



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Erbrechtstag 2017

Das Höchstpersönlichkeitsprinzip im Erbrecht ... «reloaded»

Peter Breitschmid



Was bedeutet «Persönlichkeit» und was bedeutet «Höchstpersönlichkeit» im Erbrecht?

Inwiefern/weshalb ist Erbrecht persönlich/individuell/steuerbar?

«Das Persönliche» des Erbrechts ist der *erblasserische Wille*. Es kann der Persönlichkeit von Erblasserinnen und Erblassern entsprechen, ihren Willen gar nicht mit besonderer Bestimmtheit durchsetzen zu wollen, sondern lediglich ein *Grundanliegen* zu formulieren. Umgekehrt sind auch die *Erben* in der Umsetzung *frei*.

Inwiefern/weshalb ist Erbrecht gesetzlich/zwingend/vorgegeben?

«Zwingend» am Erbrecht sind Pflichtteile und die allgemeinen Schranken der Rechtsordnung (OR 20), aber natürlich auch zB steuerliche und Transparenz-Vorschriften; im übrigen gilt Eigentumsfreiheit.

Das **Prinzip** der materiellen Höchstpersönlichkeit verlangt, dass der wesentliche Inhalt des Testaments vom Erblasser selbst im Testament festgelegt bzw nach üblichen Auslegungsgrundsätzen ermittelbar sein muss.

Der Kompromiss zwischen öffentlichen und privaten Anliegen ist – dem Wesen der Materie gemäss – im Zweifel zu Gunsten der privaten Anordnungen zu treffen; das *Subsidiaritätsprinzip* (dazu ZGB 389, der bzgl der vergleichbaren Instrumente von VA und PV gilt; vgl unten Folie 9) gilt auch hier und *der private, offen formulierte Wille ist auszulegen und umzusetzen, aber nicht durch eine standardisierte gesetzliche Ordnung zu ersetzen*. – «Reloaded»: Es war dies schon die These im anhängenden Beitrag zur FS Hausheer 2002.



Die «alte Schule» bezüglich der sogenannten materiellen Höchstpersönlichkeit

- BGE 68 II 155, Sacré Coeur
- BGE 81 II 22, Katholische Priesteramtskandidaten
- BGE 100 II 98, Lépreux (Öffnung; Umdeutung in Stiftung, was bei den Priesteramtskandidaten noch abgelehnt worden war und vom BGer auch nicht als Praxisänderung betrachtet wurde)

Würdigung: Die jeweiligen Testamente sind verschurbelte altertümliche Texte altertümlicher Erblasser aus altertümlicher Zeit ... aber so muten bisweilen auch heutige «moderne» persönliche Anordnungen an. Regelmässig sind «zurückhaltende» Anordnungen gescheitert – ein Wesenszug, der aber älteren Personen bisweilen (noch) eigen – und eigentlich zukunftssträchtig – ist: Im Sinne von «*Ihr macht das schon recht*». Erbrecht *hat* nämlich eine *Zukunftskomponente*, leitet Rechtsträgerschaft über! Das *ist* iwS *Delegation*!

Zwar mögen unentschlossene Anordnungen in einer Epoche zunehmend ausgeprägterer Individualität und einem hohen Stellenwert von Individualismus bisweilen irritierend anmuten – indes sind sie *höchst*-persönliche Abbildung des erblasserischen Innersten ... und damit per definitionem *letztwillige* Verfügungen; die Vorstellung, dass ausgerechnet der *letzte*, post mortem und durch Fremde in Zukunft umzusetzende Wille derart unverrückbar formuliert und umgesetzt werden müsse, ist rein technisch abwegig.



Der aktuelle Stand der Doktrin

- Verletzung der materiellen Höchstpersönlichkeit führt zu Nichtigkeit (und nicht blosser Anfechtbarkeit), Seiler, Die erbrechtliche Ungültigkeit, Zürich 2017, Rz 705; da der erblasserische Wille die Grundlage eines letzten Willens bildet, ist diese Folgerung (Nichtigkeit und nicht blosser Anfechtbarkeit) richtig, was aber umso mehr zwingt zu überlegen, ob tatsächlich *kein* erblasserischer Wille vorhanden sei oder dieser nur formmangelhaft geäußert sei (alsdann Anfechtbarkeit; in diesem Sinne differenzierend mE zu Recht CR CC II-Leuba, Art. 498 N 16).
- Zurückhaltend-offen PraxKomm-Lenz, Art. 498 N 27, mit aktueller Übersicht
- Offen Druey § 8 Rz 28 ff., Piotet SPR IV/1 § 16 Fn 5, BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 498 N 12 ff., CR CC II-Leuba, Art. 498 N 12 ff, Tuor/Schnyder/Jungo, § 67 I aE mit Fn 13 und wNw
- Strenger (ggü Piotet) nunmehr wohl eher Wolf/Genna SPR IV/1 173 f.; dezidiert BK-Weimar Einl zum 14. Titel, vor 467, N 27 ff, insb N 34

