

Stellungnahme zum Vorentwurf des Bundesrats betreffend die Modernisierung des Erbrechts

Sehr geehrte Bundesrätinnen und Bundesräte
Sehr geehrte Damen und Herren

Ich danke Ihnen für die Möglichkeit, zum Vorentwurf betreffend die Modernisierung des Erbrechts Stellung nehmen zu dürfen. Als Studentin der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern bietet mir dies eine optimale Gelegenheit, mich intensiv mit diesem Rechtsbereich auseinander zu setzen. Ich denke, es ist wertvoll und wichtig, dass sich auch Personen aus jüngeren Generationen zu Gesetzesänderungen äussern und ihre Ansicht mitteilen können. Wir sehen die Verhältnisse oft aus einem anderen Blickwinkel und können allenfalls Fragen aufwerfen, die in älteren Generationen (noch) nicht (mehr) zur Sprache kommen.

Gerne lege ich nachfolgend meine Meinung zu den vorgesehenen Änderungen dar.

1. Im Allgemeinen

Meiner Ansicht nach wurden die Ziele und Anforderungen der Motion Gutzwiller insgesamt gut umgesetzt bzw. berücksichtigt. Insbesondere den Aspekten der Flexibilisierung und gleichzeitigen Beibehaltung der Grundgedanken des geltenden Erbrechts wurde im Gesetzesentwurf entsprechend Rechnung getragen. Die vorgesehenen Änderungen entsprechen den aktuellen gesellschaftlichen Verhältnissen und lassen das Erbrecht zeitgemäss erscheinen. Die Normen sind klar und einfach formuliert, so dass sie von urteilsfähigen und volljährigen Personen verstanden werden können. Auch die neu geschaffene Rechtsfigur des Unterhaltsvermöchtnisses ist meines Erachtens übersichtlich und somit bürgernah ausgestaltet. So bleibt das Erbrecht für die breite Bevölkerung verständlich und praktikabel.

Nachfolgend sei primär auf die wesentlichen Gesetzesänderungen einzugehen. Namentlich werden die Hauptanliegen der Motion Gutzwiller kommentiert und gegebenenfalls noch offene Fragen aufgeworfen. Anschliessend erfolgt eine kurze Würdigung einzelner weiterer vorgesehenen Gesetzesänderungen und -anpassungen. Die Stellungnahme wird mit einer kurzen Zusammenfassung aller Erläuterungen abgeschlossen.

Hinweis: Zur Vereinfachung der Lesbarkeit wurde im vorliegenden Text die männliche Form des Ehepartner/-gatten gewählt. Diese Bezeichnung soll stets auch für die weibliche Form gelten und, sofern sie von der Bestimmung ebenfalls betroffen sind, eingetragene Partnerschaften implizieren.

2. Umsetzung der Motion Gutzwiller

2.1. Anpassung des Pflichtteilsrechts

Bei der Einführung des Erbrechts und den bis anhin erfolgten Revisionen, bestand eine Vorstellung des Familienbildes, die heute nicht mehr der Realität entspricht. Unsere Gesellschaft hat sich verändert und damit auch die Formen des Zusammenlebens. Die typische Familienkonstellation (verheiratete Eltern, die mit ihren Kindern und allenfalls mit den Grosseltern zusammenleben) wurde in den vergangenen Jahren um diverse andere Lebensgemeinschaftsformen ergänzt. Insbesondere die Konstellation der Patchworkfamilie hat grossen Aufschwung erfahren. Zudem ist auch die Lebensgemeinschaft des Konkubinats salonfähig geworden. Diese gesellschaftlichen Veränderungen gilt es in der Rechtsordnung zu berücksichtigen.

Dies forderte auch die Motion Gutzwiller. Das Anliegen bestand darin, das Erbrecht flexibler auszugestalten und den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen anzupassen. Dem Erblasser soll ein grösserer Entscheidungsspielraum zukommen, um über sein Vermögen zu verfügen. Ein geringeres Pflichtteilsrecht soll dem Erblasser ermöglichen, faktische Lebenspartner und nicht gemeinsame Kinder zu begünstigen. Eine grössere freie Quote vereinfacht zudem die Unternehmensnachfolge. Eine Liquidation des Familienbetriebs kann eher verhindert werden, wenn der Erblasser nur geringe Pflichtteile berücksichtigen muss.

Der Bundesrat hat diese Problempunkte und veränderten Lebensverhältnisse erkannt und in seinem Vorentwurf zum neuen Erbrecht umgesetzt. Die Abschaffung des Pflichtteilsrechts

der Eltern ist absolut zeitgemäss. Dass die Eltern ihre Kinder überleben, ist eher ein Ausnahmefall. Durch die Abschaffung ihres Pflichtteils erhält der Erblasser eine grössere Freiheit, um über sein Vermögen zu bestimmen und es denjenigen Personen zuzuweisen, die davon tatsächlich profitieren können. Der Hauptzweck des Erbrechts soll weiterhin sein, dass die Begünstigten einen finanziellen Zustupf kriegen und nicht, dass ihr bereits vorhandenes Vermögen vermehrt wird. Die vollständige Abschaffung des Pflichtteilsrechts eröffnet dem Erblasser im Fall, dass er kinder- und ehегattenlos verstirbt, absolute Verfügungsfreiheit. Er kann seinen Nachlass denjenigen Personen zuweisen, mit denen er tatsächlich gelebt und eine Beziehung geführt hat. Unverheiratete Partner und nicht gemeinsame Kinder können so erbrechtlich in einem erhöhten Umfang begünstigt werden. Somit erfüllt Art. 471 des Vorentwurfs des neuen ZGB (VE-ZGB) die Forderungen der Motion Gutzwiller.

Dass neben der Abschaffung des elterlichen Pflichtteilsrechts auch der zwingende Erbananspruch der Nachkommen minimiert werden soll, erscheint zeitgemäss. Wie bereits erwähnt, sollen die Erben von der finanziellen Unterstützung tatsächlich profitieren. Eine reine Vermögensvermehrung ist nicht Sinn und Zweck des Erbrechts. Da die Lebenserwartung in den vergangenen Jahrzehnten stark angestiegen ist, versterben die Eltern meist zu einem Zeitpunkt, in welchem ihre Kinder bereits ein fortgeschrittenes Alter erreicht haben und selbständig im Leben stehen. Auf das Geld der Eltern sind Letztere meist nicht mehr angewiesen. Dass ihr gesetzlicher Pflichtteilsanspruch verkleinert werden soll, erscheint daher gerechtfertigt. Dies eröffnet dem Erblasser folglich die Möglichkeit, einen grösseren Teil seines Nachlasses Personen zuzuweisen, die ihm in seinen letzten Lebensjahren faktisch nahe und unterstützend beistanden.

Die Motion Gutzwiller forderte, dass Konkubinatspaare den Ehepaaren nicht gleichgestellt werden, ansonsten das Institut der Ehe in Frage gestellt würde. Konkubinatspaare sollen deshalb auch in Zukunft keinen Pflichtteilsanspruch aus Art. 471 Ziff. 3 ZGB (bzw. Art. 471 Ziff. 2 VE-ZGB) ableiten können. Der Bundesrat hat sich zudem dagegen entschieden, für Konkubinatspartner einen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch einzuführen. Diesem Entscheid ist zuzustimmen. Es wäre schwierig, mittels generell-abstrakter Norm festzusetzen, welche Arten von faktischen Lebensgemeinschaften als Konkubinat gelten sollen, zumal der Begriff „Konkubinat“ bis anhin nicht normiert ist. Vielmehr müsste eine eigenständige Norm geschaffen werden, welche die formellen Voraussetzungen nennt, die ein Konkubinatspartner erfüllen muss, um pflichtteilsberechtigt zu sein. Die Lösung des Bundesrats, einen Erbananspruch für faktische Lebenspartner an bestimmte Voraussetzungen zu binden, erscheint praxistauglich. Das vorgesehene neue Rechtsinstitut des Unterhaltsvermächtnisses, das in Art. 484a VE-ZGB normiert ist, verdient daher grds. Zustimmung.

2.2. Einführung eines Unterhaltsvermächtnisses

Die Motion Gutzwiller forderte, dass das Erb- und Pflichtteilsrecht den veränderten gesellschaftlichen Lebensformen angepasst werde. Insbesondere soll der Erblasser einen grösseren Handlungsspielraum erhalten, damit er Personen begünstigen kann, die nicht durch familiäre Beziehungen mit ihm verbunden und deshalb von Gesetzes wegen nicht erbberechtigt sind.

Durch die Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Eltern und die Herabsetzung der Pflichtteilsansprüche der Ehepartner und Nachkommen (Art. 471 VE-ZGB) wird die freie verfügbare Quote des Erblassers vergrössert.¹ Der Bundesrat hat sich gegen einen Pflichtteilsanspruch für Konkubinatspartner entschieden. Dieses Vorgehen ist, wie erwähnt, zu begrüssen.

Die vergrösserte Verfügungsfreiheit ist eine positive Entwicklung. Jedoch können die überlebenden faktischen Lebenspartner nicht davon profitieren, wenn der Erblasser über seinen Nachlass nicht verfügt hat. In diesem Fall wird die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung gelangen und der faktische Lebenspartner hat weiterhin keinen Erbananspruch. Da dieses Phänomen in der Praxis sehr häufig auftaucht, ist das neu geschaffene Rechtsinstitut des Unterhaltsvermächtnisses eine vorteilhafte Lösung zu Gunsten der faktischen Lebenspartner.

Art. 484a VE-ZGB gibt dem überlebenden unverheirateten Lebenspartner einen bedingten Anspruch auf erbrechtliche Leistungen, sofern er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.

¹ Maximal $\frac{1}{2}$ des Nachlasses ist pflichtteilsgeschützt. Vorher waren maximal $\frac{3}{4}$ des Nachlasses pflichtteilsgeschützt. Dies jeweils im Falle, dass der Erblasser nur Nachkommen, jedoch kein überlebender Ehepartner hatte.

Der Lebenspartner kann diese Leistung geltend machen, d.h. er muss selbst aktiv werden. Ob ihm ein Unterhaltsvermächtnis zugesprochen wird, entscheidet der Richter auf Grund der Umstände. Es erscheint gerechtfertigt, dass das Vermächtnis nur auf Antrag ausgerichtet wird und dem Gericht einen Ermessensspielraum offen steht. Schliesslich steht es dem Erblasser in den Grenzen des Gesetzes weiterhin frei, ob und wie er über seinen Nachlass verfügen will. Zudem sollen die gesetzlichen Erben weiterhin Vorrang geniessen. Ansonsten erscheint ihre rechtliche Stellung wirkungslos.

Ein Aspekt erscheint jedoch widersprüchlich: Die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Unterhaltsvermächtnisses basieren auf dem Modell von Art. 20a BVG. Diese Norm verlangt zur Ausrichtung von Hinterlassenenleistungen eine Lebensgemeinschaft von fünf Jahren (Art. 20a Abs. 1 lit. a BVG). Art. 484a Abs. 1 Ziff. 1 VE-ZGB setzt hingegen nur (aber immerhin) ein Zusammenleben von drei Jahren voraus. Was sind die Gründe, dass die Dauer der effektiv gelebten Gemeinschaft unterschiedlich ist? Wäre es angesichts der Einheit der Rechtsordnung zu überdenken, diese Voraussetzung einheitlich zu gestalten?

3. Würdigung weiterer Gesetzesänderungen

3.1. Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsfall

Dass ein Ehegatte während dem Scheidungsverfahren stirbt, ist eher eine Seltenheit. Trotzdem kann die momentane Rechtslage in Einzelfällen zu stossenden Ergebnissen führen. Der Erbanspruch des überlebenden Ehegatten entfällt erst mit dem rechtskräftigen Scheidungsurteil. Dadurch steht dem Ehegatten sogar in den übelsten Streitfällen das Recht zu, seinen Pflichtteil zu erhalten. Diese Situation ist unbefriedigend und gegenüber dem am 15. Juni 2015 revidierten und verabschiedeten Artikel 122 ZGB systemwidrig. Der genannte neue Artikel sieht vor, dass die Aufteilung der Anwartschaften der beruflichen Vorsorge auf den Zeitpunkt zurückbezogen wird, an dem das Scheidungsverfahren rechtshängig wurde. Dieser Zeitpunkt soll auch im Erbrecht gelten.

Dem Vorschlag des Bundesrates ist grundsätzlich zuzustimmen. Der Pflichtteilsanspruch eines Ehegatten soll entfallen, sobald das Scheidungsbegehren eingereicht, d.h. das Verfahren rechtshängig ist. Diese Situation soll gemäss Bundesrat jedoch nur eintreten, sofern der Erblasser den Entzug des Pflichtteilsanspruchs testamentarisch festgehalten hat. Dieser Entscheid soll dem Erblasser gemäss Art. 472 VE-ZGB zustehen, wenn das Scheidungsbegehren gemeinsam eingereicht wurde oder wenn das Scheidungsverfahren unüblich lange (länger als zwei Jahre) dauerte. In diesen Fällen erscheint es angemessen, dass der Erblasser seinen Ehegatten vom Pflichtteil suspendieren kann. Stossende Ergebnisse können dadurch stark minimiert werden.

Soweit dem Vorentwurf des Bundesrats in dieser Hinsicht zuzustimmen ist, bleibt eine offene Frage: Weshalb kann der Erblasser seinem Ehegatten in den genannten Fällen nur den Pflichtteil, nicht aber den gesetzlichen Erbanspruch entziehen? Der überlebende Ehegatte ist an der güterrechtlichen Auseinandersetzung in jedem Fall beteiligt und erhält seinen hälftigen Anteil. Dank dieser Regelung geht er nie „leer“ aus. Wieso soll der Erblasser in den Fällen von Art. 472 VE-ZGB nicht die Möglichkeit haben, seinen Noch-Ehegatten vollständig von der Erbberechtigung auszuschliessen? In den genannten Fällen wird es stets nur eine Frage der Zeit sein, bis die Ehegatten offiziell geschieden sind und von Gesetzes wegen keine erbrechtlichen Ansprüche mehr haben.

3.2. Einräumung einer Nutzniessung zu Gunsten des überlebenden Ehegatten

Gemäss geltendem Recht (Art. 473 ZGB) kann der Erblasser seinem überlebenden Ehegatten die Nutzniessung am gesamten gesetzlichen Erbschaftsanteil einräumen, der den gemeinsamen Nachkommen zustehen würde. Den Nachkommen verbleibt folglich das „nackte Eigentum“ an ihrer Erbschaft und dem Erblasser verbleibt eine freie Quote von $\frac{1}{4}$ des Nachlasses.

Die Einräumung der Nutzniessung dient primär dazu, dem überlebenden Ehegatten das Fortbestehen seines bisherigen Lebensstandards zu ermöglichen. Seit der Artikel in Kraft getreten ist, wurde er bereits drei Mal revidiert. Eine erneute Revision würde die Rechtssicherheit dieser Norm schwächen. Aus diesen Gründen spricht sich der Bundesrat für die Beibehaltung von Art. 473 ZGB aus.

Im Allgemeinen ist der Entscheid des Bundesrates zu unterstützen. Der Forderung der Motion Gutzwiller, wonach dem Erblasser eine erhöhte Entscheidungsfreiheit eingeräumt werden soll, wird durch die Änderung des Pflichtteilsrechts gleichwohl Rechnung getragen. Im Falle einer faktischen Lebensgemeinschaft wird der Erblasser Art. 473 ZGB nicht anwenden können. Die geltende Quotenregelung des genannten Artikels muss deshalb zu Recht nicht revidiert werden.

Mit Blick auf die aktuelle Revision des Adoptionsrechts ist eine Modifizierung von Art. 473 ZGB dennoch bald in Betracht zu ziehen. Gemäss der Motion „Adoptionsrecht. Gleiche Chancen für alle Familien“ sollen auch gleichgeschlechtliche Paare Stiefkinder adoptieren können. Wird das Gesetz dahingehend abgeändert, werden in Zukunft auch eingetragene Partner gemeinsame Nachkommen haben können.

Die gleichgeschlechtlichen Paare sind den Ehepaaren erbrechtlich grundsätzlich gleichgestellt. Um dieser Gleichstellung gerecht zu werden, wird es für den Gesetzgeber wohl unumgänglich sein, Art. 473 ZGB in dieser Hinsicht zu modifizieren. Auch Paare die in eingetragener Partnerschaft leben, sollen zukünftig die Möglichkeit haben, ihrem überlebenden eingetragenen Partner eine Nutzniessung i.S.v. Art. 473 ZGB einräumen zu können.

3.3. Audiovisuelles Nottestament

Die Umsetzung der Forderung der Motion Gutzwiller, das Erbrecht den veränderten gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen und gleichwohl den Kern des geltenden Rechts zu bewahren, ist dem Bundesrat in den Art. 506 ff. VE-ZGB gut gelungen.

Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person in einen ausserordentlichen Umstand gerät und nur noch mündlich letztwillig verfügen kann, ist in der Praxis bescheiden klein. Die Wahrscheinlichkeit, dass dem Gefährdeten zwei mit Schreibzeug ausgerüstete Zeugen zur Verfügung stehen, um den letzten Willen schriftlich festzuhalten, ist wohl noch geringer. Dass die Zeugen ein Smartphone o.ä. zur Hand haben, um die letztwilligen Worte mittels Video aufzuzeichnen, ist in der Realität hingegen sehr wahrscheinlich. Dem Vorschlag des Bundesrates, eine weitere Möglichkeit der letztwilligen Verfügung einzuführen, ist daher zuzustimmen.

Fraglich bleibt, ob mit Filmmaterial nicht auch Missbrauch betrieben werden kann. Wer bezeugt, dass die Filmaufnahmen tatsächlich zeitecht und ohne Bedrohung aufgenommen wurden und von der abgebildeten Person stammen? Die heutigen Technologien ermöglichen, mit etwas Knowhow Bild- und Tonmaterial einfach zu fälschen oder missbrauchen. Fälschungen von schriftlichen Nottestamenten sind bestimmt auch nicht auszuschliessen. Die technologischen Möglichkeiten und erhöhte Verbreitungsgeschwindigkeit mittels Smartphone können jedoch bedeutende Auswirkungen haben. Die Tatsache, dass ein mündliches (audiovisuelles) Nottestament einen Ausnahmefall darstellt und zudem nach Ablauf der 14-tägigen Frist nichtig wird, lässt die aufgeworfenen Fragen allenfalls relativieren.

4. Konklusion

Der Vorentwurf des Bundesrats zur Revision des Erbrechts wird den Anforderungen der Motion Gutzwiller grundsätzlich gerecht. Durch die Minimierung bzw. Aufhebung von Pflichtteilsansprüchen kommt dem Erblasser zukünftig eine erheblich grössere Quote zu, über welche er frei verfügen kann. Diese Neuerung bietet ihm die Möglichkeit, faktische Lebenspartner und nicht gemeinsame Kinder in einem weiteren Umfang zu begünstigen. Tatsächlich gelebte Beziehungen erhalten dadurch einen grösseren Stellenwert gegenüber formellen familiären Beziehungen. Dies entspricht dem Ziel der Anpassung des Erbrechts an die aktuellen gesellschaftlichen Verhältnisse.

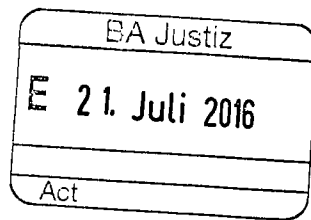
Das neue Rechtsinstitut des Unterhaltsvermächtnisses ist eine überzeugende Variante, den betreffenden Personen einen gesetzlichen Anspruch auf Beteiligung am Nachlass einzuräumen. Sofern sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, entspricht es dem Rechtsgefühl, dass ihnen einen Anteil des Nachlasses zukommt. Um dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung Rechnung zu tragen, wäre es allenfalls in Betracht zu ziehen, die zeitliche Komponente des BVG und ZGB einheitlich zu gestalten. Es sei denn, es sprächen sachliche Gründe gegen diese Harmonisierung.

Falls durch die Revision des Adoptionsrechts die Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare legalisiert würde, wird es wohl unumgänglich sein, auch für eingetragene Partner die Möglichkeit der Nutzniessung i.S.v. Art. 473 ZGB vorzusehen. Durch die Stiefkindadoption sind sie, wie die Eheleute, ebenfalls Lebenspartner mit gemeinsamen Nachkommen. Unter Berücksichtigung der weitgehenden

Gleichstellung von Ehepaaren und eingetragenen Partnern, wäre eine Anpassung dieser Norm zwingend.

Sehr geehrte Damen und Herren Bundesräte, ich bedanke mich für die Gelegenheit zur Stellungnahme und grüsse Sie freundlich.

Mirjam Achermann, im März 2016



Leitung: Dr. Andreas Flückiger
Advokat & Notar
Elisabethenstrasse 2
4010 Basel

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Herrn Alexandre Brodard
Bundesrain 20
3003 Bern

Basel, 20. Juli 2016

Vernehmlassung i.S. VE Revision Erbrecht vom 03.04.2016

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Brodard
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Fachgruppe Güter- und Erbrecht, Basel, wurde von der Advokatenkammer Basel gebeten, zum Vorentwurf für die Revision des Erbrechts Stellung zu nehmen. In der von der Fachgruppe dafür konstituierten Arbeitsgruppe haben die unterzeichnenden Mitglieder (Prof. Dr. Daniel Staehelin und Dr. Andreas Flückiger) mitgewirkt.

Aufgrund anderweitiger termingebundener Arbeiten sowie eines familiären Todesfalls konnte diese Vernehmlassung erst heute fertiggestellt und eingereicht werden. Die Unterzeichnenden hoffen, dass die nachstehenden Anregungen im Interesse der Sache dennoch berücksichtigt werden und einen nützlichen Beitrag zur Revision des Erbrechts leisten können.

Die vorliegende Stellungnahme zeigt in einem 1. Teil die Gründe auf, weshalb eine Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen bei näherer Betrachtung über das Ziel hinaus schießen und ohne Notwendigkeit zu unerwünschten Nachteilen führen würde.

In einem 2. Teil werden dann in der Reihenfolge des Gesetzes die Revisionsvorschläge im Detail behandelt. Direkt integriert in diesen 2. Teil werden zudem Vorschläge für gewisse Anpassungen in weiteren Bestimmungen, welche bestehende Unklarheiten beseitigen und damit der Rechtssicherheit dienen würden.

Dies ganz in Übereinstimmung mit den im erläuternden Bericht (nachfolgend zit. „Bericht“) zu Recht mehrfach hervorgehobenen Zielen der Verständlichkeit, der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens.¹

Diesen eigenen Anforderungen des Berichts wird der Vorentwurf leider in mehreren Bereichen (noch) nicht gerecht, wie nachstehend dargelegt wird.

1. Teil: Vorgeschlagene Reduktion der Pflichtteilsrechte

Gegen die Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Eltern von verheirateten Erblassern ist nichts einzuwenden. Dagegen besteht bei unverheirateten Erblassern ein Interesse des Gemeinwesens, dass der Pflichtteil den Eltern erhalten bleibt und damit als Beitrag an allfällige Alters- und Pflegeheimkosten zur Verfügung steht.

Die Reduktion des Pflichtteilsrechts des überlebenden Ehegatten von 1/4 des Nachlasses auf 1/8 (neben Nachkommen bzw. von 1/2 auf 1/4, wenn der Erblasser weder Nachkommen noch Erben des elterlichen Stammes hinterlässt), steht diametral im Gegensatz zur Bestrebung der Revision von 1984, die Position des überlebenden Ehegatten zu stärken. Selbst wenn eine weitere Stärkung der Ehegatten nicht notwendig erscheint, weil die Revision zusammen mit dem BVG in der Regel eher zu einer

¹ Hinzuweisen ist insbesondere auf folgende Stellen im Bericht:

- S. 6 oben: „Die Funktion des Familien- und Erbrechts besteht jedoch in der Bereitstellung eines verlässlichen rechtlichen Rahmens für die familiären Beziehungen.“
- S. 6 unten mit dem Zitat von Eugen Huber: „Die Sicherung des Friedens im Verhältnis der sich folgenden Geschlechter untereinander, die Erhaltung der einmal geschaffenen Werte über den Tod ihres einzelnen Trägers hinaus und die Durchführung eines billigen und wirtschaftlich angemessenen Verteilungsplanes der vom Erblasser hinterlassenen Güter.“
- S. 7 mitte: „Im Rahmen einer Revision ist darauf zu achten, dass nicht zusätzliche Rechtsfiguren geschaffen oder Regelungen getroffen werden, mit denen die **Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der geltenden Regelung beeinträchtigt** würde“
- S. 7 mitte: „Erbrechtliche Planungen sind ausserdem auf einen **Planungshorizont von mehreren Jahrzehnten** hinaus angelegt. Eine Revision des Erbrechts hat zur Folge, dass eine Person, die eine Verfügung von Todes wegen getroffen oder bewusst nicht getroffen hat, sich auf die neue gesetzliche Regelung einstellen und allenfalls eine neue Regelung treffen muss. Zu rasche Revision[en] führen auch hier zu einem **Verlust an Rechtssicherheit**.“
- S. 7 unten: „Erbrechtliche Konflikte sind häufig mit sehr vielen Emotionen verbunden, und eine zentrale Funktion des Rechts im Allgemeinen und des Erbrechts im Besonderen besteht in der **Vermeidung potenzieller Konflikte und der Gewährleistung des sozialen Friedens**. Die Rechtsordnung kann dieser Aufgabe allerdings nur nachkommen, wenn die relevanten Normen **möglichst klar und einfach** sind.“
- S. 7 unten: „Gerade im Erbrecht ist es deshalb wenn immer möglich anzustreben, dass **an klar umschriebenen Sachverhalten angeknüpft** wird. Dies entspricht dem Konzept des geltenden Recht, ... **Wie gravierend Unsicherheiten bei der Gesetzesauslegung sein können, machte der sog. Achtel-Streit deutlich**: ...“
- S. 8 oben: „In diesem Sinne sind im Erbrecht stets Lösungen anzustreben, die **vorhersehbar und überblickbar** sind.“

Überdotierung gegenüber den Nachkommen geführt hat (vgl. Bericht Fn 26 sowie nachstehend), ist eine Reduktion des Pflichtteils der Ehegatten dennoch abzulehnen.

Abzulehnen ist aber vor allem die Reduktion des Pflichtteilsrechts der Nachkommen von $\frac{3}{4}$ auf die Hälfte ihrer Erbquote, d.h. bei verheirateten Erblassern auf $\frac{2}{8}$ des Nachlasses.

Der Vorentwurf führt für die vorgeschlagene Reduktion folgende Gründe an, die sich bei einer näheren Prüfung als nicht stichhaltig erweisen:

- a) Aufgrund der gesteigerten Lebenserwartung habe das Erbrecht seinen Versorgungszweck verloren. Gegenargument: Der Versorgungszweck spielte schon immer eine untergeordnete Rolle, da in der grossen Mehrheit der Nachlässe nicht genügend Aktiven waren, dass die Nachkommen damit ihren Lebensunterhalt bestreiten konnten.
- b) Es sei eine Abnahme der Solidarität in der Familie festzustellen. Diese Behauptung ist nicht nachgewiesen und wird bestritten. Offensichtlich findet eine Verklärung der Vergangenheit statt. Und selbst wenn eine Abnahme der Solidarität in der Familie festzustellen wäre, sollte diese jedenfalls nicht noch gefördert werden. Entscheidend ist dabei in erster Linie das Argument der Streitvermeidung innerhalb der Familie. Auch wenn ein Pflichtteilsschutz von $\frac{3}{4}$ (falls der Erblasser keinen Ehegatten hinterlässt) im europäischen Umfeld hoch erscheinen mag, garantiert er doch, was aus Sicht der Praxis essentiell ist, die weitgehende Gleichbehandlung der Nachkommen.

Es hat sich gezeigt, dass bereits eine Pflichtteilssetzung auf $\frac{3}{4}$ von den betroffenen Personen nur schwer ertragen wird und oft Anlass für wüste Auseinandersetzungen zwischen den Geschwistern ist. Sollte nun (im Falle, dass kein überlebender Ehegatte mehr vorhanden ist) einem Kind $\frac{1}{4}$ des Nachlasses und dem anderen Kind $\frac{3}{4}$ zugewendet werden können, so würde dies von dem auf den Pflichtteil gesetzten zu Recht als ungerecht erachtet werden, was eine friedfertige Erbteilung blockieren und langwierige Teilungsprozesse provozieren würde.

Bei verheirateten Eltern könnte eines von 2 Kindern sogar auf $\frac{1}{8}$ beschränkt und den Geschwistern gemäss Vorentwurf $\frac{6}{8}$ zugewendet werden. Diese mögliche krasse Ungleichbehandlung wird in vielen Familien zu grossen Belastungen und zusätzlichen Konflikten und bereits zu Lebzeiten zu Ängsten und Misstrauen innerhalb der Familie führen, was den einleitend zitierten Zielen des Erbrechts diametral zuwider laufen würde.

- c) Zweck der neuen Regelung sei die Besserstellung des überlebenden Ehegatten. Dass dies weder stimmt, noch angebracht wäre, wurde bereits vorstehend gezeigt. Hinzu kommt, dass schon im geltenden Recht der überlebende Ehegatte gegenüber Nachkommen eher zu viel als zu wenig begünstigt werden kann, namentlich durch ehegüterrechtliche Begünstigungen. So kann heute durch Vereinbarung einer Güter-

gemeinschaft selbst gegenüber nicht-gemeinsamen Nachkommen dem überlebenden Ehegatten 13/16 des Gesamtgutes (d.h. auch der vom Erblasser ererbten Eigengüter) oder bei Errungenschaftsbeteiligung gegenüber gemeinsamen Nachkommen die ganzen ehelichen Ersparnisse, d.h. bei Ehegatten ohne Eigengüter sogar alles Vermögen, zugewendet werden.

Bei nicht gemeinsamen Nachkommen hat die übermässige Begünstigung des überlebenden Ehegatten zur Folge, dass die Kinder des Erstverstorbenen wenig und die Kinder des Zweitverstorbenen den ganzen Rest erhalten - was, wenn wie meist unklar ist, wer zuerst stirbt, zu einer Lotterie führen kann. Eine zusätzliche Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen würde diese stossende Situation noch vergrössern.

Zudem berücksichtigt der Vorentwurf nicht, dass heute für einen Grossteil der Ehegatten die **Vorsorgeguthaben den grössten Vermögenswert** der Familie darstellen, und diese in der Regel **vollumfänglich allein dem überlebenden Ehegatten** zukommen, weshalb eine Stärkung der erbrechtlichen Stellung der Nachkommen und nicht ihre zusätzliche Schlechterstellung geboten ist.

In diesem Sinn wird auch in der Lehre schon seit Langem darauf hingewiesen, dass für viele Familienkonstellationen nicht mehr eine Meistbegünstigung der Ehegatten, sondern **gegenteils** erbrechtlich **eine Mehrbegünstigung der Nachkommen angezeigt** sei.²

- d) Als weiteres Argument führt der Vorentwurf die grössere Bedeutung effektiver Näheverhältnisse (Konkubinat, Stiefkinder) an. Durch eine grössere disponible Quote könnte ihnen mehr zugewandt werden.

Vollumfänglich unterstützt wird der Vorentwurf, wenn er den Konkubinatspartnern und Stiefkindern kein gesetzliches Erbrecht zuerkennt. Es steht den Parteien frei, zu heiraten oder nicht. Jede Lebensform hat ihre Vor- und Nachteile. Eine grössere flexible Quote könnte allerdings dazu führen, den zweiten Ehegatten (oder die Kinder aus dieser zweiten Ehe) gegenüber den eigenen Kindern aus erster Ehe zu bevorzugen, was dem Familienfrieden ebenfalls nicht dienlich ist und keinesfalls gefördert werden sollte.

Auch die Begünstigung von Stiefkindern durch eine grösser disponible Quote vermag nicht zu überzeugen, da Stiefkinder ihr Erb- und Pflichtteilsrecht gegenüber ihren leiblichen Eltern behalten und damit doppelt bevorzugt werden können.

² Peter Breitschmid, Ehegüter- und Erbrecht – Grenzfragen und Zusammenhänge in: Testament und Erbvertrag, Hrsg. Breitschmid, Zürich 1991, S. 125 ff., mit der einleitenden Problemstellung: Fragwürdigkeit von «Meistbegünstigungsklauseln»; Thomas Geiser, Herkömmliche und neue Bedürfnisse bei der Gestaltung von Eheverträgen, AJP 1993, S. 1154 ff.; Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl. Bern 2007, passim, sowie dieselbe, Gedanken zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten, ZBJV 1999, S. 492 ff., und Andreas Flückiger, Nacherbeneinsetzung vs. Nutzniessungsvermächtnis – wozu raten?, successio 1/2015 S. 5 f.

- e) Grössere Pflichtteile werden zudem als erforderlich erklärt, um Nachfolgeregelungen bei KMU's zu erleichtern.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich hierbei um ein Einzelproblem weniger handelt, das auch bisher gelöst wurde. Familienunternehmen dürften auch künftig in weit unter 1 Promille der jährlich anfallenden Nachlässe enthalten sein und unter diesen bestehen wiederum nur in einem Bruchteil der Fälle geeignete familieninterne Übernahmesituationen, für die keine einvernehmliche Lösung gefunden werden kann.

Es sind unseres Wissens denn auch keine Studien bekannt, welche nachweisen würden, dass die schweizerischen KMU's aufgrund des bestehenden Erbrechts volkswirtschaftliche relevante Nachteile erleiden würden; im Gegenteil gelten doch die KMU's in der Schweiz als Stütze der Wirtschaft. Wegen der wenigen Fälle, für die vielleicht keine optimale familieninterne Lösung erzielt werden kann, rechtfertigt es sich gewiss nicht, für alle tausenden Nachlässe pro Jahr in der Schweiz die Pflichtteile zu reduzieren und die Ungleichbehandlungen sowie die daraus folgenden familieninternen Konflikte unter Geschwistern zu fördern.

- f) Wir argumentieren hier gegen unsere eigenen Standesinteressen, denn wenn die Vorlage umgesetzt würde, müsste ein Grossteil der bisherigen Nachlassregelungen überarbeitet werden, was viele neue Aufträge generieren würde, ebenso wie die zusätzlich geschürten Konflikte durch Ungleichbehandlungen von Nachkommen oder durch nachstehende Problembereiche.
- g) Die Praxis zeigt, dass noch viele Testamente ohne Beizug von Juristen kurz vor dem Ableben handschriftlich abgefasst werden. In der Praxis ist es quasi unmöglich, derartige Testamente anzufechten, da die Handlungsfähigkeit vermutet wird und die diesbezügliche Praxis der Gerichte äusserst streng ist. Ein hoher Pflichtteilsschutz schützt hier nun die Angehörigen vor Verfügungen, welche ein Erblasser im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte so wohl nicht getroffen hätte.

Auch der neu vorgeschlagene Art. 541a VE-ZGB gegen die Erbschleicherei hilft hier nur teilweise, da Erbschleicherei auch von Personen, die nicht in einem Vertrauensverhältnis in Ausübung ihrer beruflichen Funktion zum Erblasser stehen, begangen werden kann bzw. häufig begangen wird.

- h) Gleiches gilt für lebzeitige Verfügungen von betagten Erblassern, deren eingeschränkte Fähigkeiten noch keine KESB-Schutzmassnahmen ausgelöst haben, aber deren Erkenntnis- oder Bestimmungsfähigkeit oft lange, bevor eine hinreichende Altersdemenz festgestellt werden kann, so reduziert ist, dass Drittpersonen dies für Beeinflussungen bzw. Vermögenübertragungen schamlos ausnützen können.³

³ Zur Problematik s. Regina Aepli-Müller, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht, successio 1/2012, S. 4 ff. (insbesondere mit Hinweis auf das sogenannte «Demenz-Paradoxon»), wonach die demenzielle Erkrankung die Betroffenen gerade derjenigen kognitiven Fähigkeiten beraubt, welche für eine rationale Auseinandersetzung mit

Noch gravierender als die Enkeltrick- und Anlagebetrüger (z.B. Fall Behring), über die fast wöchentlich in den Zeitungen berichtet wird, sind in diesem Zusammenhang die Verluste, welche durch Beeinflussungen von falschen Freunden, eigennützigen Pflegepersonen und „guten“ Nachbarn etc. entstehen, welche sich das Vertrauen erschleichen und dann substantielle Vermögenswerte (oft das Hauptaktivum, die Liegenschaften) als Schenkung oder weit unter dem Verkehrswert auf sich oder nahestehende Drittpersonen übertragen lassen, wobei der Tatbestand der Übervorteilung in der Regel mangels einer Notlage nicht angerufen werden kann.

Diese problematischen Aspekte waren den Initianten offenbar nicht bewusst. Wie die Praxis zeigt, sind solche Fälle stark am Zunehmen und steigt diese Gefahr bzw. das Schutzbedürfnis mit der in den nächsten Jahrzehnten fortschreitenden Überalterung der Bevölkerung.⁴

Hier besteht tatsächlich Handlungsbedarf. Die als Art. 541a vorgeschlagene Regelung anerkennt zwar das analoge Problem der Erbschleichereien und versucht immerhin diese Auswüchse etwas einzudämmen.

Demgegenüber würden die eher noch heikleren und mindestens so stossenden Fälle der lebzeitigen Zuwendungen im bisherigen Vorschlag nicht nur in keiner Weise erfasst, sondern mittels einer Reduktion der Pflichtteile würde solchen Machenschaften Tür und Tor sogar noch weiter geöffnet.

Die Beibehaltung der bisherigen Pflichtteile schützt zumindest davor, dass nicht mehr als die verfügbaren Quoten von $\frac{3}{8}$ (bzw. $\frac{1}{4}$ bei unverheirateten Erblassern mit Nachkommen) durch solche, die Schwächen ausnützenden Drittpersonen „abdisponiert“ werden können, bzw. dass zumindest mittels Herabsetzungsklagen die Differenz wieder zurückgefordert werden kann, soweit noch Substanz greifbar ist. Dieser Schutz sollte keinesfalls reduziert werden, wie der Vorschlag bewirken würde.

- i) Auch für Patchworkfamilien drängt sich keine Reduktion der Nachkommen-Pflichtteile auf. Zumindest bei Patchworkfamilien verheirateter Erblasser bietet die verfügbare Quote von $\frac{3}{8}$ bei weitem genügend Spielraum für individuelle Lösungen. Soweit in Einzelfällen grössere Begünstigungsmöglichkeiten erwünscht sein können, wären im Sinne des Rechtsfriedens jedenfalls einvernehmliche Lösungen mit erbvertraglicher Einbindung der Nachkommen vorzuziehen, die bereits heute möglich sind und rechtssichere Vereinbarungen mit massgeschneiderten Klauseln zum Schutz der berechtigten Interessen ermöglichen, ohne unnötig Konflikte zu verursachen.

diesen Defiziten notwendig wären), und Andreas Flückiger, Nacherbeneinsetzung vs. Nutzniessungsvermächtnis – wozu raten?, successio 1/2015 S. 25 f. m.w.H.

⁴ Von der Demenz-Problematik sind mittlerweile bei den 85-Jährigen bereits 30-45% betroffen. Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Demenzercheinungen im Alter meist schleichend entwickeln. Aus psychologisch nachvollziehbaren Gründen werden diese Defizite von den Betroffenen meist über längere Zeit negiert und in ihrem näheren Umfeld gekonnt überspielt (vgl. Regina Aebi-Müller, a.a.O., successio 1/2012, S. 5, und Andreas Flückiger, a.a.O., successio 1/2015 S. 25 f. m.w.H.).

- j) Wie gezeigt wird die Problematik rund um Patchworkfamilien in erbrechtlicher Hinsicht vollkommen überschätzt und kann dies keine Rechtfertigung für eine Reduktion der Pflichtteile bieten. Im Übrigen würde die Anpassung des Erbrechts an die Patchworkfamilien Jahre zu früh kommen. Bei der heute und in den nächsten Jahrzehnten ablebenden Generation der 80-Jährigen sind die traditionellen Familienverhältnisse noch vorherrschend. Und selbst wenn künftig Patchworkfamilien zunehmen sollten, dürften weiterhin nur in einer äusserst kleinen Minderheit von Nachlässen Situationen gegeben sein, bei welchen aufgrund der bisherigen Pflichtteile eine unerwünschte Erbfolge eintreten würde.
- k) Schliesslich sprechen auch berechnigte Interessen der Steuerzahler bzw. des Gemeinwesens sowie anderer Gläubiger (insbesondere bei Unterhaltsschulden) gegen eine Reduktion der Pflichtteile:

Bei Nachkommen, die beispielsweise infolge Drogensucht oder aus anderen Gründen sozialhilfebedürftig wurden oder ihren Unterhaltspflichten nicht nachgekommen sind, weshalb die Alimenterbevorschussung einspringen musste, können dank der bisherigen Pflichtteile in Erbgängen oftmals substantielle Mittel wieder an das Gemeinwesen zurückgeführt werden. Es geht nicht an, dass Eltern mit ihrem Vermögen andere Kinder oder Dritte bevorzugen können, und dafür die Allgemeinheit für die Schulden ihrer überschuldeten Nachkommen dauerhaft aufkommen muss und auf Verlustscheinen sitzen bleibt.

Ebenso bedeutsam ist dies ausserhalb der Alimenterbevorschussung für die späte Begleichung von Verlustscheinforderungen geschiedener Ehegatten oder anderen Gläubiger. Die Pflichtteilsansprüche der Kinder sollten ihnen weiterhin im bisherigen Umfang auch die Begleichung ihrer Schulden ermöglichen. Diesem schutzwürdigen Interesse dient im geltenden Recht insbesondere Art. 480 ZGB, welcher festlegt, dass auch einem überschuldeten Kind nur die Hälfte seines Pflichtteils entzogen und dessen Nachkommen vermacht werden darf. Ebenso können Gläubiger gemäss Art. 524 ZGB (s. dazu auch nachstehenden Ergänzungsvorschlag) eine ungerechtfertigte Enterbung oder eine sonstige Verletzung des Pflichtteils eines Erben an seiner Stelle mittels Herabsetzungsklage anfechten.

Mit einer Reduktion der Pflichtteile würde (unbeabsichtigt) gleichzeitig dieser berechnigte Schutz des Gemeinwesens, der Unterhaltsgläubiger und der weiteren Gläubiger beeinträchtigt, was bisher ebenfalls übersehen wurde.

Aus all diesen Gründen sollte von der weit über das Ziel hinaus schießenden und in verschiedener Hinsicht kontraindizierten Reduktion der Pflichtteile abgesehen werden.

2. Teil: Zu den erbrechtlichen Bestimmungen im Einzelnen

Zu Art. 471 ZGB-VE

Im Vorstehenden wurde dargelegt, weshalb jedenfalls die Pflichtteile der Nachkommen nicht reduziert werden sollten und dass eine Vergrösserung der verfügbaren Quote insbesondere bei verheirateten Ehegatten weder notwendig noch sinnvoll ist. Soweit der Elternpflichtteil aufgehoben würde, wären diese in Art. 470 ZGB zu streichen.

Zu Art. 472 i.V.m. Art. 120, 217 und 241 ZGB-VE

Die vorgesehene Beschränkung des Pflichtteilsschutzes bei hängigen Scheidungsverfahren etc. kann zu stossenden Ergebnissen führen, wenn im Rahmen des Gerichtsverfahrens eine Rente oder ein anderer Vermögensvorteil zugesprochen worden wäre oder bereits vereinbart war, was dann mangels Scheidungsurteils entfällt, ohne dass gleichzeitig noch eine Beteiligung am Nachlass als Ersatz bestünde. Insofern sollte noch ein Ausgleich zu Lasten des Nachlasses vorgesehen werden, insbesondere soweit keine hinreichenden Ansprüche aus Güterrecht und Vorsorge bestehen.

Zudem sollte aus Gründen der Systematik in Ziffer 2. bei Fällen ohne gemeinsames Begehren nicht auf die Verfahrensdauer, sondern analog auf das Bestehen des alternativen Scheidungsanspruchs gemäss Art. 114 ZGB, d.h. ein mindestens 2-jähriges Getrenntleben vor Einleitung des Scheidungsverfahrens, abgestellt werden.

Zu Art. 476 ZGB-VE

Die Ersetzung des Rückkaufwertes durch den Wert der ausbezahlten Summe bei der Berechnung der Pflichtteile ist richtig.

Dagegen sollten unter Änderung von Abs. 2 VE mit dem gleichen Wert auch Versicherungen der 3. Säule sowie die Sparguthaben der 3. Säule wie bisher zum Güterrecht und zur Erbschaft gezählt werden.

Die vorgeschlagene Regelung, wonach die Dritte Säule nicht mehr in den Nachlass fallen soll, widerspricht der überwiegenden herrschenden Lehre (vgl. BSK ZGB II – Daniel Staehelin, Art. 476 N 21 und 22). Seit Jahren werden Nachlassplanungen auf dieser Basis erstellt, weshalb eine Änderung zur erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde.

Auch inhaltlich rechtfertigt es sich nicht, diese freiwilligen Leistungen den Nachkommen zu entziehen und einzig dem überlebenden Ehegatten zukommen zu lassen.

Zu Art. 484a ZGB-VE

Das Unterhaltsvermächtnis ist vollumfänglich abzulehnen. Der Vorentwurf gesteht selbst zu, dass dies eine Aufforderung zum Prozessieren ist. Dies darf es in familiären Verhältnissen nicht geben. Der Vorentwurf möchte hier eine Regelung für wenige Härtefälle schaffen. Eine Einzelfallgesetzgebung ist jedoch falsch. Aufgrund der staatlichen Sozialleistungen sollte es ausgesprochene Härtefälle auch gar nicht mehr geben.

Nicht geregelt sind bisher Pflegeleistungen für Personen, die nicht in faktischer Lebensgemeinschaft bei den Erblassern leben, z.B. der Kinder, bei welchen oft vergessen oder wegen Hemmungen unterlassen wird, dafür eine vertragliche Entlohnung zu vereinbaren. Zur Schliessung dieser Lücke wäre eine Erweiterung der Lidlohnansprüche in Art. 334 ZGB zu prüfen, welche bisher meist nicht bestehen, weil diese gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auf Leistungen von Personen, die im Haushalt des gepflegten Familienoberhauptes leben, beschränkt sind.⁵

Zu Art. 494 Abs. 4 ZGB-VE

Hier konnte in der Arbeitsgruppe keine einheitliche Meinung gefunden werden. Die bisher vorgeschlagene Ergänzung dürfte jedoch für die gemäss Bericht angestrebte Klärung der Rechtslage nicht genügen.

Zu Art. 494 ZGB Vorschlag für eine Ergänzung zu Abs. 3

Die übermässig strenge Auslegung von Art. 494 Abs. 3 ZGB in BGE 140 III 193, die von der Lehre zu Recht vielfach kritisiert worden ist, liess diese Bestimmung praktisch zu totem Buchstaben werden, da der vom Bundesgericht verlangte Nachweis eines direkten Schädigungsvorsatzes in der Praxis faktisch unmöglich zu erbringen ist. Dies kann nicht Absicht des Gesetzgebers bzw. dieser Bestimmung sein. Deshalb sollte im Gesetz ausdrücklich festgelegt werden, dass lebzeitige Verfügungen, welche die erbvertraglichen Zusagen wertmässig wesentlich schmälern, d.h. ausgenommen übliche Gelegenheitsgeschenke, auch ohne Schädigungsabsicht angefochten werden können, soweit solche Zuwendungen an Dritte anlässlich der erbvertraglichen Vereinbarung nicht explizit vorbehalten wurden.

Zu Art. 506 und 507 ZGB-VE audiovisuelle Nottestamente

Der Vorschlag wird unterstützt, wobei mittels Ergänzung von Art. 507 ZGB dem Schutz vor möglichen Fälschungen zusätzlich Rechnung zu tragen wäre:

⁵ vgl. Urteil 5C.133/2004 vom 5. Januar 2005 E. 4.2, in: ZBGR 87/2006 S. 412 und Pra 2005 Nr. 62 S. 481 ff.; jüngst bestätigt im Urteil 5A_682/2014 vom 16. Juli 2015 E. 7.1.

Das Aufnahmegerät mit dem Originaldatenträger müsste selbst amtlich sichergestellt werden, um allfällige Fälschungen nachweisen zu können.

Zu Art. 518 ZGB-VE Aufsicht über Willensvollstrecker

Die vorgeschlagene Konzentrierung der Aufsicht über den Willensvollstrecker bei den Gerichten würde nicht die gewünschte Vereinfachung bringen, sondern im Gegenteil zusätzliche Probleme schaffen, weshalb eine Alternative zu suchen ist, wie sie nachstehend skizziert wird:

Die Unklarheit des Rechtsmittels besteht heute praktisch ausschliesslich⁶ hinsichtlich der im Bericht S. 54 erwähnten Frage, ob eine dem Erblasser anlässlich seiner testamentarischen Anordnung bereits bekannte Befangenheit des Willensvollstreckers (infolge eines gravierenden Interessenkonfliktes) einen materiellen Ungültigkeitsgrund darstelle, der mittels Klage vor den Zivilgerichten geltend zu machen wäre, oder ob entsprechende Einwände (wie bei anderen Interessenkollisionen bzw. zusammen mit weiteren Befangenheitsgründen) im Beschwerdeverfahren vor der Aufsichtsbehörde vorgebracht werden können, was aus nachstehenden Gründen vernünftig wäre.

In dieser Frage sind durch eine Verkettung unglücklicher Umstände in Lehre und Rechtsprechung unnötig Zweifel aufgekommen. Ursprung war, dass das Bundesgericht vor über 50 Jahren in BGE 90 II 376 (ohne gesetzliche Grundlage) das Bestehen eines materiellen Ungültigkeitsgrundes angenommen hatte, damit in jenem Spezialfall die Berufungsfähigkeit als Zivilstreitigkeit bejaht und der vorinstanzliche Entscheid aufgehoben werden konnte, wobei es damals aber keineswegs eine ausschliessliche Zuständigkeit der Zivilgerichte postuliert hatte.⁷

Hintergrund war die Spezialkonstellation, dass das Bundesgericht die damalige Beschwerdeführerin FIDES in Aufhebung des Vorinstanzurteils gerade nicht aus der Verantwortung als Willensvollstreckerin entlassen wollte, da es diese in einem Parallelprozess am gleichen Tag (BGE 90 II 365) zur Herausgabe von Dokumenten an

⁶ Betreffend Honorarstreitigkeiten, die zeitweise noch zu Diskussionen Anlass gaben - hat das Bundesgericht erst kürzlich seine langjährige Praxis klar bestätigt, wonach diese Streitigkeiten bereits jetzt in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen (Urteil 5D_136/2015 vom 6. April 2016 E. 5.2: „...Als Zivilrechtsstreitigkeiten, die durch das ordentliche Gericht und nicht durch die Aufsichtsbehörde zu beurteilen sind, gelten auch Streitigkeiten über das Willensvollstreckerhonorar (BGE 78 II 123 E. 1a S. 125). Das Bundesgericht hat offengelassen, ob Honorarbezüge des Willensvollstreckers während des laufenden Mandats insoweit im Beschwerdeverfahren geprüft werden können, als Unzulänglichkeiten in formeller Hinsicht oder krass übersetzte Honorarforderungen Anhaltspunkte zur disziplinarischen Beurteilung der Mandatsführung geben. Fest steht, dass das Aufsichtsverfahren jedenfalls nicht bezweckt, die Grundlage für einen Honorarstreit oder einen Verantwortlichkeitsprozess zu schaffen (Urteil 5A_672/2013 vom 24. Februar 2014 E. 6.4).“)

⁷ BGE 90 II 376 E. 3 - E. 5, insb. E. 4 (Hervorhebungen beigegefügt): „... Von Bundesrechts wegen ist für die Geltendmachung derartiger - **im ZGB gar nicht vorgesehener - Testamentsmängel die gerichtliche Zuständigkeit nicht vorgeschrieben, weshalb Entscheide von Verwaltungsbehörden nicht verpönt sind** (Art. 54 Abs. 2 ZGB Schl).“

die Erben verpflichtet hatte (zur Ermöglichung einer Herabsetzungsklage gegen eine von der Willensvollstreckerin verwaltete Stiftung), und diese Herausgabepflicht, die (gemäss damaliger Rechtsprechung)⁸ nur mit ihrer Funktion als Willensvollstreckerin begründet werden konnte, im Interesse der Erben nicht wieder durch ihre Absetzung vereitelt werden sollte, wie sich aus dem Sachverhalt (F.) sowie aus E. 5 von BGE 90 II 376 ergibt.

In der Folge ist jener Entscheid aber – unter Ausserachtlassung seines spezifischen Hintergrundes – in Lehre und Rechtsprechung überinterpretiert worden und es wurde verschiedentlich angenommen, für solche Testamentsmängel seien ausschliesslich die Zivilgerichte zuständig, obwohl BGE 90 II 376 in E. 5 genau das Gegenteil festgestellt hatte.⁹

Auf diesen Umstand sowie auf die diversen Probleme, die aus einer (Teil-)Zuständigkeit der Zivilgerichte und der damit verbundenen Spaltung des Rechtsweges resultieren, wurde in jüngerer Zeit beispielsweise von Daniel Abt hingewiesen.¹⁰

Seit der Revision des Bundesgerichtsverfahrens macht die von BGE 90 II 376 konstruierte Trennung des Rechtsweges, die damals – wie gezeigt – nur zwecks Erreichung der Berufungsfähigkeit jenes Falles kreiert wurde, erst Recht keinen Sinn mehr; denn seither spielt jenes Kriterium gar keine Rolle mehr, da die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht im Bereich Willensvollstreckung nun generell, d.h. ebenso gegen Entscheide im verwaltungsrechtlichen Aufsichtsverfahren, möglich ist (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 5 BGG). Auch das Ziel der schweizweiten Vereinheitlichung der Rechtsprechung erfordert in diesem Zusammenhang daher nicht mehr die Einschaltung der Zivilgerichte.

Zu Recht halten deshalb Wolf/Genna in SPR IV/1 S. 347 f. fest, dass die Absetzung des Willensvollstreckers durch die Aufsichtsbehörde bei jeder Art von Interessenkollision durch die Aufsichtsbehörde möglich bleiben sollte, zumal die Differenzierung in der Praxis kaum vernünftig zu handhaben sei und für die Absetzung durch die Aufsichtsbehörde einzig der Nachweis einer Interessenkollision, ungeachtet des Zeitpunkts des Eintritts, massgebend sein müsse.

⁸ Heute könnte ein Auskunftsanspruch gegen sie auch als Organ der Stiftung bzw. gegen die Stiftung direkt bezüglich der empfangenen lebzeitigen Zuwendungen geltend gemacht werden (vgl. BGE 132 III 677).

⁹ Vgl. das Zitat von BGE 90 II 376 E. 4 in vorvorstehender Fussnote. Unglücklicherweise hat das Bundesgericht in einem kürzlichen Entscheid dennoch festgehalten, es bestehe gemäss BGE 90 II 376 eine ausschliessliche Zuständigkeit der Zivilgerichte, wobei es gleichzeitig – nur beiläufig und jedenfalls ohne Grundlage im Gesetz – von einem Ungültigkeitsklagegrund nach Art. 519/520 ZGB sprach (vgl. Arrêt 5A_55/2016 du 11 avril 2016 E. 3.1), ohne zu berücksichtigen, dass es im Leitentscheid BGE 90 II 376, auf das es sich ausdrücklich abstützte, in E. 3 und E. 4 im Gegenteil explizit festgehalten hatte, es handle sich dabei gerade nicht um einen gesetzlichen Ungültigkeitsgrund gemäss Art. 519 ZGB, sondern um einen anderweitigen Testamentsmangel.

¹⁰ Daniel Abt, Die Absetzung des Willensvollstreckers im Lichte der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Anwalts-Revue 2013/6-7, S. 266 ff., insb. S. 268, m.w.H. auf die jüngere Lehre.

Bei vertiefter Lektüre des ersten wie des jüngsten Urteils des Bundesgerichts zu dieser Thematik zeigt sich in diesem Sinn denn auch, dass in den konkreten Fällen mit anfänglichen, vom Erblasser gekannten Interessenkonflikten (aufgrund der Doppelrollen) jeweils trotzdem auch vom Bundesgericht ausführlich die konkreten Interessenkollisionen bzw. Pflichtverletzungsvorwürfe geprüft und diese für den Entscheid entsprechend als massgeblich behandelt wurden.¹¹

Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit den vorstehenden Argumenten Rechnung tragen und seine Rechtsprechung in diesem Sinn präzisieren wird.¹²

Zur Beseitigung der entstandenen Konfusion sollte jedoch – unabhängig von der erhofften Bereinigung durch das Bundesgericht – im Gesetz künftig klargestellt werden, dass für alle Fälle der Befangenheit von Willensvollstreckern (einschliesslich gravierender, dem Erblasser bekannter Interessenkonflikte) die Aufsichtsbehörden zuständig seien, welchen ja generell die Aufgabe zum Einschreiten bei wesentlichen Pflichtverletzungen der Willensvollstrecker obliegt.

Für die Priorisierung der Aufsichtsbehörden (gegenüber den Zivilgerichten) sprechen zusätzlich folgende Gründe:

Der gewöhnliche Zivilprozess mit seinem komplexen Verfahren und Weiterzugsmöglichkeiten sowie strenger Beweislast und Prozessmaximen ist für ein solches Thema viel zu aufwändig und würde erfahrungsgemäss viel zu lange dauern, wogegen im Aufsichtsverfahren die Behörden weder an die Dispositions- noch an die Verhandlungsmaxime gebunden sind, kein Schlichtungsverfahren zu zusätzlichen Verzögerungen führt und der Aufwand für die Parteien viel tiefer ausfällt. Zudem können die Aufsichtsbehörden erst noch alle Beteiligten von Amtes wegen in das Verfahren einbeziehen, was im Zivilprozess aufgrund der Dispositionsmaxime sowie der interpartes-Wirkung materiell-rechtlicher Ungültigkeitsklagen nicht möglich ist.¹³

Gerade bei Interessenkollisionen von Willensvollstreckern würde die interpartes-Wirkung der materiell-rechtlichen Ungültigkeitsklagen in all denjenigen Fällen zu faktisch unhaltbaren Situationen führen, in welchen nicht (zufällig) alle Erben im

¹¹ Bei BGE 90 II 376 über mehrere Seiten in den E. 5 und 6 sowie im Arrêt 5A_55/2016 du 11 avril 2016 ebenfalls sehr ausführlich in den E. 4 – E. 10.

¹² Leider hat das Bundesgericht dies im jüngsten Arrêt 5A_55/2016 du 11 avril 2016 noch verpasst und dort in E. 3.1, nicht nur entgegen der expliziten Feststellungen in BGE 90 II 376 (E. 3 und E. 4) sowie ohne gesetzliche Grundlage behauptet, es handle sich um einen Ungültigkeitsgrund gemäss Art. 519/520 ZGB, sondern auch die überzeugenden Argumente der Publikationen in jüngerer Zeit, welche – wie vorstehend dargelegt – klar gegen die Spaltung oder Gabelung des Rechtsweges bei Interessenkollisionen sprechen [vgl. insb. Abt., a.a.O. S. 268, und Wolf/Genna, a.a.O.], noch in keiner Weise berücksichtigt.

¹³ Vgl. zu diesen unerwünschten Nebenwirkungen einer Zuständigkeit der Zivilgerichte v.a. Abt., a.a.O. S. 268.

Prozess mitgewirkt hatten.¹⁴ Einzig materiell-rechtliche Ungültigkeitsgründe infolge Urteilsunfähigkeit etc., die ein ganz anderes Prozessthema umfassen, vertiefte Beweisverfahren erfordern und sich in der Regel gleichzeitig oder primär gegen die erbrechtlich Begünstigten richten werden, sollten unverändert in zivilgerichtlichen Klageverfahren behandelt werden.

Die Befangenheitseinwände gegen Willensvollstrecker sowie Beanstandungen seiner Untätigkeit oder anderer Pflichtversäumnisse erfordern demgegenüber ein Verfahren mit erga-omnes-Wirkung, das zudem rasch und möglichst unkompliziert durchgeführt werden kann, damit nicht troelerische Einwände die vom Erblasser angeordnete Willensvollstreckung über Jahre verzögern und verteuern können. Hier soll deshalb eine zeitnahe Prüfung durch eine Aufsichtsbehörde im summarischen Verfahren erfolgen.

Eine entsprechende Klarstellung ist (angesichts der in Lehre und Rechtsprechung aufgetretenen Kontroverse) im Interesse der Rechtssicherheit angezeigt.

Zu Art. 521 Abs. 1 ZGB-VE Vorschlag zur Ergänzung betreffend Neueröffnung

Gemäss Art. 511 wird eine testamentarische Verfügung durch ein späteres Testament, das nicht eine blosser Ergänzung darstellt, oder (hinsichtlich eines Vermächtnisses) durch eine lebzeitige Entäusserung einer vermachten Sache, auch ohne explizite Anordnung aufgehoben, d.h. rechtlich werden die früheren Testamente dadurch unwirksam und bleiben so ein rechtliches Nullum, so lange die späteren Verfügungen nicht auf Klage hin oder im Rahmen einer wirksamen Einrede oder mittels Vereinbarung für ungültig erklärt wurden.

Der aktuelle Wortlaut von Art. 521 ZGB berücksichtigt nicht, dass in diesen Konstellationen nach gutgeheissenen Ungültigkeitsklagen frühere Testamente wieder aufleben, nachdem die Prozesse über mehrere Instanzen viele Jahre gedauert haben können.

In solchen Fällen erfolgt bisher nicht automatisch eine offizielle Neueröffnung, welche eine neue 10-Jahresfrist auslösen würde. Dabei kann vor allem in mehrstufigen Anfechtungskonstellationen mit mehreren Testamenten, die nacheinander in verschiedenen Prozessen (mit oft unterschiedlichen Parteien) angefochten werden müssen und zu einer Ungültigkeit nicht nur des jüngsten, sondern in einem Folgeprozess auch zur Ungültigkeit eines z.B. zweitletzten Testamentes führen, die 10-Jahresfrist seit der ersten Eröffnung bereits abgelaufen sein, was gemäss Wortlaut eine Anfechtung verunmöglichen würde.

¹⁴ Vgl. dazu insb. Abt, a.a.O. S. 268.

Dies kann nicht die Meinung des Gesetzgebers sein. Hier wäre in einem neuen dritten Absatz eine einfache Klarstellung möglich, dass nach Ungültigerklärung späterer Testamente, die älteren Testamente neu zu eröffnen seien.

Zu Art. 522 Abs. 1 und Art. 523 ZGB-VE

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass die im VE vorgeschlagene Weglassung der Formulierung „*dem Werte nach*“ zu grosser Verunsicherung führen könnte, ob damit entgegen der aktuellen Lehre und Rechtsprechung eine Abfindung von Pflichtteilerben beispielsweise mittels Barlegaten nicht mehr möglich sein sollte. Dies wäre ein grosser Rückschritt, da dieses Institut in der Praxis eine grosse Bedeutung hat und viele Nachlassplanungen darauf abstellen. Die Formulierung „*dem Werte nach*“ sollte deshalb unbedingt wieder aufgenommen werden.

Die Einführung bzw. Klarstellung der Intestatherabsetzung ist richtig, wäre jedoch zur Vermeidung von Missverständnissen zu präzisieren:

So wären in Art. 522 Abs. 1 nach „*Herabsetzung der Erwerbungen von Todes wegen*“ die Worte „*auch von gesetzlichen Erben*“ einzufügen.

Und in Art. 523 wären nach „*so werden die*“ die Worte „*ihren Pflichtteil übersteigenden*“ einzufügen und im letzten Halbsatz die Worte „*ihren Pflichtteil*“ durch „*welche die Pflichtteile*“ zu ersetzen („... *so werden die ihren Pflichtteil übersteigenden Anteile der Miterben im Verhältnis der Beträge herabgesetzt, welche die Pflichtteile übersteigen*“).

Zu Art. 524 ZGB Vorschlag für eine Ergänzung bei vertraglichen Erbverzichten

Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid BGE 138 III 479 bei vertraglichen Erbverzichten eine stossende Lücke offen gelegt, die zum Schutze der Gläubiger (insbesondere des Gemeinwesens sowie von Unterhaltsberechtigten) wie bei den Sachverhalten gemäss bisherigem Art. 524 ZGB und den Art. 578/579 ZGB geschlossen werden sollte. Dies könnte mit einem 3. Absatz in Art. 524 ZGB wie folgt realisiert werden:

„*Verzichtet ein Pflichtteilsberechtigter vertraglich auf eine Erbanwartschaft ohne angemessenes Entgelt, so können die Konkursverwaltung des Erben oder dessen Gläubiger, die zur Zeit des Erbanges Verlustscheine besitzen, innerhalb eines Jahres seit Kenntnis des Erbanges und des Erbverzichtes dessen Herabsetzung verlangen und Nachlassaktiven im entsprechenden Umfang beanspruchen, soweit dies zu ihrer Deckung erforderlich ist.*“

Zu Art. 526 ZGB-VE

Die Ausgliederung des bisherigen Art. 526 in Art. 528 Abs. 3 ZGB mit der Anpassung an lebzeitige Zuwendungen erscheint sinnvoll.

Im neuen Art. 526, welcher ebenfalls sinnvoll erscheint, sollte jedoch im 1. Absatz das Wort „*ausgeschöpft*“ durch „*überschritten*“ ersetzt werden, weil nur die Überschreitung der Herabsetzung unterliegen kann.

Zu Art. 527 Ziff. 1 und 3 ZGB-VE

Zur Klarstellung und künftigen Vermeidung von Diskussionen (insb. der subjektiven oder objektiven Auslegungslehmeinungen) sollte im Sine der Ziele des Berichtes auf die effektiv erfolgende oder nicht stattfindende Ausgleichung abgestellt werden. Zudem wäre im Sinn der Vorschläge zu Art. 626 ZGB auf den Begriff Ausstattung zu verzichten und sollten zwecks Gleichbehandlung Zuwendungen an Ehegatten vom Wortlaut klar miterfasst werden. Entsprechend könnte Ziff. 1 wie folgt umformuliert werden:

„1. die unentgeltlichen Zuwendungen an gesetzliche Erben, insoweit für sie keine Ausgleichung erfolgt.“

Sollte an der Streichung von Art. 529 betreffend Lebensversicherungen festgehalten werden, wären diese neu in Art. 527 in Ziffern 1, 3 und 4 explizit zu ergänzen z.B. mit „*einschliesslich Begünstigungen aus Lebensversicherungen*“, womit Ziffer 1 neu lauten würde:

„1. die unentgeltlichen Zuwendungen, einschliesslich Begünstigungen aus Lebensversicherungen, an gesetzliche Erben, insoweit für sie keine Ausgleichung erfolgt.“

Zu Art. 529 ZGB-VE

Die Streichung dieser Bestimmung darf nicht ohne die vorstehende Präzisierung von Art. 527 ZGB oder eine analoge Ergänzung erfolgen.

Zu Art. 541a ZGB-VE Zuwendungen an Vertrauenspersonen

Der Versuch, für Zuwendungen an Vertrauenspersonen Schranken zu setzen, wird begrüsst, wobei der Vorschlag zu überarbeiten wäre.

Insbesondere wäre klarzustellen, dass mit diesem Viertel nicht die verfügbare Quote erweitert wird bzw. nicht die Pflichtteile reduziert werden können, sondern dass diese

Zuwendungen nur möglich sind, soweit die normale verfügbare Quote damit nicht überschritten wird.

Zudem wären auch lebzeitige Zuwendungen an diesen Personenkreis der gleichen Beschränkung zu unterwerfen, ansonsten diese e contrario frei und allenfalls sogar noch kumulativ zum erbrechtlichen Viertel möglich wären.

Und schliesslich wäre das Wort „Angehörigen“ durch den weiteren Begriff „Nahestehenden“ zu ersetzen, damit auch Zuwendungen an Konkubinatspartner von Vertrauenspersonen oder deren Strohleute erfasst würden.

Zu Art. 555 Abs. 1 ZGB-VE

Die Reduktion der Frist von einem Jahr auf sechs Monate wird unterstützt.

Zu Art. 556 ZGB Vorschlag für Eröffnung von Erbverträgen und Eheverträgen

Der bisherige Wortlaut von Art. 556 ZGB ist lückenhaft, weil er lediglich Testamente (letztwillige Verfügungen) erwähnt, obwohl ein analoges Bedürfnis für die Eröffnung von Erbverträgen und Eheverträgen besteht, soweit deren Bestimmungen, wie dies meist der Fall ist, Auswirkungen auf den Nachlass haben. Dies sollte anlässlich der Revision klargestellt werden.

Zu Art. 559 Abs. 1 ZGB-VE

Richtig ist, auch den gesetzlichen Erben einen Erbschein auszustellen, wie dies gängiger Praxis entspricht.

Zu Art. 564 ZGB-VE Vorrang der Vermächtnisnehmer gegen Gläubiger des beschwerten Erben

Der Vorschlag ist richtig.

Zu Art. 568 ZGB Vorschlag für Ergänzung/Präzisierung

Heute ist für die Erben oft unklar, welchen rechtlichen Charakter kantonale Inventare haben, d.h. ob die nach kantonalem Recht i.V.m. Art. 553 Abs. 3 ZGB von Amtes wegen aufzunehmenden Inventare stets den Charakter eines Sicherungsinventares im Sinne von Art. 568 ZGB aufweisen, auch wenn sie z.B. steuerrechtlich motiviert sind.

Diese Unsicherheit kann dazu führen, dass die Fristen für die Beantragung eines öffentlichen Inventares oder für die Ausschlagung aus Unwissenheit verpasst werden, was stossend ist und vermieden werden sollte. Dies gilt besonders für Erben, die bisher

keinen konkreten Einblick in die Vermögensverhältnisse des Erblassers hatten, wie dies häufig der Fall ist. Angesichts dieser Tatsache sowie der drohenden Solidarhaftung für unbekannte Schulden in unbegrenzter Höhe sind die gesetzlichen Fristen allgemein zu kurz und sollte deren Beginn im Interesse aller Beteiligten klar feststellbar sein.

Künftig sollte deshalb in allen Fällen, in denen von Amtes wegen ein Inventar aufzunehmen ist (unabhängig davon, ob es sich dabei um ein Steuer-, ein Sicherungs- oder ein anderweitiges Inventar nach kantonalem Recht handelt), das Vertrauen der Erben darauf, dass ihnen dieses amtliche Inventar nach Fertigstellung gewisse Klarheit über die Zusammensetzung des Nachlasses als (zumindest provisorische) Entscheidungsbasis bieten werde und ihrerseits nicht sofort nach dem Erbgang eigene Ermittlungen erforderlich sind, geschützt werden. In diesem Sinn sollte den Erben zugestanden werden, dass die Fristen zur Ausschlagung (und ebenso für ein Begehren um öffentliches Inventar) erst nach Abschluss eines amtlichen Inventares beginnt.

Der gleiche Fristbeginn sollte zudem gelten, wenn auf Begehren eines Erben ein Sicherungsinventar aufgenommen wird, zumindest sofern jenes innert 3 Monaten seit dem Ableben beantragt wurde.

Zu Art. 578 ZGB-VE Amtliche Verwaltung im Anschluss an Ausschlagung eines überschuldeten Erben

Die Vorschläge werden unterstützt.

Zu Art. 579 ZGB-VE

Hier bringt der Vorschlag im VE keinen ersichtlichen Gewinn, sondern im Gegenteil Nachteile:

Der Begriff „Ausstattung“ hat in der Praxis schon zu Auslegungsschwierigkeiten geführt, weshalb dieser zu vermeiden ist und stattdessen mit heute üblichen Begriffen möglichst klar umschrieben werden sollte, welche Zuwendungen nicht zu Gunsten der Gläubiger erfasst werden sollen.

Die bisherige Fassung des Gesetzes ist insofern klarer. Gleiches gilt für die ausdrückliche Erwähnung der Kosten von Erziehung und Ausbildung, welche nicht aufgegeben werden sollte.

Zu Art. 580 Abs. 2 ZGB Vorschlag für angemessenere Frist

Die Monatsfrist für die Beantragung eines öffentlichen Inventars ist meist viel zu kurz und sollte auf mindestens 3 Monate verlängert werden, sofern nicht bereits aus anderen Gründen ein amtliches Inventar aufgenommen wurde.

Zu Art. 600 ZGB-VE

Im Sinn des vorstehenden Vorschlages zu Art. 521 ZGB sollte auch hier für die 10-Jahresfrist die Neueröffnung von älteren Testamenten nach deren Wiederaufleben einbezogen werden. Denn ein aus dem früheren, aufgehobenen Testament berufener Erbe kann erst nach Erreichung seiner Erbenstellung, welche er mittels Ungültigkeitsklage gegen die im späteren Testament als Erben eingesetzten Personen erstreiten muss, eine Erbschaftsklage gegen Drittpersonen erheben.

Zu Art. 601a ZGB-VE Informationsrecht

Grundsätzlich wird die Regelung des Informationsrechts begrüsst. Zur Präzisierung und besseren Verständnis sowie zur Schliessung von Lücken wären jedoch folgende Ergänzungen vorzunehmen:

- Im 1. Absatz wären vor die Worte „*Vermögenswerte des Erblassers verwaltet*“ die Worte „*früher oder beim Ableben*“ einzufügen.
- Gemäss Bericht S. 41 soll die neue Bestimmung auch Konti etc. mit bloss wirtschaftlicher Berechtigung des Erblassers erfassen. Dies wäre z.B. in einem 3. Absatz ausdrücklich festzuhalten. In diesem Zusammenhang wäre auch das rechtliche Gehör der rechtlichen Kontoinhaber zu erwähnen.

Bevor Daten über seine Bankbeziehung den Erben des (angeblich) wirtschaftlich berechtigten Erblassers offen gelegt werden, muss dieser zur Wahrung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 BV die Möglichkeit haben, um eigene schutzwürdige Interessen geltend zu machen und vor allem den behaupteten (Noch)-Bestand einer wirtschaftlichen Berechtigung des Erblassers und seiner Erben widerlegen zu können, denn selbst eine früher bestehende wirtschaftliche Berechtigung kann später (z.B. durch Beendigung eines Treuhandverhältnisses) aufgehoben und das Konto für andere Zwecke verwendet worden sein, worüber die kontoführenden Banken nicht aktuell informiert und dokumentiert sein müssen, weshalb der Einbezug der Kontoinhaber bereits im frühen Stadium unerlässlich ist.

In diesem Sinn hat das Bundesgericht kürzlich in einem Leitescheid im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens zu Recht festgehalten, dass vor Herausgabe der verlangten Informationen zuerst den rechtlichen Kontoinhabern das

rechtliche Gehör zu gewähren sei und diese (wie die wirtschaftlich Berechtigten) zur Beschwerde gegen die rechtshilfweise Beweiserhebung legitimiert seien.¹⁵

- Im 2. Absatz wäre vor „*Anspruch*“ das Wort „*erbrechtliche*“ einzufügen und zu präzisieren (zumindest in der Botschaft), dass bei ererbten vertraglichen Informationsrechten die gesetzliche Aufbewahrungsfrist für Geschäftsunterlagen dadurch nicht verlängert werde, sofern der Anspruch nicht vor Ablauf der Aufbewahrungsfrist geltend gemacht wurde. Denn in diesem Fall müssen sich Beauftragte darauf verlassen können, dass sie ihre Geschäftsunterlagen nach 10 Jahren entsorgen dürfen, auch wenn ihre Auftraggeber natürliche Personen waren, die später sterben und möglicherweise Erben mit Auskunftsinteressen hinterlassen können.
- Im bisherigen 3. Absatz sollte der Textteil „*nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden*“ ersetzt werden durch die Formulierung „*seitens des Erblassers nicht entzogen werden*“.
- Die Klarstellung im letzten Teil des bisherigen 3. Absatzes, wonach das Berufsgeheimnis nicht entgegengehalten werden könne, ist angesichts des umstrittenen BGE 135 III 597 angezeigt, denn erbrechtliche Ansprüche sollen nicht durch Berufsgeheimnisse vereitelt werden können, zumal die Erben infolge Universal-sukzession in die vertragliche Stellung des Erblassers gegenüber den Berufsgeheimnisträgern eintreten (vgl. die überzeugenden Einwände von Prof. Iole Fagnoli in AJP 2010 S. 380 ff.).
- Aus dem gleichen Grund wäre jedoch in einem weiteren Absatz auch anzuordnen, dass Personen, welche zur Geltendmachung der Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen oder einer lebzeitigen Zuwendung auf Informationen angewiesen sind, die für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit von Bedeutung sein können, einen Informationsanspruch gegenüber Ärzten und Spitälern und anderen Berufs- oder Amtsgeheimnisträgern (z.B. KESB) haben, denn diese Informationen sind bereits vorprozessual nötig, um die Prozessaussichten für die kostspieligen Klageverfahren abschätzen zu können.

Und gerade darin liegt heute ein grosses Hindernis für die berechtigten Erben zur Aufhebung anfechtbarer Verfügungen, die nicht dem wahren/urteilsfähigen Willen des Erblassers entsprochen haben, so dass hier bisher der Daten-Opferschutz gleichsam zum Täterschutz wird, was künftig verhindert werden sollte.

¹⁵ Urteil 4A_340/2015 vom 21. Dezember 2015 (=BGE 142 III 116) mit Gutheissung der Beschwerde. Vgl. im gl.Sinn für das Vollstreckungsverfahren Daniel Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 343 N 36.

Zu Art. 626 Abs. 2 ZGB-VE Ausgleichung

Ungeregelt bleibt hier die Definition der Ausstattung in Art. 626 Abs. 2 ZGB. Dieser Begriff sollte ersetzt werden, zumal unter dem geltenden Recht Luxuszuwendungen (Yachtfall) nicht ausgleichungspflichtig sind, was sachlich nicht richtig ist. Stattdessen müssten alle substantiellen Zuwendungen, soweit sie nicht vom Erblasser oder durch die nachfolgenden Bestimmungen ausgenommen wurden (Art. 627, 629, 631 und für Gelegenheitsgeschenke Art. 632 ZGB), der Ausgleichung unterliegen. Zudem sollten Ehegatten betreffend Ausgleichung mit den Nachkommen gleichgestellt werden, denn die einseitige Bevorzugung in diesem Bereich führt zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Resultat. Im revidierten Gesetzestext sollte dies möglichst klar zum Ausdruck kommen. Folgende Formulierung wäre dafür denkbar:

„Als Erbvorbezug von Nachkommen und Ehegatten gelten alle Zuwendungen, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt und soweit nicht eine der nachstehenden Ausnahmebestimmungen Anwendung findet.“

* * * * *

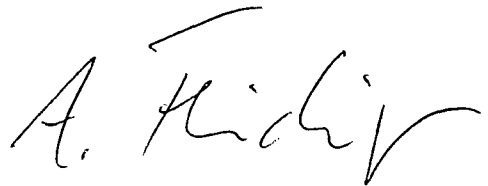
Vielen Dank für Ihre geschätzte Kenntnisnahme.

Wir wären Ihnen zudem dankbar, wenn Sie uns über das Ergebnis der Vernehmlassung nach Auswertung der Stellungnahmen informieren könnten.

Mit freundlichen Grüssen
im Auftrag der Advokatenkammer Basel



Prof. Dr. Daniel Staehelin



Dr. Andreas Flückiger

cc per E-Mail: alexandre.brodard@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bernerhof
3003 Bern
alexandre.brodard@bj.admin.ch

Zürich, 14. Juni 2016

**Vernehmlassungsantwort des Schweizerischen Versicherungsverbandes zur
Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Brodard
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für Ihr Schreiben vom März 2016, mit welchem Sie uns zur Stellungnahme zur vorgesehenen Änderung des Zivilgesetzbuches eingeladen haben. Der SVV hat sich intensiv mit der Vernehmlassungsvorlage auseinandergesetzt und nimmt die Gelegenheit gerne wahr, Ihnen nachfolgend innert Frist, die Vernehmlassungsantwort der Privatversicherer zu unterbreiten:

Zusammenfassung

Die Versicherungsbranche spricht sich gegen die geplante Änderung aus, in der erbrechtlichen Auseinandersetzung künftig an Stelle der Rückkaufsfähigkeit bzw. des Rückkaufswertes als Berechnungsgrösse für Lebensversicherungen auf die tatsächlich ausbezahlte Todesfallleistung abzustellen. Die Versicherungsbranche kann den geplanten Wechsel aufgrund mehrerer Überlegungen **nicht unterstützen**.

Der Gesetzgeber ändert ohne Not die bewährte und schlüssige Berechnungsgrösse von Lebensversicherungsansprüchen infolge Tod ohne erkennbare Vorteile für die Erben und Begünstigten. Er schafft mit der anstehenden Revision im Vergleich zum geltenden Recht Unklarheiten und Ungereimtheiten.

Der SVV plädiert **für die Beibehaltung der bisherigen Regelung in Art. 476 und 529 ZGB**, welche auf den Rückkaufswert als eindeutige technische Grösse abstellt.

I. Vernehmlassung zu den einzelnen Neuerungen im Vorentwurf (VE-ZGB) der Erbrechtsrevision, welche die Lebensversicherung betreffen.

1. Ausschluss der gebundenen Vorsorge (Art. 476 Abs. 2 VE-ZGB)

Die explizite Regelung, wonach Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers (2. Säule) zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 BVG (Säule 3a), nicht mehr zur Erbschaft gehören sollen, ist zu begrüssen und sorgt für Klarheit. Bis anhin war dies in Bezug auf die Säule 3a in der Lehre und Literatur strittig. Neu sollen Leistungen aus Lebensversicherungs- sowie aus Bankprodukten der gebundenen Vorsorge (Säule 3a) - infolge Tod des Vertragspartners nicht der erbrechtlichen «Hinzurechnung» und «Herabsetzung» zugunsten von pflichtteilgeschützten Erben unterliegen¹. Dies sollte aus dem Wortlaut der neuen Gesetzesbestimmung klarer hervorgehen, weshalb wir eine Präzisierung von **Art. 476 Abs. 2 (neu 3) VE-ZGB** beantragen (vgl. Anträge am Schluss)

2. Änderung der Berechnungsgrösse für Versicherungsleistungen infolge Tod (Art. 476 Abs. 1 VE-ZGB)

Nach dem Vorentwurf sollen neu Lebensversicherungsansprüche von Dritten, die mit dem Tod des Erblassers zur Auszahlung gelangen, zum Vermögen, sprich zur Erbschaft des Erblassers, hinzugerechnet werden. Diese Regelung, welche ausschliesslich Todesfallleistungen aus der freien Vorsorge der Säule 3b betrifft, knüpft nicht mehr an die Rückkaufsfähigkeit nach Art. 90 Abs. 2 VVG und damit an den Rückkaufswert im Zeitpunkt des Todes an, sondern stellt neu auf die bei Tod erbrachte Versicherungsleistung ab, unabhängig davon, ob es sich im Einzelfall um eine kapitalbildende Versicherung oder um eine reine Risikoversicherung ohne Sparprozess handelt. Eine Abkehr von der Anknüpfung an den Rückkaufswert (Substanzwert) ist aufgrund der nachstehenden materiell-rechtlichen Ausführungen in mehrfacher Hinsicht abzulehnen.

2.1 Beschränkung auf Lebensversicherungsansprüche von Dritten

Die Regelung beschränkt sich gemäss dem Wortlaut des Vorentwurfs auf *Lebensversicherungsansprüche von Dritten*, was zu Missverständnissen Anlass geben kann, da der Begriff «Dritte» sich nach unserem Verständnis nicht nur auf Personen, die nicht Erben sind, bezieht, sondern sämtliche Personen meint, die gegenüber dem Versicherungsunternehmen einen Direktanspruch haben, der ihnen mittels versicherungsvertraglicher Begünstigung oder durch letztwillige Verfügung zugewiesen wurde. Deshalb ist der Begriff «von Dritten» zu streichen.

¹ Vgl. Erläuternder Bericht, Seite 35: "Die Guthaben, welche die Erben und die übrigen Begünstigten aus der Säule 3a erhalten, sind somit nicht Teil des Nachlasses und können nicht Gegenstand einer Ausgleichung oder einer Hinzurechnung bilden."

2.2 Abkehr von der Rückkauffähigkeit und dem Rückkaufswert als Berechnungsgrösse

Der Bundesrat hat im Vorentwurf ohne Not die Grundlage für die betragsmässige Berechnung einer erbrechtlichen Hinzurechnung geändert und will neu sämtliche Versicherungsleistungen infolge Tod, also auch solche aus reinen Risikoversicherungen, dem Vermögen bzw. Nachlass des Erblassers betragsmässig hinzurechnen, obwohl sich die bisherige Regelung, welche auf den Rückkaufswert und damit auf den Verkehrs- und Substanzwert im Zeitpunkt des Todes abstellte, bewährt hat. Die beabsichtigte Neuregelung schafft neue Ungerechtigkeiten und Ungereimtheiten im geltenden Recht.

Das Abstellen auf die effektiv ausbezahlte Todesfallsumme und nicht auf den Rückkaufswert und damit auf den Verkehrs- und Substanzwert der Versicherung im Zeitpunkt des Todes widerspricht gerade dem angestrebten Modernisierungsgedanken des Bundesrats, da der Erblasser eben nicht mehr «freier» über sein Vermögen verfügen kann, sondern dadurch erheblich eingeschränkt würde. Wie der erläuternde Bericht darlegt, haben sich die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen in den letzten Jahren/Jahrzehnten stark liberalisiert. Es ist nicht selten, dass der Erblasser das Mittel einer Lebensversicherung wählt, um einen Lebenspartner oder nicht erbberechtigte Angehörige ausserhalb der Familie für den Fall seines Ablebens abzusichern. Dies kann durch eine kapitalbildende Versicherung oder durch eine reine Todesfall-Risikoversicherung geschehen.

Reine Todesfall – Risikoversicherungen

Reine Todesfallversicherungen, welche die Möglichkeit bieten, Vermögenswerte an Familienangehörige, Lebenspartner oder anderweitig nahestehende Personen, wie Patenkinder, Geschäftspartner etc. zukommen zu lassen, ohne Auswirkung auf die Pflichtteilsansprüche, dürften mit der beabsichtigten Neuregelung an Bedeutung und Sinnhaftigkeit verlieren. Gravierend sind die Auswirkungen sowohl im Privat- wie auch im Geschäftsbereich. Im Geschäftsbereich dient die Lebensversicherung regelmässig als Sicherung für bestehende, zu Lebzeiten eingegangene Verpflichtungen des Erblassers. Zu denken ist beispielsweise an die *sog. Keyman-Versicherung*, wo reine Todesfall-Risikoversicherungen zum Schutz bzw. zur Sicherstellung der weiteren Geschäftsfähigkeit des eigenen Unternehmens zu Gunsten Dritter (Gesellschafter, Geschäftspartner, Gläubiger, etc.) abgeschlossen werden. Miterfasst von einer grundsätzlichen Hinzurechnung von Versicherungsleistungen zum Nachlass wären auch die *Abtretung* einzelner Versicherungsansprüche an Dritte, insbesondere an Ex-Ehegatten oder Banken zur Absicherung eingegangener Verpflichtungen. So wird im Bereich der Vor- und Fürsorge in der Praxis oftmals eine Vorsorgelücke oder eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem geschiedenen Ehegatten (auch gerade weil bei der Scheidung zu wenig Mittel vorhanden sind) durch Abschluss einer reinen Todesfall-Risikoversicherung abgesichert. Bereits diese Beispiele zeigen, dass eine solche Regelung dem Modernisierungsgedanken des Bundesrates zuwiderläuft und im Kern einen Rückschritt bedeutet, da solche Ansprüche jeweils unter dem Damoklesschwert einer erbrechtlichen Herabsetzung stünden.

Zudem würde die beabsichtigte Regelung berechnete Erwartungen von Versicherungsnehmern bestehender Verträge in schwerwiegender Weise beeinträchtigen und die mit der Versicherung angestrebte Nachlassplanung stark verändern.

Kommt hinzu, dass der Erblasser mit der Begründung einer reinen Risikoversicherung keine Vermögenswerte (ausser der dafür bis zum Tod aufgewendeten Risikoprämie) seinem Nachlass entzieht. Es ist daher nicht einzusehen, warum Todesfallsummen aus reinen Risikoversicherungen (ohne Substanzwert) mathematisch zur Berechnung der verfügbaren Quote dem Vermögen des Erblassers hinzugerechnet werden sollen. Anwartschaftliche Versicherungsansprüche stellen keinen Vermögenswert des Erblassers dar, den es zu verteilen gilt. Hierfür fehlt auch eine überzeugende Begründung im erläuternden Bericht vom 4. März 2016.

Traditionelle Lebensversicherungen

Betroffen von der Abkehr vom Rückkaufswert hin zur effektiv ausbezahlten Todesfallsumme sind auch die *traditionellen Lebensversicherungen* (gemischte Versicherungen/Sparversicherungen). Kapitalbildende Produkte sind besonders bei jungen Familien beliebt, etwa für die indirekte Amortisation von Hypotheken. Schliesst beispielsweise eine Familie mit zwei Kindern eine solche Versicherung ab, ist der Rückkaufswert zu Beginn gering und steigt im Laufe der Versicherungsdauer bis zur vertraglich vereinbarten Versicherungssumme. Stirbt ein Elternteil relativ früh, entspricht die Todesfalleistung dem vereinbarten Betrag, der Rückkaufswert dagegen ist weit geringer. Gemäss der beabsichtigten Neuregelung würde das Vermögen gegenüber der heutigen Regelung stark anwachsen. Dies hätte neben dem Anstieg des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten auch Auswirkungen auf die Pflichtteile der Nachkommen und könnte somit letztlich die Hypothek und damit den Erhalt der Liegenschaft für die Familie insgesamt gefährden. Die hieraus resultierenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen sind im heutigen Zeitpunkt schwer abschätzbar. Mit der Beibehaltung der bestehenden Regelung können jedoch solche negativen und unerwünschten Folgen verhindert werden.

Private Unfallversicherungen

Ausserdem gelangen in anderen Versicherungszweigen ausserhalb der Lebensversicherung wie beispielsweise in der privaten Unfallversicherung (Einzel- oder Kollektiv-Versicherung) ebenfalls Todesfallkapitalien von Versicherten zur Auszahlung an Begünstigte, welche von der Bestimmung in Art. 476 VE-ZGB aber nicht erfasst würden. Eine solche Regelung verletzt unserer Ansicht nach klar das Gleichbehandlungsgebot und benachteiligt die Lebensversicherung ohne ersichtlichen Grund.

2.3 Inkonsistenz zum Eherecht bzw. ehelichen Güterrecht

Darüber hinaus führt die Abkehr von der Rückkaufsfähigkeit bzw. vom Rückkaufswert als massgebender Vermögenswert des Erblassers zur Inkonsistenz im Eherecht. Bekanntlich ist dem Erbrecht das eheliche Güterrecht vorgelagert, so dass bei Auflösung der Ehe durch Tod zuerst die güterrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten erfolgt, bevor die Pflichtteilsansprüche sowie die freie Quote bestimmt werden können. Als massgebende Grösse einer allfälligen güterrechtlichen Hinzurechnung gilt nach herrschender Lehre ebenfalls der Rückkaufswert im Zeitpunkt des Todes des Versicherungsnehmers. Diese Lösung ist nach herrschender Lehre sachgerecht, da die mit den Mitteln der Errungenschaft einbezahlten Prämien mit dem Rückkaufswert gehörig im Vermögen des überlebenden Ehegatten Berücksichtigung finden. Weist die Versicherung im Todesfall hingegen keinen Substanzwert auf, entfällt auch eine güterrechtliche Berücksichtigung. Die Privatversicherer bedauern, dass im Rahmen der beabsichtigten Teilrevision des Erbrechts neue Inkonsistenzen mit dem ehelichen Güterrecht geschaffen werden sollten. Dies wäre durch die Beibehaltung der bisherigen Regelung vermeidbar.

3. Ersatzlose Streichung von Art. 529 ZGB und damit der Berechnungsgrösse in der Herabsetzung

Der SVV kritisiert die ersatzlose Streichung von Art. 529 ZGB, welcher die gesetzliche Grundlage für eine «Herabsetzung» von Versicherungsansprüchen infolge Tod bildet und welcher die zur Herabsetzung massgebende Berechnungsgrösse, nämlich den Rückkaufswert, definiert. Weder der in Ziffer 1+3 neu formulierte Art. 527 VE-ZGB noch der angepasste Art. 476 Abs. 1 VE-ZGB bestimmen die für eine Herabsetzung massgebende Berechnungsgrösse. Bei Art. 476 VE-ZGB, der neu auf die tatsächlich ausbezahlte Todesfallsumme abstellen soll, handelt es sich lediglich um eine Hinzurechnungsregel zum Vermögen des Erblassers für die Berechnung der verfügbaren Quote (vgl. dazu Randmarginalie: «*V. Berechnung des verfügbaren Teils*»).

Die neuen Formulierungen in Art. 527 Ziff. 1+3 VE-ZGB sowie die bestehenden Normierungen in Ziffer 2+4 regeln die Herabsetzungstatbestände bei Verfügungen unter Lebenden. Sofern einer dieser Tatbestände erfüllt ist, kann die mittels versicherungsvertraglicher Begünstigung erfolgte Verfügung über den Versicherungsanspruch inskünftig zwecks Herabsetzung bis zur Wiederherstellung der Pflichtteile herangezogen werden. Unter Zugrundelegung des neu formulierten Art. 527 VE-ZGB stellt sich bei Todesfalleleistungen aus reinen Risikoversicherungen jedoch nunmehr die grundsätzliche Frage, ob überhaupt eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt, da zu Lebzeiten keine den Nachlass vermindernde Disposition über Vermögenswerte erfolgte, da die ausbezahlte Todesfallsumme nie zum Vermögen des Erblassers gehörte. Ziffer 4 dürfte bei reinen Risikoversicherungen ausser Betracht fallen, da hier kaum eine Entäusserung von Vermögenswerten angenommen werden kann. Durch die Streichung von Art. 529 ZGB wird unklar, ob eine Herabsetzung und welche Berechnungsgrösse bei der Herabsetzung von Versicherungsansprüchen gelten soll.

Dies dürfte wohl kaum beabsichtigt gewesen sein und führt zu erheblichen und unerwünschten Rechtsunsicherheiten.

4. Stossrichtung der Neuregelung

Die mit der Revision angestrebte Flexibilisierung wird bei Erblassern, welche mit Lebensversicherungen vorgesorgt haben, nicht erhöht, sondern im Gegenteil verkleinert. Die Begründung im Erläuterungsbericht für die neue Regelung für Lebensversicherungsansprüche ist nicht überzeugend, da die dadurch angestrebte Kompensation der durch die Gesetzesänderung bewirkten Reduktion der Pflichtteile für alle übrigen Herabsetzungstatbestände auch herangezogen werden kann und zu neuen Benachteiligungen führt. Mit der vorgeschlagenen Änderung in Art. 476 VE-ZGB, quasi als Kompensation der Herabsetzung der Pflichtteile, wird unseres Erachtens die angestrebte Flexibilität in den Verfügungsmöglichkeiten für den Erblasser stark eingeschränkt und verwässert, so dass die beabsichtigte Neuregelung unseres Erachtens nicht als angemessen qualifiziert werden kann.

II. Fazit

Der SVV postuliert aufgrund der vorstehenden Überlegungen die Beibehaltung der bisherigen Regelungen in Art. 476 Abs. 1 und Art. 529 ZGB unter Zugrundelegung des Rückkaufswertes als anerkannte Berechnungsgrösse und Substanzwert für Lebensversicherungen. Es ist sachgerecht, dass die bestehende gesetzliche Regelung auf den Wert der Versicherungsforderung im Augenblick vor dem Tod des Erblassers abstellt. Die Privatversicherer stellen sich klar auf den Standpunkt, dass die Differenz zwischen dem Rückkaufswert und der vollen Versicherungssumme nicht aus dem Vermögen des Erblassers kommt, sondern, ausgelöst durch seinen Tod, aus dem Vermögen des Versicherers. Dieser trägt gleichsam den Schaden des vorzeitigen Todes des Erblassers. Insoweit nimmt der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten nichts weg, wenn er den Versicherungsanspruch einem Dritten zuwendet. Die bestehende Regelung in Art. 476 ZGB ist plausibel und hat sich bewährt.

III. Anträge

Der SVV schlägt folgende Formulierung in Art. 476 Abs. 1 - 3 E-ZGB vor:

¹ Ansprüche aus Lebensversicherungen, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, werden mit ihrem Rückkaufswert im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu dessen Vermögen hinzugerechnet.

²*Ansprüche aus Versicherungen ohne Rückkaufswert, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, werden im Zeitpunkt des Todes des Erblassers nicht zu dessen Vermögen hinzugerechnet.*

³*Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1983 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, gehören nicht zur Erbschaft und werden nicht zum Vermögen des Erblassers hinzugerechnet.*

Der SVV beantragt, die heute geltende Formulierung von Art. 529 ZGB² in Art. 529 E-ZGB beizubehalten.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizerischer Versicherungsverband SVV



Lucius Dürr
Direktor



Adrian Gröbli
Leiter Ressort Personenversicherung

² 4. Versicherungsansprüche

Versicherungsansprüche auf den Tod des Erblassers, die durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden sind, unterliegen der Herabsetzung mit ihrem Rückkaufswert.



Bundesamt für Justiz (BJ)
Herrn Alexandre Brodard
alexandre.brodard@bj.admin.ch

Schweizerischer Pensionskassenverband
Association suisse des Institutions de prévoyance
Associazione svizzera delle Istituzioni di previdenza
Kreuzstrasse 26
8008 Zürich

Telefon 043 243 74 15/16
Telefax 043 243 74 17
E-Mail info@asip.ch
Website www.asip.ch

Zürich, 20. Juni 2016

Vernehmlassung – Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir nachfolgend zur vorgeschlagenen Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) Stellung.

Ausgangslage

Der ASIP teilt die Absicht des Bundesrates, das Erbrecht den aktuellen gesellschaftlichen, familiären und demografischen Lebensrealitäten anzupassen, jedoch unter Wahrung des Kerngehalts des geltenden Rechts und des Schutz der Familie.

Wir begrüssen es, dass Art. 476 Abs. 2 ZGB neu explizit festhält, dass Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 BVG, nicht zur Erbschaft gehören.

Laut dem erläuternden Bericht (S. 6) hat die Altersvorsorge – zusammen mit der staatlichen Fürsorge und den Arbeitslosengeldern – die frühere Funktion des Familienvermögens und des Erbrechts bei der sozialen Absicherung Einzelner übernommen. Umso mehr ist eine «klare Trennung zwischen der beruflichen Vorsorge und dem Erbrecht notwendig, um den Vorrang des Vorsorgerechts in Bezug auf die Vorsorgeguthaben sicherzustellen», wie der erläuternde Bericht auf S. 34 zu Recht festhält. Im Bereich der obligatorischen (Säule 2a) und überobligatorischen beruflichen Vorsorge (Säule 2b) gehören die nach dem Tod ausgerichteten Leistungen nicht zum Nachlass und unterstehen u.E. keiner Herabsetzung. Die erbrechtliche Exemp-

tion der 2. Säule findet ihre Rechtfertigung darin, dass die angesparten Guthaben an die Vorsorgestiftung und damit an die anderen Versicherten gehen, wenn zwar Erben, aber keine vorsorgerechtlich Begünstigten vorhanden sind (so zu Recht der Erläuternde Bericht, S. 35).

Im Entscheid 9C_284/2015 vom 22. April 2016 hat das Bundesgericht einmal mehr festgehalten, dass die vorsorgerechtlichen Hinterlassenenansprüche vollständig ausserhalb des Erbrechts stehen. Eine testamentarische Erbeneinsetzung ohne klaren Hinweis auf einen vorsorgerechtlichen Begünstigungswillen sei für die Pensionskasse nicht beachtlich (E. 2.3).

Mit dem neuen Art. 476 Abs. 2 ZGB kann die Situation der Guthaben aus den verschiedenen Säulen des Sozialversicherungsrechts für den Bereich des Erbrechts geklärt werden (vgl. erläuternder Bericht, S. 36). Dadurch wird das Recht der beruflichen Vorsorge (BVG) als Teil des Schweizer Sozialversicherungsrechts hinsichtlich seiner Todesfalleleistungen gestärkt, da diese auch im Falle einer überschuldeten Erbschaft (und bei deren ev. Ausschlagung durch die Erben) an die vorsorgerechtlich Begünstigten ausbezahlt werden müssen (Zunahme der Rechtssicherheit und Verlässlichkeit). Das Recht der beruflichen Vorsorge dient gerade nicht – wie von gewissen Kreisen fälschlicherweise behauptet wird – dazu, das Erbrecht rechtsmissbräuchlich zu umgehen, indem das Erbsubstrat beispielsweise durch Einkäufe ausgehöhlt werde. Das Gegenteil ist der Fall: durch Einkäufe seitens des Versicherten werden die Leistungen erhöht, was auch für die Todesfalleleistungen gilt, die den vorsorgerechtlich Begünstigten und – bei deren Nichtvorhandensein – den Versicherten der jeweiligen Pensionskasse zugutekommen. Dies entspricht dem im Erläuternden Bericht (S. 6) festgehaltenen neuen Primat des Vorsorgerechts vor dem Erbrecht.

In diesem Sinn bitten wir Sie um Kenntnisnahme obiger Erwägungen und grüssen Sie freundlich.

ASIP

Schweizerischer Pensionskassenverband



Jean Rémy Roulet
Präsident



Hanspeter Konrad
Direktor

Von: Margareta Baddeley
An: Brodard Alexandre BJ
Gesendet am: 20.06.2016 21:01:52
Betreff: STN Baddeley Margareta 20.06.2016 VNL Erbrecht

Cher Monsieur,

Nous avons été en contact concernant l'Avant-projet de loi pour la réforme du droit successoral en lien avec la motion Gutzwiller. J'ai lu avec beaucoup d'intérêt la documentation disponible et ai écrit un article à son sujet pour la FamPra.ch 3/2016, paraissant en août 2016. Je vous transmets le texte de mon article à toutes fins utiles. J'envoie aussi une copie à M. Rüetschi, contact de ma collègue Cottier.

Comme vous le constaterez, je mesure bien l'importance de la tâche et l'effort entrepris pour aboutir aux propositions faites. Je me demande toutefois aussi si ce n'était pas trop et pas assez à la fois. Je pourrais m'imaginer que les réservataires réduits dans leurs droits, avant tout les conjoints survivants, soient déçus, mais aussi et en dépit de leurs nouveaux droits les partenaires de vie... Vu l'envergure de la réforme, vous reverrez probablement l'AP à la lumière des retours de la consultation et j'espère que mes remarques pourront vous être utiles dans ce processus.

Bonne lecture, et n'hésitez pas de me contacter si cela peut vous être utile ou s'il faut me corriger sur un point ou un autre.

Avec mes messages cordiaux

Professeure Margareta Baddeley

Université de Genève

Tél. +41 79 350 4418

Tél. secrétariat +41 22 379 1090 / 7813

De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016 : aperçu sommaire de la proposition de réforme

Prof. Dr. Margareta Baddeley, Genève

Mots clefs: Droit des successions – motion F. Gutzwiller 2010 – réforme du droit successoral – Avant-projet de loi 2016 – réserves – union libre – legs d'entretien

Stichwörter: Erbrecht – Motion F. Gutzwiller 2010 – Reform des Erbrechts – Vorentwurf 2016 – Pflichtteile – Lebensgemeinschaft – Unterhaltsvermächtnis

I. Contexte de la réforme

Le 17 juin 2010, le Conseiller aux Etats F. GUTZWILLER et 24 de ses collègues ont déposé la motion 10.3524¹ proposant une réforme du droit successoral afin de « moderniser » ce texte légal quasiment inchangé depuis l'entrée en vigueur du Code civil (CC).² Ce droit, selon les motionnaires, ne répond plus aux réalités de la société actuelle ; il doit être revu en particulier par rapport aux réserves et à l'égard de la position du partenaire de vie non marié face à la famille juridique, tout en préservant sa substance et le rôle pérenne de la famille. La motion propose expressément de remanier les art. 462, 470 al. 1 et 471 CC afin d'augmenter la quotité disponible. Le futur *de cujus* aurait ainsi plus de liberté dans la transmission de son patrimoine notamment au concubin, aux petits-enfants ou encore à l'héritier qui reprendrait l'entreprise familiale. Pour F. GUTZWILLER, les partenaires de vie devraient être placés sur un pied d'égalité avec les couples mariés et les couples en partenariat enregistré et devenir des héritiers réservataires. Dans une seule et simple phrase finale, sans plus de précisions, il est par ailleurs demandé au Conseil fédéral (CF) « d'examiner également s'il y a lieu d'apporter d'autres modifications au droit des successions ».

Ces préoccupations ont été reçues par le CF qui précise en 2011, à l'intention des Chambres, que la réforme demandée aurait « une portée politique et entraînerait une réflexion approfondie sur l'institution du mariage ». Le Conseil des Etats (CE) et le Conseil National (CN) ont adopté définitivement l'initiative le 7 juin 2011, en chargeant le CF de revoir la loi dans le sens de la motion. Le CN précisait toutefois qu'il n'y aura pas « d'égalité en droit successoral entre les concubins et les couples mariés ». Cette réserve n'est pas anodine, car elle limite d'emblée la réflexion et les propositions au sujet de la structure du droit de la famille dans la société du 21^e siècle.

Par la suite, sur demande de l'Office fédéral de la Justice, les professeurs P. BREITSCHMID, M. COTTIER et D. PIOTET ont fourni des rapports qui éclairent les problématiques évoquées.³ Ces

¹ Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20103524> (état au 14.4.2016). Comme d'ordinaire, le suivi de la motion, avec les indications sur le mandat donné au CF, est disponible sur cette page. D'autres interventions parlementaires avec des buts tenant au droit successoral sont détaillées dans le RE, pt 4.1, 15 s.

² Code civil suisse du 28.5.1904, RS 210

³ Les trois rapports sont publiés dans l'édition spéciale *not@lex & successio 2014* et cités ci-après : nom de l'auteur, Rapport, page (sans indication de p.) ou N.

rapports reflètent la discussion, en Suisse et à l'étranger, des grandes questions de la société actuelle, notamment l'intégration des unions et familles non formelles et des familles recomposées dans le schéma existant du droit de la famille.

L'Avant-projet du Conseil fédéral (AP), accompagné d'un rapport explicatif (RE), a été publié le 4 mars 2016.⁴ Il répond aux préoccupations exprimées par la motion et tient compte, dans une mesure variable, des souhaits de F. GUTZWILLER et de ceux des trois auteurs des rapports. Le CF préconise en particulier, au point 5 de l'AP, la suppression de la réserve des parents et la réduction des réserves des descendants, ainsi que de celles des conjoint et partenaire enregistré survivants⁵, en même temps que l'introduction d'un legs d'entretien légal qui peut profiter au partenaire de vie⁶. Annoncées de manière modeste dans les 8 lignes du point 3.10, les « autres questions ouvertes » forment en vérité le gros de la réforme proposée : presque toutes les propositions de modifications de la loi figurent au point 6 qui occupe, avec ses explications, 36 pages de l'AP, contre les 3 pages consacrées au point 5 au sujet des nouvelles réserves et du legs d'entretien. On aboutit ainsi à un projet législatif d'importance majeure de par son envergure : 39 dispositions, parmi elles les plus importantes du droit successoral, et donc pour le droit de la famille, seraient à créer, à modifier ou à abroger. Il va de soi que les propositions du CF, tout en se limitant en apparence à des retouches nombreuses, mais ponctuelles du droit successoral, auraient des incidences sur le reste du droit successoral et des ramifications significatives dans d'autres branches du droit, notamment en matière des effets du mariage, en droit du divorce, en droit de la prévoyance et en droit du contrat d'assurance.

Pour discuter cet AP très dense, le présent article se propose de le résumer d'abord par thèmes : les propositions et questions autour de la réduction des réserves et l'augmentation de la quotité disponible seront présentées dans le chapitre II. Les nouveaux bénéficiaires légaux, en particulier le partenaire de vie, et leurs attributions sont discutés dans le chapitre III. Les 'autres propositions' sont résumées dans le chapitre IV ; elles sont énumérées de manière plus détaillée et, pour certaines d'entre elles, commentées dans l'Annexe. L'inventaire des chapitres II à IV permettra ensuite, au chapitre V, d'évaluer globalement la nouvelle situation des personnes qui seront les plus touchées par la réforme et d'établir ainsi le bilan des gagnants et des perdants de la réforme proposée. Au chapitre VI, nous tenterons de tirer des conclusions de cette analyse quant aux effets et à l'opportunité de la réforme proposée.

II. Les thèmes de la réforme : la réduction des réserves et l'augmentation de la quotité disponible

Les motionnaires et les Chambres entendent permettre au disposant de déterminer plus librement que ce qui est possible sous le droit en vigueur qui lui succédera et dans quelles proportions. Parmi les divers moyens pour aboutir à ce résultat,⁷ le CF a opté pour l'accroissement de la quotité disponible au moyen de la réduction des réserves actuellement prévues à l'art. 471 CC.

⁴ Cf. https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2016/ref_2016-03-041.html, avec liens à l'AP et au RE (état au 14.4.2016).

⁵ Par la suite de cet article, le terme 'conjoint (survivant)' désigne le conjoint d'une union formelle (mariage, partenariat enregistré de personnes du même sexe).

⁶ Par ce terme sont désignés les partenaires vivant en communauté hors union formelle (nbp 5).

⁷ Voir BREITSCHMID, Rapport, N 19 s., 27 ss, 38 ss ; COTTIER, Rapport, 44 ss ; PIOTET, Rapport, 65 ss, avec des références.

Les **héritiers légaux et leurs parts respectives resteraient les mêmes**. Comme maintenant, seuls la famille juridique - les descendants et ascendants jusqu'aux grands-parents et à leurs descendants, et le conjoint ou le partenaire enregistré survivant - et, subsidiairement, la collectivité succéderaient de par la loi. Les parts *ab intestat* resteraient celles des art. 457 à 466 CC. Le partenaire de vie ne se verrait pas accorder le statut d'héritier légal ou réservataire ce qui correspond à la volonté du CN⁸.

En revanche, une **réduction considérable des réserves** de tous les titulaires actuels est proposée⁹. Les nouvelles réserves seraient selon l'art. **471 AP-CC** de la moitié de son droit de succession pour un descendant et d'un quart pour le conjoint ou le partenaire enregistré survivant. Les parents n'auraient plus de réserve. Les nouvelles réserves des ayants-droit et les quotités disponibles dans les différentes constellations familiales seraient les suivantes (les réserves et quotités disponibles selon le droit en vigueur sont indiquées entre parenthèses, à titre de comparaison) :

- Réserve du descendant qui hérite en l'absence de conjoint survivant : 1/2 de son droit de succession *ab intestat* (3/4 actuellement) ; quotité disponible : 1/2 (1/4 actuellement)
- Réserve du conjoint survivant seul héritier légal : 1/4 (1/2) ; quotité disponible : 3/4 (1/2)
- Réserve du descendant 1/4 (3/8), en concours avec le conjoint survivant dont la réserve s'élèverait à 1/4 de la succession (3/8) ; quotité disponible : 5/8 (3/8)
- Réserve du conjoint survivant 3/16¹⁰ (3/8)¹¹, en concours avec les parents du *de cujus*, qui n'auraient pas de réserve (1/8¹¹) ; quotité disponible : 13/16 (1/2 ou 7/16¹²)
- Réserve des parents seuls héritiers : 0 (1/2¹¹) ; quotité disponible 1/1 (1/2 ou 3/4¹²)

Ce tableau fait ressortir les pertes que subiraient les réservataires actuels et qui s'élèveraient pour les descendants à un tiers, pour le conjoint survivant à la moitié et pour les père et mère au 100 % de leurs droits actuels.

La présence d'un partenaire de vie ne modifierait en rien les réserves et quotités disponibles indiquées.

La modification des réserves ne se répercuterait pas sur l'**art. 473 CC** qui serait maintenu avec son contenu actuel, mise à part une reformulation de la note marginale et des corrections terminologiques en français et en italien ; la quotité disponible resterait d'un quart malgré la modification des réserves des descendants et du conjoint survivant¹³. Pour le CF, la solution actuelle est bien équilibrée dans les efforts exigés des descendants et du conjoint survivant ; il serait donc inopportun de modifier l'art. 473 CC.

Dans leur ensemble, ces propositions créerait, selon le RE, un équilibre entre diverses préoccupations dont il convient de tenir compte dans cette réforme ; la réduction des réserves ferait plus de place aux attributions volontaires du *de cujus*, mais une partie non négligeable du patrimoine

⁸ Cette orientation correspond à celle préférée par D. PIOTET (Rapport, 63 ss), alors que P. BREITSCHMID (Rapport, 15 s., 25) et M. COTTIER (Rapport, 36 s.), préconisaient sans ambiguïté la création d'un statut d'héritier légal pour le partenaire de vie.

⁹ RE pt 5.1, p. 18.

¹⁰ A noter l'erreur de calcul dans le Communiqué du CF du 4.3.2016, p. 2, selon lequel la réserve du c.s. serait de 3/8 dans cette hypothèse. Or, la réserve, soit le quart de la part légale du c.s. en concours avec les parents s'élève à $\frac{3}{4} \times \frac{1}{4} = \frac{3}{16}$.

¹¹ Dans l'hypothèse où un seul des parents est décédé, mais laisse des descendants, ces pourcentages sont réduits de moitié.

¹² Dans l'hypothèse envisagée à la nbp 11.

¹³ RE pt 6.2, p. 4 ss.

resterait nécessairement dans la famille.¹⁴

S'agissant des **réductions préconisées des réserves des descendants et des parents**, leurs justifications résident dans les faits et arguments suivants selon le RE. De nos jours, les descendants sont, en règle générale, relativement âgés au moment de succéder à leur géniteur, parfois déjà eux-mêmes à la retraite, et n'ont pas besoin de la succession de ce dernier pour couvrir leurs besoins.¹⁵ Leur position dans la succession serait impactée spécialement dans l'hypothèse où le *de cujus* laisse la quotité disponible (augmentée) au conjoint survivant. Quant aux parents du *de cujus*, le CF présume qu'une protection suffisante en matière de prévoyance existe en leur faveur ;¹⁶ l'AP ne contient pas de clause de dureté qui ferait renaître la réserve pour les cas où une telle protection n'existerait pas. Selon l'AP, les droits des réservataires redessinés de cette manière refléteraient mieux que sous le droit actuel la proximité réelle entre le *de cujus* et l'héritier réservataire¹⁷. La doctrine partage généralement cet avis¹⁸, au dépens de la solidarité intergénérationnelle importante au début du siècle dernier.¹⁹

Les arguments en lien avec la **réduction de la réserve du conjoint survivant** ne suivent pas la même logique que ceux concernant les parents et les descendants. Ils sont d'ailleurs seulement implicites au point 3.5 du RE, intitulé « Amélioration du statut successoral du conjoint survivant ou du partenaire enregistré survivant ». Ce titre est trompeur car les pages consacrées à cette problématique justifient en réalité la péjoration du statut du conjoint survivant, par la réduction de la réserve et par d'autres moyens. Tout en acceptant que le conjoint survivant peut avoir contribué à constituer le patrimoine dans la succession et peut aussi avoir plus besoin de protection sur le plan matériel, et donc de la succession, que le descendant, le RE privilégie les considérations en faveur de descendants non communs et d'une plus grande liberté pour le *de cujus* dans ses attributions pour cause de mort (p. 10). Par ailleurs, le RE donne comme justification de cette réduction le fait que « le projet ne vise ... pas tant à favoriser le conjoint ou partenaire enregistré survivant qu'à élargir les possibilités du disposant ».²⁰

Il s'ensuit que le critère de la proximité réelle est appliqué de manière incohérente au conjoint survivant. La proximité réelle des couples est ignorée par la proposition de réduire la réserve du conjoint survivant généralement de 50 %, sans égard à la situation du couple. En revanche, l'absence d'une proximité du couple est présumée, probablement à juste titre, pour les couples en rupture et a bien été prise en compte pour aboutir à l'art. 120 al. 2 AP-CC. Selon cette disposition, **le conjoint survivant perdrait la qualité d'héritier réservataire** avant le prononcé du divorce déjà, dès l'introduction du divorce sur demande commune ou deux ans après l'introduction d'une action sur demande unilatérale d'un des époux.²¹ Par le renvoi de l'art. 31 al. 3 AP-LPart, les

¹⁴ RE pt 3.4, p. 8 s. et pt 3.6, p. 11. Cf. aussi JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben – *de lege ferenda*, successio 2016, 19.

¹⁵ RE, pt 3.4, p. 8 s., 9. A ce sujet aussi, COTTIER, Rapport, 42 s., 44 ss, et 45 pour des arguments de droit comparé, la réserve des descendants en droit suisse étant relativement élevée en comparaison avec la situation à l'étranger.

¹⁶ RE, pt 3.4, p. 8 s., 9. Approuvant, BREITSCHMID, Rapport, N 33, sous réserve d'une éventuelle rente dans des cas de besoin, ainsi que, partiellement, PIOTET, Rapport, 66 s., mais apparemment pas COTTIER, Rapport, 48 ss.

¹⁷ RE pt 3.6, p. 11.

¹⁸ JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben – *de lege ferenda*, successio 2016, 16 ss ; COTTIER, Rapport, 43 s.

¹⁹ Voir à ce sujet l'analyse de COTTIER, Rapport, 42 ss.

²⁰ RE pt 5.1, p. 18.

²¹ RE pt 6.3, p. 26 ss. Dans l'hypothèse d'une demande unilatérale fondée sur l'art. 114 CC, 4 ans devraient donc s'être écoulés depuis la séparation du couple pour que les époux cessent d'être héritiers réservataires l'un de l'autre. Afin de tenir compte de la fonction de prévoyance de la réserve, D. PIOTET, Rapport, 74 s., se prononce pour la solution plus nuancée de FANKAUSER (Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Berne 2011, 268 ss), soit la perte, pour le conjoint survivant, du droit à la réserve à certaines conditions lorsqu'une procédure en divorce est en cours.

mêmes effets se produiraient en cas de procédure de dissolution d'un partenariat enregistré. L'art. 120 al. 2 AP-CC aurait le mérite de la cohérence avec les règles sur l'établissement des masses matrimoniales en vue de la liquidation du régime matrimonial (art. 204 al. 2, 240 CC ; art. 31 LPart) et, dans un futur proche, sur le partage de la prévoyance.²²

Les solutions préconisées créeraient une situation complexe. Les époux resteraient héritiers légaux l'un de l'autre jusqu'à l'entrée en force du jugement du divorce. Ainsi, chaque époux aurait la même part héréditaire dans la succession de son conjoint qu'actuellement, mais avec la nouvelle possibilité de réduire et même d'éliminer cette part du conjoint au moyen de dispositions testamentaires. Selon le RE, p. 25, de telles dispositions ne seraient probablement pas prises dans de nombreux cas, ce qui devrait à notre sens encore être vérifié par la pratique, et, si elles étaient prises, pourraient éviter des résultats « injustes et choquants » dans des « cas extrêmes », p. ex. lorsque l'un des époux laisse traîner en longueur la procédure de divorce en attendant ou en espérant le décès de son conjoint avant la fin de la procédure. La justification générale de cette solution résiderait, selon le RE, dans le fait que, de toute manière, le conjoint partagerait les biens du *de cujus* grâce à la liquidation du régime matrimonial et bénéficierait des prestations de l'AVS. Mais c'est de loin pas le cas de tous les conjoints survivants et il est regrettable que le RE omet de discuter les hypothèses où le conjoint se retrouve sans prévoyance suffisante (p. ex. le couple marié sous la séparation de biens, le conjoint survivant veuve ou veuf d'un indépendant qui n'avait pas constitué un 2^e pilier) et la justification, dans de telles hypothèses, de la réduction et de la suppression préconisées de la réserve. Par ailleurs, la longueur d'une procédure peut ne pas être due à la faute des époux, p. ex. lorsque les preuves sont difficiles à obtenir, notamment de la part d'autorités étrangères. Il est aussi imaginable que les retards dans la procédure aient été dus à l'époux décédé qui, de son vivant, refusait de fournir les informations pertinentes sur sa situation économique ; le nouveau droit de déshériter complètement le conjoint qui n'était pour rien dans la prolongation de la procédure peut paraître aussi choquant que l'abus invoqué à l'appui de la nouvelle règle. Cette proposition de l'AP mérite une pesée plus détaillée des intérêts en lice pour déterminer, par rapport à des situations émotionnellement chargées, si l'équilibre ne serait pas mieux garanti en maintenant le droit des époux à leur réserve – qui serait de toute manière réduite selon l'AP – jusqu'au moment de la fin définitive de leur mariage ou partenariat.

Dans la prolongation de l'art. 472 AP-CC, le conjoint survivant perdrait au même moment que sa qualité d'héritier réservataire **les avantages conférés par des dispositions du *de cujus* en faveur du conjoint survivant** (art. 120 al. 2 AP-CC, 31 al. 3 AP-LPart), ainsi que, sauf disposition contraire expresse, ceux découlant de la modification du partage du bénéfice de l'union conjugale dans la participation aux acquêts et du partage légal dans la communauté (art. 217 al. 2 et 241 al. 4 AP-CC).²³

Les procédures en vue de la séparation de corps n'auraient pas de conséquence sur le statut de réservataire des époux.

La **nouvelle quotité disponible** plus importante pourrait, comme actuellement, être attribuée au sein de la famille ou en dehors de ce cercle, la loi ne soumettant son utilisation à aucune condi-

²² Ce dès l'entrée en vigueur du nouvel art. 122 CC adopté par le Parlement le 19.6.2015 ; cf. FF 2015 4437 (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20130049> ; état 3.5.2016). Pour une discussion approfondie de cette modification législative, approuvée par la doctrine, cf. RUMO-JUNGO, Der Vorentwurf zur Revision des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung, FamPra 2011, 1 ss, 7 s.

²³ RE 6.1, p. 21 ss, et pour la suggestion correspondante : PIOTET, Rapport, 75 s. et 85 s.

tion. L'AP ne prévoit pas non plus une flexibilisation quelconque des réserves qui permettrait p. ex. au *de cuius* de transmettre une partie de la réserve des descendants directement aux petits-enfants ou de répartir la réserve globale des descendants de manière inégale. La flexibilisation des réserves était pourtant un des thèmes les plus discutés des rapports d'experts qui ont émis de nombreuses propositions.²⁴

Globalement, la situation de tous les héritiers réservataires actuels serait donc fortement impactée par la réforme proposée, avec une perte notamment pour le conjoint survivant d'une partie importante de la protection légale dont il jouit actuellement. D'**autres modifications préconisées** concernant la composition de la masse successorale et, partant, la quotité disponible pourraient, selon le cas concret, encore péjorer la situation pour certains ou pour tous les héritiers réservataires ou, au contraire, compenser les effets négatifs de la réduction de leurs réserves. Mentionnons ici à titre d'exemple les art. 476 AP-CC concernant la valeur des assurances-vie à prendre en compte et le pilier 3a de la prévoyance (Annexe 1.a), l'art. 484a AP-CC créant le nouveau legs d'entretien (III.), la qualification de l'attribution supplémentaire d'une part du bénéfice de l'union conjugale au sens de l'art. 216 al. 1 CC comme attribution pour cause de mort (art. 494 al. 4 AP-CC ; Annexe 2.a) et, selon l'interprétation que l'on donnerait à l'art. 626 al. 2 AP-CC, les nouvelles règles sur le rapport (Annexe 2.e). Ces modifications sont traitées dans l'Annexe.

III. Les thèmes de la réforme : les nouveaux bénéficiaires légaux des successions

Pour F. GUTZWILLER et ses collègues, l'un des deux buts principaux de la motion était d'aboutir à une réforme législative qui conférerait au partenaire de vie le statut d'héritier réservataire comparable à celui du conjoint ou partenaire enregistré survivant²⁵. Comme évoqué dans l'introduction (I.), le CN a immédiatement contrecarré cette vision. Pour se conformer aux instructions du CN, l'AP prévoit une autre solution, sous forme d'un nouveau type de legs, le **legs d'entretien** (art. 484a AP-CC). Ce legs relèverait de la compétence du juge et ne devrait être accordé que dans de « rares cas extrêmes » selon le RE.²⁶ Selon l'alinéa 1 de la disposition proposée,

« Le juge peut ordonner un legs d'entretien à charge de la succession en faveur d'une personne afin de lui assurer le maintien d'un niveau de vie convenable, si cette personne :

- 1. menait de fait une vie de couple avec le défunt depuis au moins trois ans et a fourni une contribution importante dans l'intérêt de ce dernier ;*
- 2. a vécu pendant au moins cinq ans, alors qu'elle était mineure, dans le même ménage que le défunt, et que ce dernier lui a fourni un soutien financier qu'il aurait continué de fournir s'il n'était pas décédé. »*

Selon les autres alinéas de cet article, le legs d'entretien ne serait dû que sur requête d'un bénéficiaire potentiel dans un délai péremptoire de trois mois à partir du moment où « le demandeur a eu connaissance du décès » (al. 3) et pour autant que « le legs d'entretien puisse raisonnablement être exigé « des héritiers eu égard notamment à leur situation financière et la valeur de la succession » (al. 2).

Cette nouvelle disposition est innovante : elle créerait un legs légal – figure juridique inconnu jusqu'ici – dû indépendamment de la volonté du *de cuius* et dont la concrétisation, dans chaque cas

²⁴ COTTIER, Rapport, 46 ss; BREITSCHMID, Rapport, N 27 ss ; PIOTET, Rapport, 70 ss.

²⁵ Cf. Développements de la motion ; lien internet nbp 1.

²⁶ RE pt 3.7, p. 11 ss, ainsi que pt 5.2, 19 ss, 20.

spécifique, dépendrait du juge.²⁷ Ce legs pourrait être servi sous forme de capital ou de rente.²⁸ L'éventuelle existence en parallèle avec la communauté de vie non formalisée d'un mariage ou d'un partenariat enregistré ne jouerait « aucun rôle ».²⁹ Ce legs ne serait pas réservé au seul **partenaire de vie** ; il pourrait être accordé à d'autres personnes, comme l'indique le chiffre 2 de l'art. 484a al. 1 AP-CC, notamment aux **enfants du conjoint ou du partenaire de vie**.³⁰ Il est destiné à assurer l'entretien du bénéficiaire au moins pendant un certain temps au-delà du décès du *de cuius*. Dans son essence, il ressemble à la « *family provision* » du droit anglais qui est fixée sur la base de plusieurs critères, dont font partie notamment le lien affectif ou formel entre le débiteur et le créancier et les besoins du premier.³¹ Le legs d'entretien ressemble aussi, par son souci de pourvoir aux besoins du destinataire, à l'indemnité de l'enfant infirme ou non élevé (art. 631 al. 2 CC), aux droits de la mère d'un héritier conçu au moment du décès du *de cuius* (art. 605 al. 2 CC) et aux droits des personnes faisant ménage commun avec le défunt (art. 606 CC). Ces indemnités présentent l'avantage, pour le bénéficiaire, de constituer un prélèvement sur la masse successorale profitant d'un rang prioritaire sur les institutions d'héritier et les legs³². Selon le RE, p. 20, cela ne serait pas le cas du legs d'entretien conçu comme legs ordinaire au sens de l'art. 484 CC, en concours avec les autres libéralités réductibles du *de cuius*.

Cette disposition, de par sa formulation et en destinant le droit à ce legs à des partenaires dans des communautés de vie de trois ans ou plus, contribuerait à la concrétisation du concept juridique de l'union libre 'stable' qui existe déjà dans d'autres branches du droit³³.

Cependant, à ce stade des explications fournies dans le RE, malgré l'optimisme qui s'en dégage, ce legs ne serait pas aisément applicable et resterait de toute probabilité souvent lettre morte. Il devrait être demandé au juge et serait soumis à des conditions, en commençant par le délai préremptoire particulièrement court de trois mois pour le dépôt de la demande. Par ailleurs, les critères de son attribution ne sont qu'insuffisamment explicités, ce qui donnerait lieu à des jurisprudences potentiellement très divergentes et serait source d'insécurité juridique. Enfin et surtout, bien qu'en contradiction avec le texte de l'art. 484a AP-CC et les explications à la page 19 du RE, ce nouveau legs ne devrait être accordé, comme nous le soulignons ci-dessus, que dans « de rares cas exceptionnels » selon ce qu'explique le RE à la page 20. Il est évident que la protection créée en faveur des partenaires de vie serait très fragile. En fait, sans le dire, le projet de réforme renvoie finalement la très grande majorité des partenaires de vie à des solutions contractuelles et aux attributions testamentaires du *de cuius*, comme c'est déjà le cas. Et à cet égard l'AP laisse irrésolu un autre problème actuel, à savoir l'imposition différente et souvent lourde des donations et successions en faveur de partenaires de vie dans plusieurs cantons.³⁴ Le CF souligne l'incompétence du législateur fédéral dans ces matières, sans pour autant solliciter un changement de ces législations

²⁷ Le RE considère brièvement un tel legs volontaire, mais ne traite que le legs légal. Voir aussi à ce sujet, PIOTET, Rapport, p. 63 ss, qui met cette attribution en relation avec les actuels art. 605 al. 2 et 606 CC.

²⁸ RE pt 5.2, p. 20.

²⁹ RE pt 5.2, p. 19, premier bullet.

³⁰ RE pt 3.8, p. 13. Au sujet de la situation des descendants dans les différentes constellations familiales, cf. en particulier COTTIER, Rapport, 38 ss et 40 ss.

³¹ Cf. ODESKY, Großbritannien: England und Wales, in: SÜSS (éd.), *Erbrecht in Europa*, 3^e éd., Bonn 2015, N 51 ss ; COTTIER, Rapport, 45 s. ; BREITSCHMID, Rapport, N 12, 18.

³² Cette solution était celle préférée par D. PIOTET, Rapport, p. 63 ss. M. COTTIER (p. 47) mentionne également cette possibilité, ainsi que celle de l'extension de l'indemnité des art. 334 s. CC au partenaire de vie, mais pour les écarter. Au sujet de l'art. 631 al. 2 CC, voir aussi STEINAUER, *Le droit des successions*, 2^e éd., Berne 2015, N 267 ss.

³³ COTTIER, Rapport, p. 35 s. ; JUNG, *Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, successio 2016*, 7 ss.

³⁴ Voir à ce sujet : Manuel KENDRIS 2015/2016, KÜNZLE et al. (éd.), Zurich 2015, 147 ss. Pour une critique de la situation actuelle, cf. BREITSCHMID, Rapport, N 53 ss et 64, 7^e point.

cantonaux afin d'améliorer la situation.³⁵

En résumé, le partenaire de vie ne se verrait pas reconnu un statut successoral propre, comparable même de loin à celui du conjoint survivant et n'aurait que des droits successoraux conditionnels limités, beaucoup plus réduits que ceux du conjoint survivant. Ces propositions restent ainsi bien en deçà de ce que le CF pouvait proposer dans le cadre du mandat du CN. En l'état, la solution préconisée ne correspond donc pas à la vision exprimée dans la motion GUTZWILLER et pourrait même décevoir les attentes des Chambres. Ce résultat peu favorable aux partenaires de vie des propositions du CF étonne d'autant plus que le RE insiste sur l'importance, dans la société, des couples informels et sur celle de la relation entre le *de cuius* et son partenaire de vie, souvent plus étroite qu'avec les descendants et surtout les parents.³⁶

IV. Les autres modifications légales proposées par l'AP

Les parties II. et III. traitent des deux sujets-clé de la motion F. GUTZWILLER et probablement aussi, de ce qui est attendu de la réforme ; le RE et notre article auraient donc bien pu s'arrêter ici. Mais l'AP va beaucoup plus loin. Comme nous l'indiquons dans la partie introductive, l'essentiel de cette réforme conséquente est traité au point 6 de l'AP sous le titre « Autres questions ». Cette partie de l'AP excède largement celle consacrée aux deux thématiques centrales de la motion GUTZWILLER : elle prend 12 fois plus de place dans le RE. L'accent est donc mis, dans ce dernier, sur le but de « moderniser le droit des successions », voire de toiletter celui-ci, par la modification d'un grand nombre des dispositions légales actuelles.

Pour le faire, le CF s'appuie largement sur les suggestions des experts, en particulier sur ceux du prof. PIOTET.³⁷ Le point 6 du RE comporte 18 propositions, dont certaines concernent plusieurs dispositions légales. Il s'agit de propositions isolées, sans autre but commun, selon le RE, que celui de la « clarification de quelques autres questions ouvertes par le législateur »³⁸. Chaque proposition présente d'abord la situation en droit actuel et comprend ensuite une critique de ce droit et la proposition de modification, avec des références sommaires.³⁹ Le travail que représente cette partie du RE est impressionnant, comme l'est celui des experts consacré à ces questions.

En font partie les propositions relatives aux art. 120, 217, 241 et 473 AP-CC, ainsi qu'à l'art. 31 AP-LPart qui ont déjà été discutés aux parties II et III *supra*. Pour le reste des propositions faites au point 6 de l'AP, nous donnons ci-dessous un aperçu global des éléments saillants et consacrons une **Annexe** aux détails de ces propositions et à des remarques spécifiques. De cette manière, nous espérons pouvoir donner une certaine lisibilité à la réforme proposée et aboutir à

³⁵ RE pt 3.7, p. 12, et pt 3.9, p. 14.

