



Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit

Peter Breitschmid

Inhaltsübersicht

1. Vorbemerkung
- I. Erbrecht – *perpetuum mobile* oder *grande complication*?
 2. Erbrecht als in exponentieller Tendenz verfeinertes Präzisionsinstrument
 3. Über das «Herumschraubeln»: Chancen und Risiken individueller Nachlassplanung
- II. Dualismus von gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge
 4. Status quo: Kompromisscharakter der kombinierten Ordnung; «Deregulierungstendenzen»?
- III. Gesetzliches Erbrecht als Spiegelbild des Umfelds des Erblassers und der Gesellschaft
 5. Notwendigkeit eines gesetzlichen Erbrechts
 6. Familien- oder «Nahestehenden»-Erbrecht?
 7. Wirtschaftliche Ordnung emotionaler Beziehungen: ein Widerspruch?
 8. Erbrechtliche Ordnung im Rahmen der «Partnerschaftsgesetzgebung»
 9. Herkömmlicher Kreis der gesetzlichen Erben
 10. Umfang der gesetzlichen Erbquoten
- IV. Pflichtteil – Pflichtteilsreformpostulate?
 11. Pflichtteilsrecht als erhaltenswertes Institut im Rahmen von Solidarbeziehungen
 12. Enterbung als «Pflichtteilskorrekturfaktor»?
 13. Quantitative Flexibilisierung des Pflichtteils
 14. Qualitative Flexibilisierung des Pflichtteils
- V. Erbrecht des Staates; zur Rechtfertigung der Erbschaftssteuer
 15. Staatliche Fürsorge vs. familiäre Unterstützungspflicht
 16. Zur Art staatlicher Nachlassbeteiligung: Bundeserbschaftssteuer?
- VI. Weitere Entwicklungstendenzen; Stiftungen
 17. Erweiterter erblasserischer Verfügungsrahmen bei gemeinnützigen Anordnungen
 18. Spielraum für langfristige Planung
- VII. «Halbwertszeit» der (Familien- und) Erbrechtsgesetzgebung
 19. Gesetzgebung als Spiegelbild der Gesellschaft: Erfordert eine sich wandelnde Gesellschaft gewandelte Gesetze oder Kontinuität und Stabilität der Gesetzgebung?
 20. Pflicht, auch stabile Gesetzgebung kontinuierlich zu evaluieren

1. Familienvermögens- und Erbrecht sowohl in der Schweiz wie in den umliegenden europäischen Ländern beruhen in weiten Teilen nach wie vor auf dem (Ideal-)Bild der stabilen bürgerlichen Ehe des 19. Jahrhunderts. Diese Lebensform hat(te) zwar manche gute Eigenschaft, gehört indes nicht zu den anthropologisch vorgegebenen Existenzbedingungen menschlichen Daseins und wurde vielfach übersteigert und idealisiert dargestellt. Realistisch betrachtet gab es schon immer Atomisierung einzelner Familienteile und individualisierte Lebensformen – lediglich erleichtern veränderte gesellschaftliche, ökonomische und technische Rahmenbedingungen deren Verbreitung. Die häufigere Multiplizierung von Status- und Realbeziehungen allein schon durch verlängerte Lebensdauer und veränderte ökonomische Strukturen lassen nun allerdings das Erbrecht als generationenübergreifendes Instrument zur Weiterreichung eines Familienvermögens in etwas anderem Licht erscheinen:

Es handelt sich bei diesem Beitrag um den erweiterten und nachgeführten Text meiner Antrittsvorlesung als Privatdozent an der Universität St.Gallen am 26. Juni 2001, abgedruckt auch in: Werner Egli/Kurt Schärer (Hrsg.), *Erbe, Erbschaft, Vererbung*, Zürich 2005, 35 ff., hier nochmals geringfügig nachgeführt. An der Aufbereitung zur Publikation haben sich aus meinem Assistierendenteam RA lic.iur. KASPAR GEHRING, lic.iur. KARIN HUBER und lic.iur. DANIELA SUTER beteiligt, denen dafür herzlich gedankt sei.

- 1 Erbrecht im Sinne der Art. 457–640 ZGB handelt von der *Vermögensnachfolge*, aber selbstverständlich geht es im Anschluss an den Tod einer Person nicht nur darum, sondern um vielfältige weitere Anliegen sowohl des Erblassers wie seines Umfelds, auf welche hier nicht weiter einzugehen ist: vgl. die Hinweise in *meinem* Beitrag: Erbrecht – unter Berücksichtigung insbesondere der Schnittstellen von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Aspekten, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, hrsg. von P. Gauch/J. Schmid, Zürich 2001, 109–146.
- 2 *Energie* im durchaus wörtlichen Sinne, nämlich als Heizwert, wenn in schwedischen Fernheizsystemen die Abwärme aus Krematorien eingespiesen wird: NZZ 2./3.8.1997 Nr. 176 S. 16, Heizen mit Körperwärme – Schwedische Krematorien gehen neue Wege.
- 3 HELMAR NAHR, Lebensweisheiten auf Zuckerpackungen
- 4 EUGEN HUBER, Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts, Basel 1895, 10 f.; vgl. allgemein auch *ders.*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. II, Basel 1888, 3 ff.

Welche Vermögensteile welcher Familie sollen an welche Familie(n) übergehen? Wer soll von Ersparnissen selbst erarbeiteten Vermögens profitieren? Welche ökonomische und biographische Bedeutung hat der erbrechtliche Vermögenserwerb überhaupt noch? Bei stärker individualisierter Lebensform tritt zudem die Eigentums- und Testierfreiheit von Erblassern stärker hervor. Allerdings kommt einer leicht umsetzbaren und akzeptierten gesetzlichen Ordnung konfliktminimierende Wirkung zu, weshalb ein ausgewogenes Zusammenspiel von Individualismus und Schematismus anzustreben ist.

1. Erbrecht – *perpetuum mobile* oder *grande complication*?

2. Wie in allen Bereichen von Alltagsleben und Wissenschaft ist über die Zeit auch im *Erbrecht* ein zuletzt *in exponentieller Tendenz verfeinertes System* entstanden, ein eigentliches Präzisionsinstrument (schliesslich geht es im Erbrecht denn ja auch in erster Linie¹ um – berechenbare – Zahlen). Dieses Präzisionsinstrument wird gerne bedient und erscheint manchen geradezu als das juristische *perpetuum mobile*, welches allerdings auch in diesem Bereich so wenig existiert wie anderswo: Die erbrechtliche Energie, welche das System antreibt, ist der Tod des Erblassers², und wer sich über den Tod seines «Energiespenders» freut, hat zu bedenken, dass auch er dereinst erblassen wird und das System so weitertreibt. Ein System, welches in der Tat meist mit der Verlässlichkeit eines Uhrwerks funktioniert, bisweilen allerdings zur *grande complication* auswächst, ohne dass dieser Terminus unter Juristen gleichen Genuss verschaffen würde wie unter Uhrmachern: Das erbrechtliche *perpetuum mobile* «funktioniert» nämlich durchaus auch in dem Sinne, dass in komplexeren Fällen ein steter Honorarfluss gewährleistet ist; die Energie, die diesen Honorarfluss treibt (und bisweilen auch die Kassen der Gerichte alimentiert), kommt in aller Regel von den Konten der Lebenden. Dass Erbrecht kaum je das reine Glück verschafft, liegt darin, dass «Wohlstand ... das Durchgangsstadium von Armut zu Unzufriedenheit» ist³ und andererseits ohnehin die Schulden mit vererbt werden: Erbrecht ist nicht das «Glück vom Himmel», sondern ein durchaus irdisches Thema⁴: «Mit keinem privatrechtlichen Institut ver-



Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit

knüpfen sich nach der einmal gegebenen Ordnung so viele und so wichtige ökonomische Interessen, wie mit dem Erbrecht. Was im Erbrecht zu erwarten ... sei, beschäftigt das wirtschaftliche Leben in ganz besonderem Grade. Man findet sich mit den Konsequenzen der vorhandenen Ordnung ab und legt sie sich zurecht, so gut es nur immer geht. ... Verarmung einzelner Volksklassen, Zerstörung bäuerlicher Wirtschaft, Zersetzung des Zusammenhangs der natürlichen Verwandtschaft, oder umgekehrt Verknöcherung überlieferter Einrichtungen, Erlahmung der wirtschaftlichen Energie und Abtötung freier Selbstbestimmung, alle diese Folgen können und müssen aus der Einseitigkeit erbrechtlicher Institute und aus dem Mangel an Harmonie zwischen Recht und Wirtschaft ... mit unabwendbarer Konsequenz herauswachsen.»

3

Meist liegt das Problem gar nicht so sehr darin, dass die erbrechtliche *grande complication* nicht funktionieren würde, als dass fortlaufend von nicht oder jedenfalls unzulänglich mit ihr vertrauten Handwerkern an ihr «herumgeschraubelt» wird. Das soll beileibe keine Kritik an der Beratungsbranche und ohnehin nicht an *individueller Nachlassplanung* sein – lediglich gilt hier wie anderswo, dass *Planung* auf die rechtlichen und ausserrechtlichen Rahmenbedingungen *Rücksicht* zu nehmen hat und der Erblasser nicht mit dem Donnerkeil fortwirken kann. Gelungene Vermögens- und Nachlassplanung wird nicht von naturwissenschaftlich-exakten Prinzipien und schon gar nicht patentierten Musterformeln gesteuert, sondern erfordert Gespür für die konkreten Gegebenheiten, Bedürfnisse und Möglichkeiten.

