



Erbrechtsrevision: Gedanken zum Vorentwurf des EJPD

STEPHAN WOLF*



STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER**



SIBYLLE HOFER***



REGINA AEBI-MÜLLER****

Das Erbrecht soll «modernisiert» werden. Der Bundesrat hat deshalb entsprechende Vorschläge zur Änderung des ZGB in die Vernehmlassung geschickt. Die Autoren haben den Vorentwurf des EJPD näher betrachtet und dazu eine ausführliche Vernehmlassung eingereicht. Sie kritisieren den Vorentwurf in mehrfacher Hinsicht als untauglich: Ganz grundsätzlich hätte es vor der Ausarbeitung der entsprechenden Regelungen einer ernsthaften Auseinandersetzung mit der Frage bedurft, inwiefern im Erbrecht überhaupt Revisionsbedarf bestehe. Nicht nachvollziehbar sei zudem der Verzicht, für die Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs Fachleute aus Lehre und Praxis beizuziehen. In inhaltlicher Hinsicht setze sich der Vorentwurf nur ungenügend mit dem Zweck und der Wirkungsweise des Pflichtteilsrechts sowie mit den verschiedenen Formen faktischen Familienlebens auseinander. Schliesslich würde die bisher im Erbrecht bestehende Rechtssicherheit wegen unbedachter Reformfreudigkeit grundlos preisgegeben.

Le droit successoral doit être « modernisé ». A cet effet, le Conseil fédéral a mis en consultation des propositions de modification du CC en ce sens. Les auteurs ont examiné de près l'avant-projet du DFJP et remis une réponse détaillée à la consultation. Ils critiquent l'avant-projet comme inapte à plusieurs égards. Fondamentalement, la question de la nécessité réelle d'une révision du droit successoral aurait mérité d'être posée avant même l'élaboration des réglementations en question. Les auteurs jugent en outre incompréhensible le choix du Conseil fédéral de se passer de l'avis d'experts issus de la doctrine et de la pratique. Du point de vue du contenu, l'avant-projet n'aborde qu'insuffisamment le but et le fonctionnement de la part réservataire, mais aussi la diversité des formes de vie familiale. Enfin, la sécurité du droit qui prévalait jusque-là en matière de droit successoral a été sacrifiée sur l'autel d'une volonté de réformes irréflectée.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Vorbemerkung
- III. Grundsätzliche Einschätzung
- IV. Einschätzung zu ausgewählten Punkten
 - A. Ad Art. 471 VE ZGB: Reduzierung des Pflichtteils-schutzes
 - B. Ad Art. 484a VE ZGB: Unterhaltsvermächtnis
 - C. Ad Art. 541a VE ZGB: Ausschluss von Vertrauenspersonen von der Erbberechtigung
 - D. Ad Art. 518 Abs. 4 VE ZGB: Aufsicht über die Willensvollstrecker
 - E. Weitere Hinweise
 1. Art. 472 Ziff. 2 VE ZGB
 2. Art. 476 VE ZGB
 3. Art. 494 Abs. 4 VE ZGB
 4. Art. 601a VE ZGB
 5. Art. 617 VE ZGB
 6. Art. 626 Abs. 2 VE ZGB und Art. 522 Abs. 1 VE ZGB
 7. Übergangsrecht
- V. Schlussfolgerungen

I. Ausgangslage

Der Bundesrat ist der Ansicht, die geltenden Normen des Familienrechts seien den heutigen gesellschaftlichen Rea-

* STEPHAN WOLF, Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Professor für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

** STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Professorin für Privatrecht an der Universität Bern.

*** SIBYLLE HOFER, Prof. Dr. iur., Professorin für Rechtsgeschichte und Privatrecht an der Universität Bern.

**** REGINA AEBI-MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Professorin für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern.

Der vorliegende Beitrag enthält im Wesentlichen die von den Verfassern am 17. Juni 2016 eingereichte Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht). Die Vernehmlassung wurde unter massgebender Mitarbeit von Dr. MARTIN EGGEL, Rechtsanwalt, Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, erstellt. Die Ausführungen zur Willensvollstreckung sind von RICCARDO BRAZEROL, MLaw, Rechtsanwalt, Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, entworfen worden.

litäten nicht genügend angepasst. Hierzu gehöre auch das 1912 in Kraft getretene und seither nur punktuell revidierte Erbrecht. Insbesondere die heutigen Vorschriften zur Aufteilung des Nachlassvermögens würden den vielfältigen Lebensformen nicht mehr gerecht, da sie zu unflexibel seien. In seiner Vernehmlassungsvorlage schlägt der Bundesrat deshalb diverse Anpassungen vor.¹

Um die Verfügungsfreiheit des Erblassers zu erhöhen, will der Bundesrat die Pflichtteile senken, wobei der gesetzliche Erbteil Ausgangspunkt für die Berechnung der Pflichtteile bleiben soll. Für Nachkommen des Erblassers soll der Pflichtteil nicht mehr drei Viertel, sondern nur noch die Hälfte des gesetzlichen Erbteils betragen. Während dem überlebenden Ehegatten noch ein Viertel zustünde, würde der Pflichtteil der Eltern komplett abgeschafft. Durch die Erhöhung der disponiblen Quote sollen Lebenspartner oder Stiefkinder stärker begünstigt und die Unternehmensnachfolge freier gestaltet werden können.²