³⁶ Cf. p. ex. RE pt. 3.4, p. 9.

³⁷ Parmi les 'autres' propositions des experts que l'AP ne reprend pas, mentionnons à titre d'exemples le renforcement du cadre procédural incitant à la résolution extra-judiciaire de conflits (BREITSCHMID, Rapport, N 45 s.), l'abolition de l'exigence des décisions prises à l'unanimité dans l'hoirie (BREITSCHMID, Rapport, N 48), l'harmonisation de divers délais (BREITSCHMID, Rapport, N 52), la prise en compte, dans la masse successorale, d'une valeur de reprise préférentielle d'une entreprise, partie de la succession (PIOTET, Rapport, 70 s.), l'abolition de l'art. 335 al. 1 et 2 CC (interdiction des fondations d'entretien de la famille et de fidécimmis de famille) et la possibilité pour un sujet de droit de posséder des patrimoines séparés correspondant aux trusts en droit suisse (PIOTET, Rapport, pt 6, 72 ss).

³⁸ RE pt 3.10, p. 14.

³⁹ Notons au sujet des références, que celles du RE concernant l'ouvrage DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, se fondent sur l'édition 2000, dont les numéros marginaux ne correspondent pas nécessairement à ceux de l'édition 2009 (une 3^e édition est en préparation pour 2016).

quelques conclusions globales concernant l'impact de celle-ci sur le droit successoral et au-delà.

Les points saillants des propositions du point 6 du RE sont, à notre avis :⁴⁰

- Le nouveau droit général à information successoral complétant les droits en la matière des héritiers et des époux existants (3.e) et le testament audiovisuel (1.b) méritent d'être soulignées en raison de leur intérêt et de l'actualité de la proposition. D'autres innovations proposées, bien que procédant des meilleures intentions, ne convainquent néanmoins pas, comme c'est le cas de la disposition en vue de prévenir la captation d'héritage (1.c).
- Certaines propositions complèteraient utilement la loi en prévoyant p. ex. un certificat d'héritier pour les héritiers légaux (3.f) et une attestation officielle pour l'exécuteur testamentaire (1.d).
- Une grande partie des propositions préciserait le texte légal actuel ou confirmeraient l'interprétation qui en est faite déjà ou la pratique en la matière, ce qui, sans être véritablement nécessaire pour toutes ces modifications, aurait le mérite de rendre la loi plus compréhensible et vraie. P. ex. il serait précisé que, sauf exception, les dispositions testamentaires viciées sont « annulables », et pas nulles, (4.c), que les délais des actions successorales sont des délais péremptoires (4.b), que la valeur vénale est à prendre en compte pour tous les biens de la succession (3.h), et que le choix du bénéficiaire d'attributions entre vifs à réduire est le même que celui des bénéficiaires de libéralités pour cause de mort (4.a).
- Plusieurs propositions modifieraient considérablement le droit et auraient des effets conséquents sur les droits des successeurs, avec des ramifications en droit matrimonial, droit du contrat de l'assurance et droit des assurances sociales, voire dans d'autres branches du droit, sans toutefois que ces conséquences soient suffisamment analysées dans le RE. Il s'agit en particulier des propositions suivantes : la perte, pendant la procédure de divorce ou de dissolution du partenariat, de la qualité d'héritier réservataire et d'avantages découlant d'un contrat de mariage (art. 120 al. 2, 217 al. 2, 241 al. 4 AP-CC, ainsi qu'à l'art. 31 al. 3 AP-LPart ; cf. chap. II) ; la qualification des attributions fondées sur les art. 216 et 241 CC de libéralités pour cause de mort (2.a) ; plusieurs modifications des art. 527 et 626 CC en matière de rapport et réduction et concernant l'ordre des réductions (1.a, 2.a, 2.c - f, 3.a - c).

Le bilan global est donc, toutefois sans surprise, tenant compte de la diversité et du nombre des propositions faites, mitigé. Cela tient aussi au fait que, dans l'ensemble, ces « autres » propositions, malgré l'effort des rédacteurs du RE, ne semblent souvent pas assez étayées et leurs incidences pas suffisamment considérées, alors que les modifications préconisées de la loi toucheraient aux principes du droit successoral et auraient donc un impact non négligeable. Il importe, à notre avis, de procéder à une analyse plus poussée de chaque modification proposée et du résultat global par rapport aux autres dispositions du droit des successions et des autres domaines de droit touchés, notamment du droit du mariage. Les textes et explications présentés au point 6 RE font craindre un délitement du droit des successions sans que les conséquences d'une telle démarche ne

⁴⁰ Les propositions du point 6 du RE ont été regroupées, dans l'Annexe, en quatre catégories : les véritables nouveautés législatives (1.), les modifications proposées pour trancher des controverses doctrinales (2.), les propositions comblant des lacunes identifiées (3.) et les clarifications, en majorité terminologiques, de la loi actuelle (4.). Les indications entre parenthèses se réfèrent à l'emplacement de la proposition spécifique dans l'Annexe.

soient bien analysées et leurs avantages démontrés.

Le RE procédant dans la partie 6 par propositions individuelles, sans lier ces propositions à celles de la partie 5, ne rend de surcroît pas correctement l'impact global de la réforme sur les héritiers légaux actuels, à notre sens. Le bilan ci-après sous V. s'attelle à cette tâche.

V. Bilan de la réforme proposée : des perdants et un gagnant

Les deux objectifs principaux de la réforme sont l'**intégration du partenaire de vie parmi les successeurs légaux** et la **réduction des réserves afin de favoriser la transmission du patrimoine**. Au vu de l'importance en nombre et en portée des modifications proposées, un bilan synthétique paraît utile pour évaluer si la nouvelle loi réaliserait ces objectifs.

Un tel bilan sera nécessairement grossier. Certaines des propositions individuelles de l'AP ne peuvent pas être intégrées dans ce bilan en raison de leur nature (cf. IV et Annexe). En outre, parmi les propositions ayant un effet sur la masse et la composition de la masse successorale, certaines ne peuvent pas non plus être évaluées précisément aux fins de ce bilan car l'utilisation des moyens à la disposition du *de cuius* est incertaine. Ainsi, p. ex., la transmission des entreprises familiales serait, en effet, plus facilement réalisable dans de nombreuses situations grâce aux dispositions proposées, comme le souhaitait F. GUTZWILLER, car l'héritier attributaire de l'entreprise aurait une soulte moins importante à fournir à ses cohéritiers. Mais la quotité disponible augmentée pourrait aussi revenir aux autres héritiers, au partenaire de vie ou aux enfants du partenaire marié, enregistré ou de vie, voire à des tiers, et ne pas contribuer à la transmission du patrimoine ou à cette transmission au sein de la famille (formelle) du *de cuius*.

Une évaluation des effets certains de la réforme proposée en tant qu'elle influencerait la situation des conjoints survivants (1.), des descendants (2.), des parents (3.) et des partenaires de vie (4.) et quelques remarques au sujet desdits effets incertains peuvent néanmoins se faire dans le but de contribuer à la réflexion.

1. Le conjoint survivant⁴¹

On s'attendait à une réduction des réserves des descendants et à la suppression de celle des parents, mais la réduction de 50 % de la réserve du conjoint survivant vient de manière inattendue et elle interpelle. Elle ne porterait à conséquence que dans les successions testamentaires, la part légale du conjoint survivant restant pareille, mais ce constat ne fait que souligner l'importance, pour le conjoint survivant, de la réduction de la réserve préconisée.

La quotité disponible augmentée par la réduction des réserves des trois catégories de bénéficiaires actuels pourrait, certes, être utilisée pour favoriser le conjoint survivant. Rien ne garantit cependant que le disposant agisse de la sorte. C'est précisément lorsque la succession n'est pas dévolue selon la loi et que le conjoint survivant reçoit moins que sa part, voire doit défendre sa réserve, que celle-ci est de toute première importance. Réduire la réserve revient donc à affaiblir la position du conjoint survivant dans des situations critiques. La solution préconisée par l'AP va ainsi à contrecourant de la tendance générale en Europe et en Suisse qui, selon le RE, va « *clairement à l'amélioration du statut du conjoint survivant* ». ⁴² Cette tendance est fondée sur le besoin

⁴¹ Rappelons que le terme conjoint survivant, dans cet article, recouvre le partenaire survivant de couples mariés ou liés par un partenariat enregistré.

⁴² RE pt 3.5, 1^e et 2^e par., avec italiques.

accru de protection d'un nombre croissant de conjoints survivants âgés, l'expectative de vie étant telle aujourd'hui que les survivants perdent fréquemment leur époux à un moment de leur vie où ils doivent faire face à d'importantes dépenses pour leurs soins. La situation du conjoint survivant peut être spécialement précaire si le couple était marié sous la séparation de biens, la veuve ou le veuf ne profitant donc pas d'un partage fondé sur le droit matrimonial, et que le conjoint survivant ne dispose pas d'une prévoyance suffisante.

La réduction de moitié de la réserve du conjoint survivant, combinée avec la perte de la qualité d'héritier réservataire déjà avant le divorce ou la dissolution du partenariat pèse donc nécessairement la situation du conjoint survivant. Certaines autres propositions de réforme pourraient compenser cet effet, mais pourraient aussi empirer davantage la situation du conjoint survivant ; citons comme exemples les valeurs prises en compte pour certains biens, la composition de la masse successorale, la qualification de certaines attributions, l'ordre des réductions et l'apparition de nouveaux bénéficiaires légaux de la succession. Dans l'ensemble, malgré le fait que certains des éléments énumérés dans ce paragraphe puissent aussi jouer en sa faveur, le conjoint survivant nous apparaît comme le grand perdant de cette réforme.

En l'état, il est donc difficile de voir en quoi le statut successoral du conjoint survivant serait amélioré par la réforme, ce qui serait la préoccupation « au cœur des discussions sur une révision du droit des successions » selon le RE, p. 9. Les solutions proposées paraissent surtout avoir un impact négatif majeur sur la situation du conjoint en procédure de divorce ou de dissolution du partenariat et du conjoint survivant, dépendant aussi du résultat de la liquidation du régime matrimonial – qui ne se solde pas nécessairement par un partage (en faveur du conjoint survivant) – et de la couverture de prévoyance du conjoint survivant. Ce résultat ne manquerait pas d'avoir des répercussions au niveau de l'entretien post-divorce, des prestations de prévoyance et de l'assistance publique, dont il convient de tenir compte dans la poursuite de la réforme. La réduction conséquente de la réserve du conjoint survivant et la perte précoce de la qualité d'héritier réservataire par le conjoint survivant proposées dans l'AP se justifieront, à notre sens, uniquement si leur proportionnalité pourra être démontrée, ce que le projet dans sa mouture actuelle et le RE ne font pas.

Par ailleurs, quant à l'art. 120 al. 2 AP-CC, qui aboutirait à une scission, pendant le mariage, du statut d'héritier du conjoint, un approfondissement de la réflexion en particulier sur la justification et les éventuels problèmes d'application de la nouvelle norme serait souhaitable. Des développements concernant la situation créée par la loi future lorsque le conjoint survivant se trouve en concours avec un ou plusieurs partenaires de vie survivants paraissent nécessaires également.⁴³ Rien dans le texte légal proposé n'empêche ou décourage l'attribution de legs au sens de l'art. 484a AP-CC dans cette situation, ce qui mène à la question de savoir si la loi, tout en refusant un statut propre au partenaire de vie, entend légitimer les unions parallèles multiples.

2. Les descendants

Les réserves actuelles des descendants étant relativement élevées en Suisse en comparaison avec celles dans d'autres ordres juridiques,⁴⁴ leur réduction, préconisée par l'art. 471 AP-CC, était attendue. Elle paraît aussi justifiée vu que les descendants héritent dans la majorité des cas à un moment de leur vie où ils ont déjà construit leur propre existence économique.

⁴³ Sur ce thème, cf. JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben – *de lege ferenda*, successio 2016, 22 ss.

⁴⁴ RE pt 3.4, p. 8 et 9.

Mais c'est aussi en raison de ce dernier élément que des solutions plus innovantes, éventuellement inspirées du droit étranger et proposées par la doctrine à multiples reprises, auraient pu être proposées, p. ex. des parts et réserves inégales selon le nombre d'enfants, un droit au gain des descendants ou héritiers non attributaires de l'entreprise ou de la villa familiale qui pourrait être vendue peu après son acquisition par succession avec bénéfice.⁴⁵ L'AP paraît timide à ce sujet.

On ne décèle pas d'effet positif certain pour compenser la perte des descendants découlant d'autres dispositions ou propositions de l'AP. En particulier, l'art. 473 reste inchangé, ne conférant pas plus de droits (en propriété) aux descendants, et la quotité disponible supplémentaire ne sera pas nécessairement attribuée aux descendants. Une disposition imposant l'attribution de la quotité disponible au moins lorsque des descendants reprennent l'entreprise ou la villa familiale aurait pu être imaginée. Certes, d'autres modifications de la loi prévues dans l'AP et dont les effets ne peuvent être évalués pourraient faire pencher la balance, dans des cas concrets, en faveur d'un ou de tous les descendants, mais cela n'est pas garanti.

Les effets des propositions du RE doivent, par ailleurs, être évalués à la lumière du fait que, comme pour le conjoint survivant, les parts légales des descendants ne seraient pas modifiées par la nouvelle loi. Seuls seraient donc impactés les cas, éventuellement problématiques, où le parent réduirait les attributions aux descendants ou à certains d'entre eux.

Dans l'évaluation de la situation des descendants il convient cependant aussi de tenir compte du fait que ceux-ci peuvent se trouver en concours avec de nouveaux bénéficiaires légaux de la succession, notamment, bien entendu, avec le partenaire de vie ou les enfants du partenaire formel ou informel de leur parent. Il s'ensuivrait non seulement la réduction de la réserve, mais aussi celle de la valeur de la part qui revient aux descendants dans la succession de leur parent.

3. *Les parents*

Voyant leur réserve supprimée, les parents figurent donc également parmi les perdants de cette réforme, même si leur part légale ne serait pas touchée. Cette perte serait, toutefois, ressentie par peu de personnes. La plupart des parents qui héritent de leurs descendants sont d'un âge avancé. En règle générale, leurs besoins sont couverts par leurs propres économies et les prestations des institutions de prévoyance et d'aide sociale. La suppression de leur réserve ne devrait donc poser de problème économique important que dans une très minorité de cas. En revanche, elle aurait comme effet positif de permettre au descendant de laisser une part plus grande que maintenant à des successeurs avec lesquels il a une relation plus étroite, en particulier au partenaire de vie. Dans cette situation, partant de l'hypothèse que le descendant n'était pas – en plus – marié ou lié par un partenariat enregistré,⁴⁶ le parent perd, en comparaison avec le droit actuel, 1/2 de la succession.

Des cas où la perte de toute réserve pourrait néanmoins poser de problèmes existentiels aux parents ne peuvent naturellement pas être évités. Ils justifieraient, à notre sens, que la loi réformée contienne une clause de dureté ou un autre type spécifique de legs d'entretien pour en tenir compte⁴⁷.

La réforme aboutirait à une situation où la part légale des parents resterait pareille et la suppression de la réserve ne toucherait effectivement que très peu de parents, comme c'est le cas actuellement de la réserve elle-même. Ce constat suscite une interrogation : la modification législa-

⁴⁵ Voir en particulier, BREITSCHMID, Rapport, N 27 ss et 37 ss ; COTTIER, Rapport, 46 ss.

⁴⁶ Dans l'hypothèse où les parents héritent en concours avec le conjoint survivant, la perte ne serait que de 1/8, voire de 1/16 (cf. nbp 11).

⁴⁷ Dans ce sens, BREITSCHMID, Rapport, N 33.

tive serait-elle, en fait, utile ? L'avantage général qui en découlerait pèserait-il plus lourd dans la balance que le désavantage pour les parents auxquels la suppression de la réserve causerait de problèmes économiques graves ?

4. *Le partenaire de vie et les autres bénéficiaires potentiels du nouveau legs d'entretien*

Dans l'intention des motionnaires, le **partenaire de vie** devait profiter de la réforme en se voyant attribuer un statut et des droits comparables à ceux des conjoints survivants. Or, le CN a exclu une telle portée pour la loi nouvelle. Cette restriction est très regrettable. La situation des couples non formalisés est discutée depuis le travail sur la réforme du droit matrimonial, à la fin des années 1970 et au début des années 1980. Non résolue lors de cette réforme, elle a trouvé une première réponse par l'introduction de la LPart, mais le vide juridique à l'égard des couples qui n'ont pas formalisé leur union continue à exister, en décalage avec la réalité dans la société.

Il paraît douteux que le legs d'entretien de l'art. 484a AP comble bien ce vide et améliorera de manière conséquente et globalement la situation des partenaires de vie survivants. Le legs prévu doit être demandé au juge et attribué par ce dernier et, de plus, selon le RE (p. 20), ne devrait être servi de manière tout à fait exceptionnelle. Dans plusieurs cantons, il serait frappé d'un impôt successoral lourd. L'on est donc loin d'une grande avancée pour les partenaires de vie survivants.

Par ailleurs, les conditions et les modalités de ces legs restent à définir avec plus de précision. S'agissant d'une attribution subsidiaire, il paraît vraisemblable que ces legs ne seront pas importants. De surcroît, même si ce legs pourrait être attribué aussi en présence d'un conjoint survivant formel, il est vraisemblable que cela ne sera pas souvent le cas.

Les mêmes remarques s'appliquent à l'égard des **autres bénéficiaires potentiels** du legs d'entretien, sauf que le juge sera peut-être moins réticent à attribuer ce legs à l'enfant du conjoint qu'au partenaire de vie d'une personne mariée ou partenaire enregistré par ailleurs.

Il nous semble très vraisemblable que les couples informels ne se sentiront pas beaucoup plus reconnus grâce à la nouvelle loi que maintenant, alors que le travail sur la motion GUTZWILLER aurait présenté l'occasion de se pencher sur leurs préoccupations et de mener une réflexion approfondie à leur égard et sur l'adéquation du droit de la famille actuel et de ses institutions.

5. *L'heureux gagnant ?*

Les réflexions sous 1. à 3. mènent à la conclusion que tous les réservataires actuels seraient perdants par la réduction ou la suppression de leur réserve. Cette perte pourrait être réduite ou compensée, dans un cas concret, par l'attribution de la quotité disponible ou par l'effet, impossible à évaluer abstraitement, des autres modifications légales prévues. Quoiqu'il en soit dans le cas concret, une partie des héritiers réservataires seraient perdants en comparaison avec leur situation sous le droit en vigueur.

Face aux 'perdants' de la réforme, l'on trouve dans le camp des 'gagnants' le partenaire de vie et les autres bénéficiaires potentiels du nouveau legs d'entretien, ainsi que les attributaires de la quotité disponible (augmentée). Toutefois, leurs gains, dans des cas concrets, risquent d'être souvent minimes ou nuls. Le legs d'entretien sera soumis à des conditions restrictives et le juge sera, de surcroît, invité de ne l'attribuer au partenaire de vie qu'avec beaucoup de parcimonie ; il n'est pas assuré, d'ailleurs, que le partenaire de vie bénéficie (d'une part) de la quotité disponible. Par ailleurs, le partenaire de vie ou les enfants du partenaire du *de cujus* qui seraient, par bonheur, attributaires de la quotité disponible supporteraient des impôts successoraux éventuellement conséquents.

Ces impôts ne relèvent pas de la compétence du législateur fédéral qui ne peut donc adapter, dans le cadre de la réforme en cours, la situation sur le plan fiscal. A moins que les législateurs cantonaux ne soient prêts à modifier les barèmes en faveur de ces successeurs proches du *de cuius*, le seul gagnant certain de la réforme proposée que l'on décèle sans ambiguïté serait le fisc cantonal. Est-ce que c'est bien ça le but de la réforme proposée ?

VI. Conclusion : pour une (autre) réforme globale du droit des successions et de la famille

En résumé, la réforme proposée aboutirait à une **quotité disponible augmentée** qui pourrait naturellement être utilisée pour transmettre plus facilement l'entreprise familiale. L'héritier attributaire de l'entreprise aurait une soulte moins importante à fournir à ses cohéritiers. Ce but visé par F. GUTZWILLER, soit de faciliter la transmission des entreprises familiales, serait donc atteint. Le constat que les nouvelles règles permettraient aussi d'utiliser la quotité disponible à d'autres fins et en faveur de personnes hors du cercle familial formel et même hors de la famille informelle fondée par le *de cuius* avec un partenaire de vie et des enfants du partenaire, et que la quotité disponible augmentée pourrait donc échapper totalement à la famille formelle et informelle, ne change pas cette première conclusion.

Les nouvelles règles permettraient également d'**avantager le partenaire de vie**, dans les limites posées par le CN, par un legs d'entretien de l'art. 484a AP, et rempliraient ainsi aussi au moins partiellement le second but de la motion GUTZWILLER. Pour le CF, cette solution « évite de délicats problèmes de délimitation et (...) tient compte de la diversité des modes de vie ».⁴⁸

L'assouplissement du droit des successions à ces deux égards serait possible grâce à la **réduction importante des réserves** des titulaires actuels. Si la réduction proposée à l'égard des descendants paraît acceptable, celle qui serait imposée au conjoint survivant paraît injustifiée et l'on peut douter de l'utilité réelle de la suppression de la réserve des parents.

Globalement, les propositions centrales de la réforme, notamment la façon de prendre en compte le partenaire de vie, devraient être largement en déca de ce qui était visé par les motionnaires et qui est peut-être attendu par un public plus large. Le nouveau legs d'entretien est, certes, une manière astucieuse de satisfaire au moins en partie les demandes et exigences adressées au CF, rédacteur de l'AP. Néanmoins, par le refus d'accorder aux partenaires de vie un statut successoral qui reflète l'importance de ces couples dans la société, l'AP manque, à notre avis, la cible qu'il s'était fixé lui-même : moderniser le droit des successions pour faire coïncider l'ordre juridique avec la réalité dans la société, de sorte que le droit puisse remplir correctement sa fonction qui est d'« offrir un cadre juridique fiable aux relations familiales ».⁴⁹

L'AP propose, par ailleurs, de nombreuses « **autres modifications** », qui résulteraient en une refonte conséquente de tout le droit successoral. Il ne s'agirait cependant pas d'une réforme globale, mais de propositions multiples, pour la plupart sans lien entre elles, afin de corriger les défauts et lacunes de la loi actuelle. Dans son rapport, D. PIOTET considère que cette approche pourrait être adéquate pour corriger des défauts de la loi en vigueur,⁵⁰ tout en soulignant à la fin de ses

⁴⁸ RE pt 5.2, p. 19.

⁴⁹ RE pt I ; les mots en italiques le sont dans le texte de l'AP.

⁵⁰ PIOTET, Rapport, p. 90. D'un avis contraire, EITEL, Für ein zeitgemässes Erbrecht – wie weiter ?, successio 2016, 85 ss.

recommandations qu'une révision complète ne serait pas forcément plus difficile à mettre en œuvre que des modifications multiples partielles.⁵¹ Comme le dit aussi cet expert, les modifications ponctuelles ont, par le passé, causé des problèmes d'interprétation en raison du défaut de cohésion des nouvelles dispositions avec les existantes et parce qu'enfin, certains sujets restent toujours, dans cette façon de procéder, non traités, alors qu'elles seraient insérées logiquement dans un nouveau texte global, cohérent et moderne.⁵²

La réforme proposée dans l'AP témoigne des problèmes de la méthode des modifications ponctuelles évoqués par D. PIOTET. Une multitude de modifications légales est proposée, dont l'impact en droit des successions et dans d'autres domaines du droit tout aussi importants, notamment en droit du mariage, du divorce, de la prévoyance et du contrat d'assurance n'est pas (assez) bien analysé ; nous le signalons dans les chapitres II à IV et dans l'Annexe. Pour faire ce travail, l'approfondissement de l'argumentation paraît nécessaire afin de tirer mieux les bénéfices des réflexions et des controverses à l'égard de ces sujets dans la doctrine et la jurisprudence. La pesée des intérêts et l'évaluation de l'opportunité de certaines modifications proposées s'en trouveraient améliorées et certaines propositions ne figureraient peut être plus dans l'éventuel futur projet de loi. Citons comme exemples les deux propositions dans l'AP qui partent de présomptions d'abus pour démonter des droits importants (faire durer la procédure de divorce ou de dissolution du partenariat, la captation d'héritage), alors que dans la majorité écrasante des cas il n'y a pas d'abus et il ne se justifie pas nécessairement de légiférer dans le sens proposé pour quelques cas marginaux. Une amélioration des propositions sur le plan formel s'imposerait également, la terminologie des nouvelles dispositions n'étant pas toujours reportée sur les dispositions existantes.⁵³ Ces exigences importent car les successions problématiques devront être liquidées sur la base des nouvelles règles, comme c'est le cas du droit en vigueur d'ailleurs, et dans de tels cas la précision compte, même s'ils ne représentent qu'un petit pourcentage des successions.

Quant à son **contenu global**, ce projet de réforme est, à notre avis, à repenser afin de tenir véritablement compte du décalage existant entre la réalité sociale et le droit.⁵⁴ Il ne le fait pas en l'état. Ce n'est qu'en partie à mettre à la charge du CF qui devait respecter la restriction imposée par le CN et refuser aux couples de partenaires de vie un statut égal à celui des couples mariés et des partenaires enregistrés. Mais prévoir un legs d'entretien difficile à obtenir dans de « rares cas exceptionnels » et au prix d'une fiscalité confiscatoire dans certains cantons, était-ce vraiment la seule solution envisageable face à la réalité sociale ?⁵⁵ Est-ce défendable d'éviter, encore une fois, de définir la communauté de vie de fait et ses effets⁵⁶ et de lui donner une importance adéquate, alors que les effets de ces communautés de vie se font ressentir de plus en plus dans la société, mais aussi dans la loi,⁵⁷ tout en faisant perdre des droits considérables au conjoint survivant formel ?

Ce projet de loi mérite et nécessite donc une discussion approfondie ces prochains mois. La consultation était prévue jusqu'au 20.6. ; ce délai est court. Il serait extrêmement regrettable de hâter le processus au détriment d'une critique constructive et se trouver en fin de compte avec un

⁵¹ PIOTET, Rapport, 90 s.

⁵² PIOTET, Rapport, 90 s.

⁵³ EITEL, Auf dem Weg zu einem zeitgemässen Erbrecht ?, successio 2/2016, 183, 184 s.

⁵⁴ RE pt 1, p. 4 s.

⁵⁵ RE pt 1, p. 4, dernier par.

⁵⁶ RE pt et 5.3

⁵⁷ JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben – *de lege ferenda*, successio 2016, 7 ss.

projet de loi encore largement insatisfaisant. Les attentes exprimées dans la motion GUTZWILLER poussent à une réflexion sur la philosophie à la base de notre droit de la famille actuel, comme le préconise d'ailleurs aussi la doctrine.⁵⁸ Il faut donc éviter qu'une réforme précipitée du droit successoral hypothèque pour de longues années l'indispensable réforme de fond du droit de la famille. Pour cette même raison, il serait faux d'introduire, à ce stade, un PACS inspiré par le droit français, car cet instrument ne résoudrait pas mieux les questions qui se posent que les moyens légaux suisses existants et proposés.

Dans l'immédiat, le législateur devrait choisir : soit le droit des successions est encore et toujours relativement stable et adéquat comme le dit le RE, p. 21, ou il ne l'est plus, selon également le RE, p. 4 s. Dans la première hypothèse, il n'y a pas lieu de le reformer au-delà des questions au cœur de la motion GUTZWILLER (réduction des réserves, augmentation de la quotité disponible et amélioration de la situation du partenaire de vie) ; les propositions faites dans l'AP concernant ces questions devraient être revues à la lumière de la réalité dans la société. Dans la deuxième hypothèse, il y a lieu de suspendre les travaux en cours et de repenser le droit des successions intégralement, tout en utilisant les retours sur l'AP.

A notre avis, dans l'une et dans l'autre hypothèse, le législateur sera contraint de réévaluer globalement le droit de la famille et de ses institutions dans un avenir proche.⁵⁹ Vu le nombre des couples non mariés mais stables, en croissance importante depuis les années 1980, une évaluation de l'adéquation de leur situation en droit, soit régie seulement par des normes éparpillées, incohérentes et, pour la plupart, en leur défaveur, semble s'imposer. Des voix de plus en plus nombreuses, tout dernièrement en particulier celles des prof. COTTIER et BREITSCHMID dans leurs rapports pour l'AP, ont abondé dans ce sens. Une première question se pose à l'égard des couples non formalisés : même si l'on privilégie, dans ce débat, la liberté de contracter et donc la liberté de ne pas s'engager de chacun, l'Etat, ne devrait-il pas réglementer au moins les cas de dureté indépendamment de la volonté des partenaires ? Mais il faudrait aussi, dans une évaluation approfondie de la situation, tenir compte du constat que dans la société actuelle, les couples – de sexe opposé ou de même sexe – se scindent de plus en plus en deux catégories. Une partie des couples formalisent leur union ; leurs membres sont prêts à s'engager fortement l'un envers l'autre et s'attendent à des droits et devoirs correspondants. L'autre partie des couples ne souhaitent pas s'engager (aussi fortement), mais une union reconnue en droit, aux devoirs et droits allégés, éventuellement déterminés en partie par les partenaires, pourrait leur convenir. L'activité du législateur dans une refonte du système actuel des institutions du droit de la famille devrait, à notre avis, se diriger dans ce sens. Cette solution aurait d'ailleurs l'avantage de conforter F. GUTZWILLER et de répondre aux attentes de celles et ceux qui aspirent à un statut pour les couples non mariés, tout en créant deux statuts inégaux, privilégiant le couple plus engagé.

⁵⁸ EITEL, Für ein zeitgemässes Erbrecht – wie weiter ?, successio 2016, 85 ; SUTTER-SOMM, AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Methode einer adäquaten Gesetzgebung und umstrittene Aspekte *de lege lata*, Zurich et al. 2016, Section II. A juste titre, ces auteurs soulignent aussi l'importance d'une large discussion d'experts et la qualité des Messages ; cf. à ce dernier sujet, STEINAUER, A propos des révisions du Code civil, in *Mehr oder weniger Staat ?*, BELSER, WALDMANN (éd.), Berne 2015, 121 ss, 127.

⁵⁹ De ce point de vue également COTTIER, Rapport, 48 ss ; BREITSCHMID, Rapport, N 21 ss ; EITEL, Für ein zeitgemässes Erbrecht – wie weiter ?, successio 2016, 87 s., ainsi que JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben – *de lege ferenda*, successio 2016, 20 s.

Annexe :

Les ‘Autres questions’ de la réforme proposée – le point 6 du RE

Comme nous le disons dans la partie principale de cet article, l’essentiel, en nombre, des modifications proposées par l’AP se trouve sous le titre ‘Autres questions’ dans la partie 6 du RE. Le résumé ci-après nous paraît utile pour une bonne compréhension de la portée éventuelle de la réforme. Les propositions du CF sont regroupées en quatre catégories: les véritables nouveautés législatives (1.), les modifications proposées pour trancher des lacunes doctrinales (2.), les propositions comblant des lacunes identifiées (3.) et les clarifications, en majorité terminologiques, de la loi actuelle (4.). Le chap. IV de la partie principale de l’article tente une évaluation globale de ces propositions.

1. Les innovations législatives

Il s’agit de nouvelles dispositions qui ne comblent pas des lacunes connues de la loi, ne tranchent pas une controverse doctrinale et ne représentent pas de simples clarifications (cf. 2. à 4.). Certaines d’entre elles modifieraient les principes à la base du droit actuel.

a) Selon l’AP, l’art. 529 CC serait abrogé et l’art. 476 al. 1 CC modifié afin de tenir compte des **attributions par clause bénéficiaire d’assurances-vie** dans la masse de calcul des réserves pour les montants versés effectivement aux bénéficiaires par les compagnies d’assurance, pas comme actuellement pour leur valeur de rachat⁶⁰. Cette proposition réaliserait la cohérence de ces attributions avec celles sous d’autres formes. La différence entre les deux montants peut toutefois être significative et augmente de risque d’une réduction de ces attributions potentiellement intéressantes pour les partenaires de vie.

L’art. 476 al. 2 AP-CC prévoit l’exclusion des droits dans la **prévoyance du pilier 3a** du partage entre les successeurs, ce – et c’est là que résiderait la nouveauté – sans la possibilité pour les réservataires d’actionner les bénéficiaires en réduction⁶¹. Cette solution se justifierait, selon le RE, par le but de prévoyance du pilier 3a comparable à cet égard au 2^e pilier ; étant donné que les rentes et capitaux versés par les institutions du 2^e pilier ne sont pas sujets à réduction, ceux du pilier 3a ne devraient pas l’être non plus. Cette solution est préconisée à l’encontre de la jurisprudence⁶² et la doctrine majoritaire⁶³, discutées aux pages 29 ss de l’AP, qui se prononcent pour l’inclusion des versements aux bénéficiaires du pilier 3a dans la masse de calcul des réserves. A noter que le texte de la proposition selon lequel il y aurait lieu d’exclure les « deuxième et troisième piliers touchés par les héritiers ou autre bénéficiaires » (p. 31, dernière phrase) s’entend pour le seul pilier 3a, car exclure tout le 3^e pilier de la succession viderait celle-ci de sa substance.

L’AP ne traite pas les incidences de ces changements sur la liquidation du régime matrimonial, notamment dans des cas atypiques, mais pas forcément inférieurs, et n’étudie pas la nouvelle situation par rapport aux droits du contrat d’assurance, de l’assurance sociale et de la pré-

⁶⁰ RE pt 6.4 B., p. 32 s. Cf. aussi PIOTET, Rapport, 78 ss.

⁶¹ RE pt 6.4 A., p. 29 ss.

⁶² TF 9C_523/2013, 28.1.2014, cons. 4.1 (qui ne figure pas dans version publiée de cet arrêt ATF 140 V 57).

⁶³ Cf. RE pt 6.4 A., p. 29 ss. Pour l’état actuel, cf. STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 131 s. et 486 ss. Cf. nbp 94, la référence à DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, 2000, N 1101, correspond au N 1025 dans l’édition 2009.

voyance professionnelle. Ces questions devraient impérativement être élucidées avant de procéder à l'adoption de ces modifications pour ne pas créer des problèmes, éventuellement insurmontables, dans l'application des nouvelles règles.

b) Signe des temps, l'AP entend introduire, par l'art. **506 al. 3 AP-CC**, le **testament audiovisuel** comme l'une des formes du testament oral.⁶⁴ Le testament oral ne peut être valablement érigé qu'en des circonstances extraordinaires. C'est précisément dans de telles situations qu'il se justifie, selon le CF, de profiter de la technologie moderne et de permettre l'utilisation d'appareils qui peuvent filmer le *de cuius* en train d'enregistrer ses dernières volontés ; des témoins ne seraient alors pas nécessaires.

Art. 506 al. 3 AP-CC : En la forme audiovisuelle, le testateur apparaît physiquement sur l'enregistrement vidéo, indique son nom, explique la circonstance extraordinaire, si possible la date, et déclare ses dernières volontés.

Les art. 506 à 507 AP-CC reformuleraient la loi actuelle pour insérer cette possibilité. A la fin de son délai de validité, ce testament serait nul et pas seulement annulable, selon l'art. 508 AP-CC (cf. ci-dessus 2.b).

c) La **captation d'héritage** (« *Erbschleicherei* ») est à l'origine de l'art. **541a AP-CC** qui limiterait à un quart de la succession des attributions à des « personnes qui, dans l'exercice de leur profession, disposaient de la confiance du défunt, de même que leurs proches »⁶⁵. Le CF discute les différentes options appliquées par le TF et suggérées dans la doctrine⁶⁶ pour sanctionner et prévenir de tels comportements et propose le nouvel art. 541a AP-CC, ce qui surprend vu sa propre conclusion selon laquelle « si les règles actuelles peuvent paraître insuffisantes, force est de constater qu'elles offrent tout de même une certaine protection, du moins dans les cas les plus choquants. » (p. 34).

Malgré les bonnes intentions qui le sous-tendent, le texte proposé et son interprétation aboutissent à des résultats étonnants, difficilement défendables : l'art. 484a AP-CC ne saurait certainement pas être interprété dans le sens que la captation d'héritage serait admise à hauteur du quart de la succession ; il implique donc que l'héritier honnête serait restreint au quart de la succession et que l'héritier de mauvaise foi serait toujours exposé à la sanction de l'invalidité de son attribution. Cette nouvelle disposition exprimerait donc seulement que les professionnels visés se trouveraient tous restreints dans leur capacité d'hériter sur la base d'une présomption générale d'abus de leur position. La limitation de la part attribuable à des professionnels (honnêtes) pourrait en outre résulter en la dévolution du reste de la succession à des parents, héritiers légaux, auxquels le *de cuius* n'entendait justement pas laisser leur part héréditaire ou, en l'absence d'héritiers légaux, en la succession subsidiaire par la collectivité publique. Cette restriction du droit de disposer du *de cuius* interpelle par ailleurs à l'égard de sa compatibilité avec les principes généraux du droit des successions, voire avec les principes régissant les droits de propriété. Un autre moyen pour éviter la captation d'héritage, p. ex. exiger la forme authentique pour de telles attributions, ne suffirait-il pas pour prévenir des abus ? Il conviendrait également de clarifier si des institutions (communautés re-

⁶⁴ RE pt. 6.13, p. 50 ss.

⁶⁵ RE pt 6.5, p. 33 s. Cette proposition donne suite à des préoccupations sur de telles attributions exprimées dans le public et dans deux démarches parlementaires non abouties (Initiative SCHENKER 2006, 06.432, et postulat SCHENKER 2012, 12.3220).

⁶⁶ PIOTET, Rapport, 71 s., préconise l'annulation de telles attributions (art. 519 CC).

ligieuses, associations charitables, hôpitaux, cliniques et institutions de recherche) représentées par des personnes physiques qui pourraient avoir une influence abusive décisive sur les volontés du *de cuius* seraient frappées également par l'incapacité successorale partielle.

d) Les art. 517 al. 3 et 518 al. 4 AP-CC prévoient que l'**exécuteur testamentaire** doit recevoir une attestation de sa qualité et que le juge est seul compétent pour trancher des litiges quant au mandat de l'exécuteur testamentaire et à l'exécution de leur mandat.⁶⁷ Les compétences de l'autorité de surveillance qui existent aujourd'hui seraient donc amputées.

e) L'AP préconise de raccourcir le délai d'ordre fixé à l'autorité pour effectuer l'**appel aux héritiers** dans des successions dont les ayants-droit sont incertains, d'un an à six mois (art. 555 AP-CC).⁶⁸ Grâce à la technologie moderne, ce délai serait suffisant et permettrait de faire évoluer plus rapidement des successions de ce type. La proposition donnerait suite à l'initiative parlementaire ABATE, No. 12.450.

2. Les modifications proposées pour trancher des *controvertes doctrinales* :

a) Actuellement, l'**attribution par contrat de mariage prévue à l'art. 216 CC** d'une part dépassant la moitié du bénéfice de l'union conjugale qui revient au conjoint survivant de droit, en vertu de l'art. 215 al. 1 CC, est considérée par une partie de la doctrine comme la dernière libéralité entre vifs du *de cuius* ; pour d'autres auteurs, il s'agit d'une attribution pour cause de mort.⁶⁹ Il en va de même en cas de **répartition inégale des biens propres des couples soumis à la communauté de biens** en faveur du conjoint survivant (art. 241 al. 2 CC). Pour ce dernier, suivant le premier courant doctrinal, l'attribution au conjoint survivant qui léserait les réserves des descendants protégés n'est réduite qu'après les héritiers *ab intestat* et après les bénéficiaires des attributions pour cause de mort (art. 532 CC). Selon un nouvel alinéa 4 de l'art. 494 CC, le contrat de mariage à la base de ces attributions serait qualifié de pacte successoral, donc de disposition pour cause de mort, comme le fait le deuxième courant de la doctrine actuelle. Ces attributions seraient donc plus facilement réductibles ; ce résultat de la modification proposée pour le conjoint survivant doit être évalué en tenant compte également de la réduction de la réserve du conjoint survivant et du fait que qu'il ne serait même plus héritier réservataire lors de la procédure de divorce (cf. II *supra*). Cette proposition s'inscrit en contradiction avec l'un des buts du droit des successions moderne, pourtant aussi souligné par le RE (p. 5 et 10 s.),⁷⁰ soit de soutenir les veuves et veufs qui, de nos jours, sont de plus en plus âgés au moment du décès de leurs conjoints et se trouvent de ce fait plus facilement confrontés à des coûts importants pour leurs soins.

b) Le CF trancherait aussi, dans le cadre de cette réforme, la controverse doctrinale concernant la nature de la caducité des testaments oraux après l'expiration de la durée de leur validité, en prévoyant à l'art. 508 AP-CC que ces testaments seraient **nuls** et donc pas seulement annulables.⁷¹

⁶⁷ RE pt 6.11, p. 48 s.

⁶⁸ RE pt 6.17, p. 56 s.

⁶⁹ Pour les références à la doctrine et la jurisprudence, cf. PIOTET, Rapport, 85 s. ; CR CC I - STEINAUER, Art. 216 ; STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 494 ss. La même possibilité existe pour les partenaires enregistrés qui adoptent le régime de la participation aux acquêts sur la base de l'art. 25 LPart.

⁷⁰ Cf. aussi ci-dessus II.

⁷¹ RE pt 6.13, 2^e partie, p. 51 ss.

c) L'art. 519 al. 2 et 3 AP-CC⁷² se propose de donner une portée plus large à l'**action en annulation** – selon la terminologie nouvelle proposée (cf. *infra* 4.c) – d'une part, en élargissant le cercle des personnes ayant la qualité pour agir « à toute personne ayant un intérêt à titre héréditaire à l'annulation » et, d'autre part, par la possibilité d'attaquer les pactes successoraux du vivant du disposant déjà. Le nouvel al. 3 correspondrait à l'avis d'une minorité d'auteurs, dont fait partie le prof. PIOTET.⁷³

d) Par des rectifications du texte de l'**al. 2 de l'art. 525 CC et le rajout d'un al. 3**, l'AP se propose de trancher des controverses doctrinales sur des questions de réduction indirecte, subtiles, que nous ne commentons pas ici⁷⁴. Une éventuelle adoption de ces nouvelles règles exigerait une analyse plus étayée, à notre avis. Ces propositions doivent être mis en lien avec d'autres propositions concernant la thématique des réductions, et évaluées dans ce contexte nouveau.

e) A cheval entre la décision à l'égard d'une controverse doctrinale et une clarification et (4. ci-après) se situe la proposition de modifier les textes des dispositions en matière de **rapport et de réduction**.⁷⁵ Les actuels art. **626 al. 2 et 527 ch. 1 CC** concernent les dotations. Les textes des deux dispositions ne sont pas tout à fait identiques dans leur formulation, engendrant, comme le souligne le RE, une certaine confusion et des controverses doctrinales⁷⁶. S'y ajoute l'incertitude quant à l'interprétation, plus ou moins restrictive, de l'art. 527 ch. 1 CC pour déterminer quel héritier, bénéficiaire d'une dotation, doit pouvoir être actionné en réduction. Concernant l'art. **527 al. 3 CC**, le RE soulève également la question de l'interprétation, plus ou moins large, du terme donation controversée en doctrine qui impacte naturellement aussi la possibilité d'une action en réduction⁷⁷. Enfin, la nécessité d'établir l'égalité des délais de l'action en réduction pour celles entre héritiers et celles contre des non-héritiers est discutée. Pour éviter les conséquences néfastes de la situation actuelle (insécurité du droit, difficulté dans la planification successorale), le CF préconise, en s'appuyant sur la doctrine majoritaire, une reformulation des articles concernés, mais sans toucher aux inégalités des délais de l'action.

Art. 527 ch. 1 AP-CC : Toute libéralité servant à l'établissement dans la vie sociale ou économique est considérée comme un avancement d'hoirie, à moins que le défunt n'en ait disposé autrement; est réservée la disposition concernant les dépenses faites pour l'éducation et l'instruction des enfants.

Art. 527 ch. 3 AP-CC : ...celles que le disposant pouvait librement révoquer et celles qui sont exécutées dans les cinq années antérieures à son décès, à l'exception des présents d'usage; ...

Art. 626 al. 2 AP-CC : Toute libéralité servant à l'établissement dans la vie sociale ou économique est considérée comme un avancement d'hoirie, à moins que le défunt n'en ait disposé autrement; est réservée la disposition concernant les dépenses faites pour l'éducation et l'instruction des enfants.

Le texte de l'art. 579 al. 2 CC serait adapté à la nouvelle terminologie.⁷⁸

Le CF se prononce ici à l'égard de questions très controversées qui ont donné lieu à des jurisprudences et des prises de position dans la doctrine nombreuses. La matière est donc dense ; une

⁷² RE pt 6.14.

⁷³ PIOTET, Rapport, 87 s., avec les références.

⁷⁴ RE pt 6.8, p. 40 ss ; voir aussi PIOTET, Rapport, 83 s.

⁷⁵ RE pt 6.7, p. 37 ss. Cf. aussi PIOTET, Rapport, 76 ss ; BREITSCHMID, Rapport, N 38 ss.

⁷⁶ RE, p. 38 et 39.

⁷⁷ RE, p. 38 s.

⁷⁸ RE pt 6.18, p. 57.

discussion et une décision sur seulement 3 pages du RE et sur la base d'un référencement minimal ne paraissent pas suffisantes si l'on veut tenir compte convenablement des nuances évoquées à juste titre par les juges et les auteurs. La terminologie unifiée proposée pour les art. 527 ch. 1 et 626 al. 2 AP-CC serait plus contemporaine que le texte actuel et pourrait, en effet, permettre l'harmonisation à certains égards du rapport et de la réduction moyennant, toutefois, des explications détaillées sur les libéralités « servant à l'établissement dans la vie sociale ou économique ». Par ailleurs, les explications du RE se concentrent sur les dispositions légales à modifier ; si celles-ci devaient être adoptées, une analyse très précise de la concordance de leurs termes avec ceux d'autres dispositions touchant à ces thématiques s'imposerait, et ce dans les trois versions linguistiques.⁷⁹

f) Tranchant une controverse doctrinale, l'art. 564 al. 2 AP-CC préconise la **priorité du légataire sur le créancier de l'héritier**.⁸⁰ L'art. 564 al. 2 CC, interprété textuellement, accorde la priorité dans la succession acceptée purement et simplement par l'héritier aux dettes personnelles de l'héritier sur la créance du légataire, mais présente par ailleurs des lacunes ; des controverses doctrinales importantes en résultent.⁸¹ Le CF considère que l'interprétation littérale du texte ne peut correspondre à la volonté du testateur et préconise, avec une minorité d'auteurs, que « sur les biens provenant de la succession, les droits des légataires priment ceux des créanciers de l'héritier ». ⁸² Le nouveau texte légal serait clair ; mais il constituerait aussi une solution ayant des incidences sur les droits des légataires et des créanciers s'agissant de leurs droits à des mesures conservatoires (art. 594 CC), ainsi que sur l'application du principe de droit successoral de la confusion des patrimoines hérité et propre de l'héritier. Une analyse plus approfondie que celle qui figure dans le RE s'impose, même si selon le RE, p. 55, cette disposition n'est que très rarement appliquée.

3. Modifications pour combler des *lacunes*

Les lacunes concernées peuvent être dues soit à une inadvertance du législateur antérieur soit à l'évolution de la réalité dans la société et notamment sur le plan technique. Plusieurs propositions dans cette catégorie et dans les autres catégories de modifications concernent les réductions (cf. 2.d, e et f) ; leur articulation est, à ce stade, difficile à comprendre.

a) Il est proposé de remplacer le terme « libéralités » paraissant dans les actuels **art. 522 al. 1 et 525 al. 1 CC**, ainsi que dans la **note marginale de l'art. 523** par celui d'« acquisitions ». ⁸³ Cette modification de la loi permettrait de **réduire les acquisitions pour cause de mort *ab intestat*** avant les acquisitions testamentaires dans les cas où le *de cuius* limite ses attributions pour cause de mort à la quotité disponible, mais omet de s'exprimer sur les parts des héritiers réservataires. En ce faisant, le *de cuius* viole la réserve de certains héritiers, sans pour autant violer la ré-

⁷⁹ Cf. à cet égard, EITEL, Auf dem Weg zu einem zeitgemässen Erbrecht ?, successio 2016, 183, 184 s. L'effort de mettre en conformité les termes utilisés dans les dispositions dont la modification est proposée et dans celles qui devraient rester inchangées serait à faire plus généralement au sein du droit des successions et des autres domaines de droit touchés.

⁸⁰ RE pt 6.15, p. 54 ss.

⁸¹ Cf. STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 1094 ss, pour les subtilités de l'interprétation de cette disposition et les références à la doctrine.

⁸² RE pt 6.15, p. 55.

⁸³ RE pt 6.9 A., p. 42 ss.

serve globale. Actuellement, l'héritier réservataire n'a pas de moyen dans de telles situations de réclamer la réduction de parts *ab intestat*.

b) La modification décrite au paragraphe précédent a) pose la question de l'**ordre des réductions**. A cet égard, le CF préconise un nouvel art. **526 al. 1 AP-CC**, qui distingue entre les **attributions testamentaires** et celles **déoulant de pactes attributifs**⁸⁴ et protégerait les attributions par un pacte successoral antérieur à des dispositions testamentaires :

Art. 526 al. 1 AP-CC : Les acquisitions fondées sur des actes pour cause de mort postérieurs à un pacte successoral et ayant épuisé la quotité disponible sont réduites avant les acquisitions fondées sur ledit pacte.

Cet ordre des réductions serait impératif. Cette disposition ferait donc exception à la règle de l'art. 525 CC, selon laquelle toutes les attributions pour cause de mort sont réduites « au marc le franc », soit proportionnellement.⁸⁵ Elle ne manquerait pas de compliquer considérablement la liquidation des successions contestées.

c) Le nouveau système serait compliqué d'avantage encore par l'**al. 2 de ce nouvel art. 526 AP-CC**.⁸⁶ Selon cet alinéa, les acquisitions *ab intestat* seraient à réduire à certaines conditions avant les acquisitions résultant de dispositions à cause de mort :

Art. 526 al. 2 AP-CC : Sauf disposition contraire, l'acquisition pour cause de mort résultant de la loi est réduite avant celle résultant des dispositions pour cause de mort qui ne léseraient pas déjà la réserve.

Le texte peu lisible de cette disposition impliquerait, mais cela vaudrait encore des clarifications, que si les dispositions pour cause de mort lèsent en elles-mêmes les réserves, la réduction se ferait alors selon l'art. 525, soit sur toutes les attributions en proportion de leurs valeurs. Il est évident, toutefois, que l'impact de ces modifications qui créent un système compliqué de priorités ne serait pas négligeable.

d) De par sa formulation, la loi actuelle fait une distinction entre la péremption de l'action en nullité à l'encontre du défendeur de mauvaise foi selon la raison de la nullité invoquée, sans que cette distinction ne soit ni logique, ni évidente. L'art. **521 al. 2 AP-CC** éliminerait cette distinction par une formulation plus simple qui prévoit la péremption de l'action **seulement après 30 ans** dans les cas de mauvaise foi du défendeur ; les motifs potentiellement invoqués ne seraient plus indiqués.⁸⁷

e) Un « **droit à l'information successorale** » serait ancré explicitement dans un nouveau chapitre VI. du CC, comprenant le seul art. 601a AP-CC avec trois alinéas dont le premier comporte le principe de base :⁸⁸

Art. 601a al. 1 AP-CC : Quiconque peut faire valoir une prétention successorale a dès le décès le droit d'obtenir des successeurs et de tiers ayant géré, possédé ou reçu des valeurs du défunt des informations lui permettant d'établir l'étendue de ses droits.

Les droits et obligations en déoulant compléteraient ceux qui existent entre héritiers (art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC) et ceux déoulant du droit matrimonial (art. 270 CC) et de rapports contrac-

⁸⁴ RE pt 6.9 B., p. 44 s.

⁸⁵ Cf. STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 828 ss.

⁸⁶ RE pt 6.9 A., p. 42 ss. Cf. PIOTET, Rapport, 78.

⁸⁷ RE pt 6.10, p. 46 s. Cf. PIOTET, Rapport, 83.

⁸⁸ RE pt 6.6, p. 35 ss. Voir aussi PIOTET, Rapport, 80 s.

tuels. La nouvelle disposition comble donc le vide juridique existant actuellement à l'égard du devoir de renseignement de tiers, sans lien contractuel avec le *de cujus*, qui détiennent éventuellement des informations nécessaires pour la liquidation de la succession (trusts, fondations, sociétés, etc.). Le RE met en garde toutefois que la nouvelle disposition n'entend pas « aboutir à un droit à l'information illimité et valant en toutes circonstances » ; le droit à l'information successorale devrait, selon le CF, être utilisé de manière « proportionnée aux droits que la prétention principale doit représenter pour l'ayant droit. » L'art. 601a AP-CC devrait néanmoins constituer, si l'on comprend bien l'explication du CF, la base légale générale en matière de droits à l'information des héritiers.

Cet article serait certainement bienvenu même si la question reste posée de savoir si la nouvelle disposition permettrait d'appréhender tous les rapports contractuels et tous les rapports entre héritiers.⁸⁹ Du point de vue de la rédaction, il serait utile d'insérer dans le texte proposé l'injonction d'utiliser cette possibilité de manière proportionnée. Il est vrai, toutefois, que l'ayant droit qui ne connaît pas encore l'information due ne peut pas facilement calibrer sa demande de sorte qu'elle n'enfreigne certainement pas cette injonction. La création de l'article nouveau dédié à l'information due aux héritiers aurait été une bonne occasion également pour y regrouper tous les droits et devoirs en matière d'information afin d'aboutir à un corps de règles cohérentes et plus compréhensibles ; un tel regroupement aboutirait en contrepartie à l'abrogation des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC.⁹⁰

f) Selon l'art. 559 al. 1 AP-CC, le **certificat d'héritier** devrait être fourni aux héritiers légaux également ; la loi actuelle qui mentionne seulement les héritiers institués. Il ne s'agirait toutefois que du comblement formel d'une lacune ; la pratique dans ce sens est déjà établie et parfaitement admise par la doctrine⁹¹.

g) L'action des créanciers en cas de **répudiation d'un héritier obéré** et l'administration officielle consécutive seraient traitées plus en détail par la modification de l'art. 578 CC.⁹²

h) En dépit du texte de l'art. 617, restreint aux biens immobiliers, tous les biens et droits tombant dans la succession sont évalués, déjà maintenant, à leur **valeur vénale au moment du partage**. L'AP entend expliciter cette réalité par l'art. 617 AP-CC.⁹³

4. *Clarifications et rectifications de dispositions actuelles notamment par rapport à la terminologie.*

a) L'AP préconise l'adjonction d'un **nouvel al. 3 à l'art. 528 CC**⁹⁴ qui donnerait le même choix aux bénéficiaires de legs et de libéralités entre vifs en cas de réduction partielle de leur attribution : la restitution du bien contre versement, par le débiteur du legs, du « disponible » ou la conservation de l'objet du legs contre remboursement de l'excédent. Cette solution est préconisée, depuis longtemps par la doctrine. Il s'agirait donc plutôt d'une clarification du texte légal que

⁸⁹ A juste titre, le prof. PIOTET (Rapport, 81) attire l'attention sur les difficultés d'obtenir des informations sur des trusts.

⁹⁰ Ce n'est pas la vision exprimée par le prof. PIOTET (Rapport, 81).

⁹¹ RE pt 6.11, p. 48 s.

⁹² RE pt 6.12, p. 49 s.

⁹³ RE pt 6.16, p. 56.

⁹⁴ RE pt 6.9 C, p. 45 s.

d'une modification de la loi, même si la seule jurisprudence en la matière, de l'année 1985, était d'un avis contraire.⁹⁵

b) La « prescription » prévue dans plusieurs dispositions actuelles est, selon la doctrine et la jurisprudence constantes, une **péremption**. La correction du texte légal dans ce sens se ferait par la modification des titres marginaux et la correction des textes des art. **533 al. 1 et 600 AP-CC**.⁹⁶ L'interrogation de P. BREITSCHMID sur l'adéquation de cette interprétation de la loi actuelle paraît intéressante.⁹⁷

c) En règle générale, les dispositions pour cause de mort « nulles » sont, selon la jurisprudence et la doctrine, seulement « **annulables** ». Les articles 469, 482 et 503 AP-CC proposent l'adaptation terminologique de la loi dans ce sens.⁹⁸ L'adoption du nouveau texte confirmerait la règle actuellement appliquée : de telles dispositions restent valables à moins d'être attaquées avec succès en justice.

d) L'art. 499 AP-CC épurerait le texte légal qui traiterait de l' « officier public » au même titre que d'autres dispositions légales.⁹⁹

e) Selon l'art. **559 al. 1 AP-CC**, un seul terme décrirait dans chaque langue officielle le certificat qui atteste de la qualité d'héritier, à savoir « **certificat d'héritier** », « *Erbbescheinigung* » et « *certificato ereditario* ».

f) L'art. 564 al. 1 AP-CC ne représente qu'une reformulation de cette disposition du CC pour préciser ce qui est généralement admis, soit que les **dettes de la succession** jouissent de la priorité dans la succession, étant sur un pied d'égalité avec les dettes du défunt.¹⁰⁰

⁹⁵ Cf. STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 841a, avec des références.

⁹⁶ RE pt 6.10, p. 46 s.

⁹⁷ BREITSCHMID, Rapport, N 50.

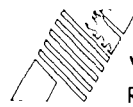
⁹⁸ RE pt 6.14, p. 52 ss.

⁹⁹ RE pt 6.14, p. 54.

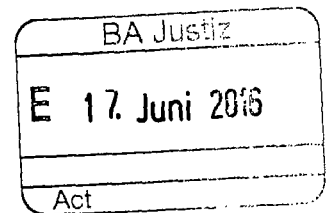
¹⁰⁰ RE pt 6.15, p. 55. STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 260 ss ; HUBERT-FROIDEVAUX, Commentaire du droit des successions, EIGENMANN, ROUILLER (éd.), Berne 2012, Art. 564, N 5 ss.

Résumé: A la suite de la motion 10.3524 de F. GUTZWILLER, le Conseil fédéral a élaboré une réforme d'envergure du droit des successions. Selon l'Avant-projet de loi proposé (AP), les réserves des descendants et du conjoint survivant ou du partenaire enregistré survivant seraient réduites de 1/3 et de 1/2 respectivement et celles des parents supprimées. La quotité disponible (accrue) faciliterait la transmission d'entreprises familiales. Un nouveau « legs d'entretien » pourrait être attribué par le juge au partenaire de vie et à d'autres personnes proches du de cujus, notamment aux enfants du conjoint ou du partenaire de vie. Cette possibilité de favoriser le partenaire de vie est largement inférieure en envergure que le statut légal successoral, comparable à celui du conjoint survivant, demandé par F. GUTZWILLER, mais immédiatement rejeté par le Conseil national. L'AP contient par ailleurs de très nombreuses propositions d'amendement d'autres dispositions du droit des successions dont l'effet se répercuterait sur d'autres branches du droit, en particulier le droit matrimonial. En vue de l'envergure et de la portée de la réforme proposée, les nouveaux textes préconisés et l'analyse des propositions ne paraissent pas suffisants en l'état et mériteront des développements et réflexions avec les experts des questions posées. Resterait, par ailleurs, à décider si une telle réforme devrait se restreindre aux questions centrales soulevées par la motion GUTZWILLER, ou s'il était préférable de l'élargir, comme le propose l'AP, au droit des successions entier, voire au-delà, au droit de la famille.

Zusammenfassung : Der Bundesrat hat als Antwort auf die Motion 10.3524 von F. GUTZWILLER eine weitläufige Reform des Erbrechts ausgearbeitet. Der Vorentwurf des neuen Gesetzes (VE) schlägt vor, die Pflichtteile der Abkommen und der Ehegatten um 1/3 respektive 1/2 zu reduzieren und das Pflichtteil der Eltern abzuschaffen. Die (damit höhere) freie Quote würde die Übertragung von Familienunternehmen erleichtern. Das neue « Unterhaltsvermächtnis » könnte gerichtlich dem Lebenspartner und anderen, dem Verstorbenen nahestehenden Personen, insbesondere den Kindern des Ehe- oder des Lebenspartners zugesprochen werden. Diese neue Möglichkeit, den Lebenspartner erbrechtlich zu begünstigen, ist allerdings im Umfang und in seiner Bedeutung um Vieles geringer als der von F. GUTZWILLER geforderte gleichwertige Status der Lebenspartner und der Ehegatten, der aber vom Nationalrat sofort abgelehnt wurde. Der VE schlägt zusätzlich die Änderung weiterer 39 Gesetzesartikel vor, die sich nicht nur im Erbrecht sondern auch in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Eherecht, auswirken würde. Im Hinblick auf den Umfang und die Tragweite der vorgeschlagenen Reform erscheint die jetzige Fassung der Gesetzestexte und die Analyse der Vorschläge ungenügend. Beide müssen weiterentwickelt werden, auch in Zusammenarbeit mit Experten der angesprochenen Fragen. Es sollte auch evaluiert werden, ob die Reform sich auf die Kernfragen der Motion GUTZWILLER beschränken sollte oder es vorzuziehen wäre, sie, wie der VE vorschlägt, auf das gesamte Erbrecht, ja sogar weiter, auf das Familienrecht, auszudehnen.



Bundesamt für Justiz
Herr Alexandre Brodard
Bundesrain 20
3003 Bern



Per Mail: alexandre.brodard@bj.admin.ch

Bern, 16. Juni 2016

Vernehmlassung zum Vorentwurf Änderung des Zivilgesetzbuch (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband bernischer Notare (VbN) und der Bernische Anwaltsverband (BAV), deren Mitglieder als Notarinnen oder Anwälte täglich im Erbrecht tätig sind, nehmen zum obgenannten Vorentwurf wie folgt Stellung:

Grundsätzlich begrüssen der VbN und der BAV eine Revision des in die Jahre gekommenen Erbrechts, mit welchem den veränderten, gesellschaftlichen Rahmenbedingungen Rechnung getragen werden soll. Allerdings wäre mit der Revision sinnvollerweise solange zuzuwarten bis klar ist, wie die gross angekündigte Revision des Familienrechts letztlich aussehen wird (Stichwort: pacte de solidarité). Die beiden Rechtsgebiete hängen eng zusammen und massgebliche Änderungen im Familienrecht haben auch entscheidende Auswirkungen im Erbrecht.

Die beabsichtigte Gesetzesrevision soll grundsätzlich den Rechtsfrieden fördern. Das heisst für den Rechtssuchenden klar und nachvollziehbar formuliert sein und zugleich in der Praxis festgestellte Mängel des alten Erbrechts beheben. Wir sind der Ansicht, dass diese beiden wesentlichen Ziele mit dem vorgelegten Gesetzesentwurf nicht erreicht werden. Dies insbesondere aus folgenden Gründen:

Art. 120 Abs. 2 ZGB VE 2016: Wegfall Pflichtteil des Ehegatten bei Rechtshängigkeit

Es ist zu präzisieren, dass die vom Gesetz abweichende Anordnung mittels Verfügung von Todes wegen vorzunehmen ist.

Art 470/471 ZGB VE 2016: Pflichtteil

Die bisherige Bestimmung von Art. 470 ZGB soll unverändert bleiben. In Art. 471 ZGB ist jedoch vorgesehen, dass der Pflichtteil der Eltern entfallen soll. Dementsprechend muss auch Art. 470 ZGB redaktionell geändert werden, da die Eltern dort als Teil des pflichtteilsgeschützten Personenkreis aufgezählt werden.

Art. 484a ZGB VE 2016: Das Unterhaltsvermächtnis

Die Einführung des Unterhaltsvermächtnis wird abgelehnt. Mit der vorgesehenen Vergrösserung der frei verfügbaren Quote kann der Erblasser seinen Konkubinatspartner und andere ihm nahestehenden Personen begünstigen, sofern er dies wirklich will. Tut er dies (bewusst) nicht, ist nicht einzusehen, weshalb ein sog. gesetzliches Unterhaltsvermächtnis greifen soll. Dieses birgt zudem die grosse Gefahr, dass ausgedehnte Streitigkeiten mit den Erben provoziert werden. Wie das BJ in seinem Bericht festhält, sind im Erbrecht stets Lösungen anzustreben, die vorhersehbar und überblickbar sind. Diesen Grundsätzen widerspricht das neu vorgesehene Unterhaltsvermächtnis diametral. Alsdann ist die vorgesehene Frist zur Geltendmachung des Unterhaltsvermächtnis völlig realitätsfremd. Innerhalb der vorgesehenen Verwirkungsfrist von 3 Monaten stehen die Erben häufig noch gar nicht fest; damit wäre für einen allfällig Berechtigten völlig unklar gegen wen überhaupt geklagt werden müsste. Angesichts der damit verbundenen Prozesskostenrisiken eine für den Berechtigten unzumutbare Situation.

Art- 494 Abs- 4 ZGB VE 2016: Vorschlagszuteilung

Ein Ziel der Revision geht dahin, dass die Pflichtteile entsprechend der Motion Gutzwiler verkleinert werden sollen. Neu soll festgehalten werden, dass Vorschlagszuweisungen als Zuwendungen von Todes wegen gelten. Ein Grossteil des ehelichen Vermögens besteht heute aus der Errungenschaften der Ehegatten. Die nunmehr vorgesehene Regelung läuft diesem Grundanliegen der Revision völlig zuwider. Die Einstufung der Vorschlagszuteilung als Zuwendung von Todes wegen würde dazu führen, dass der Pflichtteil der Kinder letztlich wertmässig deutlich grösser ausfällt als heute, obwohl der Pflichtteil reduziert werden soll. Diese Widersprüchlichkeit ist zu beseitigen.

Art. 507 ZGB VE 2016: Beurkundung

Anstelle der Gerichtsbehörde bzw. alternativ dazu ist vorzusehen, dass auch die vom kantonalen Recht hierfür bezeichnete Urkundsperson zuständig sein kann. Es geht hier in erster Linie um die Vornahme einer Sachverhaltsfeststellungen, welche eine dem Notar bzw. der Notarin vertraute Tätigkeit darstellt und die gerade im freiberuflichen Notariat deutlich schneller erledigt werden kann als bei den notorisch überlasteten Gerichten.

Art. 518 Abs. 4 ZGB VE 2016

Im Kanton Bern untersteht der Willensvollstrecker der Aufsicht des Regierungsstatthalteramtes und nicht dem Gericht. Es ist nicht nötig, dass der Bund in Bezug auf die Willensvollstreckeraufsicht in die kantonale Organisationshoheit und kantonal gewachsene, bewährte Strukturen eingreift. Es ist deshalb lediglich vorzusehen, dass die vom Kanton bezeichnete Behörde die Aufsicht über den Willensvollstrecker wahrnimmt.

Art. 526 ZGB VE 2016

Diese Bestimmung ist im Kontext von Art. 532 ZGB nicht verständlich. Das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen ist zu klären.

Art. 531 ZGB VE 2016

Die Vertrauensstellung des Notars bzw. des Anwalts sowie weiterer Personen, welche berufsmässig mit dem Erblasser zu tun haben, vertragen sich nicht mit einer Zuwendung von Todes wegen. Mit dieser Bestimmung werden Tür und Tor geöffnet für unerwünschte Interessenkollisionen. Der Viertel ist zu streichen und es ist in allgemeiner Weise vorzusehen, dass solche Zuwendungen (zumindest) anfechtbar sind.

Art. 559 Abs. 1 ZGB VE 2016

Es ist zu begrüßen, dass im Gesetz vorgesehen ist, dass neu auch die gesetzlichen Erben die Ausstellung eines Erbenscheins verlangen können. Allerdings sind die Voraussetzungen zu ergänzen, wann bei einer gesetzlichen Erbfolge ein solcher ausgestellt werden kann (keine Verfügung von Todes wegen, welche die gesetzliche Erbfolge abändert, Ausschlagungsfrist verstrichen bzw. Annahme der Erbschaft erklärt). Alsdann sind im Vorbehalt nur die erbrechtliche Klagen aufzuführen, welche überhaupt Auswirkungen auf die Erbenstellung haben; dazu gehört die Herabsetzungsklage sicher nicht.

Folgerichtig müsste dann auch Art. 557 ZGB ergänzt werden, wonach auch die Eröffnung von Erbverträgen vorzusehen ist.

Art. 601a ZGB VE 2016:

Es ist zwar zu begrüßen, dass der Informationsanspruch gegenüber Dritten nunmehr kodifiziert werden soll. Unverständlich ist hingegen, weshalb dieser unter dem Abschnitt „Erbschaftsklage“ Eingang finden soll. Wie im Entwurf des Artikels erwähnt wird, dient der Informationsanspruch dazu alle erbrechtlichen Ansprüche abzuklären. Zudem ist vorzusehen dass jeder Dritte, welcher sachdienliche Auskünfte erteilen kann, dazu verpflichtet werden kann und nicht nur derjenige, welche Vermögenswerte verwaltet, besessen oder erhalten hat. Die nunmehr vorgesehene Einschränkung würde in der Praxis dazu führen, dass in vielen Fällen bei nahestehenden Personen des Erblassers, welcher über sachdienlichen Informationen verfügen, diese gerade nicht (mehr) erhältlich gemacht werden könnten (z.B. beim Konkubinatspartner). So abgefasst, wäre die Bestimmung also ein Rückschritt gegenüber der heutigen vom Bundesgericht entwickelten Praxis, was abgelehnt wird.

In Absatz 3 ist nur die letztwillige Verfügung erwähnt. Sachlogischer ist der Begriff Verfügung von Todes zu verwenden, damit auch Verfügungen in Erbverträgen erfasst werden.

Nach Absatz 3 soll das Berufsgeheimnis den Informationsberechtigten nicht entgegen gehalten werden. Diese Bestimmung wird strikte abgelehnt, denn sie unterläuft das gesetzlich verankerte und für uns zentrale Berufsgeheimnis von Anwältinnen und Notare. Dieses ist für die Anwälte schweizweit im Bundesrecht geregelt bzw. für die Notare in den jeweiligen kantonalen Notariatsgesetzgebungen. So lautet Art. 13 BGFA wie folgt : *«Anwältinnen und Anwälte unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer*

Klientschaft anvertraut worden ist. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem» (Abs. 1). Müsste der Anwalt oder die Notarin im Rahmen eines Erbstreites nunmehr ohne weiteres Auskunft über das ihr vom Erblasser (zum Beispiel im Zuge einer Nachlassplanung) Anvertraute geben, stellt das einen nicht hinnehmbaren Einbruch in einen anerkannten und für die schweizerische Anwalts- und Notariatspraxis fundamentalen Grundsatz dar. Das Vertrauen der Klientschaft in seine Anwalt bzw. seinen Notar würde massiv leiden und unter Umständen dazu führen, dass bei einer Nachlassplanung nicht mehr alle wesentlichen Fakten offen gelegt werden, worunter die Qualität der Planung leiden würde. Es ist deshalb unbedingt ein Vorbehalt aufzunehmen, wonach das Berufsgeheimnis des Notars bzw. des Anwalts gewahrt bleibt. Konkret heisst dies, dass die Erben als Rechtsnachfolger des Erblasser den Anwalt bzw. Notar in Einzelfall vom Berufsgeheimnis entbinden müssen bzw. die zuständige Aufsichtsbehörde die Entbindung anordnen muss, damit er Auskünfte erteilen darf.

Art. 626 ZGB VE 2016

Der Begriff der Nachkommen ist in der neuen Bestimmungen nicht mehr enthalten. Damit ist völlig unklar, ob nun alle Erben ausgleichungspflichtig sind?

Übergangsrecht

Die vorgesehene Übergangsregelung ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit inakzeptabel. Sie würde dazu führen, dass mit einem Schlag sämtliche über Jahrzehnte vorgenommenen Nachlassplanungen Makulatur wären. Eine solche Rechtsfolge erschüttert nicht nur das Vertrauen des Bürgers in den Rechtsstaat. Sie führt auch dazu, dass alle sorgfältig ausgearbeiteten Nachlassregelungen nochmals überprüft und allfällig angepasst werden müssten, was mit erheblichen Kosten für den Bürger verbunden ist. Kommt hinzu, dass künftige Erblasser, welche nach Inkrafttreten des neuen Rechts mangels Urteilsfähigkeit gar nicht mehr neu verfügen können, der Willkür des Staates ausgeliefert werden, gilt doch nun im Bereich des Pflichtteilsrechts plötzlich eine Erbfolge, mit der sie weder rechnen musste, noch welche sie je so wollten. Das Übergangsrecht ist deshalb unbedingt so auszugestalten, dass die bestehenden Verfügungen von Todes wegen nach Massgabe des bisherigen Rechts weiter Bestand haben, wie dies auch bei Inkrafttreten des Eherechts in Bezug auf die Eheverträgen vorgesehen ist; diese übergangsrechtliche Regelung hat sich in der Praxis bewährt.

Fehlende Regelungen:

Gemäss den Ausführungen im Bericht will die vorliegende Revision Fragen, denen erhebliche praktische Bedeutung zukommt, auf Gesetzesstufe beantworten. Es ist festzustellen, dass dieses Ziel klar verfehlt wird. Wesentliche und für die Praxis äusserst relevante Punkte zu klären werden gerade nicht geklärt. So fehlt die Klärung

- der herabsetzungspflichtigen Tatbestände (welche Zuwendungen zu Lebzeiten sind zu berücksichtigen?)
- des Verhältnis der Ausgleichspflicht des Ehegatten gegenüber den Nachkommen
- des Verhältnis des Trust zu den Pflichtteilsansprüchen

- der Rechtsnatur und des Schicksal des Überschuss nach einer durchgeführten Verlassenschaftsliquidation, (welche in der Praxis stark zunehmen, wobei unklar ist, wer die Berechtigten des Überschuss sind, insbesondere wenn noch eingesetzte Erben berufen wurden).
- Der Abgeltung von Pflegeleistungen

Fazit:

Zusammenfassend sind wir der Meinung, dass die zur Vernehmlassung vorgelegte Gesetzesvorlage in vielen Bereichen redaktionell mangelhaft, wesentliche Probleme aus der Praxis nicht aufgreift, in sich widersprüchlich ist und mit dem Unterhaltsvermächtnis ein unnötiges neues Rechtsinstrument einführen will, welches mehr Probleme bringen als lösen wird. Auch wenn eine Revision des Erbrechts an sich begrüsst wird, lehnen der VbN und der BAV die Vorlage so wie sie präsentiert wurde, aufgrund der aufgezeigten Mängel ab.

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass das Bundesamt für Justiz einmal mehr einen Gesetzesentwurf präsentiert ohne vorher wesentliche Akteure aus der Praxis für die Ausarbeitung beizuziehen. Diese seit längerem zu beobachtende Tendenz ist ausserordentlich zu bedauern. Wir sind überzeugt, dass der frühe Beizug von Praktikern und Fachleuten aus der erbrechtlichen Lehre zu wesentlich überzeugenderen Resultaten führen würde. Fachkundige Vertreter unserer beiden Verbände sind jederzeit bereit, in einem allfälligen Fach- und Expertengremium mitzuwirken.

Besten Dank für Ihre Kenntnisnahme.

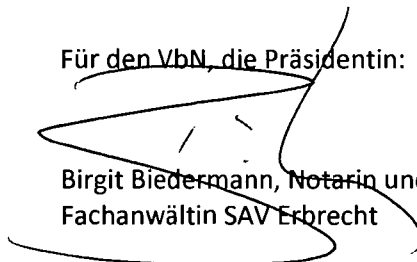
Mit freundlichen Grüssen

Für den BAV, der Präsident:



Fritz Rothenbühler, Rechtsanwalt

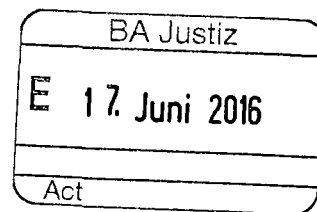
Für den VbN, die Präsidentin:



Birgit Biedermann, Notarin und Rechtsanwältin
Fachanwältin SAV Erbrecht

Schaffhausen, 15. Juni 2016

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Direktion Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern



**Vernehmlassung zur Revision Erbrecht Art. 541a ZGB (neu)
Beschränkungen von Zuwendungen an Vertrauenspersonen**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Benevol Schweiz ist der Zusammenschluss der regionalen Fachstellen für freiwilliges Engagement. Zusammen mit diesen bietet Benevol Schweiz professionelle Dienstleistungen an und ist Ansprechpartner in allen Fragen von Freiwilligenarbeit und Ehrenamt, und zwar sowohl für Freiwillige als auch für Institutionen, Kirchen, Vereine, Behörden, politische Gremien und die Öffentlichkeit.

Benevol Schweiz und ihre Fachstellen sind die Kompetenzzentren für alle Themen rund um die Freiwilligenarbeit. Dazu gehört auch die Beobachtung gesellschaftlicher Entwicklungen.

Freiwillige entwickeln oft eine persönliche Beziehung zu jenen Personen, für die sie im Einsatz stehen. Besuchs- und Begleitdienste – sei es in einem Heim oder daheim – zeichnen sich speziell dadurch aus, dass der Einsatz der Freiwilligen über eine längere Zeit, zum Teil über Jahre geleistet wird. Diese Einsätze beinhalten vieles im persönlichen Bereich, z.B. vorlesen, erzählen und zuhören, gemeinsam alte Fotos anschauen, Gespräche in der Herkunftssprache (italienisch, spanisch usw.), kleine Spaziergänge oder Einkäufe (z.B. Kleidereinkauf) begleiten. Die Gesprächssituationen unterscheiden sich oft wenig von seelsorgerischen Gesprächen. Dadurch entstehen besondere, belastbare Vertrauensverhältnisse.

Es erstaunt daher nicht, dass Freiwillige hie und da in letztwilligen Verfügungen (i.d.R. in Testamten) begünstigt, als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht werden. Damit entsteht im Zusammenhang mit Freiwilligenarbeit oft ein ungutes Gefühl.

Keine Begrenzung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen

Es gibt Einsatzorganisationen (Institutionen, die Freiwillige beschäftigen), welche ihre Freiwilligen anhalten oder gar verpflichten, eine testamentarische Zuwendung von betreuten Personen auszuschlagen. Wir zweifeln allerdings, ob eine solche Verpflichtung rechtlich durchsetzbar wäre. Schliesslich stehen einem Verbot, die erbrechtliche Begünstigung anzunehmen, nicht nur die Verfügungsfreiheit des Erblasser entgegen, sondern auch der Persönlichkeitsschutz der Freiwilligen, wonach eine Einsatzorganisation nur soweit in deren persönliche Verhältnisse eingreifen kann, als dies durch den Freiwilligeneinsatz bedingt ist.

Auf den ersten Blick bietet die vorgeschlagene Regel in Art. 541a ZGB (neu) einen interessanten Ansatz. Allerdings birgt die Formulierung „in Ausübung ihrer beruflichen Funktion“ in sich die Unklarheit, ob damit nur Berufstätigkeiten gegen Entgelt (Lohn, Honorar) gemeint sind, oder ob darunter auch Einsätze von Freiwilligen ohne Entschädigung verstanden werden. Hier wäre eine Verdeutlichung angezeigt.

Bei vertiefter Auseinandersetzung mit der vorgeschlagenen „Begrenzung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen“ kamen in unseren Kreisen aber doch starke Zweifel auf, ob es sinnvoll ist, die Verfügungsfreiheit des Erblassers derart einzuschränken. Gerade wenn jemand keine näheren Angehörigen hinterlässt, müsste es doch möglich sein, nicht nur eine Organisation, die dem Erblasser „Gutes tat“, sondern auch eine Person seines Vertrauens grosszügig zu begünstigen. „Grosszügig“ aber kann bei kleineren Vermögen die ganze Erbschaft bedeuten. Und bei grossen Vermögen ist auch ein Viertel des Nachlasses geeignet, den fahlen Beigeschmack der Erbschleicherei auszulösen. Aus diesem Grund empfiehlt Benevol, im Erbrecht auf eine quotenmässige „Begrenzung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen“ zu verzichten.

Gleichbehandlung von bezahlten und freiwilligen Engagements

Falls sich dennoch bei den weiteren Arbeiten zur Erbrechtsrevision eine solche Beschränkung abzeichnet, sollte zwischen bezahlten und unbezahlten Tätigkeiten, die zu einem besonderen Vertrauensverhältnis führen, kein

Unterschied gemacht werden. Als Kompetenzzentrum für Freiwilligenarbeit empfehlen wir allen Einsatzorganisationen, ihre Freiwilligen anzuleiten, dass sie den betreuten Personen mit Empathie begegnen und zu ihnen trotzdem die notwendige Distanz wahren. Insofern unterscheiden sich Freiwillige, die in Institutionen arbeiten, nicht von deren Angestellten. Zudem erwarten wir, dass solche Einsatzorganisationen ihren Freiwilligen die gleichen Rechte einräumen wie den bezahlten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, so beim Spesenersatz, bei der Weiterbildung oder beim Arbeitsnachweis (Arbeitszeugnis).

Und auch bei der informellen Freiwilligenarbeit (insbes. Nachbarschaftshilfe) gibt es keinen Grund, diese Engagements gegenüber bezahlten Einsätzen zu privilegieren. Die systematische Einordnung von Art. 541a ZGB (neu) unter dem Randtitel „Erbunwürdigkeit“ zeigt, dass damit der Geruch der „Erbeschleicherei“ vermieden werden soll, und diese Anrührigkeit ergibt sich unabhängig von bezahlter Berufstätigkeit oder freiwilligem Engagement, innerhalb oder ausserhalb einer Institution. Deshalb empfiehlt Benevol, bei einer allfälligen „Beschränkung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen“ jede Art von Freiwilligenarbeit den bezahlten Tätigkeiten gleichzustellen.

Griffigere Formulierung der Erbunwürdigkeit erwünscht

Begrüssen würden wir allerdings, wenn sich im Rahmen der Erbrechtsrevision eine griffigere Formulierung als der bisherige Art. 540 ZGB finden liesse, um der Erbschleicherei zu begegnen. Damit wäre den Freiwilligen und den Einsatzorganisationen weit mehr geholfen als mit einer „Beschränkung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen“.

Mit freundlichen Grüssen

Benevol Schweiz



Theres Arnet-Vanoni
Präsidentin



Elsbeth Fischer
Geschäftsführerin

Office fédéral de la justice
Monsieur Alexandre Brodard
Bundesrain 20
3003 Berne

Paudex, le 03.06.2016
PAS/can

Avant-projet de modification du Code civil (droit des successions)

Monsieur,

Nous vous remercions d'avoir consulté notre organisation sur l'objet cité sous rubrique, qui a retenu toute notre attention. Après avoir pris l'avis de nos membres, nous sommes en mesure de vous faire part de notre position sur ce sujet.

1. Legs d'entretien

Le principal objectif de la révision est de tenir compte de la «diversité des modes de vie», autrement dit d'accorder (ou de permettre d'accorder) plus de place au concubin en matière successorale. Or on ne saurait souscrire à la vision selon laquelle les partenaires qui ont fait le choix de ne pas officialiser leur union devraient bénéficier dans une mesure aussi large que possible des mêmes droits que les conjoints, alors qu'ils n'en ont pas les devoirs.

Il en découle que l'institution d'un legs d'entretien doit être rejetée. S'il n'est certes jamais agréable d'être contraint de se restreindre lorsqu'on a connu un certain niveau de vie, le filet social en Suisse est tel que le concubin ne risque pas de se trouver dans le dénuement au décès de son partenaire. Mettre à la charge de la succession un legs d'entretien visant le maintien d'un niveau de vie «convenable» revient en quelque sorte à créer une obligation d'entretien post-mortem, ce qui n'est pas défendable. On pourrait d'ailleurs même se demander si, en assumant de son vivant la prise en charge financière de son concubin ou de tiers dans une mesure excédant les présents d'usage, le *de cujus* ne fait pas des libéralités entre vifs sujettes à réduction.

Au-delà de la question de principe, les conditions d'octroi du legs d'entretien poseraient des problèmes d'interprétation, voire de preuve, qui engendreraient à n'en pas douter de belles bagarres judiciaires. Pour ce qui concerne le concubin, il s'agira de prouver la vie de couple, son point de départ, la fourniture d'une «contribution dans l'intérêt» du *de cujus*, et d'évaluer l'importance de cette dernière. S'agissant de la personne ayant fait ménage commun avec le défunt alors qu'elle était mineure, il faudra démontrer que ce dernier aurait continué à lui fournir un soutien financier s'il n'était pas décédé.

En tout état de cause, et à titre très subsidiaire, si le legs d'entretien en faveur du concubin devait malgré tout être institué, la durée minimale de «vie de couple» devrait être portée à cinq ans au moins, afin d'être en adéquation avec l'art. 20 a al.1 litt. a de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse et invalidité qui autorise les institutions de prévoyance

à prévoir dans leur règlement des prestations pour survivants à l'égard des personnes ayant formé avec le défunt «une communauté de vie ininterrompue d'au moins cinq ans immédiatement avant le décès».

2. Réserves

Selon le rapport explicatif, la réduction des réserves aurait, si ce n'est pour objectif, à tout le moins pour conséquence d'avoir une influence bénéfique sur la transmission d'entreprises, en évitant que celles-ci ne soient morcelées. Il s'agit là d'un argument auquel on est évidemment particulièrement sensible. Malheureusement, le rapport explicatif n'étaye aucunement cette affirmation, de sorte qu'on ignore si l'ampleur des réserves actuelles peut être considérée comme un des principaux obstacles à la transmission d'entreprises. Inversement, rien n'indique que la modification envisagée suffise à empêcher le morcellement de l'entreprise, en particulier lorsque celle-ci représente l'essentiel des biens du défunt. Dans une telle hypothèse, outre que la quotité disponible pourrait rester insuffisante, les difficultés pourraient déjà se présenter au stade de la liquidation du régime matrimonial si l'exploitation fait partie des acquêts et non des biens propres. A ces éléments peuvent encore s'ajouter des obstacles de nature fiscale, en particulier si l'entreprise est attribuée à un héritier qui ne bénéficie pas d'un régime de faveur en matière d'impôt sur les successions. Autrement dit, si on ne peut nier qu'une augmentation de la quotité disponible soit propre à faciliter, dans certaines hypothèses, la transmission d'entreprises, la réussite d'une telle opération dépendra le plus souvent tout autant des mesures de planification que le *de cujus* aura prises de son vivant (notamment par contrat de mariage ou pacte successoral).

Ceci étant précisé, nous approuvons néanmoins la suppression de la réserve des parents, la diminution de celle du conjoint survivant, ainsi que la perte de la qualité de réservataire de ce dernier lorsqu'une procédure de divorce est en cours, dans les deux hypothèses visées par le projet. Nous pouvons également accepter la diminution de la réserve des descendants, étant précisé que les avis que nous avons recueillis étaient plus mitigés sur ce point particulier. En effet, parmi les fondements des réserves, celui visant la transmission du patrimoine familial est encore fortement ancré dans les esprits, de sorte qu'il l'emporte pour certains sur l'éventualité d'une transmission d'entreprise plus aisée.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur, à l'expression de notre considération distinguée.

Centre Patronal



Sophie Paschoud

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

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

Bern, 19. Juni 2016

Stellungnahme der DJS zur Revision des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

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

I. Zusammenfassung

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

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

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

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

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

II. Im Einzelnen dem erläuternden Bericht folgend

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

3. Revisionsbedarf und Stossrichtung

3.4. Pflichtteilsrecht

Einverstanden mit der Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen

Einverstanden mit der Aufhebung des Pflichtteils der Eltern

3.5. Besserstellung des überlebenden Ehegatten oder Partners

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

3.6. Bedeutung eines effektiven Naheverhältnisses

Keine Bemerkungen, vgl. zum Unterhaltsvermächtnis Ziff. 0.

3.7. Erbberechtigung des/der faktischen Lebenspartners/in

Es scheint uns richtig, dass ein Erbrecht von faktischen Lebenspartnern daran scheitert, dass die faktische Lebenspartnerschaft nicht genügend klar umschrieben werden kann und deshalb das Gericht zu einer nachträglichen Beurteilung von deren Qualität gezwungen wäre, was unpraktikabel, aber auch unerwünscht ist.

Richtig ist, dass die Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen und die Abschaffung der Pflichtteile der Eltern den eingetragenen Partnern wie den unverheirateten Paaren mehr Freiheitsgrade zugesteht, was zu begrüssen ist.

3.8. Stiefkinder

Einverstanden, dass ein von der Beziehungsqualität abhängiges gesetzliches Erbrecht der Stiefkinder unpraktikabel ist. Auch hier liegt die Lösung in der Gewährung grösserer Freiheit durch kleinere Pflichtteile, wie richtig ausgeführt wird. Fragen kann sich, ob nicht die Pflichtteile der Kinder (zusätzlich) reduziert werden sollen, wenn Stiefkinder begünstigt werden sollen. Die Beziehungsqualität zu beurteilen läge dann allein im Ermessen des Stiefelternteils (Erblasser). Definiert werden müsste nur der objektive Teil der „Stiefkindschaft“, was jedenfalls dann keine allzu grossen Schwierigkeiten bereiten sollte, wenn der Stiefelternteil mit dem Elternteil des Kindes verheiratet wäre oder in einer eingetragenen Partnerschaft leben würde.

Allerdings kann man mit guten Gründen und mit dem Entwurf argumentieren, dass die Halbierung des Pflichtteils der Kinder auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteiles dem Erblasser für Stiefkinder Raum lässt: Die Stiefkinder können mit dem Erbteil, der den leiblichen Kindern dadurch entzogen wird, dass sie auf den Pflichtteil gesetzt werden, zusammen allen Erbteilen der leiblichen Kinder gleichgesetzt werden.

3.9. Vereinheitlichung der steuerlichen Vorgaben

Es ist natürlich einzuräumen, dass es sich bei der Frage der Erbschaftssteuer nicht um ein Thema handelt, das mit einer Revision des ZGB beiläufig auch noch behandelt werden könnte. Zudem bestehen derzeit kaum Chancen für eine Vereinheitlichung des Erbschaftssteuerrechts.

Dies gesagt, wäre nach unserer Auffassung nach wie vor diese Vereinheitlichung die einzig richtige Lösung. Sie würde bei entsprechender Ausgestaltung das Problem etwas entschärfen, welches der erläuternde Bericht auf S. 6 erwähnt (Konzentration der Vermögen in der Rentnergeneration), und sie würde den Steuerwettbewerb zwischen den Kantonen auf diesem Gebiet beenden und (wieder) erlauben, Steuern gerade auch dort zu erheben, wo nicht eigene Leistung zu Vermögen führt.

3.10. weitere offene Fragen

siehe Bemerkungen zu Ziff. 6

5. Umsetzung der Motion Gutzwiler

5.1. Verkleinerung der Pflichtteile

a. Verkleinerung der Pflichtteile der Nachkommen:

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

b. Verkleinerung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten:

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

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

Die Tabelle zeigt, dass die Verkleinerung der Pflichtteile jedenfalls proportional stärker zulasten der überlebenden Ehegatten geht und weniger zulasten der Kinder.

Die heute geltende Lösung mit einem gesetzlichen Erbteil von 1/2 und einem Pflichtteil von 1/4 wurde mit der Revision des Eherechts 1988 eingeführt. Damals wurde der gesetzliche Erbteil verdoppelt. Der Pflichtteil blieb mit einem Viertel unverändert. Mit dem Entwurf würde dem Pflichtteil der Nachkommen von 4/8 ein solcher des überlebenden Ehegatten von nur gerade 1/8 gegenüberstehen.

An der bisherigen Lösung eines Pflichtteils von 1/2 des gesetzlichen Erbteils ist festzuhalten. Die eheliche Solidarität gebietet, dass der überlebende Ehegatte den bisherigen Lebensstandard wenn möglich soll weiterführen können. Die Gefahr, dass dies in einer zunehmenden Zahl von Fällen nicht mehr möglich ist, wenn der Ehegatte auf den Pflichtteil gesetzt wird, ist beträchtlich. Die Freiheit des Erblassers soll nicht zulasten seiner Solidar-Verpflichtungen gegenüber dem überleben-

den Ehegatten vergrössert werden. Hingegen bestehen solche Verpflichtungen in der Regel den Kindern gegenüber in weniger ausgeprägter Form: Sie haben zum Aufbau des Vermögens der Eltern nicht beigetragen und sie sind in der Regel im Vergleich zu den überlebenden Ehegatten eher in der Lage, ihre Lage aus eigener Kraft zu gestalten. Kommt hinzu, dass im Normalfall die Kinder später den nachversterbenden Elternteil beerben.

Soll die verfügbare Quote von Erblassern mit Ehegatten und Kindern über das hinaus erhöht werden, was sich aus dem Entwurf betreffend des Pflichtteils der Kinder ergibt, ist dieser weiter (z.B. auf 1/3 des gesetzlichen Erbteils) zu senken.

Besteht das Bedürfnis, speziellen Problemen im Zusammenhang mit der Vererbung bzw. der Erhaltung bisher vom Erblasser geführter Unternehmen Rechnung zu tragen, sind unserer Meinung nach nicht die Pflichtteile weiter zu reduzieren, sondern ist zu überlegen, ob eine Art „KMU – Erbrecht“ in Analogie zum bäuerlichen Erbrecht geschaffen werden soll.

5.2. Unterhaltsvermächtnis

Einverstanden aus den im Entwurf genannten Gründen der Praktikabilität, dass kein gesetzlicher Erbteil für faktische Partner vorgesehen wird.

Der Entwurf beschreitet mit diesem Vermächtnis, das ohne Willen des Erblassers vom Gericht zugesprochen werden kann, Neuland. Grundsätzlich begrüssen wir den Vorschlag, sind aber der Meinung, er müsse in verschiedener Hinsicht verbessert werden.

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

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

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

Faktische Lebensgemeinschaft von mindestens 3 Jahren: Ferner stellt sich die Frage, weshalb dieser Ausgleich nur dann angeordnet werden soll, wenn zwischen dem Erblasser und der „ausgenützten“ Person eine faktische Lebensgemeinschaft bestanden hat, also wohl eine Art eheähnliche Gemeinschaft. Diese Abgrenzung ergibt sich nicht hauptsächlich aus dem Wortlaut der „faktischen Lebensgemeinschaft“, sondern auch aus dem Hinweis in den Erläuterungen, dass eine reine Wohngemeinschaft von zwei Geschwistern nicht genüge. Wenn aber eine Schwester sich jahrelang um die Kinder ihres Bruders kümmert oder eine Haushälterin um einen kranken Arbeitgeber, ohne dass sie angemessen entschädigt werden, ist es ebenso stossend, wenn sie beim Tode aus dessen Erbe nicht entschädigt werden, wie bei einer faktischen Lebensgemeinschaft. Die Gefahr, ausgenutzt zu werden, besteht nicht nur bei einer eheähnlichen Gemeinschaft. Wenn das Institut nicht neue Ungerechtigkeiten zur Folge haben soll, sollte es für alle engen Beziehungen geöffnet werden, ohne nach deren intimen Charakter zu fragen.

Problematisch erscheint ferner die vorausgesetzte zeitliche Dauer von 3 Jahren, die etwas Zufälliges an sich hat. Nicht die Dauer, sondern die Höhe der unentschädigten Leistung und allenfalls deren Folgen für den Leistenden (z.B. Vermögensverminderung infolge von unentgeltlichen Zuwendungen; Verminderung der Erwerbsmöglichkeiten durch Aufgabe oder Nichtantritt einer Stelle) sollte entscheidend für den Anspruch sein. Dabei kann die Zeit als ein Faktor durchaus mitberücksichtigt werden.

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

Minderjährigkeit: Es ist nicht klar, ob die Minderjährigkeit im Moment des Todes Voraussetzung ist. Wenn dies, wie vermutet wird, der Fall ist, sollte dies klargestellt werden.

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

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

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

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

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

Aufrechterhaltung des Lebensstandards als obere Grenze: einverstanden

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

Dass die übrige finanzielle Lage der Erben (von der Höhe des Nachlasses abgesehen) eine Rolle spielen soll, scheint uns ein sachfremdes Kriterium.

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

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

d. Textvorschlag für Art. 484a ZGB:

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

1. mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat und während dieses Zusammenlebens erhebliche Leistungen oder erhebliche finanzielle Zuwendungen im Interesse des Erblassers erbracht hat;
2. während ihrer Minderjährigkeit oder während ihrer beruflichen Ausbildung vom Erblasser finanzielle Unterstützung erhalten hat, welche dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre.

Die Ausrichtung des Vermächtnisses darf allfällige Pflichtteile der Erben nicht verletzen.

Das Vermächtnis wird auf Klage hin festgesetzt, die innert einer Verwirkungsfrist von einem Jahr nach Kenntnis des Todes des Erblassers einzureichen ist.

6. Weitere offene Fragen

6.1. Zusätzliche Vorschlagszuteilung durch Ehevertrag

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.2. Nutzniessung durch den überlebenden Ehegatten

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.3. Pflichtteilsberechtigung während Scheidungsprozess

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

recht, d.h. in den unterschiedlichen Voraussetzungen an die Scheidung. War bis zur Revision des Scheidungsrechtes bis zur Rechtskraft des Urteils unsicher, ob es überhaupt zur Scheidung kommen werde, steht dies heute bei einem gemeinsamen Scheidungsantrag weitgehend fest, was es erlaubt, gemäss dem Vorentwurf in Art. 472 Ziff 1 das Pflichtteilsrecht bei einem gemeinsamen Scheidungsantrag aufzuheben, wobei gemäss dem Vorentwurf allerdings die Überprüfung der Freiwilligkeit und der Ernsthaftigkeit des Scheidungswillens im Sinne von Art. 111 Abs. 2 ZGB unterbleibt.

Hingegen überzeugt die zweite Variante in Art. 472 Ziff. 2 nicht: die zweijährige Dauer des Scheidungsprozesses ist kein brauchbares Indiz dafür, dass es tatsächlich zur Scheidung kommen werde (und nur diese Gewissheit rechtfertigt u.E. die vorzeitige Aufhebung des Pflichtteilschutzes für den überlebenden Ehegatten).

Deshalb schiene eine Lösung sachlich richtig, die ausschliesslich darauf abstellt, ob das Scheidungsverfahren mit hinreichender Sicherheit bei beidseitigem Überleben zur Scheidung geführt hätte. Dem Scheidungsrichter wäre nach dem Tod einer Partei eines Scheidungsverfahrens ohne weiteres möglich, eine Feststellung zu treffen, ob die Voraussetzungen für eine Scheidung gemäss Stand des Verfahrens hinreichend sicher gegeben waren: sei es auf Grund eines im Sinne von Art. 111 Abs. 2 ZGB überprüften gemeinsamen Scheidungsbegehrens, sei es weil die zweijährige Trennungszeit (Art. 114 ZGB) bereits nachgewiesen oder unbestritten geblieben ist, sei es, dass die Unzumutbarkeit der Ehe (Art. 115 ZGB) unbestritten geblieben ist oder bereits nachgewiesen wurde.

Vorschlag einer entsprechend angepassten Fassung von Art. 472 ZGB:

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

Art. 31 Abs. 2 PG:

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

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

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

6.4. Gebundene Vorsorge, berufliche Vorsorge, Lebensversicherungen

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

6.5. Erbschleicherei

a. Allgemeine Überlegungen

Im Fall BGE 132 III 305 führte die Erkenntnis zur Erbunwürdigkeit des Beklagten, dass dieser die Erblasserin im Glauben liess, seine Zuwendung ihr gegenüber entspringe echter Freundschaft und Zuneigung. Der Beklagte habe hingegen nicht aus Freundschaft gehandelt, sondern sich bereichern wollen. Es dürfte sich dabei um einen typischen Fall einer Erbschleicherei gehandelt haben. Im Grunde geht es um eine Art Betrug, bei dem die ertrogene Leistung in der Einsetzung als Erbe besteht (oder in der Ausrichtung eines Vermächtnisses), die Täuschung in der Vorspiegelung von „echter Freundschaft und Zuneigung“. Der „Schaden“ tritt bei Dritten ein, wobei diese nicht in einem Rechtsanspruch verkürzt werden, sondern höchsten Falls in einer Erwartung. In der Regel dürfte es sich bei den Betrogenen um alte und/oder einsame Menschen handeln.

Geht man davon aus, dass die Erbschleicherei über eine Täuschung des Erblassers funktioniert, kann nicht gesagt werden, dass die Erbschleicherei im geltenden Gesetz nicht geregelt ist: Sie ist in ihrer Wirkung beim Erblasser eine bestimmte Erscheinungsform des Willensmangels im Sinne von Art. 469 ZGB und sie ist einer der Tatbestände der Erbunwürdigkeit (Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Dies war offenbar auch die Auffassung des Nationalrates (erläuternder Bericht S. 38, 3. Absatz).

Dass trotz dieser rechtlichen Möglichkeiten offenbar teilweise das Gefühl besteht, man sei der Erbschleicherei schutzlos ausgeliefert und deshalb müsse legiferiert werden, hängt u.E. weniger mit dem materiellen Recht als damit zusammen, dass im Einzelfall der Willensmangel schwer nachzuweisen ist, ja oft wohl gar keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Einwirkung auf den

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

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

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

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

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

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

b. Zum Vorschlag des Vorentwurfs

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

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

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

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

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

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

c. Versuch eines Alternativvorschlags

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

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

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

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

res) aufhebt, nachdem er vom Irrtum oder der Täuschung Kenntnis erhalten hat. Wenn der Erblasser sich in der Befragung durch die Urkundsperson bewusst wird, dass er sich in einem Irrtum über die Motive des Begünstigten befunden hat oder befinden könnte, kann er an seinem Begünstigungswillen trotzdem festhalten. Die Möglichkeit, nach bisherigem Recht einen effektiven Willensmangel oder die Erbunwürdigkeit geltend zu machen, besteht weiterhin.

Selbstverständlich liegt in einem solchen Vorgang keine Garantie dafür, dass es nicht mehr zu Erbschleicherei kommt. Immerhin könnten damit jene Fälle vermieden werden, wo Erblasser ohne Erfahrung und Widerstandskraft sich vom Erbschleicher beeinflussen liessen, aber auf aufklärende Hinweise von neutraler Seite reagieren. Wo ihre Willensbildung der Hinterfragung durch die Urkundsperson standhält, ist wohl nicht feststellbar, dass die Verfügung auf einer Täuschung beruht (es sei denn, die Urteilsfähigkeit fehle). Dann aber gibt es keinen vernünftigen Anlass für einen Eingriff in die Testierfreiheit. Denn es geht nicht darum, Erblasser davon abzuhalten, letztwillige Verfügungen zu treffen, die für Aussenstehende nicht ohne weiteres einleuchtend sind. Die Testierfreiheit muss auch die Freiheit umfassen, nach durchschnittlichen Massstäben „Unvernünftiges“ zu verfügen.

Auf die Einbeziehung der Angehörigen von Personen mit den fraglichen Berufen ist nach unserer Ansicht zu verzichten. Es ist durchaus denkbar, dass ein Erblasser den Beruf des Vaters oder der Tochter des letztwillig begünstigten gar nicht kennt und damit keinen Anlass hat, die Verfügung in der speziellen Form zu errichten.

d. Alternativer Textvorschlag

Art. 498 Abs. 2 ZGB

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

Art. 520 Abs. 2 ZGB

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

6.6. Informationsrecht der Erben

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.7. Ausgleichung und Herabsetzung

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

6.8. Indirekte Herabsetzung

Mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

6.9. Umfang der Herabsetzung

a. Herabsetzung im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge

Es scheint uns, dass die Auslegung von Art. 481 Abs. 2 ZGB im erläuternden Bericht jedenfalls nicht unanfechtbar sei, wenn nicht gar falsch. Weimar behandelt das Beispiel von Steinauer anders:

«Wenn die Verfügungen die verfügbare Quote erschöpfen, aber nicht übersteigen, erhalten die Pflichtteilsberechtigten von Rechts wegen ihre Pflichtteile; andere gesetzliche Erben erhalten nichts: Der Erblasser, der die Witwe und ein Kind hinterlässt, hat seine Nichte zu 3/8 als Erbin eingesetzt: Die Witwe erhält 2/8, das Kind 3/8» (BK, Peter Weimar, N 9 zu Art. 481 ZGB)»

Dies scheint uns die auch intuitiv richtige Auslegung von Art. 481 Abs. 2 ZGB. Jene, welche dem Bericht zugrundegelegt wird, betrachtet zu Unrecht die verfügbare Quote als Nachlass, der nach den Regeln über die gesetzlichen Erben verteilt werden müsse. In Wirklichkeit ist nicht der Nachlass unter den Erben zu verteilen, sondern nur die verfügbare Quote, was ohne weiteres zur Verteilung entsprechend der Regeln über die Pflichtteile führt.

Es besteht unter diesen Umständen keine Notwendigkeit einer Herabsetzung gegen Intestaterben. Eine Änderung von Art. 523 und Art. 525 Abs. 1 ZGB drängt sich deshalb nicht auf. Den Beteiligten können weitere prozessuale Auseinandersetzungen erspart bleiben.

Sollte die Meinung bestehen, dass die Auslegung von Art. 481 Abs. 2 ZGB zu Unsicherheiten führe, kann der Sinn dieser Bestimmung klargestellt werden.

Textvorschlag für Art. 481 Abs. 2 ZGB:

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

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

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

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

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

6.10. Frist für die Ungültigkeitsklage gegen bösgläubige Bedachte

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

Bezüglich der weiteren in Punkt 6 genannten Vorschlägen erklären sich die DJS mit dem Vorentwurf und den Erläuterungen einverstanden.

Hinsichtlich der Anpassung von Art. 579 Abs. 2 in Verbindung mit der Änderung von Art. 626 Abs. 2 stimmen die Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 64) nicht mit dem Vorentwurf von Art. 626 Abs. 2 und Art. 579 Abs. 2 überein (vgl. auch oben zu Ziff. 0).

Mit der Bitte um Kenntnisnahme verbleibe ich,

Mit freundlichen Grüssen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Aebli', is placed on a light gray rectangular background.

Melanie Aebli

Geschäftsleiterin DJS

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Per E-Mail an: alexandre.brodard@bj.admin.ch

17. Juni 2016

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) – Stellungnahme economisesuisse

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 4. März 2016 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zur Modernisierung des Erbrechts eröffnet. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economisesuisse hat bei seinen Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie grösseren Einzelunternehmen – eine Konsultation durchgeführt und nimmt gestützt darauf aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

economisesuisse unterstützt die Revision des Erbrechts im Grundsatz. Das zentrale Element der Revision – die Senkung der Pflichtteile – führt dazu, dass Erblasser über einen grösseren Anteil ihres Nachlasses frei verfügen können. Damit wird insbesondere bei der Nachlassregelung grössere Flexibilität geschaffen, was besonders bei familien- und inhabergeführten Unternehmen in positiver Weise die Nachlassregelung beeinflusst. Die Gefahr, dass Erbgänge innerhalb einer Unternehmerfamilie zur Zerschlagung des Unternehmens führen, falls die Erben untereinander nicht einig sind, wird so gemildert. Begrüsst wird auch generell, dass die Vorlage gesellschaftspolitische Entwicklungen nachvollzieht und das Gesetz damit an die Realitäten angeglichen wird.

Gegen die geplante Revision des Erbrechts erheben wir keine Einwände. Aus liberaler und unternehmerischer Sicht ist es zu begrüßen, dass die Pflichtteile gesenkt werden. Das ist zumindest geeignet, die Nachfolgeregelungen in Familienbetrieben zu vereinfachen und die Gefahr zu reduzieren, dass Teile des Unternehmens oder das ganze Unternehmen verkauft werden müssen, wenn die Erben im Streitfall auf einer Auszahlung ihres Pflichtteils beharren. Die Erhöhung der verfügbaren Quote ist auch vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Wandels sinnvoll.

Pflichtteil

Die heutige Regelung sieht vor, dass Nachkommen und Ehepartner sowie die Eltern (soweit keine Nachkommen vorhanden sind) eines Verstorbenen (Erblasser) einen Anspruch auf einen bestimmten Bruchteil an seinem Nachlass haben. Ein Erblasser kann über diese Pflichtteile testamentarisch nicht verfügen. Die Vorlage schlägt nun eine Lockerung der Pflichtteile vor. Dies begrüsst economiesuisse. Es ist eine angemessene Lösung zwischen vollständiger Liberalisierung, d.h. der Abschaffung der Pflichtteile und der Rechtstradition in der Schweiz vorgeschlagen.

Mit der vorgesehenen Reduktion der Pflichtteile für Nachkommen und für überlebende Ehegatten wird die frei verfügbare Quote des Erblassers erhöht. Dies führt zu einer stärkeren Entscheidungsautonomie des Erblassers. Auch die Streichung des Pflichtteils für die Eltern erhöht die frei verfügbare Quote des Erblassers. Gleichzeitig wird dem in einer faktischen Lebensgemeinschaft lebenden Erblasser ermöglicht, seinen Nachlass seinem überlebenden Lebenspartner zuzuwenden. Die gesellschaftliche Entwicklung zeigt, dass faktische Lebensgemeinschaften immer häufiger geführt werden.

Scheidung

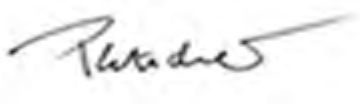
Auch die vorgesehene Anpassung, dass der überlebende Ehegatte seinen Pflichtteilsanspruch verliert, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig ist, ist zeitgemäss und wird unter dem Gesichtspunkt der Modernisierung des Erbrechts und der Erhöhung der Flexibilität ausdrücklich begrüsst.

Erbschleicherei

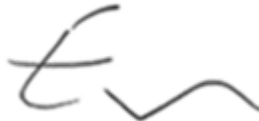
Die Einführung der Regelung, dass die Begünstigung einer dem Erblasser nahestehenden Fachperson in ihrem Umfang eingeschränkt wird, trägt negativen Erfahrungen im Zusammenhang mit Missbrauchsfällen der Vergangenheit Rechnung. Wir fordern aber, dass die Definition des Personenkreises, welcher von einer partiellen Erbunwürdigkeit betroffen ist (Art. 541a VE-ZGB) im Rahmen der weiteren Bearbeitung der Vorlage überarbeitet und insbesondere präzisiert wird. Wir sehen ansonsten das Risiko von Rechtsunsicherheiten. Insbesondere ist nicht klar, wie das für die partielle Erbunwürdigkeit relevante Vertrauensverhältnis genau von normalen rechtsgeschäftlichen Interaktionen abzugrenzen ist.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches



Evangelische Frauen Schweiz (EFS)
Femmes Protestantes en Suisse (FPS)

Bern, 16. Juni 2016

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Alexandre Brodard
Wissenschaftlicher Mitarbeiter

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Vernehmlassung Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Zentralvorstand der Evangelischen Frauen Schweiz (ZV EFS) möchte mit der folgenden Stellungnahme zu den geplanten Änderungen des Zivilgesetzbuches im Bereich des Erbrechts Stellung nehmen.

Grundsätzliche Einschätzung

Der ZV EFS begrüsst die Stossrichtung der Revision des Erbrechts und insbesondere die darin enthaltene Reduktion gewisser Pflichtteile und die hohe Gewichtung der Solidargemeinschaft in Lebenspartnerschaften unabhängig von ihrer rechtlichen Normierung. Wir beschränken uns in der Stellungnahme auf diejenigen Artikel, die diese Punkte stark gewichten.

Art. 471

Der ZV EFS begrüsst die Reduktion bzw. Abschaffung der Pflichtteile von Nachkommen und Eltern und die damit einhergehende Flexibilisierung der Willensgestaltung der Erblasserin oder des Erblassers. Somit ist es unverheirateten Personen möglich, ihrer Lebenspartnerin oder ihrem Lebenspartner einen grösseren Teil ihres Erbes zu vermachen.

Wir lehnen allerdings die Reduktion des Pflichtteils für die Ehegattin (oder den Ehegatten) bzw. die eingetragene Partnerin (oder den eingetragenen Partner) von $\frac{1}{2}$ auf $\frac{1}{4}$ ab. Es ist angemessen, diese Person, die oft während Jahren zur Bildung des Vermögens des Erblassers (oder der Erblasserin) beigetragen hat, an diesem Vermögen auch erbrechtlich teilhaben zu lassen. Oft handelt es sich bei der überlebenden Person um eine Frau. Da Frauen im Durchschnitt über weniger finanzielle Sicherheiten im Alter verfügen, ist es unerlässlich, dass über den Tod des Partners hinaus, eine gewisse finanzielle Absicherung gewährleistet und durch das Erbrecht geschützt ist. Es ist richtig, der Ehegattin bzw. dem Ehegatten einen höheren Pflichtteil zuzu-

sprechen als den Nachkommen, weil diese Person unter Umständen erheblich stärker auf die Erbschaft angewiesen ist als die Nachkommen, bei denen heute zum Zeitpunkt des Erbgangs in vielen Fällen kein dringender finanzieller Bedarf besteht, weil sie sich in einer Lebensphase befinden, in der sie sich bereits im Erwerbsleben etabliert haben und auf ein geregeltes Einkommen zugreifen können.

Art. 484a

Der ZV EFS begrüsst es sehr, dass mit dem neuen Artikel 484a ein Unterhaltsvermächtnis eingeführt wird. Diese Neuerung berücksichtigt die mangelnde finanzielle Absicherung von Personen, die unbezahlte Care-Arbeit leisten. Unbezahlte Care-Arbeit leisten bedeutet nicht nur eine psychische und physische Belastung sondern geht in der Regel mit massiven Einkommenseinbussen und Lücken in der Altersvorsorge einher. Dass dieses massive finanzielle Risiko von Care-Arbeit-Leistenden nun zumindest im Erbrecht anerkannt wird, freut den ZV EFS sehr. Er betrachtet deshalb diesen Artikel als unverzichtbares Kernstück der Erbrechtsrevision.

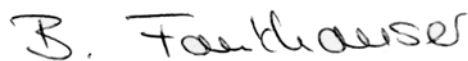
Uns erscheint allerdings die Verwirkungsfrist von drei Monaten (Abs. 3) zu kurz. Davon ausgehend, dass der Tod des Lebenspartners emotional einen grossen Einschnitt bedeutet und gleichzeitig eine Vielzahl organisatorischer Notwendigkeiten nach sich zieht, ist eine Frist von drei Monaten, um ein Unterhaltsvermächtnis anzumelden, unrealistisch. Wir schlagen deshalb vor, die Verwirkungsfrist zu verlängern und sicherzustellen, dass berechnigte Personen innerhalb der Frist von der Möglichkeit eines Unterhaltsvermächtnisses erfahren, so dass sie genügend Zeit erhalten, um alle nötigen Schritte in die Wege zu leiten.

Der ZV EFS dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen



Dorothea Forster
Präsidentin EFS



Barbara Fankhauser
Vize-Präsidentin EFS

Über die Evangelischen Frauen Schweiz (EFS)

Die Evangelischen Frauen Schweiz (EFS) vertreten als Dachverband von protestantischen und ökumenischen Frauenverbänden und Einzelmitgliedern die Interessen von rund 37'000 Frauen. Sie setzen sich in kirchlichen, politischen und gesellschaftlichen Strukturen für gerechte Verhältnisse und gewaltfreie Lösungen von Konflikten ein. Sie orientieren sich an den befreienden Grundlagen des Evangeliums und stehen in Auseinandersetzung mit feministischen Theologien.

Die EFS engagieren sich für Frauen in allen Lebensbereichen und besonders für jene in schwierigen Verhältnissen. Sie treten in kirchlichen und weltlichen Organisationen für die Besserstellung der Frauen ein. Zu eidgenössischen Gesetzes- und Abstimmungsvorlagen und zu aktuellen Fragen nehmen die EFS aus Sicht evangelischer Frauen Stellung. Mit Publikationen und Weiterbildungsangeboten ermutigen sie Frauen, in Kirche und Gesellschaft aktiv mitzuwirken.



CH-3003 Bern, BSV, EKFF

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ
z.H. Alexandre Brodard
Bundesrain 20
3003 Bern

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Unser Zeichen: 746.1-00972 02.06.2016 Doknr: 513
Sachbearbeiter/in: Mav
Bern, 30. Juni 2016

Stellungnahme der Eidgenössischen Koordinationskommission für Familienfragen EKFF zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zum Vorentwurf der Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) sowie dem erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz Stellung zu nehmen.

Gerne äussert sich die EKFF hierzu aus der Perspektive der von ihr anerkannten Leitgedanken¹. Dazu gehört zunächst die Forderung auf Anerkennung familiärer Leistungen und insofern namentlich von Care-Arbeit. Eine Folgezielsetzung ist, Armutsbetroffenheit und deren Risiko von Care-Arbeitenden zu reduzieren. Weiter und entsprechend tritt die EKFF dafür ein, gewandelte Verhältnisse und Realitäten von Familien zu adressieren, wozu auch die Pluralisierung der Familienformen gehört. In diesem Sinne vertritt die EKFF die Ansicht, dass es Zeit ist, eine grundlegende Revision des Erbrechts an die Hand zu nehmen.

Dass Care-Arbeit angemessen anzuerkennen ist – und zwar ungeachtet eines ehelichen Status zwischen Mann und Frau – wird grundrechtlich durch Art. 16 lit. c CEDAW verbürgt². Ebendiese Bestimmung schützt entsprechend auch die sog. negative Ehefreiheit, vgl. lit. a und lit. b³.

Das Erbrecht ist – neben dem Güterrecht, Unterhaltsrecht und Vorsorgeausgleich – ein *zivilrechtlich wesentliches Instrument*, familiäre Leistungen zu adressieren, folglich Armut sowie deren Risiken zu minimieren und einen Beitrag zur Anerkennung pluraler Lebensformen und gelebter familiärer Ver-

¹ Vgl. Eidg. Koordinationskommission für Familienfragen EKFF, Die Leistungen der Familien anerkennen und fördern, Strategische Leitlinien 2015, Bern 2009.

² Vgl. Monika Pfaffinger/Domino Hofstetter, Kommentar zu Art. 16, Umsetzung Schweiz, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (Hrsg.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015, Rz. 24, 27, 29-33, 37f.; Eidg. Koordinationskommission für Familienfragen EKFF, Stellungnahme zur Neuregelung des Unterhaltsrechts vom 30.10.2016, Bern, S. 2; Eidg. Koordinationskommission für Familienfragen EKFF, Stellungnahme zur Altersvorsorge 2020 vom 28.03.2014, Bern, S. 2; Eidg. Koordinationskommission für Familienfragen EKFF (Hrsg.), Pflegen, Betreuen und Bezahlen. Familien in späteren Lebensphasen, Bern 2006, S. 121.

³ Vgl. Monika Pfaffinger/Domino Hofstetter, a.a.O., Rz. 13, 15f., 19f., 22.

antwortung zu leisten. Vor diesem Hintergrund äussert sich die EKFF zu den Kernherausforderungen des Vorentwurfes wie folgt:

1. Ungenügende Beachtung demografischer Veränderungen und pluralisierter Familienformen

1.) Die EKFF kritisiert, dass, entgegen zahlreicher Vorstösse und Forderungen, der Vorentwurf keine angemessene erbrechtliche Regelung für die nicht-eheliche Gemeinschaft mit den auch in ihr erbrachten familiären Leistungen und Verantwortungen vorsieht⁴. Die nicht-eheliche Gemeinschaft zumindest punktuell mit einer überzeugenden erbrechtlichen Regelung ins ZGB zu integrieren bedeutet sodann keineswegs eine Gleichstellung mit der Ehe.

2.) Das vorgeschlagene Unterhaltsvermächtnis i.S.v. Art. 484a VE-ZGB ist in verschiedener Hinsicht problematisch. Es scheint nur auf den ersten Blick das Ziel, Care-Arbeit angemessen anzuerkennen, zu verfolgen. Der damit vorgeschlagene Weg vermag unter den dargelegten Leitprinzipien nicht zu überzeugen:

- a. Die prozedurale Ausgestaltung weist mehrere Probleme auf: Die Durchsetzung auf dem Gerichtsweg trägt ein hohes Konfliktpotenzial in die Familie hinein. In Anbetracht der kurz angesetzten Klagefrist muss eine potenziell berechnigte Person kurz nach dem Todesfall gegen die ErbInnen des Erblassers den Prozess bestreiten. Das ist unter verschiedenen Titeln kein angemessener Weg, das Ziel, familiäre Leistungen – auch ausserhalb der Ehe – anzuerkennen. Rücksichtserwägungen, Pietäts- und Loyalitätsempfindungen sowie Prozessrisiken schrecken ab, geleistete Care-Arbeit auf dem Rechtsweg anerkennen zu lassen. Die nicht-eheliche Gemeinschaft wird damit auf einen disruptiven, strittigen Weg geschickt, was ihr als Institution wiederum abträglich sein kann. Das Ziel, familiäre Konflikte auf bestmöglichem Weg zu verhindern oder zu mindern, scheint verfehlt. Der Vorschlag widerspricht insofern auch dem Trend, alternative Streiterledigungen wie die Mediation einzusetzen. Das Wohl von Familien hängt denn auch – neben dem materiellen Recht – zu einem nicht unwesentlichen Teil von der Ausgestaltung der prozeduralen Mechanismen ab.
- b. Das Unterhaltsvermächtnis soll nur unter restriktiven materiell-rechtlichen Voraussetzungen zugesprochen werden (insb. sog. Härtefälle). Auch damit greift es in den Augen der EKFF zu kurz.
- c. Zu viele Tatbestandselemente des gerichtlich zu erringenden Unterhaltsvermächtnisses bleiben zu vage.

3.) Die EKFF tritt für die Integration eines angemessenen erbrechtlichen Regelungsregimes für die nicht-eheliche Gemeinschaft ein. Das vorgeschlagene Unterhaltsvermächtnis kann hierfür nicht als richtiger Weg gesehen werden. Zu prüfen ist ein von Gesetzes wegen geschützter Anspruch auf eine erbrechtliche Partizipation als Kompensation insbesondere für Betreuungsarbeit. Die Forderung, gelebte familiäre Verantwortung anzuerkennen und damit pluraler Familienformen Rechnung zu tragen, erstreckt sich über die nicht-eheliche Gemeinschaft hinaus, gerade auch auf die Konstellationen von Fortsetzungsfamilien. Die EKFF plädiert auch insofern, das erbrechtliche Regelungsregime nochmals zu überdenken.

⁴ Vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), S. 18-20, abrufbar unter https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2500/ZGB-Erbrecht_Erl.-Bericht_de.pdf (besucht am 30.06.2016); Zukunft Familie! Die Tagung für ein modernes Familienrecht in der Schweiz, Bundesamt für Justiz, Universität Freiburg, 24. Juni 2014, Programm abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/veranstaltungen/familienrecht/flyer-tagung-d.pdf> (besucht am 30.06.2016); Michelle Cottier, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz. Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller „Für ein zeitgemässes Erbrecht“ zuhanden des Bundesamts für Justiz, Basel 2014, in: successio/Not@lex Sonderheft 2014, 29-55; Monika Pfaffinger, Familien- und Erwerbsarbeit in Umordnung: Zeiten und ihre Werte, FamPra.ch 4/2014, S. 910 ff.; Monika Pfaffinger/Domino Hofstetter, a.a.O., Rz. 39, 45.

2. Gesetzgebungstechnik

Die vorgeschlagene Erbrechtsrevision ist nach einer Evaluation durch die EKFF in einigen Punkten ungenügend ausgereift. Insofern zu nennen sind die zahlreichen offenen Fragen⁵. Es gibt zu viele Fragen, deren Klärung in die Hände der Praxis gelegt wird. Ebendieser delegierende Trend in der Gesetzgebung war bereits bei der Teilrevision des Kindesunterhaltsrechts zu verzeichnen. Die EKFF plädiert dafür, dass der Gesetzgeber hinreichend konkretisierte Regelungen erlässt, welche der Praxis die notwendigen Richtungsanweisungen geben. Eine Gesetzgebung, die sich umsichtig und grundlegend der sich stellenden Fragen annimmt, ist gerade für Familien unverzichtbar, da ihr Wohl in massgeblicher Weise davon abhängt. Und ihr Wohl, die von ihr nachhaltig geprägt wird, ist unverzichtbar. Entsprechend tritt die Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen dafür ein, dass man Gesetzesvorlagen, welche massgeblichen Einfluss auf Familien(gefüge) und ihre Mitglieder zeitigen, hinreichend Ressourcen und besondere Sorgfalt angedeihen lässt. Wird Familien ein überzeugendes Regelungsregime zur Verfügung gestellt, kommt damit auch deren Bedeutung für die Gesellschaft zum Ausdruck. Dazu gehört in den Augen der Kommission auch, dass konnexe Themen und Aufgaben hinreichend integriert werden. Mit dem Vorentwurf kontextuell ungenügend reflektiert sind unseres Erachtens die Aspekte der Vorsorge, der internationalen Verhältnisse und ggf. von Familienunternehmen. Sie sollten im Kontext einer Erbrechtsrevision fundierte Betrachtung und Harmonisierung finden. Die Abspaltung zusammenhängender Gebiete birgt, wie das Revisionspaket elterliche Sorge / Unterhalt gezeigt hat, ein Risiko mit Blick auf eine kongruente Gesetzgebung und tragfähige Lösungen. Eine kontextuelle und ausgereifte Gesetzgebung benötigt unbestritten Ressourcen, auch in zeitlicher Hinsicht. Damit ist ein letzter Punkt anzusprechen – die EKFF stuft die im Vernehmlassungsverfahren zur Verfügung gestellte Zeit für eine Stellungnahme als zu kurz ein.

3. Weiteres

Die vorgeschlagenen Reduktionen von Pflicht- und Erbteilen können in gewissen Situationen im Lichte der Leitlinien der EKFF wirken, in anderen nicht. Eine abschliessende Einschätzung zu deren Wirkungsweisen ist an dieser Stelle damit nicht möglich (vgl. 2.). Eine differenzierte Analyse hierzu sprengt den Rahmen einer Vernehmlassungsstellungnahme. Angezeigt wäre sie allerdings jedenfalls.

4. Zusammenfassendes

Die EKFF begrüsst es, eine Revision des Erbrechts an die Hand zu nehmen. Der Vorentwurf allerdings überzeugt nicht nur im Lichte der Leitideen der EKFF in zentralen Punkten nicht. Sie tritt dafür ein, dass eine angemessene erbrechtliche Regelung für die nicht-eheliche Gemeinschaft sowie für Fortsetzungsfamilien vorgeschlagen wird, welche Kontexte besser berücksichtigt. Sie tritt weiter dafür ein, diesem für Familien nachhaltig prägende Revisionsvorhaben die notwendige Zeit zu widmen, um ein tragfähiges, den heutigen Gegebenheiten und Forderungen entsprechendes Regelungsregime zu verabschieden.

Die EKFF dankt für die wohlwollende Prüfung ihrer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Eidgenössische Koordinationskommission für Familienfragen



Monika Pfaffinger, Vize-Präsidentin EKFF

⁵ Vgl. Erbrechtsrevision: "Mehr offene Fragen als zuvor", Interview mit Thomas Sutter-Somm und Alexandra Rumo-Jungo, Plädoyer 3/16, S. 6-9.



Secrétariat général

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Madame
Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Office fédéral de la justice
Domaine de la direction de droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, le 20 juin 2016/RS/bfb
FER No 06-2016

Prise de position : révision du Code civil (droit des successions)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons au courrier du Département fédéral de la justice et police (DFJP) du 23 mars 2016 relatif à la procédure de consultation susmentionnée.

Vous trouverez ci-dessous notre prise de position sur cet objet.

I. Remarques Générales

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) prend acte du projet de modification de certaines dispositions du Code civil en ce qui concerne le droit des successions. Elle prend acte que le but de cette modification législative est de revoir et d'assouplir le droit des successions, notamment les dispositions sur les réserves légales, afin de les adapter aux réalités sociales, familiales et démographiques et au mode de vie actuel.

L'avant-projet prévoit notamment de réduire les réserves héréditaires des descendants du conjoint survivant ainsi que de supprimer la réserve des pères et mères. Cela aurait pour conséquence, toujours selon le projet, de laisser une plus grande marge de manœuvre aux disposants, notamment dans le cadre de transmissions d'entreprises.

L'avant-projet prévoit également d'introduire « un legs d'entretien légal » pour le partenaire de vie ayant apporté un soutien important au défunt et qui en dépendrait pour conserver un niveau de vie convenable, ainsi que pour la personne ayant vécu cinq ans durant sa minorité avec le défunt et ayant bénéficié d'un soutien financier de ce dernier.

Par ailleurs, l'avant-projet aborde aussi la question du traitement des droits de succession des prestations touchées au titre de prévoyance professionnelle et privée (3^{ème} pilier A) du défunt.

Enfin, le nouveau projet prévoit également l'élargissement des formes de testament d'urgence au testament audiovisuel.

Notre Fédération ayant pour but de défendre les intérêts économiques des entreprises en Romandie, elle se prononcera uniquement sur la modification qui touche les transmissions d'entreprises.

II. Prise de position

1. Réduction de la réserve

L'avant-projet prévoit une diminution des réserves légales prévues à l'art. 471 du Code des obligations (CO). Il est ainsi prévu de diminuer la réserve des descendants de trois-quarts à la moitié de son droit de succession et, pour celle du conjoint, la moitié à un quart de son droit de succession. Enfin, la réserve des parents du défunt est supprimée. Cette modification aurait pour conséquence d'augmenter la quotité disponible du disposant lorsqu'il prévoit de faire un legs à un tiers ou à un seul enfant par exemple. Selon le rapport explicatif lié à la présente procédure de consultation, cette modification aura pour but de faciliter les transmissions d'entreprises et notamment d'éviter ainsi des barrages judiciaires entre héritiers.

Notre Fédération voit d'un bon œil les modifications légales visant à faciliter les transmissions d'entreprises. Nous regrettons cependant que ledit rapport explicatif n'étaye aucunement en quoi la diminution des réserves favoriserait les transmissions d'entreprises. En effet, nous ne disposons à ce stade d'aucune statistique à cet effet, permettant notamment d'analyser le nombre de transmissions d'entreprises qui sont faites par legs.

Bien que la quotité disponible du disposant soit plus élevée, il subsistera un potentiel conflit entre héritiers et légataires en vue de l'exploitation de l'entreprise du défunt, tant que les réserves légales existeront. Il aurait peut-être fallu aller plus loin et prévoir des dispositions légales spéciales en cas de transmissions d'entreprises par legs ?

De plus, il sied de rappeler que les règles en matière de fiscalité ne sont pas les mêmes en cas de legs qu'en cas de succession par des héritiers directs. Dans la majorité des cas, le repreneur analyse en premier lieu les conséquences fiscales découlant d'une reprise d'entreprise, peu importent les circonstances d'acquisition de l'entreprise (rachat, donation, succession, leg...).

Ainsi, si l'avant-projet a notamment pour but de faciliter les transmissions d'entreprises, il conviendrait d'harmoniser également les dispositions légales en matière de fiscalité des reprises d'entreprises, afin de rendre celles-ci plus attractives pour le repreneur.

En effet, si le légataire n'est pas un héritier légal direct, mais un tiers (tel qu'un associé ou un membre de la famille éloigné) celui-ci pourrait dès lors hésiter à reprendre l'entreprise, dans le cas où les impôts liés à cette reprise d'activité seraient trop élevés.

Dès lors, si le Conseil fédéral souhaite atteindre le but visé dans l'avant-projet, il devrait également revoir l'harmonisation fiscale des transmissions d'entreprises lorsque le légataire n'est pas un héritier direct du défunt.

2. Les legs d'entretien

Dès lors que l'instauration du legs d'entretien ne touche pas les entreprises directement, notre Fédération réserve son avis sur l'instauration d'un tel legs.

Néanmoins, dans le cadre de ce qui a été indiqué plus haut, il conviendrait que ce legs d'entretien n'entre pas en conflit avec les dispositions modifiées favorisant la transmission d'entreprise.

En effet, la diminution des réserves des héritiers légaux, telle que prévue dans le nouvel art. 471 CC ne sera d'aucune utilité si un nouveau tiers externe aux héritiers directs vient se greffer sur les droits de succession. Cela reviendrait à instaurer de nouvelles batailles juridiques entre héritiers et légataires afin que chacun puisse faire valoir ses droits dans la succession. Cela aura ainsi pour conséquence de compliquer la transmission d'entreprise faite par legs.

III. Conclusion

La FER salue le projet de modification de droit des successions dans son principe. Néanmoins, si, comme l'indique le Conseil fédéral, le but de cette modification est de notamment favoriser les transmissions d'entreprises, le projet de modification aurait dû aller plus loin, notamment en matière d'harmonisation fiscale.

En effet, le droit des successions est intimement lié au droit fiscal et une modification de la loi doit être prévue de manière transversale. Ainsi, il n'est d'aucune utilité d'augmenter la quotité disponible des disposants si des éventuels repreneurs d'entreprises seraient freinés dans leur décision par des charges fiscales trop importantes.

