



UZH, RWI, Lehrstuhl Prof. Dr. iur Peter Breitschmid,  
Rämistrasse 74 / 4, CH-8001 Zürich

---

Bundesamt für Justiz  
zHv Herrn Dr. D. Rüetschi  
Bundesrain 20

3003 Bern

**Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid**  
Ordinarius  
Telefon +41 44 634 48 40  
[peter.breitschmid@rwi.uzh.ch](mailto:peter.breitschmid@rwi.uzh.ch)

Zürich, 6. Juli 2013

**Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“  
zu Händen des Bundesamtes für Justiz  
zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17.06.2010)**

**Inhaltsübersicht**

- A. Auftrag und Vorbemerkungen 1
- B. Wozu Erbrecht? Und wozu das Erbrecht revidieren? 5
- C. Entwicklungslinien hin zum geltenden Erbrecht und aktuelle Entwicklungstendenzen 8
- D. Der internationale Kontext – rechtsvergleichende Bemerkungen 14
- E. Zur Schweizerischen Revisionsagenda 21
- F. Einzelfragen:
  - 1. Der Kreis der gesetzlichen Erben 23
  - 2. Pflichtteile und Umfang von Pflichtteilen 27
  - 3. Individuelle Gestaltung (Nachlassplanung – Pflichtteil als Grenze) 38
  - 4. Die „Transportmittel“ des individuellen erblasserischen Willens (Testament und Erbvertrag) 42
  - 5. Prozessuales und Abwicklungserleichterung 44
  - 6. Steuern 53
  - 7. Sozialversicherungs- und vorsorgerechtliche Bezüge 58
- G. Zusammenfassung und Kurzantworten auf die Expertenfragen 60

Anhang: Übersicht – *Stichworte* zu einer Revisionsdiskussionsagenda (2011)

## A. Auftrag und Vorbemerkungen

1 Mit Schreiben vom 20. Dezember 2012, hier per Mail eingegangen am 2. Januar 2013, haben Sie mir den **Auftrag** erteilt, das „*moderne Erbrecht mit seinen einzelnen Bestandteilen möglichst konkret*“ zu skizzieren, wobei – in nicht abschliessender Auflistung – Interesse insbesondere an der Diskussion der folgenden Punkte bestehe:

- *Pflichtteilsschutz*: In welchem Umfang sind in Zukunft Pflichtteile zu schützen? Wie sind die Schnittstellen zum Ehegüterrecht zu regeln? Besteht auch bei der Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 ZGB) Revisionsbedarf?
- *Gesetzliche Erben*: Es fragt sich, ob der Kreis der gesetzlichen Erben ausgedehnt werden soll, namentlich auf Konkubinatspartner bzw. Personen, die in der Vergangenheit massgebliche Betreuungsleistungen erbracht haben.
- *Erbunwürdigkeit und Pflegeleistungen*: Die Menschen werden immer älter, und es stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Pflegende begünstigt werden können.
- *Erbrecht und 2. Säule*: Wieweit besteht hier ein Koordinationsbedarf?
- *Unternehmererbrecht*: Das Erbrecht ist heute zweigeteilt, indem unterschiedliche Regeln gelten, je nachdem, ob sich ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück im Nachlass befindet. Es gilt zu überlegen, ob für diese Zweiteilung weiterhin Platz ist bzw. wie mit der Forderung nach einer Verallgemeinerung eines Unternehmererbrechts zu verfahren ist.
- *Unterhaltstiftungen*: Wie ist mit Artikel 335 ZGB zu verfahren?
- *Steuerrecht*: Soweit möglich sind auch die engen Bezüge zwischen dem Erbrecht und dem Steuerrecht zu beachten.

2 Die nachstehenden, auftragsgemäss nur skizzenhaften Überlegungen erfolgen weitestgehend ohne „Apparat“ (mit Ausnahme punktueller Hinweise auf einige neuste Publikationen und summarischer Einbettung der Ausführungen in den neueren erbrechtlichen Diskurs). Sie basieren im Wesentlichen auf den Ausführungen des Verfassers in drei Beiträgen, nämlich

- Standort und Zukunft des Erbrechts, *successio* 2009 176 ff.,
- Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert, *successio* 2007 6 ff.,
- Erbrecht – unter Berücksichtigung insbesondere der Schnittstellen von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Aspekten, in: *Gauch/Schmid* (Hrsg.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zürich 2001, 109 ff.,

welche dessen Sicht ebenfalls bereits enthalten. Gesetzgebung war allerdings nicht einmal zur Zeit EUGEN HUBERS Arbeit nur Einzelner. Der Erfolg hängt davon ab, dass die *Community* – und zwar *gleichermassen* der wissenschaftlich mit der Materie Befassten wie jener, welche den vermögensrechtlichen Generationenübergang in der alltäglichen Praxis begleiten – mit Überzeugung hinter den Modellen stehen kann. Diese Modelle müssen in der Vielfalt der Gegebenheiten zu Ergebnissen führt, die „erklärbar“ sind, und zwar selbst für Beteiligte, für welche der Erbgang (nebst Trauer und Umstellung der persönlichen Lebensverhältnisse)

möglicherweise auch wirtschaftlich unbefriedigend erscheint. Wie häufig lässt sich bei einer Vielfalt von Interessen im „Kräfteparallelogramm“ kein Vektor identifizieren, welcher immer die richtige Richtung weisen würde; eher ist darauf hin zu arbeiten, dass im Rahmen einer „Skala“ **passende Werte** eingestellt werden können. Insofern aber ist gesetzgeberische Arbeit kaum visionär, sondern eher „Fein-Tuning“, das „Schräubern“ an Variablen, um optimierte Ergebnisse zu ermöglichen, die sich aber doch immer ins System des geltenden rechtsgeschäftlichen Verkehrs einordnen müssen.

3 Die Überprüfung des status quo bzw. alle Reformüberlegungen haben **praktischen Bedürfnissen** zu dienen: *Respekt vor dem Willen Verstorbener, Schonung der Werte, Vermeidung von Konflikten, Wahrung der Rechte von Folgegenerationen*. Das ist in der Gemeinschaft jener zu diskutieren, die betroffen sind; letztlich sind dies primär die „Generationenebenen“, aber auch die in den verschiedenen Stadien beratend und ggf. auch im „Konfliktmanagement“ Tätigen, insbesondere die im Rahmen notarieller bzw. anwaltlicher Beratung Involvierten, wozu letztlich natürlich auch Vermögensverwalter, Banken, Steuerberater und am Ende gar Bestatter und all jene gehören, die Vorsorgeaufträge i.S.v. Art. 360 ff. ZGB anbieten und dabei auch Finanzielles mitregeln möchten, so wie die persönliche Vorsorge Teil eines auch das „*personal planning*“ einschliessenden „*estate planning*“ ist. Und im Spektrum jener, welche als mögliche Begünstigte in Betracht kommen, sind nebst dem engern persönlichen Umfeld auch weitere Players zu berücksichtigen – die „klassische“ *charity* der „Pro“- Organisationen ist ergänzt worden um eine eigentliche Spendenbewirtschaftungsindustrie, die sinnvolle Bündelung von Anliegen und Professionalisierung ermöglicht, aber auch kostenintensive Struktur darstellt. Wenn „Bewährtes ... zu erhalten – Neuem ... Raum zu schaffen“ ist (HUGUENIN/HILTY [Hrsg.], OR 2020, Zürich 2013, Einleitung vor Art. 1 ff., N 6 a.E.) – was auch hier Maxime sein muss – so wird sich bisweilen auch die Frage stellen, ob der kostenintensive Komplexitätsgrad neu entwickelter Konzepte eher „der Industrie“ oder tatsächlich der Transfererleichterung unter Generationen dient. Ob man je auf die Idee des Binnen-Trust gekommen wäre, wenn das Bundesgericht – der praktisch einmütigen Doktrin folgend – seine im Restriktiven über den Wortlaut von Art. 335 ZGB hinausgehende Praxis mit einem simplen „Federstrich“ etwas nuanciert gehabt hätte (vgl. Rz 41)? Gegebenenfalls könnte mit einigen Sätzen in den Materialien der Revisionsgesetzgebung die *aktuelle* Sicht auf das geltende Recht den *aktuellen* Gegebenheiten durchaus angepasst werden, u.U. sogar, ohne einen allenfalls schleppenden Revisionsverlauf abwarten zu müssen, und ohne, dass eine Revision in allzu feinen Nuancen an Grenzen getrieben werden müsste, die dann – viel detaillierter als der offene Text der noch von HUBER geprägten „Originalteile“ des ZGB – in Zukunft einen viel eingengerteren Umgang mit dem Gesetz erzwingen würden, was seine Bewährung in einem sich wohl eher rascher entwickelnden Umfeld deutlich erschweren würde.

4 Wenn sich denn auch der Verfasser klar dazu bekennt, dass das Erbrecht – im Sinne der *Motion Gutzwiler* – dem Blick des Reformgesetzgebers auszusetzen ist, so bedeutet das in keiner Art, dass „Abriss“ und „Neubau“ im Raume steht. Eher ist – etwa mit den Initianten von „OR 2020“ – ein Ansatz zu verfolgen, der auf „**Aktualitätsgarantie**“, ein „kohärentes Ganzes“ (etwa auch in Abstimmung mit Reformen in andern Bereichen wie Stiefbeziehungen oder die Qualifikation von Beziehungen im Erwachsenenschutzrecht), der Kontrolle

von „*state of the art*“ zielt (s. zu diesen Begriffen die Herausgeber von „OR 2020“, Huguenin/Hilty, Zürich 2013, Einl vor Art. 1 ff.). Sollte das erbrechtliche Projekt dereinst – wie es etwa der eidgenössischen ZPO widerfahren war – von Einzelnen als „unwissenschaftlich“ und „dogmatisch bedeutungslos“ qualifiziert werden, so könnte dies möglicherweise sogar als Hinweis auf Kontinuität und Praktikabilität in gutem Sinne verstanden werden. In einem funktionierenden System ist Gesetzgebung eher unspektakulär und (scheinbar) langweilige Detailarbeit als grossartige Vision. In diesem Sinne sind die nachfolgenden Ausführungen – Skizze statt Vision – einzuordnen.

## B. Wozu Erbrecht? Und wozu das Erbrecht revidieren?

5 Erbrecht ist unweigerlich diskriminierend insofern, als nur ererbt werden kann, was zu Vererben vorhanden ist. Erbrecht ist zwar *Universalsukzession*, was bedeutet, dass alles Vermögen einer verstorbenen Person auf deren Erben übergeht, aber *Universalsukzession* bedeutet (nur) Übergang jeglichen geldwerten Vermögens, der Aktiven sowohl wie der Passiven, weshalb Erbrecht eben nicht die alchemistische Goldader ist, welche alle reich macht, sondern es wird gleichermassen **Wohlstand wie Armut vererbt**. Vielfach wird gesagt, Erbrecht verstärke gesellschaftliche Ungleichheiten (was in einer wirtschaftlichen Betrachtung kaum zutrifft, da nur das vorhandene Vermögen vererbt wird – wenn schon „fusionieren“ Vermögen am Traualtar). Zweifelsohne trifft zu, dass die Kinder wohlhabender Eltern Chancen auf eine teurere Ausbildung haben (wenn sie diese nützen: vielleicht „erben“ sie unternehmerischen Esprit, vielleicht aber auch nur satte Bequemlichkeit), doch liegt es am Schul- und Ausbildungssystem, Chancengleichheit zu ermöglichen, denn Förderung durch Eltern wie Schule und weitere Ausbildung kann auch erfahren, wer **nicht über steuerbilanzierbare assets** (aber über Charakter, Fertigkeiten) verfügt. Es dürfte ein Ding der Unmöglichkeit sein, sämtliche lebenslang erbrachten und empfangenen intergenerationellen (und – unter Gatten, Geschwistern und in sonstigen Beziehungen – auch *intragenerationellen*) Leistungen umfassend zu erheben, zu bewerten und im Zeitpunkt des Erbgangs auszugleichen. Die Bedeutung solcher immaterieller Leistungen kann wohl gar nicht hoch genug gewichtet werden (s. dazu u.a. den Bericht der SAGW zu Generationenbeziehungen: Auf dem Weg zu einer Generationenpolitik, Bern 2010; KOHLI/KÜHNEMUND/SCHÄFER/SCHUPP/VOGEL, Erbschaften und ihr Einfluss auf die Vermögensverteilung, in: Vierteljahresschrift zur Wirtschaftsforschung, 75/2006 58 ff., ALBERTINI/KOHLI/VOGEL, Intergenerational transfers of time and money in European families: common patterns – different regimes, in: Journal of European Social Policy, 2007; 17; 319 ff., LÜSCHER, Intergenerational policy and the study of intergenerational relationships a tentative proposal, in: Intergenerational Relations – European perspectives on family and society, hrsg. Albert/Ferring, Bristol 2013, 65 ff.), doch bezieht sich das Erbrecht schlicht nur auf die Rechtsnachfolge in das zum Zeitpunkt des Todes (noch) vorhandene wirtschaftliche Vermögen einschliesslich gewisserer hinzuzurechnender Werte, aber nicht auf eine Materielles und Immaterielles umfassende biografische Gesamtbilanz. Grosselterliche Enkelbetreuung und auch die Begleitung dementer Eltern sind demnach grundsätzlich unentgeltliche, im Rahmen von Art. 272 ZGB „geschuldete“ Leistungen; dennoch können solche Leistungen jene Schwelle übersteigen, welche die Ehwirkungsrevision mit Art. 165 ZGB definiert hatte, und sie wären diesfalls (vgl. § 2057a BGB) durchaus zu berücksichtigen (Rz\_59). Wieweit der Saldo der vermögensrecht-

lichen Bilanz steuerlich – schon unter Lebenden und/oder auch von Todes wegen – beeinflusst werden kann und soll (einerseits durch entsprechende steuerliche Entlastung und andererseits durch Transferleistungen), birgt eigene Probleme (dazu Rz 56).

6 Dass sich die **Familienformen** und auch die **Beziehungsverläufe** geändert haben, ist bereits seit Jahrzehnten eine häufig beschriebene Selbstverständlichkeit, der sich aber das Erbrecht grundsätzlich (Pflichtteile einerseits, verfügbare Quote andererseits) stets bewusst war, während man „atypische“ Familienverhältnisse seit jeher etwas am Erbrecht vorbei „ausgelagert“ hatte, aber durchaus im Bewusstsein der Existenz alternativer Bedürfnisse (so insbesondere die Begünstigung durch Lebensversicherung am Erbrecht vorbei). – Hier drängt sich allerdings eine „Normalisierung“ auf. Da die gesetzliche Ordnung (um bei der Terminologie zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht zu bleiben) zwar „massgeschneidertes“ Vorgehen ermöglichen sollte, zugleich eine gesetzliche Ordnung immer in gewissem Masse „Standardisierung“ ist, müsste die gesetzliche Erbfolgeordnung jener „Sortimentsbreite“ entsprechen, die heute – um das Bild fortzuentwickeln – in der „Konfektion“ erwartet wird; dies bedeutet schlicht eine gewisse Vielfalt an Stil und Typen, wobei allerdings doch insofern Kohärenz anzustreben ist, als nicht beliebige Stilrichtungen gänzlich kunterbunt durcheinandergewirbelt werden sollten. Das bedeutet nicht amtlich verordneten Einheitsstil, aber doch eine gewisse Ordnungsfunktion der Gesetzgebung, welche in diesem Sinne typisierte Familienstrukturen zu gewährleisten, aber in ihrer Verschiedenheit auch zu unterscheiden, letztlich aber auch (bezüglich ihrer Stellung an sich, unter sich und der Bedeutung der jeweiligen Stellung im jeweiligen Kontext: Quote bzw. Pflichtteilsschutz) zu qualifizieren hat. Letztlich aber hat das ZGB für all jene faire Lösungen anzubieten, die im Gedränge der S-Bahn *oder* im Stau stehen *oder* auf der Alp leben; lediglich kann man nicht gänzlich beliebig zwischen allen denkbaren Lebensverhältnissen „pendeln“, da zwar die menschen- und verfassungsrechtlich geschützte persönliche Freiheit auch Freiheit in der Lebensgestaltung gewährleistet, zugleich aber im Rahmen dieser Freiheit (wie im Vertragsrecht) bindende Verpflichtungen eingegangen werden können, die alsdann vor der Rechtsordnung Bestand haben.

