DJS JDS GDS

Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz
Juristes Démocrates de Suisse
Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri
Giuristas e Giurists Democratics Svizzers

Schwanengasse 9
3011 Bern
Tel 078 617 87 17
info@djs-jds.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz

3003 Bern

per E-Mail an alexandre.brodard@bj.admin.ch

Bern, 19. Juni 2016

Stellungnahme der DJS zur Revision des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS) nehmen Stellung zur im März 2016 eröffneten Vernehmlassung zur Revision des Erbrechts (Vernehmlassungsfrist: 20. Juni 2016).

I. Zusammenfassung

Zusammenfassend teilen wir die Auffassung, dass das **Pflichtteilsrecht** im Interesse einer grösseren Freiheit des Erblassers oder der Erblasserin zu revidieren ist. Wir sind allerdings im Unterschied zum Vorentwurf nicht der Meinung, dass die Reduktion der Pflichtteile auch den überlebenden Ehegatten betreffen soll (Ziff. 5.1, S. 3 f.).

Wir begrüssen die Einführung eines **Unterhaltsvermächtnisses**, wobei wir den Vorentwurf im Einzelnen für verbesserungsfähig halten. Wir unterbreiten Ihnen einen Textvorschlag (Ziff. 5.2, S. 4 ff.).

Wir schlagen vor, die **Pflichtteilsberechtigung während des Scheidungsprozesses** an andere Voraussetzungen zu knüpfen und unterbreiten Ihnen dazu einen Textvorschlag (Ziff. 6.3, S. 8 ff.). Wir zweifeln an der Notwendigkeit einer Regelung gegen die **Erbschleicherei** (Ziff. 6.5, S. 10 ff.); falls man sie beschliesst, müsste man sie u.E. anders fassen (S. 13 ff. mit Textvorschlag).

Wir halten die Änderung des Umfangs der **Herabsetzung in der gesetzlichen Erbfolge** nicht für nötig (Ziff. 6.9., S. 16 f.).

Weitere Punkte des Vorentwurfs überzeugen uns samt ihrer Begründung, sodass wir uns dazu nicht weiter äussern. Die Stellungnahme folgt der Systematik des erläuternden Berichtes.

II. Im Einzelnen dem erläuternden Bericht folgend

Keine Bemerkungen zu Ziff. 1, 2 und 4 des erläuternden Berichts.

3. Revisionsbedarf und Stossrichtung

3.4. Pflichtteilsrecht

Einverstanden mit der Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen
Einverstanden mit der Aufhebung des Pflichtteils der Eltern

3.5. Besserstellung des überlebenden Ehegatten oder Partners

Einverstanden mit dem Fazit, wonach dem Erblasser durch grössere Verfügungsfreiheit die Möglichkeit gegeben werden muss, im Einzelfall angemessene Lösungen treffen zu können. Nicht einverstanden mit der Kürzung des Pflichtteiles des überlebenden Ehegatten, die dem Postulat von dessen Besserstellung zuwiderläuft.

3.6. Bedeutung eines effektiven Naheverhältnisses

Keine Bemerkungen, vgl. zum Unterhaltsvermächtnis Ziff. 0.

3.7. Erbberechtigung des/der faktischen Lebenspartners/in

Es scheint uns richtig, dass ein Erbrecht von faktischen Lebenspartnern daran scheitert, dass die faktische Lebenspartnerschaft nicht genügend klar umschrieben werden kann und deshalb das Gericht zu einer nachträglichen Beurteilung von deren Qualität gezwungen wäre, was unpraktikabel, aber auch unerwünscht ist.
Richtig ist, dass die Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen und die Abschaffung der Pflichtteile der Eltern den eingetragenen Partnern wie den unverheirateten Paaren mehr Freiheitsgrade zugesteht, was zu begrüssen ist.

3.8. Stiefkinder

Einverstanden, dass ein von der Beziehungsqualität abhängiges gesetzliches Erbrecht der Stiefkinder unpraktikabel ist. Auch hier liegt die Lösung in der Gewährung grösserer Freiheit durch kleinere Pflichtteile, wie richtig ausgeführt wird. Fragen kann sich, ob nicht die Pflichtteile der Kinder (zusätzlich) reduziert werden sollen, wenn Stiefkinder begünstigt werden sollen. Die Beziehungsqualität zu beurteilen läge dann allein im Ermessen des Stiefelternteils (Erblasser). Definiert werden müsste nur der objektive Teil der „Stiefkindschaft“, was jedenfalls dann keine allzu grossen Schwierigkeiten bereiten sollte, wenn der Stiefelternteil mit dem Elternteil des Kindes verheiratet wäre oder in einer eingetragenen Partnerschaft leben würde.
Allerdings kann man mit guten Gründen und mit dem Entwurf argumentieren, dass die Halbierung des Pflichtteils der Kinder auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteiles dem Erblasser für Stiefkinder Raum lässt: Die Stiefkinder können mit dem Erbteil, der den leiblichen Kindern dadurch entzogen wird, dass sie auf den Pflichtteil gesetzt werden, zusammen allen Erbteilen der leiblichen Kinder gleichgesetzt werden.