En ce qui concerne les autres modifications, la FER ne s'oppose pas à la modification du droit successoral, notamment suite à l'évolution des mœurs et des modèles familiaux qui composent notre société actuelle. Néanmoins, il conviendrait également et peut-être en priorité de modifier le droit de la famille également afin que l'ensemble du droit civil puisse être cohérent.

En vous remerciant de l'intérêt que vous porterez à ce courrier, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, en l'assurance de notre parfaite considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Robert Angelozzi
Secrétaire juriste



CH-3003 Berne, Forum PME

Par courriel

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Office fédéral de la justice
Bundesrain 20
3003 Berne

Spécialiste: mup
Berne, 20.06.2016

Projet de révision du Code civil (droit des successions)

Madame, Monsieur,

Notre commission extraparlamentaire s'est penchée, lors de sa séance du 23 mars 2016, sur le projet de révision du droit des successions mis en consultation par le Conseil fédéral. Nous remercions M. Alexandre Brodard de votre office d'avoir participé à cette séance et d'y avoir présenté les principaux éléments de ce projet.

Conformément à son mandat, notre commission l'a examiné du point de vue des petites et moyennes entreprises (PME). C'est la raison pour laquelle nous ne prendrons position que sur un seul aspect de ce projet, celui concernant l'art. 471 du Code civil (CC) relatif à la réserve.

Nous soutenons la proposition de réduction de la réserve des descendants (de 3/4 à 1/2) et de celle du conjoint survivant ou partenaire enregistré (de 1/2 à 1/4). Cette réduction offrira la possibilité à l'auteur de la succession de transmettre une plus grande partie de sa fortune à un seul héritier. Comme de nombreuses entreprises, tout spécialement les PME, sont en mains familiales, cela contribuera à faciliter leur transmission et à éviter leur morcellement.

Nous espérons donc, dans cette optique, que la proposition de réduction de la réserve de l'art. 471 CC sera soutenue lors de la consultation.

Avec nos meilleures salutations.

Jean-François Rime
Co-Président du Forum PME
Conseiller national

Dr. Eric Jakob
Co-Président du Forum PME
Ambassadeur, Chef de la promotion économique
du Secrétariat d'Etat à l'économie

Copie à: Commissions de l'économie et des redevances du Parlement

Forum PME

Holzikofenweg 36, 3003 Berne
Tél. +41 58 464 72 32, Fax +41 58 463 12 11
kmu-forum-pme@seco.admin.ch
www.forum-pme.ch

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 20. Juni 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne beteiligt sich die Frauenzentrale Zürich am Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht).

Die 1914 gegründete Frauenzentrale Zürich unterstützt, vertritt und vernetzt die Anliegen von Frauen. Zum statutarischen Zweck gehört die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern in Arbeitswelt, Politik, Familie und Gesellschaft. Die Frauenzentrale Zürich hat als parteipolitisch und konfessionell unabhängiger Dachverband 130 Kollektivmitglieder und rund 1'400 Einzelmitglieder.

Die Frauenzentrale Zürich begrüsst das Ziel der Vorlage. Das schon über hundert Jahre alte Erbrecht muss modernisiert werden. Die Realitäten, auf die das Erbrecht abstellt, haben sich in den letzten Jahrzehnten grundlegend gewandelt: Die durchschnittliche Lebenserwartung hat sich nahezu verdoppelt, die Scheidungszahlen sind gestiegen, Zweit- und Drittbeziehungen sowie Patchworkfamilien sind häufiger. Die Ehe hat ihre Monopolstellung in der Partnerschaft und Familie weitgehend verloren. Beziehungen werden heute oft auch ohne Eheschluss gelebt, sei dies mit oder ohne Kinder. Diese Entwicklungen werden vom Erbrecht heute nicht berücksichtigt.

Die Frauenzentrale Zürich befürwortet die Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile. Ein modernes Erbrecht muss der Erblasserin oder dem Erblasser die Möglichkeit eröffnen, den Nachlass zu einem wesentlichen Teil nach ihrem/seinem eigenen Willen den von ihr/ihm bestimmten Personen zuzuweisen und damit eine im Einzelfall angemessene und von ihrem/seinem subjektiven Willen getragene Lösung zu treffen. Die Erblasserin oder der Erblasser soll beispielsweise faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner oder Stiefkinder, zu denen keine verwandtschaftliche Beziehung besteht, auf dem Weg einer Verfügung von Todes wegen begünstigen können. Diese Verfügungsfreiheit wird nach geltendem Recht allerdings durch die Pflichtteile eingeschränkt.

Das Erbrecht hat heute aufgrund der längeren Lebenserwartung und des dadurch erst späteren Zeitpunkts des Erbanfalls weitgehend die Funktion als Versorgungsinstitut für Nachkommen verloren. Eine Reduzierung des Pflichtteils der Nachkommen ist daher naheliegend. Heute fällt zudem der gesamte Nachlass einer Erblasserin oder eines Erblassers, die/der in einer faktischen Lebensgemeinschaft lebt und keine Nachkommen hat, grundsätzlich ihren/seinen Eltern zu, wenn diese noch leben. Die Streichung der Pflichtteile der Eltern hat zur Folge, dass es möglich sein wird, den betreffenden Anteil des Nachlasses der überlebenden Partnerin oder dem überlebenden Partner zuzuwenden. Es ist daher angemessen, den Pflichtteil der Eltern ersatzlos zu streichen.

Die Frauenzentrale Zürich unterstützt auch die Einführung des Unterhaltsvermächnisses. Dieses soll vermeiden, dass in Einzelfällen stossende Ergebnisse entstehen. Die faktische Lebenspartnerin bzw. der faktische Lebenspartner, die oder der erhebliche Leistungen im Interesse der Erblasserin oder des Erblassers erbracht hat, kann in besonderen Fällen eine Begünstigung zulasten des Nachlasses verlangen. Diese Möglichkeit soll auch zugunsten von Stiefkindern bestehen, die von der Erblasserin oder vom Erblasser unterstützt wurden und die auf die Unterstützung weiterhin angewiesen sind.

Die vorgesehenen Änderungen des Erbrechts eliminieren rechtliche Einschränkungen und fördern die Selbstbestimmung der Frauen und Männer in der Wahl ihrer Lebensform. Der

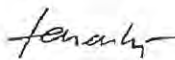
Spielraum der Erblasserin oder des Erblassers für die Verteilung des Nachlasses wird grösser. Davon profitieren insbesondere auch die nichtverheirateten Lebenspartnerinnen und Lebenspartner. Das Erbrecht wird durch die vorgeschlagenen Änderungen modernisiert und passt sich den heute gelebten Familienstrukturen an. Die Frauenzentrale Zürich begrüsst es, dass insbesondere auch nicht verheiratete Frauen mit diesen Regelungen erbrechtlich besseren Schutz erlangen.

Aus all diesen Gründen befürwortet die Frauenzentrale Zürich die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen.

Freundliche Grüsse



Andrea Gisler, Präsidentin



Monika Leuenberger, Vorstandsmitglied

Von: Jean Guinand <jean.guinand@net2000.ch>
An: Brodard Alexandre BJ <alexandre.brodard@bj.admin.ch>
Gesendet am: 31.05.2016 14:53:37
Betreff: STN Guinand Jean 31.05.2016 VNL Erbrecht

Cher Monsieur,

C'est Madame Colette Rossat-Favre qui m'a signalé l'existence d'un projet de révision du droit suisse des successions. J'avoue que cela m'avait échappé.

J'ai lu ce projet avec intérêt et j'ai rédigé quelques remarques que je vous remets en pièce jointe.

Je demeure à votre disposition et suivrai avec intérêt la suite qui sera donnée à cet avant-projet.

Avec mes meilleures salutations.

Jean Guinand

Faubourg du Lac 19

2000 Neuchâtel

Quelques remarques au sujet de l'avant-projet de modification du droit des successions

Ayant enseigné le droit des successions pendant plusieurs années aux Universités de Neuchâtel et Genève et étant resté attentif à l'évolution de la matière, en particulier à travers le manuel de droit de successions publié avec mes collègues Stettler et Leuba (cité d'ailleurs dans le rapport), je me suis intéressé au projet élaboré par l'Office fédéral de la justice et soumis à consultation.

Je me permets, sans entrer dans les détails, de faire quelques remarques sur les thèmes les plus importants de cet avant-projet.

Modification des parts réservataires

Il me paraît parfaitement justifié de supprimer la réserve des parents, comme on l'a fait en son temps avec la réserve des frères et des sœurs. Il n'y aurait donc plus comme héritiers réservataires les descendants et le conjoint survivant ou le partenaire enregistré survivant.

La proposition de ramener le montant de la réserve à la moitié pour les descendants et au quart pour le conjoint survivant ou le partenaire enregistré survivant me paraît aussi justifié pour augmenter la liberté de disposer. Comme le relève le rapport, cette diminution permettrait d'améliorer la situation dans les cas de successions d'entreprises.

Instauration d'un « legs d'entretien »

Dans la mesure où il y a de plus en plus de couples hétérosexuels qui vivent ensemble sans être mariés et parfois de manière plus durable que des couples mariés, il est normal que l'on s'interroge sur la nécessité voir l'opportunité d'adapter la législation à cette situation. Suite à plusieurs interventions parlementaires, des études sont en cours dans ce domaine.

En droit successoral actuel, le compagnon ou la compagne n'ont aucune vocation successorale légale. Ils ne peuvent hériter de leur compagnon ou de leur compagne que sur la base de dispositions à cause de mort (testament ou pacte successoral). La faculté de disposer du compagnon est limitée par les éventuels héritiers réservataires. La diminution des parts réservataires proposées accroîtrait la possibilité d'accorder des droits successoraux en faveur de son compagnon ou de sa compagne.

Comme il n'est pas possible de prévoir une vocation successorale du compagnon survivant ou de la compagne survivante qui ne pourrait être fondée ni sur la filiation ni sur le mariage ou le partenariat enregistré qui n'est pas ouvert aux couples hétérosexuels, l'avant-projet propose d'instaurer un « legs d'entretien » que pourrait réclamer un compagnon ou une compagne qui n'aurait pas fait l'objet de dispositions testamentaires de son compagnon décédé ou de sa compagne décédée.

Cette proposition part de l'idée qu'il peut y avoir des situations particulières dans lesquels le compagnon survivant ou la compagne survivante pourrait souffrir financièrement de l'absence de dispositions testamentaires en sa faveur de la part de son compagnon décédé ou de sa compagne décédée.

Je doute que cette proposition soit opportune. Elle me paraît avoir pour défaut essentiel de prévoir l'intervention d'un juge et ainsi d'instaurer une nouvelle procédure de conflit familial, obligeant le juge à examiner la question de savoir pourquoi le défunt n'a pas pris de dispositions testamentaires et s'immiscer dans l'examen des modalités de la vie commune du couple concerné. Sans compter que l'avant-projet en ferait un droit impératif qui permettrait d'attaquer une disposition testamentaire qui lui serait contraire.

Pour ma part, je préférerais que l'on aménage, pour les couples hétérosexuels, un statut qui garantirait, de par la loi, des droits (peut-être différents que ceux découlant du mariage, plus proches d'un partenariat enregistré) qui n'auraient pas à être revendiqués auprès d'un juge.

En tout état de cause, si cette idée de « legs d'entretien » devait être retenue, il faudrait absolument lui trouver un autre intitulé. **La notion de « legs » doit continuer d'avoir sa source dans une disposition à cause de mort émanant du défunt.** Introduire un « legs de jure » comme le fait l'avant-projet apporterait la confusion. D'autant qu'il ne serait pas vraiment « de jure » mais « judiciaire ». Il vaudrait mieux parler de « contribution d'entretien », éventuellement « d'indemnisation pour services rendus » ou d'un autre intitulé qui ne laisserait pas entendre que le juge s'est substitué à celui ou à celle qui aurait dû disposer à cause de mort.

Droits matrimoniaux et successoraux du conjoint survivant

Cette question est importante et fait souvent l'objet de demandes de précisions. J'ai souvent été consulté au sujet des droits du conjoint survivant, le plus souvent pour me demander comment avantager au maximum le conjoint survivant. Il est dès lors dans l'intérêt de la sécurité du droit que certaines questions soient clairement réglées par la loi.

Avant même que le Tribunal Fédéral ait eu l'occasion de trancher la querelle de l'article 473, c'est le législateur qui a tranché. C'est le professeur Bernard Schnyder qui avait proposé une sorte de jugement de Salomon en fixant à $\frac{1}{4}$ la quotité disponible en cas d'usufruit (actuel art. 473, al 2 que l'avant-projet ne propose pas de modifier).

Sans entrer dans les détails, je trouve adéquat que l'avant-projet règle les questions du troisième pilier et des assurances-vie, de même que certaines questions délicates relatives aux rapports successoraux. Il s'agit de laisser le moins d'incertitude et de permettre aux personnes qui entendent prendre des dispositions en faveur de leur conjoint ou de leurs enfants de s'assurer qu'elles ne seront pas susceptible de contestation.

Même s'il s'agit d'articles anciens, je me permets de vous citer deux de mes publications sur ces sujets. Elles me paraissent encore d'actualité.

« Libéralité entre vifs et conjoint survivant » Mélange Piotet, 1990, p.55-66.

« Le sort des prestations d'assurances dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions » Revue suisse du notariat et du registre foncier, 1989, p. 65-78.

Captation d'héritage

Je comprends que certains cas médiatiques aient suscité une réflexion sur la nécessité de limiter le pouvoir de disposition en faveur de personnes ayant eu des relations particulières avec l'auteur d'une disposition à cause de mort.

L'avant-projet propose ainsi de limiter le pouvoir de disposition. Par disposition testamentaire, une personne ne pourrait attribuer qu'au plus un quart de sa succession à des personnes qui, dans l'exercice de leur profession, disposaient de sa confiance (article 541a de l'avant-projet).

Je ne suis pas certain qu'il faille introduire une telle disposition dans la loi. Elle conduirait certainement à des procès difficiles au cours desquels il faudra définir de quelle profession il s'agit et de quelle confiance il est question.

Mais si la disposition devait être introduite, elle ne devrait en tout cas **pas l'être comme un cas d'indignité** au sens de l'article 540. L'indignité sanctionne une faute à l'égard du défunt et peut être supprimée par le pardon. Le cas envisagé ne relève pas d'une telle situation. Il faudrait soit en faire un cas à part de capacité de recevoir ou d'action en réduction.

Exécution testamentaire

Je souscris à la proposition d'accroître la surveillance des exécuteurs testamentaires et de les soumettre à la surveillance du juge.

L'exécuteur testamentaire a d'importants pouvoirs. Il en abuse parfois au détriment des droits et intérêts des héritiers.

« Le pouvoir de disposition de l'exécuteur testamentaire et sa responsabilité », Revue suisse du notariat et du registre foncier, 1976, p.321-332.

Jean Guinand,
Professeur honoraire de l'Université de Neuchâtel

31 mai 2016

Vernehmlassung zum Entwurf des Bundesrates zur Modernisierung des Erbrechts gemäss der Motion Gutzwiller

Verfasst durch Isabel Guth

Luzern, 16.03.2016

1. Einleitung

Die Motion Gutzwiller beauftragt den Bundesrat, das Erbrecht zu modernisieren und an die veränderten Lebensverhältnisse, sei es in gesellschaftlicher, familiärer oder demografischer Hinsicht, anzupassen. Angesichts der neu aufgetretenen und sich neu entwickelnden familiären und sozialen Strukturen sowie des medizinischen Fortschritts, der die Lebenserwartung wie die Lebensqualität steigert, scheint dies meines Erachtens ein berechtigtes Interesse. Dies spiegelt sich auch in der Zahl der mitunterzeichnenden Ständeräte wieder, die nicht unbeachtlich ist. Insbesondere gefordert wird ein liberaleres Erbrecht, das dem Erblasser eine grössere Entscheidungsfreiheit gewährt, die im geltenden Erbrecht stark durch die Pflichtteilsquoten eingeschränkt wird. Trotz der geforderten Liberalisierung des Erbrechts bleibt es ein Anliegen, die Institution Familie zu schützen und dafür besorgt zu sein, dass diese nicht ihres wertvollen Gehalts entleert wird. Im Folgenden wird auf die wesentlichen Punkte des Gesetzesentwurfes eingegangen.

2. Pflichtteilsquoten Art. 471 EZGB

Ziel der Modernisierung des Erbrechts ist es, die Entscheidautonomie des Erblassers zu stärken. Um dies zu gewährleisten, bedarf es einer Vergrösserung der Verfügungsfreiheit. Im geltenden Erbrecht wird diese massgeblich durch das geltende Pflichtteilsrecht beschränkt. Würden die Pflichtteile reduziert werden, hätte dies automatisch die Konsequenz, dass sich die verfügbare Quote vergrössern würde. Im Vorentwurf ist der Bundesrat diesem Anliegen dahingehend nachgekommen, als dass den Eltern des Erblassers keinen Anspruch auf einen Pflichtteil mehr zukommt. Dies ist meines Erachtens sehr begrüssenswert. Der Pflichtteilsschutz der Eltern wurde bisher mit dem Solidaritätsgedanken gerechtfertigt. Durch die neuen familiären Lebensformen hat gerade dieser Gedanke der Solidarität innerhalb der verwandtschaftlichen Verhältnisse an Bedeutung verloren. Problematisch hier ist insbesondere, dass durch diesen Pflichtteil die verfügbare Quote einer zu grossen Beschränkung unterliegt. Gerade wenn sich der Erblasser in einer faktischen Lebensgemeinschaft befindet, sollte er die Möglichkeit haben, sein Vermögen nach freiem Willen seiner Partnerin bzw. seinem Partner zu hinterlassen, ohne sich durch seine Eltern eingeschränkt zu sehen. Des Weiteren ist dem Vorentwurf eine Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen zu entnehmen. Es wird vorgeschlagen, den Pflichtteilsanspruch von $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ des gesetzlichen Anspruches herunterzusetzen. Der Pflichtteilsschutz der Nachkommen ist im geltenden Recht sehr stark ausgestaltet. Der Bundesrat hat hier meiner Ansicht nach richtigerweise eine Anpassung vorgenommen. Das Erbrecht hat in den letzten Jahren zunehmend seine Funktion als Vorsorgeinstitut verloren. Durch die steigende Lebenserwartung befinden

sich die Nachkommen im Zeitpunkt des Erbganges meist in einem Alter, indem die Sicherung ihrer Existenz nicht mehr von geerbtem Vermögen abhängig ist. Angesichts dieses Umstandes erscheint eine Pflichtteilquote von $\frac{3}{4}$ als zu hoch. Dennoch ist es meiner Ansicht nach richtig, den Pflichtteilschutz nicht vollständig aufzuheben. Das Konzept der natürlichen Erbberechtigung, dass durch das Pflichtteilsrecht umgesetzt wird, hat durchaus seine Berechtigung. Eine Aufhebung der Pflichtteile der Nachkommen würde zugleich eine zumindest teilweise Aufhebung des Instituts Familie zur Folge haben. Vermögen innerhalb einer Familie sollte zumindest teilweise innerhalb der familiären Strukturen weitergegeben werden. Die Familie als Institut ist der grundlegende Pfeiler unserer funktionierenden Rechts- und Wirtschaftsordnung. Es sollte darauf verzichtet werden, durch zu grosse Modernisierungsbestrebungen, die Stabilität dieses Instituts zu gefährden. Die Wahrung gewisser bewährter Strukturen ist der Kern der Stabilität unserer Gesellschaft. Dies sollte gerade im Erbrecht nicht unterschätzt werden. Eine weitere Anpassung wird bezüglich des Pflichtteilschutzes der überlebenden Ehegattinnen/Ehegatten bzw. der überlebenden eingetragenen Partnerinnen/Partner vorgenommen. Die Anpassung der Pflichtteilsquote des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners ist ein zentraler Punkt der Modernisierung des Erbrechts. Im geltenden Recht wird dem überlebenden Gatten bzw. eingetragenen Partner eine stark geschützte Position eingeräumt. Der Pflichtteil beträgt $\frac{1}{2}$ und soll gemäss Entwurf auf $\frac{1}{4}$ herabgesetzt werden. Die Position des Ehegatten bzw. eingetragenen Partners ist dahingehend besonders schützenswert, da er vermutlich während einigen Jahren an der Vermögensbildung des Erblassers beteiligt war und einen Beitrag geleistet hat. Deshalb ist es nach wie vor angezeigt, die Partizipation an der Erbmasse zu schützen und eine Absicherung im Alter zu gewährleisten. Problematiken zeigen sich in den Fällen, in denen nicht gemeinsame Kinder vorhanden sind oder wenn der überlebende Ehegatte neu heiratet und weitere Nachkommen hat. Der erbrechtlichen Auseinandersetzung geht die güterrechtliche Auseinandersetzung vorweg. Konkret hat das zur Folge, dass wenn die Erbmasse überwiegend aus Errungenschaft besteht, ein beachtlicher Teil dem Ehegatten übertragen wird, bevor die erbrechtliche Auseinandersetzung erfolgt. Dies wird durch die Möglichkeit gemäss Art. 216 ZGB verstärkt, den gesamten Vorschlag dem überlebenden Ehegatten zuzuweisen. Das bedeutet, dass den Nachkommen unter Umständen bei einer erneuten Heirat des überlebenden Ehegatten und neuen Nachkommen aus dieser Beziehung, ein wesentlicher Teil der Erbmasse entgeht. Durch eine Reduktion des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten kann diesen Problemstellungen sicher teilweise entgegengewirkt werden. Einerseits, weil die Position des überlebenden Gatten bzw. eingetragenen Partners nicht mehr ganz so stark gewichtet wird, andererseits, weil durch eine Reduktion die verfügbare Quote des Erblassers erhöht wird und ihm so die Verfügungsfreiheit für eine individuelle und angemessene Nachlassplanung eingeräumt wird. Dennoch ist es angezeigt, den Pflichtteilschutz nicht ganz zu lockern, da wie oben gesehen, der überlebende Ehegatte in den meisten Konstellationen zur Vermögensbildung beigetragen hat und daher auch am Vermögen partizipieren sollte. Zudem manifestiert sich dadurch weiterhin, dass die Ehe ein nach wie vor besonders schützenswertes Institut darstellt, das gewisse rechtliche Folgen nach sich zieht. Wie das Institut der Familie ist das Institut der Ehe meines Erachtens weiterhin besonders zu schützen und von einer weiteren Lockerung des Pflichtteilschutzes ist dringendst abzuraten. Die Höhe der Pflichtteilsquote ist daher nicht zu unterschreiten. Meiner Meinung nach wäre eine Pflichtteilsquote in der Höhe von $\frac{1}{3}$ des Nachlasses angemessener. Dies rechtfertigt sich dahingehend, dass der gelebten Paarbeziehung besondere Wichtigkeit und Beachtung zukommen sollte. Die Ehe stellt nach wie vor eine wirtschaftliche Gemeinschaft dar, zu welcher beide Parteien beitragen. Die Absicherung des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners sollte daher im Vordergrund stehen und nicht unterschätzt werden. Paarbeziehungen

und der Eheschluss basieren auf einer individuellen Lebensgestaltung und besonders manifestierter Zuneigung für ein Individuum. Diesen wirtschaftlichen und emotionalen Fakten sollten Rechnung getragen werden. Insgesamt sind die Anpassungen bezüglich des Pflichtteilsrechts akzeptabel und mit den Forderungen der Motion Gutzwiler übereinstimmend, weshalb dem Vorentwurf beizupflichten ist.

3. Verlust Pflichtteilsanspruch bei Scheidung oder gerichtlicher Auflösung der eingetragenen Partnerschaft Art. 472 EZGB

Im geltenden Recht wird für den Verlust der Erbenstellung des überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partners das rechtskräftige Scheidungsurteil bzw. die gerichtliche Bestätigung der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft vorausgesetzt. Zukünftig soll auf die Hängigkeit des Scheidungsverfahrens bzw. der gerichtlichen Auflösung abgestellt werden. Diese Anpassung scheint mehr als angezeigt, da die Regelung im geltenden Recht zu stossenden Ergebnissen führen kann. Scheidungs- und gerichtliche Auflösungsverfahren können sich über mehrere Jahre erstrecken. Es besteht durchaus eine realistische Möglichkeit, dass einer der Ehegatten bzw. eingetragenen Partner in diesem Zeitraum stirbt und dem überlebenden Ehegatten bzw. eingetragenen Partner durch seinen noch erhaltenen Status die Erbenstellung zukommt. Dieser Möglichkeit wird richtigerweise durch die Regelung im Gesetzesentwurf vorgebeugt.

4. Unterhaltsvermächtnis Art. 484a EZGB

Die Regelung der erbrechtlichen Stellung des faktischen Lebenspartners stellt einen weiteren zentralen Punkt der Motion Gutzwiler dar. In der Lehre sprechen sich mehrere Stimmen gar für eine gesetzliche Erbenstellung der faktischen Lebenspartner aus. Im geltenden Recht erfahren die Konkubinatspartner erbrechtlich keinen Schutz. Der Erblasser kann seinem Konkubinatspartner lediglich die frei verfügbare Quote hinterlassen, dies bedingt jedoch, dass eine Verfügung von Todes wegen errichtet wurde. Bedauerlicherweise stellen Verfügungen von Todes wegen nach wie vor eher die Ausnahme als die Regel dar. Deshalb stellt sich berechtigterweise die Frage, wie in Zukunft mit dieser Problematik des fehlenden Schutzes des faktischen Lebenspartners umgegangen werden soll. Die familiären und gesellschaftlichen Strukturen sind gelöst geworden, es bestehen verschiedene Lebensformen und immer mehr Paare entscheiden sich bewusst gegen die Heirat. Die Gründe können offen gelassen werden, sind sie doch immer sehr individuell. In diesen neuen familiären und partnerschaftlichen Strukturen ist das Bedürfnis nach Absicherung trotzdem gross. In langjährig gelebten faktischen Lebenspartnerschaften, die eine „ehe-Ähnlichkeit“ aufweisen, scheint dies durchaus nachvollziehbar zu sein. Fraglich ist jedoch, wie weit man diesen Lebensformen entgegen kommen will und wie das Institut der Ehe gewichtet werden soll. Bedeutet eine Entscheidung gegen die Ehe nicht auch eine Entscheidung gegen die rechtlichen Folgen, die eine Ehe nach sich zieht? Meines Erachtens sollte die Ehe als Institut aufrechterhalten werden und ihr die speziellen gesetzlichen Folgen vorbehalten bleiben. Schliesslich ist es eine bewusste Entscheidung für oder gegen die Eheschliessung. Konkubinatspaare, die sich bewusst gegen die Ehe entscheiden, legen vermutlich einen grossen Wert auf ihre freie Selbstbestimmung. Sie entziehen sich bewusst den eherechtlichen und den erbrechtlich mit der Ehe verbundenen Folgen. Es fragt sich, ob es angezeigt ist, dass der Gesetzgeber hier in diese freie Selbstbestimmung eingreift und den faktischen Lebensgemeinschaften eheähnliche Rechtsfolgen aufdrängen sollte. Trotz allem ist es nachvollziehbar, dass das Bedürfnis nach

Absicherung vorhanden ist und dem sollte Rechnung getragen werden. Der Bundesrat hat dies in seinem Entwurf meines Erachtens sehr elegant gelöst. Einerseits steht es dem Erblasser durch die Reduktion der Pflichtteile und der damit verbundenen Vergrösserung der Verfügungsfreiheit offen, die Bedeutung seiner faktischen Partnerschaft selbst zu gewichten und die vergrösserte frei verfügbare Quote seinem Partner zu hinterlassen. Andererseits hat der Bundesrat das Institut des Unterhaltsvermächtnisses geschaffen. Der Bundesrat hat richtigerweise darauf verzichtet, faktische Lebenspartner den Ehegatten gleichzustellen. Einerseits ist dies richtig, da das Institut der Ehe gewahrt wird, andererseits wird somit allen Arten von Lebensgemeinschaften Rechnung getragen, da keine einheitliche Definition geschaffen werden muss und allfällige Abgrenzungsfragen nicht erst aufkommen. Trotzdem darf man die Möglichkeit nicht ausser Acht lassen, dass es zu Bedürftigkeitssituationen kommen kann, wenn einer der faktischen Partner nicht oder weniger arbeitet, um die gemeinsamen oder nicht gemeinsamen Kinder zu betreuen. Hier kann argumentiert werden, dass die Möglichkeit einer Heirat bestanden hätte. Dies macht aber die eingetretene Bedürftigkeitssituation nicht ungeschehen und es erscheint auch angezeigt, dass der faktische Partner einen rechtlichen Anspruch geltend machen kann, um stossende Ergebnisse zu verhindern. Mit dem Unterhaltsvermächtnis wurde eine Möglichkeit geschaffen, mit welcher ein Richter einzelfallbezogen eingreifen kann, um Härtefälle zu verhindern. Dieses gesetzliche Vermächtnis kann unabhängig vom Erblasserwillen ausgerichtet werden. Die vorausgesetzte Dauer von 3 Jahren scheint angemessen. Schwieriger zu beurteilen ist meines Erachtens die Voraussetzung der Erbringung von erheblichen Leistungen im Interesse des Erblassers. Es dürfte zu klären sein, was unter der Erheblichkeit verstanden werden müsste bzw. wie viel Zeit in die Kinderbetreuung oder die Betreuung des Erblassers investiert werden müsste, damit eine Erheblichkeit angenommen würde. Besteht ein Anspruch schon überall dort, wo der Partner die Möglichkeit gehabt hätte, seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu steigern? Des Weiteren ist die Voraussetzung der Angewiesenheit auf den Lebensunterhalt zu erörtern. Hier stellt sich die Frage, ob dem überlebenden faktischen Partner nicht grundsätzlich eine Vergütung für seine geleistete Arbeit zusteht. Es gilt darauf hinzuweisen, dass diese Möglichkeit durch die Vergrösserung der verfügbaren Quote geschaffen wurde. Das Institut des Unterhaltsvermächtnisses sollte als Instrument zur Vermeidung von Härtefällen eingesetzt werden. Deshalb scheint die Voraussetzung der Bedürftigkeit als angemessen, um einer allfälligen Missbrauchsgefahr vorzubeugen. Weiter stellt sich die Frage, ob der Erblasser diesen Anspruch durch eine letztwillige Verfügung ausschliessen kann. Es müsste in der Praxis geklärt werden, ob dem Anspruch auf das Unterhaltsvermächtnis zwingender Charakter zukommt, da es gerade zur Vermeidung von Härtefällen geschaffen wurde. Ferner muss bedacht werden, dass dieses Instrument zu einem vermehrten Anstreben von Zivilprozessen führen kann. Dies sollte unter Umständen eine Motivation für den Erblasser darstellen, seinen Konkubinatspartner in einer Verfügung von Todes wegen zu begünstigen, um zu vermeiden, dass ein Prozess notwendig wird, um seine berechtigten Ansprüche durchzusetzen. Schliesslich sollte dieses Instrument des Unterhaltsvermächtnisses ein Ausnahmeinstrument darstellen. In Art. 484a Abs. 1 Ziff. 2 EZGB wurde ausserdem eine analoge Möglichkeit für Stiefkindsituationen geschaffen. Die Beschränkung auf minderjährige Kinder sowie die Voraussetzung des 5-jährigen Zusammenlebens scheinen insbesondere daher angemessen, um zu verhindern, dass nicht adoptierte Stiefkinder in zweifacher Hinsicht begünstigt werden, nämlich durch den leiblichen Elternteil und den Stiefelternteil. Dies würde insbesondere zu einer Ungleichbehandlung allfälliger leiblicher Kinder des Stiefelternteils führen. Des Weiteren sind Vorstösse bezüglich der Stiefkindadoption gleichgeschlechtlicher Paare in Bearbeitung, was wiederum zu einer Entschärfung der Notwendigkeit eines solchen Instruments führen würde, da durch eine Adoption eine gesetzliche Erbenstellung mit Pflichtteilsanspruch eingeräumt wird. In-

samt stellt dieses Institut einen interessanten Lösungsansatz dar. Es wurde eine Möglichkeit geschaffen, stossende Ergebnisse zu vermeiden. Daneben wurde durch die Reduktion der Pflichtteilsansprüche eine grössere verfügbare Quote geschaffen, so dass es dem Erblasser möglich ist, seinen faktischen Partner angemessen zu begünstigen. Ob er dies effektiv auch tut, bleibt ihm überlassen. Durch dieses Instrument wurde meiner Ansicht nach die Ehe als Institut gewahrt und in angemessener Weise eine Absicherungsmöglichkeit für Konkubinatspartner geschaffen. Der Motion Gutzwiller wurde damit genüge getan.

5. Weitere wichtige und notwendige Anpassungen des Erbrechts

5.1 Vorschlagszuteilung gemäss Art 216 ZGB

Nach geltendem Recht besteht gemäss Art. 216 ZGB die Möglichkeit, den ganzen Vorschlag, der aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung hervorgeht, dem überlebenden Ehegatten zuzuweisen. Dies hat zur Folge, dass nur das Eigengut in den Nachlass fällt. Es müssen lediglich die Pflichtteilsansprüche der nicht gemeinsamen Nachkommen beachtet werden. Bis anhin war in der Lehre strittig, ob die Zuweisung des Vorschlags eine Zuwendung unter Lebenden oder eine Zuwendung von Todes wegen darstellt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung spricht sich eher für letztere Ansicht aus. Die Klärung der Frage ist insbesondere relevant für die Berechnung der Pflichtteile und die Reihenfolge der Herabsetzung. Zuwendungen unter Lebenden werden gemäss Art. 532 ZGB erst nach den Verfügungen von Todes wegen herabgesetzt. Der Bundesrat wollte im Rahmen der Revision des Erbrechts eine Klärung dieser Frage beibringen und hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung in den Entwurf aufgenommen. Die Vorschlagszuweisung soll gemäss Art. 494 Abs. 4 EZGB als Verfügung von Todes wegen qualifiziert werden. Somit würde eine lang umstrittene Frage endlich geklärt und Rechtssicherheit geschaffen werden. Diese Bestrebungen stehen ebenso im Sinne der Motion Gutzwiller, da diese dem Bundesrat den Auftrag gibt auch dort tätig zu werden wo Notwendigkeit besteht. Die Schaffung von Rechtssicherheit ist ein wichtiger Grundsatz unserer Rechtsordnung und deshalb begrüssenswert.

5.2 Gebundene private Vorsorge und berufliche Vorsorge Art. 476 Abs. 2 EZGB

Im geltenden Recht findet sich keine ausdrückliche Regelung bezüglich der Frage, ob das Vermögen der Säule 3a und der 2. Säule in den Nachlass fällt oder nicht. Für die 2. Säule wird dies nach der herrschenden Lehre ausgeschlossen, bei der Säule 3a bleibt diese Frage strittig. Der Bundesrat möchte diese offene Fragestellung nun mit einer gesetzlichen Verankerung beantworten, indem er die Vorsorgeguthaben aus der 2. Säule sowie der Säule 3a ausdrücklich aus dem Nachlass ausnimmt. Die Klärung dieser Frage würde wiederum zu mehr Rechtssicherheit führen und scheint deshalb als angezeigt. Insbesondere der Zweck der Vorsorgeguthaben, der in der Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung der Hinterbliebenen, Ehegatten und insbesondere von minderjährigen Kindern liegt, spricht für eine klare Ausnahme aus dem Nachlass. Besonders weil die Säule 3a die gesamte berufliche Vorsorge für diejenigen ausmacht, die nicht einer 2. Säule angeschlossen sind, wie z.B. Selbstständigerwerbende, die sich keiner freiwilligen beruflichen Vorsorge der 2. Säule angeschlossen haben, muss hier eine Gleichbehandlung der 2. Säule und der Säule 3a erfolgen. Auch wenn sich hier ein gewichtiger Teil der Lehre gegen eine Gleichbehandlung ausspricht, da die Säule 3a grosse Anteile des Ver-

mögens des Erblassers ausmachen kann, ist es meiner Ansicht nach richtiger, dem Zweck der Vorsorgeeinrichtungen Vorrang zu geben. Aufgrund dessen ist die explizite Regelung im Entwurf meines Erachtens notwendig und richtig.

5.3 Ansprüche Dritter aus Lebensversicherungen Art. 476 Abs. 1 EZGB

Im geltenden Recht gehört das Kapital der Lebensversicherungen nicht in den Nachlass. Bei einer Lebensversicherung zugunsten eines Dritten entspricht der Versicherungswert, der zur Berechnung der Pflichtteile und Herabsetzung zum Nachlass hinzuzurechnen ist, dem Rückkaufswert der Lebensversicherung. Ungeklärt und strittig ist jedoch die Handhabung bei Lebensversicherungen, die keinen Rückkaufswert haben. Insbesondere problematisch ist, dass im geltenden Recht die Möglichkeit besteht, die Pflichtteilsansprüche der Erben mittels Lebensversicherungsverträgen zu reduzieren. Diese Umgehungsmöglichkeit findet nach der laufenden Revision keine Rechtfertigung mehr, da die Pflichtteilsquoten beträchtlich reduziert werden. Deshalb bietet es sich an, hier eine Klärung der Rechtslage vorzunehmen. Der Bundesrat folgt dem Vorschlag von *Piotet* und schlägt in seinem Entwurf vor, alle Lebensversicherungsansprüche, die mit dem Ableben des Erblassers entstehen, zur Berechnung der Pflichtteile und der verfügbaren Quote zum Nachlass hinzuzurechnen und diese gemäss Art. 475 ZGB der Herabsetzungsklage zu unterstellen. Somit würde einerseits der Lehrstreit bezüglich der Lebensversicherungen ohne Rückkaufswert beendet und der Gefahr der Reduktion der Pflichtteile entgegengewirkt werden. Auch diese Klärung scheint im Hinblick auf die Rechtssicherheit als angemessen und fair.

5.4 Zuwendungen an Vertrauenspersonen Art. 541a EZGB

Bezüglich der Erbschleicherei findet sich im geltenden Recht keine explizite Regelung. Der Entwurf sieht nun in Art. 541a EZGB eine ausdrückliche Norm vor, in der die erbrechtliche Begünstigung einer Vertrauensperson auf $\frac{1}{4}$ der Erbschaft beschränkt wird. Meines Erachtens ist es fraglich, inwiefern hier eine explizite Beschränkung notwendig ist. Dies stellt einen Eingriff in die Verfügungsfreiheit des Erblassers dar. Im Erbrecht gilt grundsätzlich das Willensprinzip und dieses sollte nach Möglichkeit gewahrt werden. Um stossende Fälle zu vermeiden, sind im geltenden Recht genügend Instrumente vorhanden, derer man sich bedienen kann. Liegt beispielsweise eine Urteilsunfähigkeit vor, kann die Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 ZGB erhoben werden. Selbstverständlich ist die Beweisführung nicht leichthin beizubringen, dennoch können Härtefälle vermieden werden. Aufgrund der hohen Gewichtung des Willensprinzips, sehe ich keine Notwendigkeit der Beschränkung der Verfügungsfreiheit gemäss Art 541a EZGB.

5.5. Informationsrecht Art. 601a EZGB

Das Informationsrecht der Erben wird im geltenden Recht nicht umfangreich geregelt und bietet nach wie vor grossen Interpretationsspielraum. Dies ist nicht haltbar, da die Erben Informationen benötigen, um gewisse erbrechtliche Massnahmen zu ergreifen. Im Entwurf wird den Personen mit erbrechtlichem Anspruch ein Informationsrecht eingeräumt, um allfällige Ansprüche geltend zu machen. Meiner Ansicht nach ist die ausdrückliche Regelung begrüssenswert und berechtigt.

6. Schlusswort

Im Grundsatz wurde der Motion Gutzwiller genüge getan. Es wurde ein flexibleres Erbrecht geschaffen, insbesondere durch die Reduktion der Pflichtteilsquoten. Durch das Ausscheiden der Eltern des Erblassers als pflichtteilsberechtigten Erben und die Herabsetzung der Quoten des überlebenden Ehegatten und der Nachkommen, wurde die verfügbare Quote und somit die Verfügungsfreiheit des Erblassers vergrößert. Es besteht mehr Spielraum, um faktische Lebenspartner und andere nahestehende Personen, wie zum Beispiel faktische Stiefkinder, zu begünstigen. Dem faktischen Lebenspartner wurde keine gesetzliche Erbenstellung eingeräumt, jedoch wurde durch das Unterhaltsvermächtnis eine Möglichkeit geschaffen, um Bedürftigkeitssituationen und somit stossende Ergebnisse zu vermeiden. Durch dieses Vorgehen hat der Bundesrat die familiären Strukturen gewahrt und der Ehe als nach wie vor besonders schützenswertes Institut Rechnung getragen. Es kann nunmehr von einer Modernisierung des Erbrechts und einer Anpassung an die neuen sozialen, gesellschaftlichen und demographischen Gegebenheiten gesprochen werden. Zudem wurden einige strittige Fragen und rechtliche Unklarheiten beseitigt und somit Rechtssicherheit geschaffen. Gewissen reformatorischen Bestrebungen in der Lehre wird dieser Entwurf nicht fortschrittlich genug sein. Bezüglich dieser Lehrmeinungen gilt zu sagen, dass sich das Erbrecht in seiner bisherigen Form grundsätzlich bewährt hat und solche Strukturen nur vorsichtig zu durchbrechen sind. Bewährte Strukturen sind der Grundpfeiler einer funktionierenden Rechts- und Wirtschaftsordnung, weshalb diese nicht leichtfertig aufzuheben sind. Der Entwurf stellt unzweifelhaft einen grossen Schritt in die richtige Richtung dar.

Bundesamt für Justiz
Fachbereich Zivilrecht und
Zivilprozessrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 14. März 2016

Vernehmlassung, Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens möchte ich gerne eine Stellungnahme betreffend der geplanten Modernisierung des Erbrechtes einreichen. Es handelt sich hierbei um eine Stellungnahme eines Studenten der Universität Luzern, der kurz vor dem Abschluss des rechtswissenschaftlichen Studiums steht. Nebenbei bin ich seit über 10 Jahren ohne Unterbruch berufstätig. Es würde mich freuen, wenn meine Ansichten und Meinungen in die Vernehmlassung einfließen würden.

Die Vernehmlassung ist bis zum 20. Juni 2016 angesetzt, womit diese Stellungnahme fristgerecht eingereicht wird.

In der Stellungnahme beschränke ich mich vor allem auf die Thematik „Pflichtteilsquote“, „Mehr Schutz für unverheiratete Partnerinnen und Partner“ und „Die Lebensversicherung als Erbanteil“. Während ich bei den ersten beiden Themenfeldern grundsätzlich eine positive Entwicklung sehe, muss ich beim letzten Thema meine Bedenken äussern.

Pflichtteilsquote senken

Allgemein

Grundsätzlich begrüsse ich die Tendenz zu einer Vergrösserung der frei verfügbaren Quote des Erblassers. Ist doch bereits das geltende Erbrecht darauf ausgelegt, den Nachlass möglichst nach dem Willen des Erblassers zu verteilen. So bestehen mit dem Testament und dem Nachlassvertrag zwei

durchaus griffige Instrumente zur Verfügung. Erst subsidiär kommt die gesetzlich vorgesehene Erbfolge zum Zuge. Und selbst bei dieser kann wohl gesagt werden, dass sie dem Willen des Erblassers in den meisten Fällen entspricht. Die gesetzliche Erbfolge soll sich im Rahmen dieser Revision nicht ändern, was ich begrüsse. Dieser Ausgestaltung des Erbrechts - auf den Willen des Erblassers ausgelegt - stellt sich der Pflichtteil entgegen. Dieser beschränkt den Erblasser in seinem freien Willen. Und dies in einem Staat, in dem die persönliche Freiheit einen hohen Stellenwert geniesst. Der Pflichtteil hatte in vergangenen Zeiten wohl seine Daseinsberechtigung, sollte er doch die Existenz der nachfolgenden Generation sichern. Heute scheint die Demographie der Bevölkerung jedoch eine andere zu sein. Der Zeitpunkt des Erbanges hat sich durch die höhere Lebenserwartung nach hinten verschoben. Die Erben haben sich bis zu diesem Zeitpunkt wohl in den meisten Fällen ihre eigene Existenz bereits aufgebaut. Benötigten sie dazu die finanzielle Hilfe der Eltern bzw. Grosseltern, so erfahren sie diese wohl noch zu Lebzeiten der Unterstützer. Würde man diesen Gedankengang zu Ende spinnen, so könnte man zum Schluss gelangen, dass der Pflichtteil per se keine Bedeutung mehr haben soll. Den Pflichtteil ganz abzuschaffen, scheint mir allerdings ein zu radikales Instrument. So wird doch das stabile und vertraute Erbrecht für die gegenwärtige Generation geändert. Deshalb wären die Chancen einer Anerkennung in der Bevölkerung als eher gering einzuschätzen, handelt es sich doch beim Gros der Stimmbevölkerung um zukünftige Erben. Ein so radikaler Umschwung, von einem hohen Pflichtanteil zu gar keinem Pflichtanteil, kann und soll dem Volk nicht zugemutet werden. Zudem ist ein Pflichtteil in Massen durchaus angebracht (siehe dazu die Erläuterungen zum Pflichtteil der Eltern weiter unten). Doch bin ich überzeugt, dass eine Korrektur des Pflichtteiles durchaus begrüsst werden dürfte. Meiner Ansicht nach ist die Diskussion denn auch rein moralischer Natur. Wer wem wie viel hinterlässt, ist wohl vor allem auf das Verhältnis zwischen eben diesen Personen ausgerichtet. Mit dem zur Zeit hohen Pflichtteil greift der Gesetzgeber in dieses Verhältnis ein und schafft so, wohl in vielen Fällen, unbefriedigende Ergebnisse und nicht zuletzt auch Auseinandersetzungen unter den Erben.

Pflichtteil Nachkommen

Zudem begrüsse ich, dass auch mit dem revidierten Pflichtteil die Kinder, im Vergleich zum Ehepartner, noch immer einen höheren Anteil geniessen. So handelt es sich bei der Ehe um ein Konstrukt, welches jederzeit wieder aufgelöst werden kann. Die Kinder jedoch sind und bleiben die Nachkommen des Erblassers. Deren Bindung ist der Natur wegen von engerer Bedeutung, was meiner Meinung nach auch zu einem höheren Pflichtteil berechtigt. Wird von einer mustergültigen Ehe ausgegangen und möchte der Erblasser seiner Überlebenden Partnerin möglichst einen grossen Anteil an seiner Erbschaft hinterlassen, so besteht diese Möglichkeit in erheblichem Umfange bereits im Ehegüterrecht. Durch Massnahmen die im Ehegüterrecht vorgenommen werden, kann die

Erbmasse zum Vorteil des Ehepartners wesentlich verringert werden. Aus diesem Grund ist der Pflichtteil von nur noch einem Viertel aus meiner Sicht kein Problem.

Pflichtteil Eltern

Zuletzt wird konsequenterweise auch der Pflichtteil der Eltern angepasst. Da dieser bereits auf einem geringen Masse ist, wäre die logische Folge die gänzliche Aufhebung. Zur Aufhebung des Pflichtteils der Eltern stelle ich mich allerdings entgegen. Wie bereits oben erwähnt, hat sich die Lebenserwartung stetig erhöht. Es fallen für ältere Menschen oftmals horrenden Kosten für Alters- und Pflegeheim an. Sollte nun ein Nachkomme vorversterben, so wird dies wohl in den meisten Fällen dann geschehen, wenn die Eltern bereits Pflegebedürftig sein werden. Zudem ist dies die einzige Bestimmung, die den Nachlassanteil der Eltern stützt. Ich sehe bei diesem Punkt eine moralische Pflicht, die Eltern in diesem Stadium zu unterstützen. Diese Pflicht sollte in der Gesellschaft verankert bleiben, was sie mit einem Pflichtanteil wenigstens unbewusst tut. Leben die Nachkommen noch, so können sie persönliche Unterstützungs- und Pflegeleistungen erbringen. Versterben sie aber, so besteht mit dem Pflichtteil weiterhin ein geringer geschützter Anteil der Unterstützung. Auch dieser Fall betrifft die Verbindung vom Kind zu seinen Eltern, eine Verbindung, die nicht gelöst werden kann. Ich lehne deshalb die Abschaffung des bereits sehr geringen Pflichtteils entschieden ab. Eltern haben ein Anrecht auf das mit ihrer Hilfe – wenn auch nur indirekt – errichteten Vermögen ihrer Kinder. Erst Recht, wenn sie ihr eigenes Kind zu Grabe tragen müssen, was wohl niemandem zu wünschen ist.

Mehr Schutz für unverheiratete Partnerinnen und Partner

Allgemein

Die Ehe – soll sie eingegangen werden oder nicht? Eine Frage, die sich jedes Paar in der Schweiz selber stellen darf. Es besteht kein Zwang zur Ehe, welche mit all ihren Vor- und Nachteilen gesetzlich umfassend geregelt ist. Die Angleichung der eheähnlichen Beziehungskonstrukte, sogenannte faktische Lebensgemeinschaften, an die Ehe, lehne ich deshalb entschieden ab. Dies ist allerdings in Abweichung zur anfänglichen Motion auch nicht mehr geplant. Entscheidet man sich für eine Ehe, so kommen auch die entsprechenden, den Ehepartner begünstigenden, Erbfolgen zum Zuge. Will man keine Ehe eingehen, so werden dieselben Regeln konsequenterweise nicht angewandt. Dennoch ist die vorliegende Revision auch für faktische Lebensgemeinschaften zu begrüßen. Denn durch die Reduktion des Pflichtteils, wird der frei verfügbare Anteil an der Erbmasse erhöht. Mittels Testament bzw. Nachlassvertrag kann nun die frei verfügbare Quote zugunsten des faktischen Lebenspartners entrichtet werden. Auch allfällige Stiefkinder oder andere familiäre Erscheinungen können so berücksichtigt werden. Allerdings fordert dies ein aktiv werden auf Seiten des zukünftigen Erblassers. Genauso wie wenn man sich aktiv für oder gegen eine Ehe entscheidet. Aus meiner Sicht ist deshalb

die Abweichung von der Begründung des Motionstextes nicht nur gerechtfertigt sonder unbedingt notwendig.

Unterhaltsvermächtnis

Der Einführung eines sogenannten Unterhaltsvermächtnisses sehe ich sehr skeptisch entgegen und frage mich, ob diese Variante der Nachlassbegünstigung genügend durchdacht ist. So scheint es auf den ersten Blick, dass man den Nerv der Zeit getroffen habe. Wie bereits oben erwähnt, werden Eltern in ihrem hohen Alter heute von ihren Kindern oftmals umfassend unterstützt und gepflegt. Dies nicht zuletzt deshalb weil ein Alters- und Pflegeheim meist hohe Kosten verursacht. Auch andere Formen der Fürsorge würden wohl erfasst. Nun auf den zweiten Blick stellt man fest, dass noch gänzlich unklar ist, wie die Anforderungen aussehen, bzw. wann diese erfüllt sind um einen solchen Unterhaltsvermächtnisanspruch anzumelden. Dies ist wohl deshalb noch nicht genauer definiert, weil dies beinahe unmöglich ist. Was gilt als Fürsorge- oder Pflegeleistung und was nicht? Muss eine Anzahl von Pflegestunden gegeben sein? Hat man einen Positivkatalog gebildet, wo zieht man die Grenzen? Was geschieht wenn mehrere Personen einen solchen Unterhaltsanspruch anmelden? Wie steht es mit dem Verhältnis zum Pflichtteil? Dies sind nur einige Fragen die eine solche Variante von Nachlassbegünstigung aufwirft. Auch wenn die Idee moralisch besticht, so ist sie wohl praktisch kaum umsetzbar. Zudem würde sie wohl nur den Fall betreffen, in welchem der Erblasser nicht mehr urteilsfähig ist oder kein Testament oder Nachlassvertrag erstellt hat. Denn mit diesen beiden Instrumenten, kann der Erblasser bereits einen solchen Unterhaltsvermächtnis selbst regeln. Die oben gestellten Fragen wären allesamt beantwortet! Der Erblasser entscheidet welche Fürsorge- und Pflegeleistungen er als lohnenswert erachtet und welche nicht. Das Verhältnis zum Pflichtteilsanspruch wäre ebenfalls klar.

Aus all diesen Gründen scheint mir ein Unterhaltsvermächtnis schlicht und einfach nicht praktikabel, weshalb ich ein solches ablehne.

Lebensversicherung zur Erbmasse

Die geplante Regelung der Vorsorgegelder des Erblassers liess mich etwas stutzen. Zuerst wird der Zweck der Vorsorge richtigerweise erkannt, dann aber mit der Einordnung der Lebensversicherung wieder vollends verkannt. Eine Vorsorge soll ganz bestimmte Personen finanziell begünstigen. Zentrale Elemente bei dieser Aussage sind die Begriffe „bestimmt“ und „begünstigen“. Bei jeder Vorsorgeleistung, begonnen bei der AHV, über die berufliche Vorsorge bis hin zur privaten Vorsorge, ist immer klar wer die Person ist, welche die Leistung erhalten soll. Zudem erwächst dieser Person ein Vorteil finanzieller Natur. Dies ist insbesondere bei der privaten und somit gänzlich freiwilligen Vorsorge der Fall, da diese einzig und allein dem expliziten Willen des Vorsorgeeinrichters entspricht.

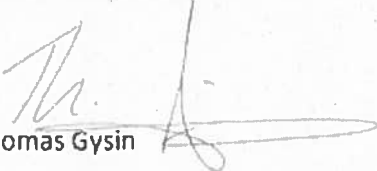
Dieser Grundgedanke wird vorliegend betreffend der 2. und 3. Säule erkannt. Die Vorsorgeleistungen welche aus der beruflichen und privaten Vorsorge fliessen, werden dem Begünstigten ausgerichtet und fliessen nicht in die Erbmasse ein. Nun will die Revision genau diesen Gedanken aber im Falle einer Lebensversicherung verkennen. Just bei dem Vorsorgekonstrukt, welches individueller nicht ausgestaltet sein kann. Der Wille des Versicherungsnehmers wird darin akkurat abgebildet. Er bestimmt wie hoch die Lebensversicherung ausfallen soll und vor allem, wer Begünstigter sein soll. Es entspricht ja eben gerade der Natur einer Versicherung, dass der Versicherte gegenüber einem Nicht-Versicherten besser gestellt ist, ansonsten bräuchte es keine Versicherung mehr. Das Konstrukt der Lebensversicherung wird mit der geplanten Anpassung unterwandert. Denn fliesst die Versicherungsleistung in die Erbmasse ein, so vergrössert sich die gesamte Erbmasse, weshalb weitere Erben indirekt ebenfalls von der Versicherung profitieren. Würde dies vom Erblasser bzw. vom Versicherungsnehmer gewollt sein, so hätte er auch für die weiteren Erben eine Lebensversicherung abschliessen können. Dies hat er aber eben nicht getan. Aus diesem Grunde lehne ich diese Änderung vehement ab. Sie entspricht weder dem Willen des Erblassers, noch trägt sie der Institution „Lebensversicherung“ Rechnung. Eine Abweichung im Bezug auf die berufliche und private Vorsorge ist nicht kohärent.

Weiter Themen

Abschliessend begrüsse ich sowohl die Massnahmen zur Eindämmung der Erbschleicherei als auch die technische Modernisierung des Nottestamentes. Diese Punkte scheinen mir schlüssig.

Ich bedanke mich für die Berücksichtigung meiner Ausführungen und stehe für Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse


Thomas Gysin

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartements

Per E-Mail an: alexandre.brodard@bj.admin.ch

Bern, 17. Juni 2016 - mc/tg

Stellungnahme anlässlich der Vernehmlassung zur Revision des Erbrechts

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Als nationaler Arbeitgeberverband nimmt hotelleriesuisse gerne zur Revision des Erbrechts Stellung.

1. Vorbemerkung

hotelleriesuisse ist das Kompetenzzentrum für die Schweizer Hotellerie und vertritt als Unternehmerverband die Interessen der national und international ausgerichteten Hotelbetriebe. Die von hotelleriesuisse klassierten Betriebe repräsentieren rund zwei Drittel der Schweizer Hotelbetten und generieren knapp 75 Prozent der Logiernächte.

Gemäss Satellitenkonto 2014 erzielt der Tourismus mit einer Nachfrage von 478 Mrd. Franken eine direkte Bruttowertschöpfung von 17 Mrd. Franken – was einem Anteil von 2,8 Prozent an der gesamtwirtschaftlichen direkten Bruttowertschöpfung der Schweiz entspricht. Der Tourismus gehört zudem zu den vier wichtigsten Exportbranchen der Schweiz. Die Hotellerie als Rückgrat des Tourismus erwirtschaftet allein einen jährlichen Umsatz von über 7 Mrd. Franken und beschäftigt zirka 62'000 Vollzeitangestellte. hotelleriesuisse setzt sich deshalb mit Nachdruck für die Verbesserung der Erfolgs- und Wachstumschancen wettbewerbswilliger und wettbewerbsfähiger Hoteliers und Hotels in der Schweiz ein.

2. Haltung von hotelleriesuisse betreffend Senkung der Pflichtteile

Rund 70 Prozent der Hotelbetriebe funktionieren innerhalb familiären Strukturen. Die geplante Senkung der Pflichtteile gemäss Artikel 471 ZGB ist daher für die Hotelbranche von grosser Bedeutung.

Gemäss dem Vorschlag des Bundesrates soll der Pflichtteil an Nachkommen von $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ und derjenige der Ehepartner von $\frac{1}{2}$ auf $\frac{1}{4}$ reduziert werden. Der Pflichtteil für die Eltern des Erblassers soll ganz gestrichen werden. Mit der geplanten Revision wäre es dem Hotelier folglich möglich, künftig über einen grösseren Anteil seines Nachlasses frei zu verfügen. Dies kann auch die Unternehmensnachfolge erleichtern. Denn der gewünschten Nachfolge könnte ein überwiegender Anspruch am Familienbetrieb vererbt werden, ohne damit die Pflichtteile zu verletzen. So kann der Situation entgegen gewirkt werden, in der ein Hotelbetrieb liquidiert wird, weil pflichtteilsgeschützte Erben die Auszahlung ihres Anspruchs verlangen. Somit begünstigt die geplante Revision unter anderem den Fortbestand eines Hotelbetriebes.

hotelleriesuisse befürwortet in diesem Sinne die Stossrichtung der Revision betreffend Flexibilisierung bei der Pflichtteilsregelung und die damit einhergehende Erleichterung bei der Unternehmensnachfolge.

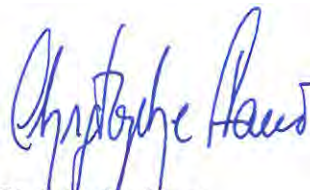
Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Position und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

hotelleriesuisse



Dr. Christoph Juen
CEO



Christophe Hans
Leiter Wirtschaftspolitik



JURISTINNEN SCHWEIZ
FEMMES JURISTES SUISSE
GIURISTE SVIZZERA
GIURISTAS SVIZRA
WOMEN LAWYERS SWITZERLAND

Eidgenössisches Justiz- und Polizeide-
partement EJPD
3003 Bern

PDF und Word-Version per E-Mail an
alexandre.brodard@bj.admin.ch

Vernehmlassung zur „Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)“

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse – Guiriste Svizzera – Giuristas Svizera (siehe www.lawandwomen.ch, nachfolgend: Juristinnen Schweiz) wurde 2001 gegründet als Berufs- und Vernetzungsorganisation der Schweizer Juristinnen. Sie bringt die Stimmen der Frauen, vor allem der Fachfrauen, im Gesetzgebungsverfahren ein. In diesem Zusammenhang interessieren uns namentlich Gesetzgebungsvorhaben, welche auf die Stellung der Frau und das Verhältnis unter den Geschlechtern in der Familie und ausserhalb einen Einfluss haben. Wir erlauben uns deshalb, im Vernehmlassungsverfahren betreffend Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) Stellung zu nehmen.

Die Eingabefrist läuft bis 20. Juni 2016 und ist mit vorliegender Eingabe gewahrt. Wie gewünscht erfolgt sie elektronisch im pdf- und word-Format.

Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse

Alice Reichmuth Pfammatter, Präsidentin
Place du Petit-Paradis 1, 1700 Fribourg
Telefon +41 26 322 88 88 - Telefax +41 26 322 88 89
alice.reichmuth@lawandwomen.ch
www.lawandwomen.ch
Konto IBAN CH84 0900 0000 1766 1943 5

1. Allgemeine Bemerkungen

Juristinnen Schweiz begrüsst grundsätzlich die Anstrengungen des Bundesrats das Erbrecht den aktuellen gesellschaftlichen, familiären und demografischen Lebensrealitäten anzupassen. Wir erachten die gesetzte Frist für die Vernehmlassung klar als zu kurz, um eine wirkliche fundierte Auseinandersetzung mit den Vorschlägen des Bundesrates im Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vorzunehmen.

Grundsätzlich ist eine Berücksichtigung neuer Lebensformen auch im Erbrecht zu begrüssen. Doch ist – wie dargestellt wird – der Verzicht auf die Eingehung einer Ehe auch ein bewusster Entscheid. Es ist festzustellen, dass die Anpassungen im Erbrecht das traditionelle Familienmodell weiter tradieren. Mit der vorgeschlagenen Änderung wird erneut einzig der Ehe der volle erbrechtliche Schutz zugestanden. Wünschenswert wäre gewesen, dass der Bundesrat – wie von Michelle Cottier¹ vorgeschlagen – den Begriff „faktische Lebensgemeinschaft“ eingeführt hätte. Es ist uns wohl bewusst, dass die politische Stimmung im Moment für eine solche Änderung des Zivilrechts nicht günstig ist. Juristinnen Schweiz erwartet jedoch, dass dieses Anliegen zumindest mittelfristig wieder aufgenommen wird.

Die Einführung eines Unterhaltsvermöchtnisses, wie dies im revArt. 484a ZGB vorgesehen wird, erscheint zwar als eine mögliche Kompromisslösung bedenkenswert. Allerdings können die prozessualen und inhaltlichen Mängel dieser Bestimmungen nicht übersehen werden, was unseres Erachtens bei den weiteren Arbeiten sicherlich noch zu einer sorgfältigen Evaluation und einer Anpassungen führten sollte.

Die Hauptstossrichtung der Reduktion der Pflichtteile begrüssen wir im Prinzip, dies insbesondere aufgrund von geänderten demographischen Verhältnissen. Nuancierungen des Pflichtteilsrechts scheinen klar konsensfähig.² Allerdings scheint uns aus den erwähnten Gründen vor allem die Reduktion des Pflichtteilsrechts der Nachkommen angezeigt. Der Gedanke der Fürsorge für den überlebenden Partner, welcher unter Umständen erheblich stärker auf die Erbschaft angewiesen ist als die Nachkommen, bei denen zum Zeitpunkt des Erbgangs in vielen Fällen kein dingender finanzieller Bedarf besteht,³ lässt es aus unserer Sicht zweifelhaft erscheinen, weshalb der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten bzw.

¹ MICHELLE COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz; Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller „Für ein zeitgemässes Erbrecht“ zuhanden des Bundesamts für Justiz, publiziert im successio Sonderheft 2014, S. 29 ff. (zitiert als: Bericht Cottier).

² PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17.06.2010), publiziert im successio Sonderheft 2014, S. 7 ff. (zitiert als: Bericht Breitschmid).

³ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), S. 12 (zitiert als: Vorentwurf/Bericht).

der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners von derzeit einer Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs auf ein Viertel herabgesetzt werden soll. Damit wird die Position der Ehegatten weiter geschwächt, obwohl immer wieder betont wird, die Bedeutung der Ehe als institutionelle Konstante müsse geschützt werden. Es ist offensichtlich, dass mit der Reduktion des Pflichtteils das Gegenteil bewirkt wird.⁴

2. Zu den einzelnen Bestimmungen

Zivilgesetzbuch

rev.Art. 471 ZGB: Pflichtteil

Juristinnen Schweiz begrüsst die Reduktion des Pflichtteilsanspruchs der Nachkommen und die Streichung des Pflichtteils für die Eltern aus den erwähnten Gründen. Allerdings wäre im Hinblick auf die sozialdemographischen Entwicklungen allenfalls auch ein anderer Aspekt nicht aus den Augen zu verlieren: Zwar ist ein Erbteil jüngerer Menschen zum Aufbau ihres Lebensplans sicher hilfreich; es darf jedoch nicht übersehen werden, dass mit der demographischen Entwicklung und der aktuellen Altersstruktur auch ältere Menschen auf Nachlassvermögen angewiesen sind. Dies ist insbesondere angesichts der Unsicherheitsfaktoren bei der Entwicklung der Sozialversicherungsleistungen zu bedenken. Zudem wurde es unterlassen, gleichzeitig mit der Streichung des Pflichtteilsrechts der Eltern auch die Verwandtenunterstützungspflicht zu streichen. Für diese besteht bei Wegfall des Pflichtteils keine adäquate Grundlage mehr.

Gleichzeitig bedauern wir die Reduktion des Pflichtteils bei den Ehegatten bzw. den eingetragenen Partnerinnen und Partnern. In Anbetracht der Tatsache, dass Männer über mehr Vermögen verfügen als Frauen, wären von dieser Änderung faktisch deutlich mehr Ehegattinnen betroffen. Da auch Altersarmut vor allem Frauen betrifft, erscheint die Reduktion des Pflichtteils für Ehegattinnen bzw. eingetragene Partnerinnen in diesem Licht verfehlt. Wir empfehlen deshalb diese Reduktion zu streichen und die bestehende Regelung, welcher einen Pflichtteil in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs vorsieht, beizubehalten.

Dies hätte folgende Konsequenzen im Falle eines Erblassers mit überlebender Ehegattin und Kinder: Der Pflichtteil der Nachkommen würde $\frac{1}{4} \frac{1}{2}$ von $\frac{1}{2}$ betragen (Art. 462 i.V.m.

⁴ So auch MARGARETA BADDELEY, De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016 : aperçu sommaire de la proposition de réforme, FamPra.ch 3/2016, Ziff. II (in Vorbereitung).

rev.Art. 471 ZGB) und der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten wäre ebenfalls 1/4 (1/2 von 1/2, Art. 462 i.V.m. Art. 471 Ziff. 2 ZGB). Die frei verfügbare Quote würde entsprechend 1/2 betragen, was gegenüber dem heutigen Zustand eine massvolle Erhöhung der Verfügungsfreiheit des Erblassers/der Erblasserin darstellen würde. Damit können Naheverhältnisse besser berücksichtigt werden mit der Möglichkeit einer Besserstellung von faktischen Lebenspartnern und Stiefkindern.

rev.Art. 472 ZGB: Verlust des Pflichtteilsanspruchs bei Scheidung oder gerichtlicher Auflösung der eingetragenen Partnerschaft

Ein Verlust des Pflichtteilsanspruchs bei Scheidungsverfahren, wie er nun im Vorentwurf vorgesehen wird, erscheint unseres Erachtens nicht unproblematisch. Zwar verliert der überlebende Ehegatte nicht seine Erbenqualität, aber sein Pflichtteilsrecht. Dabei wird einzig auf die Existenz des Verfahrens abgestellt, was problematisch sein kann, v.a. wenn der überlebende Ehepartner die Verfahrensdauer nicht zu verantworten hat.

Jedenfalls hat vor der Erbteilung die güterrechtliche Auseinandersetzung stattzufinden (was in der Praxis nicht selten unterlassen wird). Es ist darauf zu achten, dass eine solche güterrechtliche Auseinandersetzung zwingend stattfindet, damit der überlebende Ehepartner nicht benachteiligt wird (z.B. Abschreibung des Scheidungsverfahrens darf nicht dazu führen, dass der überlebende Ehegatte bei umstrittenen Punkten in Bezug auf die güterrechtliche Auseinandersetzung benachteiligt wird). Allenfalls sind Koordinationsmassnahmen zwischen den güter- und den erbrechtlichen Ansprüchen und deren prozessualen Durchsetzung vorzusehen. Dies erscheint umso wichtiger, als der überlebende Ehegatte – bei gegebenen Voraussetzungen – einzig in den Genuss einer Witwen-/Witwerrente kommt, die meist tiefer ist, und sie/er nicht auf den Anfall einer Erbschaft zählen kann, um diesen Ausfall zu kompensieren. Insbesondere bei langdauernden Ehen kann dies zu einer Benachteiligung führen.

rev. Art. 484a ZGB: Unterhaltsvermächtnis

Juristinnen Schweiz ist grundsätzlich erfreut über die neue Möglichkeit, ein Unterhaltsvermächtnis auszureichten bzw. dieses beim Gericht einzufordern. Allerdings stellen sich unseres Erachtens einige nicht zu unterschätzende prozessuale Fragen. Einerseits erscheint es fraglich, ob die in Abs. 3 nun vorgesehene Verwirkungsfrist von drei Monaten nicht zu kurz

ist, um den Anspruch gerichtlich geltend zu machen.⁵ Diese kurze Frist zwingt mögliche Anspruchsberechtigte quasi prophylaktisch eine Klage einzureichen, was eine Einigung mit den Erben sicher nicht begünstigt.

Es stellt sich zudem die Frage der Passivlegitimation, dürfte doch in den ersten drei Monaten nach dem Erbanfall häufig noch nicht klar sein, wer die Erben des Nachlasses sind. Sind die Erben jedoch nicht bekannt, erscheint nicht klar, wie die ein Unterhaltsvermächtnis beanspruchende Person die Beklagten im Prozess und ihr Klagebegehren korrekt formulieren kann. In Bezug auf das Unterhaltsvermächtnis wäre zudem unseres Erachtens eine Anpassung der ZPO zu prüfen (z.B. hinsichtlich einer allfälligen Einführung des summarischen Verfahrens für diese Fälle).

Fraglich erscheint zudem, ob der Kreis der potentiell Berechtigten nicht generell erweitert werden müsste. Es wäre wünschenswert, dass auch Personen, welche sich in einem hohen Mass bei der Pflege der Erblasserin oder des Erblassers engagiert haben, ebenfalls einen Anspruch auf ein Unterhaltsvermächtnis erhalten würden. Oft wird die häufig sehr zeitintensive Pflege in den letzten Jahren vor dem Tode des Erblassers oder der Erblasserin von einem der Nachkommen und zumeist von Frauen geleistet. Diese Person verzichtet möglicherweise auf eine bezahlte Erwerbsarbeit oder arbeitet in einem kleineren Pensum, um die Pflege zu leisten. In diesen Fällen ist aus unserer Sicht die Möglichkeit eines Unterhaltsvermächtnisses ebenfalls vorzusehen. Zu berücksichtigen wäre in diesem Zusammenhang insbesondere die Pflegeleistung bis zum Eintritt in eine entsprechende Pflegeeinrichtung oder ein Altersheim, auch wenn diese mehr als drei Jahre vor dem Tod erfolgte.

Fraglich erscheint uns zudem, ob die Ausrichtung eines solchen Vermächtnisses nur in eigentlichen Bedürftigkeitssituationen zur Anwendung gelangen soll, wie dies der Bericht erwähnt.⁶ Ob es angemessen ist, dass in solchen Fällen nur in stossenden Fällen korrigierend eingegriffen wird, oder ob es nicht angemessener wäre, in diesen Fällen einen generellen Ausgleichsmechanismus zu statuieren, wäre unsere Erachtens nochmals eingehend zu prüfen. Hat ein Partner oder eine Partnerin oder ein Angehöriger die eigene Erwerbstätigkeit reduziert um Kinder zu betreuen oder den pflegebedürftigen Erblasser zu betreuen, so erscheint es uns nicht mehr als recht, dass die betreuende Person dafür aus dem Nachlass eine angemessene Abgeltung erhält. Dasselbe sollte auch gelten, wenn die betreuende Person zwar nicht die eigene Erwerbstätigkeit reduziert hat, aber sonst in erheblichem Masse

⁵ Vgl. auch MARGARETA BADDELEY, De la motion Gutzwiller à l'Avant-projet du Conseil fédéral du 4 mars 2016 : aperçu sommaire de la proposition de réforme, FamPra.ch 3/2016, Ziff. III (in Vorbereitung).

⁶ Vorentwurf/Bericht, S. 22.

pflegende und/oder betreuende Arbeiten für den Erblasser/die Erblasserin übernommen hat. Diese Fälle sind in der Praxis zunehmend von grosser Relevanz, und eine Lösung, welche einerseits prozessual gut durchdacht ist und zudem den Gesichtspunkten der Gerechtigkeit entspricht, erscheint uns von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit.

rev. Art. 494 Abs. 4 ZGB: Zusätzliche Vorschlagszuteilung zugunsten des überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag

Einerseits können wir bezüglich der Qualifikation der Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten als Verfügung von Todes wegen den Aspekt der Präzisierung gutheissen. Andererseits ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Präzisierung eine Benachteiligung des überlebenden Ehegatten zur Folge hat. Statistisch sind dies in den überwiegenden Fällen die Witwen, weshalb hier eine indirekte Benachteiligung von Frauen vorliegt. Entsprechend regen wir bezüglich dieses Punktes ein Überdenken des Vorschlags an.

rev. Art. 506 Abs. 3 ZGB: Audiovisuelle Verfügung

Die Einführung einer audiovisuellen Verfügung wird grundsätzlich begrüsst. Wir regen jedoch an, dass bei der audiovisuellen Verfügung – gleich wie bei der mündlichen Verfügung – der Wille vor zwei ZeugInnen erklärt werden soll. Das Fehlen von ZeugInnen in der derzeitigen Fassung von Art. 506 Abs. 3 des Vorentwurfes birgt die Gefahr und das Potential für Beeinflussungen des Erblasser/der Erblasserin durch Dritte.

3. Schlussbemerkungen

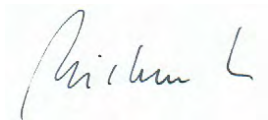
Wie eingangs vermerkt, begrüsst Juristinnen Schweiz eine Revision des Erbrechts grundsätzlich, insofern es eine Anpassung an die heute gelebten Lebenswirklichkeiten – insbesondere auch von Frauen – vornimmt. Durch eine Reduktion des pflichtteilsgeschützten Anteils (damit des befangenen Teils des Nachlasses) kann eine grössere Flexibilität erzielt werden, welche es ermöglicht, dass faktische effektiv gelebte Naheverhältnisse stärker berücksichtigt werden können. Allerdings ist zu bedenken, dass nur rund 20% der Nachlässe testamentarisch geregelt sind. Das Erbrecht sollte deshalb so ausgestaltet werden, dass es auch für die restlichen 80% Betroffenen stimmt.

In den Einzelheiten des nun vorliegenden Vorentwurfs sehen wir folglich an diversen Stellen einen Korrekturbedarf, wobei einige Bestimmungen nochmals zu überdenken, andere zu streichen wären und wiederum andere anzupassen wären.

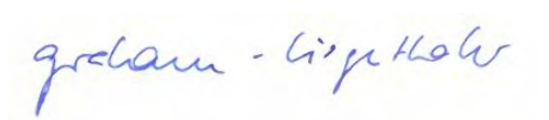
Wir hoffen, Ihnen mit diesen Bemerkungen gedient zu haben.

Im Namen des Vorstandes und der Arbeitsgruppe

Mit freundlichen Grüssen

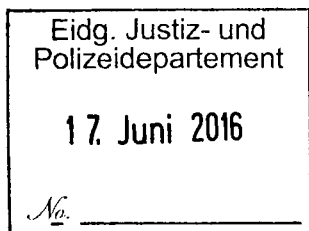
A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Alice L'.

Dr. Alice Reichmuth Pfammatter
Präsidentin Juristinnen Schweiz

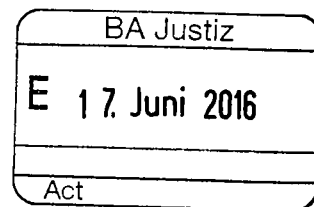
A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Graham - Siegenthaler'.

Prof. Dr. Barbara Graham-Siegenthaler
Mitglied von Juristinnen Schweiz

Binz, 14. Juni 2016



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern



Vernehmlassung zur Erbrechtsrevision

Sehr geehrte Damen und Herren

Die nachfolgende Vernehmlassung erfolgt im eigenen Namen, wenngleich der Hintergrund meine Mitwirkung beim Schweizerischen Verein Schiedsgerichtsbarkeit in Erbsachen (www.schiedsgerichte-erbsachen.ch) ist.

Es besteht ein zunehmendes Bedürfnis, Erbstreitigkeiten durch Schiedsgerichte (anstelle der staatlichen Gerichte) entscheiden zu lassen. Die Hauptgründe sind neben der Diskretion die immer komplexeren Verhältnisse (insbesondere in zunehmend länderübergreifenden Nachlässen und bei grösseren Nachlässen und die Notwendigkeit des Einbezugs des Steuerrechts in sinnvolle Lösungen.

Heute ist es möglich durch Vereinbarung oder Erbvertrag ein Schiedsgericht in Erbsachen anzuordnen und Erbstreitigkeiten sind in weitem Umfang schiedsfähig. Umstritten ist die Frage, ob der Erblasser das Schiedsgericht auch einseitig (durch Testament) anordnen könne. Dies wurde bei der Schaffung der ZPO nicht diskutiert und ging vergessen (vgl. Thomas Sutter-Somm/Nicolas Gut, Schiedsgerichte in Erbsachen: Die Sicht des Zivilprozessrechts, insbesondere die Frage der Zulässigkeit einseitiger [testamentarischer] Schiedsklauseln, in: Schiedsgerichte in Erbsachen, hrsg. v. Hans Rainer Künzle, Zürich 2012, S. 137 ff.). Deshalb ist die Möglichkeit, welche in den Nachbarländern Deutschland, Österreich und Liechtenstein jeweils besteht (vgl. unten), entweder nicht gegeben oder wenigstens mit Unsicherheiten verknüpft. Dieser Mangel sollte im Rahmen der laufenden Erbrechts-Revision behoben werden.

Die Wirkung der Tätigkeit der Schiedsgerichte auf die Verwirkung von erbrechtlichen Ansprüchen, welche ja in Art. 521, 533 und 600 sowieso neu geregelt werden, sollte geklärt werden.

Schliesslich sollte neben dem nationalen Schiedsgericht auch das internationale Schiedsgericht einseitig (in einem Testament) angeordnet werden können.

Die entsprechenden Vorschläge lauten wie folgt:

Art. 353 Abs. 3 ZPO (neu)

Die Bestimmungen dieses Teils sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäss anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden.

Zum Vergleich:

§ 1066 ZPO de

Für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, gelten die Vorschriften dieses Buches entsprechend.

§ 598 Abs. 2 ZPO li

Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäss anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden

§ 581 Abs. 2 ZPO öst

Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäss anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden

Art. 176 Abs. 1a IPRG (neu)

Die Bestimmungen dieses Kapitels sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäss anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden.

Art. 521 Abs. 2a ZGB (neu)

Die Verwirkung tritt nicht ein, wenn ein Schiedsverfahren eingeleitet wird.

Art. 533 Abs. 1a ZGB (neu)

Die Verwirkung tritt nicht ein, wenn ein Schiedsverfahren eingeleitet wird.

Art. 600 Abs. 3 ZGB (neu)

Die Verwirkung tritt nicht ein, wenn ein Schiedsverfahren eingeleitet wird.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. H.R. Künzle

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Luzern, 14. März 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

(Umsetzung der Motion Gutzwiler – 10.3524)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Geschätzte Damen und Herren

Ich danke Ihnen, dass ich zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) Stellung nehmen kann. Gerne weise ich einleitend auf folgende grundsätzliche Überlegungen hin:

Prima vista ist eine Revision des Schweizerischen Erbrechts als Anpassung an die Veränderung der sozialen Wirklichkeit in den letzten 100 Jahren durchaus geboten. Neue Tendenzen wie faktische Lebensgemeinschaften oder Patchwork-Familien müssen in der Gesetzgebung berücksichtigt werden. Dabei dürfen jedoch gefestigte Werte wie „Familie“ und „Ehe“ nicht vernachlässigt werden. Prinzipiell befürworte ich eine Änderung des Erbrechts, jedoch enthält die Vorlage vereinzelte Punkte, welche meiner Ansicht nach nicht der Motion Gutzwiler entsprechen und denen ich nicht gänzlich zustimmen kann. Auf diese möchte ich anschliessend eingehen.

1. Überlegungen zur Verkleinerung der Pflichtteile

Eine *Abschaffung des Pflichtteils der Eltern* führt zu einer Vergrösserung der verfügbaren Quote und eröffnet dem Erblasser somit einen grösseren Entscheidungsspielraum im Bereich seiner letztwilligen Verfügung. Ich betrachte diese Neuerung als einen wichtigen Schritt für die Flexibilisierung des Erbrechts. Es gibt selten Fälle, in denen die Eltern ihr eigenes Kind überleben, und diese sind dann meistens in einem Alter, in welchem sie nicht auf ein Erbe als Baustein für ihre Existenz oder zu deren Sicherung angewiesen sind. Eine Gefährdung der Institution „Familie“ ist meiner An-

sicht nach nicht gegeben, da die Eltern trotz Verlust der Pflichtteilsberechtigung immer noch zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören.

Eine *Reduktion der Pflichtteile der Ehegatten und Nachkommen* würde ebenfalls die verfügbare Quote vergrössern und das Erbrecht weitergehend flexibilisieren. Die Verkleinerung der Pflichtteile der Nachkommen von $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ erachte ich als sinnvoll, da die bisherige Quote unverhältnismässig gross ist und sich im Hinblick auf die Unternehmensnachfolge nur als nachteilig herausstellt. Ausserdem kann der Erblasser aufgrund seiner grösseren Verfügungsfreiheit im Rahmen der verfügbaren Quote zusätzlich zu Gunsten einzelner/aller Nachkommen testieren. Die Herabsetzung des Pflichtteils des Ehegatten bzw. der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners von $\frac{1}{2}$ auf $\frac{1}{4}$ erscheint mir trotz Flexibilitätsvorteilen als zu viel. Ich empfinde es als angemessen, dass ein Ehegatte, welcher während Jahren zur Bildung des Vermögens des Erblassers beigetragen hat, an diesem Vermögen auch teilhaben darf und darin zu schützen ist. Das Argument, dass der Ehegatte bereits bei der vorhergehenden güterrechtlichen Auseinandersetzung seinen Teil erhält, leuchtet für mich nicht sonderlich ein, denn der Ehegatte erhält dabei das, was ihm aufgrund des Eheverhältnisses zusteht. Es wird nicht in das andere Vermögen eingegriffen, sondern das gemeinsame Vermögen wird aufgeteilt. Dabei besteht auch die Möglichkeit der vollen Vorschlagszurechnung, welche auf dem gemeinsamen Willen der Ehegatten beruht. Bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung geht es um das alleinige Vermögen des Erblassers. Daran soll auch der Ehegatte als Zeichen der Verbundenheit und gegenseitigen Treue teilhaben. Ausserdem würde es eher einem Erbrecht „für die breite Masse“ entsprechen, wenn die Pflichtteile der Nachkommen und Ehegatten gleich hoch sind. Die verfügbare Quote würde in dieser Konstellation die Hälfte des Nachlasses umfassen, wohingegen die verfügbare Quote bei einem reduzierten Pflichtteil des Ehegatten von $\frac{1}{4}$ ein kaum im Kopf auszurechnender Fünftel-Bruchteil des Nachlasses beträgt. Der normale Bürger kann sich die Höhe der Pflichtteile (ohne Unterschiede zwischen den Pflichtteilen der Ehegatten und Nachkommen machen zu müssen) leichter merken und die verfügbare Quote einfacher ausrechnen. Aus diesen Gründen ist meines Erachtens der Pflichtteil des Ehegatten in Höhe von $\frac{1}{2}$ des gesetzlichen Anspruchs beizubehalten.

2. Bemerkungen zur Einführung des Unterhaltsvermächtnisses

Die Einführung eines gesetzlichen, vom Willen des Erblassers unabhängigen Vermächtnisses für faktische Lebenspartner oder Stiefkinder erachtet der Bundesrat im Hinblick auf Bedürftigkeitssituationen als notwendig. Dieser Meinung ist meiner Ansicht nach nicht beizupflichten. Jede Person hat in gewisser Weise selbst Verantwortung für seine Angelegenheiten zu übernehmen und in diesem Sinne Vorkehrungen zur Absicherung seiner Familie zu treffen. Von Personen, welche in einer faktischen Lebensgemeinschaft leben oder Stiefkinder haben, ist zu erwarten, dass sie sich für deren Absicherung auch im Hinblick auf den Tod informieren und Massnahmen ergreifen. Möchte man die Verhältnisse zwischen faktischen Lebenspartnern oder Stiefeltern und Stiefkindern finanziell absichern, so anbietet sich eine Heirat oder Stiefkindadoption. Ist dies nicht erwünscht, so kann innerhalb der verfügbaren Quote testiert werden. Es kann von jeder Person erwartet werden, dass sie sich dahingehend aus Sorge um ihre Nächsten informiert und proaktiv handelt. Ein Gesetz ist nicht dazu da, um das Desinteresse und die Tatenlosigkeit der Bürger zu belohnen. Des Weiteren ist ein Gesetz im Sinne von Eugen Huber auch nicht dazu da, alle Ausnahmen und Härtefälle zu erfassen. Deshalb empfinde ich es als stossend, ein Anspruch auf Ausrichtung eines Unterhaltsvermächtnisses zur Vermeidung von Härtefällen gesetzlich zu verankern. Insbesondere erscheinen mir die Voraussetzungen dafür viel zu spezifisch und kaum erfüllbar. Die richterliche Zusprechung eines solchen Vermächtnisses entspricht ausserdem nicht der Überlegung, dass die Verteilung des Erbes dem Willen des Erblassers entsprechen soll. Es liegt allein in der Verantwortung des Erblassers, zu seinen Lebzeiten entsprechende Verfügungen vorzunehmen, um den Härtefall zu vermeiden. Dabei erachte ich ein korrigierendes Eingreifen durch den Gesetzgeber für unangebracht. Zudem ist für jede Behauptung eines Anspruchs auf ein Unterhaltsvermächtnis ein Zivilprozess notwendig. Damit würde den Gerichten mehr Arbeit auferlegt und den beteiligten Parteien (v.a. beklagte Erben, allenfalls noch vorhandener Ehepartner) ein höchst emotionaler und kostspieliger Prozess zugemutet werden. In Anbetracht der oben genannten Punkte lehne ich die Einführung eines Unterhaltsvermächtnisses ab und verweise für die erbrechtliche Berücksichtigung des faktischen Lebenspartners oder der Stiefkinder auf die verfügbare Quote.

3. Weitere Überlegungen

3.1. Pflichtteilsberechtigung des Ehegatten (oder des eingetragenen Partners) im Fall des Versterbens während des Scheidungsverfahrens (oder während der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft)

Gemäss geltendem Recht bleibt der überlebende Ehegatte sowohl gesetzlicher Erbe als auch pflichtteilsberechtigt, falls sein Ehegatte während eines rechtshängigen Scheidungsverfahrens stirbt. Das gesetzliche Erbrecht zwischen Ehegatten entfällt erst mit der Rechtskräftigkeit des Scheidungsurteils, d.h. wenn das Scheidungsverfahren abgeschlossen wurde. Diese Rechtslage läuft dem Willen des Erblassers klar zuwider. Ausserdem gibt es dem Ehepartner die Gelegenheit, das Scheidungsverfahren rechtsmissbräuchlich in die Länge zu ziehen, um den Erbanspruch gegen den bald ablebenden Ehepartner zu behalten. Der Vorschlag des Bundesrates, den Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten mit Eintritt der Rechtshängigkeit, d.h. Einreichung des Scheidungsbegehrens, untergehen zu lassen, ist deshalb zu begrüßen. Meines Erachtens nach könnte man dabei jedoch noch weiter gehen und den gesetzlichen Erbanspruch ebenfalls bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens entfallen lassen. Dies würde gemäss allgemeinem Erfahrungssatz am ehesten dem Willen des Erblassers entsprechen. Und falls dieser dennoch sein „Bald-Ex-Ehepartner“ beerben will, so hat er immer noch die Möglichkeit zu testieren.

3.2. Informationsrecht der Erben

Mit der gesetzlichen Verankerung eines Informationsrechts der Erben gegenüber Dritten kommt der Gesetzgeber dem Informationsbedürfnis der Erben, welches bereits in der Rechtsprechung erkannt wurde, nach. Die Erben benötigen eine vollständige Kenntnis betreffend dem Umfang des Nachlasses, um ihre erbrechtlichen Ansprüche geltend machen zu können. Ein umfassendes Informationsrecht ist jedoch aus persönlichkeitsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Gründen heikel, weshalb dem Bundesrat beizupflichten ist und die Kriterien für ein Informationsrecht direkt in der gesetzlichen Grundlage festgehalten werden sollten. Ich halte die Statuierung eines Informationsrechts der Erben im Schweizerischen Zivilgesetzbuch für sehr sinnvoll, da damit auch unnötige Gerichtsverfahren hinfällig werden und die Erben ihre erbrechtlichen Ansprüche einfacher geltend machen können.

4. Fazit

Eines der wichtigsten Anliegen der Motion Gutzwiler, die Flexibilisierung des Erbrechts, würde mit der Abschaffung des Pflichtteils der Eltern und der Verkleinerung

des Pflichtteils der Nachkommen von $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ optimal umgesetzt werden. Durch die grössere verfügbare Quote des Nachlasses würde dem Erblasser eine grössere Testierfreiheit zuteil werden und er bekäme die Möglichkeit, weitere Personen (z.B. faktischer Lebenspartner, Stiefkinder, etc.) erheblicher zu begünstigen.

Die Einführung eines Unterhaltsvermächtnisses in das Schweizerische Zivilgesetzbuch würde der Motion Gutzwiller nicht entgegenlaufen, da es nicht zu einer erbrechtlichen Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren führt und die institutionelle Konstante „Familie“ weiterhin gewahrt bleibt. Ich empfinde das Unterhaltsvermächtnis als absolute Spezialausnahme jedoch stossend mit der Grundphilosophie unseres heutigen Zivilgesetzbuches. Ausserdem bleiben dem betreffenden Erblasser aufgrund der Flexibilisierung des Erbrechts genügend Möglichkeiten, faktische Lebenspartner oder Stiefkinder an seinem Nachlass zu beteiligen. Somit wäre auch der Erblasser für die schwierige Beurteilung des Verhältnisses der faktischen Lebensgemeinschaft oder des Stiefkindverhältnisses zuständig und das Gericht müsste keine gerichtliche „Beziehungskontrolle“ durchführen.

Die Abschaffung der Pflichtteilsberechtigung (oder sogar des erbrechtlichen Anspruchs) des Ehegatten (oder des eingetragenen Partners) im Fall des Versterbens während des Scheidungsverfahrens (oder während der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft) wie auch die gesetzliche Verankerung des Informationsrechts der Erben gegenüber Dritten stellen sinnvolle Anpassungen des Erbrechts dar, um es zeitgemässer auszugestalten und den erbrechtlichen Vorgang einfacher und weniger konfliktträchtig durchzuführen.

Ich danke Ihnen bereits im Vorfeld für die wohlwollende Prüfung meiner Stellungnahme. Sollten Sie Fragen in diesem Zusammenhang haben, stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung

Freundliche Grüsse

Linda Lauterbach

Luzern, 15.03.2016

Vernehmlassung zur Modernisierung des Erbrechts nach Motion 10.3524 von Felix Gutzwiller

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehme ich nachfolgend Stellung zum Vorentwurf des neuen Erbrechts.

A) De lege lata

I. Ausgangslage

Nach geltendem Erbrecht kann eine Person nicht umfassend darüber bestimmen, was nach dem Tod mit ihrem Vermögen passieren soll. Das geltende Erbrecht sieht den sog. Pflichtteil an pflichtteilsberechtigte Familienmitglieder vor. Zum Kreise der Pflichtteilsberechtigten gehören die Nachkommen, der Ehegatte bzw. der eingetragene Partner oder die Eltern, falls es keine Nachkommen gibt. Der jeweilige Pflichtteilsanspruch berechnet sich in Quoten des gesetzlichen Erbanspruchs. Andere, tatsächlich gelebte faktische Beziehungen werden nach geltendem Erbrecht nicht berücksichtigt.

II. Allgemeine Bemerkungen zur Modernisierung/ Absichten

Das geltende Erbrecht wurde seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1907 lediglich punktuell revidiert. Die heute geltenden starren Vorschriften zur Vermögensaufteilung nach dem Tod werden den vielfältigen Lebensformen nicht mehr gerecht. Die im Erbrecht relevanten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich weiterentwickelt und widerspiegeln die Realität nicht in jedem Falle. Partnerschaften und Familien kennen heute andere Formen als noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Es fand eine Pluralisierung der Familienformen statt, und auch die gesellschaftliche Akzeptanz gegenüber einer Vielfalt von familiären Lebensweisen hat zugenommen. Zu diesen neuen familiären Lebensformen kommt der Anstieg der durchschnittlichen Lebenserwartung hinzu. Daraus resultiert, dass das heute geltende Erbrecht eine Überarbeitung braucht. Neu soll eine flexiblere Ausgestaltung ermöglicht werden, ohne aber den Kerngehalt des Erbrechts zu verletzen und somit auch die Familie als institutionelle Konstante in Zukunft zu wahren.

B) De lege ferenda

I. Anmerkungen zu einzelnen Themen/ Artikeln

1. Pflichtteilsrecht

Art. 471 Ziff. 1 und 3 ZGB – Verkleinerung des Pflichtteils

Da das geltende Schweizer Erbrecht im Vergleich mit andern Rechtsordnungen einen hohen Pflichtteil für die Nachkommen des Erblassers vorsieht, ist es naheliegend den Pflichtteil zu reduzieren um die Flexibilität des Erblassers zu stärken. Dies ist gerade deshalb einleuchtend, da das Erbrecht seine Funktion als Versorgungsinstitut

weitgehend verloren hat. Um das Erbrecht also flexibler zu gestalten und dem Erblasser einen grösseren Spielraum zu verschaffen, ist die Verkleinerung der Pflichtteile unerlässlich. Im Zentrum steht dabei die Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen von drei Viertel auf die Hälfte und ferner um die Reduktion des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten von der Hälfte auf ein Viertel. Die damit verbundene Vergrösserung der frei verfügbaren Quote ist zu begrüßen, da sich dadurch die Flexibilität für den Erblasser erhöht. Die nun nicht mehr durch den Pflichtteil gebundenen Vermögenswerte fallen in die frei verfügbare Quote und eröffnen dem Erblasser somit neue Möglichkeiten. Eine andere einfache Lösung um die Flexibilität des Erblassers zu erhöhen bietet sich durch die Streichung der Eltern aus dem Kreise der Pflichtteilsberechtigten. Durch die höheren Lebenserwartungen ist ein Pflichtteilsrecht der Eltern nicht mehr zeitgemäss. Der Gedanke der Solidarität innerhalb der Familie hat in den letzten Jahrzehnten deutlich abgenommen. Deshalb scheint es angemessen, das Recht dieser Entwicklung anzupassen. Dem Erblasser ist ein grösserer Spielraum seiner Vermögensverteilung einzuräumen, damit er seiner faktischen Lebenssituation besser Rechnung tragen kann. So könnte der Erblasser beispielsweise seinen Stiefkindern, dem Lebenspartner oder dessen Kinder stärker begünstigen, da er eine grössere Quote zur freien Verfügung hat. Regelmässig steht der Erblasser dem faktischen Lebenspartner näher als seinen Eltern. Aus diesem Grund scheint es angemessen, lediglich den Pflichtteil der Eltern, nicht aber die gesetzliche Erbenstellung zu streichen. So hat es der Erblasser selbst in der Hand, in seinem Testament die Menschen zu berücksichtigen, welche ihm am nächsten stehen. Zudem eröffnen sich durch eine Senkung des Pflichtteils auch zusätzlich interessante Optionen für die Unternehmensnachfolge bei Familienunternehmen. Auch dort braucht es dringend flexiblere Ausgestaltungsmöglichkeiten. So könnte beispielsweise ein Familienmitglied zusätzlich Zuwendungen von der freien Quote erhalten, um das Familienunternehmen leiten zu können. Dies wäre geeignet eine unbeabsichtigte Zersplitterung des Unternehmens verhindern zu können. Der Vorentwurf ist geeignet diesem Anliegen Rechnung zu tragen.

Art. 472 ZGB – Verlust des Pflichtteilsanspruchs bei Scheidung

Dass der überlebende Ehegatte, auch wenn das Scheidungsverfahren bereits in Gange ist, erbrechtlich gesehen de lege lata trotzdem noch als vollwertigen erb- und pflichtteilsberechtigter Ehegatten behandelt wird, kann durchaus als stossende Wirkung angesehen werden. Obwohl dieser Fall in der Praxis eher selten eintritt, ist es hier sinnvoll die geltende Regelung anzupassen. Vor allem die Voraussetzung in Ziff. 1 des Vorentwurfes sollte unbedingt Einzug in ein moderneres Erbrecht finden. Bei einem Todesfall eines Ehegatten sollte auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsbegehrens abgestellt werden können, nicht auf den Zeitpunkt des Scheidungsurteils. Zudem sollte dies meiner Meinung nach auch bei einer Scheidungsklage bereits nach einem Jahr der Fall sein, und nicht erst nach Ablauf der vorgesehenen zwei Jahre. Dies mit der Begründung, dass der Erblasser zu Lebzeiten aktiv werden resp. ein Testament verfassen muss, da lediglich der Pflichtteil, nicht aber der gesetzliche Erbanspruch des überlebenden Ehegatten entfällt. Wenn es dem

sich scheidenden Ehegatten wichtig ist, dass der andere im Todesfalle während dieser Zeit nicht mehr pflichtteilsberechtigt ist, so soll er in seinem Testament vorsorgen. Meines Erachtens liegt dies im Selbstinteresse und somit im Handlungsraum des Ehegatten, welcher die Scheidungsklage eingereicht hat.

2. Erweiterung der gesetzlichen Erben

Art. 457 ZGB – Stiefkinder

Stiefkinder als weitere Kategorie von Nachkommen als gesetzliche Erben aufzuführen, ist meiner Meinung nach unter strengen, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen möglich. Da das Spektrum des Näheverhältnisses zwischen Stiefkinder und Stiefeltern bekanntlich sehr weit ist, müssen klare Bedingungen an erbrechtliche Ansprüche geknüpft werden, damit diese gerechtfertigt wären. Erbensprüche sollten von einer gewissen Beziehungsqualität abhängig sein. Beispielsweise wenn die Stiefkinder zur Zeit ihrer Minderjährigkeit während mindestens fünf Jahren im gleichen Haushalt gelebt haben und im Rahmen einer faktischen Eltern-Kind-Beziehung Pflege und Erziehung des Stiefelternteils genossen haben. Ansonsten sollte meiner Meinung nach eine Erweiterung der gesetzlichen Erben um die Stiefkinder ausgeschlossen bleiben. Dies sollte natürlich auch in sogenannten Regenbogenfamilien für das Verhältnis der Kinder zu beiden Elternteilen Anwendung finden. Natürlich ist es dem Erblasser überlassen, sein Stiefkind in seinem Testament zu berücksichtigen. Zu klären bleibt aber, ob, wann und wie diese Kinder dann zu „doppelten Erben“ werden, da sie ja auch zu den gesetzlichen Erben ihrer leiblichen Eltern zählen.

Art. 462 ZGB – Partner

Lebenspartner sollen auch in Zukunft nur dann erbrechtlich begünstigt werden, wenn dies der Erblasser ausdrücklich in seinem Testament vorsieht. Der Kreis der gesetzlichen Erben sollte meiner Meinung nach nicht um den Partner einer faktischen Lebensgesellschaft erweitert werden. Gerade unter Berücksichtigung der Bestrebungen nach einer Verkleinerung des Pflichtteils und der damit verbundenen grösseren freien Quote. Eine Erweiterung der gesetzlichen Erben um den faktischen Lebenspartner würde eine Vielfalt von schwierig zu beantwortenden Abgrenzungsfragen aufwerfen, welche politisch kaum lösbar wären. Zudem bleibt es zu berücksichtigen, dass sich Lebenspartner teilweise bewusst gegen eine Eheschliessung entscheiden, um nicht an die (auch erbrechtlichen) Folgen ebendieser gebunden zu sein. Darum ist es weiterhin zentral, dass man auch im Erbrecht eine klare Unterscheidung zwischen Eheleuten und (langjährigen) Lebenspartner macht und sich nicht verheiratete Lebenspartner auch bewusst gegen jegliche eheähnliche Wirkung ihres Zusammenlebens entscheiden können, ohne behördlichen Aufwand zu betreiben. Falls es dem Erblasser ein Anliegen ist, sein Lebenspartner erbrechtlich zu berücksichtigen, so kann er dies im Rahmen der grösseren freien Quote tun. Auch der Bundesrat verwirft die Einführung eines gesetzlichen Erbteils oder sogar eines Pflichtteilsanspruchs für faktische Lebenspartner. Ist jedoch eine faktisch gelebte Beziehung beispielsweise durch eine strikte Rollenverteilung geprägt und stirbt der versorgende Partner, kann dies weitreichend negative Konsequenzen für den überlebenden Lebenspartner (und dessen Nachkommen) haben. So kann es zu einem

Härtefall kommen und es kann stossend sein, keine erbrechtlichen Ansprüche geltend machen zu können, was eine Einführung eines Unterhaltsvermöchtnisses rechtfertigt.

3. Unterhaltsvermöchtnis

Art. 484a ZGB – Unterhaltsvermöchtnis

Den faktischen Lebensverhältnissen soll nach Gutzwiller besser Rechnung getragen werden können. Jedoch sollten die Voraussetzungen des Art. 484a ZGB des Vorentwurfs, unter denen das Gericht ein Unterhaltsvermöchtnis anordnen kann, enger definiert werden. Unklar bleibt hier vor allem was unter einer „erheblichen Leistung im Interesse des Erblassers“ zu subsumieren wäre. Faktische Lebenspartner und Stiefkinder sollen nicht per Gesetz einen erbrechtlichen Anspruch erhalten. Einerseits sind bei einem Unterhaltsvermöchtnis Personen gemeint, für welche der Erblasser zu Lebzeiten Verantwortung übernommen und diese unterstützt hat. Diese Personen sollten, für den Fall der ungenügenden Vorsorge durch den Erblasser für die Sicherstellung der weiteren Unterstützung, gerichtlich einen Anspruch auf Versorgung aus dem Nachlass geltend machen können. Diese neue Regelung ist zu begrüßen, da dies mit hoher Wahrscheinlichkeit dem mutmasslichen Willen des Erblassers entsprechen wird, da er die (finanzielle) Verantwortung ja zu Lebzeiten bereits wahrgenommen hat. Dies liesse sich (im heutigen Zeitalter des E-Bankings etc.) bestimmt auch einfach nachweisen. Andererseits gilt dieses Unterhaltsvermöchtnis auch für den überlebenden Partner, der seine Erwerbstätigkeit eingeschränkt hat, um die Kinder zu betreuen oder den Erblasser zu pflegen. Dies kann durch den Tod des Erblassers zu einer Bedürftigkeitssituation führen. Um zum Beispiel den überlebenden Partner vor einem allfälligen finanziellen Härtefall besser schützen zu können, sollte einen Anspruch auf ein Unterhaltsvermöchtnis eingeführt werden. Falls der überlebende Partner oder im gleichen Haushalt lebende Kinder auf finanzielle Unterstützung durch den Erblasser angewiesen sind, soll die Möglichkeit bestehen, dass der Erblasser einen Teil seiner Erbschaft zu Unterhaltszwecken dem faktischen Lebenspartner oder eben dieser Kinder zukommen lässt, auch wenn er dies nicht explizit in einem Testament festgeschrieben hat. Eine Einführung eines gesetzlichen Unterhaltsvermöchtnisses wäre jedoch meines Erachtens an striktere Bedingungen zu knüpfen als diese im Vorentwurf formuliert wurden. Der überlebende Partner müsste, gemäss Vorentwurf, zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes darauf angewiesen sein und meiner Ansicht nach seit mindestens fünf Jahren mit dem Erblasser in einer faktischen Gemeinschaft gelebt haben (analog Familienrecht), in welcher der Erblasser erhebliche finanzielle Leistungen erbracht hat. Insbesondere die Voraussetzung lediglich drei Jahre in einer faktischen Lebensgemeinschaft zu leben, reicht meiner Meinung nach nicht aus. Zudem muss das Unterhaltsvermöchtnis auch für die Erben und ihre finanzielle Lage zumutbar sein, was in der Regel kaum einen Hinderungsgrund darstellen wird. Ob überhaupt und in Welcher Höhe ein gesetzliches Unterhaltsvermöchtnis zu gewähren ist, muss vom Gericht im Einzelfall und nach freiem Ermessen festgelegt werden, was meiner Meinung nach den Richtern einen zu grossen Spielraum überlässt. Es wäre wünschenswert, wenn sich vor allem die Höhe

eines zu gewährenden Unterhaltsvermöchtnisses an gesetzlich festgeschriebene „Leitlinien“ orientieren würde.

4. Konkubinatspartner und eheähnliche Lebensgemeinschaft

Im geltenden Recht wird ausschliesslich auf formelle familienrechtliche Beziehungen abgestellt. Effektiv gelebte Beziehungen sind erbrechtlich gesehen nicht von Bedeutung. Allerdings sollte meiner Ansicht nach dem Erblasser die Möglichkeit eingeräumt werden, seinen Konkubinatspartner stärker zu begünstigen, ohne diesen aber einem Ehepartner gleichzustellen. Das Verhältnis zwischen Erblasser und seinen nicht familienrechtlichen Beziehungen abhängig von ihrer Intensität resp. Qualität zu bewerten und somit erbrechtliche Ansprüche ableiten zu können, erachte ich als höchst komplexe Angelegenheit. Wie soll die Qualifizierung einer „eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ vorgenommen werden? Faktische Beziehungen im Gesetz zu berücksichtigen ist nicht einfach, denn es braucht umso klarere Voraussetzungen dafür, was unter diesen Begriff zu subsumieren ist. Man könnte ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis als Voraussetzung im Gesetz festschreiben. Doch auch dies ist meines Erachtens ein zu vage umschriebener Begriff. Wie stark muss diese Abhängigkeit sein? Reicht dazu eine rein finanzielle Abhängigkeit? Oder man könnte auf die faktische Verantwortung für den Lebenspartner (und dessen Kinder im gleichen Haushalt) abstellen. Falls man aber auf ein Abhängigkeitsverhältnis oder die Verantwortung gegenüber andern Personen abstellt, wären dies höhere Anforderungen an die faktische Lebensgemeinschaft als man an die Ehe stellen würde. Dies kann durchaus als stossende Wirkung angesehen werden. Wenn ein Lebenspartner erbrechtlich besser gestellt werden soll, ist es meiner Meinung nach unerlässlich familien- und erbrechtliches Rechtsinstitut für faktische Lebensgemeinschaft zu schaffen. Dies würde wahrscheinlich auch den Erwartungen der Bevölkerung entsprechen. Aus praktischen Gründen würde ich dieses Rechtsinstitut ohne die Notwendigkeit einer behördlichen Eintragung eintreten lassen, wenn mindestens eine der nachgehend genannten Voraussetzungen erfüllt sind: Lebensgemeinschaft dauerte mindestens fünf Jahre (analoge Regelung im Familienrecht), oder die Partner leisten sich regelmässig Beistand in für ihre Verhältnisse bedeutendem Umfang, oder in der faktischen Lebensgemeinschaft sind Kinder eingebunden welche zu beiden Partner eine faktische Eltern-Kind-Beziehung führen. Durch die vergrösserte Verfügungsfreiheit des Erblassers liegt es umso mehr in seiner Hand, wie er das Näheverhältnis zu ausserfamiliären Personen subjektiv würdigen will. Jedenfalls muss die Entscheidungsautonomie des Erblassers gestärkt werden und nicht eine gesetzliche Angleichung oder gar Gleichstellung von Ehe und Konkubinat angestrebt werden. Solche Bestrebungen für eine erbrechtliche Angleichung oder gar Gleichstellung finden sich lediglich in der Motion von Gutzwiler, nicht aber im Vorentwurf des neuen Erbrechts, was zu begrüßen ist. Zudem wäre eine solche erbrechtliche Gleichstellung politisch kaum durchführbar.

5. Nottestament

Art. 506 ZGB – Mündliche und audiovisuelle Verfügung

Im heutigen Zeitalter der Smartphones ist es durchaus sinnvoll, Personen in naher Todesgefahr die Möglichkeit zuzulassen, eine letztwillige Verfügung audiovisuell aufzunehmen. Die Einführung eines Nottestamentes per Videoaufzeichnung (lediglich in unmittelbarer Todesgefahr) sollte neu Einzug ins Gesetz finden um der Modernisierung des Erbrechts Rechnung zu tragen. Die Voraussetzung der zwei Zeugen, welche das Nottestament nach geltendem Recht beweisen müssen, kann dahinfallen. Eine Videoaufnahme ist einfacher und zeitgemässer als zwei Zeugen zu finden, wenn man sich in unmittelbarer Todesnähe befindet. Dies wird im Vorentwurf klar zum Ausdruck gebracht und ist zu begrüßen.

C) Schlussbemerkung

Abschliessend ist zu sagen, dass eine Modernisierung des Erbrechts unerlässlich scheint. Es soll jedoch, wie auch in der Motion Gutzwiler gefordert, nicht gänzlich von der uns vertrauten Struktur des Erbrechts abgewichen werden. Dieser Anforderung entspricht der Vorentwurf. Flexiblere Gestaltungsmöglichkeiten für den Erblasser sind dringend notwendig, um das Erbrecht dem Wandel der Zeit und den heute herrschenden Lebensverhältnissen anzupassen. Den Fokus auf die faktische Lebenssituation zu legen und das Erbrecht dem entsprechend anzupassen (zum Beispiel Abschaffung des Pflichtteils für Eltern) scheint der Leitgedanke dieser Gesetzesänderung zu sein, was zu begrüßen ist. Der Vorentwurf hebt die weiterbestehende Wichtigkeit intergenerationeller Beziehungen hervor. So sollen Generationen auch nach neuem Recht wirtschaftlich verbunden bleiben. Zusätzlich sollte das Rechtsinstitut der faktischen Lebensgemeinschaft im Gesetz definiert werden, wenn man erbrechtlich an die faktisch gelebte Beziehung (auch gegenüber Stiefkindern) anzuknüpfen versucht ist.

Abschliessend ist zu erwähnen, dass der Vorentwurf den Anforderungen der Motion Gutzwiler an eine Modernisierung des Erbrechts weitgehendst Rechnung trägt, ausser bezüglich der gleichwertigen Behandlung von Ehegatten und Lebenspartnern. Dies wäre aber meiner Ansicht nach weder sinnvoll noch politisch durchführbar und würde vor allem die Rechtsprechung vor erhebliche Probleme in der Praxis stellen. Der Kerngehalt des Erbrechts bleibt weiterhin bewahrt jedoch gleichzeitig flexibler ausgestaltet, was genau den Forderungen der Motion Gutzwiler entspricht.

Freundliche Grüsse

Lea Marberger

Schweizerische Eidgenossenschaft
Justiz- und Polizei-Departement
z.H. Alexandre Brodard
alexandre.brodard@bj.admin.ch

Verein MyHappyEnd
Geschäftsstelle
Rindermarkt 17
8001 Zürich
info@myhappyend.org

Zürich, 20. Juni 2016

**Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)
Antwort auf Vernehmlassungsverfahren**

Sehr geehrte Frau Bundespräsidentin
Sehr geehrter Herr Brodard

Der Verein MyHappyEnd, ein Zusammenschluss von Schweizer Non-Profit-Organisationen (NPO), sensibilisiert die Schweizer Bevölkerung für die Möglichkeit, via Testament gemeinnützige Organisationen zu unterstützen und nimmt hiermit gerne die Möglichkeit wahr, Teil des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) zu sein.

Grundsätzliches

MyHappyEnd begrüsst die vorliegende Erbrechtsrevision. Wir halten den Vorschlag für eine verhältnismässige Reaktion auf gesellschaftliche und demographische Veränderungen und erachten den entstehenden erweiterten Handlungsspielraum für Erblassende durch grössere Entscheidungsautonomie und mehr Verfügungsfreiheit für richtungsweisend.

MyHappyEnd begrüsst den Grundsatz, dass Ehegatten und Nachkommen weiterhin gesetzliche Erbansprüche haben, dass aber der erweiterte Handlungsspielraum aufgrund einer grösseren freien Quote, dem Erblasser die Möglichkeit eröffnet, weitere ihm nahestehende Personen oder auch Non-Profit-Organisationen in stärkerem Umfang als bisher mit einer Verfügung von Todes wegen zu begünstigen. Bereits heute machen viele Erblassende aufgrund veränderter Lebenssituationen von dieser Möglichkeit Gebrauch.

Spezifisches

MyHappyEnd begrüsst die Revision folgender Artikel:

- Artikel 498: MyHappyEnd als Zusammenschluss von NPO befürwortet die Gewährleistung von ZGB 498 über die Revision hinaus, da dieser darauf abzielt, keine zusätzlichen Rechtsfiguren zu schaffen oder Regelungen zu treffen, mit denen die Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der geltenden Regelung beeinträchtigt würden. MyHappyEnd befürwortet die

klaren und einfachen Normen und denkt, dass so Rechtssicherheit gewährleistet wird. Auch weil keine zusätzlichen Hürden geschaffen werden und unnötigen Erbstreitigkeiten vorgebeugt wird. MyHappyEnd glaubt, dass mit der vorgesehenen Gesetzesrevision die Verankerung und Diffundierung des redigierten Erbrechts im Bewusstsein der Bevölkerung möglich ist.

Von besonderem Interesse für die Anliegen von MyHappyEnd ist die in der Motion Gutzwiller geforderte Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts, die in der vorliegenden Revision umgesetzt wird:

- Art. 471: Die Reduktion des Pflichtteils für Nachkommen und des überlebenden Ehegatten bzw. der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners ist ein zentrales Anliegen von MyHappyEnd. MyHappyEnd erachtet es aber auch als wichtig, dass das Pflichtteilsrecht für die Kernfamilie im Grundsatz bestehen bleibt. MyHappyEnd begrüsst ebenfalls die Aufhebung des Pflichtteils der Eltern, da dieser unseres Erachtens nicht mehr zeitgemäss ist.

Zusätzlich begrüsst MyHappyEnd die Revision folgender Gesetzesartikel vollumfänglich:

- Art. 476 Abs. 2: Säule 3a Vorrangiger Zweck der Säule 3a zugunsten des Vorsorgezwecks
- Art. 541a: partielle Erbunwürdigkeit und Schutzfunktion
- Art. 601a: Informationsrecht
- Art. 527 Ziffer 1: Herabsetzung
- Art 517 Abs3/518 Abs. 4/559 Abs. 1: Willensvollstrecker
- Audiovisuelles Nottestament

Ergänzendes

Ein heute bestehendes Problem ist die Auffindung und damit verbunden die Frage nach der Aufbewahrung der Testamente. MyHappyEnd wirft die Frage auf, ob es künftig nicht sinnvoll wäre, dass in einem zentralen Register aufbewahrte Testamente dem Testament in Papierformat rechtlich gleichgestellt sind.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit Teil des Vernehmlassungsverfahrens zu sein und freuen uns, wenn Sie uns über weitere Schritte und Termine in dieser Sache informieren.

Mit freundlichen Grüssen

Beatrice Gallin, Geschäftsführung

Claudia Lehnherr, Präsidentin

Zürich, 13. Juni 2016

Eidg. Justiz- und Polizei-Departement
Herrn Alexandre Brodard
3003 Bern

via Mail an: alexandre.brodard@bj.admin.ch

VERNEHMLASSUNG

Änderung des Zivilgesetzbuchs im Bereich ERBRECHT

Sehr geehrter Herr Brodard

NETWORK ist die grösste schweizerische schwule Kaderorganisation. Sie hat gegen 500 Mitglieder aus Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Verwaltung. Wir setzen uns für eine offene, diskriminierungsfreie und fortschrittliche Gesellschaft ein, welche die Gleichstellung all ihrer Mitglieder konsequent umsetzt, vgl. auch www.network.ch.

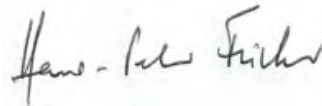
Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, uns zur Änderung des Zivilgesetzbuchs im Bereich Erbrecht zu äussern, und reichen hiermit fristgemäss folgende Vernehmlassungsantwort ein:

1. Der in Vernehmlassung gesetzte Vorentwurf zur ersten bedeutsamen Gesetzesrevision im Bereich des Erbrechtes seit Inkrafttreten des ZGB vor über 100 Jahren ist bei uns auf grosse Resonanz gestossen. Wir unterstützen den Vorentwurf vollumfänglich.
2. Die Gesellschaft hat sich in den letzten 100 Jahren stark verändert. Die Priorität der „Blutsbanden“ ist vermehrt frei wählbaren Beziehungen gewichen. Auch die eingetragene Partnerschaft von homosexuellen Partnern wurde vor rund 10 Jahren gesetzlich geregelt. Die entsprechenden Wirkungen sind im vorliegenden Entwurf erfreulicherweise im Sinne einer Gleichstellung mit der Ehe berücksichtigt worden.
3. Mit der Abschaffung der Pflichtteile für Eltern wird die Freiheit des Einzelnen in unserer pluralistischen Gesellschaft gestärkt. So werden starre Regeln abgeschafft zugunsten der Selbstbestimmung. Konkubinatspartner können sich gegenseitig das volle Erbrecht zugestehen, was sicher im Interesse der heutigen Beziehungsformen - bis hin zur „Patchworkfamilie“ - ist. Die gleichen Auswirkungen hat die Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen und des überlebenden Ehegatten (bzw. des eingetragenen Partners), was auch von unserer Seite her begrüsst wird.

4. Mit dem neu eingeführten Unterhaltsvermächtnis werden Erbensprüche geschaffen für Personen, welche heute allenfalls im Todesfall des Partners leer ausgehen würden. So wird hier ein Rechtsinstitut geschaffen, welches bei Konkubinatspartnern (welche nicht in einer eingetragenen Partnerschaft oder in einer Ehe stehen) einen gerechten Ausgleich herbeiführen kann.
5. Auch die Klärung der offenen juristischen Fragen macht im vorliegenden Entwurf Sinn und dient der Rechtssicherheit.
6. Hingegen weisen wir darauf hin, dass es nichts nützt, neue Rechte zu schaffen, wenn deren Durchsetzung an allzu grosse Hürden geknüpft ist. Mit der Einführung der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung im Jahre 2011 wurden die Gebühren der Gerichte und die Kostenvorschüsse massiv erhöht, womit es heute Personen in der Mittelschicht praktisch verunmöglicht wird, ihre berechtigten Ansprüche im Prozess durchzusetzen. Insbesondere wurde neu das Risiko der Insolvenz der Gegenpartei auf die klagende Partei überwält, was dazu führt, dass bei Obsiegen im Prozess sogar alle Gerichtskosten und die eigenen Parteikosten getragen werden müssen. Speziell im Erbrecht, wo es um sehr grosse Streitwerte gehen kann, wirkt sich die neue ZPO schnell zu Ungunsten der Rechtssuchenden aus. Folglich sollten die Art. 95 ff. ZPO auch im Hinblick auf das neue Erbrecht überprüft und allenfalls zugunsten der obsiegenden Partei angepasst werden. Die Hürden für den Zugang an die Zivilgerichte sollten nicht zu hoch gesteckt werden, und der Staat darf das Insolvenzrisiko nicht auf die obsiegende Partei abschieben (zumal er sich aus den Steuern für solche Fälle alimentieren sollte).

Wir danken Ihnen nochmals bestens für die Gelegenheit zur Vernehmlassung. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen
NETWORK



Hans-Peter Fricker
Präsident der Politischen Kommission

Koordinaten für Rückfragen:

Dr. Hans-Peter Fricker, Turnerstrasse 18, 8006 Zürich, Tel. 078 850 19 49, hpfricker@gmail.com

Von: Nadja Hirzel <hirzel@niklaus-rechtsanwaelte.ch>
An: Brodard Alexandre BJ <alexandre.brodard@bj.admin.ch>
CC: Knecht Morris <knecht@niklaus-rechtsanwaelte.ch>
Gesendet am: 20.06.2016 16:16:40
Betreff: STN Niklaus Rechtsanwälte 20.06.2016 VNL Erbrecht

Sehr geehrter Herr Brodard

Gestützt auf das Begleitschreiben zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens bezüglich der Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) erlauben wir uns, Ihnen [anbei](#) unsere Vernehmlassungseingabe unaufgefordert zukommen zu lassen.

Aufgrund der praktischen Bedeutung und Relevanz für unseren Arbeitsalltag möchten wir es nicht unterlassen, uns zum vorliegenden Vorentwurf und den anstehenden Änderungen aus Sicht des Praktikers zu äussern.

Bei Fragen oder Unklarheiten stehen wir Ihnen sehr gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Nadja Hirzel, MLaw
Substitutin

Niklaus Rechtsanwälte
Lagerstrasse 14
8600 Dübendorf

Tel. +41 44 545 25 02
Fax. +41 44 545 25 01

Diese Mitteilung wird Ihnen von einem Anwalt oder im Auftrag eines Anwalts geschickt. Sie kann persönlich und/oder vertraulich sein oder sonst dem Anwaltsgeheimnis unterliegen. Nur der vorgesehene Empfänger hat das Recht, diese Mitteilung zu lesen, auszudrucken, zu behalten, zu kopieren oder zu verbreiten. Sollten Sie diese Mitteilung irrtümlich erhalten, bitten wir Sie, uns umgehend zu informieren. Besten Dank.

Vernehmlassungseingabe Revision Zivilgesetzbuch, betr. Erbrecht, Niklaus Rechtsanwälte – RA M. Knecht / N. Hirzel

Gesetzliche Regelung IST	Gesetzliche Regelung ZUKUNFT	Kommentar NR
Art. 120 Abs. 2 2 Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht und können aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet haben, keine Ansprüche erheben.	Art. 120 Abs. 2 2 Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung werden Verfügungen von Todes wegen zugunsten des überlebenden Ehegatten bei Scheidung oder bei Einleitung eines Scheidungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten zur Folge hat, hinfällig.	Es erschliesst sich dem Praktiker nicht, weshalb die gesamte Verfügung hinfällig sein soll. Dies würde dem Grundverständnis, dass bei Teilnichtigkeit der verbleibende Rest bestehen bleibt ebenfalls widersprechen. Faktisch gesehen, lässt sich Ehe- und Erbrecht in finanzieller Hinsicht so oder so nie ganz trennen. Ein Teilhinfall wäre hier aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze systematischer.
Art. 469 Randtitel und Abs. 1 Verfügungen, die der Erblasser unter dem Einfluss von Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung oder Zwang errichtet hat, sind ungültig.	Art. 469 Randtitel und Abs. 1 1 Verfügungen, die der Erblasser unter dem Einfluss von Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung oder Zwang errichtet hat, sind anfechtbar.	Die Änderung erscheint faktisch gesehen nahezu irrelevant. Es ist aufgrund der Änderung nur zu erwarten, dass die Verteilung der Rollen von Gesuchsteller/Kläger und Gesuchgegner/Beklagte vertauscht werden. Damit könnte allerhöchstens bewirkt werden, dass das Rechtsschutzinteresse der direkt Betroffenen leidet. Durch die „Herabsetzung“ der Ungültigkeit auf Anfechtbarkeit der Verfügung, ist beispielsweise eine Grundbuchsperrung wesentlich schwieriger zu erreichen und deshalb problematisch. Es ist ebenfalls damit zu rechnen, dass vermehrt Verfahren geführt werden, welche nach bestehender Regelung eben gerade nicht geführt wurden.
Art. 471 Der Pflichtteil beträgt: 1 für einen Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs; 2 für jedes der Eltern die Hälfte; 3 für den überlebenden Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner die Hälfte.	Art. 471 Der Pflichtteil beträgt: 1. für einen Nachkommen die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs; 2. für den überlebenden Ehegatten, die überlebende eingetragene Partnerin oder den überlebenden eingetragenen Partner ein Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs.	Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass den ErblasserInnen eine grössere Entscheidungsfreiheit gewährt werden soll. Dazu sind aber folgende Punkte anzufügen: 1. Die Personen werden in der Schweiz nach wie vor immer älter und ihre Erben ebenso. Es ist darum aber nicht ersichtlich, weshalb nebst dem Pflichtteil der Kinder auch der der Ehegatten derart beschnitten werden soll. Die Chance, dass ein Ehegatte den Nachlass eher benötigt ist wesentlich höher geworden, als dies auf

		die Nachkommen zutreffen würde. Dementsprechend sollte auf die Beschneidung des Pflichtteils des Ehegatten verzichtet werden. 2. In den allermeisten Fällen sind die Eltern vorverstorben, oder es sind Erben der ersten Parentel vorhanden. Dementsprechend ist die Streichung des Pflichtteils ohne weiteres möglich und vertretbar. 3. Der Vergleich zu anderen Rechtsordnungen erscheint inadäquat, da hier nur für einen sehr kleinen Markt eine echte Konkurrenz besteht. Dementsprechend macht es keinen Sinn, eine Regelung, welche sich grossmehrheitlich bewährt hat, an das Niveau anderer Rechtsordnungen anzupassen.
Neu!	Art. 472 Der überlebende Ehegatte, die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner verliert seinen oder ihren Pflichtteilsanspruch, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren oder ein Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft hängig ist, das: 1. auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder fortgesetzt wurde; 2. auf Klage hin mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers eingeleitet wurde.	Es erscheint hier nicht offensichtlich, wieso im Gesetzestext „fortgesetzt“ erscheint. Auch im Bericht wird darauf nicht eingegangen. Dementsprechend stellt sich die Frage weshalb hier darauf eingegangen wird. Grundsätzlich muss davon ausgegangen werden, dass ein Verfahren eingeleitet wurde und bestand hat, also vom Gericht geführt/ an die Hand genommen wurde, oder nicht. Es wird vom Gericht nicht fortgesetzt. Dementsprechend erscheint diese Wortwahl dem Praktiker als verwirrend und dürfte mangels Grundlagenausführungen zu offenen Rechtsfragen – die einer richterlichen Beurteilung bedürfen – führen. Es könnten unnötige Fragen damit aufgeworfen werden. Weiter ist nicht ersichtlich wieso die Klage mit einer Frist von 2 Jahre versehen wurde. Dementsprechend würde dies ja im Extremfall und bei formalistischer Auslegung bedeuten, dass hier eine Frist von 4 Jahren entstünde. Nebst den genannten 2 Jahren kämen noch die 2 Jahre Wartefrist des Getrenntlebens hinzu. Dies liesse sich denn nur aushebeln, wenn man das Einleiten eines Eheschutzverfahrens bereits als Klageeinleitung verstehen würde. Das kann aber sicherlich nicht die Auffassung sein, wenn man Ziff. 1 als vorangestellt versteht. Ebenfalls ist das Eheschutzverfahren

		nicht ein Verfahren für die Auflösung einer Ehe oder eing. Partnerschaft als vielmehr das vorsorgliche Verfahren zur Regelung während des Getrenntlebens (wenn überhaupt). Faktisch gesehen wird der Massstab damit höher angesetzt als nötig.
Art. 476 Ist ein auf den Tod des Erblassers gestellter Versicherungsanspruch mit Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden, so wird der Rückkaufswert des Versicherungsanspruches im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu dessen Vermögen gerechnet.	Art. 476 1 Lebensversicherungsansprüche von Dritten, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, werden zum Vermögen hinzugerechnet 2 Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, gehören nicht zur Erbschaft.	Abs. 1 kann zu Problemen führen bei Vermächtnissen / Pflichtteilen, da die Ausrichtung von Vermächtnissen innert dreier Monate zu erfolgen hat. Da die Instrumente der Finanzindustrie oftmals eine wesentlich längere Dauer für deren Liquidation benötigen und dementsprechend die dadurch gebundenen Mittel wesentlich später (und ebenfalls selten exakt beziffert werden können) zur Verfügung stehen. Die Erben können finanziell in Bedrängnis geraten. Die damit einhergehenden negativen Folgen (Betreibungen etc.) erscheinen unverhältnismässig. Gleichzeitig erscheint es aus steuerlicher Sicht nicht sinnvoll dies so zu regeln, da damit der Druck auf die Begünstigten steigt (welche in den meisten Fällen Erbschaftssteuerpflichtig sind), ihre Leistungen rasch einzufordern. Zusätzlich erscheint das Argument, dass die angestrebte grössere Bestimmungsfreiheit des Erblassers (durch die Beschneidung der Pflichtteile) quasi auszugleichen sei nicht sehr stichhaltig, bedenkt man die relativ kleine Anzahl an Erbschaften, welche entsprechende Instrumente verwenden um die Pflichtteile zu umgehen.
Art. 482 Abs. 2 Unsittliche oder rechtswidrige Auflagen und Bedingungen machen die Verfügung ungültig.	Art. 482 Abs. 2 Unsittliche oder rechtswidrige Auflagen und Bedingungen machen die Verfügung anfechtbar.	Wird ebenfalls abgelehnt. Siehe Art. 469

Neu!	Art. 484a 1 Das Gericht kann anordnen, dass einer Person zulasten der Erbschaft ein Unterhaltsvermächtnis ausgerichtet wird, um ihr damit einen angemessenen Lebensunterhalt zu ermöglichen, wenn sie: 1. mit dem Erblasser seit mindestens drei Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hat und erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat; 2. während ihrer Minderjährigkeit mindestens fünf Jahre mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat und vom Erblasser finanzielle Unterstützung erhalten hat, die dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre. 2 Die Ausrichtung des Vermächtnisses muss für die Erben namentlich aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe der Erbschaft zumutbar sein. 3 Das Vermächtnis wird auf Klage hin festgesetzt. Die Klage ist innerhalb einer Verwirkungsfrist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt einzureichen, in dem der Kläger vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat.	Das Bundesgericht hat mit wenigen Ausnahmen von einem Konkubinat gesprochen, wenn 5 Jahre eine faktische Lebensgemeinschaft bestand. Die vorliegende angestrebte Regelung geht aber bereits nach drei Jahren von einer solchen Verbindung aus. Dies dürfte in der Praxis zu einigen Verwerfungen führen und eine erhebliche Anzahl von Prozessen auslösen. Die Definition von erheblichen Leistungen dürfte im Einzelfall nicht einfach sein und darf als sehr schwer einzuordnen gelten. Es wird im Bericht zwar ausgeführt, welche Arten von Leistungen hier zu verstehen sind, diese dürften aber in der Praxis kaum nur so verstanden werden. Das Gesetz und seine Systematik lassen hier viel Interpretationsspielraum. Es wird dem Richter zukommen hier eine Trennlinie (wohl eher Kurve) festzulegen. Die Adäquanz dieser Formulierung ist dementsprechend fraglich. Die Verwirkungsfrist von 3 Monaten ist dementsprechend wiederum sehr kurz bemessen. Insbesondere wenn man bedenkt, dass Personen aus dem genannten Kreis wohl durch das Versterben direkt und schwer betroffen sein dürften. Daher ist davon auszugehen, dass durch die Regelung und allfällig vorsorglich ergriffener Massnahmen zur prozessualen Durchsetzung mehr Konflikte geschaffen als verhindert werden. Die Frist ist daher auf mindestens 6 Monate anzusetzen. Es erschiene umgekehrt fast einleuchtender, wenn man die Jahresfristen aus Ziffer 1 und 2 vertauschen würde und die Minderjährigen mit nur 3 Jahren des Zusammenlebens begünstigt würden.
Art. 506 1 Ist der Erblasser infolge ausserordentlicher Umstände, wie nahe Todesgefahr, Verkehrssperre, Epidemien oder Kriegsereignisse verhindert, sich einer der andern Errichtungsformen zu bedienen, so ist er befugt, eine mündliche	Art. 506 1 Ist der Erblasser infolge ausserordentlicher Umstände wie nahe Todesgefahr, Verkehrssperre, Epidemien oder Kriegsereignisse verhindert, sich einer der andern Errichtungsformen zu bedienen, so kann er eine mündliche oder audiovisuelle letztwillige Verfügung errichten. 2 Bei der mündlichen Verfügung muss der Erblasser seinen letzten Willen vor zwei Zeugen erklären und sie	Es stellen sich hier vor allem Fragen zur Sicherheit gegenüber Fälschungen, der Übertragungsmöglichkeiten, der Aufbewahrung und Überweisung an ein Gericht oder eine zuständige Behörde. Hernach ebenfalls gegenüber allen Erben bzw. betreffend die Eröffnung von Verfügungen. Es erscheint hier eher als Modetrend moderne Möglichkeiten nutzen zu wollen, als dass es adäquat erschiene auf bewährte Formen zu setzen. Die Widerrufsmöglichkeiten sind hier auch eher im Dunkeln, als dass es durchdacht erschiene dies so zu kodifizieren. Ein Timecode der

letztwillige Verfügung zu errichten. 2 Zu diesem Zwecke hat er seinen letzten Willen vor zwei Zeugen zu erklären und sie zu beauftragen, seiner Verfügung die nötige Beurkundung zu verschaffen. 3 Für die Zeugen gelten die gleichen Ausschlussvorschriften wie bei der öffentlichen Verfügung.	beauftragen, seiner Verfügung die nötige Beurkundung zu verschaffen. Für die Zeugen gelten die gleichen Ausschlussgründe wie bei der öffentlichen Verfügung. 3 Bei der audiovisuellen Verfügung muss der Erblasser selbst auf der Aufzeichnung erscheinen, seinen Namen angeben, den ausserordentlichen Umstand erläutern, nach Möglichkeit das Datum nennen und seinen letzten Willen erklären.	Aufnahme müsste so dann grundsätzlich genügen, weshalb die Nennung des Datums überflüssig erscheint. Allenfalls wäre darum nur dieser Teil zu streichen oder so anzupassen, dass die Regelung klar ist. Dies insbesondere aufgrund der Breitenwirkung und der dafür nötigen Verständlichkeit.
Art. 519 Abs. 2 und 3 2 Die Ungültigkeitsklage kann von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde. 3 = neu!	Art. 519 Abs. 2 und 3 2 Die Ungültigkeitsklage kann von jedermann erhoben werden, der ein erbrechtliches Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt wird. 3 Mangelhafte Bestimmungen eines Erbvertrags können bereits zu Lebzeiten der verfügenden Person für ungültig erklärt werden.	Die Anpassungen sind sehr zu begrüßen!
Art. 522 Abs. 1 1 Hat der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten, so können die Erben, die nicht dem Werte nach ihren Pflichtteil erhalten, die Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Mass verlangen.	Art. 522 Abs. 1 1 Die Erben, die weniger als den ihnen zustehenden Pflichtteil erhalten, können die Herabsetzung der Erwerbungen von Todes wegen auf das erlaubte Mass verlangen.	Die Anpassungen sind sehr zu begrüßen!