7 Das Erbrecht wird beherrscht von einem relativ fixen **Gleichheitsprinzip** gegenüber Nächsten (Vermutung von Art. 626 Abs. 1 ZGB), und Respekt vor **individualisierendem Erblasserwillen**, der bewusst Ungleichheit schafft (Art. 626 Abs. 2 ZGB; dazu Rz 39). Ungleichheit ist individualisierend, möglicherweise willkürlich, insofern vielleicht auch ungerecht, diskriminierend. Pflichtteile stellen einen Kompromiss zwischen gesetzgeberischen Vorstellungen und individuellen Wünschen (letztlich der Eigentumsfreiheit) dar. Es wird weiterhin möglich sein, dass Scheidungskinder mit guten Beziehungen zu mehreren erwachsenen Bezugsperson mehrfach, andere mit schlechteren Beziehungen nur reduziert (aber eben doch: im Rahmen der Pflichtteile) erben. Diskriminierung (Rz 54) findet nicht im Erbrecht, sondern durch unterschiedliche Steuersätze für gleiche familiäre Beziehungsstufen in den kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzgebungen statt.

### C. Entwicklungslinien hin zum geltenden Erbrecht und aktuelle Entwicklungstendenzen

8 Während im 19. Jahrhundert Landarbeit Handarbeit und Industrialisierung erst im Entstehen war, ist die Industrialisierung zum Massenphänomen geworden; auch Geldverdienen ist bisweilen nicht mehr Stückarbeit, sondern Industrie, und es ist vor allem die Aversion gegenüber den nicht „industriell“ (im Sinne von Art. 206 ZGB) erarbeiteten, sondern den spekulativ erworbenen Vermögen, welche die Weitergabe solcher Vermögen seit dem ausgehenden 20. Jahrhundert zunehmend suspekt erscheinen lässt. Es ist hier nicht Ort und Raum, um auf grundlegende soziologische Erbrechtskritik einzugehen (etwa SZYDLIK, Lebenslange Solidarität? Generationenbeziehungen zwischen erwachsenen Kindern und Eltern, Opladen 2000; STUTZ/BAUER/SCHMUGGE, Erben in der Schweiz, Chur 2007; s. zur Kritik MEINEN Beitrag in *successio* 2007 202 ff.), aber es ist klar, dass das geschilderte Phänomen der Popularität des (Reichen-) Erbrechts wenig förderlich war (und sich der Unmut auch in steuerlichen Begehrlichkeiten manifestiert). Indes *brauchen wir Erbrecht* (dazu zuletzt grundlegend das im September erscheinende Werk von ANATOL DUTTA, *Wozu Erbrecht?*, Tübingen 2013), und es ist nicht von Einzelfällen auf's Ganze zu schliessen. Die in der *soziologischen* Forschung erhobene Kritik, dass durch Erbrecht „*unverdientes*“ Vermögen entstehe (etwa BECKERT, *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts*, Frankfurt/M. 2004), übersieht, dass erworbenes Eigentum beim Tod entweder übergeht oder untergeht. **Erbrecht ist untrennbar mit Eigentum** verbunden, und es bedarf keiner Darlegung, dass im Rahmen der durch die *Motion Gutzwiller* angestossenen Erbrechtsrevision nicht über die Abschaffung des Eigentums zu diskutieren ist – ausser man wollte eine Erbrechtsrevision politisch (und wirtschaftlich) a priori unmöglich machen. Gleichzeitig versteht sich natürlich auch *rechtlich* durchaus, dass nicht jedes Vermögen (bzw. jede Erbschaft) „verdient“ ist – und zwar möglicherweise ohne, dass ein eigentlicher Enterbungsgrund vorliegen muss. Für unterschiedliche wirtschaftliche Verhältnisse sind nämlich u.U. in einem bestimmten Rahmen sachgerechte Lösungsvarianten denkbar, trotz der Bedeutung des Gleichheits- und Gleichbehandlungsprinzips (Rz 7). Insbesondere kann bei (aus *sachlichen* Gründen: *Unternehmen*) besonders strukturierten Vermögen eine besondere Lösung nötig sein (wofür traditionell das landwirtschaftliche Erbrecht steht, das aber im Grunde nur eine besondere Ausprägung einer KMU-Problematik darstellt). Schon hier sei allerdings angemerkt, dass Unternehmensnachfolge nicht dynastisch zu organisieren ist: eine Privilegierung nur um der Abstammung und nicht der Sache willen führt dazu, dass falsche Anreize geschaffen werden: eine Unternehmensnachfolge kann auch über einen MBO laufen, und nach Art. 9 BGGB genießt nur der *geeignete* Selbstbewirtschaftler ein Übernahmeprivileg. Erkenntnisse, wie sie die soziologische Forschung teilweise etwas plakativ und provokativ formuliert, sind längst im erbrechtlichen Alltag umgesetzt.

9 Familienrecht, Sachenrecht und Erbrecht sind verbunden: Eigentum ist zwar in der Ausgestaltung gesetzgeberisch gestaltbar, aber im Grunde so wie die im Familienrecht geregelten zwischenmenschlichen Beziehungen vorrechtlich und überzeitlich vorgegeben. Der **Transfer von Eigentum** auf das Umfeld der verstorbenen Person ist in gleicher Art selbstverständlich, wenn man die irdischen Güter von Verstorbenen nicht als pharaonische Grabbeigaben, als *res nullius* oder *res omnium* betrachtet – neben dem *Common Heritage of Mankind* besteht auch eine Sphäre des Individuellen, Privaten, wozu (auch) vermögenswer-



te Rechte in aller Regel gehören (Ausnahmen könnten allenfalls im Bereich des KGTG [SR 444.1] oder in ähnlichem Kontext bestehen). Und während bei „kleineren“ Nachlässen auch dieser „kleine“ Nachlass für die Empfänger wertvoll ist, so ist andererseits auch bei „grossen“ Nachlässen die Ordnung der Rechtsnachfolge ins erblasserische Beziehungsnetzwerk (von Aktiven *und* Passiven, auch in die weiteren Pflichten gegenüber Kunden, Lieferanten, Mitarbeitenden usw.) unabdingbar. Würde die Kontinuität verbindlicher Rechtszuständigkeit im Todesfall unterbrochen, so hätte das unabsehbare Folgen – umso mehr, als der *Todesfall unplanbar* ist (über den [makabren] Nexus von „geplantem“ Todesfall und Erbrecht wird ohne Zweifel auch einmal – aber nicht hier – zu diskutieren sein ... – längst sind Lebensbeginn und Lebensende „technisch“ und teilweise auch ethisch und rechtlich verfügbar und planbar geworden; mögliche Ergebnisse von NFP 67 werden jedenfalls noch in die erbrechtliche Diskussion einfließen müssen), *oft überraschend* eintritt und auch Erblasser, die sich längst aus dem aktiven Leben zurückgezogen hatten, meist doch noch über den Grossteil ihres Vermögens verfügen, welches erst im Zeitpunkt des Erbgangs und nicht schon unter Lebenden auf die Rechtsnachfolger übergeht. Wollte man daran etwas ändern, so wäre auch das *gesamte Drei-Säulen-Prinzip* der wirtschaftlichen Sicherung im Alter, die auch auf Selbstvorsorge gründet, grundsätzlich zu überdenken, wozu auch deshalb kein Anlass besteht, weil sich die drei Säulen um einer einigermaßen soliden Statik willen gegenseitig bedingen. Insofern ist der häufig zu lesende Satz, dass Erbrecht – anders als in einer Zeit mit höchstens punktuellen Pensionskassen und fehlender AHV – seine Versorgungs- und Unterhaltssicherungsfunktion verloren habe, nur bedingt richtig; höhere Sicherheits- und Lebenshaltungsansprüche bei wohl bald einmal verlängerter Lebensarbeitszeit und gleichzeitiger Mitbeteiligung bei Enkelbetreuung lassen einen „Zustupf“ auch in einer späten Phase des beruflichen Lebenszyklus jedenfalls nicht als zweckwidrig erscheinen. Eine ausgewogene Steuerung von Sparen und Konsum andererseits kann kaum im Rahmen einer Erbrechtsrevision behandelt werden.

10 Dass allerdings Eigentum sozialpflichtig und verantwortlich zu nutzen ist, und wirtschaftliches Wohlergehen Bemessungsgrösse für Steuern ist, gehört ebenfalls zu den Naturgesetzmässigkeiten staatlicher Ordnung. Der moderne Rechts- und Wohlfahrtsstaat ist anders nicht zu finanzieren. Auch die **Rolle des Staates im Erbrecht** ist Teil einer „modernen Rechtsordnung“; man mag nun fragen, was unter einer „modernen Rechtsordnung“ zu verstehen sei – nämlich je das, was im jeweils aktuellen sozio-ökonomischen Kontext als modern galt und gilt. Auch schon das 19. Jahrhundert hatte über „moderne“ Gesetzgebung diskutiert, und es ist daraus um die Jahrhundertwende das ZGB entstanden, kurz nach dem deutschen BGB, das aus der gleichen gesetzgeberischen Periode stammt, ohne kulturell mit dem ZGB identisch zu sein, welches stärker die unterschiedlichen kantonalen Rechtskulturen konkret verarbeitet als die abstraktere Pandektistik kodifiziert hatte.

11 Aber beide **Gesetzgeber des ausgehenden 19. Jahrhunderts** hatten die Frage einer Staatsbeteiligung im Generationenübergang zu diskutieren. Auch darauf kann nicht näher eingegangen werden, aber es ist sowohl für EUGEN HUBER (wie auch schon für WALTHER MUNZINGER, der das schweizerische OR von 1881 konzipiert hatte) nachgewiesen, dass sie sich detailliert mit (erbschafts-) steuerlichen Aspekten bzw. der erbrechtlichen Beteiligung des Staates befasst hatten (s. dazu zuletzt EITEL, Die „Erbrechtliche[n] Studien“ Walther

Munzingers von 1874 – ein Vermächtnis für den Reformgesetzgeber von heute, in: FG Straumann, hrsg. vom Regierungsrat des Kantons Solothurn, Solothurn 2013, 745 ff., 753 f., 756 ff., ferner BREIT-SCHMID, Steuern und Erben – Statt „Steuerung des Erbens“ – zivilistische Gedanken zur Erbschaftsteuer, in: Individuum und Verband, Festgabe Juristentag 2006, Zürich 2006, 527 ff., 533 ff.) – entsprechende aktuelle Überlegungen (die tatsächlich noch vertieftere systematische Betrachtung statt nur populistische Schlagworte erfordern würden) bilden also nicht den heutigen Leviathan in seiner unerschöpflichen Gier ab, sondern sind – wie Eigentum und Vermögensübergang – Teil einer fast naturgesetzlichen Dynamik, die funktioniert und in ihrer *Funktionalität* zu *erhalten* ist.

12 Spricht man im Kontext von Revision von *Erhaltung*, ist auch dies bereits ein Statement. Die **schweizerische Erbrechtsdoktrin** geht *behutsam* vor. Nuancierungen des Pflichtteilsrechts scheinen klar konsensfähig, während ansonsten durchaus auch primär von der Bewahrung des Erbrechts gesprochen wird (STEPHAN WOLF, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV 2007 301 ff.). Da Erbrecht in seinem ersten Teil die Frage nach den gesetzlichen Erben behandelt, ist Erbrecht zwangsläufig mit dem Familienrecht verbunden, und damit verbunden ist entsprechend die Frage, was denn Familie sei. Art. 20 f. ZGB regeln Verwandtschaft und Schwägerschaft; die Bedeutung der letztern ist im breiten Spektrum heutiger Lebensformen sekundär, während anderes weitgehend ungeregelt ist. Die einschlägige Gesetzgebung ist nach wie vor ausgeprägt statusbezogen, was insbesondere auch das Konzept des PartG (SR 211.231) deutlich macht, das zwar von eingetragener Partnerschaft spricht, aber qualitativ und strukturell Ehe zweier Personen gleichen Geschlechts ist. *Ungeregelt* sind die *Nicht-Status-qualifizierten Beziehungen* hetero- oder homosexueller Paare, wobei sich auch hier längst sowohl unverheiratete wie Stief-Elternschaft in Kernbereichen des ZGB manifestieren (s. etwa Art. 298 ff. ZGB, ferner aus der Praxis BGE 138 III 157 sowie generell die Rechtsprechung zu Einstellung bzw. Sistierung des nachehelichen Unterhalts bei stabilem Konkubinat des Berechtigten, Art. 129 Abs. 1 ZGB), weshalb die Berücksichtigung solcher Strukturen auch an andern Stellen des Gesetzes, welche sich mit vergleichbaren Verhältnissen befassen, eigentlich eine Selbstverständlichkeit wäre, da auch mit Bezug auf die Beziehung mehrerer Personen zu Sachen die Berücksichtigung (und Bewältigung) nicht-verwandtschaftlicher Beziehung geboten und möglich ist. Status ist eine (administrative) Erleichterung, aber keine Notwendigkeit. Noch nichts ist damit über die konkrete Ausgestaltung gesagt (letztlich die in den Räten bereits diskutierte – und verworfene – „Gleichstellung“ unverheirateter Paare mit Verheirateten). Es müsste nach meinem Verständnis die „Gleichstellung“ darin bestehen, dass sich das Auge des Gesetzgebers vor faktisch real Existierendem nicht verschliesst, während aber natürlich Gleichstellung im eigentlichen Sinne nur Gleiches betreffen kann, und Ungleiches durchaus ungleich zu behandeln ist, damit Gleichheit – nämlich ein ausgewogenes System – resultiert. Man könnte auch kurz davon sprechen, dass ein *wirkungs- und nicht ein wertungsorientiertes* System zu finden sei: Was im angelsächsischen Bereich *fair provision* – eine ausgewogene Versorgung – ist, orientiert sich an den Wirkungen des Anfalls und nicht ausschliesslich am Status, der hohen, aber nicht absoluten und einzigen Stellenwert hat. Die Diskussion darf dabei nicht überbewertet werden, weil nur zulässige (also nicht pflichtteilsgefährdende) und nur sinnvolle Wirkungen resultieren sollen. Das ist eine Abwägung, die sich in nichts

von der Zusprechung von Schadenersatz oder Genugtuung im Haftpflichtrecht unterscheidet, wie es Gegenstand von BGE 138 III 157 war.