Mit der Absicht, überlebende (unverheiratete) Lebenspartner vor finanziellen Härtefällen zu schützen, soll das sogenannte Unterhaltsvermächtnis eingeführt werden. Hat ein Partner erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht (z.B. durch Pflege oder finanzielle Unterstützung), könnte er damit für seinen Unterhalt eine Forderung an die Erbschaft stellen. Auch Stiefkinder sowie andere Kinder im Haushalt des Erblassers, welche auf seine finanzielle Hilfe angewiesen waren, kämen in den Genuss dieser neuen Rechtsfigur.³

Weiter soll nur noch ein Viertel des Nachlasses an Personen vererbt werden können, welche aufgrund ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser standen (Arzt, Anwalt etc.). Dies wird mit einer Eindämmung des Risikos der Erbschleicherei begründet.⁴

Zur heute geltenden gegenseitigen Informationspflicht der Erben soll die entsprechende Pflicht für Dritte hinzukommen, den Erben alle Informationen im Zusammenhang mit dem Nachlassvermögen des Erblassers mitzuteilen. Der Bundesrat will zudem gesetzlich explizit regeln, dass Ersparnisse aus beruflicher und privater Vorsorge (2. Säule und Säule 3a) nicht zur Erbmasse gehören und folglich ausschliesslich an die vom Gesetz bestimmten Vorsorgebegünstigten auszubezahlen sind. Beträge aus einer Lebensversicherung müsste sich der Empfänger hingegen an seinen Erbteil anrechnen lassen.⁵

Weiter soll beim Nottestament die Notwendigkeit zweier Zeugen entfallen, indem bei unmittelbarer Todesgefahr der letzte Wille per Video (z.B. mit dem Smartphone) aufgezeichnet werden kann.⁶

II. Vorbemerkung

Rechtsetzung – und damit auch Revisionsgesetzgebung – soll Anforderungen an eine rationale Willensbildung und Entscheidungsfindung einhalten.⁷ 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 (*Sachverhaltesstellung*). Der Begleitbericht spricht zwar von einem grundlegenden Wandel in sozio-demographischer Hinsicht,⁸ 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.⁹ Genaue Kenntnis dieser tatsächlichen Ausgangslage wäre aber von grundlegender Bedeutung, um gesetzgeberisch wirkungsvoll und nachhaltig gestaltend tätig werden zu können. 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 und für die jeweils auch ein ganz anderes Regelungsbedürfnis bestehen dürfte.

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 unzureichende Lösung erlassen wurde (*Normanalyse*). Hier sind dem Vorentwurf wie

¹ Medienmitteilung des Bundesrats vom 4. März 2016, Internet: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2016/ref_2016-03-041.html (Abruf 3.10.2016; zit. Medienmitteilung BR).

² Medienmitteilung BR (FN 1).

³ Medienmitteilung BR (FN 1).

⁴ Medienmitteilung BR (FN 1).

⁵ Medienmitteilung BR (FN 1).

⁶ Medienmitteilung BR (FN 1).

⁷ Dazu GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 77.

⁸ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) (zit. Erläuternder Bericht), 5, Internet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/vn-ber-d.pdf> (Abruf 25.10.2016).

⁹ Das zeigt sich auch im Bericht MICHELLE COTTIER, *Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, successio – nota@lex* 2014, 29 ff., 31 ff.

auch dem begleitenden Bericht durchaus entsprechende Ausführungen zu entnehmen. Wünschenswert wäre sicher gewesen, dass die jüngst von den Kollegen THOMAS SUTTER-SOMM und DARIO AMMANN vorgelegte Aufstellung von unzulänglichen Bestimmungen in das Projekt einbezogen worden wäre.¹⁰

Schliesslich ist auch zu reflektieren, ob eine 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*).¹¹ Hier hat das Parlament eine gewisse Stossrichtung vorgegeben, wonach ein Einbezug der Perspektive der faktischen Lebensgemeinschaften in das Gesetz zu prüfen sei.¹² 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 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.

III. Grundsätzliche 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 Unterhaltsvermögens und die Klärung weiterer offener Fragen.¹³ 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 soll, so ist nicht

nachvollziehbar, warum die Begünstigungsmöglichkeit bezüglich gewisser Personengruppen zugleich eingeschränkt wird (Art. 541a VE ZGB).¹⁴ 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.

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 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 oder aber einem Verzicht auf eine entsprechende Normierung –, 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*.