3.9. Vereinheitlichung der steuerlichen Vorgaben

Es ist natürlich einzuräumen, dass es sich bei der Frage der Erbschaftssteuer nicht um ein Thema handelt, das mit einer Revision des ZGB beiläufig auch noch behandelt werden könnte. Zudem bestehen derzeit kaum Chancen für eine Vereinheitlichung des Erbschaftssteuerrechts.
Dies gesagt, wäre nach unserer Auffassung nach wie vor diese Vereinheitlichung die einzig richtige Lösung. Sie würde bei entsprechender Ausgestaltung das Problem etwas entschärfen, welches der erläuternde Bericht auf S. 6 erwähnt (Konzentration der Vermögen in der Rentnergeneration), und sie würde den Steuerwettbewerb zwischen den Kantonen auf diesem Gebiet beenden und (wieder) erlauben, Steuern gerade auch dort zu erheben, wo nicht eigene Leistung zu Vermögen führt.

3.10. weitere offene Fragen

siehe Bemerkungen zu Ziff. 6

5. Umsetzung der Motion Gutzwiller

5.1. Verkleinerung der Pflichtteile

a. Verkleinerung der Pflichtteile der Nachkommen:

Einverstanden; ev. wäre auch eine Reduktion auf 1/3 des gesetzlichen Erbteils angezeigt (siehe b. am Ende).

b. Verkleinerung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten:

Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten soll gemäss Vorentwurf auf ein Viertel des gesetzlichen Erbteils reduziert werden:

Vgl. der Pflichtteile	**de lege lata**	verfügbare Quote	**gemäss Vorentwurf**	verfügbare Quote
Kinder allein	6/8	2/8	**4/8**	4/8
Ehegatten allein	2/8	6/8	**1/8**	7/8
Kinder in Konkurrenz mit Ehegatten	3/8	3/8	**2/8**	5/8
Ehegatten in Konkurrenz zu Kindern	2/8		**1/8**	

Die Tabelle zeigt, dass die Verkleinerung der Pflichtteile jedenfalls proportional stärker zulasten der überlebenden Ehegatten geht und weniger zulasten der Kinder.
Die heute geltende Lösung mit einem gesetzlichen Erbteil von 1/2 und einem Pflichtteil von 1/4 wurde mit der Revision des Eherechts 1988 eingeführt. Damals wurde der gesetzliche Erbteil verdoppelt. Der Pflichtteil blieb mit einem Viertel unverändert. Mit dem Entwurf würde dem Pflichtteil der Nachkommen von 4/8 ein solcher des überlebenden Ehegatten von nur gerade 1/8 gegenüberstehen.
An der bisherigen Lösung eines Pflichtteils von 1/2 des gesetzlichen Erbteils ist festzuhalten. Die eheliche Solidarität gebietet, dass der überlebende Ehegatte den bisherigen Lebensstandard wenn möglich soll weiterführen können. Die Gefahr, dass dies in einer zunehmenden Zahl von Fällen nicht mehr möglich ist, wenn der Ehegatte auf den Pflichtteil gesetzt wird, ist beträchtlich. Die Freiheit des Erblassers soll nicht zulasten seiner Solidar-Verpflichtungen gegenüber dem überleben-

den Ehegatten vergrössert werden. Hingegen bestehen solche Verpflichtungen in der Regel den Kindern gegenüber in weniger ausgeprägter Form: Sie haben zum Aufbau des Vermögens der Eltern nicht beigetragen und sie sind in der Regel im Vergleich zu den überlebenden Ehegatten eher in der Lage, ihre Lage aus eigener Kraft zu gestalten. Kommt hinzu, dass im Normalfall die Kinder später den nachversterbenden Elternteil beerben.
Soll die verfügbare Quote von Erblassern mit Ehegatten und Kindern über das hinaus erhöht werden, was sich aus dem Entwurf betreffend des Pflichtteils der Kinder ergibt, ist dieser weiter (z.B. auf 1/3 des gesetzlichen Erbteils) zu senken.
Besteht das Bedürfnis, speziellen Problemen im Zusammenhang mit der Vererbung bzw. der Erhaltung bisher vom Erblasser geführter Unternehmen Rechnung zu tragen, sind unserer Meinung nach nicht die Pflichtteile weiter zu reduzieren, sondern ist zu überlegen, ob eine Art „KMU – Erbrecht“ in Analogie zum bäuerlichen Erbrecht geschaffen werden soll.

5.2. Unterhaltsvermächtnis

Einverstanden aus den im Entwurf genannten Gründen der Praktikabilität, dass kein gesetzlicher Erbteil für faktische Partner vorgesehen wird.
Der Entwurf beschreitet mit diesem Vermächtnis, das ohne Willen des Erblassers vom Gericht zugesprochen werden kann, Neuland. Grundsätzlich begrüssen wir den Vorschlag, sind aber der Meinung, er müsse in verschiedener Hinsicht verbessert werden.

a. Unterhaltsvermächtnis gemäss Vorentwurf Art. 484a Ziff. 1

Erhebliche Leistungen: Es scheint sich beim vorgeschlagenen Institut um den Ausgleich bisher nicht entgoltener Leistungen zu handeln: Da dieser Ausgleich aus dem Nachlass zu finanzieren ist, ist damit vorausgesetzt, dass der Erblasser die durch das richterliche Vermächtnis erbrachten Leistungen auch direkt hätte erbringen können. Es wird also an eine Art der (vielleicht unbewussten) Ausnützung einer Person gedacht. Auch dort, wo die die Leistungen deswegen unentschädigt blieben, weil keine Liquidität, sondern z.B. nur Wohneigentum vorhanden war, hätte der Erblasser die Entschädigung durch ein letztwilliges Legat oder die Erbeinsetzung selbst vorsehen können.
Die vorgeschlagene neue Bestimmung erinnert an das Institut des Lidlohns von Kindern und Enkeln gemäss Art. 334 f. ZGB. Dort werden Arbeit oder zugewendete Einkünfte entschädigt. Beides kann ohne weiteres unter den Begriff der Leistungen im Sinne des vorgeschlagenen Art. 484a ZGB subsumiert werden: Pflegeleistungen (am Erblasser) oder Betreuungsleistungen (an Kindern des Erblassers) sind Arbeit. Dass finanzielle Zuwendungen ebenfalls zu entschädigen wären, liegt nahe: Es ist denkbar, dass der Erblasser erhebliche Zuwendungen erhielt, weil er nicht über genü-

gende liquide Mittel verfügte, die aber z.B. mit dem Verkauf von Wohneigentum nach dem Tod des Erblassers vorhanden sind. Die vorgeschlagene Lösung scheint dies, da nur von einer Rente die Rede ist, nicht im Auge zu haben.