Es soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, einige grundlegende Funktionsprinzipien – gewissermassen die wenigen «physikalischen Gesetzmässigkeiten» – aufzuzeigen, um die beeinflussbaren Teile der Maschine zu erkennen und auch besser zu verstehen, warum das Motörchen regelmässig heiss läuft, wenn man das Vehikel allzu aufwendig tunt: Die Fliehkraft schon in den ersten Kurven wird nicht mit Motorleistung, sondern mit sorgfältiger Fahrtechnik – bei angemessener Geschwindigkeit – gemeistert! Oder anders formuliert: Der Gesetzgeber hat eine eingängige Melodie geschaffen, die sich

problemlos nachsingen lässt – aber die sich weder für *furioso* noch *capriccioso* eignet.

II. Dualismus von gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge

4

Der *Dualismus von gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge* hat *Kompromisscharakter* zwischen zwingender und flexibler Ordnung – zwischen «Nachwächterstaat» und Achtung vor Gefühlen und Anliegen (insgesamt: der Persönlichkeit) des Erblassers –, dürfte aber zugleich das Geheimnis der ausserordentlichen Stabilität der gesetzlichen Regelung bilden⁵. Dem Ruf nach *Deregulierung* – nämlich Abschaffung, Beschränkung oder doch wenigstens Flexibilisierung des *Pflichtteilsrechts*⁶ als dem unantastbaren Kern des gesetzlichen Erbrechts – kann sich allerdings die Rechtsordnung wohl kaum gänzlich entziehen⁷; wird allerorten die Deregulierungsdiskussion geführt, so haben wir uns ihr heute Abend für einmal aus erbrechtlicher Perspektive zu stellen – unabhängig davon, dass mit den folgenden Bemerkungen durchaus nicht eine fundamentale Reform des Erbrechts postuliert, sondern nur Leitlinien seiner möglichen Entwicklung skizziert werden sollen.

5 Und zwar sowohl in der Schweiz wie rechtsvergleichend, dazu: DIETER HENRICH/DIETER SCHWAB, *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Bielefeld 2001, insb. zum deutschen Recht: WOLFGANG REIMANN, 33–52, zum französischen Recht: FRÉDÉRIQUE FERRAND, 87–113, zum englischen und schottischen Recht: MICHAEL MESTON, 73–86, zum niederländischen Recht: WILLEM BREEMHAR, 147–171.

6 Dazu näher unten Ziff. 5.

7 Pflichtteilsabschaffungsdiskussion: insb. 64. Deutscher Juristentag Berlin 2002, zu den Thesen und Beratungen s. die Tagungsbände des 64. Deutschen Juristentages, München 2002, insb. die Gutachten A (Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten) und B (Sozialrechtliches Teilgutachten) von DIETER MARTINY bzw. MAXIMILIAN FUCHS, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?, München 2002, A1–A120 bzw. B1–B65; Übersicht in JZ 2002 785–848.

III. Gesetzliches Erbrecht als Spiegelbild des Umfelds des Erblassers und der Gesellschaft

5

Eine *gesetzliche Ordnung des Erbrechts* ist unabdingbare Aufgabe des (subsidiären) staatlichen Rechts, welches erbenlose bzw. ungerichtete Nachlässe vermeiden muss. Erbrecht ist also nicht einfach «*Erb-Übel*» einer geldgierigen Menschheit, sondern in einer arbeitsteiligen, auf individueller Verantwortung und damit Privateigentum beruhenden Gesellschaft unverzichtbar. Die Ausgestaltung einer solchen Auf- und Ab-Ordnung hat sich naturgemäss eher an objektiven, dem «*mainstream*» folgenden Gegebenheiten zu orientieren, und es dürfte das geltende gesetzliche Erbrecht einstweilen kaum zentrale «*Streichungspositionen*» enthalten⁸. Hingegen stellt sich die Frage, ob es um neue Positionen *aufzustocken* sei: Anerkennt man die sittliche Bedeutung anderer als nur ehelicher Partnerschaften, so sind auch qualifizierte (d.h. rechtlich anerkannte/anerkanntenswerte) *faktische* Beziehungen *statusähnlich* geworden⁹. *Beziehungen* haben sich *sowohl vervielfältigt als auch gelockert*: Einmal bietet die *längere Lebenserwartung* mehr Gelegenheiten zum Anknüpfen (bzw. Wechseln) von Beziehungen; sodann bringt rascherer *Wandel des Umfelds* (mit Berufswechseln, lebenslang eingeschobenen Ausbildungsphasen, örtlichem Mobilitätsdruck und je entsprechender Anregung und/oder Belastung) eine *Destabilisierung der generellen Lebensumstände*; schliesslich mag ein gewisser sittlicher *Wertewandel* die Destabilisierung erleichtern (indem manchen nicht mehr nachvollziehbar scheint, weshalb in einer hektisch-zyklischen Welt der Fusionen und *start-ups* «alte» Beziehungen – die zu entwickeln schon am *Zeitmangel* gescheitert ist – fortgesetzt werden sollen). Es ist Teil heutigen (im Blick auf entfallende Synergieeffekte oft vermeintlichen) *Wohlstands*, unbefriedigende Beziehungen nicht mehr aushalten zu müssen, sondern ausbrechen zu können.

6

Das gesetzliche *Erbrecht ist ein Spiegelbild*, wie der Gesetzgeber sich das *Umfeld des Erblassers* (bzw.: die Beziehungen des Erblassers zu seinem Umfeld) vorstellt¹⁰ und wie das erblasserische Vermö-

8 Namentlich würde eine weitere Eingrenzung des Kreises der gesetzlichen Erben die *erbrechtliche Partizipation* des Staates (zur *erbschaftssteuerlichen* Position hinten Ziff. 15) kaum massgeblich beeinflussen, indes gewissen zentrifugalen Tendenzen bei gelockerten familiären Banden zusätzlichen «Schub» verleihen. Siehe dazu *meinen* Beitrag: System und Entwicklung des Unterhaltsrechts, AJP 1994 835-846.

9 Dass *regelmässige Faktizität* sich zu *Status verdichtet*, haben gerade Rechtsordnungen vorgemacht, welche schon länger improvisierte (aber heutigem Partnerschaftsverhalten insofern entsprechende!) Gegebenheiten zu regeln haben: so das fast «klassische» Beispiel der brasilianischen Konkubinatsgesetzgebung, wonach 5-jährige Partnerschaft und ein *esforço comum* von *companheiro/a comprovado/a* erforderlich ist (der sich nach unserem Verständnis z.B. in einer Erklärung gegenüber der BVG-Vorsorgeeinrichtung konkretisiert); vgl. die Hinweise bei INGEBORG SCHWENZER, Restitution of Benefits in Family Relationships, in: International Encyclopedia of Comparative Law, vol X ch. 12, Tübingen/Dordrecht 1997, sect. 25–31, sect. 44–47. Namentlich darf nicht moralisierende Betrachtungsweise dazu führen, dass (obgleich improvisiert entstandene) *stabilisierte* Beziehungen, welche unter den Beteiligten durch ihre rein faktische Wirkung *subjektiv empfunden Status-Qualität* entwickelt haben, durch die Maschen einer rein zivilstandsregisterlich orientierten Betrachtung fallen (was von einem sozusagen «konsumentenschützerischen» Standpunkt her diskutabel ist). Zwar nicht in jedem Falle bezüglich der beruflichen Vorsorge, wohl aber bezüglich des gesetzlichen Erbrechts gilt in der Schweiz nämlich weiterhin striktes Status-Denken: Die Partner gemäss dem BG über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (vom 18.6.2004; vgl. BBl 2003 1288–1377) werden als Quasi-Ehegatten behandelt, gegengeschlechtliche Partnerschaften dagegen bleiben weiterhin ausserhalb der staatlichen Gesetzgebung.

10 Man vergleiche in – zugegebenermassen weit gespannter – Analogie zur derzeitigen «Dynamisierung» des Familienbegriffs die Ausführungen von HEINZ REY im Jahre 1977 bezüglich des ähnlich festgefügteten Eigentumsbegriffs: Dynamisiertes Eigentum, ZSR 1977 I 65 ff.



Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit

gen nach dem Tode «fließen» soll, um die «öffentliche Ordnung» (hier: das materielle Wohlergehen der Nahestehenden¹¹) nicht zu kompromittieren. So betrachtet führt die zunehmende Individualisierung – man könnte mit negativerem Unterton allerdings auch von «Vereinzelung» sprechen¹² – natürlich unweigerlich dazu, das Familienerb- und Pflichtteilsrecht als anachronistisches Relikt zu betrachten. Das Pflichtteils- als Ausdruck des Familien-(bzw. eher: Nahestehenden-)Erbrechts (zu welchem Kreis die Familie oder eine familienähnliche Gruppe in den allermeisten Fällen gehört) bewegt sich nun allerdings doch nicht im Bereich des möglichst frei zu organisierenden wirtschaftlichen Wettbewerbs, sondern in den typischerweise recht weitgehend als zwingend ausgestalteten familienrechtlichen Regeln: Soweit die familienrechtliche Bindung (in ihrer auch wirtschaftlichen Ausprägung¹³) zwingend ist, kann die erbrechtliche Wirkung des familienrechtlichen Status nicht beliebig wegbedungen werden, ohne dass nicht die familienunterhaltsrechtliche Wirkung des Status aufgegeben würde. Solches wird allerdings von keiner Seite vertreten¹⁴ und stünde doch mit den Ansichten breiter Bevölkerungskreise in Widerspruch. Damit ist aber die *Rechtfertigung des Familienerbrechts* im Grundsatz, wenn auch nicht notwendig im Umfang¹⁵ dargetan. Dass heute in der Mehrheit der Fälle nicht mehr Existenzgrundlage und Produktionsmittel, sondern eher *Konsummittel vererbt* werden, spricht nach meinem Dafürhalten nicht gegen die Fortführung der Partizipation des erblasserischen Umfelds: Auch die Familie ist – mit dem Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft – auf dem Weg von der Produktions- zur Konsumgemeinschaft, und es entwickeln sich auch in diesem Bereich Solidaritätsverhältnisse, welche den Einzelnen einen schützenswerten Rahmen familiärer Geborgenheit und Stabilität vermitteln; und ohnehin soll feststehende, nutzbringende Stabilität (z.B. bei KMU-Strukturen oder Wohneigentum¹⁶) nicht ohne Not durchbrochen werden.