Art. 525 1 Die Herabsetzung erfolgt für alle eingesetzten Erben und Bedachten im gleichen Verhältnis, soweit nicht aus der Verfügung ein anderer Wille des Erblassers ersichtlich ist. 2 Wird die Zuwendung an einen Bedachten, der zugleich mit Vermächtnissen beschwert ist, herabgesetzt, so kann er unter dem gleichen Vorbehalt verlangen, dass auch diese Vermächtnisse verhältnismässig herabgesetzt werden. 3 = neu!	Art. 525 1 Die Herabsetzung erfolgt für alle erbrechtlich Begünstigten im gleichen Verhältnis, soweit nicht aus der Verfügung ein anderer Wille des Erblassers ersichtlich ist. 2 Wird der Erwerb von Todes wegen einer Person herabgesetzt, die zugleich mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert ist, so kann diese verlangen, dass die Vermächtnisse und Auflagen entsprechend herabgesetzt werden. 3 Wurden diese Vermächtnisse und Auflagen bereits erfüllt, so muss die pflichtteilsberechtigte Person direkt gegen die dadurch Begünstigten vorgehen.	Die Präzisierung in Abs. 3 kann in der Praxis zu Problemen führen, da mit der vorliegenden Formulierung von einer Anpassung ausgegangen werden könnte. Da auch ein Kommentar im Bericht fehlt, ist davon auszugehen, dass im Umkehrfall gegen alle Begünstigten gemeinsam geklagt werden muss. Dies ist aber nicht zwingend der Fall, abhängig von der Konstellation. Dementsprechend dient die Präzisierung dem wohl eigentlichen Ziel der besseren Verständlichkeit, nur bedingt.
Art. 529 Versicherungsansprüche auf den Tod des Erblassers, die durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen zugunsten eines Dritten begründet oder bei Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich auf einen Dritten übertragen worden sind, unterliegen der Herabsetzung mit ihrem Rückkaufswert.	Aufgehoben!	Sollte die angestrebte Regelung nicht umgesetzt werden, oder politisch anders beurteilt werden, müsste für die Kohärenz diese Regelung bestehen bleiben.

Neu!	Art. 541a Den Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie ihren Angehörigen kann durch eine Verfügung von Todes wegen insgesamt höchstens ein Viertel der Erbschaft zugewendet werden.	Beschränkung auf die berufliche Funktion erscheint nicht konsequent und ist insbesondere in Fällen, wo pflichtteilsgeschützte Erben korrekterweise mittels Anstellung vergütet werden, problematisch. Somit könnten diese ohne Pflichtteilssetzung auf denselben verwiesen werden. Die externe Überprüfung erscheint fraglich und es ist in vielen Fällen wohl schwierig zu eruieren, inwiefern ein Vertrauensverhältnis geschaffen wurde, wie dieses zu fassen ist und auch wie lange ein solches Nachwirken soll. Die Anfechtung einer Verfügung, welche diese Regelung verletzt, muss so dann mit einer Begründung erfolgen, welche beweisrechtlich nicht einfach zu erbringen sein wird.
Art. 555 Abs. 1 1 Ist die Behörde im Ungewissen, ob der Erblasser Erben hinterlassen hat oder nicht, oder ob ihr alle Erben bekannt sind, so sind die Berechtigten in angemessener Weise öffentlich aufzufordern, sich binnen Jahresfrist zum Erbfolge zu melden.	Art. 555 Abs. 1 1 Ist die Behörde im Ungewissen, ob der Erblasser Erben hinterlassen hat oder nicht oder ob ihr alle Erben bekannt sind, so fordert sie die Berechtigten in angemessener Weise öffentlich auf, sich binnen sechs Monaten zum Erbfolge zu melden.	Die Frist von sechs Monaten ist praktisch gesehen viel zu kurz angesetzt. Die Zustellung auf dem konsularischen Weg dauert gemäss Auskunft der zuständigen Stellen meistens mehr als ein halbes Jahr (vgl. z.B. Polen). Wenn ein Auslandsbezug vorliegt würde hiermit eine utopisch kurze Frist geschaffen, welche zu praktischen Problemen führt, die in keiner Weise geboten erscheinen. Die Frist sollte bei einem Jahr belassen werden. Ebenfalls ist eine Beschleunigung durch die Verkürzung nicht zu erwarten. Da insbesondere die steuerlichen Belange meistens mehr als ein Jahr in Anspruch nehmen, können die nötigen Vorbereitungen so getroffen werden, dass die Wartedauer keine zusätzliche Verzögerung bedingt.
Art. 579 Abs. 2 2 Die landesübliche Ausstattung bei der Verheiratung sowie die Kosten der Erziehung und Ausbildung werden von dieser Haftung nicht getroffen.	Art. 579 Abs. 2 2 Zuwendungen, die der Ausstattung dienen, werden von dieser Haftung nicht getroffen.	Es erscheint nicht sinnvoll, dass Ausbildung und Erziehung gestrichen wurden. Insbesondere wird nicht begründet weshalb dies notwendig erscheinen sollte. Mindestens die Ausbildung wäre beizubehalten, sind doch nach wie vor sehr viele Studenten von der Unterstützung ihrer Eltern abhängig.

Art. 600 1 Die Erbschaftsklage verjährt gegenüber einem gutgläubigen Beklagten mit Ablauf eines Jahres, von dem Zeitpunkte an gerechnet, da der Kläger von dem Besitz des Beklagten und von seinem eigenen bessern Recht Kenntnis erhalten hat, in allen Fällen aber mit dem Ablauf von zehn Jahren, vom Tode des Erblassers oder dem Zeitpunkte der Eröffnung seiner letztwilligen Verfügung an gerechnet 2 Gegenüber einem bösgläubigen Beklagten beträgt die Verjährungsfrist stets 30 Jahre.	Art. 600 1 Das Recht auf eine Erbschaftsklage verwirkt gegenüber einem gutgläubigen Beklagten, ein Jahr nachdem der Kläger vom Besitz des Beklagten und von seinem eigenen bessern Recht Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber zehn Jahre nach dem Tod des Erblassers oder der Eröffnung seiner letztwilligen Verfügung. 2 Gegenüber einem bösgläubigen Beklagten beträgt die Verwirkungsfrist stets 30 Jahre.	Es erscheint inadäquat wenn angestrebt wird, dass die Frist in Art. 555 E-ZGB auf sechs Monate verkürzt wurde und hier keine Verkürzung erfolgt. Dementsprechend müsste aber entweder hier auch eine kürzere Frist angesetzt werden, oder Art. 555 belassen werden. Letzteres ist zu befürworten. Die Präzisierung der Verwirkungs- bzw. Verjährungsfrist ist zu befürworten.
Neu!	Art. 601a 1 Wer einen erbrechtlichen Anspruch geltend machen kann, ist nach dem Tod des Erblassers berechtigt, von Rechtsnachfolgern und Dritten, die Vermögenswerte des Erblassers verwaltet, besessen oder erhalten haben, Informationen zu erhalten, die er benötigt, um den Umfang seiner Ansprüche festzustellen. 2 Dieses Informationsrecht besteht, solange der Anspruch besteht. 3 Pflichtteilberechtigten Erben kann das Informationsrecht nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden; das Berufsgeheimnis kann Informationsberechtigten nicht entgegengehalten werden.	Abs. 3: Die Frage stellt sich hier für die gesamte Anwaltschaft, welche sich nötigenfalls (im Zweifel) zuerst vom Berufsgeheimnis entbinden lassen muss. Es stellt sich hier die Frage der Perspektive, da das Informationsrecht grundsätzlich allen Erben zukommt. Vermächtnisnehmern sind dem im Rahmen ihres Vermächtnisses gleichgestellt, demgegenüber bereits durch die Bezifferung des Vermächtnisses in ihrem „Umfang“ vordefiniert. Es stellt sich daher die Frage, ob Abs. 3 zwingend notwendig ist oder allenfalls präzisiert werden sollte. Die Präzisierung sollte entweder auch davon zeugen, dass die Befreiung vom Berufsgeheimnis enthalten ist, oder klar machen, dass die Entbindung vorausgesetzt wird.

Art. 626 Abs. 2 2 Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.	Art. 626 Abs. 2 2 Als Erbvorbezug gelten alle Zuwendungen, die der Ausstattung dienen, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt; vorbehalten bleibt die Bestimmung über die Auslagen des Erblassers für die Erziehung und Ausbildung einzelner Kinder.	In Art. 579 Abs. 2 E-ZGB werden Erziehung und Ausbildung gestrichen. In diesem Zusammenhang werden die beiden Punkte aber belassen. Dies erscheint entgegen der bestimmenden Zielsetzung der Entwurfung eher neue Auffassungsprobleme. Die Unterscheidung der beiden Punkte von Zuwendung und Zuwendungszweck hat in der Praxis gut funktioniert und würde bei einer Anpassung nur zu einer erheblich grösseren Unsicherheit führen. Insbesondere ist die gewählte Formulierung für den Laien missverständlicher als das geltende System.

Prof. Dr. Peter Forstmoser, LL.M.
Dr. Peter R. Isler, LL.M.
Dr. Ernst Felix Schmid, LL.M.
Dr. François M. Bianchi, LL.M.
Dr. Peter C. Honegger, LL.M.
Dr. Gaudenz G. Zindel, LL.M.
Dr. Thomas Graf ^{1 2}
Dr. Dr. Thomas Sprecher, LL.M.
Dr. Thomas A. Frick, LL.M.
Dr. Andrés Gurovits, MBA
Dr. Andreas Casutt, LL.M.
Dr. Philippe Weber, LL.M.
Fürspr. Daniela Schmucki ¹
Lic. Philipp Haas, LL.M.
Lic. Daniel Eisele, LL.M.
Dr. Christoph Balsiger
Lic. Markus E. Kronauer ¹
Dr. Ulysses von Salis, LL.M.
PD Dr. Sandro Abegglen, LL.M.
Dr. Adrian W. Kammerer, M.M.
Lic. Andreas F. Vögeli
Lic. Nicolas Birkhäuser, LL.M.
Lic. Marco Häusermann, LL.M.

Lic. Thomas Brönnimann, LL.M.
Lic. et lic. oec. Daniel Bono, LL.M.
Dr. Philipp Candrea, LL.M.
Lic. Catherine Grun Meyer, LL.M.
Lic. Manuel Werder, LL.M.
Dr. Patrik R. Peyer, LL.M., EMBA
Dr. Valerie Meyer Bahar, LL.M.
Dr. Bertrand G. Schott, LL.M.
Lic. Tamir Livschitz, LL.M.
Lic. Laurence Uttinger
Dr. Ulrich Benz
Lic. Michaela Zehnder ²
Lic. Edith Kreis-Kolb
Lic. Andrea Nordin ^{1 2}
Lic. Andrea Huber, LL.M.
Lic. Brigitte Knecht, LL.M.
Lic. Allegra Sosso, LL.M.
Lic. René Fischer, LL.M.
Lic. Evelyn Schilter, LL.M.
Lic. Mirjam Vögeli, LL.M.
Dr. Christa Sommer
Lic. Johanna Mösch, LL.M.
Roman Sturzenegger, MLaw, LL.M.

Dr. Petra Caminada ²
Lic. Luca Bianchi, MAS in Finance
Lic. Katia Ziegler
Geneviève Radu, MLaw ²
Daniel Antognini, M.A. HSG
Dr. Urs Hofer
Teuta Imeraj, MLaw
Christina Del Vecchio, J.D. ⁴
Dr. Lukas Beeler
Yannick Wettstein, M.A. HSG
Dr. Juerg Bloch, LL.M.
Theodor A.J. Ambauen, MLaw
Martina Madonna-Quadri, MLaw
Dr. Martin Schaub ²
Christine Hohl, M.A. ⁶
Giulia Ghezzi, MLaw ⁵
Thomas Hochstrasser, MLaw
Nicole Güttling, MLaw et lic. phil.
Lic. Rachid Ghazi ¹
Cynthia Oggenfuss, MLaw
Dr. Sandro Germann ²
Lic. Yolanda Mc Gough, LL.M.
Livia Keller, MLaw

Paolo Bollini della Predosa, MLaw ⁵
Alain Jaquet, MLaw, LL.M.
Daniel Herrera, MLaw
Julia Tolstova, MLaw
Lic. Andrea Rüttimann, LL.M.

Eingetragen im Anwaltsregister

¹ dipl. Steuerexperte

² nicht als Rechtsanwalt zugelassen

³ zugelassen an deutschen Gerichten

⁴ zugelassen an Gerichten in New York

⁵ zugelassen an italienischen Gerichten

⁶ zugelassen an englischen
und walisischen Gerichten

Konsulenten

Dr. Stefan Kraft, LL.M.

Dr. Hans Niederer, LL.M.

Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M. ³

Dr. Hermann Walser

Per E-Mail an: alexandre.brodard@bj.admin.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

20. Juni 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir erlauben uns, Ihnen nachstehend unsere Stellungnahme zum Vorentwurf und erläuternden Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht), bezüglich welcher das Vernehmlassungsverfahren am 4. März 2016 eröffnet wurde, einzureichen.

Die folgende Kommentierung richtet sich nach den einzelnen Gesetzesartikeln des unterbreiteten Vorentwurfes.

1. Art. 120 Abs. 2

¹ Mit dem vorgeschlagenen neuen Absatz 2 des Art. 120 ZGB sollen erbrechtliche Dispositionen eines Ehegatten zugunsten des anderen vorbehältlich einer abweichenden Anordnung des Erblassers unwirksam werden, sobald ein Scheidungsverfahren rechtshängig ist, welches "den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten zur Folge hat". Daneben soll auch die Scheidung selbst die Hinfälligkeit derlei Dispositionen zugunsten des anderen Ehegatten bewirken.

- 2 Die Wendung "Einleitung eines Scheidungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten zur Folge hat" soll dabei wohl den Bezug zum vorgeschlagenen Artikel 472 ZGB herstellen. Dieser sieht das Dahinfallen des Pflichtteilsanspruches des überlebenden Ehegatten vor, falls beim Tod des erstversterbenden Ehegatten ein Scheidungsverfahren hängig ist, welches auf gemeinsames Scheidungsbegehren der Ehegatten oder auf Klage hin mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers eingeleitet wurde.
- 3 Stirbt somit ein Ehegatte während der Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens im Sinne von Art. 472 Ziff. 1 oder 2 ZGB, geht der überlebende Ehegatte seines Pflichtteils verlustig und fallen sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt errichteten erbrechtlichen Anordnungen zu seinen Gunsten dahin. Ebenso führt ein Versterben des Erblassers nach erfolgter Scheidung zum Hinfall ihn begünstigender Verfügungen von Todes wegen.
- 4 Über das Schicksal der Stellung des überlebenden Ehegatten als gesetzlicher Erbe äussern sich die vom Vorentwurf vorgeschlagenen Gesetzesregelungen nicht. Der neue Art. 120 Abs. 2 ZGB spricht ausschliesslich von "Verfügungen von Todes wegen" und Art. 472 ZGB sieht nur den Verlust des Pflichtteilsanspruches vor. Dem erläuternden Bericht lässt sich jedoch entnehmen, dass der gesetzliche Erbanspruch bei Versterben des Erblassers während eines hängigen Scheidungsverfahrens im Sinne von Art. 472 ZGB Bestand haben soll. Der Erblasser müsse dem überlebenden Ehegatten die gesetzliche Erbenstellung testamentarisch entziehen, um ihn vom Nachlass auszuschliessen.
- 5 Zunächst ist festzuhalten, dass der neu gefasste Art. 120 Abs. 2 ZGB in Abweichung vom geltenden Gesetzeswortlaut nicht mehr vorsieht, dass geschiedene Ehegatten zueinander kein gesetzliches Erbrecht haben. Auch wenn sich diese Rechtsfolge der Scheidung indirekt auch aus Art. 462 ZGB ableiten lässt, wäre es unserer Auffassung nach begrüssenswert, diese Klarstellung unter Art. 120 ZGB und damit unter den Scheidungsfolgen beizubehalten.
- 6 Weiter ist zu bemerken, dass die vorgeschlagene Neufassung des Art. 120 Abs. 2 ZGB in erheblichem Ausmasse vom bisherigen Rechtszustand abweicht. Nach geltendem Recht entfallen den überlebenden Ehegatten begünstigende Verfügungen von Todes wegen, welche vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet wurden, erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils. In diesem Zeitpunkt entfallen dann auch die gesetzliche Erbenstellung und der Pflichtteilsanspruch. Die Neuregelung weicht nun von dieser Koinzidenz von gesetzlichem Erbrecht, Pflichtteilsanspruch und Begünstigungen aus Verfügungen von Todes wegen ab, indem in gewissen Scheidungsfällen die Hinfälligkeit des Pflichtteilsanspruches und begünstigender Verfügungen von Todes wegen auf die Rechtshängigkeit vorgezogen wird, während für das gesetzliche Erbrecht weiterhin die Rechtskraft des Scheidungsurteils gelten soll. In nicht unter Art. 472 Ziff. 1 und 2 fallenden Scheidungsfällen wiederum sollen das gesetzliche Erbrecht, der Pflichtteilsanspruch und die Begünstigungen aus Verfügungen von Todes wegen generell erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils dahinfliegen.
- 7 Unserer Meinung nach ist diese Regelung abzulehnen. Vorab fällt auf, dass der Wortlaut von Art. 120 Abs. 2 ZGB keine Einschränkung mehr auf Verfügungen von Todes wegen enthält, welche vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens errichtet wurden. Würde der Erblasser während der Rechtshängigkeit bspw. ein Testament errichten, ohne die Rechtsfolge des neuen Art. 120 Abs. 2 ZGB ausdrücklich wegzubedingen, bestünde somit die Gefahr, dass eine solche letztwillige Verfügung ebenfalls Art. 120 Abs. 2 ZGB unterstellt werden könnte. Dies

rechtfertigt sich jedoch kaum, wird sich der Erblasser doch bei der Abfassung seines Testaments der Scheidung bewusst sein und somit trotz derselben den überlebenden Ehegatten begünstigen wollen. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre deshalb zu fordern, dass wie bis anhin der Anwendungsbereich des Art. 120 Abs. 2 ZGB auf *vor Rechtshängigkeit* errichtete Verfügungen beschränkt wird.

⁸ Darüber hinaus erscheint eine derart komplizierte Regelung der Hinfälligkeit von Verfügungen von Todes wegen vor dem Hintergrund als unangebracht, dass sich der Erblasser bereits unter geltendem Recht vor derartigen Risiken im Rahmen der Nachlassplanung gut absichern kann. So können Testamente jederzeit während der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens vom Erblasser einseitig widerrufen werden. Gerade bei langwierigen und heftig geführten Scheidungsverfahren ist der Widerruf letztwilliger Verfügungen, welche den anderen Ehegatten begünstigen, naheliegend und häufig. In Erbverträgen, welche oftmals unter Beizug von Anwälten errichtet werden und bei welchen zufolge der obligatorischen Mitwirkung einer Urkundsperson in allen Fällen eine rechtliche Beratung sichergestellt ist, kann sodann ohne weiteres im Sinne einer Bedingung vorgesehen werden, dass der Erbvertrag mit der Einleitung eines Scheidungsverfahrens ausser Kraft treten soll.

⁹ Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Wendung in Art. 120 Abs. 2 ZGB, wonach die "Einleitung eines Scheidungsverfahrens, das den Verlust des Pflichtteilsanspruchs des überlebenden Ehegatten zur Folge hat", zum Dahinfallen von gewissen Verfügungen von Todes wegen führt, durch einen ausdrücklichen Verweis auf Art. 472 ZGB klarzustellen wäre, sollte denn an der Regelung festgehalten werden.

2. Art. 217 Abs. 2 und Art. 241 Abs. 4

¹⁰ Diese Bestimmungen sehen vor, dass im Falle des Todes des Erblassers während der Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens im Sinne von Art. 472 ZGB ehevertragliche Vereinbarungen, welche von der gesetzlichen Vorschlagsteilung bei der Errungenschaftsbeteiligung resp. der gesetzlichen Teilung des Gesamtgutes bei der Gütergemeinschaft abweichen, nur gelten, falls dies ausdrücklich im Ehevertrag vereinbart wurde.

¹¹ Mit diesen Bestimmungen soll auf der Ebene des Güterrechts nachvollzogen werden, was mit dem neuen Art. 120 Abs. 2 ZGB für die Verfügungen von Todes wegen gelten soll. Es kann deshalb grundsätzlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die Ehegatten ehevertraglich ohne weiteres vorsehen können, dass die vereinbarte ehevertragliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten dahinfallen solle, falls der erstversterbende Ehegatte während rechtshängiger Scheidung sterben sollte.

3. Art. 469 Abs. 1

¹² Es trifft zu, dass die Formulierung des geltenden Art. 469 Abs. 1 ZGB, von Willensmängeln betroffene Verfügungen von Todes wegen seien ungültig, ungenau ist. Schliesslich sind diese Verfügungen nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar. Es ist aber zu beachten, dass Art. 519 ZGB von der *Ungültigkeitsklage* spricht und die erbrechtliche Terminologie unter Ungültigkeit grundsätzlich die Anfechtbarkeit gemäss Art. 519 ZGB versteht. Im Sinne einer einheitlichen Terminologie wäre es deshalb wünschenswert, entweder an allen Gesetzesstellen von

"Ungültigkeit" oder dann "Anfechtbarkeit" zu sprechen. Eine Vermengung der Begriffe ist nicht optimal.

- ¹³ Es ist anzumerken, dass die Auflistung der Willensmängel unter dem geltenden Art. 469 ZGB die Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR nicht anführt. Dies erscheint mit Blick auf entgeltliche Erbverträge wenig sachgemäss.

4. Art. 471

- ¹⁴ Gegen die Abschaffung der Pflichtteilsberechtigung der Eltern und die Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen sowie des Ehegatten bestehen aus unserer Sicht *keine Einwände*. Es trifft sicherlich zu, dass dem Pflichtteilsrecht angesichts der erheblichen sozialen und demographischen Veränderungen seit Erlass der geltenden erbrechtlichen Normen eine zumindest stark reduzierte Bedeutung zukommt. Ob der Pflichtteilsschutz im Allgemeinen beibehalten und wie die Pflichtteilsquoten im Einzelnen ausgestaltet werden sollen, ist eine politische Fragestellung.

5. Art. 472

- ¹⁵ Auf diese Bestimmung wurde bereits oben unter Rz. 1 ff. eingegangen. Unserer Auffassung nach erscheint es insbesondere nicht als sinnvoll, bei gewissen Scheidungsverfahren ausschliesslich den Verlust des Pflichtteilsanspruches auf die Rechtshängigkeit zurück zu beziehen, den gesetzlichen Erbanspruch aber erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils wegfallen zu lassen. *Die Koinzidenz zwischen Wegfall des gesetzlichen Erbrechts und des Pflichtteilsrechts sollte beibehalten werden.*

- ¹⁶ Ferner stellt sich auch die Frage, warum nur in bestimmten Fällen von Scheidungsverfahren der Pflichtteilsanspruch dahinfallen soll. Gerade mit Blick auf Art. 469 Ziff. 2 des Vorentwurfes ist nicht zu verkennen, dass eine gewisse Zufälligkeit über den Verlust des Pflichtteilsanspruches des überlebenden Ehegatten entscheiden würde. Eine Scheidung kann aus vielfältigen Gründen länger als zwei Jahre andauern, trölerisches Verhalten eines Ehegatten ist dabei nicht zwingend Ursache einer längeren Verfahrensdauer.

6. Art. 476

- ¹⁷ Mit dem neu vorgeschlagenen Art. 476 Abs. 2 ZGB sollen Leistungen, welche Erben und andere Begünstigte aus der beruflichen Vorsorge, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 BVG, erhalten, bei der Berechnung der Pflichtteile ausser Betracht fallen und somit auch nicht herabsetzbar sein.

- ¹⁸ Mit Blick auf Leistungen aus der zweiten Säule mag dies zutreffend sein, zumal diese einen sozialversicherungsrechtlichen Charakter aufweisen. Die Leistungen aus der Säule 3a, der gebundenen privaten Vorsorge, weisen jedoch einen privatrechtlichen Charakter auf, beruhen diese doch auf privatrechtlichem Vertrag (vgl. bereits S. 35 des erläuternden Berichts). Es erscheint deshalb nicht kongruent, einerseits die privatrechtlichen Lebensversicherungsansprüche in Art. 476 Abs. 1 als pflichtteilsrelevant zu erklären, jedoch die ebenfalls privatrechtlichen Versicherungsleistungen der Säule 3a von der Pflichtteilsberechnung auszunehmen.

¹⁹ Schliesslich ist auch festzuhalten, dass der vom Vorentwurf vorgeschlagene Gesetzeswortlaut sich nicht zur Reihenfolge der Herabsetzung von Versicherungsleistungen äussert, welche nach dem vorgeschlagenen Art. 476 Abs. 1 ZGB pflichtteilsrelevant sind. Vor dem Hintergrund der Auseinandersetzungen über die Qualifikation versicherungsrechtlicher Begünstigungen als lebzeitige Zuwendungen oder solche von Todes wegen erscheint eine diesbezügliche Regelung angebracht (vgl. Stephanie Hrubesch-Millauer, in: Daniel Abt/Thomas Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Art. 529 Rz. 4).

7. Art. 482 Abs. 2

²⁰ Bezüglich der Terminologie "anfechtbar" vs. "ungültig" ist auf Rz. 12 oben zu verweisen.

8. Art. 484a

²¹ Mit dem neuen Art. 484a ZGB soll ein durch das Gericht auf Klage hin festzusetzendes Unterhaltsvermächtnis zugunsten von Personen eingeführt werden, welche (i) mit dem Erblasser seit mindestens drei Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft gebildet und erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht haben resp. (ii) während ihrer Minderjährigkeit mindestens fünf Jahre in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Erblasser gewohnt und von diesem finanzielle Unterstützung erhalten haben, welche dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre. Die Ausrichtung des Vermächtnisses muss dabei für die Erben insbesondere aufgrund ihrer finanziellen Situation und der Höhe der Erbschaft zumutbar sein und soll dem Berechtigten einen "angemessenen Lebensunterhalt" ermöglichen.

²² Vorab ist festzuhalten, dass es sich hierbei eigentlich nicht um ein Vermächtnis handelt, vermacht doch der Erblasser den fraglichen Personen eben gerade nicht einen entsprechenden "Unterhalt". Konzeptionell steht das Unterhaltsvermächtnis eher in der Nähe des Lidllohnes nach Art. 334 f. ZGB. Insofern wäre es wohl angebracht, von einer Unterhaltsforderung statt einem Vermächtnis zu sprechen.

²³ Das Unterhaltsvermächtnis stellt unserer Auffassung nach einen *gravierenden Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers sowie generell die Privatautonomie* dar. Das Gericht muss bei Festsetzung eines solchen Vermächtnisses im Nachhinein in die vom Erblasser getroffenen Regelungen bezüglich seiner Lebensführung und seines Nachlasses eingreifen. So hat der Erblasser im Falle von Art. 484a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB den Lebenspartner nicht geheiratet und damit diesem eben gerade keine gesetzlich garantierte Erbenstellung verschafft. Vielleicht ist er sogar geradewegs zwecks Vermeidung eines Pflichtteils- und anderweitigen Anspruches des Lebenspartners keine Ehe eingegangen. Ebenso wenig hat er den Lebenspartner mittels Verfügung von Todes wegen bedacht. Es geht in diesem Falle nicht an, dass das Gericht in Unkenntnis der konkreten Gründe und Intentionen, welche den Erblasser zu diesen lebzeitigen Dispositionen veranlassten, dem Lebenspartner in Missachtung des erblasserischen Willens Nachlasswerte zuspricht. Dies erscheint umso problematischer, als dass das Unterhaltsvermächtnis nicht einmal mittels Erbvertrages wegbedungen werden kann; dies steht im Gegensatz zum Pflichtteilsrecht des Ehegatten wie auch der Nachkommen.

²⁴ Genau so wenig erscheint es angebracht, zufolge des blossen Zusammenwohnens mit einer minderjährigen Person und der finanziellen Unterstützung derselben durch den Erblasser dessen Willen zu missachten, dass mit seinem Tod die finanzielle Unterstützung enden soll. Hätte

der Erblasser eine Versorgung über seinen Tod hinaus intendiert, hätte er dies leichtens testamentarisch anordnen oder eine versicherungsrechtliche Begünstigung des Stiefkindes vornehmen können. Allenfalls wäre auch eine Stiefkindadoption nach Art. 264a Abs. 3 ZGB offen gestanden.

²⁵ Ferner ist auch darauf hinzuweisen, dass die vorgesehene, gemäss erläuterndem Bericht zwingend ausgestaltete Regelung nicht zuletzt aufgrund ihrer unbestimmten Rechtsbegriffe in der Nachlassplanung für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgen kann. So bleibt unklar und bedürfte der Auslegung durch die Gerichte, was unter der Ermöglichung eines "angemessenen Lebensunterhalts", der Erbringung "erheblicher Leistungen im Interesse des Erblassers" sowie der Zumutbarkeit des Vermächtnisses für die Erben zu verstehen ist. Ebenso fehlen Regelungen über die Art des Unterhaltsvermächtnisses (wird dieses als Kapitalleistung oder als Rente festgesetzt?) sowie das Verhältnis des Vermächtnisses zu lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers an die Berechtigten (müssen derartige lebzeitige Zuwendungen bei der Ermittlung eines Vermächtnisanspruches in Anschlag gebracht werden?). Nicht zuletzt steht auch eine ausdrückliche Anordnung aus, dass ein Unterhaltsvermächtnis nur im Falle zum Zuge kommen kann, dass die Berechtigten nicht bereits durch Verfügungen von Todes wegen hinreichend bedacht wurden und nicht in die Pflichtteile der mit dem Vermächtnis belasteten Erben eingegriffen wird. Alle diese Fragestellungen dem Entscheid der Gerichte im Einzelfall zu überlassen, dürfte für eine nicht unerhebliche Verunsicherung in der Rechtspraxis sorgen.

²⁶ Auch mit Blick auf den Rechtsfrieden dürfte sich eine Anordnung, welche einen Vermächtnisanspruch vom Nachweis zugunsten des Erblassers erbrachter "erheblicher Leistungen" abhängig macht, nicht als förderlich erweisen, zumal dies das Aufrollen der gesamten praktizierten Lebensgemeinschaft nach sich ziehen könnte.

²⁷ Schliesslich erscheint das Abstellen auf eine dreijährige Lebensgemeinschaft angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum qualifizierten Konkubinats, welche grundsätzlich eine fünfjährige Dauer für massgeblich hält (vgl. Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Rz. 03.80), inkongruent.

9. Art. 494 Abs. 4

²⁸ Der neue Art. 494 Abs. 4 ZGB soll vorsehen, dass die ehevertragliche Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten im Erbfall wie ein Erbvertrag zu behandeln sei.

²⁹ Vorab fällt auf, dass der Wortlaut nur von der "Vorschlagszuteilung" spricht, jedoch nicht von der ehevertraglichen Änderung der Teilung des Gesamtguts unter dem Güterstand der Gütergemeinschaft. Da Art. 494 Abs. 4 ZGB wohl sowohl für den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung wie auch der Gütergemeinschaft gelten soll, wäre dies gegebenenfalls im Wortlaut entsprechend zum Ausdruck zu bringen.

³⁰ In materieller Hinsicht scheint die Regelung von Art. 494 Abs. 4 ZGB vor allem für die Ermittlung der Reihenfolge der Herabsetzung von Bedeutung zu sein. Ehevertragliche Begünstigungen des überlebenden Ehegatten wären als Verfügung von Todes wegen vor den lebzeitigen Zuwendungen herabzusetzen. Ob dies angesichts der vom Gesetz grundsätzlich intendierten Begünstigung des Ehegatten sinnvoll ist, mag dahingestellt bleiben.

- ³¹ Ob dem vorgeschlagenen Wortlaut darüber hinaus die Bedeutung zukommt, dass die Pflichtteile der nicht gemeinsamen Kinder im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung resp. generell der Nachkommen unter der Gütergemeinschaft ausschliesslich aufgrund der gesetzlichen Vorschlagsteilung bzw. Teilung des Gesamtguts berechnet werden, ist allenfalls nicht ganz klar. Wir würden deshalb vorschlagen, eine ausdrückliche Regelung in den Gesetzestext aufzunehmen, welche für die Berechnung der Pflichtteile der nicht gemeinsamen Kinder (bzw. im Falle der Gütergemeinschaft derjenigen sämtlicher Nachkommen) die gesetzliche Aufteilung des Vorschlags resp. Gesamtguts vorsieht.

10. Art. 518 Abs. 4

- ³² Der vorgeschlagene Art. 518 Abs. 4 hält fest, die Willensvollstrecker seien der Aufsicht des Gerichts unterstellt. Gemäss erläuterndem Bericht soll durch diese Normierung die komplizierte Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Aspekten der Aufsicht über die Willensvollstrecker vermieden werden, indem das Gericht die einzige Aufsichtsbehörde bilde.
- ³³ Wir sind der Auffassung, dass dieser Zweck durch die vorgeschlagene Regelung nicht erreicht wird. Im Kanton Zürich wird die Aufsicht über die Willensvollstrecker bereits von einem Gericht ausgeübt, nämlich dem Einzelrichter am Bezirksgericht (vgl. § 139 Abs. 2 des Zürcher Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG)). Dieser prüft im Aufsichtsbeschwerdeverfahren Anzeigen und Beschwerden gegen Willensvollstrecker und damit die formellen Fragen der Vollstreckung (vgl. OGer ZH vom 23. September 1991, ZR 91/1992 Nr. 46; Robert Hauser/Erhard Schweri/Viktor Lieber, GOG – Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich 2012, § 139 Rz. 7). Materielle Fragen wie die Gültigkeit der den Willensvollstrecker ernennenden letztwilligen Verfügung sind jedoch nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens je nach Streitwert im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren vor dem Bezirksgericht zu beurteilen. Durch die Anordnung der Zuständigkeit eines Gerichts für die Aufsicht über Willensvollstrecker ist somit die Relevanz der Abgrenzung zwischen formellen und materiellen Fragen nicht hinfällig.

11. Art. 519 Abs. 3

- ³⁴ Art. 519 Abs. 3 ZGB des Vorentwurfs sieht vor, dass mangelhafte Bestimmungen eines Erbvertrages bereits zu Lebzeiten der verfügenden Person für ungültig erklärt werden können. Damit wird gemäss dem erläuternden Bericht beabsichtigt, die lebzeitige Geltendmachung von Willensmängeln durch den Erblasser auf den Klageweg zu verweisen (vgl. S. 61 des erläuternden Berichts).
- ³⁵ Dies ist unserer Auffassung nach abzulehnen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der einem Willensmangel unterlegene Erblasser den Gerichtsweg beschreiten müsste, um die Unverbindlichkeit des Erbvertrages zu bewirken, währenddem bei anderen lebzeitig geschlossenen Verträgen ohne weiteres eine Anfechtungserklärung seitens des vom Willensmangel Betroffenen genügt (vgl. Art. 31 Abs. 1 OR). Ob die Anfechtung durch den Erblasser zufolge Vorliegens eines relevanten Willensmangels wirksam war, kann im Streitfall ohne weiteres im Rahmen einer Teilungs- oder Erbschaftsklage nach dem Tod des Erblassers oder je nachdem bereits zu Lebzeiten des Erblassers im Rahmen einer Leistungsklage geklärt werden. Letzteres wäre bspw. der Fall, wenn der Vertragspartner des Erblassers diesen auf Ausrichtung des für einen

Erbverzicht versprochenen Entgelts einklagte. Das Erfordernis einer gerichtlichen Ungültigkeitserklärung bereits zu Lebzeiten des Erblassers erscheint damit als formalistisch und dürfte unnötige Gerichtsverfahren befördern.

12. Art. 521 Abs. 1

³⁶ Mit Blick auf Art. 521 Abs. 1 ZGB ist anzumerken, dass der neu vorgesehene Wortlaut wie bisher und im Gegensatz zu Art. 533 Abs. 1 sowie Art. 600 Abs. 1 ZGB den Beginn der absoluten Verwirkungsfrist von 10 Jahren ausschliesslich an die Eröffnung der Verfügung und nicht auch alternativ an den Tod des Erblassers anknüpft. Dies ist insofern von Relevanz, als teilweise Erbverträge in strikter Anwendung des Wortlautes von Art. 556 Abs. 1 ZGB nicht eröffnet werden, sondern ausschliesslich letztwillige Verfügungen. Es empfiehlt sich deshalb mit Blick auf Ungültigkeitsklagen bezüglich Erbverträge den alternativen Fristbeginn des erblasserischen Todes in den Wortlaut aufzunehmen.

13. Art. 527 Ziff. 1

³⁷ Es ist zu begrüßen, dass mit der Neuformulierung des Art. 527 Ziff. 1 ZGB nunmehr endgültige Klarheit über die Massgeblichkeit der objektiven Theorie geschaffen werden soll. Wir sind jedoch der Auffassung, dass der vorgeschlagene neue Wortlaut diese Massgeblichkeit ungenügend zum Ausdruck bringt. So könnte nach wie vor argumentiert werden, eine Zuwendung "auf Anrechnung an den Erbteil" liege nicht vor, wenn der Erblasser in Anwendung von Art. 626 Abs. 2 ZGB ausdrücklich von der Ausgleichung befreit und damit eben gerade keine Zuwendung auf Anrechnung an den Erbteil vorgenommen hat. Es dürfte sich deshalb empfehlen, von Zuwendungen mit Ausstattungsscharakter zu sprechen, welche nicht der Ausgleichung unterstehen, sei dies zufolge Wegfalles der Erbenstellung oder Ausgleichungsbefreiung durch den Erblasser.

14. Art. 579 Abs. 2

³⁸ Der geltende Art. 579 Abs. 2 ZGB sieht vor, dass die landesübliche Ausstattung bei der Verheiratung sowie die Kosten der Erziehung und Ausbildung von der Haftung ausschlagender Erben eines zahlungsunfähigen Erblassers ausgeschlossen sind. Der Vorentwurf will nunmehr generell Zuwendungen, die der Ausstattung dienen, von dieser Haftung ausnehmen.

³⁹ Dies erscheint uns als übermässige *Einschränkung des Haftungssubstrates* der Gläubiger des Erblassers, werden doch damit insbesondere alle nach Art. 626 Abs. 2 ZGB eigentlich ausgleichungspflichtigen Zuwendungen, welche innerhalb von 5 Jahren vor dem Tod des Erblassers ausgerichtet wurden, von der Haftung ausgeschlossen. Den Gläubigern verblieben im Wesentlichen nur noch innerhalb von 5 Jahren vor dem Tod des Erblassers ausgerichtete lebzeitige Zuwendungen, welche nach Art. 626 Abs. 1 ZGB auf Anordnung des Erblassers der Ausgleichungspflicht unterlägen.

⁴⁰ Es erscheint vielmehr angemessen, in Art. 579 Abs. 2 ZGB die landesübliche Ausstattung bei der Verheiratung ersatzlos zu streichen und die Haftungsbefreiung auf die (ausgleichungspflichtigen) Kosten der Erziehung und Ausbildung zu beschränken. Es dürfte sich heutzutage kaum je ermitteln lassen, was unter landesüblicher Ausstattung bei der Verheiratung zu verstehen sei.

15. Art. 601a Abs. 3

- ⁴¹ Art. 601a Abs. 3 des Vorentwurfes sieht vor, dass den Informationsberechtigten generell das Berufsgeheimnis nicht entgegen gehalten werden könne. *Mit Blick auf das Anwaltsgeheimnis ist diese Regelung abzulehnen.* Nach bisheriger Rechtsauffassung hat das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB und Art. 13 BGFA gegenüber den Erben des Klienten Bestand (vgl. Matthias Häuptli, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. A., Art. 560 Rz. 22). Insbesondere wenn der Erblasser den Anwalt zur Geheimhaltung anhielt oder die Interessen der Erben mit denjenigen des Erblassers konfliktieren, ist der Anwalt zur Geheimhaltung verpflichtet. Sollte in einzelnen Fällen eine Offenbarung angezeigt sein, hat der Anwalt sich von der Aufsichtsbehörde von der Geheimhaltungspflicht entbinden zu lassen.
- ⁴² An dieser Rechtslage sollte festgehalten werden. Dem Anwaltsgeheimnis kommt in der gesamten Rechtsordnung eine gewichtige Bedeutung zu. So genießt es umfassenden Schutz im Zivil- und Strafprozessrecht, indem es der Sachverhaltsermittlung feste Grenzen setzt. Weshalb nun im Spezialbereich des Erbrechts von diesem elementaren Grundsatz abgewichen werden soll, ist nicht ersichtlich.

16. Art. 626 Abs. 2

- ⁴³ Mit der Neuformulierung des Art. 626 Abs. 2 werden nunmehr Zuwendungen erfasst, welche der Ausstattung dienen. Die bisherige Auflistung "Heiratsgut", "Vermögensabtretung, Schuld-erlass u. dgl." entfällt. Dies ist zu begrüßen.
- ⁴⁴ Allerdings enthält der neue Wortlaut keine *Einschränkung auf Zuwendungen an Nachkommen* mehr. Damit würden auch Ausstattungszuwendungen an andere gesetzliche Erben, insbesondere an den überlebenden Ehegatten, von der Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 2 erfasst. Der Qualifikation von lebzeitigen Zuwendungen als solche mit Ausstattungsscharakter käme damit im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung eine erweiterte Bedeutung zu, indem sämtliche Zuwendungen an gesetzliche Erben hinsichtlich ihrer Ausstattungsqualität untersucht werden müssten. Ob diese Rechtsfolge durch den Vorentwurf intendiert ist, wird jedoch aus dem erläuternden Bericht nicht ganz klar. Es empfiehlt sich deshalb eine Klarstellung, wobei das Festhalten an der bisherigen Rechtslage, d.h. an der Begrenzung des Art. 626 Abs. 2 auf Zuwendungen an Nachkommen, ratsam erscheint. In jedem Fall ist jedoch die Formulierung des Art. 626 Abs. 2 mit derjenigen des Art. 527 Ziff. 1 zu koordinieren. Dabei kann es durchaus zweckmässig sein, die Herabsetzbarkeit gemäss Art. 527 Ziff. 1 weiter zu fassen als die Ausgleichungspflicht, indem Zuwendungen mit Ausstattungsscharakter an Ehegatten zwar nicht Art. 626 Abs. 2 unterworfen sind, jedoch Art. 527 Ziff. 1 unterstehen.

Für wohlwollende Prüfung der obigen Stellungnahme sind wir Ihnen zu Dank verpflichtet. Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


Catherine Grun Meyer


Daniel Antognini

Notariatskammer
Basel-Stadt

Der Präses: Andreas Miescher

Picassoplatz 8, 4010 Basel

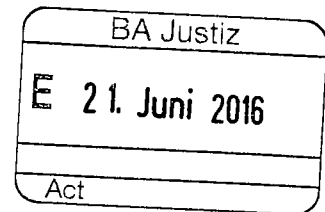
Tel.: 061.272.15.33

Fax: 061.272.15.35

Email: Miescher@advokaten-bs.ch

Basel, den 20. Juni 2016

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Herrn Alexander Brodard
Bundesrain 20
3003 Bern



Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Brodard

Die Notariatskammer Basel-Stadt macht gerne von der Möglichkeit, zur Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates zur Erbrechtsrevision Stellung zu nehmen, Gebrauch, und zwar wie folgt:

1. Einsetzen einer Expertenkommission

- 1.1 Für die Notariatskammer Basel-Stadt ist unabdingbar, dass der Entwurf in einem nächsten Schritt einer Expertenkommission, der die namhaftesten Erbrechtsexpertinnen und -experten unseres Landes angehören, unterbreitet wird. Aufgabe dieser Expertenkommission sollte es sein, die Vorlage zur Erbrechtsrevision zu überprüfen und so zu überarbeiten, dass sich auch das revidierte Erbrecht in den nächsten Jahrzehnten so bewähren wird, wie sich das geltende Erbrecht in den gut 100 Jahren seiner Geltungsdauer bewährt hat. Massgebend dafür sind zwei Überlegungen.
- 1.2 Einmal ist die gesetzestechnische Qualität des jetzigen Entwurfs in vieler Hinsicht ungenügend. Ein Beispiel: Wenn der Pflichtteil der Eltern aufgehoben wird, sind konsequenterweise die Eltern aus Artikel 470 Abs. 1 ZGB zu streichen, was übersehen wurde. Weiteres Beispiel: Gemäss dem vorgeschlagenen neuen Wortlaut von Artikel 626 Abs. 2 ZGB ist die gesetzliche Ausgleichungspflicht nicht mehr auf Nachkommen beschränkt. Zu dieser in der Praxis enorm wichtigen Frage äussert sich der Bericht (Seite 64, Ziff. 6.18) mit keinem Wort. In der Sache befürwortet die Notariatskammer die Ausdehnung der Ausgleichungspflicht auf alle gesetzlichen Erben. Doch ist es unabdingbar, eine so wichtige Gesetzesbestimmung nicht einfach beiläufig zu ändern. Vielmehr bedarf dies einer vertieften Auseinandersetzung. Genau das kann eine Expertenkommission leisten.
- 1.3 Auch weitere Fragen rufen dringend nach vertiefter Auseinandersetzung. Beispiel: Vorgeschlagen wird, dass die Leistungen aus der Säule 3a nicht mehr zum Nachlass gehören sollen (s. Art. 476 Abs. 2 VE-ZGB und erläuternder Bericht, S. 33 ff.). Der Bericht zählt die Argumente zwar auf, lässt aber jede vertiefte Auseinandersetzung

mit dieser Problematik vermissen. So wird diese Änderung im Ergebnis zu einer weiteren Lockerung des Pflichtteilsschutzes der Nachkommen führen. Die Ausführungen können erheblich sein, da etwa bei Selbständigerwerbenden ein grosser Teil des Vermögens in der Säule 3a liegen kann. Auch für die Prüfung dieser Frage ist die Einsetzung einer Expertenkommission sinnvoll.

- 1.4 Die vorgeschlagenen Änderungen sind im Allgemeinen behutsam und respektieren, dass sich das Erbrecht in den gut 100 Jahren seiner Geltungsdauer bewährt hat. Rechtssicherheit und Verlässlichkeit haben im Bereich des Erbrechts eine grosse Bedeutung, und es kann aus Praktikersicht nicht genügend betont werden, dass ein gesetzgeberischer Aktivismus verfehlt wäre. Umso erfreulicher ist, dass die Vernehmlassungsvorlage dieser Versuchung weitgehend widersteht. Zu einer behutsamen Gesetzgebung gehört bei einer umfassenden Revision des Erbrechts geradezu zwingend die Einsetzung einer Expertenkommission.

2. Lockerung der Pflichtteile

- 2.1 Die Abschaffung des Pflichtteils der Eltern ist ebenso zu begrüßen wie die Reduktion der Pflichtteile der Nachkommen auf die Hälfte (bisher drei Viertel) des gesetzlichen Erbteils. Zu fragen ist allerdings, ob es wirklich zwingend ist, den Pflichtteil des Ehegatten (bzw. der eingetragenen Partnerin/des eingetragenen Partners) auf nur gerade einen Viertel des gesetzlichen Erbteils zu reduzieren. Es wäre vorstellbar, diesen bei der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zu belassen.
- 2.2 Unabhängig davon löst die Reduktion der Pflichtteile zahlreiche Probleme bzw. legt deren Lösung – richtigerweise – in die Hände der Erblasserin/des Erblassers. So lassen sich faktische LebenspartnerInnen ebenso wie Stiefkinder vermehrt begünstigen. Weiter mag es für die Inhaber von KMU's von Vorteil sein, wenn sie so einen grösseren Teil des Vermögens nur einem Nachkommen zuwenden können und damit einer Zersplitterung des Aktienbesitzes entgegenwirken können. Nicht vergessen werden darf, dass die Reduktion der Pflichtteile aus Praktikersicht auch Nachteile hat. So wird dadurch eine (wesentlich) grössere Ungleichbehandlung der Kinder als bisher ermöglicht und erhöht sich entsprechend das Risiko eines familiären Unfriedens (der allerdings in diesen Fällen im Allgemeinen schon vorher bestand). Diese Nachteile sind als zwangsläufige Folge der Verfügungsfreiheit der Erblasserin/des Erblassers in Kauf zu nehmen.

3. Vorsorgevermächtnis

- 3.1 Die Frage, ob und gegebenenfalls wie und in welchem Umfang faktische LebenspartnerInnen im Erbrecht berücksichtigt werden sollen, war schon Gegenstand vieler Diskussionen. Das Parlament hat die Motion Gutzwiller überwiesen, die eine flexible Ausgestaltung des Erb- und des Pflichtteilsrechts fordert, mit der Begründung, dass insbesondere unverheiratete LebenspartnerInnen bessergestellt werden sollen (s. dazu Vernehmlassungsvorlage, S. 19 ff.).
- 3.2 In der Folge wurden verschiedene Vorschläge für die Begünstigung der faktischen LebenspartnerInnen ausgearbeitet (s. vor allem Alexandra Jungo, Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, in *successo* 1/2016, S. 5 ff.). Jungo schlägt die Einführung eines gesetzlichen Erbrechts in stabilen Lebenspartnerschaften unter be-

stimmten Voraussetzungen vor (abhängig von der Dauer der Lebenspartnerschaft und dem Vorhandensein von gemeinsamen und/oder nicht gemeinsamen Nachkommen). Jungo ist aber zu Recht gegen ein Pflichtteilsrecht zugunsten faktischer LebenspartnerInnen. In der Tat lehnen nicht eheliche Paare die Ehe regelmässig wegen gesetzlicher Pflichten ab und wäre es nicht sachgerecht, ihnen ein gesetzlich zwingendes Erbrecht aufzudrängen.

- 3.3 Der Bundesrat lehnt die Einführung eines gesetzlichen Erbrechts für faktische LebenspartnerInnen ab. So ist es dem Erblasser/der Erblasserin überlassen, ob faktische LebenspartnerInnen begünstigt werden sollen oder nicht. Die Notariatskammer hätte sich auch die Einführung eines gesetzlichen Erbrechts zugunsten faktischer LebenspartnerInnen etwa im von Prof. Jungo vorgeschlagenen Rahmen vorstellen können, auf keinen Fall aber ein Pflichtteilsrecht. Entscheidend ist, dass der Erblasser/die Erblasserin das letzte Wort hat.
- 3.4 Der Bundesrat will stattdessen ein Unterhaltsvermächtnis einführen, das zwingend ausgestaltet ist und nicht einmal durch eine Vereinbarung aufgehoben werden können soll (s. Ziff. 5.2 der Vernehmlassungsvorlage und Art. 484a VE-ZGB). Die Einführung eines solchen Unterhaltsvermächtnisses ist entschieden abzulehnen. So stellen sich heikle Abgrenzungsfragen, namentlich zur Frage, was „erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers“ sind, oder wie eine mögliche erbrechtliche Begünstigung sowie lebzeitige Leistungen des Erblassers zugunsten der faktischen Lebenspartnerin zu berücksichtigen sind, um nur ein paar Beispiele zu nennen. Zudem wird die kurze Verwirkungsfrist in der Praxis häufig zur Einreichung einer Klage zwingen, um den Anspruch nicht zu verlieren, was dem Verhältnis unter den Hinterbliebenen nicht zuträglich ist.

Ähnliche Bedenken bestehen gegenüber der Einführung eines Unterhaltsvermächtnisses zugunsten von Personen, die während ihrer Minderjährigkeit mindestens fünf Jahre mit dem Erblasser zusammengelebt haben und vom Erblasser weiterhin finanziell unterstützt worden wären, wäre er nicht verstorben.

Die Idee des Vorsorgevermächtnisses scheint aus dem Bedürfnis heraus entstanden zu sein, mögliche Ungerechtigkeiten zu verhindern, wobei gleichzeitig der Rahmen nicht allzu weit gesteckt werden soll. Doch schafft diese Gesetzesbestimmung neue Abgrenzungsschwierigkeiten und neue Ungerechtigkeiten (so kann es für eine Person auch eine grosse Härte sein, wenn sie „nur“ während zwei Jahren ihrer Minderjährigkeit vom Erblasser unterstützt wurde und dann die Fortsetzung des Studiums wegen des unerwarteten Todes ihres Sponsors gefährdet ist). Der Ausweg kann aber nicht sein, das Vorsorgevermächtnis generell auf alle Härtefälle auszudehnen und so die genaue Ausgestaltung den Gerichten zu überlassen. Das führt nur zur Gefahr einer unerwünschten und dem Einvernehmen unter den Hinterbliebenen sicher nicht einer förderlichen Prozessflut.

4. Diverses

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf einige wenige Punkte.

4.1 *Ehevertragliche Vorschlagszuteilung*

Es ist positiv zu bewerten, dass die ehevertragliche Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten als erbrechtliche Begünstigung qualifiziert wird (Art. 494 Abs. 4 VE-ZGB). Das entspricht der mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung und der Praxis des Bundesgerichtes.

4.2 *Behandlung von Vorsorgeleistungen*

Neu sollen Leistungen von Lebensversicherungen voll zum Nachlass hinzugerechnet und für die Berechnung der Pflichtteile berücksichtigt werden (Art. 496 Abs. 1 VE-ZGB). Bisher gilt dies nur für den Rückkaufswert einer Lebensversicherung (Art. 529 ZGB). Nach der überwiegenden Lehre sind so reine Risikoversicherungen, die keinen Rückkaufswert haben, nicht pflichtteilsrelevant. Wenn Lebenspartner gemeinsam ein Haus kaufen und das weitgehend durch die Aufnahme einer Hypothek finanzieren, ist es verbreitete Praxis, eine Lebensversicherung (reine Risikoversicherung) abzuschliessen und den Partner als Begünstigten einzusetzen. So kann im Fall des unerwarteten Ablebens eines Partners die Hypothek reduziert werden, was es dem überlebenden Partner erleichtert, das Haus weiterhin selbst zu bewohnen. Die Prämien für eine solche Risikoversicherung sind relativ gering. Mit dem Vorschlag des Bundesrates wäre diese Begünstigung nicht mehr im bisherigen Masse möglich, da die Leistungen der Lebensversicherung pflichtteilsrelevant wären.

Fazit: Bei den Lebensversicherungen ist die bisherige Regelung eindeutig vorzuziehen. Der Vorschlag des Bundesrates widerspricht zudem der – richtigen – Tendenz, die Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers/der Erblasserin zu erweitern, und schränkt sie stattdessen ein.

4.3 *Wegfall des Pflichtteilsrechts des überlebenden Ehegatten bei Scheidungsverfahren*

Die in der Vernehmlassungsvorlage vorgeschlagene neue Regelung ist zu begrüßen. Danach entfällt der Pflichtteilsanspruch, wenn die Ehegatten ein gemeinsames Scheidungsbegehren einreichen, sowie in den Fällen, bei denen das Scheidungsverfahren mehr als zwei Jahre dauert. Immerhin ist die Frage berechtigt, ob diese Frist nicht reduziert oder sogar ganz aufgehoben werden kann.

4.4 *Erbschleicherei*

Die verpönte Erbschleicherei ist bisher im ZGB nicht geregelt. Sie hat speziell in Basel im Zusammenhang mit dem auch in der Vernehmlassungsvorlage erwähnten Fall (s. BGE 132 III 305) grössere Wellen geworfen. Die Vernehmlassungsvorlage sieht nun in Artikel 541a VE-ZGB vor, dass Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie deren Angehörigen lediglich maximal ein Viertel der Erbschaft zugewendet werden kann. So sehr, gerade vor dem Hintergrund des erwähnten Basler Falls, eine Eingrenzung der Erbschleicherei zu begrüßen ist, stellt sich doch die Frage, ob mit dieser Bestimmung

nicht neue Ungerechtigkeiten geschaffen werden. So kann es durchaus nachvollziehbar sein, dass der Erblasser/die Erblasserin beispielsweise eine Pflegerin, die sich in den letzten Monaten intensiv um ihn/sie gekümmert hat, begünstigen möchte, zumal wenn er/sie von den gesetzlichen Erben im Stich gelassen wird. Wenn der Erblasser/die Erblasserin bei der Errichtung des Testaments offensichtlich urteilsfähig ist, ist eine solche Begünstigung in vielen Fällen durchaus nachvollziehbar. Letztlich wird es kaum möglich sein, eine Regelung zu finden, die für alle Einzelfälle eine befriedigende Regelung mit sich bringt.

4.5 Informationsrecht der Erben

Die Präzisierung des Informationsrechts der Erben, die im Wesentlichen der von den Gerichten entwickelten Praxis entspricht, ist zu begrüßen (Art. 601a VE-ZGB). Allerdings muss klargestellt werden, dass das Berufsgeheimnis von Anwälten und Notaren dem Informationsanspruch nur dann nicht entgegengehalten werden kann, wenn sie selbst Vermögenswerte des Erblassers/der Erblasserin verwaltet, besessen oder erhalten haben. Ansonsten muss dieses Berufsgeheimnis auch gegenüber den Erben gelten, vor allem in denjenigen Fällen, in denen der Erblasser/die Erblasserin dies explizit so gewünscht hat.

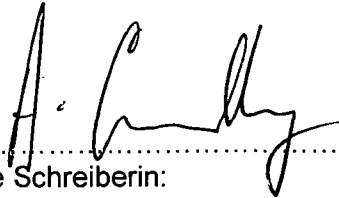
Wir bitten Sie, den obigen Ausführungen Beachtung zu schenken und insbesondere den Entwurf als nächstes einer vorzüglich besetzten Expertenkommission zur Überprüfung zu unterbreiten.

Mit freundlichen Grüßen

Notariatskammer Basel-Stadt



.....
Der Präses:
Andreas Miescher, Advokat und Notar

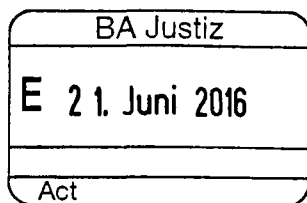


.....
Die Schreiberin:
Ayesha Curmally, Advokatin und Notarin

21. Juni 2016

Ne

Le Bâtonnier



Par e-mail (alexandre.brodard@bj.admin.ch) et
pli simple

Madame Simonetta SOMMARUGA
Conseillère fédérale
DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE
Bundesgasse 3
3003 Berne

Genève, le 20 juin 2016

Révision du Code civil (Droit des successions)

Madame la Conseillère fédérale,

Le 4 mars 2016, le Conseil fédéral a ouvert une procédure de consultation relative à la révision de dispositions du Code civil suisse en matière de droit des successions.

L'Ordre des avocats de Genève (« ODA ») n'a pas reçu une invitation formelle à soumettre ses observations sur ce projet de révision, de sorte qu'il vous adresse, spontanément, dans le délai imparti par le Conseil fédéral, ses commentaires à cet égard.

L'ODA est favorable aux modifications prévues, qui permettent une modernisation nécessaire du droit des successions, lequel n'a fait l'objet d'aucune modification législative majeure depuis plus d'un siècle.

En particulier, la réduction des réserves légales et la suppression de celle applicable aux parents du défunt permettent une plus grande marge de manœuvre pour ce dernier. Elles répondent de manière plus adéquate aux impératifs liés à l'institution de la réserve héréditaire, tout en prenant en considération l'évolution démographique et le mode de vie actuel, s'agissant en particulier de l'indépendance financière du conjoint survivant et des descendants.

L'ODA a reçu à cet égard les déterminations de SWISS FAMILY BUSINESS du 27 avril 2016 concernant la réduction des réserves et fait siennes les considérations développées par cette dernière. Il n'est dès lors pas utile de revenir ici sur ces questions.

L'ODA souhaite néanmoins attirer votre attention sur plusieurs éléments liés à la nouvelle institution du « *legs d'entretien légal* », ainsi qu'à la prévoyance liée de la personne décédée.

A. Legs d'entretien légal

L'art. 484a al. 1 nouveau instaure un legs d'entretien légal permettant d'assurer au bénéficiaire un niveau de vie convenable.

Peuvent bénéficier de ce legs :

> *le partenaire* si (art. 484a al. 1 ch. 1) :

- il menait « *de fait une vie de couple avec le défunt* » ;
- cette « *vie de couple* » a duré trois ans au moins ;
- le bénéficiaire du legs a fourni une contribution importante dans l'intérêt du défunt.

> *le tiers* si (art. 484a al. 1 ch. 2) :

- il a vécu pendant au moins cinq ans, alors qu'il était mineur, dans le même ménage que le défunt ;
- le défunt lui a fourni un soutien financier qu'il aurait continué à lui fournir s'il n'était pas décédé.

L'ODA est d'avis que la durée de la « *vie de couple* » fixée à trois ans est trop basse.

En effet, si l'on se livre à une comparaison avec les exigences jurisprudentielles s'agissant du « *concubinage qualifié* », qui ne peut être retenu que moyennant une durée minimale du concubinage de cinq ans, ou encore avec la législation concernant la notion de « *communauté de vie* » qui doit également durer cinq ans au moins, cette différence de durée ne nous semble pas justifiable.

Un autre problème pourrait se poser quant à l'interprétation de la notion de « *vie de couple* ».

Quid si, par exemple, le défunt est soutenu par une garde-malade pendant trois ans, les descendants de la personne gardée ne pouvant s'occuper d'elle toute la journée et la nuit, ce qui se produit très régulièrement ?

Cette garde-malade, pourtant rémunérée pour ses services, pourrait-elle arguer avoir entretenu une « *vie de couple de fait* », notion juridique indéterminée pour l'instant, et estimer qu'elle aurait droit à un legs d'entretien, étant précisé que le rapport explicatif relatif à l'avant-projet précise que le bénéficiaire d'un legs d'entretien peut très bien être d'ores et déjà marié ou entretenir un partenariat enregistré¹ ?

Cette nouvelle institution pourrait mener à la multiplication de procès civils abusifs à l'encontre de la succession.

L'ODA suggère dès lors, d'une part, de fixer la durée minimale de la « *vie de couple* » à cinq ans, mais également de l'exclure dans les cas où le bénéficiaire a été rémunéré pour ses services du vivant du *de cujus*.

Quant à la définition de la *vie de couple* ouvrant le cas échéant le droit à un legs d'entretien, il ne nous paraît pas déraisonnable de l'aligner sur les valeurs habituellement retenues par la jurisprudence, lorsqu'il s'agit d'évaluer la solidité et la stabilité d'un concubinage/couple non marié (communauté de vie, de table et de lit offrant à chacun des membres du couple une sécurité personnelle, affective et financière comparable à ce qui prévaut au sein d'un couple marié).

¹ Rapport explicatif, p. 19, § 7.

Ainsi, nous proposons de modifier l'art. 484a al. 1 ch. 1 nouveau comme suit : « *menait de fait une vie de couple, au sens d'une communauté de vie, de table et de lit, avec le défunt depuis au moins cinq ans et a fourni une contribution importante dans l'intérêt de ce dernier, ce à titre gratuit ».*

En outre, l'art. 484a nouveau ne prévoit aucune limite temporelle à l'octroi du legs d'entretien.

La question de la durée pendant laquelle la personne pourra bénéficier d'un tel legs mériterait d'être clarifiée.

L'ODA suggère de prévoir expressément l'application par analogie des dispositions relatives aux contributions d'entretien du droit de la famille.

B. Prétentions en matière de prévoyance liée

Aux termes de l'art. 476 al. 2 nouveau, « *les prestations revenant aux héritiers et à d'autres bénéficiaires au titre de la prévoyance professionnelle du défunt, y compris les formes de prévoyance visées à l'art 82 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, ne sont pas comprises dans la succession* ».

La solution préconisée par le projet de modification ne nous semble absolument pas satisfaisante et l'ODA est d'avis qu'il y a lieu de se ranger derrière le courant majoritaire doctrinal qui plaide pour que les avoirs accumulés au titre de la prévoyance liée soient intégrés dans la masse successorale.

En effet, même si le but de prévoyance ne peut être contesté, il est pourtant primordial de ne pas perdre de vue que cette prévoyance n'est pas collective mais individuelle et s'effectue sur une base volontaire, contrairement à la prévoyance professionnelle.

Pour ces motifs, le traitement des prévoyances professionnelle et liée ne devrait pas être identique en matière de succession.

Nous vous remercions de votre attention et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, en l'expression de notre très haute considération.


Grégoire MANGEAT

Prof. Dr. iur. **Roland Pfäffli**, Notar

Titularprofessor für Privatrecht
an der Universität Freiburg

Bahnhofstrasse 12
Postfach 153
3602 Thun

Telefon 079 313 12 27

roland.pfaeffli@bluewin.ch

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartements
3003 Bern

Thun, 18. Juni 2016

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) – Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Ich gestatte mir, zum Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) folgende Stellungnahme abzugeben:

I. Art. 556 ZGB (Vorschlag) - Erbenschein

Bei Erbverträgen ist die Einlieferung und Eröffnung (im Gegensatz zum Testament) bundesrechtlich nicht vorgesehen. Gemäss VITO PICENONI muss die Nichterwähnung des Erbvertrags in Art. 556 ZGB als **legislatorischer Missgriff** betrachtet werden¹.

Gewisse Kantone haben heute als Notlösung – ohne Grundlage im ZGB – den Beteiligten das Recht eingeräumt, eine amtliche Eröffnung eines Erbvertrags (inkl. Ausstellung des Erbenscheins) zu verlangen². Im Kanton Bern ist beispielsweise ein Erbvertrag durch den Notar zu eröffnen³. Zudem ist der bernische Notar ermächtigt, für erbvertraglich eingesetzte Erben einen Erbenschein auszustellen⁴.

¹ Vgl. VITO PICENONI, Der Erbvertrag in Theorie und Praxis, ZBGR 1967 S. 264.

² Vgl. HANS MERZ, Die Übertragung des Grundeigentums gestützt auf gesetzliche Erbfolge, Testament, Erbvertrag oder Auflösung des Güterstandes infolge Todes eines Ehegatten, ZBGR 1955 S. 127.

³ Vgl. Art. 58 Abs. 1 der Notariatsverordnung des Kantons Bern vom 26.4.2006 (BSG 169.112).

⁴ Vgl. Art. 58 Abs. 2 der Notariatsverordnung des Kantons Bern vom 26.4.2006 (BSG 169.112).

Sofern im betreffenden Kanton keine zwingende Eröffnung eines Erbvertrags vorgeschrieben ist, können Erbeinsetzungen in demselben nur mit Zustimmung aller übrigen Erben anerkannt werden⁵. Erben, welche die Zustimmung verweigern, müssen vom Vertragserben auf dem Wege der Teilungs- und Erbschaftsklage dazu gezwungen werden. Diese Lösung ist umständlich, kann aber angesichts der heute geltenden gesetzlichen Regelung nicht umgangen werden. Mit andern Worten: Dem Gesuch eines eingesetzten Erben auf Ausstellung eines Erbenscheins, der sich auf einen nicht eröffneten Erbvertrag beruft, kann nur entsprochen werden, wenn sämtliche gesetzlichen Erben dazu schriftlich ihre Zustimmung erteilen oder wenn ein richterliches Urteil vorliegt.

Der eingesetzte Erbe, der sich auf einen Erbvertrag stützt, ist deshalb gleich zu behandeln wie der eingesetzte Erbe, der sich auf eine letztwillige Verfügung beruft⁶.

Die fehlende Eröffnung eines Erbvertrags kann für einen Vertragserben möglicherweise mit Nachteilen verbunden sein. Er hat keine Möglichkeit, einen Erbenschein gemäss Art. 559 ZGB zu erhalten, mit dem er die Grundstücke des Erblassers auf sich übertragen könnte.

Wenn die Erbengemeinschaft viele Personen umfasst, besteht zudem ein praktisches Bedürfnis für ein Eröffnungsverfahren⁷.

Die dargelegten Gründe haben dazu geführt, dass bereits vor über 20 Jahren ein Eröffnungsverfahren hätte eingeführt werden sollen. Im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens des EJPD vom April 1993 (Frist: 31. Oktober 1993) für eine Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Stiftungsrecht und Eröffnung von Ehe- und Erbverträgen) wurde im Vorentwurf eine zwingende Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen, somit auch von Erbverträgen, vorgesehen⁸.

Der dort vorgesehene Vorschlag für eine Änderung von Art. 556 Abs. 1 ZGB ist zu unterstützen und wird hiermit vorgeschlagen.

⁵ Vgl. VITO PICENONI, Die Behandlung der Grundbuchgeschäfte im Erbgang, ZBGR 1972 S. 133; FRITZ SCHNEITER, Ist die bernische Praxis der Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen revisionsbedürftig?, Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, MBVR 1956 S. 129.

⁶ Vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich an die Notariate betreffend die Ausstellung von Erbescheinigungen vom 9.9.1970, ZBGR 1971 S. 54.

⁷ Vgl. VITO PICENONI, Der Erbvertrag in Theorie und Praxis, ZBGR 1967 S. 264.

⁸ Das Stiftungsrecht ist am 1. Januar 2006 in Kraft getreten. Die Bestimmungen über die Eröffnung von Ehe- und Erbverträgen wurden damals zurückgestellt.

Vorschlag für Art. 556 Abs. 1 ZGB:

«Findet sich beim Tod des Erblassers eine Verfügung von Todes wegen vor, so ist sie der Behörde unverzüglich einzuliefern, und zwar auch dann, wenn sie als ungültig erachtet wird.»

Damit ist durch den Oberbegriff «Verfügung von Todes wegen» sichergestellt, dass sowohl letztwillige Verfügungen (Testamente) wie auch Erbverträge zwingend zu eröffnen sind.

II. Art. 559 Abs. 1 ZGB Vorentwurf (Erbenschein)

Es ist zu begrüßen, dass auch zu Gunsten der gesetzlichen Erben eine Erbenbescheinigung (besser: Erbenschein) ausgestellt werden kann, was sich in der Praxis bereits eingebürgert hat⁹.

Die Formulierung «**als Erben anerkannt**» hat sich in der Rechtspraxis und insbesondere auch in der Grundbuchpraxis (vgl. dazu die Bestimmung von Art. 65 Abs. 1 lit. a GBV) bewährt. Die Erben gelten dann als anerkannt, wenn sie die Erbschaft nicht ausgeschlagen haben und wenn kein Einspruch gegen ein Testament oder gegen einen Erbvertrag erhoben worden ist¹⁰. **Ich schlage vor**, diesen festen Begriff beizubehalten (mit Anpassung des französischen Textes).

Zudem könnte der Ausdruck «Erbenbescheinigung» durch den etwas kürzeren und prägnanteren Begriff «**Erbenschein**» ersetzt werden. Ebenso könnten die einzelnen Klagen global zusammengefasst werden.

Kurz: Die bisherige Formulierung könnte meines Erachtens hinsichtlich der anerkannten Erben beibehalten werden, unter gleichzeitiger Anpassung an die neuen Erkenntnisse.

Mein Vorschlag zur Änderung des Absatz 2 von Art. 559 ZGB:

«Nach Ablauf eines Monats seit der Mitteilung an die Beteiligten können die eingesetzten Erben, deren Berechtigung die gesetzlichen Erben oder die aus einer früheren Verfügung Bedachten nicht ausdrücklich bestritten haben, und die gesetzlichen Erben von der Behörde einen Erbenschein verlangen, wonach sie unter Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen als Erben anerkannt sind.»

⁹ Vgl. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/2, Basel 2015, S. 60; PETER TUOR/VITO PICENONI, Berner Kommentar, Noten 14 f. zu Art. 559 ZGB; ARNOLD ESCHER, Zürcher - Kommentar, Noten 17 ff. zu Art. 559 ZGB; EDUARD SOMMER, Die Erbbescheinigung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1941, S. 17 und 24; HANS-PETER FRIEDRICH, Grundbuch und eheliches Güterrecht, ZBGR 1954 S. 267; HANS MERZ, Die Übertragung des Grundeigentums gestützt auf gesetzliche Erbfolge, Testament, Erbvertrag oder Auflösung des Güterstandes infolge Todes eines Ehegatten, ZBGR 1955 S. 122; FRANZ JENNY, Gesamteigentum und Grundbuch, ZBGR 1959 S. 204 f.; VITO PICENONI, Die Behandlung der Grundbuchgeschäfte im Erbgang, ZBGR 1972 S. 131; ARMAND GONVERS-SALLAZ, Le registre foncier suisse, Commentaire de l'ordonnance fédérale du 22 février 1910 sur le registre foncier, Lausanne 1938, Note 7 zu Art. 18 GBV.

¹⁰ Vgl. HEINZ HAUSHEER/ROLAND PFÄFFLI, Zur Bedeutung des Anwachsungsprinzip bei der einfachen Gesellschaft und bei der Gütergemeinschaft im Todesfall; zur Tragweite von BGE 119 II 119 ff. für die Grundbuchführung, ZBJV 1994 S. 39.

III. Art. 184a ZGB (Vorschlag) – Eröffnung von Eheverträgen

Da zwischen dem Güterrecht und dem Erbrecht ein Sachzusammenhang besteht, rechtfertigt es sich, dass in gewissen Fällen auch Eheverträge zu eröffnen sind. Dies gilt umso mehr als im gegenwärtigen Vorentwurf in Art. 494 Abs. 4 ZGB festgehalten wird, dass die ehevertragliche Vorschlagszuteilung wie ein Erbvertrag behandelt wird.

Im seinerzeitigen Vernehmlassungsverfahren des EJPD vom April 1993 (Frist: 31. Oktober 1993) für eine Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Stiftungsrecht und Eröffnung von Ehe- und Erbverträgen) wurde deshalb ausdrücklich vorgesehen, dass auch Eheverträge eröffnet werden müssen, soweit sie für die güterrechtliche Auseinandersetzung massgebend sind. Dies ist beispielsweise bei einer Gesamtgutszuweisung gemäss Art. 241 Abs. 2 ZGB der Fall.

Eine Bestimmung gemäss Art. 184a ZGB wurde damals im Vorentwurf mit folgendem Inhalt aufgenommen¹¹:

«Beim Tode eines Ehegatten finden die Bestimmungen über die Einlieferung und die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen sinngemäss Anwendung; der Ehevertrag wird eröffnet, soweit er für die güterrechtliche Auseinandersetzung massgebend ist.»

Diese Bestimmung verdient besondere Beachtung und ich **schlage vor**, diese in den Gesetzesentwurf aufzunehmen.

¹¹ Das Stiftungsrecht ist am 1. Januar 2006 in Kraft getreten. Die Bestimmungen über die Eröffnung von Ehe- und Erbverträgen wurden damals zurückgestellt.

IV. Art. 499, 501, 502, 503, 512 ZGB (Vorschlag) – Mitwirkung von Zeugen

Es stellt sich die Frage, ob es in der heutigen Zeit noch sinnvoll ist, bei der öffentlichen Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen (Testament und Erbvertrag) zwei Zeugen beizuziehen.

Die Zeugen bestätigen die Anerkennungserklärung des Erblassers bzw. (beim Erbvertrag) der Vertragschliessenden und erklären, gestützt auf die eigene Beobachtung, dass sich der Erblasser bzw. (beim Erbvertrag) die Vertragschliessenden im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden habe(n)¹².

Meines Erachtens genügt die öffentliche Beurkundung durch die Urkundsperson. Erfahrungsgemäss können sich die Zeugen in späteren Prozessen (oft nach vielen Jahren) kaum noch genau an das Verfahren erinnern (oft geht es nicht um die Verfügungsfähigkeit des Erblassers, sondern um die Einhaltung der zum Teil ziemlich komplizierten Verfahrensvorschriften bei der Beurkundung).

Als Hinweis ist anzufügen, dass es viele andere Rechtsgeschäfte gibt – welche der öffentlichen Beurkundung unterliegen und eine weitaus grössere Bedeutung als Verfügungen von Todes wegen haben – die einzig von der Urkundsperson (somit ohne Zeugen) abgeschlossen werden können. Man denke an die Vermögensübertragungen im Fusionsgesetz oder bei einem blossen Grundstückkaufvertrag, wo der Kaufpreis sehr hohe Summe betragen kann. Die Urkundsperson bietet Gewähr, dass ein Vertrag richtig beurkundet worden ist; zudem ist die Urkundsperson für die Identität und Handlungsfähigkeit der Vertragsparteien verantwortlich.

Ich **schlage vor**, die Bestimmungen über den Beizug von Zeugen dahin zu überprüfen, dass inskünftig auf den Beizug von Zeugen zu verzichten ist.

* * * * *

Ich danke Ihnen für Ihre geschätzte Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Roland Pfäffli

Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli

(7186.5.doc)

¹² Vgl. ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, Noten 6 und 7 zu Art. 501 ZGB.

Mit E-Mail an

Herrn Alexandre Brodard

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Frau Bundesrätin

Simonetta Sommaruga

Eidg. Polizei- und

Justizdepartement

Bern, 5. Juli 2016

Stellungnahme zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

PINK CROSS bedankt sich für die Einladung zur Stellungnahme zu den Bestimmungen zum Erbrecht im Zivilgesetzbuch und bittet die verspätete Eingabe zu entschuldigen.

Im Grundsatz

PINK CROSS ist mit den Grundsätzen der Revision des Erbrechts einverstanden und begrüsst dabei insbesondere die Anpassung der Pflichtteile und dessen Aufhebung für die Eltern, die Einführung eines Unterhaltsvermögens, die Klärung der Frage der Ansprüche aus den Sozialversicherungen, die somit nicht in die Erbmasse fallen, sowie die Berücksichtigung eines audiovisuellen Nottestaments.

Im Besonderen

Die neue Regelung zum Unterhaltsvermögen setzt voraus, dass die Lebensgemeinschaft zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers bestand und dass das Gericht es auf Klage hin anordnet. Dabei werden weder vergangene und/oder nicht oder nicht mehr in einer Wohngemeinschaft bestehende Lebensgemeinschaften berücksichtigt. Gleichzeitig ist dieses Vermögen zusätzlich „an [das Erbringen] erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers“ gebunden.

Einerseits ist zu berücksichtigen, dass viele heutige, nicht gesetzlich geregelte Partnerschaften, ob gleichgeschlechtlich oder gegengeschlechtlich, nicht zwangsläufig in einer Wohngemeinschaft münden, was wohl für das Bestehen einer faktischen Lebensgemeinschaft vorausgesetzt werden würde. Andererseits ist auch nicht berücksichtigt, dass solche Lebensgemeinschaften, sei es in oder ausserhalb einer Wohngemeinschaft, je nach den gerade herrschenden Umständen in wechselseitigen Unterstützungen bestehen können, die erst erlauben, diese Lebensgemeinschaften aufrechtzuerhalten. Ausserdem wird verankert, dass die „Ausrichtung für die Erben namentlich aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe der Erbschaft zumutbar sein muss, was den Erben eine vorrangige Berücksichtigung ihrer Interessen einräumt. Zudem ist das Verfahren mit aufwändigen Verfahren verbunden und durch erhebliche Hürden erschwert, die für eventuell weniger rechtskundige Personen schwer zu überwinden sind.

Diese Argumente sollten in einem neuen Artikel 484a ebenfalls berücksichtigt werden, weshalb wir im vorgeschlagenen Text für den neuen Artikel 484a die nachstehenden Änderungen beantragen.

Vorschlag zu Artikel 484a (Änderungen ge- und unterstrichen)

1 Der Erblasser kann testamentarisch bestimmen oder das Gericht kann anordnen, dass einer Person zulasten der Erbschaft ein Unterhaltsvermögen ausgerichtet wird, um ihr damit einen angemessenen Lebensunterhalt zu ermöglichen, wenn sie

1. mit dem Erblasser seit mindestens drei Jahren oder im Verlauf ihres Lebens während mindestens drei Jahren eine Ehe, eine eingetragene Partnerschaft oder eine faktische Lebensgemeinschaft unabhängig von einer Wohngemeinschaft geführt hat und erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat oder ihre Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktischen Lebensgemeinschaft auf wechselseitiger Unterstützung beruhte;

2. während Ihrer Minderjährigkeit mindestens drei-fünf Jahre mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat und vom Erblasser finanzielle Unterstützung erhalten hat, die dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre.

2 Die Ausrichtung des Vermächtnisses muss mit dem den Erben zustehenden Anteil in einem angemessenen Verhältnis stehen, namentlich aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe der Erbschaft zumutbar sein.

3 Das Vermächtnis wird vom Erblasser bestimmt oder vom Gericht angeordnet oder vom Gericht auf Klage hin festgesetzt. Beim Willensvollstrecker ist der Anspruch oder die Klage vor Gericht innerhalb einer Verwirkungsfrist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt einzureichen, in dem der Anspruchsberechtigte oder der Kläger vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat.

Für die Berücksichtigung der Anliegen von PINK CROSS danken wir Ihnen im Voraus bestens.

Mit freundlichen Grüßen



Bastian Baumann
Geschäftsleiter PINK CROSS

alexandre.brodard@bi.admin.ch

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Herr Alexandre Brodard
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Bundeshaus West
3003 Bern

Berne, le 14 juin 2016

Concerne : Révision du Code civil (droit des successions)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous remercions l'office fédéral de la justice de nous avoir soumis l'avant-projet de révision mentionné ci-dessus. La thématique de l'héritage touche à plus d'un titre la famille et comprend un élément émotionnel non négligeable. Cependant, toute modification doit reposer sur des éléments rationnels qui doivent servir d'explication aux modifications envisagées.

Comme le mentionnait Eugen Huber en 1900 et dont les propos sont repris par les auteurs de l'avant-projet, les objectifs du droit des successions sont : « *la sauvegarde de la paix intergénérationnelle, la préservation par-delà la mort du patrimoine constitué par le défunt et la distribution juste et économiquement raisonnable des biens laissés par ce dernier en fonction de ces plans.* » (Avant-projet, p. 5).

Nous retiendrons principalement de ces propos les notions de sauvegarde de la paix, de préservation et distribution juste et raisonnable du patrimoine. Ces qualificatifs reposent tous sur des critères de raison et non d'émotion. Le législateur de l'époque avait estimé que pour y satisfaire, il était plus prudent de les ancrer dans une loi en mentionnant que certaines personnes bénéficiaient de réserves légales auxquelles il n'était pas possible de déroger. Cela signifiait aussi que la liberté de l'individu de disposer de ces biens en cas de décès était limitée.

L'avant-projet actuel met en avant un changement de société en indiquant que « *le mariage a perdu sa position de monopole dans les relations de couple et de famille. De nombreuses communautés de vie se forment en dehors du mariage, avec ou sans enfant. Sur le plan successoral, cette évolution signifie que de plus en plus d'unions de fait se nouent sans être reconnues (suffisamment par la loi et notamment sans qu'il se crée un statut de parenté qui fonderait un droit en matière de succession...L'objectif majeur de la présente révision sera donc de combler de nouveau le fossé qui s'est creusé et de concilier la loi et les nouvelles réalités sociales* » (avant-projet, p. 4-5).

La proposition générale qui est ainsi faite dans l'avant-projet est d'une manière générale de donner plus de liberté à l'individu de disposer de ces biens. Pour ce faire, les principales mesures mentionnées dans l'avant-projet sont de diminuer la part des réserves légales, soit par une diminution du montant attribué aux descendants ainsi qu'au conjoint et partenaire enregistré soit en limitant le nombre de bénéficiaires (les père et mère de la personne décédée ne bénéficieront plus de l'héritage).

Le constat que de nombreuses communautés se forment en dehors du mariage ou du partenariat enregistré sans être reconnues (et qui est à la base des changements proposés dans l'avant-projet) doit cependant être largement tempéré.

Le rapport de l'office fédéral de la statistique de 2016 relatif aux relations de couple (OFS, les relations de couple Enquête sur les familles et les générations 2013, Neuchâtel 2016) indique dans sa conclusion *«La majorité des Suisses vivent en couple, et le mariage reste de loin le type de relation le plus répandu»* (op. cit, p. 8) . *« ...la part des hommes et des femmes qui vivent longtemps ensemble sans officialiser leur union est relativement faible... »* (op. cit., p. 9).

Dès lors, selon nous la question qui se pose n'est pas tant d'adapter les normes juridiques à la réalité actuelle qui, nous en convenons, a vu apparaître, de nouvelles formes de vie familiale qu'il s'agit de prendre en compte mais bien plus de savoir dans quelle mesure une personne bénéficie-t-elle de la liberté de disposer de son héritage (libre décision du de cujus). A l'inverse de cette notion de liberté, la notion de réserve légale repose sur le principe qu'il existe, au sein d'une famille, un droit naturel à l'héritage.

Une autre tendance évoquée par le rapport se dessine tant en Suisse que dans le reste de l'Europe est celle de l'amélioration du statut du conjoint survivant (Avant-projet, p. 9). *« A l'intérieur de la communauté familiale, c'est aujourd'hui la relation de couple qui est au premier plan »* (Avant-projet, p. 10). *« De plus, il s'agit aussi d'assurer la sécurité financière du conjoint ou du partenaire enregistré survivant à l'âge de la retraite »* (Avant-projet, p. 10).

Dès lors, nous avons de la peine à comprendre pourquoi, le nouvel article 471 al. 2 CC prévoit une diminution de ce montant. Dans le même sens, nous ne pouvons pas soutenir une phrase du rapport qui mentionne que *« transmettre les biens familiaux à sa postérité n'est plus aussi important qu'autrefois, en raison des progrès économiques de ces dernières années, hormis dans les entreprises familiales »* (p. 10 du rapport).

Cependant, nous rejoignons l'auteur de l'avant-projet lorsqu'il indique que les descendants n'ont souvent pas de difficultés financières au moment où ils héritent puisqu'ils se trouvent dans un âge de la vie où ils ont une activité lucrative leur garantissant un revenu régulier. Nous pensons ainsi que plusieurs personnes souhaiteraient pouvoir léguer une part de la réserve légale destinée à leurs enfants à leurs petits-enfants maintenant ainsi le lien intergénérationnel mentionné dans la définition d'Eugen Huber.

Nous pensons dès lors que l'avant-projet va dans une bonne direction dans la mesure où il accorde une plus grande latitude au de cujus, qui dispose alors d'une plus grande quotité disponible.

Cependant, nous estimons que la réduction des réserves ne peut se faire au détriment du conjoint ou du partenaire enregistré survivant pour les raisons que nous avons évoquées ci-dessus et parce que les nouvelles formes de vie mentionnées dans ce rapport constituent en pourcentage une minorité de cas. Le droit ne peut avoir comme prétention de se substituer à une situation encore minoritaire et de définir une règle générale qui ne concernerait pas la majorité des cas (voir à ce propos la statistique de l'OFS mentionnée ci-dessus).

En revanche, si l'on augmente la quotité disponible en modifiant le nouvel art. 471 al.1 (passage de $\frac{3}{4}$ à $\frac{1}{2}$ du droit de succession pour les descendants) et que l'on supprime la réserve légale affectée aux père et mère, le de cujus aura toute latitude pour prévoir ce type de situation, soit léguer une partie de sa fortune à la personne avec laquelle il vit ou/et aux enfants de celle-ci ou encore à d'autres personnes de son choix. Cette manière de faire donne plus de liberté au de cujus mais permet de ne pas prêter le conjoint ou le partenaire enregistré survivant.

Au niveau des articles de l'avant-projet

Art. 471 CC : nous sommes favorables à maintenir les droits du conjoint ou du partenaire enregistré à une demi du droit de succession pour les raisons évoquées ci-dessus.

Art. 476 CC

Le 2^e pilier et l'assurance sur la vie ont tous les deux pour but de favoriser la prévoyance. Il nous dès lors paraît erroné de les traiter différemment, soit d'exclure le 2^e pilier de la succession et d'ajouter l'assurance-vie dans les biens existants à répartir pour la succession. La volonté des auteurs de l'avant-projet est de donner plus de liberté au de cujus. Le fait de souscrire une assurance-vie et d'y prévoir un bénéficiaire va exactement dans ce sens. Il serait dès lors illogique de les réintégrer dans la succession et les soustraire à la quotité disponible dont peut bénéficier le disposant. Dès lors, nous pensons qu'il s'agit de les exclure de la succession ou tout au moins de les intégrer que pour leur valeur de rachat calculée au moment de la mort comme le prévoit la réglementation actuelle.

Art. 484a CC

al. 1 chiffre 1: ...qui a fourni une contribution importante dans l'intérêt de ce dernier ou/et des enfants.

La contribution importante peut avoir été effectuée dans l'intérêt du défunt ou/et des enfants de celui-ci. Ainsi si une personne a réduit son activité professionnelle pour s'occuper des enfants du conjoint, elle doit être traitée de la même manière que si elle s'est occupée du défunt.

Al. 1, chiffre 2 : supprimer « alors qu'elle était mineure »

Il se peut très bien que la personne soit majeure et continue d'étudier ou soit mineure et dans l'espace de 5 ans devienne majeure. Elle a dès lors besoin du même soutien financier que si elle était mineure. C'est la raison pour laquelle, les allocations familiales sont versées jusqu'à 25 ans révolus pour les personnes en formation.

Al.2

A notre avis, le legs d'entretien est dû quelles que soient la situation financière des héritiers et la valeur de la succession. Selon nous, s'il existe un devoir d'entretien du conjoint ou des enfants du cujus, un legs d'entretien doit être versé à ces personnes comme cela était le cas avant que ne survienne le décès. Cette condition doit, à notre avis, primer sur d'autres du fait que les bénéficiaires pourraient se retrouver dans une situation financière difficile si elles ne bénéficiaient plus de cette aide financière.

Al. 3 : il est ordonné par le juge.

Nous pensons qu'il appartient au juge de prendre cette décision et non à l'intéressé d'en faire la demande car il est souvent désemparé devant ce genre de situation.

Art. 506 al. 1 CC

Nous ne comprenons pas la formulation en langue française. En outre, la question se pose si les exemples sont exhaustifs ou non. Si tel n'est pas le cas, il serait important soit de préciser le principe général qui s'applique.

Nous restons pour tout complément d'information à votre entière disposition et espérons que nos remarques puissent être prises en considération.

Nous vous transmettons, Madame la Conseillère fédérale, nos salutations les meilleures.

PRO FAMILIA SUISSE



Laurent Wehrli
Président, Conseiller national



Dr. Philippe Gnaegi
Directeur

Zürich, im Juni 2016

Pro Single Schweiz – Wiedingstr. 78 8045 Zürich

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Vorsteherin des
Eidgenössischen Justiz- und
Polizeidepartementes EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

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

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) Stellungnahme zum Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir erlauben uns, an der am 4. März 2016 eröffneten Vernehmlassung zur Änderung des Erbrechts teilzunehmen und Ihnen unsere Stellungnahme zu einzelnen Punkten zukommen zu lassen:

Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile

Wir befürworten die Absicht, den Handlungsspielraum für den Erblasser oder die Erblasserin zu vergrössern und damit die Pflichtteile zu senken. Somit liegt es im Ermessen des Erblassers beziehungsweise der Erblasserin, inwieweit unverheiratete Partnerinnen und Partner sowie Stiefkinder testamentarisch berücksichtigt werden sollen.

Erbschleicherei eindämmen

Im Zusammenhang mit der Senkung der Pflichtteile ist es besonders wichtig, die Erbschleicherei einzudämmen, wie dies im Vorentwurf und erläuternden Bericht festgehalten ist.

Anspruch auf ein sogenanntes Unterhaltsvermächtnis

Für faktische Lebenspartner und -partnerinnen soll gemäss Vorentwurf ein Anspruch auf ein sogenanntes Unterhaltsvermächtnis geschaffen werden, sofern diese erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers oder der Erblasserin erbracht haben. Pro Single Schweiz fordert, diesen Anspruch auf den engen Freundeskreis, das heisst auf die soziale Familie auszuweiten. Begründung: Die soziale Familie ergänzt oder ersetzt die biologische Familie. Vor allem alleinstehende Personen ohne Kinder organisieren sich oft ausserhalb der biologischen Familie und sind auf Hilfe aus der sozialen Familie angewiesen. Der Wert dieser Leistungen ist jenen der faktischen Lebenspartnerinnen und -partner gleichzustellen, auch wenn keine Wohngemeinschaft besteht.

Ersparnisse der 2. Säule und Säule 3a

Gemäss Vorentwurf sollen die 2. Säule und die Säule 3a (berufliche und gebundene private Vorsorge) ausdrücklich vom Nachlassvermögen ausgenommen werden. Pro Single Schweiz fordert, bei der 2. Säule, dass unverheiratete und kinderlose Personen bei ihrem Ableben Personen aus ihrer sozialen Familie begünstigen dürfen. Das heutige System ist einseitig auf Paare ausgelegt, egal ob diese verheiratet sind oder nicht. Im Sinne der Gleichstellung müssen Alleinstehende ebenfalls die Möglichkeit haben, ihr angespartes Vermögen ihren engsten Freunden weiterzugeben. Bei der 3. Säule handelt es sich um privat angespartes Vermögen, über welches der Erblasser oder die Erblasserin selbst bestimmen sollen.

Bundesrechtliche Vereinheitlichung des Erbschaftssteuerrechts

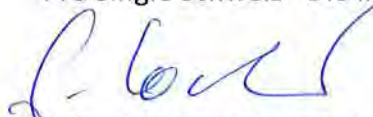
Im erläuternden Bericht wurde festgehalten, dass schliesslich auch die Diskussion um die bundesrechtliche Vereinheitlichung des Erbschaftssteuerrechts kurz aufgenommen werden soll. In diesem Zusammenhang verweisen wir auf die Volksabstimmung vom 14. Juni 2015 über die Erbschaftssteuerreform (<Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV>). Pro Single Schweiz hatte sich klar für die Annahme dieser Reform eingesetzt, weil bei einer Annahme der Initiative alleinstehende Personen ohne Kinder den anderen Steuerberechtigten gleichgestellt worden wären. Das ist nicht der Fall. Die Hinterlassenschaft von kinderlosen Unverheirateten wird massiv besteuert.

Wenn im Zuge der Modernisierung des Erbrechts über Steuerbegünstigungen, zum Beispiel für faktische Lebenspartnerinnen und -partner, verhandelt wird, muss diese Diskussion zwingend in einem grösseren Rahmen stattfinden. Erbschaften innerhalb der sozialen Familie dürfen nicht stärker besteuert werden als jene innerhalb der faktischen Lebenspartnerschaften.

Wir danken Ihnen im Voraus, dass Sie unsere Stellungnahme in das Vernehmlassungsverfahren aufnehmen.

Freundliche Grüsse

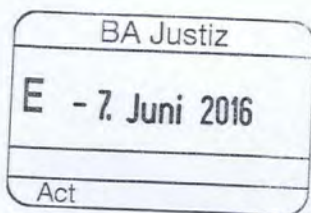
Pro Single Schweiz - Die Interessengemeinschaft der Alleinstehenden



Sylvia Locher, Präsidentin



Doris Pauletto, Ressort Finanzen



Département fédéral de justice et police
M. Alexandre Brodard
Bundesrain 20
3003 Berne

Paudex, le 6 juin 2016
NCO/sv

Procédure de consultation – Avant-projet de modification du Code civil (droit des successions)

Monsieur,

Nous nous référons à la procédure de consultation citée en titre, qui a retenu toute notre attention. Bien que nous n'ayons pas directement été consultés, nous nous permettons tout de même de vous faire part de nos déterminations.

Nous nous bornerons cependant à nous déterminer sur les aspects de l'avant-projet qui concernent directement la problématique de la transmission d'entreprises, qui est au cœur de nos préoccupations.

En effet, notre organisation, neutre et indépendante, a pour vocation d'être une plateforme de sensibilisation et d'information à la transmission d'entreprises. Elle collabore donc étroitement avec divers acteurs du marché de la transmission, mais principalement directement avec des PME romandes.

Une étude du Crédit Suisse (datant de 2013) annonce 14'000 entreprises à transmettre chaque année en Suisse, ce qui correspond à 93'000 emplois. Nous tenons ainsi à relever l'importance de l'enjeu économique que représente la transmission d'entreprise pour notre pays.

De manière générale, nous soutenons l'avant-projet de modification du Code civil qui vise – notamment – à faciliter la transmission d'entreprises.

Nous souhaitons saluer en particulier les éléments suivants, qu'il nous paraît absolument essentiel de conserver dans le projet de loi définitif :

- Modification des réserves afin de permettre au *de cujus* de disposer librement d'une plus grande part de ses biens, en supprimant la réserve des parents, d'une part, en diminuant celle des descendants et du conjoint survivant à respectivement la moitié et un quart, d'autre part. Les parts légales n'étant, en revanche, pas touchées :
- Modification relative à la réserve du conjoint.

S'agissant d'une attribution supplémentaire au conjoint survivant par contrat de mariage (Réserves) :

Selon le rapport explicatif, la réduction des réserves aurait, si ce n'est pour objectif, à tout le moins pour conséquence d'avoir une influence bénéfique sur la transmission d'entreprises, en évitant que celle-ci ne soient morcelées.

Il s'agit là d'un argument auquel nous sommes sensibles et auquel nous adhérons. En l'état, il est certes difficile d'étayer cet argument par des résultats (chiffres) concrets. Mais il s'agit là d'une étape certainement importante afin d'empêcher le morcellement de l'entreprise, en particulier lorsque celle-ci représente l'essentiel des biens du défunt. Il est à relever que dans une telle hypothèse, outre que la quotité disponible pourrait rester insuffisante, les difficultés pourraient déjà se présenter au stade la liquidation du régime matrimonial si l'exploitation fait partie des acquêts et non des biens propres. A ces éléments peuvent encore s'ajouter des obstacles de nature fiscale, en particulier si l'entreprise est attribuée à un héritier qui ne bénéficie pas d'un régime de faveur en matière d'impôt sur les successions.

Autrement dit, une augmentation de la quotité disponible sera propre à faciliter, dans certains cas, la transmission d'entreprises. La réussite d'une telle opération dépendant également tout autant des mesures de planification que le *de cujus* aura prises de son vivant (notamment par contrat de mariage ou pacte successoral).

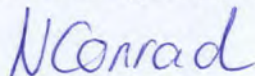
Conclusions

Compte tenu de ce qui précède, nous approuvons la suppression de la réserve des parents, la diminution de celle du conjoint survivant, ainsi que la perte de la qualité de réservataire de ce dernier lorsqu'une procédure de divorce est en cours, dans les deux hypothèses visées par le projet.

Nous approuvons également la suppression de la diminution de la réserve des descendants.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur, à l'expression de notre parfaite considération.

Relève PME
Secrétaire générale



Nicole Conrad

Von: Simon Ryser <si.ryser@bluewin.ch>
An: Brodard Alexandre BJ <alexandre.brodard@bj.admin.ch>
Gesendet am: 16.06.2016 13:42:09
Betreff: STN Ryser Simon 16.06.2016 Erbrecht

Guten Tag

Per Zufall habe ich erfahren, dass das EJPD gegenwärtig einen Vorentwurf betr. Änderung des Erbrechts (ZGB) in die Vernehmlassung geschickt hat. In diesem Zusammenhang habe ich ein Anliegen, das ich im Anhang umschrieben habe.

Mit freundlichen Grüßen

Simon Ryser
Zieglerstr. 43a
3007 Bern

P.S. Zu meiner Person: Ich bin seit Geburt behindert (Cerebrale Parese) und könnte kein Testament bzw, Vorsorgevertrag von Hand schreiben.

Eigenhändiges Testament/Vorsorgesuftrag

Ausgangspunkt

Das EJPD hat einen Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) in die Vernehmlassung geschickt. Im Zentrum dieser Gesetzesänderung soll die Flexibilisierung des Erbrechts sein, namentlich des Pflichtteilsrechts, dessen Anpassung an die aktuellen gesellschaftlichen, familiären und demografischen Lebensrealitäten. Ausserdem schlägt das Departement die Einführung einer mündlichen und audiovisuellen Verfügung vor (Art. 506 VE ZGB). Diese soll die heutige Vorschrift über das Nottestament ersetzen, welchem in der Praxis nur eine geringe Bedeutung zukommt. Nach Ansicht des EJPD scheint es auch heute noch gerechtfertigt, Personen in ausserordentlichen Umständen die Möglichkeit zu bieten, ihren letzten Willen gültig zu erklären. Hingegen sieht der vorliegende Vorentwurf keine Änderung der Formvorschriften des eigenhändigen Testaments (Art. 504 ZGB) vor.

Diese Vorschrift sowie 361 Abs. 1 ZGB sehen vor, dass eine eigenhändige letztwillige Verfügung oder ein Vorsorgauftrag von Anfang bis zu Ende mit Einschluss der Angabe von Jahr, Monat und Tag der Errichtung von Hand niederzuschreiben sowie mit Unterschrift zu versehen ist, was sich für Menschen mit Behinderungen, die keinen langen Text von Hand schreiben können, diskriminierend auswirkt. Diese Menschen sind gezwungen, ihren letzten Willen oder den Vorsorgeauftrag öffentlich beurkunden zu lassen, was für sie mit zusätzlichen Kosten verbunden ist.

Es fragt sich, ob im Rahmen dieser Teiländerungen des Erbrechts die Formvorschriften über das eigenhändige Testament bzw. den Vorsorgeauftrag überprüft werden könnte.

Das eigenhändige Testament

Der klare Wortlaut von Art. 504 Abs. 1 ZGB, wonach die eigenhändige letztwillige Verfügung vom Erblasser von Anfang bis zu Ende mit Einschluss der Angabe von Jahr, Monat und Tag der Errichtung von Hand niederzuschreiben sowie mit seiner Unterschrift zu versehen ist, lässt

nach Ansicht des BGer keinen Spielraum zu (vgl. (BGer 5A_131/2015, vom 26.5.2015, E. 4, **BGE 131 III 601** E. 3.1 S. 603 f.). Demnach ist Maschinenschrift ausgeschlossen (Escher, Zürcher Kommentar, N. 10 zu Art. 505 ZGB; WEIMAR, Berner Kommentar, N. 12 zu Art. 505 ZGB; PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, S. 234 oben). "Eigenhändig" und "niederschreiben" im Sinn dieser Norm bedeute nämlich, dass der Erblasser das Schreibgerät selber führt und ein Schriftbild entsteht (vgl. BREITSCHMID, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 505 ZGB). Das Selbst-Schreiben soll den Testierwillen unterstreichen (BREITSCHMID, a.a.O., N. 2 zu Art. 505 ZGB; LENZ, Praxiskommentar Erbrecht, N. 4 zu Art. 505 ZGB). Nach Ansicht des BGer kann ein eigenhändig geschriebener Text dem Erblasser weniger gut untergeschoben werden als ein vorgedrucktes Dokument, welches zur Unterschrift hingehalten wird. Sodann gehe es auch darum, die Authentizität des Testaments zu garantieren (**BGE 98 II 73** E. 3 S. 79; WEIMAR, a.a.O., N. 5 zu Art. 505 ZGB); im Streitfall sind eigenhändig verfasste Texte einer kriminaltechnischen Schriftfachanalyse besser zugänglich als maschinengeschriebene und bloss handschriftlich unterzeichnete (BREITSCHMID, a.a.O., N. 2 zu Art. 505 ZGB).

Angeichts des unmissverständlichen Wortlautes von Art. 505 Abs 1 ZGB, der ständigen Rechtsprechung und der ohne abweichende Meinungen bestehenden Lehre, müsste eine allfällige Änderung dieser Formvorschrift durch den Gesetzgeber erfolgen.

Es gibt heute gute Gründe, die Eigenhändigkeit auch dann zu bejahen, wenn der Erblasser das Testament statt mit dem Füllfeder oder Kugelschreiber eigenhändig mit dem Computer schreibt. Dass hier ein technischer Wandel stattgefunden hat, konnte der Gesetzgeber 1907 nicht voraussehen. Auch im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs 2 BV ist diese Gesetzgebung zu überprüfen, zumal Menschen mit gewissen Behinderungen (Sehbehinderung, Cerebrale Parese, Athetose, die sich auf die oberen Extremitäten auswirkt usw.) nicht in der Lage sind einen längeren Text nicht von Hand schreiben können. An solche Menschen hat der Gesetzgeber 1907 gar nicht gedacht, Für die damalige Zeit galten Menschen mit Behinderungen ohnehin armengenössig und brauchten gar kein Testament zu errichten. Heute kommen auch Menschen mit einer Behinderung in die Lage, ein Testament zu errichten. Nach der heutigen Rechtslage sind solche Menschen gezwungen, ihren letzten Willen öffentlich beurkunden zu lassen was für sie mit zusätzlichen Kosten verbunden ist.

Vorsorgevertrag

Im Zusammenhang mit dem neuen Kindes-und Erwachsenenschutzrecht hat der Gesetzgeber aber am 19. Dezember 2008 im in Art. 361 Abs. 1 ZGB beschlossen, dass auch der Vorsorgeauftrag eigenhändig errichten oder öffentlich zu beurkunden ist. Einen solchen Auftrag können nur handlungsfähige Personen errichten. Trotzdem hat der Bundesrat In seiner Botschaft vom 28. Juni 2006 der Bundesrat vorgeschlagen, dass der eigenhändige Vorsorgeauftrag entsprechend Artikel 505 Absatz 1 ZGB von der Auftrag gebenden Person von Anfang bis Ende von Hand geschrieben, datiert und unterzeichnet werden muss (Abs. 2). Ein auf der Maschine oder mittels Computergeschriebener oder einer anderen Person diktiert Vorsorgeauftrag wäre ungültig. Seines Erachtens sollte mit dieser Lösung vermieden werden, dass insbesondere betagte Personen ein von Dritten verfasstes Papier einfach unterschreiben, ohne sich über dessen Inhalt (vgl. Bbl. 2006, 7026). Dieser Ansicht haben sich sowohl der Stände- als auch der Nationalrat angeschlossen, als den Wortlaut von Art. 361 Abs. 1 ZGB stillschweigend genehmigt haben.

Ich gehe davon aus, dass das BGer beim Vorsorgeauftrag analog entscheiden würde wie bei Art. 505 Abs. 1 ZGB. Deshalb wäre diese Formvorschrift gleichzeitig zu überprüfen.

Mein Vorschlag

M. E. stellt sich die Frage, ob im Zusammenhang mit der vom EPJD anvisierten Teiländerung des ZGB (Erbrecht) die Formvorschriften über die letztwillige Verfügung bzw. Vorsorgeauftrag unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 Abs. 2 BV zu überprüfen wären. Art. 505 Abs. 1 und Art 361 Abs. 1 ZGB wären so zu ändern, dass eine letztwillige Verfügung vom Erblasser oder ein Vorsorgeauftrag nicht mehr von Anfang bis zu Ende von Hand niederzuschreiben ist, sondern lediglich mit der eigenhändigen Unterschrift versehen sein muss.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Bern, 16. Juni 2016

Stellungnahme zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Die Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (SAGW) befasst sich seit 2007 eingehend mit der Generationenfrage. Nebst vielen anderen Faktoren wirkt sich das Zivilrecht entscheidend auf die Gestaltung der inter- und intragenerationellen Beziehungen aus: Festgelegt werden die sich aus den Statusbeziehungen ergebenden, gegenseitigen Rechte und Pflichten, die von hoher symbolischer wie auch materieller Bedeutung sind. Auch das Erbrecht, Gegenstand dieser Vernehmlassung, ist ein wichtiger Teil der Generationenordnung. Im Kontext der Pluralisierung der Familienformen, welche die Grenzen einer an den Status gebundene zivilrechtliche Regelungen der Generationenbeziehungen aufzeigt, ist eine Anpassung des Erbrechts an die gesellschaftlichen Entwicklungen unseres Erachtens notwendig. Wir begrüssen daher die Initiative des Bundesrates und unterbreiten Ihnen gerne unsere Überlegungen zu den vorgesehenen Änderungen des Zivilgesetzbuches (Erbrecht).

1. Reduktion der Pflichtteilsquoten (Art. 471 VE)

Eine erweiterte Verfügungsfreiheit und daher die Reduktion der Pflichtteile ist an sich begrüssenswert. Jedoch sollte beachtet werden, dass mit der Ausweitung des Spielraumes besonders ältere ErblasserInnen, die ihres Alters wegen möglicherweise an die Grenzen ihrer Testierfähigkeiten stossen, vermehrt von ihrem Umfeld bedrängt werden könnten. Daher schlagen wir vor, den erweiterten Verfügungsrahmen von einem qualifizierten Verfügungsanliegen abhängig zu machen (zum Beispiel für die Gestaltungsoptionen im Rahmen der Unternehmensnachfolge oder die Abgeltung ausserordentlicher Betreuungsleistungen).

2. Unterhaltsvermächtnis und Stellung von nicht-ehelichen PartnerInnen (Art. 484a VE)

Das Unterhaltsvermächtnis bezieht sich in der vorgeschlagenen Form nur auf Konkubinatspaare und schliesst beispielsweise Geschwister oder sonstige eventuelle Lebensgemeinschaften mit Betreuungsleistungen aus – was unseres Erachtens der

Diversität der intra- und intergenerationellen „Care“-Beziehungen nicht Rechnung trägt und daher zu bemängeln ist. Ausserdem ist zu bezweifeln, dass das Unterhaltsvermächtnis eine bessere Lösung ist als eine gesetzliche Rente oder gar ein gesetzlicher Erbanteil (der tiefer angelegt wäre als der gesetzliche Ehegattenerbteil) darstellt, denn was zwingend in einer kurzen Frist eingeklagt werden muss, hat ein enormes Konfliktpotenzial und ist kaum einigungsfördernd.

Bezüglich nicht-ehelichen PartnerInnen halten wir mit Nachdruck fest, dass ihre Stellung im VE weiterhin sehr prekär ist. Diese basiert auf der Annahme, dass alle Nicht-Ehegatten ohne testamentarische oder erbvertragliche Begünstigungslösungen sich bewusst gegen solche Massnahmen entschieden hätten. Diese Vorstellung erscheint angesichts der weit verbreiteten Zurückhaltung gegenüber erbrechtlicher Planung äusserst realitätsfern.

3. Zuwendungen (Art. 626 II VE / S. 64 des Berichts zum VE)

Es sollte angesichts der mit der längeren Lebenserwartung und der damit verbundenen Verflechtung der Biografien darauf geachtet werden, dass die lebzeitigen Vorgänge und das Erbrecht durch ein klares und sauberes System aufeinander abgestimmt werden. So sollte der Ausdruck „im Hinblick auf die Einrichtung im sozialen oder wirtschaftlichen Leben“ genauer geklärt und definiert werden.

4. Fazit

Die drei Punkte zielen nicht auf eine umfassende Beurteilung des VE, doch halten diese die aus der Generationenperspektive wesentlichen Aspekte fest, die aus Sicht der SAGW berücksichtigt werden sollten. Wir rufen den Bundesrat auf, die genannten Regelungen in diesem Sinne zu prüfen – immer mit Rücksicht darauf, dass das einvernehmliche und wirtschaftlich abgesicherte Generationenverhältnis einfache und möglichst konfliktfreie Regelungen erfordert.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse



Jean-Jaques Aubert
Präsident



Markus Zürcher
Generalsekretär

Vernehmlassung zur Motion Gutzwiller 10.3524

von

Name: Elen Sahin

Matrikelnummer: 11-451-978

E-Mail-Adresse: elensahin@stud.unilu.ch

Verfasst im Rahmen der Gastlehrveranstaltung von Prof. Dr. iur. Monique
Jametti im Frühjahrssemester 2016 an der Universität Luzern

In Anbetracht der sich veränderten, mittlerweile vielfältigen Lebensformen, denen das geltende Erbrecht nicht mehr Rechnung tragen kann, begrüsse ich den Gedanken einer Modernisierung des Erbrechts. Vor diesem Hintergrund, möchte der Bundesrat den Auftrag des Parlaments respektive die Motion Gutzwiller mit zwei punktuellen Revisionen umsetzen. Er möchte die sogenannten Pflichtteile senken und ein gesetzliches, vom Willen des Erblassers unabhängiges Unterhaltsvermächtnis einführen. Damit setzt der Bundesrat die Motion Gutzwiller, die eine freiere und flexiblere Testierfreiheit und eine Anpassung der sich stark veränderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten vorsieht, weitgehend um. Des Weiteren findet in der Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit Ehepaaren statt, was bereits vom Nationalrat deutlich abgelehnt wurde. Meines Erachtens ist die Auffassung des Bundesrates überzeugend, auf die Einführung eines gesetzlichen Erbteils oder sogar eines Pflichtteilsanspruchs für faktische Lebenspartner zu verzichten. Dabei ist der Meinung des Bundesrates zu folgen, dass damit vor allem schwierige Abgrenzungsfragen vermieden werden, die aus meiner Sicht dem effektiven Willen der Betroffenen unter Umständen hätten entgegenstehen können. Dem Erblasser soll es demnach weiterhin frei stehen, die zuvor erwähnten Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen. Angesichts dieser Tatsachen, vertrete ich ebenfalls die Meinung, dass es letztendlich die eigene, bewusste Entscheidung eines Paares ist sich gegen die Institution der Ehe und den Ehewirkungen zu entscheiden. Die heutige Gesellschaft soll sich nicht nur bezüglich der positiven Aspekte der Ehe begünstigen können. Ferner bedeutet Ehefreiheit zugleich auch die Freiheit nicht heiraten zu müssen und sich den Ehefolgen eben nicht aussetzen zu müssen. Deshalb trägt man mit der zuvor erläuterten Haltung des Bundesrates, dem Primat des Erblasserwillens deutlich Rechnung. Man übergibt dem Erben also praktisch die volle Verantwortung über sein eigenes Erbe zu verfügen. Nach diesen Ausführungen, muss gleichwohl detaillierter auf die einzelnen Punkte der vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen eingegangen werden.

Der Bundesrat schlägt in seiner Vernehmlassungsvorlage zunächst vor, das Anliegen der Motion Gutzwiller hauptsächlich dadurch umzusetzen, indem man die sogenannten Pflichtteile verkleinert, um die Verfügungsfreiheit des Erblassers zu erhöhen. Dementsprechend kann der Erblasser beispielsweise seine nicht mit ihm verheiratete Lebenspartnerin oder deren Kinder begünstigen. Auch für die Unternehmensnachfolge eröffnen sich unter Umständen zusätzliche interessante Optionen. Gemäss dem Bericht des Bundesrates eröffnet eine solche Regelung dem Erblasser nämlich die Möglichkeit, einen grösseren Teil seines Vermögens einem einzi-

gen Nachkommen zu übertragen. Da ein Grossteil der Schweizer Unternehmungen und insbesondere viele KMU in Familienbesitz sind, ist dies bei der Regelung der Unternehmensnachfolge von eminenter Bedeutung und soll die Zersplitterung von Unternehmen verhindern. Fraglich ist jedoch, ob mit dieser Auffassung des Bundesrates das Gleichheitsprinzip unter den Kindern, welches im schweizerischen Erbrecht sehr hoch gehalten wird, tatsächlich in ausreichendem Masse berücksichtigt wird. Im Zentrum der ursprünglich erwähnten Überlegung steht die Reduktion der Pflichtteilsquoten der Nachkommen mit dem neuen Art. 471 Ziff. 1 ZGB von drei Viertel auf die Hälfte. Hierbei ist abzuwägen, inwieweit die persönliche Entscheidungsfreiheit des Erblassers reichen soll, der Pflichtteil der Nachkommen zugunsten von Lebenspartnern oder deren Kinder reduziert werden soll, und die Pflichtteilsquote für die Nachkommen in Anbetracht der heutigen durchschnittlichen Lebenserwartung notwendig ist. Die Auffassung des Bundesrates, den Pflichtteil der eigenen Nachkommen zu verkleinern um damit unter anderem faktische Lebenspartner oder Stiefkinder zu begünstigen, empfinde ich als eine sehr stossende Haltung. In einem solchen Fall könnten Stiefkinder doppelt begünstigt werden, was zu einer Ungleichbehandlung führen würde. Des Weiteren stellt der Bundesrat in seinem Bericht richtigerweise fest, dass die Schwierigkeit besteht, dass die in Frage stehenden Verhältnisse und die Qualität der Beziehung zwischen Stiefkind und Erblasser individuell sind und je nach Umständen äusserst unterschiedlich ausfallen können. Ausserdem besteht für den Erblasser auch keine Möglichkeit seine Nachkommen auf eine andere Art und Weise zu begünstigen. Meiner Meinung nach kann das Erbe, auch wenn es mit der heutigen Lebenserwartung nicht mehr seiner ursprünglichen Funktion der existentiellen Absicherung der Familie entspricht, dennoch eine Art Sicherheit darstellen, die den Nachkommen, vor allem eben auch im Alter, wenn man nicht mehr in der Lage ist zu arbeiten, dienen kann. Schliesslich handelt es sich bei dem erwähnten Pflichtteil um den der eigenen Kinder, deren Stellenwert nicht ersetzt werden kann.

Da es bei der vorliegenden Revision vor allem darum gehen soll die Möglichkeiten des Erblasser zu erweitern, hat der Bundesrat konsequent festgestellt, dass auch der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten bzw. der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners mit Art. 471 Ziff. 2 ZGB von der Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs auf ein Viertel herabgesetzt werden soll. Auf die unterschiedlichen Konstellationen von Art. 462 ZGB ist der Bundesrat in seiner Vernehmlassungsvorlage nicht eingegangen. Vor dem Hintergrund, dass überlebende Ehegatten bereits güterrechtlich besser gestellt werden können (beispielsweise durch Art. 216 ZGB), scheint mir diese Umsetzung eine zutreffende Lösung zu sein um die Testier-

fähigkeit des Erblassers freier und flexibler ausgestalten zu können. Dies hat auch der Bundesrat in seiner Vernehmlassungsvorlage bereits zutreffend festgestellt, indem er erläutert, dass selbst wenn der überlebende Ehegatte seine Eigenschaft als Erbe verlieren würde, er in einer ersten Phase nach wie vor an der güterrechtlichen Aufteilung des Vermögens des Erblassers beteiligt wäre. Des Weiteren erhält der überlebende Ehegatte im Bereich der Vorsorge, wenn er die massgebenden Voraussetzungen erfüllt, Hinterlassenenleistungen der AHV sowie auch aus der zweiten Säule. Ferner überzeugt die Auffassung des Bundesrates nach Art. 472 ZGB indem er ausführt, dass der überlebende Ehegatte, die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner seinen oder ihren Pflichtteilsanspruch verliert, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren oder ein Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft hängig ist, welches entweder auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder fortgesetzt wurde, oder auf Klage hin mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers eingeleitet wurde. Meines Erachtens argumentiert der Bundesrat korrekt, indem er feststellt, dass mit diesem Kompromiss sowohl dem Vorsorgebedürfnis des überlebenden Ehegatten als auch den Interessen des Ehegatten Rechnung getragen werden kann, der die Möglichkeit haben möchte, seinen Ehepartner, welcher das Scheidungsverfahren allzu lange hinauszögert, von seinem Nachlass auszuschliessen.

Des Weiteren bestimmt der Bundesrat, wie auch in der Motion Gutzwiller vorgesehen, dass die Eltern des Erblasser nicht mehr über einen Pflichtteil verfügen sollen. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Konstellation, in der die Eltern ihre Kinder überleben sehr selten vorkommt. Im Normalfall überleben die Kinder ihre Eltern. Bei dieser Regelung geht man meiner Meinung nach von dem Gedanken aus, dass im Falle eines intakten Beziehungsfeldes zu den Eltern kein Anlass besteht ein Testament zu errichten, im umgekehrten Fall aber der Erblasser selber die Möglichkeit haben soll über sein Erbe entscheiden zu können. Zerrüttete Familienverhältnisse können in jeglichen Familien auftreten, letztendlich sind sie aber oftmals nur temporär und sollten daher kein Druckmittel bezüglich des Erbes darstellen. Meiner Meinung nach trägt das Bundesrat der Realität, dass das Verhältnis von den Eltern zum Erblasser und dem Erblasser zu seinen eigenen Kindern eigentlich genau dasselbe ist zu wenig Rechnung. Eine solche pflichtteilsbezogene Unterscheidung zu treffen, ist aus meiner Perspektive fraglich, da auch die Erblasser selber pflichtteilsberechtigte Erben gegenüber ihren Eltern sind. Warum soll nun umgekehrt eine solche Ungleichbehandlung eingeführt werden, wenn man in Betracht zieht, dass der bisherige Pflichtteil der Eltern nur ein Viertel betragen hat und eine solche Konstellation ohnehin selten zutrifft? Meiner Meinung nach wird die Familie als insti-

tutionelle Konstante, wie es in der Motion Gutzwiller vorgesehen ist, mit einer solchen Regelung nicht mehr geschützt. Deshalb bin ich der Auffassung, dass der bisherige Pflichtteil der Eltern von einem Viertel beibehalten werden soll.

Der Bundesrat argumentiert meines Erachtens zutreffend, dass auch künftig die faktischen Lebenspartner und Stiefkinder grundsätzlich nur erbrechtliche Ansprüche haben sollen, wenn der Erblasser diesen Wunsch vor seinem Tod festhält. Der Erblasser soll also weiterhin frei über sein verfügbares Vermögen entscheiden können. Der Umfang der Verfügungsbefugnis des Erblassers gemäss Art. 470 ZGB wird in der Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates dementsprechend auch nicht angepasst. Der Bundesrat stellt dagegen richtigerweise fest, dass es unter Umständen vorkommen kann, dass durch den Tod des Erblassers eine Bedürftigkeits-situation des überlebenden Lebenspartners entstehen kann. Dagegen erscheint es aus der Sicht des Bundesrates notwendig, die Gelegenheit zu schaffen, dass die Gerichte im Einzelfall korrigierend eingreifen können, um stossende Fälle zu vermeiden. Hierbei ist der Auffassung des Bundesrates zu folgen einen Anspruch auf ein sogenanntes Unterhaltsvermächtnis nach Art. 484a ZGB einzuführen, um den überlebenden Partner dennoch vor finanziellen Härtefällen zu schützen. Diesbezüglich argumentiert der Bundesrat überzeugend, dass wenn es im Rahmen einer faktischen Partnerschaft zu einer Aufgabenteilung gekommen ist, die hohe Investitionen des einen Partners erforderlich machten, es stossend sein kann, wenn im Fall des Ablebens des anderen Partners keinerlei erbrechtliche Ansprüche bestehen und der gesamte Nachlass an die Verwandten des Erblassers gehen. Voraussetzungen für den Erhalt eines solchen Vermächtnisses sollen sein, dass Berechtigte für mindestens drei Jahre mit dem Erblasser in einer faktischen Gemeinschaft gelebt haben und erhebliche Leistungen des Erblassers erbracht haben. Ein solches Vermächtnis soll zudem nur gewährt werden, wenn der Überlebende zur Be-streitung seines Lebensunterhalts darauf angewiesen ist und das Vermächtnis für die Erben aufgrund ihrer finanziellen Lage zumutbar ist. Eine entsprechende Regelung wird auch für Stiefkindsituation vorgeschlagen. Voraussetzungen hierfür sollen sein, dass der Erblasser für mindestens fünf Jahre mit einer minderjährigen Person im gleichen Haushalt gelebt hat und diese von ihm eine finanzielle Unterstützung erhalten haben, die ohne das Versterben des Erblassers voraussichtlich fortgesetzt worden wäre. Nach Auffassung des Bundesrates soll diese Unterstützung meiner Meinung nach richtigerweise auf den Betrag begrenzt werden, den der Erblasser maximal ausgerichtet hätte. Diese erwähnten Aspekte entsprechen der Haltung von Michelle Cottier, die für eine Schaffung eines erbrechtlichen Versorgungsanspruchs anstelle der Garantie fixer Quoten plädiert. Michelle Cottier stellt das Erbe damit nicht nur auf den

Status ab, sondern setzt sich konsequent damit auseinander ob für einen Menschen in irgendeiner Weise auch eine Verantwortung übernommen wurde. Sie überträgt dieses System vor allem auf Patchwork-Familien. Meiner Meinung nach, stellt sich bei einem solchen gesetzlichen, vom Willen des Erblassers unabhängigen Unterhaltsvermächtnis jedoch einerseits die Frage, inwieweit man damit dem freien Erblasserwillen Rechnung tragen kann und andererseits der Aspekt der Fehlmotivationen. Meiner Meinung nach besteht die klärungsbedürftige Frage, wie es bereits der Bundesrat zutreffend feststellt, ob und auf welche Art und Weise die Parteien die Möglichkeit eines solchen Unterhaltsvermächtnisses ausschliessen können. Denkbar wäre hier gemäss dem Bundesrat, ein einseitiger Ausschluss durch den Erblasser auf dem Weg einer letztwilligen Verfügung oder alternativ der vertragliche Verzicht durch die begünstigte Person. Letztendlich würde das aber dennoch in die Testierfähigkeit und vor allem die Folgen der Ehefreiheit des Erblasser eingreifen und meiner Meinung nach in der Umsetzung zu Problemen in der Praxis führen. Bezüglich der Fehlmotivationen sind Konstellationen vorstellbar, wo ein auf Hilfe angewiesener Erblasser von einer nahestehenden Person ausgenutzt wird um sich von seinem Erben zu begünstigen. Der Bundesrat trägt in seiner Vernehmlassungsvorlage der Erbschleicherei nur insoweit Rechnung, als das der Erblasser künftig höchstens ein Viertel seines Vermögens an Personen vererben können soll, die aufgrund einer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen (z.B. Arzt oder Anwalt). Der Bundesrat stellt zudem auch fest, dass zu berücksichtigen ist, dass mit einer zu strikten gesetzlichen Regelung die Gefahr verbunden ist, dass die Verfügungsfreiheit des Erblassers zu stark beeinträchtigt wird. Meiner Meinung nach stellt der Bundesrat in seinem Bericht zudem richtigerweise fest, dass die Frage, welcher Kreis von Personen von einer Erbschaft ausgeschlossen werden soll, problematisch ist. Dabei bezieht er sich jedoch nur auf unterschiedliche Berufsarten und nicht auf andere Personen, die in einem Näheverhältnis zum Erblasser stehen könnten. Da von dieser Regelung nur Personen betroffen sind, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion zur betreffenden Person stehen, ist dieser Aspekt meines Erachtens ungenügend geregelt und die Regelung der Erbschleicherei müsste auch auf weitere Personen, die zum Erblasser unter anderem auch in einer nicht-beruflichen Funktion stehen, ausgeweitet werden.

Bereits heute sind die Erben verpflichtet, sich gegenseitig über sämtliche Tatsachen zu informieren, die sich auf die Teilung der Erbschaft auswirken können. Neu möchte der Bundesrat eine Informationspflicht gemäss Art. 601a ff. ZGB einführen, die zusätzlich auch für Dritte vorgesehen ist. Gemäss dem Bericht des Bundesrates muss den Erben eine vollständige

Kenntnis von den Vermögenswerten gegeben werden, aus denen sich der Nachlass zusammensetzt oder zusammensetzen sollte. Meiner Meinung nach ist dieser Auffassung des Bundesrates zu folgen, wobei Dritte den Erben alle Informationen im Zusammenhang mit dem Vermögen des Verstorbenen mitteilen sollen. In einem solchen Fall werden Missverständnisse über eine derart relevante Angelegenheit vermieden.

Als weitere Präzisierung möchte der Bundesrat im Gesetz nun explizit festhalten, dass die Ersparnisse der beruflichen und privaten Vorsorge (2. Säule und Säule 3a) gemäss Art. 476 II ZGB nicht zur Erbmasse gehören sollen. Meines Erachtens überzeugt hier die Auffassung des Bundesrates, dass diese Ersparnisse ausschliesslich an die vom Gesetz bestimmten Vorsorgebegünstigten ausbezahlt werden sollen und lediglich die ausbezahlten Beträge einer Lebensversicherung zur Erbmasse hinzugerechnet werden sollen. Dabei stellt der Bundesrat überzeugend fest, dass mit dieser Änderung die Situation der Guthaben aus den verschiedenen Säulen des Sozialversicherungsrechts für den Bereich des Erbrechts geklärt werden kann.

Der Bundesrat möchte ebenfalls neu ermöglichen in Situationen unmittelbarer Todesgefahr ein Nottestament auch per Video nach Art. 506 ff. ZGB aufzeichnen zu können. Dies soll zum Beispiel durch ein Smartphone oder ein anderes elektronisches Gerät ermöglicht werden. Der Bundesrat stellt richtigerweise fest, dass mit einer solchen zeitgemässen Methode die zwei Zeugen, die bis anhin ein Nottestament beweisen mussten, nicht mehr notwendig sind und der heutige Stand der technischen Modernisierung ausreichend berücksichtigt wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bundesrat den Auftrag des Parlaments respektive die Motion Gutzwiller in seiner Vernehmlassungsvorlage weitgehend umgesetzt hat und einen grossen Schritt in Richtung Modernisierung des Erbrechts gegangen ist. Meiner Meinung nach, sollte er jedoch einige Punkte, wie die Pflichtteilsansprüche der Nachkommen und Eltern, die unterschiedlichen Konstellationen von Art. 462 ZGB und auch den Aspekt der Erbschleicherei hinsichtlich Personen, die eine Verantwortung für den Erblasser übernommen haben noch einmal bedenken und die oben aufgeführten Begründungen in Betracht ziehen.



Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
3003 Bern

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Brugg, 06. Juni 2016 / KB

Stellungnahme zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Möglichkeit, zur oben genannten Teilrevision Stellung zu nehmen. Der Bedarf, nach so langer Zeit das Erbrecht zu überarbeiten, ist nachvollziehbar. Wie beschrieben, haben sich die Rahmenbedingungen verändert. Wir Menschen haben eine höhere Lebenserwartung und die Lebensformen der Familien sind vielfältiger geworden. Eine Revision des Erbrechts ist daher angepasst.

Besserstellung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners von grundlegender Bedeutung

Ein zentraler Punkt der Revision ist die Besserstellung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners. Diesen Punkt erachten wir vom Schweizerischen Bäuerinnen- und Landfrauenverband (SBLV) als grundlegend! Denn in vielen Fällen hat der Ehegatte bzw. der eingetragene Partner während Jahren zur Bildung des Vermögens des Erblassers beigetragen. Im Speziellen verzichtet immer noch mehrheitlich und mindestens teilweise bis ganz die Frau auf das eigene Erwerbseinkommen bei der Gründung einer gemeinsamen Familie. Daher soll auch der überlebende Ehegatte bzw. der überlebende eingetragene Partner am Vermögen des Erblassers erbrechtlich teilhaben. Schliesslich soll auch die finanzielle Sicherheit des überlebenden Partners gewährleistet werden. Denn als Konsequenz aus der ehelichen Gemeinschaft bzw. der eingetragenen Partnerschaft ergibt sich der Gedanke der Fürsorge für den überlebenden Partner. Besonders, wenn die Erwerbstätigkeit zugunsten der Kindererziehung und Haushaltsführung aufgegeben wird bzw. für eine gewisse Dauer unterbrochen oder reduziert wurde, ist der überlebende Ehegatte bzw. der überlebende eingetragene Partner erheblich stärker auf die Erbschaft angewiesen als die Nachkommen. Beispielsweise, wenn sich die Nachkommen noch unter der Obhut des überlebenden Ehegatten bzw. dem überlebenden eingetragenen Partner befinden oder bereits im Erwerbsleben Fuss gefasst haben. Auch die Praxis der Notariate bestätigen, dass als Hauptgrund für das Errichten von Ehe- und Erbverträgen die Begünstigung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners zu nennen ist.