13 Nach diesem Kriterium liessen sich durchaus weitere Nuancierungen ins Auge fassen: Die Frage nach der **Abhängigkeit von erbrechtlicher Versorgung** stellt sich bei langjährigen Beziehungen, bei Beziehungen mit Kindern und generell in lebensprägenden Situationen (wie sie – zwar im Kontext des nahehelichen Unterhalts, aber durchaus typisiert – etwa Art. 125 Abs. 2 ZGB umreisst) verschieden gegenüber kürzeren kinderlosen Beziehungen. Ob diese Beziehungen ehelich oder nicht-ehelich waren, ist dabei nur eines von mehreren Kriterien. Umgekehrt bedeutet dies, dass insbesondere bei unverheirateten Paaren mit Kindern (eigenen Kindern oder engen, sozialpsychisch relevanten Stiefbeziehungen und mit Versorgungsfunktion) ein dringenderes Bedürfnis nach (auch erbrechtlicher) Absicherung bestehen kann als bei Altersheirat zweier Doppelverdiener ohne Kinder und mit je eigener beruflicher Vorsorge.

#### D. Der internationale Kontext – rechtsvergleichende Bemerkungen

14 Angesichts einer tendenziell rascher drehenden Gesetzgebungsmaschinerie könnte man nach dem „*Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*“ fragen. Gerade ein nicht im idealen Ausbauzustand befindliches Wegsystem bedarf indes der strukturierten Entwicklung und (umso mehr) auch eines sorgfältigen Systems der Weg-Weisung. Gesetzgebung hat unterstützende, weg-weisende und ordnungsgebende Funktion, *gerade* auch in einem Gelände, das möglicherweise nicht mehr so übersichtlich ist wie es zu Zeiten tabuisierterer Scheidung und deshalb „kontinuierlicherer“ Status-Beziehungsverläufe scheinen mochte. Diese Arbeit ist zu leisten. Sie findet auch nicht in gänzlich undurchdrungenem Gelände statt (vgl. Rz 16 ff., insb 18 ff.).

15 Gesetzgebung verläuft typischerweise in „Wellen“. Bereits angesprochen wurde die Kodifikationswelle des ausgehenden 19. Jahrhunderts, welche zugleich in den jeweiligen Gebieten eine Unifikationsfunktion hatte – man erinnere sich: Die Einführung eines schweizerischen OR als erster Schritt der Privatrechtsvereinheitlichung diene ganz selbstverständlich Zwecken, wie sie heute von handels erleichternden internationalen Bestrebungen (bis hin zur EU) verfolgt werden. Auch die Entwicklung familiärer Beziehungen und alternativer Lebensformen (eher würde ich von „Zwischenstadien“ und „Varianten“ der individuellen Biographien sprechen) ist nicht ein nationales Phänomen.

16 Entsprechend entwickelt sich nun auf **europäischer Ebene** zunächst ein „*Erbrechts-Verkehrs-Recht*“ in Form der europäischen Erbrechtsverordnung, welche auf eine Vereinheitlichung der Erbfolgezeugnisse tendiert und für die Schweiz im heutigen migrierenden Kontext von gleicher Bedeutung ist wie für die Mitgliedstaaten der Union (s. Rz 49). Wenn auch stets betont wird, dass im zivilrechtlichen Bereich Familie und Erbschaften zu den schwierigsten Teilen einer Harmonisierung gehörten, so ist gleichzeitig auch in diesen Bereichen jenen Belangen Aufmerksamkeit zu schenken, welche nicht die „Gefühlswelt“, sondern schlicht den Rechtsverkehr und die Behördenzusammenarbeit betreffen. Es handelt

sich dabei um jene Rechtsbereiche, die bereits im 19. Jahrhundert primär vereinheitlicht werden mussten und nun – der erhöhten Mobilität der Menschen folgend – in grösserem Raum zu koordinieren sind. Diese Entwicklung war schon immer gespalten – es sei daran erinnert, dass kantonale Partikularismen bezüglich des Geschwisterpflichtteils erst mit der Ehwirkungsreform per 1.1.1988 endgültig eliminiert worden waren. – Teil des erbrechtlichen „Verkehrsrechts“ sind auch die „Transportmittel“ des letzten Willens (Rz 42 f.); die europäische rechtsvergleichende Forschung hat sich – in Fortentwicklung des seit über einem halben Jahrhundert bestehenden Haager Testamentsformübereinkommens – den **Testamentary Formalities** (so der Titel des Bandes *Comparative Succession Law I*, hrsg. von REID/WAAL/ZIMMERMANN, Oxford 2011) angenommen. Und zwangsläufig wird auch **Testamentary Freedom** zum länderübergreifenden Thema werden (ANDERSON/ARROYO I AMAYUELAS, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Groningen 2011; ZIMMERMANN, Hrsg., *Freedom of Testation/Testierfreiheit*, Tübingen 2012), da die persönliche Lebens- und Beziehungsgestaltungsfreiheit eng mit der Eigentums- und Testierfreiheit korreliert; wenn auch darüber in der nächsten halben Generation kein „nomineller Konsens“ erzielt werden wird, so wird die verfügbare Quote doch Kern der Diskussionen bleiben. M.E. steht allerdings auch fest, dass das *Pflichtteilsrecht Bestand* haben wird (zu diesem im Kontext mit der deutschen Revision, Rz 18, insb. aktuelle Arbeiten von RÖTHEL, *Testierfreiheit und Testiermacht*, AcP 2010 32 ff., *Umgehung des Pflichtteilsrechts*, AcP 2012 157 ff., ferner der von ihr edierte Band: *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, Köln 2007).

17 Im Bereich des *materiellen Erbrechts* hat im Zuge der Aufwertung *gleichgeschlechtlicher Beziehungen* zwar keine Harmonisierung stattgefunden, aber es hat sich doch eine **beträchtliche materielle Konvergenz** im Sinne eines Partnerschaftserbrechts ergeben. Die aktuelle politische Diskussion (F, USA) um eine *Homo-„Ehe“* zielt etwas an der Mehrheit der kontinentalen Rechtsordnungen vorbei, da in den USA die nationalen Harmonisierungstendenzen in konservativerem Kontext erst anlaufen, und in Europa zwar Begriffspluralismus besteht (und zugleich möglicherweise eine gewisse Scheu, das im Mehrheitssprachegebrauch noch ziemlich fix konnotierte Wort „Ehe“ umzuwerten, was nicht gesetzgeberisch erzwungen werden kann), aber in der Sache die biologisch zwangsläufig kinderlose Beziehung (bzw. auf Stief-Beziehung beschränkte) im Wesentlichen einer kinderlosen Ehe gleichgestellt ist – ausser eben in Frankreich, das mit dem *pacte civil de solidarité* („Pacs“) zwar früh gleichgeschlechtlichen Partnerschaften einen Rahmen gegeben hatte, aber doch nur in Form einer formalisierten „Konkubinatsgesetzgebung“, welche auch gegengeschlechtlichen Paaren offen steht und bewusstes *aliud* zur Ehe sein sollte. Man mag diese französische Eigentümlichkeit als reaktionär taxieren – ob sie nicht allenfalls in wenigen Jahrzehnten als visionär gelten könnte, weil sie die Auflöslichkeit familienrechtlicher Beziehungen zum Standard macht, bleibe hier dahingestellt. Es ist denn ja auch nur ein „zeitgemässes“ Erbrecht zu entwickeln, was impliziert, dass es nach dieser Zeit erneut der Zeit anzupassen sein wird.

18 Zwangsläufig hatte die Einfügung gleichgeschlechtlicher PartnerInnen ins erbrechtliche System Diskussionen und Revisionsüberlegungen bezüglich des Kreises der gesetzlichen Erben wie auch der Pflichtteilsberechtigten in **praktisch allen umliegenden** bzw. in ihrer **Rechtskultur und im sozioökonomischen Kontext vergleichbaren Ländern** ausgelöst, allerdings je ausgehend von den unterschiedlichen nationalen Ausgangspunkten. So

war die **französische** Erbrechtsreform von 2002 zwar aus französischer Sicht bedeutend (da erstmals der überlebende Ehegatte überhaupt *Erbenstellung* erhalten hat), ebenso jene von 2007 (welche erst Ansätze für Erbverträge enthält, zudem u.a. relevante Schutznormen für jene, welche eine Erbschaft ohne weiteres antreten: s. Art. 786 cc fr), während die Reform in **Deutschland** von 2010 deutlich breiter angedacht war, als sie dann umgesetzt worden ist; immerhin haben die Vorbereitungsarbeiten (ANNE RÖTHEL, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäss? Gutachten A zum 68. DJT, München 2010) nach wie vor nicht auf das deutsche Recht beschränkte Bedeutung (so etwa, wenn vorgeschlagen war, auch pflegenden *Schwiegerkindern* eine Abgeltung für Pflegeleistungen i.S.v. § 2057a BGB zukommen zu lassen, sowie insbesondere in der Entwicklung des Pflichtteilsrechts). Revisionen in **Österreich und Liechtenstein** gehen – wie auch Deutschland – ebenfalls von einem andern Modell des Zusammenspiels von Güter- und Erbrecht aus, zeigen aber die Notwendigkeit gesetzgeberischen Reflektierens. **Osteuropa** hat seine Erbrechte, die auch unter kommunistischer Herrschaft – wenn auch nur für bescheidene Privatvermögen – Bestand gehabt hatten, punktuell reformiert, wobei dort (auch wegen der anderen sprachlichen Ausrichtung) gerade in Abwicklungsbelangen eine starke Orientierung am *common law* feststellbar ist, da nach der Implosion der DDR die heutige Generation weniger an der Entwicklung etwa des deutschen BGB interessiert und sprachlich stärker zum angelsächsischen Rechtskreis in ausgerichtet ist. Im **Common law**-Bereich seinerseits sind verschiedene, teilweise weit ausholende Revisionen angedacht (s. etwa den „Report on Succession“ der *Scottish Law Commission* von 2009, dort *part 4* zur *Cohabitation*; sodann etwa das Papier des „dca“ [Department for Constitutional Affairs] zu *Administration of Estates – Review of the Statutory Legacy; A review of the amount of the lump sum payable to a surviving spouse on the distribution of an intestate person’s estate, Consultation Paper 11/05, 07 June 2005*, das sich zentral mit der Frage befasst, wie die angesichts – regional zudem sehr verschieden – gestiegener Liegenschaftswerte massiv erschwerte Übernahme der gemeinsam bewohnten Liegenschaft gewährleistet werden könne), die indes vor allem die Notwendigkeit zu laufendem Überdenken familienbezogenen Rechts als durchweg unmittelbaren Input für die schweizerische Rechtsentwicklung abbilden; die *eigenständige Denkweise der angelsächsischen Welt* bleibt indes ungemein reichhaltig, lediglich ist bei der Rezeption der unterschiedliche(re) Kontext zu bedenken und entsprechend erhöhter Verifikationsbedarf gegeben (s. det. zu den – gleichlaufenden! – Testiergewohnheiten einerseits und den Eigentümlichkeiten der Familienbeteiligung im englischen Erbrecht aktuell RÖTHEL, Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht, *RabelsZ* 2012 131 ff.).

19 Müsste man einen **allgemeinen Trend** umreissen, so würde er sich weitestgehend mit den hier zu beantwortenden Expertenfragen (Rz 1) decken. Weiterhin steht die Stellung *überlebender Ehegatten* (bzgl. Art. 473 ZGB kann geradezu von einer *Passion des semper reformanda* gesprochen werden; Rz 36), aber zunehmend auch die Erbberechtigung aufgrund (bloss) sozialer Beziehungen (Konkubinat, Stiefverhältnisse) im Vordergrund; das ist zwangsläufig mit einer „Verteilungsdiskussion“ verbunden, wobei hier gerechte Entscheide nicht einfach sind, wobei die *gemeinsame Wohnung* – als persönlicher Raum – unabhängig vom Beziehungsstatus immer auch Teil der Biografie eines überlebenden ist (wobei hier einmal mehr die HUBERSche Gesetzgebungstechnik Erwähnung verdient: Art. 611 Abs. 2 ZGB erlaubt die Berücksichtigung „der persönlichen Verhältnisse“ bei Teilung/Zuweisung, was situativ finanzierbare Lösungen bereits vor Art. 612a ZGB und über den Status hinaus

ermöglicht hätte, etwa auch bei Unternehmensnachfolgen, Rz 28, 55, indem „Eignung“ ein persönliche Eigenschaft und damit taugliche Rechtfertigung einer *attribution préférentielle* ist). *Betragliche Grenzwerte* sind relativ (vgl. soeben zum *englischen* Recht Rz 18); das *dänische* Recht etwa hat – bei nicht wesentlich abweichender Kaufkraft – eine Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten dadurch erreicht, dass es bei gleichbleibendem Pflichtteil von Nachkommen diesen Pflichtteil wertmässig plafoniert hat, und zwar bei einem CHF 100'000 nur geringfügig übersteigenden Betrag. Man kann mit Blick auf den durchschnittlich biografisch späteren (bis späten) Vermögensanfall aus Erbrecht zwar einwenden, dieser sei ohnehin überflüssig; indes bedeutet ein Aufschub bis nach dem Tod des zweitversterbenden Elternteils in manchen Fällen (die Nicht-Teilung kann für schweizerische Verhältnisse doch vielfach geradezu als „Standardvariante“ betrachtet werden) eine noch spätere Überleitung unter den Generationen, was dort, wo die Mittel nicht der laufenden Versorgung dienen, zu einer „Immobilisierung“ beträchtlicher Vermögenswerte führt (vgl. Rz 32). Fixe Grenzbeträge, die auch bei grossen Vermögen nur „Pflichtteilchen“ vorsehen, welche den Eigenfinanzierungsanteil für (normalen) Wohnraumerwerb zum vornherein nicht erreichen, erachte ich als unfair, obwohl mir „Limiten“ durchaus vernünftig scheinen (Rz 31, 35).