7

Man mag sich allerdings fragen, weshalb in einer Zeit primär emotionaler (*Liebes-*)Beziehungen mehr denn je über *wirtschaftliche* Fragen dieser Beziehungen diskutiert und zunehmend häufiger bewusst teils schon Scheidungs- und verbreitet rechtsgeschäftliche Nachlassplanung propagiert wird. An

sich möchte man meinen, dass die Substanz der Beziehung wenigstens dort, wo die Partner keine Regelung getroffen haben, nicht in der Aufrechnung der beiderseitigen persönlichen und wirtschaftlichen Leistungen für die Partnerschaft lag. Ein solches Verständnis dürfte allerdings zweierlei übersehen: Zum einen (a), dass schutzbedürftig gerade jene sind, welche eine Regelung der wirtschaft-

11 Im Sinne der Terminologie von Art. 397d Abs. 1 ZGB; vgl. dazu etwa P. TERCIER, *Qui sont nos proches?*, in: FS B. Schnyder, Freiburg 1995, 799–816.

12 Die tendenziell grössere *Zahl* von «Aussenbeziehungen» der einzelnen Person (dazu soeben der vorstehende Abschnitt im Kontext) bedeutet nicht notwendig, dass es sich dabei zugleich um *intensive* Beziehungen handelt. Gerade die *Lockerung und Vervielfältigung von Beziehungen* ist es denn auch, welche *Alleinerbenstellung* bzw. -einsetzung als oft wenig situationsgerecht erscheinen und differenziertere Anknüpfung an die Lebensumstände wünschen lässt. Zu erbrechtlicher Konkurrenz bei (konsekutiven) Mehrfachbeziehungen s. unten Ziff. 7.

13 *Erbrecht ist Teil des Generationenverhältnisses* und steht damit in Berührung zu sozialrechtlichen Materien wie Pflegefinanzierung und Verwandtenunterstützung: vgl. unten Anm. 32 sowie DIETER MARTINY, *Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten, Gutachten A für den 64. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, Band I Gutachten, München 2002, A61 ff.*; MAXIMILIAN FUCHS, *Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?*, in: JZ 2002 796.

14 Wollte man den Gedanken nämlich mit logischer Konsequenz zu Ende führen, müsste auch die elterliche Unterhaltspflicht entfallen und einer Staatsbetreuungspflicht für Kinder Platz machen; obwohl entsprechende staatliche Zwangsexperimente einhellig als gescheitert betrachtet werden, pirschen sie in «gemilderter», pragmatischer Form als Tageschulen und Kinderbetreuungsangebote in den Forderungskatalog selbst gewerblicher Kreise, was nur ein Beispiel für die *praktische Konvergenz* (und *Praktikabilität*) mancher *dogmatisch* scheinbar so unvereinbarer Sichtweisen ist. – Zur Kontroverse, wie weit die familienvermögensrechtliche Gestaltungsfreiheit insb. im Scheidungskontext gehen könne, s. u. Anm. 18.

15 Bzw. bezüglich des Pflichtteils: dazu unten Ziff. 13 f.

16 Man vergleiche die für das *landwirtschaftliche Erbrecht* typische Privilegierung des «geeigneten Selbstbewirtschafters» (vgl. Art. 9 und 11 BGBB) – eigentlich eine Eigenschaft, die auch Art. 611 Abs. 2 ZGB (Teilung unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse) voraussetzt und die bez. des überlebenden Ehegatten (Art. 612a ZGB) eine explizite Ordnung gefunden hat, u.U. aber auch bez. Nachkommen sinnvoll ist (s. u. Anm. 39).

lichen Aspekte ihrer Beziehung unterlassen haben – sei es aus (i) allgemeiner Rechtsunkenntnis, (ii) einer gewissen Zurückhaltung gerade deshalb, weil man emotionale Faktoren etwas verträumt in

17 Die *Testierquote* liegt nach wie vor eher tiefer als die durchschnittliche Abstimmungsbeteiligung bei eidgenössischen Urnengängen, und es bildet wohl Teil der staatlichen Fürsorgepflicht, gerade auch die eher wenig engagierten Schäfchen vor den Folgen eigener Trägheit zu schützen. Zur Testierquote BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 467–536 N 18.

18 Neben klassischen juristischen Fundstellen zum Thema (in der schweizerischen Doktrin die entgegengesetzten Standpunkte von INGEBORG SCHWENZER, Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen, FamPra.ch 2005 1 ff., und HEINZ HAUSHEER, Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont ..., ZBJV 2004 872 ff.) etwa auch CHR. BOMMARIUS, Vom Ehevertrag zur Ehescheidung, eine Kostenrechnung, in: Liebesordnungen, Kursbuch Nr. 144, Berlin 2001, 123–128.

19 Damit ist das dornenvolle *Problem der Mehrfachbeziehungen* unterschiedlichster Ausprägung angesprochen: Bereits der Gesetzgeber behandelt die Kinder verschiedener Mütter im Nachlass ihres Vaters gleich, und die Ungleichbehandlung gemeinsamer und nicht gemeinsamer Kinder bei der Vorschlagszuweisung in der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 216 Abs. 2 ZGB) ändert nichts an diesem Prinzip, sondern ist sachlich gerechtfertigt. Nach meinem Dafürhalten sind ohne weiteres Situationen denkbar, in welchen z.B. eine getrennte Ehegattin und eine Konkubinatspartnerin oder eine frühere Konkubinatspartnerin und eine nachmalige Ehegattin den Erblasser kumulativ beerben können, wenn beide durch Betreuungspflichten aus einer Beziehung mit ihm nach wie vor in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis stehen (hinten Ziff. 19 mit Anm. 54): Dass heute nur mehr eine «Momentan-» und nicht mehr eine «Lebensmonogamie» praktiziert wird, ist gesellschaftliches Faktum; dass Beziehungen labil sind, trifft stets auch auf die zufällig letzte zu, welche nicht allein aus der zeitlichen Rangfolge einen absoluten Vorrang ableiten kann oder idealisiert werden darf. – Dass monogame Lebensführung kostengünstiger ist, sei nur am Rande erwähnt, und die vorstehenden Ausführungen haben selbstverständlich nicht die Meinung, Fortpflanzung in möglichst vielen Beziehungen sei grundrechtlich geschütztes Individualrecht (vgl. *meinen* Beitrag: Windungen um Bindungen, plädoyer 2004/3, 30–39, 37 Ziff. 18).

20 Vgl. dazu sinngemäss MICHAEL COESTER, *Covenant marriage – die «rechte Ehe?»*, in: FS Henrich, Bielefeld 2000, 73–89.

den Vordergrund stellte, (iii) weil trotz aller Medienberichte nach wie vor bewusste Planung zu wenig unternommen wird¹⁷ oder (iv) weil Rechtsunkenntnis seitens des besser informierten Partners ausgenützt wird¹⁸. Zum andern (b), dass persönliche Beziehungen zwangsläufig zu einer gewissen Vergemeinschaftung mit einer natürlich empfundenen Solidaritätspflicht führen, welche die staatliche Rechtsordnung nicht ohne Schaden für ihre eigene Autorität ignorieren darf: Auch und gerade «*blosse*» *Freundschaftsdienste sind schutzwürdig*; Schutzlosigkeit solchen Engagements würde unweigerlich die Frage nach der ethischen Qualität der Rechtsordnung aufwerfen, welche stabile Beziehungen als solche, unabhängig von Status und geschlechtlicher Orientierung, zu schützen hat und sich insbesondere davor hüten muss, bei einer Mehrheit solcher Beziehungen autoritativ über den blossen Schutz berechtigten Vertrauens hinaus zu selektionieren¹⁹. Dass Beziehungen heute tendenziell häufig destabilisiert scheinen, gibt für das staatliche Recht zwar nicht Anlass zu weiterer Deregulierung bzw. Destabilisierung, verlangt aber stützende Rahmenbedingungen, welche lediglich nicht zu staatlich zwingend verordneten Zwangsbeziehungen verkommen dürfen²⁰: *Status, Realbeziehung und Willkür der gefühlsmässigen Bindung haben alle zusammen in ausgewogenem Wechselspiel je ihre Berechtigung*, und zwar sowohl im partnerschaftlich-zwischenmenschlichen Verhalten unter Lebenden wie schliesslich in der «Abrechnung» von Todes wegen.