Handlungsspielraum des Erblassers zu begrüssen

Mit der Reduktion der Pflichtteile wird der Handlungsspielraum des Erblassers grösser. So hat er die Möglichkeit nahestehende, aber nicht verwandte Personen oder auch einzelne Erben stärker zu begünstigen. Dies ermöglicht dem Erblasser auch faktische Lebenspartner und/oder nicht leibliche Kinder, die beispielsweise in einer Patchwork Familie zusammenleben, als Erben einzusetzen. Der SBLV unterstützt diese Möglichkeit, sieht darin aber auch die Gefahr des Missbrauchs durch Aussenstehende. Es besteht die Gefahr, dass ältere Menschen noch stärker durch Dritte angehalten werden, Spenden und Vermächtnisse auszurichten. Daher fordert der SBLV, dass eine Pflichtteilsreduktion nur zur Begünstigung von einzelnen Erben oder auch nahestehenden, aber nicht verwandte Personen wie faktische Lebenspartner und/oder nicht leibliche Kinder zugelassen wird.

Damit können Missbräuche weitgehend verhindert werden, ohne die durch die Revision beabsichtigten Zwecke zu gefährden.

Reduktion der Pflichtteile teilweise zu überdenken

Wie im oberen Abschnitt umschrieben, begrüssen wir die Reduktion der Pflichtteile zugunsten eines grösseren Handlungsspielraums für den Erblasser grundsätzlich. Die Abschaffung des Pflichtteils der Eltern sowie die Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen sind für den SBLV nachvollziehbar. Im Sinne der Besserstellung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners ist die Reduktion beim überlebenden Ehegatten bzw. dem überlebenden eingetragenen Partner in Frage zu stellen.

Das bisherige Recht begünstigte die Nachkommen gegenüber dem überlebenden Ehegatten bzw. dem überlebenden eingetragenen Partner. Der SBLV fordert, dass diese Begünstigung aufgehoben und der überlebende Ehegatte bzw. der überlebende eingetragene Partner den Nachkommen zumindest gleichgestellt oder gar begünstigt wird.

Zusätzlich zu den bereits dargelegten Gründen der Besserstellung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners ist die eigene Familienwohnung zu nennen. Nach heutigem Recht muss allenfalls eine gemeinsame Familienwohnung verkauft werden, um die Erbteilung vornehmen zu können, wird dem überlebenden Ehegatten bzw. dem überlebenden eingetragenen Partner nicht das Nutzniessungsrecht am gesamten Nachlass eingeräumt. In der aktuellen wirtschaftlichen Lage mit tiefen Zinsen, ermöglichen sich viele Familien den Traum eines Eigenheims. Daher dürfte der „gezwungene“ Verkauf der Familienwohnung für die Erbteilung in Zukunft vermehrt zum Thema werden. Ähnliche Fälle können auch in der Landwirtschaft zu Einschränkungen führen, wenn sich Landwirtschaftliche Betriebe in einem Nachlass befinden. Durch die Reduktion der Pflichtteile der Kinder kann somit der überlebende Ehegatte bzw. überlebende eingetragene Partner begünstigt werden und Familieneigentum erhalten bleiben.

Aufhebung der Begünstigung auch bei Klage auf Trennung

Die Aufhebung von ehe- und erbrechtlichen Begünstigungen im Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage begrüssen wir ausdrücklich. Diese Anpassung verhindert ein Herausögern des Verfahrens. Aus unserer Sicht ist es sachlich und rechtlich nicht begründet, dass bei Trennung andere rechtliche Grundsätze gelten sollen. Daher fordert der SBLV, dass die Begünstigung des Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners auch dann aufgehoben wird, wenn eine Klage auf Trennung eingereicht wird.

Zeugen für Nottestament mittels audiovisueller Aufzeichnung

Für die Modernisierung des Nottestaments regen wir an, dass bei audiovisuellen Aufzeichnungen ebenfalls zwei Zeugen anwesend und auf dem Bild erkennbar sein müssen. Damit ist sichergestellt, dass die Aufnahme dem zuständigen Gericht eingereicht wird und nicht verloren geht.

Angemessene Vergütung für Willensvollstrecker konkretisieren

Der in Art. 517 Abs. 4 ZGB beschriebene Anspruch auf angemessene Vergütung für die Tätigkeit der Willensvollstrecker bedarf unserer Meinung nach einer Konkretisierung. Es ist unbestritten, dass der Willensvollstrecker Anspruch hat auf eine angemessene Vergütung. Diese soll jedoch nicht in Abhängigkeit des Verkehrswertes des Nachlasses ausfallen. Der SBLV fordert, die angemessene Vergütung zu konkretisieren. Die Vergütung soll sich nach einer marktüblichen Vergütung der geleisteten Arbeit nach Stundenaufwand richten.

Fazit

Der SBLV begrüsst die Änderung des Zivilgesetzes (Erbrecht). Insbesondere die Besserstellung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners ist von grundlegender Bedeutung.

Der SBLV fordert folgende Punkte anzupassen:

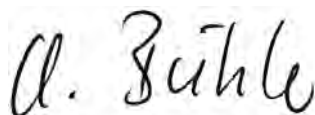
- von einer Reduktion des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners ist abzusehen
- Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen ist nur zur Begünstigung von einzelnen Erben oder auch nahestehenden, aber nicht verwandte Personen wie faktische Lebenspartner und/oder nicht leibliche Kinder zulässig
- Aufhebung sämtlicher Begünstigungen im Zeitpunkt der Einreichung einer Klage auf Trennung und/oder Scheidung
- bei der audiovisuellen Aufzeichnung eines Nottestaments sollen neben dem Erblasser auch zwei Zeugen auf dem Bild erkennbar sein,
- Vergütung der Willensvollstrecker soll nach einer marktüblichen Vergütung der geleisteten Arbeit nach Stundenaufwand abgegolten werden.

Die übrigen Änderungen können nachvollzogen werden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

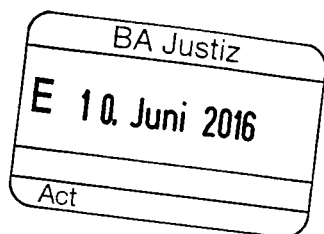
SCHWEIZ. BÄUERINNEN- UND LANDFRAUENVERBAND SBLV



Christine Bühler
Präsidentin



Annekäthi Schluep-Bieri
Präsidentin Kommission Familien- und
Sozialpolitik



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Zürich, 9. Juni 2016

Stellungnahme zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) vertritt als Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation die Interessen der Unternehmungen des Hoch- und Tiefbaus. Im Rahmen dieser Interessenwahrung erlauben wir uns, Ihnen unsere Stellungnahme zur vorgeschlagenen Änderung des Zivilgesetzbuchs, namentlich zu den Anpassungen des Erbrechts, zukommen zu lassen.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) begrüsst die Stossrichtung, das Erbrecht an moderne Verhältnisse anzupassen und insbesondere die Pflichtteilsansprüche neu festzulegen. Die Lebensverhältnisse haben sich seit in Kraft treten des Zivilgesetzbuchs massgeblich verändert, weswegen ohne Zweifel gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

Wir befürworten:

- Die Reduktion der Pflichtteile, weil diese einen erhöhten Handlungsspielraum erlauben: Insbesondere aus Sicht eines Unternehmens kann dies helfen, einer Zersplitterung des Vermögens und einer Aufteilung einer Unternehmung vorzubeugen und unter Umständen interessante Möglichkeiten für die Unternehmensnachfolge zu schaffen;
- Die vorgenommenen Umformulierungen, zumal diese die nötige Klarheit und damit Rechtssicherheit schaffen.

Wir lehnen ab:

- Die Einführung eines gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses, weil dies eine teilweise Abkehr von bewährten Rechtstraditionen, einen erheblichen Eingriff in den freien Verfügungswillen jedes Einzelnen bedeutet und Rechtsunsicherheiten schafft;
- Ebenso stellt der neue Art. 541a ZGB bezgl. Zuwendungen an Vertrauenspersonen einen Eingriff in die Verfügungsfreiheit dar.

1. Grundsätzliches

Wie der erläuternde Bericht unter Ziff. 3.1. darlegt, bestehe wie im gesamten Familienrecht die Notwendigkeit einer Modernisierung, indem das Erbrecht die neueren gesellschaftlichen Entwicklungen aufnehmen und berücksichtigen müsse. Dies sei im Erbrecht umso notwendiger, da dieses im Gegensatz zu den meisten anderen Teilen des ZGB seit seinem Bestehen nur geringfügig revidiert wurde.

- Diese Anpassungen sind in der Mehrheit auch aus Unternehmenssicht zu begrüßen. Einerseits wird durch Anpassungen der gesetzlichen Regeln Klarheit geschaffen, andererseits wird die Verfügungsfreiheit des Erblassers gestärkt.

Die vorliegende Revision geht gem. Ziff. 4.2 des erläuternden Berichts auf eine Motion zurück, welche die Flexibilisierung des Erb-/Pflichtteilsrechts forderte. Im Vordergrund der vorliegenden Revision steht deshalb das Anliegen, die Entscheidungsautonomie des Erblassers zu stärken. Durch die Reduktion der Pflichtteile wird die Verfügungsfreiheit des Erblassers gestärkt, was aus unserer Sicht sehr zu begrüßen ist.

Im Gegenzug sieht die Revision eine Einführung eines Unterhaltsvermächtnisses vor, welches stark in die Verfügungsfreiheit des Erblassers eingreift.

- Im Gegensatz zu den ansonsten klaren Regeln des Erbrechts ist das Unterhaltsvermächtnis in einem einzigen Artikel geregelt, welcher zudem einen sehr breiten Interpretations- und Auslegungsspielraum enthält und was der Rechtssicherheit, insbesondere bis zur Findung einer gefestigten Rechtsprechung ziemlich abträglich ist. Wie die Gerichte mit dieser neuen Rechtsfigur umgehen, ist noch völlig ungewiss.

2. Zu den wichtigsten Punkten

2.1 Herabsetzung des Pflichtteils ist zu befürworten

Der in der Revision vorgeschlagene Gesetzestext zu Art. 471 ZGB sieht vor:

Art. 471

Der Pflichtteil beträgt:

1. für einen Nachkommen die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs;
2. für den überlebenden Ehegatten, die überlebende eingetragene Partnerin oder den überlebenden eingetragenen Partner ein Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs.

Vorab ist festzuhalten, dass nur die Pflichtteile angepasst werden, die gesetzliche Erbfolge hingegen bleibt unverändert. Dies ist sehr zu begrüßen, hat sich die gesetzliche Erbfolge bei Fehlen eines Testaments oder eines Erbvertrages doch bewährt.

- Die vorgeschlagene Reduktion der Pflichtteile ist sehr zu begrüßen. Durch die Herabsetzung steht dem Erblasser eine grössere Verfügungsfreiheit über sein Vermögen zu. Insbesondere aus Sicht eines Unternehmens kann dies helfen, einer Zersplitterung des Vermögens und einer Aufteilung einer Unternehmung vorzubeugen und unter Umständen interessante Möglichkeiten für die Unternehmensnachfolge zu schaffen. Durch den grösstmöglichen Erhalt einer Unternehmung und des Vermögens über den Tod des Inhabers hinaus, wird deren Zukunft gesichert und es können nicht zuletzt auch Arbeitsplätze erhalten werden, was wiederum der Gesellschaft als Ganzes zugutekommt.
- Die Stellung der Nachkommen sowie des überlebenden Ehegatten kann durch die weiterhin bestehenden, aber reduzierten Pflichtteile sowie die neu in Art. 476 Abs. 2 ZGB vorgesehenen, ausdrückliche Ausnahme der beruflichen Vorsorge einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach BVG aus der Erbschaft sichergestellt werden.

- Zudem steht es dem Erblasser weiterhin frei, sein Vermögen auch zu grösseren Teilen als dem Pflichtteil seinen Erben zukommen zu lassen.

2.2 Einführung des Unterhaltsvermächtnisses ist abzulehnen

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Einführung eines neuen Art. 484a ZGB vor:

Art. 484

- 1 Das Gericht kann anordnen, dass einer Person zulasten der Erbschaft ein Unterhaltsvermächtnis ausgerichtet wird, um ihr damit einen angemessenen Lebensunterhalt zu ermöglichen, wenn sie:
 1. mit dem Erblasser seit mindestens drei Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hat und erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat;
 2. während ihrer Minderjährigkeit mindestens fünf Jahre mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat und vom Erblasser finanzielle Unterstützung erhalten hat, die dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre.
- 2 Die Ausrichtung des Vermächtnisses muss für die Erben namentlich aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe der Erbschaft zumutbar sein.
- 3 Das Vermächtnis wird auf Klage hin festgesetzt. Die Klage ist innerhalb einer Verwirkungsfrist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt einzureichen, in dem der Kläger vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat.

Vorgeschlagen wird hier die Einführung eines gesetzlichen, vom Willen des Erblassers unabhängigen Vermächtnisses. Die im erläuternden Bericht unter Ziff. 5.2. aufgeführte Absicht, stossende Härtefälle bei sog. faktischen Partnerschaften zu verhindern, ist an sich sehr zu begrüßen.

- Der Weg über die **Einführung eines sog. Unterhaltsvermächtnisses und dessen Ausgestaltung** ist hingegen **nicht ausgewogen**. Der von den Betroffenen freiwillig und selbst gewählte Lebensentwurf wird durch diese Vorschrift ausdrücklich in Frage gestellt. Faktische Lebenspartner sollten auch in Zukunft grundsätzlich nur dann begünstigt werden, wenn dies vom Erblasser ausdrücklich so vorgesehen ist. Alles andere kommt einem massiven Eingriff in die Verfügungsfreiheit des Erblassers gleich.
- Grundsätzlich sollte das Unterhaltsvermächtnis gemäss erläuterndem Bericht nur für wenige Einzelfälle anwendbar sein. Hierzu scheinen jedoch die einschränkenden Voraussetzungen ungenügend. Sobald die im Artikel genannten Voraussetzungen erfüllt sind, kann grundsätzlich jede Person auf Ausrichtung eines Vermächtnisses aus dem Erbvermögen klagen.
- Zudem bleiben **viele Begriffe unklar und bieten enormen Interpretationsspielraum**. So ist insbesondere nicht definiert, worin beispielsweise erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers bestehen oder auch in welcher Höhe finanzielle Unterstützung erfolgen muss und wie festgestellt werden soll, ob der Erblasser diese Leistung weiterhin erbracht hätte. Die Auslegung der Begriffe wird dabei komplett den Gerichten überlassen. Dies führt insbesondere bis zur Klärung der Begriffe zu erheblichen **Rechtsunsicherheiten**.
- Auch wird es komplett den Gerichten überlassen, die Höhe des Vermächtnisses festzulegen. Das Gesetz selbst gibt auch keine konkreten Hinweise zur Berechnung desselben.
- Zudem soll die finanzielle Situation der Erben bei der Festlegung mitberücksichtigt werden. Dies bedeutet konkret, dass bereits vermögende Erben gesetzlich um ihren Erbanspruch gebracht werden können. Ebenso unklar bleibt, ob und wie weit die Pflichtteile der Nachkommen geschützt bleiben, insbesondere dann wenn gute finanzielle Verhältnisse bei den Erben vorliegen.
- Auch schafft das Unterhaltsvermächtnis **für KMU erhebliche Risiken**, insbesondere dort wo es sich um Familienunternehmen handelt. Oftmals sind Vermögen im Erbfalle in einer Unternehmung gebunden. Mit der Anordnung eines Unterhaltsvermächtnisses müssen unter Umständen Vermögenswerte aus der Unternehmung abgezogen werden, was insbesondere bei wirtschaftlich schwierigem Umfeld für ein kleines und mittleres Familienunternehmen enorme Risiken birgt.

- Zudem werden durch die klageweise Geltendmachung des Unterhaltsvermöchtnisses **neue Anreize für die Einleitung von Zivilprozessen** geschaffen werden. Insbesondere durch die vielen Unklarheiten, wird sich dieser Anreiz noch verstärken.
 - Ebenso schweigt sich die Vorlage darüber aus, ob bereits die Glaubhaftmachung eines Anspruchs genügt oder ob der Anspruch effektiv durch die klagende Person bewiesen werden muss. Lässt man blosser Glaubhaftmachung genügend, verstärkt dies die Rechtsunsicherheit und einen Trend zur Klage noch zusätzlich.
- **Die Einführung eines Unterhaltsvermöchtnisses ist aus den vorstehenden Gründen abzulehnen.**

2.3 Zuwendungen an Vertrauenspersonen ist fragwürdig

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Einführung eines neuen Art. 541a ZGB vor:

Art. 541a

Den Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie ihren Angehörigen kann durch eine Verfügung von Todes wegen insgesamt höchstens ein Viertel der Erbschaft zugewendet werden.

Auch hier ist die Stossrichtung sehr zu begrüßen, will der neue Artikel doch den Missbrauch und das Erschleichen von Erbzuwendungen massgeblich erschweren.

- Allerdings greift auch die sehr restriktiv ausgestaltete Klausel mit einer Beschränkung auf $\frac{1}{4}$ der Erbschaft enorm in die Verfügungsfreiheit des Erblassers ein.
- Zudem haben die Erben bereits unter geltendem Recht die Möglichkeit, solche Zuwendungen anzufechten und ein Testament bspw. wegen Sittenwidrigkeit für ungültig erklären zu lassen.

Es bleibt deshalb fraglich, ob der derart starke Eingriff wirklich gerechtfertigt ist.

3. Fazit

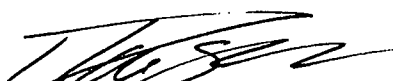
Der SBV begrüsst die Bestrebungen, das Erbrecht zu modernisieren und an die heutigen Realitäten anzupassen. Die vorliegende Revision ist mehrheitlich der richtige Weg: Insbesondere die **Anpassung des Pflichtteilsrechts ist sehr zu begrüßen**.

Hingegen werden durch die **Einführung eines Unterhaltsvermöchtnisses** bewährte Rechtsgrundsätze verletzt und enorme Rechtsunsicherheiten geschaffen. Die Verfügungsfreiheit des Erblassers als ein Grundprinzip des Erbrechts wird hier erheblich eingeschränkt. Die Folgen sind Rechtsunsicherheit und letztlich eine Schwächung des Wirtschaftsstandortes Schweiz, weshalb wir diesen Teil der Revision **klar ablehnen**.

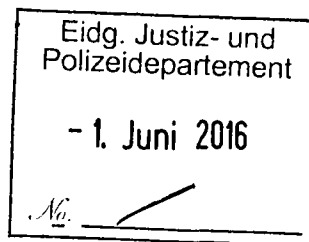
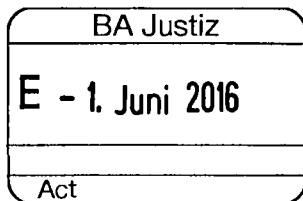
Wir danken Ihnen, dass Sie unsere Anträge, Bemerkungen und Begründungen berücksichtigen. Für weitere Fragen und Konsultationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Baumeisterverband


Patrick Häuser
Vizedirektor SBV


Romina Harast
Leiterin Rechtsdienst SBV



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Brugg, 31. Mai 2016

Zuständig: Martin Wuersch
Sekretariat: Barbara Saxer
Dokument: 2016 Ablehnung Erbrecht-V2-b

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Ihrem Schreiben vom 11. März 2016 laden Sie uns ein, zur oben genannten Vorlage Stellung zu nehmen. Für die uns gegebene Möglichkeit danken wir Ihnen bestens.

Nach heutigem Recht kann der Erblassende nur beschränkt selber entscheiden, was mit seinem Vermögen nach dem Tod geschieht. Kinder, der Ehepartner und die Ehepartnerin sind durch ihren Pflichtteil am Erbteil gut geschützt. Diese Vorschriften erachtet der Bundesrat als zu starr. Sie würden den vielfältigen Lebensformen nicht mehr gerecht. Deshalb sollen die Pflichtteilsquoten für Kinder und Ehegatten gesenkt werden. Für Eltern soll der Pflichtteil gänzlich wegfallen. Dem Erblassenden werden damit grössere Freiheiten zugestanden. Im Sinne des Gesetzgebers sollen durch diese Freiheiten vor allem die Lebenspartner bzw. Lebenspartnerinnen (Konkubinat) und die Kinder, insbesondere Stiefkinder, begünstigt werden.

Der Schweizer Bauernverband (SBV) lehnt die Revision des Erbrechts in der vorgeschlagenen Form ab. Dies aus den folgenden, triftigen Gründen:

- Das bestehende Erbrecht hat sich bewährt und ist durch die Rechtsprechung ausführlich kommentiert. Die damit geschaffene Rechtssicherheit darf nicht durch neue Instrumente leichtfertig gestört werden.
- Die vorgesehene Senkung der Pflichtteile schwächt die Familie und verheiratete Paare, wenn die Begünstigung nicht Familienmitgliedern zukommt. Der SBV kann nur zum Zweck des Fortbestandes des Unternehmens eine Begünstigung zu Lasten der Familienangehörigen befürworten.
- Mit der höheren Flexibilität steigt die Verantwortung des Erblassers stark an. Eltern und ältere Personen möchten im Grundsatz alle Nachkommen gleich behandeln. Bei Anfragen um finanzielle Unterstützung sind sie aber auch geneigt zu helfen. Bisher konnten Sie in einem begrenzten Teil über ihr Vermögen frei verfügen. Darüber hinaus gehende Anfragen konnten einfach mit dem Verweis auf die Verletzung der Pflichtteile abgelehnt werden. Der höhere Pflichtteil schützte damit auch die künftigen Erblasser vor Forderungen Einzelner.
- Mit einem Erbvertrag konnte bereits heute Lösungen vereinbart werden, die eine Verletzung der Pflichtteile mit sich brachte. Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass einerseits offen über das Vorhaben diskutiert werden muss und andererseits, dass sich die Betroffenen für ihre Rechte selbständig einsetzen mussten. Durch den Vertrag wird einer ausgewogenen Lösung zwischen allen Beteiligten besser Rechnung getragen, als durch einseitige Verfügungen.

- Je höher die Flexibilität ist, desto grösser ist das Missbrauchspotential. Durch den Pflichtteilsschutz mussten auch Drittpersonen Acht geben, um von älteren Menschen nicht Vermächtnisse oder Schenkungen zu verlangen, welche die frei verfügbare Quote überstiegen. Mit der Senkung der Pflichtteile fällt diese wichtige Hürde, was den Missbrauch fördert.
- Oft werden Personen benachteiligt, die in Hausgemeinschaft mit dem künftigen Erblasser leben. Das Zusammenleben schliesst bekanntlich auch Konflikte ein. Leider trüben selbst kleine Konflikte eine objektive, ausgewogene Beurteilung. Die Begünstigung einer Person schliesst die Benachteiligung einer anderen mit ein. Durch einen hohen Pflichtteil sind die betreuenden Familienmitglieder, insbesondere die Ehepartner, besser geschützt.
- Das neu eingeführte Instrument des Unterhaltsvermächtnisses (Art. 484a nZGB¹) lehnen wir ab, weil dieses wiederum nur für eine faktische Lebensgemeinschaft und zu Lasten der Familienmitglieder eingeräumt wird. Ein Unterhaltsvermächtnis für den Ehepartner ist nicht vorgesehen.
- Den Schutz vor Missbräuchen ist im Gesetz nicht gelungen. Weder wurde das Honorar des Willensvollstreckers auf ein marktübliches Honorar beschränkt (Art. 517 Abs. 4 nZGB), noch wurde ein Verbot für Zuwendungen an Vertrauenspersonen (Art. 541a nZGB) eingeführt. Verbesserte Informationsrechte (Art. 601a nZGB) sind nur für den Todesfall vorgesehen und können zu Lebzeiten nicht eingefordert werden. Diese Bestimmung entfaltet damit nur eine sehr beschränkte Wirkung.

Insgesamt überwiegen damit die negativen Auswirkungen der vorgeschlagenen Revision. Die Familie und die Ehepartner werden ungerechtfertigt geschwächt. Den künftigen Erblassern wird eine zusätzliche Last aufgebürdet, ohne dass griffige Instrumente gegen Missbräuche eingeführt werden. Der SBV hat den Eindruck, dass die gesellschaftliche Entwicklung als Deckmantel verwendet wird, da selbst den Vertrauenspersonen des Erblassers und dem Willensvollstrecker keine strengen Auflagen gemacht werden. Der SBV lehnt deshalb die vorgeschlagene Revision des Erbrechts ab.

Für den Fall, dass die Revision von breiten Kreisen unterstützt wird, fordert der SBV dringende Korrekturen in folgenden Bereichen:

- a.) Schutz der Kinder indem der Pflichtteil von $\frac{3}{4}$ aufrechterhalten wird
- b.) Senkung bzw. Aufhebung der Pflichtteile nur zu Gunsten der Zielpersonen
- c.) Aufhebung der Begünstigungsklauseln bei Trennung und/oder Scheidung
- d.) Unterhaltsvermächtnis unabhängig des Zivilstandes nach mindestens fünfjährigem Zusammenleben
- e.) Verbot eines Erfolgs- oder Provisionshonorars für die Leistungen von Willensvollstreckern
- f.) Verbot der Begünstigung von Personen die beruflich als Vertrauensperson des Erblassers tätig sind
- g.) Einführung eines lebzeitigen Informationsrechtes für pflichtteilsgeschützte Erben

¹ nZGB steht für neu-ZGB

Auf diese und weitere Einzelheiten gehen wir nachfolgend detailliert ein.

Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 120 Abs. 2 nZGB, Art. 217 Abs. 2 nZGB und Art. 214 Abs. 4 nZGB

Scheidung und Trennung werden von den Eheleuten dann in Erwägung gezogen, wenn sich die Personen auseinandergelebt haben oder ein Zusammenleben für den einen der beiden nicht mehr erträglich erscheint. Früher getroffene ehe- und erbrechtliche Besserstellungen sind weder bei der Scheidung noch bei der Trennung gerechtfertigt. Der durch den Bundesrat vorgeschlagene Text sieht eine Aufhebung der Begünstigung nur für den Scheidungsfall vor. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt. Der SBV fordert deshalb, dass bei Scheidungs- und Trennungsklage sämtliche Begünstigungen zugunsten des Lebenspartners bzw. der Lebenspartnerin aufgehoben werden. Wie der Bundesrat vorschlägt, können die Paare selbstverständlich ausdrücklich davon abweichen, womit die Flexibilität und Vertragsfreiheit gewahrt bleiben.

neuer Vorschlag zur Formulierung (sinngemäss und ergänzend):

Unter Vorbehalt einer abweichenden Anordnung werden Verfügungen von Todes wegen zugunsten des überlebenden Ehegatten bzw. Bestimmungen mit denen eine andere Teilung zugunsten des anderen Ehegatten vereinbart wird, im Todesfall bzw. anlässlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung hinfällig, wenn ein Scheidungs- oder Trennungsverfahren hängig ist.

Art. 471 nZGB

Die mit der Senkung einhergehende höhere verfügbare Quote darf konsequent nur zugunsten der anvisierten Ziele eingesetzt werden. Der SBV erachtet die vorgeschlagenen Verbesserungen bei der Informationspflicht (Art. 601a nZGB) und die Einschränkung dieser Freiheit gegenüber Zuwendungen an Vertrauenspersonen (Art. 541a nZGB) als ungenügend, um Missbräuchen wirksam vorzubeugen bzw. um solche zu verhindern. Die Revision möchte insbesondere die Flexibilität gegenüber Lebenspartnern und Lebenspartnerinnen (Ehepartner, Ehepartnerin und faktischer Lebenspartner bzw. faktische Lebenspartnerin), Stiefkindern sowie für Unternehmensnachfolgende erhöhen. Der SBV verlangt deshalb, dass die Senkung der Pflichtteilsanteile auf diese Anwendungsbereiche beschränkt wird.

Der Pflichtteil für Kinder muss auch für diese Fälle weiterhin bei $\frac{1}{4}$ belassen werden. Ungleichbehandlungen unter Kindern führen in der Praxis zu viel Streit und Missgunst. Der Familienstreit kann sogar auf die nächste Generation übertragen werden. Der hohe Pflichtteil für Kinder sichert eine möglichst gleiche Behandlung aller Kinder. Von einer Gleichbehandlung der Kinder ist selbst zur Sicherung der Unternehmensnachfolge nicht abzuweichen. Der SBV ist der Auffassung, dass eine Verletzung der Pflichtteile der Kinder auch weiterhin nur mit deren ausdrücklicher Zustimmung in einem Erbverzichtvertrag vereinbart werden kann. Willkürliche, oft auch unbedachte, Handlungen der Eltern sind zu verhindern.

Die ersatzlose Streichung des Pflichtteils für die Eltern begrüssen wir uneingeschränkt.

Art. 484a nZGB

Die neu geschaffene Möglichkeit des Unterhaltsvermöchtnisses zugunsten des Lebenspartners bzw. der Lebenspartnerin und minderjähriger Kinder könnte bei fehlenden Vorsorgelösungen und einer unentgeltlichen Mitarbeit im Betrieb und Haushalt des Erblassers eine finanzielle Besserstellung erwirken. Die Möglichkeit muss aber auch zugunsten des Ehepartners bzw. der Ehepartnerin eingeführt werden. Bei der faktischen Lebensgemeinschaft fordern wir eine Minstdauer von fünf Jahren des Zusammenlebens. Damit wäre die Dauer mit jener für den gemeinsamen Haushalt mit minderjährigen Kindern (Ziffer 2) identisch. Ein fünfjähriges Zusammenleben wird in der Praxis oft angewendet und hat sich bewährt.

Art. 484a nZGB (Änderungsvorschlag)

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

- 1. mit dem Erblasser verheiratet war oder seit mindestens fünf Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft geführt und erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat;*
- 2. während ihrer Minderjährigkeit mindestens fünf Jahre ...*

Art. 506 nZGB

Der SBV hat gegenüber der Modernisierung des Nottestamentes keine Vorbehalte. Wir regen jedoch an, dass bei einer audiovisuellen Verfassung des Nottestaments ebenfalls zwei Zeugen anwesend sein müssen. Wird ein audiovisuelles Nottestament ohne Zeugen errichtet, kann die Datei mit heutigen Methoden derart verändert werden, dass es kaum nachvollziehbar wird, ob der präsentierte Inhalt dem echten Willen der verstorbenen Person entspricht. Die Beweisführung gegen die Fälschung von solchen Aufnahmen dürfte für die Betroffenen sehr schwierig werden. Der SBV fordert deshalb auch bei audiovisuellen Verfügungen die Anwesenheit von zwei Zeugen, welche am besten gleich mit auf dem Bild in Erscheinung treten. Die komplizierten Bestimmungen nach Art. 507 Abs. 3 nZGB entfallen. Die Zeugen wären verpflichtet den audiovisuellen Inhalt gemäss Art 507 Abs. 1 nZGB dem Gericht zu übergeben.

Art. 517 Abs. 4 nZGB

Der Anspruch des Willensvollstreckers auf eine angemessene Vergütung ist unbestritten. Der Gesetzgeber hat es hingegen unterlassen, diese Bestimmung zu konkretisieren und auf ein marktübliches Honorar zu beschränken. Eine Vergütung des Willensvollstreckers in Abhängigkeit des Nachlasswertes oder ein Erfolgshonorar untergräbt die neue Bestimmung nach Art. 541a nZGB (Zuwendungen an Vertrauenspersonen). Der SBV lehnt Vergütungen in Abhängigkeit des Verkehrswertes des Nachlasses ab. Er fordert eine eindeutige Bestimmung, welche die Erben besser schützt und schlägt folgende Formulierung vor:

Art. 517 Abs. 4 nZGB (Änderungsvorschlag)

⁴ Sie haben Anspruch auf eine marktübliche Vergütung der geleisteten Arbeit. Die Vergütung richtet sich dabei nur nach dem Stundenaufwand entsprechend der Komplexität der Tätigkeit. Vergütungen auf der Basis eines Bruchteils des Nachlasses sind unzulässig.

Art. 541a nZGB

Der Versuch des Gesetzgebers den Missbrauch durch Vertrauenspersonen, die in beruflichen Funktionen mit dem Erblassenden stehen, einzudämmen, ist leider nicht geglückt. Der SBV erachtet eine Zuweisung an solche Vertrauenspersonen im Umfang von einem Viertel als viel zu hoch und fordert, diesen nochmals deutlich zu reduzieren oder gänzlich zu verbieten. Wird neben der Vergütung der Arbeit trotzdem eine Zwendung zugelassen so ist diese auch betragsmässig zu beschränken. Zuwendungen an Personen, die den Erblasser beruflich unterstützen, führen regelmässig zu einer ungewollten Beeinflussungen des Begünstigten.

Des Weiteren fordert der SBV, dass die Beschränkung auch auf juristische Personen ausgedehnt wird, an denen die Vertrauensperson oder deren Angehörigen zu 10% oder mehr beteiligt sind. Die vorgeschlagene Bestimmung könnte andernfalls sehr einfach umgangen werden.

Der SBV ist der Ansicht, dass Vertrauenspersonen, welche berufliche Funktionen im Auftrag des Erblassenden ausgeübt haben, neben dem geschuldeten Honorar keiner weiteren Begünstigung bedürfen.

Für Personen, die den Erblasser vor seinem Ableben unentgeltlich gepflegt haben, sollte eine Abgeltung im Sinne des Lidlohn (Art. 334 ff. ZGB) vorgesehen werden. Dieser "Lidlohn" müsste aber auch dann eingefordert werden können, wenn die unterstützende Person nicht im gleichen Haushalt des Erblassers lebte. Eine solche Lösung hat die Vorteile, dass einerseits die leistende Person nicht auf den guten letzten Willen des Erblassers angewiesen ist und andererseits Erbschleicherei durch das Verbot der Begünstigung von beruflich tätigen Vertrauenspersonen wirksam bekämpft wird.

Art. 601a nZGB

Das Informationsrecht nach Art. 601a nZGB ist bedauerlicherweise nur auf den Zeitpunkt nach dem Tod beschränkt. Dies verursacht bei den Erben grosse Probleme, da durch die lange Zeitspanne seit einer Zuwendung wichtige Beweise entweder nicht mehr vorhanden sind oder die nötigen Auskünfte nicht mehr genau erteilt werden können. Der SBV verlangt deshalb eine Verbesserung der Informationspflicht zu Lebzeiten. Die künftigen, pflichtteilsgeschützten Erben sollen bereits zu Lebzeiten Auskünfte einholen dürfen, um damit Beweise für den Erbfall zu sichern. Durch eine solche Bestimmung wird die Verfügungsfreiheit nicht eingeengt.

Der Gesetzgeber macht mit einer solchen Bestimmung deutlich, dass eine erhöhte Transparenz gefordert wird. Der Pflichtteilschutz kann nur wirksam angewendet werden, wenn die dazu nötigen Informationen vorhanden sind. Ist der Erblassende nicht bereit, offen über die Zuwendung zu kommunizieren, so muss den Familienmitgliedern auch zu Lebzeiten ermöglicht werden, diese Auskünfte von Dritten einzuholen. Nur durch eine transparente, ehrliche und vollständige Information können die Ansprüche später bei der Erbteilung geltend gemacht werden.

Seite 6|6

Schlussbemerkungen

Der SBV erachtet es – wie einleitend bemerkt – nicht als vordringlich, dass ein bewährtes und durch die Rechtsprechung gefestigtes Erbrecht revidiert werden muss. Im Vergleich zum umliegenden Ausland hat die Schweiz ähnlich hohe Pflichtteile.

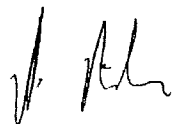
Sollte die Revision aber entgegen dem Willen des SBV umgesetzt werden, so kann der SBV die Beseitigung der von der Lehre aufgezeigten Unklarheiten und die Umsetzung der richtungsweisenden Bundesgerichtsentscheide unterstützen. Der SBV fordert in jedem Fall in folgenden Belangen Anpassungen:

- Verminderung des Pflichtteils nur zur Begünstigung der Zielpersonen (Ehegatte, faktischer Lebenspartner bzw. faktischer Lebenspartnerinnen und Unternehmensnachfolger, -nachfolgerin)
- Verzicht auf Reduktion des Pflichtteils für die Nachkommen
- Aufhebung sämtlicher Begünstigungen im Zeitpunkt der Einreichung einer Klage auf Trennung und/oder Scheidung
- stärkere Beschränkung der erbrechtlichen Zuweisungen an Vertrauenspersonen, die in beruflichen Funktionen zum Erblassenden standen
- Beschränkung der Zuwendungen an juristische Personen, an welchen Vertrauenspersonen, die berufliche Funktionen hatten, beteiligt sind bzw. waren
- Verbesserung des Informationsrechtes zu Lebzeiten für pflichtteilsgeschützte Erben

Wir hoffen, dass Sie unsere Anliegen berücksichtigen werden und danken Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

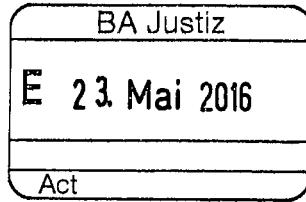
Schweizer Bauernverband



Markus Ritter
Präsident



Jacques Bourgeois
Direktor



Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Zug, 20. Mai 2016 JS/rn

Vernehmlassung zum Entwurf Revision des Erbrechtes

Sehr geehrter Damen und Herren

Ich bin fachlich nicht dazu berufen, Ihnen eine umfassende Vernehmlassung zum Revisionsentwurf Erbrecht zu liefern.

Hingegen kann und muss ich als zum Kreis der Fachanwälte SAV¹ Erbrecht gehörend Ihnen immerhin mitteilen, dass man allerorts in Fachkreisen den Entwurf für die Revision des Erbrechts fachlich als dem Bundesamt für Justiz unwürdig erachtet.

Es mangelt an Kohärenz. Der Entwurf ist nicht sauber durchgearbeitet. Es droht die Revision des Erbrechts nun ein unausgeglichenes Flickwerk zu werden. Das darf nicht sein.

Ich schlage Ihnen deshalb vor in Anlehnung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches aus der Hand von Eugen Huber:

Beauftragen Sie einen im Erbrecht ausgewiesenen Professor mit der integralen Revision des Erbrechtes im Rahmen der bisherigen Anträge und Beschlüsse im Parlament.

Wenn ich Ihnen einen geeigneten Fachmann nennen darf:

Prof. Dr. iur. Paul EITEL, Ordinarius an der Universität Luzern, Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn.

Seine Literaturliste ist überwältigend, sein Denken kristallklar und Dritten sofort verständlich und seine Arbeitsweise ist effizient und unaufdringlich. Er beherrscht das Erbrecht in den kleinsten Details als „geistiges Gebäude“, das der Revision bedarf.

Seine grosse praktische berufliche Erfahrung würde dem Projekt zum Segen gereichen.

Freundliche Grüsse

Joseph Schuler

¹ SAV = Schweizerischer Anwaltsverband

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

alexandre.brodard@bj.admin.ch.

Bern, 17. Juni 2016

Vernehmlassungsantwort Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Einladung zum oben erwähnten Vernehmlassungsverfahren. Gerne nehmen wir dazu wie folgt Stellung.

Der SGB begrüsst grundsätzlich die Stossrichtung der Reform, welche das von 1907 datierende Erbrecht dem sozialen und technischen Wandel anpassen will.

Pflichtteilsrecht (Art. 471 ff. ZGB)

Der SGB ist mit der vorgeschlagenen Neuerung in diesem Bereich einverstanden, welche insbesondere die Pflichtteilsquoten des überlebenden Ehegatten und der Nachkommen ändert.

Der vorliegende Vorschlag, den Pflichtteil der Nachkommen von 3/4 auf 1/2 und denjenigen des überlebenden Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners von 1/2 auf 1/4 zu reduzieren, ist u.E. geeignet, den gewandelten sozialen Bedürfnissen eines grösseren individuellen Entscheidungsspielraumes entgegenzukommen.

Einführung Institut des Unterhaltsvermächtnisses (Art. 484a ZGB)

Der SGB begrüsst die Einführung des Unterhaltsvermächtnisses. Es kommt oft vor, dass ein Partner die Erwerbs- und die persönliche Gestaltungsfreiheit reduziert, um gemeinsame Kinder oder einen pflegebedürftigen Erblasser zu pflegen – häufig handelt es sich dabei um Frauen, die in Teilzeit arbeiten. Diese verbreitete Care-Arbeit in der Familie wurde bis heute gesetzgeberisch nicht erfasst und entsprechend häufig finden sich Frauen in ungünstigen finanziellen Situationen, ohne einen entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Ausgleich zu haben.

Der vorliegende Entwurf sieht für solche Fälle einen vor Gericht geltend zu machenden und richterlich festzulegenden Vermächtnisanspruch vor. Diese Möglichkeit ist zu begrüssen. Der Entscheid des Bundesrates, auf eine gesetzliche Umschreibung dieser Regelung zu verzichten und auf Richterrecht zu verweisen, erscheint für den SGB vertretbar.

Es ist zu erwarten, dass Gerichte einzelfallgerechter und kreativer auf die einzelnen Sachverhalte werden eingehen können, als eine fixe und allzu komplexe Vorgabe im Gesetz selbst.

Anpassung an technische Neuerungen (Art. 506 ff. ZGB)

Neu soll in Situationen einer unmittelbaren Todesgefahr ein Nottestament per Video, zum Beispiel mit dem Smartphone, aufgezeichnet werden können. Der SGB ist mit dieser Neuerung einverstanden.

Wir danken für die Berücksichtigung der oben gemachten Ausführungen.

Freundliche Grüsse

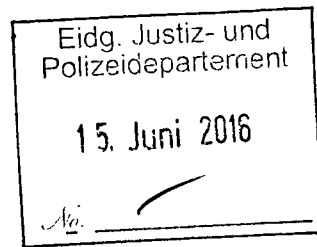
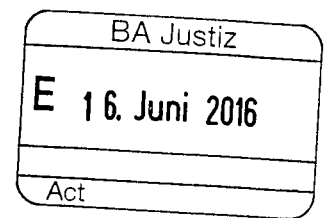
SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Paul Rechsteiner
Präsident



Luca Cirigliano
Zentralsekretär



Per E-Mail an:
alexandre.brodard@bj.admin.ch

EJPD
Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Rodersdorf, 11. Juni 2016

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (SGHVR) bedankt sich für die Möglichkeit, sich im Rahmen der Vernehmlassung zum oben erwähnten Revisionsvorhaben äussern zu können. Entsprechend der Ausrichtung unserer Gesellschaft gilt unser primäres Interesse den Auswirkungen, die die geplante Änderung des Zivilgesetzbuchs (VE-ZGB) für das Haftpflicht- und Versicherungsrecht hat.

I. Art. 476 Abs. 1 VE-ZGB

In Art. 476 Abs. 1 VE-ZGB schlägt der Bundesrat vor, Lebensversicherungsansprüche von Dritten, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, zum Vermögen des Erblassers hinzuzurechnen. Der Vorentwurf weicht damit vom geltenden Recht ab, wonach reine Risikoversicherungen erbrechtlich unberücksichtigt bleiben und gemischte Lebensversicherungen nur mit dem Rückkaufswert zum Nachlass hinzuzurechnen sind.



Wir halten das geltende Recht sowohl rechtspolitisch wie dogmatisch für sachgerecht und lehnen deshalb die vorgeschlagene Änderung ab.

- Entsprechend der Rechtsnatur der gemischten Lebensversicherung sind Leistungen aus dem Risikotransfer von der Rückerstattung des akkumulierten Sparkapitals zu unterscheiden. Nur letzteres, also der sog. Rückkaufswert, stellt ein Aktivum dar, das vom Erblasser weitergegeben wird. Die Risikoleistungen stellen demgegenüber vom Versicherer für den Falle des Eintritts des befürchteten Ereignisses versprochene Zahlungen dar. Sie dienen der Deckung eines durch das befürchtete Ereignis entstandenen Bedarfs. Namentlich wird hier kein Vermögen vom Erblasser (und Versicherungsnehmer) auf einen Dritten verschoben.
- Dass die Versicherungsleistung nicht an den Versicherungsnehmer, sondern an den Begünstigten geht, kommt bei praktisch allen Versicherungszweigen vor. Es liegt in diesen Fällen eine sog. Versicherung für fremde Rechnung vor. Solche Versicherungen bezwecken nicht die Vereitelung des Erbrechts, sondern dienen der Befriedigung legitimer Bedürfnisse. Durch eine Risikolebensversicherung erhält beispielsweise der überlebende Gesellschafter die Möglichkeit, die Erben seines verstorbenen Kollegen auszubezahlen und damit das Unternehmen (und die Arbeitsplätze) zu retten. Ähnliche Überlegungen gelten, wenn eine junge Familie ein Haus kauft und die Fähigkeit zur Verzinsung und Amortisation der Hypothek durch eine Risikolebensversicherung absichert. Solche Möglichkeiten würden massiv erschwert, wenn die Leistungen aus einer Risikoversicherung zum Nachlass des Versicherungsnehmers gerechnet werden müssten.

Ferner möchten wir darauf hinweisen, dass der vorgeschlagene Art. 476 Abs. 1 ZGB von «Lebensversicherungsansprüchen» spricht. Dies bedeutet, dass Leistungen aus anderen Versicherungszweigen nicht erfasst werden. Todesfallleistungen werden nun aber häufig auch in Unfallversicherungen (Autoinsassen- oder UVG-Ergänzungsversicherungen) vereinbart. Es lässt sich unseres Erachtens nicht rechtfertigen (und ist wohl auch nicht beabsichtigt), Todesfallleistungen aus solchen Unfallversicherungen anders zu behandeln als gleiche Leistungen aus Risikolebensversicherungen. Ebenso müsste der Vorschlag des Vorentwurfs, in konsequenter

Fortsetzung dazu führen, auch Leistungen aus Haftpflichtversicherungen für den Ausgleich eines Versorgerschadens zum Nachlass des Verstorbenen hinzuzurechnen.

II. Art. 476 Abs. 2 VE-ZGB

In Art. 476 Abs. 2 VE-ZGB macht der Bundesrat den Vorschlag, dass Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982, nicht zur Erbschaft gehören.

Zu keinen Bemerkungen Anlass gibt dieser Vorschlag, soweit damit die Leistungen der 2. Säule dem Erbrecht entzogen werden. Der Vorentwurf entspricht in diesem Zusammenhang geltendem Recht. Richtig ist sicher auch, dass der Bundesrat die steuerbegünstigte Säule 3a einem einheitlichen Regime unterstellen will, d.h. nicht danach unterschieden wird, ob es dabei um Bankkonti („Banklösung“) oder Versicherungspolice („Versicherungslösung“) geht. Umstritten ist die Frage, welchem rechtlichen Regime die Säule 3a unterstehen soll.

Folgt man dem geltenden Recht, so gelten für die Gelder der steuerbegünstigten Säule 3a integral die Regeln des Privatrechts, d.h. die entsprechenden Leistungen fallen in den Nachlass; im Fall einer Versicherungslösung im Umfang des Barwerts. Vor diesem Hintergrund bringt der Vorentwurf einen eigentlichen Paradigmenwechsel. Er entzieht dem Privatrecht bzw. dem Erbrecht auf einen Schlag fast 100 Milliarden Franken¹ und verteilt diese Gelder neu nach vorsorgerechtlichen Gesichtspunkten. Ob man dies befürwortet, ist keine Frage der Dogmatik, sondern eine solche der Rechtspolitik. Unsere Gesellschaft enthält sich diesbezüglich einer Stellungnahme und beschränkt sich auf die folgenden Bemerkungen.

¹ Laut dem Bundesamt für Statistik lag der Wert im Jahr 2014 bei 93,764 Milliarden Franken (vgl. Schweizerische Sozialversicherungsstatistik 2015, S. 126).

Hält der Bundesrat an seinem Vorschlag fest, die Säule 3a dem Erbrecht zu entziehen, sollte auch die Begünstigtenordnung, die sich heute in Art. 2 der Verordnung über die Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV 3; SR 831.461.3) findet, in ein Gesetz – sei es das BVG oder das ZGB – überführt werden. Damit erhielte die Begünstigtenordnung die nötige demokratische Legitimation: Tatsächlich würde es nämlich rechtsstaatlich nicht befriedigen, wenn der Gesetzgeber bestimmt, wer gesetzlicher bzw. pflichtteilsgeschützter Erbe ist, während der Bundesrat den Kreis und die Rangordnung der Begünstigten aus der Säule 3a auf Stufe Verordnung umschreiben könnte. Es hängt mithin von Zufällen ab, ob Gelder der Säule 3a in den Nachlass fallen: Stirbt jemand kurz vor seiner Pensionierung, käme neu die Begünstigtenordnung zum Tragen. Stirbt sie oder er hingegen erst kurz nach der Pensionierung, würden die nämlichen Gelder nach den Regeln des Erbrechts verteilt. Es scheint uns wichtig, dass der Kreis der Erben und Begünstigten möglichst der gleiche ist bzw. dass verbleibende Unterschiede in nachvollziehbarer Art und Weise begründet werden. Ebenso wichtig scheint es uns, dass auf Stufe Gesetz festgehalten wird, in welchem Umfang bzw. unter Beachtung welcher Modalitäten es einem "Vorsorgenehmer" gestattet ist, über die Gelder der Säule 3a zu disponieren (vgl. auch Bundesgerichtsurteil 9C_284/2015 vom 22. April 2016).

III. Koordination von Erb- und Güterrecht

Die Behandlung von Leistungen aus einer Risikoversicherung und der Leistungen aus der steuerbegünstigten Säule 3a sollte nicht ausschliesslich unter dem Blickwinkel des Erbrechts betrachtet werden. Ähnlich bedeutungsvoll ist es, die Auswirkungen der gemachten Vorschläge auf das Güterrecht zu prüfen.

Nach geltendem Recht wird in der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine (aus der Errungenschaft finanzierte Lebensversicherung) so geteilt, dass jedem Ehegatten die Hälfte des Rückkaufswertes gutgeschrieben wird. Damit stellt sich die Frage, warum im Erbrecht (der Mehrheit der Lehre folgend) bei der Pflichtteilsberechnung nochmals der ganze Rückkaufswert berücksichtigt wird, da ja der Erbmasse nur der halbe gutgeschrieben wurde. Es wird

angeregt, das Zusammenwirken von Güter- und Erbrecht bei der Behandlung von kapitalbildenden Lebensversicherungen zu hinterfragen und im Gesetz explizit zu regeln.

Mit freundlichen Grüssen

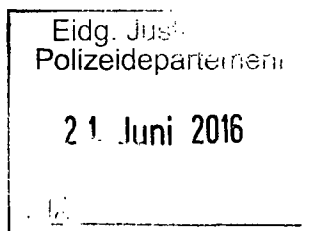
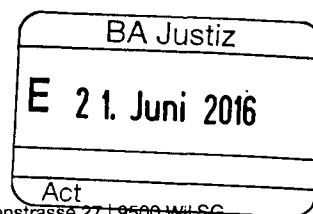
Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht



Felix Schöbi, PD Dr. iur.
Vizepräsident



Stephan Fuhrer, Prof. Dr. iur.
Präsident



St. Gallischer Notarenverband | Grabenstrasse 27 | 9500 Wil SG

R

Bundesamt für Justiz
Frau Simonetta Sommaruga
Bundesrain 20
3003 Bern

20. Juni 2016

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Beiliegend unterbreite ich Ihnen die Stellungnahme des St. Gallischen Notarenverbandes zur Vernehmlassung bezüglich der Modernisierung des Erbrechts.

Begrüsst wird die Änderung der Pflichtteile (Verkleinerung bei Ehegatte und Kindern; Streichung bei den Eltern), ebenso das Unterhaltsvermächtnis und das audiovisuelle Nottestament. Unglücklich formuliert erscheint der Vorentwurf bezüglich der Ausgleichung und der Erbschleicherei. Präziser formuliert werden sollte auch die Ergänzung bezüglich der Informationsrechte der Erben.

Freundliche Grüsse

St. Gallischer Notarenverband

George Weber

Stellungnahme Seiten 1 bis 7

**1. Einheitliche Begriffe «Nachlass» und «Unterhaltsvermächtnis» verwenden;
bisherige Praxis zum Rückkaufswert bei Versicherungen beibehalten**

In mehreren Artikeln des Vorentwurfes wird wahlweise vom «Vermögen» oder der «Erbenschaft» gesprochen. Korrekterweise ist durchgehend der Begriff «Nachlass» zu verwenden, der auch im erläuternden Bericht gebräuchlich ist. Gleichzeitig sind die seit 1912 bestehenden Begriffszweideutigkeiten im Gesetz zu präzisieren.

Analog beim «Unterhaltsvermächtnis». Ein Unterhaltsvermächtnis ist nicht ein Vermächtnis. Geht es um das Unterhaltsvermächtnis, ist stets dieser Begriff beizubehalten.

Bei Lebensversicherungsansprüchen ist aufgrund des Versicherungsrechtes zu differenzieren. Aufgrund der bisherigen Lehre und Praxis sind lediglich Rückgewährssummen zum Nachlass hinzuzurechnen. Würde der diesbezügliche Vorentwurf zum Gesetz erhoben, ergäbe sich eine Auswirkung auf das Versicherungsrecht. Problematisch wäre überdies die (ungeklärte) Durchsetzung von Ansprüchen der pflichtteilsberechtigten Erben gegenüber den versicherungsrechtlich Begünstigten. Infolgedessen nicht aufzuheben, sondern beizubehalten ist Art. 529 ZGB in der jetzigen Fassung.

Die (untere) Grenze eines Unterhaltsvermächtnisses, welches das Gericht anordnen kann, ist der Pflichtteilsschutz. Dies sollte im Gesetz klar zum Ausdruck kommen.

Empfehlungen:

Art. 470 Abs. 1

... kann bis zu deren Pflichtteil über ~~sein Vermögen~~ seinen Nachlass von Todes wegen verfügen.

Art. 470 Abs. 2

Wer keine der genannten Erben hinterlässt, kann über ~~sein ganzes Vermögen~~ seinen ganzen Nachlass verfügen.

Art. 476 Abs. 1

Lebensversicherungsansprüche von Dritten, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, werden mit dem Rückkaufswert zum ~~Vermögen~~ Nachlass hinzugerechnet.

Art. 476 Abs. 2

... über die berufliche Alters- Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, gehören nicht ~~zur Erbschaft~~ zum Nachlass.

Art. 484a Abs. 1

Das Gericht kann anordnen, dass einer Person zulasten ~~der Erbschaft~~ des Nachlasses ein Unterhaltsvermächtnis ausgerichtet wird, ...

Art. 484a Abs. 2

Die Ausrichtung des ~~Vermächtnisses~~ Unterhaltsvermächtnisses muss für die Erben namentlich aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe ~~der Erbschaft~~ des Nachlasses zumutbar sein. Pflichtteile bleiben gewahrt.

Abs. 484 Abs. 3

Das ~~Vermächtnis~~ Unterhaltsvermächtnis wird auf Klage hin festgesetzt. ...

Art. 564 Abs. 1

Die Gläubiger des Erblassers und ~~der Erbschaft~~ des Nachlasses gehen mit ihren Ansprüchen den Vermächtnisnehmern vor.

Art. 564 Abs. 2

In Bezug auf die Vermögenswerte aus ~~der Erbschaft~~ dem Nachlass gehen die Vermächtnisnehmer mit ihren Ansprüchen den Gläubigern des Erben vor.

2. Einheitlicher Begriff «Gericht» verwenden

Der Begriff «Gerichtsbehörde» ist uralt und entstammt dem vorletzten Jahrhundert. Bei einer Modernisierung des Erbrechts sollte einheitlich auf die präziseren Begriffe «Gericht» bzw. «zuständige kantonale Behörde» abgestellt werden. Beim Nottestament ist es immer ein Gericht, welches zuständig ist, nicht irgendeine Erbschaftsbehörde (oder [der Zwitter] Gerichtsbehörde).

Im Militärdienst kann der Offizier nicht das Gericht (bzw. die Gerichtsbehörde) ersetzen, aber den Vorgang, die Niederlegung oder Protokollierung der mündlichen Verfügung beim Gericht. Entsprechend ist diese Passage präziser zu formulieren.

Empfehlungen:

Art. 507 Abs. 1

Die mündliche Verfügung ist sofort ..., unverzüglich bei ~~einer Gerichtsbehörde~~ einem Gericht niederzulegen. Die beiden Zeugen können stattdessen die Verfügung mit der gleichen Erklärung bei ~~einer Gerichtsbehörde~~ einem Gericht zu Protokoll geben.

Art. 507 Abs. 2

Errichtet der Erblasser die mündliche Verfügung im Militärdienst, so kann ein Offizier mit Hauptmanns- oder höherem Grad ~~die Gerichtsbehörde~~ die Niederlegung oder Protokollierung der mündlichen Verfügung beim Gericht ersetzen.

Art. 507 Abs. 3

Wer eine audiovisuelle Verfügung findet oder erhält, muss diese unverzüglich ~~der Gerichtsbehörde~~ dem Gericht übergeben. Dieses erstellt sogleich ein Protokoll, in dem die Personalien ...

3. Erbschleicherei

Eine hundertprozentige Sicherheit gegen Missbrauch wird es nie geben. Die vorgeschlagene Lösung im Vorentwurf wird im erläuternden Bericht selbst als Versuch, eine Antwort zu liefern, beschrieben. Der vorgeschlagene Art. 541a VE 2016 erscheint in der vorliegenden Fassung als unüberlegter Schnellschuss, der im übrigen im Ergebnis dazu führen würde, dass sich de facto Pflichtteilsansprüche wiederum erhöhen würden ...

Wesentlich bei der ganzen Debatte ist, dass kognitiv eingeschränkte Erblasser von Personen in ihrem engeren Umfeld leicht beeinflusst werden können. Wer aber sind nahestehende Personen, welche neu nur noch begrenzt erben können sollen? Anwälte, Notare, Ärzte, Pflegepersonen? Oder auch Banker, Treuhänder, Vorsorgebeauftragte und erbschleichende Geschwister?

Die Beeinflussung, dies zeigen exemplarisch fast alle Fälle aus der Gerichtspraxis, geschieht vor allem mittels eigenhändig letztwilligen Verfügungen (handschriftlichen Testamenten), nicht aber oder kaum bei notariell beurkundeten Verfügungen von Todes wegen (öffentlichen Testamenten oder Erbverträgen). Hier gilt es anzusetzen. Infolgedessen ist der noch etwas unvollständige Vorschlag aufzunehmen und entsprechend zu ergänzen, damit die erblasserische Freiheit gleichwohl gewahrt bleibt, aber auch ein Schutz des Erblassers vor Missbrauch durch nahestehende Personen beim erblasserischen Willen besteht.

Mit eigenhändiger letztwilliger Verfügung soll der Erblasser ein Viertel seines Nachlasses an nahestehende Personen, die beruflich mit ihm zu tun haben, erbrechtlich zuwenden können. Was über einen Viertel des Nachlasses hinausgeht, soll zum Schutz des Erblassers über eine notariell beurkundete Verfügung von Todes wegen (öffentliches Testament oder Erbvertrag) geschehen können. Dazu braucht es erfahrungsgemäss eine Urkundsperson (Notar) und zwei Zeugen, welchen den erblasserischen Willen eingehend prüfen und beurkunden. Damit besteht ein hochgradiger Schutz vor Beeinflussung des Erblassers durch Dritte.

Art. 541a

Den Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie ihren Angehörigen, kann durch eine ~~Verfügung von Todes wegen~~ eigenhändige letztwillige Verfügung insgesamt höchstens ein Viertel ~~der Erbschaft~~ des Nachlasses zugewendet werden.

4. Informationsrecht der Erben

Die Gerichtspraxis ist uneinheitlich, weshalb das Informationsrecht äusserst präzise zu formulieren ist, damit es auch durchsetzbar wird. Denn die Verschleierungspraxis bei Banken, Versicherungen, Anwälten und Treuhändern ist (nach wie vor) äusserst mannigfaltig und sucht im In- wie Ausland immer wieder neue Hintertüren (Stichworte Versicherungsmäntel, Panama Papers etc.).

Neu bedienen sich Banken sogar der Vereinsform; früher waren es Stiftungen oder Trusts mit Auslandomizil, ganz früher ausserkantonale Bankbeziehungen um die Steuerbehörden zu täuschen. Einzelne Banken bieten vermögenden Klienten ab CHF 10 Mio. im kleinen Kreis neuerdings sogenannte «Börsenclubs» an, bei welchen (wie bei einem Golfclub) Einlagen ab CHF 50 000 und aufwärts möglich sind. Solche Börsenclubs werden in «Vereinsform» gekleidet, um Auskünfte bezüglich des Nachlass- und Steuerinventares bewusst zu hintergehen.

Diesbezüglich gilt es klar vorzubeugen, damit pflichtteilsberechtigte Erben wirklich an die relevanten Informationen gelangen können. Ein solch gearteter «Durchgriff» ist vom Gesetz unbedingt vorzusehen. Es gibt im übrigen verschiedenste Arten von Geheimnisträgern, weshalb der Geheimnisschutz in solchen Fällen umfassend aufzuheben ist, damit Informationsansprüche durchgesetzt werden können.

Empfehlung:

Art. 601a Abs. 3

Pflichtteilsberechtigten Erben kann das Informationsrecht nicht durch eine letztwillige Verfügung entzogen werden; ~~das Berufsgeheimnis~~. Das Berufs-, Bank- oder Geschäftsgeheimnis kann Informationsberechtigten nicht entgegengehalten werden, insbesondere nicht von Gesellschaften, Trusts, Trustees, Stiftungen, Vereinen oder Versicherungen.

5. Ungenügende Ausgleichung

Im erläuternden Bericht unter Ziff. 6.7 wird die Ausgleichung und Herabsetzung behandelt. Primär geht es um die Herabsetzung, nicht näher eingegangen wird auf die Ausgleichung. Der entsprechende Vorschlag von Art. 626 Abs. 2 VE 2016 wird nicht näher erläutert, die drei dürren Zeilen auf Seite 45 unten sind für Praktiker nicht nachvollziehbar.

Wenn die Bedingungen für die gesetzliche Ausgleichung näher konkretisiert werden sollen, wäre im erläuternden Bericht darzulegen, inwiefern dies geschehen soll. Der diesbezügliche Vorentwurf hinterlässt bei Art. 626 Abs. 2 VE 2016 den Eindruck, als sei er ganz und gar nicht durchdacht, als haben - mit allem Respekt - die für den Vorentwurf verantwortlichen Personen den bisherigen Sinn und Zweck von Art. 626 Abs. 2 ZGB nicht verstanden.

Es ist kaum vorstellbar, dass eine (eingeschränkte) Begrenzung auf Ausstattungen (allein) gemeint ist, welche neu der Ausgleichung unterliegen sollen. Auch wird nirgends gesagt, weshalb die bisherige Einschränkung (Nachkommen) nun auf alle Erben angewendet werden soll (Ehegatte und eingetragener Partner, weitere [eingesetzte oder gesetzliche] Erben). Was ist wirklich gemeint? Sollen neu nun alle Erben ausgleichen müssen oder wie bis anhin nur die Nachkommen? Und weshalb wird plötzlich nur von Erbvorbezug gesprochen? Geht es nicht um sämtliche unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen, welche seitens des Erblassers erfolgt sind, die auszugleichen sind?

Last but not least scheinen Art. 527 Ziff. 1 VE 2016 und Art. 626 Abs. 2 VE 2016 nicht aufeinander abgestimmt zu sein.

Zur Veranschaulichung der derzeitige Gesetzestext:

Art. 626 Abs. 2

Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass u. dgl. zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.

Vorschlag gemäss Vorentwurf:

Art. 626 Abs. 2

~~Als Erbvorbezug gelten alle Zuwendungen, die der Ausstattung dienen, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt; vorbehalten bleibt die Bestimmung über die Auslagen des Erblassers für die Erziehung und Ausbildung einzelner Kinder.~~

Gemeint ist unser Erachtens folgendes:

Empfehlungen:

Art. 626 Abs. 2

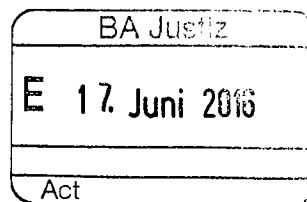
Was der Erblasser seinen Nachkommen unentgeltlich zugewendet hat, steht, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt wurde, unter der Ausgleichungspflicht.

Unseres Erachtens sind unter unentgeltlichen Zuwendungen namentlich zu verstehen: Heiratsgüter, Ausstattungen, Vermögensabtretungen, Schulderlasse, Schenkungen, gemischte Schenkungen, Erbvorbezüge, verjährte Darlehen etc.. Aber auch geldwerte Zuwendungen für ungleiche Erziehungen und Ausbildungen einzelner Kinder. Das eine Kind studiert während fünf Jahren und macht anschliessend Ausland- und Sprachaufenthalte, welche vom Erblasser finanziert werden, das andere Kind eine einfache Berufslehre.

20. Juni 2016

St. Gallischer Notarenverband

Bundesamt für Justiz
Herr
Alexandre Brodard
Bundesrain 20
3003 Bern
alexandre.brodard@bj.admin.ch



Bern, 17. Juni 2016 sgv-KI/ds

Vernehmlassung: Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

Sehr geehrter Herr Brodard

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 11. März 2016 lädt uns das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) Stellung zu nehmen. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Seit Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 ist das Erbrecht lediglich ein paar Mal revidiert worden. Unter anderem ist die Rechtsstellung der ausserehelichen Kinder und des überlebenden Ehegatten verbessert worden. Der Situation der eingetragenen Partner wird heute besser Rechnung getragen. Ausserdem wurden das Erbrecht der vierten Parentel und der Pflichtteil der Geschwister abgeschafft.

In den vergangenen Jahren haben sich das gesellschaftliche Umfeld und die für das Erbrecht relevanten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen stark verändert. Die durchschnittliche Lebenserwartung ist stark angestiegen, die familiären Lebensformen sind vielfältiger geworden und die Scheidungszahlen haben zugenommen. Bedingt durch diese Entwicklung sind Zweit- und Drittbeziehungen häufiger geworden. Es gibt immer mehr Patchwork-Familien. Die Kinder wachsen nicht mehr nur bei ihren leiblichen Eltern auf. Sie leben beispielsweise nur bei einem Elternteil, der häufig selbst wieder einen neuen Partner oder eine neue Partnerin hat. Dieser oder diese bringt selber weitere eigene Kinder in den gemeinsamen Haushalt ein. Es kommt damit zu gelebten Eltern-Kind-Beziehungen jeder denkbaren Ausprägung, die aber häufig rechtlich als solche nicht anerkannt werden. Mit oder ohne Kinder werden Beziehungen ohne Eheschluss gelebt. Immer mehr Beziehungen sind rechtlich nicht oder nur ungenügend anerkannt und werden vom Erbrecht nicht oder nur teilweise erfasst.

Mit der Revision des Erbrechts soll der Erblasser mehr Freiheiten bekommen. Die Pflichtteile der Nachkommen werden von drei Viertel auf die Hälfte und des überlebenden Ehegatten von der Hälfte auf einen Viertel verkleinert. Der Pflichtteil der Eltern soll ganz wegfallen. Das hat Auswirkungen auf die Unternehmensnachfolge.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv begrüsst deshalb grundsätzlich die Stossrichtung der Revision des Erbrechts. Im Einzelnen nehmen wir wie folgt zu den vorgeschlagenen Änderungen Stellung.

1. Erhöhung der Verfügungsgewalt durch den Erblasser (Art. 471 E-ZGB)

Mit der Revision soll eine Flexibilisierung des Erbrechts, namentlich des Pflichtteilsrechts, und dessen Anpassung an die aktuellen gesellschaftlichen, familiären und demografischen Lebensrealitäten vorgenommen werden, ohne dass die Familie als institutionelle Konstante in Frage gestellt wird. Im Kern wird das geltende Erbrecht bewahrt. Wie bis anhin steht es dem Erblasser frei, die Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen. Die Pflichtteile der Nachkommen sollen von drei Viertel auf die Hälfte und jene des überlebenden Ehegatten von der Hälfte auf einen Viertel verkleinert werden. Der Pflichtteil der Eltern wird ganz abgeschafft.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt diesen Vorschlag. Mit der Reduktion der Pflichtteile wird der Handlungsspielraum für den Erblasser grösser. Dadurch kann der Erblasser einer Zersplitterung des Vermögens entgegenwirken. Sind Erben zerstritten und beharren auf der Auszahlung der Pflichtteile, müssen unter Umständen (z.B. bei fehlender Liquidität) Teile des Unternehmens oder das ganze Unternehmen veräussert werden. Das dürfte kaum im Sinne des Erblassers oder der Erblasserin sein. Mit der Reduktion der Pflichtteile führen Erbgänge innerhalb eines Familienunternehmens nicht mehr zwangsläufig zur Zerschlagung des Unternehmens. Dies kann die Nachfolgeregelung im Unternehmen und den Erhalt des Unternehmens von grosser Bedeutung sein kann.

2. Versicherungs- und Vorsorgeansprüche (Art. 476 E-ZGB)

Lebensversicherungsansprüche von Dritten, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, werden zum Vermögen hinzugerechnet. Nicht zur Erbschaft gehören Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des AHV-Gesetzes.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt diese Bestimmung.

3. Unterhaltsvermächtnis (Art. 484a E-ZGB)

Mit einem Unterhaltsvermächtnis kann der faktische Lebenspartner, der erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat und zur Fortführung eines angemessenen Lebensunterhalts auf ein solches angewiesen ist, begünstigt werden. Auch den Personen, die während ihrer Minderjährigkeit während mindestens fünf Jahren mit dem Erblasser gelebt und von ihm finanzielle Unterstützung erhalten haben (z. B. Kinder des Ehegatten), könnte das Vermächtnis ausgerichtet werden.

Entscheidend ist, dass das Unterhaltsvermächtnis einklagbar ist (Art. 484a E-ZGB) und auf Anordnung des Gerichts und somit unabhängig vom Willen des Erblassers „faktische Lebenspartner“ begünstigen soll, die mit dem Erblasser eine „faktische Lebensgemeinschaft“ geführt haben und „erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers“ erbracht haben.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt diese Bestimmung ab. Die Voraussetzungen für eine Vermächtnisklage (z.B. „faktische Lebensgemeinschaft“ und „erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht“) sind sehr offen formuliert und werden erst im Rahmen gerichtlicher Auseinandersetzungen definiert werden können. Die Begriffe bieten viel Raum für Interpretationen und schaffen erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Höhe des Vermächtnisses legt das Gericht fest. Die Verfügungsfreiheit des Erblassers wird eingeschränkt, was wiederum dem Geist der Pflichtteilreduktion (Art. 471 E-ZGB) entgegenläuft. Für KMU schafft das Unterhaltsvermächtnis unvorhersehbare Risiken.

4. Nottestament (Art. 506 ff. E-ZGB)

Ist der Erblasser infolge ausserordentlicher Umstände verhindert, ein formelles Testament zu machen, kann er mündlich oder auf dem audiovisuellen Weg ein Nottestament absetzen.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt diese Bestimmung.

5. Zuwendungen an Vertrauenspersonen (Art. 541a E-ZGB)

Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie ihren Angehörigen kann durch eine Verfügung von Todes wegen insgesamt höchstens ein Viertel der Erbschaft zugewendet werden.

Mit dieser Norm will der Bundesrat der Erbschleicherei zuvorkommen bzw. sie eindämmen. Damit wird aber neues Konfliktpotenzial geschaffen und die Verfügungsgewalt des Erblassers eingeschränkt.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt diese Bestimmung ab. Bereits nach heutigem Recht können die rechtmässigen Erben die Möglichkeit, Zuwendungen an Dritte zufolge Erbschleicherei anzufechten und ein Testament für ungültig erklären zu lassen (Art. 469 ZGB).

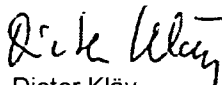
Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, Nationalrat



Dieter Kläy
Ressortleiter



Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Alexandre Brobard
Wissenschaftlicher Mitarbeiter

alexandre.brobard@bj.admin.ch

16. Juni 2016

Vernehmlassung Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Vorstand des SKF Schweizerischer Katholischer Frauenbund nimmt gerne zur geplanten Änderungen des Zivilgesetzbuches im Bereich des Erbrechts Stellung.

Grundsätzliche Einschätzung

Der Vorstand (nachfolgend VV SKF) begrüsst die Revision des Erbrechts. Insbesondere der darin enthaltene Aspekt zur Reduktion der Pflichtteile sowie die hohe Gewichtung der Solidargemeinschaft in Lebenspartnerschaften, unabhängig von ihrer rechtlichen Normierung, ist aus unserer Sicht eine wesentliche Verbesserung. Es freut uns, dass verschieden- sowie gleichgeschlechtliche Partnerinnen und Partner für ein Unterhaltsvermächtnis anspruchsberechtigt sind.

Wir fokussieren uns in dieser Stellungnahme auf diejenigen Artikel, die diese Änderungen betreffen.

Art. 471

Der VV SKF begrüsst die Reduktion bzw. Abschaffung der Pflichtteile und die damit einhergehende Flexibilisierung der Willensgestaltung der Erblasserin oder des Erblassers. Somit ist es unverheirateten Personen möglich, ihrer Lebenspartnerin oder ihrem Lebenspartner einen grösseren Teil ihres Erbes zu vermachen.



Art. 484a

Der VV SKF begrüsst es sehr, dass mit dem neuen Artikel 484a ein Unterhaltsvermächtnis eingeführt wird und dass die Partnerin oder der Partner der verstorbenen Person unabhängig des Geschlechts anspruchsberechtigt ist. Diese Neuerung ist ein wichtiger Ausgleich für die mangelnde finanzielle Absicherung von Personen, die unbezahlte Care- oder Sorge-Arbeit leisten. Unbezahlte Care-Arbeit vor der Pensionierung zu leisten bedeutet nicht nur eine psychische und physische Belastung, sondern geht in der Regel mit massiven Einkommenseinbussen und Lücken in der Altersvorsorge einher. Dass dieses finanzielle Risiko von Care-Arbeit-Leistenden nun zumindest im Erbrecht anerkannt wird, freut den VV SKF sehr. Er betrachtet deshalb diesen Artikel als unverzichtbares Kernstück der vorliegenden Revision.

Eine Verwirkungsfrist von drei Monaten nach Kenntnisnahme (Abs. 3) erscheint uns angemessen. Wir vertreten die Haltung, dass diese Frist von den Betroffenen dann eingehalten werden kann, wenn die für die Abwicklung der Erbschaft zuständigen Behörden und Ämter selber gut informiert sind und die Informationen sorgfältig weitergeben.

Der VV SKF dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Simone Curau-Aeppli
Präsidentin SKF Schweizerischer Katholischer Frauenbund

Der SKF Schweizerischer Katholischer Frauenbund

Der SKF ist der grösste konfessionelle Frauendachverband der Schweiz. Er setzt sich für die Anliegen der Frauen in Politik, Gesellschaft und Kirche ein und engagiert sich für Frieden, Gerechtigkeit und die Bewahrung der Schöpfung. Er hat 150'000 Mitgliedsfrauen, 19 Kantonalverbände und 750 Ortsvereine.

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Département fédéral de justice et police
Bundesrain 20
3003 Berne

Par Email

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Coire, le 17 juin 2016

Révision du code civil (droit des successions)

Procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

La Conférence Suisse des Délégué-e-s à l'Egalité entre Femmes et Hommes (CSDE), qui regroupe tous les services et bureaux chargés de la promotion de l'égalité de la Confédération, des cantons et des villes, prend volontiers position dans le cadre de la consultation mentionnée sous rubrique.

En préambule, la CSDE précise qu'elle ne commentera pas l'ensemble des modifications proposées par l'avant-projet, mais uniquement celles pouvant avoir un impact à raison du genre.

A ce propos, la CSDE regrette vivement l'absence de statistiques genrées permettant d'illustrer la réalité et plus particulièrement celle concernant la situation financière des conjoint-e-s et des partenaires de fait survivant-e-s.

I. Généralités

La CSDE partage les préoccupations qui ont mené au dépôt de la motion Gutzwiller 10.3524, notamment en ce qui concerne l'adaptation du droit des successions aux réalités familiales actuelles, et regrette l'orientation qui lui a été donnée par la Commission des affaires juridiques. Elle ne partage pas le constat de la CAJ-N et du Conseil fédéral, selon lequel l'aspect du mandat consistant à mettre sur un pied d'égalité les couples mariés, les couples (de même sexe) liés par un partenariat enregistré et les personnes vivant en concubinage risquerait de mettre fondamentalement en cause l'institution du mariage et le rôle de la famille. La CSDE réfute le fait que les familles puissent jouer un rôle différent selon que les parents soient mariés, liés par un partenariat enregistré ou non. Des parents élevant des enfants constituent de facto une famille et ces parents endossent tous le même « rôle » et assument les mêmes devoirs envers les enfants. Par conséquent, à partir du moment où l'on considère que toutes les familles jouent un rôle pérenne, la contradiction entre le texte de la motion et le développement de celle-ci disparaît. Il semble alors parfaitement possible d'accorder davantage de droits aux partenaires de fait sans précariser la situation des familles institutionnalisées, et ce n'est pas cette option qui remet fondamentalement en cause l'institution du mariage. Le jugement moral émis sur le concubinage, qui n'est par ailleurs pas toujours choisi mais parfois consenti, est daté et le fait de le pénaliser juridiquement prête à caution, car l'idée que les concubins et les concubines restent soumis à la devise doublement centenaire de Napoléon : « les concubins ignorent la loi, la loi

les ignore » n'est plus acceptable aujourd'hui. La protection inconditionnelle accordée à l'institution du mariage par le droit des successions semble pouvoir également mener à des situations choquantes, en cas de mariages blancs par exemple ou de mariage célébré pour faire venir en Suisse une personne rencontrée à l'étranger grâce à un site internet spécialisé.

Il est évident qu'il n'est pas possible de réaliser une égalité de traitement entre les unions légales et les communautés de vie de fait par une simple mise à égalité dans le droit des successions. Le fait même que le partenariat enregistré ne soit pas ouvert aux couples de sexes différents constitue par ailleurs déjà une inégalité de traitement. La CSDE estime cependant qu'il n'y a pas lieu de relayer cette inégalité par le biais du droit des successions, lequel ne devrait pas créer d'incitation à un choix de mode de vie plutôt qu'un autre par une pénalisation du concubinage.

En outre, la décision de ne pas accorder le statut d'héritier et d'héritière au ou à la partenaire de fait va au-delà du souhait de ne pas mettre les concubin-e-s d'une part et les couples mariés et partenariés d'autre part sur un pied d'égalité. Elle ancre ainsi une réelle inégalité juridique entre les diverses formes de communautés de vie en opposant les familles institutionnalisées aux familles de fait. A cet égard, la réponse apportée par l'avant-projet mis en consultation pour améliorer le statut des couples non-mariés, consistant à augmenter la quotité disponible, ne suffit pas à réaliser le but du droit de la famille et du droit des successions énoncé dans le rapport explicatif (p. 4), à savoir offrir un cadre juridique fiable aux relations familiales.

II. Mise en œuvre de la motion Gutzwiller

1. Réduction de la réserve

La CSDE salue la proposition de suppression de la réserve des parents et de réduction de celle des descendant-e-s permettant de renforcer la liberté de disposer du ou de la *de cujus* en augmentant la quotité disponible. Par contre, elle n'est pas favorable à la réduction de la réserve du conjoint ou de la conjointe ainsi que du ou de la partenaire enregistré-e de la moitié à un quart de sa part. Cette volonté ne ressort pas de la motion Gutzwiller, laquelle inspirait uniquement à réduire la réserve des descendant-e-s et à supprimer celle des parents. La CSDE estime que l'héritage doit permettre de maintenir un train de vie aux conjoint-e-s survivant-e-s, en particulier à l'âge de la retraite, et de les laisser participer par la voie successorale au patrimoine qu'ils ou elles ont contribué à constituer pendant des années. Elle s'interroge en particulier sur la condition des femmes mariées survivant à leur conjoint, sachant qu'il s'agit d'une forte probabilité statistique, alors même que ces conjointes survivantes, au vu de leur âge au moment du décès de leur époux ou de leur partenaire enregistré, peuvent nécessiter plus de ressources que les descendant-e-s et que femmes et hommes ne sont pas égaux devant l'emploi, les salaires et donc, la retraite. La réserve héréditaire reste dans ces cas un filet de sécurité, notamment pour les personnes qui n'auraient pas prévu de contrat de mariage.

La CSDE voit en outre dans cette proposition une nouvelle façon d'opposer les couples légaux à ceux qui ne le sont pas, rendant en quelque sorte les conjoint-e-s de fait « responsables » de la réduction de la sécurité accordée aux veufs et aux veuves par le biais des réserves. Le fait de maintenir la réserve du conjoint ou de la conjointe survivant-e à $\frac{1}{2}$ de son droit ramènerait la quotité disponible à $\frac{1}{2}$ en lieu et place des $\frac{5}{8}$ proposés, ce qui correspond tout de même à une amélioration par rapport à la situation actuelle de $\frac{3}{8}$.

La CSDE constate encore que ces mesures ne permettront d'atteindre leurs buts, notamment celui de concilier la loi et les nouvelles réalités familiales, que de manière très partielle. En effet, compte tenu du fait qu'un tiers de la population ne reçoit rien par la voie successorale, que les 10% supérieurs reçoivent les trois quarts de la somme totale des successions (rapport p. 5) et que de nombreuses personnes ne règlent pas à temps leurs succession, force est de constater que la probabilité d'améliorer le sort réservé au ou à la partenaire de fait par le biais de la quotité disponible reste très hypothétique. Sachant en outre que presque la moitié de la population pense à tort que le ou la partenaire de fait est un héritier ou une héritière légale et ne prendra dès lors pas de dispositions pour cause de mort, que le régime matrimonial ne s'applique pas aux couples de fait, que ceux-ci n'ont pas la possibilité de s'avantager mutuellement par le biais d'un contrat de mariage ou de partenariat et que les legs aux concubin-e-s restent soumis, dans la majorité des cantons, à un impôt substantiel, il

devient difficilement compréhensible que la proposition d'accorder le statut d'héritier ou d'héritière, si ce n'est réservataire, pour le moins légal-e, n'ait pas été retenue. Comment justifier par exemple qu'un-e partenaire de fait se voit privé-e, au profit de la collectivité publique, de la fortune d'un-e *de cuius* sans famille qui serait décédé *ab intestat* ?

2. Instauration d'un legs d'entretien

La CSDE partage le souhait de la motion Gutzwiller d'améliorer la situation du concubin ou de la concubine survivant-e en matière successorale et prend acte de la volonté du Parlement d'écarter l'égalité entre mariage, partenariat enregistré et concubinage. Tout comme le Conseil fédéral, la CSDE estime que cette solution peut être, dans certains cas, d'une rigueur excessive et amener à des situations choquantes. Or, la solution de l'instauration d'un legs d'entretien à des conditions extrêmement restrictives pour parer à ces éventualités semble, elle aussi, d'une rigueur excessive et la CSDE doute qu'elle puisse atteindre son objectif.

Non seulement les conditions strictes d'obtention, à savoir trois ans de vie commune, avoir fourni une contribution importante dans l'intérêt du défunt ou de la défunte, des ressources insuffisantes pour assurer soi-même le maintien d'un niveau de vie convenable, ne pas grever inconsidérément la succession et surtout en faire la demande dans les trois mois suivant la connaissance du décès, décourageront par elles-mêmes plus d'un-e prétendant-e, mais la formulation très vague de la disposition laisse une trop grande marge d'appréciation aux tribunaux. Les termes « contribution importante », « grever inconsidérément », « niveau de vie convenable » et « ressources insuffisantes » sont notamment sujets à interprétation.

La CSDE estime qu'outre le frein mis par les conditions elles-mêmes et par leur interprétation par les tribunaux, le fait que le legs d'entretien ne soit pas accordé de facto mais que la personne qui souhaite en bénéficier doive en faire la demande en justice contre la succession finira d'enterrer cette possibilité. La personne demanderesse devra en effet prendre le risque de se mettre en conflit avec toute la succession dans le meilleur cas et même de se confronter à un procès houleux, long et onéreux.

A cet égard, la CSDE constate encore que, même si toutes les conditions sont remplies, le ou la juge peut, selon les termes de l'art. 484a et contrairement aux précisions apportées par le rapport (p. 20), choisir d'ordonner le legs ou, apparemment, de débouter la personne qui en fait la demande. La CSDE propose par conséquent que la formulation « le ou la juge ordonne » soit retenue.

Pour ce qui est du délai de péremption, le fait de devoir faire une demande en justice dans les trois mois suivant le moment où la partie demanderesse a eu connaissance du décès du ou de la *de cuius* semble bien trop bref. Une personne concernée peut en effet estimer de manière erronée qu'elle parviendra à subvenir à ses besoins et être confrontée par la suite à une situation imprévue voire imprévisible. Sans compter que cette décision possiblement lourde de conséquences doit être prise dans un contexte de deuil.

Quant au commentaire selon lequel les personnes concernées auraient eu la possibilité de se marier ou de prendre d'autres dispositions pour garantir l'avenir financier du survivant ou de la survivante, la CSDE estime qu'il s'agit d'un jugement de valeur qui n'a plus lieu d'être. D'une part ces situations ne sont pas toujours choisies et, d'autre part, le droit des successions ne devrait pas instaurer d'incitation à un choix de mode de vie plutôt qu'un autre.

En conséquence, la CSDE souhaite que le statut de concubin-e soit mieux protégé par l'instauration d'une qualité héritier/-ière, si ce n'est réservataire, du moins légal-e.

III. Autres questions

Prévoyance privée liée, prévoyance professionnelle et assurance-vie

La CSDE salue la solution retenue par l'avant-projet, consistant à inscrire dans la loi que les avoirs accumulés au titre du pilier 3a sont exclus de la masse successorale. Elle partage la conception selon

laquelle le pilier 3a doit suivre un but de prévoyance, à savoir notamment le maintien du niveau de vie des survivant-e-s, des conjoint-e-s et des enfants mineurs. Si ces avoirs tombaient dans la masse successorale, la situation des partenaires de vie de fait subirait une nouvelle péjoration, ce qui n'est pas souhaitable au vue de la faible protection que leur accorde le droit des successions.

A contrario, la CSDE n'est pas favorable à la réunion des prestations d'assurance sur la vie naissant au décès du ou de la *de cujus* à la masse successorale pour le calcul des réserves et de la quotité disponible. En effet, la solution actuelle permet de conclure une police d'assurance risque pur en cas de décès afin de favoriser son concubin ou sa concubine. C'est également un moyen pour les parents non statutaires de favoriser leur enfant de fait, par exemple dans le cadre d'une famille recomposée ou homoparentale. Le capital souscrit est choisi librement et les héritier/-ières réservataires ne peuvent contester le contrat en raison de l'absence de valeur de rachat. De surcroit, la prestation en cas de décès est soumise à une imposition unique et distincte moins élevée que l'impôt sur les successions pour les concubin-e-s. Cette possibilité est particulièrement importante lorsque les concubin-e-s sont propriétaires d'un bien immobilier. Chaque concubin-e est alors propriétaire à parts égales du logement et exerce un droit d'usufruit sur la part de l'autre et la conclusion de l'assurance risque pur permet de le ou la protéger au décès de l'autre en lui donnant la possibilité d'exercer un droit de jouissance sur l'ensemble du bien immobilier sa vie durant, dans le respect des réserves héréditaires.

Bien que la solution proposée semble justifiable d'un point de vue juridique, puisque les autres libéralités entre vifs sont sujettes à réduction et font l'objet d'une réunion, elle mènerait à des situations particulièrement inéquitables en ce qui concerne les partenaires de vie, notamment lorsqu'aucune disposition pour cause de mort n'a été prise par le ou la *de cujus*. Les concubin-e-s n'ont effectivement pas la possibilité de s'avantager par un contrat de mariage et ne peuvent bénéficier des faveurs de l'art. 473 CC. La modification de l'art. 476 al. 1 CC prévue par l'avant-projet représente dès lors une nette péjoration de la situation des concubin-e-s, ce qui va à l'encontre de la volonté claire de la motion Gutzwiller.

En vous remerciant par avance de l'attention que vous voudrez bien porter à nos observations, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, à l'expression de notre parfaite considération.

Au nom de la Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité, la Présidente:



Silvia Hofmann Auf der Maur

Per E-Mail: alexandre.brodard@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 20. Juni 2016

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) – VERNEHMLASSUNG zum Vorentwurf (VE)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Sehr geehrter Herr Alexandre Brodard
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und unterbreiten Ihnen hiermit die Vernehmlassung des SNV/FSN.

1. Vorbemerkungen

Der SNV konzentriert sich in seiner Vernehmlassung auf die Sicht der praktizierenden Notare und Notarinnen, die im Rahmen von Erbverträgen, Testamenten, Nachlassplanungen, Nachlassinventaren, Eröffnung von Erbverträgen und Testamenten, Ausstellung von Erbscheinen sowie Erbschaftsliquidationen und Erbteilungen mannigfach mit dem Erbrecht in sehr naher Beziehung stehen.

Für den SNV sind unter dem Aspekt einer gesicherten Rechtsanwendung folgende Leitplanken zentral:

- Bewahrung des geltenden Rechts in seinem Kerngehalt
- Anerkennung der Familie als institutionelle Konstante
- Beibehaltung von klaren und einfachen Normen
- Treffen von vorhersehbaren und überblickbaren Lösungen
- Beseitigung von störenden Unklarheiten

2. Verkleinerung der Pflichtteile – Art. 471 VE

Der SNV begrüsst eine gesetzgeberische Reaktion auf die deutlich erhöhte, durchschnittliche Lebenserwartung und auf die vielfältigeren familiären Lebensformen (insbesondere Patchworkfamilien) durch Reduktion der Pflichtteile.

Der SNV ist ausdrücklich einverstanden mit

- der Streichung des Pflichtteils der Eltern (in Art. 470 Abs. 1 ZGB müssten somit die Eltern gestrichen werden) und
- der Reduktion des Pflichtteils der Nachkommen auf $\frac{1}{2}$.

Bei der Reduktion des Pflichtteils der Ehegatten würden die formulierten Ziele - Vergrösserung der verfügbaren Quote, Erweiterung der Entscheidungsautonomie des Erblassers -, welche der SNV unterstützt, an sich auch erreicht, wenn die Reduktion des Pflichtteils des Ehegatten nicht auf $\frac{1}{4}$, sondern nur auf $\frac{1}{3}$ erfolgen würde. Hinterlässt der Erblasser eine Ehegattin und Kinder, verbliebe immer noch eine auf $\frac{7}{12}$ vergrösserte verfügbare Quote. Der SNV kann aber mit beiden Lösungen leben, wobei der SNV im Detail wie folgt überlegt:

- dringt der Änderungsvorschlag betreffend erbrechtliche Nichtberücksichtigung von Guthaben der Säule 3a durch, dann ist eine Reduktion des Pflichtteils der Ehegatten auf $\frac{1}{4}$ richtig;
- dringt der Änderungsvorschlag betreffend erbrechtliche Nichtberücksichtigung von Guthaben der Säule 3a nicht durch, dann ist eine Reduktion des Pflichtteils der Ehegatten auf $\frac{1}{3}$ richtig.

Vgl. dazu auch Ziffer 7 hiernach.

3. Unterhaltsvermächtnis – Art. 484a VE

Für die bessere erbrechtliche Berücksichtigung des faktischen Lebenspartners und der Stiefkinder genügt nach Auffassung des SNV die Herabsetzung der Pflichtteile und damit die Vergrösserung der zuwendbaren verfügbaren Quote. Im erläuternden Bericht wird zu Recht festgehalten, dass es in erster Linie der Erblasser ist, der beurteilen kann, wer ihm nahe steht und wen er wie unterstützen will.

Die Einführung eines als zwingendes Recht ausgestaltetes Unterhaltsvermächtnis lehnt der SNV dementsprechend klar ab. Der SNV weist zudem auf folgende Schwächen des Vorschlags hin, die durch den Gesetzgeber zwingend zu eliminieren sind, wenn am Unterhaltsvermächtnis wider aller Erwartung festgehalten wird:

- Bereits die Möglichkeit, dass ein faktischer Lebenspartner oder ein Stiefkind den Richter anrufen kann zwecks richterlicher Klärung der Anspruchsvoraussetzungen, wird zu einer unnötigen Erschwerung und letztlich unzumutbaren Verzögerung der Erbschaftsliquidation in vielen Erbfällen führen.
- Eine faktische Lebensgemeinschaft sollte frühestens nach 5 Jahren anerkannt werden und nicht bereits nach 3 Jahren.
- Die vorgeschlagene Lösung ist fremd und stellt komplexe Sachverhalts- und Rechtsfragen in den Raum:
 - wie wird der angemessene Lebensunterhalt eines faktischen Lebenspartners und eines Stiefkinds festgelegt?
 - wann liegen erhebliche Leistungen des faktischen Lebenspartners im Interesse (welche Interessen?) des Erblassers vor?
 - wie wird nachgewiesen, dass der Erblasser einem Stiefkind eine fortgesetzte finanzielle Unterstützung zugewendet hätte?
 - wann ist das Unterhaltsvermächtnis für die Erben zumutbar, wann nicht?
 - wann erfolgt das Vermächtnis in der Form einer Nutzniessung (an welchen Objekten? wer bestimmt diese Objekte?) und wann in der Form einer Rente?
 - wie ist das Verhältnis des Vermächtnisses zum Pflichtteilsrecht?
 - was gilt, wenn der Erblasser noch verheiratet ist?
 - für wie lange soll der angemessene Lebensunterhalt gewährleistet werden?
 - erfolgt eine nachträgliche Reduktion oder fällt das Vermächtnis weg, wenn der Berechtigte nicht mehr bedürftig ist?
 - gegen wen klagt der Ansprecher innert drei Monaten, wenn die Erben wie oft noch nicht feststehen (Hinweis: die Ausschlagungsfrist beträgt 3 Monate, die beim Erbschaftsinventar erst nach dessen Abschluss und Mitteilung beginnt; Art. 567/568 ZGB)?

Zumindest ist der zwingende Charakter des Unterhaltsvermächtnisses fallen zu lassen und es ist dem Erblasser zu ermöglichen, in einer Verfügung von Todes wegen das Unterhaltsvermächtnis aufzuheben.

4. Qualifikation der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung – Art. 494 Abs. 4 VE

Die Qualifikation der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung zugunsten des überlebenden Ehegatten als Verfügung von Todes wegen führt dazu, dass die Pflichtteils-Berechnungsmasse für gemeinsame und nichtgemeinsame Nachkommen die gleiche ist. Damit werden die Ansprüche der gemeinsamen Nachkommen zu Lasten des überlebenden Ehegatten gestärkt.

Der SNV kann dieser Qualifikation, die er dogmatisch an sich nicht teilt, dann zustimmen, wenn effektiv der Pflichtteil der Nachkommen auf $\frac{1}{2}$ reduziert wird.

Unklar bleibt, ob der gemeinsame Nachkomme, dessen Pflichtteil durch die ehevertragliche Gesamtvorschlagszuweisung verletzt wird, den Pflichtteil nur im Rahmen des Eigenguts des verstorbenen Elternteils befriedigen kann – was dem SNV richtig erscheint – oder ob auch die Gesamtvorschlagszuweisung "herabgesetzt" wird, was der SNV klar ablehnt, da die Gesamtvorschlagszuweisung bei gemeinsamen Nachkommen ausserordentlich weit verbreitet, bewährt und akzeptiert ist. Wird die Befriedigung des Pflichtteils der gemeinsamen Nachkommen richtigerweise auf die Vermögensmasse Eigengut des verstorbenen Elternteils beschränkt, muss klargestellt sein, dass sich der gemeinsame Nachkomme eine Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB gefallen lassen muss, auch wenn diese seinen Pflichtteil verletzt, ansonsten Art. 473 ZGB ausgehöhlt würde.

5. Nutzniessung durch den überlebenden Ehegatten gemäss Art. 473 ZGB

Der SNV ist mit der sprachlichen Klarstellung einverstanden.

6. Tod während Scheidungsverfahren – Art. 472 VE

Mit dem Vorschlag einverstanden in Bezug auf Art. 472 Ziff. 1 ZGB.

In Bezug auf Art. 472 Ziff. 2 ZGB erachtet der SNV die "Zweijahresfrist" als zu lang. Dies unter Berücksichtigung der Rechtslage, dass eine Scheidungsklage voraussetzt, dass die Ehegatten mindestens 2 Jahre getrennt gelebt haben (Art. 114 ZGB), und dass eine Auflösungsklage voraussetzt, dass die Partnerinnen oder Partner mindestens 1 Jahr getrennt gelebt haben (Art. 30 PartG). Der SNV regt an, auf die "Zweijahresfrist" zu verzichten.

7. Guthaben der Säulen 2a, 2b und 3a – Art. 476 Abs. 2 VE

Die Ausklammerung der Guthaben der Säulen 2a, 2b und neu auch 3a von der Erbschaft hat weitreichende Konsequenzen. Gerade die Guthaben der Säule 3a können einen wesentlichen Teil des Vermögens des Erblassers ausmachen, wie der erläuterte Bericht zu Recht festhält.

Hinterlässt der Erblasser einen Ehegatten, wird dieser massiv begünstigt (Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziffer 1 BVV 3). Dieser Begünstigung kann zugestimmt werden, sofern der Pflichtteil des Ehegatten tatsächlich auf $\frac{1}{4}$ reduziert wird.

Hinterlässt der Erblasser direkte Nachkommen und einen Lebenspartner (mehr als fünfjährige ununterbrochene Lebensgemeinschaft) und macht der Erblasser von Art. 2 Abs. 2 BVV 3 nicht Gebrauch, ist störend, dass je nach Ausgestaltung der konkreten Vorsorge 3a unterschiedliche Begünstigungsordnungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziffer 2 BVV 3 bestehen und dementsprechend unterschiedliche Personen begünstigt werden. Der Erblasser ist sich oft nicht bewusst, dass je nach gewähltem Produkt (Vorsorgevereinbarung mit einer Bank oder Versicherungslösung) die Begünstigung unterschiedliche Personen trifft (beispielsweise kennen die Bankstiftungen unterschiedliche Begünstigungsordnungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziffer 2 BVV 3!).

Der SNV regt deshalb an, Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziffer 2 BVV 3 neu zu fassen und auf Verordnungsstufe allgemein gültig klarzustellen, in welchem Verhältnis die Nachkommen und der überlebende Lebenspartner begünstigt sind, sofern der Erblasser diesbezüglich nichts schriftlich festgehalten hat. Diese Neufassung hat darauf Rücksicht zu nehmen, ob das Unterhaltsvermächtnis zu Gunsten des überlebenden Lebenspartners eingeführt wird oder nicht.

8. Lebensversicherungsansprüche (Säule 3b) – Art. 476 Abs. 1 VE

Die Hinzurechnung der effektiven Versicherungsleistung anstelle des Rückkaufswerts ist eine akzeptable Änderung.

Reine Todesfall-Risikoversicherungen weisen keinen Rückkaufswert auf und wurden bisher nicht hinzugerechnet, was dem SNV richtig erscheint. Der SNV weist darauf hin, dass die neu vorgesehene Hinzurechnung manche bestehende Nachlassplanung und Absicherung des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners, die auf der Nicht-Hinzurechnung beruht, empfindlich trifft. Hier wird Handlungsbedarf entstehen, welcher wohl nicht allen Betroffenen bewusst sein wird. Der Einbezug der reinen Todesfall-Risikoversicherung in die Hinzurechnung ist zu überdenken.

9. Erbschleicherei – Art. 541a VE

Die Lösung, die für den unschönen Sachverhalt der Erbschleicherei vorgeschlagen wird, nämlich die partielle Erbunwürdigkeit, ist klar und einfach. Sie wird vom SNV grundsätzlich begrüsst.

Einzig die zuwendbare Quote erscheint eher hoch. Der SNV schlägt vor, diese Quote auf 1/5 zu begrenzen.

10. Informationsrechte – Art. 601a VE

Die gesetzliche Regelung eines Informationsanspruchs von erbrechtlich Anspruchsberechtigten beschränkt auf Vermögenswerte des Erblassers wird begrüsst.

Zentral ist für den SNV, dass sich der Informationsanspruch gegenüber Notarinnen und Notaren nicht auf vermögensunabhängige Informationen bezieht. Die vertraulichen Informationen des Erblassers im Rahmen der öffentlichen Beurkundung eines Testaments oder eines Erbvertrags müssen nach wie vor dem notariellen Berufsgeheimnis uneingeschränkt unterliegen.

Offen bleibt die Frage, ob auch dem virtuellen Erben Informationsrechte zustehen (vgl. auch Ziffer 24.1 hiernach). Offen bleibt auch die Frage, weshalb Art. 601a Abs. 3 nur von letztwilligen Verfügungen und nicht auch von Erbverträgen spricht.

11. Ausgleichung und Herabsetzung – Art. 527 und Art. 626 Abs. 2 VE

Zu Recht weist der erläuternde Bericht darauf hin, dass eine komplexe Materie vorliegt.

Dem wird die vorgeschlagene Änderung im Bereich "Ausgleichung" nicht gerecht. Die vorgeschlagene Änderung von Art. 626 Abs. 2 ist missglückt und wird vom SNV in der vorgeschlagenen Form abgelehnt.

Bisher galt ausgleichungsrechtlich Folgendes:

- Gesetzliche und eingesetzte Erben sind für lebzeitige Zuwendungen nur ausgleichungspflichtig, sofern der Erblasser die erbrechtliche Ausgleichungspflicht angeordnet hat (gewillkürte Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 1 ZGB).
- Im Sinne einer Ausnahme von diesem Grundsatz sind Nachkommen für lebzeitige Zuwendungen mit Ausstattungsscharakter grundsätzlich ausgleichungspflichtig, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich von der Ausgleichung dispensiert hat (gesetzliche Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB).

Neu soll Art. 626 Abs. 2 völlig neu ausgestaltet werden. Dieser Vorschlag löst ungeklärte Fragen aus:

- In welchem Verhältnis steht Abs. 2 zu Abs. 1?
Soll mit Abs. 2 der Sachverhalt "lebzeitige Zuwendung auf Anrechnung an den Erbteil" näher definiert werden? Dies ist wohl kaum die Meinung, da Absatz 1 davon ausgeht, dass eine Ausgleichung nur zu leisten ist, sofern der Erblasser diese angeordnet hat, während dem Absatz 2 die Ausgleichung für Ausstattungszuwendungen vermutet, sofern der Erblasser nicht dispensiert hat.

- Mit der neuen Formulierung von Absatz 2 sollen wohl zwei unterschiedliche Ausgleichungsregeln normiert werden:
 - Für lebzeitige Zuwendungen mit Ausstattungsscharakter wird die Ausgleichungspflicht vermutet, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich von der Ausgleichung dispensiert hat (Abs. 2). Für welche Erben soll dies gelten: gesetzliche Erben, eingesetzte Erben, Ehegatte?
 - Für alle anderen lebzeitigen Zuwendungen entsteht eine Ausgleichungspflicht nur, sofern der Erblasser die erbrechtliche Ausgleichungspflicht angeordnet hat.

Auch aus dem erläuternden Bericht ergibt sich nicht, was mit der Änderung bezweckt werden soll. Wenn Art. 626 ZGB verändert werden soll, dann müssen folgende Fragen klar und unmissverständlich geklärt werden:

- in welchen Fällen gilt die gesetzliche Ausgleichung?
- in welchen Fällen gilt die gewillkürte Ausgleichung?
- wer ist in den beiden Fällen ausgleichungspflichtig (gesetzliche Erben, eingesetzte Erben, nur die Nachkommen)?
- was bedeutet beim Ehegatten der Begriff "Ausstattung"? Verhältnis zum Eherecht? Hinweis: bisher war der Ehegatte nicht ausgleichungspflichtig, sofern der Erblasser die erbrechtlichen Ausgleichungspflicht des Ehegatten nicht ausdrücklich angeordnet hat.

Auch die vorgeschlagenen Änderungen im Bereich "Herabsetzung" befriedigen nicht.

Eine Klarstellung in Art. 527 Ziffer 1 im Sinne der Mehrheit der Lehre und des Bundesgerichts wird begrüsst. Mit der neuen Formulierung von Art. 527 Ziffer 1 gelingt dieses Anliegen aber nicht, insbesondere auch deshalb nicht, weil – wie vorstehend dargelegt – Art. 626 Unklarheiten schafft.

12. Indirekte Herabsetzung – Art. 525 VE

Die Klarstellungen werden begrüsst.

13. Umfang der Herabsetzung

Art. 522 Abs. 1, 523 und 525 Abs. 1 VE

Die Klarstellung, dass auch die Intestaterbfolge (der Intestaterwerb) herabgesetzt werden kann, wird begrüsst.

Die konkrete Umformulierung von Art. 522 Abs. 1 ZGB wirft aber neu unnötigerweise Fragen auf: genügt es für die Vermeidung von Herabsetzungsansprüchen nicht mehr, dass der Pflichtteilserbe "dem Werte nach" – sei es durch lebzeitige Zuwendungen oder durch Vermächtnisse – befriedigt wird?

Der bisherige Wortlaut von Art. 522 Abs. 1 ZGB war diesbezüglich klar, indem der Herabsetzungsanspruch nur dann bestand, wenn der Pflichtteil nicht dem Werte nach befriedigt war. Neu soll der Herabsetzungsanspruch demjenigen Pflichtteilserven zustehen, der "weniger als den Pflichtteil" erhalten hat.

Der SNV beantragt, den bisherigen Wortlaut ("dem Werte nach") beizubehalten.

Die aufgeworfene Frage kann vor allem (unerwünschte) Auswirkungen auf die Rechtsfigur des "virtuellen Erben" haben und dessen Möglichkeit, mit der Herabsetzungsklage Erbenstellung zu erlangen oder nicht.

Art. 526 Abs. 1 und 2 VE

Der Vorschlag gemäss Erläuterungsbericht wird begrüsst. Die redaktionelle Umsetzung v.a. in Abs. 1 von Art. 526 widerspricht aber dem vorgeschlagenen Vorschlag und ist redaktionell anzupassen.

Auch Abs. 2 ist unklar formuliert.

Art. 528 Abs. 3 VE

Einverstanden.

14. Frist für die Ungültigkeitsklage gegen bösgläubige Bedachte – Art. 521, 533 und 600 VE

Der vorgeschlagenen Neuregelung wird zugestimmt.

15. Aufsicht über Willensvollstrecker – Art. 518 Abs. 4 VE

Die Neuregelung der Zuständigkeit zu Gunsten des Zivilgerichts wird begrüsst.

Damit stellt sich die Frage, ob diese Lösung nicht auch für den Erbschaftsverwalter und den Erbenvertreter richtig wäre.

16. Willensvollstrecker- und Erbbescheinigung – Art. 517 Abs. 3 und 559 Abs. 1 VE

Die Vorschläge werden an sich begrüsst. Der SNV bedauert aber und regt an, die Erbbescheinigung besser zu regeln: Rechtsnatur, Zuständigkeit, Voraussetzungen, Zeitpunkt, Inhalt und Form, Rechtsmittel usw.

17. Amtliche Verwaltung bei Ausschlagung durch überschuldeten Erben – Art. 578 VE

Den Präzisierungen wird zugestimmt.

18. Audiovisuelles Nottestament – Art. 506 und 507 VE

Die Klärung der Rechtsfolgen in Art. 508 ZGB (Nichtigkeit und nicht nur Anfechtbarkeit) wird begrüsst.

Die Zulassung des audiovisuellen Nottestaments wird grundsätzlich begrüsst, auch wenn der SNV Respekt hat vor dem Manipulationsrisiko, welchem eine Videoaufzeichnung mit Smartphone unterliegt.

Die Beurkundung von Willenserklärungen und Sachverhaltsfeststellungen gehört zur Kernkompetenz der Notarinnen und Notare. Der SNV schlägt deshalb vor, dass in Art. 507 ZGB als Alternative zur Gerichtsbehörde auch die gemäss kantonalem Recht bezeichnete Urkundsperson zur Protokollierung zuständig ist. Diese notarielle Protokollierung kann sehr rasch erfolgen, auf jeden Fall zeitnaher als dies eine Gerichtsbehörde tun kann.

19. Bereinigung der Art. 469, 482 499 und 503 ZGB

Diese Bereinigungsvorschläge werden grundsätzlich begrüsst, insbesondere die Präzisierung in Art. 519 Abs. 3 ZGB.

20. Rang der Vermächtnisforderung – Art. 564 VE

Die Neufassung von Art. 564 ZGB wird begrüsst.

21. Verkehrswertprinzip – Art. 617 VE

Die Richtigstellung in Art. 617 ZGB (Vermögenswerte anstatt Grundstücke) wird begrüsst.

22. Frist für Erbenruf – Art. 555 Abs. 1 VE

Die Verkürzung der Frist für den Erbenruf auf 6 Monate wird begrüsst.

23. Anpassung Art. 579 Abs. 2 ZGB

Diese Anpassung wird begrüsst.

24. Fehlende Revisionspunkte

Mit der vorliegenden Revision sollen im Hinblick auf eine Verbesserung der Rechtssicherheit unter anderem auch Unklarheiten beseitigt werden. Diesem Anspruch genügt der Vorentwurf nicht und der SNV regt an, insbesondere folgende Punkte ebenfalls zu revidieren.

24.1. Virtueller Erbe

Eine Klärung der Rechtsstellung des virtuellen Erben (gänzlich ausgeschlossener oder übergangener Pflichtteilerbe) im folgenden Sinne wird beantragt:

Der virtuelle Erbe erhält eine Erbenstellung nur und erst unter zwei Voraussetzungen:

- rechtskräftige Gutheissung der Herabsetzungsklage
- Nachweis, dass er seinen Pflichtteil noch nicht (vollständig) erhalten hat (sei es durch lebzeitige Zuwendungen oder durch Vermächtnisse).

Durch eine solche Klärung lassen sich unnötige Verfahren vermeiden.

24.2. Eröffnung von Erbverträgen usw.

In Art. 556 ff. ZGB fehlt zumindest der Erbvertrag. Die herrschende Lehre und die Praxis ist sich aber einig, dass alle Verfügungen von Todes wegen Art. 556 bis 559 zu unterstellen sind. Aufgrund der vorgesehenen Qualifikationen der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung als Verfügung von Todes wegen, müssten konsequenterweise auch Eheverträge eröffnet werden. Weiter ist auch die Eröffnung von Verträgen vor dem Erbgang gemäss Art. 636 ZGB zu prüfen.

Der SNV beantragt die entsprechende Revision.

24.3. Übergangsrecht

Der Verzicht auf eigenes Übergangsrecht verletzt die Rechtssicherheit, weshalb ein Verzicht vom SNV nicht verstanden würde.

Der SNV schlägt vor, in Anlehnung an Art. 9 bis 10e SchlT ZGB ein eigenes Übergangsrecht zu schaffen, welches insbesondere folgende Fragen klärt:

- Rechtswirksamkeit und Wirkungen von Verfügungen von Todes wegen, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts errichtet wurden;
- Verhältnis des neuen gesetzlichen Unterhaltsvermögens zu bestehenden Verfügungen von Todes wegen;
- Rechtswirksamkeit und Wirkungen von Eheverträgen mit Gesamtvorschlagszuweisung und nur gemeinsamen Kindern, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts errichtet wurden, in der Annahme, dass die Gesamtvorschlagszuweisung ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist.

25. Schlussbemerkungen – Expertenkommission

Aus den vorstehenden Ausführungen lässt sich erkennen, dass der SNV feststellen muss, dass der Vorentwurf bei einigen zentralen, erbrechtlichen Instituten Fragen aufwirft, die nicht oder unbefriedigend beantwortet werden. Für den SNV ist es deshalb unabdingbar, dass eine Expertenkommission unter Einbezug des Notariats eingesetzt wird, welche einen ausgereiften Entwurf erarbeitet.

Wir danken Ihnen für Ihre Kenntnisnahme bestens.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Schweizerischen Notarenverband / Fédération Suisse des Notaires
Der Vizepräsident



Martin Bichsel, Notar
Fachanwalt SAV Erbrecht

Von: Rüetschi David BJ <David.Rueetschi@bj.admin.ch>
An: <fritz.solenthaler@gmail.com>
CC: Brodard Alexandre BJ <alexandre.brodard@bj.admin.ch>
Gesendet am: 16.03.2016 15:22:48
Betreff: Solenthaler Friedrich 13.03.2016 VNL Erbrecht

Sehr geehrter Herr Solenthaler

Besten Dank für Ihre Meldung. Wir werden diesen Punkt gerne prüfen.

Freundliche Grüsse,
David Rüetschi

Dr. iur. David Rüetschi
Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern
Tel. +41 (0)58 462 44 18 Fax +41 (0)58 462 42 25
david.rueetschi@bj.admin.ch

-----Ursprüngliche Nachricht-----

Von: fritz.solenthaler@gmail.com [mailto:fritz.solenthaler@gmail.com]
Gesendet: Sonntag, 13. März 2016 17:00
An: Rüetschi David BJ <David.Rueetschi@bj.admin.ch>
Betreff: Erbrecht modernisieren

Mail via Kontaktformular

Values:

backpagepath :
/content/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-041

Von :
fritz.solenthaler@gmail.com

Anrede :
Herr

Name :
Solenthaler

Vorname :
Friedrich

Adresse :
2123 Dunelm Street

Wohnort :
Ottawa, Kanada

Betreff :
Erbrecht modernisieren

Inhalt :
Frau Simonetta Sommaruga
Bundesrätin

Herr David Rüetschi
Bundesamt für Justiz

Medienmitteilungen, Der Bundesrat, 04.03.2016; Bundesrat will Erbrecht modernisieren.

Pflichteile im Erbrecht.
Ja, nach 100 Jahren ist es wohl Zeit für einige Änderungen.

Ergänzend dazu habe ich noch einen Wunsch oder Vorschlag.

Erbengemeinschaft.

Ich habe noch einen weiteren Problempunkt bei Erbschaften erleben müssen. Dies betrifft das Mehrheitsverhältnis bei Entscheiden nach einem Todesfall. Hier sollte unbedingt eine proportionale Mehrheitsbestimmung festgeschrieben sein. Denn nach einem Todesfall sind alle Beteiligten unterschiedlich emotional betroffen und eine einheitliche Entscheidung ist aus diesem Grunde immer schwieriger. Mein persönliches Beispiel betrifft eine Liegenschaft, welche wegen einem Neuntel der Erbengemeinschaft nicht verkauft werden durfte und heute nachdem sechs Jahre verfließen sind wären wir uns einig, doch gibt es heute keinen Käufer mehr!

Dieses Erlebnis hat mir vor Augen geführt, dass deine Erbschaft nicht nach demokratischen Regeln abgehandelt werden kann. Wir Schweizer, die so stolz sind auf Demokratie haben hier ein undemokratische Lösung. Üblicherweise gilt ein 2/3 Mehrheitseinscheid, diese müsste heute unbedingt eingeführt werden, denn ohne eine Festsetzung eines Mehrheitsentscheid werden oft Notare und Anwälte die wirklichen Erben!

Hochachtende Grüsse
von einer bis heute sechsjährigen – und noch weitergehenden – Erbengemeinschaft.
Friedrich Solenthaler

elem0005 :
Senden

Worblentalstrasse 32, 3063 Ittigen / Bern
Tel. 031 924 11 00
E-Mail: info@ssr-csa.ch

Ittigen, 25. Mai 2016

An das
Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

per Mail an: alexandre.brodard@bj.admin.ch
(je in Word und PDF)

Stellungnahme des Schweizerischen Seniorenrates (SSR) zur Vernehmlassungsvorlage
über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Seniorenrat (SSR) hat leider keine Einladung erhalten, um zur Vernehmlassungsvorlage über die „Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)“ Stellung zu nehmen.

Als von der Materie ebenfalls betroffene Organisation erlauben wir uns, hiermit dennoch unsere Meinung zu äussern.

Dürfen wir Sie bei dieser Gelegenheit bitten, den SSR – als Beratungsorgan der Bundesbehörden – in Ihre Adressatenliste aufzunehmen.

1. Einleitung

Das Erbrecht aus dem Jahre 1912 hat sich grundsätzlich bewährt und wurde im Laufe der Jahrzehnte nur geringfügig revidiert.

In den letzten Jahren hat sich nun aber die Gesellschaft stark verändert: Aufgrund der gestiegenen Scheidungszahlen, aber auch wegen der erhöhten durchschnittlichen Lebenserwartung, sind Zweit- und Drittbeziehungen häufiger geworden und die Zahl der Patchworkfamilien nimmt laufend zu. Häufig werden Beziehungen auch ohne Eheschluss gelebt, sei dies mit oder ohne Kinder.

Aus erbrechtlicher Sicht hat diese Entwicklung zur Folge, dass es mehr und mehr reale Beziehungen gibt, die rechtlich nicht oder nur ungenügend anerkannt sind. Deshalb muss der erbrechtliche Rahmen den neuen Realitäten angepasst werden.

Das Ziel der Revision – dennoch an der Grundstruktur des geltenden Erbrechtes festzuhalten – ist zu begrüßen.

2. Zu den geplanten Massnahmen

Der SSR begrüsst, dass mit der vorliegenden Revision die Verfügungsfreiheit des Erblassers, jemanden zu begünstigen bzw. zu benachteiligen, ausgebaut wird.

Die vorgeschlagene Senkung des Pflichtteils für Ehe- und eingetragene Partner sowie für Kinder wird deshalb vom SSR unterstützt. Der Wegfall des Pflichtteils für Eltern wird als sinnvoll erachtet.

Der SSR unterstützt die Einführung eines Unterhaltsvermächtnisses für „faktische Lebenspartner“ sowie für Minderjährige im gleichen Haushalt. Dies unter den in Art. 484a ZGB genannten Bedingungen.

Der SSR begrüsst, dass nebst der 2. Säule (berufliche Vorsorge) auch die Säule 3a (gebundene Vorsorge) vom Nachlassvermögen ausgenommen wird. Er unterstützt, dass Lebensversicherungen vollumfänglich zum Nachlass gezählt werden.

Der SSR hält eine Klagefrist von 15 (statt 30) Jahren gegen bösgläubige Bedachte für angemessen. Dies analog Betrug im Strafrecht.

Der SSR begrüsst, dass betreffend Erbschleicherei nun eine Lösung gefunden wurde, indem Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, höchstens einen Viertel des Nachlasses bekommen.

Dass nun ein Rechtsanspruch auf umfassende Information der Erben durch Rechtsnachfolger des Erblassers und Dritte geschaffen wird, ist zu begrüssen.

Der SSR lehnt die Abschaffung des Pflichtteils beim Tod eines Partners in der Scheidungsphase ab.

Den übrigen erbrechtlichen Anpassungen in diesem Zusammenhang stimmt der SSR zu.

Der SSR plädiert für die Beibehaltung der Frist von 12 Monaten beim öffentlichen Erbenruf.

Der SSR unterstützt ein audiovisuelles Nottestament. Es ist sinnvoll die modernen und weit verbreiteten Kommunikationsmittel bei Notfällen nutzen zu können.

Das Gericht als einzige Aufsichtsbehörde über die Willensvollstrecker einzusetzen, wird begrüsst.

Der SSR begrüsst den nun gesetzlichen Anspruch auf eine Erbbescheinigung sowie auf eine Bescheinigung für Willensvollstrecker.

Der SSR unterstützt, dass dem hinterbliebenen Ehegatten weiterhin - nebst der Nutzniessung an Dreiviertel des Nachlasses – ein Viertel des Nachlasses zu Eigentum zugedacht werden kann.

Der SSR begrüsst, dass der Anspruch des Vermächtnisnehmers inskünftig gegenüber dem Gläubiger des Erben vorgeht.

3. Zu den einzelnen Gesetzesartikeln zur Änderung des ZGB

Art. 120 Abs. 2, 217 Abs. 2, 241 Abs. 4, 472 ZGB und Art. 31 Abs. 3 Partnerschaftsgesetz

Ablehnung: Der SSR lehnt die Abschaffung des Pflichtteils beim Tod eines Partners in der Scheidungsphase ab.

Zustimmung: Den übrigen erbrechtlichen Anpassungen in diesem Zusammenhang stimmt der SSR zu.

Art. 471

Zustimmung: Der SSR begrüsst die Senkung des Pflichtteils für Ehe- und eingetragene Partner sowie für Kinder. Die Verfügungsfreiheit des Erblassers wird dadurch gestärkt. Auch der Wegfall des Pflichtteils für Eltern ist sinnvoll.

Art. 473 Abs. 1 und 2

Zustimmung: Der SSR begrüsst, dass dem hinterbliebenen Ehegatten, nebst der Nutzniessung, nach wie vor ein Viertel des Nachlasses zu Eigentum zugedacht werden kann.

Art. 476

Zustimmung: dass die Säule 3a der beruflichen Vorsorge vom Nachlassvermögen ausgenommen wird. Dass hingegen Lebensversicherungen vollumfänglich zum Nachlassvermögen gezählt werden, findet der SSR richtig.

Art. 484a

Zustimmung: Die Möglichkeit, den faktischen Lebenspartnern, welche die Bedingungen erfüllen, ein Vermächtnis zukommen zu lassen, wird vom SSR unterstützt. Ebenso, dass hierfür kein Pflichtteil eingeführt wird, dafür aber der Weg über das Gericht gesucht werden muss. Dass auch Minderjährige, welche die Bedingungen erfüllen, diese Möglichkeit haben, wird begrüsst.

Art 506, 507, 508

Zustimmung: zur Einführung eines audiovisuellen Nottestaments. Die Anpassung an die modernen Kommunikationsmittel ist richtig.

Art. 517 Abs. 2 - 4, 518 Abs. 4

Zustimmung: dass Willensvollstrecker von Amtes wegen über ihren Auftrag informiert werden und sie eine entsprechende Bescheinigung erhalten. Ebenso, dass Willensvollstrecker generell der Aufsicht des Gerichtes unterstellt werden.

Art. 521 Abs. 1 und 2, 600

Ablehnung: Der SSR hält eine Klagefrist von 15 (statt 30) Jahren gegen bösgläubige Bedachte für angemessen. Dies analog Betrug im Strafrecht.

Art. 541a

Zustimmung: Der SSR begrüsst, dass betreffend Erbschleicherei nun eine Lösung gefunden wird, indem Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, höchstens einen Viertel des Nachlasses bekommen.

Art. 555 Abs. 1

Ablehnung: Der SSR lehnt eine Verkürzung der Frist für den Erbenruf von 12 auf 6 Monate ab.

Art. 559 Abs. 1

Zustimmung: Der SSR begrüsst die Einführung eines gesetzlichen Anspruches auf eine Erbbescheinigung.

Art. 564

Zustimmung: dass die Vermächtnisnehmer den Gläubigern der Erben vorgeht.

Art. 601a

Zustimmung: dass nun ein gesetzlicher Anspruch auf Information eingeführt wird.

Übrige, oben nicht erwähnte Gesetzesartikel zur Änderung des ZGB

Zustimmung

4. Schlussbemerkungen

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Angaben dienen zu können und stehen Ihnen für Fragen gerne zur Verfügung.

Wenden Sie sich bitte direkt an den Präsidenten unserer Kommission „Soziale Sicherheit“, Herrn RA Josef Bühler, Schweizerischer Seniorenrat, Worblentalstr. 32, 3063 Ittigen /Bern.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizerischer Seniorenrat



Michel Pillonel
Co-Präsident



Roland Grunder
Co-Präsident ad i.

Zürich, den 19. Juni 2016

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, EJPD

z. Hd. Herr Brodard

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Bundeshaus West

3003 Bern

Stellungnahme der Schweizerischen Vereinigung gegen Erbschleicherei

Lieferschein

in Sachen

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Brodard

Unsere Stellungnahme zur Revision des Erbrechts erhielten Sie am 16. Juni 2016 per eingeschriebene Briefpost mit der Sendungsnummer 98.00.802100.0641 9280 fristgerecht zugestellt. Inzwischen sind uns Kleinigkeiten aufgefallen, welche wir mit der angefügten revidierten Version unserer Stellungnahme anpassen:

- Seite 1 Index mit Seitenzahlen versehen
- Seite 18 Anhang 1 mit Hyperlink ergänzt
- Seite 22 Anhang 3 Auswertungsbereich (rechte Spalte) Darstellung letzter Zeilen
- Seite 23 Anhang 4 Streichen letzter Satz (Wiederholung aus Anhang 3)

Freundliche Grüsse

F. Boller (Vorstandsmitglied)

Schweizerische Vereinigung gegen Erbschleicherei

Rötelistrasse 43 | 8037 Zürich | info@erbschleicherei.org

Zürich, den 15. Juni 2016

rev.01

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, EJPD
z. Hd. Herr Brodard alexandre.brodard@bj.admin.ch
Bundeshaus West
3003 Bern

Stellungnahme der Schweizerischen Vereinigung gegen Erbschleicherei

in Sachen **Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), Vernehmlassung**

Index

Zusammenfassung	S. 2
1. Sachverhalt	S. 3
2. Stellungnahme zu den Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuch betreffend Erbrecht	S. 5
Anhänge	S. 18

Unabhängig von geschlechtsspezifischen Formulierungen sind beide Geschlechter gleichwertig angesprochen.

Sehr geehrte Damen und Herren

Laut ihren Statuten bezweckt die Schweizerische Vereinigung gegen Erbschleicherei in Sachen Erbschleicherei die Öffentlichkeit zu sensibilisieren, in dem sie sich gegen Erbschleicherei einsetzt und Erkenntnisse veröffentlicht. **Wir erachten es mit höchster Priorität als zwingend notwendig, den Begriff „Erbschleicherei“ im ZGB und im StGB einzuführen.** Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit.

Anfang März 2016 erfuhren wir aus den Medien von der vorgesehenen Anpassung des Erbrechts. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens nehmen wir Stellung zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erbrecht). Wir bitten Sie, unseren Verein über die Entwicklung der Erbrechtsrevision und über andere, das Erbrecht betreffende Angelegenheiten, regelmässig zu informieren.

Wir konzentrieren unser Augenmerk auf den Umgang mit physischer und psychischer Gewalt zwecks testamentarischer Bereicherung. Wir setzen uns mit der Thematik eingehend auseinander. Dabei erkennen wir auch einige Rechtslücken und unbefriedigende Regelungen, die eine einvernehmliche Erbteilung erschweren. Unsere Vorschläge zeigen teilweise solche Zusammenhänge auf. Zu selben Anliegen reichten unsere Mitglieder teilweise unterschiedliche Vorschläge ein, deren Kernaussage wir Ihnen weiter leiten. Wir halten es für notwendig, Erbschleicherei im Erbrecht weitaus mehr als geplant zu berücksichtigen.

Zusammenfassung

1. Anno 2011 stirbt der Schweiz alle 6 Minuten ein Mensch und hinterlässt im Durchschnitt CHF 600'000. Mit zunehmender Bevölkerung steigt die Todesfrequenz und mit ihr das Risiko der Erbschleicherei. Erbschleicherei entwickelt sich zunehmends zu einem gesellschaftlichen Problem. Diese Fakten mögen selbst bei ehrenwertesten Bürgern kriminelle Energie und Phantasien wecken. Die geldgierigen oder die neugierigen unter ihnen stehen der Versuchung gegenüber, sich narzisstische List zu beweisen, ohne dabei erwischt zu werden. Sie sind bereit auf eine vermögende Person Einfluss zu nehmen und sie mit physischer oder psychischer Gewalt zu manipulieren. Bei Gelingen entsteht auf der Gewinnerseite ein Gefühl von Überheblichkeit und auf der Seite der Folgebetrogenen eines der Machtlosigkeit. Da Erbschleicherei (noch) kein Strafdelikt ist, wiederholen die Täter ihren Erfolg. Dem Staat seien angeblich die Hände gebunden, weil gesetzliche Grundlagen zu Gegenmassnahmen fehlten. Mit der Revision des Erbrechts hat er nach 110 Jahren endlich die Gelegenheit, aktiv gegen Erbschleicherei vorzugehen. Wir erachten es als Aufgabe des Bunds hierzu griffige und abschreckende gesetzliche Grundlagen zu schaffen.
 2. Erbschleicherei soll in den Gesetzen als eigene Straftat, bestehend aus mehreren Einzelstraftaten, aufgenommen werden. Damit soll ermöglicht werden, dass bei der Aufklärung des Delikts der Fokus weg von in Erbschleicherei intrigierten Mittätern gerichtet werden und die Haupttäterin als ganzes zur Rechenschaft gezogen werden kann. Andernfalls drohen z.B. ausgenutzte, mitverstrickte Wissensträger mit Berufsgeheimnis die Untersuchungen aus Gründen ihres gesellschaftlichen Ansehens zu blockieren.
 3. Verdacht auf Erbschleicherei soll mit einer zusätzlichen Frist von bis fünf Jahre nach Testamenteröffnung angezeigt werden können und darauf von Amtes wegen verfolgt werden. Dies sowohl präventiv als auch rückwirkend.
 4. Bei Verdacht auf Erbschleicherei soll der Richter abwägen, ob eher die sich bereicherte Partei oder die anzeigeerstattende Partei im Sinne des Erblassers handelte. Er muss dazu Stellung nehmen.
 5. Das Testament ist in zwei Teile zu unterteilen: einen langfristigen und einen kurzfristigen Teil. Der langfristige Teil muss eine Karenzfrist von fünf Jahren, bzw. von zehn Jahren aufweisen. Der langfristige Testamentteil bestimmt, über welchen Wertanteil später der Erblasser im kurzfristigen Testamentteil bestimmt.
 6. Lebensversicherer haben Mechanismen einzuführen, die den Erblasser vor listigem Mord schützen.
- Daraus erbeben sich unserer Ansicht nach bedeutende Vorteile für den Erblasser und den Bund der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

1. Sachverhalt

Erbschleicherei existiert. Wir nehmen zur Kenntnis, dass die Verfasser in / 2 / Kap. 6.5 lediglich die Initiative Schenker und das Postulat Schenker nennen, welche sich auf nur einen einzigen Fall beziehen.

Erbschleicherei hat System. Schwache Personen werden häufig 1) abgeschottet, isoliert, 2) irre geführt und gefördert, dem Erbschleicher blind zu vertrauen, 3) Abhängigkeit zur Erbschleicherin herstellen, 4) Schuldgefühle aufgedrückt, welches mit Schenkungen und testamentarischer Bevorzugung ausgeglichen werden können.

Erbschleicherei ist kriminell. Die Täterschaft beeinflusst einen vermögenden Menschen in unredlicher Art und Weise mit dem Effekt, einen Teil seines Vermögens rechtlich zugesprochen zu erhalten.

Bei Erbschleicherei werden bewusst Gesetzeslücken ausgenutzt. Rechtsanwälten sind solche bekannt, weshalb sie versucht sein könnten, davon zu profitieren.

Auch andere Eingeweihte sind gegen diese Versuchung nicht immer standhaft.

Erbschleicherei ist verbreitet. Dies kommt u.a. aus / 4 / Zeitungsberichten, Internetforen, persönlichen Informationszustellungen und unserem Netzwerk zum Ausdruck.

Der Umgang mit **Erbschleicherei ist bislang nicht geregelt.** Fachanwälte äussern sich dazu: „Erbschleichung wird von der Gesellschaft und unserem Rechtssystem als Tatsache verdrängt!“ Dabei liegt doch gerade eine Stärke der direkten Demokratie in ihrer Flexibilität, auf sich mit der Zeit verändernde Umstände zu agieren. Uns zugetragene Reaktionen von Behörden verletzen die gesetzlichen Vorschriften oft in höchst bedenklicher Art und Weise. Das Vertrauen in die Behörden schwindet. Sämtliche angesprochenen Bürger schenken der tragischen Existenz mehr Aufmerksamkeit und zeigen kein Verständnis zum vorhandenen Missstand.

Wir schlagen die Erhebung des Ausmasses von Erbschleicherei durch eine neutrale Stelle vor.

Erbschleicherei hat verheerende Effekte auf die Familien und die Gesellschaft. Haarsträubende Fälle werden normalerweise von der Medienberichterstattung zu Gunsten der kriminellen Täterin stark abgedeckt. Nichts desto Trotz bemühen wir uns, Sie mit belegbaren Tatsachen zu diesem Verbrechen zu konfrontieren. Wir setzen voraus, dass die Legislative den Tod nicht fürchtet, um sich der Thematik der Erbschleicherei ruhig und sachlich anzunehmen. Von Angst eingeschüchtert ein Gesetz zu verfassen, erachten wir genauso als nicht angebracht, wie am Sterbebett unter Stress das eigene Testament auszuformulieren (Verweis auf Art. 506 Abs. 1 ff). Die Ausformulierung des Testaments soll eine besinnliche Angelegenheit sein und in Ruhe erfolgen. Deshalb schlagen wir u.a. die Einführung einer Karenzfrist vor.

Erbschleicherei betrifft uns alle. Seit der Inkraftsetzung des geltenden Erbrechts von 1907 mauserte sich die Schweiz zu einem der reichsten Länder der Welt. Im Nebeneffekt zieht Geld kriminelle Betrüger an. Es ist Aufgabe des Bundes, die gesetzlichen Grundlagen zum Schutze seiner Bürger zu schaffen.

Erbschleicherei ist eine internationale Problematik.

Wir verweisen auf (→ Anhang 4)

Die Schweiz kann in deren Bekämpfung eine Vorreiterrolle einnehmen.