Faktische Lebensgemeinschaft von mindestens 3 Jahren: Ferner stellt sich die Frage, weshalb dieser Ausgleich nur dann angeordnet werden soll, wenn zwischen dem Erblasser und der „ausgenützten" Person eine faktische Lebensgemeinschaft bestanden hat, also wohl eine Art eheähnliche Gemeinschaft. Diese Abgrenzung ergibt sich nicht hauptsächlich aus dem Wortlaut der „faktischen Lebensgemeinschaft", sondern auch aus dem Hinweis in den Erläuterungen, dass eine reine Wohngemeinschaft von zwei Geschwistern nicht genüge. Wenn aber eine Schwester sich jahrelang um die Kinder ihres Bruders kümmert oder eine Haushälterin um einen kranken Arbeitgeber, ohne dass sie angemessen entschädigt werden, ist es ebenso stossend, wenn sie beim Tode aus dessen Erbe nicht entschädigt werden, wie bei einer faktischen Lebensgemeinschaft. Die Gefahr, ausgenützt zu werden, besteht nicht nur bei einer eheähnlichen Gemeinschaft. Wenn das Institut nicht neue Ungerechtigkeiten zur Folge haben soll, sollte es für alle engen Beziehungen geöffnet werden, ohne nach deren intimem Charakter zu fragen.
Problematisch erscheint ferner die vorausgesetzte zeitliche Dauer von 3 Jahren, die etwas Zufälliges an sich hat. Nicht die Dauer, sondern die Höhe der unentschädigten Leistung und allenfalls deren Folgen für den Leistenden (z.B. Vermögensverminderung infolge von unentgeltlichen Zuwendungen; Verminderung der Erwerbsmöglichkeiten durch Aufgabe oder Nichtantritt einer Stelle) sollte entscheidend für den Anspruch sein. Dabei kann die Zeit als ein Faktor durchaus mitberücksichtigt werden.

b. Unterhaltsvermächtnis gemäss Art. 484a Abs. 1 Ziff. 2

Minderjährigkeit: Es ist nicht klar, ob die Minderjährigkeit im Moment des Todes Voraussetzung ist. Wenn dies, wie vermutet wird, der Fall ist, sollte dies klargestellt werden.
Allerdings sind wir der Meinung, dass dies verkennt, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit häufig nicht mit der Erreichung des 18. Altersjahres aufhört. Viele junge Erwachsene sind mit 18 Jahren, geht man von ihrem Berufsziel aus, nicht erwerbsfähig. Steht fest, dass der Erblasser auch über die Mündigkeit hinaus unterstützt hätte (oder hat er sogar tatsächlich über die Mündigkeit hinaus unterstützt), um eine bestimmte Berufsbildung zu ermöglichen, ist der Sachverhalt nicht anders, als vor der Mündigkeit. Die Möglichkeit, Stipendien zu beziehen, ändert sich wohl mit dem Tod des Erblassers nicht, da voraussetzungsgemäss kein Erbschaftsverhältnis besteht, es sich also beim Erblasser weder um einen Eltern- noch Grosselternteil handelt. Andere (indirekte) Änderungen der wirtschaftlichen Situation (z.B. Verbesserung der wirtschaftlichen Situation eines Elternteils des

Anspruchsberechtigten) können im Zusammenhang mit der allgemeinen Regel des „angemessenen Lebensunterhalts“ berücksichtigt werden.

5-Jahresfrist: Auch hier überzeugt die Zeit als Voraussetzung nicht, sondern droht zu zufälligen Ergebnissen zu führen. Die Zeit, in der bereits vor dem Tod unterstützt wurde, kann als ein Faktor unter anderen bei der Frage berücksichtigt werden, ob davon auszugehen ist, dass die Unterstützung vom Erblasser ohne seinen Tod fortgesetzt worden wäre.

Gemeinsamer Haushalt: Auch diese Voraussetzung erscheint unnötig und kann zu falschen Ergebnissen führen: Wo z.B. ein gemeinsamer Haushalt nicht, die Unterstützung aber dennoch vom Erblasser gewünscht wird oder wo die Ausbildung einen anderen Wohnsitz des Unterstützten erfordert, verfehlt die Regelung ihr Ziel. Auch diese Frage kann im Zusammenhang mit der zentralen Frage der Wahrscheinlichkeit der Fortsetzung der Unterstützung berücksichtigt werden.

c. Die weiteren Voraussetzungen gemäss Ziff. 1 und Ziff. 2

Aufrechterhaltung des Lebensstandards als obere Grenze: einverstanden

Zumutbarkeit für die Erben: Hier lässt der Entwurf alles offen. Er gibt keine Hinweise, woran sich die Zumutbarkeit messen lassen soll. Das Gericht hat nicht die geringsten Anhaltspunkte, was der Gesetzgeber den Erben zumuten will. Möglicher Anknüpfungspunkt könnte jedoch der Pflichtteil sein: Hätte der Erblasser das Vermächtnis selbst verfügt, hätte er bis zur vom Pflichtteilsschutz gesetzten Grenze gehen können. Es ist nicht einzusehen, weshalb dies, unter der Voraussetzung, dass das Gericht die nicht entschädigte Leistung überhaupt so hoch einschätzt, nicht zumutbar sein sollte. Dies sollte unserer Meinung nach das Gesetz sagen.
Dass die übrige finanzielle Lage der Erben (von der Höhe des Nachlasses abgesehen) eine Rolle spielen soll, scheint uns ein sachfremdes Kriterium.