8

Ausgehend von solchen Überlegungen waren die im Sommer 2005 in einem Referendum kulminierenden Bestrebungen um eine *Partnerschaftsgesetzgebung* eigentlich viel zu selbstverständlich, um überhaupt nur diskutiert zu werden: Eine solche Ordnung ist nach heutigem gesellschaftlichem und rechtlichem Verständnis unabdingbar. Persönlich wage ich für heute Abend dazu nur eine – ausdehnende – Anmerkung: Wenn auch unzweifelhaft richtig ist, dass heterosexuelle Paare ihre Beziehung meist durch Ehe ordnen könnten und deshalb einer «Partnerschaftsgesetzgebung» neben der Ehe nicht bedürftigen (und deshalb vom Gesetzgeber auch keine «Konkubinatspartnerschaftsordnung» bekommen haben), so erscheint die *Fixierung* einer die freundschaftliche Solidaritätspflicht unter nahe verbundenen, kinder-



Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit

losen Personen ordnenden *Gesetzgebung auf die geschlechtliche Orientierung* den Keim einer zweifachen Diskriminierung in sich zu tragen: zum einen jener, die sich des Instituts bedienen, welches gegenüber der Ehe (welche zwar gleichermassen an die geschlechtliche Ausrichtung anknüpft und insofern natürlich die Heterosexuellen diskriminiert ...) zwangsläufig Minderheitenstatus verschafft; zum andern (und dies scheint mir wichtiger) jener, welche *ohne* geschlechtliche Orientierung (die Ehe ist [auch] Geschlechtsgemeinschaft²¹) nach wie vor die Möglichkeit einer rechtlichen Ordnung und Anerkennung ihrer Beziehung vermissen werden: Nicht alle unverheiratet Zusammenlebenden sind Ehebrechende. Die *Abkoppelung einer Partnerschaftsgesetzgebung von sexuellen Präferenzen* hätte die Angleichung der Gesetzgebung an die Vielfalt gelebter Partnerschaftsformen ebenso erleichtert wie die gesellschaftliche Anerkennung des neuen Instituts, und sie würde der «klassischen» Ehe – welche in ihrer Konzeption weniger auf «Dinks»²² als auf eine möglichst stabile Struktur zur Kinderbetreuung angelegt ist²³ – kaum wesentlich «Marktanteile» entziehen (wenn man das so salopp formulieren darf); jedenfalls würde die Eignung der Ehe zur Gewährleistung der ihr zugeordneten wesenseigenen Aufgaben in keiner Art beeinträchtigt und diese als Institut dadurch sogar eher aufgewertet. Man könnte nämlich die Scheidungshäufigkeit und namentlich das Aufkommen partnerschaftlicher Scheidungsmodelle auch als Mangel der gesetzgeberischen «Produktepalette» im «familienrechtlichen Sortiment» verstehen: Das «Modell Ehe» hat sich heute gleichermassen wie das gesetzliche Erbrecht in einem gewandelten Umfeld²⁴ zu bewähren. Indem die «heilige» Ehe vom staatlichen Gesetzgeber als *Vertrag* begriffen wird, der von den Beteiligten durch *contrarius actus* (nämlich eine Art. 111 ZGB genügende Vereinbarung) bzw. eine bereits auf zwei Jahre halbierte Kündigungsfrist (im Gegensatz zur mietrechtlichen Sozialschutzgesetzgebung übrigens ohne Erstreckungsmöglichkeit – man vergleiche Art. 271–272d OR mit Art. 114 und 115 ZGB!) einseitig aufgelöst werden kann, und dem Staat lediglich noch (als Teil einer Konsumentenschutzgesetzgebung!) die Aufgabe zukommt, Übervorteilung zu vermeiden und deshalb statt öffentlicher Beurkundung eine qualifizierte Inhaltskontrolle der Vereinbarung vorzunehmen, ist still und weitgehend unbemerkt die Modellpalette «nach unten» (um ein

leichteres, «zusammenklappbares» Modell) erweitert bzw. der «Kleiderwechsel» erleichtert worden. Diese Entwicklung wird mittelfristig nicht ohne Folgen bleiben: Kehrt nicht partnerschaftliche Stabilität zurück (wofür wenige Anzeichen sprechen und welche gewiss nicht mit einem unflexiblen Erbrecht herbeigezwungen werden kann), so wird differenzierte Wertung bei der Abstimmung namentlich auch *erbrechtlicher Wirkungen* der Ehe unumgänglich sein und muss der *Ehetyp* (wie im Ehwirkungs- und Scheidungsfolgenrecht: zu diesem der Kriterienkatalog in Art. 125 Abs. 2 ZGB) berücksichtigt werden.

9

Der *Kreis der gesetzlichen Erben* ist aufgrund dieser Prämissen nach meinem Dafürhalten behutsam zu *erweitern auf nahe stehende Personen*. Solche wären – in Konkurrenz zu oder statt Status-Angehörigen, wo solche gänzlich fehlen – für geringere Quoten als Ehegatte und Kinder, aber wohl etwa in gleichem Range wie Eltern zur Erbschaft berufen. Auswahlkriterium ist die Beweisbarkeit der faktischen Beziehung. Hier wäre an eine Registrierung anzuknüpfen.

21 *Ehe ist nicht (mehr) notwendig Geschlechtsgemeinschaft*: Das Bundesgericht hat praxiserfahren in BGE 5C.135/2002 (2.7.2002) festgehalten, es sei «notorisch, dass auch in einer Ehe die sexuelle Anziehung abnehmen kann und dennoch eine Schicksalsgemeinschaft im Sinne von Art. 159 ZGB angenommen werden muss» (Erw. 2.5). Man vergleiche das Beispiel einer *familienersetzenden Struktur unter Geschwistern* in BGE B 96/02, 19.11.2004, welche zwar bundesgerichtliche Dankesworte (Erw. 6 am Ende: «Karriereknick» als Folge einer «anererkennungswürdigen brüderlichen Hilfeleistung»), aber keine vorsorgerechtliche Beteiligung gebracht hat.

22 Dinks: double income, no kids.

23 Man beachte die Folgen, welche trotz Gleichstellung ehelicher und ausserehelicher Kindesverhältnisse nach wie vor an die Ehelichkeit geknüpft werden (z.B. u. Anm. 40). Auch zentrale Teile des revidierten Scheidungsrechts knüpfen direkt oder indirekt an eine Paarbeziehung mit Kindern an: nämlich einerseits die unmittelbar die Kinder berührenden Bestimmungen von Art. 133 ff. ZGB und sodann namentlich auch jene über den nahehelichen Unterhalt, deren wichtigster Grund die Vermögenseinbussen des kinderbetreuenden Gatten während bzw. noch nach der Ehe sind. – Vgl. im Übrigen auch hinten bei und mit Anm. 53.

24 Dazu bei und mit Anm. 13, 17 und 32.

25 Es ist heute wohl nicht mehr einzusehen, weshalb die Konkubine mit gemeinsamen Kindern leer ausgehen soll, wenn der Erblasser – bevor er sich mit Nachlassplanung befasst hat – den Unfalltod erleidet (zu denken etwa an den eine andere Frage berührenden Sachverhalt von SJZ 1990 421 ff.). Zwar mag die unterbliebene Nachlassplanung «vorwerfbar» sein (sie wird sich regelmässig in einer nur geringeren als einer «ordentlichen» gesetzlichen Quote auswirken), ohne dass aber «disziplinarischen» oder «generalpräventiven» Überlegungen ausschlaggebende Bedeutung für die existenzielle wirtschaftliche Befindlichkeit des erblasserischen Umfelds zukommen darf. Es ist ohne weiteres einzuräumen, dass die Konkurrenz von Ehegatte und Lebenspartner/in sowie Stiefelternteil und Kindern (Ersterer möglicherweise jünger als Letztere ...) in der Erbengemeinschaft gewaltiges Konfliktpotenzial und für alle Beteiligten eine enorme Belastung darstellt, was allerdings nicht von der Erbrechtsordnung zu vertreten ist; diese enthält zudem Elemente (so den Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB), welche eine Entflechtung erleichtern; zu denken wäre auch daran, einem bloss «faktischen» Erben in Konkurrenz zu einem «Stuserben» von Gesetzes wegen lediglich ein quotales Vermächtnis einzuräumen.

26 Vgl. z.B. das Kriterium der *regelmässigen* bzw. *erheblichen Unterstützung* bez. vorsorgerechtl. Anspruchsberechtigung in Art. 15 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 FZV (SR 831.425), naturgemäss ein auslegungsbedürftiger Begriff (vgl. z.B. den in Anm. 21 erw. BGE B 96/02, dort Erw. 5.1); zum *Versorger-schaden* HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. A. Zürich 2003, Rz 288–290.

27 Ein Umstand, der m.E. bereits bei der Revision des Ehegüterrechts zu wenig bedacht wurde: vgl. *meinen* Beitrag: *Ehegüter- und Erbrecht – Grenzfragen und Zusammenhänge*, in: *Testament und Erbvertrag*, hrsg. Peter Breitschmid, Bern 1991, 125–168, 157 ff.

28 Die «Verteilungsdiskussion» dürfte zwar etlichen Gesprächsstoff abgeben und die Aussichten einer Umsetzung des Gedankens – auch wenn er mir lieb ist – schätze ich durchaus realistisch ein: Das Problem betrifft zu wenige, als dass gesetzgeberisches *feu sacré* erwartet werden dürfte. Immerhin müssten gerade gut gestellte Erben gut gestellter Erblasser sich («vergleichsweise») an die *Unterhaltssicherungsfunktion* des Erbrechts erinnern lassen. Gleichzeitig müssten sich allerdings Erblasser daran erinnern lassen, dass auch ihr Vermögen nicht in jedem Falle selbst erarbeitet war und mancher von einem ererbten «Startkapital» profitiert hat; über solches «Fremdkapital» (welches sich weitgehend über die in Art. 198 Ziff. 2 ZGB definierten «*Eigentums-komponenten*» charakterisiert) umfassende, pflichtteilsungebundene Verfügungsbefugnis zu beanspruchen, lässt sich kaum rechtfertigen, und umso weniger lassen sich *Pflichtteilsumgehungs*konstrukte rechtfertigen.