20 Persönlich scheinen mir für die weitere Diskussion im schweizerischen Kontext wichtige Details etwa die **Pflichtteilsstundung** (§ 2331a BGB, eine für die Schweiz im Güterrecht vertraute und problemlos auf's Erbrecht übertragbare Konzeption, vgl. die im Katalog von Art. 271 lit. g ZPO genannten eherechtlichen Zahlungsaufschubsnormen), die Verknüpfung von Erbrecht mit **gelebter Beziehung** (§ 773a ABGB) oder mit einem **Bedürfnisnachweis** seitens entfernterer Vorfahren, insbesondere, wenn zuvor unentgeltliche Zuwendungen in umgekehrter Richtung erfolgt waren (s. die Idee hierzu etwa in Art. 757-3 cc fr). Die Übernahme solcher „Detailanpassungen“ und ihre Integration ins System des ZGB dürfte leichter fallen als grundsätzliche konzeptionelle Anpassungen, wie sie etwa mit einer Aufgabe des Pflichtteilskonzepts (und dem Übergang zu einem rechtskulturell nicht verwurzelten, aber systemisch dann unverzichtbaren Modell wie der „fair provision“) verbunden wären. Selbstverständlich wäre vertiefter über die Bewährung und Details entsprechender Regeln nachzudenken, die im momentanen Stadium eher einmal die Diskussion um Qualitätsgewinn an Schnittstellen anregen denn als „Empfehlungen“ verstanden werden sollen. So ist etwa § 773a ABGB in erster Linie eine Norm, welche nicht eheliche Kinder diskriminiert, die sich einer Diskussion zu stellen haben, ob die nicht gelebte Beziehung ihnen oder dem Elternteil anzulasten sei; andererseits versteht sich, dass die mit dem Konzept eines gesetzlichen Erbrechts verbundene „Vermutung normaler Beziehungen“ widerlegbar ist, einerseits im Sinne zusätzlicher Begünstigung oder eben einer (Teil-)Enterbung (s. Rz 37). Insofern deckt sich die Sicht mit dem angelsächsischen Denken, das explizit festhält (so das Papier des „dca“, zit Rz 18), „*the aim ... [is] to reflect what would probably have been the wishes of the average person dying without a will, had he or she made a will.*“

## E. Zur Schweizerischen Revisionsagenda

21 Die „Botschaft“, welche das Parlament im Zuge der *Motion Gutzwiller* ausgesendet hat, ist etwas widersprüchlich. Einerseits wurde die „Gleichstellung“ von Konkubinats- mit Ehepaaren (wohl zu Recht) explizit verworfen, aber doch die **Revisionsbedürftigkeit im Grundsatz statuiert** und ein entsprechend offener Denkraum formuliert. Persönlich hatte ich die *Motion Gutzwiller* schon von Beginn weg so verstanden, dass eine erbrechtliche Beteiligung für Nicht-Status-Beziehungen *geprüft* werden solle, ohne dass eben das, was *nicht* Ehe und damit *aliud* zur Ehe ist, mit der Ehe schlechthin gleichzusetzen gewesen wäre. Davon ausgehend hat eine Überprüfung des gesetzlichen Erbrechts und des Pflichtteilsrechts wie auch der jeweiligen Quoten trotz der „parlamentarischen Amputation“ der Motion nicht bloss den bisherigen Katalog der Berechtigten einzubeziehen. Ein solches Vorgehen wäre auch deshalb falsch, weil das Konkubinat im Familienrecht – möglicherweise nur klandestin und natürlich nicht mit diesem Begriff – bereits geregelt ist: Es betrifft dies (i) im wesentlichen die elterliche Sorge, wo bei gemeinsamer elterlicher Sorge unverheirateter Eltern bezüglich der Beziehungs- und Erziehungslasten selbst in Stiefbeziehungen eine der Ehe vergleichbare Einbusse an Eigenversorgungskapazität (mit entsprechendem Unterhaltssicherungsbedarf namentlich bei biografisch frühem Hinschied des überwiegend wirtschaftlich verantwortlichen Partners) resultieren kann, die typischerweise durch individuelle (testamentarische und/oder versicherungstechnische) Vorsorge meist nur unzulänglich abgesichert ist. Eine andere relevante Lücke ergibt sich (ii) dort, wo die Hausgemeinschaft bzw. die persönliche laufende Leistung von Beistand (i.S.v. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) ebenfalls zu einer derart intensiven Beziehung geführt hat, dass man – wären die Verhältnisse nach den Kriterien von Art. 125 ZGB bezüglich nahehelichem Unterhalt zu würdigen – eine Nachbeziehungsrente geschuldet wäre. Liegt eine Situation vor, in welcher nicht (mehr) verheiratete Personen zu solidarischen Leistungen verpflichtet sind, kann eine solche Leistung unter (stets) unverheirateten Personen nicht nur nicht ungerechtfertigt sein, sondern ist als geradezu sittlich geschuldet zu qualifizieren. Überlegungen im Blick auf eine **erbrechtliche Beteiligung in Naheverhältnissen ohne Statusqualität** drängen sich deshalb auf.

22 Ebenso sind die Folgen der **demografischen Entwicklung** (erhöhte Lebenserwartung, allerdings verbunden mit meist auch „nach hinten“ verschobener Familienphase) auf die wirtschaftlichen Beziehungen unter den Generationen (und insbesondere den Zeitpunkt von Vermögenszuflüssen) zu erwägen. Der Punkt ist allerdings mindestens so bedeutend mit Blick auf *erschwerte Anpassung der Nachlassplanung* an veränderte Gegebenheiten bei langlebenden, aber zunehmend in ihrer Handlungsfähigkeit beeinträchtigten ErblasserInnen als nur bezüglich des biografisch späteren Vermögensanfalls: Ausbildungsunterhaltslasten fallen trotz späterem Erbschaftserwerb angesichts späterer Familiengründung, verlängerter Ausbildungsdauer der Kinder-/Enkelgeneration und höherer Bedeutung des Mündigenunterhalts tendenziell durchaus noch in einem Zeitpunkt an, der erbrechtlichen Vermögenszuwachs willkommen scheinen lässt. Gleiches gilt für Umschulungsphasen oder sabbaticals im Laufe möglicherweise länger werdender beruflicher Biografien. Angesichts generell höherer Ansprüche an die Lebensqualität (und – neben beruflicher [Zwangs-]Vorsorge – nur beschränkter Sparquote) erscheint erbrechtlicher Erwerb immer auch im Blick auf die eigene

Alterssicherung – wie seit jeher – weiterhin nicht einfach „überholt“ (vgl. Rz 58 zu sozial/vorsorgerechtlichen Bezügen). Erneut ist (mit DUTTA, s. Rz 8) die zwar nuancierte, aber im Wesentlichen *unverändert fortbestehende Bedeutung des Erbrechts* zu betonen.

## F. Einzelfragen:

### 1. Der Kreis der gesetzlichen Erben

23 Die **geltende Ordnung** des Kreises der gesetzlichen Erben scheint weitestgehend unbestritten: **Verwandtschaft** ist bei *Fehlen individueller Anordnungen* ein sachliches, den durchschnittlichen Vorstellungen der Bevölkerung wie auch dem Testierverhalten, soweit es Rückschlüsse auf die Beziehung zu den Statusangehörigen zulässt, nach wie vor entsprechendes Kriterium. In der mobilen Gesellschaft und in einer längeren Biografie (oder in früheren Phasen einer noch nicht status-fixierten Biografie) nehmen aber die Anknüpfungspunkte zu – auch Verwandten-Erbrecht ist ein Erbrecht im Kreis gelebter Beziehungen, nur deshalb hat sich diese Ordnung eingelebt, und das von TACITUS beschriebene *nullum testamentum* der barbarischen germanischen Völker, welche zum Erstaunen der Römer ohne individuelle testamentarische Ordnung existierten und so ihre Vermögensnachfolge „organisiert“ hatten, war nichts anderes als Abbildung dieses (schon mangels Mobilität) auf das verwandtschaftliche Umfeld im germanischen Dorf fixierten, geschlossenen Vermögenskreislaufs. Das hat sich geändert. Das relevante Netzwerk geht heute in manchen Fällen über Verwandtschaft hinaus und umfasst auch **Beziehungen**. Gelegentlich mögen das „*vorverwandtschaftliche*“ Stadien sein, in manchen Fällen sind es zweifelsohne bewusst *nichtverwandtschaftliche*, die sich aber in ihrer Qualität deshalb nicht von verwandtschaftlichen zu unterscheiden brauchen: die Frage, ob eine Beziehung welcher Art auch immer qualitativ eine „Dichte“ erreicht hat, welche vermögensrechtliche Beteiligung im Todesfall rechtfertigt, wäre im Grunde in jedem Fall individuell zu beurteilen, Status-Verhältnisse sind i.S.v. Art. 9 ZGB beweisbar und profitieren deshalb von einer Vermutung, der bislang höchstens Art. 540 ZGB entgegen steht. Nicht-Status-Verhältnisse sind – beweisbare explizite vertragliche Ordnung vorbehalten (insoweit es nur um „Beziehung“ geht, ist keine Erbvertragsform und damit ohnehin keinerlei Form erforderlich, ausser selbstverständlich der Beweisbarkeit) – bleiben demgegenüber hinsichtlich Bestand wie ggf. auch der Beziehungsdichte einer bestehenden Beziehung weniger fassbar.

24 Die vorstehenden Überlegungen (Rz 23, ferner 12) machen allerdings deutlich, dass **Statusbeziehungen nicht die einzigen Beziehung** sind, welche rechtlichen Schutz verdienen. Das bedeutet allerdings *in keiner Weise, dass Statusbeziehungen einen andern oder geringeren Schutz verdienen würden, als sie ihn heute geniessen*. Indes sind sowohl „förmlich“ geschlossene Verträge (öffentliche Beurkundung, Eheversprechen vor Zivilstandsbehörde) wie auch faktische Rechtsgeschäfte (entweder „quasivertraglich“ im Sinne einer nicht gültigen Ehe oder schlicht als familienrechtlicher Innominatvertrag) um der Rechtssicherheit willen – in ihrer je unterschiedlichen Ausprägung – zu respektieren; ein Konkubinat *ist* ein Konkubinat und nicht Nichts, und gleiches gilt für jene Stiefverhältnisse, die sich u.U. stärker qualifizieren als die „blosse“ Statusabstammung (vgl. Art. 299 ZGB). Momentan ist die (erb-)

rechtliche Diskriminierung solcher Beziehungen eine doppelte insofern, als das Gesetz das Thema ignoriert (u.a. mit dem durchaus näher zu prüfenden Argument, es lasse sich die Beziehung nicht objektiv feststellen; dazu Rz 25) *und* zudem auch im Falle einer tief gestörten Status-Beziehung die „Prämie“ ausgerichtet wird, wenn nicht geradezu eine Enterbung erfolgt ist und zudem die entsprechenden (hohen) Voraussetzungen vorliegen. Zu dieser zweifachen zivilrechtlichen kommt noch die erbschaftssteuerliche Diskriminierung, der gelegentlich die Steuerersparnis von Konkubinatspaaren entgegengehalten wird, wovon aber nur Steuersparkonkubinate von bewusst rechtsgeschäftsplanerisch Agierenden profitieren, während jüngere Paare, selbst solche mit Kindern, in jeder Hinsicht durch die Maschen des Netzes fallen. Elementare Versorgungsaspekte, wie sie etwa auch den Reformgedanken zu Art. 295 ZGB zugrunde liegen (dazu RUMO-JUNGO/HOTZ, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt, FamPra 2013 1 ff.) unterstreichen die „**Unterhaltsnähe**“ solcher Überlegungen zu einer erbrechtlichen Beteiligung auch unverheirateter Paare.

25 Eine *Beschränkung nur auf Paare mit Kindern wäre allerdings unzulänglich*, da in diesen Fällen das Bewusstsein für die Notwendigkeit einer individuellen Regelung tendenziell etwas höher sein mag. Das grundlegende Problem liegt indes darin, dass gerade auch bei **Paaren mit kaum nennenswertem Vermögen** (und damit typischerweise gänzlich fehlendem Verständnis für einschlägige Überlegungen oder gar Beratung) etwa die Frage, wer **Hausrat** übernehmen darf und bezüglich der Kündigung des Mietverhältnisses zuständig ist, zu einer gänzlich ungerechtfertigten „Isolierung“ des Wohnpartners und *zugleich* zu einem doppelten Handicap für die Status-Verwandten führt, welche einerseits Haftungsrisiken tragen und sich zugleich dem Risiko hochgradiger Unfreundlichkeit gegenüber Partnerin oder Partner aussetzen. Dass „Heirat die Dinge vereinfacht“ hätte, mag zutreffen, nur ist eben Fakt, dass Beziehung ohne Ehe möglich ist, und dem hat sich die Rechtsordnung zu stellen. Im Kontext mit Kindern ist allerdings auch über ein **gesetzliches Erbrecht von Stiefkindern** nachzudenken: Entweder bildet ein solches Erbrecht die sozialpsychische Elternstellung ab, oder es haben in Patchwork-Situation Stiefeltern untereinander geerbt (unter bewusstem, evtl. gesetzlichem [dazu Rz 18, 35], oder unbewusstem Ausschluss der Stiefkinder [unterbliebene Teilung]), was eine Beteiligung im Nachlass des nachverstorbenen Stiefelternanteils rechtfertigen kann.

26 Da das schweizerische Verwandtenerbrecht innerhalb der einzelnen Beziehungsebenen fixe Quoten vorsieht (und nicht etwa nach Beziehungsdauer oder Kinderzahl differenziert), liesse sich für **Nicht-Status-Beziehungen ohne weiteres ein gesetzliches Erbrecht im Umfang von z.B. der Hälfte, zwei Dritteln oder drei Vierteln des jeweiligen Ehegattenanteils** festschreiben (analog wäre dann auch eine steuerliche Belastung zu stiften, Rz 54). Zu prüfen wäre alsdann – nach den aus dem Haftpflicht- (Versorgerschaden) bzw. nahehelichen Unterhaltsrecht (Rz 13, 37) bekannten Kriterien, ob eine im Sinne dieser Kriterien gefestigte Beziehung vorliegt. Dies ist – in streitigen Fällen – mit einem gewissen Aufwand verbunden, der allerdings mit den genannten Verfahren vergleichbar ist. Die Fälle dürften sich zudem nominell in Grenzen halten, da Status nach wie vor die Regel ist, in konsolidierten Beziehungen durchaus individuelle Vereinbarungen zu erwarten sind und damit vor allem Fälle jüngere Paare betroffen sein dürften, welche rein biografisch das Todesfallrisiko noch gar nicht in ihre Überlegungen einbezogen bzw. die Testiernotwendigkeit

noch gar nicht überlegt hatten und auch nicht der typischen Erblassergeneration angehören. Entsprechende Regeln „funktionieren“ zudem in zahlreichen Ländern, und auch in der Schweiz dürfte zu erwarten sein, dass in den meisten Fällen die „klassischen“ gesetzlichen Erben ihrem Nicht-Status-Verwandten durchaus nicht feindlich begegnen werden. Wenn auch nicht auszuschliessen ist, dass sich Konkurrenzverhältnisse ergeben (dazu den bereits in Rz 12 erwähnten BGE 138 III 157), so darf doch das Konkubinat nicht ausschliesslich mit dem Klischee verknüpft werden, wie es einigen drittklassigen TV-Soaps zugrunde liegen mag. Liegt aber einmal **Konkurrenz** vor, so liegt das Problem im Verhalten der verstorbenen Person, und es wird dieses Problem nicht durch „Wegschauen“ eliminiert; im Gegenteil ist es dann Qualität der Rechtsordnung, wenn die problematische Situation vom Gesetz angesprochen und geregelt wird. Dass in solchen Fällen die Status-Beziehung zwar Vorrang hat, versteht sich; ebenso versteht sich aber, dass Vorrang nicht Exklusivität bedeutet, sofern nicht seitens eines konkurrierenden Anspruchsberechtigten ein Verhalten vorliegt, das sich – im Sinne von Art. 477 bzw. 540 ZGB – disqualifiziert.