Verwirkung: Die Frist ist ganz ungewöhnlich kurz. Angesichts der vorausgesetzten Beziehung zwischen Erblasser und der ansprechenden Partei, ist davon auszugehen, dass der Tod ein schwerer Einschnitt im Leben darstellt. Sich in dieser kurzen Zeit dennoch über einen möglichen Anspruch Klarheit zu verschaffen, d.h. wohl, sich beraten zu lassen, und allfällige Gespräche mit den Erben zu führen, um einen Prozess zu vermeiden, ist nicht realistisch. Wenn der Anspruch ernst gemeint sein soll, ist eine Frist von einem Jahr nötig. (Der Hinweis auf die 3-monatige Ausschlagungsfrist verkennt die Möglichkeit, mit dem Begehren um ein Sicherungsinventar bzw. ein

öffentliches Inventar die Frist massgeblich zu verlängern; ausserdem besteht gemäss Art. 576 bei wichtigen Gründen die Möglichkeit, die Ausschlagungsfrist direkt zu verlängern.)

d. Textvorschlag für Art. 484a ZGB:

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

1. mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat und während dieses Zusammenlebens erhebliche Leistungen oder erhebliche finanzielle Zuwendungen im Interesse des Erblassers erbracht hat;

2. während ihrer Minderjährigkeit oder während ihrer beruflichen Ausbildung vom Erblasser finanzielle Unterstützung erhalten hat, welche dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre.

Die Ausrichtung des Vermächtnisses darf allfällige Pflichtteile der Erben nicht verletzen.
Das Vermächtnis wird auf Klage hin festgesetzt, die innert einer Verwirkungsfrist von einem Jahr nach Kenntnis des Todes des Erblassers einzureichen ist.

6. Weitere offene Fragen

6.1. Zusätzliche Vorschlagszuteilung durch Ehevertrag

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.2. Nutzniessung durch den überlebenden Ehegatten

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.3. Pflichtteilsberechtigung während Scheidungsprozess

Es erscheint nicht richtig, den Unterschied zwischen der Lage bei Einführung des ZGB und heute in der heute besseren Vorsorge zu sehen (S. 31, dritter Absatz). Auch bei Einführung des ZGB entfiel das Erbrecht des geschiedenen überlebenden Ehegatten und damit seine Vorsorgewirkung. Der Unterschied, der eine neue Regelung heute ermöglicht, liegt im unterschiedlichen Scheidungs-

recht, d.h. in den unterschiedlichen Voraussetzungen an die Scheidung. War bis zur Revision des Scheidungsrechtes bis zur Rechtskraft des Urteils unsicher, ob es überhaupt zur Scheidung kommen werde, steht dies heute bei einem gemeinsamen Scheidungsantrag weitgehend fest, was es erlaubt, gemäss dem Vorentwurf in Art. 472 Ziff 1 das Pflichtteilsrecht bei einem gemeinsamen Scheidungsantrag aufzuheben, wobei gemäss dem Vorentwurf allerdings die Überprüfung der Freiwilligkeit und der Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens im Sinne von Art. 111 Abs. 2 ZGB unterbleibt.
Hingegen überzeugt die zweite Variante in Art. 472 Ziff. 2 nicht: die zweijährige Dauer des Scheidungsprozesses ist kein brauchbares Indiz dafür, dass es tatsächlich zur Scheidung kommen werde (und nur diese Gewissheit rechtfertigt u.E. die vorzeitige Aufhebung des Pflichtteilschutzes für den überlebenden Ehegatten).
Deshalb schiene eine Lösung sachlich richtig, die ausschliesslich darauf abstellt, ob das Scheidungsverfahren mit hinreichender Sicherheit bei beidseitigem Überleben zur Scheidung geführt hätte. Dem Scheidungsrichter wäre nach dem Tod einer Partei eines Scheidungsverfahrens ohne weiteres möglich, eine Feststellung zu treffen, ob die Voraussetzungen für eine Scheidung gemäss Stand des Verfahrens hinreichend sicher gegeben waren: sei es auf Grund eines im Sinne von Art. 111 Abs. 2 ZGB überprüften gemeinsamen Scheidungsbegehrens, sei es weil die zweijährige Trennungszeit (Art. 114 ZGB) bereits nachgewiesen oder unbestritten geblieben ist, sei es, dass die Unzumutbarkeit der Ehe (Art. 115 ZGB) unbestritten geblieben ist oder bereits nachgewiesen wurde.

Vorschlag einer entsprechend angepassten Fassung von Art. 472 ZGB:

Der überlebende Ehegatte, die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner verliert seinen oder ihren Pflichtteilsanspruch, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig ist, es sei denn, dass das Scheidungsgericht auf Antrag des überlebenden Ehegatten feststellt, dass auf Grund des bisherigen Vorbringens beider Parteien im Verfahren oder auf Grund eines durchgeführten Beweisverfahrens unsicher sei, dass die Scheidung ausgesprochen worden wäre.