In den uns bekannten Fällen zählt oft die Isoliertaktik zur ersten Massnahme der Erbschleicher. Die Betroffenen werden nach aussen abgeschottet, was bis zum Besuchsverbot für Angehörige und Freunde gehen kann. Sogar Wohnsitzwechsel weit weg von folgebetrogenen Angehörigen kommen vor. Einsamkeit beeinträchtigt negativ das Wohlbefinden, die Gesundheit und die Psyche. Die Machenschaften des Erbschleichers haben je nach Härte des Delikts Einfluss auf das Umfeld des Erblasser: sie kosten Zeit, sind äusserst nervtötend, führen zu Leistungseinbussen am Arbeitsplatz, führen teilweise zu Gesundheitsschäden, Depressionen oder Aggressionen gegen den Erbschleicher oder den Erblasser selber und lösen im Extremfall eine Straftat aus. Der Erbschleicher sorgt dafür, dass der Betrogene Vertrauenspersonen wie Ärzte oder Anwälte wechselt. Manchmal stecken die neuen Kontakte bereits mit dem Erbschleicher unter einer Decke. Der Erbschleicher behauptet immer wieder, der Erblasser sei gefährdet durch Angehörigen, die geldgierig oder sonst bössartig seien; mögliche Effekte wurden oben nicht abschliessend beschrieben. Auf diese Art gelangt er gering zu Vollmachten, die ihm den Zugang zum Vermögen zumindest erleichtern.

Seit 1907 veränderte sich das Familienverständnis. Scheidungen werden gesellschaftlich kaum noch geächtet. Alte Angehörige werden ins Altersheim und der Nachwuchs in die Krippe gebracht. Jeder hat etwas mehr Zeit, für sich und folglich weniger, um für andere zu schauen. Kinder ziehen oft wegen der Arbeit weit weg oder pendeln. Die Zeit wird knapp. Man wird sich fremder. Davon profitieren Erbschleicher. Sie gefährden insbesondere einsame alte und vermögende Leute als Zielgruppe. Richtig: die Täter suchen sich die Leute genau aus, die sie betrügen werden. Ihre Tat ist fein säuberlich geplant und berücksichtigt mehr oder weniger intensiv auch den Todesfall. Erbschleicher sprechen ihre Opfer z.B. mittels Zeitungsinserat an, oder als Mitarbeiter dubioser Unternehmen. Auch neigen sie dazu im Bekanntenkreis oder in der Nachbarschaft sich gepflegt, fürsorglich und vorerst selbstlos zu geben; oft erkennt man solche falschen Freunde erst nach dem Tod und der Testamentöffnung. Miteingeschlossen sein können Putzkräfte und Hausangestellte.

Die Erblasser selber sind gegen die Machenschaften von Erbschleichern, bzw. Abzockern, juristisch sehr schlecht geschützt. Im Extremfall ist es möglich, der betreffenden Person schon zu Lebzeiten ihr ganzes Vermögen wegzunehmen, so dass sie mit nichts dasteht und auf Sozialleistungen der öffentlichen Kasse angewiesen ist. Solche Fälle kommen vor. Es ist in solchen Fällen schwierig, Schenkungen zurückzufordern. Und selbst, wenn es möglich wäre, ist oft das Vermögen schon weg. Und es passiert, dass eine Person, die alt, krank oder dement ist, ein Testament abfasst, das sie als gesunder Mensch nie gemacht hätte. Dies vor Gericht nachzuweisen zu wollen, ist heute aussichtslos. Für angestammte Erben, wie Kinder und langjährige Ehe- oder eingetragene Partner besteht kaum Rechtsschutz.

Für Fälle aus der Praxis verweisen wir auf (→ *Anhang 5 bis 8*)

Für Erwägungen verweisen wir auf (→ *Anhang 1 bis 4, und 9*)

2. Stellungnahme zu den **Änderungen des Schweizerisches Zivilgesetzbuches betreffend Erbrecht** *Vorschläge zu den einzelnen Themen des Erbrechts*

Mitwirkende: Felix Boller, Regula Heinzelmann, und weitere

Als Arbeitsgrundlagen stehen uns zur Verfügung:

- / 1 / Begleitschreiben von Bundesrätin Simonetta Sommaruga zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens
- / 2 / Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)
- / 3 / Änderungsvorschläge Gesetzestexte ZGB
- / 4 / Weitere öffentliche und private Informationsquellen (u.a. gemäss → Anhang 1)

Die meisten Kommentare beziehen sich auf einen bestimmten Artikel im Vorentwurf. Deswegen wird dieser vor den Kommentaren zitiert, die sich auf das Thema beziehen.

2.1 Pflichtteile, Meistbegünstigung und Erbteilung

Art. 471 neu

Der Pflichtteil beträgt:

1. für einen Nachkommen die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs;
2. für den überlebenden Ehegatten, die überlebende eingetragene Partnerin oder den überlebenden eingetragenen Partner ein Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs.

Änderungsvorschlag: andere Formulierung

Es wäre verständlicher, man schreibt: Für die Nachkommen anteilig die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.

Änderungsvorschlag: Pflichtteile

Dass der Pflichtteil für Ehepartner reduziert wurde finden wir insbesondere gegenüber Stiefelternteilen in Ordnung. Den Pflichtteil für Nachkommen zu reduzieren ist problematisch in Bezug auf Spekulationsheiraten zum Zweck der Erbschleicherei. Um solche zu verhindern, sollte man entweder den Pflichtteil der Nachkommen wieder erhöhen auf $\frac{3}{4}$ des Erbanspruchs. Oder es sollte erst nach längerer Ehedauer, z.B. fünf Jahre, ein Pflichtteilsrecht für Ehepartner oder eingetragene Partner geben.

Änderungsvorschlag: Sofortige Auszahlung von Pflichtteilen nach dem Tod des Erblassers

Die Schwierigkeit bei einer Erbteilung ist, dass die Erben einstimmig beschliessen müssen. Erbschleicher arbeiten bei der Erbteilung gern mit Verzögerungstaktik. Die Banken verweigern Kredite auf eine ungeteilte Erbschaft. Deswegen sollten Kinder und Ehepartner gleich nach dem Tod des Erblassers auf ihren Pflichtteil zugreifen können. Dies muss als vorläufiger Bezug gelten und mit dem übrigen Guthaben verrechnet werden.

Änderungsvorschlag: Nutzung von Liegenschaften

Die Erben müssen die Möglichkeit haben, von Miterben, die eine ererbte Liegenschaft bewohnen, während der Phase der Erbteilung einen anteiligen marktüblichen Mietzins zu verlangen. Dies ist nach geltendem Recht nicht möglich, weil man auch über die Nutzung von Liegenschaften als Erbengemeinschaft einstimmig beschliessen muss. Die Liegenschaftsnutzer werden naturgemäss nicht einwilligen, einen Mietzins zu bezahlen.

Änderungsvorschlag: Regelung über Vermögen des Vorverstorbenen bei Meistbegünstigung oder Erbverzichtsverträgen

Bei Meistbegünstigung oder Erbverzichtsverträgen mit den Eltern zugunsten des überlebenden Elternteils muss das Vermögen des Vorverstorbenen separat angelegt werden, um den Kindern im Erbschaftsfall einen sofortigen Zugriff auf das betreffende Vermögen zu ermöglichen. Das sollte man gesetzlich vorschreiben.

Wenn sich das Vermögen des vorverstorbenen Elternteils mit dem des überlebenden Elternteils vermischt, kann ein erbrechtlich begünstigter Erbschleicher in der Praxis den Kindern während der Erbteilung das Vermögen des vorverstorbenen Elternteils vorenthalten und zwar mit der Begründung, dieses müsste erst genau berechnet werden.

Eine entsprechende Bestimmung in ZGB Art. 473 Gesetz wäre nützlich.

Formulierungsvorschlag: ZGB Art. 473 Der überlebende Ehepartner ist verpflichtet, das Nachlassvermögen des verstorbenen Ehepartners als Separatvermögen anzulegen. Dieses Sondervermögen gehört nach dem Tod des überlebenden Ehepartners nicht zu dessen Erbmasse; die Nachkommen erhalten sofort die Verfügung über dieses Sondervermögen.

Rechtslücke: Regelung, wann eine Erbteilung beendet ist

Dies kann beispielsweise bei der Übertragung von Hypotheken auf einen bestimmten Erben von Bedeutung sein. Im ZGB gähnt eine Rechtslücke, d.h. es gibt keine Bestimmung darüber. Im Standardwerk von Tuor/Schnyder über das schweizerische Zivilgesetzbuch heisst es: „Die Erbteilung gilt als abgeschlossen in dem Augenblick, da die obligatorische Verpflichtung unter den Erben eintritt. ... Die zum Teilungsvollzug gehörenden Handlungen bedeuten nicht die Teilung selbst, sondern deren Ausführung.“ Man beruft sich dabei auf das Bundesgericht (BGE 96 II 325ff). Das bedeutet, die Erbteilung wird mit dem Vertragsabschluss vollzogen.

In der neuesten Ausgabe des Tuor/Schnyder-Werkes von 2009 steht dasselbe, ergänzt durch die Aussage, dass erst beim Vollzug der Teilung die Erbschaft vom Gesamteigentum in das Individualeigentum übergeht.

Es muss klar geregelt sein, wann die Erbteilung abgeschlossen ist.

2.2 Testament

Art. 469 Randtitel und Abs. 1 neu

- 1 Verfügungen, die der Erblasser unter dem Einfluss von Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung oder Zwang errichtet hat, sind anfechtbar.

Kommentar und Änderungsvorschläge:

Gültigkeit von Testamenten und Anfechtung wegen Erbschleicherei

Erbschleicherei ist eine arglistige Tat am Erblasser. Erbschleicherei wird oft erst nach dem Tod des Testamentsverfassers festgestellt, wenn dieser sich nicht mehr zum Testamentstext äussern kann. Somit sind Drohung, Zwang, Irrtum oder arglistiger Täuschung bei der Erstellung des Testamentes in der Praxis kaum nachweisbar. Dazu kommen die hohen Gerichtskosten, welche viele potenziellen Kläger von einer Klage abschrecken dürften; insbesondere da der Nachweis von Drohung, Zwang, Irrtum oder arglistiger Täuschung ohne Zeugenaussage des Verstorbenen kaum möglich ist.

Aus dem neuen Art. 469 Abs. 1 erkennen wir die gute Absicht der Gesetzgeber, vielleicht sogar eine gewisse Abschreckung für Gelegenheitserbschleicher, doch für professionelle Erbschleicher stellt dieser Abs. 1 keine Hürde dar. Deshalb fordern wir, dass der Verdacht auf Erbschleicherei zwingend neu in das Gesetz aufgenommen wird.

Deswegen schlagen wir vor, Art. 469 folgendermassen zu formulieren.

Art. 469

- 1 (übernommen vom Vorentwurf) Verfügungen, die der Erblasser unter dem Einfluss von Irrtum, arglistiger Täuschung, Drohung oder Zwang errichtet hat, sind anfechtbar.
- 2 (altes Recht neu formuliert) Wenn der Erblasser vom Irrtum oder von der Täuschung Kenntnis erhalten hat oder der Einfluss von Zwang oder Drohung weggefallen ist, muss er deutlich erklären, ob er die Verfügung aufheben oder bestehen lassen will.
- 3 (altes Recht) Enthält eine Verfügung einen offenbaren Irrtum in Bezug auf Personen oder Sachen, und lässt sich der wirkliche Wille des Erblassers mit Bestimmtheit feststellen, so ist die Verfügung in diesem Sinne richtig zu stellen. (neuer Satz) Ist eine Richtigstellung nicht möglich, ist die Verfügung nichtig.

Abs. 4 (neu eingesetzt) Liegt ein Verdachtsmoment zu Erbschleicherei vor, sind die zuständigen Behörden von Amts wegen verpflichtet, dies zu überprüfen.
(Verdachtsmomente sind im ZGB oder im Strafrecht zu definieren, siehe die im folgenden aufgezählten Indizien für Erbschleicherei.)

Abs. 5 (neu eingesetzt) Vor der amtlichen Testamentsgültigkeitserklärung sind die eingegangenen Hinweise auf Erbschleicherei zu berücksichtigen. Personen, die diese vorbringen, sowie die beschuldigten Personen und deren Umfeld sind anzuhören. Die Kosten werden aus der verfügbaren Masse des Erblassers getragen.

Kommentar: Gültigkeit von Testamenten

Weiter braucht es unserer Ansicht nach auch weitere Kriterien für die Gültigkeit von Testamenten.

Der Bundesgerichtsentscheid (BGE) 9C_284/2015 vom 22. April 2016 erachtet eine Partnerschaft von sieben Jahre Dauer nicht als ausreichend, um die Pensionskassengelder auf die allein erbende Lebenspartnerin zu übertragen. Dem gegenüber scheint es unverhältnismässig, dass ein in letzten Monaten verfasstes Testament, das fremde Personen begünstigt, zweifelsfrei Gültigkeit erlangt. Deswegen schlagen wir vor:

Das Testament ist zu unterteilen in zwei Dokumente, den langfristigen und den kurzfristigen Testamentteil.

Der langfristige Testamentteil sollte mindestens fünf Jahren vor dem Tod schriftlich festgehalten sein (erste Karenzfrist). Wurde er innert dieser Zeit vom Erblasser nicht nachweisbar widerrufen, ist er nach dem Tod gültig. Wird der langfristige Testamentteil widerrufen und besteht kein jüngerer, mindestens fünfjähriger letzter Wille, so gilt die gesetzlich vorgesehene Erbschaftsregelung. Im langfristigen Testament kann sich der Erblasser vorbehalten, zusätzlich ein kurzfristiges Testament zu errichten und zwar bis unmittelbar vor seinem Tod.

Wenn der langfristige Testamentteil weniger als zehn Jahre besteht (zweite Karenzfrist), können Juristen, Vormunde, Rechtsanwälte, Ärzte, Pfleger, Pfarrer, religiöse und sektenhafte Institutionen, Beamte, Banken, Stiftungen von Banken und Inhaber von Berufen mit Berufsgeheimnis kein Erbe annehmen, sofern sie nicht Pflichtteilserben sind (Verwandte ersten Grades oder direkte Nachkommen).

Hinterlässt ein Erblasser ein langfristiges Testament, das bei seinem Tod noch nicht fünf Jahre besteht, sind Verwandte, Freunde und benachteiligte Erben des Erblassers zwingend anzuhören. Sie können besser als die Behörden einschätzen, ob ihrer Erfahrung nach der letzte Wille der freien Entscheidung des Erblassers entspricht. Die Entscheidungsträger haben ihre Aussage zu berücksichtigen.

Gibt es Streitigkeiten über die verfügbare Quote muss offen über das gesprochen werden, was „nicht mit rechten Dingen zugeht“. Dadurch sollen allfällige Erbschleicher entlarvt werden. Als Indizien für Erbschleicherei soll unter anderem folgendes gelten:

- Der Erblasser hatte nachweisbar eine schwere körperliche Krankheit oder Behinderung oder war an Demenz erkrankt.
- Es bestand ein Betreuungs- oder Angestelltenverhältnis des Begünstigten zum Erblasser (teilweise schon im neuen Recht berücksichtigt).
- Das Testament begünstigt einen Ehepartner, mit dem der Erblasser nicht mehr als fünf Jahre verheiratet war.
- Die gesetzlichen Erben wurden durch ein Testament, welches bei einem Notar des Haupterben und unter Ausschluss der Benachteiligten verfasst und unterschrieben wurde, auf den Pflichtteil gesetzt. (Isolationsgefahr)
- Der Haupterbe ist seit weniger als fünf Jahren mit dem Erblasser befreundet, bzw. die Ehe oder eingetragene Partnerschaft besteht seit weniger als fünf Jahren

- Der Hausarzt oder das Pflegepersonal ist unvollständig über die Familienkonstellation oder nahe stehende Freunde informiert
- Der Hausarzt oder Pflegepersonal wurde innerhalb einer bestimmten Zeit, z.B. zwei Jahre, vor dem Tod gewechselt.
- Urkundenfälschung wird vermutet, wenn z.B. ein Arzt bestreitet, eine Urkunde zur Geschäftsfähigkeit des Erblassers ausgestellt zu haben.
- In den letzten fünf Jahren wurde ein langjähriger Hausarzt, die Polizei, die KESB darauf hingewiesen, dass der Erblasser von den Kindern, Verwandten oder Freunden isoliert wurde.
- Es werden als verfügbare Quote mehr als vier durchschnittliche Jahressaläre vererbt, inkl. Lebensversicherung.
- Wenn mehr als 30 Prozent des Vermögens in Lebensversicherungen, vor allem zugunsten angeheirateter oder familienfremder Personen, investiert wurde.
- Die Vermögensentwicklung ist nicht mehr nachvollziehbar, weil Bankkonten oder Geldflüsse verschwiegen wurden.
- Vor dem Tod des Erblassers wurden grössere Bargeldbeträge bezogen oder nach dem Tod, bevor der Todesfall den Behörden gemeldet wurde.
- Es wurden grosszügige Schenkungen getätigt, aber andererseits beklagen sich die Kinder, der Ehe- oder eingetragene Partner über Geldmangel. Besonders stark ist dieses Indiz, wenn der Erblasser selber zu Lebzeiten unter Geldmangel litt.
- Der Haupterbe untersagte mit einer Sterbeverfügung der anwesenden Sanität die lebensrettenden Massnahmen, aber es wurde keine Patientenverfügung ausgehändigt, vorgewiesen oder eine solche existiert gar nicht.
- Mehrere Versionen des Todeshergangs werden geschildert.
- Die Kriminalpolizei wird nach dem Tod informiert, vermerkt aber auf dem vorgesehenen Formularfeld des Totenscheins ihren Einsatz nicht oder rapportiert ihn nicht.
- Die Kriminalpolizei ruft den zuständigen Bezirksarzt nicht herbei, obwohl man Mord nicht ausschliessen kann.
- Eine Person wird diffamiert. Erbschleicher betreiben oft üble Nachreden gegen Angehörige. Die betroffene Person muss auf solche, auch amtlich festgehaltene, Diffamierungen hingewiesen werden und sie muss die Gelegenheit zur Gegendarstellung erhalten. Diese muss berücksichtigt werden.
- Ein oder mehrere Erben verzögern ohne objektiven Grund die Erbteilung.
- Die Staatsanwaltschaft erwähnt in ihren Akten zu ihrer Nichtanhandnahmeverfügung eingereichte Anzeigen nicht. Werden Officialdelikten angezeigt, sind diese in den Akten als solche zu deklarieren.

Bei Verdacht auf Erbschleicherei ist die Erbwürdigkeit der Erben von Amts wegen zu überprüfen.

Erbschleicherei oder Verdacht auf solche soll mit einer Frist von fünf bis zehn Jahren nach Testamenteröffnung angezeigt werden können.

2.3 Lebensversicherungen

Art. 476 neu

- 1 Lebensversicherungsansprüche von Dritten, die mit dem Tod des Erblassers entstehen, werden zum Vermögen hinzugerechnet.
- 2 Leistungen, die den Erben und den übrigen Begünstigten aus der beruflichen Vorsorge des Erblassers zukommen, einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 19823 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, gehören nicht zur Erbschaft.

Kommentar und Änderungsvorschlag:

Benachteiligung der Erben durch Lebensversicherungen

Art. 476 Abs. 1 Uns wurde von einem Fall berichtet, bei welchem knapp eine Million CHF in eine Lebensversicherung investiert wurde, damit sie nicht mit den Miterben geteilt werden musste. Diese Million CHF entsprach einem Grossteil der Erbmasse. In diesem Fall wurden offensichtlich Bedingungen im Versicherungsvertrag vereinbart. Starb der Erblasser nicht entsprechend der Vereinbarung des Versicherungsvertrags, würde die begünstigte Erbin die einbezahlte Million CHF an die Versicherung verlieren. Ein solches Konstrukt erhöht das Risiko der Mordbereitschaft erheblich und ist als unsittlicher Vertrag zu betrachten. Von diesem Standpunkt aus loben wir die Addition der Versicherungsansprüche zum teilbaren Vermögen.

Im Erbrecht und zusätzlich im neuen Versicherungsvertragsgesetz müsste vorgeschrieben werden, dass jemand, der gegenüber dem Erblasser Delikte begangen hat, inklusive Erbschleicherei, kein Recht auf die Auszahlung eines Versicherungskapitals hat. In den meisten Allgemeinen Versicherungsbedingungen wird die Deckung bei Verbrechen sowie bei Selbstmord ausgeschlossen.

Bei Rentenversicherungen ohne Rückgewähr, bei denen das eingezahlte Kapital an die Versicherung fällt, sollten die Versicherungen ausdrücklich verpflichtet werden, den Pflichtteilserben ihren Pflichtteil auszusahlen.

Zu berücksichtigen gilt weiter: Die Beteiligung an der Ausschüttung einer Lebensversicherung verstärkt eher die Verschwiegenheit eines Mörders, als dass sie hilft, Morde aufzudecken. Denn der Anteil an den Versicherungsleistungen wird an Mörder nicht ausbezahlt, weswegen diese erst recht im Dunkeln agieren. Doch liegt der Vorteil solcher Regelungen darin, dass die Mordrate statistisch tief gehalten wird. Die Prioritäten sind unseres Erachtens Aufklärung des Mordes, Sicherheitsgefühl der Bürger sowie das Image des Landes. Das alles ist wichtiger als die Interessen der Lebensversicherer.

2.4 Unterhaltsvermächtnis

Art. 484a neu

- 1 Das Gericht kann anordnen, dass einer Person zulasten der Erbschaft ein Unterhaltsvermächtnis ausgerichtet wird, um ihr damit einen angemessenen Lebensunterhalt zu ermöglichen, wenn sie:
 - erstens mit dem Erblasser seit mindestens drei Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hat und erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat;
 - zweitens während ihrer Minderjährigkeit mindestens fünf Jahre mit dem Erblasser in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat und vom Erblasser finanzielle Unterstützung erhalten hat, die dieser fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre.
- 2 Die Ausrichtung des Vermächtnisses muss für die Erben namentlich aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe der Erbschaft zumutbar sein.
- 3 Das Vermächtnis wird auf Klage hin festgesetzt. Die Klage ist innerhalb einer Verwirkungsfrist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt einzureichen, in dem der Kläger vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat.

Kommentar zu Art. 484a

Im Prinzip ist es wünschenswert, dass die Betreuer von alten und kranken Personen finanziell berücksichtigt werden. Allerdings kann eine solche Lebensgemeinschaft für Isoliertaktik und Erbschleicherei missbraucht werden. Ist ein alter und kranker Mensch isoliert, hat er unter Umständen keine Möglichkeit, die Beziehung zu seinem „Betreuer“ zu beenden, auch wenn er sich nicht wohl fühlt. Deswegen sollte es den langjährigen Kontaktpersonen des Erblassers möglich sein, die Behörden auf das Unwohlsein hinzuweisen, um für die Aufhebung der fragwürdigen Lebensgemeinschaft und eine neue Betreuung zu sorgen. Entsprechende Bestimmungen sind ins Erwachsenenschutzrecht einzufügen.

Bezüglich Art. 484a Abs. 3: Die Frist von drei Monaten scheint uns zu gering bemessen, bedenkt man die Zeit der Trauerphase und dass die Frist der Inventaraufnahme ebenfalls 3 Monate beträgt, wobei Erbschleicherei teilweise erst während oder nach der Inventaraufnahme realisiert wird.

Deshalb schlagen wir vor, die Klage- bzw. Anzeigefrist auf fünf Jahre zu erhöhen.

2.5 Verfügungen und digitaler Nachlass

Art. 503 Abs. 1 und 3

- 1 Bei der Errichtung der öffentlichen Verfügung weder als Urkundsperson noch als Zeugen mitwirken können der Ehegatte des Erblassers, die Geschwister des Erblassers und deren Ehegatten, die Verwandten des Erblassers in gerader Linie, Personen, die nicht handlungsfähig sind, sowie Personen, die des Schreibens und Lesens unkundig sind.
- 3 Die eingetragene Partnerschaft ist der Ehe gleichgestellt.

Formulierungsvorschlag

Absatz 1 muss man mehrmals durchlesen, bevor man ihn versteht.

Bei der Errichtung der öffentlichen Verfügung dürfen als Zeugen oder Urkundsperson nicht mitwirken: Der Ehegatte des Erblassers, die Geschwister des Erblassers und deren Ehegatten, die Verwandten des Erblassers in gerader Linie, Personen, die nicht handlungsfähig sind, sowie Personen, die des Schreibens und Lesens unkundig sind.

Änderungsvorschlag

Eine positive Bestimmung, die zumindest die Begünstigung der Erbschleicherei durch öffentliche Verfügungen erschwert. Im Prinzip kann auch in einer relativ neuen Ehe oder eingetragenen Partnerschaft ein Partner gegenüber dem Erblasser die Isoliertaktik anwenden.

Art. 506 neu

- 1 Ist der Erblasser infolge ausserordentlicher Umstände wie nahe Todesgefahr, Verkehrssperre, Epidemien oder Kriegseignisse verhindert, sich einer der andern Errichtungsformen zu bedienen, so kann er eine mündliche oder audiovisuelle letztwillige Verfügung errichten.
- 2 Bei der mündlichen Verfügung muss der Erblasser seinen letzten Willen vor zwei Zeugen erklären und sie beauftragen, seiner Verfügung die nötige Beurkundung zu verschaffen. Für die Zeugen gelten die gleichen Ausschlussgründe wie bei der öffentlichen Verfügung.
- 3 Bei der audiovisuellen Verfügung muss der Erblasser selbst auf der Aufzeichnung erscheinen, seinen Namen angeben, den ausserordentlichen Umstand erläutern, nach Möglichkeit das Datum und den Ort nennen und seinen letzten Willen erklären.

Vorschlag zur Umformulierung:

Statt des Ausdrucks „Verkehrssperre“ schlagen wir vor: „Zusammenbruch des öffentlichen oder des individuellen Verkehrs“.

Art. 507 neu

- 1 Die mündliche Verfügung ist sofort von einem der Zeugen unter Angabe von Ort, Jahr, Monat und Tag der Errichtung schriftlich festzuhalten, von beiden Zeugen zu unterschreiben und hierauf mit der Erklärung, dass der Erblasser ihnen im Zustand der Verfügungsfähigkeit unter den gegebenen ausserordentlichen Umständen diesen seinen letzten Willen mitgeteilt habe, unverzüglich bei einer Gerichtsbehörde niederzulegen. Die beiden Zeugen können stattdessen die Verfügung mit der gleichen Erklärung bei einer Gerichtsbehörde zu Protokoll geben.
- 2 Errichtet der Erblasser die mündliche Verfügung im Militärdienst, so kann ein Offizier mit Hauptmanns- oder höherem Grad die Gerichtsbehörde ersetzen.
- 3 Wer eine audiovisuelle Verfügung findet oder erhält, muss diese unverzüglich der Gerichtsbehörde übergeben. Diese erstellt sogleich ein Protokoll, in dem die Personalien der meldenden Person und die Umstände des Fundes sowie der Wortlaut der Verfügung festgehalten werden und dem die Videoaufzeichnung auf einem üblichen Datenträger als Anhang beigelegt wird.

Kommentar und Änderungsvorschlag: Kriegseignisse

Art. 506 Abs. 1 ff, Kriegseignisse, Todesgefahr usw. Diese Artikel täuscht falsche Sicherheit vor. Unserer Ansicht nach schrecken Gangsterpaare unter lebensbedrohlichen Bedingungen des Erblassers nicht weniger vor Irreführung, Drohung und Tortur zurück, als zu Friedenszeiten. Ein „zufälliger“ Tod kann danach noch immer als natürlich oder als von der Leiter gestürzt dargestellt werden. Im Kriegsgebiet wird die Rekonstruktion der Todesumstände sehr schwierig. So wissen auch die für die Testamentbescheinigung zuständigen Beamten bei audiovisueller letzter Verfügung nicht, von wie vielen Gewehren der Erblasser bedroht wurde und wie viel Folterspuren sich unter seinen Kleidern verstecken. Sinnvoller scheint uns, auf diesen Artikel vollständig zu verzichten. Die Leute sollen lernen, sich früh mit der Unvorhersehbarkeit von Sterben, Tod und Geldgier auseinanderzusetzen, frühzeitig ein Testament zu erstellen und dieses mit zunehmender Lebenserfahrung anzupassen. Ein solches, früh erstelltes Testament, das in ruhigen Momenten entstand, entspricht normalerweise mehr dem wirklichen Willen eines Menschen, als ein Testament, welches unter Einfluss von Stress und Angst abgefasst wurde.

Art. 507 Abs. 2 Ein Offizier mit Hauptmannsgrad ist nicht immer der beste Freund in der Kompanie. Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass ein Offizier sich ehrenhaft verhalten muss. Das ist richtig, aber nicht gewährleistet. Auch ein Offizier kann irreführen und davon profitieren. Angehörige der Armee sollen ihr Testament vor der Rekrutenschule und vor allem vor einem Krieg verfassen. Das mag zu Beginn eines Kriegs auf die Stimmung drücken, doch richtig kommuniziert, wirkt das langfristig beruhigend und sogar vertrauensfördernd. Wir möchten diesen Abs. 2 ersatzlos zu streichen.

Kommentar: Digitaler Nachlass

In diesem neuen Erbrecht fehlt jede Regelung über digitalen Nachlass, wie Mailkonten, soziale Medien usw. Das betrachten wir entschieden als Manko.

Die Erben können nicht ohne weiteres Zugriff zu den Mails und sozialen Medien, auf denen der Erblasser ein Konto führt, erhalten, obwohl das wegen laufender Geschäfte notwendig sein kann. Es ist zu regeln, dass der Zugriff auf Mails und soziale Medien für Erben soll bei Vorlage des Erbscheins möglich ist.

Es muss ausdrücklich festgelegt werden, dass Erben die Persönlichkeits- und Urheberrechte von Drittpersonen, die mit dem Erblasser in Kontakt standen, zu respektieren haben. Man kann nicht voraussetzen, dass alle Erben die Regelungen von ZGB Art. 28 und des Rechts über geistiges Eigentum kennen. Deswegen ist ein betreffender Artikel im Erbrecht zu empfehlen.

Das Datenschutzgesetz gilt nicht für Verstorbene, da ist einzufügen, dass zumindest die Regelungen für besonders schützenswerte Daten auf Verstorbene ebenfalls anzuwenden sind.

2.6 Klagen

Art. 521 neu

- 1 Das Recht auf eine Ungültigkeitsklage verwirkt, ein Jahr nachdem der Kläger von der Verfügung und dem Ungültigkeitsgrund Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber zehn Jahre nach dem Tag der Eröffnung der Verfügung.
- 2 Gegenüber einem bösgläubigen Bedachten verwirkt es erst nach 30 Jahren.

Art. 522 Abs. 1 neu

- 1 Die Erben, die weniger als den ihnen zustehenden Pflichtteil erhalten, können die Herabsetzung der Erwerbungen von Todes wegen auf das erlaubte Mass verlangen.

Kommentar und Änderungsvorschlag: Bösgläubigkeit

Wir loben die relativ grosszügige Frist der Verwirkung von 30 Jahren. Wir geben zu bedenken, dass „einem bösgläubig Bedachten“, sowie nach Art. 600 Abs. 2 „einem bösgläubigen Beklagten“, die Bösgläubigkeit - also seine Gedanken - kaum nachweisbar sein dürfte. Wir beantragen den Oberbegriff der Erbschleicherei in die Gesetzgebung einzuführen, welcher auch Bösgläubigkeit beinhaltet.

Kommentar und Änderungsvorschlag: Vermögensrecherchen bei Stiefgeschwistern

Wir schlagen einen zusätzlichen Abs. 3 für Art. 521 vor.

Hinterlässt der Erblasser ein Erbe an einen Ehepartner, der dieses an vor- oder aussereheliche Kinder weitervererbt, haben seine eigenen Kinder 10 Jahre lang das Recht in die Akten oder Bankkonten der Kinder des Ehepartners Einsicht zu erhalten, soweit dies für die Herabsetzungsklage notwendig ist.

Begründung: Im Falle von Stiefeltern, die das Erbe an Kinder vor der Ehe weitervererben und sterben, ist es für die vom Erblasser in die Ehe eingebrachte Kinder nach 28 Jahren schwierig an die Akten des verstorbenen Stiefelternteils zu gelangen.

Art. 617 neu

Die Vermögenswerte sind den Erben zum Verkehrswert anzurechnen, der ihnen im Zeitpunkt der Teilung zukommt.

Kommentar:

Während 30 Jahren soll auch Einsicht in die Bankkonti von Stiefgeschwistern, deren Nachkommen und Freunde zu gewähren sein.

Art. 527 Ziff. 1 und 3 (neu)

Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

1. die unentgeltlichen Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind;
3. die unentgeltlichen Zuwendungen, die der Erblasser frei widerrufen konnte oder die er während der letzten fünf Jahre vor seinem Tod ausgerichtet hat, ausgenommen die üblichen Gelegenheitsgeschenke;

Art. 626 Abs. 2 (neu)

- 2 Als Erbvorbezug gelten alle Zuwendungen, die der Ausstattung dienen, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt; vorbehalten bleibt die Bestimmung über die Auslagen des Erblassers für die Erziehung und Ausbildung einzelner Kinder.

Kommentar und Änderungsvorschlag: Rechtslücke Vorbezüge

Vorbezüge von Nachkommen sollten nur gegenüber leiblichen Eltern und Geschwistern anrechenbar sein. Als Kompromissvariante braucht man zumindest die Regelung, dass Vorbezüge nur während der Dauer der Ehe mit einem familienfremden Partner anrechenbar sind.

Nach geltendem Recht besteht eine Gesetzeslücke, die es familienfremden Ehepartnern sogar ermöglicht, Vorbezüge zu ihren Gunsten zu verrechnen, die die Nachkommen **vor** der betreffenden Ehe erhalten haben.

Kommentar: Klagefrist für die Erbteilungsklage

Im ZGB ist keine spezielle Frist für die Erbteilungsklage genannt. Einige Juristen in der Schweiz und in Deutschland vertreten die Meinung, dass für die Erbteilungsklage als solche überhaupt keine Fristen vorgeschrieben seien. Deswegen müssen die Fristen für alle Klagen klar geregelt werden.

2.7 Personen mit Vertrauensverhältnis

Art. 541a (neu)

Den Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie ihren Angehörigen kann durch eine Verfügung von Todes wegen insgesamt höchstens ein Viertel der Erbschaft zugewendet werden.

Kommentar und Änderungsvorschlag

Der Art. 541 a berücksichtigt nahestehende Personen des Erblassers, was wir für lobenswert halten. Zur Verhinderung von Betrug erachten wir es als hilfreich, dass die Freundschaft des Erblassers mit den Erben seit einer gewissen Mindestdauer zu bestehen haben; z.B. fünf Jahre. Dies gibt dem Erblasser eine gewisse Zeit, allfälligen Irrtum aufzudecken, seine Isolation und Abhängigkeit zu entdecken oder um Hilfe zu rufen.

2.8 Erbschleicherei als Delikt

Kommentar: Straftatbestände

In einige Straftatbestände, bzw. StGB Artikel kann ein Hinweis auf die Tat im Zusammenhang mit Erbschleicherei eingefügt werden, z.B. Freiheitsberaubung, Diebstahl und Hehlerei, Nötigung und Erpressung, Körperverletzung, Veruntreuung, Betrug, Mord und Urkundenfälschung.

Mit dem Vorwand ihres Berufsgeheimnisses können bestimmt Berufsgruppen, z.B. Ärzte, Banker, Anwälte, Beamte, Politiker, Pfarrer, etc. Verbrechen verschleiern. Solche Berufe geniessen in der Bevölkerung allgemein relativ hohes Ansehen. Entsprechend anfällig sind, sie als einzelne Zielpersonen in Unrechtmässigkeiten verstrickt zu werden. Je mehr Personen dieser Berufsstände involviert sind, desto sicherer fühlt sich der Erbschleicher in deren Schutz, nicht entlarvt zu werden. Deswegen muss auch die Beihilfe zur Erbschleicherei bestraft werden.

Kommentar und Änderungsvorschlag für StGB: Erbschleicherei als Vermögensdelikt

Erbschleicherei sollte als Vermögensdelikt ins Strafgesetzbuch aufgenommen werden, und natürlich auch die Beihilfe zur Erbschleicherei. Ein Strafantrag von allen Geschädigten sollte schon zu Lebzeiten des Erblassers möglich sein, um Abzockerei vor dem Tod zu verhindern. Als qualifizierte Form und als Officialdelikt sollte Erbschleicherei durch Vertrauenspersonen wie Betreuer, Heimpersonal, Angestellte oder gewerbsmässige Erbschleicherei gelten. Wenn nötig sind spezifische Haftungs Vorschriften für die betreffenden Personen zu treffen, am besten in die Haftungsbestimmungen von OR Art. 41 ff.

Eine Verurteilung in einem Straf- oder Zivilverfahren wegen Erbschleicherei sollte die Erbunwürdigkeit gegenüber dem Geschädigten zur Folge haben.

2.9 Notwendige Änderungen im ZGB und in anderen Gesetzen

Heiratsanfechtung

Die Anfechtung einer Heirat, die der Erblasser in unzurechnungsfähigem Zustand oder nicht aus freiem Willen geschlossen hat, sollte auch für Angehörige möglich sein. Deswegen ist Art. 108 Abs. 2 folgendermassen zu ändern: Das Klagerecht geht auch auf die Erben über.

Schenkungsrecht

In der Praxis kommt es vor, dass Betreuer, die nach ZGB Art. 443 eingesetzt werden, Erbschleicher unterstützen oder sogar selber zu Erbschleichern werden. Dagegen sollten die Angehörigen rasch und unbürokratisch vorgehen können. Eine entsprechende Regelung ist ins Erwachsenenschutzrecht einzufügen.

Es muss den angestammten Erben möglich sein, Abzockerei vor dem Tod des Erblassers zu verhindern, auch im Interesse des noch lebenden Erblassers.

Dazu muss nicht nur der Erblasser eine Schenkung widerrufen können, sondern im Fall von Krankheit, Unfall und Unzurechnungsfähigkeit auch seine Angehörigen. Das Schenkungsrecht OR Art. 239 ff. ist entsprechend zu ändern.

Datenschutz

Wie bereits erwähnt gilt das Datenschutzgesetz nicht für Verstorbene, was aber wünschenswert ist, besonders in Bezug auf sensible Daten.

Wir bitten Sie, unsere Argumente in der weiteren Revision des Erbrechts zu berücksichtigen. Damit tragen Sie dazu bei, das Risiko von Erbschleicherei wesentlich zu reduzieren, sodass der materielle letzte Wille eines eigenen Freundes nicht mit Arglist, Drohung oder Gewalt missbraucht werden kann. In diesem Sinne danken wir für Ihre Aufmerksamkeit zum Standpunkt unserer Mitglieder.

Hochachtungsvoll

F. Boller (Vorstandsmitglied)

Schweizerische Vereinigung gegen Erbschleicherei

Rötelstrasse 43 | 8037 Zürich | info@erbschleicherei.org

Anhänge

A1 - Weitere Hinweise zum Thema Erbschleicherei	S. 18
A2 - Erbschleicherei bildlich erklärt	S. 19
A3 - Unverhältnismässige Vermögensentwicklung	S. 22
A4 - Ausland	S. 23

A5 - Beispiel aus der Praxis, Fall 1	S. 24
A6 - Beispiel aus der Praxis, Fall 2	S. 26
A7 - Beispiel aus der Praxis, Fall 3	S. 27
A8 - Beispiel aus der Praxis, Fall 4	S. 28
A9 - Schlusswort	S. 29

A1 - Weitere Hinweise zum Thema Erbschleicherei

Anhang 1

Bestandteil unserer Grundlage / 4 / Weitere öffentliche und private Informationsquellen

Printmedien

Aargauer Zeitung. **Ex-Bundesratskandidat Bruno Zuppiger steht heute vor Gericht.** 16. Januar 2013
<http://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/ex-bundesratskandidat-bruno-zuppiger-steht-heute-vor-gericht-125917513>

Baslerstab. **Grauzone lässt Erben leer ausgehen.** 22. Oktober 2013
<http://www.heinzelmann-texte.ch/resources/Baslerstab%20Interview%20über%20Erbschleicherei%202013.pdf>

Beobachter. Erbschaften: **Lukrative Fürsorge.** 27. Mai 2004
http://www.beobachter.ch/familie/artikel/erbschaften_lukrative-fuersorge

Beobachter. **Machtlos gegen Erbschleicher.** 29. April 2011
<https://www.silviaschenker.ch/index.php?id=47#c956>

Beobachter. **Soihäfeli – Soiteckeli.** 15. April 2016
http://www.beobachter.ch/gesellschaft/artikel/der-fall_soihaefeli-soeiteckeli

Bild. **Friseurin ergaunert sich Millionen-Erbe.** 11. März 2015
<http://www.bild.de/regional/hamburg/hamburg-aktuell/friseurin-ergaunert-sich-millionen-erbe-40102996.bild.html>

Curaviva. **Wie ältere und alte Menschen von Betrügern ausgenommen werden.** 2014
<http://upload.sitesystem.ch/7589311EBD/5D242FAD61/31A14BC1D2.pdf>

Hamburger Abendblatt. **Alt und vergesslich – aber mit allen Wassern gewaschen.** 26. Juli 2010
<http://www.abendblatt.de/politik/ausland/article107827672/Alt-und-vergesslich-aber-mit-allen-Wassern-gewaschen.html>

Handelsblatt. **Wie Erbschleicher Vertrauen missbrauchen.** 23. Januar 2012
<http://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/recht/streitfall-des-tages-wie-erbschleicher-vertrauen-missbrauchen/6091352.html>

K-Tipp. **Kann ich vom Erbschleicher etwas zurückfordern?** 27. April 2005
<https://www.ktipp.ch/artikel/d/kann-ich-vom-erbschleicher-etwas-zurueckfordern>

K-Tipp. **Erbschleicher erhält gar nichts.** 22. März 2006
<https://www.saldo.ch/artikel/d/erbschleicher-erhaelt-gar-nichts>

Kurier. **Tierschützer buhlen um gut dotierte Testamente.** 13. Dezember 2011
<http://kurier.at/politik/tierschuetter-buhlen-um-gut-dotierte-testamente/752.251>

Neue Zürcher Zeitung. **Hesiods Mengenlehre.** Folio, März 1992
<http://folio.nzz.ch/1992/maerz/hesiods-mengenlehre>

Neue Zürcher Zeitung. **18 Monate bedingt für Erbschleicher.** 11. Januar 2001
<http://www.nzz.ch/article73PVM-1.452918>

Neue Zürcher Zeitung. **Testamentarisch erschlichene Kunstsammlung?** 25. Oktober 2001
<https://erbschleicherei.files.wordpress.com/2016/06/nzz20011025.jpg>

Neue Zürcher Zeitung. **Stolpersteine.** November 2003 | Textauszug
https://erbschleicherei.files.wordpress.com/2016/04/nzz-erben_studer-law.pdf

Neue Zürcher Zeitung. **Ein lästiger Bruder.** Folio, Juli 2012
<http://folio.nzz.ch/2012/juli/ein-lastiger-bruder>

Neue Zürcher Zeitung. **Das begehrte Haus der alten Dame.** 30. September 2014
<http://www.nzz.ch/zuerich/das-begehrte-haus-der-alten-dame-1.18393711#kommentare>

Neue Zürcher Zeitung. **Tücken des Testaments.** 15. Januar 2015
<http://www.nzz.ch/finanzen/tuecken-des-testaments-1.18459080>

- Neue Zürcher Zeitung. **Senioren und Gutsituierte erben am meisten.** 28. Mai 2015
<http://www.nzz.ch/schweiz/senioren-und-gutsituierte-erben-am-meisten-1.18550383>
- Zürcher Oberländer. **Erbschleicherei und Drohungen für das Gericht nicht erwiesen.** 05. Mai 2015
<http://zol.ch/bezirk-uster/duebendorf/Erbschleicherei-und-Drohungen-fuer-das-Gericht-nicht-erwiesen/story/31967487>
- Schweizer Illustrierte. **Die etwas andere royale Hochzeit.** 6. Oktober 2011
<http://www.schweizer-illustrierte.ch/stars/international/die-etwas-andere-royale-hochzeit>
- Tages Anzeiger. **Top Ten der unnötigsten Vorstösse im Parlament.** 27. Dezember 2012
<http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Top-Ten-der-unnoetigsten-Vorstoesse-im-Parlament/story/14383455>
- Tages Anzeiger. **Bizarrer Streit um Millionenvilla.** 13. Februar 2013
<http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Bizarrer-Streit-um-Millionenvilla/story/17602042>
- Tages Anzeiger. **„La Lollo“ und der Heiratsschwindler.** 03. Februar 2016
https://erbschleicherei.files.wordpress.com/2016/02/scan_bsp20160203tagi-hochzeit.jpeg
- Tageswoche. **Ein Testament für den guten Zweck.** 13. September 2013
http://www.tageswoche.ch/de/2013_37/basel/579212
- Weltwoche. **Blocher kauft EMS.** 1. Oktober 1987
http://jamesbbond.magix.net/public/Blocher_Kauf_EMS_Weltwoche/page1.html
- Weltwoche. **Systematische Plünderung (Ivo Romer).** Nr.48/2012
<http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2012-48/systematische-pluenderung-die-weltwoche-ausgabe-482012.html>
- Die Welt. **Erbschleicher zerstören mit System Familien.** 30. Oktober 2013
<http://www.welt.de/vermischtes/article121347578/Erbschleicher-zerstoeren-mit-System-Familien.html>
- 20 Minuten. **Mit Fake-Firmen Millionen von Franken erschwindelt.** 14. Mai 2015
<http://www.20min.ch/schweiz/zuerich/story/Mit-Fake-Firmen-Millionen-von-Franken-erschwindelt-30987245>
- 20 Minuten. **KESB-Mann ergaunerte Millionen-Erbschaft.** 24. September 2015
<http://www.20min.ch/schweiz/ostschweiz/story/15784385>
- Schweizer Parlament. **Postulat zu: Massnahmen gegen Erbschleicherei.** 15. März 2012
http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20123220
- Schweizerisches Bundesgericht. **Erbunwürdigkeit.** 6. Februar 2006
http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_doid=atf%3A%2F%2F132-III-305%3Ade
- Universität Basel. **Bundesgerichtsentscheide zum Erbrecht.** 16. März 2009
<https://ius.unibas.ch/typo3conf/ext/x4eunical/scripts/handleFile.php?file=20975>
- Universität Lausanne. **Inheritance Flows in Switzerland, 1911-2011.** Brullart Moreau, 25. April 2015
www.hec.unil.ch/mbrulhar/papers/BrullartMoreau.pdf
- Die Volkswirtschaft. **Erbschaften in der Schweiz stark angestiegen.** 22. Mai 2015
<http://dievolkswirtschaft.ch/de/2015/05/erbschaften-in-der-schweiz-stark-angestiegen>
- (fr) L'Express. **Querelle d'héritage autour de la famille Arpels.** 15. Octobre 2013.
http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/querelle-d-heritage-autour-de-la-famille-arpels_1290850.html
- (fr) L'Expres. **Sur la piste des Wildenstein.** 13. Mars 2012.
http://www.lexpress.fr/actualite/societe/sur-la-piste-des-wildenstein_1094053.html
- (fr) Le Matin. **Le patron du LHC soupçonné de détournement d'héritage.** 22. Mai 2014.
<http://www.lematin.ch/faits-divers/Le-patron-du-LHC-soupconne-de-detournement-d-heritage/story/10073886>

Bücher

Maria Bernadette Brommer. **Willenlos - Wehrlos - Abgezockt**. 2011. – ISBN: 978-3-8316-1517-9

Regula Heinzlmann. Erbschleicherei: **Altes Drama - neues Unrecht**. Juni 2013 – ISBN: 978-3-86858-943-6

René Lüchinger. **Kampf um Sprüngli**. August 1993. - ISBN: 3-85504-130-X

Volker Thieler. **Tatort Erbschleicherei**. Oktober 2006. - ISBN: 9783981074192

Erich Mühsam. **Die Psychologie der Erbtante**. 1905.

William Makepeace Thackeray. **Die Memoiren des Junkers Barry Lyndon**. 1844.

Gotter, Friedrich Wilhelm: **Die Erbschleicher**. Leipzig, 1789.

Diverse Blog und Foren und Websites

Andersson und Wigand (RA)

www.deutsche-nachlass.de

Maria Bernadette Brommer

www.mysisteract.de

Prof. Dr. Thieler und Prof. Dr. Böh

www.erbrechtsstiftung.de

Kester-Haeusler-Stiftung. **Allgemeine Hinweise**

www.erbschleicher.net/allgemeine-hinweise/erbschleicher.html

Kester-Haeusler-Stiftung. **Musterfallen - Wahre Geschichten**

www.erbschleicher.net/category/musterfalle

Huber Hugo. **Mechanismen der Erbschleicherei**

www.erbschleicherei.files.wordpress.com/2016/03/directlink_mechanismen.pdf

Papenmeier Thomas (RA). **Die Kunst des Erbschleichens**. 7. Oktober 2014

<http://blog.erbrecht-papenmeier.de/2014/10/die-kunst-des-erbschleichens.html>

Unbekannt. Erbschleicherei: **Geschichten aus dem Leben ...**

<http://www.free-blog.in/gege/38685/Erbschleicherei+-+was+ist+das%3F.html>

Unbekannt. **Erbschaftsstreit**

<http://www.mobbing.net/erbschleicher.htm>

Unbekannt. **Narzissmus**

<http://www.narzissmus.org>

Eidgenössisches Büro für Gleichstellung von Frau und Mann. **Häusliche Gewalt**

<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00442>

(it) Elisabeth Lentschik. **Afferra la tua eredità**

<https://www.youtube.com/watch?v=PnBOEiKbcCo>

Fernsehen

Erstes Deutsches Fernsehen. Menschen hautnah: **Betreuer oder Erbschleicher?** 23. April 2015

<http://programm.ard.de/?sendung=2872114401214514>

Erstes Deutsches Fernsehen. Maischberger: **Der hässliche Kampf um das Vermächtnis**. 20. Oktober 2013.

<https://www.youtube.com/watch?v=NsFtzOqHkug>

Schweizer Fernsehen. **Der heilige Fridolin: Schutzpatron vor Erbschleicherei**. 01. Mai 2013

<http://www.srf.ch/news/regional/ostschweiz/landsgemeinde-glarus/glarus-und-region/der-heilige-fridolin-schutzpatron-vor-erbschleicherei>

A2 - Erbschleicherei bildlich erklärt

Anhang 2

Kennen Sie das Newton-Pendel? Das ist ein Schreibtischschmuck aus den 1960-er Jahren. Fünf Stahlkugeln berühren sich in einer Reihe hängend und über eine Schnur an einem Gestell befestigt. Lässt man davon zwei der äusseren Kugeln auf die anderen drei aufprallen, dann lösen sich durch diesen Impuls auf der anderen Seite die äusseren beiden Kugeln aus ihrer Position (betrogener Erblasser und Folgebetrogene). Vor deren Rückprall schleicht sich die erste, impulsgebende äusserste Kugel der anderen Seite zur Seite (Erbschleicherin). Beim Rückprall der vierten und fünften Kugel werden nun die mittlere und die zweite Kugel in die Höhe gestossen. Das Spiel wird neu nur von vier Kugeln in Bewegung gehalten. Die zweite Kugel macht vertrauensvoll und treuherzig das Impulsspiel weiter und erfreut sich, dass sogar die mittlere dritte Kugel mit ihr schwingt. Erst spät realisiert sie, dass die Erbschleicherin das Geschehen von aussen her beobachtet und sich köstlich darüber amüsiert, wie die anderen Kugeln sich bewegen und lange nicht erkennen, weshalb sie sich bewegen. Der einen oder anderen Kugel mag das nicht immer passen, aber sie schwingen anfangs aus einem gewissen Sozialverständnis mit. Mit der Zeit wird es einer der vier Kugeln garantiert zu blöd. Da kommt es leicht zu Beschuldigungen und Streitigkeiten zwischen den benachbarten Kugeln (Menschen, die direkt miteinander zu tun haben). Jeder behauptet, der andere treibe sie an. Weder die vorderste noch die hinterste Kugel erkennen sich, um sich zu fragen, was das ganze soll. Die Erbschleicherin treibt bei Bedarf ihr falsches Spiel kurz durch einzelne, weitere Impulse an und steht unbemerkt wieder zur Seite. Wenn die zweite Kugel die anderen auf die Impulse der Erbschleicherin hinweist, wird die Erbschleicherin ihre ehemalige Freundin diffamieren. Jetzt stirbt der Erblasser und es folgt die Testamentöffnung. Es verbleiben drei Kugeln. Jetzt (heutiger Zustand) realisieren die erfahrenen Kugeln die Gründe ihrer Bewegung. Um sich der Strafe zu entziehen erkennen sie keine andere Möglichkeit, als sich gegen eine ihresgleichen Folgebetrogenen zu verbandeln (zwei gegen eins). Dabei mutieren sie sich nicht selten zu Pseudopsychologen; auch ein höherer Status verhilft zu höherer Glaubwürdigkeit. Sie wissen von dieser Ungerechtigkeit. Aber welches andere Verhalten bleibt ihnen unter den herrschenden Gesetzen übrig, um nicht selber bestraft zu werden? Selbst wenn die arglistig verführte zweite Kugel zugäbe, sie wollte zusammen mit der ersten etwas Gutes bewirken, dann wird die erste aussenstehende Kugel ihr Mitwirken heftigst bestreiten.

Solche Intrigen können sich über mehr als zehn Jahre hinwegziehen. Die Einwirkung einer Erbschleicherin ist von relativ geringem Zeitaufwand. Betreibt sie Erbschleicherei als Beruf, so richtet sie in manchen ihrer Beziehungskreise erheblichen Schaden an; nicht nur monetär. Das steigert ihr Selbstwertgefühl.

Wie kann dem Richter nun bewiesen werden, dass die aussenstehende Person eine Erbschleicherin ist? Ganz einfach: die in Bewegung gebrachten Kugeln müssen miteinander reden und dürfen sich für ihr temporäres turbulentes Verhalten nicht schämen oder dafür bestraft werden. Nur durch gemeinsame Zusammenarbeit können sie die notwendigen Beweise gegen die Falschspielerin zusammentragen. Nun hat die aussenstehende Kugel sich gegen die Beweise zu rechtfertigen. Die Aufdeckung des Falls funktioniert jedoch nur, wenn die gesetzlichen Grundlagen gegen Erbschleicherei entsprechend vorbereitet sind.

A3 - Unverhältnismässige Vermögensentwicklung

Anhang 3

Seit der Einführung des ersten Zivilgesetzbuchs 1907 veränderten sich in der Schweiz die wirtschaftlichen Verhältnisse und der Bezug der Bevölkerung zum Geld grundlegend. Gerne hätten wir für unsere Betrachtung Zahlen im Zeitraum vor 1900 berücksichtigt, gelangten leider nicht an diese Zahlen.

Das Bundesamt für Statistik veröffentlicht Zahlen zur Entwicklung der steuerbaren Bevölkerung (natürliche Personen) und der Summe ihrer Reinvermögen:

Jahr	Anz. EW	steuerpflichtige natürliche Personen Anteil (Arbeitsbevölkerung)	Reinvermögen in Mia. CHF
1969	6.14E+06	25%	1'540'000
1981	6.35E+06	52%	3'302'485
1991	6.80E+06	55%	3'760'150
2003	7.34E+06	61%	4'483'516
2008	7.65E+06	63%	4'822'445
2012	8.00E+06	64%	5'078'843
1.3		2.5	Faktor, seit 1969 3.3
			Faktor, seit 1969 11.5

Quelle: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/allgemein/dokumentation/zahlen-und-fakten/steuerstatistiken/gesamtschweizerische-vermoegensstatistik-der-natuerlichen-person.html>

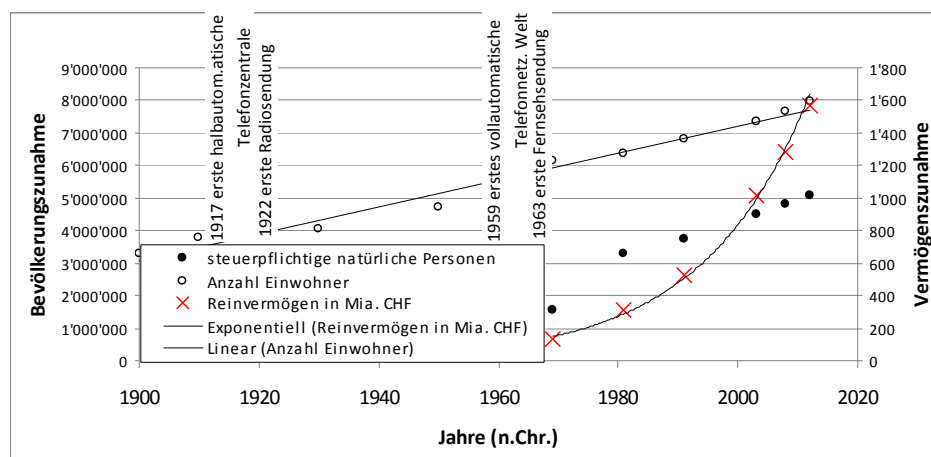


Bild 1: Lineare Bevölkerungsentwicklung und exponentiale Vermögensentwicklung in der Schweiz während der Periode von 1969 bis 2012 A.D.

- Diese Disproportionalität führt zu Gesinnungswandel und beeinflusst unsere Kultur.
- Zu grosse Vermögensunterschiede wecken das Ungerechtigkeitsgefühl. Sie führen Spannungen.
- Die Summe aller Vermögen und Schulden heben sich in etwa gegenseitig auf (ein Prinzip des Geldwerts). Um einem Vermögen einen Wert zuzuordnen ist andernorts eine Verschuldung zu erzeugen. Ein finanziell unterbemittelter Folgebetrogener kann höchstens einen unterwürfigen Gerichtsprozess führen gegen finanziell bevorteilte Betrüger. Wird Erbschleicherei zum Officialdelikt erklärt, braucht er auch keinen Gerichtsprozess zu finanzieren.

Die Studie „Inheritance Flows in Switzerland, 1911-2011“ von Marius Brühlhart, Universität Lausanne, und Elodie Moreau, Universität Zürich. notiert am 22.05.2015 in der Volkswirtschaft, Plattform für Wirtschaftspolitik: „In Franken ausgedrückt entspricht unser geschätzter Wert für 2011 einer vererbten Summe von 61 Milliarden. Hochgerechnet auf 2015 (mittels der beobachteten Vermögenszuwachsraten von 2009 bis 2013) sind das gar 76 Mrd. Franken.“

- Der **Anteil der steuerpflichtigen natürlichen Personen** nimmt zu um 230% (Faktor 3.3)
- Das **Reinvermögen** nimmt zu um 1050% (Faktor 11.5)
- Der Anteil der **steuerpflichtigen Bevölkerung zur Gesamteinwohnerzahl** nimmt zu um 150% (Faktor 2.5) auf 64%
- Die **Anzahl Einwohner** nimmt zu um 30% (Faktor 1.3)
- Während 1969 25% der **Bevölkerung steuerpflichtig** war, waren es 2012 64% (Faktor 2.5)
- Das um Faktor 2.5 (Zunahme Beschäftigungsgrad) **korrigierte Reinvermögen** nimmt zu um 350% (Faktor 4.5)
- Der Anteil der **Steuerpflichtigen wächst 4.5 mal weniger schnell**, als das Reinvermögen (1050% : 230%)
- Der Anteil der **Gesamtbevölkerung wächst 35.0 mal weniger schnell**, als das Reinvermögen (1050% : 30%)

A4 - Ausland

Anhang 4

- Eine Rechtsdokumentation über Erbschleicherei in Deutschland von Rechtsanwalt Prof. Dr. Volker Thieler und Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Böh, Fachanwalt für Erbrecht und Fachanwalt für Steuerrecht, ist auf der Webseite der Deutschen Stiftung für Erbrecht zu finden.

- Die Deutsche Stiftung für Erbrecht, die ebenfalls die Erbschleicherei bekämpft, heisst es: „Gegenwärtig erhalten etwa 10% der Haushalte, die durch eine Erbschaft begünstigt werden, über € 266.000,00 aus dem Nachlass und schon gut 40% der Haushalte können mit einer Erbschaft von € 80.000,00 rechnen. Hauptbestandteil des vererbten Vermögens sind in der Regel Immobilien, also Häuser, Wohnungen und Grundstücke. Gleichzeitig ist bevölkerungsdemographisch erkennbar, dass der größte Teil der jetzigen Erben, insgesamt etwa 32%, schon das Alter von 60 Jahren überschritten haben und sich deshalb selbst Gedanken über die Vermögensweitergabe machen sollten.“

- Interview mit Prof. Wolfgang Böh, Stiftung für Erbrecht

(Quelle: Erbschleicherei: Altes Drama - neues Unrecht. Regula Heinzelmann, 2013. Textauszug)

Was unternimmt man, wenn ein Angehöriger eine Person von der Umgebung abschirmt?

Böh: Da kann man allenfalls gesetzliche Betreuung beantragen. In bestimmten Fällen kann es auch einen familienrechtlichen Anspruch auf Zutritt geben, z.B. wenn ein Kind Umgangs- oder Sorgerechte hat. Das ist aber nur sehr eingeschränkt möglich.

Kinder haben doch das natürlichste Recht auf Zugang zu den Eltern oder nicht?

Böh: Das ist richtig. In Deutschland gibt es aber dafür im Prinzip keinen Rechtsanspruch.

Schweizer Recht: Wenn der Ehepartner den Zugang verweigert kann man allenfalls Entzug der Vertretungsbefugnis beantragen, in anderen Fällen kann man sich an die Erwachsenenschutzbehörde wenden.

Haben nicht ältere Leute oft unrealistische Vorstellungen, wenn sie von einem Partner oder einer anderen Person erwarten, dass diese sie irgendwann pflegt? Es gibt doch Fälle, bei denen das gar nicht möglich ist.

Böh: In vielen Fällen kann man das so regeln, dass für die Pflege Hilfe von Drittpersonen hinzugezogen wird. Auch das kann man bei der Eheschliessung oder dem Abschluss eines Arbeitsvertrages vereinbaren.

Wie kann man Angehörige schützen, die an sozialer Demenz leiden und den falschen Personen vertrauen?

Böh: In diesen Fällen gibt es keine generelle Lösung. Wenn man als Angehöriger eingreift kann es passieren, dass der Betroffene sich angegriffen fühlt. So treibt man ihn gerade erst recht in die Arme des Erbschleichers. Seit der Einführung des ersten Zivilgesetzbuchs 1907 veränderten sich in der Schweiz die wirtschaftlichen Verhältnisse und der Bezug der Bevölkerung zum Geld grundlegend. Gerne hätten wir für unsere Betrachtung Zahlen im Zeitraum vor 1900 berücksichtigt, gelangten leider nicht an diese Zahlen.

A5 - Beispiel aus der Praxis, Fall 1

Anhang 5

Das Erbe ist weg. Die Polizei schaut zu.

(Quelle: Beobachter vom 15. April 2016, S. 27 ff)

Vielleicht neigt sie nicht zu Gefühlsausbrüchen. Vielleicht hat sie in ihrem jungen Leben schon so viele Intrigen und Machtspiele erlebt, dass sie nichts mehr erschüttern kann. Jedenfalls wirkt Sibylle Büntner* erstaunlich ruhig, als sie sagt: «Es haben einfach alle versagt, sämtliche Ämter und Behörden, und niemand tut etwas.» Die 24-Jährige fühlt sich im Stich gelassen. «Die Polizei, dein Freund und Helfer? Da kann ich nur lachen», sagt sie. Doch ihr Lachen ist ein bitteres.

Sibylle Büntners* Geschichte, wie sie sie erzählt, beginnt im November 2014, als ihr Vater stirbt. Verloren hat sie ihn schon viel früher. Die Eltern hatten sich scheiden lassen und sich einen hitzigen Rosenkrieg geliefert, bei dem jedes Mittel recht war, um sich einen Vorteil zu verschaffen. Am Ende seien die Mutter und sie, damals ein Teenager, leer ausgegangen, erzählt Büntner*. Das gemeinsame Haus mussten sie verlassen. Mit dem Vater sprach man jahrelang kein Wort mehr. «In den letzten Jahren haben wir uns aber wieder angenähert. Wir sahen uns sporadisch und telefonierten regelmässig.»

Sie wusste nicht, dass ihr Vater todkrank war Dass er Krebs hat, erzählt er seiner einzigen Tochter trotzdem nicht. Eines Tages begegnet sie zufällig der Frau ihres Cousins, der im gleichen Ort lebt wie der Vater. Ob sie wisse, dass der Vater im Spital liege, fragt diese. Sibylle Büntner* wusste es nicht.

Am gleichen Abend fährt sie ins Krankenhaus, will gerade ins Zimmer treten, als sie auf ihren Onkel trifft, den Bruder des Vaters. Er und sein Sohn - der Cousin - haben ein enges Verhältnis zum Vater. Sie sind Nachbarn. Bevor sie ins Spital fährt, hat der Cousin noch am Telefon gesagt: «Es ist alles nicht so schlimm. Der Vater kann schon bald wieder nach Hause gehen.»

Doch als sie ihn daliegen sieht, zweifelt Sibylle Büntner* an dieser Aussage. Der Onkel und der Cousin gehören zu jenem Teil der Familie, mit dem sie und die Mutter seit der Scheidung im Streit liegen. Sie fragt beim zuständigen Arzt nach. Dieser spricht Klartext: Er bezweifelt, dass der Patient die Nacht überstehen wird. Einige Stunden später stirbt der Vater, kurz vor 22 Uhr.

Auto, Laptop und Tresor fehlen Sibylle Büntner* ahnt, dass sie als einzige Tochter wohl sein Vermögen erben wird. Sie befürchtet, dass der Onkel versuchen wird, ihr Teile des Erbes streitig zu machen. Sie lässt das Haus des Vaters am Tag nach seinem Tod versiegeln. Doch da ist es schon zu spät. Sie bemerkt, dass der Tresor fehlt, das Auto, ein Laptop sowie diverse Firmenunterlagen. Der Vater führte lange ein Unternehmen - erst zusammen mit dem Onkel, später gingen sie getrennte Wege, wurden Konkurrenten. Vor einigen Jahren verkaufte der Vater die Firma an den Onkel und betreute nur noch einige alte Stammkunden.

Für Büntner* ist klar, wer die Sachen an sich genommen hat. Wenige Tage später findet sie ein anonymes Schreiben im Briefkasten, das ihren Verdacht bestätigt. Man habe ihren Onkel und ihren Cousin beobachtet, wie sie in der Todesnacht des Vaters mit einem Gabelstapler einen Tresor und weitere Dinge abtransportierten. «Im Vorfeld taten sie so, als ginge es meinem Vater gar nicht so schlecht, weil sie Zeit gewinnen wollten. Sie wussten, dass ich das Haus abriegeln lassen würde», glaubt sie.

Sie geht zur Aargauer Kantonspolizei und will Anzeige erstatten. Ein Beamter verspricht ihr, die Sache abzuklären. Als sie zwei Wochen lang nichts mehr hört, ruft Sibylle Büntner* an. Es heisst, man habe den Cousin angerufen und sich nach dem Tresor erkundigt. Er habe bestätigt, dass sich dieser bei ihm befinde. «Man sagte mir, dass sich damit die Anzeige erübrige, man wisse nun ja, wo der Tresor sei», erzählt sie. Anscheinend bewertet die Polizei die Sache als reinen Familienzwist.

Was Sibylle Büntner* zu diesem Zeitpunkt noch nicht ahnt: Der Cousin holt am Tag nach Vaters Tod auch dessen persönliche Gegenstände im Spital ab, das Portemonnaie mit 1200 Franken, eine Rolex, ein Handy, den Führerschein, die Identitätskarte, zwei Kredit- und Bankkarten sowie diverse Kleider und Medikamente - so steht es im Effektenverzeichnis des Spitals.

Als Nächstes geht der Cousin zum Bancomaten und hebt 3000 Franken ab - die volle Tageslimite. Am Tag darauf lässt er sich erneut 3000 Franken auszahlen. Beim dritten Versuch wird die Karte eingezogen, weil die Bank inzwischen über den Todesfall informiert wurde und die Karte sperrte.

Der Onkel ist schneller Sibylle Büntner* fährt derweil zu einer anderen Bank, bei der ihr Vater ein Schliessfach hatte. Sie will es auflösen. Doch so kurz nach seinem Tod hat sie noch keine Erbbescheinigung, folglich verweigert man ihr den Zutritt zum Fach. Monate später erfährt sie, dass der Onkel kurz nach dem Tod des Vaters, aber vor ihr, ebenfalls am Schliessfach war. Der Bankangestellte legte er eine Vollmacht vor, die der Vater an seinem Todestag unterzeichnet haben soll. Die Angestellte wusste nichts von dessen Ableben, vertraute dem ihr von früheren Besuchen bekannten Onkel und gewährte ihm Zutritt zum Schliessfach.

Auch das Auto ist weg Nach dem Bankbesuch ruft Büntner* beim Strassenverkehrsamt an. Sie weist dieses an, die Kontrollschilder für das entwendete Auto zu sperren und nur ihr auszuhändigen, niemand anderem.

Die Wechselnummernschilder waren schon seit fast einem Jahr hinterlegt, der Vater benutzte das Auto nicht mehr. Im Februar benötigt Büntner* eine Kopie des Fahrzeugausweises. Doch stattdessen gibt es schlechte Nachrichten: «Aus unerklärlichen Gründen», schreibt das Amt, sei das Auto bereits im Dezember auf die Firma des Onkels eingelöst worden - trotz der Sperre.

Vom Schliessfach und von den Bankbezügen erfährt Sibylle Büntner* erst, als nach drei Monaten die Versiegelung des Hauses entfernt und der Erbschein ausgestellt ist. Erst dann kann sie alle Unterlagen sichten und erhält sie Zugriff auf die Konten des Vaters. Das Geld für seine offenen Rechnungen, die schon vorher bei ihr eingetroffen waren, musste sie aus der eigenen Tasche vorschliessen. Während sie also ihr letztes Geld für das Begräbnis zusammenkratzt, plündern die Verwandten ihr Erbe.

Als sie das Ausmass erkennt, geht sie erneut zur Polizei. Jetzt rät man ihr doch zu einer Anzeige. Sie sucht sich eine Anwältin, diese reicht im Mai einen umfassenden Strafantrag ein: Hausfriedensbruch, Diebstahl, Urkundenfälschung. Büntner* glaubt nicht, dass die Unterschrift auf der Bankvollmacht echt ist.

Die Anwältin fragt mehrmals nach Wie viel Geld sich in Schliessfach und Tresor befand, ist offen. Büntner* geht davon aus, dass im Schliessfach gut 200'000 Franken lagen - so zumindest stand es auf der Vollmacht. Im Tresor vermutet sie rund 79'000 Franken. Geld, das der Vater vor seinem Tod nachweislich von diversen Konten abgehoben hat und das sonst nirgends aufgetaucht ist. Mit dem Strafantrag verlangt sie deshalb auch eine sofortige Hausdurchsuchung bei Cousin und Onkel und die Sicherstellung der Vermögenswerte.

Auf eine Reaktion wartet sie vergeblich. Weder sie noch ihre Anwältin erhalten eine Eingangsbestätigung für die Anzeige, geschweige denn ein Aktenzeichen. Niemand weiss, ob das Verfahren läuft, ob mögliche Zeugen befragt werden oder ob die Behörden gedenken, das Vermögen zu sichern. Die Anwältin erkundigt sich mehrmals nach dem Stand der Dinge.

Die Familie ahnte, dass es Streit gibt Ende September, mehr als vier Monate später, teilt man ihr schliesslich mit, der Antrag für die Hausdurchsuchung werde abgelehnt. Es sei kaum erfolgversprechend, dass nach so langer Zeit noch Vermögenswerte gesichert werden könnten. «Ich habe wirklich noch nie erlebt, dass bei einer derart klaren Beweislage nichts unternommen wird. Für mich ist das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden völlig rätselhaft», sagt die Anwältin.

Tatsächlich streiten die Beschuldigten die meisten Vorwürfe nicht einmal ab. Die Bargeldbezüge sind so eindeutig belegt, dass das wohl ohnehin aussichtslos wäre. Gegenüber dem Beobachter bestätigt Sibylle Büntners* Cousin, dass man Auto, Laptop und Geschäftsunterlagen aus dem Haus des Vaters geholt habe. Auch der Tresor stehe bei ihm. Alles gehöre aber zum Geschäft, das man vom Vater übernommen habe, und nicht zur Erbmasse. Das könne man auch belegen. Wieso hat man die Sachen aber bei Nacht und Nebel beiseitegeschafft? «Wir wussten genau, dass wir darum hätten streiten müssen mit der Erbin. Das wollten wir vermeiden», sagt er.

Erst im Februar 2016, neun Monate nach Eingang des Strafantrags, vernimmt die Polizei die Beschuldigten zum ersten Mal. Sie geben zu Protokoll, das Schliessfach sei leer gewesen, und auch im Tresor habe sich kein Bargeld befunden. Ausserdem hätten sie im Sinne des Verstorbenen gehandelt. Er habe ihnen auf dem Spitalbett gesagt, sie sollten seine persönlichen Sachen an sich nehmen und so viel Geld wie möglich für sich abheben.

Ein Sinneswandel im Spital? Kam es beim sterbenden Vater zu einem Sinneswandel? Wollte er seinen Bruder, der für ihn gesorgt hatte, wenn er krank war, doch noch begünstigen? Es wäre denkbar, aber Belege dafür wurden bisher nicht vorgelegt. Wenn er eine Bankvollmacht ausstellen konnte, hätte er da nicht auch eine Schenkung unterschreiben können? Ob Auto, Laptop und Tresor zum Geschäft gehören oder zur Erbmasse, ist ebenfalls strittig, Belege gibt es bislang nicht. Trotzdem haben die Strafverfolgungsbehörden bis zu diesem Zeitpunkt nichts unternommen, um die Vermögenswerte zu sichern.

Sie soll sich doch beschweren! Weitere drei Wochen nach der Einvernahme erlässt die Aargauer Staatsanwaltschaft schliesslich einen Beschlagnahmebefehl. Das Auto und die persönlichen Gegenstände des Verstorbenen sollten sofort der Alleinerbin herausgegeben werden. Inzwischen ist das geschehen.

Warum man so lange untätig blieb, wollen die Strafverfolger gegenüber der Presse nicht erläutern. Man äussere sich nicht öffentlich zu Einzelfällen, sagt Bernhard Graser, Sprecher der Kantonspolizei Aargau. Aber wer mit der Polizeiarbeit nicht zufrieden sei, könne sich jederzeit auf dem Rechtsweg beschweren.

Bei Sibylle Büntner* löst diese Idee ein bitteres Lachen aus. Abgesehen davon, dass eine Rechtsverzögerungsbeschwerde das Verfahren auch nicht beschleunigt hätte, hat sie das Vertrauen in den Rechtsstaat eh verloren. Sie glaubt, Justiz und Polizei würden sich gegenseitig decken. «Söihäfeli - Söiteckeli», sagt sie nur.

A6 - Beispiel aus der Praxis, Fall 2

Anhang 6

Nach der Testamentöffnung legt der langjährige Notar eines vermögenden Erblassers einen Zettel vor, der mit Stempel und Unterschrift ärztlich bestätigt, der Erblasser sei vollständig geschäftsfähig gewesen.

Auf persönliche Anfrage beim unterzeichnenden Arzt, bestreitet dieser, je eine solche Bestätigung formuliert, gestempelt oder unterzeichnet zu haben. Zudem wurde die angebliche Bestätigung nicht auf offizielles Büropapier sondern auf einen dünnsten milchig-durchsichtigen A5-Zettel verfasst. Auch wurde, wie sonst für jedes ärztliche Dokument üblich, keine Kopie dieser Bestätigung aufbewahrt.

Es geht um ein Nachlassvermögen von einer Million Euro!

Theoretisch ist ein Bürostempel kopierbar. Für eine Million Euro würden sich gewisse Charakter bemühen, eine Unterschrift nachzuzeichnen. Aus gewissem Grunde war der Beglaubigungstext mit Schreibmaschine auf dünnes milchiges Papier getippt worden. Die einen sprechen von Urkundenfälschung - Dennoch zweifeln Verantwortlichen Behörden die Echtheit der Bestätigung nicht im Geringsten an.

– „und die frei verfügbare Kote geht heute an ...den langjährigen Notar.“

Das alles geschieht in der Trauerphase des Abschiednehmens von einem geliebten Verwandten.

Der langjährige Notar hielt das zu vererbende Geld zurück, bis der Erbvertrag von allen Erbberechtigten unterzeichnet war. Die Folgebetrogenen verfügten nicht über ausreichend finanzielle Mittel, um rechtlich gegen den Notar vorzugehen. Deshalb ist es den Folgebetroffenen ein Anliegen, dass sie sofort nach dem Tod frei über ihren Pflichtteil verfügen können.

A7 - Beispiel aus der Praxis, Fall 3

Anhang 7

Der vermögende Vater heiratet in hohem Alter eine junge Frau. Kurz darauf stirbt er und sie ist die glückliche Haupterin. Die hinterlassenen Kinder kommen nicht aus dem Staunen heraus. Die „Böse Stiefmutter“ aus dem Märchen scheint zurückgekehrt: „The return of evil stepmother“. Trotz einem Diplomabschluss als Jurist, empfindet einer der hinterlassenen Söhne diese Situation als Unrecht. Aber sie ist rechtsgültig, das weiss er wie seine Brüder auch ohne Diplom.

Seither setzt er sich ein für die Aufnahme von Erbschleicherei als Straftatbestand und für die Einführung einer Karenzfrist für Testamente. Die Brüder Grimm würden diesen Fall aus der Gegenwart ihrem Märchen „Knüttel aus dem Sack“ aus der Vergangenheit zuordnen. Eine alt bekannte Dramastruktur nutzt heute noch immer gesetzliche Lücken aus. Märchen erfassen solche hässlichen Problematiken. Ein jedes Kind erkennt in ihnen beschriebenes Unrecht. Natürlich wird der Folgebetrogene Sohn und Jurist seine Argumentation nicht auf Grimm abstützen können. Ein solches Argument heranzuziehen könnte ihn mit einem amtlich diffamierenden Akteneintrag zum folgeschweren Verhängnis werden. Er wendet sich an einen Anwalt und geht ähnlich vor wie Sibylle Büntner* aus Fall 1. Er beobachtet ähnliche Reaktionen wie Sibylle Büntner* aus Fall 1.

Die Erkenntnis, dass die Welt früher nicht besser war als heute, beruhigt ihn nicht – aber vielleicht wird die Welt von heute besser, als die von früher, wenn er auf Missstände hinweist, statt sie verschweigt.

A8 - Beispiel aus der Praxis, Fall 4

Anhang 8

Im Zusammenhang mit einem Todesfall stellt der Folgebetrogene Meier* Unregelmässigkeiten fest. Er geht deren Ursache nach, sammelt Belege, kombiniert, wägt ab und muss realistisch betrachtet leider eine Vielzahl tragischer Officialdelikte feststellen. Diese bringt er pflichtgetreu zu mehreren Anzeigen; würde er die Anzeigeerstattung unterlassen, machte er sich strafbar. Dem sich der Sache annehmenden Staatsanwalt und seinem Sachbearbeiter sind die nachgewiesenen Fälle derart unangenehm, dass der Anzeigeersteller diffamiert wird und sie ihn als Besserwisser darstellen. Solche Belustigungen lenken wunderbar ab von den zur Anzeige gebrachten Officialdelikten. Die im Januar und im Juni 2014 eingereichten Reihen an Officialdelikten werden im amtlichen Aktenverzeichnis nicht als Officialdelikte, sondern als „Schreiben“ deklariert. Über diese wird zusammen mit einer Verleumdungsanzeige die Nichtanhandnahme verfügt. Erwähnenswert scheint uns auch, dass durch die falsche „Recherchearbeit“ der Kantonspolizei Familienverhältnisse derart verändert werden, dass plötzlich eine Zeugin zur Halbschwester von Meier* und der Angezeigten wird und sie Aussageverweigerungsrecht erhält. Makaber-peinlich ist, dass die neuen Familienverhältnisse nicht mit den amtlich recherchierten testamentarischen Familienverhältnissen des Erblassers korrelieren. D.h. satte zwölf pflichtgetreu zur Anzeige gebrachte Officialdelikte werden von der zuständigen Behörde verantwortungslos ignoriert! Meier* zieht die Beschwerde weiter bis vor Bundesgericht. Das revidierte Bundesgerichtsurteil vom 06. Oktober 2015 weist das Obergericht auf zur Anzeige gebrachte Officialdelikte hin. Somit sind diese von Amts wegen zu ahnden und Belege zu sichern. Das Obergericht kontaktiert den Anzeigeersteller bis heute nicht. Meier* kann die Nichtbearbeitung des Falls nicht ausschliessen. Bislang wurde er von den zuständigen Amtsstellen nicht kontaktiert. – Das erinnert stark an eine der letzten Zeilen von Fallbeispiel 1 (Anhang 5): „... wer mit der Polizeiarbeit nicht zufrieden sei, könne sich jederzeit auf dem Rechtsweg beschweren.“ Auch sonst sind aus dem Verhalten von Täterschaft und Gesetzeshüter einige Parallelen zu anderen Fällen erkennbar. Sofern man hinschauen will, kristallisiert sich eine klare Verhaltensstruktur heraus. Wir erwarten von hohen Beamten, dass sie in Sachen Kriminalität ihre Augen öffnen und gesetzeskonform handeln.

Wir würden diesen Fall nicht so ausführen, wenn wir die wesentlichen Aussagen nicht mit handfesten Belegen untermauern könnten; die „wesentlichen Aussagen“ betreffen diverse Verdachtsmomente zur Verfahrenseröffnung sowie definitive Belege der Straftaten nach geltendem Recht. Wir schildern diesen Fall hier nur kurz zusammengefasst und möglichst sachlich.

A9 - Schlusswort

Anhang 9

Diese Stellungnahme zur Vernehmlassung ist der kleinste gemeinsame Nenner unserer Mitglieder. Möglicherweise reichen einzelne Mitglieder, zusätzlich eine eigene Stellungnahme ein, weil ihnen unsere zu wenig ausführlich genug erscheint.

Erbschleicherei ist Teil unserer Kultur. Erbschleicherei ist kriminell. Seit der letzten Aktualisierung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teil Erbrecht, von 1907 sind 110 Jahre vergangen. In dieser Zeit veränderte sich sehr viel. Eine der grossen Errungenschaften ist, über Probleme sprechen zu dürfen, ohne dafür geächtet zu werden. Über Erbschleicherei zu orientieren findet in der Bevölkerung Rückhalt.

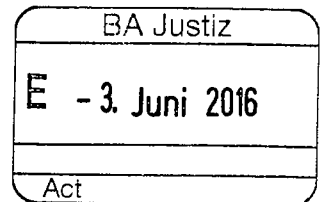
Problematiken sind oft zum Zeitpunkt des Geschehens bekannt. Niemand wünscht sich, in Probleme verstrickt zu werden. Und doch war und ist es nicht immer vermeidbar. Insbesondere da Erbschleicherei heute noch keine Straftat ist, kann sie jeder legal betreiben, ohne dafür zur Rechenschaft gezogen zu werden. So gedacht, müsste sogar zu aktiver Erbschleicherei aufgerufen werden. Das widerspricht unseren Statuten. Aber wer keine Erbschleicherei betreibt, ist doch irgendwie auch naiv. Und wer Erbschleicherei betreibt, ist skrupellos, aber handelt legal. Diese Situation ist nicht etwa komplex, sie ist aus unserer Sicht ganz einfach kriminell. Und wir versichern Ihnen, das gefällt uns nicht. Das passt auch für uns nicht ins Bild eines entwickelten Lands. Aber es ist nun einmal ein Faktum. Dieses Faktum lässt sich durch Vertuschung nicht aus der Welt schaffen; denn Vertuschung löst dieses Problem nicht. Erbschleicherei ist ein Problem, gegen dessen Verdrängung wir uns einsetzen. Diese Stellungnahme ist erst der Anfang.

Die Schweiz arbeitete manche Gesellschaftstragik auf. In Vergangenheit waren dies unter anderem Verdingkinder, Fremdplatzierte, administrativ Versorgte, Zwangssterilisierte, Zwangsadoptierte, etc. Auffallend ist, dass diese Thematiken erst in einem Abstand von zirka 50 Jahren nach deren Geschehen aufgearbeitet werden. Noch nicht von allen erkannt ist z.B. auferzwungene psychologische Verwahrung. Das besondere an Erbschleicherei ist, dass diese jetzt und heute trotz ihrer erwiesenen Existenz im Vorschlag des revidierten Erbrechts nicht aufgenommen wurde. Die Legislative schaut weg. Das Schlimme daran ist die Art und Weise dieser Verdrängungskultur. Nachgewiesenermassen gönnen sich einzelne Beamte willkürliche „Spässe“, in ihren Akten die anzeigeerstattende Partei zum Täter zu diffamieren. Diese Akten werden von der Anzeigeerstatteerin weder bestätigt noch gesichtet. Ein solch verantwortungsloses „Spiel“ ist nicht einfach ein zufälliges grobes Foule. Dieses üble „Spiel“ vermag teilweise bei gesetzestreuen Bürgern die psychische Stabilität stark beeinträchtigen. Und das mit weit reichenden wirtschaftlichen Konsequenzen. Das ist gegen die Menschenwürde und hemmt die Bürger in ihrer Pflicht, über beobachtetes Unrecht Anzeige zu erstatten. Es bevormundet verantwortungsvolle Bürger und destabilisiert den Frieden. Und das alles nimmt der Bund bislang auf sich, um Kriminalität zu vertuschen und Statistiken zu beschönigen?! Damit unterstützt er die Täterschaft und verschärft die Problematik. Wir sind sicher, dass der Bund die Problematik korrekt erfassen und ethisch korrekt lösen kann, sofern er will. **Einem Bund wie der Schweiz gebührt würdiges Verhalten.** Und selbst wenn die Problematik nur im Ausland existiert und bei sich nicht gesehen wird, kann der Bund Erbschleicherei präventiv im Gesetz als Straftat aufnehmen.

Uns reichen die drei Monate der Vernehmlassung leider nicht aus, um Bekanntheit zu erlangen und in einem tabuisierten Themenbereich ein grosses Netzwerk aufzubauen. Wir würden uns freuen, wenn vor Verabschiedung des revidierten Erbrechts in menschenwürdiger Weise Grundlagen zu Erbschleicherei seriös erhoben und analysiert würden und erst dann dazu ein passendes Gesetz ausgearbeitet wird. Da die betroffenen Folgeopfer von Erbschleicherei zu Recht diffamierende amtliche Akteneinträge fürchten, ist deren Vertrauen zum Bund bzw. Staat gebrochen. Wir stellen uns gerne als Schnittstelle zur Verfügung, um in Sachen Erbschleicherei erfahrenes Unrecht zu erfassen und die zugetragenen Informationen von Namen zensuriert weiterzuleiten.

Präsident **Roy Garré, Bundesstrafrichter, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
☎ 091 822 62 62, E-Mail: roy.garre@bstger.ch
Sekretariat **Miro Dangubic, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
☎ 091 822 62 40, E-Mail: miro.dangubic@bstger.ch, info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch

Bundesamt für Justiz
Herr Alexandre Brodard
Bundesrain 20
3003 Bern



Bellinzona, den 2. Juni 2016

Vernehmlassung Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit der Vernehmlassung zur geplanten Erbrechtsrevision und nehmen dazu (im Wesentlichen in der Reihenfolge des erläuternden Berichts) wie folgt Stellung:

Grundsätzliche Überlegungen zur Gesetzgebung im Erbrecht

Die Zielsetzung, dass die gesetzliche Regelung verständlich und bürgernah formuliert ist, ist auch aus Sicht der rechtsanwendenden Gerichte zu begrüssen. Dies umso mehr, als eine der wesentlichen Zielrichtungen der Revision die Stärkung der Entscheidungsautonomie und der Verfügungsfreiheit des Erblassers ist. Diese kann besser wahrgenommen werden, wenn die gesetzliche Regelung klar und verständlich ist.

Übergangsrecht

Die Anknüpfung an den Zeitpunkt des Todes des Erblassers ist im Sinne einer klaren und einfachen Regelung zu begrüssen.

Unterhaltsvermächtnis

Die Revisionsvorlage geht von *zwei Härtefall-Konstellationen* aus, welche gesetzlich neu geregelt werden sollen. Aus Sicht der Gerichte erweckt die Regelung insbesondere die folgenden Bedenken:

- Die im Art. 484a ZGB formulierten Voraussetzungen sind allesamt unbestimmte Begriffe, die einen weiten Interpretationsspielraum und damit auch weite Streitfelder eröffnen (faktische Lebensgemeinschaft von drei Jahren, erhebliche Leistungen, im Interesse des Erblassers, Angewiesenheit des Ansprechers, Zumutbarkeit für die gesetzlichen Erben).

- Die Ausgestaltung als zwingende Regelung stellt einen weitgehenden Eingriff in die Verfügungsfreiheit des Erblassers dar und steht damit im Gegensatz zu einer wesentlichen Stossrichtung der Revisionsvorlage. Die Regelung lässt eine Begünstigung gegen den ausdrücklichen Willen des Erblassers zu.

Diese (auch in den Erläuterungen zur Revisionsvorlage erwähnten) Gefahren einer solchen Regelung wiegen unseres Erachtens schwerer als die möglichen Vorteile, welche mit der vorgeschlagenen Änderungen in den zwei Härtefall-Konstellationen und damit in wenigen Einzelfällen erzielt werden können. Auch in den beiden Härtefall-Konstellationen sind Regelungen unter den Betroffenen möglich und vorzuziehen.

Zusätzliche Vorschlagszuteilung

Die Präzisierung und Klarstellung in Art. 494 Abs. 4 ZGB ist zu begrüßen.

Nutzniessung

Dem Revisionsvorschlag ist zur Stärkung der Rechtssicherheit zuzustimmen.

Pflichtteilsberechtigung im Scheidungsverfahren

Aus Sicht der Praxis drängt sich die Revision nicht auf. Die in seltenen Einzelfällen auftretenden stossenden Ergebnisse, welche sich aus der gegenwärtigen Regelung ergeben, würden durch andere stossende Lösung ersetzt. Insbesondere birgt die Neuierung die Gefahr, dass auf gemeinsame Scheidungsbegehren verzichtet würde und der scheidungswillige Partner auf den Klageweg (mit zweijähriger Wartezeit) verwiesen würde, um die Erbberechtigung aufrechtzuerhalten.

Informationsrecht

Die gesetzliche Verankerung des Informationsanspruches ist im Grundsatz zu begrüßen. Die Gefahr, dass sich die Streitpunkte auf den Umfang des Informationsrechts verlagern bzw. auf die Frage, ob der Anspruch (noch) besteht, ist allerdings unverkennbar, muss wohl aber in Kauf genommen werden.

Amtliche Verwaltung im Anschluss an die Ausschlagung

Die Klarstellung in Art. 578 Abs. 1 ZGB ist zu begrüßen. Wird gemäss Abs. 2 die Klage gegen mehrere Personen gerichtet, so erschiene es sinnvoll, klarzustellen, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Insbesondere ist unklar, ob von einer einfachen oder einer notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen wäre.

Audiovisuelles Nottestament

Die Anpassung an die technischen Möglichkeiten wie auch die Präzisierung im Sinne der absoluten Ungültigkeit gemäss Art. 508 ZGB erscheint angemessen und wird begrüsst.

Im Übrigen werden die Revisionsvorschläge begrüsst, soweit sie tatsächliche Vereinfachungen und Klarstellungen bringen (Ausgleichung, Umfang der Herabsetzung, Frist

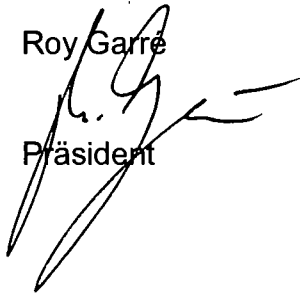
für die Ungültigkeitsklage, Aufsicht über Willensvollstrecker, Erbbescheinigung, Verkehrswert von Vermögenswerten, weitere Bereinigungen). Eine Stellungnahme zu vom Gesetzgeber vorzunehmenden Wertungen wie sie z.B. im Bereich der Pflichtteilsregelung, der Vorsorge/Lebensversicherung, Erbschleicherei, Reihenfolge nach Art. 564 Abs. 2 ZGB, Frist für Erbenaufwurf erachten wir als nicht angezeigt.

Wir danken für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

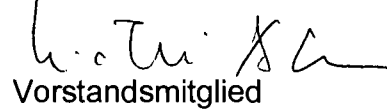
Roy Garre

Präsident

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

Eleonora Lichti Aschwanden

Vorstandsmitglied

A handwritten signature in black ink, featuring a cursive 'E' and 'L' followed by a series of loops and a final horizontal stroke.

Par courriel et en formats Word et PDF :

alexandre.brodard@bj.admin.ch

Département fédéral de justice et police

Office fédéral de la justice

Madame Simonetta Sommaruga, Conseillère fédérale

Bundesrain 20

3003 Berne

Genève, le 20 juin 2016

**Prise de position relative à l'avant-projet de révision du Code civil
(droit des successions)**

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions d'avoir lancé une procédure de consultation relative à la modification du droit des successions.

Au nom de notre réseau notarial et dans le délai imparti, nous nous permettons de vous faire parvenir notre prise de position quant à quelques-uns des thèmes de la révision projetée.

A. Diminution des réserves des descendants et du conjoint (y compris le partenaire) et suppression de la réserve des parents

- 1 La modification proposée de l'art. 471 CCS semble correspondre à la réalité de notre société actuelle. En réduisant la réserve des descendants de $\frac{3}{4}$ à $\frac{1}{2}$, et celle du conjoint survivant ou du partenaire enregistré de $\frac{1}{2}$ à $\frac{1}{4}$, le législateur donne une plus grande souplesse bienvenue au disposant en lui permettant d'adapter et d'aménager plus librement ses dispositions et sa succession, en fonction des proches qu'il a.
- 2 Notre quotidien notarial nous présente régulièrement la situation de personnes divorcées, parents d'enfants de précédents mariages, qui poursuivent leur vie avec un(e) autre partenaire en concubinage. Dans ce cas, la nouvelle loi leur permettra, sur une base volontaire, de planifier leur succession de manière identique à celle qu'aurait prévue la loi s'ils étaient mariés, en attribuant une moitié au concubin, sans accord préalable des enfants, et l'autre moitié à ces derniers. Comme cette possibilité ne pourra se fonder que sur une base volontaire (testamentaire), elle sera l'expression d'une véritable prise de conscience, ce qui lui donnera une assise d'autant plus solide.

Coordination

M^e Philippe Frésard

Effingerstrasse 1 / CP

CH - 3001 Berne

T. +41 58 200 35 66

F. +41 31 390 25 64

phfresard@swisnot.ch

N° TVA: 738 616

UID: CHE-115.537.539

www.swisnot.ch

swisNot.ch

AVEC ETUDES DANS
LES CANTONS DE:

BASEL-LAND

BASEL-STADT

BERN

FRIBOURG

GENÈVE

GLARUS

GRAUBÜNDEN

JURA

NEUCHÂTEL

TICINO

VALAIS

VAUD

ZÜRICH

- 3 Partant, le disposant aura le choix de ne rien faire, confirmant ainsi implicitement les règles de la succession légale, ou de rédiger un testament modifiant les parts légales.
- 4 Dans le même sens, la réduction de la réserve des enfants conduit à une plus grande souplesse, d'une part dans les cas où il est question de « favoriser » les descendants en général – ou l'un ou l'autre descendant parmi d'autres –, notamment lors de remise d'entreprise ou de certains objets de patrimoine formant une unité ; et d'autre part dans le cas de remariage où il peut parfois être choquant que le ou la nouvel(le) époux(se) (ou partenaire) se voit subitement attribué, par le mariage ou le partenariat, une si grande part ($\frac{1}{2}$) dans une succession éventuelle.
- 5 La réduction de la réserve du conjoint s'inscrit dans la même logique. Elle doit en plus être mise en relation avec la liquidation du régime matrimonial « favorisant », souvent par défaut mais aussi de manière déterminée, le conjoint survivant en cas de décès (attribution de la moitié du bénéfice d'acquêts de chaque conjoint).
- 6 La pratique notariale montre que la réserve des parents se perd et va parfois à l'encontre du bon sens ; la proposition de sa suppression est donc perçue positivement. En effet, soit le de cujus est célibataire et vit seul, auquel cas, sans disposition pour cause de mort, sa succession sera attribuée entièrement à ses parents, respectivement à ses frères et sœurs. Soit il vit en concubinat (avec un partenaire de sexe opposé ou de même sexe) et pourra à ce moment-là prendre des dispositions pour cause de mort afin de favoriser son concubin s'il entend modifier l'ordre légal. Dans ce dernier cas, il est parfois surprenant de constater que certains méconnaissent les dispositions successorales et croient à tort être héritier l'un de l'autre. Alors que cette faiblesse pourra éventuellement être corrigée par le legs d'entretien en faveur du concubin (voir ci-dessous, lettre C), les parents eux-mêmes sont parfois surpris de savoir qu'ils sont héritiers réservataires. Aujourd'hui, pour sécuriser la succession en faveur du concubin, il faut passer par un pacte de renonciation entre enfants et parents, ce qui est parfois assez lourd, à plus forte raison dans des contextes relationnels tendus.

B. Augmentation consécutive de la quotité disponible

- 7 Conséquence immédiate de la réduction/suppression des réserves (cf. ci-dessus), la quotité disponible augmentée permettra en premier lieu de favoriser ses proches ou certains d'entre eux (le cas échéant de manière inégalitaire), voire, en deuxième lieu, des personnes ou institutions ne faisant pas partie des proches au sens familial du terme.

- 8 Cette plus grande liberté est à notre sens largement suffisante pour répondre à une éventuelle critique de l'avant-projet du fait qu'il ne contiendrait pas de droit successoral légal en faveur du concubin ou des descendants de ce dernier. Les règles de l'avant-projet donneront une plus large marge de manœuvre au de cujus, ce sera à lui d'en profiter en rédigeant un testament, s'il le souhaite vraiment.
- 9 A noter toutefois qu'il faut craindre que les possibilités civiles d'attribuer tout ou partie de la quotité disponible au concubin ou aux descendants de ce dernier ne seront pas mises en œuvre dans une large mesure tant et aussi longtemps que leur statut fiscal ne sera pas amélioré dans les cantons (réduction ou suppression de l'impôt de succession).

C. Instauration d'un legs d'entretien en faveur du concubin

- 10 Comme brièvement abordé précédemment, il apparaît parfois que le concubin ne reçoit rien au moment du décès de son partenaire, du fait que le de cujus ne prend pas de dispositions, notamment en raison de la faible marge de manœuvre qui découle de la quotité actuelle de la réserve des descendants.
- 11 En d'autres termes, en droit actuel, si le de cujus ne prend pas de dispositions pour cause de mort, le concubin n'est pas héritier, ni légataire.
- 12 Il est vrai, comme le dit l'avant-projet, que cette situation peut être choquante lorsque le partenaire survivant s'est beaucoup investi dans le ménage et qu'il voit ensuite le patrimoine successoral être attribué entièrement aux héritiers légaux du défunt. C'est pourquoi l'avant-projet de loi propose, comme mesure de correction et de protection, l'instauration d'un « legs » d'entretien pouvant être obtenu devant le juge à des conditions bien particulières, notamment trois ans de vie commune avec le défunt concubin.
- 13 L'instauration de ce « legs » d'entretien se comprend comme mesure d'accompagnement des souplesses proposées dans les nouvelles dispositions pour cause de mort de l'avant-projet exposées ci-avant. Il devient ainsi une « sécurité » dans les cas où les concubins, souvent par méconnaissance, ne prennent pas de dispositions pour cause de mort en faveur de l'autre partenaire, pensant à tort que ce dernier deviendra héritier de la succession du de cujus. Cette solution est à mi-chemin entre la situation actuelle qui ne reconnaît aucun statut légal (notamment successoral) au concubin, et un éventuel changement de loi qui donnerait au concubin la qualité d'héritier.

- 14 A notre sens, la quotité disponible fortement augmentée (cf. ci-dessus) est en principe suffisante pour permettre au de cujus de prendre des dispositions en faveur de son concubin survivant (institution d'héritier, attribution d'un legs, etc.), voire des enfants de ce dernier.
- 15 En d'autres termes, pour autant qu'il faille instaurer un droit en faveur du concubin, cela ne saurait être le cas qu'à des conditions extrêmement restrictives, précises et claires, lorsque le concubin est démuné. A nos yeux et par exemple, cette nouvelle institution devrait s'inspirer des autres domaines ou cas de figure dans lesquels les concubins possèdent déjà des privilèges. Dans ce sens, par analogie à d'autres privilèges donnés aux concubins dans le cadre de certaines assurances sociales, la durée de vie commune minimale pour prétendre à ce droit devrait être fixée à cinq ans.
- 16 Au vu des explications ci-dessus, un droit en faveur des enfants du concubin ne se justifie à nos yeux nullement.
- 17 Techniquement, nous doutons de la qualification de « legs ». Il nous semblerait plus juste d'en faire une prétention de droit commun à l'encontre de la communauté héréditaire.
- 18 Enfin, nous comprenons que ce « legs » est de droit impératif, qu'il ne sera pas possible de l'exclure par testament, ni même par pacte successoral, mais que le concubin pourra être libre de ne pas le faire valoir le moment venu.

D. L'attribution par contrat de mariage devient une disposition pour cause de mort

- 19 Bien des motifs plaident en faveur du caractère de libéralité entre vifs de l'attribution par contrat de mariage. Les auteurs sont divisés sur la question.
- 20 Si tant est que l'on souhaite qualifier l'attribution légalement de disposition pour cause de mort, cela a l'avantage de clarifier le débat et surtout d'unifier la question de la masse de calcul des réserves. Au vu de la réduction projetée de la réserve des descendants, l'effet n'est pas très grand sur l'attribution par contrat de mariage, qui sera dorénavant réduite en premier.
- 21 Par contre, matériellement, cela revient à annihiler la disposition de l'art. 216 al. 2 CCS puisque cela signifierait une protection inconditionnelle de la réserve des enfants, même communs.

E. Suppression de la réserve du conjoint (survivant) en cas de procédure de divorce sur requête commune et dans les procédures excessivement longues (deux ans et plus)

22 Le nouvel art. 472 CCS est un correctif justifié et équitable pour les situations dans lesquelles une procédure de divorce ou de dissolution du partenariat est en cours au moment du décès. En effet, il semble évident que le législateur n'a pas souhaité, dans le fond, que les personnes mariées ou partenaires enregistrées soient héritières réservataires l'une de l'autre alors qu'elles sont plongées dans une procédure tendant justement à dissoudre le lien même qui leur donne ce privilège.

23 Lorsqu'ils sont amenés à rédiger un contrat de mariage et/ou un pacte successoral, les notaires rendent les parties attentives à cet aspect et inscrivent précisément une renonciation du survivant pour cette hypothèse.

F. Les rachats volontaires (dont le maximum est fixé par la loi) des piliers 2a et 2b ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'une action successorale. Les avoirs du pilier 3a sortent de la succession et ne seront pas rapportables

24 L'analyse faite par l'OFJ montre combien les questions et les arguments sont controversés. En définitive, il sied plutôt d'unifier le sort des questions relatives à la prévoyance (inutile de préciser, car c'est incontesté, que les prestations du 1^{er} pilier n'entrent pas non plus dans la succession), ce qui plaide pour la solution préconisée par l'OFJ, même si, il faut bien le reconnaître, on a là un potentiel important de lésion des réserves héréditaires.

G. Les prestations d'assurance-vie s'ajoutent à la masse successorale pour le calcul des réserves tout comme les autres libéralités entre vifs sujettes à réduction selon l'art. 475 CCS

25 La conséquence de ce qui précède est que, dans la mesure où la nature principale de l'assurance-vie n'est pas la prévoyance, il n'y a pas lieu de lui accorder un traitement différent de celui réservé à d'autres formes de libéralités.

26 Les propositions de révision sont donc cohérentes et accueillies favorablement.

H. Cercle des personnes avec indignité partielle à bénéficier de dispositions pour cause de mort (avocats, etc.)

- 27 Cette précision est logique et est à saluer dans la mesure où des abus ont été recensés ces dernières années en particulier.

I. L'expression « certificat d'héritier » est désormais fixée dans le Code civil

- 28 Il est dorénavant précisé que les héritiers légaux peuvent également demander la délivrance d'un certificat d'héritier, cette notion étant par ailleurs nouvellement unifiée ; la liste des actions en matière successorales à réserver dans le certificat d'héritier, du fait de son caractère provisoire, a en outre été complétée (art. 559 al. 1 CCS).

- 29 Les précisions et compléments apportés à cette disposition sont les bienvenus, car :

- l'uniformisation du terme à utiliser pour désigner l'attestation visée par l'art. 559 CCS, à savoir « certificat d'héritier », évite des confusions dans la pratique et renforce ainsi la sécurité juridique ;
- il est d'ores et déjà admis dans la pratique que les héritiers légaux peuvent demander – et se voient concrètement délivrer – un certificat d'héritier ; donc l'art. 559 CC sera conforme à cette pratique ;
- la liste des actions à réserver est désormais complète.

J. L'exécuteur testamentaire peut obtenir une attestation officielle de sa fonction

- 30 Cette précision à l'art. 517 CCS est également positive, car elle permet de combler une lacune de la loi tout en correspondant à ce qui se fait déjà en pratique. Nous rejoignons donc la position développée en p. 48-49 du rapport explicatif.

K. La surveillance de l'exécuteur testamentaire dépend désormais du juge

- 31 La surveillance de l'exécuteur testamentaire dépendra du juge ordinaire pour toutes les questions, qu'elles soient de droit matériel, de droit formel ou d'opportunité (art. 518 al. 4 CCS).
- 32 Cette modification simplifiera l'introduction de procédures contre les exécuteurs testamentaires, puisqu'il n'y aura plus à trancher au préalable entre questions de droit matériel ou question de droit formel ou d'opportunité, comme l'exige le droit en vigueur actuellement.

L. L'action en nullité de la répudiation d'un héritier obéré doit être ouverte à la fois contre ce dernier et contre les héritiers qui bénéficient de la répudiation

- 33 La nouvelle teneur de l'art. 578 CCS précise qu'il s'agit d'une action en justice ; que le *dies a quo* correspond au jour de la répudiation ; et que les défendeurs sont l'héritier obéré qui a répudié ainsi que les héritiers qui bénéficient de la répudiation, alors qu'à l'heure actuelle, ces derniers ne peuvent être qu'intervenants, selon la jurisprudence.
- 34 En outre, ce nouvel article fait une distinction entre une succession où l'héritier obéré qui a répudié est l'héritier unique, auquel cas la nullité de la répudiation entraîne la liquidation officielle, et celle où il y a d'autres héritiers, auquel cas la part de l'héritier obéré qui a répudié est représentée par l'autorité dans le partage en vue de la réalisation. Il s'agit là d'une amélioration du système et nous la saluons.

M. Testament d'urgence audiovisuel : option supplémentaire au testament oral

- 35 Même si les cas d'application sont rares, l'ordre juridique doit prévoir une ou des formes de testament d'urgence. Le nouveau droit introduirait, en plus du testament oral, un testament « audiovisuel ». Cela se justifie pleinement au vu de l'évolution technologique.
- 36 L'argument majeur pour ce nouveau testament d'urgence audiovisuel est basé sur le fait qu'aujourd'hui la grande majorité des personnes ne se déplace plus sans un appareil (comme un smartphone) permettant de produire des vidéos.
- 37 En situation de danger de mort, une personne pourra ainsi enregistrer ses dernières volontés en se filmant avec son propre appareil.
- 38 Cette nouveauté est justifiée et peut ainsi être approuvée, si l'on peut exclure que le film ait été tourné dans une situation de pression psychique ou physique.
- 39 De plus, une précision a été apportée dans le Code civil en ce sens que tout testament d'urgence (qu'il soit oral ou audiovisuel) devient nul quatorze jours après que le testateur a recouvré la liberté d'employer l'une des autres formes de disposer. Cette précision est également à saluer.

N. Précision relative à l'annulation des pactes successoraux et toilettages de divers articles dont l'art. 499 CCS (remplacement du terme « notaire » par ceux « d'officier public ») et l'art. 503 al. 1 CCS

- 40 Les précisions apportées quant à la façon d'annuler ou de révoquer un pacte successoral sont opportunes ; en effet, cela permet de mettre fin à

un conflit de doctrine et renforce la sécurité du droit pour les personnes parties au pacte ou en bénéficiant.

- 41 Par ailleurs, le toilettage des art. 499 et 503 CSS de même que l'élargissement du texte de l'art. 519 al. 2 CCS se justifient pleinement et doivent également être soutenus.

O. Priorité au légataire face aux créanciers de l'héritier débiteur du legs

- 42 Aujourd'hui, l'art. 564 CC prévoit que :

- les créanciers du défunt (y compris ceux de l'hoirie) doivent être désintéressés avant les légataires ;
- les créanciers personnels de l'héritier ont les mêmes droits que ceux du défunt, lorsque le débiteur accepte purement et simplement la succession.

- 43 La doctrine n'a jamais contesté que les créanciers du défunt aient la priorité sur les légataires. En revanche, il existe une large controverse quant à la question de savoir si les droits des créanciers personnels de l'héritier priment, sont égaux ou cèdent le pas aux droits des légataires.

- 44 Ainsi, la modification envisagée de l'art. 564 CCS, à savoir – à l'al. 1 – la précision selon laquelle les créanciers de la succession sont traités à égalité avec les créanciers du défunt et – à l'al. 2 – la clarification de l'ordre de désintéressement avec, en premier, les créanciers du défunt et de la succession, en deuxième les légataires et en troisième les créanciers de l'héritier, mérite d'être soutenue car elle permet de mettre fin à l'insécurité juridique qui existait jusque-là.

P. Principe de la valeur vénale au moment du partage, pour tous les biens et non plus seulement pour les immeubles (art. 617 CCS)

- 45 Au départ uniquement applicable aux immeubles, le principe de la valeur vénale au moment du partage a été retenu également pour les biens mobiliers et les autres droits.

- 46 Cette unité de traitement se justifie pleinement car la différence de traitement actuelle pouvait conduire à des inégalités injustifiées.

Nous vous remercions de l'attention portée à la présente prise de position, restons bien entendu à disposition pour toutes questions complémentaires que vous pourriez avoir et vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, nos très respectueuses salutations.

Au nom de swisNot :



M^r Antoine Anken
Président

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Departement für Privatrecht
Zivilistisches Seminar

17. Juni 2016

V E R N E H M L A S S U N G

zur

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die uns mit Schreiben vom 4. März 2016 eröffnete Gelegenheit zur Vernehmlassung danken wir Ihnen bestens. Wir wollen diese – mit der notwendigen Beschränkung auf die wesentlichen Punkte des Vorentwurfs – nachstehend gerne wahrnehmen.

I. Vorbemerkung

Wenn Revisionsbedarf behauptet wird, so wird damit die Einschätzung ausgedrückt, wonach gewisse Rechtsregeln bestehenden Erfordernissen nicht (mehr) genügen. Rechtsetzung – und damit auch Revisionsgesetzgebung – soll Anforderungen an eine rationale Willensbildung und Entscheidungsfindung einhalten¹. Das bedingt auch, dass Revisionsbedarf stets nachvollziehbar zu begründen ist. Im Vorfeld einer Gesetzesrevision dürften deshalb regelmässig jeweils drei Aspekte zu betrachten sein, die unabhängig voneinander oder in Verbindung und Wechselwirkung untereinander Revisionsbedarf begründen können.

Zunächst einmal ist zu prüfen, ob und falls ja wie weit sich das wirtschaftliche und soziale Umfeld geändert hat und dadurch das bestehende Normgefüge mittlerweile unzulänglich geworden ist (*Sachverhaltserstellung*). Der Begleitbericht spricht zwar von einem grundlegenden Wandel in sozio-demographischer Hinsicht², kommt aber bei dessen Beschreibung nicht über Gemeinplätze hinaus. Das erstaunt nicht, liegt doch dazu noch kaum mit Blick auf rechtswissenschaftliche Fragestellungen verarbeiteter Datenmaterial vor³. Genaue Kenntnis dieser tatsächlichen Ausgangslage wäre aber von grundlegender Bedeutung, um gesetzgeberisch wirkungsvoll und nachhaltig gestaltend tätig werden zu können. Wenn man etwa sogenannte Realbeziehungen regeln will, so müssen deren einzelne Ausprägungen bekannt sein und es sind deren durchaus unterschiedlichen Bedürfnisse zur Kenntnis zu nehmen. So gibt es etwa nicht *die* faktische Lebensgemeinschaft: Vielmehr gibt es Partnerschaften mit oder ohne (gemeinsame) Kinder, voreheliches Zusammenleben oder Partnerschaft im Alter, denen im Einzelnen die verschiedenartigsten Motive für das Nichteingehen der Ehe zugrunde liegen – von der fundamentalen Opposition gegen die Ehe über die Rentenoptimierung bis hin zur schlichten Steuerersparnis – und für die jeweils auch ein ganz anderes Regelungsbedürfnis bestehen dürfte.

¹ Dazu GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 77.

² Etwa der erläuternde Bericht, S. 5.

³ Das zeigt sich auch im Bericht MICHELLE COTTIER, *Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, successio – nota@lex* 2014, S. 29 ff., S. 31 ff.

Weiter ist zu fragen, ob der bestehende Regelungskomplex bereits seit Inkrafttreten unzulänglich ist, etwa weil gewisse bereits bei Erlass der Regelung bestehende Probleme nicht erkannt wurden oder aber eine unzweckmässige oder sonstwie unzureichende Lösung erlassen wurde (*Normanalyse*). Hier sind dem Vorentwurf wie auch dem begleitenden Bericht durchaus entsprechende Ausführungen zu entnehmen. Wünschenswert wäre sicher gewesen, dass die gerade erst jüngst von den Kollegen THOMAS SUTTER-SOMM und DARIO AMMANN vorgelegte Aufstellung von unzulänglichen Bestimmungen in das Projekt einbezogen worden wäre⁴.

Schliesslich ist auch zu reflektieren, ob eine – in der Praxis durchaus gut funktionierende – Regelung geändert werden soll, weil sich angeblich damit zusammenhängende politische Wertungen geändert haben, die Gesetzgebung sich mithin an anderen Grundsätzen orientieren soll (*Rechtsfolgen- oder Zielbewertung*)⁵. Hier hat das Parlament eine gewisse Stossrichtung vorgegeben, wonach ein Einbezug der Perspektive der faktischen Lebensgemeinschaften in das Gesetz zu prüfen sei⁶. Wenn allerdings die hievor erwähnten Aspekte nicht weitergehende Schritte nahe legen, so wäre ein derart offener Auftrag des Parlaments wohl eher in zurückhaltender Form umzusetzen.

Das alles bedingt eine profunde Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Lage ebenso wie mit dem geltenden Recht und einen breiten wissenschaftlichen und politischen Diskurs. Dies wird – wie hievor bereits kurz angedeutet und die nachfolgende Auseinandersetzung im Einzelnen zeigen wird – im Vorentwurf nur in ungenügender Weise abgebildet. Die eben erwähnten, feststehenden methodischen Grundsätze für die Gesetzgebung sind bei der Ausarbeitung des vorliegenden Vorentwurfs ganz offenbar auch nicht genügend befolgt worden.

⁴ THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2015.

⁵ Stichwort vermehrte „Schutz-“ oder „Betreuungsgesetzgebung“. Dazu anschaulich PIERRE TSCHANNEN, Immer, sofort, überall? Vom Umgang des Gesetzgebers mit der Gesetzgebung, in: Alain Griffel (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, S. 159 ff., S. 163 f.

⁶ Motion 10.3524 „Für ein zeitgemässes Erbrecht“, 17.6.2010, eingereicht von Ständerat Felix Gutzwiller.

II. Grundsätzliche Einschätzung

Eine Betrachtung des Vorentwurfs im Ganzen führt zu folgender grundsätzlichen Einschätzung:

Vorweg lässt sich aus den vorgelegten Regelungen *kein klares Konzept* ableiten. Zwar führt der Bericht entsprechende Leitlinien an, nämlich die Verkleinerung der Pflichtteile, die Einführung eines Unterhaltsvermöchnisses und die Klärung weiterer offener Fragen⁷. Diese einzelnen Teilaspekte fügen sich indessen zu keinerlei Gesamtkonzept zusammen.

Gewisse Widersprüche, welche zur Konzeptlosigkeit beitragen, ergeben sich bereits aus dem Vorentwurf selbst. Wenn etwa durch allgemeine Senkung der Pflichtteilsquoten die Verfügungsfreiheit erhöht werden will, so ist nicht nachvollziehbar, warum die Begünstigungsmöglichkeit bezüglich gewisser Personengruppen zugleich eingeschränkt wird (Art. 541a VE ZGB)⁸. Es wäre sinnvoll gewesen, dies in den grösseren Kontext der Sicherung des freien Willens des Erblassers einzuordnen: Von mehr Verfügungsfreiheit kann nur dann die Rede sein, wenn der Erblasser diese Freiheit wirklich auch selbstbestimmt ausüben kann, was wiederum den Schutz dieser Freiheit – und gerade nicht ihre Einschränkung – erforderlich macht.

Der Eindruck der Konzeptlosigkeit ergibt sich aber auch mit Blick auf andere Gesetzgebungsprojekte, wie die bereits angekündigte Modernisierung des Familienrechts: Es ist nicht einsichtig, warum bereits im Vorfeld des eben erwähnten Gesetzgebungsprojekts ein Einzelaspekt eines modernisierten Familienrechts im Erbrecht vorab geregelt werden sollte. Käme man nämlich diesbezüglich später zu anderen Grundsatzentscheiden – etwa einer umfassenden Regelung faktischer Lebensgemeinschaften, der Einführung eines Instituts ähnlich dem französischen *pacte civil de solidarité* oder der Abstandnahme von jedweder Änderung –, so müsste das Erbrecht sogleich wieder an diese wiederum veränderte Situation angepasst werden. Eine solche Gesetzgebung ist *nicht nachhaltig und im Ergebnis der Rechtssicherheit höchst abträglich*.

⁷ Erläuternder Bericht, S. 21.

⁸ Dazu Näheres unter III.3. hienach.

Des Weiteren fehlt – jedenfalls stellenweise – eine zureichende systematische und begriffliche Durchdringung des erbrechtlichen Stoffes. Ebenso fehlt eine Einbettung des Vorentwurfs in die gesamte Zivilrechtsordnung und ein ausreichender Einbezug auch ausserzivilrechtlicher Aspekte. Beides wäre unabdingbar, soll (Privatrechts-)Gesetzgebung gelingen. Diese Defizite machen die vorgeschlagenen Lösungen schwer verständlich und fördern Unsicherheiten. So wird oftmals nicht klar, wie weit sich die Neuerungen in das bisher geltende System und seine Begrifflichkeiten einfügen⁹. Der erläuternde Bericht arbeitet dies auch nicht – oder jedenfalls nicht in der erforderlichen Deutlichkeit oder allen sich ergebenden Konsequenzen – heraus. Wenn etwa der Pflichtteil der Ehegatten reduziert wird – namentlich auch mit Blick auf Unternehmer-ehegatten¹⁰ –, wird nicht beachtet, dass dieser hohe Pflichtteilsschutz seine Begründung in der Einführung von Art. 199 Abs. 1 ZGB fand. Der Unternehmerehegatte erhielt die Möglichkeit, das Unternehmen dem Eigengut zuzuweisen, im Gegenzug sollte der andere Ehegatte zumindest erbrechtlich besser geschützt werden¹¹. Mit der Reduzierung des Pflichtteilsschutzes des überlebenden Ehegatten wird diese Interessenbewertung völlig unreflektiert aufgehoben. Nicht sachgerecht und systemfremd ist weiter, dass der Unterhalt von Nahestehenden durch Statuierung eines Unterhaltsvermöchnisses über das Erbrecht geregelt werden soll¹². Abgesehen davon, dass dem Erbrecht bereits grundsätzlich keinerlei Unterhaltsfunktion zukommt¹³, wären diese Probleme ohnehin im Zusammenhang mit oder besser gänzlich über das Sozialversicherungsrecht anzugehen¹⁴. Bei der nachfolgenden Betrachtung im Einzelnen wird sich an weiteren Beispielen zeigen lassen, dass einige – scheinbar bloss marginale – Änderungen zu ganz erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen könnten, weil sie mit der beste-

⁹ Von der Wichtigkeit, dass sich die Änderungen in die fortbestehende Grundkonzeption des Gesetzes einfügen etwa PETER FORSTMOSER, Hektik statt Bedächtigkeit: Entwicklungen in der Gesetzgebung, in: Alain Griffel (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, S. 9 ff., S. 23.

¹⁰ Erläuternder Bericht, S. 21.

¹¹ BsK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N. 1 zu Art. 199.

¹² Der erläuternde Bericht, S. 14, macht selber deutlich, dass die Regelung unzureichend bleiben müsse, weil für faktische Lebenspartner das Güterrecht fehle und sich abweichende Steuerfolgen ergeben würden.

¹³ Dazu III.2. hienach.

¹⁴ Zum Ganzen detailliert ebenfalls III.2. hienach.

henden Systematik oder Begrifflichkeit brechen¹⁵. Damit wird für die Praxis – ohne jeden Grund – grosse Rechtsunsicherheit geschaffen.

Überdies ist festzustellen, dass gewisse Lösungen – unabhängig von systematischen oder dogmatischen Bedenken – als *unzureichend* ausgestaltet erscheinen und teilweise als *unzweckmässig* bezeichnet werden müssen, m.a.W. nicht zu Ende gedacht sind. Soll etwa mehr Verfügungsfreiheit durch die Veränderung des Pflichtteilsrechts erreicht werden, werden in der Lehre durchaus feinere Instrumente diskutiert¹⁶, als die simple Reduzierung der Quote. Gleiches ist mit Blick auf die Vermeidung von Erbschleicherei festzuhalten¹⁷. In beiden Fällen – und auch anderswo – werden bestehende zivilrechtliche Forschungsergebnisse des In- und unmittelbar benachbarten Auslandes unberücksichtigt gelassen. Weiter ist nach hierseitiger fester Überzeugung das Unterhaltsvermächtnis – unabhängig von bereits hievor thematisierten Bedenken – in der vorgeschlagenen Gestalt mit grossen Unsicherheiten und Schwierigkeiten behaftet¹⁸. Ein weiteres Beispiel für die mangelnde Erfassung der Folgen einer Änderung zeigt sich etwa darin, dass mit der Einführung von Art. 518 Abs. 4 VE ZGB (Vereinheitlichung der Aufsicht über Willensvollstrecker) gleichsam Abs. 1 der nämlichen Bestimmung gegenstandslos wird¹⁹.

Der Gesamteindruck vom Vorentwurf geht nach dem hievor Dargelegten dahin, dass es sich um eine in mehrerlei Hinsicht *nicht ausgereifte Vorlage* handelt.

¹⁵ Vgl. etwa die Ausführungen III.5. zur Ausgleichung (Art. 626 Abs. 2 ZGB), Änderung von Art. 617 ZGB und die Auswirkungen auf Art. 618 ZGB sowie die Anpassungen in Zusammenhang mit Art. 476 ZGB.

¹⁶ Jüngst etwa DANIELA KLÖTI, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse, Diss. Bern 2013, Bern 2014. Zu beachten wäre sicher auch die Diskussion in Deutschland (etwa Anne Röthel [Hrsg.], Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Symposium vom 30.11.-2.12.2006 in Salzgau, Köln/Berlin/München 2007) und in Österreich. Zum Ganzen III.1. hienach.

¹⁷ Dazu III.3. hienach.

¹⁸ Dazu im Detail III.2. hienach.

¹⁹ Dazu III.4. hienach.

III. Einschätzung zu ausgewählten Punkten

Nachfolgend soll der vorstehende Gesamteindruck auch durch – keineswegs vollständige – Einzelhinweise konkretisiert werden.

1. Ad Art. 471 VE ZGB: Reduzierung des Pflichtteilsschutzes

Die dem Vorentwurf zugrunde liegende Motion wirkt ausdrücklich darauf hin, dass das gegenwärtige Pflichtteilsrecht verändert wird²⁰. Mit Blick auf die Vorzüge, die dem Pflichtteilsrecht unbestritten zukommen²¹ und dessen breiten Verankerung in der Bevölkerung²², sollte hier nur sehr zurückhaltend eingegriffen werden. Hilfreich dürfte es sein, dem parlamentarischen Anliegen mit *einer auf die angestrebten Ziele zugeschnittenen Lösung* nachzukommen. Eine allgemeine Reduzierung des Pflichtteils würde zu einer – wenigstens quantitativen – Abschwächung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Nachkommen führen, indem durch die generell erhöhte verfügbare Quote des Erblassers etwa die Lieblingstochter in noch vermehrtem Ausmass zulasten der anderen Nachkommen bevorzugt werden könnte als heute. Damit würde potentiell ein Beitrag zur Gefährdung des Familienfriedens geschaffen.

Um also zweckdienliche Anpassungen zu wählen, ist vorab – und auch hier – zu bestimmen, was die Ziele der Revision sind. Gemäss erläuterndem Bericht soll der Handlungsspielraum des Erblassers in zweierlei Hinsicht vergrössert werden: Erstens bei Unternehmen und zweitens bei Realbeziehungen (faktische Lebenspartner und Stiefkinder)²³. Es geht also nicht um eine allgemeine Erweiterung der Verfügungsfreiheit, sondern nur um eine auf bestimmte Situationen beschränkte.

²⁰ Siehe Fn. 7 hievor.

²¹ Etwa PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17.06.2010), *successio – not@lex* 2014, S. 7 ff., S. 17, Ziff. 28; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 13, m.w.H. Insb. auch im Kontext der Beeinflussung des Erblassers III.3. hienach.

²² Ebenso der erläuternde Bericht, S. 10, m.H. auf BREITSCHMID, a.a.O. (Fn. 21), Ziff. 34.

²³ Erläuternder Bericht, S. 21.

Für beide Situationen werden in der Lehre durchaus Veränderungen des Pflichtteilsrechts vorgeschlagen, allerdings in erheblich zielführenderer Weise, als dies der Vorentwurf tut.

Soll etwa die Übertragung von Unternehmen erleichtert werden²⁴, so könnte man sich an den Instrumenten des BGBB orientieren²⁵ oder – so man eine Regelung über das Pflichtteilsrecht versuchen möchte – zielgerichtet einen diesbezüglichen Freiteil schaffen²⁶. Es sei – auch wenn die Motion hier kaum Interpretationsspielraum lässt – gleichwohl noch einmal darauf hingewiesen, dass durch eine Reduktion des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten die anlässlich der Revision des Eherechts mit Art. 199 ZGB vorgenommene Interessenabwägung nun infrage gestellt und zulasten des Nichtunternehmerehegatten verändert wird. Weiter wäre etwa zu prüfen, ob nicht auch die Stundung von Pflichtteilsansprüchen – allenfalls auch über längere Zeiträume – eine Übernahme durch einen einzelnen Erben erleichtern würde, ohne die Gleichbehandlung zu tangieren²⁷.

Ähnlich zielgerichtete Möglichkeiten bestehen auch für faktische Lebensgemeinschaften und Stiefkindsverhältnisse²⁸.

2. Ad Art. 484a VE ZGB: Unterhaltsvermächtnis

Mit dem Unterhaltsvermächtnis soll die in der Motion behauptete Ungleichbehandlung von faktischen Lebenspartnerschaftsmodellen gegenüber der Ehe gemindert werden, ohne dass es zu einer Gleichstellung mit derselben käme. In der Wahl der Rechtsfigur (Unterhaltsvermächtnis) zeigt sich, dass die Funktion des Erbrechts vom nunmehr tätig werdenden Reformgesetzgeber – oder wenigstens der für den vorliegenden Vorentwurf verantwortlich zeichnenden Verwaltung – wohl hauptsächlich in der Sicherung des

²⁴ Differenzierte Hinweise finden sich bei BALZ HÖSLY/NADIRA FERHAT, *successio* 2016, S. 100 ff.

²⁵ Kritisch dazu DENIS PIOTET, Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice, *Ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524, successio* – not@lex 2014, S. 57 ff., S. 70 f.

²⁶ Dazu etwa KLÖTI, a.a.O. (Fn. 16), S. 152 ff.; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 12 f.

²⁷ Vgl. etwa LUTZ DIWELL, Reformen im Erb- und Pflichtteilsrecht – Spielräume aus Sicht des Bundesministeriums der Justiz –, in: Anne Röthel (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 16), S. 185 ff., S. 190.

²⁸ Dazu ebenfalls etwa KLÖTI, a.a.O. (Fn. 16), S. 152 ff.

Unterhalts der Erben gesehen wird. Diese Auffassung ist *nicht haltbar*: Versorgung ist nicht – vorbehalten Art. 605 Abs. 2 und Art. 606 ZGB sowie das Erbrecht des Ehegatten – Aufgabe des Erbrechts. Die zunehmende Rezeption dieser falschen Aussage macht sie indes nicht richtiger²⁹. Das Erbrecht soll schlicht die Überführung von Aktiven und vor allem auch der Passiven beim Tod eines Rechtssubjekts auf einen Rechtsnachfolger bewerkstelligen³⁰. Eine (faktische) Versorgungsfunktion kann ebenso wenig für die jüngere Zeit angenommen werden, erbt doch die Mehrzahl der Erben – aufgrund der höheren Lebenserwartung – am Ende ihres eigenen Erwerbslebens³¹. Die Versorgung von Personen wird nicht über das Erbrecht, sondern hauptsächlich über die Vorsorgesysteme (Sozialversicherungsrecht) sichergestellt³². Insofern hätte man diese wenigstens in die Überlegungen einbeziehen müssen (insbesondere die Witwen- und Waisenrente sowie die berufliche Vorsorge³³) und sollte darauf verzichten, eine sachfremde Lösung – die deshalb in jedem Fall unzureichend bleiben muss – im Erbrecht zu statuieren. Und falls Versorgung eher mit Unterhalt in Verbindung gebracht wird, so wäre der zutreffende Regelungsort das Familienrecht: Wie andere Unterhaltsforderungen – etwa diejenigen von ehemaligen Ehegatten – auch, handelt es sich hier um eine Forderung gegenüber dem Partner. Eine entsprechende Rechtsgestaltung sollte – sofern sich dies bei tieferen Untersuchungen als angezeigt erweisen würde – im Rahmen der Modernisierung des Familienrechts erfolgen. Dort könnte man dann die Behandlung von Unterhaltsansprüchen im Erbgang regeln. Wobei dabei freilich sogleich ein weite-

²⁹ A.M. etwa der erläuternde Bericht, S. 11; BREITSCHMID, a.a.O. (Fn. 21), S. 11; PIOTET, a.a.O. (Fn. 25), S. 65.

³⁰ „Das Erbrecht hat die Funktion, das vererbliche Vermögen des Erblassers im Ausgenblick des Todes auf seine Erben als neue Rechtsträger überzuleiten, im Idealfall auf seine Nachkommen [...]. Deren Bedürfnisse und deren Versorgung spielen dabei nach gemeinsamen europäischen Vorstellungen (anders als im angloamerikanischen Pflichtteilsrecht) keine Rolle. Nur das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, der traditionell nicht zu den gesetzlichen Erben gehörte, beruht auf dem Versorgungsgedanken.“ BK-WEIMAR, Einl. vor Art. 457 ff. ZGB, N. 15. Ebenso SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 21. Siehe auch die Umschreibung der Ziele des Erbrechts durch EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Ausgabe, Band I, Bern 1914, S. 320: „Versuchen wir, den gesamten sich für das Erbrecht darbietenden Stoff nach den Erwägungen zu ordnen, die das Erbrecht bestimmen und in seiner Entwicklung beherrschen, so lassen sich mit besonderer Deutlichkeit drei Richtungen unterscheiden [...]: Die Sicherung des Friedens im Verhältnis der sich folgenden Geschlechter untereinander, die Erhaltung der einmal geschaffenen Werte über den Tod ihres einzelnen Trägers hinaus und die Durchführung eines billigen und wirtschaftlich angemessenen Verteilungsplanes der vom Erblasser hinterlassenen Güter.“

³¹ Erläuternder Bericht, S. 6; vorsichtig COTTIER, a.a.O. (Fn. 3), S. 42 f.

³² A.M. BREITSCHMID, a.a.O. (Fn. 21), S. 11, 23 f.

³³ Für letztere immerhin III.5. hienach.

rer Widerspruch zutage tritt, werden doch im Familienrecht unter dem Stichwort des „clean break“ und dem Vorrang der Eigenversorgungskapazität in der Tendenz nach-eheliche Unterhaltsansprüche gerade zurückgesetzt bzw. minimiert.

Selbst wenn man – entgegen dem hievor Ausgeführten – die Versorgung von mit dem Erblasser in Realbeziehung stehenden Personen fortan auch über das Erbrecht sichern will³⁴, so müsste man wohl zwingend differenzieren, um was für eine Art der faktischen Gemeinschaft es sich handelt. Wenn der Gesetzgeber sich – wie im vorliegenden Vorentwurf – nicht dazu äussert, so wird jede faktische Lebensgemeinschaft erfasst sein, die dem durch die Rechtsprechung in anderem Zusammenhang entwickelten Begriff entspricht. Wie weit dies sachgerecht ist, kann hier mangels Kenntnis der Sachlage³⁵ nicht beurteilt werden³⁶. So oder so bleibt das wenig behagliche Ergebnis, dass Gerichte vermehrt in höchst sensiblen persönlichen Bereichen Beweis führen müssten – zudem in einer Situation, in der einer der Protagonisten verstorben ist –, was im Grunde möglichst zu vermeiden wäre³⁷.