In der Gesamttendenz ist – zusammenhängend mit den Positionen auch bzgl der «Freiheit» in der Auslegung bei einem formgebundenen Geschäft – in der «moderneren» Doktrin eher wieder ein «konservativerer», «formalistischerer» Ansatz zu beobachten («modern» ist denn auch per se ein relativer Begriff).



(Höchst-)Persönliches ... und Auslegung durch Dritte

Was man selbst macht, ist so gemacht, wie man es möchte (wenn es gelingt, es so zu machen, wie man wollte ...). Was man hingegen *Dritten* überlassen muss, wird zwangsläufig durch diese ausgeführt und damit uU nicht in jeder Hinsicht ganz genau so, wie es der Auftraggeber gemacht hätte ... was nichts daran ändert, dass das Ergebnis in den meisten Fällen in der «Streubreite» dessen liegt, was der Auftraggeber sich erhofft hat bzw realistischerweise erhoffen konnte: Das ist tägliche Erfahrung in einer arbeitsteiligen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, und es besteht kein Anlass, dass das Testament nur durch Nunkupation in gewissermassen priesterlichen Worten abgefasst werden darf – das eigenhändige als *Laientestament* entzieht sich solchen Vorgaben zum Vornherein.

Aber jeder Schreiner, der einen Tisch nach den Vorgaben des Bestellers zu fertigen hat, dürfte vor der Frage stehen, was ganz genau die Vorstellungen des Bestellers sind. Das ist höchstens bei IKEA anders, aber das fällt ins Grundversorgungssortiment des gesetzlichen Erbrechts ... Auslegung, die typischerweise nicht mehr im Dialog erfolgen kann, ist also auch bei (scheinbar) bestimmten Anordnungen unvermeidlich (BSK ZGB II-Breitschmid, Art. 469 N 27 bzw generell daselbst, N 1 ff und N 22 ff).



Auslegungs- («Spiel»-)Räume ...

- Ein Testament ist nicht etwas Beliebiges-Belangloses, sondern eben eine höchstpersönliche Willensäußerung für einen Moment, in welchem man an sich nichts mehr sagen kann. Das setzt der Auslegung aber nicht per se Schranken, sondern gebietet, dieses wichtige, *höchstpersönliche* Dokument *umzusetzen*. Indes sind die Erben ihrerseits letztlich frei, aber an einen gültigen Erblasserwillen (moralisch/rechtlich) gebunden.
- Sowohl *Laientestamente* wie auch beratene Testamente können auslegungsbedürftig sein; bei «Retail»-Kunden ist der Berater oft *überfordert/unterinformiert*, und der wirkliche Sinn kann sich uU erst unter «Mitwirkung»/Auskünften der Erben/des erblasserischen Umfelds nach Testamentseröffnung ergeben.
- Sobald bei der Auslegung, wegen des Prinzips der *Formgebundenheit*, eine tendenziell restriktive Haltung ergibt, ist zwangsläufig auch die Bereitschaft reduziert, bzgl der materiellen Höchstpersönlichkeit eine gewisse «Elastizität» zu ermöglichen.
- Gerade *langlaufende*, auf die *Zukunft* und eine Situation mit notwendigen Veränderungen (Wegfall des Erblassers innerhalb seines persönlichen Netzwerks) gerichtete Rechtsgeschäfte erfordern eine gewisse Elastizität (allg grundlegend etwa Höhn/Weber, Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften, Zürich 1986, 77 sowie Folie 13)



Folgerungen: Welche Position ist «die» Richtige?

In erster Linie natürlich die eigene ...

Ausgangspunkte sind mE, dass es sich in der Praxis bei den problematischen Fällen meist um Laien-testamente oder effektiv planerisch komplexe Situationen handelt; es geht also nicht um eine allgemeine «Aufweichung» und pauschale *laissez-faire*-Haltung als Grundansatz, sondern um Reparatur in problematischen Fällen, weshalb (mit Blick auf die grundsätzliche Wichtigkeit) die Regel «Auslegung vor Anfechtung» bzw «*magis valeat quam pereat*» gelten sollte – damit wird der Erblasserwille geschützt und nicht durch die akribische Durchsetzung eines willentlich geäußerten, konkretisierten Delegationsverbots.