## 2. Pflichtteile und Umfang von Pflichtteilen

27 Eine Pflicht zum Schutz einzelner Erbanteile kommt zum vornherein nur für gesetzliche Erben in Frage. Wer nicht gesetzlicher Erbe ist, kann in keinem Fall zum (engeren) Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehören. Die Frage ist, (i) ob an Pflichtteilen – welche die erblasserische Eigentums- und Verfügungsfreiheit natürlich beschneiden – festzuhalten sei, (ii) in welchem Umfang Pflichtteile zu gewähren seien, und (iii) unter welchen Voraussetzungen sich Testierwillige dem den Pflichtteilen inhärenten „Begünstigungszwang“ entziehen können (Enterbung). **Herabsetzung und Ausgleichung** werden im Planungskontext (Rz 39) behandelt. Den **grundsätzlichen Pflichtteilkritikern** (denen man gelegentlich auch in konkreten Mandaten begegnet) ist entgegenzuhalten (was jeweils ärgert und oft auch eine stumme Reaktion auslöst), dass das Argument der gänzlichen Erblasserfreiheit dann und insoweit nicht stichhaltig ist, als Teile des dereinstigen Nachlasses *Eigengut* bilden, und dass das Argument auch nur dann gilt, wenn die Unterhaltspflichten tatsächlich im vollen Rahmen der Möglichkeiten erbracht worden waren; nur wer seinerseits von keinerlei „unentgeltlichen“ Startchancen profitiert hat, wäre – wenn überhaupt – in der Generationenkaskade legitimiert, sich an unentgeltlichem Vermögensanfall an die künftigen Generationen zu stören. Und auch wer sein ganzes Vermögen selbst erarbeitet hat, konnte das nur in den wirtschaftlichen, sozialen und ökonomischen Rahmenbedingungen, die andere vor und mit ihm gestaltet und bewahrt hatten.

28 a) Persönlich halte ich **Pflichtteile** für eine **zentrale Systemkomponente**. Zwar „stören“ sie die gänzlich individualisierte Nachlassplanung, die indes trotz Privatautonomie und Eigentumsfreiheit in gewisse Parameter eingebunden ist. Die Bedeutung von Pflichtteilen liegt nicht nur im Schutz der Pflichtteilerben, sondern auch im Schutz des Erblassers vor drängenden Interessierten. Entscheidend für die Gestaltungsfreiheit ist die *Pflichtteilsquote* bzw. sind die Umstände, unter denen vom starren Schema abgewichen werden kann. Zum einen lassen sich *Pflichtteilsverzichtsverträge* aushandeln, welche in der heutigen demografischen Situation namentlich deshalb zweckmässig sind, weil sie mehreren Generationenebenen schon gleichzeitig einen Nutzen am familiären Vermögen einräumen, statt den

Vermögensübergang gebündelt und erst „spät“ eintreten zu lassen. Zum andern besteht als ultima ratio die Möglichkeit der (evtl. gestuften) *Enterbung* (Rz 37). Keine Lösung findet sich im Gesetz – ausserhalb des landwirtschaftlichen Erbrechts (BGBB) – für *Unternehmensnachfolgen*. Die Lösung des BGBB beruht einerseits auf einem „Bewertungstrick“ (Massgeblichkeit des Ertragswerts), der indes in der Landwirtschaft seine besondere Bedeutung hat, da landwirtschaftliche Produktion nach wie vor aus öffentlichem Interesse (Landesversorgung, Pflege des unbebauten Raums) gefördert wird, andererseits auf der amtlichen Eignungsprüfung des Unternehmensnachfolgers (Art. 9 BGBB: geeigneter Selbstbewirtschafter), weshalb das Konzept nicht beliebig übertragbar ist. Im folgenden fliessen allerdings Überlegungen ein, welche das Pflichtteilsrecht in einer Art flexibilisieren sollen, dass eine Integralzuweisung auch nicht-landwirtschaftlicher Unternehmen zu ihrem effektiven Wert erleichtert werden sollte (Rz 30 f. zu *mejora* und *Plafonierung und Stundung des Pflichtteils*). – Nicht thematisiert (bzw. nicht empfohlen) wird eine *charitable compensation* (mithin ein „Ausweichen“ in die Begünstigung gemeinnütziger Organisationen statt bzw. zu Lasten der Pflichtteilerben): Während das Pflichtteilsrecht Teil der demokratischen Gesetzgebung ist, ist Manches zwar in der steuerlichen Terminologie „gemeinnützig“, was doch auch nur eher individuellen Vorlieben dient, weshalb letztlich in sehr individuellem Mass das Pflichtteilsrecht individualisiert werden könnte.

29 Das *Problem bei erbvertraglichem Verzicht* ist die Unbestimmtheit der Rahmenbedingungen. Zwangsläufig hat ein auf die Zukunft bezogenes Geschäft eine aleatorische Komponente für alle Beteiligten. Indes sollte m.E. für den Verzichtenden in etwa erahnbar sein, auf welche Anwartschaften (einschliesslich Chancen und Risiken) er verzichtet. Ohne diese Kenntnis (z.B. aufgrund eines Einblicks in eine – u.U. erläuterte – Steuererklärung) ist das Übervorteilungsrisiko enorm, und es zeigen sich in der alltäglichen Praxis (etwa einer universitären Stipendienberatungsstelle, welche auch den Zweck der Durchsetzung von Mündigenunterhaltsleistungen hat) teils höchst bedenkliche Fälle. Zwar bietet die öffentliche Beurkundung einen gewissen, aber eben doch nur beschränkten Schutz, da es nicht um ein typisiertes Geschäft wie die Wahl eines Güterstands geht; ob und wie eine Inhaltskontrolle umzusetzen wäre, ist allerdings weitläufig.

30 M.E. wäre zu erwägen, das Instrument der spanischen **mejora** einzuführen, einer verfügbaren Quote, die *innerhalb* des Kreises der Pflichtteilsberechtigten zu verteilen wäre und ermöglichen kann, Unternehmensanteile oder eine Liegenschaft leichter einem Los zuzuteilen und so Teilungsvorschriften „finanzierbar(er)“ zu machen. Die *mejora* verbindet Erblasserfreiheit und Familienverfangenheit gewisser Werte.

31 Ebenso liesse sich über **Plafonierungen** des Pflichtteils nachdenken. Das kann einerseits eine *Minimalbeteiligung* (im Sinne der *personal chattels* im Rahmen des *statutory legacy* des englischen Rechts, vorne Rz 18; entgegen der Terminologie würde es sich im ZGB-Kontext allerdings nicht um ein Vermächtnis, sondern um Erbenstellung und -haftung handeln), aber auch eine in Prozenten und/oder Beträgen umrissene Maximalquote pro Kopf bzw. Stamm sein: Sind Beträge von weniger als CHF 0,25 Mio. zu verteilen, „rechnen“ sich erbrechtliche Kontroversen oder auch nur der Aufwand einer kontroversen Teilung kaum, und wenn ein Vermögensanfall in einer Grössenordnung von CHF 2,5-5 Mio. nicht dazu führt, dass alle vernünft-

tigerweise bestehenden Hoffnungen befriedigt werden, vermag auch eine höhere Quote nicht Befriedigung zu verschaffen (wobei sich versteht, dass die Plafonierung erst recht nicht mit einer Last verbunden sein darf, sondern den Zweck hat, bestimmte Objekte – insbes. die Beteiligung an einem Unternehmen – unter Entflechtung der daran Berechtigten zuweisen zu können: ein plafonierter Pflichtteil wäre dann umso mehr in *biens aisément négociable* auszurichten). Die bereits erwähnte (Rz 20) **Pflichtteilsstundung** erscheint mir eine Selbstverständlichkeit, die ohne weiteres aus dem Ehegüterrecht übernommen werden könnte; ein plafonierter Pflichtteil sollte aber wohl nur noch zur Hälfte und jedenfalls nur gegen Sicherheit gestundet werden können.

32 b) Der **Kreis** der Pflichtteilsberechtigten hätte sich sinnvollerweise auf *Ehe- bzw. eingetragene PartnerInnen und Nachkommen zu beschränken*. Zu überlegen wäre ein Pflichtteil *auch für Stiefnachkommen*, wo Vermögen unter den Gatten zunächst horizontal verschoben worden war. Immer wäre aber (eher rechtsgeschäftsplanerisch als gesetzgeberisch) zu prüfen, ob nicht – je nach Altersstufe und Umfang des Vermögens – allzu grosse Vermögen „horizontal“ verschoben und damit „immobilisiert“ werden.

33 Das bedeutet den *Wegfall des Elternpflichtteils*. Ob statt diesem (im Sinne der Ausführungen in Rz 20) allenfalls *bei Bedarf eine Rente* beantragt werden könnte, liesse sich diskutieren, wäre aber wohl „Nischenlösung“.

34 Die **Quoten** der Pflichtteilsberechtigten bieten klarerweise Raum für gesetzgeberische Reflexion (wobei die Frage einer Plafonierung natürlich mit den Quoten korreliert, Rz 31). Schweizerische Nachkommen sind „europaweit Spitze“ mit ihrem geschützten Anteil von  $\frac{3}{4}$ . Eine Reduktion auf die Hälfte ihrer gesetzlichen Quote und damit die Gleichbehandlung von Ehegatten und Nachkommen scheint vernünftig. So wie das österreichische Recht eine *Pflichtteilsreduktion* bei fehlender persönlicher Beziehung zulässt (vorne Rz 20), könnte man erwägen, eine *höhere* Pflichtteilsquote dort einklagbar zu machen, wo der Erblasser ihm obliegende familienrechtliche Pflichten vernachlässigt hatte. Es ist eigentlich nicht einzusehen, weshalb nur der Erblasser auf missliebiges Verhalten der Erben, und nicht auch diese auf ein gleichermassen rechtsverletzendes Verhalten des Erblassers sollen reagieren können. Nicht nur jene, deren Ausbildung noch pendent ist (Art. 631 ZGB), sondern auch jene, denen sie nicht ermöglicht wurde, sind qualifiziert schutzbedürftig.

35 Aus gleichen Erwägungen schiene mir auch ein *Rentenvermächtnis an einen noch unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten* (Abänderung von Art. 130 Abs. 1 ZGB) diskutierbar: Wenn (ausnahmsweise!) nahehelicher Unterhalt geschuldet ist, so dient dies entweder der Kompensation früher geschuldeter oder nach wie vor geschuldeter Unterhaltsleistungen, weshalb in diesem Rahmen erbrechtliche *Unterhaltssicherung* den Kern der Sache trifft. Ansonsten hat sich der **Ehegattenpflichtteil in Kombination mit den güterrechtlichen Ansprüchen bewährt**. Bei *Kleinnachlässen* (< CHF 0,25 Mio) oder dort, wo der Pflichtteil *plafoniert* würde (zu Beidem Rz 31), ist der Ehegatte wegen der güterrechtlichen Ansprüche (Vermutung für Errungenschaft, Art. 200 Abs. 3 ZGB) ohnehin zusätzlich privilegiert (ausser es ist auf die güterrechtliche Beteiligung verzichtet worden), weshalb jedenfalls von einer genügenden Versorgung auszugehen ist.

36 Unweigerlich werden Revisionsarbeiten auch die **Nutzniessungsthematik** und damit auch **Art. 473 ZGB** einzubeziehen haben. Persönlich behagen mir Nutzniessungslösungen grundsätzlich wenig. Eine „Gerichtsbiografie“ hat empirisch erfahren lassen, dass zahlloser Detailkram belastet und (wie in *Nachbegünstigungskonstrukten*) sich Generationen kritisch beäugen, weshalb in bescheidenen Verhältnissen ein *statutory legacy* (Rz 18, 31) vorteilhafter ist. Weitgehend unschädlich wäre ein solches „statutory legacy“ (unabhängig von Art. 473 ZGB) auch gegenüber nicht-gemeinsamen Nachkommen, wenn gesetzliche Erbrechte auch bei Stiefbeziehungen eingeräumt werden (Rz 25). In Fällen mit günstigeren vermögensrechtlichen Verhältnissen sollten hingegen meist genügend Mittel zur „Entflechtung“ vorhanden sein. In Stiefbeziehungen mit Stiefelter und Stiefkindern auf *gleicher* Altersstufe bringen „gestaffelte“ Lösungen ohnehin niemandem etwas, weshalb der Verwaltungs(zusatz)aufwand eher zu vermeiden und rasche „Entflechtung“ anzustreben ist.

37 c) Die **Voraussetzungen der Enterbung** sind hoch, werden aber letztlich von der Praxis im Rahmen von Art. 4 ZGB konkretisiert. Ein „relativierteres“ Pflichtteilsverständnis könnte auch bezüglich der Enterbung differenziertere Ansätze ermöglichen. Sollen unerpriessliche Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit der Enterbung nicht zunehmen, müssen allerdings die Voraussetzungen *grundsätzlich streng* bleiben. Es ist nicht einzusehen, weshalb im nahehelichen Unterhalt das Verschulden ausser Betracht fallen soll, und dann im Rahmen der Wertungen von Art. 125 Abs. 3 und Art. 477 ZGB unterschiedliche Kriterien gelten sollen. Im Gegenteil würde ich für eine weitere Angleichung plädieren und die in Art. 125 Abs. 3 ZGB ermöglichte *Kürzung* auch auf die Enterbung ausdehnen, durch Ermöglichung einer „Teilterbung“ bzw. einer **Pflichtteilkürzung**. Es hat schon mancher Streit um die Zulässigkeit einer Enterbung in einem Vergleich geendet, und tatsächlich wäre wohl auch manchem Erblasser gedient, wenn er nicht vor die Alternative „alles oder nichts“ gestellt wäre. Einzuräumen ist, dass die diesfalls differenzierte Begründungspflicht relativ hohe Anforderungen stellt. Die (Teil-)Enterbung eines Ehegatten bedeutet nicht den Verlust seiner güterrechtlichen Ansprüche (die ja meist auch aus früherer Periode stammen dürften), soweit nicht Herabsetzungsgründe bestehen.

### 3. Individuelle Gestaltung (Nachlassplanung – Pflichtteil als Grenze)

38 Das an einem erblasserischen „Normaltypus“ orientierte *gesetzliche Erbrecht* ist *subsidiär* in dem Sinne, als der gesamte Nachlass (bei Fehlen von Pflichtteilserben) oder zumindest die verfügbare Quote „nach Belieben“ aufgrund individueller erblasserischer Wünsche übertragen werden kann. Individuell handelt allerdings auch jener Erblasser, welcher seine Situation analysiert und die gesetzliche Ordnung als für seinen Fall passend evaluiert.

39 **Planung und Pflichtteil** sind verknüpft. Das „Ausreizen“ des verfügbaren Bereichs ist häufiges Planungsziel, und pflichtteilsminimierende Literatur (zB BALTZER/REISNECKER, Vorsorgen mit Sorgenkindern, München 2012) boomt. Der Begriff „Sorgenkinder“ soll dabei durchaus nicht (nur) negativ verstanden werden – es fallen auch die von Art. 492a ZGB erfassten Konstellationen und nicht nur das „unfolgsame“ Kind (oft deutlich über 50 ...) darunter. Wo durch lebzeitige Zuwendungen **Ausgleichs- oder Herabsetzungsansprüche** ausgelöst werden, besteht mit Art. 626 ff bzw. Art. 522 ff. ZGB an sich eine etab-

lierte Ordnung, die in den Details ihrer Mechanik zu reflektieren ist. So wäre bei der **Ausgleichung** konsequent zwischen *Gross- und Kleinzuwendungen* zu unterscheiden (und zugleich unter heutiger Ausbildung und Kaufkraft und abgestimmt auf den jeweiligen Nachlass zu diskutieren, was vorweg noch geschuldete *Ausbildung* oder übliches *Gelegenheitsgeschenk* i.S.v. Art. 631 f. ZGB ist), während die Unterscheidung, ob (u.U. beträchtliche) Mittel der „Ausstattung“ dienen sollten (oder einfach gesteigertem Lebensgenuss) sachlich nicht zu rechtfertigen ist (BK-EITEL, Art. 626 N 76 ff.). Regelmässig wird die Abgrenzung von Art. 527 Ziff. 3 und 4 ZGB diskutiert; insbesondere ist die heilende Wirkung der 5-Jahres-Frist zu diskutieren. – Da **Herabsetzung** der Durchsetzung eines (nach den hier vertretenen Thesen *gemilderten*) *Pflichtteilsrechts* dient, scheint mir *Art. 527 Ziff. 4 ZGB unverhandelbar*, während das gleitende „Abschmelzen“ über zehn Jahre für jene Zuwendungen, die unter Ziff. 3 fallen, nach dem Vorbild der deutschen Revision von 2010 (§ 2325 III BGB) zu erwägen wäre.

