



Standort und Zukunft des Erbrechts

Peter Breitschmid

*Das Erbrecht hat im ZGB eine statische und selbstverständliche Ausgestaltung erfahren, hat sich allerdings im Rahmen der demografischen, gesellschaftlichen und volkswirtschaftlich-politischen Rahmenbedingungen zunehmend einer Rechtfertigungsdiskussion zu stellen. Der Beitrag möchte aufzeigen, dass ein rechtlich geordneter Vermögensübergang von Todes wegen zwar nicht das einzige Posthumous Interest eines Menschen, aber doch eine «rechtsphysikalische» Notwendigkeit ist. Die Fließrichtung der Mittel richtet sich allerdings ebenfalls nach physikalischen Gesetzmässigkeiten; in der heutigen Familienbiografie bedeutet dies, der zunehmend individuelleren «Topografie» Rechnung zu tragen und den Mittel-«Fluss» unter Umständen in verschiedene Arme zu spalten. Andererseits gebietet die Effizienz und Voraussehbarkeit (insgesamt: die Rechtssicherheit) eine gewisse «Einfachheit» – posthumer Hedonismus und schrankenlose Individualität verdienen keinen Rechtsschutz. Die Akzeptanz des gesetzlichen Rahmens wird besser, wenn die «technische Abwicklung» (Nachlassverwaltung bis zur Teilung, die Teilung selbst, Haftungsbelange) möglichst «schlank» bewältigt werden kann. Interdisziplinäre Betrachtung des Erbrechts bedeutet nicht nur, sich der demografisch-sozialwissenschaftlichen Aspekte anzunehmen, sondern auch die rechtlichen Grenzgebiete zu Vorsorge- und Steuerrecht zu thematisieren. Und ein Letztes: Erbrechtliche Planung bezieht sich auf die Zukunft; weder kann Ziel sein, künftige Generationen in Fesseln zu legen, noch darf man den Zeitlauf aus den Augen verlieren: heutige 50-Jährige werden möglicherweise nicht mehr strikt nach der heutigen Ordnung beerbt, weshalb die Planung die Zukunft (und damit intertemporalrechtliche Fragen) zu bedenken hat.**

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen

- A. Demografisch-soziale Querbezüge und allgemeine Rahmenbedingungen
 - I. Bedeutung und Einordnung des Erbrechts ins Rechtssystem
 - II. Historische Bezüge
 - III. Erbrecht, Freiheit, Eigentum und ... Glück?
 - IV. Volkswirtschaftliche Bezüge
 - V. Einstellung der Bevölkerung – Testierbereitschaft
 - VI. Internationale Entwicklung
- B. Ansatzstellen für Reformüberlegungen im Detail
 - I. Einige grundsätzliche Aspekte aktueller (erb-)rechtlicher Tendenzen
 - II. Übersicht über die parlamentarischen Bemühungen
- C. Themen gesetzgeberischer Gestaltung und praktischer Handhabung im erbrechtlichen Kontext
 - I. Wünsche an den Gesetzgeber im Bereich des ZGB
 - 1. Gesetzliche Erben
 - 2. Pflichtteil

- 3. Umfang erbrechtlicher Beteiligung (quantitative Kriterien)
 - 4. Testierfähigkeit
 - 5. Inhaltliche Gestaltung, Auslegung
 - 6. «Transportmittel» des erblasserischen Willens
 - 7. Haftungskonzept
 - 8. Weitere «technische Aspekte» der Nachlassabwicklung
 - 9. Teilung
 - II. Erbrecht, Vorsorge und Steuern
 - III. Vormundschafts- bzw. erwachsenenschutzrechtliche Bezüge
 - IV. Internationale Verhältnisse
 - V. Wohltätigkeit
 - VI. Prozessuale Aspekte
- Schlussbemerkung – «Übergangsrecht»

* Publikationsfassung des Referats anlässlich des 3. Schweizerischen Erbrechtstags am 28.8.2008 in Zürich. Veröffentlichung im Rahmen des Projekts «Generationen in der Erbesgesellschaft – Ein Deutungsmuster soziokulturellen Wandels», Kultur-, sozial- und rechtswissenschaftliche Untersuchungen zur aktuellen Debatte um Demografie, intergenerationellen Transfer und Nachhaltigkeit, gefördert durch die VolkswagenStiftung im Rahmen des Programms «Schlüsselthemen der Geisteswissenschaften».

Vorbemerkungen

1 Dieser Text ist ein Versuch und dessen Anlass – der bereits *Dritte Schweizerische Erbrechtstag* – ein Diskussionsforum. Der Text ist ambitiös insofern, als ein bislang recht stabiles Terrain, an welchem zwar punktuell (gesetzliches Erbrecht, Pflichtteilsrecht) etwas Feinschliff getrieben wird, integral, in etwas grösserem Zusammenhang und einigermaßen flächendeckend auf die Tragfähigkeit seiner Struktur hin untersucht und der Modernisierungsbedarf erörtert werden soll. Er ist ambitiös auch insofern, als das nicht ein Einzelner kann und ein Einzelner auch nicht alle Fragen sieht und adäquat löst – ich handle ohne Auftrag und auf eigenes Risiko und erbitte Kritik. Der Versuch, explizit eine Reformdiskussion anzuschieben, erfolgt, weil eine solche nur sinnvoll ist, wenn sie nicht einfach der politischen Tagesaktualität folgend punktuell und hektisch, sondern strukturiert und umfassend angegangen wird: Die *sozialen, ökonomischen und demografischen Entwicklungen einerseits und das Erbrecht andererseits sind je gesamthaft in Beziehung zu setzen* – persönliche Entfremdung reduziert nicht einfach (allenfalls) die gesetzliche Erbquote oder den Pflichtteil, son-

- 1 Dies unter der Annahme, dass das revidierte Erwachsenenschutzrecht auf den 1.1.2012 in Kraft tritt (im folgenden Text wird bei Bestimmungen dieser Reform jeweils von Art. ... ZGB-ES gesprochen), womit 55 Jahre und 17 Tage seit Einsetzung der seinerzeitigen Studienkommission zur integralen Revision des Familienrechts verstrichen sein werden.
- 2 Insofern gehört auch die Erbrechtsgesetzgebung zu den ererbten Werten: JOSEPH JENKINS, What Should Inheritance Law be?, Law and Literature (Cardozo Law School) Vol. 20 No. 2, 129–289, 129 (s. successio 2008 335).
- 3 PASCAL LACHENMEIER, Der Tod im liberalen Staat – Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss. Basel 2008; DERS., Medizin und Recht: Todeszeitpunkt umstritten, plädoyer 3/2008 32 ff.; angesichts einer hochtechnisierten Medizin ist viel eher von einer *Zone zwischen Leben und Tod* zu sprechen, die (etwa bei Unfallopfern) durchaus auch wieder ins Leben zurückführen kann. Die Fiktion einer «logischen Sekunde» des Erbgangs trägt den Unwägbarkeiten des «Grenzstreifens» nur unzulänglich Rechnung, und es wird Aufgabe etwa des Vorsorgeauftrags als einem der bewusst geschaffenen Institute des Erwachsenenschutzes sein, im «biografischen Umfeld» des Todeszeitpunkts (auch) den Übergang der «administration» «unter Lebenden» und «von Todes wegen» zu begleiten und den Übergang der Zuständigkeit von der Erwachsenenschutzbehörde (aus Art. 368 ZGB-ES) auf die Erben oder die mit den erbrechtlichen Sicherungsmassregeln (Art. 551 ff. ZGB) betraute Stelle. Diese «durchlaufende Sicht» könnte neue Perspektiven etwa bezüglich der erbrechtlichen Haftungsrisiken bergen: s. hinten Ziff. 45.

dern untergräbt gleichermaßen die Rechtfertigung von Universalsukzession und Erbenhaftung. An einer in diesem Sinne integralen Betrachtungsweise liegt mir – würden nun allerdings (wie Mitte des letzten Jahrhunderts beim Familienrecht) eine Studienkommission und dann verschiedene Expertenkommissionen eingesetzt, so wäre bei gleicher Kadenz mit einer abschliessenden Erbrechtsreform im Jahre 2064 zu rechnen¹. Es geht selbstverständlich nicht darum, den Verlauf der Familienrechtsrevision zu karikieren: Auch gesellschaftliche Konventionen und Gesetze sind unter Generationen überliefert und werden zu weiterer Entwicklung konzipiert² – eher «retardierender Faktor» ist meist der Mensch, der sich tendenziell nach einem unauffälligen Glück in einem einigermaßen stabilen persönlichen Umfeld sehnt.

Idee dieses Texts ist denn auch, dem meist eher schlichten individuellen Anliegen entsprechende Lösungsansätze zu skizzieren: nicht als laute Paukenschläge, aber doch als etwas persistierendes Sirren des Triangels Gedanken anzuschubsen, welche die *zunehmend-abnehmende Kongruenz der gesetzlichen Erben* (Art. 457–462 ZGB) *und des übrigen erblasserischen Beziehungsumfelds* wahrnehmen (wie es etwa in den Art. 397e ZGB, Art. 378 ZGB-ES, Art. 20a BVG, im Haftpflichtrecht bezüglich des Versorgerschadens und im Betreibungsrecht bezüglich der Existenzminimumberechnung anklingt). S. dazu insbes. Ziff. 6, 31 f., 37 f.

2 Die Behandlung der Themen erfordert einige grundlegende erbrechts-«politische» und -«philosophische» Ausführungen und folgt dann der gesetzlichen Systematik; damit werden zwar die wohl umstrittensten und teilweise heikelsten Fragen vorweg angesprochen, was allerdings nichts daran ändert, dass die eher technischen Aspekte verdienen, mit gleicher Aufmerksamkeit weiter verfolgt zu werden.

A. Demografisch-soziale Querbezüge und allgemeine Rahmenbedingungen

I. Bedeutung und Einordnung des Erbrechts ins Rechtssystem

3 Erbrecht setzt (nach der derzeitigen Konzeption) nicht nur eine familiäre Struktur bzw. eine erbrechtliche Planung, sondern auch den Tod einer Erblasserin oder eines Erblassers voraus. Art. 31 ZGB enthält diesbezüglich nur eine knappe Regelung, und das Hirntodkonzept ist nicht unbestritten bzw. es greift die rechtsgeschäftliche Planung bereits auf die Frage über, was bezüglich des für den *Todeszeitpunkt* massgeblichen Zeitpunkts gelten soll³. Der Bundes-



rat hat nun denn doch auch erkannt und anerkannt, dass mit Überlegungen zur Ordnung der *Sterbehilfe* der Rechtsstaat sich nicht preisgibt, sondern seine Ordnungsmacht gerade auch in Zonen trägt, die unter bisweilen etwas schattenwirtschaftlichen Rahmenbedingungen praktizieren: Die Gesetzgebung ist nicht in den konfliktfreien Zonen am meisten gefordert (beim Erbrecht innerhalb der intakten, harmonisierenden Familie; bei sanftem Entschlafen zu «gottgegebenen» Stunde, usf.), sondern in den heikleren atypischen und Grenzfallsituationen.

4 Angesichts des Umstands, dass der Anfall einer Erbschaft in manchem Fall eine Wegmarke in der ökonomischen Biografie der Erbengeneration darstellt, ist unvermeidlich, über den *Zeitpunkt des Erbanfalls* nachzudenken. Dabei geht es einerseits um den demografisch-gesellschaftlichen Kontext, wonach *tendenziell später geerbt* wird (und daran anschliessend das rechtlich-prozessuale Risiko, dass die Teilung der angefallenen Erbschaft sich zusätzlich verzögert: hinten Ziff. 48). Andererseits bedeuten ärztliche Gespräche über lebenserhaltende Massnahmen mit Angehörigen immer auch, dass nicht nur über Lebensqualität, sondern ganz zwangsläufig über den weiteren Lebensverlauf auch in zeitlicher Hinsicht gesprochen wird; hier eine erbrechtlich-wirtschaftliche Verknüpfung herzustellen, mag makaber anmuten, doch wäre es naiv, die Zusammenhänge auszublenden – sie können sich in widersprüchlicher Art manifestieren: (i) In einem Kampf um Aufrechterhaltung «des» Lebens (allenfalls auch nur einer apparativ gestützten rein vegetativen Existenz) aus religiösen Gründen (oder steuerlichen: Mindestwohnsitzdauer!), emotionaler Überforderung (nicht Loslassen-Können) oder auch der Angst, dass Eigennutz vorgeworfen würde, oder aber (ii) in einer gewissen Nonchalance, die eher eigene (wirtschaftliche) Interessen als emotionale Anliegen der betroffenen Person in den Vordergrund rückt und die allenfalls gar eine gewisse gesellschaftliche Akzeptanz (Stichwort: Pflegekosten) geniessen mag – eine Ausgangslage, die auch nur knapp urteilsfähigen kranken älteren Personen oft durchaus gegenwärtig ist und sie in eine zusätzlich belastete Stimmung bringen kann (typischer Satz: «Ich will niemandem zur Last fallen»). Recht und Gesetz müssen sich dieser Konkurrenzlage der eng und anspruchsvoll zusammenlebenden Generationen stellen – sie wird bislang nur verdeckt im Rahmen der Krankenversicherungsprämien und kaum explizit als Aspekt beschränkter Ressourcen (bzw. einer möglichen Rationierung medizinischer Leistungen bzw. einer offenen Deklaration sowohl ethisch wie ökonomisch vertretbarer Rationierungskriterien⁴) angesprochen.

5 Die Unterstützung «Lebensmüder» (des Lebens Müder) kann – wie immer man sich zu *Sterbehilfe* stellt oder was darunter im Einzelnen verstanden wird – nicht darin bestehen, sie zu weiterem Aktivismus zu treiben oder ihre Befindlichkeit zu leugnen, sondern sie in ihrer Befindlichkeit ernst zu nehmen und zu begleiten. Dies impliziert, dass *Nicht-* bzw. *palliative Behandlung* als Form reflektierter, durch den *informed consent*⁵ der betroffenen Person gestützter medizinischer Behandlung respektiert wird. Unabhängig davon, ob sich jemand durch Patientenverfügung geäussert hat (oder ganz einfach die Vermutung gilt, dass jedermann bestmöglich nach anerkannten Standards behandelt werden möchte, und sei es «nur» palliativ), ist der Todeszeitpunkt längst künstlich, zunächst nämlich (oft) lebensqualitätssteigernd «künstlich» hinausgeschoben worden; damit liegt der «terminale» Behandlungsentcheid aber längst in Menschenhand und ist nach Massstäben einer mitmenschlichen Ethik zu erarbeiten. Dies ist Teil einer *gesamtheitlichen* Behandlung (welche die unausweichliche Selbstverständ-

4 Etwa im Sinne der «QUALYs-Regel» (Quality Adjusted Life Years): «Lebensqualitätsbezogene Lebenszeit» statt bloss quantitativ-nomineller Verlängerung biologischer Existenz, was allerdings in letzter Konsequenz eine hochindividualisierte, neben medizinischen Aspekten auch auf Beziehungs-, Betreuungs- und Wohnverhältnisse Rücksicht nehmende Analyse sowie Kenntnis der Anliegen des Kranken (im Sinne einer Patientenverfügung, vgl. Art. 370 ff. E-ZGB) erfordert und nicht Leistungsverweigerung bzw. -abbau ab einer bestimmten Zahl von Lebens- (bzw. Alters-)jahren.

5 Zur Diskussion um die *Suizidbeihilfe* zuletzt umfassend *Bioethica Forum* 2009 Heft 1. Zum Begriff des *informed consent* s. etwa die Präambel der Richtlinie der SAMW zur Selbstbestimmung der Patientinnen und Patienten vom 24.11.2005 (www.samw.ch/docs/Richtlinien/d_Patientenrechte.pdf); die bewusste, reflektierte Zustimmung setzt angesichts der Tragweite des Entscheids eine längerfristige, mit Beratung und Aufklärung verbundene Phase der Aufklärung voraus, was nicht im Rahmen einer sterbetouristischen Schnelldiagnose verifiziert werden kann (s. meine Bem. in *successio* 2008 87 f.). – Der sehr technische medizinrechtliche Begriff des *informed consent* kontrastiert mit der *Willensfreiheitsdebatte* (die auch in die Rechtswissenschaft hineindiffundiert hat: s. z.B. den von *Marcel Senn/Dániel Puskás* herausgegeben Band «Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung», Stuttgart 2006): der *informed consent* des betagten, kranken, von Sorgen (auch um die ökonomische Grundlage der Erben) und vielleicht auch subtilen Äusserungen des Umfelds Geplagten mag zwar *informed*, aber kaum *befreit* sein, sondern in jenem eigentümlichen Grenzbereich von gesellschaftlichen und ökonomischen Zwängen, dem Streben nach Freiheit und der bewussten, oft auch lastenden Verantwortung pendeln, der menschlichem Denken und Handeln eigen ist.

lichkeit des Todes zu bedenken hat), die aber nur gemeinschaftlich durch die Betroffenen und das (haus-) ärztliche, pflegerische, familiäre Umfeld in einem kontinuierlichen, lebensbegleitenden, fachlich- und mitmenschlich-ethisch nachvollziehbaren Denk- und Handlungsprozess (dokumentierte Krankengeschichte!⁶) und kaum ad hoc durch Ein-Themen-Organisationen erfolgen kann. Diesen Vorstreitern von Patientenautonomie ist zu gute zu halten, dass sie das Tabu-Thema Tod überhaupt ins öffentliche Bewusstsein rücken – erst ein ent-tabuisierter Umgang mit dem Thema wird eine «natürliche Behandlung» des Todes ermöglichen: Wir müssen mit dem Tod umgehen, als Gesellschaft, nicht als Erbrechtler. So wie Güter nicht unter-, sondern übergehen, ist auch der Prozess der emotionalen Ablösung von einem Menschen ein gleitender Vorgang – das Sträuben gegen Sterbehilfe hat viel mit menschlicher Angst vor dem Tod oder auch nur

der Auseinandersetzung mit ihm zu tun (ebenso wie die Scheu des Gesetzgebers, sich solcher Fragen anzunehmen). Auch der «medizinische» Tod (wie er denn auch immer definiert wird) tritt kaum schlagartig ein. Diesem Aspekt trägt das Bewusstsein um *posthumous interests* Rechnung, die nicht nur Buchtitel⁷ sind, sondern eine zentrale personen-, persönlichkeits- und medizinrechtliche Schnittstelle.

6 *Erbrecht* ist derzeit über weite Strecken vor allem **Familienrecht**: Nur Verwandtschaft vermittelt von Gesetzes wegen Erbstellung, und es sind damit *familienrechtliche* Vorgänge und weniger die bloss *faktischen* Beziehungen oder der *emotionale* Aspekt von Statusbeziehungen (die bekanntlich ziemlich «papierig» – nur im Zivilstandsregister existent – sein können), die auch über den erbrechtlichen Status bestimmen⁸. Das gilt umso mehr, als die Testierquote traditionell tief (Ziff. 19) und die gestalterische Dichte selbst der testamentarisch gestalteten Nachlässe in der Regel gering ist. Während im Familienrecht im engeren Sinne (nämlich den Bestimmungen über das Zusammen- und das anschließende Getrenntleben) einschneidende gesetzgeberische Arbeiten fast hektisch im Gange sind (die allerdings nicht überbewertet werden dürfen⁹), ist das «Familienrechtsnachfolgerecht» betont statisch und wird der Revisionsbedarf eher zurückhaltend beurteilt¹⁰. Ganz spurlos werden allerdings familienrechtliche Reformen an einem Familienerecht nicht vorbeigehen können, wobei freilich auch hier gilt, was für das Familienrecht gesagt wird: «*Family law remains one of the most fascinating areas of study. It affects so many people at the heart of their lives but often lags behind the way in which our lives are led*» – oder mit dem Titel des Begleitbands zur einschlägigen Ausstellung im Landesmuseum: «*Familien – Alles bleibt, wie es nie war*»¹¹. Wird die Welt hektischer (oder ein-

6 Dazu gehören auch die *Lebensverhältnisse* der behandelten Person, einschliesslich ihrer (nicht nur momentanen) persönlich-familiären Beziehungen: *terminale* Behandlungsentscheide können nicht nur von einem momentan-zufälligen persönlichen Netzwerk verantwortet werden, dessen Legitimation seinerseits daraufhin zu prüfen ist, ob es eine seriöse (objektiv-fremdnützige) Interessenabwägung zu gewährleisten vermag (vgl. Art. 373 ZGB-ES und Art. 381 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 ZGB-ES, ebenso allgemein Art. 368 und 376 Abs. 2 ZGB-ES): BGE 134 III 385 (Anm. 14, 128) zeugt vom gerichtlichen Gespür, dass Angehörige sich nicht in jeder Situation uneigennützig um ihre künftigen Erblasser bemühen.

7 DANIEL SPERLING, *Posthumous Interests, Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge 2007.

8 «Das Gut rinnt (meist) wie das Blut» (vgl. *successio* 2007 142) ist ein weit über den rechtswissenschaftlichen Bereich hinausgreifender Satz, der (*bluts-*)*verwandtschaftliche Strukturen* abbildet oder idealisiert, aber zwangsläufig im gesellschaftlichen Diskurs nuanciert wird; s. dazu in demnächst erscheinenden Publikationen (je mit det. weiteren Nachweisen) eine *geistes-/kulturwissenschaftliche Aufarbeitung*: KARIN GOTTSCHALK (Hrsg.), «Das Gut rinnt wie das Blut»? Erbfolge und Verwandtschaft in der europäischen Perspektive; DIES., Dispositionsfreiheit versus familiäre Bindung? Der letzte Wille in Deutschland und England, 12.–19. Jahrhundert; GOTTSCHALK/JUSSEN/KRESSIN/PARNES/VEDDER/WEIGEL/WILLER, *Erbe – Übertragungskonzepte zwischen Natur und Kultur in historischer Perspektive*; ULRIKE VEDDER, *Das Testament als literarisches Dispositiv im 19. Jahrhundert. Verrechtlichung, Ökonomisierung und Naturalisierung als Aspekte einer Poetologie testamentarischen Schreibens* (eine Arbeit, welche case-study-mässig Beispiele aus der Literatur analysiert, die über weite Strecken auch noch heutiges Testierverhalten mit all seinen Risiken abbilden). Bereits greifbar ferner W. EGLI, *Erben, Erbrecht und Erbschaftssteuern in Kulturvergleich*, *forum historiae iuris* 30.7.2000, abzurufen unter www.rewi.hu-berlin.de/FHI/00_07/egli.htm.

9 Spanien hat derzeit im kontinentaleuropäischen Bereich wohl eine der «fortschrittlichsten» Familienrechtsordnungen, doch wird diese nur in sehr beschränktem Masse auch gelebt: s. MIQUEL MARTÍN-CASALS/JORDI RIBOT, *The Postmodern Family and the Agenda for Radical Legal Change*, in: *The International Survey of Family Law*, 2008 Edition, Bristol 2008, 411 ff., unter dem Titel: «A society that has changed a great deal ... or perhaps not so much after all?»

10 In diesem Sinne STEPHAN WOLF, *Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?*, ZBJV 2007 301 ff.

11 BILL ATKIN im Vorwort zum *International Survey of Family Law* (oben Anm. 3), xv; Schweizerisches Landesmuseum (Hrsg.), *Familien – Alles bleibt, wie es nie war*, [Zürich 2008]. Dass die traditionelle Familie ein in Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft verfangenes, undurchschaubares und schwer entwirrbares Knäuel von



fach «Hektik» wahrgenommen), so manifestiert sich zugleich ein Hang nach beruhigender statischer Stabilität¹² – dem Menschen scheint «das Revolutionäre» nicht innezuwohnen, jedenfalls nicht insoweit, als es zu Destabilisierung seiner Träume von wirtschaftlich und emotional gesicherter Existenz führen könnte¹³. Die Bedeutung von Vererben und das Interesse, sich mit dem eigenen Erbe zu befassen, dürfte zudem durch familiäre-wirtschaftliche Prägung ganz unterschiedlich sein: Während biografisch der Arbeitnehmerhaushalt das Bewusstsein vermittelt, dass durch ausserhäusliche Erwerbstätigkeit die laufend benötigten Subsistenzmittel gewonnen werden müssen (und können), gebietet die Verflechtung von Unternehmen und Familie grösseren individuellen Reflexionsbedarf.

Eine grössere Bandbreite statistisch und damit auch emotional relevanter Lebensstypen – ob freiwillig oder unter Druck, bewusst oder unbewusst entstanden – lässt sich allerdings ganz ohne Zweifel beobachten. Dass eine Rechtsordnung eher nicht nur die (tendenziell unproblematischere) «Standard-situation», sondern die gesellschaftlich zunehmend breiter gefächerten Varianten abzudecken hätte, ist nicht Verrat an EUGEN HUBERS Gesetz, sondern die Ausgangslage heutiger Gesetzgebung, die in unserer Zeit für Verhältnisse und Personen Recht zu schaffen hat, die sich um Recht zu Unrecht nicht kümmern. So wie die Ausserehelichengesetzgebung als solche obsolet geworden ist, müsste die Integration heutiger atypischer Situationen ins Rechtsgefüge – gewissermassen in Nachfolge damaliger Atypizitäten – an die Hand genommen werden. Man möge dabei aber immerhin noch ein Bild bedenken: Ähnlich wie *Architektur* ist auch *Recht* eine objektive, allgemein und besonders auch das Erbrecht eine auf Dauer angelegte Ordnung, formal durchgestaltet, sollte in seiner Struktur stabil und ansehnlich bleiben, zugleich in der Nutzung funktional und sachgerecht einen vertrauten, grosszügigen Rahmen bieten, der noch individuell gestaltet werden kann. Eine gewisse Standardisierung ist in Kauf zu nehmen, so wie andererseits mancher (rechtliche oder architektonische) Rahmen mit grossem Potenzial individuell kaum oder nur schlecht genutzt wird. Ob die Konzeption von MAX BILL oder EUGEN HUBER stamme – entscheidend ist, was die Nutzer daraus machen und ob ihre Ansprüche realistisch sind.

7 Erbrecht ist (anders als lebzeitige zwischenmenschliche Beziehungen in emotionalen, alltäglich-vertraglichen oder geschäftlichen Partnerschaften) etwas «Besonderes» insofern, als es an ein terminal-einmaliges biografisches Ereignis – nämlich den Tod¹⁴ – anknüpft; es ist insofern verbunden mit weitreichenden Emotionen, die irgendwo zwi-

Emotionen und Generationen bildet, beschreibt GABRIEL GARCÍA MARQUEZ in den *Funerales de la Mamá Grande* mit jenem eindrücklichen Sprachklang, der dem Thema entspricht: «La rigidez matriarcal de la Mamá Grande había cercado su fortuna y su apellido con una alamburada sacramental, dentro de la cual los tíos se casaban con las hijas de las sobrinas, y los primos con las tías, y los hermanos con las cuñadas, hasta formar una intrincada maraña de consanguinidad que convirtió la procreación en un círculo vicioso.»

- 12 Vielfach wird der Begriff der «Stabilität» geradezu propagandistisch als Markenzeichen der positiven Eigenschaften der Schweiz verwendet: S. zuletzt ANDREAS SCHIENDORFER, Identität Schweiz – Die Schweiz bleibt ein Hort der Stabilität, Bulletin Credit Suisse 5/2008, 14 ff. – Im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung des Erbens darf diese Stabilitätserwartung wohl auch in destabilisierterem verwandtschaftlichem (und ökonomischem) Kontext nicht unterschätzt werden, weshalb Erbrecht überdurchschnittlich konservativ ist und eher Familienidealen als Familienrealität folgt. Dass auch und gerade das Erbrecht sich damit nur «in Konkordanz», gemächlich, aber breit (genossenschaftlich) abgestützt entwickeln kann (wobei gerade darin die Qualität einer solchen Entwicklung liegt), beschreibt CHRISTIAN BRÜCKNER in weiterem Kontext (Das Schweizerische im Schweizer Recht, BJM 2007 153 ff.) als Charakterzug schweizerischen Rechts, der wohl gerade in diesem Bereich das Charakteristikum der bisherigen Kontinuität beschreibt und insbesondere in den ohnehin schwierigen Spezialsituationen wie der Unternehmensnachfolge (dazu auch Anm. 32 und 42) Erfolgsfaktor ist.
- 13 LUCA BERTOSSA/KARL W. HALTNER/RUTH MEYER SCHWEIZER haben unter dem Titel «Werte und Lebenschancen im Wandel» (Zürich/Chur 2008) *Ergebnisse der Eidgenössischen Jugendbefragung* publiziert, welche den nach wie vor zentralen Charakter der Familie für die Sozialisation von Kindern und Jugendlichen manifestiert (u.a. 60 f., mit Hinweis darauf, dass emotionaler Rückhalt und wirtschaftliche Sicherheit in Wechselwirkung stehen; 100 f. bez. der Wechselwirkung von «Sicherheit» in wirtschaftlicher/beruflicher wie auch persönlicher Hinsicht, woraus sich ein hohes Stabilitätsbedürfnis – z.B. in der nach wie vor aktuellen «Treue in der Ehe», S. 321 – ergibt). – S. zum «Streben nach familiärem Status» auch hinten Ziff. 24 bei Anm. 58 f. bez. rechtsgeschäftsplanerischer Instrumente wie der Adoption, der Wünsche betr. Vormund für Kinder (Art. 381 ZGB) und insbesondere auch die Zuerkennung des «traditionellen» Status an gleichgeschlechtliche Partnerschaften, was das menschliche Streben nach (zwar «partnerschaftlicheren», «moderneren», «vielfältigeren») letztlich typischen (ebenso «traditionellen» wie eben «menschlichen») Mustern illustriert.
- 14 «Der Tod» ist juristisch wenig beschrieben (und auch eine gesetzliche Ordnung der Sterbehilfe bereitet Mühe, berührt «Unaussprechliches») – umso mehr wird über «den» Tod und «das» Sterben zwar publiziert, das eigene Sterben allerdings zumeist fast anamnestic verdrängt (s. zur Testierhäufigkeit hinten Ziff. 19); Tote «leben» zwar nach religiösen Vorstellungen zumindest ideell weiter, sind aber aus dem Leben der lebenden Generationen ausgegrenzt auf Friedhöfen oder in Friedwäldern.

schen Apokalypse und Arkadien oszillieren. Dass der Tod so anders empfunden wird als die Geburt (letztlich ein Geschehen gleicher Bedeutungsstufe am andern Ende der Lebensskala), ist Zeichen der bewussten Selbstwahrnehmung und (damit verbunden) einer gewissen Selbstverliebtheit, der menschlichen Entwicklung einerseits; andererseits erleben wir voraussichtlich ja unseren Tod kaum, allenfalls eine prämortale Leidensphase (weshalb sowohl palliative bzw. sterbemedizinische Fragen bis hin zur *Sterbehilfe* [Ziff. 3 ff.] sowie *Organspende und -handel* derzeit in der öffentlichen Wahrnehmung und der individuellen Reflexion mindestens den Stellenwert des Erbrechts einnehmen; solange der eigene Tod nicht planbar war, war Erbrecht zudem das einzige sozial akzeptierte Gestaltungsmittel), und es ist eher unser Umfeld, das – wenn es überlebt – sich darauf einzustellen haben wird. Erbrecht trifft in der sog. ersten Welt auf eine Entwicklungsstufe

von hoher Gestaltungsfähigkeit und bisweilen Gestaltungswillen, mit Zukunftsglauben und -sorgen, auch Unsterblichkeitsmythologien (oft eher modisch-profanan Provenienz), und ist fest im Bewusstsein verankert. Das sichert ihm in vielfältiger Hinsicht stark emotional geprägte Traditionalität und Kontinuität.

8 Erbrecht im Sinne der Art. 457–640 ZGB sowie der Vorsorge- und Versicherungsgesetzgebung knüpft an den Tod an, erfasst aber nur den schmalen rein vermögensrechtlichen Bereich der damit verbundenen Rechtsfolgen. «Rechtstechnisch» ist Erbrecht allerdings unverzichtbar, wenn man überhaupt von einer «Rechtsnachfolge» ausgeht. Da natürliche Personen (nach einstweiligem medizinischem Erkenntnisstand) endlich sind und irdischer Reichtum nach der Konzeption der griechisch-römischen Kultur und jüdisch-christlichen Ethik überdauert (alles nach einer zwar irdischen und insofern doch endlichen, aber als aus menschlicher Zeitperspektive langwährend erhofften «Ewigkeit» strebt), ist eine Nachfolgeordnung «technisch» zwingend (womit natürlich noch nichts über die Nachfolger und den Preis ihrer Nachfolge ausgesagt ist).

Es mag einer unbefangeneren Annäherung dienen, sich dem Thema aus einer nicht juristischen Perspektive – nämlich der elementaren Selbstverständlichkeit des Todes als unvermeidlichem Element des menschlichen Daseins – anzunähern; s. dazu etwa den Band *«Der Tod im Leben»* (hrsg. von Friedrich Wilhelm Graf/Heinrich Meier, Veröffentlichungen der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München 2004), oder CONSTANCE JONES, *Der Tod – Alles über Leben und Sterben*, München 1999 (amerikanische Originalausgabe: R.I.P. – The complete book of death and dying, New York 1997); möglich, dass eine profaner-rationalistische Einstellung zum Tod auch in der Einstellung zu den Rechtsfolgen des Todes Änderungen zeitigen könnte, die allerdings wohl kaum kurzfristig eintreten werden (man beachte etwa die Sensibilität, mit welcher der *klinischen Obduktion* begegnet wird; dazu etwa MARC SPLISGARDT, *Widerrechtlichkeit von klinischen Obduktionen*, Zürcher Diss., Basel 2007). – Es zeichnen sich bei der rechtlichen Behandlung des Todes gleiche Schwierigkeiten ab wie im *Familienrecht*, welches die *rechtliche Regelung der Liebe* (zur nicht-rechtlichen Betrachtungsweise gibt es von den Herausgebern des Bandes *«Der Tod im Leben»* einen solchen *«Über die Liebe»* (München 2001) – und insbesondere der rechtlichen Folgen ihres Schwindens – versucht: Auch dort gilt allerdings, dass trotz schwindender Bedeutung des Status (dort der Ehe, hier dem letztlich auf ehelicher Verwandtschaft gründenden Erbrecht) die staatliche Konfliktordnung gefordert ist, wenn sich private Lösungen nicht ergeben oder konfliktuell werden (Beispiel dafür der Sachverhalt von BGE 134 III 385 bez. Erteilung konträrer Generalvollmachten [es könnten auch Vorsorgevollmachten i.S.v. Art. 360 ff. ZGB-ES sein] gegenüber mehreren Familienfraktionen), weshalb auch das *Vormundschaftsrecht* (das biografisch öfter die Schnittstelle zwischen familiärem Leben und Tod markiert) in dieser Bipolarität von privatem und staatlichem Handlungsbedarf verfangen bleiben wird, wenn das revidierte Erwachsenenschutzrecht voraussichtlich auf den 1.1.2012 in Kraft tritt (s. dazu Anm. 1 bzw. hinten Ziff. 52 f.).