Delegation ist sodann in manchen Fällen geradezu zur Regel geworden: Jede diskret sog als «*Strukturierung*» bezeichnete Planung *delegiert*, auf Stiftungsexponenten, Trustees, Protectors ... Natürlich gilt auch hier der Wille des Settlors/Stifters, der aber im Wissen um die gerade bei Perpetuierung und Verselbständigung unvermeidlich laufend anstehenden Entscheide zwangsläufig Delegieren will (und muss, um nicht *shame* zu riskieren); zudem entsteht der Trust uU schon bei «reasonable certainty» bzgl Begründung, Vermögen und Begünstigten, was nicht als *ordre public*-widrig gilt ... Insofern müsste für eine Konkretisierung eigentlich *common law*-Doktrin herangezogen werden (dazu zuletzt Lionel Smith, *What Is Left of the Non-Delegation-Principle?*, in: *Current Issues in Succession Law*, hrsg Häcker/Mitchell, Oxford 2016, 209 ff; dazu in der folgenden Folie Auszug aus den Conclusions, 227)



The Non-Delegation Principle – der Common Law-Standpunkt

5. Conclusion

Taking all of this together, it seems that the common law does not have a strong non-delegation principle. It is permissible to create a will in which another person is empowered, or even obliged, to make discretionary decisions as to the destination of the testator's property. The tenor of the case law is that such discretions can be very wide indeed, and still be valid. Moreover, it is permissible to make a will in which the destination of the property is determined by chance, or by the actions of competitors in a competition created by the testator.

What the common law does have for wills, it seems, is an authorial principle. You must be the author of your will, even if you choose to author a will that creates powers, discretions, lotteries, or contests. Your will must express *your* will. This is why a testator cannot make a will without knowing what it contains, however much he may wish to do so, and even though he could be bound by other legal acts without knowing their contents. This is also why a will cannot be made by an attorney, however wide his authority, and even though such an attorney can bind a principal to other legal acts. Unlike other legal acts, a will must be the personal creation of the testator.

If such a principle seems to be in an irreconcilable tension with the possibility of creating testamentary discretions, it may be useful to bear in mind the classic distinction between a court sitting 'as a court of probate', to decide whether an instrument can take effect as a will, and a court sitting 'as a court of construction',

Quelle s Folie 7 unten



Bestimmtheitsgebot bei Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung

- ZGB 360 II: «... muss die Aufgaben ... umschreiben und kann Weisungen für die Erfüllung ... erteilen»
- ZGB 370 I: «... kann festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt»

«Aufgaben umschreiben», «medizinische Massnahmen» benennen ... Es bedarf nicht näherer Darlegung, dass med Laien *keine* «*unangenehmen*» *Behandlungen* wollen, nicht «künstlich ernährt» werden wollen, «sinnlose Lebensverlängerung» ablehnen usw; im Idealfall haben sie Formulare angekreuzt, und zwar solche, die ihrer tatsächlichen Lebenseinstellung entsprechen, was in der herrschenden Formularflut nicht leicht ist. Praktisch häufig sind aber jene diffusen Äusserungen, welche nun der dt BGH (vorne Einleitung, Folie 8, BGH 8.2.17 XII ZB 604/15) als nicht massgeblich nicht berücksichtigt hat.

Die «*Aufgabenumschreibung*» bei Vorsorgeaufträgen hat nach meiner Erfahrung in etwa die Massgeblichkeit, die auch dem Firmenzweck durchschnittlicher AGs (OR 626 Z 2) innewohnt, ist also *Leerfloskel* und allenfalls dann relevant, wenn es darum geht zu eruieren, ob grundbuchliche Geschäfte miterfasst sind; man mag hier insofern eine Nuance grosszügiger sein als beim Testament, als mit ZGB 363 f und 368 die KESB eine gewisse Kontrolle hat; eine ähnliche Funktion kann aber auch die mit nachlasssichernden Massnahmen betraute Behörde/Gericht bzw eben ein WV einnehmen, der «Vorschläge» zu machen hat.