Art. 31 Abs. 2 PG:
Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung in einer letztwilligen Verfügung oder im Vermögensvertrag gemäss Art. 25 hat die gerichtliche Auflösung oder die Einleitung eines Auflösungsverfahrens den Verlust des Pflichtteilsanspruchs unter entsprechenden Voraussetzungen zur Folge wie die Scheidung bzw. die Hängigkeit des Scheidungsverfahrens.

Redaktionell Art. 120 Abs. 2 und Art. 241 Abs. 4 ZGB:

Unter Vorbehalt einer *darin enthaltenen* abweichenden Anordnung werden Verfügungen von Todes wegen zugunsten des überlebenden Ehegatten hinfällig, sofern die Ehe im Zeitpunkt des Todes geschieden ist oder ein Scheidungsverfahren hängig ist, das den Verlust des Pflichtteilsanspruches des überlebenden Ehegatten zur Folge hat.

6.4. Gebundene Vorsorge, berufliche Vorsorge, Lebensversicherungen

Wir begrüssen es, dass klargestellt wird, dass die Leistungen aus beruflicher Vorsorge nicht in den Nachlass fallen und sind mit dem Vorentwurf auch hinsichtlich der Lebensversicherungen und den Erläuterungen einverstanden.

6.5. Erbschleicherei

a. Allgemeine Überlegungen

Im Fall BGE 132 III 305 führte die Erkenntnis zur Erbunwürdigkeit des Beklagten, dass dieser die Erblasserin im Glauben liess, seine Zuwendung ihr gegenüber entspringe echter Freundschaft und Zuneigung. Der Beklagte habe hingegen nicht aus Freundschaft gehandelt, sondern sich bereichern wollen. Es dürfte sich dabei um einen typischen Fall einer Erbschleicherei gehandelt haben. Im Grunde geht es um eine Art Betrug, bei dem die ertrogene Leistung in der Einsetzung als Erbe besteht (oder in der Ausrichtung eines Vermächtnisses), die Täuschung in der Vorspiegelung von „echter Freundschaft und Zuneigung“. Der „Schaden“ tritt bei Dritten ein, wobei diese nicht in einem Rechtsanspruch verkürzt werden, sondern höchsten Falls in einer Erwartung. In der Regel dürfte es sich bei den Betrogenen um alte und/oder einsame Menschen handeln.
Geht man davon aus, dass die Erbschleicherei über eine Täuschung des Erblassers funktioniert, kann nicht gesagt werden, dass die Erbschleicherei im geltenden Gesetz nicht geregelt ist: Sie ist in ihrer Wirkung beim Erblasser eine bestimmte Erscheinungsform des Willensmangels im Sinne von Art. 469 ZGB und sie ist einer der Tatbestände der Erbunwürdigkeit (Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Dies war offenbar auch die Auffassung des Nationalrates (erläuternder Bericht S. 38, 3. Absatz).
Dass trotz dieser rechtlichen Möglichkeiten offenbar teilweise das Gefühl besteht, man sei der Erbschleicherei schutzlos ausgeliefert und deshalb müsse legiferiert werden, hängt u.E. weniger mit dem materiellen Recht als damit zusammen, dass im Einzelfall der Willensmangel schwer nachzuweisen ist, ja oft wohl gar keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Einwirkung auf den

Erblasser im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB vorliegen, sondern blosse Vermutungen der zurückgesetzten Personen. Es dürfte meist problematisch sein, zu beurteilen, ob die „Zuneigung“ bzw. „Freundschaft“ des mutmasslichen „Betrügers“ echt oder vorgetäuscht ist und in welchem Ausmasse. Ebenso schwierig dürfte es (nach dem Tode des Erblassers) sein, einzuschätzen, aus welchen Gründen der Erblasser den präsumtiven Erbschleicher begünstigte. So kann insbesondere durchaus unsicher sein, wie wichtig dem Erblasser die Motive einer Person überhaupt sind, die sich z.B. um ihn kümmert, ob er also sein Testament wirklich auf Grund einer Täuschung geschrieben hat oder ob er in Kauf nahm, dass die Aufmerksamkeit des Begünstigten eigentlich dem erhofften Vorteil geschuldet war. Will man die Freiheit, zu testieren, ernst nehmen, ist aus diesen Gründen grösste Zurückhaltung bei Einschränkungen im Hinblick auf mögliche Erbschleicherei zu üben. Das ist offenbar auch der Standpunkt des Vorentwurfes (erläuternder Bericht S. 39, 3. Absatz).

Das Gefühl, Opfer einer Erbschleicherei zu sein, entsteht nach unserer Erfahrung sehr häufig unter konkurrierenden gesetzlichen Erben, insbesondere unter Kindern des Erblassers, von denen das eine den Eindruck hat, das andere habe die bessere bzw. nähere Beziehung zum Erblasser und dies sei nicht Folge ehrlicher Zuwendung, sondern von Berechnung mit Blick auf die eigene erbrechtliche Stellung. Solches Misstrauen entsteht ferner häufig gegenüber neuen Partnern der Erblasser. Manchmal geht das Gefühl, in seinen (vermeintlichen) Erbansprüchen gefährdet zu sein, so weit, dass schon zu Lebzeiten des Erblassers versucht wird, dem „üblen Treiben“ rechtlich Einhalt zu gebieten.