II. Historische Bezüge

9 Diese *vermögensrechtliche Nachfolgeordnung* – die uns hier primär beschäftigt – kann nach dem Prinzip der *Aneignung* herrenlosen Landes archaisch-kriegerisch (nach dem Gesetz des Stärkeren), nach dem Prinzip des *Kollektiveigentums* (als bloss temporär überlassenem Nutznießungsrecht mit Gebrauchspflicht im Sinne des gesellschaftlichen Interesses) durch Rückgabe an die Gemeinschaft (die Produktions- und Wohn-/Dorfgemeinschaft der alten Germanen oder eine 100%ige Erbschaftssteuer im heutigen Kontext) erfolgen oder nach sachlich-individuellen Kriterien. Anknüpfungspunkte sind dann die *Testierfreiheit* (Vorrang individuell bekundeter emotionaler Nähe als gewissermassen terminaler Ausfluss der Eigentumsfreiheit) oder die *Gebundenheit* (als Ausdruck lebzeitig verantwortet eingegangener Beziehungen, die Folgeverpflichtungen über den Tod hinaus auslösen), in der offeneren Form eines (individuell derogierbaren) subsidiären gesetzlichen Erbrechts oder eines starrer konzipierten Pflichtteilsrechts; bekanntlich *kombiniert* unser Rechtskreis Pflichtteilsquoten für engste Angehörige mit einem schmaleren Bereich frei verfügbaren Vermögens, das – wenn von der Verfügungsfreiheit nicht Gebrauch gemacht wird – subsidiär an gesetzliche Erben fällt, entweder die Pflichtteilserven oder bei deren Fehlen weiter entfernte Verwandte, letztlich (Art. 466 ZGB) den Staat. Diese Struk-



tur (welche vermittelt zwischen der von der Kirche nicht ganz uneigennützig importierten Testierfreiheit und der kleinkrämerischen Testaments-Genehmigung mittelalterlicher politischer Behörden) verdanken wir den wogenden Gesetzgebungsarbeiten der Französischen Revolution; «Erben» ist allerdings etwas zutiefst Menschliches und Unvermeidliches bereits in sogenannten archaisch-agrarischen Gesellschaften und wird sich in der migrierenden, stärker vernetzten moderneren Welt ganz selbstverständlich in gewissem Rahmen annähern, ohne dass alle kulturell-religiösen Traditionen allerdings gleich in der Abwicklung der traditionell-religiös-rechtlichen Aspekte versöhnt und unifiziert würden¹⁵. Ob das *gesetzliche Erbrecht subsidiär* sei oder die *Verfügungsfreiheit Ausnahme vom gesetzlichen «Normalfall»* des gesetzlichen Erbrechts ist letztlich wenig relevant: Das gesetzliche Erbrecht bildet eine Vermutung des erblasserischen Sympathiegeflechts ab und orientiert sich daran – die Frage ist (dazu unter Ziff. 28 f.), ob diese Abbildung (nach wie vor) die tatsächliche Landschaft darstelle.

Erbrecht verschiebt allerdings nicht einfach einen abstrakten «Nachlass» oder «Wert» unter den Generationen, sondern lebensspezifische Chancen

(und Risiken): Das *Erbe in den Händen des Erben ist etwas anderes als das erblasserische Vermögen im erblasserischen Eigentum* – weil die Erben *andere* Personen als der Erblasser sind und in einer *anderen* Zeit in *anderem* Kontext leben. Unterschiedliche Altersstufen «vermögen» Unterschiedliches mit jeweiligen Mitteln, die sie in unterschiedlichem Kontext oft unterschiedlich einsetzen – insofern unterliegt Erbrecht laufend dem allgemeinen Kulturwandel der familiären und gesamtwirtschaftlichen Kontextbedingungen¹⁶, der allerdings nicht überschätzt¹⁷ und dem auch nicht kurzfristig hektisch-oszillierend nachgejagt werden darf, ohne die sinnvoll-stabilisierende Komponente der ererbten Ordnung¹⁸ «auszuschlagen».

III. Erbrecht, Freiheit, Eigentum und ... Glück?

10 Auch wenn die möglichen Prinzipien vorgängig etwas karikiert überzeichnet sind – sie haben in der komplexer strukturierten, vielfach verflochtenen Welt *alle* eine gewisse Richtigkeit: **Eigentum** und dessen Übertragung hat (ohne der Vergötzung materieller Werte zu verfallen) menschenrechtlichen Gehalt, da Daseinssicherung Grundlage für die Wahrnehmung der **persönlichen Freiheit in der Lebensgestaltung** ist¹⁹ – und führt schliesslich (hof-

15 Erbrecht muss deshalb zwangsläufig auf die Bedürfnisse der jeweiligen Gesellschaft abgestimmt sein bzw. entwickelt sich entsprechend diesen Bedürfnissen, ansonsten es die gesellschaftlichen Bedürfnisse hindert: S. zu *agrarischen* Gesellschaften etwa W. EGLI, Erben im Kulturvergleich – oder warum Bauern so anders sind, in: W. Egli/K. Schärer (Hrsg.), *Erbe, Erbschaft, Vererbung*, Zürich 2005, 55 ff., zur *Französischen Revolution* zuletzt OHAD PARNES/ULRIKE VEDDER/STEFAN WILLER, *Das Konzept der Generation – Eine Wissenschafts- und Kulturgeschichte*, Frankfurt/M. 2008 (Besprechung in *successio* 2008 334 f.), sodann HELMUT COING, *Europäisches Privatrecht*, München 1985/1989, I 631 f., II 594 ff. – Die Rechtsannäherung (von *Rechtsangleichung* würde ich im Moment für den hier thematisierten Bereich eher noch nicht sprechen) unter den *moderneren* Gesellschaften findet zwar statt, ohne dass aber idealisiert und die historisch gewachsenen Divergenzen ohne Weiteres übergangen werden dürften (s. Ziff. 20 bei Anm. 52).

16 «The economic changes that come with modernity are mainly important insofar as they degrade traditional ideas of sacred power ... Power becomes secularized, represented by cash, by machines ...»: DAVID GUTMANN, *The Human Elder in Nature, Culture, and Society*, Colorado USA, 1997, 201; mit Ausnahme des landwirtschaftlichen Erbrechts hat allerdings die geltende (obwohl aus dem 19. Jahrhundert stammende) gesetzliche Ordnung längst das «Kapitalwertprinzip» eingeführt: «As *objective* economics intrudes into the folk world, the traditional concept of sacred power loses its commanding position within a special preserve, while the *modern* versions of wealth take on some of the vibrancy that the traditional forms have lost» (GUTMANN, a.a.O.).

17 S. die Hinweise in Anm. 13.

18 S. Anm. 2, 12.

19 S. hinten Ziff. 26 mit Anm. 60, sodann insbes. Art. 17 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung vom 10.12.1948 (und dazu in diesem Zusammenhang WALTER KÄLIN/JÜRGEN KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2. Aufl. Basel 2008, 485); allg. zu *Eigentum in Relation zu weiteren Freiheitsrechten* RHINOW, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel 2003, Rz 1605 (die sozialstaatlichen Garantien, a.a.O., Rz 213 ff., sind gegenüber dem Prinzip der Selbstverantwortung nachrangig, vgl. auch J. P. MÜLLER, in: *Handbuch der Grundrechte*, HGR VII/2, Heidelberg 2007, § 202 N 46, sowie A. EPINEY/B. WALDMANN, HGR VII/2 § 224 Rz 22 ff.). Zur Bedeutung der *Menschenwürde als Rechtsbegriff* KURT SEELMANN (Hrsg.), *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, Stuttgart 2004, und dort RAINER J. SCHWEIZER/FRANZISKA SPRECHER, *Menschenwürde im Völkerrecht*, 127 ff., wo die Zusammenhänge von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten hervorgehoben werden (ohne Bildung, aber auch ohne jene Stabilität, welche u.a. solide wirtschaftliche Verhältnisse gewährleistet, ist nicht das Eigentum, sondern die Menschenwürde bedroht). – Wo die Übergangszonen zwischen «blosser», aber immerhin die Menschenwürde wahrender Existenzsicherung, «günstigen Verhältnissen» (Art. 328 Abs. 1 ZGB) bzw. einem «gewissen Wohlstand» (so die Formulierung des BGE in Verwandtenunterstützungsfällen: BGE 5C.186/2006 21.11.2007, E. 3.2.2) und einem eigentlichen Luxus sowie überbordender Selbstgefälligkeit liegen, wird kaum je generell-abstrakt beziffert werden können.

fentlich) zu Glücksempfinden, Zufriedenheit, insgesamt einer in sich ruhenden, unaufgeregten Lebenshaltung; das Glück des Eigentümers ist allerdings nicht, über den Tresorschlüssel zu verfügen, sondern in sinnvoller Art sein Eigentum zur Verfügung zu halten: durch sinnvolle Investitionen, nachhaltigen Konsum (in welchem Rahmen Teil der Nachhaltigkeit die nicht nur kurzfristige Zufriedenheit ist) und letztlich auch Reserven; Reserven sind insbesondere bereits ererbte Werte, die nicht primär zu prassendem Verbrauch überlassenes Eigentum, sondern künftigen Generationen wieder dienliche, lediglich anvertraute Mittel sind. Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums ist heute unbestritten²⁰, und es muss gerade das Erbrecht aufgrund seiner (im doppelten Sinne) *traditionellen* Funktion unter den Generationen eine Lebenshaltung anregen, welche nicht nur eine retrospektiv-historische «*Heritage of mankind*»-Perspektive einnimmt, sondern *zukunftsgerichtet* ist (mithin Ressourcen schonen und Werte erhält). Erbrecht gibt Mittel unter den Generationen weiter, was voraussetzt, dass noch welche übrig sind ...²¹ Erbrecht findet in der Konsumgesellschaft nur bezüglich jener Güter statt, die noch nicht unwiderruflich konsumiert worden sind! Weitergabe von Gütern bedeutet aber auch Erhalt dieser Güter, was seinerseits ressourcen-schonend ist. So betrachtet erfüllt Erbrecht – wenn es denn stattfindet – die höchsten Anforderungen der derzeitigen Political Correctness: Es *ist nachhaltig* (Art. 73 BV). Ohne allzu maliziös werden zu wollen: Die Würde der Kreatur (Art. 73 ff. BV gehen weit über die Menschenwürdegarantie in Art. 7 BV hinaus) wird in nicht allzu vielen Jahren wohl dazu führen, dass nicht

nur das Tier, sondern auch die häuslichen Pflanzen schonende Behandlung aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung erfahren werden. Dass die Rechtsstellung von Tieren verfeinert wurde, dass auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften sich in traditionelle Familienmuster integrieren wollen, dass emotionale Nähe zu gewissen Nachlassgegenständen (z.B. Ehewohnung, Art. 612a ZGB; Zuweisung sonstiger Gegenstände nach den «persönlichen Verhältnissen», Art. 611 Abs. 2 ZGB) geschützt wird (um nur wenige Stichworte aufzugreifen): dies alles sind *Aspekte einer zu gegenseitiger Verantwortung für sich, die andern und den gemeinsamen Lebensraum verpflichteten Menschheit*; man wird im Rahmen einer *zunehmend grundrechtlich-individualistischen Betrachtungsweise Sorge tragen müssen, dass solche aus wechselseitiger Verpflichtung (und natürlicher Abhängigkeit des Menschen als eines sozialen, zu Gemeinschaftsbildung neigenden und darauf angelegten Wesens) fließende Rahmenbedingungen nicht unbedacht umgestülpt werden*.

11 So stellt sich die Frage, ob und was es an *Erblasserrechten* und *Erbansprüchen* gebe? Soweit Erbrecht Anspruch auf Zuwendung von Sachen aus dem (oder Quoten am) Nachlass einräumt – mithin *wirtschaftliche* Vorteile verschafft – ist es Vermögensrecht, das an zwischenmenschliche Beziehungen anknüpft (wobei zunächst offenbleibt, ob es an Status oder Sympathie anknüpft). *Sollen überhaupt an Status irgendwelche (zwingenden) rechtlichen Folgen angeknüpft werden?* Die Frage ist stark philosophischer Natur und insofern «diskussionsgeeignet» – der Bevölkerungsdurchschnitt stellt sich allerdings ganz einfach (und wiederum: «*traditionell*», im Sinne von «wie es schon immer war») vor, dass verwandtschaftliche Nähe bei Tod wirtschaftliche Folgen auslöst (worunter man sich zumeist eher Begünstigung als Schuldenhaftung vorstellt ... – das Ausblenden der Schulden ist volkswirtschaftlich wie persönlich heikel: hinten Ziff. 45). Dass in einer zunehmend kommerzialisierten Welt auch Personenbeziehungen eine wirtschaftliche Dimension aufweisen, kann nicht weiter erstaunen. Dass *Sympathie nicht nur mit Emotion, sondern meist auch mit wirtschaftlichen Vorteilen* ausgedrückt wird, ist Erfahrungstatsache. Eine Studie zur *Psychologie des Schenkens* wäre noch zu schreiben: die völlig selbstlose Zuwendung gibt es kaum; man hofft auf die (zumindest emotionale) Zuwendung des Beschenkten, und selbst eine wohltätige Zuwendung soll ein gutes Gewissen verschaffen oder zumindest die Zufriedenheit, etwas Gutes getan zu haben. Selbst Wohltätigkeit ist eine Investition teilweise immaterieller Art, nämlich in das eigene gute Gefühl²². Mithin ist nicht a priori schlecht, dass es bei erbrechtlichen Zu-

20 BK-MEIER-HAYOZ, ST vor Art. 641 ff. ZGB, N 337.

21 Volkswirtschaftliche Argumente im Sinne, dass Jüngere «konsumfreudiger» seien (so STREBEL, Gesetzliches Erbrecht, Pflichtteil und Konkubinats, AJP 2008 1029 ff., 1031 Anm. 17), greifen etwas gar kurz: Wenn Erbrecht wirklich nur den Konsum anheizen soll, könnte es zu einem erhöhten Mehrwertsteuersatz erfasst werden ... *Investitionen* statt blosser Konsum schaden der Volkswirtschaft nicht, und vereinzelt investieren Banken noch in der Schweiz aus hiesigen Ersparnissen. Richtig wäre demgegenüber, unter den Generationen einen (nicht nur volks-, sondern familien-)wirtschaftlichen Dialog über die Mittelallokation anzuregen, der dann durchaus auch eine *lebensqualitätsbezogene Konsumkomponente* einschliessen wird, da wirtschaftlich sinnvoller, erwünschter Konsum die Existenzsicherung voraussetzt.

22 S. zur *Psychologie des Schenkens* die Bem. in *successio* 2008 179 ff., grundsätzlich in einem weiteren Sinne – etwa bez. Freiwilligenarbeit – z.B. auch STEPHAN MEIER/ALOIS STUTZER, Is Volunteering Rewarding Itself?, *Economica* 2008 vol. 75 iss. 279, 39–59 (aus dem abstract: «Following Aristotle, helping others is *the* way to higher individual well-being.»); vgl. auch hinten Ziff. 55 ff.



wendungen um wirtschaftliche Vorteile geht. Soll es aber auch «Zwangszuwendungen» geben, welche die staatliche Gesetzgebung erzwingt, nämlich zugunsten der Pflichtteilsberechtigten? Im Grundsatz *bejahe* ich persönlich (wohl nach wie vor mit einer klaren Mehrheit der juristischen Doktrin²³) die Frage – mithin bezüglich eines *beschränkten Personenkreises* und in *beschränktem Umfange* (bezüglich beider Beschränkungskriterien wird eine Diskussion noch zu führen sein) deshalb, weil eine *Zwangsbeteiligung* interessanterweise (zumindest unter derzeitigen Rechtsvorstellungen) *konfliktminimierend* wirkt, indem privatautonome *Überreaktion* auf unvermeidliche zwischenmenschliche Defizite eingegrenzt wird. *Konfliktarme* Gestaltung der *notwendigen* Rechtsnachfolge ist aber gleichermaßen volkswirtschaftliches wie zwischenmenschliches Anliegen.

Die Diskussion liesse sich – gerade mit Blick auf neuere Studien zum Generationenverhältnis²⁴ an sich und zur Prägung der heutigen Ordnung durch spätmittelalterliche Stadtrechte und die Französische Revolution – noch wesentlich vertiefter führen; sie ernsthaft zu führen bedeutet dann allerdings mehr, als sich nur auf das «Synonympaar» Eigentums-/Testierfreiheit zu stützen.

12 Zusammenfassend zu diesem Abschnitt dürfte für jede weitere erbrechtliche Diskussion unerschütterlich von der Konstanz (i) der *Endlichkeit des Menschen*, (ii) seiner *Einordnung in ein Beziehungsnetzwerk* und (iii) der *Notwendigkeit einer Rechtsnachfolge in das Eigentum Verstorbener* auszugehen sein. – Durchaus zu diskutieren sind (Ziff. 28 ff.) die *subjektiven Aspekte der Rechtsnachfolge* (Gesetz oder individuelle Anordnung) und (Ziff. 34 ff.) der *Umfang erbrechtlicher Beteiligung bzw. des gestalterischen Handlungsrahmens*. Dass nämlich Erben einen wirtschaftlichen Vorteil (teilweise eben verstanden als «*Glück*») bedeuten kann und ein solcher «naturgemäss» angestrebt wird, bedeutet nicht, dass eine ausgewogene Gesetzgebung sich nicht auch mit dem *Phänomen der Gier* zu befassen und diese (sowohl unbändigen erblasserischen Gestaltungswillen wie ungezügelttes Besitzstreben von Erben) in Schranken zu weisen hat.

IV. Volkswirtschaftliche Bezüge

13 *Volkswirtschaftliche Einordnung und Bedeutung des Erbrechts*: Die aktuelle öffentliche Diskussion hat im volkstümlichen Sprachgebrauch den synonymen Charakter der Begriffe «Schmarotzer» und «Erbe» nachzuweisen versucht. In der Tat sind Schweizerinnen und Schweizer reicher geworden, ohne dass der Bevölkerungsdurchschnitt davon auf Anhieb allzu viel bemerken mag. Auch wenn schein-

bar der Blick ins Portemonnaie meist in etwa denselben Pegelstand andeutet, ist unser Wohlstand doch gestiegen. Gemeint ist nämlich durchaus auch der *gesamtvolkswirtschaftliche Wohlstand*, der sich z.B. in Wohnverhältnissen (technische Gebäudeausrüstung und Wohnfläche), öffentlicher Infrastruktur und Gesundheit/Lebenserwartung manifestiert – dass öffentliche Verkehrsmittel weitgehend klimatisiert sind, wäre vor zwei Jahrzehnten noch kaum vorstellbar gewesen. Ebenso diskutieren wir zwar Probleme der Vermögensanlage von Pensionskassen, realisieren aber kaum, dass die individuellen Konti durchaus die individuelle wirtschaftliche Sicherheit ganz entscheidend mitprägen (und dass weder Blasen noch Implosionen etwas daran ändern, dass die wirtschaftliche Grundlage im langfristigen Verlauf solide ist²⁵). Ganz besonders haben zwar die Vermögen extrem Wohlhabender – der sog. (*ultra*) *high net worth individuals* (im Vermögensverwaltungs-Slang der sog. «Heinis» oder seriöser der [U]HNWI) – zugenommen, wobei es sich allerdings um statistisch vernachlässigbare, für die Medien immerhin aber attraktive Fälle handelt, über welche zudem prominenter berichtet wird. Selbst der Lebensstandard eines Sozialhilfeempfängers ist aber nicht mehr jener der Zwanziger- oder Fünfzigerjahre des letzten Jahrhunderts. Statistische Betrachtung hat diesen mehr als nur nominellen Vermögenszuwachs wahrgenommen²⁶, übersieht dabei allerdings mehrere Punkte und zieht teils eigentümliche Schlüsse.

23 Vgl. die Hinweise hinten in Anm. 72.

24 S. oben Anm. 7.

25 Stand der Überarbeitung dieses Beitrags zur Publikation ist Spätherbst 2008, in der Epoche «post Lehman»... welche die Periode vor den nächsten ökonomischen Schwankungen sein wird.

26 STUTZ/BAUER/SCHMUGGE, Erben in der Schweiz, Zürich 2007 (sog. BASS-Studie; s. *successio* 2007 216 ff.); KISSLING, Reichtum ohne Leistung, Zürich 2008. – Zwar besteht der Trend (und bestehen die Ressourcen), heute manches durch Statistiken über Dinge, die grosso modo längst bekannt sind, wissenschaftlich zu unterfüttern; dagegen ist nicht viel einzuwenden, doch täuscht die Zahlenfülle in ihrer Dichte Trends vor, die eher kurzfristige Anhaltspunkte bieten: Vermögensschwankungen sind teilweise simple Folge von Bewertungsschwankungen; erhöhter Wohlstand und erhöhte Kaufkraft erhöhen auch die Nachfrage z.B. nach Aktien, deren Bewertung damit ebenfalls steigt (und auch wieder sinkt); wer hingegen nicht investiert oder spart, sondern konsumiert, bleibt vermögensmässig «auf Null», hat aber ebenfalls Lebensstandard und -qualität gewonnen.

- 27 S. dazu etwa (ohne dass diese Zusammenhänge hier vertieft werden könnten) PATRICK K. O'BRIEN, Langfristiges ökonomisches Wachstum in der Weltgeschichte – ein Literaturüberblick, in: Jürgen Osterhammel (Hrsg.), Weltgeschichte – Basistexte, Stuttgart 2008, 165–183 (nachgeführte Übersetzung aus: Benedikt Stuchtey/Eckhardt Fuchs (Hrsg.), *Writing World History*, Oxford 2003). Als Beleg einer breit angelegten Vermögenszunahme dient auch der Umstand, dass die Archivierung von *Künstler-nachlässen* aufwendiger geworden ist (keine ökonomisch erzwungenen Schaffenspausen, breiter Zugang zu Materialien [Formate!] und Markt, keine Verluste – wobei hier wie überall keine «Pflicht zu Erben» besteht): s. www.kuenstlernachlaesse.de, www.kunstfonds.de/nachlaesse.html.
- 28 Der *Abgrenzung* zwischen *fremdnütziger Wohltätigkeit* und *eigennütziger Selbstverwirklichung* wird andernorts noch Aufmerksamkeit zu schenken sein (s. auch Ziff. 15 a.E., Ziff. 55 ff.), Grundlegend zuletzt BIRGIT WEITEMEYER, Tief verwurzelte Selbstlosigkeit – Die Grundlagen des Altruismus und die Rolle des Rechts, in: *Non Profit Law-Yearbook 2007*, Köln 2007, 45 ff.
- 29 Der «*Reichtums-*»- und «*Umverteilungsdebatte*» hatte sich schon EUGEN HUBER zu stellen (s. sein Zitat hinten in Anm. 75): Die Verteilungsgerechtigkeit ist so lange gewährleistet, als *alle* «Wachstumschancen» haben; MARKUS SCHNEIDER, Klassenwechsel – Aufsteigen und Reichwerden in der Schweiz: Wie Kinder es weiter bringen als ihre Eltern, Zürich 2007 (dort zum «*class hunger*» 70, 91), hat gezeigt, dass die Durchlässigkeit des Systems gewährleistet ist; ähnlich auch CHRISTIAN SUTER/FRANÇOIS HÖPFLINGER, Intergenerationelle Vermittlung von Bildung und Status, in: Pasqualina Perrig-Chiello/François Höpflinger/Christian Suter (Hrsg.), *Generationen – Strukturen und Beziehungen, Generationenbericht Schweiz*, Zürich 2008, 135 ff., sowie MARTIN KOHLI, Aging and justice, in: *Handbook of Aging and the Social Sciences*, 6. Aufl., San Diego, CA, 2006, 456–478, 474 (zum «public and private generational contract»), DERS., Private and public transfers between generations: Linking the family and the state, *European Societies* 1999 81–104 (beide Arbeiten zu familieninternen/generationenverbindenden Betreuungsleistungen, unter Berücksichtigung, dass nicht nur erbrechtliche Anwartschaften der «Kinder» hinausgeschoben sind, sondern grosselterliche Hilfestellung bei Einzelbetreuung u.Ä. erfolgt, während das Sozialversicherungs- und Vorsorgesystem eine wirtschaftliche Unterstützung der Eltern durch die Kinder unwahrscheinlich werden liess). – Es versteht sich, dass unbeschränkter Aufstieg nicht möglich ist und in verschiedener Hinsicht (auch von den Fähigkeiten und Interessen her) ungleiche Chancen bestehen, dass aber alle Arbeitsplätze in allen Bereichen besetzt werden sollten und letztlich auch weniger verantwortungsvolle Arbeiten verrichtet werden müssen; insofern ist weder sozialpolitisch noch von den gesamtgesellschaftlichen Interessen her störend, dass nicht alle im oberen Management tätig und danach entlohnt sind, so lange nur *alle* Tätigkeiten *fair abgegolten* werden.
- 30 KISSLING (im Rahmen der Medienkampagne für das in Anm. 26 genannte Werk): *Marchanzeiger* 29.4.2008, 26, *Tagesanzeiger* 14.5.2008, 13.
- 31 Beispiel dafür ist der aktuelle *Buddenbrooks-Hype* (www.warnerbros.de/buddenbrooks/), der wieder einmal in Er-

14 «*Reichtums-*»-Aspekte: Mit einem gewachsenen Wohlstand der gesamten Volkswirtschaft²⁷ wird rein statistisch auch die Wahrscheinlichkeit grösser, dass einzelne «Superreiche» herauswachsen – je grösser die Wiese und je stärker gedüngt, umso eher schiessen einige Halme in die Höhe; aber auch alle andern streben nach dem Licht. Welche soll man nun allenfalls etwas kappen? Das ist die Frage nach Umfang und Zeitpunkt der Besteuerung (dazu näher unten Ziff. 50 f.). Klar ist, dass alle Halme (steuer-)periodisch etwas gestutzt werden. Klar ist auch, dass die vorwitzig Ragenden etwas stärker auffallen (was bisweilen durchaus zu besonderer Verantwortung und/oder öffentlichkeitswirksamer Wohltätigkeit bewegt!²⁸). Ob es wirklich stört, wenn einsame Baumriesen heranwachsen, bedürfte näherer Betrachtung – entscheidend ist, dass der Wald insgesamt gedeiht und das Ökosystem ausgewogen ist, die «Riesen» andere nicht verdrängen²⁹. Wenn die Beteiligung von HAYEK bei *Swatch* mit 50% Erbschaftssteuer belegt werden soll³⁰, so hätten wir dann zwar eine fiskalisch illusionierend-beruhigende substanzielle Staatsbeteiligung an einem Unternehmen, das bislang allerdings praktisch einhellig für den privat-unternehmerischen *spirit* von HAYEK bewundert worden ist; und wir haben zugleich die (offenbar von gewissen Kreisen ebenfalls als beruhigend empfundene) Gewissheit, dass nicht die «Erben über diese riesigen Gelder verfügen, ohne dass sie selbst aktiv dafür etwas geleistet haben» (KISSLING). Es ist nicht hier (aber wohl auch nicht nach statischen statistischen Grössen und von Staatsstellen) zu beurteilen, ob HAYEK's Erben (oder die Erben aller andern MitbewohnerInnen dieses Planeten) schon etwas geleistet haben und was sie noch leisten werden. Das hat der Erblasser (und dann auch der Markt, mit allen marktmanenten Chancen und Risiken) zu entscheiden! Die (politisch-rechtssetzerisch) zu beantwortende Frage ist, wer geeignet sei, im Zuge der Nachlassabwicklung/Besteuerung darüber zu befinden, ob Nachkommen oder ein Staatsfonds oder wer auch immer der geeignete Unternehmensnachfolger oder sonst würdige Erbe sei. Die Antwort dürfte klar sein, da zwar Unternehmensnachfolger bisweilen scheitern³¹, aber auch eine andere Lösung möglicherweise nichts daran hätte ändern können, dass unternehmerische Konzepte und Produkte kommen und gehen. Volkswirtschaftlich heikler sind rasch gebildete Vermögensblasen, die weniger einem eigentlich industriellen als einem (rein) spekulativen Talent entsprungen sind (die allerdings wieder von Börsenkursschwankungen abzugrenzen sind, welche *bullische* Euphorie oder *Bärenkater* nach gewissen Verlautbarungen abbilden). Nicht jedes rasch am Horizont aufgetauchte Vermögen ist Erbschaft – bisweilen sind es Zuwanderer, die plötz-



lich in den Vermögensstatistiken auftauchen. Und letztlich dürfte es auch weniger das Erbrecht sein, das Vermögen explodieren lässt (was vererbt wird, hatte vorbestanden und wird nur verschoben), als die teilweise zumindest eigentümliche Bewertung von Vermögen durch Analytiker und Börse.

15 Familiendynastien mögen (oft zwar nur vorübergehend) gewiss dynastische Züge annehmen. Die Unternehmen haben allerdings häufig gerade dank dieser dynastischen Kontinuität prosperiert und damit auch volkswirtschaftlich durchaus sinnvoll und erfolgreich agiert. Auch das landwirtschaftliche und oft in der Tendenz auch das kleingewerbliche Erbrecht strebt nach «dynastischen» Lösungen, welche – findet sich ein «geeigneter Selbstbewirtschafter» (s. Art. 9 BGG) – durchaus erfolgreich und erwünscht sind³². Dass ABB nicht mehr BBC («Brown Boveri») ist, ändert nichts daran. Typisch an BBC war der Erfolg – dass die ursprünglichen Strukturen nicht über ein Jahrhundert erhalten werden konnten, lag an biografischen Momenten, aber auch an diesem Erfolg; bei ABB als «publikumskontrollierter» Nachfolgesellschaft war hingegen eine Managergeneration gar nicht so sehr auf's «Erbe» als auf «Vorsorgeguthaben» aus. Was ich damit sagen will: Nicht das Erbe als solches, sondern der Lebensstandard, den man sich (u.U. übertrieben) gönnt, wäre gegebenenfalls zu besteuern. Störend bei ABB und anderswo war und ist, dass die Vorsorgeprivilegierung in beliebiger, vorsorgefremder Dimension zur Steueroptimierung eingesetzt werden kann (wofür in Ziff. 50 nochmals kurz zu sprechen ist). Und als Erbe wäre dort, wo nicht Management, sondern Unternehmer agieren, das betriebswirtschaftlich gebundene Kapital bzw. die für das Unternehmertum prägende Kapitalbeteiligung als das zu sehen, was sie ist: Arbeitswerkzeug, das genauso (sachliche!) steuerliche Privilegierung verdient wie «Vorsorge» oder «Wohltätigkeit» und in der Regel weniger «*aisément négociable*» ist als ein Wertschriften-depot (wobei anzumerken ist, dass der emotionale Aspekt von Nachlässen – Bindung an Objekte und Strukturen – auf breiterer Ebene als bei Konsumerbwerb eine gewisse Bindung erzeugt). Eher als nur nominelle wären also *qualitative* Faktoren der Vermögensnutzung zur Bestimmung der Besteuerung mit heranzuziehen. Solche Ansätze dürften in Zukunft vermehrt Bedeutung gewinnen (s. Ziff. 16 so gleich und hinten Ziff. 51).

16 Ver-Erben bedeutet also richtig betrachtet nicht «Mästen» nachfolgender Generationen, sondern muss stärker als *generationenverbindendes*³³, *tradierendes Moment* verstanden werden: Dass auch in einer *Konsumgesellschaft* noch Mittel weitergege-

ben (und dadurch erhalten) werden, ist ein Aspekt der *Nachhaltigkeit* und nicht bloss dynastischen Akkumulierens; Nicht-Erben ist nicht immer Armut, sondern kann auch Konsumfolge sein. Zudem werden biografisch zunächst Gene, epigenetische Eigenschaften, ideelle Fähigkeiten und intellektuelle Anregung, Lebens- und Ausbildungsunterhalt und erst ganz zuletzt (das übrig gebliebene) «*Geld*», zuvor aber in je bedarfsbezogen unterschiedlicher Intensität auch (*Betreuungs-)*Zeit weitergegeben³⁴.

innerung ruft, dass alles, was entsteht, auch wieder vergeht, Beziehungen variabel sind, geschäftlicher Erfolg auch Glück bedeutet bzw. Unglück selten punktuell auftritt, namentlich wenn erbrechtliche Weichenstellungen als unveränderlich gelten – was THOMAS MANN bereits nach zwei Lebensdezenien erkannt hatte, erbrechtlich aber stets wieder in Erinnerung zu rufen ist, und zwar oft umso dringender, gegen je mehr Lebenserfahrung beratend anzukämpfen ist.