Des Weiteren fehlen stellenweise eine zureichende systematische und begriffliche Durchdringung des erbrechtlichen Stoffes sowie eine Einbettung des Vorentwurfs in die gesamte Zivilrechtsordnung und ein ausreichender Einbezug auch ausserzivilrechtlicher Aspekte. So wird oftmals nicht klar, wie weit sich die Neuerungen in das bisher geltende System und seine Begrifflichkeiten einfügen.¹⁵ Der erläuternde Bericht arbeitet dies nicht oder jedenfalls nur ungenügend heraus. Wenn etwa der Pflichtteil der Ehegatten reduziert wird – namentlich auch mit Blick auf Unternehmerehegatten¹⁶ –, 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.¹⁷ Mit der Reduzierung des Pflichtteilsschutzes des überlebenden Ehegatten wird diese Interessenbewertung völlig unreflektiert aufgehoben. Nicht sachge-

¹⁰ THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2015.

¹¹ 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, 159 ff., 163 f.

¹² Motion 10.3524 «Für ein zeitgemässes Erbrecht» vom 17. Juni 2010, eingereicht von Ständerat Felix Gutzwiller.

¹³ Erläuternder Bericht (FN 8), 21.

¹⁴ Dazu Näheres unten IV.C.

¹⁵ 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, 9 ff., 23.

¹⁶ Erläuternder Bericht (FN 8), 21.

¹⁷ BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 199 N 1, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

recht und systemfremd ist weiter, dass der Unterhalt von Nahestehenden durch Statuierung eines Unterhaltsvermächtnisses über das Erbrecht geregelt werden soll.¹⁸ Abgesehen davon, dass dem Erbrecht bereits grundsätzlich keinerlei Unterhaltsfunktion zukommt,¹⁹ wären diese Probleme ohnehin im Zusammenhang mit oder besser gänzlich über das Sozialversicherungsrecht anzugehen.²⁰ Bei der nachfolgenden Betrachtung im Einzelnen wird sich an weiteren Beispielen zeigen lassen, dass einige Änderungen zu ganz erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen könnten, weil sie mit der bestehenden Systematik oder Begrifflichkeit brechen.²¹ *Damit wird für die Praxis grundlos grosse Rechtsunsicherheit geschaffen.*

Überdies ist festzustellen, dass *gewisse Lösungen 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,²² als die simple Reduzierung der gebundenen Quote. Gleiches ist mit Blick auf die Vermeidung von Erbschleicherei festzuhalten.²³ In beiden Fällen – und auch anderswo – werden bestehende zivilrechtliche Forschungsergebnisse des In- und unmittelbar benachbarten Auslandes unberücksichtigt gelassen. Weiter ist das Unterhaltsvermächtnis in der vorgeschlagenen Gestalt mit grossen Unsicherheiten und Schwierigkeiten behaftet.²⁴ 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 gleichsam Abs. 1 der nämlichen Bestimmung gegenstandslos wird.²⁵

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

IV. Einschätzung zu ausgewählten Punkten

A. Ad Art. 471 VE ZGB: Reduzierung des Pflichtteilsschutzes

Art. 471 VE ZGB

Der Pflichtteil beträgt:

1. für einen Nachkommen die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs;
2. für den überlebenden Ehegatten, die überlebende eingetragene Partnerin oder den überlebenden eingetragenen Partner ein Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs.

Die dem Vorentwurf zugrunde liegende Motion wirkt ausdrücklich darauf hin, dass das gegenwärtige Pflichtteilsrecht verändert wird.²⁶ Mit Blick auf die Vorzüge des Pflichtteilsrechts, die ihm unbestritten zukommen,²⁷ und seine breiter Verankerung in der Bevölkerung²⁸ *sollte hier nur sehr zurückhaltend eingegriffen werden.* Eine allgemeine Reduzierung des Pflichtteils würde zu einer 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.

Gemäss erläuterndem Bericht soll der Handlungsspielraum des Erblassers in zweierlei Hinsicht vergrössert werden: Erstens bei Unternehmen und zweitens bei Realbeziehungen (faktische Lebenspartner und Stiefkinder).²⁹ Für beide Situationen werden in der Lehre durchaus Veränderungen des Pflichtteilsrechts vorgeschlagen, allerdings in erheblich differenzierenderer, zielführenderer Weise, als dies der Vorentwurf tut.

¹⁸ Der erläuternde Bericht (FN 8), 14, macht selber deutlich, dass die Regelung unzureichend bleiben müsse, weil für faktische Lebenspartner das Güterrecht fehle und sich abweichende Steuerfolgen ergeben würden.

¹⁹ Dazu unten IV.B.

²⁰ Zum Ganzen detailliert ebenfalls unten IV.B.

²¹ Vgl. etwa die Ausführungen IV.E. 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.

²² 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 Salza, Köln/Berlin/München 2007) und in Österreich. Zum Ganzen unten IV.A.

²³ Dazu unten IV.C.

²⁴ Dazu im Detail unten IV.B.

²⁵ Dazu unten IV.D.

²⁶ Siehe oben FN 13.

²⁷ Etwa PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.6.2010), *successio – not@lex* 2014, S. 7 ff., S. 17, Ziff. 28; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV: Erbrecht, 1. Teilbd., Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1), 13, m.w.H. insb. auch im Kontext der Beeinflussung des Erblassers unten IV.C.