Zu diesen *grundsätzlichen Bedenken* treten *weitere, praktische Schwierigkeiten* hinzu: Mit der Schaffung einer derart offenen Norm wird *grosses Streitpotential* geschaffen. Gerade angesichts der Tatsache, dass erbrechtliche Streitfälle aufgrund der zumeist emotionalen Bindungen unter den Beteiligten die Tendenz haben zum Flächenbrand zu werden³⁸, sollte es tunlichst vermieden werden, weitere potentielle Konfliktfelder zu schaffen. Genau das tut allerdings der Vorentwurf. Nachfolgend seien einige ausgewählte offene – und damit streitbegünstigende – Einzelfragen angesprochen:

³⁴ Wohlgemerkt kann dem Erbrecht diese Funktion vom Gesetzgeber künftig zuerkannt werden (zur Versorgungsfunktion des Erbrechts ANATOL DUTTA, Warum Erbrecht?, Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, Habil. Hamburg 2012, Tübingen 2014, S. 399 ff.). Dies würde allerdings eine grundlegende Neukonzeption und davor eine eingehende Diskussion bedingen, nicht nur über die Funktionen des Erbrechts, sondern auch über Grundsätze und Motive der Privatrechtsgesetzgebung. Was das Erbrecht betrifft, ist eine solche Diskussion – zumindest für die Schweiz – nicht auszumachen.

³⁵ Es fehlt die Verarbeitung soziologischer Befunde aus rechtlicher Sicht. Dazu bereits I. hievor.

³⁶ Dazu ebenfalls schon I. hievor.

³⁷ Ebenso beurteilt das der erläuternde Bericht, S. 21. COTTIER, a.a.O. (Fn. 3), S. 48 f., schlägt denn auch vor, ein familien- und erbrechtliches Institut „faktische Lebensgemeinschaft“ gesetzlich zu regeln. Es zeigt sich, dass eine Revision allein des Erbrechts unzureichend bleiben muss.

³⁸ Siehe etwa PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich 2011, S. 515; HEINRICH LANGE/KURT KUCHINKE, Erbrecht, Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001, S. 1.

- Sofern jede faktische Lebensgemeinschaft unterhaltsvermächtnisberechtigt sein soll, könnte dies in Einzelfällen zu einem postmortalen Rechtsschutz polyamorer Verhältnisse führen, was durchaus Konfliktstoff birgt.
- Es ist nicht angezeigt, die Leistung von Unterhalt – entgegen den Voraussetzungen in anderen Fällen – von einer „Gegenleistung“ des Partners zugunsten des Erblassers abhängig zu machen. Sollte damit ein zusätzliches Erfordernis an die Qualität der nichtehelichen Beziehung gestellt werden³⁹, so ist die Formulierung des Vorentwurfs ungenau. Wenn damit darauf abgezielt wird, einen Ausgleich etwa für unentgeltlich erbrachte Pflegeleistung zu erreichen, so hätte man eine diesbezügliche Regelung vorschlagen können⁴⁰. Bereits rein begrifflich ist das Vermächtnis eine unentgeltliche Zuwendung von Todes wegen; nach dem Vorentwurf wäre das Unterhaltsvermächtnis dagegen im Ergebnis eine entgeltliche Zuwendung. So das so bleiben sollte, werden sich daraus auch steuer- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen ergeben.
- Die vorgeschlagene kurze dreimonatige Verwirkungsfrist wird nach feststehender praktischer Erfahrung gerade nicht zum Rechtsfrieden beitragen⁴¹, ganz im Gegenteil: Will eine anspruchsberechtigte Person aus Gründen der Pietät während einer gewissen Zeit – üblicherweise bis zum Dreissigsten – mit der Geltendmachung einer Unterhaltsforderung zuwarten, so bleibt anschliessend nicht allzu viel Zeit für Verhandlungen mit den Erben. Sehr rasch dürften beiderseits Anwälte beigezogen werden, womit ein Streit alsbald – insbesondere mit Blick auf den Charakter der Frist als Verwirkungsfrist – vor Gericht anhängig gemacht werden dürfte.
- Auch der offene Begriff „zumutbar“ (Art. 484a Abs. 2 ZGB) bedürfte der Konkretisierung und wird zu Prozessen führen.
- Grosse Schwierigkeiten dürften sich schliesslich auch bei der Bemessung stellen. Für die Erben wird – um rasch Klarheit zu erhalten und teilen zu können – zentral sein, dass der Anspruch kapitalisiert werden kann. Wollte man dies ausschliessen, würde das eine Teilung wohl für längere Zeit verhindern (was wiederum „unzu-

³⁹ COTTIER, a.a.O. (Fn. 3), S. 49.

⁴⁰ Denkbar wäre bspw. die Statuierung einer Vermutung, wonach von nahestehenden Personen erbrachte Pflegeleistungen entgeltlich sind und die entsprechenden Ansprüche gegen die Erbengemeinschaft – als Schulden des Erblassers – geltend gemacht werden können.

⁴¹ So aber das Ziel gemäss erläuterndem Bericht, S. 7.

mutbar“ gemäss Abs. 2 sein könnte). Bei einer Kapitalisierung stünde man allerdings vor nicht unerheblichen Problemen, wie ein Blick auf Art. 126 Abs. 2 ZGB (Kapitalisierung nachehelichen Unterhalts) zeigt: Zu beachten ist, dass eine nachträgliche Anpassung nicht möglich ist und der Einbezug von künftigen Entwicklungen (Wiederverpartnerungswahrscheinlichkeit, hypothetische zukünftige finanzielle Verhältnisse) zu im Einzelfall unbefriedigenden Ergebnissen führen kann⁴². Eine einmalige Abfindung anstatt einer Rente ist im Rahmen des nachehelichen Unterhalts die Ausnahme („besondere Umstände“, Art. 126 Abs. 2 ZGB)⁴³ und sollte deshalb auch nicht ins Erbrecht übernommen werden.

- Offen bleiben schliesslich etwa auch – wie schon angesprochen – die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen, insbesondere bei einer kapitalisierten Abgeltung.

Angesichts der Vielzahl von Konstellationen von faktischen Lebensgemeinschaften kann der Gesetzgeber hier – zumal vor dem Abschluss der Diskussion um die Familienrechtsmodernisierung – kaum sinnvoll einen „Normalfall“ regeln. Es wäre wohl angebracht, auch für solche Fälle schlicht die Verfügungsfreiheit zu erhöhen. Und sofern man gleichwohl einen Anspruch von Gesetzes wegen vorsehen möchte, sollte man sich besser an Art. 606 ZGB orientieren und diese Norm allenfalls modifizieren.

3. Ad Art. 541a VE ZGB: Ausschluss von Vertrauenspersonen von der Erbrechtigung

Mit der Aufnahme dieser Bestimmung zeigt sich wiederum die *Konzeptlosigkeit*, ja sogar *innere Widersprüchlichkeit des Vorentwurfs*: Während mit der darin vorgesehenen Reduktion der Pflichtteilsquoten⁴⁴ die Verfügungsfreiheit erhöht wird, wird sie hier im Gegenteil in materieller Hinsicht eingeschränkt. Zur Verhinderung von Erbschleicherei durch Vertrauenspersonen gibt es weitaus bessere und zielführendere Lösungen, als eine mögliche Erbeinsetzung bestimmter Personengruppen – eben der

⁴² Bezgl. Art. 126 Abs. 2 ZGB etwa DOMINIK DIEZI, Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt, Grundlagen und Rechtfertigung vor dem Hintergrund der rechtlichen Erfassung der Lebensgemeinschaft, Diss. Basel 2013, Bern 2014 (Schriftenreihe FamPra.ch 20), S. 428.

⁴³ BsK ZGB I-GLOOR/SPYCHER, N. 10 zu Art. 126.

⁴⁴ Dazu bereits III.1. hievor.

„Vertrauenspersonen“ – auf ¼ zu beschränken. Dieses Problem ist letztlich in den grösseren Kontext der Sicherung der Willensfreiheit des Erblassers, genauer der Verfügungsfreiheit, einzuordnen⁴⁵. Würde man sich dieser Herausforderung annehmen, so würde damit auch ein Beitrag geleistet zur Lösung des künftig wohl zunehmenden Problems des Testierens älterer Personen (Drucksituationen und Einflussnahme im Allgemeinen, insbesondere auch durch Verwandte, Demenzerkrankungen).

Der im Vorentwurf enthaltene Vorschlag eines partiellen Verfügungsverbots ist freilich – wie jüngste erbrechtliche Forschungsergebnisse sehr eingehend belegen – ungeeignet, den Erblasser vor unzulässiger fremder Einflussnahme zu schützen. Der Vorschlag stellt einen *Rückschritt* dar, indem *in überholter paternalistischer Weise* in die Verfügungsfreiheit eingegriffen wird. Im Ergebnis wird damit nicht der Erblasser in seiner Selbstbestimmung geschützt, sondern vielmehr allein die gesetzlichen Erben vor für sie ungünstigen Verfügungen von Todes wegen⁴⁶. Statt eines pauschalen, partiellen Verfügungsverbots – das nicht zuletzt auch mit der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Widerspruch zu geraten droht – bestehen *weitaus geeigneter und einzelfallgerechtere Instrumente* zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung⁴⁷. Im Vordergrund steht dabei die Anpassung von *Formvorschriften*⁴⁸. So könnte etwa die öffentliche Beurkundung für gewisse Konstellationen für zwingend erklärt und auch dahingehend angepasst werden (namentlich etwa Ausschluss bestimmter weiterer Personen als Zeugen; Verbot Ausfertigungen zu erstellen oder auszuhändigen bzw. Erfordernis eines versiegelten Testaments bei der Urkundsperson; Beizug fachkundiger, allenfalls medizinisch geschulter Zeugen für gewisse Verfügungen). Der Erblasser, der sich in einer Abhängigkeitslage zum Begünstigten befindet, die geeignet ist, seine freie Willensbildung zu beeinträchtigen, könnte damit nur unter Einhaltung

⁴⁵ Zum Ganzen GREGOR CHRISTANDL, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft, Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung, Habil. Innsbruck 2015, Tübingen 2016 (erscheint demnächst), passim und besonders §§ 4-6.

⁴⁶ CHRISTANDL, a.a.O. (Fn. 45), § 5 III. i.f.: „[...] Testierverbote [...] entgegen aller Vorwände nicht geeignet sind, die Selbstbestimmungsfreiheit des Erblassers vor unzulässiger Einflussnahme zu schützen. Sie versuchen nämlich Selbstbestimmung durch Entzug der Selbstbestimmungsfreiheit zu sichern. Das ist ein Widerspruch in sich und muss daher scheitern. [...] Dieser paternalistische Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers, der nicht dem Erblasser selbst, sondern in vielen Fällen seinen gesetzlichen Erben zugute kommt, ist abzulehnen.“

⁴⁷ Dazu ausführlich und im Einzelnen sorgfältig abwägend CHRISTANDL, a.a.O. (Fn. 45), § 6.

⁴⁸ Die Formstrenge im Erbrecht dient der Rechtssicherheit, dem Übereilungsschutz der Parteien sowie der Beweissicherung; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 196.

qualifizierter Formvorschriften von Todes wegen verfügen. Bei Nichteinhalten dieser Form würde die – widerlegbare – Vermutung gelten, dass der Erblasser die Verfügung nicht selbstbestimmt errichtet hat⁴⁹. Das stellte für Zuwendungen an Vertrauenspersonen ein adäquateres, den in ihrer Selbstbestimmungsfreiheit potentiell betroffenen – geschwächten, oft betagten und alleinstehenden – Erblassern weitaus gerechter werdendes, auch rechtlich tragfähiges Instrument dar, als zwar nur teilweise, aber insoweit eben doch pauschale Verfügungsverbote, als ein Verfügungsverbot über ganze $\frac{3}{4}$ der Erbschaft.

Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regel ist als nach dem eben Gesagten *viel zu pauschal* und damit als *rechtlich unverhältnismässig* abzulehnen. So man daran dennoch – und entgegen den eben dargelegten faktischen und rechtlichen Vorbehalten – festhalten will, so müsste zumindest die Umschreibung des Personenkreises näher geprüft werden. In der jetzigen Formulierung wird sodann etwa nicht deutlich, ob nur natürliche oder auch juristische Personen davon erfasst werden sollten⁵⁰. Besonders auch für gewisse karitative Organisationen könnte die Regelung zu Rechtsunsicherheit führen.

4. Ad Art. 518 Abs. 4 VE ZGB: Aufsicht über die Willensvollstrecker

Die Revision über die Aufsicht des Willensvollstreckers hat gemäss dem erläuternden Bericht zwei wesentliche Ziele: Erstens soll die Unterscheidung zwischen „formellen“ und „materiellen Fragen“ aufgehoben werden und zweitens soll für die Absetzung des Willensvollstreckers bei Interessenkonflikten eine einzige Behörde zuständig sein⁵¹. Dies soll dadurch geschehen, dass die Willensvollstrecker ausschliesslich der Aufsicht des Gerichts unterstellt werden (vgl. Art. 518 Abs. 4 VE ZGB). Die Kantone wären nicht wie bis anhin frei, die Aufsicht entweder einer Verwaltungsbehörde oder einem Gericht zu übertragen.

Die vorgeschlagene Vereinheitlichung macht weder die Unterscheidung zwischen „formellen“ und „materiellen Fragen“ gegenstandslos noch wird dadurch die Problematik der Spaltung des Rechtsweges bei Interessenkonflikten gelöst. Die Revision vereinheitlicht

⁴⁹ Dazu sehr eingehend und überzeugend CHRISTANDL, a.a.O. (Fn. 45), § 6, besonders II.6.

⁵⁰ Freilich beschränkt die gegenwärtige Lehre den Begriff „Vertrauensperson“ auf natürliche Personen (dazu etwa SUTTER-SOMM/AMMANN, a.a.O. [Fn. 4], S. 110).

⁵¹ Erläuternder Bericht, S. 54.

zwar die sachliche Zuständigkeit für das Beschwerde- und Zivilverfahren (wie dies z.B. im Kanton Zürich bereits heute der Fall ist)⁵², sie hat aber keinen Einfluss auf die Verfahrensart. Das aufsichtsrechtliche Beschwerdeverfahren ist ein behördliches Massnahmeverfahren, welches unter den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit fällt⁵³. Für solche Verfahren sieht die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) das *summarische Verfahren* vor (vgl. Art. 1 lit. b und Art. 248 lit. e ZPO⁵⁴). „Materielle Fragen“ (wie z.B. die Absetzung des Willensvollstreckers bei einer dem Erblasser bekannten Interessenkollision) wären hingegen weiterhin in einem kontradiktorischen Zivilverfahren zu entscheiden⁵⁵. Hier muss die klagende Partei zunächst grundsätzlich ein *Schlichtungsverfahren* durchlaufen und danach wird der Zivilprozess im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren durchgeführt (vgl. Art. 197, Art. 219 und Art. 243 Abs. 1 ZPO). Die sinnvolle und notwendige Trennung zwischen Beschwerde- und Zivilverfahren würde bestehen bleiben und damit auch die hiermit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten. Es stellt sich deshalb die Frage, wo der *wirkliche Nutzen* des vorgeschlagenen Art. 518 Abs. 4 ZGB liegt. Durch die Revision wird ohne triftige Gründe in die kantonale Gesetzgebungskompetenz eingegriffen und die Justiz wird mit weiteren Aufgaben belastet.

Aus der Praxis der Kantone, die wie Bern und viele andere eine behördliche Aufsicht über die Willensvollstrecker kennen, ist keinerlei Mehrwert des Vorentwurfs gegenüber der bestehenden kantonalen Lösung auszumachen.

Der vorgeschlagene Art. 518 Abs. 4 ZGB führt sodann zu einer Doppelspurigkeit. In Lehre und Rechtsprechung ist man sich heute weitgehend einig, dass der Verweis in Art. 518 Abs. 1 ZGB auf den amtlichen Erbschaftsliquidator hauptsächlich die Funktion hat, den Willensvollstrecker der behördlichen Aufsicht zu unterstellen⁵⁶. Durch die Revision würde Art. 518 Abs. 1 ZGB an praktischer Bedeutung verlieren, weshalb der vorgeschlagene Art. 518 Abs. 4 ZGB auch aus systematischer Sicht abzulehnen ist.

⁵² Vgl. § 139 Abs. 2 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010 des Kantons Zürich (Zürcher Loseblattsammlung 211.1).

⁵³ BGE 90 II 376, 384 f.; BsK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, N. 33 zu Art. 595.

⁵⁴ Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, N. 312a, in: BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

⁵⁵ BGE 90 II 376, 385.

⁵⁶ BGE 66 II 148, 150; PraxKomm-CHRIST/EICHNER, N. 1 und 88 zu Art. 518 ZGB.

5. Weitere Hinweise

Ad Art. 472 Ziff. 2 VE ZGB:

Das Anliegen ist durchaus nachvollziehbar. Wie der erläuternde Bericht treffend ausführt⁵⁷, geht die Tendenz dahin, ganz allgemein die Wirkungen der Scheidung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsbegehrens zurückzubeziehen (Art. 204 Abs. 2 ZGB; Art. 122 revZGB). Vorgenannte Bestimmungen betreffen freilich Fälle, bei denen es dann schliesslich auch effektiv zur Scheidung kommt. Insofern ist der Entscheid richtig, für die Auflösung der Ehe durch Tod während hängiger Scheidung allein den Pflichtteilsschutz sowie die Begünstigungen aus (bindenden) Verfügungen von Todes wegen entfallen zu lassen und nicht bereits *ipso iure* die Erbberechtigung. Es obliegt damit jeweils den Ehegatten, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen oder nicht.

Zu prüfen ist allerdings, ob es nicht sinnvoll wäre, diese Möglichkeit immer ab dem Zeitpunkt zu gewähren, in dem ein Scheidungsverfahren anhängig gemacht worden ist und sich dieses bezüglich des Scheidungspunktes als zulässig erweist, sei es infolge gemeinsamen Begehrens (Art. 111 ZGB), sei es infolge Ablaufs der zweijährigen Trennungsfrist (Art. 114 ZGB)⁵⁸. Ob eine Scheidung auf Klage demgegenüber schon zwei Jahre hängig ist, sollte nicht von Bedeutung sein.

Ad Art. 476 VE ZGB:

Zuwendungen gemäss Art. 476 Abs. 1 VE ZGB werden bis anhin zu ihrem Rückkaufswert einbezogen und allein das erscheint in der Sache richtig: Der Rückkaufswert ist derjenige Wert, den der Versicherer dem Versicherungsnehmer – im vorliegenden Kontext also dem Erblasser – ausbezahlen muss bei vorzeitigem Rücktritt vom Vertrag (dem Rückkauf)⁵⁹. Bis zum Tod des Versicherungsnehmers ist allein der Rückkaufs-

⁵⁷ Erläuternder Bericht, S. 30 f.

⁵⁸ Schwieriger dürfte es sein, wie Fälle von Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) in diese Regelung einbezogen werden können. Da diesfalls wohl oft zugleich auch ein Enterbungsgrund gegeben sein dürfte (insb. Art. 477 Ziff. 2 ZGB), hat der Erblasser allerdings ebenfalls eine Möglichkeit, die Erbfolge entsprechend zu bestimmen.

⁵⁹ BK-WEIMAR, N. 35 zu Art. 476 ZGB.

wert der Wert der Versicherung, denn nur diesen Preis würde ein Dritter bei einem Erwerb bezahlen⁶⁰. Die Werterhöhung mit Eintritt des versicherten Ereignisses – nämlich dem Tod des Versicherungsnehmers – erfolgt nicht aus dem Vermögen des Erblassers, sondern ist Teil des Risikos des Versicherers und stammt aus dessen Vermögen. Diese Wertdifferenz zwischen Rückkaufswert und Versicherungsleistung kann damit zu keinem Zeitpunkt als dem Vermögen des Versicherungsnehmers – also auch nicht seinem Nachlass – zugehörig betrachtet werden⁶¹.

Ob Art. 476 Abs. 2 VE ZGB inhaltlich zutreffend ist – Nichteinbezug in die erbrechtliche Auseinandersetzung aufgrund des Vorsorgezwecks⁶² –, ist in der Lehre nicht vollständig geklärt⁶³. Unabhängig davon ist die vorgeschlagene Norm in der jetzigen Formulierung systematisch unhaltbar. Für Versicherungsansprüche der Säule 3a würde die Bestimmung inhaltlich zwar zutreffen, aber da diese jedoch dem Begünstigten direkt und nicht über den Nachlass zukommen, ist die Formulierung in dieser Hinsicht unzutreffend. Zumeist handelt es sich bei den Guthaben der Säule 3a aber ohnehin um Bankguthaben. Diese gehören zu Lebzeiten bereits uneingeschränkt zum Vermögen des Erblassers, bloss die Fälligkeit ist bis zum Eintritt des Vorsorgefalles aufgeschoben. Während nun Art. 476 Abs. 1 VE ZGB gerade mehr zum Nachlass hinzurechnet, als zulässig, führt Abs. 2 der Bestimmung genau zum Gegenteil. Aus demselben Grund – keine Berücksichtigung, obwohl im Grunde Teil des Vermögens des Erblassers – wird die Norm auch zu Kollisionen mit dem Güterrecht führen. In der jetzigen Fassung würde – ohne dass die Formen der Verfügungen von Todes wegen zu beachten wäre – im Grunde eine Sondererbfolge für diese Mittel geschaffen werden, gestützt auf eine – häufig in den AGB enthaltene – einzelschriftliche Begünstigtenordnung. Das schadet

⁶⁰ BK-WEIMAR, N. 38 zu Art. 476 ZGB.

⁶¹ BK-WEIMAR, N. 39 zu Art. 476 ZGB. Das deckt sich auch mit der neueren – und zutreffenden – Auffassung im Privatversicherungsrecht, wonach Gegenleistung im Rahmen eines Versicherungsvertrages nicht die Versicherungssumme sei, sondern die Übernahme des Risikos durch den Versicherer. Dazu etwa STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Rz. 2.16.

⁶² Erläuternder Bericht, S. 34 f.

⁶³ Dazu eingehend und zustimmend BK-WEIMAR, N. 41 ff. und insb. N. 45 zu Art. 476 ZGB; a.M. THOMAS KOLLER/MICHAEL STALDER, Die Begünstigung in der gebundenen Vorsorgevereinbarung – ein Beitrag zur Relevanz des Erbrechts bei Verträgen zugunsten Dritter von Todes wegen, in: Thomas Geiser [et al.] (Hrsg.), FS Heinz Hausheer, Bern 2002, S. 511 ff.; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Was uns das (zur amtlichen Publikation bestimmte) Urteil des Bundesgerichts 9C_523/2013 vom 28. Januar 2014 über das Verhältnis der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) zum Erbrecht lehrt – und was nicht!, in: jusletter vom 3. März 2014; SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 72 f.

nicht zuletzt der Rechtssicherheit. Nach unserer Ansicht gehört die Säule 3a in das Güterrecht und in die Erbschaft.

Ad Art. 494 Abs. 2 VE ZGB:

Der Gesetzgeber greift hier in einen Streit betreffend die Abgrenzung der Zuwendungen unter Lebenden von den Zuwendungen von Todes wegen ein⁶⁴: Durch Gesetzgebung soll eine bestimmte Form der Rechtsgestaltung qualifiziert werden⁶⁵. Das betrifft die Definition der Zuwendung von Todes wegen: Es müsste fortan als ausreichend gelten, wenn ein Recht durch den Tod des Erblassers entsteht, sein Tod also Element des rechtsbegründenden Tatbestandes wäre. Es liesse sich diesfalls allerdings schwer erklären, weshalb nun nicht auch die gesetzliche Vorschlagszuweisung bei der Auflösung der Ehe durch Tod als Zuwendung von Todes wegen qualifiziert werden sollte. Diese Auffassung – werde sie nun vom Bundesgericht vertreten oder nicht – verkennt, dass es sich bei der Vorschlagszuweisung – nach Gesetz oder modifiziert durch die Parteien – nicht um eine Zuwendung aus Erbrecht (mithin eine Schenkung auf den Tod, Zuwendung *causa mortis*), sondern eine Zuwendung aus Güterrecht (*causa credendi*, allenfalls *causa solvendi*) handelt⁶⁶. Eine solche Definition ist letztlich auch nicht Sache des Gesetzgebers⁶⁷.

Man kann freilich – im Rahmen einer Fiktion – eine solche Rechtsgestaltung gleich behandeln wie eine Zuwendung von Todes wegen. Jedenfalls dürfte aber wohl vom Gesetzgeber zu erwarten sein, dass er derartige abweichende Wertentscheidungen unter möglicher Schonung des bestehenden privatrechtlichen Systems trifft. Der Wortlaut von Art. 494 Abs. 2 VE ZGB deutet dies wenigstens an, indem davon gesprochen wird, dass die Vorschlagszuteilung „im Erbfall *wie* ein Erbvertrag behandelt“ wird (und nicht ein Erbvertrag *ist*). Präziser müsste man – wenn man nicht noch schwierige

⁶⁴ Dazu zusammenfassend SUTTER-SOMM/AMMANN, a.a.O. (Fn. 4), S. 35 ff.; die Auseinandersetzung wird ebenfalls dargestellt von PIOTET, a.a.O. (Fn. 25), S. 85 f.

⁶⁵ Erläuternder Bericht, S. 27.

⁶⁶ Die Ehegatten wollen sich nichts schenken, vielmehr beabsichtigen sie damit eine gemeinsame Vorsorge zugunsten des Überlebenden. Überdies hat eine solche Vereinbarung immer auch Wirkungen unter Lebenden, weil auch das Vermögen des überlebenden Ehegatten betroffen ist. Zum Ganzen BK-WEIMAR, Einl. zu Art. 467 ff. ZGB, N. 106 ff., mit ausführlichen Hinweisen auf die herrschende Lehre; ebenso SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 143 f.

⁶⁷ So zutreffend BK-WEIMAR, Einl. zu Art. 467 ff. ZGB, N. 109.

Formfragen aufwerfen will⁶⁸ – formulieren: „Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten oder an die überlebende eingetragene Partnerin oder den überlebenden eingetragenen Partner wird im Erbfall bezüglich ihrer Wirkungen wie eine Zuwendung von Todes wegen behandelt.“ Eine andere Frage ist wiederum, ob Art. 494 ZGB passender Regelungsort ist.

Hinzu kommt, dass die Bestimmung in dieser Form kaum von Nutzen sein dürfte, wird doch der zweite grosse – und praktisch weitaus bedeutendere – Streit darüber, wie die Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen zu berechnen sind, nicht einmal angesprochen⁶⁹. Mehr Klarheit wird so vom Vorentwurf sicher nicht geschaffen, im Gegenteil.

Ad Art. 601a VE ZGB:

Wenn insbesondere Dritte gehalten sind, allenfalls auch nur möglichen Erben Auskunft zu erteilen, so wäre eine genauere Umschreibung der anspruchsberechtigten Personen zwingend vorzunehmen.

Ad Art. 617 VE ZGB:

Auch hier zeigt sich, dass eine gut gemeinte Änderung – Umsetzung einhelliger Lehre und langjähriger Rechtsprechung in das Gesetz⁷⁰ – unbeabsichtigte Folgen haben könnte. Zu prüfen wäre, ob durch Anpassung von Art. 617 ZGB nicht auch der Anwendungsbereich von Art. 618 Abs. 1 ZGB ungewollt erweitert würde. Der sachliche Anwendungsbereich dieser Norm wird im geltenden Recht unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 617 ZGB – aber anders als bei diesem – eng ausgelegt⁷¹. Entfällt nun der Begriff „Grundstück“ in Art. 617 ZGB wäre ein enger Anwendungsbereich von Art. 618 Abs. 1 ZGB nicht mehr ohne weiteres zu vertreten. Die Wirkungen von Sachverständigengutachten gemäss Art. 618 Abs. 1 ZGB sind – gerade auch mit Blick auf

⁶⁸ Dazu SPR IV/1-WOLF/GENNA, S. 143.

⁶⁹ Dazu mit zahlreichen Verweisen auf die einschlägige Lehre HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienvermögen im Lichte der Schnittstellen von ehelichem Güterrecht, erbrechtlichem Pflichtteilsrecht und Sozialversicherungsrecht, successio 2010, S. 62 ff.

⁷⁰ Dazu BK-WOLF/EGGEL, N. 5 f. zu Art. 617 ZGB, m.w.H.

⁷¹ Dazu ebenfalls BK-WOLF/EGGEL, N. 7 zu Art. 618 ZGB; PraxKomm-WEIBEL, N. 2 zu Art. 618 ZGB.

das Beweissystem der Zivilprozessordnung – noch nicht geklärt⁷². Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 618 Abs. 1 ZGB könnte hier – wenn auch nicht in qualitativer, so doch in quantitativer Hinsicht – mehr Unsicherheit entstehen. Die Änderung des Gesetzgebers würde damit nicht wirklich zu mehr Klarheit führen.

Ad Art. 626 Abs. 2 VE ZGB (u.a.):

Freilich liessen sich auch kritische Anmerkungen zu den Änderungen im Herabsetzungs- und Ausgleichungsrecht vortragen. Insbesondere die sprachliche Veränderung von Art. 626 ZGB dürfte nicht unerhebliche Auswirkungen auf das Ausgleichungssystem haben.

Unzweckmässig ist etwa auch die Umformulierung von Art. 522 Abs. 1 ZGB, der in seiner neuen Fassung – nach dem Wortlaut – nur noch Erwerbungen von Todes wegen, nicht mehr aber Verfügungen unter Lebenden erfasst. Eine solche Eingrenzung ist unhaltbar und mit dem Grundgedanken der Ausgleichung schlicht unvereinbar. Eine nähere Einschätzung zum überaus weiten Feld der Ausgleichung bzw. der Behandlung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht kann freilich im Rahmen dieser Vernehmlassung nicht stattfinden. Sie soll berufeneren Kräften überlassen bleiben.

Ad Übergangsrecht:

Die vorgeschlagenen Änderungen werden dazu führen, dass eine Vielzahl von Nachlassplanungen von den Bürgerinnen und Bürgern anzupassen sein wird. Hier wird nicht nur Rechtsunsicherheit geschaffen, sondern es dürften auch erhebliche Kosten entstehen. Die vorgeschlagene Regelung ist auch deshalb als ungeeignet abzulehnen.

⁷² Insbesondere beim Begehren um Erstellung eines Sachverständigengutachtens im Vorfeld eines Erbteilungsprozesses. Es stellt sich dann etwa die Frage, ob es sich um einen ordentlichen Fall der vorsorglichen Beweisführung gemäss ZPO handelt oder aber eine besondere Art der Beweiserhebung im Vorfeld eines Prozesses mit stärkerer Wirkung.

IV. Schlussfolgerungen

Nach dem vorstehend Ausgeführten ergeben sich ganz gewichtige Bedenken gegenüber dem Vorentwurf. Nach hierseitigem Dafürhalten wäre zunächst ernsthaft zu reflektieren, ob und allenfalls wie weit überhaupt Revisionsgesetzgebungsbedarf besteht. Erst wenn dies überzeugend bejaht werden sollte, könnten entsprechende Regelungen ausgearbeitet werden, wobei diesfalls wesentlich profunder vorzugehen wäre als dies der Vorentwurf und der erläuternde Bericht tun⁷³. Insbesondere wäre vorerst eine weiterführende, vertiefte Auseinandersetzung mit Zweck und Wirkungsweise des Pflichtteilsrechts einerseits, sowie mit den verschiedenen Formen faktischen Familienlebens und ihren jeweiligen Bedürfnissen andererseits, angezeigt. Der konkret vorgelegte Vorentwurf ist insgesamt wie dargelegt in vielerlei Hinsicht *sowohl theoretisch als auch praktisch untauglich*. Über die vorstehend aufgeführten Mängel hinaus bestehen weitere Unzulänglichkeiten, auf die im Rahmen dieser Vernehmlassung nicht eingegangen werden kann. Ob sich die nunmehr mit dem vorliegenden Vorentwurf geschaffene, schlicht nicht tragfähige Ausgangslage überhaupt noch korrigieren lässt, ist höchst zweifelhaft.

Hierseits wird – so eine solche grundlegende Überarbeitung für nicht angebracht erachtet werden wollte – dringend empfohlen, wenigstens das Unterhaltsvermächtnis zu streichen und im Rahmen der Reduktion der Pflichtteile eine sachgerechte Lösung zu treffen. Für weitergehende Änderungen sind die weiteren Weichenstellungen im Rahmen der Diskussion um die Modernisierung des Familienrechts abzuwarten. Sodann wäre für Zuwendungen an Vertrauenspersonen von jeder Pauschalierung abzusehen und stattdessen eine adäquatere Regelung vorzusehen.

In der Optik der Unterzeichnenden verbleibt grosse Ernüchterung darüber, *wie leichtfertig man bereit ist, Rechtssicherheit preiszugeben*.

⁷³ Die Einsetzung einer Expertenkommission wäre tatsächlich angezeigt gewesen. Ebenso SUTTER-SOMM/AMMANN, a.a.O. (Fn. 4), S. 13. Siehe dazu ebenfalls die identische, treffliche Einschätzung des früheren EJPD-Vorstehers und alt Bundesrates ARNOLD KOLLER, Aus der Werkstatt eines Bundesrates, Bern 2014, S. 85: „Für Revisionen des Zivilgesetz- oder Strafgesetzbuches schien mir eine vorberatende Expertenkommission schon aus Respekt vor diesen „grossen“ Gesetzen und zur Erreichung einer möglichst gleichwertigen Qualität der Gesetzgebung unverzichtbar.“

Abschliessend sei festgehalten, dass die vorstehende Kritik nicht den mit der Ausarbeitung dieses Vorentwurfs befassten Juristinnen und Juristen gilt, sondern vielmehr den *verantwortlichen politischen Entscheidungsträgern*: Die konzeptlose Reformfreudigkeit unter weitgehendem Verzicht auf Beizug von Fachleuten aus Lehre und Praxis bei der konkreten Ausarbeitung von Entwürfen kann zu keinen anderen Ergebnissen führen. Die politisch Verantwortlichen unterschätzen offensichtlich die Anforderungen an eine gute, in der Praxis umsetzbare und sichere (Privatrechts-)Gesetzgebung.

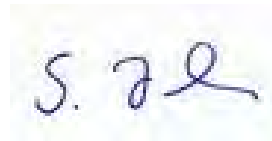
Für allfällige ergänzende Erläuterungen und Rückfragen stehen Ihnen das Zivilistische Seminar der Universität Bern bzw. die Unterzeichnenden selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. Stephan Wolf

Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern



Prof. Dr. Stephanie Hrubesch-Millauer

Rechtsanwältin, Ordinaria für Privatrecht an der Universität Bern



Prof. Dr. Regina E. Aebi-Müller

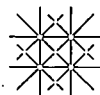
Fürsprecherin, Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern, vormals Privatdozentin an der Universität Bern



Prof. Dr. Sibylle Hofer

Ordinaria für Privatrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Bern

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



Universität
Basel

Juristische
Fakultät

Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement

26. Mai 2016

No. _____



BA Justiz

E 27. Mai 2016

Act

Universität Basel, Juristische Fakultät, Postfach, 4002 Basel

Eigenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

zHv. Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Basel, 25. Mai 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Nachfolgend möchte ich zum obgenannten Gesetzesentwurf eine Vernehmlassung einreichen. Diese ist so aufgebaut, dass zunächst in einem ersten Teil zu den im Vorentwurf vorgeschlagenen Änderungen Stellung genommen wird. Im zweiten Teil meiner Vernehmlassung wird auf Bereiche hingewiesen, wo meines Erachtens im geltenden Erbrecht Revisionsbedarf besteht, dem aber im Vorentwurf des EJPD keine Rechnung getragen wird. Insofern ist diesbezüglich der Vorentwurf meines Erachtens unvollständig. Es handelt sich um Bereiche, in denen die Rechtsprechung des Bundesgerichts unklar bzw. wo auch in der Lehre unterschiedliche Auffassungen vorhanden sind. Die Revision des Erbrechts soll meines Erachtens gerade auch hier Klarheit schaffen, damit möglichst viel Rechtssicherheit garantiert ist.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm
Ordinarius für Privatrecht und Zivilprozessrecht

*In zweifacher Ausführung
zzgl. elektronischer Übermittlung*

Universität Basel
Juristische Fakultät
Peter Merian-Weg 8, Postfach
4002 Basel, Switzerland
ius.unibas.ch

Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm
Ordinarius für Privatrecht und Zivilprozessrecht
Vorsitzender der Regenz der Universität Basel
T +41 61 267 25 74
F +41 61 267 07 61
Thomas.Sutter@unibas.ch
ius.unibas.ch/Sutter-Somm_Thomas



Inhaltsverzeichnis zur Vernehmlassung

I. Änderungen, welche im Vorentwurf vorgesehen sind	5
1. Verkleinerung der Pflichtteile (Bericht, S. 21; Ziff. 5.1)	5
a. <i>Inhalt</i>	5
b. <i>Stellungnahme</i>	5
2. Einführung eines Unterhaltsvermöchtnisses (Bericht, S. 21 ff.; Ziff. 5.2)	5
a. <i>Inhalt</i>	5
b. <i>Stellungnahme</i>	6
3. Vorschlagszuteilung zugunsten des überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag (Bericht, S. 24 ff., Ziff. 6.1)	8
a. <i>Inhalt</i>	8
b. <i>Stellungnahme</i>	9
4. Nutzniessungsvermöchtnis des überlebenden Ehegatten (Bericht, S. 27 ff.; Ziff. 6.2)	10
a. <i>Inhalt</i>	10
b. <i>Stellungnahme</i>	10
5. Pflichtteile im Hinblick auf ein Scheidungsverfahren (Bericht, S. 30; Ziff. 6.3)	12
a. <i>Inhalt</i>	12
b. <i>Stellungnahme</i>	12
6. Gebundene private Vorsorge, berufliche Vorsorge und Lebensversicherungen (Bericht, S. 33 ff.; Ziff. 6.4)	13
a. <i>Inhalt</i>	13
b. <i>Stellungnahme</i>	13
7. Erbschleicherei	14
a. <i>Inhalt</i>	14
b. <i>Stellungnahme</i>	14
8. Informationsrecht der Erben (Bericht, S. 40 ff.; Ziff. 6.6)	16
a. <i>Inhalt</i>	16



b. <i>Stellungnahme</i>	16
9. <i>Ausgleichung und Herabsetzung</i> (Bericht, S. 42 ff.; Ziff. 6.7)	17
a. <i>Zum objektiven bzw. subjektiven Ausgleichungsgehalt</i>	17
b. <i>Versorgungskollation</i>	18
10. <i>Indirekte Herabsetzung</i> (Bericht, S. 46 ff.; Ziff. 6.8)	18
a. <i>Inhalt</i>	18
b. <i>Stellungnahme</i>	19
11. <i>Umfang der Herabsetzung</i> (Bericht, S. 48 ff.; Ziff. 6.9)	20
a. <i>Herabsetzung von Intestaterben</i>	20
b. <i>Reihenfolge der Herabsetzung</i>	20
c. <i>Erweiterung der Real- und Idealkollation auf lebzeitige Zuwendungen</i>	21
12. <i>Frist für die Ungültigkeitsklage gegenüber bösgläubigen Bedachten</i> (Bericht, S. 52 f.; Ziff. 6.10)	21
13. <i>Aufsicht über den Willensvollstrecker und Erbbescheinigung</i> (Bericht, S. 53 ff., Ziff. 6.11)	22
a. <i>Zur Aufsicht über den Willensvollstrecker</i>	22
b. <i>Zur Willensvollstreckerbescheinigung</i>	23
c. <i>Erbenbescheinigung</i>	23
14. <i>Amtliche Verwaltung und Ausschlagung eines überschuldeten Erben</i> (Bericht, S. 56 f.; Ziff. 6.12)	23
a. <i>Inhalt</i>	23
b. <i>Stellungnahme</i>	24
15. <i>Audiovisuelles Nottestament und absolute Ungültigkeit von Nottestamenten</i> (Bericht, S. 57 ff.; Ziff. 6.13)	24
a. <i>Inhalt</i>	24
b. <i>Stellungnahme</i>	25
16. <i>Diverse Bereinigungen</i> (Bericht, S. 59 ff.; Ziff. 6.14)	25
17. <i>Vorrang des Vermächtnisnehmers gegenüber den Gläubigern des</i> <i>vermächtnisbeschwerten Erben</i> (Bericht, S. 61 f.; Ziff. 6.15)	25
a. <i>Inhalt</i>	25



b. <i>Stellungnahme</i>	26
18. Grundsatz des Verkehrswerts zum Zeitpunkt der Teilung (Bericht, S. 62 f.; Ziff. 6.16)	26
19. Verkürzte Frist für den öffentlichen Erbenruf (Bericht, S. 63 f.; Ziff. 6.17)	27
20. Anpassung von Art. 579 Abs. 2 i.V.m. Art. 626 Abs. 2 ZGB (Bericht, S. 64, Ziff. 6.18)	27
II. Im Vorentwurf bzw. Begleitbericht unberücksichtigt gebliebener Revisionsbedarf	27
1. Virtueller Erbe	27
2. Nutzniessungsvermächtnis und die Berechnung der verfügbare Quote bei Vorhandensein von gemeinsamen und nicht gemeinsame Nachkommen	28
3. Gläubigerstellung des Ehegatten bei der Ausgleichung	28
4. Ausgleichungspflicht von Unterhalt / Ausbildung	28
5. Legitimation des Willensvollstreckers zur Erbschafts- und zur Teilungsklage	28
6. Die Rechtsbegehren bei der Erbteilungsklage	29
7. Ideal- und Realkollation bei der Ausgleichungsklage	29
8. Die Abgrenzung zwischen Erbschafts- und Sonderklage	29
9. Die Schiedsgerichtsbarkeit im Erbrecht	30
10. Beweisproblematik bezüglich der Urteilsfähigkeit des Erblassers	30
11. Zur Ausweitung von Art. 520a ZGB auf Erbverträge	31
12. Versorgungskollation	31
13. Vereinheitlichung der Behördenorganisation und der Verfahren	31
14. Steuern	31
III. Würdigung	32



I. Änderungen, welche im Vorentwurf vorgesehen sind

1. Verkleinerung der Pflichtteile (Bericht, S. 21; Ziff. 5.1)

a. Inhalt

- 1 Die Pflichtteile der Nachkommen sollen von $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ und die des überlebenden Ehegatten von $\frac{1}{2}$ auf $\frac{1}{4}$ des gesetzlichen Anspruches am Nachlass reduziert werden. Die Pflichtteile der Eltern des Erblassers sollen gänzlich aufgehoben werden.

b. Stellungnahme

- 2 Bei diesen Änderungen handelt es sich in erster Linie um rechtspolitische Entscheide, die man so oder anders sehen kann. Dennoch würde meines Erachtens die vollständige Aufhebung des Pflichtteilsanspruchs der Eltern, der ja nach geltendem Recht nur besteht, wenn der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt (vgl. Art. 458 Abs. 1 i.V.m. Art. 471 Ziff. 2 ZGB)¹, im Sinne einer konsequente Gesetzgebung bedingen, dass auch eine entsprechende Modifizierung der Verwandtenunterstützungspflicht (vgl. Art. 328 Abs. 1 ZGB) zu thematisieren wäre. Denn bei diesen Aspekten geht es gewissermassen um die Kehrseiten der gleichen Medaille.

2. Einführung eines Unterhaltsvermächtnisses (Bericht, S. 21 ff.; Ziff. 5.2)

a. Inhalt

- 3 Zusammenfassend geht es beim Unterhaltsvermächtnis nach Art. 484a VE-ZGB im Wesentlichen darum, dass in einer faktischen Lebensgemeinschaft der überlebende Lebenspartner unter besonderen Voraussetzungen –
- 3 Jahre faktisches Zusammenleben vor dem Tod des Erblassers;
 - Lebenspartner hat erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht (bspw. Kinderbetreuung);
 - Lebenspartner kann angemessenen Lebensunterhalt nicht selber bestreiten;

¹ PK Erbrecht-NERTZ, Art. 471 N 11 m.w.H.



– Zumutbarkeit für die gesetzlichen Erben

– Unterhaltszahlungen gegenüber den Erben bzw. dem Nachlass geltend machen kann, welche das Gericht nach Ermessen und den Umständen des Einzelfalls festzulegen hat. Es soll sich dabei um eine **zwingende Norm** handeln.² Die Idee dazu scheint mehrheitlich aus der Publikation von MICHELLE COTTIER zu stammen.³

- 4 Eine ähnliche Regelung ist für Stiefkinder vorgesehen, welche 5 Jahre mit dem Erblasser während ihrer Minderjährigkeit zusammengelebt und Unterstützung durch diesen erfahren haben (Art. 484a Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB).

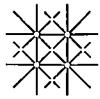
b. Stellungnahme

- 5 Die vorgesehenen Unterhaltsvermächtnisse sind m.E. aus mehreren Gründen problematisch. Das gilt insbesondere für das gesetzliche Unterhaltslegat zugunsten des «überlebenden Konkubinatspartner». **Erstens** erschwert dies eine Nachlassplanung erheblich, da die Norm mit ausserordentlich viel Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen operiert. *Pro futuro* ist deshalb nur sehr schwer abschätzbar, ob ein derartiger Anspruch auf ein solches Vermächtnis überhaupt besteht. Die entsprechende Rechtsunsicherheit gilt im Übrigen auch für den Vermächtnisnehmer selber, der bei Uneinigkeit mit den Erben gezwungen ist, auf das Legat entweder zu verzichten oder den Rechtsweg zu beschreiten. Wie der Prozess dann ausgeht bzw. ob und für wie lange ein Legat gerichtlich zugesprochen wird, ist völlig unsicher. Diese Unsicherheit kann sich dann auch bei den Prozesskosten auswirken. Wird das Legat nicht zugesprochen, gehen die Prozesskosten zu Lasten des «Vermächtnisnehmers». **Zweitens** führt die Bestimmung zu einer (*post mortem*) Unterhaltspflicht gegenüber einem Konkubinatspartner, welche zumindest teilweise zu einer Gleichstellung mit dem Institut der Ehe führt. Das hat der Bundesgesetzgeber bis heute explizit abgelehnt.⁴ Die vor-

² Bericht, S. 23.

³ COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» zuhanden des Bundesamts für Justiz, in: not@lex / successio Sonderheft 2014, S. 29 ff., S. 47.

⁴ Vgl. Bericht, S. 14.



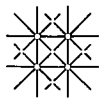
gesehene Regelung ist dementsprechend insofern systemwidrig, als das Familienrecht (namentlich Güter- und Unterhaltsrecht) und teilweise auch das Sozialversicherungsrecht⁵ keine derartige Gleichschaltung mit dem Konkubinat vorsehen.⁶ **Drittens** ist anzumerken, dass erst bei grossen bis sehr grossen Nachlässen überhaupt ein entsprechender Ertrag vorstellbar ist, der die Ausrichtung eines Vermächtnisses durch periodische Leistungen erlaubt. Sodann ist zu beachten, dass die Verpflichtung zur Ausrichtung eines Unterhaltsvermächtnisses entweder bedeutet, dass der Nachlass nicht vollständig geteilt wird, solange das Vermächtnis geschuldet ist oder dass die Erben persönlich für die Vermächtnisschuld haften. Zwischen den Erben und dem Vermächtnisnehmer wird dann gewissermassen ein gesetzliches Dauerschuldverhältnis geschaffen, gewissermassen das Gegenteil eines sog. «clean break», das für das Unterhaltsrecht als Idealfall angehen wird. Klar dürfte auch sein, weil keine gegenteilige gesetzliche Vorschrift vorgesehen wird, dass durch das gesetzliche Unterhaltslegat keine Belastung von Pflichtteilsrechten zulässig ist. Dass im Vergleich zum heutigen Recht eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen wird und die Anzahl der Gerichtsverfahren zunehmen wird⁷, scheint klar. Wenn man sich konkrete Fälle vorstellt, z.B. auf der einen Seite die Kinder, eventuell sogar ein Ehepartner und auf der anderen Seite ein Konkubinatspartner bzw. eine Konkubinatspartnerin, so werden derartige Prozesse äusserst schwierig sein. Denn die Entscheidung hängt jeweils von der Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 484a VE ab («angemessenen Lebensunterhalt», «faktische Lebensgemeinschaft», «erhebliche Leistungen», aufgrund ihrer finanziellen Lage und der Höhe der Erbschaft «zumutbar»). **Viertens** widerspricht die Norm dem Zweck der aktuellen Revision, da die Verfügungsfreiheit des Erblassers, welche gestärkt werden soll,⁸ nachträglich durch das gesetzliche Legat wieder in schwer vor-

⁵ Vgl. z.B. Art. 23 ff. Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG, SR 831.90).

⁶ Vgl. jedoch zur Beruflichen Vorsorge JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, in: successio 2016, S. 5 ff., 9.

⁷ Vgl. Bericht, S. 23, welcher auf die Gefahr einer quantitativen Erhöhung hinweist, diese jedoch für vernachlässigbar hält.

⁸ Bericht, S. 9.



hersehbarer Weise beschränkt wird. **Fünftens** erscheint für das gesetzliche Legat zugunsten des «überlebenden Konkubinatspartners» der vorgesehene anspruchsbegründende Zeitraum von drei Jahren des Zusammenlebens (vgl. Art. 484a Abs. 1 Ziff. 1 VE) als extrem kurz für einen derartig massiven Eingriff in die Privatautonomie. **Sechstens** sind mit dem *ex lege* Vermächtnis erhebliche erbrechtliche Fragestellungen verbunden. So sind bspw. diejenigen Fälle unklar, in denen die Nachlassplanung des Erblassers ohne Wissen um die Möglichkeit des Vermächtnisses von statten ging. Wäre in diesen Fällen nach dem Willensprinzip zu hinterfragen, ob der Erblasser im Wissen um die Belastung durch das Vermächtnis auf andere Verfügungen verzichtet hätte? Oder ist die Verfügung aufgrund eines Willensmangels anfechtbar? Was ist, wenn das Vermächtnis zu einer Verletzung der Pflichtteile führt? **Siebtens** schliesslich fehlt eine Norm, welche sich zur Handhabung von nachträglich veränderten Verhältnissen (z.B. eine Verschlechterung der Vermögenslage der Erben) äussert.

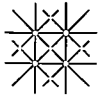
- 6 Das rechtspolitische Programm des gesetzlichen Unterhaltslegats zugunsten des überlebenden Konkubinatspartners bzw. –partnerin ist letztlich der Wechsel vom Rechtsstatus zur sog. Realbeziehung. Damit würde zumindest teilweise eine Annäherung an die Ehe bewerkstelligt, was das Parlament seinerzeit bei der Behandlung der Motion Gutzwiller (10.3524) abgelehnt hat (s.o.).

3. Vorschlagszuteilung zugunsten des überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag (Bericht, S. 24 ff.; Ziff. 6.1)

a. Inhalt

- 7 Umstritten erscheint nach wie vor, ob es sich bei einer Begünstigung des überlebenden Ehegatten durch eine im Vergleich zum Gesetz günstigere Vorschlagsbeteiligung um eine Verfügung von Todes wegen oder um eine Zuwendung unter Lebenden handelt.⁹ Relevant ist dies insbes. wegen der Reihenfolge der Herabsetzung. In BGE 137 III 113 ff. hat das Bundesgericht entschieden, dass es sich um eine Verfügung von To-

⁹ SUTTER-SOMM/AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016, Rz. 53 ff.; KuKo ZGB-JAKOB/PICHT, Art. 216 N 2.



des wegen handle, aber die Form des Ehevertrags genüge.¹⁰ Der Vorentwurf möchte nun die (aktuelle) Praxis des Bundesgerichts kodifizieren, indem in Art. 494 Abs. 4 VE-ZGB die Vorschlagszuteilung durch Ehevertrag im Erbfall wie ein Erbvertrag zu behandeln wäre.

b. Stellungnahme

- 8 Die *inhaltliche* Stossrichtung des Vorentwurfs ist zu begrüßen. Die Folge davon ist unter anderem eine einheitliche Berechnungsgrösse für die gemeinsamen und nicht-gemeinsamen Kinder des Erblassers.
- 9 Unklar erscheint hingegen nach dem Wortlaut von Art. 494 Abs. 4 VE-ZGB, ob sich auch die Formvorschriften nach jenen des Erbvertrages richten würden, was dazu führen würde, dass ein Ehevertrag mit einer derartigen Klausel nur unter Mitwirkung von zwei Zeugen geschlossen werden kann (vgl. Art. 512 Abs. 2 ZGB). Dies wäre m.E. abzulehnen, da das Bundesgericht im erwähnten Entscheid zwar ausgeführt hat, dass es sich materiell um eine Verfügung von Todes wegen handle, diese aber gerade nicht den Formvorschriften des Erbvertrages untersteht: «Die Spezialbestimmung (Art. 216 Abs. 1 ZGB [...], die für diese Vereinbarung den Ehevertrag vorsieht, wäre daher praktisch bedeutungslos, wenn verlangt würde, dass sie der Form des Erbvertrages bedürfen, sobald sie die Begünstigung des überlebenden Ehegatten bezweckt».)¹¹ Somit kann m.E. gesagt werden, dass sich der jetzige Art. 494 Abs. 4 VE-ZGB nicht reibungslos in die Systematik (namentlich des Familienrechts) einfügt. Es bleibt zu prüfen, ob nicht eine entsprechende Anpassung von Art. 216 bzw. Art. 241 ZGB zu einer klareren Regelung führen würde. Bei dieser Gelegenheit könnte zudem die Divergenz zwischen Art. 216 Abs. 2 ZGB und Art. 241 Abs. 3 ZGB bereinigt werden.
- 10 Es ist nicht absehbar, was eine *ex lege* Unterstellung unter die Bestimmungen des Erbvertrages im Einzelnen bedeuten würde. Insbesondere auf die möglichen Auswirkungen durch die Art. 534 ff. und 512 ff. ZGB geht der Vorentwurf nicht ein. Die Norm

¹⁰ Vgl. auch CURMALLY, Ehevertragliche Zuweisung des Gesamtgutes an den überlebenden Ehegatten, in: ius.focus Mai 2011, Heft 5.

¹¹ BGE 137 III 113 ff. E. 4.3, in: Pra 2011, Nr. 84.



kodifiziert somit nicht nur die Rechtsprechung, welche sich nur mit der Natur als Zuwendung unter Lebenden oder Verfügung von Todes wegen befasst, sondern geht nach der hier vertretenen Auffassung weiter.

4. Nutzniessungsvermächtnis des überlebenden Ehegatten (Bericht, S. 27 ff.; Ziff. 6.2)

a. Inhalt

- 11 Offenbar geht der Bericht davon aus, dass der sog. «Achtel-Streit» – mithin die Frage, wie hoch die verfügbare Quote unter Anwendung von Art. 473 ZGB ist, immer noch besteht. Dieser Streit wurde im Jahr 2001 vom Gesetzgeber positiv-rechtlich gelöst wurde, indem die besagte Quote explizit auf $\frac{1}{4}$ festgesetzt wurde (Art. 473 Abs. 2 ZGB).¹² Die in diesem Zusammenhang zitierte Quelle (SABRINA CARLIN, Etude de l'article 473 CC, Diss. Lausanne 2011, S. 295 ff.) setzt sich an der angegebenen Stelle mit den Lehrmeinungen vor der Revision auseinander und widerspiegelt nicht die aktuelle Problematik.
- 12 Im Ergebnis kommt der Bericht trotzdem zum Schluss, dass eine Änderung der Gesetzgebung nicht angezeigt ist und die verfügbare Quote bei $\frac{1}{4}$ belassen werden sollte. Hinzukommen minimale Änderungen der Marginalie der entsprechenden Bestimmung.

b. Stellungnahme

- 13 Die vorgeschlagenen Änderungen der Marginalien sind von untergeordneter Bedeutung und grundsätzlich zu begrüßen. Zu berücksichtigen gilt es diesbezüglich einzig, dass der Bericht diskussionslos davon ausgeht, die Nutzniessung solle an die Stelle des gesetzlichen Teils treten und damit «*bestätig[en], dass der Erblasser mit der Wahl dieser Option beschliesst, seinem Ehegatten den gesetzlichen Erbteil [...] zukommen zu lassen und nicht nur den Pflichtteil, wie es im zu berichtenden italienischen Ge-*

¹² Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 69 Rz. 14.



setzestext festgehalten ist [...].»¹³ Dieser Ausführung kann deshalb nicht zugestimmt werden, weil die Lehre davon ausgeht, dass der Ehegatte im Falle der Ausschlagung des Vermächtnisses eben nur gerade den Pflichtteil und nicht den gesetzlichen Teil erhält.¹⁴

- 14 Obschon der Bericht keine gravierende inhaltliche Änderung vorschlägt, wurde der akute Handlungsbedarf verkannt.¹⁵ Nach wie vor problematisch erscheint, wie die konkrete Berechnung der verfügbaren Quote im Falle von gemeinsamen und nicht gemeinsamen Kindern aussieht.¹⁶ Während ein grosser Teil der Lehre davon ausgeht, dass zwei Berechnungsmassen für die gemeinsamen und nicht gemeinsamen Kinder zu bilden sind mit entsprechend unterschiedlicher verfügbarer Quote im Einzelfall,¹⁷ ist m.E. eine einheitliche Zielgrösse von einem Viertel des Nachlasses, wie dies dem Wortlaut des Gesetzes entspricht und entsprechend zur Vereinfachung beiträgt zu postulieren.¹⁸
- 15 Ob man *de lege lata* die überwiegende Lehrmeinung oder die Mindermeinung als richtig erachtet, ändert nichts daran, dass *de lege ferenda* Klarheit geschaffen werden sollte. Dies ergibt sich auch aus der ausgezeichneten Dissertation und dem Aufsatz von SABRINA CARLIN, die folgendes ausführt:¹⁹ «*Nous estimons que l'article 473 CC devrait être révisé pour mettre un terme au régime extraordinaire auquel cette norme a été soumise pendant dix ans.*»

¹³ Bericht, S. 29.

¹⁴ KuKo ZGB-GRÜNINGER, Art. 473 N 7; OFK ZGB-BÜRGI, Art. 473 N 4 m.w.H.

¹⁵ SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 65 ff.

¹⁶ Vgl. dazu kritisch CARLIN, Les nouvelles controverses liées à l'application de l'art. 473 CC et l'influence de la quotité disponible réduite dans ce contexte, in: *successio* 2012, S. 174 ff.

¹⁷ BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 473 N 19 f.

¹⁸ SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 473 ZGB und das Pflichtteilsrecht bei Vorhandensein nicht gemeinsamer Nachkommen, in: *recht* 2009, S. 187 ff.

¹⁹ Vgl. SABRINA CARLIN, Les nouvelles controverses liées à l'application de l'art. 473 CC et l'influence de la quotité disponible réduite dans ce contexte, in: *successio* 2012, S. 174 ff., insbes. S.183.



5. Pflichtteile im Hinblick auf ein Scheidungsverfahren (Bericht, S. 30; Ziff. 6.3)

a. Inhalt

- 16 Der Bericht ortet Handlungsbedarf beim Pflichtteilsschutz im Hinblick auf Scheidungsverfahren bzw. Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft. So wird als problematisch angesehen, dass das Pflichtteilsrecht erst mit der rechtskräftigen Scheidung erlischt. Vorgeschlagen wird deshalb, dass der Pflichtteil des Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners im Falle der Scheidung auf gemeinsames Begehren oder bei längeren Scheidungsverfahren bzw. Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (seit mehr als 2 Jahren vor dem Tod des Erblassers rechtshängig) bereits bei Rechtshängigkeit des massgebenden Verfahrens entfällt (vgl. Art. 472 VE-ZGB). Konsequenterweise erlischt deshalb auch die Begünstigung von Tod wegen diesfalls im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (Art. 120 Abs. 2 VE-ZGB). Vgl. ausserdem Art. 31 Abs. 3 VE-PartG, welcher um Gesagtes ergänzt werden soll, aber deutlicher das Verfahren auf gemeinsame Auflösung nennen sollte.

b. Stellungnahme

- 17 Die vorgesehene Regelung führt zu einer klaren Schwächung der Scheidung bzw. der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft auf gemeinsames Begehren bei älteren Ehepaaren bzw. eingetragenen Partnern, zumal der bisher pflichtteilsgeschützte Ehegatte bzw. eingetragene Partner kaum in eine derartige Vereinbarung einwilligen wird, wenn möglicherweise eine Erbschaft im Raum steht.
- 18 Auch dogmatisch scheint der Vorschlag nicht vollständig durchdacht, da ein Scheidungsverfahren bzw. ein Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft beim Tod eines Ehegatten bzw. eingetragenen Partners gegenstandslos wird und somit die Rechtshängigkeit rückwirkend entfällt, was m.E. das «Aufleben» des Pflichtteilsschutzes zur Konsequenz hätte.
- 19 Sachgerechter wäre es möglicherweise, die Regelung auf rechtmisbräuchliche Verzögerung des Verfahrens durch einen der Ehegatten bzw. einen der eingetragenen Partner zu begrenzen. Dies liesse sich allerdings in besonders stossenden Fällen bereits *de lege lata* über Art. 2 ZGB erreichen.



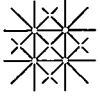
6. Gebundene private Vorsorge, berufliche Vorsorge und Lebensversicherungen (Bericht, S. 33 ff.; Ziff. 6.4)

a. Inhalt

- 20 Es stellt sich gemäss dem Bericht nach wie vor die Frage, wie Leistungen der Säulen 3a, 2a und 2b zu behandeln, insbesondere ob diese dem Nachlass hinzuzurechnen sind. Der Bericht geht aufgrund des Vorsorgezweckes der entsprechenden Leistungen davon aus, dass diese gemäss Art. 476 Abs. 2 VE-ZGB explizit von der Erbschaft ausgenommen werden sollten.
- 21 Die bisher nach Art. 476 ZGB zum Rückkaufswert hinzurechenbaren Lebensversicherungen möchte der Bericht vollständig und nicht nur zum Rückkaufswert hinzurechnen. Der Bericht geht auf S. 37 explizit davon aus, dass Lebensversicherungen «*wie die Zuwendungen unter Lebenden, die einer Herabsetzungsklage gemäss Art. 475 ZGB unterstellt sind*» hinzuzurechnen sind.

b. Stellungnahme

- 22 Wie die Leistungen der Vorsorge eingeordnet werden ist m.E. vor allem ein rechtspolitischer Entscheid. Das im Vorentwurf vorgesehene Konzept ist nach der hier vertretenen Auffassung positiv zu bewerten.
- 23 Die neue Regelung der Lebensversicherung wirft jedoch eine Frage auf, welche sich aus dem Bericht, nicht jedoch aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt: Der Wortlaut spricht lediglich von einer [vollen] Hinzurechnung. Der Bericht geht aber, wie oben ausgeführt, davon aus, dass diese im Rahmen von Art. 475 ZGB hinzurechenbar sind. Diese Ausführung hätte aber fälschlicherweise zur Folge, dass Lebensversicherungen nur im engen Rahmen von Art. 527 Ziff. 1-4 ZGB dem Nachlass hinzuzurechnen sind, was wohl nicht gewollt sein kann.



7. Erbschleicherei

a. Inhalt

- 24 Es besteht bereits seit einiger Zeit ein Handlungsbedarf bei dem in letzter Zeit im Fokus stehenden Phänomen der Erbschleicherei.²⁰ So will diesbezüglich der Gesetzgeber nun eine adäquate Lösung bereitstellen, indem gemäss Art. 541a VE-ZGB Personen, welche durch ihre berufliche Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, höchstens $\frac{1}{4}$ des Nachlasses zu gewandt werden kann. Gemäss dem Bericht handle es sich dabei um eine **partielle Erbunwürdigkeit**.²¹

b. Stellungnahme

- 25 Lehre und Rechtsprechung gehen *de lege lata* in stossenden Fällen von einer Erbunwürdigkeit bzw. einer Ungültigkeit der Verfügung bei nachweislicher Erbschleicherei aus.²² Der Vorentwurf begegnet der bis anhin einzelfallbezogenen Prüfung mit einer pauschalen Erbunwürdigkeit. Diese Idee stammt ursprünglich von ABT, welcher die nachfolgende Bestimmung vorschlug, die genauer als die im Vorentwurf vorgeschlagene Norm ist:²³

Art. 541a nZGB

c. Zuwendungen an Vertrauenspersonen

1 Personen, welche von Berufs wegen in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sind diesem gegenüber unfähig, aus einer Verfügung von Todes wegen irgend etwas zu erwerben.

2 Die Unfähigkeit besteht auch für Personen, welche zur Umgehung vorgeschoben werden, wie insbesondere Verwandte in gerader Linie oder Geschwister sowie den Ehegatten oder Partner der Vertrauensperson.

- 26 Die im Vorentwurf vorgeschlagene Lösung ist meines Erachtens nochmals zu überdenken, weil ein Vertrauensverhältnis aus einem beruflichen Verhältnis nicht *per se* verwerflich ist oder zu einer übermässigen bzw. unsachlichen Begünstigung führt. So ist kaum nachvollziehbar, weshalb ein testierfähiger Erblasser – namentlich wenn

²⁰ SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 155 ff.

²¹ Bericht, S. 40.

²² Zur Übersicht SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 157 ff.

²³ ABT, Die Ungültigkeitsklage, Diss. Basel 2001, S. 205.



keine gesetzlichen Erben vorhanden sind und somit das Gemeinwesen letztlich erben würde – seinen Vertrauten nicht mehr als $\frac{1}{4}$ zuwenden können sollte. Damit verbunden ist die Frage, ob die Annahme von Erbschleicherei ausserhalb von Art. 541a VE-ZGB, bspw. im Zusammenhang mit Nachkommen, weiterhin über Ungültigkeit / Erbunwürdigkeit zu behandeln ist oder im Sinne eines qualifizierten Stillschweigens des Gesetzgebers als zulässig zu betrachten ist.

- 27 Ferner wäre die Annahme einer **partiellen Erbunwürdigkeit** – welche auch ABT nicht vorschlug – ein dogmatisches Novum, die weder unter theoretischen noch praktischen Gesichtspunkten stringent wäre. Die Erbunwürdigkeit ist eine persönliche Eigenschaft (vgl. Art. 541 ZGB), welche lediglich «partiell» nur schwer vorstellbar ist («die Unwürdigkeit Erbe zu sein oder aus einer Verfügung von Todes wegen irgendetwas zu erwerben»)²⁴. Mit anderen Worten ist eine Person aufgrund ihres verwerflichen Verhaltens erbunwürdig oder nicht. Die Bestimmung fügt sich somit nicht in die bisherige Dogmatik ein.
- 28 Systematisch würden sich weitere Unklarheiten ergeben. Es kommen Situationen in Frage, in denen einer der pflichtteilsgeschützten Erben auch berufliche Dienstleistungen für den Erblasser erbracht hat (z.B. der Sohn, der als Rechtsanwalt für seinen Vater tätig war). Schliesst dies die Anwendung von Art. 541a VE-ZGB aus? Was gilt, wenn (bereits) das gesetzliche Erbrecht eine Begünstigung von mehr als $\frac{1}{4}$ vorsieht? Ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen zum Pflichtteilsrecht als *leges speciales* der neuen Bestimmung vorgehen?
- 29 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Erbunwürdigkeit vom Erblasser grundsätzlich aufgehoben werden kann (Art. 540 Abs. 2 ZGB). Der Bericht zum Vorentwurf äussert sich jedoch nicht zum Verhältnis zu der genannten Bestimmung. Wenn man sich die Zielrichtung dieser Bestimmung vor Augen führt, wäre dies wohl zu verneinen.

²⁴ PK Erbrecht-ABT, Art. 540 N 44.



8. Informationsrecht der Erben (Bericht, S. 40 ff.; Ziff. 6.6)

a. Inhalt

- 30 Gemäss Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB sind die Erben untereinander zur Information verpflichtet. Die Rechtsprechung hat diesen Anspruch teilweise auf Dritte erweitert.²⁵ Der Bericht geht in der Folge davon aus, dass die Informationsrechte der Erben damit ungenügend normiert seien und die sich stellenden Fragen, namentlich betreffend Umfang des Informationsanspruches gegenüber dem Anwalt des Erblassers, auch heute nicht abschliessend beantwortet seien (Bericht, S. 41).
- 31 Im vorgeschlagenen Art. 601a Abs. 1 VE-ZGB soll deshalb im Wesentlichen vorgesehen werden, dass wer erbrechtliche Ansprüche hat, auch die entsprechenden Informationen einholen kann und darf. Abs. 3 sieht des Weiteren vor, dass das Berufsgeheimnis dem Informationsanspruch nicht entgegengehalten werden kann.

b. Stellungnahme

- 32 Obschon die Idee einer Regelung grundsätzlich zu begrüßen ist, geht die Norm in personeller Hinsicht deutlich weiter als die bisherige Regelung bzw. Rechtsprechung. So gesteht die Norm «jedem», der erbrechtliche Ansprüche hat, einen materiellrechtlichen Informationsanspruch zu und somit auch dem bisher nicht berücksichtigten Vermächtnisnehmer. Ferner beschränkte das Bundesgericht den Anspruch auf eine «Sonderverbindung», wogegen nach dem Vorentwurf «jedermann» passivlegitimiert wäre, der Vermögenswerte verwaltet, besessen oder erhalten hat.
- 33 Das Bundesgericht entschied im Jahr 2009, dass zwar das Bankgeheimnis den Erben nicht entgegengehalten werden könne, dagegen aber das Anwaltsgeheimnis durchaus zu berücksichtigen sei.²⁶ Demgegenüber sieht nun Art. 601a Abs. 3 VE-ZGB explizit vor, dass das Berufsgeheimnis den Informationsberechtigten nicht entgegengehalten werden kann. Die Norm kollidiert somit mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundes-

²⁵ BGE 132 III 677 ff., 687 E. 4.2.4, wonach Dritte zur Information verpflichtet sind, wenn eine Sonderverbindung zwischen ihnen und den Erben besteht.

²⁶ BGE 135 III 597 ff., E. 3 = Pra 99 (2010) Nr. 52.



gerichts und könnte durch eine Auslegung «*lex posterior derogat legi priori*» sogar dazu führen, dass neu auch Anwälte zur unbedingten Auskunft verpflichtet wären, unabhängig von der Brisanz der verlangten Informationen.

9. Ausgleichung und Herabsetzung (Bericht, S. 42 ff.; Ziff. 6.7)

a. Zum objektiven bzw. subjektiven Ausgleichungsgehalt

i. **Inhalt**

34 Von einer Minderheit in der Lehre wird nach wie vor postuliert, dass die Frage der herabsetzungsfähigen lebzeitigen Zuwendungen nach Art. 527 Ziff. 1 ZGB **subjektiv** betrachtet werden müsste.²⁷ Das Bundesgericht und die herrschende Lehre befürworten dagegen eine **objektive** Betrachtungsweise der herabsetzungspflichtigen Zuwendungen, welche unabhängig von den subjektiven Vorstellungen des Erblassers ist und somit insbesondere auch Zuwendungen erfasst, welche nicht ausgleichungspflichtig sind, z.B. weil der Erblasser einen Erben ausdrücklich von der Ausgleichung dispensierte.²⁸

35 Gemäss Vorentwurf soll die Diskussion nun beendet werden, indem die bereits heute mehrheitlich vertretene objektive Auffassung in Art. 527 Ziff. 1 VE-ZGB kodifiziert werden soll.²⁹

Art. 527 Ziff. 1 VE-ZGB

Der Herabsetzung unterliegen wie die Verfügungen von Todes wegen:

1. *die unentgeltlichen Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind; [...]*

ii. **Stellungnahme**

36 Es ist grundsätzlich zu begrüssen, dass die von Lehre und Rechtsprechung mehrheitlich vertretene objektive Auslegung von Art. 527 Ziff. 1 ZGB kodifiziert werden soll. Problematisch ist aber, dass der neue Art. 527 Ziff. 1 VE-ZGB immer noch die Formu-

²⁷ Insbes. PIOTET, La protection du réservataire en droit successoral suisse, in: ZSR 1972 I, S. 24 ff.

²⁸ BGE 107 II 119 ff., 128 ff. E. 3; vgl. auch SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 42 ff.

²⁹ Bericht, S. 45.



lierung «auf Anrechnung an den Erbteil» verwendet, da gerade diese Formulierung erst Anlass für die Kontroverse gab und gibt.³⁰

b. Versorgungskollation

- 37 Leider wurde es verpasst, zur Sinnhaftigkeit der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung der *Versorgungskollation* (vgl. Art. 626 Abs. 2 ZGB) Stellung zu nehmen.³¹ Vielmehr soll im Gesetz lediglich die Lesbarkeit verbessert werden, indem nur noch von «Ausstattung» gesprochen wird und die Modalitäten (namentlich Schuldenerlass und Vermögensabtretung) gestrichen werden (Bericht, S. 45 i.f.). Da diese Änderung somit, soweit ersichtlich, inhaltlich nichts ändert, ist sie dementsprechend von untergeordneter Bedeutung. Die Grundsatzfrage, ob nur Zuwendungen mit sog. Ausstattungskarakter (Versorgungskollation) oder grundsätzlich jede «Grossschenkung» (Schenkungskollation) der Ausgleichung unterliegen soll, eine der heute umstrittensten Fragen in der Erbrechtsdogmatik und von grosser praktischer Wichtigkeit, muss auch inhaltlich untersucht und zur Diskussion gestellt werden. Es geht hier also um eine zentrale inhaltliche Frage.

10. Indirekte Herabsetzung (Bericht, S. 46 ff.; Ziff. 6.8)

a. Inhalt

- 38 Art. 525 Abs. 2 ZGB regelt die sog. *indirekte* Herabsetzung. Dem eingesetzten Erben bzw. Vermächtnisnehmer, welcher mit einem Vermächtnis (oder einer Auflage) beschwert ist, wird im Falle einer erfolgreichen Herabsetzungsklage damit die Möglichkeit zugestanden, die ihm auferlegte Pflicht ebenfalls verhältnismässig herabzusetzen.³²
- 39 Heute ist unbestritten, dass sich die Klage des eingesetzten Erben bzw. Vermächtnisnehmers einzig gegen den Begünstigten zu richten hat.³³ Der Bericht weist jedoch darauf hin, dass es sich in den Fällen, in welchen das Untervermächtnis (bzw. Auflage)

³⁰ Vgl. SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 45; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 69 Rz. 28.

³¹ BGE 116 II 667 ff. 674 E. 3a = Pra 80 (1991) Nr. 159.

³² PK Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 525 N 12.

³³ Vgl. PK Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 525 N 12.



bereits erfüllt wurde, rechtfertigen würde, dass der Pflichtteilerbe gegen beide gleichzeitig vorzugehen hat, somit die gestufte Abwicklung in diesen Fällen vermieden werden soll.³⁴ Ferner möchte der Vorbericht den Begriff der Auflage in Art. 525 Abs. 2 ZGB integrieren, da *de lege lata* nur das Vermächtnis explizit genannt wird.

b. Stellungnahme

- 40 Die Erweiterung der Bestimmung um den Begriff der Auflage ist zu begrüßen, da diese im Einzelfall zweifelsfrei gleich belastend sein kann wie ein Vermächtnis. Die Ausdehnung der Passivlegitimation im Falle eines bereits vollzogenen Untervermächtnisses ist hingegen kritischer zu beurteilen. Einerseits gibt es keine dogmatische Rechtfertigung, einen Unterschied der Passivlegitimation danach vorzunehmen, ob dieses bereits erfüllt wurde oder nicht, da das Untervermächtnis lediglich den im Einzelfall Verpflichteten obligatorisch bindet. Somit besteht zwischen dem in seinem Pflichtteil verletzten Herabsetzungskläger und dem Untervermächtnisnehmer überhaupt keine Rechtsbeziehung, welche es herabzusetzen gäbe. Einziger Vorteil dieser Lösung scheint zu sein, dass alle relevanten Parteien in einem einzigen Prozess eingebunden sind und somit ein einheitliches Urteil gefällt werden kann. Jedoch gibt es keine Rechtfertigung dafür, danach zu differenzieren, ob das Untervermächtnis bereits erfüllt wurde oder nicht. Ferner liesse sich der Vorteil betreffend Rechtskraft auch bereits *de lege lata* erreichen, indem der Untervermächtnisnehmer in den ersten Herabsetzungsprozess zu Gunsten des Beklagten interveniert. Bei genauerem Hinsehen fällt zudem auf, dass es sich bei dieser Lösung um eine sehr singuläre, namentlich von PIOTET, vertretene Auffassung handelt.³⁵

³⁴ Bericht, S. 46 f.

³⁵ Vgl. dazu BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 525 N 6 mit Hinweis auf PIOTET, SPR IV/1, S. 482 f.



11. Umfang der Herabsetzung (Bericht, S. 48 ff.; Ziff. 6.9)

a. Herabsetzung von Intestaterben

i. **Inhalt**

- 41 In speziellen, seltenen Fällen, in welchen der Erblasser nur über einen Teil seines Nachlasses (dritt-)verfügt (vgl. Art. 481 Abs. 2 ZGB), kann es dazu kommen, dass eine Pflichtteilspflichtverletzung beim Intestaterben vorliegt (vgl. Bericht, S. 48, welcher auf ein Beispiel von PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit des successions*, 2. Aufl., Bern 2015, Rz. 810 ff. verweist). Dementsprechend soll Art. 525 Abs. 1 VE-ZGB neu alle erbrechtlich Begünstigten erwähnen anstelle, wie aktuell, der nur eingesetzten Erben und Bedachten.

ii. **Stellungnahme**

- 42 Die Frage, ob bereits *de lege lata* auch Erwerbungen nach dem Intestaterbrecht herabsetzbar sind, ist umstritten, aber grundsätzlich zu bejahen.³⁶ Der Vorentwurf ist dementsprechend richtig und sinnvoll, die Praxisrelevanz wohl dagegen eher gering.

b. Reihenfolge der Herabsetzung

i. **Inhalt**

- 43 Bisher werden einseitige Verfügungen von Todes wegen (Testamente) und Erbverträge bei der Reihenfolge der Herabsetzung gleich behandelt. Der Vorentwurf hält Erbverträge aufgrund ihrer Zweiseitigkeit für prioritär und sieht deshalb vor, dass in erster Linie einseitige Verfügungen herabzusetzen sind und erst danach Erbverträge (vgl. Art. 526 VE-ZGB).

ii. **Stellungnahme**

- 44 Obwohl die neu vorgesehene Herabsetzungsreihenfolge grundsätzlich richtig erscheint, ist darauf hinzuweisen, dass man auch nach schweizerischem Rechtsverständnis keinen absoluten Anspruch auf Vertragstreue des Vertragspartner (hier Erb-

³⁶ PK Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, Vorbem. zu Art. 522 ff. N 2a m.w.H.



lasser) hat (in casu der Vertragsbruch durch die anderweitige Verfügung des eigentlich versprochen Teils des Nachlasses). In diesen Fällen sieht das allgemeine Schadenersatzrecht eine Liquidation nach Art. 97 OR vor. Des Weiteren steht der erbvertraglich begünstigten Person bereits *de lege lata* die Möglichkeit zu, eine verhältnismässigen Rückleistung des von ihr Geleisteten zu verlangen, wenn ihr Anteil herabgesetzt wird (Art. 528 Abs. 2 ZGB). Ob also effektiv gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, ist offen.

c. Erweiterung der Real- und Idealkollation auf lebzeitige Zuwendungen

i. **Inhalt**

- 45 *De lege lata* steht lediglich dem Vermächtnisnehmer einer einzelnen Sache die Wahlmöglichkeit offen, ob er eine erhaltene Sache gegen Zahlung des Mehrpreises behalten oder den verfügbaren Geldbetrag erhalten möchte (vgl. Art. 526 ZGB). Der Vorentwurf möchte diesen Grundsatz in einem neuen Abs. 3 von Art. 528 auch auf Zuwendungen unter Lebenden erstrecken:

Art. 528 Abs. 3 VE-ZGB

³ Gelangt das Vermächtnis oder die Zuwendung unter Lebenden einer einzelnen Sache, die ohne Schädigung ihres Wertes nicht geteilt werden kann, zur Herabsetzung, so kann der rückleistungspflichtige Bedachte entweder gegen Vergütung des Mehrbetrages die Sache selbst behalten oder erlangen oder anstatt der Sache den verfügbaren Betrag beanspruchen.

- 46 Der Vorschlag ist zu begrüßen, weil sachgerecht. Doch befindet sich Art. 528 ZGB systematisch bei den Verfügungen unter Lebenden, weshalb m.E. nicht klar erscheint, weshalb in Satz 1 das Vermächtnis erwähnt wird.

12. Frist für die Ungültigkeitsklage gegenüber bösgläubigen Bedachten (Bericht, S. 52 f.; Ziff. 6.10)

- 47 Die Frist zur Geltendmachung der Ungültigkeitsklage beträgt bei Bösgläubigkeit des Bedachten 30 Jahre (Art. 521 Abs. 2 ZGB). *De lege lata* gilt dies jedoch in sachlicher Hinsicht nur bei den Ungültigkeitsgründen der Verfügungsunfähigkeit, der Rechtswidrigkeit oder der Unsittlichkeit. Erfasst werden hingegen nicht Willens- und Formmängel,



was von der Lehre kritisiert wird, weil die Differenzierung nicht einleuchte.³⁷ Der Vor-entwurf will die 30-jährige Frist nun auf alle Sachverhalte erstrecken. Das ist zu begrüßen. Ferner soll der Gesetzeswortlaut insofern angepasst werden, als dass nicht mehr von Verjährungs- sondern Verwirkungsfrist die Rede ist, was ebenfalls zu begrüßen ist.³⁸

13. Aufsicht über den Willensvollstrecker und Erbbescheinigung (Bericht, S. 53 ff.; Ziff. 6.11)

a. Zur Aufsicht über den Willensvollstrecker

i. Inhalt

- 48 Der Willensvollstrecker untersteht bei formellen Fragen der Amtsführung der vom Kanton bezeichneten Aufsichtsbehörde (Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 595 Abs. 3 ZGB). Materielle Fragen, die den Nachlass betreffen, unterstehen hingegen der Zuständigkeit des Gerichts (z.B. Ungültigkeitsklage). Diese Zweiteilung der Zuständigkeit kritisiert der Bericht als unnötig kompliziert und möchte deshalb auch Beschwerden betreffend Amtsführung sachlich dem Gericht zuordnen.³⁹

ii. Stellungnahme

- 49 Die vorgeschlagene Änderung ist abzulehnen. Dies deshalb, weil die schweizerische Rechtsordnung von dieser Trennung in formelle und materielle Fragen durchwegs durchzogen ist. So ist z.B. auch bei formellen Fehlern eine Betreuung der Aufsichtsbehörde anzurufen (Art. 17 Abs. 1 SchKG) und nicht eine betreibungsrechtliche Klage zu erheben.⁴⁰ Auch die Erbschaftsverwaltung würde, aufgrund der nur auf den Willensvollstrecker bezogenen Änderung, weiterhin der Trennung formelle Amtsführung und materiell-rechtliche Erbfragen unterstehen. Im Übrigen führt dies zu einer (unnötigen) Mehrbelastung der Gerichte, insbesondere der erstinstanzlichen Zivilgerichte, die ver-

³⁷ Dazu PK Erbrecht-ABT, Art. 521 N 13 f.

³⁸ So unbestrittenemassen bereits unter geltendem Recht OFK ZGB-MARXER, Art. 521 N 1; PK Erbrecht-ABT, Art. 521 N 2 m.w.H.

³⁹ Bericht, S. 54.

⁴⁰ BSK SchKG-COMETTA/MÖCKLI, Art. 17 N 11 ff.



mieden werden sollte. Hinzukommt, dass die Kantone aufgrund ihrer Autonomie bereits jetzt die Zivilgerichte als Aufsichtsbehörde einsetzen können, sofern sie es für sinnvoll halten.⁴¹

b. Zur Willensvollstreckerbescheinigung

50 Dem Willensvollstrecker soll eine Bescheinigung analog zur Erbenbescheinigung ausgestellt werden können. Diese Änderung ist grundsätzlich zu begrüßen.

c. Erbenbescheinigung

51 Die Revision des Erbrechts soll dazu genutzt werden, insbesondere eine terminologische Einheitlichkeit der in den Kantonen unterschiedlich genannten Erbenbescheinigung einzuführen und den bisherigen Vorbehalt der Ungültigkeits- und Erbschaftsklage auf die Feststellungs- und Herabsetzungsklage zu erweitern.⁴² M.E. ist darüber hinaus insbesondere daraufhin zuweisen, dass namentlich die Natur, das Verfahren und die Anfechtung einer solchen Bescheinigung zu regeln wäre, da diese Fragen die Praxis am meisten beschäftigen.⁴³ Dieses praktisch wichtige Anliegen nimmt der Vorentwurf hingegen nicht auf.

14. Amtliche Verwaltung und Ausschlagung eines überschuldeten Erben (Bericht, S. 56 f.; Ziff. 6.12)

a. Inhalt

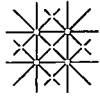
52 *De lege lata* haben die Gläubiger ihren Schuldner einzuklagen, wenn der überschuldete Erbe die Erbschaft ausschlägt (vgl. Art. 578 Abs. 1 ZGB), im Gegensatz zur paulianischen Anfechtung, bei welcher der Leistungsempfänger einzuklagen ist.⁴⁴ Wird die Anfechtungsklage gutgeheissen, führt dies zu einer amtlichen Liquidation des gesam-

⁴¹ So z.B. amtet das Zivilgericht im Kanton Basel-Stadt als Aufsichtsbehörde (§ 2 Abs. 3 Gesetz betreffend Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Basel-Stadt vom 27.04.1911 [SG 211.100]).

⁴² Bericht, S. 55.

⁴³ SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 99 ff.

⁴⁴ PK Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 578 N 13 m.w.H.



ten Nachlasses und nicht etwa zur Liquidation des betreffenden Erbanteils (Art. 578 Abs. 2 ZGB).⁴⁵

- 53 Auch dieser vermeintliche Missstand soll in einem neuen Art. 578 VE-ZGB behoben werden, indem einerseits der ausschlagende Erbe wie auch die durch die Ausschlagung begünstigten Erben einzuklagen sind, und es bei Gutheissung der Klage nur zur Liquidation des Erbanteils des ausschlagenden Erbens kommt. Bei mehreren Erben soll der entsprechende Anteil anschliessend von den Behörden vertreten werden (Art. 578 Abs. 4 VE-ZGB).

b. Stellungnahme

- 54 Die Änderung ist grundsätzlich zu begrüssen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass der Bericht zwar als Legitimation zur Gesetzesänderung u.A. die Divergenz zur *actio pauliana* anführt (wo ausschliesslich der Leistungsempfänger eingeklagt werden muss) und dann für das Erbrecht in casu trotzdem eine Änderung vorschlägt, bei welcher alle Parteien eingeklagt werden müssen (vgl. Art. 290 SchKG). Auch die ähnliche Klage des Familienrechts nach Art. 220 ZGB sieht lediglich den Begünstigten als passivlegitimiert vor.⁴⁶

15. Audiovisuelles Nottestament und absolute Ungültigkeit von Nottestamenten (Bericht, S. 57 ff.; Ziff. 6.13)

a. Inhalt

- 55 In den neuen und ergänzten Art. 506 und 507 VE-ZGB soll das audiovisuelle Nottestament als neues Institut aufgenommen werden. Im Wesentlichen geht es darum, dass auch mit Mobiltelefonen mittels Videofunktion gültig ein Testament errichtet werden können soll. Ferner soll die Auffassung der herrschenden Lehre kodifiziert werden, dass nach Ablauf von 14 Tagen die absolute Ungültigkeit, der Vorentwurf spricht von Nichtigkeit, des Nottestaments eintritt, sofern sich der Erblasser bis dahin nicht einer anderen Verfügungsform bedient hat (vgl. Art. 508 VE-ZGB).

⁴⁵ OFK ZGB-MÜLLER/LIEB-LINDENMEYER, Art. 578 N 7 m.w.H.

⁴⁶ BSK ZGB II-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 220 N 27.



b. Stellungnahme

- 56 Die vorgesehenen Änderungen sind zu begrüßen, da in Notsituationen typischerweise keine zwei Zeugen vorhanden sind, dafür ein Mobiltelefon heutzutage in den überwiegenden Fällen. Als kritische Anmerkung verbleibt die generelle Manipulationsanfälligkeit von moderner Technik.

16. Diverse Bereinigungen (Bericht, S. 59 ff.; Ziff. 6.14)

- 57 Terminologisch sollen Verfügungen in Art. 469 und 482 ZGB neu «anfechtbar» und nicht «ungültig» sein. Art. 499 und 503 VE ZGB sprechen «moderner» von Urkundsperson. Ferner soll die Zeugnisunfähigkeit in Art. 503 Abs. 1 ZGB bei Verlust «der bürgerlichen Ehren» mangels Relevanz gestrichen werden. Beiden Änderungen steht m.E. nichts entgegen.
- 58 Schliesslich soll die Aktivlegitimation zur Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 Abs. 2 ZGB formell von «jedermann mit Interesse» auf «jedermann mit erbrechtlichem Interesse» eingeschränkt werden. Diese Klarstellung ist zu begrüßen, weil dies inhaltlich gesehen der heutigen Lehre und Praxis entspricht.⁴⁷

17. Vorrang des Vermächtnisnehmers gegenüber den Gläubigern des vermächtnisbeschwerten Erben (Bericht, S. 61 f.; Ziff. 6.15)

a. Inhalt

- 59 Es ist umstritten, in welcher Reihenfolge die Erbschaftsgläubiger, Vermächtnisnehmer und Erbengläubiger aus dem Nachlass zu befriedigen sind. Im Wesentlichen gilt, dass die Tilgung von Erbschaftsschulden der Befriedigung der Vermächtnisnehmer vorgeht,⁴⁸ die Erbschaftsgläubiger und die Erbengläubiger hingegen aufgrund der Universalsukzession (Art. 560 Abs. 1 ZGB) gleichberechtigt sind.⁴⁹ Dementsprechend ergibt sich ein logischer Widerspruch zum Verhältnis Vermächtnisnehmer und Erbengläubi-

⁴⁷ BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519 N 25.

⁴⁸ OFK ZGB-MÜLLER/LIEB-LINDENMEYER, Art. 564 N 1.

⁴⁹ OFK ZGB-MÜLLER/LIEB-LINDENMEYER, Art. 564 N 2.



ger.⁵⁰ Die Kernänderung des Vorentwurfes möchte diese Unklarheit positiv-rechtlich auflösen, indem der Vermächtnisnehmer gegenüber den Erbgläubigern prioritär behandelt werden soll (Art. 564 Abs. 2 VE-ZGB). Die Gleichberechtigung zwischen Erbschaftsgläubigern und Erbgläubigern, welcher im heutigen Abs. 2 statuiert ist, soll ersatzlos gestrichen werden. Eingang findet hingegen die nicht umstrittene Feststellung, wonach Erbgangsschulden und Erbschaftsschulden einerseits gleichgestellt sind und andererseits dem Vermächtnis vorgehen, was nicht zuletzt deshalb klar ist, weil der Erblasser nur aus seinem Nettovermögen verfügen kann.

b. Stellungnahme

60 Neu gälte somit die Hierarchie Erbschaftsgläubiger > Vermächtnisnehmer > Erbgläubiger. Welche Gläubigerkategorie Vorrang genießt, ist primär eine rechtspolitische Wertungsfrage, welche so oder anders gefällt werden kann. Ein gewisser Widerspruch zur Wirkung der Universalsukzession, mithin der Verschmelzung des erblasserischen Vermögens mit dem Vermögen der Erben bei vorbehaltloser Annahme, kann aber nicht geleugnet werden. In jedem Fall sollte in diesem Zusammenhang zusätzlich sorgfältig geprüft werden, ob nicht eine Anpassung des SchKG⁵¹ angezeigt wäre.

18. Grundsatz des Verkehrswerts zum Zeitpunkt der Teilung (Bericht, S. 62 f.; Ziff. 6.16)

61 Zurzeit nennt das Gesetz den Grundsatz der Massgeblichkeit des Verkehrswerts zum Zeitpunkt der Teilung lediglich bei Grundstücken (Art. 617 ZGB). Lehre und Rechtsprechung gehen aber schon heute davon aus, dass dies für alle Vermögenswerte gilt.⁵² Der Vorentwurf möchte dies nun kodifizieren, was zu begrüßen ist.

⁵⁰ Vertiefend PK-Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 564 N 7 f. m.w.H.

⁵¹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1).

⁵² PK Erbrecht-WEIBEL, Art. 617 N 10 m.w.H.



19. Verkürzte Frist für den öffentlichen Erbenruf (Bericht, S. 63 f.; Ziff. 6.17)

- 62 Die Frist für den öffentlichen Erbenruf beträgt heute zwölf Monate. Der Vorentwurf möchte dies, namentlich wegen der modernen Kommunikationsmittel,⁵³ auf sechs Monate verkürzen. Dieser Vorschlag ist zu begrüßen.

20. Anpassung von Art. 579 Abs. 2 i.V.m. Art. 626 Abs. 2 ZGB (Bericht, S. 64; Ziff. 6.18)

- 63 Terminologisch soll Art. 579 Abs. 2 ZGB an Art. 626 Abs. 2 VE-ZGB angepasst werden, indem der Ausdruck «Zuwendungen, die der Ausstattung dienen» anstelle «landesübliche Ausstattung bei der Verheiratung sowie die Kosten der Erziehung und Ausbildung» verwendet wird. Das ist grundsätzlich ebenfalls zu begrüßen. Vgl. aber auch oben Rz. 37 bezüglich der Frage der Versorgungs- oder Schenkungskollation.

II. Im Vorentwurf bzw. Begleitbericht unberücksichtigt gebliebener Revisionsbedarf

- 64 Die nachfolgenden, teilweise in der Praxis erheblichen Problembereiche werden im Vorentwurf bzw. Begleitbericht nicht angeschnitten, geschweige denn Lösungsvorschläge unterbreitet (siehe dazu im Einzelnen das in der Publikation von SUTTER-SOMM/AMMANN, Die Revision des Erbrechts, Zürich 2016, S. 14 ff., erarbeitete «Revisionsinventar», auf welches jeweils hingewiesen wird und das den Regelungsbedarf im Einzelnen aufzeigt):

1. Virtueller Erbe

- 65 Der übergangene Pflichterbe, der sog. virtuelle Erbe, findet keine Normierung im Gesetz und dementsprechend vielen Streitfragen wird deshalb Nährboden geboten.⁵⁴ Bedauerlicherweise findet sich im Vorentwurf bzw. im beiliegenden Bericht keine Normierung der Problematik.

⁵³ Bericht, S. 63.

⁵⁴ Ausführlich SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 24 ff.



2. Nutzniessungsvermächtnis und die Berechnung der verfügbare Quote bei Vorhandensein von gemeinsamen und nicht gemeinsame Nachkommen

66 Wie bereits unter Rz. 14 ausgeführt, verpasst es der Entwurf auch die zentrale Frage zu lösen, wie sich die Berechnung der verfügbaren Quote gestaltet, wenn gemeinsame und nicht gemeinsame Kinder vorhanden sind.

3. Gläubigerstellung des Ehegatten bei der Ausgleichung

67 Der Bundesgesetzgeber geht davon aus, dass der Erblasser im Zweifel seine Nachkommen gleich behandeln wollte, weshalb diese nach Art. 626 Abs. 2 ZGB für gewisse Zuwendungen vermutungsweise der Ausgleichung unterstehen. In der Lehre ist in diesem Zusammenhang umstritten, ob auch der überlebende Ehegatte Ausgleichungsgläubiger sein kann oder nicht.⁵⁵ Die Rechtsprechung dazu ist unklar. Eine Klärung im Gesetz wäre zu begrüßen.

4. Ausgleichungspflicht von Unterhalt / Ausbildung

68 In Art. 631 Abs. 1 ZGB ist vorgesehen, dass Erziehungs- und Ausbildungskosten vermutungsweise nur für den Teil ausgleichungspflichtig sind, welche das «übliche Mass» übersteigen. Rechtsprechung und Lehre sind sich nach wie vor uneins, was unter «üblichem Mass» zu verstehen ist. Eine klare Regelung wäre deshalb angezeigt (z.B. eine Vorschrift, welche im Rahmen einer gesetzlichen Pflicht geleisteten Unterhalt nicht der Ausgleichung unterstellt).⁵⁶

5. Legitimation des Willensvollstreckers zur Erbschafts- und zur Teilungsklage

69 Ein sehr praxisrelevantes Thema ist die Legitimation des Willensvollstreckers zu erbrechtlichen Klagen, namentlich zur Erbschaftsklage nach Art. 598 ff. ZGB⁵⁷ und zur Teilungsklage nach Art. 604 Abs. 1 ZGB. Hier hätte sich eine Regelung aufgedrängt,

⁵⁵ SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 81 ff. m.w.H.

⁵⁶ SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 87 ff.

⁵⁷ Bejahend z.B. BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012, Rz. 121 m.w.H.



weil gerade die Prozessführungsbefugnis zur Teilung *de lege lata* verneint wird, aber *de lege ferenda* von der Lehre sehr begrüsst würde.⁵⁸

6. Die Rechtsbegehren bei der Erbteilungsklage

- 70 Ein ebenfalls sehr praxisrelevantes Thema betrifft die Rechtsbegehren in einem Erbteilungsprozess. Soweit ersichtlich wird in der Praxis so gut wie jede Position vertreten, von konkreten Zuteilungsbegehren bis zum abstrakten Begehren «Es sei die Erbschaft zu teilen.»⁵⁹ Aufgrund der erheblichen Unsicherheit der Praktiker – was sich nicht zuletzt in den unnötigen Feststellungsbegehren äussert – wären gesetzliche Regelungen bzw. Leitlinien hier ebenfalls angebracht gewesen.

7. Ideal- und Realkollation bei der Ausgleichungsklage

- 71 Der Ausgleichungsschuldner hat die Wahl, ob er der Ausgleichung genüge tut, indem er die Sache in natura der Erbmasse hinzufügt (sog. Realkollation) oder den ausgleichungspflichtigen Betrag in geldwerter Form (sog. Idealkollation) in den Nachlass einwirft. Die Einzelheiten, namentlich die Rechtsbegehren, ein möglicher Übergang des Wahlrechts bei Untätigkeit und die Vollstreckung, sind im Detail umstritten, weshalb auch hier durchaus gesetzgeberische Handlungsbedarf verortet werden kann.⁶⁰

8. Die Abgrenzung zwischen Erbschafts- und Sonderklage

- 72 Bereits dogmatisch schwer unterscheidbar ist die Erbschaftsklage als Singularklage von einem «ererbten» Vindikationsanspruch. Praktische Unterschiede zeitigen sich in der Folge z.B. bei der direkten Zuständigkeit in internationalen Sachverhalten, da das LugÜ⁶¹ zwar auch die Zuständigkeit in sachenrechtlichen Bereichen regelt, jedoch explizit nicht anwendbar ist für erbrechtliche Streitigkeiten, wie die Erbschaftsklage (vgl.

⁵⁸ Vgl. die Übersicht bei SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 120 m.w.H.

⁵⁹ So z.B. BRÜCKNER/WEIBEL, Rz. 212.

⁶⁰ Vgl. SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 134 m.w.H.

⁶¹ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, SR 0.275.12).



Art. 1 Ziff. 2 lit. a LugÜ). Das Verhältnis beider Rechtsbehelfe ist nach wie vor in vielen Bereichen ungeklärt.⁶²

9. Die Schiedsgerichtsbarkeit im Erbrecht

- 73 Die Möglichkeit des Erblassers, Erbstreitigkeiten der staatlichen Gerichtsbarkeit «zu entziehen» wird in der Lehre ebenfalls unterschiedlich beurteilt.⁶³ Insbesondere ist die Frage umstritten, ob der Erblasser einseitig, d.h. durch letztwillige Verfügung anordnen kann, dass allfällige Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht zu entscheiden sind. Gerade bei grossen Nachlässen bzw. bei Unternehmensnachfolgen kann die Schiedsgerichtsbarkeit ein Vorteil sein, weshalb – wie im deutschen Recht⁶⁴ – die Möglichkeit der einseitigen Anordnung eines Schiedsgerichts für eventuelle Streitigkeiten zugelassen sollte. Die Einsetzung eines Schiedsgerichts durch Erbvertrag ist denn auch schon heute unbestrittenermassen zulässig.

10. Beweisproblematik bezüglich der Urteilsfähigkeit des Erblassers

- 74 Die Praxis hat gewisse Vermutungen entwickelt, welche die Beweislast sachgerecht verteilen sollen. So ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Urteilsfähigkeit zu vermuten ist und die Urteilsunfähigkeit (bzw. die damit verbundene Testierunfähigkeit) vom Ungültigkeitskläger nachzuweisen sei. Umgekehrt könne jedoch bei älteren, geistig erkrankten Erblassern im Einzelfall davon ausgegangen werden, dass sie nicht testierfähig seien, und der mutmassliche Testaterbe hat dann das sog. *lucidum intervallum* zu beweisen.⁶⁵ Insbesondere der Stellenwert eines ärztlichen Gutachtens wird diesbezüglich unterschiedlich diskutiert. Der Vorentwurf und der Bericht äussern sich nicht zu diesen praktisch wichtigen Fragen, die einer gesetzlichen Lösung zugeführt werden könnten.

⁶² Dazu vertiefend SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 135 ff. m.w.H.

⁶³ SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 141 ff.

⁶⁴ Vgl. § 1066 der deutschen ZPO.

⁶⁵ Vertiefend SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 147 ff. m.w.H.



11. Zur Ausweitung von Art. 520a ZGB auf Erbverträge

- 75 Art. 520a ZGB wurde eingeführt, um die Formstrenge bei eigenhändigen Verfügungen zu mildern.⁶⁶ Obschon es sachgerecht wäre, dass die Anwendung auch auf Erbverträge Anwendung finden würde, ist dies *de lege lata* aufgrund der sich aus der Gesetzes-
systematik klar ergebenden Beschränkung sowie auch den Materialien des Gesetz-
gebungsprozesses abzulehnen.⁶⁷ Jedoch sollte bei der vorliegenden Revision geprüft werden, ob es nicht richtiger wäre, das ZGB so zu ändern, dass Art. 520a ZGB auch für öffentliche letztwillige Verfügungen gilt.

12. Versorgungskollation

- 76 Der Gesetzgeber hat es diesbezüglich verpasst, die Sinnhaftigkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu überprüfen (vgl. oben Rz. 34).

13. Vereinheitlichung der Behördenorganisation und der Verfahren

- 77 PAUL EITEL stellt in der seiner neusten Publikation die Frage, ob es nicht auch angezeigt sei – ähnlich wie im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – die kantonale Behörde und das Verfahren ebenfalls bundesrechtlich zu vereinheitlichen, da – namentlich bei der Erbenbescheinigung – bisher viele Details auch von den kantonalen Eigenheiten in der Organisation und im Verfahren abhingen.⁶⁸

14. Steuern

- 78 Teilweise wird auch angesprochen, dass das Erbsteuerrecht anzupassen gewesen wäre,⁶⁹ was aufgrund des stark umstrittenen politischen Hintergrunds eine Revision des materiellen Erbrechts m.E. unnötigerweise belasten würde.

⁶⁶ Vgl. PK Erbrecht-ABT, Art. 520a N 6.

⁶⁷ SUTTER-SOMM/AMMANN, Rz. 165.

⁶⁸ EITEL, Für ein zeitgemässes Erbrecht – wie weiter?, in: *successio* 2016, S. 85 ff., 86.

⁶⁹ BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.06.2010), in: *not@lex / successio Sonderheft* 2014, S. 7 ff., 25.



III. Würdigung

- 79 Zusammenfassend komme ich zum Schluss, dass der Vorentwurf gesamthaft betrachtet grundlegend überarbeitet werden sollte, da er – wie im Einzelnen dargestellt – an sehr vielen Stellen nicht vollends durchdacht scheint und zudem wichtige Revisionspunkte nicht berücksichtigt wurden. Meiner Auffassung nach erscheint es äusserst fraglich, ob eine derart rechtsdogmatisch komplexe Materie ohne externen Beizug von Spezialistinnen und Spezialisten überhaupt in einer Art und Weise bewältigt werden kann, damit es dem bisherigen Niveau des Erbrechts des ZGB qualitativ in etwa entspricht. Angesprochen sind damit keineswegs die rechtspolitischen Wertungen, sondern das juristische Handwerkszeug der Gesetzgebung. Obschon die drei beigezogenen Gutachten qualitativ durchaus überdurchschnittlich sind, fehlt im vorliegenden Prozess eine ganz wesentliche und entscheidende Phase, nämlich die Diskussion anhand konkreter Normvorschläge in einem mit Expertinnen und Experten bestückten Gremium im Sinne eines laufenden Optimierungsprozesses. Diese Mängel im parlamentarischen Verfahren beheben zu können, erscheint angesichts der Komplexität der Erbrechtsdogmatik eher unwahrscheinlich. Letztlich zeigt sich, dass die Gesetzgebung in einem der zentralsten Bereiche des Privatrechts nicht nur die nötige Zeit, sondern auch das erforderliche Fachwissen erfordert, damit nicht mehr Probleme geschaffen als gelöst werden.

Faculté de Droit /
Rechtswissenschaftliche Fakultät

Doyen / Dekan
Prof. Dr. Pascal Pichonnaz
Décanat de Droit
Av. de l'Europe 20
1700 Fribourg

T +41 (0)26 300 80 00
pascal.pichonnaz@unifr.ch
www.unifr.ch/ius/

Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga

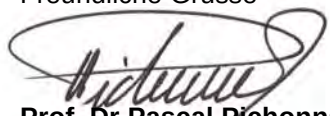
alexandre.brodard@bj.admin.ch

Freiburg, den 20. Juni 2016
Vernehmlassung Revision des Erbrechts

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg hat die Ehre, Ihnen die Vernehmlassung zur Revision des Erbrechts zu unterbreiten.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr Pascal Pichonnaz
Doyen de la Faculté de droit

Prise de position de la faculté de droit de l'Université de Fribourg concernant l'Avant-Projet de la modification du droit des successions

Vernehmlassung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg betreffend den Vorentwurf zur Revision des Erbrechts

Vorbemerkung

Das vorliegende Revisionsprojekt ist von hoher Komplexität und erfordert die Bezugnahme auf das gesamte Erbrecht sowie auf das Güterrecht. Wie die nachstehenden Überlegungen zeigen, ist das noch nicht durchwegs der Fall und sollte dieses Revisionsprojekt daher nochmals grundlegend überdacht werden, womöglich unter Einberufung von einer oder mehreren Arbeitsgruppen.

Art. 120 Abs. 2, Art. 217 Abs. 2, 241 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 472 Art. 31 Abs. 3 VE PartG in Verbindung mit Art. 472

Bei Einleitung des Scheidungsverfahrens durch Klage soll der Pflichtteil der Ehegattin erst nach einer Verfahrensdauer von zwei Jahren zur Verfügung stehen (Art. 472 Ziff. 2 VE). Das hat zur Folge, dass der Pflichtteil auch im Fall einer völlig grundlos erhobenen Klage, z.B. unter Anrufung der (angeblichen) Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehe (Art. 115 ZGB), dahinfällt, sobald das Verfahren zwei Jahre lang gedauert hat, was im Zusammenhang mit Art. 115 ZGB keine Seltenheit ist. Das Problem ist, dass in diesem Fall die Anrufung der Unzumutbarkeit zur Zerstörung erbrechtlicher Ansprüche missbraucht wird. Aus diesem Grund schlagen wir vor, dass im Fall einer Klage der Pflichtteil bei Rechtshängigkeit der Klage dahinfällt, sofern der Klagegrund des Getrenntlebens von zwei Jahren erfüllt ist. Stirbt ein Ehegatte vor dem Scheidungsurteil, müsste das Gericht zwar dennoch das Vorliegen des zweijährigen Getrenntlebens prüfen. Das dürfte aber in den allermeisten Fällen kein Problem sein. Entscheidend ist, dass nicht grundlos ein Scheidungsverfahren angehoben werden kann, mit dem einzigen Ziel der Zerstörung von Pflichtteilen.

Art. 471

Wenn in Art. 471 die Pflichtteile der Eltern dahinfallen, müssen die Eltern auch in Art. 470 wegfallen.

Die Pflichtteile der Ehegattin und der Kinder werden reduziert, mit dem Ergebnis, dass im Fall einer hinterbliebenen Ehegattin oder eingetragenen Partnerin und hinterbliebenen Kindern die verfügbare Quote neu $\frac{5}{8}$ beträgt. Diese kann einerseits der faktischen Lebenspartnerin zugewiesen werden, womit der Erblasser den lebzeitigen faktischen Näheverhältnissen Rechnung tragen kann. Andererseits vereinfacht die grössere verfügbare Quote den Unternehmensübergang. Diesen beiden Zielen pflichten wir an sich bei.

Fraglich ist aber, ob die Reduktion der Pflichtteilsquote für die Ehegattin um die Hälfte (von $\frac{1}{2}$ auf $\frac{1}{4}$) gerechtfertigt ist: Die Reduktion bzw. der Wegfall der Pflichtteile rechtfertigt sich bei den Kindern

bzw. bei den Eltern aus sozialpolitischen Gründen: Beide sind zur Sicherung ihres Fortkommens bzw. ihrer sozialen Lage nicht mehr oder nicht mehr gleichermassen auf das Erbe angewiesen. Anders sieht es für den Ehepartner oder die eingetragene Partnerin aus. Damit er/sie ihren bisherigen Lebensstandard aufrechterhalten kann, ist er/sie auf einen Teil des Erbes angewiesen, denn ihre güterrechtlichen Ansprüche sind ungewiss. (Tatsächlich kann Gütertrennung bestehen oder die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht zu einem positiven Saldo führen.) Daher sind die Pflichtteile für Ehepartner und eingetragene Partner/innen nicht zu kürzen und bei $\frac{1}{2}$ zu belassen. Damit wäre die verfügbare Quote immer noch $\frac{1}{2}$ (statt $\frac{5}{8}$ wie das der VE vorschlägt). Sollte trotz dieser sozial unveränderten Ausgangslage eine Kürzung angestrebt werden, dürfte die Kürzung – wie jene für die Kinder (von $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$) – nur einen Drittel betragen. Damit würde die Pflichtteilsquote $\frac{1}{3}$ betragen (Reduktion von $\frac{1}{2}$ auf $\frac{1}{3}$) und der Pflichtteil $\frac{1}{6}$ ($\frac{1}{2} \times \frac{1}{3}$) statt wie bisher $\frac{1}{4}$.

Art. 473

L'augmentation de la quotité disponible réduit la portée matérielle de l'art. 473 al. 1. Avec une quotité disponible de $\frac{5}{8}$, même en présence de descendants non communs, la règle ordinaire de l'art. 530 permet, pour un taux de 3,5%, de léguer au conjoint l'usufruit de toute la succession dès que le conjoint a plus de 45 ans si c'est un homme, et plus de 49 ans si c'est une femme (actuellement, 57 ans, respectivement 61 ans).

La quotité disponible de $\frac{1}{4}$ maintenue à l'art. 473 al. 2 AP n'est pas cohérente avec le reste de l'Avant-Projet, qui va dans le sens d'un accroissement de la quotité disponible. Si le législateur veut conserver l'esprit de l'art. 473 al. 2 actuel (quotité disponible inférieure de $\frac{1}{3}$ à la quotité disponible ordinaire), il devrait prévoir une quotité disponible de $\frac{5}{12}$. Il pourrait aussi, par simplification et en restant dans la logique de la révision, diminuer ou augmenter légèrement cette quotité, à $\frac{1}{3}$, respectivement à $\frac{1}{2}$.

Art. 476

Abs. 1 setzt zu Recht alle Lebensversicherungsansprüche gleich. Da diese Ansprüche aufgrund von Art. 78 VVG direkt auf die anspruchsberechtigte Person übergehen (Erwerb aus eigenem Recht – iure proprio – und nicht aus Erbrecht – iure hereditatis: BGE 112 II 157, 159 f., E. 1a), ist zum Schutz der Pflichtteilsansprüche ein Hinzurechnungstatbestand erforderlich. Dieser ist in Art. 476 Abs. 1 vorgesehen. Er sollte aber durch einen Herabsetzungstatbestand ergänzt werden, da die Hinzurechnung als solche noch nicht die Herabsetzungsklage ermöglicht. Der geltende Art. 529 ZGB sollte also nicht gestrichen werden.

Abs. 2 stellt fest, dass die Leistungen aus der 2. Säule sowie aus der Säule 3a nicht zur Erbschaft gehören. Abgesehen davon, dass es etwas eigentümlich ist, im Erbrecht zu erklären, was nicht zum Erbrecht gehört, führt die Bestimmung zu zwei Problemen:

- Erstens vermischt sie Sozialversicherungsleistungen und privates Sparen: Anders als die 2. Säule verfolgt die Säule 3a keine sozialpolitischen Ziele (keine oder nur eine sehr beschränkte Solidarität im Rahmen einer Versicherungslösung; kein Obligatorium). Die einzige Idee der Säule 3a ist die Steuerbegünstigung für bestimmte private Sparformen: Im Vordergrund steht die Steuerbegünstigung und nicht die soziale Sicherheit.¹
- Zweitens wird die Säule 3a aus der Erbschaft ausgeschieden, unabhängig davon, ob sie auf Banksparen oder auf einem Versicherungsvertrag beruht. Für den Versicherungsvertrag besteht dafür eine gesetzliche Grundlage in Art. 78 VVG. Für das Banksparen fehlt eine gesetzliche Grundlage, stellt doch BVV3 keine genügende Grundlage dar. Der neu vorgeschlagene Art. 476

¹ RUMO-JUNGO/MAZENAUER, Die Säule 3a als Vorsorgevereinbarung oder Vorsorgeversicherung: ihre unterschiedliche Behandlung im Erbrecht – BGE 9C_523/2013, in: successio 8 (2014), 303 f.

Abs. 2 will eine solche gesetzliche Grundlage schaffen. Dabei ist aber fraglich, warum die Säule 3a, anders als eine Lebensversicherung nach Abs. 1 nicht hinzuzurechnen ist. Denn ohne Hinzurechnung können mit der Säule 3a Pflichtteile verletzt werden, und zwar im Fall von Selbständigerwerbenden in erheblichem Mass. Es gibt sozialpolitisch keinen Grund die Säule 3a mit Bezug auf den Schutz der Pflichtteile anders zu behandeln als die (übrigen) Lebensversicherungen oder anderes privates Sparen. Abgesehen davon kann eine Säule 3a bei einer Versicherungseinrichtung einer Lebensversicherung im Sinn von Art. 476 Abs. 1 ZGB gleichkommen: Vermögensbestandteile, die zu Lebzeiten bzw. ausserhalb des Erbrechts auf Begünstigte übergehen, sind daher dem Nachlass *hinzuzurechnen* und bei der Verletzung von Pflichtteilen *herabzusetzen*. Die einzige Ausnahme rechtfertigt sich bei der 2. Säule und a fortiori bei der 1. Säule, die zum Sozialversicherungsrecht gehören.

Fazit: In Art. 476 Abs. 2 ist der zweite Teilsatz „einschliesslich der anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge“ zu streichen. Der Klarheit halber ist die Hinzurechnung der anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters- und Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge in Abs. 1 zu erwähnen.

Art. 484a

Tel qu'il est prévu, le legs d'entretien légal crée en faveur des personnes qui en bénéficient un droit plus fort qu'une réserve héréditaire, puisqu'il n'est pas possible d'y renoncer à l'avance par pacte successoral. Selon le Rapport explicatif, ce droit n'appartiendrait pas au conjoint survivant et aurait un caractère exceptionnel ; le texte de l'art. 484a AP ne le fait toutefois pas apparaître clairement. Les critères énoncés font place à beaucoup d'interprétation et laissent présager de nombreux litiges, ce d'autant que, pour des successions modestes ou moyennes, le legs pourrait absorber l'entier de la quotité disponible.

Le legs d'entretien ne s'insère que difficilement dans la logique du droit successoral, qui – sauf les exceptions marginales des art. 605 al. 2 et 606 – consiste à répartir entre les successeurs le patrimoine du défunt, sans tenir compte des besoins des successeurs. Même si le texte de l'Avant-Projet laisse ouverte la possibilité d'un legs en capital, l'expression « legs d'entretien » évoque plutôt le legs d'une rente ou d'un usufruit. Cela rapproche le legs d'entretien d'une contribution après divorce et l'on peut s'attendre à ce que des questions analogues se posent (durée, capacité du bénéficiaire à pourvoir lui-même – éventuellement après un certain délai – à son entretien, (re)mariage ou nouveau concubinage, etc.), toutes questions qui compliqueraient la capitalisation de la rente et la liquidation de la succession. Il conviendrait en tout cas de les régler si la solution du legs d'entretien est maintenue.

La mise en œuvre de ce legs poserait aussi toute une série d'autres problèmes : définition de la vie de fait de couple en l'absence de toute formalisation du concubinage, appréciation de la situation financière des héritiers débiteurs solidaires du legs (en particulier, si cette situation est très différente de l'un à l'autre), prise en compte des aspects fiscaux pour définir le montant du legs, relation avec le déroulement de la dévolution (la liquidation de la succession serait sans doute suspendue jusqu'à droit connu sur le legs), possibilité d'une convention relative à l'entretien (ratifiée par un juge ?), risque d'introduction systématique d'une demande pour sauvegarder le délai de péremption, etc. Une fois le montant du legs d'entretien connu, les héritiers réservataires pourraient encore le tenir en échec à concurrence de leur réserve et, si le *de cujus* a fait d'autres libéralités pour cause de mort, le faire réduire (proportionnellement ?) conformément aux art. 525 sv. AP.

La mise en œuvre de ce legs d'entretien serait ainsi d'une très grande complexité. Dès lors, ou bien il ne serait effectivement qu'exceptionnel pour des cas de rigueur et l'on peut se demander si la procédure qui serait nécessaire est bien adéquate, ou bien il serait d'application plus générale et compliquerait beaucoup la liquidation de nombreuses successions. On peut ainsi douter que le legs

d'entretien soit la bonne solution pour répondre à la Motion Gutzwiller. Si vraiment le législateur veut mettre en place un tel instrument, ne faudrait-il pas, au moins, le limiter à un « montant équitable » plafonné (par exemple, à la moitié de la quotité disponible), qui permettrait de liquider une fois pour toute la succession ?

A vrai dire, il serait beaucoup plus simple de répondre à l'esprit de la motion et aux réalités sociales actuelles en attribuant au concubin une part de succession légale. Pour tenir compte de la décision du Conseil national, il faudrait cependant que ce soit seulement dans certaines situations précises, qui permettent une liquidation rapide de la succession, et à des conditions qui distinguent clairement cette part légale de celle revenant au conjoint ou au partenaire enregistré survivant. On pourrait ainsi 1° limiter une telle part légale aux concubins qui ont fait enregistrer leur concubinage, un tel enregistrement n'étant possible que si aucun des deux concubins n'est marié ou lié par un partenariat enregistré, 2° l'exclure dans la mesure où le concubin a des enfants non communs, 3° éventuellement prévoir une part légale inférieure à celle du conjoint ou du partenaire enregistré survivant et 4° ne pas accorder de réserve au concubin survivant. Cette solution devrait conduire les cantons à soumettre les parts légales des concubins survivants au même régime fiscal que celles des conjoints ou partenaires enregistrés survivants. Dans tous les autres cas, il appartiendrait au *de cuius* de prendre les dispositions pour cause de mort qu'il estime nécessaires en faveur de son partenaire de vie de fait.

Art. 494 al. 4

Cette disposition soulève plusieurs difficultés. Premièrement, il n'est pas clair si l'art. 494 al. 4 AP s'applique également à la communauté des biens, où il n'y a pas de bénéfice à proprement parler. Ensuite, il semblerait adéquat de préciser que seul ce qui dépasse la répartition légale des bénéfices doit être traité comme un pacte successoral, afin de s'assurer que la situation actuelle concernant la répartition légale des bénéfices ne soit modifiée. A noter aussi que le texte allemand (« im Erbfall ») ne correspond pas au texte français.

La règle semble poursuivre deux objectifs : permettre de calculer toutes les réserves sur une seule et même masse, et déterminer la place des contrats de mariage dans l'ordre des réductions. La solution choisie est de qualifier, dans la succession, le contrat de mariage de disposition pour cause de mort, plus précisément de pacte successoral. Cette solution laisse d'abord ouverte la manière dont de tels contrats de mariage devraient être traités dans la liquidation du régime matrimonial et remet en cause l'articulation entre le droit matrimonial et le droit successoral. Faudrait-il liquider le régime matrimonial selon la répartition légale du bénéfice en ne tenant compte du contrat de mariage uniquement dans le cadre de la succession ? Faudrait-il liquider le régime matrimonial en tenant compte du contrat de mariage et, par exemple, attribuer l'entier du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant dans la liquidation du régime matrimonial puis, dans le cadre de la succession, considérer la moitié du bénéfice comme une dette et l'autre moitié comme un legs ? Ou alors considérer l'entier comme une dette, mais exiger que la moitié attribuée par le contrat de mariage soit prise en compte au moment du calcul des réserves (le cas échéant, cette moitié pourrait être réduite par les enfants non communs) ? Par ailleurs, une telle qualification aurait, en droit des successions, des effets qui mériteraient d'être analysés plus avant ; par exemple, elle devrait transformer une succession légale en une succession volontaire et aurait ainsi des conséquences sur les rapports successoraux. Cette qualification pourrait, en outre accréditer l'idée qu'il faut la forme du pacte successoral pour ce type de contrat de mariage.

Il serait en tout cas plus clair de modifier, d'une part, les art. 216 CC et 25 LPart et, d'autre part, les dispositions sur l'ordre des réductions.

Pour atteindre le premier objectif, on pourrait par exemple compléter l'art. 216 en indiquant que la part du bénéfice supplémentaire accordée par contrat de mariage est prise en compte dans la

masse de calcul des réserves, mais que seule la réserve des enfants non communs est protégée contre de telles libéralités. Une règle analogue pourrait être prévue à l'art. 25 LPart.

Pour atteindre le second objectif, on pourrait préciser l'art. 532. En elle-même, la nature matrimoniale de l'attribution du bénéfice implique que cette attribution doit être réduite après les dispositions pour cause de mort ; on pourrait le préciser en complétant l'art. 532 (« ... sur les dispositions pour cause de mort, ensuite sur les contrats de mariage ou conventions sur les biens modifiant la répartition du bénéfice ou le partage des biens communs, et enfin sur les autres libéralités entre vifs ... »). En assimilant ces contrats de mariage et conventions sur les biens à des pactes successoraux, le législateur s'écarterait de l'articulation actuelle entre le droit matrimonial et le droit successoral et affaiblirait encore un peu plus la position du conjoint ou du partenaire enregistré survivants ; si telle est sa volonté, l'art. 532 pourrait être complété par une règle précisant que ces contrats de mariage ou conventions sur les biens sont réduits comme s'il s'agissait de pactes successoraux passés à la date de la conclusion dudit contrat.

Abgesehen davon hat das Bundesgericht die Frage, ob es sich bei der übergesetzlichen Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten um eine Verfügung von Todes wegen oder um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt, bisher immer offen gelassen, und zwar auch in BGE 137 III 113 E. 4.2.2, der im VE als Beleg für einen Entscheid des Bundesgerichts zugunsten der Qualifikation der Vorschlagszuweisung als Verfügung von Todes wegen zitiert wird.

A noter enfin que, dans l'exemple donné au point 6.1 du Rapport explicatif, l'entier de l'acquisition ab intestat reçue par B fait l'objet de la réduction alors que, conformément au principe de l'art. 523 AP, seule la partie de l'acquisition ab intestat qui dépasse la réserve devrait être réduite (voir ci-dessous ad art. 523).

L'art. 519 al. 3

A la lecture du Rapport explicatif, cette disposition semble avoir pour but d'obliger le disposant à introduire une action en justice pour annuler le pacte vicié afin de le mettre sur un pied d'égalité avec le cocontractant. Le texte proposé ne l'indique cependant pas clairement, ce d'autant que, lu en relation avec l'al. 2, il donne l'impression que toute personne ayant un intérêt à titre héréditaire à l'annulation peut introduire une action en nullité du vivant du *de cuius*. En cas de vice de la volonté, la relation avec l'art. 469 devrait en tout cas être précisée.

Art. 522 al.1

La version allemande proposée (« ...die *weniger als den ihnen zustehenden Pflichtteil* erhalten... ») s'écarte du texte actuel (« ... die nicht *dem Werte nach* ihren Pflichtteil erhalten ») et donc aussi des textes français et italien. La version actuelle devrait être maintenue, car la précision « dem Werte nach » est très importante pour l'interprétation de la notion de réserve.

Dans la mesure où les réserves héréditaires qui seraient adoptées lors de la révision conduiraient à des acquisitions ab intestat, il serait effectivement utile de combler la lacune actuelle de la réglementation. A noter pourtant que, si la révision devait finalement maintenir la réserve du conjoint ou du partenaire enregistré survivant en concours avec des descendants à 1/4 de la succession (soit la même réserve que les descendants selon l'Avant-Projet), la plupart des cas d'acquisitions ab intestat réductibles disparaîtraient si l'on admet que la réduction de ces acquisitions ne peut porter que sur ce qui excède la réserve de l'héritier en cause (cf. ci-dessous ad art. 523).

Art. 523

Cette disposition, en lien avec les art. 522 et 525 sv. AP, règle la question de l'imputation prioritaire sur la réserve, en particulier lorsque le réservataire acquiert à la fois sa part légale et une libéralité pour cause de mort. L'art. 523 signifie alors que seule peut être réduite la partie de l'acquisition *ab intestat* qui excède la réserve de l'héritier en cause. Les éventuelles autres réductions se feront ensuite selon la systématique prévue aux art. 524 ss AP.

Ainsi, l'exemple du Message au ch. 6.1. devrait conduire à la solution suivante :

Donnée : A décède en laissant son conjoint B et un enfant commun C. Le couple a passé un contrat de mariage selon lequel le conjoint survivant doit recevoir la totalité des bénéfices. A a en outre légué 80'000 francs à une œuvre de bienfaisance. Les biens propres de A s'élèvent à 400'000, alors que ses acquêts sont de 720 000 francs. B n'a pas d'acquêts.

Si l'attribution par contrat de mariage est interprétée comme une disposition pour cause de mort en application du droit actuel : Les biens extants sont de 1'120'000 et les dettes sont de 360'000, correspondant à la part selon la répartition légale des bénéfices de la liquidation du régime matrimonial. La masse à partager est donc de 760'000. On met de côté le legs de 80'000 et la part de la liquidation du régime matrimonial résultant du contrat de mariage de 360'000. Il reste alors 320'000 pour le partage provisoire : B recevrait 160'000 et C 160'000. La masse de calcul des réserves est de 760'000. Selon le droit actuel, la réserve de B est de 1/4, soit 190'000. A ce stade, la réserve de B est lésée de 30'000, mais B reçoit le solde nécessaire par le biais du contrat de mariage. La réserve de C est de 3/8, soit 285'000 ; elle est lésée de 125'000. Comme l'acquisition *ab intestat* de B ne dépasse pas le montant de sa réserve, elle ne peut pas être réduite. C devra donc d'abord faire réduire le legs en faveur de l'œuvre de bienfaisance, puis les autres dispositions pour cause de mort. Dans ce cas de figure, comme C est l'enfant commun du *de cujus* et de son conjoint, il ne pourra pas attaquer le contrat de mariage (art. 216 CC *a contrario*). Au final B recevra 880'000 (360'000 + 360'000 + 160'000), C recevra 240'000 et l'œuvre de bienfaisance ne recevra rien.

A noter qu'avec l'abaissement des réserves prévu par l'Avant-Projet, il y aurait bien, dans cet exemple, une acquisition *ab intestat* réductible chez B : Si le contrat de mariage est interprété comme une disposition pour cause de mort, la réserve de B serait de 1/8, soit 95'000, et serait donc respectée. La réserve de C serait de 190'000 et serait lésée de 30'000. On réduirait donc l'acquisition *ab intestat* de B de 30'000. Au total, B recevrait 850'000 (360'000 + 360'000 + 130'000), C recevrait 190'000 et l'œuvre de bienfaisance recevrait 80'000.

Admettre que l'acquisition *ab intestat* peut être entièrement réduite crée des situations où les tiers sont favorisés dans une plus large mesure que les héritiers réservataires, puisque les acquisitions *ab intestat* sont réduites en première ligne (Art. 526 al. 2 AP) ; cette manière de faire n'est pas conforme au système des réserves et à la notion de legs précipitaire. Le *de cujus* doit pouvoir favoriser ses héritiers réservataires, à savoir les personnes qui lui sont le plus proches, au moins de la même manière que des tiers ou des parents plus éloignés. Il faut donc comprendre la réduction des acquisitions *ab intestat* en ce sens que l'acquisition *ab intestat* n'est réductible que pour ce qui excède la réserve. L'art. 523 in fine AP est clair sur ce point, mais le Rapport explicatif ne correspond pas au texte proposé ; le commentaire du texte proposé devrait être modifié.

Art. 525 al. 1

Au vu de la formulation de l'art. 526 al. 2 AP, ne faut-il pas remplacer l'expression « acquisitions pour cause de mort » par « dispositions pour cause de mort » à l'art. 525 al. 1 AP ? Ainsi, on différenciera mieux les acquisitions pour cause de mort résultant de la loi qui doivent être réduites

en première ligne, et les acquisitions fondées sur des dispositions pour cause de mort, qui sont réduites en deuxième ligne et au marc le franc.

Art. 526

Art. 526 VE regelt die Sonderfälle zu Art. 525 Abs. 1 VE, also die Ausnahmen vom Grundsatz der Proportionalität. Es wird eine Rangordnung zwischen den verschiedenen Verfügungen von Todes wegen festgesetzt, soweit gewisse Voraussetzungen erfüllt sind: Abs. 1 regelt die Reihenfolge der Herabsetzung bei Vorliegen einer späteren Verfügung von Todes wegen und einem Erbvertrag (sogl. **Ziff. 1.**). Abs. 2 bestimmt die Reihenfolge der Herabsetzung zwischen Intestaterwerb und Erwerb aus Verfügungen von Todes wegen (sogl. **Ziff. 2.**).

1. Verhältnis zwischen Erbvertrag und späteren Verfügungen von Todes wegen

Der erste Sonderfall, nämlich das Verhältnis zwischen einem Erbvertrag und späteren Verfügungen von Todes wegen, wird in Art. 526 Abs. 1 VE geregelt. Unklar ist, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die späteren Verfügungen von Todes wegen vor dem Erbvertrag herabgesetzt werden. Der Vorentwurf (a.), der erläuternde Bericht (b.) und PIOTET (c.) stellen je unterschiedliche Kriterien auf:

- a. Nach dem Wortlaut von Art. 526 Abs. 1 VE wird der Erwerb aus späteren Verfügungen von Todes wegen, die den verfügbaren Teil ausgeschöpft haben, vor dem Erwerb aus einem Erbvertrag herabgesetzt. Auf Französisch lautet der massgebliche Text: „(...) acquisitions fondées sur des actes pour cause de mort postérieurs à un pacte successoral et ayant épuisé la quotité disponible (...)“. Dieser Text verleitet zur Annahme, die späteren Verfügungen von Todes wegen müssten für sich selber die verfügbare Quote ausgeschöpft oder überschritten haben. Wie die nachstehenden Beispiele zeigen, macht diese Voraussetzung indessen keinen Sinn. Vielmehr kann es nur darum gehen, dass die späteren Verfügungen von Todes wegen zusammen mit der erbvertraglichen Zuwendung die verfügbare Quote überschritten haben.
- b. Im erläuternden Bericht gibt es offenbar einen Widerspruch auf S. 50 unten („Vorschlag“) und S. 51 oben: Seite 51 spricht von den „Zuteilungen aus späteren Verfügungen von Todes wegen, die die verfügbare Quote ausgeschöpft haben“. S. 50 unten („Vorschlag“) sieht vor: „Für den Fall, dass die verfügbare Quote durch einen Erbvertrag ausgeschöpft wird, sieht die vorgeschlagene Lösung deshalb vor, dass vorrangig diejenigen Verfügungen von Todes wegen herabzusetzen sind, die nach diesem Vertrag getroffen werden.“ Einmal sollen also die späteren Verfügungen die verfügbare Quote ausgeschöpft haben, einmal der Erbvertrag.
- c. PAUL PIOTET schliesslich – auf den diese Änderungsvorschläge zurückgehen – präsentiert folgende Lösung: Verfügungen von Todes wegen (Testamente oder Erbverträge) werden dann vor einem Erbvertrag herabgesetzt, wenn die Verfügungen von Todes wegen später als der Erbvertrag errichtet wurden und der Erbvertrag die verfügbare Quote nicht überschreitet oder nur teilweise überschreitet („le ou les pactes successoraux qui (ajoutés à d'éventuelles libéralités entre vifs ou à caus de mort antérieurs) ne dépasseraient pas la quotité disponible ou ne la dépasseraient qu'en partie en l'absence des dispositions postérieures“). Zudem sollen auch jene Testamente vor dem Erbvertrag herabgesetzt werden, die früher oder zeitgleich mit dem Erbvertrag errichtet wurden.