32 Entscheidend (s. die *Buddenbrooksche* Biografie, soeben Anm. 31, und weitere «*case studies*» aus der Literatur, z.B. SIBYLLE MULOT, *Die Fabrikanten – Roman einer Familie*, Diogenes 2005) ist die unternehmerische Eignung und Neigung – der Wille, die Erbschaft anzutreten, eine spezifische Motivation. Zum Unternehmenerbrecht aus schweizerischer Perspektive insb. die Arbeiten von PAUL EITEL (*Alte und neue Probleme der Unternehmensnachfolge*, in: FS Heinz Hausheer, Bern 2002, S. 499 ff.; *KMU und Pflichtteilsrecht*, in: *Neue Rechtsfragen rund um die KMU*, hrsg. von Jörg Schmid/Daniel Girsberger, Zürich 2006, 43 ff.; *Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe vs. Unternehmenserbrecht im Allgemeinen*, in: *Recht des ländlichen Raumes*, FS Paul Richli, hrsg. von Jörg Schmid/Hansjörg Seiler, Zürich 2006, 93 ff.; *Zivilrechtliche, insbesondere güter-, erb- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmensnachfolge*, recht Studienheft 6, Bern 2003), sowie nun den bundesrätlichen Bericht vom 1. April 2009 (<http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/pressemitteilung/2009/2009-04-01.Par.0001.File.tmp/ber-br-d.pdf>) zum ständerätlichen Postulat BRÄNDLI (06.3402), und dazu PAUL EITEL, *Unternehmensbewertung und Erbrecht – ein Bericht des Bundesrates*, jusletter 8. Juni 2009.

33 Dass «*generationenverbindend*» nicht einfach Schlagwort ist, zeigt die Präambel zur BV von 2000: «... im Bewusstsein der gemeinsamen Errungenschaften und der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen ...».

34 MARCO ALBERTINI/MARTIN KOHLI/CLAUDIA VOGEL, *Intergenerational transfers of time and money in European families: common patterns – different regimes?* *Journal of European Social Policy* 2007, 17, 319–334 (<http://esp.sagepub.com/cgi/content/abstract/17/4/319>); FRANÇOIS HÖPFLINGER/PASQUALINA PERRIG-CHIELLO, *Hochaltrigkeit, Pflegebedürftigkeit und Generationenbeziehungen* in: François Höpflinger/Christian Suter/Pasqualina Perrig-Chiello (Hrsg.), *Generationen – Strukturen und Beziehungen*, *Generationenbericht Schweiz*, Zürich 2008, 214 ff., insb. 222 ff.: es werden solche Leistungen nicht deshalb allenfalls weniger häufig erbracht, weil man sie nicht erbringen möchte, sondern weil weniger Angehö-

Dass dabei tendenziell die Nachkommengeneration überwiegend profitiert (durch Beiträge zur Altersvorsorge und familieninterne Betreuungsleistungen allerdings durchaus Gegenleistungen, wenn auch kaum ein perfektes «Synallagma» erbringt), liegt in der Natur der menschlichen Fortpflanzung als Art-erhaltung und nicht in Generationenegoismus.

Sollen Unternehmenserben bevorzugt werden? Das war 2007 Gegenstand von Entscheiden sowohl des deutschen wie des österreichischen Verfassungsgerichtshofs³⁵, und beide Gerichte haben in der Ungleichbehandlung unterschiedlicher Vermögenswerte eine rechtsungleiche Behandlung gesehen. Dies zu Recht, denn es könnte der privilegierte Unternehmensnachfolger der Privilegierung nicht wert sein, andererseits der Wertschriftenerbe ein guter Unternehmer werden, wenn er nur die Mittel dazu hätte und das ererbte Familienvermögen nicht wegbesteuert worden wäre. Es handelt sich dabei allerdings nicht um gewissermassen philosophische erbrechtliche Vorfragen, sondern um technische Gestaltungsaspekte, auf welche hinten (u.a. Ziff. 34, 36–38, 50 f.) kurz einzugehen ist.

Verschiedentlich werden nicht selbst erarbeitete (Unternehmer-)Vermögen, sondern ererbte Familienreserven weitervererbt. Dass diese Vermögen sich im Rahmen einer (hoffentlich) Mehrwert schaffenden Volkswirtschaft vergrössern (ob nur

rige zur Verfügung stehen, die sie erbringen können. – Dass fast alle Generationen in einer relativ einseitigen Schuld stehen und in der heutigen Gesellschaftsstruktur mit einer geringeren Zahl von «Wunschkindern» mehr Elternzeit zur Kinderbetreuung als später Zeit der nominell weniger bedeutsamen Kindergeneration zur Altersbetreuung der Eltern eingesetzt wird, entzieht dem gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht nicht die Grundlage, da selbst ein eher geringfügiger Erbanfall doch eine finanzielle Stärkung einer meist noch ausbildungskostenbelasteten Generation bewirkt. Altersbetreuung kann sodann erbrechtlich durchaus noch gesondert abgegolten werden: s. hinten Ziff. 30 mit Anm. 80 und Ziff. 48 mit Anm. 120.

35 Successio 2007 136 f.

36 S. dazu hinten Ziff. 32 mit Anm. 83. Die Erbschaftssteuerdiskussion ist bislang zu stark nur eine *Quotendiskussion* (s. dazu etwa VALLENDER, SG-Komm zur BV, 2. Aufl. Zürich 2008, Art. 26 N 35 ff., N 37 zum Übermass einer Leibrentenbesteuerung von 55%, ASA 56, 443 f.) statt einer *Qualitätsdiskussion*: Warum darf der Staat fiskalisch die Begünstigung familienfremder, aber persönlichkeitsnaher Begünstigter «bestrafen»? Liegt darin nicht eine Einmischung in die private Lebens- und Beziehungsgestaltungsfreiheit?

37 Statt aller etwa THOMAS RAISER, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl. Tübingen 2007, 50 ff., 94 ff., m.Nw., das letzte Zitat aus MAX WEBERS Recht und Gesellschaft (5. Aufl. 1972, 196 ff.) bzw. Rechtssoziologie (2. Aufl., 1967, 99 ff.) nach RAISER, 96.

nominell-kaufkraftbegleitend oder effektiv ...), ist nicht a priori Schande – Vermögensanlage und -erhalt ist nicht an sich unmoralisch! Zwar ist durchaus Staatsaufgabe, vermittelnd unter der Einwohnerschaft eine faire Ausgangslage, aber nicht nominelle Gleichheit zu schaffen (woran auch die Französische Revolution schon in der ersten Phase und danach noch weitere mittlerweile historische Experimente gescheitert waren). Ein lebzeitig rechtens gehaltenes Vermögen kann rechtens auch vererbt werden – insofern schliesst das Recht auf Eigentum ein Recht auf Vererben und erbrechtlichen Eigentumserwerb ein. Die Frage, wie solche Vermögen zu besteuern sind, ist hingegen nicht zivilrechtlich, *nur darf das Steuerrecht die zivilrechtliche Ordnung* (nämlich die Eigentumsfreiheit und die Erbrechtsgarantie) *nicht unterlaufen*³⁶. In der ökonomisch und emotional gerecht abgewogenen Verbindung von Vererben und Besteuern wird auch (zukunftssträchtig, entwicklungs- und anpassungsfähig) die langfristige Lösung der «klassischen» Kontroverse um den historischen und dialektischen Materialismus bzw. die Klassengegensätze austariert werden (müssen), um so – im WEBERSchen Sinne – durch Recht Wirtschaft und Gesellschaft in ein allseitig verstandenes und akzeptiertes Gleichgewicht zu bringen, auch wenn immer gegolten hat und gelten wird, dass die «Neigung, ökonomische Chancen preiszugeben, nur um legal zu handeln, ... naturgemäss gering» ist³⁷.

Die bisherigen Ausführungen sind offensichtlich nicht als Plädoyer *gegen* eine Erbschaftssteuer zu verstehen. Die Diskussion darüber ist allerdings besonders belastet, da neue bzw. höhere Steuern wenig attraktiv sind, und eine *death tax* als sozusagen terminaler Schrei fiskalischen Denkens apostrophiert werden mag. Nähere Betrachtung drängt sich dennoch auf: Störend am bisherigen System *kantonal*er Ordnung der Erbschafts- und Schenkungssteuer ist, dass die *bundeszivilrechtlich* gewährleistete Testierfreiheit besonders bei testamentarischer Regelung (die nötig ist, um entferntere Angehörige oder Dritte teilhaben zu lassen), *kantonal* ganz massiv beschnitten wird. Die tarifarischen Unterschiede sind eher Auswüchse des Steuerwettbewerbs als verlässliche Partnerschaft zwischen Bürgern und Staat. Die *tarifarische Benachteiligung entfernterer Erben ist Stützung herkömmlicher Familienstrukturen, ohne dass gewährleistet wäre, dass diese Strukturhaltung letztlich sachlichen Kriterien genügen* würde. Klar ist auch, dass eine Erbschaftssteuer politisch nur dann ernsthaft eine Chance hätte, wenn sie fiskalquotenneutral ausgestaltet wäre; sie müsste also den noch erwerbstätigen Mittelstand einkommenssteuerlich entlasten. Wer im Alter von 40–50 Jahren (also noch während der Ausbildungsphase eigener Kinder) Fr. 1 Mio. erbt und 5% Erbschaftssteuer zu



bezahlen hätte, wäre in der Realisierung seiner Lebensträume (z.B. Wohnraumerwerb) kaum belastet, wäre aber bis zu diesem Zeitpunkt einkommenssteuerlich durchaus etwas entlastet worden³⁸. 5% sind allerdings nicht 50%. Wie eine vernünftige Progression auszugestalten wäre, um dem Gleichheitsprinzip bei unterschiedlicher Vermögensstruktur zu genügen und eine steuerliche Zerschlagung von «Dynastien» (die durchaus auch sinnvolle Strukturen sein können) zu vermeiden, bedarf noch der Prüfung – denkbar wäre eine gesonderte Besteuerung von Veräußerungsgewinnen auf ererbten Vermögen, wie sie ähnlich dem Miterbengewinnanteil beim bäuerlichen Erbrecht eigen ist. Im Rahmen einer der Versorgungsfunktion des Erbrechts entsprechenden Begünstigung (für welche die Kriterien von Art. 125 ZGB durchaus Hinweise geben können³⁹) stört weniger die Besteuerung an sich, als die Benachteiligung jener, bei denen zwar die verwandtschaftliche Distanz grösser ist (oder fehlt), dafür aber die persönliche Nähe überwiegt (die causa der Begünstigung ist)⁴⁰: Nicht nur das Familien-, sondern *vor allem das Steuerrecht wird den Familienbegriff zu öffnen haben – weder Familien- noch Steuerrecht definiert «Familie», sondern es hat die Rechtsordnung in beiden Bereichen – einer «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» folgend – die aus (mehr oder minder verantworteten) Beziehungen resultierende wirtschaftliche Verflechtung und Abhängigkeit zu berücksichtigen.*

17 Zusammenfassend dürfen die zivil- und steuerrechtlichen Folgen des Todes und ihre volkswirtschaftlichen Implikationen nicht getrennt und nach politischer Tagesaktualität angegangen werden. Während die zivilrechtliche Betrachtungsweise sich Mechanismen überlegt, wie gerade etwa die Unternehmensnachfolge (oder andere besondere Anliegen) im Rahmen des geltenden Netzes von Pflicht- und gesetzlichen Erbeilehen durch eine erweiterte verfügbare Quote erleichtert werden könnten (z.B. durch Einführung der bereits von EUGEN HUBER vor über hundert Jahren erwogenen Privilegierung einzelner Pflichtteilserben, wie sie das spanische Recht mit der *mejora* kennt⁴¹), scheinen sich gegenläufige Tendenzen aus sehr speziellem Blickwinkel abzuzeichnen. Diese verkennen, dass die Verlässlichkeit (eine gewisse Kontinuität) der steuerlichen Rahmenbedingungen auch zu den Standortqualitäten gehört und ein volkswirtschaftlich-gesellschaftlich wichtiger Wert ist. Auch «blosse» *property rights* sind Teil des menschen- und grundrechtlichen Schutzkatalogs und dürfen nicht aus einer nur eifersüchtigen Perspektive angegangen werden. *Property rights* beim Tod wären allerdings angesichts vielfältiger Lebensformen stärker auf

diese abzustimmen; angesichts multipler(er) Beziehungsformen würde dadurch die Kontinuität, welche die erbrechtliche Ordnung über Generationen begleitet hat, nicht massgeblich tangiert, wenn es gelingt, die *Vielfältigkeit* differenzierend (und nicht bloss «einfältig») abzubilden – das wird häufig vom Zivilrecht her dazu führen, dass (auch) dynastische Akkumulationen aufgesplittet werden müssen, umgekehrt aber in gewissem, plausiblen Masse auch die Bündelung von Kräften (im Sinne der Freiheit, Vereine, Allianzen und Gesellschaften zu bilden, und damit eben: Akkumulationen) Teil der individuellen Freiheit darstellt⁴².

Es ist diese *grössere Vielfalt von Lebensformen und Planungsanliegen längerer biografischer Verläufe in der heutigen demografischen Struktur*, welche einerseits eine Flexibilisierung der Instrumente erfordert, andererseits aber nicht riskieren darf, den der Rechtsordnung a priori anhaftenden Kompromisscharakter und einen minimalen Druck (nicht zu *family provision* im Sinne der angelsächsischen Terminologie, aber) zu «*fair provision*» eines zuneh-

38 Wenig überzeugend am neuen deutschen Erbschaftssteuerrecht (dazu hinten Anm. 126) ist die Vernachlässigung des demografischen Aspekts: Weshalb der Steuerfreibetrag der Kinder tiefer liegen soll als jener überlebender Ehegatten leuchtet nicht ein (bisheriger Familienwohnraum würde biografisch eher von Nachkommen benötigt und es geht angesichts von Steuerfreibeträgen von 400000 bzw. 500000 € nicht um Immobilieninvestments). Dass bei Enkelbegünstigung (die punktuell Sinn machen kann: Ziff. 36/i) kleinlich buchhalterisch der dem Fiskus entgangene zweite Vermögensübergang auf Euro und Cent aufgerechnet wird, überzeugt unter demografischen Gesichtspunkten ebenfalls wenig.

39 S. Ziff. 35.

40 Soeben bei und mit Anm. 36, Ziff. 32 und Ziff. 50 f.

41 S. hinten Ziff. 30 mit Anm. 76.

42 S. zuletzt zum nachlassplanerischen Sinn von *Familienstiftungen* MICHAEL HAMM/STEFANIE PETERS, Die schweizerische Familienstiftung – ein Auslaufmodell?, *successio* 2008 248 ff., sowie HANS RAINER KÜNZLE, Familienstiftung – Quo vadis?, in: FS Riemer, Zürich 2007, 173 ff. Man wird sich allerdings (auch wenn es jeweils alle paar Jahrzehnte wieder zum Thema wird und einige Male durchaus mit Erfolg «probiert» wird) davor hüten müssen, in der «ewigen» Stiftung die Lösung *unternehmerischer* (Nachfolge-)Probleme zu erhoffen: Zuletzt haben PAUL EITEL (Die Stiftung als Instrument zur Perpetuierung von Aktiengesellschaften?, in: FS Riemer, Zürich 2007, 79 ff.) und vor allem auch ROLF BÄR (ZBJV 2002 780 f., Bespr. von BGE 127 III 337) dargelegt, dass die Rechtsform nicht vor geschäftlichem Misserfolg schützt: es ist Teil des Wirtschaftssystems, «dass Tüchtige erwerben und – wenn nicht mehr tüchtig genug (z.B. Nachkommen) – wieder an Tüchtigere verlieren. Die Ressourcen folgen der Schwerkraft» (BÄR, 781): Ein Zuviel an Stabilität kann Diskontinuität bewirken.

mend weiter gesteckten engeren persönlichen Umfelds zu wahren. Anwaltliche Betrachtungsweise mag da bisweilen zu extremerer Berücksichtigung der Interessen nur einer Partei neigen als (wie beim Sprechenden) eine gerichtliche Biografie, die eher dazu tendiert, den Fall so anzugehen, dass in jeder kontroversen Situation den mehreren Standpunkten je eine gewisse «Anfangsberechtigung» zugestanden wird⁴³.

V. Einstellung der Bevölkerung – Testierbereitschaft

18 Über die – nach wie vor sehr traditionellen – **Denkmuster** ist unlängst Etliches geschrieben worden⁴⁴. Dass es mit Genugtuung erfüllt, jemandem etwas hinterlassen – nämlich: von Todes wegen *schenken* – zu können (seien das Angehörige oder

Dritte, auch wohlthätige Organisationen, Freundeskreis usf.⁴⁵), ist die Rechtfertigung, um über Erbrecht in konzeptionell kaum grundlegend veränderter Form weiterhin zu diskutieren und zu schreiben – es betrifft dies namentlich die *Dualität* (und damit die gewisse «Rivalität») *von gesetzlichem Rahmen und testamentarischer Gestaltung*.

19 Individualisierte private statt pauschalierter gesetzlicher Ordnung setzt allerdings in erster Linie Testierbereitschaft voraus; diese ist jedoch (dem Stimmrechtsverhalten entsprechend ...) eher bescheiden – sie bewegt sich um *knapp einen Drittel* der Erbfälle⁴⁶. *Inhaltlich* überwiegen auch bei den individuell geordneten Nachlässen geringfügige Nuancierungen/Ergänzungen zur gesetzlichen Ordnung. Für die geringe Testierbereitschaft gibt es mehrere Gründe: (i) allgemeine Passivität/Desinteressiertheit, die zwangsläufig mit der (je nach Vermögenssituation) geringen Bedeutung vermögens-/erbrechtlicher Überlegungen korreliert, (ii) Zufriedenheit mit bzw. Akzeptanz der gesetzlichen Ordnung, was ebenfalls Ausdruck einer konfliktminimierend/schicksalsergebenen Tendenz erblasserseitig sein kann, schliesslich (iii) nach wie vor «statistische» Eignung der gesetzlichen Ordnung, namentlich in Fällen herkömmlicher Beziehungsmuster⁴⁷: Die Vorstellungen des Gesetzgebers werden auch für die erbrechtliche Beteiligung adäquat umschrieben in Art. 125 ZGB, welcher den nachehelichen Unterhalt nach Auflösung der Ehe durch Scheidung regelt: Kriterien wie Aufgabenteilung während der Ehe, deren Dauer, Lebensstellung, Alter und Gesundheit, Lebensstandard, das gepflogene Rollenmodell usf. hatten prägende Wirkung, welche die Selbstversorgungskapazität und damit die Unterhaltsbedürftigkeit auch in postmortalen Situation bestimmen.

Insgesamt stellt das gesetzliche Erbrecht aber nicht ein staatliches Zwangskorsett dar (als was es gestalterisch Aktive, Rechtskundige und Erbrechtskritische oft primär wahrnehmen), sondern aus Sicht der Erblasser die beruhigende Gewissheit, dass ohne eigene Hektik und Anstrengung eine Ordnung besteht: Erblasserinnen und Erblasser *müssen nicht* testieren, sondern sie *können; müssten* sie, so wäre oft der *Druck* interessierter Kreise gross. Nicht zu testieren ist – so betrachtet – auch ein Ausdruck *gelassenen Loslassens*, und es darf (wie Beratungsgespräche immer auch wieder zeigen) dieser Aspekt der gesetzlichen Ordnung nicht unterschätzt werden. Zwar gilt ein solches «sich ins Schicksal schicken» als wenig reflektierte, passive Haltung – sie könnte allerdings wieder zu einer durchaus respektierten werden, wenn die *Grenzen eines ultimativen Individualismus* ausgereizt worden sind⁴⁸.

43 Womit die wenig relevante Befassung mit STREBEL (Anm. 21; welcher meine mündlichen Statements ungenau-sinnentstellt zitiert) abgeschlossen sei.

44 Überblick m.Nw.: successio 2007 202 ff., 2008 188 ff.

45 S. oben Ziff. 11 zum Beweggrund von Schenkungen.

46 Relevant ist der «Stichtag» des Erbgangs; in der Gesamtbevölkerung liegt die Testierquote zwangsläufig noch bedeutend tiefer, obwohl öfter eher für den überraschenden Todesfall in jüngeren Jahren vorgesorgt werden müsste als für die biografisch-verwandtschaftlich meist stabilisiertere Situation im «durchschnittlich-normalen» Todeszeitpunkt gegen das biologische Lebensende hin (typisches Beispiel auch dafür die bereits vorne in Anm. 10 zit. *Mamá Grande* von GABRIEL GARCÍA MARQUEZ: «Pero se sabía asimismo que ella había decidido no expresar su voluntad última hasta pocas horas antes de morir, y nadie pensaba seriamente en la posibilidad de que la Mamá Grande fuera mortal» – das dürfte dem Empfinden des durchschnittlichen Erblassers sehr nahe kommen ...). Zugleich zeichnen sich zunehmend Veränderungen im Beziehungsverhalten auch der älteren Generation ab, doch lösen temporäre/Altersbeziehungen nicht einen gleichen Unterhaltsbedarf aus wie lebensprägende Abhängigkeitsverhältnisse in tradierten Rollenmodellen. Unabhängig von der rechtlichen Form und der konkreten Struktur einer Beziehung lassen sich oft (sehr traditionelle!) abhängigkeitsprägende Strukturen beobachten.

47 Die Punkte (ii) und (iii) sprechen denn auch (zumindest einstweilen) gegen eine «ausgehandelte Solidarität»: s. dazu etwa ANNE RÖTHEL, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in: VOLKER LIPP/ANNE RÖTHEL/PETER A. WINDEL, Familienrechtlicher Status und Solidarität, Tübingen 2008, 85 ff., 116 ff.

48 Individualität ist positiver Charakterzug, kann aber auch zu einer überdehnten Gewichtung privater Interessen führen: s. zu Recht kritisch LUKAS GSCHWEND, Individualisierung als juristisches Entwicklungsprinzip, in: FS Juristentag 2006, Zürich 2006, 3 ff. (die von ihm angezeigte «Fortschrittsthese» «from status to contract» ist momentan noch familienrechtliches Expansionsgebiet mit erbrechtlichen Nachwirkungen: s. dazu Ziff. 36–



VI. Internationale Entwicklung

20 Zwar sind in der *globalisiert-migrierenden Welt* die internationalen Verflechtungen intensiver geworden; es bewegen sich Menschen und Vermögen aus persönlichen und (steuer-)klimatischen Gründen quer durch alle Kulturen. Das ändert allerdings nichts daran, dass in jedem Einzelfall die Versorgungs- und gegebenenfalls Tradierungsfunktion des Erbrechts zu einem irgendwie gearteten Übergang innerhalb des erblasserischen Netzwerks führt, je nach lokaler Tradition eher in fatalistisch geprägten gesetzlichen oder individuell beschriebenen (aber dennoch meist konventionellen) Bahnen – das lässt sich als schon fast «naturgegeben» charakterisieren. Das internationalste Element ist die *internationalisierte Steueroptimierungsplanung* – das ist an sich legitim, aber hier (mangels *venia* und konkreter kommerzieller Interessen des Sprechenden) nicht näher zu thematisieren⁴⁹. Die *Erbrechtsangleichung* als solche steckt hingegen noch in den Anfängen⁵⁰. Da allerdings das, was wir selbstverständlich unter Erbrecht verstehen (Verwandtenerbrecht, Pflichtteile usw.), in weiten Teilen eine Errungenschaft der französischen Revolution ist (Ziff. 9), besteht eine verlässliche Grundlage für eine «schleichende» Annäherung im Diskurs. Wenn heute z.B. wieder darüber diskutiert wird, Familienstiftungen etwas breiteren Zwecken zu öffnen (Ziff. 17), so ist das nicht als Rückfall in feudalistische Verhältnisse zu verstehen, obwohl: Es lässt sich nicht leugnen, dass in einer zunehmend heterogener strukturierten Gesellschaft das einheitliche lokal-nationale Erbrecht einen zunehmend schwereren Stand hat, und gewachsenes (Selbst-)Bewusstsein und Gestaltungswille dominierend in die Zukunft greifen wollen. Solchen letztlich die Ressourcenproblematik missachtenden, nicht im eigentlichen Sinne internationalen, sondern bloss «grenzenlosen» Ansätzen wird in Beratung und Gesetzgebung mit Entschiedenheit zu begegnen sein, ohne dass dies dem Nachdenken über ein harmonisiertes bzw. mit vergleichbaren Wertungen harmonisierendes Erbrecht Grenzen setzen soll.

Bevor zudem im Rahmen einer «internationalisierten Betrachtungsweise» eine gewisse «Trust-Euphorie» das kontinentale Stiftungswesen «mitreisst» und in der wohltätigen Individualität das künftige erbrechtliche Ei des Kolumbus vermutet wird⁵¹, muss sich die kontinentale Wissenschaft noch mit den Bedenken des Common Law gegenüber der Verfremdung dortiger Institutionen auseinandersetzen: eine gleichwertige kontinentale Trust-Kultur lässt sich für das nachlassplanerische Massengeschäft auf absehbare Zeit nicht erreichen (wohl aber bildet das Haager Trustübereinkommen die natürliche Grundlage, um «natürlich gewachsene» Trusts zu «integrieren»). Das schliesst selbstver-

ständiglich nicht aus, sich rechtsvergleichend mit den aktuellen Entwicklungen zu befassen (dazu – im vorliegenden knappen Zusammenhang notgedrungen eher eklektische – Hinweise in Ziff. 28 ff.), wobei allerdings zu bedenken bleibt, dass gerade auf diesem Gebiet eine *integrale* Betrachtungsweise geboten ist, da die *Wechselwirkungen von erb-, sozialversicherungs- und vorsorgerechtlicher Unterhaltssicherung, lokaler Kaufkraft und steuerlichem System* eine isolierte «Transplantation» einzelner Systemkomponenten ohne «Abstoßungsreaktionen» praktisch verunmöglichen⁵²: Nicht die Übernahme einzelner «Schnäppchen», sondern die umfassende Integration ins bestehende Gesamtgefüge sind entscheidend für das Funktionieren der Ordnung.

B. Ansatzstellen für Reformüberlegungen im Detail

21 Die Diskussion um das Erbrecht darf nicht mit der aktuellen Neid- und sinnvollerweise auch nicht mit einer (staats- und gesellschaftspolitischen, aber nicht im Privatrecht anzusiedelnden) grundlegenden *Umverteilungsdebatte* verknüpft werden: Weder werden im aktuellen Kontext schon überhöhte Managersaläre vererbt (sondern längerfristig erarbeiteter KMU-Wohlstand), noch zementiert das Erbrecht Strukturen (denn es gibt auch Strukturen neben dem Erbrecht: Weder BLOCHER noch HAYEK waren «Erben» im Sinne der Neid-Diskussion⁵³).

38). Auch «*contract*» ist letztlich nichts anderes als ein (biografischer) «*Status*» und Ausdruck verbindlichen menschlichen Bindungstrebens.

49 Ausser dem (ebenfalls pauschalen, aber dennoch wichtigen) Hinweis, dass man sich durch Steueroptimierung persönliche Fesseln anlegen kann, die so einschneidend sein mögen wie das umgangene Pflichtteilsrecht und oft den Gewinn nicht wert sind bzw. – wenn man sie dennoch sprengen will oder muss – beträchtliche *Mehrkosten* verursachen.

50 DIETER MARTINY, Das Grünbuch zum Internationalen Ehegüterrecht – Erste Regelungsvorschläge, FPR 2008 206 ff. (als Hinweis darauf, dass es mit einem EU-Erbrechtsgrünbuch noch nicht getan ist); DANIEL LEHMANN, Ernüchternde Entwicklung beim Europäischen Erbrecht?, FPR 2008 203 ff. – mehr als eine «technische Harmonisierung» (hinten Ziff. 46 i.V.m. Ziff. 54) ist einstweilen nicht zu erwarten bzw. politisch kaum realistisch.

51 S. dazu auch hinten Ziff. 55 ff.

52 Das Bild mag etwas makaber anmuten, soll aber vor bloss idealisierenden statt integrierenden Ansätzen «*rechts-touristischer*» statt *rechtsvergleichender* Ansätze warnen: s. meinen Beitrag: Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB, *RabelsZ* 2008 686 ff., 714 mit Anm. 73.

53 Weniger zitiert als die BASS-Studie (dazu *successio* 2007 202 ff.; s. vorne Ziff. 14 mit Anm. 26) ist die zumin-

Zwar erhält und bewahrt das Erbrecht Strukturen (was der Eigentumsgarantie innewohnt), doch sind diese Strukturen nicht an sich schlecht, sondern Ausprägung der von der Rechtsordnung gewährleisteten überdauernden Rechtssicherheit und Teil des gesamtgesellschaftlichen Wohlstands, der insgesamt in den letzten Jahrzehnten massiv zugelegt hat (Ausbildung, Gesundheitswesen, Güterversorgung, öffentlicher Verkehr usf. weisen ein markantes Qualitäts- und Breitenwachstum auf) – Mängel der heutigen Wirtschaft und Gesellschaft sind jedenfalls nicht Folge der geltenden erbrechtlichen Ordnung, die sich durch eine *konzeptionell bewährte flexible Sturheit* auszeichnet.

Insgesamt wird sich das noch weitgehend im «Original-Zustand» vom 1.1.1912 befindliche Erbrecht des ZGB am 31.12.2011 während hundert Jahren be-

dest gleichermaßen schlüssige Darstellung von MARKUS SCHNEIDER, Klassenwechsel – Aufsteigen und Reichwerden in der Schweiz: Wie Kinder es weiter bringen als ihre Eltern, Zürich 2007, dort zum «*class hunger*» besonders von Migranten 70, 91 – das Wechselspiel zwischen dem Ermatten einiger überfütterter Erben und dem grösseren Appetit einiger Aufsteiger dürfte der Naturgesetzlichkeit des Jahreszeitenwechsels entsprechen und sich künstlicher Steuerung entziehen ... – S. zum Thema umfassend, wenn auch weniger spektakulär MARTIN KOHLI/HARALD KÜNEMUND/ANDREA SCHÄFER/JÜRGEN SCHUPP/CLAUDIA VOGEL, Erbschaften und ihr Einfluss auf die Vermögensverteilung, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung, 75/2006, 1, 58–76 (Beitrag auf Grundlage eines Gutachtens im Rahmen des Zweiten Armuts- und Reichtumsberichts der deutschen Bundesregierung der Forschungsgruppe Altern und Lebenslauf «FALL» der FU Berlin) – aus dem Lead: «Die Ergebnisse weisen ... darauf hin, dass Erbschaften auf die bestehende Vermögensverteilung tendenziell nivellierend wirken, weil Haushalte, die ohne Erbschaften über keinerlei Vermögen verfügen würden, erst dadurch überhaupt in die Lage versetzt werden, ein (wenn auch vielleicht geringes) Vermögen aufzubauen. Der Vermögenszuwachs durch Erbschaften bei der Gruppe der ohnehin bereits vermögenden Haushalte ist hingegen von relativ geringem Gewicht und führt daher auch nicht zu einer höheren Konzentration des Gesamtvermögens.» – Wollte man ernstlich durch Erbschaftsteuer «Dynastien» brechen (was auch ein Anliegen des zunehmend umstrittenen und in seinen Auswirkungen eher diskutablen Art. 335 ZGB ist), wäre auch eine (Be-)Steuerung des Heiratsverhaltens zu diskutieren ... ein Ansatz, der (soweit ersichtlich) in der Diskussion bislang (vernünftigerweise!) noch nicht aufgekommen ist.

- 54 Darauf zielen etwa die (auch erbrechtlichen) Spezialisierungskurse des SAV und der Universitäten (s. Anwaltsrevue 2007 333 ff., 2008 24 f.). Gleichzeitig besteht ein breiter Markt professioneller und teils auch eher laienhafter «Testamentsverkäufer», der jene nur noch unruhig sterben lässt, die nicht ein Testament hinterlassen, das über die Verteilung nicht mehr vorhandenen Vermögens bestimmt ...

währt haben; es ist mit Ausnahme des *bäuerlichen Erbrechts* (das die Probleme einer *KMU-typischen Struktur* mit der Industrialisierung der Landwirtschaft erfahren hat) und Anpassungen im gesetzlichen Erbrecht (Besserstellung des überlebenden Ehegatten durch die Ehwirkungsreform auf Anfang 1988) weitgehend unberührt geblieben. Dass teils unübersehbar Probleme bestehen, ist weniger die Folge einer unbefriedigenden Rechtslage, sondern belegt nur die Notwendigkeit einer Rechts- *als Konfliktordnung*: Nicht alle zwischenmenschlichen Probleme, die sich an der Schnittstelle zwischen Leben und Tod oft besonders deutlich manifestieren, lassen sich mit bloss juristischer Kompetenz lösen. Es lässt sich allerdings nicht leugnen, dass (auch) das Erbrecht einen eher schwereren Stand hat (i) in einer Zeit gelockerter und vielfältigerer Familienstrukturen, (ii) höherer Lebenserwartung (mit beträchtlichen Schätzungsrisiken bezüglich des Lebensverlaufs zwischen Planung und Umsetzung), (iii) höheren Wohlstands, aber zugleich grösserer Bedeutung von Ausbildungsfinanzierung und Wohnraumwerb in Lebensphasen beträchtlich vor dem durchschnittlichen Erbanfall, (iv) höheren Bewusstseins für rechtlich-wirtschaftliche Ansprüche und verbreteter Möglichkeit, sowohl individuell zu planen als auch (berechtigte oder vermeintliche) Ansprüche durchzusetzen. Zugleich bietet die über bald zwei Jahrhunderte *bewährte Struktur des geltenden Erbrechts* mit ihrer *Dualität von Freiheit und Bindung* allerdings auch *Schutz gegen übermässig egozentrische*, oft wenig visionäre, retrogradierende und abrechnende *erblasserische Kapriziositäten*.