40 Auch die gewillkürte Erbfolge hat sich allerdings in die Strukturen der geltenden gesetzlichen Ordnung einzupassen: Der **numerus clausus von Formen und Inhalt** gibt Anlass zu verschiedensten Diskussionen, etwa der Frage, ob der *Binnenrust* zulässig sei, wie detailliert die erblasserischen Anordnungen inhaltlich die „Handschrift“ des Verstorbenen tragen müssen, um gültig zu sein (*materielle Höchstpersönlichkeit* – es zeugt m.E. von Reife und Gelassenheit, Zukünftiges in die Hand zukünftiger Generationen zu legen und eher im Stil eines „Rahmengesetzgebers“ tätig zu werden, weshalb *reflektierte* „Selbstaufgabe“ eben nicht Persönlichkeitsverletzung, sondern zulässiger Verzicht ist). Es lassen sich m.E. in diesem Bereich nicht klare Strömungen, sondern höchstens gewisse Nuancen ausmachen, die möglicherweise weniger gesetzlicher Anpassungen als Entwicklungen in der gerichtlichen Praxis erfordern. Es wäre im Rahmen einer Detailprüfung gewiss über Details zu sprechen: Ist bei Zustimmung aller Beteiligten nicht ein Verzicht auf das (oft aufwändige) *Nacherbschaftsinventar* möglich? Privat erlangte Transparenz (und laufende Rückkoppelung bei relevanten Entscheiden) schiene mir unter dem Strich ohnehin qualitativ überzeugender und *commitment* in der Sache, als das „statische“ Inventar, weshalb Privatinitiative vorzuziehen wäre. Grundsätzlich muss gelten, dass die *Erblasserfreiheit* – innerhalb der gesetzlichen Schranken, wie Pflichtteil und Rechtsordnung insgesamt – *Gestaltungsfreiheit in jeder Hinsicht* ist, weshalb von Eingriffen möglichst abzusehen ist. Immerhin sei daran erinnert, dass Gestaltung, welche die nachfolgenden Generationen ohne sachlichen Grund durch die „tote Hand“ zu führen versucht, in die Freiheit nachfolgender Generationen eingreift, weshalb insofern Zurückhaltung geboten ist. Angesichts eines erhöhten Gestaltungswillens und einer Tendenz zur Übernahme (scheinbar!) freierer „Produkte“ aus dem Bereich des *common law* sei an jene Stimmen erinnert, die gerade dort für Zurückhaltung in der langfristigen intergenerationellen Fremdbestimmung plädieren (grundsätzlich MADOFF, *Immortality and the Law – The rising power of the American Dead*, New Haven 2010; generell zu den Problemen langlaufender Konstrukte im Kontext der „*rule against perpetuities*“ etwa SHIVELY, *The Death of the Life in Being – The Required Federal Response to State Abolition of the Rule Against Perpetuities*, Washington Law Review 78/2000 371 ff.). Es widerpräche dem Geist des ZGB, die Bestätigung der Freiheit und die Umschreibung der Grenzen der Freiheit in konkrete Normen zu fassen – Erblasser und insbesondere ihre Berater wissen in der Regel recht genau, wann Nachlassplanung zum „Kantenlauf“ wird.

41 Aus ähnlichen Gründen halte ich auch den **Binnentrust** eher für ein kosmetisches Attribut des „Katalogs“ – es ist Aufgabe der Praxis, ggf. mit solchen Instrumenten umzugehen (wozu mit dem HTÜ und dem BG-HTÜ der Rahmen geschaffen wurde), aber es ist nicht Aufgabe des ZGB, den Reiz des Exotischen in seinem „Sortiment“ abzudecken, das doch eher der Grundversorgung dient. Wo der Auslandsbezug das Instrument erfordert, ist es qua dieses Bezugs gewährleistet, ohne dass das ZGB sich der Frage annehmen müsste. Warum es aber zulässig sein soll, die verfügbare Quote jeglicher Zufallsbekanntschaft zuzuweisen, nicht aber qua **Familienstiftung** Angehörigen zur „Unterstützung“ durchaus auch im Rahmen eines gewissen Lebensgenusses bzw. (nachdem die „*Ausstattung*“ zumindest verbal aus der Mode gekommen ist) eines biografischen „*start up*“ (was dann ggf. steuerliches Thema wäre), habe ich seit dem Studium bis heute nicht verstanden; mein Unverständnis hat noch zugenommen, weil mit „Strukturen“ mittlerweile weit über Art. 335 ZGB hinausgehende Konstruktionen denkbar sind. Ich sehe schon *de lege lata* keinen Grund, statt blosser *Existenzsicherung* nicht auch *Existenzgründung* zu ermöglichen (CHK-BREITSCHMID, Art. 335 N 4). Dem Institut Leben einzuhauchen scheint mir richtig und wichtig; ob das expliziter gesetzgeberischer Intervention bedarf, oder ob nicht der gesamte heutige nachlassplanerische Kontext, in welchem das Mauerblümchen sein Dasein in schattiger Ritze führt, Anlass geben müsste, das Institut in seinem gesetzlichen Wortlaut zu *re-aktivieren*, lasse ich hier offen. M.E. trägt Art. 335 ZGB kein gesetzliches, sondern ein bundesgerichtlich verordnetes Korsett, bezüglich dessen ein Satz in den Materialien ohne jeglichen Dambruch mehr bewirken könnte als umfassende (und dann doch kontroverse) gesetzgeberische laparoskopische Viszeralchirurgie (s. schon vorne Rz 4; HUBER hätte hier auf den offenen Wortlaut vertraut, Rz 19).

#### 4. Die „Transportmittel“ des individuellen erblasserischen Willens (Testament und Erbvertrag)

42 Der Verfasser dieses Berichts hatte sich vor einer Generation über das Bundesgericht und dessen damalige, exzessive Formstrenge geärgert; er trat dafür ein (und tritt noch heute dafür ein), dem klar übermittelten erblasserischen Willen um des Respekts vor der Persönlichkeit des Erblasser willens mit höchster Achtung zu begegnen. Dabei steht heute dem Erblasser in der Regel allerdings weniger die Form, sondern zunehmend öfter sein eigener, nur mehr eingeschränkter Handlungsfähigkeitsspielraum im Weg. Das Problem ist allerdings mit der Formfrage am Rande verknüpft: die eigenhändige als beliebteste und niederschwellige Form eignet sich auch für „todesnahe Testamente“ (s mit diesem Titel den Beitrag von ADEN, ZRP 2011 83 ff.), oder auch für „urteilsfähigkeitsferne“; das Problem lässt sich (entgegen ADEN und andern) allerdings nicht mit notariellen Testamenten lösen – die Beispiele sind zahlreich, da entweder in Grenzfällen doch noch beurkundet wurde (teilweise durchaus nachvollziehbar, sozusagen *in favorem testamenti*, teilweise aber auch in Missachtung beurkundungsrechtlicher Grenzen, deren Feststellung allerdings ausserhalb der Feststellungskompetenz der Urkundsperson liegt) oder gar die Wahl der notariellen Form (oder der Aufnahme eines MMS) als Indiz dafür gewertet wurde, dass die erblasserischen Berater selbst die Urteilsfähigkeit bezweifelt hätten. Das **Problem graduell schwindender Urteilsfähigkeit** mit gleichzeitig noch *fortbestehender, wenn auch eingeschränkter Urteils- und Handlungsfähigkeit* lässt sich m.E. nicht durch Detailarbeit an der Testamentsform lösen, sondern nur durch

bewussten Umgang der Beteiligten mit dem Problem (und dem Bewusstsein, dass „*Tricksen*“ des Beraters ggf. auch Haftungsfolgen auslösen kann). Teil eines solchen bewussten Umgangs wäre, bei nachlassender Urteilsfähigkeit von Kurswechselfeststellungen abzuweichen, „Trinkgeldtestamente“ in ihrem wirtschaftlichen Rahmen auf „Trinkgelder“ zu beschränken (die bei achtstelligen Vermögen durchaus sechsstellig sein können, *overtipp* in einer Grössenordnung von 5-10%) und so der gestuften Urteilsfähigkeit mit einem „angepassten Testierradius“ Rechnung zu tragen. Solches Denken erfordert keine gesetzgeberische Anpassung, wäre allerdings in den Materialien zu thematisieren, um den Handlungsrahmen (etwa auch bzgl. Wahl der Testamentszeugen beim öffentlichen Testament) zu skizzieren.

43 „Nominell“ bedeutungslos ist das sozusagen stets formungültige **Nottestament**. Würde seine Form im Gesetz freigegeben, so könnte eine Videoaufnahme des testierenden Erblassers (von sich selbst mit Smartphone in der Gletscherspalte oder durch eine *einzelne* Pflegeperson am Krankenbett) ein Bild vermitteln, wie es der Rat der mittelalterlichen Stadt gewinnen konnte, wenn er sich zum Erblasser begab, um dessen Testierwunsch entgegenzunehmen und zu prüfen, ob man diesen hochwohlobligatorisch genehmigen könne; es ist hier nicht Raum für Ironie, aber *das Bild* des Erblassers wäre statt hohler Form jene Qualität, welche an einen überzeugenden Beweis zu stellen wäre, und könnte oft technisch problemlos möglich sein – lassen wir das zu!

## 5. Prozessuales und Abwicklungserleichterung

44 **Erbrechtliche** Streitigkeiten sind in einem *familienerbrechtlichen* System eigentlich **familienrechtliche Streitigkeiten**. Selbst bei nicht-statusverbundenen Beteiligten ergibt sich ein qualifiziertes Näheverhältnis untereinander durch die gemeinsame Beziehung zur verstorbenen Person. Dass besondere Nähe nicht in jedem Fall Anlass zu besonderer Rücksichtnahme auslöst, sondern im Gegenteil persönliche Kontroversen entweder unausgesprochen „schlummern“ oder gerade deshalb eskalieren, weil man sich wieder miteinander befassen muss, ist Erfahrungstatsache; ebenso, dass die Neupositionierung von Beziehungssystemen nach dem Wegfall einer Person zu zusätzlicher (emotionaler, wirtschaftlicher) Belastung führen kann und auch gewisse natürliche Mechanismen („Beisshemmung“ im Angesicht noch des Erblassers) entfallen. Oft ist der Todesfall allerdings auch der Startpunkt, Altlasten abzuwerfen und Beziehungen neu zu denken.

45 Die Rechtsordnung müsste in all solchen Situationen zumindest einen Rahmen schaffen, welcher konfliktuelle Strukturen nicht zusätzlich aufheizt. Kontroverse erbrechtliche Verfahren gelten in verschiedenster Hinsicht als besonders problematisch: Die Mischung aus persönlicher Nähe, teilweise langjährig unverarbeiteten biographischen Belastungen (Gefühl der Zurücksetzung durch Eltern usw.), Einmaligkeit des Vorgangs, u.U. erheblichen Werten (und Kosten), der spezifischen Komplikation, langjährige, im familiär-diffusen Raum buchhalterisch kaum dokumentierte Vorgänge aufarbeiten zu müssen, verbunden mit beträchtlichem Aufwand (Bewertungsgutachten), sind Komplikationsfaktoren. Kommen dann noch „steuerliche Altlasten“, ggf. entsprechende Erpressbarkeiten oder internationale Verflechtungen hinzu, ist das Chaos u.U. nahe. Zudem spielt im Erbrecht nach wie vor das (in familienrechtlichen Streitigkeiten mit der Revision des Scheidungsrechts auf 2000 hin weit-

gehend eliminierte) Verschulden weiterhin eine relativ ausgeprägte Rolle: Einerseits bei der Enterbung (Art. 477 ZGB), andererseits natürlich auch in erblasserischen Begründungen einer Zurücksetzung, die zwangsläufig mit jeder Begünstigung korreliert (von den „Abrechnungstestamenten“ ganz zu schweigen). Dies alles ruft eigentlich nach einer spezifischeren Ordnung als Art. 213 ff. ZPO; erhöhter Druck auf **Mediation** (obgleich natürlich auch nur „propagandistisch“) i.S.v. Art. 297 Abs. 2 ZPO schiene mir nicht unverhältnismässig.

46 Ob und inwieweit Anpassungen bei der **Willensvollstreckung** ähnliche Wirkung erzielen könnten, wäre zu prüfen; das Institut hat allerdings je nach konkreter Auftragsbeschreibung (Scheidungsanwalt in der patchwork-Situation „gegen“ die Erstfamilie oder allseits respektierter Vermittler) und durchaus auch dem „Temperament“ des konkreten Mandatsinhabers wie auch den konkreten Erfordernissen des Mandats recht unterschiedliche Ausprägung. „Glättend“ könnte wirken, wenn die Aufsicht eher (auch) Supervision wäre; die repressive Aufsicht ist allerdings – über das gesamte Spektrum der erbrechtlichen Mandate – unverzichtbar, da mit Wegfall des ursprünglichen Geschäftsherrn und dem möglichen Interregnum bei unbekanntem oder zerstrittenen Erben die Macht nicht unbedeutend ist.

47 Wertvoll wäre nach meinem Dafürhalten, wenn im Zuge der Revision vertiefte Erkenntnisse darüber gewonnen werden könnten, inwiefern sich kantonalrechtliche **behördliche Mitwirkung bei der Teilung** (vgl. Art. 609 Abs. 2 ZGB) in diesem Sinne auswirkt oder diese Mitwirkung in diesem Sinne nutzbar gemacht werden könnte.

48 Insbesondere wird man sich auch die Frage stellen müssen, ob das „heilige“ **Ein-stimmigkeitsprinzip** innerhalb der Erbgemeinschaft nicht unheilige Blockaden auslösen kann bzw. wie sich eine solche Blockade sinnvoll überwinden liesse. Ansatzpunkte dazu finden sich m.E. in *miteigentumsrechtlichen* Bestimmungen: Es wäre durchaus eine *erbrechtliche* Vorschrift (i.S.v. Art. 653 Abs. 2 ZGB) denkbar, welche im Konfliktfall (statt oder in Ergänzung zu Art. 602 Abs. 3 ZGB) ermöglichen würde, über bestimmte Belange mit gerichtlicher Ermächtigung (Art. 249 lit. d Ziff. 1 ZPO) durch (qualifizierte) Mehrheit zu entscheiden (vgl. Art. 647 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Das verstösst zwar gegen das Gesamthandsprinzip und könnte Ansprüche im Rahmen von Art. 610 f. ZGB (insbesondere das Prinzip der Naturalteilung) tangieren, deren Berechtigung indes im konkreten Fall zu evaluieren wäre. Ist der familiäre Verband gelockert, drängen sich auch gelockere Verwaltungsformen auf. Das muss keineswegs reduzierten Rechtsschutz bedeuten, wäre doch – wie in Manchem (Rz 5) – eine Analogie zu den moderneren eherechtlichen Sicherungsmitteln zu erwägen, etwa Art. 178 ZGB; eine analoge Verfügungsbeschränkung („Beiseite-Schaffungs-Arrest“) könnte im Vorfeld von Kontroversen um Pflichtteil bzw. Herabsetzung erwogen werden, wenn die Gefahr besteht, dass der durch lebzeitige Zuwendung bereits in bevorzugter dinglicher Position befindliche Miterbe Ansprüche gefährdet.

