARI, 188 f., mit Hinweisen.

³¹ Vgl. dazu TUOR/SCHNYDER, 558.

³² Siehe BSK-BREITSCHMID, N. 4 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

³³ Vgl. auch BREITSCHMID, Erbrecht, 119.

5. Gesetzliche Erbberechtigung des Konkubinatspartners?

Umgekehrt wird derzeit eine rechtspolitische Diskussion darüber geführt, ob eine *Ausdehnung des gesetzlichen Erbrechts auf den Konkubinatspartner* und damit auf einen bloss faktischen, familienrechtlich nicht geordneten Status angebracht sei.³⁴

Mit einer im Nationalrat eingereichten Motion soll der Bundesrat beauftragt werden, den Entwurf eines Gesetzes zu unterbreiten, welches Paaren erlaubt, ihre Lebensgemeinschaft zu registrieren.³⁵ Zur Begründung wird insbesondere die erbrechtliche Rechtslage von Konkubinatspaaren angeführt: «Obwohl gesellschaftlich ein Faktum, erfahren in einer Gemeinschaft zusammenlebende Paare gegenüber Eheleuten rechtliche Defizite. Beispielsweise erbt der überlebende Partner bei Fehlen eines Testaments nichts. Wird ein Testament erstellt, so setzen Pflichtteile von Kindern und Eltern enge Grenzen.»

Dass etwas «gesellschaftlich ein Faktum» ist, genügt freilich für sich allein noch nicht zur Begründung eines Regelungsbedarfes. Zudem würde die Einführung einer gesetzlichen Erbberechtigung des Konkubinatspartners – entsprechend derjenigen des Ehegatten – auf *kaum lösbare praktische und rechtliche Probleme* stossen:

Weil Konkubinate aus ganz unterschiedlichen Gründen eingegangen werden,³⁶ beginnen die Schwierigkeiten bereits bei der Frage, welche Arten von Konkubinate rechtlich überhaupt erfasst werden sollen. Dies ist gerade mit Blick darauf nicht unproblematisch, dass die Einführung eines gesetzlichen Erbrechts dem Willen der Partner vielfach nicht entspricht. Je nach dem konkreten Anlass für die Bevorzugung des Konkubinats gegenüber der Ehe dürfte solches sogar zu vermuten sein.

Weiter müsste, weil «à la carte»-Regelungen der Eigenheit der Gesetzgebung als allgemein-abstrakter Normierung widersprechen, eine gesetzliche Ordnung des Konkubinates für alle Konkubinate

³⁴ Im Weiteren wird auch die Frage der Einführung eines gesetzlichen Erbrechts des Stiefkindes diskutiert. Siehe BSK-BREITSCHEID, N. 5 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

³⁵ Motion 05.3264, Registrierte Lebensgemeinschaft, Schutz der Ehe, Nationalrat Wehrli Reto, eingereicht am 8. Juni 2005.

³⁶ Zu denken ist etwa an Probeehe, Steuerkonkubinate, Alterskonkubinate, freiwillige, nicht freiwillige Konkubinate (z.B. bei Ehehindernissen).

gleich lauten. Eine Berücksichtigung der verschiedenen Motive für das Eingehen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft wäre mithin nicht angebracht und von vornherein kaum praktikabel.

Sollen Konkubinatspaare erbrechtlich effektiv abgesichert werden, würde das die Einführung eines Pflichtteilsrechts für den Konkubinatspartner voraussetzen. Damit bestünde aber für Konkubinatspaare und Ehegatten zumindest dem Grundsatz nach eine identische Regelung. Indessen wollen sich Konkubinatspaare – wie soeben schon angesprochen – den Regelungen des Eherechts zumindest teilweise gerade nicht unterwerfen.³⁷

Der Bundesrat hat am 7. September 2005 zur Motion eine ablehnende Stellungnahme abgegeben. Darin führt er zu Recht aus, das Eherecht erweise sich heute als freiheitlich und lasse weiten Raum für private Gestaltung. Paaren, die sich dennoch nicht zur Ehe entschliessen könnten, sei es zuzumuten, den Gestaltungsspielraum, den ihnen der Gesetzgeber belässt, durch Verträge auszuschöpfen.³⁸ Dem ist vollumfänglich beizustimmen.