I. Einige grundsätzliche Aspekte aktueller erbrechtlicher Tendenzen

22 Erbrecht hat seine «Exklusivität» verloren. Erben-Können und Gedanken an die Ordnung des eigenen Nachlasses sind nicht mehr Privileg einiger Weniger, sondern zunehmend breiter Bevölkerungsschichten. Trotz positiver «Demokratisierung» sind allerdings die Ausgangslagen doch fundamental unterschiedlich, je nachdem, ob ein eher geringfügiger, ein mittelständischer oder ein Gross-Nachlass zur Disposition steht. Allerdings erlauben gerade die «Standard-Situationen» mittelständischer Nachlässe eine gewisse, ihrerseits ebenfalls «demokratisierende» *Industrialisierung des Erbrechts*. Was für die Sterbehilfe gilt – nämlich die Verbreitung monothematischer Organisationen mit im Ansatz durchaus sinnvollen Anliegen, die in ihrer Fokussierung allerdings fragwürdig werden können (Ziff. 5) – droht auch in andern Bereichen: Die Standardisierung kann zu spezialisierter und integrierter Betrachtung anregen⁵⁴ oder isolierte Betrachtung



einzelner Symptome (und sei das nur ein einigermaßen wohlgeöffnetes Bankkonto) fördern. Ob industrielle Massenproduktion von Vorteil sei (einfache Zugänglichkeit qualitativ guter, preiswerter Produkte), oder ob man mit Errungenschaften «gesegnet» wird, die man nicht wirklich braucht (Gadgets), ist bisweilen schwer abzugrenzen. Zu prüfen wäre, ob das «Volksmodell» – nämlich das gesetzliche Erbrecht – den Anforderungen heutigen zwischenmenschlichen Verkehrs noch genügt (dazu unten Ziff. 28 ff.). Der Auflösung oder Lockerung familiärer Bande steht nämlich ein anderes Phänomen gegenüber: Das aktive Erzeugen und Bewirtschaften emotionaler Beziehungen; das Phänomen manifestiert sich etwa bei der Adoption (Ziff. 24 f., 32), heisst aber auch Spenden- und Legatemarketing⁵⁵; als solches dient es an sich der Förderung wohlthätiger Anliegen, kann aber im Zuge «industrialisierter» Handhabung zwangsläufig ebenfalls überborden. Die Frage, wo die Grenze zwischen objektiv förderungswürdiger Wohltätigkeit und selbstgefälliger Selbstverwirklichung liegt (die letztlich auch steuerlich nähere Betrachtung erfordern würde), ist – da Wohltätigkeit als «grundsätzlich förderungswürdig» und sie zu hinterfragen als «undankbar» gilt – einigermaßen tabuisiert⁵⁶. Zudem ist (grundsätzlich zu Recht) die Kontrolle über die «Würdigkeit» emotionaler Beweggründe ebenfalls tabuisiert: Es darf nur in Extremfällen eine «Inhalts-» und «Beziehungsqualitätskontrolle» bezüglich erbrechtlicher Anordnungen geben⁵⁷.

23 «Wirtschaftliche Betrachtungsweise» des Erbrechts: «Ohne Sterben kein Erben». Die Binsenwahrheit unterstreicht, dass der Tod eines Menschen mehr ist (wäre ...), als die blossе Organisation des Vermögensübergangs (und *nur damit* beschäftigen sich die Art. 457–640 ZGB). Damit Erbrecht «funktioniert», braucht es auch auf anderer Ebene (zunächst wiederum wirtschaftlich: nämlich im Vorsorge- und Steuerrecht; dann aber auch im zwischenmenschlichen Bereich, bezüglich ideeller Anliegen) eine Übereinstimmung aller Beteiligten (das mag die «klassische» Kleinfamilie, das statistisch ebenbürtige «Patchwork-Netzwerk», aber auch das Netzwerk von Know-how, Kunden- und Arbeitnehmerbeziehungen in einer KMU-Nachfolge betreffen). Das «stimmige Gesamtpaket» ist sehr oft nicht die prozentual-quotale buchhalterische Gleichbehandlung (Gleichmachung) aller, sondern Rücksichtnahme auch auf emotionale und spezifische biografische Anliegen. Der verfassungsrechtliche Satz, dass Gleichbehandlung nur gewährleistet sei, wenn Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches aber nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werde, gilt muta-

tis mutandis auch für das Erbrecht: Zwei Nachkommen sind nicht unbedingt nur wirtschaftlich bezüglich des Tageskurses der Nestlé- und UBS-Aktien im Zeitpunkt der Teilung gleich zu behandeln, sondern nach Massgabe der gesamten Lebenschancen von Geburt bis über die Teilung hinaus. Solche restlose biografische Gleichheit ist genau so ein Ding der Unmöglichkeit wie die sozusagen revisionsstellengeprüfte Lebensbuchhaltung bezüglich sämtlicher Gross-, Mittel-, Klein-, Gelegenheits-, Absichts- und Liebeszuwendungen im Lebensverlauf. Manche Prozessstrategie und lebzeitige Nachlassminimierungs- und Begünstigungsoptimierungsstrategie fusst zu stark auf einer rein (auch beziehungs-) buchhalterischen Betrachtungsweise, die ihrerseits dann eine ebenso buchhalterisch-rappenspalterische Blockierungsstrategie auslöst, einigen Gutachtern die Existenzsicherung ermöglicht und letztlich in ein oft recht zufälliges Vergleichsergebnis mündet (von einem Prozessergebnis kann dann meist schon gar nicht mehr gesprochen werden, weil dazu der Instanzenzug restlos ausgeschöpft werden müsste, was sich nach Abzug der bisherigen Rechts- und Gutachterkosten nicht mehr rechnet ...).

24 «Entmaterialisierung» als «Hyper-Personalisierung» des Erbrechts: Erbrecht wird (zu) oft nur im Sinne von Ziff. 23 als wirtschaftliche Grösse wahrgenommen; insofern wird es zu Recht «personalisiert», was einesteils (i) das Bewusstsein für die je nachdem fundamental verschiedene Bedeutung der erbrechtlich-wirtschaftlichen Aspekte im konkreten Fall verstärkt: Im *Klein-Nachlass*, wo früher dennoch eine (bescheidene) Unterhaltssicherungsfunktion des Erbrechts gegriffen hatte, hat es heute seine Bedeutung verloren und ist durch Leistungen der 1. und 2. Säule kompensiert worden; namentlich Leistungen der 2. Säule begrenzen teils sogar das Scheidungsrisiko, während erbrechtlich nicht mehr als zwei oder drei Kleinwagen-Occasionen Richtgrösse bilden – genug für die Streitwertgrenze nach BGG, aber viel zu wenig, um ernsthaft an Erbrecht zu denken. In *Gross-Nachlässen* entwickelt das Pflichtteilsrecht demgegenüber hemmende Funktion: es führt tendenziell zur Überversorgung Einzelner und kann sinnvolle Teilungs- bzw. Entflechtungslösungen verhindern. Andererseits (ii) führt diese (notwendige) Typenbildung zum Bewusstsein, dass in den *Nor-*

55 Und ist literarisch bereits erfasst: ROBERT PURTSCHERT/CLAUDIO BECCARELLI/THOMAS NOTTER, *Legate-Marketing – Theorie und Praxis im Fundraising aus rechtlicher und ökonomischer Sicht*, Bern 2006 (bespr. in *successio* 2008 179 ff.).

56 S. dazu unten Ziff. 55 ff.

57 S. dazu unten Ziff. 39.

mal-Nachlässen (was man darunter auch immer verstehen mag) die gesetzliche Ordnung den biografischen Abzweigungen heutiger Familienstrukturen oft zu wenig Rechnung trägt und an jenen «Status» anknüpft, der zwar im Todeszeitpunkt (als dem für die Universalrechtsnachfolge massgeblichen Stichtag) gerade existent, aber möglicherweise durchaus nicht stabil war bzw. biografische Momentaufnahme

58 In einer *zunehmend individueller Gestaltung und Machbarkeit zugewandten Gesellschaft* (was Qualitätsmerkmal ist, Anm. 100, aber gleichzeitig an Grenzen stösst: vgl. die Hinweise etwa bei Anm. 48 und Anm. 85) wird die Rechtsordnung immer öfter als blosse Beschränkung empfunden, was bis zu einem gewissen Grad Wesen einer Rechtsordnung ist, welche Beliebigkeit beschränkt. Auch die rechtlichen Ressourcen sind begrenzt, und so übersieht etwa die Arbeit von MATHIAS KUHN (Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunsches, Berner Diss., Zürich/St.Gallen 2008), dass auch menschen- und grundrechtliche Ansprüche nicht ohne Weiteres die Erfüllung aller Wünsche ermöglichen: Grundrechte zwingen den Staat nicht, positiv Dinge zu «liefern», die nicht ohne Weiteres erlangt werden können, also z.B. uneingeschränkten Zugang zu kostenloser Fortpflanzungsmedizin zu gewähren, oder Adoption als Form rechtlich-künstlich geschaffener Elternschaft, die biologisch gar nicht möglich ist, zuzulassen. Auch mit den neusten adoptionsrechtlichen Entscheiden des ECHR (39051/03, 13.12.2007, Emonet c. Suisse; 43546/02, 22.1.2008, E.B. c. France; s. FamPra.ch 2008 412 ff., 416 ff.; mit von den hier gezogenen Folgerungen abw. Bem. von SCHWENZER, 421 f.) besteht für den Gesetzgeber kein «Zwang», gleichgeschlechtliche oder altersbeliebige Adoption zu ermöglichen, sondern nur, bestehende Beziehungen (z.B. zum gleichgeschlechtlichen Stiefelter/Partner des leiblichen Elters) nicht (steuerlich, durch Nicht-Gewährung der Obhut – und ggf. dereinst der Adoption – nach dem Tod des leiblichen Elternteils usf.) zu diskriminieren.

59 Bislang «exklusive» (biologische) Vorgänge sind (der Fortpflanzungsmedizin sei dank, und das Adoptionsrecht folgt zunehmend einer auch etwas konsumorientierten Nachfrage) verfügbar geworden: Dass sich eine Dissertation dem Thema «Recht auf Kinder» angenommen hat (Anm. 58), illustriert diese zunehmend «anspruchsvolle» Perspektive (s. auch Ziff. 28).

60 Immerhin hatte bereits die amerikanische Unabhängigkeitserklärung von JEFFERSON das unveräusserliche Recht auf Streben nach Glück («unalienable rights ... among these ... the pursuit of happiness») festgehalten; es ist die Ergründung des Glückstrebens zu einem Zweig des ökonomischen Verständnisses geworden: BRUNO S. FREY/ALOIS STUTZER, Happiness Research: State and Prospects, Review of Social Economy 2005, 63:2 207–228; DIES., Happiness and Economics, Princeton 2002; ALOIS STUTZER, Eine ökonomische Analyse des menschlichen Wohlbefindens, Diss. oec. Zürich, Aachen 2003, dort 54 zur Untersuchung des Glücks als angeborener und vererbter Wesenszug; s. zum *familiären Umfeld als Faktor der Befindlichkeit* (ohne dass der juristische Leser

ist, an welche keine «Lebens»-Schlussabrechnung adäquat anknüpfen kann, die eben nicht immer ohne Weiteres auf *einen* «Status» abstellen darf. Dennoch kann im Rahmen einer Rechtsordnung «Familie» nicht nach Belieben «konstruiert» werden, was allerdings bedingt, dass sich die Rechtsordnung der vielfältigeren Konstruktion der Familie annimmt⁵⁸ – dort dann wird sich allerdings die Frage stellen, in *wie* individualisierter Form der Individualismus ausgelebt werden kann, ohne dass nicht in Kauf zu nehmen ist, dass er objektiv nicht mehr berücksichtigt werden kann (worin denn ja derzeit das Argument gegen eine gesetzliche Beteiligung in jeglicher Nicht-Status-Beziehung liegt): Selbst eine nach Art. 4 ZGB zu individualisierende generell-abstrakte Norm ist nur beschränkt subjektiv-individualisierungsfähig.

25 *Selbstverliebtheit*: Wir glauben mittlerweile, die Welt weitgehend und scheinbar fast nach unserem Gusto gestalten zu können⁵⁹ und sie danach gestaltet zu haben. Bisweilen sind erbrechtliche Planungsbemühungen, welche «Langfristperspektiven» einnehmen und erblasserische Vorstellungen perpetuieren sollen, von einer gewissen Selbstverliebtheit in die eigene visionäre Gestaltungskraft (bei gleichzeitigem Misstrauen gegenüber den Erbengenerationen) geprägt. In einer zunehmend hektischeren Welt erweisen sich solche Konstrukte jedoch öfter als problematisch. Ob sich Wohltätigkeitsboom zugunsten des eigenen Andenkens und Planungsfimmel dereinst harmonisch fügen werden, wird sich weisen ... Dass das Leben immer häufiger nicht mehr ein in sich geschlossener biografischer Zyklus ist, müsste dazu anregen, die postmortale Perspektive ebenfalls in kürzere Segmente zu gliedern. Die jeder «Denkmal-Zuwendung» innewohnende Langfristperspektive reibt sich ganz zwangsläufig am gar nicht so unzweckmässigen (da an die Endlichkeit des Individuums erinnernden) Prinzip von Art. 488 Abs. 2 ZGB – auch *erbrechtliche Gestaltungsfreiheit kann sich nicht auf ein Grundrecht auf Beliebigkeit berufen*.

26 Damit ist noch einmal auf die Frage zurückzukommen (s. Ziff. 11), was überhaupt der Stellenwert von Glück sei – in der Rechtsordnung überhaupt, im ZGB-Bereich (im Familien-, Erb- und Sachen-/Eigentumsrecht) und in den vom Recht geregelten gesellschaftlichen Beziehungen. Möglicherweise ist das Streben nach Glück – oder etwas schlichter: nach der unter den jeweiligen Umständen möglichen Zufriedenheit – ein menschliches Grundrecht, das ziemlich bald nach dem Recht auf Leben, Nahrung, Wasser und Luft, Denken und Sich-selbst-sein-Dürfen eine vorrangige Position genießt⁶⁰. *Hedonis-*



mus hingegen ist kaum der schützenswerteste Teil der Menschenwürde. Die Frage, ob der Vermögensübergang auf die Erben Glück auslösen soll (mithin ein Grund für ein *Pflicht-Teil-Recht* ein existenzieller Anspruch auf Verschaffung von Glück als Teil der familiären Beziehungen in ihrer zweifachen emotionalen und ökonomisch-rationalen Komponente sei), hängt allerdings wohl ganz prosaisch eher davon ab, welche Glücksansprüche gestellt werden. Da könnte sich das manchmal etwas opulenter christliche Verständnis gegenüber einer konfuzianischen Sozialethik bisweilen als allzu Konsum-Erbrecht-bezogen erweisen; allerdings hat sich auch im asiatischen Raum ein Eigentumsverständnis etabliert, das sich an konsumbezogenen Glücksbegriffen orientiert. Wenn aber «der Markt» bzw. die Gesellschaft im Wechselspiel einen nominellen Glücksbegriff definieren bzw. das Glück nur im jeweiligen momentanen Erwerb besteht – wie dies ein Aspekt einer in hektischen Zyklen sich entwickelnden Gesellschaft, Wirtschaft, Technik ist –, so sind die langen Zeitspannen eines generationenübergreifenden Erbrechts unter heutiger Lebenserwartung kaum mehr beherrschbar (bzw. münden in krampfhaften erblasserischen Bemühungen, durch individuelle, zwingend-steuernde Anordnungen eine zeitliche Tiefenwirkung zu erzielen⁶¹). Erbrechtliche Regeln werden die gesellschaftliche Werteorientierung nicht umpolen; die gegebenen Verhältnisse könnten allerdings nahelegen, zwischen einem Konsum- und einem Investitionsgütererbrecht gewisse Unterschiede zu machen: der *Konsum* ist freier (aber der *Gier* näher; Ziff. 12) als die gebundene *Sachinvestition*, doch ist Vorkehr zu treffen, damit Investitionen als solche gepflegt und nicht bloss konsumiert werden. Klar ist, dass eine gesetzgeberisch-autoritative Bestimmung von Konsum- und Investitionsquoten weder erwünscht noch (generell-abstrakt) lösbar ist (obwohl sich bei der Erbschaftssteuer entsprechende Denkansätze finden: Ziff. 16) – entscheidend ist, dass sowohl Erblasser wie Erben (nämlich eine Bevölkerungsmehrheit!) intrinsisch in prosozialen Motiven (zu denen auch ein reflektierter, vertretbarer Konsum gehört) eine ihr Verhalten (mit-)bestimmende Befriedigung empfinden. Die Sondernormen für landwirtschaftliche Nachlässe zeigen, dass gewisse qualitative Abgrenzungen durchaus denkbar sind. Der Trend zu Flexibilität statt Stabilität läuft momentan allerdings eher in Richtung eines kurzfristigen Hype als einer stabilen Gelassenheit (dies ein Argument, welches gesetzgeberischen Reformen entgegensteht) – eine Reform wird zu überlegen haben, wie in destabilisierte(re)n Familien wirtschaftlicher Mittelfluss eine glücksbringende Stabilität bewirken kann. *Kriterium muss die affektive Nähe über eine relevante bio-*

grafische Periode und der Grad der gegenseitigen Verantwortung sein, ohne dass man sich in Nuancen flüchten darf, sondern an typische Strukturen (von denen der Status *eine* bildet) anzulehnen hat.

II. Übersicht über die parlamentarischen Bemühungen⁶²

27 Es sind oder waren in letzter Zeit Themen die *erbrechtliche Zuwendungen an Vertrauenspersonen* (PI Schenker, 06.432; m.E. eine verallgemeinernde Detailkorrektur⁶³); *Erleichterung der Unternehmensnachfolge* (Postulat Brändli, 06.3402; m.E. eine grundsätzlich sinnvolle Ausdehnung von BGBB-Konzepten auf KMU, mit dem beträchtlichen Risiko einer Ungleichbehandlung von Erben nach Nachlassstruktur⁶⁴); *Abschaffung des Elternpflicht-*

die Formeln nachzuvollziehen vermöchte) auch RAINER WINKELMANN, Subjective Well-Being and the Family: Results from an Ordered Probit Model with Multiple Random Effects, *Empirical Economics* 2005, 749 ff., 759 f., wonach langfristig die Zufriedenheitsrate stärker durch Geschwisterbeziehungen als durch die Beziehung zu Ehegatten beeinflusst werde (was andeutet, dass eine zu starke Einengung des gesetzlichen Familienerbrechts [dazu Ziff. 28 ff.] nach wie vor wichtige Beziehungen zu verdrängen droht: «... a purely individualistic view of explaining subjective well-being misses part of the story. There clearly are important interdependencies in reported well-being among members of the same family, some of which may have biological origins»).

61 Ohne schon an dieser Stelle auf erbrechtstechnische Detailfragen eingehen zu wollen, liegt hier eine Komponente, welche vernünftige Rücksicht auf vernünftige erblasserische Langzeit-Anliegen gebietet (s. zum Aspekt der *langfristigen* Orientierung als eines Aspekts erblasserischer Individualität soeben Ziff. 25, vorne Ziff. 19 a.E. und hinten Ziff. 40).

62 Für eine Übersicht der aktuellen Themen und den Stand der Behandlung s. jeweils das *Kendris-Jahrbuch* zur Steuer- und Nachfolgeplanung (hrsg. von Roth/Lyk/Klöti/Künzle), für 2007/2008 Zürich 2007, 528 f., für 2008/2009 Zürich 2008, 567 f.

63 Das Thema war «süffig» in einer Zeit der Diskussion um Spitzensaläre für die mediale Aufbereitung – in der Doktrin stösst es aber (mit Ausnahme der einschlägigen Dissertation von ABT und seiner Kommentierung der *causa Stauffacher*) praktisch einhellig und zu recht auf Ablehnung (s. meine Rezension von BGE 132 III 305/315 in *successio* 2007 50–56 m.Nw.), dürfte auf parlamentarischer Ebene gescheitert sein, und muss gerade deshalb im Rahmen *kritischer Einzelfälle* mit Aufmerksamkeit angegangen werden (hinten Ziff. 39 mit Anm. 102).

64 Was in Deutschland und Österreich bez. erbschaftssteuerlicher Differenzierungen als Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots qualifiziert worden war, s. *successio* 2007 136. – Es werden sich da ebenso wie mit der Unternehmenssteuerreform II, die im Februar 2008 knapp die Hürde der Volksabstimmung überspringen

teils zugunsten des Ehegatten bei Fehlen von Nachkommen (Postulat Sadis, 06.536; heikel, ob nicht neue Unwägbarkeiten geschaffen werden); *Enkelbegünstigung* (Postulate Fetz und Janiak, 07.3496, 07.34.10; ob mit dem «Überholen» einer Generation nicht willkürlich Konsuminteressen der Enkelgeneration vor Vorsorgeinteressen der Elterngeneration gestellt werden? – grundsätzlich sinnvolles Anliegen eines Ausgleichs unter den Generationen, der aber typischerweise situativ-individuell zu suchen ist); *zivilstandsunabhängiges Pflichtteilsrecht der Nachkommen* (welches ermöglichen soll, einem Konkubinatspartner testamentarisch einen ehегattenähnliche(re)n Erbteil zuzuwenden⁶⁵).

Die eher eklektisch-punktuellen Ansätze des Gesetzgebers ergeben kein kohärentes Bild und lassen

den Blick für die grösseren Zusammenhänge vermissen, denen im Folgenden kurz nachzugehen ist.

C. Themen gesetzgeberischer Gestaltung und praktischer Handhabung im erbrechtlichen Kontext

I. Wünsche an den Gesetzgeber im Bereich des ZGB

1. Gesetzliche Erben

28 Dringender Handlungsbedarf besteht m.E. im *Bereich der gesetzlichen Erbfolge*, die ausschliesslich auf einem sehr konventionellen Familienbild gründet. Die scheinbar fortschrittliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften hat den Trend zu einer Bezugnahme ausschliesslich auf den (zufällig) letzten Status einer isolierten Kernfamilie eher verstärkt. Weder Ehe noch eingetragene Partnerschaft noch zivilstandsregisterlich durch eine lückenlose Kette von Eintragungen dokumentierte Abstammung sind für sich alleine abschliessende Merkmale einer (erb-)rechtlich-sittlich gefestigten Nahebeziehung; Abstammung ist die (oft, aber nicht notwendig in Vater und Mutter zusammenfallende) Summe genetischer, sozialer und emotionaler Elternschaft sowie wirtschaftlicher Unterstützungs-/Abhängigkeitssituationen. Selbstverständlich kann nicht die Idee sein, (negativ) die (Status-)Familie zu benachteiligen, sondern umgekehrt (positiv) jegliche stabilisierte familiäre Struktur zu stützen – es geht nicht um die Benachteiligung der wohlhabenden Status-Familie zugunsten einer konkubinären Ehestörerin, wie es einigen Hollywood-Drehbüchern zugrunde liegen mag, sondern um die schiere Koordination mehrerer wohlhabender, je *lebensphasenprägender* (Status-)Familien, die letztlich alle mit Grund auf die Versorgungsfunktion des Erbrechts hoffen dürfen⁶⁶, und die Nicht-Diskriminierung von Nicht-Status-Beziehungen, welche nach sozialversicherungs-, haftpfllicht- und vorsorgerechtlichen Kriterien Rechtsfolgen auslösen, ohne aber von der Versorgungs-/Unterhaltssicherungsfunktion des Erbrechts profitieren zu können. Zwar könnte testamentarisch das Ergebnis (scheinbar⁶⁷) ohne Weiteres erreicht werden. Ob aber stimmpassive (ich sage nicht: abstimmungsfaule) Bevölkerungsgruppen letztlich nicht überfordert werden (s. oben Ziff. 19⁶⁸)? Rechts- als Konfliktordnung mit dem

konnte, heikle Fragen stellen: Ob eine Erbengemeinschaft ein Liegenschaftsportfolio oder ein KMU zu übernehmen und zu teilen hat (vgl. Art. 8 Abs. 2^{quater} StHG), ändert nichts daran, dass den Beteiligten eine unterschiedliche Fiskalquote belastet wird; ob dies volkswirtschaftlich sinnvoll sei, hängt *weniger von der Natur der erhaltenen Werte* als vom *Umgang der Erben mit den empfangenen Werten* ab (s. meine Bem. zur deutschen Erbschaftssteuerreform im Jusletter vom 24.11.2008).

65 Von der RK-N bemerkenswert knapp abgelehnt mit 11 gegen 10 Stimmen bei zwei Enthaltungen (Jusletter 19.1.2008): Das Anliegen hätte bei stiefelterlicher Situation mit Betreuung der (mit-)erbenden Nachkommen zur Zeit des Erbfalls oder in biografisch früherer Phase ohne Zweifel Berechtigung, kann aber bei pauschaler Umsetzung auch zu nahehelichen «Verleider-Testamenten» führen, weshalb m.E. eine gesetzliche (und testamentarisch selbstverständlich dann ergänzungsfähige) Minimallösung zugunsten nichtverheirateter PartnerInnen nach klaren Kriterien zu bevorzugen wäre (s. hinten Ziff. 37 f.).

66 Der verschiedentlich diskutierte, in der Unterhaltsrechtsreform revidierte § 1609 BGB über die *Rangfolge mehrer Unterhaltsberechtigter* mit «Rückstufung» von (geschiedenen) Ehegatten (s. etwa GERD BRUDERMÜLLER, Die Reform des deutschen Unterhaltsrechts, FamPra.ch 2008 828 ff.) betrifft die (nach-)eheliche Familienversorgungsfunktion und nicht die postmortale erbrechtliche Versorgungsfunktion, bietet aber Anhaltspunkte, wobei der «Kindervorrang» den durchschnittlichen erbrechtlichen Verhältnissen (altersbedingt keine Erwerbs[steigerungs]möglichkeit Überlebender) nicht entspricht, was zu einem andern Fokus führen muss; *Tendenz des Unterhaltsflusses* (durch Rente oder Kapital) ist immer *in Richtung nicht-erwerbsfähiger bzw. abhängiger* Personen; erwägenswert wäre, leibzeitige Versorgungsdefizite erbrechtlich zu kompensieren (ein Gedanke, welcher gleichermaßen der englischen *family provision* wie Art. 631 ZGB zugrunde liegt), indes mit dem Risiko, dass der Erbfall zur Abrechnung konkurrierender Beziehungen wird (was dem Recht der Ausgleichung allerdings nicht fremd ist; zudem wird nicht die Schuld, sondern die Verantwortung thematisiert).

67 Nämlich mit oft nicht unerheblicher steuerlicher Strafbelastung; s. insb. Ziff. 31 f.

68 Die nicht-geregelten Nachlässe dürften in (i) bewusst ungeregelte (vorne Ziff. 19), (ii) einigermaßen bewusst einstweilen nicht geregelte (abwartend-aufschiebende



Auftrag, für typische Lebenssituationen minimale (Versorgungs-) Standards nach ethisch letztlich vergleichbaren Kriterien zu schaffen, kann nicht mehr beliebig lange an der *gesellschaftlichen* Realität momentan «ausserrechtlicher» Familienstrukturen vorbeigehen.

Das Problem wäre wohl längst gelöst, wenn «Freundschaft» und «persönliche Nähe» gleichermaßen «messbar» (Register, Abstammungstest) wären wie «Verwandtschaft» im Sinne von Art. 20 f. ZGB⁶⁹. Das «technische» Problem darf – da es nicht einfach eine wenig relevante Nische betrifft – nicht Vorwand bleiben, sich nicht um Lösungen zu bemühen. *Ein* zu Zurückhaltung mahnendes Argument ist die negative Konnotation von «Mehrfach-Beziehungen»⁷⁰ – richtig betrachtet ist die (auch rechtliche) Befassung mit solchen allerdings unverzichtbar: der Begriff des «Paten» ist religiös und mafios besetzt und je nachdem entweder positiv förderungswürdig (weil dem Kind weitere ihm gut gesinnte Bezugspersonen verschafft werden⁷¹) oder zumindest offenlegungspflichtig-klärungsbedürftig; Tabuisierung ist jedenfalls schädlicher als Thematisierung.

Grundhaltung) und (iii) unbewusst ungerichtete zerfallen; die letzte Gruppe kann sowohl (iii/a) biografische (Jugendlichkeit: zu grosse emotionale Distanz zum Thema) als auch (iii/b) bildungs-/schichtspezifische Gründe (fehlende Information oder fehlendes Bewusstsein, entsprechend zu handeln) haben. Mit Ausnahme der ersten Gruppe (i) führt der unerwartete Todesfall in allen andern Situationen zu einer oft unbefriedigenden Situation.

69 Die rechtlich-praktische Bedeutung von «Schwägerschaft» im Verhältnis zu Nicht-Status-Netzwerken (die nicht nur bei prozessualen Ausstandsgründen weit bedenklicher sein können) lässt die geltende gesetzliche Ordnung der Frage als eher wenig zweckmässig erscheinen; PAUL EITEL hat unlängst (ausgehend vom seinerzeitigen Beitrag von PIERRE TERCIER, *Qui sont nos proches?*, FS *Bernhard Schnyder*, Fribourg 1995, 799 ff.) das Thema aus erbrechtlicher und erbschaftsteuerlicher Perspektive neu aufgenommen: PAUL EITEL, *Nos «proches»* im Erbrecht und im Erbschaftssteuerrecht – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: FS Tercier, Zürich 2008, 191 ff.

70 Die Status-Familie wird durch bewusste Wahrnehmung ihrer «Konkurrenz» durch das Gesetz nicht weiter «diskriminiert», als sie dies durch das Verhalten «ihres» Erblassers bereits war; dessen weitere Beziehungen aber sind ohnehin diskriminiert dadurch, dass sie privatrechtlich fast gänzlich irrelevant sind (s. aber die «Tabu-Brüche» in Ziff. 1 a.E.) und steuertariflich «bestraft» werden.

71 Insofern wäre auch «Patenschaft» gegenüber einem Kind ein erbrechtlicher Anknüpfungspunkt unter anderen – indes typischerweise ebenfalls steuerlich diskriminiert.

72 S. zuletzt etwa ANNE RÖTHEL (Hrsg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, Köln/Berlin/München, 2007 (s. die Bespr. EITEL in *successio* 2008 328 ff.); VOLKER LIPP/ANNE

2. Pflichtteil

29 Das *Pflichtteilsrecht* ist von diesen Überlegungen insofern mitbetroffen, als auch es am familienrechtlichen Status anknüpft. Soweit dieser Status besteht (und gelebt wird) dürfte (derzeit) daran nach überwiegender Auffassung der Rechtsgemeinschaft kaum fundamental gerüttelt werden⁷², weil persönliche Nähe und unterhaltsrechtliche Verantwortung auch in Nicht-Status-Verhältnissen regelmässig parallel laufen. Indes stellen sich wegen der zentralen Bedeutung von Unterhalt doch Fragen:

(i) Bei *Minimalnachsässen* führt das Aufdividieren des Nachlasses auf eine Vielzahl von «Köpfen» zu beträchtlichen «Transaktionskosten»; die eher menschlich als sachlich komplizierte Entflechtung könnte für Kleinstnachsässen einen Teilausschluss und Zuweisung des gesamten Hausraumes und geringfügiger Ersparnisse an die Haus- und Versorgungsgemeinschaft rechtfertigen (wie dies England für den überlebenden Ehegatten bis zu einem Nachlasswert in der Grössenordnung von derzeit rund Fr. 300 000 kennt⁷³); nicht zu übersehen ist, dass damit Grenzziehungen erfolgen, die unweigerlich in den Grenzzonen Bewertungskonflikte auslö-

RÖTHEL/PETER A. WINDEL, *Familienrechtlicher Status und Unterhalt*, Tübingen 2008; ANDREAS BAUER, *Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts – Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und soziologische Betrachtung*, Konstanzer Diss., Bielefeld 2008; anders etwa INGE KROPPENBURG, *Privatautonomie von Todes wegen*, Tübingen 2008 (Bespr. in *successio* 2008 336 f.) und STREBEL (Anm. 21). Die Diskussion nimmt allerdings bisweilen bizarre Züge an: STREBEL (Anm. 21, AJP 2008 1032 ff.) postuliert selbständig, aber inkohärent, dass im BGBB-Erbrecht dem selbstbewirtschaftenden Nachkommen ein Pflichtteil zukommen soll – nicht aber dem KMU-Nachfolger oder dem *Startup*-Darlehensnehmer? Alle haben aufgrund der biografischen Konstellation biografisch relevante, vertrauensschütz würdige Dispositionen vorgenommen. Sodann: Wie lässt sich eine Begrenzung des Pflichtteils auf den nackten (und seinerseits im niedrigen gerichtlichen Alltag schon hartnäckig-missbräuchlich bekämpften) Unterhalt nach Art. 277 ZGB rechtfertigen, wo substantielle Mittel vorhanden sind, die ihrerseits des Öftern auch nur dank Erbrecht entstehen oder vermehrt werden konnten?

73 Aktuell wird über eine Erhöhung dieser Ansätze (von £ 125 000 auf £ 300 000, mithin rund Fr. 0,75 Mio.) nachgedacht – über die genaue Zahl ist möglicherweise (je nach Entwicklung der Liegenschaftswerte im Zuge der aktuellen Verwerfungen) noch nicht entschieden, und vorrangig dürfte effektiv der Gedanke einer Indexierung sein, der für Unterhaltsrenten schon längst selbstverständlich ist. Anzumerken ist, dass solche Diskussionen immer in einem weiteren (auch steuerlichen) Kontext zu sehen sind: Während der englische Ehegatte steuerfrei erwirbt, wird ein Anfall ans Kind mit bis zu 40% Erbschaftssteuer belastet, was dann indirekt zum Verkauf der Fa-

sen werden. Rechtsvergleichend ist derzeit aktuell auch das dänische Recht Beispiel betraglich limitierter Lösungen⁷⁴.

(ii) Am andern Ende des Spektrums stellt sich die Frage, ob bei *Grossnachlässen* die Pflichtteilsquote linear bis in alle Unendlichkeit steigen soll. Zwar ist ein tiefer siebenstelliger Nachlass, der sich auf überlebenden Ehegatten und zwei Kinder spaltet, heute (man denke an die Kosten von Wohneigentum in städtischen Agglomerationen) längst nicht mehr Auslöser für lebenslangen Seeanstoss bzw. reichtumspolitische Grundsatzdiskussionen ... Andererseits ist doch jeder Vermögensanfall («pro Kopf») auch im tiefsten siebenstelligen Bereich eine höchst komfortable Ausstattung, und selbst in sehr wohlhabenden Verhältnissen dürfte ein Noterbrecht für Beträge über dem mittleren siebenstelligen Bereich nur schwer zu rechtfertigen sein⁷⁵ – in der Tendenz wird ein *Gleichgewicht* zwischen (nomineller) *égalité* und (sachlicher) *équité* anzustreben sein.