²⁸ Ebenso der erläuternde Bericht (FN 8), 10, m.H. auf BREITSCHMID (FN 27), Ziff. 34.

²⁹ Erläuternder Bericht (FN 8), 21.

Soll etwa die Übertragung von Unternehmen erleichtert werden,³⁰ so könnte man sich an den Instrumenten des BGBB orientieren³¹ oder im Pflichtteilsrecht zielgerichtet einen diesbezüglichen Freiteil schaffen³². Auch wenn die Motion hier kaum Interpretationsspielraum lässt, sei gleichwohl noch einmal darauf hingewiesen, dass durch eine Reduktion des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten die anlässlich der Revision des Eheerchts 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 eine Übernahme durch einen einzelnen Erben erleichtern würde, ohne die Gleichbehandlung zu tangieren.³³ Ähnlich zielgerichtete Möglichkeiten bestehen auch für faktische Lebensgemeinschaften und Stiefkindsverhältnisse.³⁴

B. Ad Art. 484a VE ZGB: Unterhaltsvermächtnis

Art. 484a VE ZGB

¹Das Gericht kann anordnen, dass einer Person zulasten der Erbschaft ein Unterhaltsvermächtnis ausgerichtet wird, um ihr damit einen angemessenen Lebensunterhalt zu ermöglichen, wenn sie:

1. mit dem Erblasser seit mindestens drei Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hat und erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat;
2. während ihrer Minderjährigkeit mindestens fünf Jahre mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat und vom Erblasser finanzielle Unterstützung erhalten hat, die dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre.

²Die Ausrichtung des Vermächtnisses muss für die Erben namentlich aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe der Erbschaft zumutbar sein.

³Das Vermächtnis wird auf Klage hin festgesetzt. Die Klage ist innerhalb einer Verwirklichungsfrist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt einzureichen, in dem der Kläger vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat.

Mit dem Unterhaltsvermächtnis soll die in der Motion behauptete Ungleichbehandlung von faktischen Lebenspartnerschaftsmodellen gegenüber der Ehe gemin-

dert werden. In der Wahl der Rechtsfigur zeigt sich, dass die Funktion des Erbrechts vom nunmehr tätig werdenden Reformgesetzgeberwohl hauptsächlich in der Sicherung des 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 bzw. des überlebenden eingetragenen Partners – Aufgabe des Erbrechts. Die zunehmende Rezeption dieser falschen Aussage macht sie indes nicht richtiger.³⁵ Das Erbrecht soll schlicht die Überführung von Aktiven und vor allem auch der Passiven beim Tod eines Rechtssubjekts auf einen Rechtsnachfolger bewerkstelligen.³⁶ 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.³⁷ Die Versorgung von Personen wird nicht über das Erbrecht, sondern hauptsächlich über die Vorsorgesysteme (Sozialversicherungsrecht) sichergestellt.³⁸ Insofern hätte man diese wenigstens in die Überlegungen einbeziehen müssen (insbesondere die Witwen- und Waisenrente sowie die berufliche Vorsorge³⁹) und sollte darauf verzichtet werden, eine sachfremde Lösung im Erbrecht zu statuieren. Und falls Versorgung eher mit Unterhalt in Verbindung gebracht wird, so wäre der zutreffende Regelungsort das

³⁵ A.M. etwa der erläuternde Bericht (FN 8), 11; BREITSCHMID (FN 27), 11; PIOTET (FN 31), 65.

³⁶ «Das Erbrecht hat die Funktion, das vererbliche Vermögen des Erblassers im Ausblick 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 anglo-amerikanischen Pflichtteilsrecht) keine Rolle. Nur das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, der traditionell nicht zu den gesetzlichen Erben gehörte, beruht auf dem Versorgungsgedanken.» PETER WEIMAR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erben: Die gesetzlichen Erben. Die Verfügung von Todes wegen, Art. 457–516 ZGB, Bern 2009 (zit. BK-WEIMAR), Einl. vor Art. 457 ff. ZGB N 15. Ebenso WOLF/GENNA, SPR IV/1 (FN 27), 21 und 13, m.H. 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, 320: «Versuchen wir, den gesamten sich für das Erbrecht anbietenden 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.»

³⁷ Erläuternder Bericht (FN 8), 6; vorsichtig COTTIER (FN 9), 42 f.

³⁸ A.M. BREITSCHMID (FN 27), 11, 23 f.

³⁹ Für letztere immerhin unten IV.E.2.

³⁰ Differenzierte Hinweise finden sich bei BALZ HÖSLY/NADIRA FERHAT, Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht, *successio* 2016, 100 ff.

³¹ 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, 57 ff., 70 f.

³² Dazu etwa KLÖTI (FN 22), 152 ff.; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (FN 27), 12 f.

³³ Vgl. etwa LUTZ DIWELL, Reformen im Erb- und Pflichtteilsrecht – Spielräume aus Sicht des Bundesministeriums der Justiz, in: Anne Röthel (Hrsg.) (FN 22), 185 ff., 190.