Einige Zitate zum Bedenken ... aus: Muscheler (Erbrecht Bd. I, Tübingen 2010)

«Was soll nicht alles sittenwidrig sein! In den gängigen Kommentaren zu § 2074 kann man eine wahre Besserungsanstalt für Testatoren besichtigen!» (195 Rz 337)

«Das Prinzip der Selbständigkeit darf nicht verwechselt werden mit dem der Bestimmtheit des Testamentsinhalts. Das BGB begnügt sich vielmehr mit **Bestimmbarkeit**. ... Das auslegende Gericht darf nicht als ein 'anderer' im Sinne des § 2065 begriffen werden.» (299 Rz 555)

«... Legitimation des § 2065 ... Dabei gilt es sich von vornherein klar zu machen, dass zur Privatautonomie auch das Recht zur Verlagerung der Entscheidung auf einen Dritten gehört.» (300 Rz 559)

«Im Missbrauchsargument scheint fast immer auch die Befürchtung einer *Verfälschung der Erblasserintentionen* durch. Doch mit solchen Erwägungen ... rechtspolitisch verteidigen zu wollen, hiesse das Kind mit dem Bade auszuschütten. Wo ein Recht missbraucht werden kann, gilt es den Missbrauch zu verhindern (z.B. durch gerichtliche Überprüfung der Drittbestimmung), nicht das Recht zu beseitigen. ... Missbrauch ist der faktische Ausnahmefall.» (301 Rz 559)

«Bei einer unwiderruflichen Generalvollmacht unter Lebenden fesselt der Vollmachtgeber sich selber, bei der erbrechtlichen Drittbestimmung fesselt er überhaupt nicht, er lässt nur warten» (304 Rz 562)

«Testierfreiheit ist das Recht des lebenden Eigentümers» (305 Rz 565)

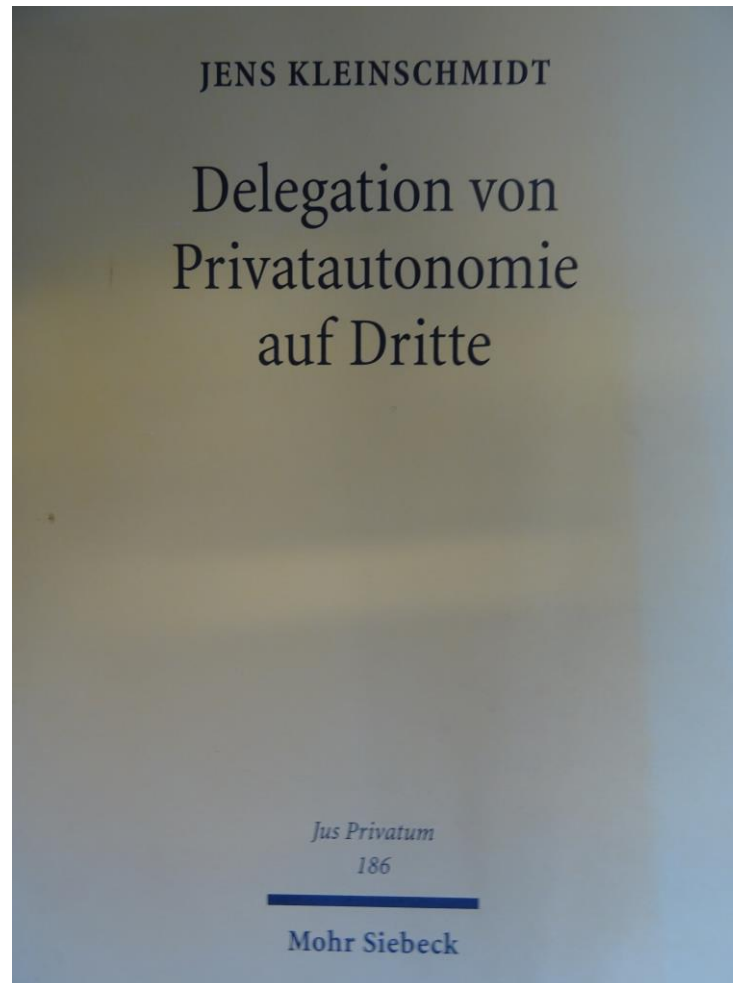


Einige Zitate zum Bedenken ... aus: Muscheler (Erbrecht Bd. I, Tübingen 2010), noch ein letztes, Schluss von § 14 / Personalität

«Nach alledem hat sich erwiesen, dass alle Versuche zur Legitimierung des § 2065 BGB gescheitert sind. Und dieses Scheitern kommt nicht von ungefähr. Vielmehr handelt es sich bei ihm um die notwendige Folge des richtigen Verständnisses der Testierfreiheit. Testierfreiheit ist das Recht des lebenden Eigentümers. Was das allgemeine Vermögensrecht diesem erlaubt, muss ihm auch das Erbrecht erlauben. ...» (305 Rz 565)

«Personalität ist kein Selbstzweck. Normen, die sich zu ihr bekennen, schützen Freiheit und Würde des Einzelnen. Im Mittelpunkt des Erbrechts steht der Erblasser und sein Wille. In seinem letzten Rechtsgeschäft zieht sich der Erblasser aus den Bindungen des Verkehrs in die Besonderheit seiner Individualität zurück. Statt seinen Willen mit dem der anderen zu amalgamieren und aus diesem Prozess als vermittelten hervorgehen zu lassen, bringt er die Unmittelbarkeit seines isolierten Willens zu end-gültigem Ausdruck» (306 Rz 567)