30 Die Extrempole deuten an, welche Überlegungen sich für die Zukunft aufdrängen:

milienwohnung zwingen kann, weshalb die Ehegattenbegünstigung nicht primär gegen die Kinder, sondern zur Vermeidung von Liquiditätsbedarf wegen (disproportionaler) Besteuerung eines Anfalls an die Kinder angeordnet werden muss, in welchem Zusammenhang die (scheinbar hohe) gesetzliche Begünstigung des Ehegatten zu verstehen ist (bzw. deren Ausbau: Intestate Succession and the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act. 1975: s. www.lawcom.gov.uk/intestate_succession.htm) und auch eine Verbesserung der Versorgung des überlebenden Ehegatten angestrebt wird (wobei im Auge zu behalten ist, dass Rechtsvergleichung nicht Quotenvergleichung, sondern systemische Gesamtbetrachtung sein muss: eine in *Joint Tenancy* gehaltene Wohnung fällt ohnehin an den Überlebenden bzw. er eignet sie schon (s. zum «System» der *Joint Tenancy* NEDIM PETER VOGT/STEFAN LINIGER, *The Survivor Takes All: Joint Tenancy*-ähnliche Rechtsfiguren im schweizerischen Recht, in: FS Zobl, Zürich 2004 319 ff.).

74 In Dänemark ist per 1.1.2008 ein neues Erbrecht in Kraft getreten (Arvelov, Gesetz Nr. 515 vom 6.7.2007). Nebst der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils von Ehegatten und Nachkommen des Erblassers, sieht der neue Arvelov eine Verminderung des Pflichtteils vor. In der Absicht, den bisherigen *Lebensstandard des überlebenden Ehegatten* zu sichern, wurde dessen gesetzlicher Erbteil bei Vorhandensein von Nachkommen von $\frac{1}{3}$ auf $\frac{1}{2}$ erhöht. Der Pflichtteil indes beträgt gleichwohl für Ehegatte und Nachkommen neu nur mehr $\frac{1}{4}$ statt $\frac{1}{2}$ des gesetzlichen Erbanspruchs (§ 5 Abs. 1 und § 10). Für die leiblichen Nachkommen des Erblassers ist die Pflichtteilsquote von einem Viertel insofern relativ, als der Erblasser ungeachtet der Quote ihren Pflichtteil auf 1 Mio. DKK (ca. 220000 Fr.) begrenzen kann (§ 5 Abs. 2). Eine

(i) Macht es in jedem Falle Sinn, vom *nominellen Nachlasswert* auszugehen, oder wären allenfalls weitere Kriterien (*équité statt égalité*) zu überlegen (auf den einzelnen Berechtigten entfallende Nachlassquote; *Bedarfslage* des Berechtigten aufgrund seiner eigenen Lebenssituation, z.B. danach, ob Kinder/Enkel vorhanden sind⁷⁶; besondere Gründe der Bevorzugung, etwa im Zuge einer Unternehmensnachfolge, wie es die spanische *mejora* erleichtert⁷⁷)?

eher geringe Summe, verglichen mit den in etwa schweizerischen Verhältnissen entsprechenden Immobilienpreisen in Dänemark (s. unten Ziff. 36/ii).

Der Erblasser kann also mittels *testamentarischer Regelung* neu über $\frac{3}{4}$ seines Vermögens frei verfügen. Dies ermöglicht die Gleichbehandlung von Kindern aus früheren Beziehungen beider Ehegatten in erbrechtlicher Hinsicht und erleichtert sachgerechte Regelungen punkto Unternehmensnachfolge (wenn denn in diesem Sinne von der gewonnenen Freiheit Gebrauch gemacht wird ...). Die dänische Ordnung folgt stark der *englischen* (Anm. 73).

75 Der Vollständigkeit halber ist allerdings anzumerken, dass EUGEN HUBER (Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts, Basel 1895, 17) sich – obwohl «Ausgleichung der grossen Gegensätze von Armut und Reichtum als erstrebenswert erscheint» – gegenüber einer quantitativen Beschränkung des Erbrechts (er nennt als Beispiel, dass «ein Erbgang über eine Million Franken hinaus überhaupt nicht mehr zugelassen würde» – was natürlich heute bereits eher einem neun- als einem «nur» achtstelligen Nachlass entsprechen würde) ablehnend geäußert hat: «*Dem Reichtum sein Erbrecht zu versagen, würde eine Ungleichheit begründen, die für die bestehenden Gewerbeeinrichtungen die verhängnisvollsten Folgen herbeiführen müsste*» (was nun allerdings einer *mejora* – die ja nicht gegen den Willen des Erblassers die Staatsquote am Nachlass erhöhen soll – nicht entgegensteht).

76 Jedenfalls dann, wenn die Erben bereits eine gewisse Altersschwelle erreicht haben.

77 In der schweizerischen Erbrechts-*Community* scheint mir die «aktive Generation» einer *Differenzierung* (je nach Höhe des Nachlasses, aber auch danach, in welche Richtung die erblasserischen Anordnungen zielen) durchaus gewogen; interessant ist der (ähnlich bereits von EUGEN HUBER, dem Schöpfer des ZGB, erwogene) im *spanischen* Recht bekannte Ansatz einer *mejora* – einer *nur unter den Pflichtteilerben* wirkenden *zusätzlichen* verfügbaren Quote, mit welcher ein *Unternehmensnachfolger*, aber z.B. auch *Enkel* privilegiert werden könnten, wo denn *ausreichend Substrat* zu solcher Verteilung vorhanden ist; s. zuletzt dazu PAUL EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht (a.a.O., Anm. 32), 84 ff. WARREN BUFFET, der 2006 angekündigt hatte (*Fortune*, July 10, 2006, 57 ff., s. www.berkshirehathaway.com/donate/fortune071006.pdf), 85% seines Vermögens an wohltätige Stiftungen zu verschenken (bei einem Vermögen, das über 50 Milliarden USD betragen soll) wird mit dem Satz zitiert: «Man soll seinen Kindern so viel lassen, dass sie das Gefühl haben, alles machen zu können, aber nicht so viel, dass sie nichts machen»; BUF-



(ii) Lässt sich ein Pflicht-Erbrecht davon abhängig machen, ob ein sog. *persönliches Naheverhältnis* gelebt wurde? Moralisch wäre dies zwar wünschbar, doch würden sich heikle Abgrenzungsfragen ergeben, da (ähnlich wie bei den notorischen Kontroversen darüber, ob die Qualität der persönlichen Beziehung Mündigen-Unterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB rechtfertigte) unweigerlich Fragen um das Verschulden (an nur «eingeschlafenen» oder «zerrütteten» Beziehungen) auftauchen werden. Was bislang im Rahmen des restriktiv konzipierten und gehandhabten Art. 477 ZGB eher vereinzelt zu thematisieren war, könnte Quelle neuer Kontroversen sein⁷⁸, welche zwar differenzierend-überzeugend erscheinen, aber die Effizienz der Rechtsordnung (nach einfach bestimmbareren Kriterien rasch Klarheit zu schaffen) beeinträchtigen. Die neuste (wenn auch in ihrer praktischen Auswirkung letztlich noch unklare) Entwicklung in Deutschland⁷⁹ deutet allerdings an, dass durchaus mit Fug Überlegungen zu weiterer Verfeinerung gemacht werden können: Durch eine Erleichterung der Enterbungsvoraussetzungen oder eine Privilegierung von Wohlverhalten (was beides natürlich Konfliktpotenzial birgt, indem das zu missbilligende oder belohnenswerte Verhalten zu qualifizieren ist, was stets Einzelfallermessensentscheide bedingt). Das japanische Recht kennt schon lange ein Teilungsvorrecht von Kindern auf die elterliche Liegenschaft, wenn sie dort die Eltern gepflegt hatten und sich deshalb plausibel über einen näheren Bezug ausweisen konnten. Doch darf auch eine solche (äusserst positive) Konstellation keine einseitige Hektik auslösen: aus welchen Gründen andere Kinder nicht gepflegt haben, entzieht sich der Kenntnis und (effektive Enterbungsgründe vorbehalten) sinnvollerweise auch der umfassenden Nachbereitung. Gesetzgebungstechnisch wird sich die Frage stellen, ob für verfeinernde Qualitätsverbesserungen in jedem Fall der Gesetzgeber gefordert sei, oder ob nicht dem Geist des ZGB folgend durchaus an dessen Wortlaut anknüpfend aus Art. 611 Abs. 2 ZGB bereits entsprechende Regeln abgeleitet werden könnten (Zuweisung nach den «persönlichen Verhältnissen», wo sich aus diesen im Einzelfall objektiv massgebliche Kriterien gewinnen lassen, Ziff. 48). Fragen der (materiellen) Quote und der (qualitativen) Teilung werden sich allerdings praktisch nie ganz auseinander halten lassen, da subjektive Vorlieben mit hineinspielen.

(iii) Bei Diskussionen um das Pflichtteilsrecht ist natürlich auch die Pflichtteilsquote als solche mit in die Betrachtung einzubeziehen (dazu im Übrigen unten Ziff. 34 ff.). Wie sich aus den vorherigen Punkten ergibt, kann sie (a) (zumindest für Nachkommen in Konkurrenz mit einem überlebenden Elternteil) gegen Null tendieren, wenn der Nach-

lass eher gering ist, dann (b) ansteigen, wenn die Verhältnisse eine Partizipation Mehrerer überhaupt möglich machen, um schliesslich (c) wieder abzusinken, wo sich (ca) (aufgrund der Höhe des Nachlasses an sich oder der auf den Einzelnen entfallenden Quote) eine Überversorgung ergibt oder (cb) besondere Konstellationen eine Ungleichbehandlung im Kreise der Pflichtteilsberechtigten aus erblasserischer Sicht nahelegen (insb. bei Unternehmensnachfolgen, auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des landwirtschaftlichen Erbrechts; aber auch bei sonstigen atypischen Situationen⁸⁰).

FET hat drei Kinder, und es lässt sich leicht errechnen, dass schweizerische Pflichtteile nicht gewahrt wären, aber ein Rest verbleibt, welcher jedem einzelnen Kind fast alles ermöglicht – und Gleiches würde auch noch gelten, wenn BUFFET statt 50 Milliarden «nur» 50 Millionen hinterlassen würde: jedem Kind würden über 4 Mio. verbleiben, und es dürfte in einem solchen Bereich (obwohl dessen ausgewogene ziffernmässige Beschreibung ähnlich heikel ist wie die Festsetzung von Grenzen für Top-Saläre) wohl eine obere Grenze dessen geben, was nach strikter «mathematischer» Berechnung von Lebenskosten unterhaltsbezogen als Pflichtteil gefordert werden kann. Der Bundesrat ist aber der zurückhaltenden Haltung gegenüber erbrechtlichen Reformüberlegungen (und sei es nur bezüglich der Pflichtteilsquoten) im Bericht zum Postulat BRÄNDLI treu geblieben (s. vorne Anm. 32, insb. ETEL, jusletter 8.6.2009 Ziff. 12).

78 Im derzeitigen gesetzlichen Kontext sind Enterbungsanfechtungen eher selten (und zudem mit fast naturwissenschaftlicher Gesetzmässigkeit meist aussichtslos), was durchaus Folge davon sein dürfte, dass eine über den Pflichtteil hinausgehende (Laien-) «Enterbung» als Pflichtteilssetzung gehandhabt wird, worüber nicht lange zu verhandeln ist. Im Übrigen ist dem Sprechenden aus seiner gerichtlichen Biografie zwar bekannt, dass Menschen bisweilen recht unangenehm sein (oder so empfunden werden) können – ob dies aber ausreichende Rechtfertigung ist, um Hypochondern die Alleinerben-einsetzung ihrer Haustiere zu ermöglichen, ist doch einigermaßen zweifelhaft, und US-Erbrechtler – auf diese Auswüchse angesprochen – empfinden kontinentale Lösungen durchaus als mehr als nur tragbar.

79 S. dazu KRUG, Die aktuelle deutsche Erbrechtsreform (2008) – eine Übersicht, *successio* 2007 276–287.

80 Als solche würde ich auch ein besonderes Bemühen um den Erblasser (wohl insb. Pflege: s. zu diesem Begriff, der weit über festtäglichen Routinebesuch hinausgeht [!], meine Bem. in *successio* 2008 23 mit Anm. 22) sehen, wobei natürlich die skeptischen Töne im vorstehenden Kontext (bei Anm. 78) auch hier mitschwingen müssen; gefordert ist auch die Testamentsgestaltung, welcher die Gesetzgebung ermöglichen sollte, statt einer (*negativ* besetzten) *Enterbungsbegründung* (*positiv* motivierte) *Begünstigungsbegründungen* zu formulieren; es dürfte dies die Akzeptanz erblasserischer Zurücksetzung (die dann zudem nicht totale Enterbung bedeuten würde) erleichtern – eher als die Enterbung zu erleichtern, wären also unter bestimmten Voraussetzungen die verfügbare

31 Wer die Erben sein sollen, bestimmt also derzeit einerseits das Gesetz, zwingend für den Bereich der Pflichtteilserven, subsidiär bezüglich der übrigen gesetzlichen Erben, die nur partizipieren, wenn die Erblassergeneration sich nicht abweichend äussert. Es stellt sich also die Frage, ob (i) die **Pflichtteilsbindung gelockert** und/oder ob (ii) **weitere/andere Personengruppen in den Kreis der gesetzlichen Erben aufgenommen** werden sollen. Die Frage nach der *Lockerung der Pflichtteilsbindung* ist eine *quantitative* Frage (und fällt damit unter die Überlegungen in Ziff. 34 ff.), wenn nicht Pflichtteilsberechtigte auch aus dem Kreis der subsidiären gesetzlichen Erben ausgeschlossen werden sollen. Diskutiert, aber verworfen wurde unlängst die Frage der Abschaffung des Elternpflichtteils (Ziff. 27), ohne dass allerdings die Eltern als gesetzliche Erben weggefallen wären; im biografischen «Normalverlauf»

dürfte bei frühem Tod eines Nachkommen meist eher ein «Rückfluss» zur Alterssicherung erfolgen, der namentlich dann nicht stören würde, wenn auch (noch) unverheiratete Lebenspartner einen gesetzlichen Anspruch hätten. Da die subsidiäre gesetzliche Ordnung notwendigerweise nicht individuelle, sondern nur durchschnittliche Familiensituationen berücksichtigen kann, dürfte *auf absehbare Zeit kaum Anlass bestehen, den Kreis der gesetzlichen Erben enger zu fassen*. Zwar ist einzuräumen, dass sich der Kern der Kernfamilie tendenziell weiter verkleinert bzw. spaltet; zugleich sind aber kinderarme und kinderlose Erblasser häufiger, weshalb die konzentrischen Kreise der zweiten und dritten Parentel, die nur erben, wenn keine Nachkommen/Enkel vorhanden sind, nur ausgeschlossen werden könnten, wenn – als Folge der Testierlethargie – ein häufigeres Erbrecht des Gemeinwesens (Art. 466 ZGB) gewollt wäre. Das ist eher politische als erbrechtliche Frage und hängt stark mit der Ordnung der Erbschaftsbesteuerung zusammen, mit der das Erbrecht des Gemeinwesens zwar nicht dogmatisch-erbrechtlich, aber wirtschaftlich korreliert⁸¹.

Quote zu erweitern bzw. gesetzliche Teilungsvorrechte oder entsprechende Vermutungen (hinten Ziff. 48 mit Anm. 120 und 123) einzuführen.

- 81 Dazu EUGEN HUBER (a.a.O. Anm. 75), 18 ff. (s. dazu *successio* 2007 76 ff.).
- 82 Die nicht als besonders mildtätig bekannte deutsche Erbschaftssteuergesetzgebung setzt Stief- den leiblichen Kindern gleich: § 15 Abs. 1 Steuerklasse I Ziff. 2 ErbStG. EITEL («Nos proches ...», Anm. 69), 195 f., ist skeptisch gegenüber einer gesetzlichen (automatischen) Begünstigung nicht formalisierter/registrierter Beziehungen; das Risiko liesse sich m.E. hinnehmen, wenn (im Sinne der Ausführungen hinten Ziff. 35 und Ziff. 37/ii) eine lediglich quantitativ beschränkte, letztlich dem Gedanken von Art. 606 ZGB nachgebildete (wenn auch deutlich verbesserte) Übergangs-Unterhaltssicherung angestrebt würde. Das Problem würde allerdings einen guten Teil seiner Schärfe verlieren, wenn die erbschaftssteuerliche Sanktionierung des fehlenden Status (sogleich Anm. 83) durch eine *Nachlasssteuer* im Sinne der Vorschläge von EITEL (a.a.O., 210) abgelöst würde (vgl. hinten Ziff. 50).
- 83 Erbt bei nicht geschiedener, aber längst nicht mehr gelebter Ehe ein/e langjährige/r KonkubinatspartnerIn im Kanton Schwyz bei einem Nachlassvolumen von Fr. 1 Mio. bei testamentarischer Begünstigung Fr. 375 000, ist es im Kanton Genf bei einer Erbschaftssteuer von 54,6% weniger als die Hälfte dieses Betrags – nach wie vor im Raum steht m.E. die Frage, ob es sich dabei nicht um eine diskriminierende Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte handle (vgl. vorne Anm. 36).
- 84 Einziges relevantes Gegenargument ist das *Koordinationsproblem zwischen Status- und freier Familie* dort, wo sich parallele Versorgungsbedürfnisse ergeben; das Problem stellt sich indes gleich beim nahehelichen Unterhalt, und es geniesst der Status keine «lebenslange Garantie». Eine vertretbare Lösung liegt durchaus im Abstellen auf die gemeinsam verbrachte Lebens- und Unterhaltszeit: Ziff. 37/ii.
- 85 Dazu zuletzt OGer ZH II. ZK, NX080047, 3.11.2008: Mündigenadoption nach seinerzeit gescheiterter Stiefadoption (vgl. vorne bei und mit Anm. 58 f.).

32 Dass der Kreis der gesetzlichen Erben nicht massgeblich einzuschränken ist, besagt allerdings nicht, dass er nicht allenfalls zu erweitern wäre. Hauptsächlich, wenn auch erst im Ansatz diskutiert wird eine Erweiterung des Kreises gesetzlicher Erben um **KonkubinatspartnerInnen und Stiefkinder**⁸². Dramatisch (jedenfalls nach meinem persönlichen Empfinden) wirkt sich in diesem Bereich die *föderalistisch-partikularistische Erbschaftssteuer* aus. Diese führt dazu, dass die bundesrechtlich vom ZGB eingeräumte Testierfreiheit in extremen Konstellationen um über die Hälfte reduziert wird⁸³: Steuerlich werden Stiefkinder tendenziell freundlicher, oft aber gegenüber leiblichen Nachkommen (deren biologische «Echtheit» im Übrigen ja nicht geprüft wird ...) doch deutlich ungünstiger behandelt. Während die Stiefkinder «ohne Verschulden» sind, schwingt beim Konkubinat nach wie vor die frühere Stigmatisierung mit; diese ist noch dem Bild eines Ehebruchskonkubinats und nicht einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft verhaftet und dürfte weitestgehend überholt sein⁸⁴ – sie ist insbesondere im Vorsorge- und Haftpflichtrecht bereits aufgegeben, und es knüpft auch das Erbrecht in seiner *Grundfunktion der Unterhaltssicherung* an gleiche Werte. Dass sich (anders als beim Stiefkind, dessen Adoption die Ausnahme bildet⁸⁵) beim Konkubinat oft die Unterhaltssicherung durch Eheschluss hätte herbeiführen lassen, bildet das gesellschaftliche Verhalten und jene «Unachtsamkeit» nicht ab, welche oft auch der geringen Testierquote zugrunde liegt und dort mit dem Konzept eines (allerdings eng und rein sta-



tusbezogen) konzipierten gesetzlichen Erbrechts aufgefangen wird.

Gleiches gilt für nicht mit Statusfolgen (voll-)adaptierte Kinder: BGE 134 III 467⁸⁶ hat (wieder einmal) das Kind für seinen unvollständigen Status hafte lassen, und zwar in einer Art, die mit fundamentalen Wertungen (und damit dem *Ordre public*) des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts nicht korreliert (da auch die Frage einer fairen *Provision* ungeprüft blieb).

Adoptionsbezüge werden in jüngster Zeit vermehrt im postmortal-erbrechtlichen Konnex aktuell. Das signalisiert, dass «Familienplanung» durchaus bewusst mit erbrechtlicher Perspektive angegangen wird und ein ausgeprägtes Bewusstsein für die erbrechtlichen Folgen des rechtlichen Status gegeben ist. Zugleich stellt sich allerdings die Frage nach dem Adoptionsverständnis: Das geltende Recht fokussiert auf die Etablierung einer rechtlichen Kind-Eltern-Beziehung, wo diese nicht (gewissermassen «automatisch») ihre «biologische» causa hat; ob man darüber hinaus zulassen soll, einen frei ausgehandelten «Status-Vertrag» zu ermöglichen, der dann auch die steuerplanerischen Aspekte familienrechtlicher Beziehung zu jedem im Einzelfall zweckmässigen biografischen Zeitpunkt einzubeziehen erlaubt, ist nicht hier zu diskutieren, aber doch eher zweifelhaft⁸⁷.

33 Durchsetzung des Pflichtteils: Nur Vollstreckung des Rechts gewährleistet das Recht. Insofern ist die *Herabsetzungsklage* das gleichermassen wichtigste wie mühsamste Werkzeug im erbrechtlichen Arsenal. Indes lässt sich nicht jeder Streit vermeiden; latente, unausgestandene familiäre Konflikte sind unter Umständen auch einmal anzusprechen und – wo sich eine Einigung nicht erreichen lässt – auch (fair!) auszutragen. Fairness meint hier eine gewisse Grosszügigkeit statt Erbsenzählerei. Auch die vorprozessuale Phase, die solche Aspekte mitbedenken muss, ist aber bereits ein Prozess: ein Prozess biografischer und emotionaler Aufarbeitung und dann auch des prozessualen Positionsbezugs – dies regelmässig im Anschluss an eine Trauer- und Reorganisationsphase. Dass mit BGE 98 II 176 E. 10 ohne jeden sachlichen Grund, in Abweichung von den Standpunkten der grossen Kommentare und (nebenbei) auch des gesetzlichen Wortlauts aus den Verjährungsfristen von Art. 521 und Art. 533 ZGB Verwirklichungsfristen konstruiert worden sind, ist nach meinem Dafürhalten ein technokratischer Kunstfehler. Dem Argument, es diene dem Rechtsfrieden, wenn die Positionen rasch geklärt würden, steht entgegen, dass eine rasche Klärung sorgfältige Vorbereitung und (gerade in emotionalen Belangen) einen Reifeprozess erfordert. Die Klärung liesse sich dann zwar

etwas später, im Ergebnis aber dennoch rascher angehen. Wenn zwar mittlerweile kein Anwalt mehr den Fehler begehen wird, nicht innerhalb der Fristen von Art. 521 und Art. 533 ZGB zu klagen, so ist es doch ein Fehler, dass er innert dieser Frist bereits klagen muss und nicht (analog zu Schadenersatz- und Haftpflichtprozessen) zumindest ein Verjährungsverzicht gültig vereinbart werden kann⁸⁸.

Damit verbunden ist die Frage nach der *Rechtsstellung des Pflichtteilerben*: Seinem *wirtschaftlichen Interesse* wird durch Einräumung eines Wertstatt eines Eigentums- und Mitwirkungsanspruchs Genüge getan⁸⁹. Man wird sich allerdings vor der

86 Entsprechend vernichtend bespr. mit je unterschiedlicher Begründung durch ANDREAS BUCHER, AJP 2008 1585 ff., und BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, *successio* 2009 153 ff., was insofern berechtigt erscheint, als es tatsächlich um ein langjährig gelebtes Familienverhältnis und keinesfalls um einen «Erbenimport» gegangen war (der an die vorne Ziff. 24 mit Anm. 58 f. monierten Grenzen stossen würde). Dass in einer ernstzunehmenden Zeitschrift ein Aufsatz über «Erwachsenenadoption als Instrument der Nachlassplanung» erschienen ist (BECKER NIELS ZEV 2009 25 ff.), gebietet allerdings, die vorne in Ziff. 24 monierten Grenzen individueller Gestaltung anzumahnen: Heutiges Adoptionsrecht ist Schutzvorkehr im Interesse insb. des unmündigen Kindes und nicht im Interesse des gestaltenden und gealterten Erblassers klassisch-römischer Provenienz.

87 Da Grundrechte keinen Verschaffungs-, sondern lediglich einen Nicht-Diskriminierungsanspruch begründen (s. die Hinweise soeben in Anm. 86 und vorne in Anm. 58 f.).

88 Fristen in persönlichkeits sensitiven (und damit auch in erbrechtlichen) Verfahren (welche an lebzeitige Beziehungen anknüpfen: unten Ziff. 59), erfordern eine besondere Betrachtung (s. dazu jüngst MARKUS ROTH, *Die Rechtsgeschäftslehre im demografischen Wandel. Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen*, AcP 2008 451 ff.); BRÜCKNER (a.a.O., Anm. 12, 162 f.) beschreibt das Prinzip des *Verjährungsverzichts* geradezu als Charakterzug des schweizerischen Rechts, von welchem im Erbrecht abzuweichen keinerlei Anlass besteht (dass hier keine Forderung, sondern «nur» eine Gestaltungsklage bestehe, übersieht die Eigenheiten der besonders persönlichkeitsnahen familiären Situation, welcher durch den gesetzlichen Zwang, möglichst rasch auf dem *Klageweg* Klärung herbeizuzwingen, nicht adäquat begegnet wird). Es sei daran erinnert, dass aktuell sowohl über die Praxis zu Art. 256c Abs. 3 ZGB (vgl. AEBI-MÜLLER, ZBJV 2008 103 ff.) wie auch die haftpflichtrechtlichen Verjährungsfristen (07.3763) diskutiert wird: vorprozessuale Hektik und Anspruchspräklusion durch Fristen schaffen nur eine fiktive Rechtssicherheit und jedenfalls nicht per se Qualität.

89 CAROLINE MEYER, *Die Rechtsstellung des teilweise oder vollständig übergangenen Pflichtteilerben* BJM 2008 177 ff.; s. schon REINHOLD RAEMY, *Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität*, Diss. Freiburg 1982. – Umgekehrt laufen Überlegungen in der *österreichischen Reformdiskussion*: BRIGITTA JUD, *Reformbedarf im Erbrecht*, in:

Illusion hüten müssen, dadurch nicht mehr mit dem «schwarzen Schaf» der Familie zusammenarbeiten zu müssen: Zwar kann die Zusammenarbeit in der verbleibenden Erbengemeinschaft vereinfacht sein, doch bleiben insbesondere die Informations- und allenfalls die Ansprüche auf Rechenschaftsablage über wichtige Schritte der Erbengemeinschaft erhalten, da die Kontrollfunktion der Informationsrechte an Bedeutung eher gewinnt.

ABGB 2011, Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform, Wien 2008, 241 ff., 248.

- 90 Medienmitteilung der SKOS vom 5.1.2009; s. zum Thema aus jüngerer Zeit u.a. TH. KOLLER, Die Verwandtenunterstützungspflicht im schweizerischen Recht oder: «Der verlorene Sohn» im Spannungsfeld zwischen Fiskalinteresse und Privatinteresse, FamPra.ch 2007 S. 769 ff.; DERS., BGE 5C.186/2007 21.11.2007, recht 2008 S. 159 ff.; JUDITH WEBER, BGE 133 III 507, successio 2008 168 ff., CHK-BREITSCHMID/VETSCH, Art. 328/329 N 2, 14, 16 f., je aus leicht unterschiedlicher Perspektive; der Schritt der SKOS macht m.E. Sinn: Unterstützungspflichtige können kaum auf ein Erbe hoffen, doch kann Erben keine Privat-Einbahnstrasse mit Gegenverkehr nur auf der Sozialversicherungsspur sein. Auf den «Zusammenhang von Erbrecht und Unterstützungspflicht der Verwandten» hatte bereits EUGEN HUBER (a.a.O., Anm. 75, S. 18) hingewiesen, der daraus eine Erbschaftssteuer bzw. ein Erbrecht des Gemeinwesens abgeleitet hatte: «Die erbberechtigten Blutsverwandten sollen also gewissermassen durch den Anspruch des mit ihnen konkurrierenden Gemeinwesens sich von ihrer eigenen, eigentlich im Erbverhältnis begründeten Pflicht loskaufen, oder also Unterstützungspflicht und Erbrecht des Gemeinwesens sollen sich wechselseitig ergänzen.»
- 91 Der Umfang des adäquaten Unterhalts variiert nicht nur nach privatautonomer Lebensgestaltung, sondern auch objektiv nach Selbstversorgungskapazität, Alter, konkreter Familiensituation, gesundheitlicher Verfassung und alternativen Unterhaltsquellen; s. dazu wiederum Art. 125 Abs. 2 ZGB, insb. Ziff. 4, 5, 6, 8.
- 92 Anders als bei Art. 126 Abs. 2 ZGB kann dort, wo erbrechtlich zu verteilen ist, fast regelmässig (Ausnahme: Stundungssituationen, dazu Ziff. 48) eine kapitalisierte «Rente» ausgerichtet (und damit dem erbrechtstypischen «Entflechtungsprinzip» Genüge getan werden); die typischen Problemkonstellationen bei Nutzniessung lassen es nicht geraten erscheinen, über die Nutzniessung des überlebenden Ehegatten hinaus weitere solche Konstellationen anzuregen.
- 93 Die Gesetzgebung kann nur ein beschränktes Spektrum von «Normalfällen» mit adäquatem Aufwand erfassen, und orientiert sich – maliziös formuliert – etwas an der stabilen «Beamtenehe» mit den statistisch weniger als zwei Kindern, die – durchaus unmaliziös formuliert – auch nach Abschaffung des Beamtenstatus ein bei «Lohnausweisungsempfängern» statistisch weiterhin bedeutendes Modell ist.

3. Umfang erbrechtlicher Beteiligung (quantitative Kriterien)

34 Ob man national oder international die (erb-) rechtlichen Beteiligungsquoten von gesetzlichen oder gar Pflichterben betrachtet, hat man immer von einer am kaufkraftgewichteten Nettovermögenszufluss (nach Steuern, unter Einbezug versicherungs- und vorsorgerechtlicher Ansprüche sowie gegebenenfalls ehgüterrechtlichem Gesamtzufluss) auszugehen. Erbrecht knüpft historisch und auch in der gesetzgeberischen Vorstellung (auch des schweizerischen Revisionsgesetzgebers von 1984/1987 bezüglich des Ehwirkungs-, Güterrechts und der Anpassung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten) an die Versorgungs-/Unterhaltssicherungsfunktion der mit dem Erblasser in gemeinsamem Haushalt lebenden, von ihm wirtschaftlich abhängigen oder familiär eng verbundenen Personen an (nur schwach ausgebildet bezüglich des «Dreissigsten»: Art. 606 ZGB korreliert eigentümlich mit heutigen Vorstellungen über Kündigungs- und Erstreckungsfristen).

35 Der gebührende Unterhalt bzw. der «durchschnittliche Lebensstandard» ist nach schweizerischem Verständnis nicht ein gesetzlich klar umrissener, tabellarischer, sondern ein individueller Ausprägung zugänglicher familienrechtlicher, meist an Statusbeziehungen anknüpfender (Ermessens-; Art. 4 ZGB) Begriff (s. Art. 163, 276, 285 ZGB). Er ist auch sozialpolitisch nicht tarifarisch festgelegt (im Sinne des Existenzminimums oder eines Zuschlags dazu), sondern durch die gegebene Vermögenssituation einerseits und den konkret gelebten Lebensstandard andererseits individuell bestimmt. Er ist allerdings sogar Ausgangsgrösse für einen nahehelichen Unterhalt nach Scheidung einer Ehe (Art. 125 ZGB, insb. Abs. 2 Ziff. 3 und 5) und insofern nicht rein statusbezogen. Ein Trend auf Objektivierung ist allerdings feststellbar: zwangsläufig in der steuerlichen Diskussion, und aktuell auch in den SKOS-Richtlinien, welche bezüglich der Verwandtenunterstützung den Begriff der «günstigen Verhältnisse» (Art. 328 ZGB) betraglich so konkretisieren, dass die Unterstützungspflicht nur mehr bei Personen abgeklärt werden soll, welche ein steuerbares Einkommen von Fr. 120000 (Einzelpersonen) bzw. Fr. 180000 (Ehepaare) erzielen⁹⁰. Lebzeitiger Unterhalt und Unterhaltssicherung post mortem sind zumindest konnex⁹¹. Mit Bezug auf das quantitative Element wäre zu überlegen, wem in welchen Situationen allenfalls nur Unterhalts(ergänzung) als Rente bzw. Kapital und wem Eigentum zustehen soll⁹². Besonders die unter- und überdurchschnittlichen Nachlässe⁹³ bleiben aber Problemzonen: Einesteils ist der Aufwand für eine kontroverse Erb-



teilung beim Tod des erstversterbenden Ehegatten bei *kleineren Nachlässen* überproportional (wenn nicht ruinös), weshalb ein Alleinerbrecht des Überlebenden erwogen werden könnte (dazu nun zuletzt neben der bekannten englischen die neue dänische Lösung, Ziff. 29); das zieht allerdings Bewertungsfragen nach sich und schafft unterschiedliches Recht nach Vermögenskategorien, was einige Widerstände erzeugen dürfte. Differenzierung wäre auch *am andern Ende des Spektrums* zu diskutieren: ob gleiche Pflichtteilsquoten auch in acht- oder höherstelligen Nachlässen Unterhaltssicherungsfunktion haben, lässt sich füglich bezweifeln (s. oben Ziff. 29).