Keiner dieser Fälle kann als Erbschleicherei bezeichnet werden, sondern stellt den Ausfluss der Testierfreiheit dar, die auch zu als ungerecht und willkürlich empfundenen Resultaten führen kann, ohne dass sich daraus ein legitimes Bedürfnis nach Korrektur über die bestehenden (und allfällig neuen) Regeln insbesondere des Pflichtteilschutzes hinaus herleiten liesse.

Der quantitativ grösste Teil des „von der Öffentlichkeit als stossend und gegen die herrschenden Moralvorstellungen“ verstossend empfundenen Erbschleichereien bedarf u.E. keiner neuen Regelung.

Es fragt sich, ob es sich in Fällen wie jenem, der BGE 132 III 105 zugrundliegen, anders verhält. Der Entscheid zeigt, dass mindestens in krassen Fällen die Möglichkeit besteht, gegen Erbschleicherei zivilrechtlich vorzugehen. Die Frage ist, ob es eine erhebliche Zahl weniger krasser, aber immer noch eindeutiger Fälle gibt, welche eine neue Regelung nötig machen. Wir neigen dazu, die Frage zu verneinen.

Wenn aber eine zusätzliche Regelung getroffen werden soll, müsste sie unserer Überzeugung nach anders aussehen als im Vorentwurf vorgesehen, um ihr Ziel zu erreichen, aber auch, um nicht darüber hinaus zu schiessen.

b. Zum Vorschlag des Vorentwurfs

Der Vorentwurf macht das „Vertrauensverhältnis, das in Ausübung einer beruflichen Funktion entsteht, zum entscheidenden Kriterium“. Der Vorentwurf sieht offenbar jedes auf einer anderen Basis beruhende Vertrauensverhältnis entweder als weniger gefährlich oder dessen Ausnützung als weniger verwerflich an.

Beidem kann nicht beigepflichtet werden. So ist nicht nachzuvollziehen, weshalb die berufliche Beziehung des zitierten Coiffeurs oder des Hauswarts zu einem potentiellen Erblasser gefährlicher sein soll als jede andere z.B. nachbarschaftliche Beziehung, Beziehung am Arbeitsplatz, Beziehung in einem Verein oder einer Kirche etc, aber auch verwandtschaftlichen Beziehung.

Wir halten die Anknüpfung an ein besonderes Vertrauensverhältnis auf Grund der Ausübung eines (beliebigen) Berufes für ein inhaltlich untaugliches, aber auch unpraktikables Kriterium. Denn ob ein (persönliches) Vertrauensverhältnis (falls es überhaupt besteht, was im übrigen nicht tatsächliche Voraussetzung einer letztwilligen Zuwendung ist) auf der beruflichen Beziehung beruht, ist dann, wenn aus der beruflichen Beziehung eine persönliche entsteht oder dann, wenn die berufliche Beziehung bloss neben einer davon unabhängigen persönlichen Beziehung besteht, nicht festzustellen. Ist der Hauswart mit einem Mieter eng befreundet, hat wohl eine ihn begünstigende letztwillige Verfügung mit seinem Beruf nichts zu tun und ist nicht einzusehen, warum er nicht mit letztwilliger Verfügung soll bedacht werden können.

Sodann setzt die Regelung gemäss Art. 541a des Vorentwurfes voraus, dass die berufliche Beziehung und deren Zusammenhang mit einem Vertrauensverhältnis bekannt ist. Die Erbunwürdigkeit, an welche der Vorentwurf anknüpft, tritt gemäss der geltenden Regelung zwar von Gesetzes wegen ein und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Da die Behörden und Gerichte wohl in den wenigsten Fällen vom Sachverhalt, der zur Erbunwürdigkeit führt, Kenntnis haben, sind die Interessierten gezwungen, auf Feststellung der Erbunwürdigkeit zu klagen. Die Beweislast für die der Erbunwürdigkeit zugrundeliegenden Tatsachen trägt der Kläger. Er muss bei der Regelung gemäss Vorentwurf das Vertrauensverhältnis, die berufliche Funktion und den Zusammenhang zwischen beruflicher Funktion und Vertrauensverhältnis nachweisen. Es ist zu befürchten, dass dies oft nicht einfacher sein dürfte, als der Nachweis eines Willensmangels oder einer Erbunwürdigkeit gemäss geltendem Recht. Noch schwieriger dürfte dies sein, wenn die letztwillige Verfügung einen Angehörigen einer Person mit beruflich bedingter Beziehung zum Erblasser betrifft.

Der Vorentwurf will Zuwendungen an Vertrauenspersonen nicht generell verbieten, sondern nur soweit einschränken, als sie über einem Viertel des Nachlasses liegen. Damit würde eine Art „Freiheit zur Erbschleicherei“ geschaffen, die je nach Vermögen des Erblassers sehr weit gehen kann. Auch diesen Ansatz halten wir für untauglich. Dort, wo Kinder mit dem Erbschleicher konkur-

rieren, ändert der Vorentwurf nichts am heutigen Zustand: der „Erbschleicher“ kann in diesem Falle heute ohnehin höchstens einen Viertel des Nachlasses erhalten.

c. Versuch eines Alternativvorschlags

Will man in einer Regelung, welche die Erbschleicherei verhindern soll, am Beruf anknüpfen, müsste ein berufstypisches Gefährdungs- bzw. Abhängigkeitspotential Kriterium sein. Am ehesten als „gefährlich“ könnten beratende Berufe erachtet werden, die ihrer Eigenart nach Einblicke in sehr private Verhältnisse erlauben; somit Anwälte und andere Rechtsberater, Vermögensberater/Treuhänder, Ärzte, behandelnde Psychologen, Seelsorger. Während die „Gefährlichkeit“ des Anwalts und der Treuhänder vor allem darin gesehen werden könnte, dass sie erbrechtliche Beratung erteilen können, liegt diese bei anderen der genannten Berufen eher im besonderen Potential, Abhängigkeit zu schaffen.