6. Abschaffung oder Relativierung des Pflichtteilsrechts?

Die in der Schweiz im Zusammenhang mit dem Revisionsbedarf im Erbrecht am häufigsten diskutierte Frage ist diejenige, ob das Pflichtteilsrecht abgeschafft oder wenigstens relativiert werden soll.³⁹

Das Erbrecht des ZGB trägt unverkennbar starke Züge des germanischrechtlichen Gedankens der Verfangenheit, wonach die Nachfolge von Todes wegen der Verfügung des Erblassers grundsätzlich entzogen sei.⁴⁰ Dementsprechend wird in Art. 471 ZGB ein *relativ weit*

³⁷ Eine schwedische Untersuchung hat denn auch gezeigt, dass sich das rechtspolitische Problem des Konkubinates durch dessen ausdrückliche Regelung nicht lösen lässt; vgl. dazu HEGNAUER/BREITSCHEID, Rz. 2.26, mit Hinweisen. Die Regelung des Konkubinates würde lediglich zu einer Art «Ehe light» führen, die wiederum gegen die Vollehe und die Nichtehe abgegrenzt werden müsste.

³⁸ Stellungnahme des Bundesrates vom 7. September 2005.

³⁹ Vgl. schon vor nunmehr dreissig Jahren SCHAER und in jüngerer Zeit BREITSCHEID, Erbrecht, 113, BREITSCHEID, Gesprächsteilnehmer, KÜNZLE, Gesprächsteilnehmer, BREITSCHEID, Das Erbrecht, 41 ff., und EITEL.

⁴⁰ Vgl. DRUEY, § 6 Rz. 2.

gehendes Pflichtteilsrecht statuiert. So betragen die Pflichtteile beim Vorhandensein des überlebenden Ehegatten und von Nachkommen $\frac{5}{8}$ des Nachlasses (verfügbare Quote: $\frac{3}{8}$) und beim Vorhandensein nur von Nachkommen $\frac{3}{4}$ des Nachlasses (verfügbare Quote: $\frac{1}{4}$).

Trotz eines verstärkten Bewusstseins für die Nachteile jeglicher starren Regelung dürfte allerdings das Pflichtteilsrecht – gleich wie das starke Ehegattenerbrecht⁴¹ – nach wie vor zum breit abgestützten *Konsens weiter Bevölkerungskreise* über die Grundordnung des Erbrechts gehören.⁴² Nicht zu vergessen ist zudem die für die erbrechtliche Ordnung *stabilitätsstiftende Funktion* des Pflichtteilsrechts und damit seine Bedeutung für die Erhaltung des Rechtsfriedens innerhalb des Kreises der Familie.⁴³ Von Gesetzes wegen gewährte vermehrte Freiheit in der Gestaltung der erbrechtlichen Nachfolge dürfte denn auch das erhöhte Risiko mit sich bringen, dass der Erblasser Pressionsversuchen Dritter ausgesetzt würde.

Es bestehen somit gute Gründe dafür, *am Pflichtteilsrecht als solchem* auch inskünftig *festzuhalten*.

Demgegenüber können gewisse *Modifikationen* des Pflichtteilsrechts durchaus in Erwägung gezogen werden. Dabei ist aber m.E. von der Abhängigmachung des Pflichtteilsrechts von materiellen Kriterien wie der gelebten Beziehungsnähe oder der Bedürftigkeit abzusehen. Damit würden – wie schon erwähnt⁴⁴ – unweigerlich Streitigkeiten, die nach gerichtlicher Erledigung rufen, provoziert. Das Abstellen auf die Bedürftigkeit⁴⁵ ist sodann auch deshalb abzulehnen, weil damit unterhalts- bzw. vorsorgerechtliche Aspekte berührt werden, die nicht in das Erbrecht hineingetragen werden sollten.⁴⁶

41 Siehe dazu II.2. hievor.

42 BREITSCHMID, Erbrecht, 115, mit Hinweis auf MK-FRANK, N. 2 zu § 2303 BGB, wo die Charakterisierung von MITTEIS wiedergegeben wird, es sei die Lösung des Pflichtteilsrechts des BGB «lieblos, aber juristisch einfach». Siehe auch KÜNZLE, Gesprächsteilnehmer, 7, wonach niemand ernsthaft die Abschaffung des Pflichtteilsrechts verlangt.