36 Überlegungen zum Umfang des Nachkommen-erb- bzw. -pflichtteils:

(i) *Verfügungsfreiheit* (erbrechtlich und auch «konsumbezogen») macht vorbehaltlos Sinn für selbst erarbeitete Mittel («Errungenschaft»); eher wäre «ererbter Lebensgenuss» («Eigentum») auch ohne nacherbschaftliche Bindung moralisch als Startkapital auch nächsten Generationen geschuldet. Dies lässt sich natürlich gesetzgeberisch nicht umsetzen, ohne nicht in endlose Verkomplizierungen zu geraten, vor denen bereits das Güterrecht (dem die Begriffe erkenntlich entliehen sind) nicht gefeit ist. Es mag in Erinnerung gerufen werden, dass Grosseltern ihren Enkeln oft näher stehen als den eigenen Kindern, und durchaus gewillt sind, ihnen «etwas» («öppis»!) zuzuhalten, ohne dass deshalb leichtthin gesetzgeberisch-zwingend ein Enkelerbrecht zu statuieren ist, welches in unzählige Differenzierungen nach schon vorhandenen/noch nicht vorhandenen Enkeln und ihren Alters- und Bedürfnisstufen zu gliedern wäre. Natürlich wäre wünschenswert, die breitere demografische Spanne nach Möglichkeit zu überbrücken; in diesem Sinne wäre stärker auch die Beratung gefordert⁹⁴.

(ii) Was die *Quote* ausgewogener Berechtigung von Nachkommen am «Familienschatz» betrifft, ist wiederum primär an die Unterhaltssicherungs- (Art. 276 f. ZGB; 125/163 ff. ZGB), aber auch an die Ausstattungsfunktion (Art. 626 ff. ZGB) des Erbrechts zu denken. Ausgehend von Immobilienpreisen in städtischen Agglomerationen (eine regionale Differenzierung des Erbrechts wird – nach Abschaffung der «Geschwisterdifferenzierungen» per 31.12.1987 – sinnvollerweise von niemandem mehr vertreten, obwohl ein aus objektiven Gründen unterschiedlicher Bedarf als sachliches Kriterium im Sinne von Art. 611 Abs. 2 ZGB erscheint) und dem Umstand, dass bei heutigen Ansprüchen an Lebenshaltung, -gestaltung und (obligatorischer) Vorsorge auch in besseren Einkommensverhältnissen die Sparquote zumindest während der Familien-/Ausbildungsphase gering ist, ermöglichen Be-

träge in der Grössenordnung des neuen dänischen Rechts⁹⁵ kaum mehr substanzielles Eigenkapital für Wohnraumerwerb. Das ist dann störend, wenn an sich höhere Mittel verfügbar wären (selbstverständlich sprechen diese Überlegungen nicht gegen eine «Pflichtteilkontingenzierung» [oben Ziff. 29], sondern sollen nur signalisieren, dass über «Zahlen» noch diskutiert werden wird). – Unweigerlich wird der *Pflichtteils*-Anteil von Nachkommen noch zu Diskussion Anlass geben; während in Deutschland nach dem noch geltenden Originalwortlaut von § 2303 BGB Pflichtteilsansprüche generell die *Hälfte* des gesetzlichen Anteils betragen, beläuft sich die Quote für Nachkommen in der Schweiz nach wie vor noch auf *drei Viertel*. Änderungen wären vorstellbar: Entweder (a) als pauschale Reduktion, (b) als Reduktion ab einer bestimmten Nachlasshöhe, (c) als Reduktion dort, wo Nachkommen schon neben dem überlebenden (leiblichen oder sozialpsychischen) Elternteil erben, während die Quote höher wäre (analog der heutigen Ordnung des Ehegattenpflichtteils), wenn nicht mit einer elterlichen Bezugsperson konkurriert würde.

(iii) Zentral ist der *Begriff der Nachkommen*: Zwar hat das Interesse an Kenntnis über die eigene Abstammung gerade in Zeiten multipler Beziehungen zu den erwachsenen Personen im Umfeld der

94 Ein Enkelerbrecht im Sinne der dazumaligen parlamentarischen Initiative Fetz/Janiak (vorne Ziff. 27) war abzulehnen, weil nicht nach dem intergenerationellen Bedarf und dem spezifischen Bedarf der Enkel differenziert worden war. Das soll nicht ausschliessen, die Frage vertieft anzugehen: Ob Enkel nicht dann als gesetzliche und allenfalls gar pflichtteilsgeschützte Erben in Betracht kommen könnten, wenn sie selbst unterhaltspflichtig sind (oder Betreuungsleistungen erbringen) und der Nachlass einen gewissen Schwellenwert übersteigt, liesse sich ernsthaft diskutieren; auch im Erbrecht gilt, dass nicht nach dem «Giesskannenprinzip» flächendeckend, sondern bedarfsbezogen verteilt werden sollte. Dies könnte Anlass sein, ab gewissen betragslichen Limiten ein solches Enkelerbrecht als Pflichtteilsquote innerhalb der (gesamthaft unveränderten) Nachkommenpflichtquote zu statuieren (im Sinne einer «gesetzgeberisch erzwungenen» *mejora*).

95 S. vorne Ziff. 29 mit Anm. 74; die Diskussion kann nicht in diesem Rahmen geführt werden, doch sind die unterschiedlichen Modelle wie die *gerichtliche Bestimmung* des Umfangs der *family provision* durch Gerichte in Australien je nach *Bedarfslage* (z.B. nebst Gatten und Kindern auch zugunsten von Enkeln und geschiedener Gatten: GLOMB ZEV 2004 371 ff., 373) und *betragliche Grenzen* (z.B. die «Geringfügigkeitsgrenze» des österreichischen Schenkungsmeldegesetzes von € 50 000 unter Angehörigen pro Jahr (GAHLEITNER/FUGGER, ZEV 2008 405 ff., 406) zu evaluieren. Die schottische Law Commission schlägt aktuell einen *Ehegattenvoraus* von £ 300 000 vor.

Elterngeneration zugenommen (und auch die Verfügbarkeit dieses Wissens), doch ist das gesetzliche Erbrecht (und weitgehend auch das Schenkungs- und Erbschaftssteuerrecht) rein status-fixiert. Und so mag auch überlegt werden, ob unter dem Gesichtspunkt relativer Gleichbehandlung von Halbgeschwistern kumulative Begünstigung aus mehreren Kind-/Elternbeziehungen opportun sei; dass man sich (rechtsgeschäftsplanerisch) diese Frage zu stellen hat, impliziert allerdings nicht eine bestimmte Antwort, da Ungleichbehandlung (nach konkreten Bedürfnissen⁹⁶ und/oder insbesondere auch Sympathie) im Rahmen der verfügbaren Quote geradezu beziehungs- und damit auch erbrechtstypisch ist. Zumindest gegenüber noch in Ausbildung befindlichen und nachweisbar von Stiefeltern unterstützten *Stiefkindern* wäre allerdings sogar eine *gesetzliche Beteiligung* (in reduziertem Umfang, nach Kriterien, wie sie etwa dem nahehelichen Unterhalt zugrunde liegen: oben Ziff. 35) zu überlegen, in jedem

Falle aber jegliche steuerliche Diskriminierung des fehlenden Status zu beseitigen.

37 Vermögensrechtliche Ansprüche aus lebzeitigen Beziehungen

(i) *Instrumente der Gatten-/Partnerbegünstigung*: Auf die «Transportmittel» des erblasserischen Willens wird hinten (Ziff. 44) zurückzukommen sein. Die Wahl des «Transportmittels» hat allerdings ihrerseits schon gestalterische Wirkung:

- Testament (widerruflich/anpassungsbedürftig)
- Erbvertrag (Aufklärungspflicht/Disclaimer bezüglich Bindungswirkung: unwiderruflich trotz prinzipiell gleichem emotional und biografisch bedingtem Anpassungsbedarf wie typischerweise beim Testament; Unabhängigkeit des privaten Notariats? Qualität der notariellen Beratung in allen «Preis-/Vermögensklassen»?)
- Gesetzliche Beteiligung (Art. 462 ZGB i.V.m. Ehegüterrecht/auch ausserhalb der Staturehe?)
- Tertium? (andere Formen/andere Quellen: etwa gegenüber Vorsorgeeinrichtungen; VVG)

(ii) *Beteiligte*: Die Frage, ob neben Ehegattin/Ehegatte und überlebendem/r Partner/in einer eingetragenen Partnerschaft allenfalls weitere (nämlich *Nicht-Status-Partner*) aus (gesetzlichem) Erbrecht beteiligt werden sollen, wird sich unweigerlich stellen:

- Status-Gatten-/Partner
- *Nicht-Status Partner* (Konkubinate, Geschwister, Wohngemeinschaften? Unproblematisch bez. gewillkürter Begünstigung; heikel bez. gesetzlicher Begünstigung aus faktischem Verhältnis/Kriterien? Denkbar allerdings – dem *Versorgungsgedanken* folgend – Anlehnung an *vorsorgerechtliche* Kriterien, da letztlich die wirtschaftliche Gesamtversorgung unabhängig vom Rechtsgrund der fließenden Leistungen entscheidend ist (die neuere Gesetzgebung gebietet allerdings zunehmend und weitestgehend problemlos, auf dauernde Lebensgemeinschaften Rücksicht zu nehmen, so z.B. Art. 8 Abs. 1 lit. a BGG oder Art. 378 ZGB-ES).

Koordination mit/Vorrang von Statusbeziehungen? Originell und durchaus auch in der nördlichen Hemisphäre praktikabel z.B. das *proportionale Abstellen auf die zusammen verbrachte Zeit* nach Art. 11 Abs. 2 des uruguayischen Gesetzes Nr. 18.246 vom 27.12.2007 über das Konkubinat⁹⁷.

- *Ehemalige Status-Beziehungen* (vgl. Art. 130 ZGB)⁹⁸? (s. sogleich Ziff. 38)

(iii) *Umfang/Richtgrößen*:

- Gesetzliche Beteiligung (Kriterien: Versorgungsfunktion – gewisse Analogien zu Art. 125 ZGB und Art. 215 f. ZGB, z.B. Beziehungsdauer, Bei-

96 Bei migrierender Biografie der Erblassergeneration liesse sich m.E. durchaus vertreten, auf unterschiedliche Kaufkraft-/Bedarfssituation nach Wohnsitz der Erben abzustellen (die Frage gesetzgeberisch zu thematisieren, wäre anspruchsvoll: es geht nicht um Ausländerdiskriminierung – wie das bei Genugtuungsreduktion gegenüber ausländischen Opfern angemahnt wird –, sondern um eine der Bedarfssituation folgende qualitative statt bloss quantitativer Gleichbehandlung).

97 Nachdem mittlerweile alle relevanten Länder gleichgeschlechtliche Partnerschaften (in zwar unterschiedlicher Ausprägung, aber doch im Grundsatz) gesetzgeberisch in Betracht ziehen, folgen nun (mit wohl gleicher Zwangsläufigkeit und begleitet von gleichen Widerständen) die Nicht-Status-Gemeinschaften (mittlerweile unabhängig davon, ob gleich- oder gegengeschlechtlich bzw. enge [Versorgungs-]Gemeinschaften ohne geschlechtliche Komponente: käme es darauf an, wäre Erbrecht die Prämie für Fruchtbarkeit: für die vorsorgerechtliche Begünstigung im Rahmen der überobligatorischen beruflichen Vorsorge hat BGE 9C_874/2007, 20.8.2008, ein gleichgeschlechtliches «Konkubinat» denn auch – zu Recht – genügen lassen, s. Bem. FESSLER ZBJV 2008 978). – Gesetzgeberisch sind Nicht-Status-Partnerschaften derzeit erfasst von Australien (GLOMB, ZEV 2004 371 ff., 2009 183 f.) über zahlreiche süd- und mittelamerikanische bis zu den nordischen Staaten (zur aktuellen Revision in Norwegen RING/OLSEN-RING, ZEV 2008 430), den Niederlanden und Belgien (zu den beiden letzteren PINTENS, FamRZ 2000 69 ff., allg.: Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Hrsg. Jens M. Scherpe/Nadja Yassari, Tübingen 2005).

98 Soweit ich sehe, ist das Thema in der Schweiz noch kaum diskutiert; dass allerdings die deutsche Erbschaftssteuer-gesetzgebung (welche ja bekanntlich «Fluchtgrund» darstellen soll) geschiedene Ehegatten von der Steuerpflicht ausnimmt, besagt Einiges.



träge nach Art. 163–165 ZGB, Bedarfslage/Un-
gleichgewichtslagen, insb. Betreuungsaufgaben/
Karriereverzicht zugunsten der Beziehung usf.)

- Individuelle Begünstigung (im Sinne optimaler,
situationsbezogener Gewichtung der Interessen
allfälliger Mitbeteiligter: Perspektiven der Gene-
rationenabfolge/Alters- vs. Ausbildungs-, Wohn-
raum- usw. -finanzierung)

38 *Exkurs* – zur Frage eines *Geschiedenen-* bzw.
der *Strukturen eines Patchwork-Erbrechts*: Löst
man sich von der Status-Bindung und stellt die Un-
terhaltssicherung in den Vordergrund, lassen sich
grundsätzlich weitere Fragen diskutieren. Dass die
Ehe durch Tod oder Scheidung aufgelöst wird, er-
gibt sich aus allgemeinem Wissen und der güter-
rechtlichen Ordnung (Art. 204 ZGB), bezüglich des
Todes indirekt auch aus den weiteren Bestimmun-
gen des ZGB, welche diesen zum Gegenstand ha-
ben (Art. 31, 462, 537 ZGB). Scheidung lässt jene
Wirkungen beim Tod des (Ex-)Gatten entfallen,
welche die Qualifikation der Beziehung als Ehe
vorausgesetzt hätten (Art. 120 Abs. 2 ZGB). Doch
auch die unterhaltsrechtlichen Wirkungen der
Scheidung entfallen (nach der gesetzlichen Vermu-
tung: Art. 130 Abs. 1 ZGB) mit dem Tod des Pflich-
tigen (die Verpflichtung entfällt auch mit dem Tod
des Berechtigten, was indes nicht systemwidrig ist,
da Abhängige [gemeinsame Kinder] i.d.R. direkte
Erbenstellung haben [Achtung bez. Stiefkindern!
S. soeben Ziff. 36/iii]). Immerhin kann aber der
Wegfall einer subtil austarierten nahehelichen Un-
terhaltslösung beim Tod des Pflichtigen zu erheb-
lichen Einbussen führen, und es ist ohne Zweifel zu-
lässig (und in gewissen Situationen zweckmässig),
das quantitativ begrenzte Überdauern von nahe-
helichen Unterhaltsleistungen über den Tod des
Pflichtigen hinaus vorzusehen⁹⁹. Die *Versorgung-*
funktion des (Ehegatten-) Erbrechts besteht für so
lange bzw. in jenem Umfang, wie nahehelicher Un-
terhalt (insb. zur Abgeltung von Betreuungsaufga-
ben) geschuldet ist (immerhin ist zu beachten, dass
diese Funktion weitestgehend durch die Sozialver-
sicherungen übernommen wurde); die *Versorgung-*
funktion wird ergänzt durch die *Beteiligungsabgel-*
tung, der aber primär der güterrechtliche Anspruch
dient – etwas anderes (nämlich eine Eigengutsbetei-
ligung, die über den Rahmen der kapitalisierten Un-
terhaltssicherung nach Art. 125 ZGB hinausgehen
würde) wäre selbstverständlich nicht diskutierbar.

Es stellt sich schliesslich in diesem Zusammen-
hang aber auch die Frage, ob das Ehegattenerbrecht
nicht hauptsächlich auf der gesetzlichen Vermutung
eines blutsverwandschafts-äquivalenten Nahever-
hältnisses stehen sollte. Dann aber müsste der Ge-
setzgeber auch «Entkräftungen» dieser Vermutung

zulassen, beispielsweise bei *Getrenntleben* ohne Un-
terstützungsgemeinschaft (vgl. § 1933 BGB). Sol-
che scheidungsspezifische erbrechtliche Betrach-
tung geht allerdings der gesetzlichen Ordnung noch
gänzlich ab – es kann sich deshalb lohnen, die Be-
zugspunkte partnerschaftlicher Schönwetter- und
Krisenordnung zu erfragen, die sich alsdann aber
nicht bloss auf die krisenbezogene Destabilisierung
der Status-Ordnung beschränken kann, sondern die
stabile Nicht-Status-Ordnung nicht gänzlich aus den
Augen verlieren darf, da auch sie in manchem Falle
faktische Unterhaltsgemeinschaft mit gleicherma-
sen lebensprägender Wirkung ist, wie der aufgelö-
sten Statusbeziehung deren Fehlen attestiert wird –
das Thema wird mit (weiterer) Destabilisierung des
Status unvermeidlich werden, ohne dass deshalb der
bestehende Status destabilisiert werden soll. Dass
biografische Beziehungskonkurrenzen häufiger auf-
treten, kann nicht einfach negiert werden, sondern
zwingt, sich dem Thema zu stellen, allerdings auch
durch *individuelle* Vorkehrungen¹⁰⁰.

4. Testierfähigkeit

39 Die statistische Bedeutung testamentarischer
Ordnung erscheint auf den ersten Blick nicht über-
ragend. In den meisten Fällen handelt es sich bei in-
dividuellen Äusserungen zudem nicht um «Gesamt-
regelungen» in Abweichung von der gesetzlichen
Ordnung, sondern eher um punktuelle Ergänzun-
gen und Verfeinerungen. Wenn sich die *Urteilsfähig-*
keit nach der Fähigkeit zur Beurteilung der konkret
infrage stehenden Handlung richtet, sind mithin
dem konkreten Fall adäquate und nicht pauschal
besonders hohe Ansprüche zu stellen: Es geht nicht
darum, das gesetzliche Erbrecht vor Willensimpul-
sen zu schützen, sondern den Erblasser zu schützen,

99 Botschaft Scheidungsrevision, BBl 1996, 121.

100 Die Konkurrenz mehrerer Beziehungen soll sinnvoller-
weise nicht moralisch-wertend angegangen werden (da
die Diskussion um *Beziehungsqualität* zwangsläufig ein
eher «schmutziges» Verfahren fördert), sondern in *quan-*
titativer Abwägung (löst die Beziehung nach Zeit und
Bedarf vorsorgerechtliche Ansprüche aus? Bestehen ge-
meinsame Unterhaltsverpflichtungen?). Treffen die Kri-
terien auf mehrere Beziehungen zu, so ist die Relation
der Beziehungsdauer auch hier (s. Ziff. 37/ii bei Anm. 81)
sinnvolles Mass. Dass *individuelle* Reflexion (und damit
zwangsläufig ein Trend zu Individualisierung; Ziff. 19,
25) unvermeidlich ist, zeigt die Entwicklung in Frank-
reich und Italien, wo die Öffnung traditionell erbver-
tragsfeindlicher Ordnungen als «misura adatta alle fa-
miglie ricomposte» deklariert wird (ANDREA FUSARO,
L'espansione dell'autonomia privata in ambito successo-
rio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani, in:
Contratto e impresa/Europa, 2009/1 427 ff., 446).

damit nur sein schützenswerter Wille sich durchsetzen kann – nicht als die (objektiv) bessere, sondern als die ihm (subjektiv) sympathischere Lösung.

Immerhin verdienen die statistisch zwar nicht besonders zahlreichen, indes für den konkreten Nachlass dann doch prägenden und zumeist nicht bloss geringfügige Nachlässe betreffenden «Gesamtkon-

zeptionen» vertiefte Aufmerksamkeit – naheliegenderweise werden sich unlautere Beeinflussungsbestrebungen eher auf «lukrative» Erblasserinnen und Erblasser konzentrieren. Die zunehmenden Diskussionen um die Testierfähigkeit sind allerdings wohl weniger Ausdruck gehäufte¹⁰¹ unlauterer Einflussnahme als Reflexwirkung der erhöhten Lebenserwartung und Vereinsamung als Folge heutiger Lebensformen (Single-Biografie bzw. gescheiterte familiäre Beziehungen bzw. altersbedingte Vereinsamung Hochbetagter) mit vermehrtem Anpassungsbedarf gerade auch in Phasen höheren Alters bzw. reduzierter Urteilsfähigkeit. Jegliche gesetzgeberische Intervention in diesem Bereich riskiert allerdings *Altersdiskriminierung* und *Sympathiekontrolle*: Sind ältere und auch hochbetagte Menschen nicht mehr im Stande, ihre Sympathien und Gefühle zu kontrollieren? Sind «Jüngere» dazu wirklich besser in der Lage, oder ist nicht gerade Emotion und Sympathie ein Bereich, der sich einer strikt rational nachvollzogenen Überprüfung durch Dritte entzieht und jedenfalls eine gewisse Grosszügigkeit im Gewährenlassen erfordert? Ich möchte die Thematik nicht durch weiteren Text an dieser Stelle bearbeiten, sondern verweise auf zwei Urteilsbesprechungen¹⁰² – das Thema wird aktuell bleiben, da durchaus Dämme gegen gierige Dunstkreise zu ziehen sind, aber doch jeder Einzelfall gelassen (insbesondere gegenüber Medienkampagnen von hüben wie drüben) anzugehen ist, da scheinbar eigentümliche Windungen von Sympathie auch etwas zutiefst Privates in sich tragen.

5. Inhaltliche Gestaltung – Auslegung

40 Weiterhin werden Erbeinsetzungen und Vermächtnisse erfolgen, Beteiligte direkt oder als Nachbegünstigte eingesetzt, Stiftungen errichtet werden. Die Struktur dürfte einigermassen unverändert bleiben, und ob Art. 482 Abs. 4 ZGB noch um einen neuen fünften Absatz oder im Text selbst um die Sorge für die erblasserischen Haus- und Gartenpflanzen ergänzt wird, ist nicht erbrechtliches Kernthema. Das Anliegen soll aber auch nicht kariert werden: Erblasserische Anordnungen, welche die weitere Verfolgung der persönlichen Anliegen bezwecken, sind Teil der generationenübergreifenden Solidarität und verdienen gebührenden Respekt¹⁰³, so wie die inhaltlichen Anordnungen der Erblassergeneration von Respekt gegenüber der Verantwortung der neuen Eigentümer alter Werte getragen werden sollen. Dieser wechselseitige Respekt erlahmt aber in durchschnittlichen Verhältnissen doch im *Zeitverlauf* – ähnlich, wie auch das persönlichkeitsrechtliche *Andenken naturgemäss allmählich verblasst*. Dieses Phänomen erschwert

101 Es sei daran erinnert, dass bereits unter zürcherischem PGB das öffentliche Institutionen begünstigende Testament des am 15. Juli 1890 verstorbenen GOTTFRIED KELLER der Anfechtung eines Angehörigen der grosselterlichen Parentel ausgesetzt war; nur Nebenargument war, dass dem Willensvollstrecker, der zugleich Mitglied des Senats der begünstigten Zürcher Universität war, eine Uhr zugehalten wurde (die man als Honorar qualifizieren konnte), als dass die geistige Gesundheit Kellers angezweifelt wurde («Schwund von Gehirn und Rückenmark»), worüber dann über 50 Zeugen zu vernehmen waren ... – Bemerkenswert am Fall war (nebst manchen andern Parallelitäten zu zeitgenössischen Diskussionen), dass der Kläger (Arzt und Herausgeber einer Zeitung im Raum Bülach) sich der Medien bediente, um prozessbegleitend die öffentliche Diskussion in seinem Sinne zu steuern – wenn auch letztlich erfolglos: S. zum ganzen den Aulavortrag von GOTTFRIED WEISS, Der Prozess um das Testament von Gottfried Keller, NZZ 27.3.1955, Nr. 793 S. 16.

102 S. meine Bem. in Successio 2007 50 ff. zu BGE 132 III 305/315 (s. vorne Anm. 6); successio 2008 70 ff. zu BGE 133 I 259. – Die im Anschluss an die «causa Stauffacher» betriebene Gesetzesnovelle zur Verhinderung erbrechtlicher Zuwendungen an Vertrauenspersonen ist gescheitert (AB 2009 58 ff., vorne Ziff. 27); dies zu Recht, da Vertrauenspersonen die *würdigsten* Erben sind: Aufmerksamkeit ist selbstverständlich weiterhin (und im Zuge der demografischen Entwicklung wohl zunehmend mehr) darauf zu legen, ob das *Vertrauensverhältnis* von einem Begünstigten in unlauterer Weise *ausgenützt* bzw. die Urteilsfähigkeit durch übermässiges, ungerechtfertigtes Vertrauen beeinträchtigt gewesen sei. Aber die Vorstellung, immer dort gesetzgeberisch intervenieren zu müssen, wo Vertrauen Grundlage einer Zuwendung bildet, würde manche Bereiche der Rechtsordnung lahmlegen: Vertrauen ist die Grundlage von Beziehungen, vertraglichen, familiären, Jugendfreundschaften und Betreuung im Alter. Zu erinnern ist daran, dass bereits in den frühneuzeitlichen Stadterbrechten die Behörden über die Testamente (Gesunder) zu befinden hatten, und im Zug der Emanzipation und *Nicht-Diskriminierung Behinderter* sind Lösungen in Entwicklung, welche die (nachlass-)gerichtliche begleitete Testamentserrichtung durch grundsätzlich Testierunfähige ermöglichen sollen (KOBAS, Australien: Reform des Erbrechts in New South Wales, ZEV 2008 216).

103 Es handelt sich hier um einen Aspekt der vorne in Ziff. 19 (bez. übertriebener Individualität) und Ziff. 25 (bez. Selbstverliebtheit) behandelten Thematik: Weder «Glück» im Sterben noch das Glück der Erben lässt sich gestalterisch erzwingen, sondern nur gelassen erwarten bzw. respektvoll gestalten.



gleichermaßen die Auslegung über längere Zeiträume hinweg: Die *demografische Entwicklung* (Lebenserwartung) führt dazu, dass eine ursprünglich reflektierte Planung ohne weiteres noch über zwei bis drei Jahrzehnte (und damit eine ganze Generation hinweg) «dahinschlummert», altersbedingt kaum mehr nachgeführt wird (was zwar falsch, für durchschnittliche, Beraterisch nicht intensiv begleitete oder Demenz-Situationen aber typisch ist) und im Zeitpunkt der Umsetzung entweder Lücken und/oder Widersprüche aufweist. Die *Typizität dieser Unzulänglichkeit* erfordert, insbesondere Prognoserisiken bei langlaufenden Anordnungen angemessen zu berücksichtigen: *Das auf die Zukunft bezogene Testament ist in jener Zukunft, auf die es sich bezieht, angemessen zu handhaben und entsprechend auszulegen.*

41 Die inhaltliche Gestaltung setzt Planungsziele voraus. In der Planung lebt das Erbrecht¹⁰⁴ – und teilweise leben ErbrechtlerInnen von Planungsfehlern. Zumindest wäre die Auslegung nicht von der Bedeutung, wenn die Planung perfekt (bzw. der weitere Lebensverlauf perfekt mit der Planung harmonierend) wäre. BGE 133 III 406¹⁰⁵ handelt das Thema einmal mehr ab. Die Probleme um die Auslegung lassen sich kaum durch einen gesetzgeberischen Geniestreich lösen, und auch gerichtliche Entscheide werden stets umstritten bleiben. Persönlich bleibe ich dabei, dass schon der Begriff der Auslegung einschliesst, von einem gegebenen Text auszugehen, diesen aber (da unvollkommen) zwangsläufig als (blossen) Ausgangspunkt *weiterführender* Überlegungen zu betrachten. Auslegung ist mithin ein (notwendig in den Köpfen der Auslegenden stattfindender) aktiver, gestaltender Vorgang, der sich selbstverständlich an der erblasserischen Vorstellungswelt zu orientieren, deren Unzulänglichkeit aber zu bedenken hat. Nicht-Denken wäre hingegen (auch hier) Rechtsverweigerung aus formalistischen Gründen – medizinisch gesprochen «Behandlungsverweigerung» in pathologischer Situation. Öfter lässt sich zudem beobachten, dass professionelle (bisweilen nur: kommerzielle, s. Ziff. 22) Beratung durchaus nicht immer Klarheit schafft¹⁰⁶, weshalb dem Laien nicht vorgeworfen werden darf, er hätte sich durch Do-it-yourself-Vorgehen zu wenig ernsthaft bemüht.

Planung ist Optimierung von Abläufen, die an sich gesetzlich zwingend sind (Universalsukzession der gesetzlichen Erben, Haftung, usw.). Zu bedenken sind also die typischen Stolperstellen, etwa die Konflikte um die Verwaltung und Teilung des Nachlasses bzw. die zeitlichen Dimensionen (und «Stillstandschäden») bei blockierter Abwicklung. Hier sind von der Beratung die Möglichkeiten des Ver-

mächtnisrechts bzw. des gezielten Einsatzes von Vermächtnislösungen noch nicht ausgeschöpft. Ob aber nicht auch gesetzgeberisch statt oder neben Pflichtteils- und Quotendiskussionen gesetzliche Vorausvermächtnisse für überlebende Ehegatten und in Ausbildung befindliche Kinder zu erwägen wären? Gewisse Lockerungen des Pflichtteils- (Ziff. 34 ff.) oder Teilungsrechts (Ziff. 48) könnten solche (Versorgungs-/Unterhaltssicherungs- statt Diskriminierungs-) Lösungen erleichtern, ohne dass aber eine (gesetzlich bzw. im Rahmen prozessbegleitender gerichtlicher Massnahmen vorgesehene) *Beteiligung an den Erträgen des Nachlasses* oder gar *Abschlagszahlungen* eine Abweichung vom System des geltenden Erbrechts bedeuten würden.

42 Manche planerische Extravaganz ist weniger Ausdruck lebzeitiger Neigung zu Risikosportarten als steuerlich motiviertes Ausweichgeschäft¹⁰⁷. Das erbrechtliche Kernthema – nämlich die kontinuierliche Unterhalts- und eine gewisse Wohlstandssicherung für kommende Generationen – ist längst nicht mehr ausschliesslich erbrechtliches Kernthema, sondern koordinationsbedürftiges Meliorationsgebiet an der Grenze von Zivil-, Sozialversicherungs-, beruflichem Vorsorge-, Steuer- und letztlich auch Haftpflichtrecht. Dass sich kantonales Sozialhilfe- und Steuerrecht an zivilrechtlichen Wertungen reiben, macht die Sache nicht einfacher: Das Problem ist nicht die Existenz einer Erbschaftssteuer oder deren Höhe, sondern dass kantonale Partikularismen die zivilrechtliche Testierfreiheit in ganz massgeblicher Art tangieren, die nach meinem (verfassungsrechtlich natürlich unmassgeblichen) Empfinden in Konkubinatsbeziehungen die Grenze zur konfiskatorischen Besteuerung klar übersteigen: Dass ein lebenspägendes Konkubinats im Kanton Schwyz steuerfrei, andernorts aber mit einem 50% übersteigenden Satz fiskalisch belastet wird, ist weder mit

104 G. LANGENFELD, In der Testamentsgestaltung lebt das Erbrecht, ZEV 2007 453 ff.; s. auch DERS., Testamentsgestaltung angesichts des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit, successio 2009 85 ff.

105 Mit umfassender Besprechung durch EITEL in successio 2008 231 ff.

106 Nicht einmal auf der bloss formalen Ebene: dazu die Peinlichkeit des «Genfer Privatbanquier-Falls» in BGE 131 III 601.

107 Man vergleiche vorne bei Anm. 37 das Zitat von MAX WEBER: Eine steuersparende Gestaltung ist legal, eine nicht-steueroptimierte Beratung ist Haftungsfall, ebenso aber eine steuerlich «frisierter» (s. dazu zuletzt etwa BGE 134 III 59, 128 III 22, 124 III 423 usw.): Beraterisches Ziel ist *Minimierung der Belastung*, aber *nicht Maximierung der Gier* (dazu Ziff. 12).

der Eigentums-/Testierfreiheit zu vereinbaren noch sachlich irgendwie zu rechtfertigen.

43 Dass andererseits Wohltätigkeit (hinten Ziff. 51 f.) jeglicher Stossrichtung mit Steuerfreiheit prämiert wird, lässt auch eher exotische Pflänzchen spriessen, die ausserhalb dieses spezifisch steuerlichen Biotops im Grunde nicht existenztauglich sind. Weshalb erblasserische Wohltätigkeit förderungswürdiger (nämlich steuerfrei) ist, Spendentätigkeit des Erben im Zuge seines Erbanfalls dagegen nicht, bleibt das Geheimnis einer Steuergesetzgebung, die zwar eine Amnestie für Steueründer erwägt, Spendern in der atypischen Situation eines grösseren Vermögenfalls hingegen keine einmalige steuerliche Privilegierung ermöglicht – dies vielleicht nur eine kleine Nische, die aber symbolisieren mag, dass noch ver-

schiedene Höhlen näherer Durchleuchtung harren würden – und Nachlassplanung mehr als Steuerplanung wäre.