29 Um die Fragestellung des 64. DJT (o. Anm. 13) aufzunehmen: Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Bereich des Un-

fen, ggf. aber auch an tatsächliche Gegebenheiten²⁵, welche sich etwa durch über eine gewisse Periode regelmässig freiwillig geleisteten Unterhalt, gemeinsame Konti und Kreditkarten usf. beweisen lassen. Der aus solchen Umständen fliessende (bloss) hypothetische Begünstigungswille bildet dann ausreichende Grundlage, wenn sich die Begünstigung in adäquater Relation bewegt: also keineswegs Alleinerbenstellung, sondern ein «Überbrückungsunterhalt», wie er haftpflichtrechtlich beim Versorger-schaden längst etabliert ist²⁶.

10

Was den *Umfang der gesetzlichen Erbquoten* betrifft, dürfte die gesetzliche Ordnung bezüglich der heutigen gesetzlichen Erben weitgehend den Vorstellungen der Bevölkerung entsprechen. Zu bedenken ist allerdings, dass sich die *gesetzliche Ordnung auf durchschnittliche*, d.h. weder gänzlich knappe noch besonders wohlhabende Verhältnisse bezieht²⁷. Es stellt sich m.E. die Frage, ob nicht die Ansprüche des überlebenden Ehegatten nach einer gewissen Ehe-dauer bzw. im Falle der Betreuung gemeinsamer oder nicht gemeinsamer Kinder in *knappen Verhältnissen* (wo das Gesamtvermögen der Ehegatten unter etwa Fr. 250000 liegt) Vorrang vor allen andern gesetzlichen Erben haben sollen (womit güterrechtliche Auseinandersetzung und Erbteilung in einer Vielzahl von Fällen unnötig würden). Gleichzeitig liesse sich denken, bei besonders *günstigen Verhältnissen* die Erbquoten aller gesetzlicher Erben zu plafonieren oder degressiv auszugestalten²⁸, allenfalls kombiniert mit einem *variablen Pflichtteilssatz*. – Auf den Pflichtteil ist nun sogleich einzugehen.

IV. Pflichtteil – Pflichtteilsreform-postulate?

11

Die *Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts* dürfte kontroverser beurteilt werden als Nuancierungen in der Umschreibung des gesetzlichen Erbenkreises.

Nach meinem persönlichen Dafürhalten ist der *Pflichtteil ein erhaltenswertes Institut*²⁹. Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, ist seine *konfliktminimierende Wirkung* m.E. nicht zu unterschätzen: Wer Anspruch auf ein «Fixum» hat, braucht sich nicht mit verkäuferischen Kapriolen als Erbschleicher anzu-



Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit

dienen, sondern kann sich auf einen (gegebenenfalls durchaus «ausbaufähigen») *courant normal* zum Erblasser beschränken. Er wird seine Minimalquote zwar unzufrieden, murrend-stillhaltend entgegennehmen und meist nicht zu einem Ungültigkeitsprozess gegen einen liebdienenden «Konkurrenten» ansetzen. Zugleich schützt der Pflichtteil auch den Erblasser: vor eigener Überreaktion auf eigennützig einschmeichelnde Betreuung – immerhin soll bei nicht absolut geringfügigen Nachlässen der Mittelfluss nicht ausschliesslich durch die Gegebenheiten der letzten Lebenswochen geprägt werden.

Einzuräumen ist, dass der *Pflichtteilsschutz starrer staatlicher Zwang* ist und nicht individuell verantwortete Begünstigung aus der Bereitschaft, für eine andere Person aus emotionaler Verbundenheit (auch wirtschaftlich) Verantwortung zu übernehmen. Wenn der Staat dennoch konkrete Gründe³⁰ verlangt, um aus der zwingenden Ordnung auszurechnen, so liegt die Rechtfertigung im gesetzgeberischen Bestreben, *rein egoistischer Selbstbezogenheit* des in jedem Falle in ein soziales Netz einbezogenen bzw. aus einem solchen hervorgegangenen Erblassers zu begegnen³¹. *Pflichtteil und Unterhalts- wie Unterstützungspflichten* (Art. 163, 276, 328 ZGB; vgl. auch Art. 159, 272 ZGB) korrelieren denn auch – keineswegs im Sinne einer ausgeglichenen oder auszugleichenden Bilanz, aber insofern, als das Naheverhältnis eine gegenseitige, auch wirtschaftliche Verantwortung füreinander verlangt. Der *Abbau der Unterstützungspflicht*³² steht dem nicht entgegen, da heute die entsprechenden Beiträge weitgehend durch Steuern und Sozialabgaben und nicht mehr individuell geleistet werden.

12

Mit dem Pflichtteil verknüpft ist die Ordnung der *Enterbungsgründe*. Deren Lockerung würde den Pflichtteilsgedanken aushöhlen und zu zunehmenden prozessualen Auseinandersetzungen führen, während die geltende rigide Praxis dazu führt, dass Prozesse kaum geführt werden, weil prozessual ausgetragener Enterbungsstreit praktisch immer ungenügende Gründe ergibt. Weil die *Enterbung* als *Missbrauchskorrektiv* konzipiert ist, lässt sich mit diesem Instrument nichts für eine *Flexibilisierung* (oder wenn man lieber will: *Deregulierung*) des *Pflichtteilsrechts* gewinnen. Die Ausdehnung der Enterbung würde dem *Postulat konfliktvermei-*

ender Gestaltung – welches nicht nur für individuelle Nachlassplanung (Ziff. 3), sondern erst recht für die staatliche Gesetzgebung gilt – zuwiderlaufen.

terhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?, Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, München 2002, die Resolutionen auch in NJW 2002 3073 f.; vgl. schon WALTER SCHAER, Ist das Pflichtteilsrecht ein erhaltenswertes Institut? Eine rechtspolitische Betrachtung zum schweizerischen Pflichtteilsrecht mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Diss. Zürich (o.O./o.J., aber 1973). Vgl. sodann die Beiträge im vorne in Anm. 5 erw. Tagungsband «Familienerbrecht und Testierfreiheit».

30 Anschliessend Ziff. 12 bez. Enterbung.

31 Was zugleich die Erbschaftssteuer (oder die Abschaffung des «Gratis-Sargs» in Basel-Stadt: NZZ 13.11.2003 Nr. 264 S. 17; BS-Gesetz betr. die Bestattungen i.d.F. vom 12.11.2003) legitimiert; dazu unten Ziff. 15 f.

32 Dazu zuletzt u.a. TH. KOLLER, Sind Ansprüche von Hinterbliebenen aus der beruflichen Vorsorge des Verstorbenen erbrechtlich relevant? Ein grundlegendes Urteil des Bundesgerichts [BGE 129 III 305] zum Verhältnis zwischen Vorsorgerecht und Erbrecht, jusletter 2.6.2003. – Insgesamt wird zu berücksichtigen sein, dass der Ausbau der staatlichen Sozialversicherung, der beruflichen Vorsorge und die allgemeine Wohlstandssteigerung die Bedeutung der Unterstützungspflicht vermindert haben; andererseits birgt die längere Lebenserwartung rein statistisch grösseres Unterstützungspotenzial und trifft diese Pflicht die pflichtige Generation nicht mehr unmittelbar in der Phase des Berufseintritts und eigener, ungebrochener Leistungsfähigkeit, sondern in der Phase eigener Familienverpflichtungen, was die *Erfüllung des «Generationenvertrags»* schwerer werden lässt. *Dieses* Thema – nämlich das *Verhältnis der noch lebenden Generationen untereinander*, das (in *jeder* Beziehung) *vor* dem Erbrecht kommt (wobei das Erbrecht – seinerseits in *jeder* Beziehung – daran «anschliesst») – kann hier nicht näher dargelegt werden, ist aber prägende Vorfrage: allg. dazu KURT LÜSCHER/LUDWIG LIEGLE, Generationenbeziehungen in Familie und Gesellschaft, Konstanz 2003, 154 ff.; KURT LÜSCHER, Widersprüchliche Mannigfaltigkeit: Ehe, Familie und Verwandtschaft im aktuellen gesellschaftlichen und erbrechtlichen Kontext heute, ZEV 2004 2 ff., sowie im Rahmen des NFP 32 («Alter») die Ergebnisse zu «Generationenbeziehungen und Altersbilder», hrsg. Patricia Roux, Pierre Gobet, Alain Clémence, François Höpfliger, Lausanne/Zürich 1996; nunmehr auch PHILIPPE WANNER/CLAUDINE SAUVAIN-DUGERDIL/EDITH GUILLEY/CHARLES HUSSY, Alter und Generationen, Das Leben in der Schweiz ab 50 Jahren, Bundesamt für Statistik, Neuenburg 2005.

13

Eine *Flexibilisierung des starren Pflichtteilsrechts* ist aber aus gleichen Überlegungen zu prüfen, welche für variable, situationsbezogene gesetzliche Erbteile sprechen³³. *Erhaltung* des Pflichtteils besagt

33 Vgl. oben bei und mit Anm. 28.

34 Diesbezügliche Ansätze finden sich bereits beim «Dreisigsten» (Art. 606 ZGB: eine Bestimmung, welche m.E. sowohl bezüglich der Destinatäre wie der Zeitdauer durchaus erweiterungsfähig wäre: dazu etwa die neuste Entwicklung in Frankreich; s. in diesem Heft den Beitrag von CHR. HAAS-LEIMACHER) und beim «Voraus» der noch in Ausbildung stehenden oder gebrechlichen Kinder (Art. 631 Abs. 2 ZGB).