43 Vgl. zutreffend BSK-BREITSCHMID, N. 9 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB.

44 II.4. hievor.

45 Siehe dazu die Darstellung der Situation in Europa bei HENRICH, 380 f.

46 LANGE/KUCHINKE, 33.

Dem Erbrecht kommt keine Vorsorgefunktion zu, sondern es soll das vererbliche Vermögen beim Tod des Erblassers auf seine Erben als neue Rechtsträger überleiten, im

Denkbar sind etwa folgende Modelle:

– *Abstrakte betragsmässige Höchstgrenze des Pflichtteils:*

Diesbezüglich ist der Vorschlag gemacht worden, dass eine Höchstgrenze des Pflichtteils bei einer Million Franken pro erbberechtigte Person einzuführen sei.⁴⁷

– *Herabsetzung der Pflichtteilsquote und damit Erhöhung der verfügbaren Quote:*

Unter diesem Gesichtspunkt wird in erster Linie eine Herabsetzung der Pflichtteilsquote der Nachkommen von heute $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ diskutiert.⁴⁸

– *Koppelung des Pflichtteilsrechts an einen Mindestnachlasswert:*

Eine solche Lösung kann allerdings bereits wieder zu Bewertungsstreitigkeiten führen.⁴⁹

– *Möglichkeit der freien Verfügung innerhalb eines Teils der Pflichtteilsquote und innerhalb des Kreises der Pflichtteilserben:*

Dabei handelt es sich um die sog. *mejora* des spanischen Rechts. Gemäss Art. 808 Código civil kann der Erblasser, der Nachkommen hinterlässt, nur über einen Drittel seines Vermögens frei verfügen. Zwei Drittel stehen den Nachkommen zu, allerdings nur ein Drittel zu gleichen Teilen. Das andere Drittel – die *mejora* (am ehesten zu übersetzen mit *Aufbesserung*) – kann der Erblasser so unter den Nachkommen verteilen, wie er es für richtig hält.⁵⁰ Die spanische *mejora* wäre für die Schweizer Rechtstradition übrigens insofern nicht neu, als bereits EUGEN HUBER anlässlich der Vorarbeiten zum Erlass des

Idealfall auf seine Nachkommen. Die Bedürfnisse der Erben spielen dabei nach gemeinsamen europäischen Vorstellungen – und anders als im angloamerikanischen Pflichtteilsrecht – keine Rolle; so zutreffend BK-WEIMAR, N. 15 der Einleitung zum 13. Titel; a.M. BREITSCHMID, Das Erbrecht, 42. Nur ausnahmsweise, nämlich mit Blick auf den – ausserhalb der Parentelenordnung stehenden – überlebenden Ehegatten, kommen Vorsorgegedanken zum Tragen. So war denn eine erbrechtliche Begünstigung der Witwe zu ihrer Versorgung von Alters her üblich, während sich das eigentliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten in der gemeineuropäischen Tradition erst spät entwickelt hat; vgl. BK-WEIMAR, N. 11 der Einleitung zum 13. Titel.

47 KÜNZLE, Gesprächsteilnehmer, 7.

48 KÜNZLE, Gesprächsteilnehmer, 7. Kritisch zu einer pauschalen Reduktion der Pflichtteilsquoten der Kinder aber EITEL, 78.

49 Vgl. auch BREITSCHMID, Erbrecht, 117.

50 HENRICH, 382. Vgl. auch BREITSCHMID, 116 f.

ZGB im Zweiten Teilentwurf von 1895 ein entsprechendes Institut vorgeschlagen hat.⁵¹

Nach dem Stand der erbrechtlichen Diskussion in der Schweiz dürfte die *mejora* heute mehrheitsfähig sein.⁵² Eine Modifikation des als zu starr empfundenen Pflichtteilsrechts wäre deshalb ernsthaft zu diskutieren, wobei abstrakte Quoten oder Zahlen gegenüber individuellen Massstäben wie der gelebten Beziehungsnähe zu bevorzugen sind.

III. Schluss

Insgesamt darf festgestellt werden, dass *sich das Erbrecht des ZGB* in einem sich wandelnden gesellschaftlichen Umfeld erstaunlich *gut bewährt hat*. Wichtige Postulate wie das gesetzliche Erbrecht des Adoptivkindes und des ausserhehlichen Kindes⁵³ sowie jüngst des eingetragenen Partners⁵⁴ sind realisiert worden. Ein *dringender Revisionsbedarf* der Grundlagen des Erbrechts des ZGB ist *nicht ersichtlich*.