6. Die «Transportmittel» des erblasserischen Willens

44 Der etwas despektierliche Abschnittstitel soll signalisieren: *Zweck der Testamentsformen* ist, den Willen an sein Ziel zu bringen – zuverlässig die erblasserischen Anliegen bekannt zu machen. Längst darf in der demografisch-soziologischen Situation nicht durch formale Hürden das gesetzliche Erbrecht gegen erblasserische Intervention geschützt werden, sondern es muss der Erblasser geschützt werden, dass er problemlos seine Anliegen bei der nächstfolgenden Generation verbindlich deponieren kann. Dies erfordert eine rein sachbezogene, nüchterne Analyse der geltenden Testamentsformen, die sich allerdings in ganz hohem Masse im Bewusstsein der Bevölkerung festgesetzt haben. Eine Abschaffung des *eigenhändigen Testaments* (oder dessen inhaltliche Beschränkung auf kleinere Vermächtnisse und wohltätige Zuwendungen) würde ebenso zu Problemen führen wie dessen Ausweitung auf das *fremdschriftliche Testament* mit blosser Beitrittserklärung (nichts anderes sind *gemeinschaftliche Testamente*, die angesichts tendenziell biografisch instabilerer Paarbeziehungen, die zudem in ihrer Ausgestaltung unterschiedlich stabil, jedenfalls nicht mehr «status-qualifiziert» sind, zu einer klaren Destabilisierung der Willensäusserung zumindest eines der partnerschaftlich Testierenden würden¹⁰⁸). Das *öffentliche Testament* hat sich zwar weitestgehend bewährt, doch überwiegen die Risiken und Umstände des Zeugenobligatoriums dessen Nutzen¹⁰⁹. Das *Nottestament* könnte in tendenziell isolierteren Lebensformen weitere Anwendungstatbestände finden; in seiner heutigen, schlechthin unrealistisch-unpraktikablen Ausgestaltung ist es jedoch schlicht ohne Funktion, und es wäre nicht einzusehen, weshalb in einer Not-situation (rebus sic stantibus!) ein auf das Handy gesprochenes Nottestament nicht gültig sein soll. Das schliesst nicht aus, dass sich die Gesetzgebung der Frage annimmt und für (die wenigen¹¹⁰) Notsituationen Flexibilität schafft, indem die Bedeutung der fehlenden formalen Komponente anhand des Einzelfalls evaluiert wird.

Entscheidend ist aber weiter, auf die gesellschaftliche Entwicklung dadurch zu reagieren, dass einem Irrtum von Erblassern über die zukünftige Entwicklung (welcher für Anordnungen von Todes wegen als erst in der Zukunft wirksam werdender Rechtsgeschäfte geradezu typisch ist) durch Auslegung bzw. Möglichkeit entsprechender Anfechtung ad-

108 Während Deutschland erkennt, dass das gemeinschaftliche Testament namentlich auch wegen der Komplikationen im internationalen Verhältnis unpraktikabel wird (MICHAEL LEHMANN, Die Zukunft des deutschen gemeinschaftlichen Testaments in Europa, ZEV 2007 193 ff.; s. dazu auch demnächst in *successio* das Referat EITELS am Erbrechtstag 2008), plädieren BÜCHLER/DICKENMANN (*successio* 2008 74 ff.) – wenn auch isoliert – für dessen Einführung; die Schwierigkeiten um die Bildung und Kontrolle des Parteiwillens in Vereinbarungen unter nahestehenden Personen (die lediglich im Umfeld von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen diskutiert werden; dazu zuletzt HAUSHEER/STECK, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen – mehr Privatautonomie bei verstärkter Inhaltskontrolle ein dringendes Reformanliegen?, ZBJV 2008 922 ff.) werden dabei übersehen bzw. es wird mit der einseitigen Widerrufbarkeit durch notarielle Erklärung eine mehrfach komplizierte Hürde eingebaut (notarielle Form, Handlungsfähigkeit im entscheidenden Zeitpunkt, Teilwiderrufsfragen), welche weit einfacher durch eine adäquate Praxis bei wechselbezüglichen (aber formal selbständigen) Verfügungen (Zulässigkeit, Auslegung) bzw. Willensmangelanfechtung bei vertraglichen Absprachen eliminiert werden kann.

109 S. meine Bespr. von BGE 133 I 259 in *successio* 2008 70 ff.

110 Keine Notsituation ist selbstverständlich das unterbliebene Testieren: Gelangen ein halbes Jahr nach dem Tod des Erblassers (und nachdem die Wohnungsräumung durch die Angehörigen erfolgt ist) einige Kollegen an die Testamentseröffnungsbehörde und erklären, der (drogensüchtige, aber wohlhabende) Erblasser habe ihnen immer gesagt, sie würden dann etwas erben, so liegt trotz unerwartetem Todesfall im Rahmen einer Hospitalisation/Operation weder eine Notsituation noch ein Testament vor (am Bezirksgericht Zürich penderter Fall). Ob dies für eine rechtsanwaltliche Aktennotiz auch gelten soll, lässt sich in der Tat diskutieren – dennoch war unnötig hart (so aber der Fiskus und ihm folgend BGE 2C_148/2008 29.7.2008), die in Nachachtung der formal nicht korrekt zustande gekommenen Willensäusserung des Erblassers erfolgte Teilung doppelt zunächst erbschafts- und dann schenkungssteuerlich zu belasten ...



äquat Rechnung getragen wird. Wichtig ist ebenso, erblasserische Zurückhaltung in der Bestimmung der Zukunft (dazu Ziff. 25 f.) nicht durch formale Hürden zu bestrafen: Sinnvolle Delegation statt hyperkleinlicher Höchstpersönlichkeit würde ganz entschieden Förderung verdienen¹¹¹.

7. Haftungskonzept

45 Erbrecht bedeutet Vermögensnachfolge; der Vermögenssaldo kann positiv oder negativ sein – mithin gehört die *Vererbung (auch) von Schulden* zu den erbrechtlichen Selbstverständlichkeiten. Die komplizierteren Verhältnisse in der Familienstruktur, die gelockerte Beziehungsintensität und die erhöhte Schwierigkeit der Einschätzung der wirtschaftlichen Lage (Leasing oder Eigentum?), verbunden mit der nicht mehr ohne Weiteres zu vermutenden Selbstverständlichkeit, dass für erblasserische Schulden «ehrenhalber» eingestanden werde: All diese Elemente führen dazu, den Mechanismen der Haftungsregelung (bzw. der *Nachlasssichtung*) vermehrt Aufmerksamkeit zu schenken. Im Vordergrund steht m.E. das öffentliche Inventar, welches mehr Beachtung verdienen (damit aber natürlich auch mehr Aufwand verursachen) würde.

Zu prüfen wäre m.E., ob das öffentliche Inventar nicht durch ein vereinfachtes Vorverfahren ergänzt werden könnte, welches in der öffentlichen Mitteilung des Todes (ähnlich der früheren zivilstandsamtlichen Veröffentlichungen) bestehen würde, verbunden mit der Aufforderung an allfällige Gläubiger, ihre Forderungen binnen dreier Monate¹¹² anzumelden; ob danach der Nachlass zu inventieren wäre, liesse sich aufgrund der bis dann ebenfalls vorliegenden steuerlichen Angaben evaluieren, während eine eigentliche, regelmässig aufwendige und kostenträchtige behördliche Inventierung zumindest einstweilen unterbleiben könnte. Es wäre durchaus denkbar, dass die Forderungen (im Sinne einer «Zentralisierung» der einstweiligen Abläufe) bei der Steuerbehörde (bzw. der mit der Erfassung der steuerrelevanten Daten betrauten Stelle) des letzten Wohnsitzes zu melden wären. Ob die Nachlassbeteiligten bereits zur Räumung der Wohnung schreiten dürften, ohne sich in relevanter Weise eingemischt zu haben, wäre zu diskutieren¹¹³. Faktisch wären zwar nicht die Prinzipien der Universal sukzession und des Von-Selbst-Erwerbs auszuhebeln, aber doch insoweit eine Annäherung an das Common Law zu suchen, als die «Sichtungphase» des ohnehin schleichenden Übergangs von der Altersdemenz (oder im Falle eines unerwarteten Todes: die unvermeidliche «Desorganisationsphase») in die Nachlassabwicklung haftungsrechtlich «entschärft» und – analog der behördlichen *adminis-*

tration – eine «Administrationsphase» respektiert würde¹¹⁴: Es ist sicherzustellen, dass das erblasserische Umfeld nicht das «Interregnum» ausnützt, aber

111 Es handelt sich dabei zugegebenermassen um ein «Lieblingsthema» des Verfassers (s. BSK ZGB II, Art. 498 N 12 ff.), doch sei als unverdächtige Quelle auf den Beitrag von LANGENFELD (Anm. 104) verwiesen. Besonders im gesellschaftlich-demografischen Konnex bedeutet Versterben und Vererben in ganz fundamentaler Weise Loslassen und An-andere-Delegieren; diese letztlich organisatorischen Fragen der Hinfälligkeit der eigenen Persönlichkeit bedingen ein gewisses «Zurücknehmen» der eigenen Person. Das beraterische Sich-Absichern und Streben nach erblasserfixierter Eindeutigkeit schafft zwar (scheinbare) Autorität, aber nicht zwingend vernünftige Lösungen.

112 Dass die Fristen von Art. 567 Abs. 1 (Ausschlagung; drei Monate) und Art. 580 Abs. 2 ZGB (Begehren um Aufnahme eines öffentlichen Inventars; ein Monat) differieren, ist aus universitärer Perspektive eine attraktive Prüfungsfalle – einen andern Zweck vermag ich nicht zu erkennen, womit auch die Prüfungsfalle ziemlich zwecklos wird ...

113 Steuerbehörden verzichten regelmässig auf die Inventierung in Alters-/Pflegeheimen; nehmen sie ein Steuerinventar vor Ort auf, liesse sich Relevantes (relevant Scheinendes) ohne Weiteres vor der Räumung fotografisch dokumentieren. Jedenfalls besteht kein Anlass, den Erben und etwa dem Wohnungsvermieter die Verhältnisse zu komplizieren und die Gläubiger ohne deren Antrag stärker zu schützen als es die staatlichen Interessen und jene der Angehörigen erfordern; statt den Erben Sicherungsmassregeln gegen die eigene Haftung aufzuerlegen, könnte man (zumindest «professionelle») Gläubiger veranlassen, solche zur Sicherung ihrer Forderung zu verlangen.

114 Die Revision von Art. 54 VVG im Zuge der parlamentarischen Initiative Hegetschweiler (PI 06.468) ist punktueller Ausdruck dieses Gedankens, ebenso die vereinfachte Nachbesteuerung von Erbfällen (Art. 153a DBG i.d.F. des BG vom 20.3.2008). – Es wird noch näher zu untersuchen sein, inwiefern in diesem Punkt in der Schweiz nicht ohnehin partikuläre Rechtssysteme bestehen, indem in jenen Kantonen, die eine weitgehende behördliche Mitwirkung bei der Teilung vorsehen (Art. 609 Abs. 2 ZGB), faktisch haftungsbeschränkende Behelfe aktiv empfohlen werden; die in Art. 566 Abs. 2 ZGB vorgesehene Vermutung der Ausschlagung ist jedenfalls kaum operativ und trägt den heutigen soziodemografischen Unsicherheitsmomenten nicht spezifisch Rechnung. Der englische Standpunkt, dass Aufgabe der Willensvollstreckung primär die Schuldenliquidation ist (bzw.: zuvor Schulden gar nicht auf die Erben übergehen), erscheint als durchaus vernünftiger Ansatz; da sich die Probleme allerdings in der Regel nicht im Zuge der grösseren, willensvollstreckerbegleiteten Nachlässe stellen (*execution*), sondern im Zuge bloss behördenbegleiteter Klein- und Mittelnachlässe (*administration*), erschiene es sinnvoll, die Zuständigkeiten bei den steuerlichen Inventarbehörden zu bündeln, die sich in der *ersten* Phase mit dem Nachlass und den Beteiligten befassen.

es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Gläubiger zu einer «automatischen» Ausdehnung ihres Haftungssubstrats kommen sollen. Angesichts gelockerter familiärer Bande ist weder Erblasservermögen Haftungssubstrat für Erbensschulden (vgl. zu dieser Wertung Art. 636 ZGB), noch haben Erben ohne Weiteres damit zu rechnen, für Schulden, die nicht sie eingegangen sind und nicht sie mitverantworten haben (anders etwa dort, wo sie lebzeitig in atypischem Ausmass vorempfangen haben), persönlich haftbar zu werden.

Jedenfalls muss sich umgehend die Erkenntnis durchsetzen, dass haftungsbeschränkende bzw. -klärende Massnahmen nicht das Stigma eines überschuldeten Nachlasses oder zerrütteter Familienverhältnisse in sich tragen; die Vorkehr ist als das zu verstehen, was sie ist: Das Bestreben, im Interesse aller Beteiligten Klarheit zu schaffen.

8. Weitere «technische» Aspekte der Nachlassabwicklung

46 Kaum angesprochen sind bislang «*technische Fragen*», etwa im Bereich der *Sicherungsmassnahmen*, der *Erbenermittlung* (internationale Erbenrufe mittels Internet? Reduktion der Dauer des Erbenrufs), des *Erbscheins* (einheitliche Praxis bezüglich einstweiliger Auslegung der bekannten Anordnungen bzw. Inaussichtstellen der beabsichtigten

Konzeption des Erbscheins, um dem Verfahren an sich bzw. dem Kreis der Berechtigten bzw. mit der Verwaltung des Nachlasses Betrauten/Berechtigten einheitlichere Struktur zu geben); Klarheit bezüglich *Erbvertragseröffnung* sowohl in einem ersten wie den weiteren Erbgängen; bei allen Überlegungen ist auch der internationale Harmonierungsbedarf in Betracht zu ziehen, welcher unweigerlich einen *Trend zu gerichtlicher* statt behördlicher Zuständigkeit nach sich ziehen wird¹¹⁵. Mit Zunahme der Bedeutung der *Willensvollstreckung* (einerseits durch eine Zunahme der Vermögen, der Komplexität häufigerer internationaler Nachlässe, andererseits wegen absehbar «durchlaufender Mandate» von Vorsorgebeauftragten im Sinne von Art. 360 ff. ZGB-ES) dürfte auch dieses Institut Aufmerksamkeit erfordern¹¹⁶; man wird sich allerdings vor dem Glauben hüten müssen, durch eine «Kodifizierung» der Willensvollstreckung alle Probleme lösen zu können: Dass die beiden Artikel über die Willensvollstreckung (den «Nachsorgeauftrag») eigentlich kontrastieren zu den zehn weit umfangreicheren Artikel zum Vorsorgeauftrag ist wohl als Teil des (scheinbar) höheren Perfektionsgrades neueren Rechts zu sehen und zu verstehen – die institutsimmanenten, eher empathische Aspekte berührenden Problemzonen lassen sich allerdings nicht gesetzgeberisch in den Griff bekommen; insbesondere ist der typische Mix zwischen (im guten Sinne) professionellen Mandaten und «Miliz»-Einsätzen im Allgemeinen bewährt: Es gibt sehr unprofessionell gehandhabte professionelle Mandate, missglückte Versuche privater Do-it-yourself- und Low-Budget-Strukturen, aber auch unbemerkt erfolgreiche Abläufe. Das in Art. 609 Abs. 2 ZGB fortlebende kantonale Privatrecht und die unterbliebene Harmonisierung der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch die CH-ZPO werden in diesem Bereich einstweilen Ungereimtheiten fortbestehen lassen; dringendstes Postulat dürfte (wie im Zivilstands- und Vormundtschaftswesen) die Professionalisierung (bzw. Regionalisierung) der Behörden sein, welche eine sinnvolle Annäherung zunächst der lokalen nationalen Praxis (s. für die Weiterungen Ziff. 54) erleichtern würde.

9. Teilung

47 Ob auch das Erbteilungsrecht einem «*Facelifting*» zu unterziehen wäre, war Thema des Juristentags 2006¹¹⁷. Persönlich glaube ich nicht an (bloss) gesetzliche Möglichkeiten, den gordischen Knoten (nämlich eine teilungsunfreundliche Struktur entweder des Nachlasses oder der Gemeinschaft) zu durchhauen: Sind die Beteiligten «schwierig», erweist sich die geltende Ordnung, im Konflikt in ex-

115 Ohne diese Fragen im vorliegenden Zusammenhang abschliessend ausleuchten zu können und zu wollen sei auf den Beitrag von ROGER WEBER, Gerichtliche Vorkehren bei der Nachlassabwicklung, AJP 1997 550 ff., sowie auf meinen Beitrag (Vorsorgliche Massnahmen im Erbrecht, successio 2009 102 ff.) hingewiesen – dort etwa Ziff. 14 mit Hinweisen auf das französische Recht: soll – etwas verallgemeinernd formuliert – der Erbe zur Haftungsbegrenzung oder der Gläubiger zur Rechtswahrnehmung gegenüber dem Erben gezwungen werden? Wem ist nach den konkreten Umständen (Todesfall im persönlichen [oder öfter auch: entpersönlichten] Umfeld) eher ein zielgerichtetes Agieren zuzumuten: dem Gläubiger oder den Erben? Es lässt sich wohl angesichts gelockerter familiärer Bande und auch aus einer Konsumentenschutzperspektive durchaus vertreten, dass zumindest professionelle (im Handelsregister eingetragene) Gläubiger nicht stillschweigend darauf warten dürfen, bis der nicht informierte Erbe in die Haftungs-/Einmischungsfälle tritt, sondern der Pflicht des Erben, die Verhältnisse des Erblassers zu ordnen, eine Pflicht der Gläubiger, ihr Verhältnis zum Erblasser offenzulegen, gegenübersteht.

116 S. die detaillierten Vorschläge von H. R. KÜNZLE, Der Willensvollstrecker, Zürich 2000, 417 ff., insbes. 443 ff., die ich persönlich nicht durchwegs teile, die aber bislang zu Unrecht nicht weiter thematisiert worden sind.

117 S. insbesondere das Referat von AUDREY LEUBA in ZSR 2006 II 137 ff.



tremis zu versteigern (Art. 612 Abs. 2 und 3 ZGB), als zweckmässige Drohung (wenn auch meist als unbefriedigender Vorgang, indem der alles entscheidende Preis zum Spielball des Zufalls wird¹¹⁸). Ist der Nachlass «schwierig», so wäre nach meinem Dafürhalten eher auf situationsgerechte, wenn auch atypische Zuweisungsregeln hinzuarbeiten (Ziff. 48). Einzuräumen ist, dass für die zuständigen Instanzen die Unterscheidung, ob eher die Beteiligten oder der Nachlass «schwierig» sei, ihrerseits eher schwierig sein kann.

Der vermittelnde Einsatz eines unabhängigen *Willensvollstreckers* (der nicht als fortwirkender lebzeitiger Prozessanwalt des Erblassers, sondern als kluger Vermittler/Organisator/Mediator wirkt) oder beigezogener externer Stellen kann den spezifischen Lösungs-Findungs-Prozess erleichtern, ohne dass letztlich autoritative Entscheide immer umgangen werden könnten.

48 Tritt an die Stelle von Millimeter-Bruchteils-Gerechtigkeit die «Sachgerechtigkeit» der Gesamtlösung/-verteilung, so ergeben sich auch für das Teilungsrecht zwar durchaus nicht revolutionäre, aber evolutionär-ergänzende Perspektiven: So ist unlängst darauf hingewiesen worden¹¹⁹, dass eine Loszuteilung eines Tiers unwürdig sei. In der Tat bedeutet es nicht eine Verherrlichung materieller Werte, sondern sinnvollen Umgang mit Ressourcen, wenn (im Doppelsinne des Begriffs) sachgerechte Lösungen gefunden werden können, die zugleich auch die *persönliche* Nähe zu bestimmten Sachen adäquat abbilden¹²⁰. Als wichtiger Aspekt einer sachgerechten Lösung erscheint mir auch die Frage von Abschlagszahlungen: Dass die Erben als neue Eigentümer unter allen Umständen bis zum Abschluss einer möglicherweise kontroversen Teilung bei Wasser und Brot auszuharren haben und sowohl ihre eigene biografische Planung wie möglicherweise auch ihre steuerlichen Verpflichtungen blockiert bleiben, widerspricht der zentralen Unterhaltssicherungsfunktion (Ziff. 34 f.) des Erbrechts. Dem Problem könnte durch eine pragmatische Handhabung von Abschlagszahlungen begegnet werden, wofür § 2038 Abs. 2 BGB ebenso Anhaltspunkte bietet wie Art. 635 Abs. 2 ZGB, der einem Miterben erlauben müsste, den aus der Beteiligung am Nachlass erlangten Kredit ausschöpfen zu können, bevor er ihn biografisch nicht mehr benötigt: Dass man als Folge der demografischen Entwicklung später erbt (Ziff. 4, 36/i), ist das eine – dass die Nutzbarmachung der erworbenen Erbschaft bis zur Teilung blockiert bleibt, das andere.

«Sachgerechtigkeit» der Teilung bedeutet, der *spezifischen Nähe der Beteiligten* Rechnung zu tragen, die sich zwar je länger je weniger nur familienrecht-

lich, aber je über ihre Beziehung zum gemeinsamen Erblasser verbunden waren. Neuere Gesetze sehen vor, selbst zulasten von Pflichtteilsberechtigten den

118 Man könnte sich allerdings im Detail durchaus verfeinernde Dispositive vorstellen: Viel Liebe wird in die Auseinandersetzung investiert, ob auf dem grösstmöglichen Markt oder nur unter Miterben zu versteigern sei (wobei man sich der Illusion hingibt, der sehr eng umgrenzte Markt der Steigerung sei «der» [Liegenschaften-] Markt und es liessen sich Miterben und Dritte sauber gegeneinander abgrenzen – beides trifft kaum zu, indem jede Steigerung faktisch «Notverkauf» in Drucksituation des gerichtlich festgelegten notariellen Ablaufs ist und Miterben Dritte und Dritte Miterben ins Taktieren einbeziehen können, zudem die verwandtschaftlichen Strukturen die Anwendung von Art. 274a ZGB *mutatis mutandis* auch in der Erbteilung nahelegen könnten); sollte also ein Gericht einmal auf die Idee kommen, für den Zuschlag einen Minimalpreis und bei Nichterreichen ein alternatives Verkaufsmodell vorzusehen, den «Markt» zu stufen oder ad hoc anderweitige, zweckmässige Lösungen vorzusehen, so wäre damit durchaus nicht ein gesetzgeberischer Numerus clausus verletzt: Ohne Weiteres wäre vorstellbar, auf Antrag hin dispositivmässig den in der Teilung «erzwungenen» Verkauf statt durch Versteigerung durch Übertragung eines Verkaufsmandats an einen «gewöhnlichen» Immobilienmakler unter «üblicher» Ausschreibung etc. vorzusehen.

119 OMBLINE DE PORET, *L'animal en droit des successions*, Successio 2008 118 ff., 132–142.

120 Vorzugsrechte im Stil von Art. 612a ZGB, der indes weniger nach dem Status (nur zugunsten von Ehegatten) als nach der Bedeutung des jeweiligen Gegenstands im Verhältnis zu den Mitbeteiligten und der biografischen Situation insbesondere auch des Ansprechers zu handhaben wäre (wenn z.B. Kinder gepflegt hatten: «Horror-szenario» ist der Sachverhalt des sog. «Motorbootfalls», BGE 76 II 188 ff.: ob dort die systematisch benachteiligte Tochter vom Vater in dessen Haushalt «aufgenommen» worden war oder als Haushälterin zu wirken hatte?); Beispiele finden sich bei der Hausgenosseneigenschaft gemäss Art. 606 ZGB oder den weiteren persönlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 611 Abs. 2 ZGB: Wer – ob «Angehöriger» oder «nahestehende Person» («proche»: zum Begriff EITTEL, a.a.O. Anm. 69) – den Erblasser gepflegt und in dessen Wohnung/Liegenschaft gelebt hat, hätte m.E. ein Teilungsvorrecht im Sinne von Art. 612a ZGB (ähnliche Wertung in Art. 121 Abs. 1/3 ZGB); die deutsche Revision sieht eine Abgeltung von Betreuungsleistungen in der Teilung nur gegenüber gesetzlichen Erben vor, § 2057b i.d.F. gem. BT-Drucksache 16/8954 S. 17 f., da andernfalls testamentarisch Vorkehr getroffen werden könne – ein Argument mehr, gefestigte Beziehungen durch ein minimales gesetzliches Erbrecht abzugelten (vorne Ziff. 37 f.). Eine dem deutschen Entwurf entsprechende Regel kennt Art. 904-2 (1) des *japanischen* Zivilgesetzbuchs (Gesetz Nr. 89 von 1896 i.d.F. des Gesetzes Nr. 78 von 2006): «If there is a person from amongst joint heirs who has made a special contribution to the maintenance or increase of the decedent's property through the provision of labor or in the form

Miterben Stundungsmöglichkeiten einzuräumen¹²¹ oder Verfeinerungen bezüglich der Fristen zur Hinzurechnung lebzeitiger Zuwendungen¹²² oder eines besonderen Bedarfs zu ermöglichen¹²³.

of property relating to the decedent's business, medical treatment or nursing of the decedent, or other means, the total inherited property shall be deemed the value calculated by deducting the contributory portion as determined by agreement by the joint heirs from the value of the property of the decedent at the time of commencement of inheritance, and that person's share in inheritance shall be the amount of the contribution added to the share in inheritance calculated pursuant to the provisions of Articles 900 to 902 inclusive».

121 So der *deutsche* Entwurf (§ 2331a Abs. 1 BGB i.d.F. gem. BT-Drucksache 16/8954, S. 9 f., 21); das *dänische* Erbgesetz von 2008 (Anm. 74) ermöglicht dem Ehegatten nach Anrufung des Gerichtes die Ausbezahlung des Erbes an die unmündigen und neu auch mündigen Nachkommen ganz oder teilweise um bis zu zehn Jahre aufzuschieben, soweit ansonsten Eigenheim oder Erwerbseinkommen in Gefahr wären (§§ 35 ff.). Es will die Nennung dieser Bestimmungen gar nicht unbedingt darauf tendieren, solche Normen in die schweizerische Gesetzgebung zu übernehmen (es müssten wohl noch gewisse Nuancierungen diskutiert werden), sondern anzuregen, fairness-orientierte Verhandlungslösungen im Einzelfall unter Hinweis auf die Wertung vergleichbarer Rechtsordnungen vergleichbarer Wirtschaftsräume argumentativ objektiv abzustützen – allerdings: Art. 203, 235 und 250 (je Abs. 2) ZGB folgen einem gleichen Gedanken (*successio* 2007 137), und es sollte im Erbrecht unter gesetzlichen und Pflichtteilserven gelten, was unter Ehegatten im Zuge der güterrechtlichen Auseinandersetzung funktioniert.

122 So wiederum der *deutsche* Entwurf (Anm. 120 f., 21): Der Art. 527 Ziff. 3/4 ZGB entsprechende § 2325 Abs. 3 BGB (Hinzurechnung von Schenkungen über zehn Jahre hinweg) soll (auch um die Planungssicherheit der Empfänger, die nicht lebzeitige Erbschleicher sein müssen, sondern wohltätige Institutionen sein können) von der «Alles-oder-Nichts-Lösung» auf eine «Pro-rata-Lösung» umgestellt werden. Es wird kritisch angemerkt, dass eine Pflichtteilsverletzung nicht heilbar sei (BAUER, a.a.O. Anm. 72, 295 f.), doch wäre eine solche Ordnung durchaus zu begrüssen, wenn an der Differenzierung zwischen den Tatbeständen von Art. 527 Ziff. 3 (heilbar) und Ziff. 4 (Rechtsmissbrauch, unheilbar) festgehalten wird.

123 So bleibt nach dem *dänischen* Recht (Anm. 74) dem überlebenden Ehegatten über die Ordnung von Art. 612a ZGB hinaus das Recht vorbehalten, unter allen Umständen und trotz Überschreitung des Pflichtteils, vor der Verteilung mittels so genanntem *Suppleringsarv* 600 000 DKK (ca. 130 000 Fr.) aus der Erbmasse zu entnehmen, um den bisherigen Lebensstandard beibehalten zu können (§ 11 Abs. 2 u. 3). Das Erbe, Eigengut, Lebensversicherungs-, Pensionskassengelder und ähnliche Leistungen werden dabei mit einberechnet (*England* gewährt hier rund den doppelten Betrag und diskutiert dessen betragsliche Ausweitung bzw. eine laufende Lebens-

49 **Bewertung:** Art. 617 ZGB verweist auf das Verkehrswertprinzip für die Bewertung von Grundstücken. Das ist zu präzisieren: Die Bewertung nach dem Verkehrswert ist einheitliches Prinzip unabhängig von der Art der Nachlassgegenstände. Wer Liebhaberwerte (z.B. im Rahmen einer Steigerung unter Miterben) bezahlen will, darf das tun – ansonsten aber besteht ein Schutzinteresse, den Beteiligten die Gegenstände zu fairen Werten zuzuweisen. – Was soll nun das Begriffspaar «Verkehrswert – fairer Wert» im vorstehenden Kontext? Es ist wohl ein Aspekt von Art. 272 ZGB, dass in der Teilung einer Erbengemeinschaft nicht ein spekulativer Maximalwert erreicht werden kann und soll: Regelmässig ist ja der bei öffentlicher Steigerung in einem ausgetrockneten Markt (Beispiel war bis vor kurzem und ist zyklisch immer wieder der Liegenschaftensmarkt) erzielte Preis nicht der Verkehrswert, sondern ein übersetzter Wert, da nur mehr ein einziger Interessent bereit war, diesen Preis zu bezahlen. Der *Verkehrswert* muss in Relation zu einem gewissen (objektivierten) Nutzen, einem *marktbezogenen Ertragswert* stehen; unabhängig davon, ob es um ein Unternehmen oder einzelne Sachwerte geht, ist nur eine marktbezogen-objektivierte und keine individualistisch-fantastische Bewertungsmethode sachlich adäquat^{123a}. Mit dieser Überlegung im Hintergrund müsste sich Etliches an Meinungsverschiedenheiten über Bewertungsnuancen verschiedener Gutachten eigentlich relativ locker überbrücken lassen.

II. Erbrecht, Vorsorge und Steuern

50 Dieser Abschnitt knüpft an an das, was zur *Planungsbehinderung* und zur *Planungseuphorie* im

kostenindex-Anpassung). Das neue *dänische* Erbrecht bringt mithin eine weite Verfügungsfreiheit zugunsten des Erblassers und gewährt dem überlebenden Ehegatten mittels Ergänzungserbe und Erbaufschub einen grossen Spielraum zur Sicherung seines Lebensstandards – ganz zulasten der Nachkommen. Letztere haben mit der Verminderung ihres Pflichtteils und der Möglichkeit des Erblassers, diesen betragslich zu beschränken (vorne Anm. 74), deutlich das Nachsehen. Die Opportunität einer solchen Lösung wird umso stärker zu bedenken sein, als in Stiefbeziehungen der «Begünstigungsvektor» gegen die Nachkommen tendieren kann, und die Einräumung eines erweiterten Testierfreiraums nicht bedeutet, dass für andere (bzw. insbesondere: für «Bedürftigere») gesorgt würde, was letztlich auf eine Inhaltskontrolle hinauslief (dazu Ziff. 39). Kriterium der Ehegattenbegünstigung müsste eher (nach den Kriterien einer nahehelichen Versorgung, vgl. Art. 125 ZGB bzw. vorne Ziff. 34 f.) sein, in welchem Masse die (hier durch Tod aufgelöste) Ehe lebensprägend war.

123a S. dazu ERTEL, a.a.O. Anm. 32.



erb-(steuer-)rechtlichen Konnex bislang verschiedentlich moniert worden ist: So mögen zwar Hausrats- und Privathaftpflichtversicherungen einige Aspekte des «Fahrrads im Recht» und weitere Nuancen im drei- bis fünfstelligen Rahmen beschlagen – Versicherungs- und Vorsorgerecht sind aber einigermassen stillschweigend längst zu Vehikeln der steuer- und erbrechtlichen Planung geworden, und es ist die *Versicherungskomponente* eher um der Namensgebung- und Produktezuordnung unter VVG wesentlich, als dass sie in der Sache eine Rolle spielen würde. Ob unter solchen Umständen weiterhin ein Nebeneinander von Erb- und Versicherungsrecht möglich oder eine gesamtheitliche Betrachtung nötig sei, wird gesonderter Prüfung bedürfen – persönlich *stört* mich, dass sich durch den sachfremden Einsatz von Instrumenten rein um ihres «Namens» willen teilweise steuerbevorzugte *erbrechtliche* Wirkungen *ausserhalb* der *erbrechtlichen* Ordnung erzielen lassen¹²⁴: Das Prinzip, dass Versorgungssicherheit eine Würdigung des «reinen» Vermögensanfalls (unabhängig unter welchem Titel auch immer) erfordert (Ziff. 34), wird dadurch grundlegend infrage gestellt. *Eine zivilrechtskompatible und nicht rein fiskalisch-föderalistisch-rivalisierende* Konzeption der *Erbschaftssteuer* gehört ins gleiche Kapitel; zwangsläufig ist die privatrechtliche Diskussion (etwa bezüglich eines Erbrechts in Nicht-Statusbeziehungen, Ziff. 31 f.) durch die vorsorge- und steuerrechtlichen Inkohärenzen massiv belastet.