³⁴ Dazu ebenfalls etwa KLÖTI (FN 22), 152 ff.

Familienrecht: Wie andere Unterhaltsforderungen – etwa diejenigen von ehemaligen Ehegatten –, handelt es sich hier um eine Forderung gegenüber dem Partner. Sollte eine entsprechende Rechtsgestaltung angezeigt erscheinen, hätte sie im Rahmen der Modernisierung des Familienrechts zu erfolgen. Wobei dabei sogleich ein weiterer Widerspruch zutage tritt, werden doch im Familienrecht unter dem Stichwort des «clean break» und dem Vorrang der Eigenversorgungskapazität in der Tendenz naheheliche Unterhaltsansprüche gerade zurückgesetzt bzw. minimiert.

Selbst wenn man die Versorgung von mit dem Erblasser in Realbeziehung stehenden Personen fortan auch über das Erbrecht sichern will,⁴⁰ so müsste man wohl zwingend differenzieren, um was für eine Art der faktischen Gemeinschaft es sich handelt. Wenn der Gesetzgeber sich nicht dazu äussert, so wird jede faktische Lebensgemeinschaft erfasst sein. Wie weit dies sachgerecht ist, kann hier mangels Kenntnis der Sachlage⁴¹ nicht beurteilt werden.⁴² So oder so bleibt das wenig behagliche Ergebnis, dass Gerichte vermehrt in höchst sensiblen persönlichen Bereichen Beweis führen müssten, was im Grunde möglichst zu vermeiden wäre.⁴³

Zu diesen *grundsätzlichen Bedenken* treten *weitere, praktische Schwierigkeiten* hinzu: Mit der Schaffung einer derart offenen Norm entsteht *grosses Streitpotential*. Gerade angesichts der Tatsache, dass erbrechtliche Streitfälle aufgrund der zumeist emotionalen Bindungen unter den Beteiligten die Tendenz haben, zum Flächenbrand zu werden,⁴⁴ sollte es tunlichst vermieden werden, weitere potentielle Konfliktfelder zu schaffen. Nachfolgend seien

einige ausgewählte offene – und damit streitbegünstigende – Einzelfragen angesprochen:

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,⁴⁵ 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.⁴⁶ Bereits rein begrifflich ist das Vermächtnis eine unentgeltliche Zuwendung von Todes wegen; nach dem Vorentwurf wäre das Unterhaltsvermächtnis dagegen im Ergebnis eine entgeltliche Zuwendung.

Die vorgeschlagene kurze dreimonatige Verwirklichungsfrist wird nach feststehender praktischer Erfahrung gerade nicht zum Rechtsfrieden beitragen,⁴⁷ ganz im Gegenteil: Will eine anspruchsberechtigte Person aus Gründen der Pietät während einer gewissen Zeit mit der Geltendmachung einer Unterhaltsforderung zuwarten, so bleibt nicht allzu viel Zeit für Verhandlungen mit den Erben. Sehr rasch dürften beiderseits Anwälte beigezogen werden, womit ein Streit alsbald vor Gericht anhängig gemacht werden wird.

Auch der offene Begriff «zumutbar» (Art. 484a Abs. 2 VE ZGB) bedürfte der Konkretisierung und wird zu Prozessen führen.

Grosse Schwierigkeiten dürften sich schliesslich auch bei der Bemessung stellen. Für die Erben wird zentral sein, dass der Anspruch kapitalisiert werden kann. Wollte man dies ausschliessen, würde das eine Erbteilung wohl für längere Zeit verhindern (was wiederum «unzumutbar» 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 zu im Ein-

⁴⁰ Wohl gemerkt 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, 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.

⁴¹ Es fehlt die Verarbeitung soziologischer Befunde aus rechtlicher Sicht. Dazu bereits oben II.

⁴² Dazu ebenfalls schon oben II.

⁴³ Ebenso beurteilt das der erläuternde Bericht (FN 8), 21. COTTIER (FN 9), 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.

⁴⁴ Siehe etwa PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. A., Zürich 2011, 515; HEINRICH LANGE/KURT KUCHINKE, Erbrecht, Ein Lehrbuch, 5. A., München 2001, 1.

⁴⁵ COTTIER (FN 9), 49.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ So aber das Ziel gemäss erläuterndem Bericht (FN 8), 7.

zelfall unbefriedigenden Ergebnissen führen kann.⁴⁸ Eine einmalige Abfindung anstatt einer Rente ist im Rahmen des nahehelichen Unterhalts die Ausnahme («besondere Umstände», Art. 126 Abs. 2 ZGB)⁴⁹ und sollte deshalb auch nicht ins Erbrecht übernommen werden.

Offen bleiben schliesslich etwa auch die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen, insbesondere bei einer kapitalisierten Abgeltung.

Angesichts der Vielzahl von Konstellationen von faktischen Lebensgemeinschaften kann der Gesetzgeber hier 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.

C. Ad Art. 541a VE ZGB: Ausschluss von Vertrauenspersonen von der Erbberechtigung

Art. 541a VE ZGB

Den Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie ihren Angehörigen kann durch eine Verfügung von Todes wegen insgesamt höchstens ein Viertel der Erbschaft zugewendet werden.