35 Vgl. *meinen* in Anm. 1 erw. Beitrag, a.a.O. 116–118.

36 Zu Sonderanliegen der Unternehmensnachfolge s. auch vorne Ziff. 6 am Ende. Im Blick auf die anschliessenden erbschaftssteuerlichen Thesen (Ziff. 15 f.) sei allerdings schon hier angemerkt, dass der *Unternehmenserbe gegenüber seinen Geschwistern nicht sachwidrig bevorzugt* werden darf, ohne den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz zu verletzen, weshalb (auch behördenseitig) nicht beliebig an der Steuerbemessungsgrundlage herumgeschraubelt werden darf: s. *meinen* Beitrag in der FS Juristentag 2006, Zürich 2006, Steuern und Erben, 527 ff., 537 f.

37 Das selbstverständliche Postulat, dass einmal getroffene Anordnungen periodisch bzw. nach Lebensabschnitten zu überprüfen seien, wirkt dort zynisch, wo der Erblasser schon lebzeitig zu solchen Anpassungen nicht mehr im Stande ist und ein privater Betreuer (vgl. Art. 381 E-ZGB; vgl. BREITSCHMID/REICH, Vorsorgevollmachten, ZVW 2001 Nr. 1–2, 144–166.) u.U. recht weit gehende Entscheide zu treffen hat. Wieso der Handlungsrahmen nach dem Tod des Erblassers enger sein soll als zuvor, ist nicht ersichtlich; namentlich erfordern die Interessen der Erben – sind ihre Pflichtteile gewahrt – keine Beschränkungen der (inhaltlichen) Gestaltungsfreiheit des Erblassers.

38 Die stets kontroverse *Konkretisierung des Delegationsermessens* darf nicht überbewertet werden: Entscheidend ist neben der Zweckumschreibung (analog der Stiftungserrichtung: Art. 493 ZGB; dazu u. Ziff. 18) dass sich der Erblasser allfälliger konkreter Risiken (z.B. möglicher Interessenkollisionen) bewusst ist bzw. adäquat reagiert (z.B. durch Genehmigung seitens einer quotenmässigen oder personellen Mehrheit der Erben bei In-sich-Geschäften); s. näher BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 12 ff. – Umdenken ist insbes. im Blick auf das *in hohem Alter und bei Abhängigkeit erhöhte Risiko der Fremdbeeinflussung* geboten: Das Bundesgericht hatte bislang gutes Gespür dafür gezeigt, ob es sich um eifersüchtiges Reklamieren der Erben (BGE 117 II 231) oder liebdienerndes Einschleimen einer (sog.) Vertrauensperson handelt (BGE 124 III 5), doch lauert bei der Einzelfallprüfung stets ein beträcht-

noch *nichts* über die *Höhe* des Pflichtteils. Hier bieten sich m.E. Abstufungen an, ausgehend von der ganz ursprünglichen Versorgungsfunktion des Erbrechts, welche ausgedehnte Pflichtteile bei wirtschaftlich vom Erblasser Abhängigen³⁴, geringere demgegenüber bei grossen Nachlässen erfordert. Dass dabei u. U. die Gefahr besteht, Bewertungsstreitigkeiten austragen zu müssen, bevor nur die Pflichtteilsermittlung beginnen kann, spricht nicht gegen ein entsprechend differenziertes System: in komplexeren Nachlässen wird die Pflichtteilsermittlung ohnehin zum Gegenstand von (idealerweise ausserprozessualen) Abklärungen. Zudem vertere ich weiterhin³⁵, dass die spanische *mejora* ideales Instrument zu einer «konstruktiven Enterbung» wäre, indem innerhalb des Kreises der Pflichtteilsberechtigten eine weitere «teilverfügbare» Quote zur Privilegierung Einzelner nach Bedarf oder Sympathie eingeräumt würde. Damit liesse sich berechtigten Wünschen nach «stillen» (entgegen Art. 479 Abs. 1 ZGB unbegründeter und damit nicht zusätzlich verletzender) Zurücksetzung Rechnung tragen, ohne die «Radikalmassnahme» ergreifen zu müssen; wichtiger als dieser «negative» ist der erweiterte «konstruktive» Spielraum, welcher die Zuweisung bestimmter Objekte (namentlich eines Unternehmens³⁶) erleichtert.

14

Eine *Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts* hat aber nicht nur nach solchen *quantitativen*, sondern auch nach *qualitativen Gesichtspunkten* zu erfolgen – im Rahmen der *inhaltlichen Gestaltungsfreiheit* des Erblassers. Gemeint ist damit Mehreres: Vorab wäre (i) die Beschränkung des Pflichtteilsanspruchs auf einen blossen Wertanspruch *ohne Mitwirkungsbezug* in der Erbgemeinschaft in schwierigen Verhältnissen eine (wenn auch nur geringfügige) Erleichterung. Praktisch bedeutender wären (ii) Erleichterungen gegenüber dem dogmatisch-starr verfochtenen *Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit*: Komplexe Planungssituationen erfordern flexible Rahmenbedingungen, um auf Entwicklungen in der möglicherweise langen Phase zwischen Testamentserrichtung und Umsetzung adäquat reagieren zu können³⁷; der durch die heutige Lebenserwartung an sich und durch langwährende Demenzphasen zusätzlich ausgedehnte Planungshorizont macht diesbezügliches Umdenken unabdingbar³⁸.



Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit

Sodann fragt sich, ob (iii) nicht auch in diesem Bereich vermehrt mit *Anreizen* bestimmtes erwünschtes Verhalten veranlasst werden soll: indem z.B. Elternbetreuung Vorrechte auf Zuweisung bestimmter Objekte in der Teilung verschaffen soll³⁹. Vor allem aber bleibt unbefriedigend, dass (iv) *Status- und Nicht-Status-Beziehungen derart weit auseinanderklaffen*: Während das Recht auf Kenntnis der (richtigen) biologischen Abstammung unabhängig vom Status positivrechtlich verankert ist (Art. 268c ZGB, Art. 27 FMedG), fehlt jeglicher Erbananspruch; wird er freiwillig erfüllt, «sanktioniert» der Staat erbschaftssteuerrechtlich die unterbliebene Anerkennung zulasten des Kindes⁴⁰.

Dass mit dieser letzten Bemerkung nicht die Erbschaftssteuer an sich in Frage gestellt werden soll, wird sich gleich ergeben:

V. Erbrecht des Staates – zur Rechtsfertigung der Erbschaftssteuer

15

Neben dem Erbrecht der Familie (bzw. *nach* diesem) steht das *Erbrecht des Staates* (Art. 466 ZGB). Korreliert das Erbrecht der Angehörigen mit ihrer Unterhalts- bzw. Unterstützungspflicht, so korreliert jenes des Staates mit dessen Fürsorgepflicht⁴¹. Indem der Staat weitgehend Unterhaltsgarantstellung übernommen (und damit die Verwandtenunterstützung zurückgedrängt) hat, ist eine staatliche Beteiligung am Nachlass just in der Zeit der Abschaffung der Erbschaftssteuer ohne weiteres zu legitimieren⁴². Namentlich wird ja nicht der Tod besteuert, sondern bewirkt die Erbschaftssteuer einen Ausgleich zwischen Kindern wohlhabenderer bzw. *vor* Unterstützungsbedürftigkeit verstorbener Eltern und solchen, welche entsprechende Lasten zu tragen, alsdann aber keine bzw. eine geringere Steuerbelastung zu gewärtigen haben⁴³. – Das Eigentümliche am Staatserbrecht liegt nicht so sehr in seinem Dasein an sich als darin, dass der Staat aus zwei Quellen partizipiert: dem zivilrechtlichen Anspruch (wenn auch nur ausnahmsweise) und dem Erbschaftssteuerrecht (wenn auch zunehmend auch eher nur mehr ausnahmsweise). *Ungefreut* ist das Erbschaftssteuerrecht insofern, als *kantonale Partikularismen* Urständ feiern und damit rechnerisch Bundeszivilrecht beeinflussen; zweifelhaft ist über-

dies, ob die steuerliche *Sanktionierung der sittlich gerechtfertigten* Begünstigung nicht verwandter Nahestehender (Ziff. 14 a.E.) zu vertreten ist. – Zur Diskussion steht damit die *Ausgestaltung* der Beteiligung des Staates am Nachlass. Um beim einleitenden Bild der Uhr zu bleiben bildet es in der derzeitigen Diskussion eine beträchtliche *complication*, dass der Staat sowohl hoheitlich als Steuerein-

liches Risiko, das in BGE 132 III 305 bzw. 315 (i.S. Staufacher) kaum überzeugend bewältigt wurde.

39 So soll das japanische Recht Kindern, welche ihre Eltern betreut haben, ein Recht auf Zuweisung des Hauses verschaffen (mithin eine ausgedehnte Handhabung von Art. 612a ZGB, welche sich nicht nur auf die Solidargemeinschaft unter Ehegatten zu beziehen bräuchte).