Geht man davon aus, dass die Freiheit des Testierens nicht über Gebühr einzuschränken ist, und will man aber gleichzeitig die Erbschleicherei durch bestimmte Berufsgruppen erschweren, scheint uns ein Ansatz denkbar, der zu Lebzeiten des Erblassers ansetzt: Will eine Person einen Angehörigen der genannten Berufsgattungen letztwillig begünstigen, soll eine entsprechende letztwillige Verfügung in einer bestimmten Form errichtet werden müssen, bei der entscheidend wäre, dass der Erblasser von einer Urkundsperson (Art. 499 ZGB) zur fraglichen Verfügung befragt wird und in der er auf deren Problematik aufmerksam gemacht wird. Ist dies geschehen und hält der Verfügende an seinem Willen fest, gilt die Verfügung. Wird diese Form nicht eingehalten, ist sie von denselben Personen anfechtbar wie ein Testament, das andere Formvorschriften nicht einhält (Art. 520 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 519 Ab. 2 ZGB) oder an einem Willensmangel leidet (Art. 519 Abs. 2 ZGB). Analog zu Art. 520 Abs. 2 ZGB schiene es richtig, nur die spezifische Verfügung zugunsten des Angehörigen einer der fraglichen Berufsgruppen anfechtbar zu erklären, und nicht die ganze Verfügung.

In einer solchen Regelung läge für letztwillige Verfügungen zugunsten von Angehörigen der genannten Berufsgruppen die unwiderlegbare Vermutung eines Willensmangels im Sinne von Art. 469 ZGB, wenn sie nicht in der vorgeschriebenen Form getroffen werden. Sie hätte für die entsprechende Verfügung dieselben Folgen wie ein Willensmangel, wäre aber nicht mit den Schwierigkeiten verbunden, einen Willensmangel substantiiert zu behaupten und zu beweisen.

Die vorgeschriebene Form beseitigt die Vermutung des Willensmangels. Dass solche Verfügungen durch die vorgeschriebene Form der Befragung durch die Urkundsperson gültig werden, auch wenn sie möglicherweise die Folge von Täuschung sind, entspricht dem Postulat der Testierfreiheit und einem Gedanken, der auch Art. 469 Abs. 2 ZGB zugrunde liegt: Auch wenn ein Willensmangel vorliegt, wird die letztwillige Verfügung gültig, wenn der Erblasser sie nicht (dort innert eines Jah-

res) aufhebt, nachdem er vom Irrtum oder der Täuschung Kenntnis erhalten hat. Wenn der Erblasser sich in der Befragung durch die Urkundsperson bewusst wird, dass er sich in einem Irrtum über die Motive des Begünstigten befunden hat oder befinden könnte, kann er an seinem Begünstigungswillen trotzdem festhalten. Die Möglichkeit, nach bisherigem Recht einen effektiven Willensmangel oder die Erbunwürdigkeit geltend zu machen, besteht weiterhin.
Selbstverständlich liegt in einem solchen Vorgang keine Garantie dafür, dass es nicht mehr zu Erbschleicherei kommt. Immerhin könnten damit jene Fälle vermieden werden, wo Erblasser ohne Erfahrung und Widerstandskraft sich vom Erbschleicher beeinflussen liessen, aber auf aufklärende Hinweise von neutraler Seite reagieren. Wo ihre Willensbildung der Hinterfragung durch die Urkundsperson standhält, ist wohl nicht feststellbar, dass die Verfügung auf einer Täuschung beruht (es sei denn, die Urteilsfähigkeit fehle). Dann aber gibt es keinen vernünftigen Anlass für einen Eingriff in die Testierfreiheit. Denn es geht nicht darum, Erblasser davon abzuhalten, letztwillige Verfügungen zu treffen, die für Aussenstehende nicht ohne weiteres einleuchtend sind. Die Testierfreiheit muss auch die Freiheit umfassen, nach durchschnittlichen Massstäben „Unvernünftiges“ zu verfügen.
Auf die Einbeziehung der Angehörigen von Personen mit den fraglichen Berufen ist nach unserer Ansicht zu verzichten. Es ist durchaus denkbar, dass ein Erblasser den Beruf des Vaters oder der Tochter des letztwillig begünstigten gar nicht kennt und damit keinen Anlass hat, die Verfügung in der speziellen Form zu errichten.

d. Alternativer Textvorschlag

Art. 498 Abs. 2 ZGB
Eine letztwillige Verfügung zugunsten von Personen, die einen beratenden Beruf ausüben, der typischerweise Einblicke in private Verhältnisse erlaubt, kann nur in der Form der öffentlichen Beurkundung errichtet werden, wobei die Urkundsperson den Erblasser auf die Gefahr des Missbrauchs einer besonderen Vertrauensstellung durch Angehörige dieser Berufsgruppen hinweist.

Art. 520 Abs. 2 ZGB
Liegt die Formwidrigkeit in der Mitwirkung von Personen, die selber oder deren Angehörige in der Verfügung bedacht sind oder wurde nicht die Form eingehalten, die für die Begünstigung von Personen, die einen beratenden Beruf ausüben, der typischerweise Einblicke in private Verhältnisse erlaubt, vorgeschrieben ist, werden nur diese Zuwendungen für ungültig erklärt.