Mit der Aufnahme dieser Bestimmung zeigt sich wiederum die *Konzeptlosigkeit, ja sogar innere Widersprüchlichkeit des Vorentwurfs*: Während mit der vorgesehenen Reduktion der Pflichtteilsquoten⁵⁰ die Verfügungsfreiheit erhöht wird, wird sie hier in materieller Hinsicht eingeschränkt. Zur Verhinderung von Erbschleicherei durch Vertrauenspersonen gibt es weitaus bessere und zielführendere Lösungen, als eine mögliche Erbeinsetzung bestimmter Personengruppen auf $\frac{1}{4}$ zu beschränken. Dieses Problem ist letztlich in den grösseren Kontext der Sicherung der Willensfreiheit des Erblassers, genauer der Verfügungsfreiheit, einzuordnen.⁵¹ Würde man sich dieser Herausforderung annehmen, so würde damit auch ein Beitrag geleistet zur Lösung des künftig wohl zunehmenden Problems des Testierens älterer Personen (Drucksitu-

ationen 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. Im Ergebnis wird damit nicht der Erblasser in seiner Selbstbestimmung geschützt, sondern es werden dies vielmehr allein die gesetzlichen Erben vor für sie ungünstigen Verfügungen von Todes wegen.⁵² 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.⁵³ Im Vordergrund steht dabei die Anpassung von *Formvorschriften*.⁵⁴ 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). Bei Nichteinhalten dieser Form würde die widerlegbare Vermutung gelten, dass der Erblasser die Verfügung nicht selbstbestimmt errichtet hat.⁵⁵ Das stellte für Zuwendungen an Vertrauenspersonen ein adäquateres, den in ihrer Selbstbestimmungsfreiheit potentiell betroffenen Erblassern weitaus gerechter werdendes und auch rechtlich tragfähiges Instrument dar als das im Vorentwurf vorgesehene Verfügungsverbot über ganze drei Viertel der Erbschaft.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regel ist als *viel zu pauschal* und damit als *rechtlich unverhältnismässig* abzulehnen. Will man daran dennoch festhalten, müsste

⁴⁸ 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), 428.

⁴⁹ BSK ZGB I-GLOOR/SPYCHER (FN 17), Art. 126 N 10.

⁵⁰ Dazu bereits oben IV.A.

⁵¹ 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.

⁵² CHRISTANDL (FN 51), § 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.»

⁵³ Dazu ausführlich und im Einzelnen sorgfältig abwägend CHRISTANDL (FN 51), § 6.

⁵⁴ Die Formstrenge im Erbrecht dient der Rechtssicherheit, dem Übereilungsschutz der Parteien sowie der Beweissicherung; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (FN 27), 196.

⁵⁵ Dazu sehr eingehend und überzeugend CHRISTANDL (FN 51), § 6, besonders II.6.

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.⁵⁶ Besonders auch für gewisse karitative Organisationen könnte die Regelung zu Rechtsunsicherheit führen.

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

Art. 518 Abs. 4 VE ZGB

Die Willensvollstrecker sind der Aufsicht des Gerichts unterstellt.

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.⁵⁷ 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 zwar die sachliche Zuständigkeit für das Beschwerde- und Zivilverfahren (wie dies z.B. im Kanton Zürich bereits heute der Fall ist),⁵⁸ sie hat aber keinen Einfluss auf die Verfahrensart. Das aufsichtsrechtliche Beschwerdeverfahren ist ein behördliches Massnahmeverfahren, welches unter den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit fällt.⁵⁹ Für solche Verfahren sieht die schweizerische Zivilprozessordnung das *summarische Verfahren* vor (vgl. Art. 1 lit. b und Art. 248 lit. e ZPO⁶⁰). «Materielle Fragen» (wie z.B. die Absetzung des Willensvollstreckers bei einer dem Erblasser bekannten Interessenkollision) wären hingegen weiterhin in einem kontradiktorischen Zivilverfahren zu

entscheiden.⁶¹ 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. Durch die Revision wird ohne triftige Gründe in die kantonale Gesetzgebungskompetenz eingegriffen und die Justiz wird mit weiteren Aufgaben belastet.

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.⁶² 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.

E. Weitere Hinweise

1. Art. 472 Ziff. 2 VE ZGB

Art. 472 VE ZGB

Der überlebende Ehegatte, die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner verliert seinen oder ihren Pflichtteilsanspruch, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren oder ein Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft hängig ist, das:

1. auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder fortgesetzt wurde;
2. auf Klage hin mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers eingeleitet wurde.

Wie der erläuternde Bericht treffend ausführt,⁶³ 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

⁵⁶ Freilich beschränkt die gegenwärtige Lehre den Begriff «Vertrauensperson» auf natürliche Personen (dazu etwa SUTTER-SOMM/AMMANN [FN 10], 110).

⁵⁷ Erläuternder Bericht (FN 8), 54.