49 Nur am Rande angesprochen sei im vorliegenden Kontext das **Fehlen einer bundeseinheitlichen Ordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit**. Das führt zu recht unterschiedlichen Verfahren etwa im Rahmen der Testamentseröffnung bzw. der Frage, wie weit allenfalls bereits in einem Testamentseröffnungs(rechtsmittel)verfahren summarisch-kontradiktorisch eine Annäherung an den Erblasserwillen erfolgen kann, was danach eine

Anfechtung nach Art. 519 ZGB überflüssig macht. Auch mit Blick auf die (zwar auch in der EU räumlich begrenzte) Europäische Erbrechtsverordnung (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:DE:PDF>) wäre eine (ggf. punktuelle) Ordnung des nationalen Urkundswesens bzw. eben der Freiwilligen Gerichtsbarkeit wünschbar, welche die „Freizügigkeit“ solcher Dokumente so weit als möglich gewährleistet. Ebenso ist die **Aufsicht** über die erbrechtlichen Ämter einschliesslich der *Willensvollstreckung* (Rz 46) in dieser Heterogenität unzweckmässig. Durchaus zweckmässig scheint mir hingegen, dass die Aufsicht nicht durch ein ordentliches Gericht (das dann ggf. auch die Haftungsklage zu entscheiden hätte) wahrgenommen wird.

50 Unter dem Gesichtspunkt rascher und niederschwelliger Bewältigung erbrechtlicher Konflikte halte ich die stereotyp wiederkehrende bundesgerichtliche Bestätigung (zuletzt etwa BGE 138 III 354 E. 5), dass es sich bei der *Verjährungsfrist* der Art. 521 und 533 ZGB entgegen dem Wortlaut um eine *Verwirkungsfrist* handle, für verfehlt. Zwar ist in der heutigen demographischen Situation mit biographisch meist relativ spätem Vermögensanfall dafür zu sorgen, dass das „Interregnum“ nicht ein Dezennium oder mehr dauert; nur ist sehr zweifelhaft, ob der Druck zu *raschem Beginn* eines streitigen Verfahrens zu einem *raschen Ende* führt, oder ob nicht schon im Präliminarstadium Möglichkeiten einer in jeder (auch Kosten!) Hinsicht niederschwelligen Streitbeilegung bedacht werden müssten.

51 Von Interesse kann auch die Ordnung des **Schiedswesens** sein; insbesondere *internationale Nachlässe* lassen sich so koordiniert abwickeln. Gleichzeitig ist der *Anspruch auf ein unabhängiges Gericht* zumindest im Bereich der Ermittlung der Pflichtteile und der fairen Teilung unentziehbar, weshalb der imperative (bzw. mit privatorischer Drohung verknüpfte) erblasserische Zwang zu einem Schiedsgericht zumindest Grenzen berührt. Hinzu kommt, dass im breiten Markt des Schiedswesens durchaus auch mit „Anbietern“ zu rechnen ist, welche in patch-work-Situationen die Scheidungsvergangenheit aus der parteilichen Erblässersicht kennen; wer einigermaßen substantiiert die Unparteilichkeit eines solchen Schieds-„Gerichts“ zu bestreiten vermag, verwirkt jedenfalls nicht eine privatorische Klausel.

52 Endlich wäre im Rahmen der „Schnittstelle Erbgang“ zu fragen, ob – angesichts gelockerter Familienbande – nicht gleichermassen dem Gläubiger des Erblassers wie den Erben zuzumuten wäre, sich um Klärung der Gegebenheiten zu bemühen. Die Divergenz der Fristen zu **Ausschlagung** bzw. Begehren um **Aufnahme eines öffentlichen Inventars** und die unterschiedlichen Erstreckungs- bzw. Wiederherstellungsmöglichkeiten (vgl. zuletzt BGE 138 III 545) irritieren; Recht und Gesetz sollen scharf gegen „Schnäppchenjäger“ vorgehen, aber häufig obliegt doch eher dem Gläubiger (zumindest einem im Handelsregister eingetragenen), der sich seinen Schuldner ausgesucht hat, als dem Erben, sich Kenntnisse über die Rechtsbeziehungen und auch den Tod zu verschaffen. Selbstverständlich sind auch gutgläubig bereicherte Erben zur Aushändigung noch vorhandener Werte an Gläubiger verpflichtet, aber der Gläubiger darf seinerseits nicht auf Verbreiterung des Haftungssubstrats durch den Todesfall seines Schuldners spekulieren.

## 6. Steuern

53 Durch die pendente Initiative zu einer **Bundeserbschaftssteuer** (BBI 2011 6459 ff.) ist das Thema aktuell in hohem Masse **politisiert** (was für steuerliche Belange allerdings ohnehin zutrifft).

54 Aus erbrechtlicher Sicht verzerrt eine Erbschaftssteuer das Teilungsergebnis insofern, als nur unter Einbezug der steuer- (und vorsorge-)rechtlichen Saldi der Nettovermögensanfall auf die einzelnen Beteiligten festgestellt werden kann; die Fairness der Partizipation muss allerdings nicht bloss auf der erbrechtlichen Ebene gewährleistet sein, sondern hat diesen Nettovermögensanfall zugrunde zu legen. Patchwork-, Stief- bzw. Nicht-Status-Beziehungen sind damit steuerlich im bisherigen System klar diskriminiert. Zudem gesteht (kantonal!) Erbschaftssteuerrecht im Ergebnis dem Erblasser je nach seiner familiären Situation einen sehr unterschiedlichen verfügbaren Rahmen zu, wenn man auf dieses (einzig relevante) Netto-Ergebnis abstellt. Das ist in hohem Masse unbefriedigend (BREIT-SCHMID, Steuern und Erben, zit. Rz 11).

55 Diese Nachteile (Rz 53) vermeidet die hängige Initiative, deren *massivster Nachteil* ihrerseits *aus erbrechtlicher Sicht* der (auch für engste Angehörige!) nach bisheriger steuerlicher Usanz exorbitante Steuersatz von 20% auf dem CHF 2 Mio. übersteigenden Nachlasswert ist. Zwar handelt es sich dabei zweifelsohne um grosse Nachlassvolumina, was aber nichts daran ändert, dass bei einem Nachlass von z.B. CHF 10 Mio. der Steuersatz 16% beträgt; erfahrungsgemäss wird damit mehr als die übliche Liquidität abgeschöpft, und es ist notorisch, dass jede Erbteilung umso schwieriger ist, je geringer die *Liquidität* des konkreten Nachlasses ist. Wenn von diesem Problem mithin auch nur nominell wenige Nachlässe betroffen sind, ist das Ergebnis in den betroffenen Fällen doch äusserst nachteilig. Insbesondere würden *Unternehmensnachfolgen* massivst erschwert (und die von den Initianten angeregte Entlastung von Unternehmensnachlässen wird sich nicht sinnvoll umsetzen lassen: einerseits geht es um die Frage der *Eignung* zur Nachfolge, damit sich Privilegierungen überhaupt rechtfertigen [s. zum BGGB Rz 28], und andererseits wird sich die Frage stellen, welche unternehmerische Aktivität überhaupt privilegierungswürdig ist). Die Ungleichbehandlung von Unternehmenserben (auch schon im BGGB, wo sich dies unter den sehr spezifischen Rahmenbedingungen etabliert hat) und Wertschriftenerben, die möglicherweise geeignete Unternehmer wären, ist in hohem Masse diskutabel. Profitieren wird, wer den „Subventionsdschungel“ mit seinen Vorschriften kennt, aber nicht unbedingt, wer Unternehmer ist.

56 Das schweizerische Steuersystem (das integral und nicht nur bezüglich Erbschaftssteuerpflicht bzw. -sätzen international zu vergleichen wäre) basiert auf *periodischer Vermögensbesteuerung*. Periodische „Ratenzahlungen“ erscheinen grundsätzlich vernünftig und vermeiden ohnehin das Risiko, dass eine unregelmässige Kaskade von Erbgängen (ein Erbe kann schon kurz nach dem Erblasser seinerseits versterben) zu wellenförmiger, unplanbarer Belastung führt (die nicht nur Unternehmen, sondern auch private Haushalte trifft, die Immobilienbesitz je nach konjunkturellem Kontext nicht beliebig fremdfinanzieren können, wenn die Liquidität wegbesteuert wird). Anzustreben wäre eine Generationenlasten berücksichtigende, im gesamten Lebens-

verlauf „geglättete“ bzw. diesem Lebensverlauf angepasste Steuerlast. Unter solcher Betrachtungsweise wäre eine Erbschaftssteuer von bspw. 5% bereits auf einem Nachlass von CHF 0,5 Mio. eine die Qualität des Vermögensanfalls nur unwesentlich beeinflussende Steuerquote, die im Lebensverlauf durch Entlastung bei der Einkommenssteuer in Phasen der Kinderbetreuung oder Einkommensreduktion wegen Elternbetreuung zu kompensieren wäre (nur ist einzuräumen, dass das politisch wesentlich weniger bequem zu postulieren wäre). Die steuerliche Diskussionsbereitschaft ist bedauerlicherweise gering. Die Unvermeidlichkeit von Steuern müsste Anlass zu einem (beständigen) System geben, das nicht nur eine nominelle Progression wahrt, sondern die unterschiedliche Belastbarkeit im Lebensverlauf stärker berücksichtigt.

57 Es versteht sich, dass hinsichtlich *internationaler Erbfälle* auch die Entwicklungen in der EU-hinsichtlich einer Verordnung zur Vermeidung erbschaftssteuerlicher Doppelbelastung zu verfolgen sind ([http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/personal\\_tax/inheritance/com\\_2011\\_864\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/personal_tax/inheritance/com_2011_864_en.pdf)).

## 7. Sozialversicherungs- und vorsorgerechtliche Bezüge

58 Es heisst oft, das Sozialversicherungsrecht habe die Unterhaltssicherungsfunktion des Erbrechts abgelöst. Das trifft ohne Zweifel im **Existenzminimumsbereich** zu. Angesichts heutiger Ansprüche und Lebenskosten bzw. politischer Anliegen wie Wohneigentumsförderung ist allerdings Erbrecht (bzw sind: familieninterne Finanzierungsformen, lebzeitige Schenkungen oder Darlehen zu Vorzugsbedingungen) wichtig für die Sicherung nicht nur des nackten Existenzminimums, sondern der **Lebenskosten insgesamt** – diese werden letztlich *schon lebzeitig in einem „Drei-Säulen-Schema“* von Fürsorge, Arbeitserwerb und privaten Ersparnissen erfasst. Die klassische Betrachtungsweise isoliert möglicherweise nach wie vor Erbrecht zu stark als einmaligen biographischen Vorgang im Zeitpunkt jener „logischen Sekunde“, innert derer die Universalsukzession erfolgt. Versteht man die erbrechtlichen „Ansprüche“ hingegen stärker als Teil einer über Unterhalts- und wechselseitige Loyalitätspflichten (Art. 272 ZGB) hinausgehenden generationenübergreifenden Vermögensbeteiligung, so ist für jeden biographischen Schritt (von der Finanzierung der Kleinkindertagesstätte über Studienfinanzierung, Entlastungsleistungen für Familien, Wohneigentumsförderung, Betreuungskosten für Kinder und danach für die Elterngeneration) eine *ökonomische Gesamtbetrachtungsweise* anzustreben, welche die staatliche Existenzsicherung, eigene Mittel und innerhalb des Familienverbands verfügbare Mittel (nicht nur Geldmittel, sondern z.B. auch grosselterliche Betreuungsleistungen gegenüber der Enkelgeneration) in eine Gesamtbilanz einordnet. Angesichts längerer Ausbildungsgänge, späterer Familiengründung, dem Willen und der volkswirtschaftlichen wie persönlichen Sinnhaftigkeit Elternschaft und Berufstätigkeit zu verbinden, und der steigenden Bedeutung sowohl externer Kleinkindbetreuung wie familieninterner Betreuung Betager, erscheint eine *Gesamtbilanz der lifelong wechselseitig erbrachten Leistungen* sinnvoll.

59 Auch in diesem Bereich wäre über den Kern der Status-Familie hinauszugehen, da sowohl Stiefverwandte wie Verschwägerter und ohnehin alle, die eine (nichteheliche) Le-

bensgemeinschaft bilden, gerade in dieser Hinsicht qualifizierte Leistungen erbringen. Die deutsche Erbrechtsrevision von 2010 hatte es allerdings nicht geschafft, § 2057a auf Verschwägerter auszudehnen (typischerweise erbringen gerade *Schwiegertöchter* häufig Betreuungsleistungen nicht nur gegenüber den eigenen, sondern auch gegenüber den Schwiegereltern); damit hängt dann allerdings auch noch die Frage zusammen, wie weit Erbrecht ein „kalkuliertes Entgelt für erbrachte Leistungen“ sein soll (und wie solche familieninternen Leistungen bewertet werden sollen), oder ob eben innerfamiliäre Leistungen (und ebenso die Nicht-Leistungen) statt "leistungsbezogen" pauschaliert abzugelten seien. Der bereits angesprochene Art. 165 ZGB (Rz 5) scheint mir allerdings einen bewährten Ansatz darzustellen, um entsprechende Sonderleistungen angemessen zu respektieren: Zwar ist gegen eine „Kommerzialisierung intrafamiliärer Leistungen“ anzukämpfen, doch können gleichzeitig in einer insgesamt kommerzialisierten Welt nicht jene deprivilegiert werden, die sich im nicht-kommerziellen Bereich engagieren.

## G. Zusammenfassend ...

60 ...ist festzuhalten, dass – trotz mancher Unkenrufe und einem „in Bewegung“ befindlichen Status – das Erbrecht zu überdenken ist. Der parlamentarische Auftrag ist denn auch im Grundsatz klar.

61 Abzuwägen bleibt, in welcher Form allenfalls – entsprechend der *Motion Gutzwiler* – „weitere Anpassungen des Erbrechtes angezeigt erscheinen“. Das ist nicht so sehr eine rechtliche als eine politische Frage, und die Übergänge zwischen Total- und punktuellen Revisionen sind letztlich gleitend. Bedenkt man das Scheitern etwa der VVG-Totalrevision und blickt auf das Projekt „OR 2020“ (Rz 3 f.), so erscheint auch für das Erbrecht eine organische Entwicklung des bestehenden (und letztlich bewährten) Rechts der Weg der Wahl zu sein. Man mag das fast etwas spöttisch als Sanierung einer denkmalgeschützten Liegenschaft und damit als „unmodern“ (s. oben Rz 4) brandmarken – indes ist nicht gesagt, dass die „aktuelle“ (auch nur zeitgenössische) Modernität von Bestand sein wird, ganz abgesehen davon, dass – um im Bild zu bleiben – auch nicht alle zeitgenössischen Architekturkritiker von „modernem Bauen“ das gleiche Bild haben.