40 Vgl. BGE 2P.256/2004, 7.1.2005, der (mit sehr formalen Argumenten über das Wesen der Schwägerschaft) jegliche erbschaftssteuerliche Privilegierung der stiefmütterlichen Zuwendung an die aussereheliche Tochter des verstorbenen Ehemannes verweigert. Allerdings ist einzuräumen, dass es auch Fälle steueroptimierend-schnäppchenjägerischen «Pendelns» zwischen Herkunfts- und Statusfamilie geben kann (BGE 2P.139/2004, 30.11.2004, betr. die Steuerpflicht des adoptierten Kindes im Nachlass der leiblichen Grossmutter). Zur Erinnerung: Es liegt noch keine hundert Jahre zurück (das ZGB ist auf den 1.1.1912 in Kraft getreten und war im damaligen Zeitpunkt eine enorme rechtsvereinheitlichende und manchen mittelalterlichen Zopf revolutionierende Leistung), dass «im Lande des hl. Fridolin» fröhliche Gesichter zu sehen waren, jene der unehelichen Glarnerkinder, denn die genossen «dasselbe Erbrecht wie die ehelichen» (FRITZ WARTENWEILER, Eugen Huber, der Lehrer, Gesetzgeber, Mensch, Erlenhach 1932, 110).

41 Fürsorgepflicht des Staates: z.B. Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen), Art. 41 BV (Sozialziele).

42 Vgl. G. BRUDERMÜLLER, Elternunterhalt und Generationensolidarität, sowie H. BÜTTNER, Belastungsgrenzen bei Elternunterhalt, beide in: FS Henrich, Bielefeld 2000, 31–62. Dieter Schwab/Dieter Henrich (Hrsg.), Familiäre Solidarität – Die Begründung und Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich, Bielefeld 1997. Hingewiesen sei auch auf die Kampagne amerikanischer Milliardäre zur Beibehaltung der Erbschaftssteuer: z.B. NZZ 17./18.2.2001 Nr. 40 S. 21.

43 BRUDERMÜLLER (a.a.O., Anm. 41) 40. Dass Betreuungspflichten gegenüber dem «zahnlosen Alter» (gegenüber Kleinkindern und Hochbetagten) teilweise delegiert werden müssen, ergibt sich aus den nur endlichen (und im eigenen Altersverlauf nicht zunehmenden) *physischen und psychischen* Ressourcen auch engagierter Betreuender, denen nicht immer und jedenfalls nicht auf Dauer 24-stündige Präsenz zumutbar ist.

nehmer wie auch privatrechtlich als Mitbürger *de tout le monde* durch die erbrechtlichen Jagdgründe schweift: Wenn der Staat sich schon als Jäger und Jagdaufseher einmischt, wäre doch wünschbar, es würde eine einheitliche Jagdordnung gelten.

16

An Diskussionsvorschlägen zur Konzeption der staatlichen Nachlassbeteiligung fehlt es nicht. Fairerweise sollte auch der Staat ausgewogen am Nachlass beteiligt werden, letztlich aber aus einheitlichem Rechtsgrund. Die eher psychologische Schwierigkeit liegt darin, dass von der Erblassergeneration oft unter Konsumverzicht erarbeitetes, bereits versteuertes Vermögen zu (*sch*)öder Defizitdeckung herangezogen wird und der Tod bzw. die Universalsukzession *Steuertatbestand* ist, was diese «Todessteuer» in der politischen Diskussion kompromittiert. Nie fällt allerdings Steuern zahlen leichter, als wenn man zu den knappen eigenen Mitteln eine Erbschaft hinzu erwirbt (ausser es werden die liquiden Mittel eines Unternehmernachlasses wegbesteuert). Gegen eine gänzliche Abschaffung der Staatsbeteiligung am Nachlass dürfte aus (steuer-)praktischer Sicht wohl vor allem sprechen, dass die lebzeitige Steuerdisziplin (noch) stärker leiden könnte, wenn die «Offenbarung von Todes wegen» entfällt. Ob die Akzeptanz staatlicher Nachlassbeteiligung allein deshalb steigt, weil bei gelockterter zwischenmenschlicher Beziehung der Staat uns allen doch auch relativ nahe steht, dürfte bezweifelt werden: Jeder Mittelfluss an den Staat wird als Steuer empfunden. Gegen eine *erbrechtliche* Beteiligung des Staates in Konkurrenz zu gesetzlich oder testamentarisch berufenen Erben⁴⁴ spricht in erster Li-

nie, dass staatlichen Behörden keine Mitwirkungsbefugnis in der Erbengemeinschaft zukommen darf. Die Steuer wäre mithin eher als «quotationales Vermächtnis» zu konzipieren, welches dem Vermächtnisnehmer zwar die zur Bestimmung seines Anteils erforderlichen Informations- und Sicherungs-, nicht aber Mitwirkungsrechte einräumt und *bundesrechtlich einheitlich* zu regeln wäre, um nicht die erbrechtlichen Quoten zu beeinflussen. Dies lässt sich mit einer mässigen (die US-amerikanische Erbschaftssteuer, welche abgeschafft werden soll, setzt bei Nachlässen ab rund 1 Mio. Franken ein), mit vernünftiger Progression ausgestalteten und auch auf faktische Beziehungen Rücksicht nehmenden *Bundeserbschaftssteuer* erreichen. Dass sich Zuckerbrot mit Peitsche verbinden liesse, wenn dem Erblasser das Privileg eingeräumt würde, zumindest über die Verwendung einer Quote der Erbschaftssteuer im Rahmen staatlicher Aufgaben nach eigenem Gutdünken testamentarisch zu befinden, sei nur beiläufig angesprochen⁴⁵.

VI. Weitere Entwicklungstendenzen – Stiftungen

17

Diskutiert man die Einbindung des Staats in die Nachlassregelung, so stellt sich zugleich die Frage nach *weiteren Entwicklungstendenzen*. Die Diskussion um das Erbrecht nicht verheirateter Partner lässt eine Fokussierung auf ein (erweitertes) «Familien-» bzw. «Nahestehenden-Erbrecht» erkennen⁴⁶. Das Gemeinwesen hat es im Übrigen in der Hand, erblasserische Planungslust dahingehend zu kanalisieren, als es sie eigenen Anliegen dienstbar macht und Anreize schafft, öffentliche Anliegen zu fördern; dass in diesem Rahmen eine *Flexibilisierung auch des Stiftungsrechts* dringendes Anliegen ist, gehört zum *ceterum censeo* nachlassplanerischer Voten (trotz der Stiftungsnovelle von 2004) und müsste den Gesetzgeber dringend veranlassen, den Abwanderungstendenzen in karibische und liechtensteinische Gefilde zu begegnen: *Wohltätigkeit* verdient Prämierung durch erhöhten Gestaltungsfreiraum (zu diskutieren: selbst gegenüber Pflichtteilserven – im Sinne einer *mejora* zugunsten des Staates), reduzierte Steuersätze oder erblasserische Zweckumschreibung der Mittelverwendung⁴⁷.

44 Eine Lösung, welche EUGEN HUBER mit Nachdruck verfochten hatte (a.a.O., Anm. 4, S. 14-24).

45 Hingegen ist m.E. abzulehnen, dem Erblasser allein deshalb einen erweiterten Verfügungsrahmen zuzugestehen, weil er wohlthätige Zuwendungen plant.

46 Vgl. bei und mit Anm. 19 und 53.

47 Ein Anliegen, welches ältesten Vorläufern des heutigen Testaments, nämlich den seelenheilsfördernden Vergabungen *ad pias causas* zugrunde lag: Es macht dies deutlich, dass trotz aller Phantasie letztlich nur ein *numerus clausus* sinnvoller Planungsinstrumente besteht und kein Problem neu ist: Die Vergabungen *ad pias causas* (EUGEN



Das Erbrecht des 19. im 21. Jahrhundert – der Konflikt zwischen Status, Realbeziehung und erblasserischer Freiheit

Ob sich eine «Solidaritätsstiftung» zur Stärkung des Generationenvertrags nicht (auch) über eine Erbschaftssteuer speisen liesse, statt das doch unter besonderen Umständen (Ziff. 16) erlangte Steuersubstrat einfach in den staatlichen Alltagskonsum zu stopfen?

18

Angehörige (auch im hier verwendeten weiteren Sinne eines Nahestehenden-Erbrechts) sind nun allerdings bei weitem nicht in allen Nachlässen vorhanden oder umfassend zu bedenken. Vielmehr bleibt gerade bei den (ökonomisch, vom Nachlasswert her betrachtet) grösseren und damit regelungsfähigen und -würdigen Nachlässen recht oft der «Perpetuierungswunsch» des Erblassers. Dem haben die Eidgenössischen Räte in der Herbstsession 2004 durch eine Anpassung stiftungsrechtlicher Bestimmungen in gewissem Mass Rechnung getragen⁴⁸. Die Stiftung als organisierte Ordnung des Delegationsermessens kommt der zunehmend wichtigeren Langfristplanung dann entgegen, wenn ihre Zweckumschreibung relativ offen (bzw. anpassungsfähig; in diesem Sinne nun die neuen Zweckänderungsregeln in Art. 86 bis 86b ZGB) ist und die Organe zutrauenswürdig sind (bzw. deren Überwachung effizient ist). Weiterhin ist allerdings nicht einzusehen, weshalb der Erblasser beliebig familienfremde Personen und Institutionen soll begünstigen können, nicht aber zugunsten seiner Familie im pflichtteilsfreien Bereich bindende Anordnungen treffen können: Bestehen Bedenken gegenüber solchen tendenziell dynastischen Konstrukten (vgl. Art. 335 ZGB), so ist ihr Gebaren durch Besteuerung und Aufsicht adäquat zu beeinflussen, nicht aber die Errichtung zu verbieten. Bezeichnen derweise und zu Recht stösst denn auch das Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Trusts auf Wohlwollen⁴⁹.