⁵⁸ Vgl. § 139 Abs. 2 des Gesetzes vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG; LS 211.1) des Kantons Zürich.

⁵⁹ BGE 90 II 376, 384 f.; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, Art. 595 N 33, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015.

⁶⁰ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 312a.

⁶¹ BGE 90 II 376, 385.

⁶² BGE 66 II 148, 150; PraxKomm Erbrecht-CHRIST/EICHNER, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Basel 2015 (zit. PraxKomm Erbrecht-Verfasser), Art. 518 ZGB N 1 und 88.

⁶³ Erläuternder Bericht (FN 8), 30 f.

entfallen zu lassen und nicht bereits *ipso iure* die Erbberchtigung.

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).⁶⁴

2. Art. 476 VE ZGB

Art. 476 VE ZGB

¹ Lebensversicherungsansprüche von Dritten, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, werden zum Vermögen hinzugerechnet.

² Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, gehören nicht zur Erbschaft.

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 bei vorzeitigem Rücktritt vom Vertrag ausbezahlen muss.⁶⁵ Bis zum Tod des Versicherungsnehmers ist allein der Rückkaufswert der Wert der Versicherung, denn nur diesen Preis würde ein Dritter bei einem Erwerb bezahlen.⁶⁶ Die Werterhöhung durch 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.⁶⁷

Begrüssenswert ist grundsätzlich, dass das Verhältnis zwischen der gebundenen Selbstvorsorge und dem Erbbercht geklärt werden soll. Hingegen ist höchst fraglich, ob dies in Art. 476 Abs. 2 VE ZGB sachgerecht erfolgt. Die ganz herrschende Lehre geht derzeit mit Recht davon aus, dass das Bank- und Versicherungssparen der Säule 3a erbberchtlich relevant ist.⁶⁸ 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 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 Güterbercht führen. In der jetzigen Fassung würde im Grunde eine Sondererberfolge für diese Mittel geschaffen, gestützt auf eine einfachschriftliche, oft auch nur in den allgemeinen Vertragsbedingungen wiedergegebene Begünstigtenordnung. Das schadet nicht zuletzt der Rechtssicherheit. Unseres Erachtens gehört die Säule 3a nicht nur, wie dies Lehre und Rechtsprechung seit langem einhellig vertreten, in das Güterbercht, sondern auch in die Erbschaft.

3. Art. 494 Abs. 4 VE ZGB

Art. 494 Abs. 4 VE ZGB

Die Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten in einem Ehevertrag oder an die überlebende eingetragene Partnerin oder den überlebenden eingetragenen Partner in einem Vermögensvertrag wird im Erbfall wie ein Erbvertrag behandelt.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ BK-WEIMAR (FN 36), Art. 476 ZGB N 35.

⁶⁶ BK-WEIMAR (FN 36), Art. 476 ZGB N 38.

⁶⁷ BK-WEIMAR (FN 36), Art. 476 ZGB N 39. Das deckt sich auch mit der neueren – und zutreffenden – Auffassung im Privatversicherungsbercht, wonach Gegenleistung im Rahmen eines Versicherungsvertrages nicht die Versicherungssumme sei, sondern die Übernahme des Risikos durch den Versicherer. Dazu etwa STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsbercht, Zürich 2011, N 2.16.

⁶⁸ Anstatt vieler: THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Die Begünstigung in der gebundenen Vorsorgevereinbarung – ein Beitrag zur Relevanz des Erbberchts bei Verträgen zugunsten Dritter von Todes wegen, in: Thomas Geiser [et al.] (Hrsg.), FS Heinz Hausheer, Bern 2002, 511 ff.; mit ausführlichen Literaturhinweisen 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 Erbbercht lehrt – und was nicht!, Jusletter vom 3. März 2014; ALEXANDRA RUMO-JUNGO/LUCIE MAZENAUER, Die Säule 3a als Vorsorgevereinbarung oder Vorsorgeversicherung: ihre unterschiedliche Behandlung im Erbbercht, *successio* 2014, 300 ff., 306 f.; WOLF/GENNA, SPR IV/1 (FN 27), 72 f.; aus der Rechtsprechung Urteil OGer ZH, LB140021, 2.10.2014. A.M. BK-WEIMAR (FN 36), Art. 476 ZGB N 41 ff. und insbes. N 45.

Der Gesetzgeber greift hier in einen Streit betreffend die Abgrenzung der Zuwendungen unter Lebenden von den Zuwendungen von Todes wegen ein:⁶⁹ Durch Gesetzgebung soll eine bestimmte Form der Rechtsgestaltung qualifiziert werden.⁷⁰ Das betrifft die Definition der Zuwendung von Todes wegen: Es müsste fortan als ausreichend gelten, wenn ein Recht durch den Tod des Erblassers entsteht. 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 verkennt, dass es sich bei der Vorschlagszuweisung 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.⁷¹ Eine solche Definition ist letztlich auch nicht Sache des Gesetzgebers.⁷²

Man kann freilich – im Rahmen einer Fiktion – eine solche Rechtsgestaltung gleich behandeln wie eine Zuwendung von Todes wegen. Der Wortlaut von Art. 494 Abs. 4 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 Formfragen aufwerfen will⁷³ – 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.»