62 Hinzu kommt, dass das Erbrecht im Doppelsinne eine „traditionelle Materie“ ist: Einerseits gilt es seit Generationen in der vertrauten Form, was durchaus geeignet ist, intergenerationell ein gewisses Vertrauen darauf zu begründen, dass der nächste Erbgang nicht nach einer gänzlich andern als der vertrauten Struktur abgewickelt wird, und andererseits ist die Vermögensweitergabe im näheren Umfeld ein „erbrechtsmechanisches“ Grundprinzip. Würde diese „Mechanik“ in fundamentaler Art verändert, könnten wirtschaftliche Ströme so umgelenkt werden, dass unerwünschte volkswirtschaftliche Effekte eintreten könnten, was angesichts der durch Erbrecht jährlich verschobenen Anteile des volkswirtschaftlichen Substrats unabsehbare Folgen haben könnte. Von Experimenten ist daher abzuraten. Es sei zudem an dieser Stelle wiederholt (s. Rz 27), dass zumindest teilweise nicht nur selbst erarbeitetes Vermögen vererbt wird, sondern auch Eigengüter, mithin der Erblassergeneration ihrerseits unentgeltlich zugefallenes Vermögen (vgl. Art. 198 Ziff. 2 ZGB); und die Frage,

was von der Vermögenssteigerung industrieller und was (nur) konjunktureller Mehrwert war (vgl. Art. 206 ZGB), wäre auch im Einzelfall zu prüfen. Der „Blick zurück“ auf frühere Erbgänge ist mithin nicht einfach retardierende Perspektive, sondern Teil eines generationenübergreifenden organischen Verlaufs.

63 Erbrecht erfordert eine *langfristig-kontinuierliche* Betrachtungsweise, auch wenn der *Vermögensübergang rasch* erfolgen und die Revisionsarbeiten keine Generation dauern sollen. Dass der „Generationenkitt“ möglicherweise „brüchiger“ geworden ist, in einer insgesamt komplexeren Welt aber die Bedeutung von familiär-emotionalem Umfeld doch wichtig bleibt, müsste m.E. Anlass geben, nicht überstürzt-schlagwortmässig darauf zu setzen, dass Beziehungen lockerer und damit unbedeutender geworden sind. Anerkennt man die **Wichtigkeit intergenerationaler Beziehungen** (was nicht näher auszuführen, aber für den Zusammenhalt der Gesellschaft wie letztlich für die Befindlichkeit der einzelnen Individuen selbstverständlich ist, s. vorne Rz 5), so sollte eine Erbrechtsreform nicht dazu führen, ihrerseits die möglicherweise tatsächlich gelockterten Beziehungen noch zusätzlich zu destabilisieren. Im Gegenteil liegt die Bedeutung des Erbrechts darin, Generationen untereinander auch wirtschaftlich verbunden zu halten. Ideelle Bindungen erschöpfen sich nicht im Ideal, sondern haben wirtschaftliche Komponente, so wie jeder Blumenstrauss am Anfang einer Beziehung „materielle Investition“ in die Hoffnung auf eine wachsende zwischenmenschliche Beziehung ist. Auch Erbrecht ist nicht einfach unverdientes Geschenk aus der Vergangenheit, sondern Finanzierung der Zukunft mit den Mitteln, die *alle* vorderen Generationen erarbeitet hatten: Wir alle sind oder waren Erben, und wir alle werden Erblasser werden.

64 Dies führt mich zu folgenden **Kurzantworten** auf Ihre Gutachterfragen:

- *Pflichtteilsschutz*: Das Pflichtteilsrecht ist zu bewahren, bzgl. Umfang und Empfängerkreis ist es zu überdenken; ebenso sind Anpassungen technischer Einzelheiten (limitierte Pflichtteile, Modalitäten der Enterbung) zu erwägen. Der „bilaterale Weg“ von Ehegüter- und Erbrecht ist etabliert. Allenfalls wären bei kleineren Nachlässen Pauschallösungen zu erwägen. Die Verwandtenunterstützung korreliert nur indirekt mit dem Erb- und Pflichtteilsrecht: sie ist die Pflicht jener, die zwar einen Pflichtteil hätten, aber sicher nichts erben; indes bedeutet Generationensolidarität eine *lebenslange* Wechselwirkung, und wer sich (im Sinne der *heutigen* Praxis zur Verwandtenunterstützung) wirtschaftlich günstig stellt, ist rechtlich (und auch moralisch, Art. 272 ZGB) zu Leistungen verpflichtet, unabhängig davon, dass nur eine „leere“ Anwartschaft besteht.
- *Gesetzliche Erben*: Eine Ausdehnung auf Konkubinatspartner (in zu diskutierendem Umfang) scheint mir diskussionslos geboten. Ebenfalls wären gesetzliche Erbansprüche für Stiefkinder (bei gemeinsamem Haushalt während Minderjährigkeit, bzw. wenn der überlebende Stiefelternteil „pauschal begünstigt“ wurde [statutory provision]) zu prüfen.
- *Erbunwürdigkeit und Pflegeleistungen*: Leistungen sind zu entlohnen; auch bei entlohnten Tätigkeiten sind Trinkgelder nicht unüblich; Freigebigkeit aus Dankbarkeit ist selbst bei reduzierter Urteilsfähigkeit ein persönliches Anliegen. Die Relationen sind allerdings zu wahren. Urteilsfähigkeitsprüfung ex post korreliert unweigerlich mit Inhaltskontrolle, woraus sich allerdings abgewogene Entscheide ergeben müssten.
- *Erbrecht und 2. Säule*: Die Begünstigtenkataloge sind abzustimmen; Ziel muss sein, dass der Nettovermögensanfall aus jedwelchen Kategorien an jedwelche Begünstigte in sach-



gerechter Relation zu ihrer verwandtschaftlichen und/oder persönlichen Stellung zur verstorbenen Person wie auch zu ihrem jeweiligen Bedarf steht

- *Unternehmenerbrecht*: Familie und Beziehung sind individuell, ebenso die Vermögensstruktur. Das rechtfertigt, den individuellen Umständen Rechnung zu tragen. Das BGBB skizziert ein KMU-Erbrecht; dieses erscheint allerdings nur beschränkt verallgemeinerungsfähig, weshalb darauf zu achten ist, dass nicht Dynastien gepflegt, sondern Unternehmergeist erhalten und tatsächliche Unternehmer (und nicht bloss nach Erleichterungen im Erbgang „jagende“ „Unterlasser“) gefördert werden. Ich sehe den (Art. 9 BGBB nachempfundenen) „Eignungstest“ als die eigentliche Schwierigkeit, weil letztlich auch der Wertschriftenerbe mit Unternehmer-Gen zu bevorzugen, der Unternehmenserbe mit idealem Golf-Handicap aber kaum geeignet ist.
- *Unterhaltsstiftungen*: Eine Nuancierung der Praxis würde genügen, um das Institut aufleben lassen.
- *Steuerrecht*: Die steuerrechtlichen Implikationen haben (besonders aktuell) eine ausgesprochen politische Komponente. Aus zivilrechtlicher Sicht ist zu fordern, dass nicht-erbrechtliche Leistungen (dazu gehören auch Leistungen der 2. Säule oder gewisser Formen der gebundenen Vorsorge) oder (steuerliche) Belastungen zu einem „Netto-Gesamt-Vermögensanfall“ beim Einzelnen führen, der nicht verzerrt ist bzw. dem erblasserischen Begünstigungswillen Rechnung trägt. Die aktuellen, kantonale divergierenden Erbschaftssteuern beeinflussen den bundeszivilrechtlichen erblasserischen Gestaltungsspielraum (was systemwidrig ist und den zivilrechtlichen Wertungen zuwiderläuft – im Grunde wird Freundschaft bestraft und Status um des Status willen belohnt), die Erbschaftssteuerinitiative würde zwar dieses Problem beheben, schöpft aber in einem Mass Liquidität ab, dass Erteilungen massiv erschwert würden. Erbschafts- und lebenslange Vermögenssteuern sind in eine vergleichende *Gesamt*betrachtung einzubeziehen, um nicht private Ersparnisbildung übermässig zu belasten. Erbschaften sind *nicht* Einkommen, sondern Vermögenstransfer.

Für einige weitere Punkte und Einzelheiten (Gewährleistung der Urteilsfähigkeit, aber auch Respekt vor persönlichen Anliegen nur knapp urteilsfähiger Testierwilliger; ferner etwa die Frage der „Risiko-Verteilung“ unter Erben und Erblassergläubigern) verweise ich auf den vorstehenden Bericht, der – um es zu wiederholen – auftragsgemäss „Skizze“ ist und in Manchem ergänzungs- und vertiefungsfähig wäre.

Anhang: **Stichworte zu einer Revisionsdiskussionsagenda** (aus: Unterlage zum 6. Schweizerischen Erbrechtstag vom 25. August 2011 in Zürich)

**Allgemeine Rahmenbedingungen:**

Regelung des 19. im 21. Jahrhundert? Selbstverständlichkeit des Generationenübergangs – dieser verbindet, ist nachhaltig, bewahrt Werte und vermittelt diese: Wir sind eine *Gesellschaft von Erben*, und nicht von autonom diktierenden Erblässern – Generationen *nach* uns sind *auch* autonom! Zwar haben Erben nur Erban-wart-schaften, Erblasser aber nach dem Tod richtigerweise nur noch sehr beschränkte *Handlungsfähigkeit*. Diskussion losgelöst von Generationenegoismus!

**Funktion des Erbrechts/  
Koordination mit Vorsorge:**

Bezügl *Unterhaltssicherungsft* ergänzen sich die drei Säulen (ErbR als 3. Säule); im *unterhalts-übersteigenden* Bereich des *Vermögenstransfers* unter Generationen (ggü überlebenden EhegattInnen steht bezügl gemeinsam erarbeiteten Vermögen bzw bei Verwitwung in biografisch früher Phase die Unterhaltssicherung im Vordergrund, in grosszügiger Handhabung der Kriterien von ZGB 125) ist im volkswirtschaftlichen Interesse *rascher Generationen-übergang* anzustreben statt „Immobilisierung“ der Vermögen in der Rentnergeneration – empfangene Werte wären aber nachhaltig und nicht konsumbezogen zu nutzen; ggf Beteiligung mehrerer Generationen („Enkel-Erbrecht“, Kriterien zu definieren, zB Voraus für Enkel mit Kindern?)

**Erben:**

gesetzliche Erben:

Kriterien: Nähe zum Erblasser (Status und/oder emotional-affektive Nähe?) – oder ist Nähe gar verdächtig (Dienstleister und/oder Erbschleicher)? „Beschleunigung“ des Vererbungsprozesses durch Generationensprung (Enkel als gesetzl Erben)?

Individuelle Gestaltung/  
Pflichtteile

*Kreis* der Pflichtteilsberechtigten – oder **Abschaffung des Pflichtteils?** (dazu *Referat VÖGELI*) *Umfang* des Pflichtteils? Umfang bez Quote; Umfang bez nomineller Begrenzung? *Koordination* mit vorsorge- und versicherungsrechtlicher *Gesamtbegünstigung*  
*Individualisierungen* innerhalb des Kreises der PT-Berechtigten (sog. *mejora*)?  
*Einflüsse der Nachlassstruktur/-zusammensetzung* (BGBB-/KMU-Nachlass: Privilegierung des „geeigneten Selbstbewirtschafters“ [auch als Teilungsregel]; KGTG-Aspekte)?  
*Einflüsse in der Person* der Beteiligten (Behindertentestament); „Konkurrenz-Situationen“ in Patchwork-Familien?  
Abgeltung von Pflegeleistungen? (der gute alte Lidlohn!)  
*Lokal oder global?* Trustee oder Gemeinder?  
*Einflüsse aufgrund des Umfangs* des Nachlasses?  
Privilegierung von *charity* („charitable correctness“)?

Gestaltungsinstrumente

Zweck(erweiterung) bei der Familienstiftung; Technische Detailspekte, etwa bez Nachbegünstigungslösungen, Nutzniessung (Verbrauch; Verwaltungskosten)

Testament / Erbvertrag

Urteilsfähigkeitskontrolle? Evtl durch MMS; öff Beurkundung mit Zeugen? Unabhängigkeit der Urkundsperson? (Implikationen bez Freiwilliger Gerichtsbarkeit: Behörde/Gericht/privates Notariat)

**Erbgang:**

*Beschleunigung von Nachlassabwicklung und Teilung* wäre ein Aspekt, um das beklagte „späte Erben“ nicht noch weiter hinauszuschieben; entscheidend für das Individuum ist die möglichst rasche, konfliktfreie autonome Verfügbarkeit der eigenen Quote nach Steuern etc.

Nachlasssichernde Massnahmen

Informationsrechte; adäquate Ordnung der erbrechtlichen Sicherungsmassnahmen; Koordination mit lebzeitigen Vorkehren (Vorsorgeauftrag, Art. 360 nZGB)

Ämter (inkl WV)

Koordination von Aufsicht (vM), materieller Beurteilung und Haftung; evtl *ruling*? (erfordert bundesweit einheitliche Dotierung der ABs)

Erbschein

Einheitliches Verfahren bez Ausstellung des Erbscheins, einheitliche Qualität des Erbscheins, internationale Freizügigkeit erbrechtlicher Legitimationstitel

Ausschlagung/öff Inventar

Haftungsbegrenzung als Regel und nicht als Ausnahme: wer soll das Risiko des überschuldeten Nachlasses tragen? Wäre das bei atomisierter Familienstruktur nicht eher den Gläubigern des Erblassers als den Erben zuzumuten? Beschränkung gutgläubiger Erben auf Bereicherung? Wertverluste durch konkursamtliche Liquidation bei Ausschlagung?

Teilungsbeschleunigung  
analog Güterrecht

Mediation; Gewinnbeteiligungsrechte; verbindl Schätzung (evtl in Kombination mit **Schiedsgerichten**? Dazu *Referat KRUG*); Affinität zu einzelnen Objekten als Teilungsregel („*attribution préférentielle*“ à la BGBB, 611 II als gerichtl Teilungsregel?); Zahlungsaufschub/Sicherstellung

Konfliktminimierung/  
Mediation

als Leitprinzip – im Bewusstsein um eine verbleibende Quote hochkonfliktueller Fälle; *Konfliktminimierung als Ziel individueller Nachlassplanung* (jedes *asset protecting* löst *asset tracing* aus!)

**Koordination mit  
Steuern:**

Erbchaftssteuer als politisches *perpetuum mobile* – aber: aus (*bundes*)zivilrechtlicher Sicht prägt *kantonale* Erbschaftssteuer in (teils massiv) ungleicher Art letztlich *gleiche* verwandtschaftliche (z.B. Stief-) oder sonstige Nahebeziehungen und führt zu (teils massiv) unterschiedlichem Vermögensanfall *nach* Steuern; zumindest formelle Harmonisierung des kant. Erb/SchSteuerRs, evtl auch bez Stundungs-/Aufschubmöglichkeiten

Steuerliche Kategorisierung nach Art des Nachlassvermögens ist Verletzung des Gleichheitsprinzips (der Unternehmererbe ist nicht zwingend der privilegierungswürdige Unternehmensnachfolger; dem unternehmerisch geeigneten „Wertschriftenerven“ kann Wagniskapital entzogen werden); Nachlässe sind (insbes aufgrund unterschiedlicher Immobilienwerte) innerhalb der Schweiz unterschiedlich „werthaltig“, was die Diskussion erschwert.