VII. Zur «Halbwertszeit» heutiger (Familien- und) Erbrechtsgesetzgebung

19

Jede Epoche hat ihre gesunden Zweifel an ihrer Legitimation zur Gesetzgebung; in jeder Epoche auch

wird aber der Gesetzgeber von einem ungestümen Handlungsdrang befallen, wie ihn gelegentlich auch kaum umsetzbare Planungsorgien eifriger Erblasser erahnen lassen. Möglichen gesetzlichen Anpassungen im Erbrecht dürfte heute eine deutlich kürzere Halbwertszeit⁵⁰ beschieden sein als EUGEN HUBERS Ordnung. So war der auf Anfang 1988 revidierte Art. 473 Abs. 3 ZGB bis zum 1. März 2002 Baustelle (und ist dies teilweise weiter geblieben); das ebenfalls mit der Ehwirkungsrevision von 1988 in Kraft gesetzte, inhaltlich «herbeigewürgte» und mit dem Gleichheitsprinzip unvereinbare Namensrecht ist zwar noch unverändert in Kraft, aber nur deshalb, weil die hohen Ansprüche und die vielfältigen Gefühle und Rechtsprinzipien bislang weder eine einheitliche noch eine konsensfähige Lösung ermöglicht haben⁵¹. Die «Wartefrist» von Art. 114 ZGB (wonach eine Scheidung gegen den Willen des Ehegatten erst nach vierjährigem Getrenntleben möglich war) ist halbiert worden, bevor diese vier-

HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. IV, Basel 1893, u.a. 616) waren zu beschränkend, um Geistliche an Erbschleicherei zu hindern (a.a.O., 616; zum Problem o. Anm. 38) – ein Problem, das sich heute in ähnlicher Form stellt, wenn Stiftungsorgane indirekt am Erfolg der Stiftung partizipieren.

48 Vgl. BBI 2003 8153 ff.; zu weiter reichenden Anliegen der Erblässerschaft s. z.B. SIGRID WEIGEL, Genea-Logik – Vom Phantasma des Fort- und Nachlebens im Erbe, in: Ruhm, Tod und Unsterblichkeit – Über den Umgang mit Endlichkeit, Philosophicum Lech, Bd. 7, hrsg. von Konrad Paul Liessmann, Wien 2004, 224 ff.; juristisch zum Thema ALEXANDRA ZEITER, Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB), Diss. Freiburg i.Ü. 2001 (AISUF 203), und PARISMA VEZ, La fondation: lacunes et droit désirables, Diss. Bern 2004 (ASR 687), je mit det. Nachweisen.

49 Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und ihre Anerkennung, Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 16.9.2004, www.ofj.admin.ch, THOMAS MEYER, Das Haager Trust-Übereinkommen, AJP 2004 156 ff.

50 INGEBORG SCHWENZER, Registerscheidung?, in: FS für D. Henrich, Bielefeld 2000, 533–544, hatte diese für das Familienrecht auf damals noch zehn Jahre beziffert: a.a.O. 533. Die Grundstruktur des Erbrechts ist demgegenüber (s. z.B. o. Anm. 40) geradezu graniten – dennoch zieht das Familienrecht bei einem Familienerbrecht erosive Spuren.

51 Ob bei der freien Wahl des Familiennamens ohne Notwendigkeit der Wahl eines ehelichen Namens der Kampf um die letzte Bastion der Familieneinheit geführt wird? Wobei es sich alsdann nur um eine potemkinsche Fassade handeln würde!

jährige Respektfrist (die der Gesetzgeber für sein Produkt offensichtlich nicht in Anspruch nahm) abgelaufen war. All dies macht deutlich: Realisierungs- und Wirkungsphase von Gesetzgebungsprojekten neigen gelegentlich dazu, sich anzugleichen. Indes soll dies nicht entmutigen: Heutige Gesetzgebung ist nicht schlechter als frühere; sie hat ganz einfach höheren Ansprüchen zu genügen, vielfältigeren Anfechtungen zu trotzen und kompliziertere, sich zunehmend rascher wandelnde Verhältnisse differenzierter zu regeln⁵².

Aus solcher Sicht ist mit einer *Partnerschaftsgesetzgebung* (oben Ziff. 8) der familien- und erbrechtliche Regelungsbedarf weder endgültig noch nur auf längere Frist erschöpft – es existieren weitere *Widersprüchlichkeiten der geltenden Ordnung*, welche nicht minder einer Bereinigung harren: So hatte die Revision des Ehwirkungsrechts das Erbrecht des über-

lebenden Ehegatten aufgewertet; dies im Blick auf den Beitrag für die Partnerschaft und namentlich die damit verbundenen Lasten wie Karriereverzicht/-beschränkung durch Kinderbetreuung und/oder Mitarbeit. Demgegenüber hat die Revision des Ehescheidungsrechts weitgehend das Prinzip des *clean break* verwirklicht und damit naheheliche Ansprüche unterhalts- wie ohnehin erbrechtlich⁵³ weitgehend beseitigt. Die innere Kohärenz dieses Vorgehens ist – je für sich betrachtet – durchaus nachvollziehbar: Prämie für die erfolgreich bis zum Tod durchgestandene Ehe; Wegfall des Ehegattenerbrechts mit Wegfall des Status. Indes *wirkt der Status* nicht als solcher, aber gerade in jenen Fällen trotz Scheidung *in der Sache nach*, bei welchen der Ausbau des Ehegattenerbrechts aus wirtschaftlicher (auf den Bedarf bezogener) Perspektive zu folgerichtigen Resultaten geführt hätte und zugleich die Ehe – obwohl nicht (erst) durch den Tod geschieden – in der Lebensplanung der Beteiligten bereits jene Spuren hinterlassen hat, welche erbrechtliche Besserstellung rechtfertigen: Der Ausbau des Ehegattenerbrechts ist weniger dann von Bedeutung, wenn die 80-jährige Witwe ihren 85jährigen Ehemann überlebt, als dort, wo die Trennung (durch Tod *oder* Scheidung) während der Betreuungsphase gemeinsamer Kinder eintritt: Ob nicht in *solchen* Fällen (Tatbestände von Art. 125 Abs. 2, namentlich Ziff. 1, 6 ZGB und beschränkt auf die Dauer von Art. 277 Abs. 2 ZGB) eine *reduzierte Pflichtteilsquote selbst des geschiedenen Gatten* nicht sachgerechter wäre als die in einer neuen Beziehung nach kurzer Dauer noch nicht zu rechtfertigende umfassende Begünstigung⁵⁴?

20

Wenn die heutigen Ausführungen dazu beitragen, dass das Erbrecht, welches uns alle in doppelter Eigenschaft betrifft, nicht als gänzlich unantastbarer erratischer Block in einem sich wandelnden Familienumfeld verharrt, so haben sie ihren Zweck erfüllt: Diskussion kann auch zur Bestätigung führen, dass die geltende Ordnung durchaus nicht gänzlich untauglich ist. Dennoch darf das sich wandelnde Familienumfeld nicht vergessen werden⁵⁵ und erfordern auch geltende Gesetze gelegentliche *Evaluation*; dies ist Beitrag zur Qualitätssicherung der Rechtsordnung, zu welcher Rechtsanwendung im Alltag und Rechtswissenschaft von Berufs wegen laufend verpflichtet sind. In diesem Sinne verdanke ich herzlich Ihre Aufmerksamkeit.

52 Vgl. allgemein etwa RAINER J. SCHWEIZER, *Gesetzgebung als knappes Gut – Perspektiven aus der Gesetzgebungspraxis*, in: *Die Zukunft des Rechts*, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 28, Hrsg. Chr.J. Meier-Schatz, Basel/Genf/München 1999, 89–105, 91 f.

53 Vgl. aArt. 154 Abs. 2 bzw. der geltende Art. 120 Abs. 2 ZGB: Die beiden unterscheiden sich nur in der Klarstellung (im Anschluss an BGE 122 III 308), dass im Zuge einer Scheidungsvereinbarung geschlossene Erbverträge über die Scheidung der Ehe hinaus Bestand haben.

54 Wiederum (vgl. vorne Anm. 19 und 23) lässt sich nicht vermeiden, dass patch-work-familiäre Situationen zu einem «Mehrfach-Erbrecht» führen: Soweit familienrechtliche Beziehungen zu die Beziehung selbst überdauernden Wirkungen führen, kann das Verbot der Mehrfach-Beziehungen nicht verhindern, dass sich im Erbfall unter Umständen mehrere berechnete Ansprecher aus zeitlich verschiedenen Beziehungen finden.

55 Während BERNHARD SCHNYDER in seinem Überblick über die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts für das Ende des letzten Jahrhunderts (ZBJV 2000 385–422) noch auf ein gewisses «Mauerblümchendasein» des Erbrechts hinzuweisen hatte (seine Besprechung der erbrechtlichen Rechtsprechung – nach Einleitungsartikeln, Personen- und Familienrecht – beginnt auf Seite 421 mit dem *einzigsten* erbrechtlichen BGE, nebst 95 weiteren in Band 126 III amtlich publizierten Entscheiden), so durfte schon daraus kaum auf vernünftige Konfliktregelungsmechanismen und geringe Streitbereitschaft zur Schonung des erblasserischen Andenkens geschlossen werden; die gerichtliche Erfahrung zeigt denn auch, dass mancher Streit eher durch Ermattung als Überzeugung erlahmt und der Mix von Emotion und Respekt, Gier und Gelassenheit, Liebe und Hass, Vergangenheit und Zukunft etliches «Potential» – auch solches zu Versöhnung – birgt.