Weitere Belege für eine «offenere Sicht»



Christandl, 293: «Zur Sicherung der erblasserischen Selbstbestimmung kommt es ... nur darauf an, dass der Erblasser frei von äusserem Druck seinen Willen persönlich erklärt hat. Ob er dabei seinen Willen inhaltlich vollständig ausformuliert oder diese Aufgabe einem Dritten überlässt, bleibt für die Frage der Selbstbestimmung zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung unerheblich. Wesentlich ist, dass er sich ... frei entschieden hat und somit im Zusammenhang mit dieser Erklärung vor Fremdbestimmung geschützt wird.»

Hat es noch nie eine Urkundsperson gegeben, welche dem Erblasser den ihr von Angehörigen eingehauchten Willen eingehaucht hat? *Auch Berater sind Dritte!*



«Bestimmtheit» oder «Bestimmbarkeit» – Rahmenbedingungen für eine «offene Planung» für Zukunftsanliegen

Nachlassplanung ist zukunftsbezogen und damit sinnvollerweise insofern offen konzipiert, als eine für die *diffuse Zukunft*, nämlich *die dazumalige konkrete Gegenwart* passende Ordnung entworfen werden soll. Das erfordert *nicht detailreiche Bestimmtheit*, sondern *praktikable Bestimmbarkeit*.

Zweck der heutigen erneuten Thematisierung der Frage («reloaded») ist, einer einengenden Dogmatisierung der Diskussion und einer zwar dogmatisch (vielleicht; s die div Argumente von Muscheler gegen § 2065 BGB in den vorstehenden Folien) überzeugenden «reinen Lehre» (die ich unter dogmatischen Gesichtspunkten natürlich auch teile und verfechten würde) auf einen alltagstauglichen, erblasserfreundlichen Weg zu fokussieren – dazu die folgende Folie:



Schlussfolgerung

Eine möglichst gleitende Bewältigung der unvermeidlichen «Dilatationsfuge Erbgang» hängt allerdings – wegen der unvermeidlichen Ungewissheit zukünftiger Entwicklungen – auch davon ab, durch *Auslegung* den Erblasserwillen und die Kontextbedingungen des Umsetzungszeitpunkts abzustimmen. Während manche beim Testament nach wie vor überhöhte Anforderungen an die materielle Höchstpersönlichkeit stellen²¹, scheint das heutige Gesetz in jenen Bereichen, die das Leben noch lebender Personen betreffen, interessanterweise eher bereit, die Auslegungsbedürftigkeit (Art. 364 ZGB) und die Relevanz der Veränderung unbeeinflussbarer Kontextbedingungen anzuerkennen. Das ist allerdings nichts anderes als die positive gesetzliche Anerkennung dessen, dass ohnehin auch die noch etwas *fernere erbrechtliche Zukunft* kaum wirklich «abschliessend» geplant werden kann, sondern die «Kunst der Nachlassplanung» eher darin besteht, im Stil einer «Rahmengesetzgebung» jene «Umsetzungsverordnungen» vorzuspüren, welche ohnehin die Erbengemeinschaft und/oder der Willensvollstrecker entwickeln müssen. Es bleibt die – nur im Einzelfall wirklich individuell zu beantwortende – Frage, welchen (je nach persönlicher und sachlicher Situation auch innerhalb des konkreten Nachlasses variierenden) Detaillierungsgrad diese «Rahmengesetzgebung» aufweisen muss; Flexibilität und Struktur ausgewogen zu planen, dürfte die wirkliche Kunst der Nachlassplanung sein. Grosszügige, aber gute Planung verdient seitens der Nachlassbeteiligten, ggf. auch eines Willensvollstreckers, staatlicher oder schiedsgerichtlicher Instanzen ein gleiches Mass an grosszügiger Konkretisierungsbereitschaft. Nicht Grosszügigkeit und Gelassenheit ist kleinkrämerisch als unzureichend detailliert zu bestrafen, sondern der blockierende kleinkrämerische zukunftsfeindliche Regelungswahn, der glaubt, alles bestimmen und regeln zu können und zu müssen: das ist nicht Kunst, sondern bloss Blockieren.

Aus: Breitschmid, Nachlassplanung – die Verfügungsarten, ihre Stärken und Schwächen, in: Schmid (Hrsg), Nachlassplanung und Nachlassenteilung, Zürich 2014, 1 ff., 14 f.