51 Schenkungs- und vor allem Erbschaftssteuern gehören zu den wohl umstrittensten Ansprüchen des Fiskus. Mit zunehmender räumlicher Mobilität lassen sie sich allerdings oft mit relativ geringem Aufwand legal vermeiden, was entsprechende Planung motiviert, als zusätzliche Ungerechtigkeit empfunden wird und die Akzeptanz weiter mindert. Dass eine Erbschafts- eine Schenkungssteuer impliziert, ist weitestgehend unvermeidlich. Ob Vermögens-transfers, bestehende Ersparnisse, Einkommen oder Konsum besteuert werden sollen, wäre allerdings eher von der Steuerempfindlichkeit in verschiedenen Einkommens-, Vermögens- und biografischen Situationen her zu überlegen; ausgehend von einer gleichbleibenden Fiskalquote würde in der durchschnittlichen biografischen Situation die mässige Belastung eines substanziellen Vermögenszuwachses durch Schenkung oder Erbe weniger belasten als die laufende Einkommenssteuer, bezogen auf Erben in familiärer Situation mit Erziehungs-/Unterhaltungspflichten und dadurch regelmässig gleichermaßen verminderter Einkommenskapazität wie gleichzeitig erhöhtem Mittelbedarf (Familienkosten, berufliche Entwicklung/Weiterbildung, ten-

denziell erhöhte Wohnkosten¹²⁵). Zumindest Ähnliches gilt selbst bei Unternehmensnachfolgen: ein gesundes Unternehmen wird für den naturgemäss unvermeidlichen erbrechtlichen Übergang die nötigen Rückstellungen bilden können, wenn die erbschaftssteuerliche Belastung mässig ist – ein unstabiles Unternehmen verdient demgegenüber keine besondere Rücksichtnahme¹²⁶. Wenn das Verhalten Privater im Umgang mit der Erbschaftssteuer mit negativem Unterton moniert wird, so muss andererseits auch das Verhalten der Staaten moniert werden: Der an sich sinnvolle Steuerwettbewerb zeigt seine Fratze dort, wo Staaten um «gute Risiken» (nämlich wohlhabende baldige Erblasser, welche die staatliche Infrastruktur wenig belasten und mobil sind) buhlen wie Krankenversicherungen; Steueroptimierung kann den Privaten nicht vorgeworfen werden, solange die Staaten (bzw. die Kantone und punktuell sogar die Gemeinden ...) unter sich die Voraussetzungen zu solcher Steueroptimierung schaffen, wie dies nach den höchstgerichtlichen Entscheiden in Deutschland und Österreich nun geschieht, indem Österreich die Erbschaftssteuer abgeschafft hat (mithin: Der Diskussion um eine sinnvolle, verfassungsrechtlich haltbare Konzeption ausgewichen ist), während Deutschland im typischen Stil deutscher (Fiskal-)Gesetzgebung um die Wohnflächen-Quadratmeter-Quadratur ringt, letztlich aber mit einer technokratischen Gesetzgebung Strukturhaltung betreibt, während der erbrechtli-

124 Erbschaftssteuerlich dürfte in einer harmonisierten (und wohl mit betragslichen Freiquoten und Vorzugslösungen bei qualifiziert unterhaltsbedürftigen Erben wie z.B. unmündigen Kindern) «gemilderten Nachlasssteuer» (im Sinne des Vorschlags von EITEL, a.a.O. Anm. 69, 210) eine diskriminierungsfreie Lösung liegen. Was die *vorsorgerechtliche Koordination* betrifft, wird hier ein Beitrag des *Verfassers* mit dem Titel «Ehe- und erbrechtliche Planung an den Schnittstellen zu BVG, VVG und Sozialversicherung, insbesondere in Patchworksituationen» folgen (s. die Thesen bei swisslex, [successioonline40.pdf](https://www.swisslex.ch/Regeste%20SG-JV%20Sept%202008.pdf) bzw. [st-galler-juristenverein.ch/Regeste%20SG-JV%20Sept%202008.pdf](https://www.st-galler-juristenverein.ch/Regeste%20SG-JV%20Sept%202008.pdf)).

125 Für andere biografische Gegebenheiten bedeutet eine Erbschaftssteuer ohnehin keine besondere Belastung – die Steuerempfindlichkeit ist bei mittelständischen Familien und bei Unternehmensnachfolgen (da liquiditätsmindernd) am ausgeprägtesten.

126 Zweifelhaft erscheinen jedenfalls politische Kompromisse und Prozentjongliererei, wie sie momentan Deutschland praktiziert (s. die summarischen Bemerkungen in meinem Beitrag, jusletter 24.11.2009 zum mittlerweile zum 1.1.2009 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform des Erbschaftssteuer- und Bewertungsrechts, Erbschaftssteuerreformgesetz, ErbStRG, Drucksache 888/08; synoptische Übersicht des deutschen Notariatsinstituts, www.dnoti.de/DOC/2008/2008_Erbschaftsteuerrecht.pdf).

che Übergang naturgemäss stets personeller Wandel und damit strukturentwickelnd und -flexibel wäre. Die Konzeption einer für Staat wie Individuen sinnvollen Erbschaftssteuer müsste Gegenstand einer sorgfältig auf die heutigen demografischen und sozialen Verhältnissen abgestimmten Untersuchung bilden.

III. Vormundschafts- bzw. erwachsenenschutzrechtliche Bezüge

52 In der **subjektiven Biografie** knüpft das Erbrecht – nicht anders als im Gesetz – an das Vormundschafts- (künftig ab 2012: Erwachsenenschutz-)Recht an; es ist Teil einer *Vermögensbildungs- und -verwaltungsbiografie*, die in der Phase der Handlungsunfähigkeit startet (Art. 11, 19 Abs. 2 ZGB), über das ersparte Taschengeld und Erwerbseinkommen Jugendlicher (Art. 321 ff. ZGB) und das «Familienvermögen» (Art. 163–165 ZGB; Art. 335 ff. ZGB sind – entgegen dem Abschnittstitel – nicht einschlägig)

127 S. dazu PETER BREITSCHMID/DANIEL STECK/CAROLINE WIDMER, Der Heimvertrag, FamPra.ch 2009 Heft 3 (auch in Breitschmid/Gächter [Hrsg.], Fragen des Heimrechts, Zürich 2009): Neben *beherbergungsvertraglichen* Elementen stehen *pflegerische und behandlungsvertragliche* Komponenten (enthaltend Anleitung, Überwachung und Wahrung persönlicher Bedürfnisse, ärztliche Behandlung), aber auch *mietvertragliche* Aspekte (Hausordnung, letztlich ein faires Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bzw. Sozialschutz bez. Tarif-/Leistungsanpassungen und Kündigung); anwendbar ist zudem fraglos die gerichtliche Inhaltskontrolle atypischer Bedingungen bzw. die *Contra-stipulatorem*-Klausel gegenüber übermässigen oder persönlichkeitswidrigen allgemeinen Vertragsbedingungen (oft diskutiert: die Frage, ob Sterbehelfer ggf. zum Heim Zutritt haben?). Ob in dieser bislang gänzlich unregulierten und kaum rechtlich analysierten Struktur das recht paternalistisch-obrigkeitsstaatliche deutsche HeimG die ideale Vorlage wäre, bezweifle ich persönlich. S. allg. zur Problematik u.a. auch TH. MANNSDORFER, Aufnahme älterer und hilfsbedürftiger Personen durch Private, ZVW 2002 117 ff.; A. S. GAISER, Fallstricke bei der Altenheim-Vertragsgestaltung, NJW 1999 2311 ff.

128 Es ist zu erwarten, dass dieser ohne grundlegende Änderungen verabschiedete Entwurf auf Anfang 2012 in Kraft treten wird – ein *Vorsorgeauftrag*, der nach diesen Bestimmungen konzipiert wird, wäre aber schon derzeit zu respektieren, und er kann ohne Weiteres bereits heute konzipiert werden und wird dann ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts ohnehin gültig sein. Man wird sich allerdings davor hüten müssen, das Institut zu «überschätzen»: Bereits BGE 134 III 385 signalisiert, dass auch eine privatautonom getroffene Lösung Konflikte schaffen bzw. nicht verhindern kann und bei Interessenkollisionen letztlich staatliche Intervention (im genannten Fall: Bestellung eines Beistands nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB) erfordert.

in Ehe, eingetragener Partnerschaft, Konkubinats-, anderen gemeinschaftlichen Lebensformen oder nach einem Single-Dasein zu einer kürzeren oder längeren Phase alters-/demenzbedingter Fremdverwaltung führt, die letztlich überleitet zum Loslassen: Die Rechtsfähigkeit (und damit die Fähigkeit, Eigentum zu haben) erlischt mit dem Tod (Art. 31 Abs. 1 ZGB). Während Kindesrecht auf Ausbildung, Verselbständigung, eine Zunahme von Autonomie zielt, verläuft der *Alterungsprozess* (zwar zeitlich und in der Intensität des Verlaufs weniger einheitlich) diametral entgegengesetzt. Entsprechend sind *altersrechtliche Fragen* erst vereinzelt und nur punktuell systematisch aufgearbeitet; diese Schnittstelle von öffentlichem (Sozial-, Gesundheits-) und Privat- (insb. Erwachsenenschutz-, im Worst Case Arzthaftungs-, aber – etwa bez. Wohnfragen¹²⁷ – auch Miet- und Auftrags-) Recht ist wegen der wirtschaftlich prägenden Bedeutung der sehr unterschiedlichen (Alters-) Finanzierungssysteme nur beschränkt zu internationalem Austausch fähig, obwohl die alternden Babyboomer verschiedene Länder vor gleiche Fragen stellen werden, welche durchaus über die Nicht-Diskriminierungsrichtlinien von Art. 13 EG-Vertrag oder Art. 8 Abs. 2 BV hinausgehender Behandlung zugänglich wären.

53 **Erwachsenenschutzrecht** ist über *weite Bereiche* faktisch **Altersrecht**; es zielt zwar auf nicht (oder nur beschränkt) handlungsfähige mündige Personen (d.h. über 18-Jährige), doch liegt der *Hauptanwendungsfall* eingeschränkter rechtlicher Handlungsfähigkeit heutzutage statistisch bei *altersbedingten Defiziten Betagter*, während Suchtproblematik und Verwahrlosung (bei Inkrafttreten des ZGB vor 100 Jahren bedeutende Themen) als Folge ausgebauter Sozialhilfeleistungen und eines verbesserten Gesundheitswesens (therapeutische Massnahmen) auch bei weniger Wohlhabenden eher marginale Probleme darstellen. Es handelt sich bei *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff. ZGB-ES¹²⁸) wie auch *Patientenverfügung* (Art. 370 ff. ZGB-ES) um privat vorsorglich zu treffende Anordnungen; fehlt es an solchen, so überlegt sich im Bedarfsfall die Behörde, wen sie mit der Vertretung beauftragen soll bzw. wie z.B. bei Grenzfällen medizinischer Behandlung vorzugehen ist. Man soll sich solche Fragen also in gesunden Tagen überlegen, ohne dabei allerdings in eine solche Hektik zu geraten, dass man darob womöglich erkrankt!

IV. Internationale Verhältnisse

54 Die **erbrechtliche Ordnung internationaler Verhältnisse** gibt kaum grössere Probleme auf – jedenfalls nicht solche, welche durch die (materiell-



erbrechtliche) gesetzliche Ordnung selbst verursacht wären und ihre Ursache nicht in den weitgehend unvermeidlichen Komplexitäten der biografischen Internationalität eines Sachverhalts an sich haben.

Es ist geradezu notorisch, dass das *Pflichtteilsrecht* im internationalen Kontext *nicht zum Allerheiligsten* des ZGB gehört (BGE 102 II 136). Andererseits ist *family provision* auch in den pflichtteilslosen Zonen des Erbrechtsuniversums ein Anliegen. Das muss dazu führen, die Existenzsicherung und ggf. auch die Möglichkeit einer gewissen Existenzverbesserung zwar möglicherweise kaufkraftgewichtet zu betrachten (ohne allerdings Nachlassbeteiligte in solchen Ländern zu diskriminieren bzw. in einer vernünftigen biografischen Mobilität zu behindern), dabei aber doch darauf abzustellen, dass bei schweizerischem Erbstatut auch vorsorgerechtlich die schweizerische Situation «vorsorgeprägend» war (vgl. den scheidungsrechtlichen BGE 131 III 289 zum Vorsorgeausgleich *mutatis mutandis*).

Indes stellen sich doch nachdrücklich sowohl Koordinationsfragen in administrativer Art und auf Ebene der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts. Diesen ist das Grünbuch der EU gewidmet, dessen Umsetzung in den Alltag zwar eher zögerlich verlaufen dürfte, aber auf jeden Fall auch ein schweizerisches Thema wäre¹²⁹.

V. Wohltätigkeit

55 **Wohltätigkeit** ist mit dem Erbrecht relativ eng verbunden: Bereits in Todesanzeigen werden Spenden für allgemeine oder der verstorbenen Person besonders naheliegende Zwecksetzungen erbeten. Zuwendungen an wohltätige Organisationen sind in der Regel steuerbefreit. In der Begünstigung familienexterner – nämlich kirchlicher und damit fremdnütziger – Erben liegt geradezu der Ursprung der heutigen Testierfreiheit, die von der (katholischen) Kirche nicht ganz uneigennützig vom römischen ins hiesige weltliche Recht importiert worden war.

Fixe Kategorien wie «Wohltätigkeit» oder «Vorsorge» haben bislang zur steuerlichen Privilegierung recht eigenwilliger (und stark eigennütziger) Projekte und Konstrukte beigetragen, während andererseits die fixe periodische Begrenzung von gemeinnützigen Zuwendungen eher abzugspolitischer Rappenspalterei als sinnvoller Projektunterstützung dient. Ein Anreizsystem, das z.B. Erben ermöglichen würde, in ausgewählte, objektiv geprüfte gemeinnützige Projekte zu investieren (durchaus analog zum Zivildienst: wer die individualisierte Variante wählt, müsste seinen Idealismus durch einen höheren Ansatz als den steuerlichen Normaltarif beweisen¹³⁰), könnte vielleicht eine Denkhypothese sein? Hingegen liegt auf der Hand, dass das angelsächsische

Verständnis von *philantropy* nicht *tel quel* in mitteleuropäische Erb- und Steuersysteme implantiert werden kann, ohne dass nicht an den Schnittstellen Nischen entstehen, die lediglich nackter Steueroptimierung dienen.

56 Blickt man auf die Erbrechtsrechtfertigungsdiskussion (vorne Ziff. 13 ff.), so können wohltätige Perspektiven (oder der Ausdruck schlechten Gewissens?) den Vorwürfen sinnvoll begegnen, Erbrecht diene der blossen Zementierung bestehender Vermögensstrukturen bzw. verstärke noch deren negative Auswirkungen. In der Tat **verbinden wohltätige Ziele private und öffentliche Anliegen**. Im Detail stellen sich allerdings verschiedene Fragen:

■ Nicht jedes scheinbar wohltätige Anliegen ist objektiv förderungswürdig, sondern es finden sich auch eher eigennützig-absurde Nischen¹³¹;

129 Vgl. vorne Ziff. 20. – Aus der schweizerischen Perspektive haben die «europäischen Kontroversen» etwas scheinbar «beruhigendes», doch müsste im Blick auf die Einführung der eidgenössischen ZPO auf 2011 einer einheitliche(re)n Ordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit dringend Aufmerksamkeit geschenkt werden; die schweizerische Ordnung pendelt momentan zwischen *administration* (in den Kantonen nach Art. 609 Abs. 2 ZGB) und kontinentaler Ordnung (die übrigen, mit gerichtlicher oder behördlicher Zuständigkeit, je nachdem international anerkennungsfähig oder EMRK-zweifelhaft und international unpraktikabel: vgl. Ziff. 45 f. mit Anm. 114).

130 Sich von der staatlichen Budgetplanung «loszukaufen» verdient Respekt (aber auch eine gewisse thematische und buchhalterische Kontrolle) und Förderung, müsste aber vor allem auch seinen Preis haben.

131 Ohne das Thema hier vertiefen zu können: Das Spendenwesen hat sich binnen kurzer Zeit über die etablierten Gross-Organisationen (wie IKRK, Médecins sans frontières, Pro Infirmis und Berghilfe, HEKS bzw. Fastenopfer, Pro Juventute, Pro Senectute, Natur-, Heimat- und Umweltschutz auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene) hinaus auf zahlreiche «Anbieter» und Plattformen verteilt; «*glamour aid*» als Form der Selbst-PR Prominenter rückt die onkelhafte Hilfe des Nordens gegenüber dem Süden ins Profil berechtigter Kritik (etwa von HERNANDO DE SOTO oder DAMBISA MOYO). «Die Zeit» hat unlängst (31.12.2008, S. 25) getitelt «Spender sucht Helfer ... und umgekehrt», und Internet-Spendenplattformen beschrieben (z.B. *betterplace.org*), welche Effizienz des Sammelns und Überwachung der Verwendung ganz zweifelsohne fördern (und damit einen Internetmarkt schaffen, der – wie in andern Bereichen auch – die Vernetzung erleichtert, aber auch Nischenanbietern mit zweifelhaftem Renommée den Weg spuren); bevor das bislang eher emotional-spontane wohltätige Sammeln nach den Methoden der industrialisierten Hochseefischerei zum Leerfischen des Ressourcenmeers führt (man entschuldige den Vergleich: er bildet nur ein zu ver-

- andererseits wird erblasserische Spendenbereitschaft schlecht honoriert, wenn Heime Spenden mit unbestimmtem Zweck einfach als Ertrag in der Betriebsrechnung zu buchen haben und diese damit eine Reduktion der Leistungen der öffentlichen Hand bewirken¹³².
- Steuerersparnis und posthume Dankbarkeit bzw. Kompensation schlechten Gewissens sind diskutierbare Motivationen;
- Der «Run» wohltätiger Organisationen auf Erblasser bindet (wo die Beziehung ideeller Art nicht bereits eine gewisse Kontinuität aufweist) erhebliche Mittel und birgt das Risiko hoher Aufdringlichkeit (um nicht schärfere Worte zu verwenden: die Kontakte zu Erblassern ergeben sich öfter erst in einem Stadium der Testierreife, das biografisch bezüglich der Testierfähigkeit (namentlich bei fundamentaler Neuorientierung im Sinne eines «Kurswechsels») öfter heikel ist.
- «Monopolistische» Anliegen gleich welcher Natur riskieren Einseitigkeiten und Konflikte. Mit Förderung und Ausdehnung wohltätiger Zuwendungen wird sich unweigerlich die Frage stellen, ob Steuerbefreiung wirklich für jeglichen Zweck in jeglichem Umfange zu gewähren sei. Das gilt umso mehr, als wohltätige Bestrebungen von Erben (oder Vermächtnisnehmern) nicht honoriert werden und auf die alljährlichen steuerlichen Freibeträge beschränkt bleiben; die asymmetrische steuerliche Behandlung von Erben und Erblassern ist diskutabel.
- Erblasserisch-testamentarische Wohltätigkeit ist zwar Ausdruck von Dankbarkeit, oft aber eher rückwärtsgerichtet und damit Aspekt der fortwirkenden «toten Hand», statt an Zukunftsthemen oder zumindest den aktuellen Bedürfnissen der Öffentlichkeit orientiert¹³³.

meidendes Zukunftsszenarium ab), wird sich die Frage stellen, ob der Staat, der zur Erfüllung seiner Aufgaben letztlich ja auch auf Mittel angewiesen ist und nur beschränkt privates Spenden steuerwirksam fördern kann, den Spendenmarkt nach Kategorien der Förderungsdringlichkeit regulieren muss – letztlich ist nämlich auch die private Zielbestimmung statt Unterordnung unter ein demokratisch statuiertes Regime der Allokation von Mitteln zu jenen Bedürfnissen, die sich im Budgetprozess durchgesetzt haben, ein Aspekt des ultimativen Individualismus (u.a. Ziff. 19, 25), der an Grenzen stossen kann.

132 Vgl. als Beispiel § 12 des Gesetzes über soziale Einrichtungen des Kantons Luzern (vom 19. März 2007) bzw. § 23 der zugehörigen Vo (vom 11. Dezember 2007): Ohne Zweifel haben öffentliche Beiträge zu berücksichtigen, dass Institutionen je nach ihrem Tätigkeitsbereich von unterschiedlicher Spendenfreudigkeit profitieren; andererseits wäre dem Privilegcharakter der Zuwendungen Rechnung zu tragen, da kein noch urteilsfähiger Erblasser das Heim zugunsten der Entlastung der Staatskasse wird begünstigen wollen, sondern eine Zuwendung ohne bestimmte Zweckbezeichnung ganz einfach dem Heim stillschweigend Ermessen in der sinnvollen Evaluation der akuten oder längerfristigen Bedürfnisse zugestehen möchte. Einzuzuräumen ist wohl, dass staatliche Unterstützung nur den «Sozialhilfebedürftigen» (oder zumindest: *eher* diesen) zukommen soll. Immerhin dürfen wir in der Schweiz die Heime noch begünstigen ... (s. die einschränkende Regelung im dt. HeimG, die allerdings Zuwendungen Aussenstehender nicht ausschliesst, nur werden auch Aussenstehende öfter zuwenden, weil sie einen irgendwie gearteten näheren persönlichen Bezug (und damit nach Vorstellung des nach-preussischen Gesetzgebers: Bestechungsabsicht; s. zur Frage oben Ziff. 39 mit Anm. 102) haben. Es schiene allerdings stiftungspolitisch wesentlich, diese offenbar durch den NFA ausgelöste Praxis zu verfolgen (z.B. in dem Sinne, dass Institutionen einen prozentualen Anteil der generierten Zuwendungen, proportional zu den sonstigen selbst erarbeiteten Mitteln/Taxen und allg. Staatsbeiträgen zu freier Verfü-

gung ausscheiden dürften; eine volle Anrechnung an die Betriebskosten scheint mir unzulässig und jedenfalls unzweckmässig). Erbrechtlich wird man Zuwendungen allerdings (nach dem geradezu «physikalischen» Prinzip, dass jede nicht an den Fiskus gerichtete Begünstigung als nicht an den Fiskus gerichtet zu vermuten ist) als zur freien Verfügbarkeit zugewiesen (im Sinne einer entsprechenden Bedingung) verstehen bzw. darauf hinwirken müssen, dass Zuwendungen unter Auflage (Art. 482 ZGB) erfolgen.

133 Aktuelle Beispiele sind die gerichtlichen Kontroversen um die Dauer der Willensvollstreckung im Nachlass des 1951 verstorbenen preussischen Kronprinzen (BVerfG 25.3.2009, FamRZ 2009 1039; s. BGHZ 174 346) oder die Diskussion um die Anliegen des Stifters *Oskar Reinhart* (s. DAVID STREIFF, NZZ 12./13.7.2008 Nr. 161): Zwar sind nach allgemeinem sittlichem Verständnis (Dankbarkeit) und aus Respekt vor dem Genie stifterische Anliegen zu respektieren; daraus darf allerdings nicht die Vorstellung abgeleitet werden, dass alles und jedes über Jahrzehnte und Jahrhunderte «unberührbar» bleibe – ob nicht gerade stifterisches Genie unter veränderten Umständen ein *Überdenken* (das bedeutet noch gar nicht zwingend, dass dann auch verändert wird!) geradezu als Auseinandersetzung mit und *Interesse* für sein Denken begriffen und durchaus begrüsst hätte? Während bloss ängstlich bewahrende Epigonen letztlich aussterbende Saurier konservieren wollen! Nicht Änderungen gegenüber dem Stifterwillen sind problematisch, sondern mangelhafte *Dokumentation* solchen Vorgehens, welches die Rekonstruktion des Stifterwillens erschweren könnte – *darauf* ist Gewicht zu legen (im Sinne des Bewusstseins, dass jede Epoche nur je *ihre* «Wahrheit» umzusetzen vermag und künftige «Denkmalpflege» deshalb in den Stand versetzt werden muss, das frühere Wirken der jeweiligen Spät-Epigonen rekonstruieren zu können, um zum autochthonen Zustand vordringen zu können). In der Sache aber stellen sich ähnliche Probleme wie vorne in Ziff. 40 thematisiert.



Allein die Orientierung an *öffentlichen* Interessen rechtfertigt aber die Förderung der Wohltätigkeit – handle es sich dabei um Steuervorteile oder gar einen Eingriff in Pflichtteilsansprüche im Sinne der «*charitable correctness*». Je bedeutender der Anteil wohlthätiger Zuwendungen und je industrialisierter die Erschliessung spenderischer Grosszügigkeit wird, umso bedeutender wird die laufende Evaluation des «*charitable status*», ohne welchen die Privilegierung ihren Grund verliert¹³⁴.

57 Förderung der Wohltätigkeit würde (auch) darin bestehen, dass neben bzw. zusätzlich zu erbrechtlichen Anordnungen der Erblassergeneration auch bei den Erben angesetzt würde: Gelegentlich empfinden Erben die Begünstigung wohlthätiger Dritter als Benachteiligung ihrer selbst (was es zwar ist), «raunzen» dann etwas oder sprechen gar von Einlullen der Erblasser usf. Wie öfter kann nicht abstrakt bewertet werden, ob das Misstrauen der Erben enttäuschter Eigennutz oder zu Recht kritische Analyse der Umstände ist. Warum verfolgt man seitens der Institutionen und des Staats nicht (auch) den Ansatz, Zuwendungen, die *erbenseitig* aus empfangenem Nachlass fliessen, (steuerlich) zu privilegieren? Das Spendenverhalten wäre wohl zukunftsgerichteter; zugleich würden künftige Spender freiwillig agieren, statt dass die wohlthätigen Organisationen ältere Leute zu tourmentieren und zugleich die Erben der Spender zu enttäuschen hätten. Erforderlich wäre dafür, dass für die Erben im Jahr des Todesfalls bzw. vielleicht noch im Folgejahr bzw. im Jahr der Erbteilung ein steuerliches Privileg geschaffen würde, dass im Rahmen eines Erbfalls einmalig z.B. die doppelte der regulären Spendenquote steuerlich abzugsfähig wäre; die Quote an sich lässt sich politisch kaum sinnvoll erhöhen, weil sonst statt «lästigem Steuern zahlen» private Zuwendungspolitik getrieben würde. Es wäre der notwendigen Endlichkeit menschlicher Befindlichkeit nicht angemessen, die gleichermassen notwendige wie ausserordentliche Situation des Todes steuerlich und/oder anderweitig beliebig «steuerbar» zu machen. Nicht einzusehen ist aber gerade aus dieser Perspektive, dass nur erblasserische Wohltätigkeit (erbschafts-)steuerlich privilegiert wird.

VI. Prozessuale Aspekte

58 Die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts nimmt sich erbrechtlicher Angelegenheiten (grundsätzlich richtigerweise) nur eher am Rande an. Man hätte sich wünschen mögen, dass die Aspekte des *nicht streitigen Verfahrens* besser harmonisiert worden wären (die Zuständigkeit unterschiedlicher Behörden trägt eher zur Unübersicht-

lichkeit als zur Stärkung der föderalistischen Kultur bei). Im Bereich der ordentlichen erbrechtlichen Klagen bleibt indes alles beim Alten, bzw. wäre es Sache des materiellen Rechts, sich näher Gedanken zu machen, inwiefern die Umsetzung des materiellen Rechts durch prozessuale Anpassungen erleichtert werden könnte. Dazu einige in diesem Rahmen zwangsläufig heterogene und unvollständige Diskussionsanstösse:

Erbrechtliche Verfahren sind fast regelmässig *familienrechtliche Verfahren* in einem weiten Sinne, nämlich an zwischenmenschliche Beziehungen anknüpfende, unter sich zumindest indirekt über die zwischenmenschliche Bindung zum Erblasser verbundenen Personen. Manches an erbrechtlichen Verfahren ist persönlichkeitsnah und -sensitiv: die Hintergründe der Beziehung zum Erblasser; die eigene Verletztheit, welche zur Geltendmachung (finanzieller) Ansprüche bzw. sozusagen einer «Genugtuung» antreibt; die Frage der Verfangenheit des Erblassers in seinem persönlichen oder beraterischen Umfeld, usf.

59 Es stellt sich die Frage, ob diese *Persönlichkeitsnähe* die Materie nicht (wie etwa das Familienrecht im Allgemeinen oder das Nachbarschaftsrecht) *mediationsträchtig* erscheinen lässt? Weiter liesse sich diskutieren, ob durch *Schiedsklauseln* Erleichterungen geschaffen werden könnten bzw. ob Schiedsanordnungen zu erleichtern wären¹³⁵. Zwar gilt eine Erbteilungsklage als schiedsfähig¹³⁶, doch bleibt die taktische Frage offen, ob ein Schiedsverfahren zweckmässiger sei als ein solches vor staatlichen Gerichten. Die Vorteile liegen zweifelsohne auf der Hand, wo sich der Schiedsvertrag so gestal-

134 S. zu diesem auf dem Kontinent noch weniger verfolgten Thema etwa ROBERT MEAKIN, *The Law of Charitable Status – Maintenance and Removal*, Cambridge 2008 (ein Kommentar zum *Charities Act 2006*, der allerdings den *charitable purpose* nur allgemein umschreibt, 24 f.: insb. das Kriterium des *public benefit*, 34 ff., lässt sich kaum aufgrund einer einschlägigen statutarischen Klausel, sondern nur anhand einer konkreten, allenfalls auch durchaus kritischen Würdigung der laufenden Tätigkeit beurteilen – entsprechend grenzen denn auch die einschlägigen steuerlichen Bestimmungen Art. 56 lit. g DBG (bzw. Art. 8 Abs. 2 BGFA) den Ermessensspielraum kaum spürbar ein). – Teile der Ziff. 55–57 sind in erweiterter Fassung anlässlich einer Tagung des Vereins *successio* vom 8.6.2009 vorgetragen und im Jusletter vom 10.8.2009 unter dem Titel «(Erb-)Recht und Wohltätigkeit» publiziert worden.

135 Zuletzt ULRICH HAAS, *Letztwillige Schiedsverfügung* i.S. des § 1066 ZPO, ZEV 2007 49 ff.

136 HANS MICHAEL RIEMER, *Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB*, in: FS Walder, Zürich 1997, 371 ff.

ten lässt, dass ein internationaler Nachlass länderübergreifend einheitlich oder ein steuerlich heikler in familiärer Diskretion geordnet werden kann (es ist diesbez. an die einschlägigen steuergesetzlichen Bestimmungen zu erinnern, welche Offenlegung der steuerlichen Versäumnisse durch die staatlichen Gerichte gegenüber den zuständigen Behörden auslösen: § 121 ZH-StG, Art. 112 DBG). Ob allerdings die Verhandlung über den Abschluss eines Schiedsvertrags einfacher sei als die Aushandlung eines Erbvertrags oder eines Teilungsvertrags bzw. ob sich der Verhandlungswille auf einen Schiedsvertrag fokussieren lasse, ohne dass nicht eine Partei die staatlichen Gerichte anrufe, wird stärker von «personalistischen Aspekten» im einzelnen Nachlass als von der gesetzgeberischen Rahmenordnung her bestimmt werden¹³⁷. Wenn es darum geht, einen Schiedsvertrag abzuschliessen, mag dem zeitlichen Element Bedeutung zukommen; es wäre aber immer auch zu evaluieren, ob der dialektische Denkprozess über die Instanzen hinweg neben den aleatorischen nicht bisweilen durchaus auch qualitativ positive Elemente aufweisen kann. Letztlich wird man zum Ergebnis kommen müssen, dass die Kapitulation im Verhandlungsstadium und die Übertragung des Entscheids an einen Dritten immer bedeutet, die Verhandlungsmacht aus der Hand zu geben und die (erbrechtstypische) Schicksalhaftigkeit eines Entscheids bzw. Verfahrens akzeptieren zu müssen – ein Aspekt mithin, welcher weniger rechtlicher als biografischer Natur ist und welchem sich auch künftige Generationen von Erben und ErbrechtlerInnen immer wieder neu zu stellen haben werden.

Schlussbemerkung – «Übergangsrecht»

60 Es ist auf Ziff. 1 zurückzuverweisen: Der Verfasser behält sich weitere Überlegungen und Äusserungen vor und hofft auf kritisch-engagierte Diskussion – und etwas koordinierte Bewegung auf gesetzgeberischer Ebene. Reformerischer Übereifer ist nicht geboten, indes ist die blosser Bewahrung der bewährten, aber in Details doch verbesserungsfähigen geltenden Ordnung um ihrer selbst willen bei näherer Betrachtung nicht wünschbar.

Vieles, was die universitären Entwicklungswerkstätten nicht perfekt hinkriegen, wird zwangsläufig in den gerichtlich-behördlichen Reparaturwerkstätten seinerseits problematisch bleiben – das animiert ja auch dazu, weiterhin JuristInnen auszubilden ... obwohl nach Bekunden seiner jeweiligen Promotoren das jeweils «moderne» Recht nahe an der ultimativen Perfektion angelangt sein soll. Das Problem liegt keinesfalls bei den Juristinnen und Juristen, sondern ausschliesslich bei den Medizinerinnen und Genetikern, die den perfekten Menschen, der in die konfliktlose Rechtsordnung passt, noch nicht hingekriegt haben ...

61 Was bedeutet das alles für die Praxis, werden sich manche fragen? Einerseits hat man stets mit der Möglichkeit von Gesetzesänderungen zu rechnen; diese können die Planungschancen erweitern oder eine erfolgte Planung behindern (Art. 15 f. SchlT tendieren auf das im Todeszeitpunkt geltende Recht¹³⁸). Sodann dürfte bei Nachlässen der heute aktiv planenden Generation der 50-jährigen Erblasser nicht mehr ohne Weiteres damit zu rechnen sein, dass das aktuelle Pflichtteilsrecht noch gelten wird; insofern wird einerseits die Begleitung erfolgreicher Planung, aber auch das Bewusstsein für einen veränderten Planungshorizont zu schärfen sein. Ob die Handhabung von Patchwork-Strukturen de lege lata als unbefriedigend empfunden wird, mag öfter etwas von der Nähe zu jeweiligen Prozessstandpunkten abhängen – eine gesetzliche (Minimal-)Ordnung dürfte in «Durchschnittsfällen» immerhin erleichtern, die unangenehme Mehrschichtigkeit planerisch in ihren Einzelheiten auszukosten. Änderungen hat man allerdings auch zu wollen – ohne dass kontroverse Punkte gerichtlich (fair!) debattiert werden, besteht kein Anlass, entsprechende Vorstösse einzuleiten: «Ohne Nachfrage kein Angebot». Dies dürfte etwa Fragen um Teilungsvorrechte (zugunsten des überlebenden Ehegatten oder sonstiger Bezugspersonen) betreffen. Schliesslich bleiben mögliche technische Anpassungen im Bereich der Nachlassabwicklung und Haftungsbewältigung; hier wäre auch ein gewisser konsumentenschützerischer Effort geboten, welcher mit geringem Aufwand eine zeitgemässere Ordnung der Erbenermittlung erlauben würde.

137 Zu bedenken bleibt auch, dass der Willensvollstrecker unmittelbar in die steuerlichen Pflichten eingebunden ist – ob sich nicht auch die Mitglieder eines Schiedsgerichts in eine zunehmend heikle steuerliche Grauzone begeben und wegen Mithilfe zu Steuervergehen belangt werden könnten?

138 Vermehrte Befassung mit dem Übergangsrecht gehört zu *zukunftsorientierter Beratung*: s. mit Nachweisen PraxKomm Erbrecht/SCHWEIZER, Art. 16 SchlT N 8 ff.