Zu begrüssen wäre nach dem Gesagten aber jedenfalls eine *Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts*. Die damit gewonnene Verfügungsfreiheit könnte u.a. genutzt werden für vermehrte lebzeitige Zuwendungen an Nachkommen zu einem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Existenz noch aufbauen. Sodann würde eine gewisse Lockerung des Pflichtteilsrechts auch dem Unternehmer-Erblasser mehr Spielraum gewähren.

Materialien und Literatur

(Vereinzelte weitere Hinweise finden sich in den Fussnoten)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979 (zitiert: Botschaft, Seitenzahl des Separatdruckes der Botschaft Nr. 79.043)

BREITSCHMID, PETER, Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert, Der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit, in:

51 HUBER, 110. Zum Ganzen EITEL, 84–86, m.w.H.

52 Vgl. KÜNZLE, Gesprächsteilnehmer, und BREITSCHMID, Gesprächsteilnehmer, je 7; EITEL, 86.

53 Dazu I. hievor.

54 Dazu II.3. hievor.

Werner Egli/Kurt Schärer (Hrsg.), Erbe, Erbschaft, Vererbung, Zürich 2005, 35 ff. (zitiert: BREITSCHMID, Das Erbrecht)

BREITSCHMID, PETER, Erbrecht, unter Berücksichtigung insbesondere der Schnittstellen von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Aspekten, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, 109 ff. (zitiert: BREITSCHMID, Erbrecht)

BREITSCHMID, PETER (Gesprächsteilnehmer), Pflichtteile behindern den Erblasser übermässig, plädoyer 4 (2005), 6 ff. (zitiert: BREITSCHMID, Gesprächsteilnehmer)

BREITSCHMID, PETER, Vorbemerkungen vor Art. 467–536 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel 2003 (zitiert: BSK-BREITSCHMID)

DRUEY, JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002

EITEL, PAUL, KMU und Pflichtteilsrecht, in: Jörg Schmid/Daniel Girsberger (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 12, Zürich 2006, 43 ff.

FERRARI, SUSANNE, Familienerbrecht und Testierfreiheit in Österreich, in: Dieter Henrich/Dieter Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht Bd. 7, Bielefeld 2001, 173 ff.

HAUSHEER, HEINZ, Zur Revision des Ehe- und Ehegüterrechts, BJM 1977, 217 ff.

HAUSHEER, HEINZ/AEBI-MÜLLER, REGINA, Familienerbrecht und Testierfreiheit in der Schweiz, in: Dieter Henrich/Dieter Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht Bd. 7, Bielefeld 2001, 213 ff.

HEGNAUER, CYRIL/BREITSCHMID, PETER, Grundriss des Eheerbrechts, 4. Aufl., Bern 2000

HENRICH, DIETER, Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, in: Dieter Henrich/Dieter Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht Bd. 7, Bielefeld 2001, 371 ff.

HUBER, EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zweiter Teilentwurf, Das Erbrecht. Mit Erläuterungen für die Mitglieder der Expertenkommission als Manuskript gedruckt. Bern, im Mai 1895

KÜNZLE, HANS RAINER (Gesprächsteilnehmer), Pflichtteile behindern den Erblasser übermässig, plädoyer 4 (2005) 6 ff. (zitiert: KÜNZLE, Gesprächsteilnehmer)

- LANGE, HEINRICH/KUCHINKE, KURT, *Lehrbuch des Erbrechts*, 5. Aufl., München 2001
- PERRIN, JEAN-FRANÇOIS, *Comparaisons pour la réforme du droit matrimonial*, Lausanne 1985
- SCHAER, WALTER, *Ist das Pflichtteilsrecht ein erhaltenswertes Institut?*, Diss. Zürich 1976
- TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD/SCHMID, JÖRG/RUMO-JUNGO, ALEXANDRA, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl., Zürich 2002 (zitiert: TUOR/SCHNYDER)
- WEIMAR, PETER, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Bd. III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Art. 457–480 ZGB, Bern 2000 (zitiert: BK-WEIMAR)
- WILDISEN, CHRISTOPH, *Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten*, Diss. Freiburg 1997
- WOLF, STEPHAN, *Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten, mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen*, Diss. Bern 1996