6.6. Informationsrecht der Erben

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.7. Ausgleichung und Herabsetzung

Der Vorentwurf stimmt nicht mit den Erläuterungen hier und insbesondere in Ziff. 6.18 (Anpassung von Art. 579 Abs. 2 in Verbindung mit der Änderung von Art. 626 Abs. 2) überein.

6.8. Indirekte Herabsetzung

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.9. Umfang der Herabsetzung

a. Herabsetzung im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge

Es scheint uns, dass die Auslegung von Art. 481 Abs. 2 ZGB im erläuternden Bericht jedenfalls nicht unanfechtbar sei, wenn nicht gar falsch. Weimar behandelt das Beispiel von Steinauer anders:
«Wenn die Verfügungen die verfügbare Quote erschöpfen, aber nicht übersteigen, erhalten die Pflichtteilsberechtigten von Rechts wegen ihre Pflichtteile; andere gesetzliche Erben erhalten nichts: Der Erblasser, der die Witwe und ein Kind hinterlässt, hat seine Nichte zu 3/8 als Erbin eingesetzt: Die Witwe erhält 2/8, das Kind 3/8» (BK, Peter Weimar, N 9 zu Art. 481 ZGB)»
Dies scheint uns die auch intuitiv richtige Auslegung von Art. 481 Abs. 2 ZGB. Jene, welche dem Bericht zugrundgelegt wird, betrachtet zu Unrecht die verfügbare Quote als Nachlass, der nach den Regeln über die gesetzlichen Erben verteilt werden müsse. In Wirklichkeit ist nicht der Nachlass unter den Erben zu verteilen, sondern nur die verfügbare Quote, was ohne weiteres zur Verteilung entsprechend der Regeln über die Pflichtteile führt.
Es besteht unter diesen Umständen keine Notwendigkeit einer Herabsetzung gegen Intestaterben. Eine Änderung von Art. 523 und Art. 525 Abs. 1 ZGB drängt sich deshalb nicht auf. Den Beteiligten können weitere prozessuale Auseinandersetzungen erspart bleiben.
Sollte die Meinung bestehen, dass die Auslegung von Art. 481 Abs. 2 ZGB zu Unsicherheiten führe, kann der Sinn dieser Bestimmung klargestellt werden.

Textvorschlag für Art. 481 Abs. 2 ZGB:

Der Teil, über den er nicht verfügt hat, fällt unter Wahrung von Pflichtteilen an die gesetzlichen Erben.

b. Regelung der Frage des Ranges der Herabsetzung von positiven Erbverträgen

Wir teilen die Auffassung, dass die bisherige h.L. nicht befriedigt. Der Vorentwurf schlägt eine valable Lösung vor; zu prüfen wäre unserer Meinung nach, ob nicht der von Stephanie Hrubesch-Millauer im Praxiskommentar Erbrecht, N 7 zu Art. 525 ZGB, vorgeschlagene Weg über Art. 494 Abs. 3 ZGB, wonach Verfügungen von Todes wegen oder Schenkungen, die mit Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, der Anfechtung unterliegen, bereits nach geltendem Recht eine Lösung bieten.

c. Ausweitung der Regel zur Herabsetzung von Vermächtnissen auf die Zuwendungen unter Lebenden

Einverstanden mit der Ausweitung auf die Zuwendungen unter Lebenden. Unklar ist, ob der Bericht auch insofern an der herrschenden Lehre festhalten will, als auch Zuwendungen von Sachgesamtheiten unter die Bestimmung fallen sollen. Wir sind der Meinung, dass dies richtig wäre und dass die im Gesetz verdeutlicht werden sollte («Vermächtnis oder die Zuwendung unter Lebenden einer einzelnen Sache oder Sachgesamtheit, die ohne Werteinbusse nicht geteilt werden kann….»).

6.10. Frist für die Ungültigkeitsklage gegen bösgläubige Bedachte

Die Verjährungsfrist von 30 Jahren in Art. 521 Abs. 2 ZGB erscheint übermässig lang. Auch bei einem bösgläubigen Bedachten sollte innert einer Frist, die nicht fast die Hälfte des Menschenlebens ausmacht, definitiv geklärt sein, wie ein Nachlass zu teilen ist. Es ist kaum vorstellbar, dass 30 Jahre nach der Eröffnung des Erbgangs noch Tatsachen bekannt werden, die eine Zuwendung als bösgläubig erwirkt erscheinen lassen; ebenso unwahrscheinlich erscheint es, dass nach so langer Zeit die Bösgläubigkeit sich noch sicher nachweisen lässt. Wir sind der Meinung, es würde genügen, wenn im Falle der Bösgläubigkeit die 10-Jahresfrist ab dem Zeitpunkt des Bekanntwerdens der Verfügung und deren Ungültigkeit läuft. Wir sind deshalb der Meinung, es bestehe kein Revisionsbedarf in Richtung Ausdehnung der Fälle, in denen die Verwirkungsfrist 30 Jahre dauert. Mit den redaktionellen Änderungen sind wir einverstanden.

Bezüglich der weiteren in Punkt 6 genannten Vorschlägen erklären sich die DJS mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.
Hinsichtlich der Anpassung von Art. 579 Abs. 2 in Verbindung mit der Änderung von Art. 626 Abs. 2 stimmen die Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 64) nicht mit dem Vorentwurf von Art. 626 Abs. 2 und Art. 579 Abs. 2 überein (vgl. auch oben zu Ziff. 0).

Mit der Bitte um Kenntnisnahme verbleibe ich,

Mit freundlichen Grüssen

Melanie Aebli
Geschäftsleiterin DJS