Hinzu kommt, dass die Bestimmung in dieser Form kaum von Nutzen sein dürfte, wird doch der zweite grosse Streit darüber, wie die Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen zu berechnen sind, nicht einmal angesprochen.⁷⁴

⁶⁹ Dazu zusammenfassend SUTTER-SOMM/AMMANN (FN 10), 35 ff.; die Auseinandersetzung wird ebenfalls dargestellt von PIOTET (FN 31), 85 f.

⁷⁰ Erläuternder Bericht (FN 8), 27.

⁷¹ 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 (FN 36), Einl. vor Art. 467 ff. ZGB N 106 ff., mit ausführlichen Hinweisen auf die herrschende Lehre; ebenso WOLF/GENNA, SPR IV/1 (FN 27), 143 f.

⁷² So zutreffend BK-WEIMAR (FN 36), Einl. vor Art. 467 ff. ZGB N 109.

⁷³ Dazu WOLF/GENNA, SPR IV/1 (FN 27), 143.

⁷⁴ Dazu mit zahlreichen Verweisen auf die einschlägige Lehre HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienvermögen im Lichte der Schnittstellen von ehelichem Güterrecht, erbrechtlichem

4. Art. 601a VE ZGB

Art. 601a VE ZGB

¹ Wer einen erbrechtlichen Anspruch geltend machen kann, ist nach dem Tod des Erblassers berechtigt, von Rechtsnachfolgern und Dritten, die Vermögenswerte des Erblassers verwaltet, besessen oder erhalten haben, Informationen zu erhalten, die er benötigt, um den Umfang seiner Ansprüche festzustellen.

² Dieses Informationsrecht besteht, solange der Anspruch besteht.

³ Pflichtteilberechtigten Erben kann das Informationsrecht nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden; das Berufsgeheimnis kann Informationsberechtigten nicht entgegengehalten werden.

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

5. Art. 617 VE ZGB

Art. 617 VE ZGB

Die Vermögenswerte sind den Erben zum Verkehrswert anzurechnen, der ihnen im Zeitpunkt der Teilung zukommt.

Hier zeigt sich, dass die Umsetzung einhelliger Lehre und langjähriger Rechtsprechung in das Gesetz⁷⁵ unbeabsichtigte Folgen haben könnte. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 618 Abs. 1 ZGB wird im geltenden Recht unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 617 ZGB – aber anders als bei diesem – eng ausgelegt.⁷⁶ 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 das Beweissystem der Zivilprozessordnung – noch nicht geklärt.⁷⁷ Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 618 Abs. 1 ZGB durch Umformulierung von Art. 617 ZGB könnte mehr Unsicherheit entstehen.

Pflichtteilsrecht und Sozialversicherungsrecht, successio 2010, 62 ff.

⁷⁵ Dazu STEPHAN WOLF/MARTIN EGGEL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-WOLF/EGGEL), Art. 617 ZGB N 5 f. m.w.H.

⁷⁶ Dazu ebenfalls BK-WOLF/EGGEL (FN 75), Art. 618 ZGB N 7; PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (FN 62), Art. 618 ZGB N 2.

⁷⁷ 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.

6. Art. 626 Abs. 2 VE ZGB und Art. 522 Abs. 1 VE ZGB

Art. 626 Abs. 2 VE ZGB

Als Erbvorbezug gelten alle Zuwendungen, die der Ausstattung dienen, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt; vorbehalten bleibt die Bestimmung über die Auslagen des Erblassers für die Erziehung und Ausbildung einzelner Kinder.

Auch zu den Änderungen im Herabsetzungs- und Ausgleichsrecht sind kritische Anmerkungen anzubringen. Insbesondere die sprachliche Veränderung von Art. 626 ZGB dürfte erhebliche 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.

7. 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.

V. Schlussfolgerungen

Nach dem vorstehend Ausgeführten ergeben sich ganz gewichtige Bedenken gegenüber dem Vorentwurf. Es 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 der Vorentwurf und der erläuternde Bericht dies tun.⁷⁸ 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. Ob sich die nunmehr mit dem vorliegenden Vorentwurf geschaffene, schlicht nicht tragfähige Ausgangslage überhaupt noch korrigieren lässt, ist zweifelhaft. Auf jeden Fall bedarf der Vorentwurf einer grundlegenden, aus einer Gesamtschau aller zivilrechtlichen und ausserzivilrechtlichen Aspekte erfolgenden Überarbeitung.

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

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.

⁷⁸ Die Einsetzung einer Expertenkommission wäre tatsächlich angezeigt gewesen. Ebenso SUTTER-SOMM/AMMANN (FN 10), 13. Siehe dazu ebenfalls die identische, treffliche Einschätzung des früheren EJPD-Vorstehers und alt Bundesrates ARNOLD KOLLER, Aus der Werkstatt eines Bundesrates, Bern 2014, 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.»