1. Rangfolgeordnung: Die vorliegende Frage der Herabsetzung eines Erbvertrags im Kontext mehrerer Verfügungen von Todes wegen kann nur im Licht von Art. 494 Abs. 3 ZGB beantwortet werden: Danach sind Verfügungen von Todes wegen, die mit den „Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind“ anfechtbar. Wenn der Pflichtteilberechtigte seine Pflichtteile geltend macht, stellt sich mit Blick auf den Erbvertrag die Frage, ob eine spätere Verfügung von Todes

wegen oder ein früheres Testament zusammen mit dem Erbvertrag die Pflichtteile verletzt. Gegebenenfalls käme die erbvertraglich begünstigte Erbin in die Lage, dass sie – zusammen mit der später begünstigten Person – zur Herabsetzung gemäss Art. 525 Abs. 1 ZGB gerufen wird. Insofern wäre die spätere Verfügung durch die erbvertraglich begünstigte Person anfechtbar. Denn ohne die spätere Verfügung wären die Pflichtteile nicht verletzt, und die erbvertraglich begünstigte Erbin müsste sich keine Herabsetzung gefallen lassen. Erst die spätere Verfügung von Todes wegen führt – nach Art. 525 Abs. 1 ZGB – zur Herabsetzung des Erbvertrags. Aus diesem Grund ist diese spätere Verfügung nach Art. 494 Abs. 3 ZGB anfechtbar. Dasselbe gilt für ein früheres Testament, das (ausnahmsweise) mit dem späteren Erbvertrag nicht widerrufen worden ist: Auch dieses kann der durch den Erbvertrag Begünstigte anfechten.

Art. 494 Abs. 3 ZGB regelt die Rangordnung zwischen dem Erbvertrag und früheren Testamenten sowie späteren Testamenten und Erbverträgen und damit das *interne Verhältnis* unter den einzelnen begünstigten Personen. Im Unterschied dazu regelt Art. 526 Abs. 1 VE die Rangordnung zwischen den einzelnen durch Verfügung von Todes wegen Begünstigten gegenüber der Herabsetzungsklage einer pflichtteilsberechtigten Person, also das *externe Verhältnis*. Beide Bestimmungen müssen miteinander im Einklang stehen, was zu folgendem Fazit führt:

Fazit: Im Licht von Art. 494 Abs. 3 ZGB kann Art. 526 Abs. 1 VE nur Folgendes bedeuten: *Die späteren Verfügungen von Todes wegen sowie die früheren Testamente sind vor dem Erbvertrag herabsetzbar.*

2. *Ausschöpfung des verfügbaren Teils:* Die Voraussetzung „die den verfügbaren Teil ausgeschöpft haben“ kann nicht relevant sein, was folgende Beispiele und Varianten zeigen:

a. Ausschöpfung der verfügbaren Quote durch die spätere Verfügung von Todes wegen

Fall 1: Der Erblasser X hinterlässt nach seinem Tod seine Ehefrau E und ein Kind K. 2013 hat X mit seinem Freund F einen Erbvertrag abgeschlossen. In diesem Erbvertrag wurde vereinbart, dass F 3/8 des Nachlasses erhält. 2014 hat X ein Testament erlassen, in welchem er der Stiftung S 5/8 des Nachlasses vermacht.

Der Pflichtteil von E beträgt gemäss VE $1/8$ ($1/2 \times 1/4$). Der Pflichtteil von K beträgt $1/4 = 2/8$ ($1/2 \times 1/2$). Die verfügbare Quote beträgt also $5/8$ und die pflichtteilsgebundene Quote insgesamt $3/8$. Die Pflichtteile von E und K sind durch den Erbvertrag noch nicht verletzt gewesen; sie werden aber zusammen mit dem Testament verletzt.

In einem solchen Fall wird gemäss Vorentwurf (Art. 526 Abs. 1) und Bericht (S. 51) das Testament vor dem Erbvertrag herabgesetzt, da das Testament später als der Erbvertrag errichtet wurde und die verfügbare Quote durch das Testament ausgeschöpft wird. Folglich muss das Testament um $3/8$ herabgesetzt werden. Da durch die Herabsetzung des Testaments die Pflichtteile von E und K wieder voll hergestellt werden, muss der Erbvertrag nicht herabgesetzt werden. Die Stiftung S kann also $2/8$ des Nachlasses behalten und der Freund F $3/8$ des Nachlasses.

Bereits dieses Beispiel zeigt, dass das Kriterium, wonach die spätere Verfügung von Todes wegen die verfügbare Quote ausschöpft, nicht relevant sein kann. In der Tat kommt es nicht darauf an, ob das Testament die Stiftung zu $5/8$ oder zu $3/8$ als Erbin einsetzt. Für die Herabsetzung ist in beiden Fällen alleine die Stiftung heranzuziehen, da mit dem Erbvertrag alleine der Pflichtteil noch nicht verletzt wurde.

b. Ausschöpfung der verfügbaren Quote durch den Erbvertrag

Variante zu Fall 1: 2013 hat X mit seinem Freund F einen Erbvertrag abgeschlossen. In diesem Erbvertrag wurde vereinbart, dass F $5/8$ des Nachlasses erhält. 2014 hat X ein Testament erlassen, in welchem er der Stiftung S $3/8$ des Nachlasses vermacht.

Die Pflichtteile von E und K sind durch den Erbvertrag noch nicht verletzt gewesen; sie werden aber zusammen mit dem Testament verletzt.

In diesem Fall wird gemäss Bericht (S. 50) das Testament vor dem Erbvertrag herabgesetzt, da das Testament später als der Erbvertrag errichtet wurde und die verfügbare Quote durch den Erbvertrag ausgeschöpft wird. Gemäss VE wäre die Voraussetzung für die Rangfolgeordnung nicht erfüllt, da die spätere Verfügung von Todes wegen den verfügbaren Teil für sich alleine nicht ausgeschöpft hat. Das kann aber nicht relevant sein. Wesentlich ist aber die Tatsache, dass die *spätere Verfügung zusammen mit dem Erbvertrag* die verfügbare Quote überschreitet und dass der Erbvertrag alleine die Pflichtteile nicht verletzt hat. Daher ist einzig das spätere Testament herabzusetzen. Die Stiftung S erhält also nichts und der Freund F kann 5/8 des Nachlasses behalten.

c. Unterschreitung der verfügbaren Quote durch den Erbvertrag

Variante zu Fall 1: 2013 hat X mit seinem Freund F einen Erbvertrag 1 abgeschlossen. In diesem Erbvertrag 1 wurde vereinbart, dass F 2/8 des Nachlasses erhält. 2014 hat X ein Testament 1 erlassen, in welchem er der Stiftung S 4/8 des Nachlasses vermacht. 2015 hat X zusätzlich ein Testament 2 (oder einen Erbvertrag 2) erlassen, in welchem er seiner Nichte N 2/8 des Nachlasses vermacht.

Die Pflichtteile von E und K sind durch den Erbvertrag 1 noch nicht verletzt gewesen; sie werden aber zusammen mit dem Testament 1 verletzt. Chronologisch betrachtet ist nun die verfügbare Quote bereits überschritten. Testament 2 bzw. Erbvertrag 2 bewegen sich daher bereits voll in der pflichtteilsgebundenen Quote.

Sowohl gemäss Vorentwurf als auch gemäss Bericht (S. 50 und S. 51) würden in einem solchen Fall der Erbvertrag 1, das Testament 1 und das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 proportional nach Art. 525 Abs. 1 VE herabgesetzt, da weder der Erbvertrag 1 noch das Testament 1 für sich alleine die verfügbare Quote ausschöpfen oder überschreiten. Unserer Meinung nach müssen aber auch in einem solchen Fall die späteren Verfügungen von Todes wegen vor dem Erbvertrag herabgesetzt werden, weil dieser für sich alleine die Pflichtteile nicht verletzt, und zwar wie folgt:

Da der Erbvertrag die Pflichtteile nicht verletzt, werden zuerst die späteren Verfügungen, also das Testament 1 und das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 herabgesetzt. Intern erfolgt die Herabsetzung dieser mehreren Verfügungen von Todes wegen proportional gemäss Art. 525 Abs. 1 VE, also im Verhältnis 2:1. Das Testament 1 wird folglich um 2/8 und das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 um 1/8 herabgesetzt. Damit können die Pflichtteile von E und K voll hergestellt und der Erbvertrag 1 muss daher nicht herabgesetzt werden. S erhält 2/8 des Nachlasses, N 1/8 des Nachlasses und F 2/8 des Nachlasses.

d. Überschreitung der verfügbaren Quote durch den Erbvertrag

Variante zu Fall 1: 2013 hat X mit seinem Freund F einen Erbvertrag 1 abgeschlossen. In diesem Erbvertrag 1 wurde vereinbart, dass F 6/8 des Nachlasses erhält. 2014 hat X ein Testament 1 erlassen, in welchem er der Stiftung S 1/8 des Nachlasses vermacht. 2015 hat X zusätzlich ein Testament 2 (oder einen Erbvertrag 2) erlassen, in welchem er seiner Nichte N 1/8 des Nachlasses vermacht.

Die Pflichtteile von E und K sind bereits durch den Erbvertrag 1 verletzt.

Sowohl gemäss Vorentwurf als auch gemäss Bericht würden in einem solchen Fall der Erbvertrag 1, das Testament 1 und das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 proportional nach Art. 525 Abs. 1 VE herabgesetzt (aa.). Unserer Meinung nach sollten aber auch in einem solchen Fall die späteren Verfügungen von Todes wegen vor dem Erbvertrag herabgesetzt werden (bb.).

aa. Proportionale Herabsetzung

Der Erbvertrag 1, das Testament 1, das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 werden proportional gemäss Art. 525 Abs. 1 VE herabgesetzt, also im Verhältnis 6:1:1, d.h. der Erbvertrag 1 um $\frac{18}{64}$, das Testament 1 um $\frac{3}{64}$ und das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 um $\frac{3}{64}$. Somit kann nach der Durchführung der proportionalen Herabsetzung F $\frac{30}{64}$, S $\frac{5}{64}$ und N $\frac{5}{64}$ behalten.

bb. Rangordnung

Zuerst werden das Testament 1 und das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 herabgesetzt und dann der Erbvertrag 1. Das Testament 1 und das Testament 2 bzw. der Erbvertrag 2 werden voll herabgesetzt. Der Erbvertrag 1 muss noch um $\frac{1}{8} = \frac{8}{64}$ herabgesetzt werden, damit die Pflichtteile von E und K wieder hergestellt werden können. S und N erhalten nichts und F $\frac{5}{8}$ des Nachlasses.

Fazit: Wendet man bei anfänglicher Überschreitung der verfügbaren Quote durch den Erbvertrag die proportionale Herabsetzung für alle Verfügungen von Todes wegen an, würde die erbvertraglich begünstigte Person schlechter gestellt als mit der Rangfolgeordnung. Die Proportionalität kann sogar dazu führen, dass die erbvertraglich begünstigte Person u.U. weniger erhält als bei Nichtüberschreitung der verfügbaren Quote.

Beispiel: Hinterlässt der Erblasser zwei Nachkommen, beträgt ihr Pflichtteil $\frac{1}{2}$; die verfügbare Quote beläuft sich ebenfalls auf $\frac{1}{2}$. Hat er seinen Freund F in einem Erbvertrag als Erben zu $\frac{1}{2}$ eingesetzt und später noch zwei weitere Freunde als Erben zu je $\frac{1}{4}$ eingesetzt, können seine Kinder die Herabsetzung verlangen (Fall 1). Dasselbe gilt, wenn der Freund zu $\frac{5}{8}$ als Erbe eingesetzt wurde und in späteren Testamenten zwei weitere Freunde zu je $\frac{3}{16}$ eingesetzt wurden (Fall 2).

Wendet man im Fall 2 die proportionale Methode und im Fall 1 die Rangfolgeordnung an, erhält der Freund im Fall 2 letztendlich weniger als im Fall 1, obwohl er zu mehr eingesetzt worden war: Im Fall 2 würde F nach der proportionalen Herabsetzung (um $\frac{1}{2}$) $\frac{5}{16}$ erhalten, die beiden anderen Freunde je $\frac{3}{32}$. Bei einer Herabsetzung gemäss Rangfolgeordnung im Fall 1 könnte F $\frac{1}{2}$ behalten und würden nur die beiden späteren Testamente voll herabgesetzt. F hätte im Fall 1 also $\frac{8}{16}$.

3. *Fazit:* Würde man dem Vorschlag im Vorentwurf bzw. im Bericht folgen, so würde die spätere Verfügung von Todes wegen nur dann vor dem Erbvertrag herabgesetzt, wenn entweder die spätere Verfügung von Todes wegen (Vorentwurf und Bericht S. 51) oder der Erbvertrag (Bericht S. 50) die verfügbare Quote ausschöpfen würden. Die obgenannten Ausführungen zeigen, dass diese Voraussetzungen widersprüchlich und nicht sachgerecht sind. Für die Auslegung von Art. 526 Abs. 1 wesentlich ist im Licht von Art. 494 Abs. 3 ZGB (Verhältnis unter dem Erbvertrag und späteren Verfügungen von Todes wegen oder früheren Testamenten) einzig, ob der fragliche *Erbvertrag für sich alleine die Pflichtteile bereits verletzt* oder nicht: Verletzt er die Pflichtteile nicht, sind einzig die späteren Verfügungen herabzusetzen, und zwar untereinander proportional. Verletzt er selber bereits die Pflichtteile, ist auch er herabzusetzen, aber erst nach den (voll herabgesetzten) späteren Verfügungen von Todes wegen (Rangfolgeordnung).

4. Diese Regelung ist *zwingend*, da im Unterschied zu Art. 526 Abs. 2 VE die Möglichkeit einer abweichenden Anordnung durch den Erblasser nicht erwähnt wird.

2. Reihenfolge der Herabsetzung zwischen Intestaterwerb und Erwerb aus Verfügungen von Todes wegen

In Anlehnung an unseren Vorschlag zu Art. 525 Abs. 1 und 526 Abs. 1 besteht auch hier eine Rangfolgeordnung zwischen dem Intestaterwerb – soweit er die Pflichtteile überschreitet – und den Verfügungen von Todes wegen. Auf die Voraussetzung, dass die Verfügungen von Todes wegen „nicht schon den Anspruch auf den Pflichtteil verletzen“ kommt es dabei nicht an. Vielmehr besteht (auch hier) eine konsequente Rangfolgeordnung, wonach zuerst der Intestaterwerb – soweit er nicht pflichtteilsgeschützt ist – voll herabgesetzt wird und erst danach die Verfügungen von Todes wegen – untereinander proportional oder nach Art. 526 Abs. 1 – herabgesetzt werden.

Gemäss Art. 526 Abs. 2 VE findet die Reihenfolge der Herabsetzung mit Blick auf den Intestaterwerb und den Erwerb aus den Verfügungen von Todes wegen nur dann Anwendung, wenn keine abweichende Verfügung des Erblassers vorliegt. Art. 526 Abs. 2 VE ist also *dispositiv*.

Art. 527 ch. 1 et 3

Au regard des dispositions précédentes, notamment de l'art. 522 al. 1 AP, ne faut-il pas indiquer « acquisitions pour cause de mort » plutôt que « libéralités pour cause de mort » dans la première phrase de l'art. 527 AP ?

La modification proposée de l'art. 527 ch. 1 en vue de régler la controverse sur l'interprétation (subjective ou objective) de cette disposition semble plutôt donner la préférence à l'interprétation subjective (elle reprend la formule de l'art. 626 al. 1 relative à l'ordonnance de rapport), alors que – à juste titre – le Rapport explicatif se prononce en faveur de l'interprétation objective. Il serait préférable que la formule du ch. 1 soit explicite.

S'agissant de l'art. 527 ch. 1, cf. en outre la remarque ci-dessous concernant l'art. 626 al. 2.

Art. 541a

Der Vorentwurf tritt mit dem vorgeschlagenen Art. 541a VE all jenen Personen entgegen, welche die Einsamkeit von älteren Personen und deren Tendenz, emotionale Beziehungen testamentarisch zu honorieren, zu ihren Gunsten ausnützen. So sehr dieses Ziel zu begrüßen ist, so sehr scheint uns Art. 541a darüber hinaus zu schiessen:

- Die Bestimmung ist erstens kontraproduktiv, da die Erblasserin nicht die Möglichkeit hat, eine Person, die sie im Zusammenhang mit deren beruflichen Funktion kennen gelernt hat und die nun in einem Vertrauensverhältnis zu ihr steht, effektiv zur Freundin zu haben und ihr mehr als einen Viertel ihrer Erbschaft zu vermachen. Dasselbe gilt für die Angehörigen der fraglichen Vertrauensperson. Das bedeutet, dass die Vertrauensperson ihre berufliche Vertrauensstellung zur Erblasserin aufgeben müsste, damit ihre Beziehung zur Erblasserin erbrechtlich nicht problematisch erscheint. Die Pflegerin müsste die Pflege, die Ärztin die Behandlung, der Anwalt die Interessensvertretung der Erblasserin aufgeben, mit der Folge, dass eine andere Person an diese Stelle tritt, womit der Erblasserin womöglich nicht gedient ist. Damit sind die Verwandten, die sich nie um die Erblasserin gekümmert haben, sowie der Staat besser geschützt als eine Person, die das Vertrauen der Erblasserin erlangt hat. Sie können insgesamt $\frac{3}{4}$ der Erbschaft erhalten.
- Zweitens führt die Bestimmung zu weit, denn sie umfasst alle Personen, die aufgrund ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen. Dazu kann auch ein Coiffeur, eine Physiotherapeutin oder eine Fitnesstrainerin gehören. Ferner geht es zu weit, auch die Angehörigen der Vertrauensperson in diese Restriktion einzubeziehen.

- Drittens ist die Bestimmung nicht konsequent, denn sie müsste – wenn schon – auch die Rechtsgeschäfte unter Lebenden einbeziehen, denn „problematische“ Vermögensverschiebungen können auch durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden erfolgen. Ferner dürfte bei Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses an sich überhaupt keine Begünstigung erfolgen, auch nicht zu einem Viertel.
- Viertens trifft die Bestimmung auch jene begünstigten Personen, die keine Kenntnis von der sie begünstigenden Verfügung hatten, die also in keiner Weise das Vertrauensverhältnis „ausgenutzt“ haben.

Vorschlag: Anstelle dieser gesetzlichen Fiktion, dass alle in beruflichem Zusammenhang mit der Erblasserin in einem Vertrauensverhältnis stehen, dieses Vertrauensverhältnis zu eigenen Gunsten ausnützen, schlagen wir die Einführung einer echten Regelung der Erbschleicherei vor. Konsequenterweise könnten Erbschleicher von der Erblasserin überhaupt nicht begünstigt werden, auch nicht „bloss“ zu einem Viertel.

Art. 564 al. 2

La modification proposée à l'al. 2 introduit une séparation du patrimoine personnel et du patrimoine successoral de l'héritier chaque fois que le *de cuius* a fait un legs. Cette séparation implique entre autres une subrogation patrimoniale. La solution proposée compliquerait la liquidation de la succession chaque fois qu'il y a des legs, sans qu'il soit en outre clair si c'est la garantie pour le legs ou la dette de legs qui est visée.

En droit actuel, de telles séparations de patrimoines sont liées à des situations particulières appelant une protection des héritiers, des légataires ou des créanciers : présence d'un exécuteur testamentaire, administration d'office, bénéfice d'inventaire, ou encore liquidation officielle. Afin de ne pas généraliser la situation compliquée de séparation des patrimoines à toutes les successions comportant un legs, ne faudrait-il pas dès lors limiter l'application de l'art. 564 al. 2 aux cas où les droits des légataires sont vraiment en danger ? L'art. 594 al. 2 permet aux légataires de requérir des mesures conservatoires pour la sauvegarde de leurs droits lorsque ceux-ci sont en périls. La règle de l'art. 564 al. 2 pourrait en être l'une des conséquences. La séparation des patrimoines n'aurait lieu que suite à une requête des légataires.

Art. 579 al. 2

Cf. ci-dessous la remarque concernant l'art. 626 al. 2.

Art. 601a

Sollte der Absatz 3 nicht in zwei Absätze unterteilt werden? In der Tat hat das Informationsrecht von pflichtteilsberechtigten Erben keinen direkten Bezug zum Schutz des Berufsgeheimnisses.

Art. 626 al. 2

La révision de cette disposition a notamment pour objectif de mieux décrire le type de libéralités présumées rapportables, ce qui est une bonne chose. Toutefois, en limitant la présomption aux libéralités servant à l'établissement dans la vie sociale ou économique, l'art. 626 al. 2 AP opte pour une approche plus restrictive que ce qu'admet actuellement la jurisprudence (présomption de rapport également lorsque la libéralité améliore l'établissement de descendants dans l'existence) et ne tient pas assez compte du fait que, en raison du vieillissement de la population, d'importantes

libéralités sont aujourd'hui faites à des descendants déjà établis dans l'existence. Il serait donc souhaitable, au minimum, de rédiger la règle selon les critères actuels de la jurisprudence, éventuellement de s'orienter vers une présomption plus large qui viserait toutes les libéralités importantes, voire – critère plus facile à mettre en œuvre – toutes les libéralités qui excèdent les cadeaux d'usage.

La règle proposée ne limite plus la présomption aux descendants, mais s'appliquerait à tous les héritiers légaux. Le fondement social d'un tel élargissement, surtout si la présomption est limitée aux libéralités relatives à l'établissement dans l'existence, n'apparaît pas clairement, notamment s'il y a un conjoint ou un partenaire enregistré survivant, ou seulement des héritiers de la deuxième ou de la troisième parentèles.

Fribourg, le 16 juin 2016/PHS, AJ



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Le 20 juin 2016

***Procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code civil
(droit des successions)***

Prise de position

I. Considérations générales

Le Conseil fédéral a mis en consultation un Avant-projet de loi relatif à une modification du code civil en droit des successions. Il fait suite à la motion Gutzwiller adoptée par les Chambres fédérales le 7 juin 2011 avec le texte suivant :

«Le Conseil fédéral est chargé de revoir et d'assouplir le droit des successions, notamment les dispositions sur la réserve, afin qu'il réponde aux exigences actuelles. Ce droit, qui a plus de 100 ans, devra être adapté à des réalités sociales, familiales et démographiques et à des modes de vie qui ont radicalement changé. Le droit actuel sera maintenu dans sa substance et le rôle pérenne de la famille sera préservé (pas d'égalité en droit successoral entre les concubins et les couples mariés). Malgré cette révision partielle, le disposant restera libre de favoriser ses proches dans la mesure prévue par le droit en vigueur. »

L'on note d'emblée qu'en date du 2 mars 2011, le Conseil national a considérablement réduit le champ de d'application de la motion en insérant dans le texte le principe même d'une inégalité entre les concubins et les couples mariés. Or, la motion Gutzwiller tendait à ce que le droit des successions soit adapté à des réalités sociales et familiales ainsi qu'à des modes de vie ayant radicalement changé, et l'émergence de nouvelles formes de famille est justement l'une des grandes évolutions de notre société depuis l'entrée en vigueur du code civil, comme l'a relevé à juste titre la prof. Michelle Cottier dans son rapport d'expertise¹. Dans les grandes lignes, l'on peut toutefois considérer qu'il subsiste dans cette motion la volonté des Chambres fédérales de réviser partiellement le droit des successions en assouplissant notamment les dispositions relatives aux réserves héréditaires de

¹ Cottier, Rapport, successio 2014, p. 29ss.

manière à pouvoir mieux répondre aux exigences de la société d'aujourd'hui ; cet assouplissement ne doit toutefois pas porter atteinte à l'essence du droit actuel et préserver le rôle pérenne de la famille.

Il sied de relever que, modifiée par le Conseil national, la motion Gutzwiller est désormais malheureusement en partie contradictoire. Et il est à cet égard dommage que le Conseil fédéral n'ait pas, malgré tout, saisi l'occasion de cette révision pour proposer une adaptation plus large de l'ordre juridique aux nouvelles réalités sociales². Quoiqu'il en soit la mesure dans laquelle l'Avant-projet donne tout de même satisfaction sous l'angle de l'adaptation aux nouvelles réalités sociales sera examinée au fur et à mesure des commentaires relatifs aux modifications proposées.

L'on ajoutera encore que la Commission des affaires juridiques du Conseil national recommandait que la modification du droit des successions soit accompagnée d'une prise en considération d'autres règles, notamment du droit des assurances sociales et du droit fiscal³, ce qui ne semble malheureusement pas avoir été le cas ou n'est en tout cas pas reflété dans le rapport accompagnant l'Avant-projet.

II. Remarques spécifiques concernant les deux modifications principales

Le Conseil fédéral propose de réaliser le mandat conféré par la motion Gutzwiller en effectuant deux modifications importantes de notre ordre juridique. Il s'agit d'une part de réduire respectivement supprimer certaines réserves (conjoint survivant, descendants et père et mère), d'autre part d'introduire un legs d'entretien pour remédier aux situations choquantes pouvant frapper le partenaire de vie de fait et/ou l'enfant de ce dernier.

Nous reprenons ces deux propositions ci-dessous.

1. Réduction/suppression de certaines réserves :

L'Avant-projet propose de supprimer la réserve des parents et de réduire celle du conjoint resp. du partenaire enregistré à $\frac{1}{4}$ de son droit de succession, ainsi que celle des descendants à la $\frac{1}{2}$ de leurs droits successoraux (art. 471 AP-CC).

Après la disparition de la réserve des frère et sœur en 1988, il fait sens de supprimer également celle des **parents**. Cette suppression était d'ailleurs expressément mentionnée par Gutzwiller dans l'exposé accompagnant sa motion. Comme le dit le rapport, l'instrument de la réserve héréditaire participe plus d'une idée de solidarité familiale et intergénérationnelle que d'une préoccupation de soutien financier⁴. Les liens entre des enfants devenus adultes et leurs parents sont toutefois facilement plus distendus et compliqués une fois que les premiers ont quitté le domicile parental et moins étroits que ceux existant avec le conjoint, le partenaire enregistré, le partenaire de vie ainsi que les descendants. Le couple avec ou sans (jeunes) enfants est devenu une sorte de cocon dans lequel les liens sont tissés de manière très

² Cf. à ce propos, les propositions de la prof. Michelle Cottier, *successio* 2014, p. 29ss.

³ Cf. Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national du 5 novembre 2010.

⁴ Rapport, p. 9.

étroite, ce qui a créé de la distance avec les autres proches (frères et sœurs, parents, cousins, oncles et tantes, etc.). Et même s'il est vrai que le plus souvent, en l'absence de descendants, le *de cuius* réservera tout de même une partie de sa succession à ses parents, il doit pouvoir choisir dans un tel cas d'attribuer l'ensemble de ses biens à d'autres personnes, notamment à un partenaire de vie ou à un époux conjointement à d'autres proches ou à des institutions caritatives.

La réserve des parents est, en outre, particulièrement désavantageuse lorsque le *de cuius* a un partenaire de vie et pas de descendants, les parents ayant dans un tel cas une réserve qui porte sur la ½ de la succession. Cela reflète la volonté du législateur de 1907 de donner la préférence à une transmission intergénérationnelle du patrimoine, position qui est toutefois aujourd'hui, dans un tel cas de figure, tout à fait anachronique et très désavantageuse pour le partenaire.

La proposition de réduire la réserve des **descendants** va également dans le bon sens. Compte tenu de l'allongement de la durée de vie, un héritage se transmet à l'heure actuelle le plus souvent à un âge où les descendants sont établis dans l'existence et ont constitué leur assise financière, soit vers 50 ans. La modification proposée permet au *de cuius* de plus librement aménager sa succession et de favoriser dans une plus large mesure ceux qui en ont besoin ou ceux qui lui sont proches, y compris le partenaire de vie ou les enfants de ce dernier.

On peut toutefois se demander si le maintien d'une quote-part réservataire de la moitié de leurs droits de successions est véritablement nécessaire. La transmission aux descendants intervient aujourd'hui à un moment où les intéressés se sont déjà établis dans l'existence et sont en règle générale moins dépendants d'un tel soutien financier. Un besoin existe actuellement en règle générale plutôt chez les petits-enfants du *de cuius* qui, eux, sont dans la trentaine et n'ont souvent pas encore d'assise financière. En outre, cette réserve d'une moitié des droits de succession prive le *de cuius* de la possibilité de mettre sur pied d'égalité la famille issue d'un premier mariage et une nouvelle famille dont les liens ne sont pas formalisés (partenaires de vie avec l'enfant de ce dernier faisant ménage commun avec le *de cuius*). Dans ce cas de figure, la réserve de l'enfant issu du premier mariage – seul héritier réservataire – est en effet de la moitié de son droit de succession, donc de la moitié de la succession. Seule une moitié de ladite succession est ainsi à la disposition du *de cuius* pour avantager le partenaire de vie et l'enfant de ce dernier. C'est insuffisant pour lui permettre de mettre les intéressés sur pied d'égalité avec l'enfant commun. Et l'on ne peut véritablement considérer que l'enfant du partenaire recevra cette part pleine et entière au décès de son parent car dans l'intervalle - sauf s'il s'agit d'un usufruit ou d'une substitution fidéicommissaire ordinaire - ladite part peut avoir été dilapidée ou consommée, ou encore devoir être divisée au décès du partenaire de vie avec d'autres enfants, voire avec un nouveau conjoint. Cette situation se produit fréquemment à l'heure actuelle et le résultat est insatisfaisant car le *de cuius* est privé de la possibilité de répartir ses biens d'une manière tout à fait équitable entre des personnes qui lui sont également proches au sein de sa famille au sens large⁵.

Il convient encore de relever que la diminution de la réserve des descendants aura quoiqu'il en soit un effet collatéral désavantageux, qui n'est pas mentionné dans le rapport. Elle permettra en effet d'accroître la liberté des époux de déroger par contrat

⁵ Cf. à ce propos les propositions de Cottier, successio 2014, 29ss, notamment 36s., 40, 46ss.

de mariage aux règles de partage par moitié du bénéfice de l'union conjugale notamment dans le régime de la participation aux acquêts (art. 216 al. 1 CC). Ces conventions serviront le plus souvent à avantager le conjoint survivant et desserviront, cas échéant, les intérêts des enfants non communs du *de cujus* dont la réserve, expressément protégée par la loi (art. 216 al. 2 CC) sera désormais d'une moitié seulement de leur droit de succession. Selon les circonstances un filet de sécurité sous la forme d'une créance envers la succession (cf. *infra*, page 6 sous pt. 2 *in fine*) peut alors s'imposer.

La proposition de réduire la réserve du **conjoint survivant** est, à notre avis, plus discutable. La diminution de la réserve des descendants permet déjà d'augmenter la quotité disponible de 1/8, qui passe ainsi de 3/8 à une moitié de la succession. Dans un cas de figure mettant en présence un conjoint et des descendants, la proposition du Conseil fédéral de réduire la réserve du conjoint survivant à 1/4 de son droit de succession, ferait passer la quotité disponible à 5/8, soit plus de la moitié de la succession. Sachant que la quotité disponible actuelle de 3/8 permet déjà de tenir compte de la position moins avantageuse des enfants non communs et même de placer sur pied d'égalité les enfants communs et non communs, il n'est à notre avis pas indispensable d'accroître encore la part dont le *de cujus* peut disposer pour cause de mort en diminuant la réserve du conjoint survivant.

Comme le relève le Conseil fédéral, les législations modernes d'Europe continentale tendent clairement à protéger, voire améliorer la position du conjoint survivant. La révision de 1984 s'inscrit pleinement dans cette évolution et est ainsi totalement en phase - aujourd'hui encore - avec la société actuelle qui donne une plus grande importance à la relation de couple que par le passé. Elle mérite d'être maintenue en l'état.

2. Legs d'entretien

L'Avant-projet prévoit l'introduction d'un legs d'entretien. Il est prévu que ce legs légal soit fixé par le juge sur demande des personnes mentionnées à l'art. 484a al. 1 AP-CC, à savoir :

- Le partenaire de vie qui menait de fait une vie de couple avec le *de cujus* depuis au moins 3 ans et a fourni une contribution importante dans l'intérêt de ce dernier,
- La personne ayant vécu pendant au moins 5 ans, alors qu'elle était mineure, dans le même ménage que le défunt et qui recevait de ce dernier un soutien financier que celui-ci aurait continué de fournir s'il n'était pas décédé.

Ce legs pourra prendre la forme d'un usufruit ou d'une rente (viagère ou non) selon le Rapport⁶. Il repose sur le besoin du bénéficiaire et est réservé à des cas exceptionnels, lorsqu'il serait choquant que les intéressés ne puissent bénéficier d'aucun soutien financier après le décès ; il faut en outre que ce legs puisse être raisonnablement exigé des héritiers. Le nouveau legs d'entretien viendra assurer un niveau de vie convenable au bénéficiaire.

Il est surprenant de vouloir tenir compte de la situation du partenaire de vie et du mineur ayant vécu avec le *de cujus* par le biais d'un legs d'entretien. A la différence

⁶ Rapport, p. 20.

de l'institution d'héritier ou du legs d'une chose déterminée, le legs d'un usufruit ou d'une rente a pour désavantage de maintenir des liens entre les intéressés sur le long terme. Or, il s'agira le plus souvent de personnes – héritiers débiteurs du legs d'un côté et bénéficiaires du legs de l'autre - qui auront des relations difficiles ou en tout cas tendues. Pour peu que le bénéficiaire soit jeune, par exemple un partenaire de vie dans la trentaine, l'on peut dès lors considérer que ce legs d'entretien, par hypothèse viager, puisse s'étaler sur 40 voire 50 ans ... A une époque où l'on a plutôt tendance, dans la jurisprudence mais aussi dans la loi, à supprimer au contraire tous liens économiques entre les personnes qui n'ont plus de proximité affective (principe du clean break en matière de divorce), il nous semble quelque peu anachronique et quoiqu'il en soit peu souhaitable de donner au juge la possibilité d'introduire un tel lien économique durable.

Cet instrument présente un autre désavantage : s'il s'agit bien d'un legs, ce qui semble être le cas au vu de sa place dans le code civil et des indications données dans le rapport, il sera alors soumis à un impôt sur les successions. Or un legs portant sur l'usufruit d'un immeuble par exemple ou le legs d'une rente viagère donnera lieu à une imposition qui doit, en principe, être réglée dans l'année où l'avantage successoral a été reçu ; un montant relativement important - par exemple la valeur capitalisée du legs de rentes compte tenu d'un taux d'imposition relativement élevé, le bénéficiaire n'étant pas un membre de la parenté - devrait alors être réglé par le bénéficiaire dont l'on sait qu'il arrive déjà difficilement à couvrir son entretien convenable. Ce n'est pas idéal.

Si ce legs devait quoiqu'il en soit être maintenu dans son principe, les critères d'attribution devraient être précisés et, dans une certaine mesure, harmonisés avec ceux de l'art. 125 al. 2 CC. Le legs d'entretien devrait, tout comme la contribution d'entretien après divorce, reposer sur la solidarité existant entre les intéressés du fait de leur vie commune. Une relation de 3 ans ne peut pas être comparée à celle ayant duré 10 ans et généré plusieurs enfants par exemple. Il nous semble en outre surprenant qu'un vie de couple menée de fait avec le défunt durant 3 ans puisse donner droit à un legs d'entretien permettant de maintenir un niveau de vie convenable alors qu'en cas de divorce, seul un mariage d'une durée de 5 ans (sans enfants) permet de prétendre au maintien du niveau de vie durant le mariage et ce pour une période en principe limitée dans le temps. Le décès du partenaire de vie serait ainsi plus avantageux que le divorce ... Il paraît tout aussi surprenant que l'on exige du partenaire de vie qu'il ait fourni une contribution importante dans l'intérêt du *de cuius*. Quid du partenaire de vie qui a fait vie commune durant 10 ans avec le *de cuius*, en travaillant à côté à temps complet pour un salaire très peu élevé, ne lui permettant même pas de couvrir son entretien convenable ? N'ayant pas vécu avec le *de cuius* selon un modèle traditionnel de partage des tâches, il ne pourrait pas prétendre au legs d'entretien ? A notre avis, le critère de la contribution importante ne peut être retenu comme tel, sans référence à d'autres critères permettant de mesurer l'étendue de la solidarité qui s'est créée entre les partenaires durant la vie commune. L'on peut d'ailleurs à ce propos se référer aux propositions tout à fait pertinentes de la professeure Cottier⁷.

Il serait à vrai dire plus intéressant de concevoir une créance que le bénéficiaire pourrait faire valoir directement à l'encontre de la succession, sur le modèle de la créance de l'art. 631 al. 2 CC. L'on pourrait ainsi prévoir le principe d'une indemnité

⁷ Cottier, Rapport, successio 2014, p. 49.

équitable, à verser sous la forme d'un capital, dont le montant serait à fixer d'entente entre les parties ou en cas de désaccord par le juge, sur la base des critères susmentionnés. Cela éviterait de maintenir entre les intéressés des liens qui n'ont pas lieu d'être et donnerait, cas échéant, aux bénéficiaires un montant leur permettant de couvrir l'entretien convenable et, accessoirement, de régler les impôts successoraux.

3. Critique générale :

L'on peut soutenir la proposition du Conseil fédéral d'assouplir le système des réserves dans le but de donner une plus grande marge de manœuvre au *de cuius* et de lui permettre ainsi de répartir ses biens entre ses proches sur la base de la proximité des relations qu'il entretient avec eux.

Afin de pleinement réaliser cet objectif du Conseil fédéral, il conviendrait toutefois d'adapter aussi le droit fiscal. S'il est vrai que l'impôt sur les successions relève de la compétence des cantons et que le peuple et les cantons ont refusé récemment d'introduire un impôt successoral au niveau fédéral, cela n'empêche pas le Conseil fédéral de proposer les modifications constitutionnelles qui seraient nécessaires pour pouvoir adopter une loi d'harmonisation des lois cantonales. Il est en effet fort probable que la population – dont une bonne partie vit au quotidien une réalité de famille recomposée – verrait cette proposition d'un œil favorable. Une telle harmonisation permettrait de donner tout son sens à la liberté accrue que l'Avant-projet accorde au *de cuius* en matière successorale. En l'absence d'une modification de la fiscalité en matière successorale, cette liberté est en revanche largement contrecarrée par les droits de successions excessivement élevés prélevés par les cantons lors de la transmission du patrimoine en dehors de la famille traditionnelle, et c'est dommage.

III. Autres questions :

1. Art. 494 al. 4 CC :

La question de la qualification d'acte entre vifs ou disposition pour cause de mort de la clause d'attribution du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant est hautement débattue en doctrine. Avec le Conseil fédéral, il convient de reconnaître que cela nuit à la sécurité juridique. Il nous semble toutefois que cette question relève plus de la compétence du pouvoir judiciaire que celle du législateur. Les autres libéralités du *de cuius* suivent les principes posés par la jurisprudence et la doctrine pour distinguer entre actes entre vifs et dispositions pour cause de mort. Il serait étonnant d'avoir une disposition légale réglant spécifiquement cette question pour l'attribution du bénéfice de l'union conjugale.

C'est, à notre avis, au Tribunal fédéral de trancher cette question dans le cadre d'une prochaine jurisprudence et après avoir examiné les mérites des deux positions doctrinales.

Dans l'hypothèse où le Conseil fédéral souhaiterait malgré tout régler la question dans la loi, nous nous rallions à sa proposition. La formulation mériterait toutefois d'être revue. Il convient, d'une part, de parler de « bénéfice de l'union conjugale » et pas seulement de « bénéfice », d'autre part, il faudrait remplacer le terme « pacte successoral » par « disposition pour cause de mort » ; il s'agit en effet de trancher entre une qualification d'acte entre vifs ou de disposition pour cause de mort et non pas de se prononcer sur la forme adéquate de cet acte pour cause de mort, à savoir le pacte successoral.

2. Art. 473 CC :

Les propositions relatives à l'art. 473 CC conviennent parfaitement.

3. Qualité d'héritier réservataire en cas de procédure de divorce :

La proposition visant à tenir compte de l'introduction d'une procédure en divorce dans les droits successoraux est à saluer (art. 472 CC et 31 al. 3 LPart). L'idée de ne supprimer que la réserve est étonnante. Cela signifie que le conjoint conservera son droit à une part légale si le *de cuius* n'adopte pas de dispositions pour cause de mort le privant de ses droits. La loi doit, en principe, être le reflet de la volonté présumée du *de cuius* qui n'adopte pas de dispositions pour cause de mort. Or, il est peu imaginable qu'un *de cuius* souhaite que l'époux avec lequel il est en instance de divorce reçoive une part légale dans sa succession. Lui imposer d'adopter une disposition pour cause de mort afin d'écarter son époux de sa succession n'est pas idéal. Le législateur devrait purement et simplement supprimer les droits successoraux du conjoint dans une telle hypothèse et laisser le *de cuius* qui souhaite malgré tout avantager son époux adopter une disposition pour cause de mort.

Les art. 120 al. 2 et 241 al. 4 CC ouvrent la possibilité d'une stipulation contraire aux effets *ex lege* de la loi. Le Message considère qu'elle peut prendre la forme d'un contrat de mariage ou d'un pacte successoral. Toute stipulation contraire est une disposition pour cause de mort qui maintient les volontés du *de cuius* en dépit du texte de la loi. Ces volontés - qui sont des volontés pour cause de mort - doivent prendre la forme des actes pour cause de mort et ne peuvent suivre celle du contrat de mariage, comme le mentionne le rapport⁸. Elles prendront le plus souvent la forme du pacte successoral, afin que le conjoint soit protégé en cas de changement de volonté du *de cuius* bien qu'il ne soit pas exclu qu'elles soient exprimées en la forme d'un testament.

4. Prévoyance privée liée, prévoyance professionnelle et assurance-vie

3^E PILIER A :

L'avant-projet propose que ces avoirs ne fassent pas partie de la masse successorale. C'est une proposition intéressante. Elle aurait pour effet de faire sortir de la masse successorale les avoirs qui n'ont pas déjà été versés au *de cuius* par l'institution de prévoyance et libérerait les héritiers et autres bénéficiaires d'une

⁸ Rapport, p. 28.

éventuelle action en réduction successorale. Les avoirs du 3^e pilier A revenant aux bénéficiaires seraient ainsi - dans la succession - traités de la même manière que ceux du 2^e pilier. Les bénéficiaires de prévoyance seraient ainsi clairement avantagés, puisque les prestations versées n'auraient aucune influence sur leurs droits dans la succession. Ce sera souvent le conjoint survivant - premier bénéficiaire dans l'ordre en cascade de l'OPP3 - qui tirera profit de cet avantage. Mais à défaut de conjoint, l'un des descendants ou un partenaire de vie pourrait - aux conditions de l'OPP3 - avoir été désigné comme bénéficiaire unique et profiter de cet avantage. C'est clairement une limitation apportée aux droits réservataires des autres héritiers car leur réserve sera calculée abstraction faite de ce montant et le bénéficiaire pourra, outre le montant reçu au titre de prévoyance, bénéficier de sa réserve dans la succession. Il est toutefois en partie compensé par le fait que les réserves des bénéficiaires notamment des descendants seront moins importantes. Et elle permet, en l'absence d'un conjoint, de favoriser un partenaire de vie aux conditions de l'OPP3.

Les conséquences en matière matrimoniale de la modification envisagée mériteraient d'être clairement expliquées dans le Message accompagnant le projet. Il convient, en outre, de rappeler qu'en cas de dissolution du régime matrimonial pour cause de divorce, l'art. 4 OPP3 permet aux parties ou au juge de prévoir que la totalité ou une partie des droits aux prestations de vieillesse sera cédée par le preneur d'assurance à son conjoint.

Pour plus de clarté, le Message devrait préciser que cette disposition vaut tant pour les avoirs 3^e pilier A conclus sous la forme d'un contrat d'assurance que d'une convention avec un établissement bancaire.

ASSURANCE-VIE

Il est juste de prévoir que les assurances-vie ne bénéficieront plus d'une valeur différente de la valeur de la somme assurée et sur ce point la proposition doit être soutenue. Il est intéressant, en outre, de prévoir que les droits des tiers en matière d'assurance-vie conclue sur la tête du *de cuius* s'ajoutent aux biens existants. La proposition de Piotet, à cet égard, permet de mettre fin à une insécurité juridique en la matière sur la question notamment de l'éventuelle rapport successoral.

A notre avis, la formulation proposée est toutefois peu heureuse. L'expression « prétentions de tiers ... qui naissent au décès » permet difficilement de comprendre que cela englobe également les clauses bénéficiaires irrévocables, puisque dans une telle hypothèse les droits des bénéficiaires prennent déjà naissance au moment où la clause devient irrévocable. Il serait préférable de formuler cela par exemple ainsi : « les prétentions de tiers en matière d'assurance-vie conclue sur la tête du *de cuius* et donnant droit à des prestations au décès de ce dernier s'ajoutent aux biens existants ».

Le Message devrait, en outre, aborder la question du sort matrimonial de ces prétentions. Sans le dire le nouvel article 476 CC semble traiter les libéralités ayant pris la forme d'une clause bénéficiaire – révocable ou irrévocable - comme des libéralités entre vifs d'un genre particulier, qui font partie de la masse des biens existants sans qu'une réunion successorale ne soit nécessaire. S'il s'agit de libéralités entre vifs, une réunion matrimoniale entre toutefois également en ligne de

compte, aux conditions de l'art. 208 CC. Il serait bon de le préciser ou alors de l'exclure entièrement en insérant un complément dans le texte de l'art. 208 CC.

Enfin, pour plus de clarté, le Message devrait préciser que le nouvel article 476 al. 1 CC ne vise pas les assurances du 3^e pilier A, mais uniquement le 3^e pilier B, afin d'éviter toute confusion et problème d'interprétation entre l'al. 1 et l'al. 2 dudit article.

5. La captation d'héritage

L'avant-projet prévoit d'introduire une disposition qui limiterait les libéralités que le *de cuius* peut faire pour cause de mort à un montant ne pouvant dépasser le quart de la succession. Cette proposition vise à répondre aux préoccupations légitimes manifestées en doctrine à l'égard des situations d'abus envers des *de cuius* en situation de faiblesse, tout particulièrement en fin de vie. Elle fait écho à quelques cas qui ont occupé ces dernières années le Tribunal fédéral et s'alignent sur des dispositions comparables dans certains des Etats qui nous entourent. Le choix d'une indignité partielle a pour conséquence que l'indigne ne peut recevoir les libéralités insérées dans les dispositions pour cause de mort, le reste du testament ou du pacte successoral conservant toute sa validité.

Le Message devrait souligner que la disposition proposée ne fait pas obstacle à ce que l'on puisse avoir recours à une annulation partielle pour erreur, dol ou contrainte au sens des art. 469 al. 1 et 519 al. 1 ch. 2 CC ; le cas échéant, cela priverait le professionnel concerné du $\frac{1}{4}$ de la succession attribué par la disposition pour cause de mort.

A notre avis, la formulation de l'art. 541a CC mériterait d'être revue. Ce n'est pas tant les professionnels en lesquels le *de cuius* avaient confiance qui sont visés, que les « personnes qui ont établi des liens de proximité avec le *de cuius* en raison de leur activité professionnelle ... ». Il convient d'éviter que le fils du *de cuius*, ayant exercé comme notaire ou médecin de confiance de son père, puisse tomber sous le coup de cette disposition. Ce sont les personnes ayant établi une proximité sur la base de leurs liens professionnels avec le *de cuius* que l'on cherche à viser et non ceux qui avaient déjà des liens familiaux ou d'affection avec lui, tout en exerçant également une activité professionnelle en sa faveur. Outre les proches, l'on pourrait à notre sens inclure dans la liste les associations, sociétés ou groupements dans lesquels les personnes en question ont des intérêts prépondérants, afin d'éviter un détournement de la disposition légale.

A noter qu'une telle disposition ne sera véritablement efficace que si elle est accompagnée d'un article comparable pour les libéralités entre vifs.

6. Droit à l'information

L'introduction de cette disposition est à saluer. Elle donne une base légale à toute personne ayant des droits actuels ou virtuels dans la succession (héritier ou légataire virtuel) d'obtenir les informations dont elle a besoin pour faire valoir ses prétentions.

Il est particulièrement important que ce droit porte aussi, comme le précise le rapport, sur les avoirs de l'ayant-droit économique.

La place proposée pour l'art. 601a CC est correcte puisqu'il s'agit effectivement de garantir un droit découlant de la dévolution ; les liens avec les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC qui portent sur la phase du partage proprement dit ne posent pas de problème.

L'alinéa 2 pourrait être supprimé à notre sens. Outre le fait qu'il contient en français une répétition peu élégante du verbe « exister », son contenu découle déjà du premier alinéa.

L'alinéa 3 devrait à notre avis être plus complet dans la liste des secrets et autres devoirs de confidentialité visés, afin d'éviter tout problème d'interprétation, comme on a pu en voir par exemple dans le nouveau droit de la protection de l'adulte (cf. les conflits de doctrine à propos de l'interprétation de la notion de secret professionnel à l'art. 443 al. 1 CC). Il faut éviter que l'alinéa 3 soit interprété comme ne visant pas - malgré le sens de l'al. 1 - un secret qui n'est pas expressément mentionné. L'on notera d'ailleurs que le secret professionnel, spécifiquement incriminé à l'art. 321 CP, est celui auquel l'on se réfère usuellement lorsque la loi parle de secret professionnel. Or, cette disposition ne vise justement pas le secret bancaire. Ainsi, afin d'éviter tout problème d'interprétation sur ce point qui est important mais aussi dans le but de rendre la loi plus lisible – en particulier pour les professionnels non juristes – l'on devrait à notre sens insérer à l'al. 3, en sus du secret professionnel et par le biais d'une liste exemplative, certains autres secrets et devoirs de confidentialité qui sont importants et garantis par des lois spéciales, comme le secret bancaire (art. 47 loi sur les banques), le devoir de discrétion en matière de protection des données (art. 35 LPD) et le secret de fonction (art. 320 CP).

7. Rapport et réduction

Sur le principe, les propositions faites pour les articles 527 et 626 sont bonnes et elles doivent être soutenues.

La formulation de l'art. 626 al. 2 CC pourrait toutefois être revue. La formulation « servant à l'établissement dans la vie sociale ou économique » ne correspond pas la terminologie habituellement utilisée en doctrine et par le Tribunal fédéral. Il serait préférable d'utiliser les termes « qui sont destinées à créer, assurer ou améliorer l'établissement dans l'existence » (pour un exemple : 5A_338/2010/5A_341/2010, c. 9.1.1). Avec les termes « vie sociale et économique », l'on a une notion qui peut cas échéant être interprétée de manière plus restrictive que la jurisprudence actuelle.

La 2^e phrase de l'art. 626 al. 2 ne nous semble pas nécessaire. Si l'on voulait insérer dans cette disposition les exceptions au principe, il faudrait mentionner aussi les art. 629 al. 2 et 632 CC.

En harmonie avec les modifications terminologiques apportées aux art. 522, 523 et 525 notamment, il convient de parler d'« avantages pour cause de mort » (ou d'acquisitions pour cause de mort si l'on s'en tient à la proposition actuelle du Conseil fédéral) à la première ligne de l'article. Il s'agit en effet de réduire les

libéralités entre vifs comme les autres avantages pour cause de mort y compris les avantages ab intestat.

8. Réduction indirecte

La proposition est, sur le fond, bonne et améliore le droit actuel.

Le terme « **acquisitions faites** par la personne chargée d'acquitter les legs et charges ... » ne convient toutefois pas, à notre sens. Le terme « acquisition » couplé en outre au verbe « faire » exprime l'idée que l'intéressé a effectué un acte juridique pour acquérir un droit ou un objet : « Hier, j'ai fait une nouvelle acquisition en me baladant au marché aux puces ... » (pour un exemple). Or, ici, il s'agit d'un avantage dont le bénéficiaire tire profit non pas en raison d'un acte qu'il aurait effectué (un achat par exemple), mais en raison des dispositions pour cause de mort prises par *de cujus* ou par le seul effet de la loi. Il serait dès lors plus juste de parler d'« avantages reçus pour cause de mort » ou simplement d'« avantages pour cause de mort ». En outre « acquisitions » et « acquitter » dans la même phrase alourdissent le texte.

Art. 525 : pas de commentaire sous réserve du terme « acquisitions ».

9. Ordre des réductions

SUCCESSIONS AB INTESTAT :

La proposition convient tout à fait sur le fond et améliore le droit actuel.

L'art. 522 ne vise pas uniquement les libéralités pour cause de mort mais aussi celles entre vifs, comme le montre la systématique de la loi, ainsi que désormais les avantages ab intestat. Il convient donc impérativement de supprimer à l'al. 1 les mots « pour cause de mort ». A notre avis (cf. supra), l'on peut parler d'« avantages qui excèdent la quotité disponible ».

Art. 523 et 525 al. 1 : pas de commentaire sous réserve du terme « acquisitions ».

RANG DE LA REDUCTION DES PACTES SUCCESSORAUX POSITIFS (ART. 526 AP-CC):

L'art. 494 al. 3 apporte une réponse à la problématique soulevée par Piotet. A notre avis, et en accord avec la position exprimée fort justement par Hrubesch-Millaud⁹, il n'est pas nécessaire de bousculer la logique mise en place par le législateur de 1907, qui prévoit qu'une action peut être intentée à l'encontre des libéralités pour cause de mort qui seraient incompatibles avec le pacte successoral.

REDUCTION DES LIBERALITES ENTRE VIFS (ART. 528 AL. 3 AP-CC) :

La proposition convient tout à fait sur le fond et améliore le droit actuel.

⁹ Praxis-Kommentar. Art. 525 N 5 et 494 N 7

10. Délai de l'action en nullité

La proposition convient tout à fait sur le fond et améliore le droit actuel.

11. Surveillance des exécuteurs testamentaires et certificats

La surveillance de l'activité d'exécuteur testamentaire ne doit pas être mélangée avec les questions matérielles successorales qui sont tranchées au fond par le juge civil. A notre avis, une autorité de surveillance qui est différente du juge du fond se justifie comme dans d'autres domaines de la surveillance des activités des professionnels, que ce soit l'avocat, le notaire ou le juge. En outre, les cas dans lesquels il pourrait y avoir un doute sur l'autorité compétente, par exemple des cas de demande d'informations, sont relativement limités. L'ajout de l'art. 518 al. 4 AP-CC n'a donc pas lieu d'être.

Les autres propositions de modifications conviennent parfaitement.

12. Administration d'office suite à la répudiation d'un héritier

La proposition convient tout à fait sur le fond et améliore le droit actuel.

L'al. 4 devrait avoir pour contenu « en vue de sa réalisation », comme le proposait Piotet, c'est plus clair.

13. Testament oral et audiovisuel

ART. 508 AP-CC :

Préciser les conséquences de l'art. 508 est bienvenu.

Il s'agit toutefois d'un cas de caducité¹⁰ comme le précise la note marginale et il convient d'utiliser ce terme plutôt que de parler de nullité dans le texte de la loi. L'on dira que le testament est caduc de plein droit.

ART- 506 – 508 AP-CC :

Le testament audiovisuel est une forme nouvelle que l'on peut envisager d'introduire dans notre ordre juridique. Elle permet au *de cujus* de tester dans des situations où il ne peut pas s'appuyer sur la présence de deux témoins.

¹⁰ Leuba, CoRom art. 506-508 N 6 ; Guinand/Stettler/Leuba, N 289.

Le projet la propose comme une forme alternative à la forme orale. Si elle n'est pas prévue comme étant subsidiaire au testament oral de par la loi, elle viendra supplanter ce dernier en raison de sa simplicité.

Afin d'offrir des garanties comparables, il convient à notre avis d'exiger la date, qui permettra de vérifier temporellement la survenance de circonstances extraordinaires et supprimer la référence à « si possible ».

Formulations :

- Art. 506 al. 3 AP-CC : il convient de parler de circonstances extraordinaires au pluriel, et non de la circonstance extraordinaire.
- Art. 507 al. 3 AP-CC : la précision « sur un support usuel » ajoute-t-elle quelque chose ? Cela signifie-t-il que l'enregistrement doit être transcrit sur un autre support ? A défaut, cet ajout doit être supprimé. Ces quelques mots ne permettent en tout cas pas de savoir que tant les supports analogique que numérique sont admis, comme le précise le Rapport.
- Art. 508 AP-CC : « Le testament oral ou audiovisuel est caduc de plein droit ... »

14. Rédaction épurée

Les modifications proposées pour les articles 469, 482 al. 2, 499, 503 al. 1 et 2 et 519 al. 2 CC sont bienvenues et améliorent le droit actuel.

La question est plus délicate pour l'art. 519 al. 3 CC. L'avant-projet propose d'introduire un nouvel alinéa qui complique à notre avis inutilement la situation actuelle.

En matière de vices de la volonté, la doctrine majoritaire admet que l'art. 469 CC, y compris son al. 2, s'applique tant au testament qu'au pacte successoral¹¹. La position exprimée par Piotet dans son rapport et suivie par le Conseil fédéral s'appuie sur une ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi qu'une doctrine ancienne et minoritaire.

Selon la majorité des auteurs, le *de cujus* peut révoquer le pacte de son vivant dans un délai d'une année en application de l'art. 469 al. 2 CC¹². Le cocontractant peut, de son côté, se départir du pacte en application des règles générales du droit des obligations en matière de vices du consentement¹³. Les parties ont donc de leur vivant - comme en matière contractuelle - la possibilité de remédier rapidement et facilement au problème, sans devoir passer devant le juge. Il suffit que la révocation soit communiquée au cocontractant, comme en matière contractuelle, sans que le respect d'une forme particulière soit exigé¹⁴. Le projet qui veut imposer dans un tel cas l'ouverture d'une action en justice fait fausse route à notre avis, en imposant une

¹¹ Leuba, CoRom art. 469 N 45 ss ; PraxisKommentar, art. 469 N 3 et toute la doctrine citée.

¹² Leuba, CoRom art. 469 N 46-47.

¹³ Leuba, CoRom art. 469 N 46.

¹⁴ PraxisKommentar, art. 469 N 35.

procédure qui n'est pas nécessaire. La position doctrinale minoritaire sur ce point manque d'ailleurs de cohérence. Elle exclut l'application de l'art. 469 CC au pacte successoral en matière de vices du consentement et s'appuie en conséquences sur les dispositions du droit des obligations, mais prévoit une action en annulation – propre au droit successoral – pour y remédier.

L'on ne peut reprocher à la doctrine majoritaire d'apporter des réponses différentes à la problématique de l'acte vicié, selon que le *de cuius* est encore vivant ou non. En effet, la situation est dans les faits différente une fois que le *de cuius* est décédé. Une partie des informations et connaissances dont il disposait à propos de la conclusion du pacte notamment ont souvent disparu avec lui, et il ne peut plus défendre ses droits sur pied d'égalité avec le cocontractant. Cela justifie l'intervention du juge et l'exigence d'une action en annulation pour régler les conséquences d'un vice de la volonté.

L'on ne peut toutefois nier qu'il y a un conflit doctrine sur cette question. S'il souhaitait y répondre, le législateur devrait, à notre avis, uniquement introduire un léger complément à l'art. 469 CC. Il lui suffirait d'y ajouter qu'en matière de pacte successoral, la révocation doit être communiquée au cocontractant. Le Message pourrait venir compléter le texte de la loi en précisant que la révocation n'est soumise à aucune forme, comme c'est le cas pour l'art. 31 CO. Cette modification aurait pour avantage de codifier la position exprimée par la doctrine majoritaire.

15. Diverses autres propositions

La proposition de réviser le texte des art. 564 al. 1 et al. 2, 617, 555 al. 1 AP-CC peut être soutenue ; ces modifications apportent plus de sécurité juridique et/ou améliorent le droit actuel.

Le texte de l'art. 579 al. 2 AP-CC ne peut toutefois être modifié dans le sens proposé. L'art. 579 CC se réfère, en effet, au texte des art. 629 al. 2 et 631 CC qui n'ont pas été modifiés. Il s'agit donc bien des « prestations usuelles d'établissement par mariage » de l'art. 629 al. 2 CC et « des frais d'éducation et d'instruction pour les enfants » de l'art. 631 CC et le texte de l'art. 579 al. 2 CC doit donc être laissé en l'état.

Avec mes cordiaux messages,

Prof. Audrey Leuba
Département de droit civil

FACULTÉ DE DROIT

Av. du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Département fédéral de justice et police
Office fédéral de la justice
CH-3003 Berne

Procédure de consultation – Révision du droit des successions

Madame la Conseillère fédérale,

Florence Guillaume
Professeur
florence.guillaume@unine.ch
Tél. +41 (0)32 718 12 32

Dans le cadre de la procédure de consultation sur la révision du droit des successions, nous vous prions de trouver ci-dessous notre prise de position – au nom de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel – sur la base de l'avant-projet de révision du Code civil ainsi que du rapport explicatif qui s'y rapporte.

Nous prendrons parti d'abord sur le principe de la révision du droit des successions (**A.**), puis sur l'absence de proposition de modification de la vocation successorales légale (**B.**). Nous traiterons ensuite des propositions de modification de la vocation successorale volontaire et réservataire (**C.**), ainsi que de la proposition de « legs d'entretien » (**D.**). Nous terminerons par quelques remarques sur l'ensemble des autres propositions de révision (**E.**), en développant plus particulièrement la question du droit à l'information successorale (**F.**).

A. Sur le principe de la révision du droit des successions

Il n'est pas contesté que le droit suisse des successions est un système qui fonctionne parfaitement bien dans sa globalité. Le fait que cette matière n'a pas été révisée fondamentalement depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1912 illustre bien son caractère pérenne. Pour cette raison, toute modification de ce domaine du droit doit être faite avec précaution, de manière à ne pas endommager un système qui a fait ses preuves et qui n'est pas remis en question.

Cela dit, le droit des successions s'inscrit dans le prolongement du droit de la famille, dans la mesure où les personnes appelées à succéder sont, en principe, désignées en fonction de leurs liens familiaux avec le *de cuius*. Le droit des successions est également un complément de la propriété privée, en cela qu'il permet à chacun de transmettre son patrimoine à son décès, avec l'idée que les bénéficiaires en seront les personnes choisies par le *de cuius* ou, tout au moins, les personnes qui lui sont le plus proches.

FACULTÉ DE DROIT

Secrétariat
Av. du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel
Tél: +41 (0)32 718 12 00
Fax: +41 (0)32 718 12 01
secretariat.droit@unine.ch

Or, la société suisse a suivi des évolutions sociales et démographiques importantes en un peu plus d'un siècle. L'apparition de nouveaux modèles familiaux a été prise en considération dans plusieurs domaines du droit, notamment en matière de droit de la famille, entraînant des modifications récentes de la législation. Il est par conséquent souhaitable et tout à fait approprié – si ce n'est inévitable – que le droit des successions soit également adapté aux nouvelles réalités familiales que sont, notamment, l'allongement de la durée de vie, le nombre important de divorces et de remariages, les communautés de vie se formant en dehors du mariage et l'existence de familles recomposées avec des adultes qui ne sont pas nécessairement les parents biologiques des enfants vivant sous le même toit. Quant à la liberté de chacun de disposer de ses propres biens, elle est sensiblement remise en question au moment du décès par une quotité disponible qui paraît aujourd'hui beaucoup trop restreinte.

Dès lors que le droit suisse des successions n'est, à bien des égards, plus réellement adapté aux réalités sociales du 21^e siècle, nous sommes d'avis qu'une révision s'impose pour faire à nouveau coïncider le droit avec la réalité.

B. Sur la vocation successorale légale

Nous saluons le fait que le projet de révision ne propose aucune modification du système successoral ab intestat. Nous sommes d'avis que le choix de conserver une vocation successorale légale limitée aux parents des trois premières parentèles est justifié. Il ne nous semble en effet pas qu'il soit nécessaire de modifier cette option initiale.

Il n'y a pas non plus de raison de contester la vocation successorale légale du conjoint survivant. Le fait que seul le conjoint lié au *de cujus* par un lien matrimonial ou un lien de partenariat enregistré – autrement dit un lien juridique – ait une vocation successorale découlant de la loi ne nous paraît pas devoir être remis en question. Il en va de la cohérence globale du droit de la famille. Cela n'empêche pas, pour autant, le *de cujus* d'instituer son partenaire de vie héritier ou légataire et de lui transmettre ainsi une partie de son patrimoine à son décès.

Quant à la répartition de la succession entre les héritiers en cas de succession ab intestat, elle est encore tout-à-fait adaptée et ne nécessite, à notre avis, aucune révision.

C. Sur la vocation successorale volontaire et réservataire

Lorsque le *de cujus* souhaite transmettre une partie de ses biens à son décès aux personnes de son choix, sa liberté de disposer est limitée par les réserves héréditaires de certains de ses proches. Le fait qu'une partie des biens doit revenir, au moment du décès, aux personnes qui sont proches du *de cujus* permet d'assurer la transmission d'une partie du patrimoine au sein de la famille. Cela permet aussi de garantir une sorte de « droit naturel à l'héritage »¹ pour certains proches qui ne peuvent ainsi pas être écartés de la succession par décision unilatérale du *de cujus*. Si ce principe ne semble pas devoir être remis en question, force est cependant de constater que cette restriction de la liberté de disposer de ses propres biens est souvent perçue comme une contrainte qui amène le *de cujus* à concevoir des montages complexes pour contourner cette obligation légale. La réduction des réserves héréditaires – et par conséquent l'accroissement de la quotité disponible – permettrait de ramener l'obligation de transmettre ses biens à des proches désignés par la loi à une dimension acceptable. Reste à déterminer la portion congrue.

¹ Cf. Rapport explicatif, N 3.4.

L'avant-projet prévoit de conserver la qualité d'héritiers réservataires pour le conjoint survivant ainsi que pour les descendants du *de cuius*, ce qui paraît tout à fait justifié. En revanche, il est proposé de supprimer la réserve héréditaire des père et mère (qui est actuellement de la moitié de leur droit de succession ; art. 471 ch. 2 CC). Nous approuvons entièrement cette proposition, dans la mesure où il ne semble plus justifié aujourd'hui de réserver une part de la succession aux parents du *de cuius*. En particulier, lorsque le *de cuius* n'a pas d'enfant, la réserve de ses père et mère lui impose une limitation de sa liberté de disposer de ses biens qui n'est plus justifiée dans le contexte social actuel. Il est tout à fait possible de se conformer au devoir de soutenir ses parents par d'autres moyens que la contrainte imposée par le respect d'une réserve héréditaire.

L'avant-projet propose en outre de réduire la part réservataire des enfants ainsi que du conjoint survivant. Pour les enfants, il est proposé de réduire leur réserve (qui est actuellement des trois quarts de leur droit de succession ; art. 471 ch. 1 CC) à la moitié de leur droit de succession. Pour le conjoint survivant, sa réserve (qui est actuellement de la moitié de son droit de succession ; art. 471 ch. 3 CC) serait réduite au quart de son droit de succession. Cette double proposition nous paraît raisonnable, dès lors qu'elle permet à la fois de préserver les droits héréditaires des enfants et du conjoint survivant, tout en augmentant sensiblement la liberté de disposer du patrimoine au décès. Cela permettra fort opportunément à chacun d'avoir une plus grande liberté pour désigner des héritiers (et/ou des légataires) en offrant la possibilité de privilégier les personnes de son choix en fonction de ses préférences et/ou des besoins desdites personnes.

La réalité sociale dans laquelle nous vivons présente de nombreuses situations qui ne sont pas suffisamment prises en considération par le droit qui impose des solutions paraissant, aujourd'hui, inadéquates. Les propositions de modification du système actuel des réserves héréditaires permettront d'améliorer ces situations. On pense, par exemple, à la possibilité qui sera offerte à une personne dont les enfants sont déjà parfaitement installés dans l'existence (et qui sont peut-être même déjà à la retraite²) – et qui n'ont par conséquent pas besoin de l'apport financier de son héritage pour construire leur vie – de choisir de transmettre une part plus importante de ses biens à ses petits-enfants. De même, une personne (avec ou sans enfant) qui a des liens affectifs avec les enfants de son conjoint pourra également choisir de faire bénéficier ces enfants d'une plus grande partie de sa succession (le *de cuius* pourra ainsi, par exemple, traiter de façon égale toutes les personnes qu'il considère comme ses enfants tout en leur accordant une part successorale convenable). Ou encore, une personne qui n'est ni mariée ni liée par un partenariat enregistré avec son partenaire de vie pourra davantage privilégier ce dernier. L'accroissement de la quotité disponible offrira, en effet, plus d'opportunités pour gratifier ses proches après le décès.

Nous approuvons par conséquent sans réserve les propositions faites en lien avec la suppression de la réserve héréditaire des père et mère ainsi que la réduction des réserves héréditaires du conjoint survivant et des descendants. En augmentant la quotité disponible et en permettant ainsi à chacun d'organiser sa succession avec davantage de liberté, il ne fait aucun doute que ces changements auront non seulement un effet dissuasif sur la tentation de recourir à des montages complexes pour organiser sa succession, mais réduiront également le nombre de litiges entre héritiers.

² Selon une étude établie par le Fonds national, seul un tiers des héritages reviendrait à des personnes ayant moins de 55 ans en 2020 ; cf. STUTZ Heid/BAUER Tobias/SCHMUGGE Suzanne, *Hériter en Suisse – une affaire de famille avec des conséquences sur l'économie nationale*, Coire/ Zurich 2007, p. 4.

D. Sur la proposition d'art. 484a AP-CC consacrant un « legs d'entretien »

Le couple non marié est devenu de plus en plus courant dans la société actuelle. Mais en cas de décès de l'un des partenaires de vie, le survivant est désavantagé. En effet, contrairement au conjoint ou au partenaire enregistré survivant, il n'a pas de droits successoraux. De manière à tenir compte de la situation des partenaires de vie non mariés, l'avant-projet propose de créer un « legs d'entretien » en faveur du partenaire survivant qui se retrouve dans une situation financière difficile suite au décès de son partenaire. En outre, l'avant-projet propose également de créer un « legs d'entretien » en faveur des enfants mineurs qui étaient, au moins en partie, à la charge du *de cuius* (p.ex. un enfant du partenaire de vie). Ces « legs » ne résulteraient pas de la volonté du *de cuius*, mais d'une décision judiciaire.

Même si l'intention du Conseil fédéral est louable, nous ne sommes pas convaincue par la proposition figurant à l'art. 484a AP-CC pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, lorsque des personnes partagent leur vie sans être mariées, elles sont nécessairement conscientes du fait qu'elles ne sont pas héritières l'une de l'autre de par la loi. Elles savent par conséquent également que si l'un des partenaires décède, l'autre risque de rencontrer des difficultés financières ; ce d'autant plus lorsque l'un des partenaires n'a pas d'activité lucrative et/ou pas de fortune personnelle. Pour améliorer la situation du partenaire survivant, il est toujours possible de prendre des dispositions pour cause de mort en sa faveur (p.ex. en l'instituant héritier, en le gratifiant d'un legs en pleine propriété ou en usufruit). La proposition d'accroissement de la quotité disponible apportera davantage de liberté de disposer de ses biens en faveur du partenaire de vie, ce qui permettra déjà d'améliorer sensiblement la situation de ce dernier. On peut donc légitimement se demander pourquoi la loi devrait permettre d'améliorer la situation financière du partenaire de vie du *de cuius* lorsque ce dernier n'a pas pris de dispositions pour cause de mort pour pourvoir à ses besoins en l'instituant héritier ou légataire. La question mérite d'autant plus d'être posée que la situation de communauté de vie visée est une situation qui s'inscrit dans la durée (au moins trois ans). Il faudrait en tout cas éviter d'aller contre la volonté du *de cuius*.

Par ailleurs, la disposition proposée n'est pas claire quant à la durée de cet entretien : est-ce que l'idée du législateur est de mettre le partenaire de vie dans la même situation que l'ex-époux qui peut avoir droit, à certaines conditions et pendant un certain temps, à un soutien financier de la part de son ex-époux ? S'il s'agit d'une sorte de contribution d'entretien, comparable à celle de l'ex-époux, il nous paraît qu'elle devrait être pareillement limitée dans le temps. A ce titre, l'art. 125 CC fixe des conditions plus précises pour l'octroi d'une contribution d'entretien post-divorce dont le législateur pourrait s'inspirer dans le cadre des successions, tout en conservant à l'esprit le fait que les partenaires n'étaient (par hypothèse) pas mariés au moment du décès. Quant à la contribution d'entretien en faveur d'un enfant mineur, au moins en partie à la charge du *de cuius*, sa durée doit-elle correspondre à celle résultant de l'obligation d'entretien des enfants (art. 276 CC) ? Faut-il traiter cette contribution de la même manière que la participation aux frais d'éducation des enfants prévue à l'art. 631 al. 2 CC, laquelle est prélevée sur la succession sous forme d'indemnité équitable ?

Le terme-même de « legs d'entretien » ne nous paraît pas adapté. En droit suisse, le legs est défini à l'art. 484 CC dont il résulte clairement qu'il s'agit d'un mode de disposer permettant au *de cuius* de faire une libéralité pour cause de mort à une personne qui n'a pas pour autant la qualité d'héritier. Le legs dépend donc uniquement de la volonté du *de cuius*. Une contribution d'entretien ordonnée par le juge, indépendamment de la volonté du *de cuius*, ne peut par définition pas être un legs. Il s'agirait plutôt d'une dette de la succession, telle que l'entretien pendant un mois des personnes qui faisaient ménage commun avec le *de cuius* (art. 606 CC). Mais si cette contribution d'entretien est qualifiée de legs, quelle est sa relation avec les legs ordonnés par le *de cuius* ? Doit-elle être prélevée sur le patrimoine successoral avant de délivrer les legs ordonnés par le *de cuius* ? Dans ce cas, il s'agirait plutôt d'une dette de la succession. Mais alors s'il s'agit d'une dette de la succession, est-

elle dans la même catégorie que les autres dettes de droit privé à charge de la succession ou faut-il lui réserver une place privilégiée ? A notre avis, la terminologie utilisée ainsi que la localisation de ce projet de disposition dans la loi ne sont pas adéquates au vu des nombreux risques de confusion qu'elles entraînent.

En outre, on peut se demander si cette contribution d'entretien doit être prélevée uniquement sur le patrimoine successoral avant le partage ou si elle peut aller au-delà. L'avant-projet n'est pas clair sur ce point pourtant essentiel. L'art. 484a al. 2 AP-CC précise qu'il faut tenir compte de la situation financière des héritiers et de la « valeur de la succession ». Cela pourrait laisser entendre que la charge d'entretien pourrait être imposée aux héritiers. Il ne nous paraît cependant pas opportun de contraindre les héritiers à assumer une responsabilité personnelle pour l'entretien du partenaire de vie du *de cuius* et/ou d'un enfant qui était au moins en partie à sa charge hors tout lien de filiation, ni sur leur enrichissement du fait de la succession ni sur leurs propres deniers. Mais encore faudrait-il le préciser clairement. Cette contribution d'entretien devrait donc être limitée aux forces de la succession. Quant à la prise en considération de la « valeur de la succession », il reste à définir ce que cela signifie dans la mesure où cette expression est utilisée ici pour la première fois dans le Livre troisième du Code civil (« Des successions »). Les tribunaux devront-ils fixer une valeur minimale du patrimoine successoral pour qu'une telle contribution d'entretien puisse être demandée ?

Si cette contribution est ordonnée par le juge, peut-elle avoir pour effet de réduire les héritiers réservataires à leurs réserves héréditaires ? Il nous paraît en effet que cette contribution d'entretien ne peut être ordonnée, cas échéant, que sur la quotité disponible. Autrement dit, elle ne doit pas pouvoir léser les réserves héréditaires. En outre, lorsque le *de cuius* a pris des dispositions pour cause de mort, les dernières volontés du défunt devraient être respectées en priorité. Par conséquent, une contribution d'entretien ne devrait pouvoir être ordonnée que si le *de cuius* n'a pas disposé d'une partie de son patrimoine ; de même, elle ne pourrait être prélevée, cas échéant, que sur cette partie libre de disposition. Avant d'allouer pareille contribution d'entretien, le juge devrait donc vérifier ce qu'il reste dans le patrimoine successoral après avoir transmis leurs parts aux héritiers institués ainsi qu'aux légataires, tout en respectant les réserves héréditaires. Dans ces conditions, on pourrait se demander si la requête visant à l'obtention d'une telle contribution ne devrait pas déclencher de par la loi une liquidation officielle de la succession (art. 593 ss CC) ou, tout au moins, une procédure de bénéfice d'inventaire (art. 580 ss CC).

Enfin, comment traiter la situation où le *de cuius* a pris des dispositions pour cause de mort en faveur de son partenaire de vie (ou un enfant dont il avait la charge), mais que celui-ci estime qu'elles ne sont pas suffisantes pour conserver le train de vie mené jusqu'au décès du *de cuius* ? Convient-il alors de lui refuser toute contribution d'entretien au motif que le *de cuius* a déjà prévu de lui laisser quelque chose à son décès ? ou le juge devra-t-il, au contraire, vérifier si ce qui a été prévu par le *de cuius* est adéquat ? En fonction de la réponse à cette question, il pourrait suffire pour le *de cuius* de prévoir un petit legs ou une institution d'héritier sur une petite partie de sa succession pour empêcher son partenaire de vie (ou un enfant à charge) de réclamer à ses héritiers une contribution d'entretien. Ce point est essentiel, dans la mesure où le législateur considère que l'art. 484a AP-CC serait de droit impératif et ne pourrait pas être écarté ni par disposition unilatérale du *de cuius*, ni par convention entre les parties³. Le caractère impératif de la disposition est d'ailleurs particulièrement choquant, dès lors qu'il ne peut pas être exclu que le *de cuius* ait pris des dispositions de nature non successorale pour garantir l'avenir financier de son partenaire de vie (ou un enfant à charge). Or, ces dispositions ne sont pas nécessairement connues ni des héritiers, ni du juge. On peut ainsi se retrouver dans la situation regrettable où le *de cuius* décède avec la conscience tranquille en sachant qu'il a fait le nécessaire pour son partenaire de vie (ou un enfant dont il avait la charge) – ce qui justifie d'ailleurs, cas échéant, qu'il n'ait pas pris de dispositions pour cause de mort en sa faveur – et que ses héritiers se retrouvent contraints d'apporter la preuve (qui pourrait s'avérer particulièrement complexe) que les conditions d'application de l'art. 484a AP-CC ne sont pas remplies.

³ Cf. Rapport explicatif, N 5.2.

En conclusion, le « legs d'entretien » tel qu'il est formulé à l'art. 484a AP-CC soulève beaucoup de questions auxquelles ni le texte de l'article (en l'état) ni le rapport explicatif ne permettent de répondre. A notre avis, cette nouvelle institution soulèverait de nombreuses difficultés en pratique et serait une source de litiges, ce qui n'est pas souhaitable. En outre, elle engendrerait une incertitude juridique importante en permettant d'aller potentiellement contre la volonté du défunt, après son décès, qu'elle soit ou non exprimée dans des dispositions pour cause de mort. Ce « legs d'entretien » compliquerait sensiblement la planification successorale en créant un risque de « rectification » de la volonté du défunt par le juge. Nous sommes par conséquent d'avis que l'introduction d'une contribution d'entretien telle qu'elle est prévue à l'art. 484a AP-CC serait contre-productif et n'est pas souhaitable.

E. Sur les autres propositions de révision

Nous n'avons pas de commentaire particulier sur les autres propositions de révision, à l'exception du droit à l'information (cf. *infra* F.). Nous saluons en particulier les propositions qui permettent de clarifier le droit en vigueur.

F. Sur le droit à l'information successorale⁴

I. Etat des lieux du droit en vigueur

a) Le droit à l'information de nature successorale des héritiers

En l'état actuel, le Code civil fait état en deux endroits d'un droit à l'information en matière successorale. D'une part, l'art. 607 al. 3 CC oblige « [l]es héritiers possesseurs de biens de la succession ou débiteurs du défunt [à] fournir à cet égard des renseignements précis lors du partage ». D'autre part, l'art. 610 al. 2 CC oblige les héritiers à « se communiquer, sur leur situation envers le défunt, tous les renseignements propres à permettre une égale et juste répartition ». Ces deux bases légales sont à mettre en parallèle⁵ ; en effet l'art. 610 al. 2 CC vient compléter l'art. 607 al. 3 CC⁶. Ce faisant, les héritiers sont tenus de s'informer mutuellement de tous les faits qui peuvent avoir une influence sur le partage de la succession. Quand bien même, à leur lecture, les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC imposent aux héritiers une obligation de renseignement, ces normes fondent un droit à l'information⁷. Chacun des héritiers peut s'en prévaloir personnellement : il s'agit d'un droit individuel. Le but poursuivi par les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC est que les héritiers disposent des mécanismes nécessaires pour provoquer le partage successoral et que ce dernier porte sur tous les biens successoraux⁸.

La portée personnelle des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC est plus étendue qu'indiquée dans la lettre de la loi : sont les sujets actifs et passifs de ces dispositions les héritiers et les acteurs successoraux (l'autorité intervenant dans le partage et les personnes susceptibles de prêter leur concours au règlement de la succession, à savoir l'exécuteur testamentaire, le représentant de la communauté héréditaire, l'administrateur et le liquidateur officiels), en ce qu'ils sont à la fois créanciers et débiteurs de l'information. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC pouvaient trouver application à l'égard des tiers non héritiers.

⁴ Ce paragraphe F. a été rédigé avec le concours de M. Raphaël ALLIMANN, avocat, qui est train d'écrire une thèse de doctorat sur « Le droit à l'information des héritiers à l'égard des mandataires professionnels. Comparaison du régime applicable au mandant avec celui applicable aux héritiers à son décès. ».

⁵ CS-HUBERT-FROIDEVAUX, art. 607 CC N 11.

⁶ Arrêt du TF 6B_696/2012, 6B_700/2012 du 8 mars 2013 cons. 7.4.2.

⁷ P.ex. arrêt du TF 5A_535/2014 du 20 mars 2015 cons. 2.1.

⁸ Arrêt du TF 6B_696/2012, 6B_700/2012 du 8 mars 2013 cons. 7.5.2.

Récemment, il a considéré que les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC, appliqués par analogie, garantissaient aux héritiers réservataires – à tout le moins – le droit d'obtenir des informations de la part de certains tiers⁹. Les tiers dont il est question sont des « tiers potentiellement lié[s] à l'héritier du point de vue du droit des successions, tel un donataire en rapport avec un [sic] éventuelle action en réduction », ou des tiers possesseurs de la succession¹⁰.

Les héritiers doivent se communiquer toutes les informations « qui peuvent objectivement apparaître comme propres à exercer une influence quelconque sur le partage »¹¹. Il peut s'agir de renseignements relatifs à des biens – même ceux dont le *de cuius* n'était que l'ayant droit économique¹² –, à des rapports juridiques ou à des faits¹³. L'obligation de communiquer des renseignements consiste en une obligation étendue¹⁴. Elle s'étend aux éléments précédant l'ouverture de la succession – tels que les libéralités faites par le *de cuius* de son vivant¹⁵ – sans être circonscrite à ceux qui sont postérieurs au décès du *de cuius*¹⁶.

Lorsque le droit à l'information est exercé à l'égard de tiers non héritiers, sa portée matérielle est restreinte. En effet, lesdits tiers ne sont pas tenus de communiquer des renseignements relatifs aux éléments antérieurs au décès du *de cuius*, mais uniquement des informations sur la situation de ce dernier telle qu'elle existe au moment de l'ouverture de la succession¹⁷.

b) Les instruments juridiques conférant un droit à l'information « dérivé » aux héritiers

Outre les moyens légaux précédemment examinés, qui confèrent un droit à l'information spécifique aux héritiers, le Code civil propose d'autres instruments juridiques susceptibles d'être exploités par les héritiers en vue d'obtenir, de manière « dérivée », des informations. Il s'agit des divers inventaires successoraux – à savoir l'inventaire officiel (art. 580 ss CC), l'inventaire conservatoire (art. 553 CC), l'inventaire établi dans le cadre de la liquidation officielle (art. 595 al. 2 CC) et l'inventaire établi dans le cadre de l'administration d'office – et du devoir de renseigner entre époux, respectivement entre partenaires enregistrés (art. 170 CC et 16 LPart).

En particulier, la question de savoir si le droit à l'information prévu par l'art. 170 CC – respectivement l'art. 16 LPart – subsiste ou non au-delà du décès du conjoint ou du partenaire enregistré fait l'objet de débats nourris¹⁸. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte¹⁹. Cela étant, il a considéré que l'application par analogie de l'art. 170 CC n'est envisageable qu'en dernier recours, uniquement dans l'hypothèse où ni un droit à l'information contractuel hérité, ni un droit aux renseignements intrinsèque au droit des successions, ne peuvent être motivés²⁰.

⁹ ATF 132 III 677 cons. 4.2.4, JdT 2007 I 611 ; arrêt du TF 5A_55/2016 du 11 avril 2016 cons. 4.2.

¹⁰ ATF 132 III 677 cons. 4.2.4, JdT 2007 I 611.

¹¹ ATF 132 III 677 cons. 4.2.1, JdT 2007 I 611 ; 127 III 396 cons. 3, JdT 2002 I 299 ; TF 5A_994/2014 du 11 janvier 2016 cons. 2.1 et 5.3 ; 5A_316/2009 du 2 juillet 2009 cons. 4.3 ; 5C.158/2006 du 23 mars 2007 cons. 3.2.

¹² Arrêt (destiné à la publication) du TF 4A_340/2015 du 21 décembre 2015 cons. 3.1.3 ; 5A_284/2013 du 20 août 2013 cons. 4.2.

¹³ Arrêt du TF 6B_696/2012, 6B_700/2012 du 8 mars 2013 cons. 7.4.2.

¹⁴ ATF 127 III 396 cons. 3, JdT 2002 I 299.

¹⁵ ATF 127 III 396 cons. 3, JdT 2002 I 299 ; 99 III 41 cons. 3, JdT 1974 II 107.

¹⁶ ATF 99 III 41 cons. 3, JdT 1974 II 107.

¹⁷ STEINAUER Paul-Henri, *Le droit des successions*, 2^{ème} éd., Berne 2015, p. 466 N 869a, et les réf. citées en note 18. A ce propos, voir not. l'ATF 118 II 264, résumé in : JdT 1995 I 125.

¹⁸ Favorables à la survie du droit : BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER art. 170 CC N 6 ; BSK-SCHWANDER, art. 170 N 6. Opposés : CR CC I-LEUBA, art. 170 CC N 3 ; DESCHENAUX Henri / STEINAUER Paul-Henri / BADDELEY Margareta, *Les effets du mariage*, 2^{ème} éd., Berne 2009, p. 171 N 264 ; THORENS-ALADJEM Sophie, *Les différentes mesures en cas de dissolution de la communauté de vie*, in : Guillod Olivier / Leuba Audrey (édit.), *Le droit de la famille dans tous ses états*, Neuchâtel/Genève 2014, p. 95 ; ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, art. 170 CC N 8.

¹⁹ Arrêt du TF 5C.276/2005 du 14 février 2006.

²⁰ ATF 132 III 677 cons. 4.2.4, JdT 2007 I 611.

c) *Cas particuliers : les relations de mandat dans lesquelles le mandataire est lié par une obligation de secret*

En principe, le mandat survit au décès du mandant. Le mandataire devient alors lié aux héritiers du mandant. En effet, en raison de l'universalité de la succession, les héritiers sont subrogés au défunt dans tous les droits et toutes les obligations patrimoniales de celui-ci (art. 560 CC) et, par conséquent, également dans le droit d'obtenir la reddition de comptes relative aux rapports contractuels. Ainsi, le droit à la reddition de comptes, et donc le droit aux renseignements sur les relations contractuelles du *de cuius*, passe à ses héritiers²¹. Les héritiers du mandant peuvent donc introduire contre le mandataire une action en reddition de comptes – celle-là même que le *de cuius* pouvait exercer – fondée sur l'art. 400 al. 1 CO.

Certaines relations de mandat ont ceci de particulier que le mandataire est lié par une obligation de secret. C'est en particulier le cas pour les relations bancaires, pour les relations avec un avocat et pour les relations avec un médecin. La complémentarité entre les fondements successoraux susmentionnés et le fondement contractuel (concrétisé par l'art. 400 al. 1 CO) du droit à l'information, avec la problématique sous-jacente de l'opposabilité du secret par le mandataire, n'est pas sans poser de difficultés. Un aperçu de la situation relative à chacune des relations de mandats précitées est proposé ci-après.

i. La relation bancaire

En principe, dans le cadre d'un rapport juridique « de base » avec l'établissement bancaire, le mandat survit au décès du mandant. La banque demeure donc mandataire des héritiers de son client décédé, de sorte que ceux-ci peuvent agir en reddition de comptes (art. 400 al. 1 CO). Dans la mesure où le secret bancaire n'était pas opposable au défunt, il ne l'est pas non plus à ses héritiers²².

L'existence de véhicules successoraux – à savoir le recours notamment à un trust ou à une fondation – interpose entre les héritiers et certains des biens dont le *de cuius* était l'ayant droit économique des structures empêchant la création de liens juridiques directs entre eux. Dans la mesure où il n'y a, du vivant de l'ayant droit économique, aucune relation de mandat entre celui-ci et les structures détentrices de son patrimoine, le *de cuius* ne dispose d'aucun droit contractuel à l'information²³. Les héritiers ne peuvent donc pas succéder dans un éventuel droit contractuel du défunt aux renseignements²⁴. Lorsque l'héritier se prévaut d'un droit à l'information sur des avoirs dont le défunt était seulement l'ayant droit économique, il ne peut se prévaloir que d'un droit successoral²⁵. Le Tribunal fédéral a néanmoins laissé ouverte la question relative au bienfondé d'une telle demande de renseignements²⁶. Il a pourtant admis qu'un héritier réservataire est en droit de requérir d'un tiers « potentiellement lié à l'héritier du point de vue du droit des successions » les informations nécessaires à une détermination approximative de la masse successorale²⁷.

²¹ CR CO I-WERRO, art. 400 CO N 5a.

²² Pour tout le paragraphe : p.ex. ATF 136 III 461 cons. 4, JdT 2010 I 432 ; 133 III 664 cons. 2.5 et 2.6, résumé in : SJ 2008 I 98 ; 89 II 87 cons. 6.

²³ ATF 100 II 200 cons. 8 et 9 ; TF 5A_638/2009 du 13 septembre 2010 cons. 4.1 ; 4C.108/2002 du 23 juillet 2002.

²⁴ ATF 136 III 461, JdT 2010 I 432.

²⁵ ATF 138 III 728 cons. 3.5 ; TF 5A_947/2013 du 2 avril 2014 cons. 3.3.4.1.

²⁶ ATF 138 III 354.

²⁷ ATF 132 III 677 cons. 4.2.4 *in fine*, JdT 2007 I 611.

ii. La relation avec un avocat

Bien que le droit à la reddition de comptes (art. 400 al. 1 CO) subsiste après la fin du mandat et se transmette aux héritiers du mandant en vertu de l'art. 560 CC, le secret professionnel de l'avocat est opposable à ceux-ci. Ce secret fait dès lors échec à l'action en reddition de comptes lorsqu'elle est intentée par les héritiers du client et qu'elle porte sur des renseignements que l'avocat avait recueillis dans son activité professionnelle spécifique. En effet, les art. 321 CP et 13 LLCA priment les règles générales du contrat de mandat²⁸.

iii. La relation médicale

Le médecin a le devoir de garder le secret après la mort de son patient, titulaire du secret²⁹. Les héritiers ne peuvent pas se prévaloir du droit à la consultation du dossier dont bénéficiait le patient décédé, dans la mesure où il s'agit d'un droit strictement personnel intransmissible³⁰. Ils ne peuvent exiger l'accès au dossier médical du défunt que s'ils bénéficient d'un droit et d'un intérêt digne de protection qui leur sont propres³¹.

II. Remarques et critiques relatives au droit à l'information dans le droit en vigueur

L'intérêt des héritiers à l'information est notoire. Ceux-ci ne peuvent, en effet, exercer leurs droits successoraux que s'ils ont connaissance de certains éléments déterminants, tels que la teneur et l'étendue du patrimoine successoral, ainsi que la capacité de discernement du *de cuius* lors de la rédaction de son testament. Le droit en vigueur ne prévoit qu'un droit à l'information mutuel des héritiers (art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC).

La situation relative à l'obligation des tiers de renseigner, telle qu'elle résulte de la loi, n'est pas satisfaisante. Les héritiers ne disposent à leur égard que d'un droit à la reddition de comptes de nature contractuelle (art. 400 al. 1 CO), invocable lorsque le *de cuius* était lié par un contrat de mandat. Les héritiers semblent pouvoir faire valoir ce droit individuellement³². A rigueur de la loi, il n'existe aucun droit à l'information de nature successorale des héritiers à l'égard des tiers.

Le recours à la reddition de comptes (art. 400 al. 1 CO), en tant que droit à l'information de nature contractuelle, ne permet pas toujours de pallier l'absence de droit à l'information de nature successorale qui serait susceptible d'être exercé à l'égard des tiers. D'une part, l'art. 400 al. 1 CO ne peut pas être invoqué dans les situations dans lesquelles le défunt n'était lié par aucune relation de mandat avec le tiers concerné, telles que celles dans lesquelles il n'était que l'ayant droit économique des avoirs au sujet desquels des renseignements sont demandés. D'autre part, l'obligation de rendre compte peut avoir été supprimée par le *de cuius*³³. Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux différentes relations de mandat dans lesquelles le mandataire est lié par une obligation de secret, on ne constate pas un raisonnement juridique uniforme relatif à la reconnaissance aux héritiers d'un droit à l'information à l'égard des tiers. Des différences, qui sont fonction de la relation de mandat concernée, existent. Une application par analogie des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC est privilégiée par la jurisprudence et la doctrine en vue de conférer aux héritiers un droit à l'information successorale à l'égard des tiers. Le droit des héritiers à obtenir des

²⁸ Pour tout le paragraphe : ATF 135 III 597.

²⁹ Arrêt du TF du 3 novembre 1989, RDAF 1990 p. 45 ss ; 2P.339/1994 du 26 avril 1995, SJ 1996 293.

³⁰ Arrêt du TF du 3 novembre 1989, RDAF 1990 p. 45 ss.

³¹ A ce propos : arrêt du TF 1P.359/2001 du 1^{er} octobre 2001 ; 2P.339/1994 du 26 avril 1995, SJ 1996 p. 293.

³² Arrêt du TF 5C.14/2003 du 3 juillet 2003 cons. 2.1, qui se réfère aux ATF 74 I 485 cons. 1b et 89 II 87 cons. 6. Voir aussi, CR CO I-WERRO, art. 400 CO N 9 ; STEINAUER, *op. cit.*, p. 636 s. N 1246c.

³³ Une convention ayant cette teneur est en principe valable en droit des obligations : ATF 137 III 393, SJ 2012 I 137, JdT 2012 II 168 ; 132 III 460, SJ 2006 I 607.

renseignements à propos de biens dont le défunt était l'ayant droit économique demeure malgré tout incertain³⁴.

La recherche d'une base légale permettant aux héritiers de réclamer des renseignements de la part de tiers est rendue inévitable au regard de la situation législative actuelle. Plusieurs pistes ont d'ores et déjà été explorées par la doctrine et la jurisprudence : l'application des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC par analogie ; la possibilité pour les héritiers de se prévaloir « directement » des art. 581 al. 2 et 553 CC à l'encontre des tiers en lieu et place de l'autorité ; l'application de l'art. 170 CC après le décès du conjoint ; le recours aux art. 8 LPD et 1 al. 7 OLPD. Les nombreux arrêts rendus par le Tribunal fédéral en matière de droit à l'information successorale depuis le début du siècle démontrent qu'il existe bel et bien un besoin de clarté législative.

Il semble par conséquent parfaitement justifié d'introduire un nouvel article relatif au droit à l'information dans le droit des successions. Il existe en effet une lacune dans la loi, dès lors qu'il existe des incertitudes et des controverses dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier lorsque le droit à l'information se heurte à des secrets légaux. Par conséquent, nous approuvons l'introduction d'une nouvelle réglementation relative à l'obligation pour les tiers d'informer les héritiers.

III. Remarques et critiques relatives à la proposition d'art. 601a AP-CC

L'avant-projet propose l'introduction d'un nouvel art. 601a AP-CC relatif au droit à l'information successorale.

a) Remarques de portée générale

La base légale projetée peut sans conteste trouver place dans un nouveau chapitre VI (« Droit à l'information ») du titre seizième du CC (« Des effets de la dévolution »). On peut également concevoir qu'elle soit introduite dans le titre dix-septième (« Du partage »), chapitre premier (« De la succession avant partage »), nouvelle lettre B modifiée (« Droit à l'information successorale »), dans la mesure où le droit à l'information porte sur des éléments (notamment la constitution du patrimoine successoral) qui sont destinés à être pris en compte lors du partage.

Nous approuvons le fait que le droit à l'information de nature successorale, tel que prévu par l'art. 601a AP-CC, est attribué aux ayants droit par le droit civil matériel, et non par le droit de procédure.

b) Portée personnelle de l'obligation d'informer

Par les termes « [q]uiconque peut faire valoir une prétention successorale », l'art. 601a al. 1 AP-CC reconnaît un droit à l'information aux héritiers réservataires, légaux et institués. En outre, il étend le cercle des bénéficiaires aux légataires (ce qui est une nouveauté au regard du texte des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC). Nous soutenons cette proposition de ne pas limiter la légitimation active aux seuls héritiers. En revanche, la question se pose de savoir si ceux qui ne savent pas s'ils peuvent ou non faire valoir une prétention successorale, notamment ceux qui n'ont qu'une expectative successorale, ont la possibilité de se prévaloir de l'art. 601a AP-CC. Au regard de la teneur de l'art. 601a AP-CC, il apparaît que la volonté du législateur est d'inclure dans le cercle des bénéficiaires les héritiers exhérités ou déshérités par une disposition pour cause de mort, de même que les légataires finalement exclus par une telle disposition, dans la mesure où ils bénéficient – malgré tout – d'une prétention successorale tant qu'ils ont la possibilité de contester l'acte qui les a exclus. Bien que l'alinéa 2 semble préciser quelque peu le régime des héritiers provisoires, il

³⁴ ATF 138 III 354 ; 132 III 677 cons. 4.2.4 *in fine*, JdT 2007 I 611 ; ACJC 895/2003 du 10 septembre 2003 et ACJC/318/03 du 20 mars 2003, tous deux résumés in : RSDA 2004 p. 334 ss.

appartiendra à notre sens aux tribunaux de déterminer si les héritiers virtuels et provisoires peuvent se prévaloir de l'art. 601a AP-CC.

Le droit à l'information peut être dirigé contre les « successeurs et [les] tiers ayant géré, possédé ou reçu des valeurs du défunt ». La notion de « successeurs » est nouvelle dans la législation relative au droit des successions. En effet, elle n'est utilisée en aucun endroit du livre troisième (« Des successions ») du Code civil. Nous émettons un doute quant à l'opportunité de son emploi, qui est susceptible de porter à confusion. Cette notion paraît englober la notion d'héritier, sans y être limitée. Elle semble comprendre tant les héritiers que les légataires, ainsi que toute autre personne ayant – à un moment ou à un autre – une prétention dans la succession (tel que l'appelé à une substitution fidéicommissaire). Ce faisant, la notion de « successeurs » doit être précisée, à tout le moins dans le Message. En outre, la formulation de la disposition ne permet pas de savoir si, en vue d'obtenir des renseignements des successeurs, ceux-ci doivent avoir géré, possédé ou reçu des valeurs du défunt ou si cette condition ne s'adresse qu'aux tiers.

S'agissant en particulier des tiers, la portée personnelle passive est claire et sans équivoque. Les tiers concernés par l'obligation d'informer sont les institutions bancaires et les gérants de fortune ; semblent également visés les *trustees*, les fondations et les sociétés de capitaux. Ainsi, l'art. 601a AP-CC instaure un régime juridique extraordinaire imposant à toutes entités entrées en contact avec les valeurs du *de cuius* – même celles qui sont liées par le secret, notamment le secret bancaire – une obligation absolue d'informer. Les héritiers se voient ainsi conférer la possibilité d'obtenir toute information utile en lien avec la fortune du *de cuius* indépendamment de l'existence ou non d'une relation contractuelle entre le tiers et le défunt, ce que nous saluons. Cette obligation d'informer suscitera cependant des difficultés pratiques à l'égard de personnes ou d'entités qui ont un devoir de secret en application d'un droit étranger. En outre, on peut regretter que l'art. 601a AP-CC n'impose pas aux tiers qui n'auraient pas été en contact avec des valeurs du défunt une obligation de communiquer des informations. Il en va notamment ainsi des tiers actifs dans les professions médicales, ainsi que – en principe – des avocats, lorsqu'ils agissent dans l'exercice dans leur profession. Ces différents corps de métier pourront donc librement opposer leur secret professionnel.

c) Portée matérielle de l'obligation d'informer

La formulation « informations [...] permettant d'établir l'étendue de ses droits » semble correspondre à la portée actuellement consacrée par les tribunaux. Par cette teneur, l'art. 601a AP-CC octroie aux personnes ayant des droits dans la succession un droit à l'information suffisamment étendu pour leur permettre de faire valoir intégralement leurs droits dans la succession.

Dans les domaines visés par l'art. 601a AP-CC, l'étendue du droit à l'information est en principe similaire que ce droit soit exercé par le défunt de son vivant ou par ses héritiers à son décès. Une égalité de traitement est dès lors consacrée. En réalité, à certains égards, le droit à l'information est même plus étendu pour les héritiers : ceux-ci sont susceptibles d'obtenir des informations d'un *trustee*, en tant que « tiers ayant géré, possédé ou reçu des valeurs du défunt », alors que le défunt – en sa qualité de constituant du trust (*settlor*) – n'a, selon le type de trust constitué, aucun droit de regard sur les avoirs qu'il a transférés au trust. Mais il appartiendra aux tribunaux de gérer le conflit entre l'obligation de renseigner de l'art. 601a AP-CC et le devoir de confidentialité s'imposant au *trustee* en application de la loi étrangère régissant le trust.

d) Portée temporelle de l'obligation d'informer

Par l'affirmation selon laquelle « [l]e droit existe aussi longtemps qu'existe la prétention successorale » (art. 601a al. 2 AP-CC), le législateur admet que le droit à l'information peut perdurer après le partage. Ce faisant, le droit à l'information successorale devrait subsister tant que la rescision du partage (art. 638 CC) est possible.

e) *Opposabilité du secret*

L'art. 601a al. 3 AP-CC prévoit que « [...] le secret professionnel ne peut être opposé aux personnes ayant droit à l'information ». Le droit à l'information de nature successorale prévu est donc absolu. Le droit légal impératif consacré par l'art. 601a AP-CC a force de loi face à l'obligé au secret professionnel ; en effet, l'art. 47 al. 5 LB – respectivement l'art. 321 ch. 3 CP – réserve les obligations légales de révéler. Au regard de ces dernières dispositions, l'on peut se demander si l'al. 3 *in fine* est bien nécessaire. En outre, il appartiendra aux tribunaux de déterminer, cas échéant, si l'art. 601a al. 3 AP-CC fait partie de l'ordre public international.

Ainsi, dans la mesure où les banques sont visées par l'art. 601a AP-CC, les institutions bancaires ne peuvent pas opposer leur secret bancaire. Cela correspond à la situation telle qu'elle est aujourd'hui concrétisée par les tribunaux lorsque, s'agissant d'une relation bancaire « standard », il est recouru au fondement contractuel du droit à l'information par l'application de l'art. 400 al. 1 CO. A cet égard, la teneur de l'art. 601a AP-CC se justifie. Elle permet également de mettre un terme aux problématiques rencontrées par les héritiers désireux d'obtenir des informations relatives à des avoirs dont le défunt était l'ayant droit économique.

On relèvera que l'art. 601a AP-CC ne prévoit pas une interprétation uniforme – pourtant souhaitable – quant à l'obligation d'informer des différents mandataires professionnels (banques, avocats, médecins). La teneur de l'art. 601a AP-CC consacre en effet la volonté du législateur de protéger les secrets médicaux et professionnels, tout en abandonnant le secret bancaire. Cela se justifie, d'une part, au regard du contexte sociojuridique actuel (notamment eu égard à l'abandon du secret bancaire international) et, d'autre part, au regard des intérêts protégés par les secrets concernés : le secret médical et professionnel protègent un intérêt supérieur (la sphère intime) que celui protégé par le secret bancaire (le patrimoine). Néanmoins, la question mérite d'être examinée de savoir s'il ne conviendrait pas d'étendre la portée personnelle passive de l'obligation d'informer en optant pour une rédaction de l'art. 601a AP-CC permettant d'inclure également les avocats et les médecins, lesquels sont susceptibles de détenir de nombreuses informations déterminantes pour le règlement de la succession. L'absence de proposition législative pour régler la problématique du droit des héritiers à obtenir de la part de tiers des informations n'ayant pas une nature purement économique (p.ex. la capacité de discernement du *de cuius* lors de la rédaction de son testament) est regrettable. La situation juridique à ce propos n'est pas claire et suscite des débats nourris.

Par ailleurs, se pose la question de savoir s'il ne serait pas raisonnable de prévoir une réserve relative aux secrets d'affaires ou aux faits strictement personnels tombant dans la sphère intime du défunt. Une telle réserve serait en adéquation avec la jurisprudence actuelle relative aux art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC puisqu'il semblerait, à la lecture de l'ATF 90 II 365 cons. 3d³⁵, que l'obligation de renseigner fondée sur ces dispositions légales ne s'impose pas lorsque sont concernés des faits strictement personnels qui devraient être gardés secrets³⁶ ou des secrets d'affaires. En outre, en matière contractuelle, il est admis que le droit à l'information fondé sur la reddition de comptes (art. 400 al. 1 CO appliqué en lien avec l'art. 560 CC), ne peut pas être exercé s'il porte sur des faits de nature strictement personnelle que le défunt aurait confiés à son mandataire³⁷.

³⁵ Traduit in : JdT 1965 I 325.

³⁶ Voir à ce propos aussi l'ATF 82 II 567, JdT 1957 I 137.

³⁷ ATF 135 III 597 cons. 3.4 (s'agissant de l'opposabilité du secret professionnel de l'avocat) ; 133 III 664 cons. 2.5, SJ 2008 I 98 (s'agissant de l'opposabilité du secret bancaire).

f) *Restriction du droit à l'information*

Selon l'art. 601a al. 3 AP-CC « [l]e droit à l'information des héritiers réservataires ne peut être supprimé par testament [...] ». Une partie de la doctrine³⁸ considère – à propos du régime successoral actuel – que le *de cuius* ne peut pas valablement dispenser un héritier de l'obligation d'informer prévue aux art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC ni lui ordonner de ne pas le respecter ; une telle exemption émanant du défunt ne déploierait aucun effet. La restriction prévue à l'art. 601a al. 3 AP-CC se justifie donc dans son principe.

Il convient toutefois de se demander pourquoi le droit à l'information des seuls héritiers réservataires, et non celui – entre autres – des héritiers légaux et/ou institués, ne pourrait pas être supprimé par testament. Cette inégalité de traitement semble difficile à justifier. En outre, la précision selon laquelle le droit ne peut pas être supprimé « par testament » paraît superfétatoire, à moins que la volonté du législateur soit de permettre la suppression du droit à l'information par pacte successoral.

g) *Implications en matière de procédure civile*

A notre sens, la mise en œuvre judiciaire du droit à l'information successorale prévu à l'art. 601a AP-CC doit être facilitée. A cette fin, nous suggérons qu'elle intervienne dans le cadre de la procédure sommaire en vertu des art. 248 ss CPC. Il apparaît dès lors opportun de prévoir un nouveau chapitre intitulé « exercice du droit à l'information successorale » prenant place à l'art. 249 let. c CPC.

h) *Quel avenir pour les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC ?*

Le choix du législateur porte sur le maintien, en l'état, des art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC en complément de l'art. 601a AP-CC. Dans la mesure où l'art. 601a AP-CC permet à « [q]uiconque [pouvant] faire valoir une prétention successorale [...] d'obtenir des successeurs [...] des informations lui permettant d'établir l'étendue de ses droits », il apparaît que le droit à l'information mutuel consacré aux art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC est implicitement compris dans l'art. 601a AP-CC. Il en résulte que les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC n'auront plus de portée lorsque les tiers obligés auront « géré, possédé ou reçu des valeurs du défunt » (art. 601a al. 1 AP-CC).

Cette conclusion ne vaut que pour l'examen de l'art. 601a AP-CC sous le prisme de la gestion, de la possession et de la réception de valeurs du défunt par le tiers. Au regard de la teneur de l'art. 601a AP-CC, il peut être soutenu que les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC pourront malgré tout toujours être appliqués par analogie par les tribunaux pour les cas dans lesquels des informations sont requises de tiers qui n'auraient pas « géré, possédé ou reçu des valeurs du défunt » (al. 1). Il en va ainsi, par exemple, de la reconnaissance d'un droit à l'information aux héritiers à l'égard des médecins pour le cas notamment où ils souhaitent déterminer si le *de cuius* avait la capacité de discernement au moment où il a rédigé un testament olographe.

Néanmoins, une confusion découle de la complémentarité de l'art. 601a AP-CC avec les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC. En effet, compte tenu de l'introduction de cet article – qui consacre exclusivement le droit à l'information à l'égard principalement d'institutions bancaires et de gérants de fortune –, il apparaît que le législateur n'a voulu conférer un droit à l'information qu'à l'égard de « tiers ayant géré, possédé ou reçu des valeurs du défunt » tout en refermant la possibilité résiduelle pour les héritiers d'invoquer les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC à l'égard des autres tiers. Cela signifie que les tribunaux n'auront vraisemblablement plus la possibilité d'appliquer par analogie les art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC à l'égard des tiers, comme ils avaient commencé à le faire. A cet égard, l'introduction de l'art. 601a AP-CC confère moins de droits aux héritiers que la jurisprudence relative au droit à l'information ne serait susceptible d'en accorder à l'avenir.

³⁸ CS-MAIRE, art. 610 CC N 25 ; GAUTHIER, Note relative à l'ATF 90 II 365, in : JdT 1965 I 333, N 5 et 6.

IV. Conclusion sur le droit à l'information successorale

Il existe un besoin de clarté législative, qui se cristallise par l'introduction dans le livre troisième (« Des successions ») du Code civil d'une base légale conférant un droit à l'information de nature successorale.

L'art. 601a AP-CC projeté permet de combler une lacune de la législation. Son introduction constitue une mise en conformité bienvenue de la législation avec la jurisprudence actuelle relative au droit à l'information des héritiers à l'égard des tiers concernant le patrimoine du défunt. S'agissant en particulier de l'obtention de renseignements quant aux avoirs dont le *de cuius* n'était que l'ayant droit économique, l'art. 601a AP-CC projeté anticipe même le développement futur vraisemblable de la jurisprudence en accordant un droit à l'information inconditionnel.

Nous regrettons cependant que l'art 601a AP-CC prévoie un droit à l'information successorale uniquement à l'égard des tiers ayant été en contact avec des valeurs du *de cuius*. Il aurait, à notre sens, été opportun d'introduire une nouvelle base légale conférant aux intéressés un droit à l'information à l'égard de tous les tiers susceptibles de renseigner, non seulement sur le patrimoine successoral, mais également sur d'autres éléments déterminants pour la succession, tels que la capacité de discernement du *de cuius* lors de la rédaction de son testament.

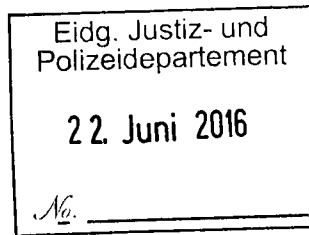
* * * * *

En vous remerciant de l'attention portée aux présentes, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.



Florence Guillaume

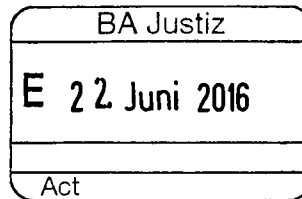
Professeur de droit civil et de
droit international privé



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

Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid
Ordinarius
Telefon +41 44 634 48 40
peter.breitschmid@rwi.uzh.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
zHv Frau Bundesrätin S. Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern



Zürich, 20. Juni 2016

Vernehmlassung zur Änderung des ZGB (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

1 An sich sehe ich mich nicht wirklich legitimiert, an dieser Vernehmlassung teilzunehmen, nachdem Sie mir bereits im Vorfeld Gelegenheit gegeben hatten, mich durchaus breit vernehmen zu lassen. Indes war mir schon damals nicht ganz wohl, weil die dreifache Einzelsicht untereinander nicht vernetzter und bewusst zu Autonomie angehaltener Experten zwangsläufig ein unstrukturiertes Ergebnis hervorbringen musste. Und heute zweifle ich – auch nach etlichen Diskussionen mit vielfältigen „interessierten Kreisen“ während der (naturgemäss knappen) Vernehmlassungsdauer –, dass dem Vorentwurf gelungen ist, eine abschliessende und umfassende Struktur in das Ganze zu bringen. Gestatten Sie mir aus dieser Perspektive einige subjektive und bewusst eklektisch-punktuellen Bemerkungen:

2 Der Vorentwurf ist als Ganzes insofern durchaus positiv zu würdigen, als er die Sache überhaupt in Bewegung bringt. Auch konnten die Verfasser des Vorentwurfs davon ausgehen, dass dieser nicht tel quel zum Gesetz erhoben würde und eine *Diskussion anzustossen* unverzichtbar sei. Indes ist die Heterogenität verschiedener Einzeleingriffe deutlich unterschiedlicher Tragweite doch erstaunlich – insbesondere wenn man berücksichtigt, dass die auslösende Motion Gutzwiller eine **Besserstellung von Nicht-Status-Beziehungen** (wenn auch keine Gleichstellung mit der Ehe) anstreben wollte und sollte.

3 Gerade *diesem* zentralen Anliegen trägt der Vorentwurf m.E. nur **sehr unzulänglich**, in knausriger und konflikträchtiger Form Rechnung. Er ist zwar im Gegensatz zum derzeitigen Zustand der „Sicherheit, dass es nichts gibt“, eine gewisse Verbesserung, indem Hoffnung besteht, dass es „etwas“ geben könnte, aber diese „Hoffnung“ ist in einem Masse diffus, das der Rechtssicherheit in hohem Masse abträglich ist. Zwar halte ich die offenen Formulierungen in VE 484a für sinnvoll (und gesetzgebungsmethodisch mit dem Wesen des ZGB vereinbar, das nur dank seiner notorischen „Elastizität“, die sich aus Bestimmungen wie ZGB 4 ergibt, so lange Bestand haben konnte). Gerade die „fixen Rahmenbedingungen“ (Zeitdauer des Zusammenlebens) schaffen indes beträchtliche Risi-

ken, ohne umgekehrt wirklich einen Qualitätsgewinn zu ermöglichen, und es zeigt die alltägliche Praxis zu ZGB 125 (nachehelicher Unterhalt), dass es sehr bald Gerichten aller Instanzen durchaus gelungen war, aus einem Kriterienkatalog eine konsistente und voraussehbare Rechtsprechung zu entwickeln (bei allerdings wohl grösseren Fallzahlen, was durchaus einzuräumen ist). Der Unterschied und der zentrale Mangel der Nachbeziehungsversorgung Unverheirateter bei Beziehungsauflösung durch Tod liegt mE darin, dass das vorgeschlagene gerichtlich einzufordernde Unterhaltsvermächtnis als subsidiäres Auffangbecken für „Notfälle“ an den erweiterten verfügbaren Spielraum anknüpft. Dem liegen allerdings *falsche* Vorstellungen über das schweizerische (oder überhaupt: kontinentale) Testierverhalten zugrunde: Konkubinatspaare (oder auch andere Gemeinschaften erwachsener Personen) mögen bisweilen aus steuerlichen Gründen unverheiratet sein; daraus einen *bewussten* Nicht-Begünstigungsentscheid ableiten zu wollen, geht gerade bei jüngeren Paaren (etwas anderes mag bei Alterskonkubinaten gelten, die bewusst zu Gunsten von Nachkommen aus früheren Beziehungen auf Heirat verzichten) nicht an – vielmehr ist solchen Paaren die Frage schlicht „noch zu weit weg“. Kurzum: Das bisherige schweizerische Erbrecht hatte für bisherige Beziehungsmuster *ohne Testamente funktioniert*, und das muss für (heute) typische Beziehungssituationen auch weiterhin gelten, weshalb eine (durchaus als Vermächtnis auszurichtende) Quote von Gesetzes wegen vorzusehen ist.

4 Der **Umfang von Ehegatten- und Nachkommenanteilen und -pflichtteilen** ist letztlich gesellschaftlich-politisch zu entscheiden; ob eine Kürzung des Ehegattenpflichtteils um die *Hälfte*, der Nachkommenpflichtteile um einen *Drittel* der Mehrheitsauffassung bzw. dem durchschnittlichen Testierverhalten entspricht, dürfte sich aus „politischen“ Stellungnahmen ergeben. – Dabei wird zu bedenken sein: In einer Gesellschaft mit deutlich höherer Lebenserwartung und sozialrechtlicher Absicherung des Alters (auf künftig allenfalls weniger gesichertem Komfortlevel?) ist der *devolutive* Effekt des Erbrechts trotz allem nicht zu unterschätzen; Nachkommen sollen bei ausreichendem Vermögen durchaus schon beim Tod des erstversterbenden Elternteils ein Startkapital (und sei es biografisch für die Ausbildung und Ausstattung der Enkel zu nutzen) erhalten, jedenfalls bei grösseren Nachlässen. Es fragt sich mE nach wie vor (dazu Rz 5), ob nicht *unterschiedliche* Beteiligungsanteile bei *unterschiedlichen* Vermögenskategorien ernsthaft zu erwägen wären (allenfalls durchaus nur in Form einer weitreichenden gesetzlichen Begünstigung, allenfalls einschliesslich eines *pauschalierten güterrechtlichen* Anteils, bei Nachlässen unterhalb der durchschnittlichen Nachlasshöhe, womit dem durchschnittlichen Testierverhalten und der ausreichenden Versorgung gerade bei jenen Nachlässen Rechnung getragen würde, die regelmässig keine aufwendige Beratung geniessen).

5 Der Vorentwurf versucht politisch klug, nicht an Tabus zu rühren und keine systemrelevanten Beeinflussungen vorzunehmen (was allerdings beim Versorgungsvermächtnis – mit wenig Erfolg – an Grenzen stösst, Rz 3). Wenn ich nun allerdings soeben für unterdurchschnittliche Nachlässe für pauschalierende (und vereinfachende) Ansätze plädiert habe (Rz 4), ist das **Tabu der Gleichbehandlung unabhängig von der Nachlasshöhe** angesprochen. Wenn man einerseits beklagt, dass sich der gesellschaftliche „Spread“ ständig ausweite, kann ihn der Gesetzgeber mE nicht völlig ignorieren. Und der Gesetzgeber *hat bereits* Kategorienbildungen vorgenommen: Die Zuweisungs- („geeigneter Selbstbewirtschafter“) und Bewertungsregeln des landwirtschaftlichen Erbrechts (Ertrags- statt Verkehrswert) sind Ansätze eines Unternehmenserbrechts und insofern eine Ungleichbehandlung, die indes an qualifiziert ungleiche Ausgangslagen anknüpft. Spezialnormen für Unternehmensnachlässe, Nachlässe in unteren oder in deutlich höheren Vermögenssegmenten, die an die jeweiligen Bedürfnislagen anknüpfen, könnten deshalb einen deutlichen Gerechtigkeitsgewinn ohne komplexe Planungsinstrumente oder zur Erleichterung einer unvermeidlichen individuellen Planung ermöglichen.

6 Untrennbar mit der Frage des Umfangs der Begünstigung verknüpft sind Fragen um die Berücksichtigung **lebzeitiger Transaktionen** (einschliesslich der *Wertbestimmung*), die Koordination und Abstimmung mit **ehelichem Güterrecht** und **vorsorgerechtlichen Vorkehren**; diese Teile des Vorentwurfs sind ohne Zweifel noch nicht „Endfassung“ und bedürfen einer umfassenden Aufarbeitung. Die praktische Bedeutung ist beträchtlich, denn – wie im Zusammenhang mit den Informationsansprüchen vom begleitenden Bericht zu Recht moniert wird – nimmt die Bedeutung des Pflichtteils zu, wenn er reduziert wird. Der Gesetzgeber ist hier klar gefordert, aber nicht als Einzeltäter, sondern unter Auswertung des Meinungsspektrums und zwingender fachlicher Prämissen (die wiederum – mit Blick auf die Bedeutung des „Restpflichtteils“ – gebieten, *Umgehungsgeschäfte* zu sanktionieren: ein kritischer Blick auf möglichen Rechtsmissbrauch dort, wo versicherungstechnische Risikoaspekte nur vorgeschoben und versicherungs- und vorsorgerechtliche Institute zur „asset protection“ eingesetzt werden, ist geboten).

6 Dass der Gesetzgeber die verflachende **Urteilsfähigkeit** und die damit verbundenen Rechtsfragen aufgreift, ist unverzichtbar, wie ein Blick in die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung auf einen Blick erkennen lässt: es liegt hier klar ein „*Unfallschwerpunkt*“. Indes finde ich persönlich Erbschleicherei gleichermassen störend, unabhängig davon, ob sich der „Schleicher“ seinem Opfer auf beruflichen oder privaten Kanälen genähert hat: Berufliche Beziehungen können (auch) zu privaten werden, und private können geschäftliche Fortsetzung finden. Gleichzeitig ist auch deshalb vorsichtig vorzugehen, weil nicht jede (für Aussenstehende möglicherweise eigentümliche) persönliche Beziehung erbschleicherisch ist, und Zuwendungen von Todes wegen mögen bisweilen etwas willkürliche Prägungen von nicht immer lückenlos nachvollziehbarer Sympathie aufweisen, ohne deshalb missbräuchlich zu sein. Der Ansatz des Vorentwurfs, mit betraglichen Plafonierungen zu operieren, überzeugt deshalb. Indes scheint mir, dass das erblasserische „Begünstigungsvolumen“ in einer Funktion zum verfügbaren Nachlass steht, weshalb sich die *Plafonierung* klar auf die verfügbare Quote und nicht ohne weiteres auf die *Höhe des Nachlasses* zu beziehen hat.

7 Weil die gesetzliche Erbfolgeordnung, die Höhe der Pflichtteile, aber auch die Erbschleicherei (familien-)politische Themen sind, steht etwas zu befürchten, dass „**technische Einzelheiten**“ des über hundertjährigen Gesetzes nicht die nötige Geduld und Aufmerksamkeit finden. Auf die Gefahr hin, mich zu wiederholen, betrifft dies z.B. die Frage einer **Stundung von Pflichtteilsansprüchen**, wie sie für güterrechtliche Beteiligungs- und Mehrwertanteile seit einer Generation selbstverständlich sind. Und auch die ohne Grund unterschiedlichen **Fristen** zur *Ausschlagung* bzw. zum Gesuch um ein *öffentliches Inventar* bleiben unangetastet, ebenso wie die drückenden Verwirkungsfristen von ZGB 521 bzw 533, die durch den Vorentwurf unverständlicher Weise und ohne Begründung noch prononciert werden. Solche „Details“ können in Einzelfällen durchaus ungefreute und kaum erklärbare Folgen für die Beteiligten haben, und sie erfordern deshalb *Aufmerksamkeit im Rahmen einer generellen „Aufräumungsaktion“*.

8 Das gilt mE nach wie vor auch für die Detailfrage der **Familienstiftung**; Sie hatten im frühen Stadium der Überlegungen noch nach diesem Punkt gefragt, ohne dass nun eine gesetzgeberische Stellungnahme ersichtlich wäre. Mir bleibt nach wie vor unverständlich, warum in diesem Bereich wegen eines deutlich zurückliegenden, allzu restriktiven und praktisch einhellig abgelehnten Bundesgerichtsentscheids das Institut in Starre verharren muss, während in „höheren Preisklassen“ der industrialisierten internationalen Nachlassplanung ausländische Institute gleicher Zielsetzung via IPR bedenkenlos anerkannt werden bzw. unvermeidlich zu anerkennen sind.



9 Es war vorauszusehen, dass sich die gesetzgeberischen Arbeiten zwangsläufig irgendwie mit kantonalem **Behörden- und Gerichtsorganisationsrecht** bzw. Fragen der sog. *freiwilligen Gerichtsbarkeit* auseinandersetzen müssen. Dass der Föderalismus nicht im Rahmen der Erbrechtsrevision einer Grundsatzdiskussion auszusetzen ist, versteht sich. Indes muss die **öffentliche Beurkundung** (etwa die Frage, wer als *Testamentszeuge* in Frage kommt und wie *Mängel des Beurkundungsverfahrens* sich auswirken) als bundesrechtliches Institut vom Bundesrecht (also z.B. einem erweiterten ZGB 520a) erfasst werden. Ebenfalls muss gewährleistet sein, dass eine **Erbbescheinigung** in allen Kantonen in einem Verfahren ausgestellt wird, welches gegen erstinstanzliche „Behördenauslegung“ ein *gerichtliches* Rechtsmittelverfahren ermöglicht. Lassen sich offensichtliche Missverständnisse in diesem frühen Stadium in einem (noch) einfachen, aber kontradiktorischen Verfahren unter Einbezug aller Beteiligten klären, ist dies in hohem Masse einigungsfördernd und niederschwellig. Auch *aufsichtsrechtliche* Demarchen gegen **Willensvollstrecker** sind in einem *gerichtlichen*, selbstverständlich aber nicht in einem ordentlichen Verfahren (wie dereinst im Falle einer Verantwortlichkeit) auszutragen. Generell sind Demarchen gegen Willensvollstrecker *keine Gesamthandsklagen*: Querulatorische Erben sind verhältnismässig leicht auszubremsen und tragen die Kosten, während ein querulierender Willensvollstrecker, der sich mit auch nur einem einzigen Erben solidarisiert, unangreifbar würde.

* * *

Ich danke herzlich für den Einsatz aller Beteiligten bei diesem gesellschaftlich und wirtschaftlich ausgesprochen wichtigen Themenfeld, möchte keinesfalls zur Verkomplizierung des nicht einfachen weiteren Verfahrens beitragen, hoffe aber, mit gewissen differenzierenden Ansätzen eine auf längere Zeit taugliche Ordnung skizziert zu haben.

Mit freundlichen Grüßen

Peter Breitschmid

Vorab per e-mail

Von: Huguette Groux
An: Brodard Alexandre BJ
CC: Denis Piotet
Gesendet am: 03.06.2016 13:51:41
Betreff: STN UNIL 03.06.2016 VNL Erbrecht

Cher Monsieur,

Vous trouverez ci-joint les déterminations de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne, préparées par le Professeur Denis Piotet, concernant la révision du code civil (droit des successions).

Avec mes meilleures salutations.

Huguette Groux
Secrétariat du Décanat
Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique

Tél: (021 692) 27 40



UNIL | Université de Lausanne
Faculté de droit, des sciences criminelles et
et d'administration publique
bâtiment Internef bureau 429
1015 Lausanne



DÉTERMINATIONS

de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
de l'Université de Lausanne

sur

l'avant-projet de révision du code civil touchant au droit des successions,
mis en consultation le 11 mars 2016

* * * * *

I. Principe et ampleur de la révision du droit des successions

L'option prise par le Département fédéral de justice et police quant au principe et à l'ampleur de la révision du droit suisse des successions doit être certainement approuvée. L'évolution de la société, particulièrement ces toutes dernières décennies, oblige à reconsidérer certaines institutions du droit successoral, touchant notamment au cercle des réservataires et aux montants des réserves elles-mêmes.

Cette option ne doit pas condamner les mécanismes actuels du droit des successions comme tels. Ces mécanismes, parfaitement rôdés, sous réserve d'améliorations potentielles très ponctuelles, n'ont donc pas à être retouchés. Cela oriente le projet de révision sur des reformulations ponctuelles et coordonnées du droit des successions.

Moins encore que dans d'autres domaines, les révisions du droit des successions ne peuvent se suivre à des très courts laps de temps. Comme le relève le Département, la stabilité de la législation dans un domaine relevant de la planification individuelle s'opérant sur plusieurs décennies, doit guider le législateur. Toutefois, et c'est le seul point de principe où il convient de s'écarter des options du projet, cet objectif doit céder lorsque des argumentations de fond et des critiques justifiées obligent à remettre en question certaines dispositions en vigueur. Il en va ainsi des actuels articles 492a ou 473 al. 2 CC, qui sont, à tort, non révisés dans le texte de l'avant-projet pour la raison avancée de leur formulation trop récente.

II. Réserves et réservataires

II/1 Alors que les experts étaient partagés sur cette question, et que la majorité des droits européens connaissant les réserves la consacre toujours, le Département propose l'abandon de la réserve des parents, même en cas d'absence d'un conjoint ou partenaire enregistré survivant.

Si le Département donne l'exemple d'un enfant décédant en union libre, il faut cependant évoquer les situations les plus fréquentes dans ce cas de figure. Il s'agit essentiellement de la disparition de personnes encore jeunes, dont la fortune, dans la majorité des cas, a été acquise plus par transmission de valeurs de famille que par le travail. L'attachement dans la règle de jeunes défunts à leurs parents, comme l'origine statistiquement la plus avérée de leur fortune, doivent justifier ici le maintien de la réserve des parents. Celle-ci devra s'effacer, comme le propose l'un des experts, en présence d'un conjoint ou d'un partenaire enregistré survivant. Le « legs légal » du partenaire libre éventuel est une innovation suffisante pour les cas invoqués dans le rapport.

II/2 L'abaissement de la réserve des descendants doit être salué, comme l'abaissement éventuel de la réserve du conjoint ou du partenaire enregistré survivant, aboutissant à l'augmentation de la quotité disponible. Ainsi, en présence d'enfants et de conjoint survivant, la quotité disponible passerait de $\frac{3}{8}$ ^{èmes} à $\frac{5}{8}$ ^{èmes}, soit doublerait presque, le conjoint ayant alors une réserve de

1/8^{ème} et l'ensemble des enfants de 2/8^{èmes} (un quart). Cette option permet à elle seule d'atteindre les objectifs de la motion Gutzwiller.

Dans le cas d'une favorisation du conjoint survivant, l'on doit cependant se poser la question de l'opportunité du maintien du système de l'art. 473 CC. Obliger à supporter un usufruit sur la réserve des enfants se justifie dans la mesure où cette réserve des enfants est relativement importante : si elle est sensiblement plus réduite, l'opportunité de cette restriction supplémentaire se pose, la quotité disponible étant au demeurant susceptible d'être également attribuée au conjoint survivant.

Il pourrait ainsi se justifier d'abroger purement et simplement l'art. 473 CC, plutôt que de modifier nécessairement son alinéa 2, omis dans l'avant-projet, et aboutissant de ce fait à des incohérences et des blocages insolubles (cf. les observations sous cet article).

L'on doit dans la même mesure s'interroger sur le maintien de l'art. 492a CC au vu de la diminution substantielle de la réserve de l'enfant incapable de discernement, indépendamment même des nombreuses critiques à formuler sur cette disposition (voir sous cette disposition également).

II/3 Sur la question enfin de la part réservataire du conjoint ou du partenaire survivant pendant la litispendance du divorce ou la dissolution du partenariat enregistré, l'art. 472 de l'avant-projet consacre une solution judicieuse de compromis dans le cadre d'un objectif qui ne peut être qu'approuvé (proposition Fankhauser).

III. Patrimoines séparés et fondation de famille

Lorsque le Conseil fédéral avait en 2006 recommandé aux Chambres fédérales l'adhésion de la Suisse à la Convention de La Haye sur la loi applicable aux trusts et à leur reconnaissance, il avait relevé la problématique posée en droit suisse par l'art. 335 du code civil, et renvoyé une révision de cette disposition à une modification du droit des successions ou des fondations (FF 2006, p. 593). Le Département a ainsi logiquement soumis aux experts consultés la question de la révision de l'art. 335 CC (successio/not@lex 2014, p. 7).

Curieusement, malgré les propositions faites sur cette question, l'avant-projet mis en consultation a retiré sans explication cet objet de la discussion. L'auto-discrimination du droit suisse est cependant aujourd'hui d'autant plus impressionnante qu'un constituant en Suisse, avec des bénéficiaires en Suisse et pour des valeurs toutes en Suisse, contourne la règle de l'art. 335 CC en créant un patrimoine séparé soumis à une loi étrangère selon une jurisprudence de principe du Tribunal fédéral (ATF 135 III 614).

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs mis en évidence le caractère dépassé des objectifs des restrictions actuelles posées à l'art. 335 du code civil.

La révision en cours ne peut pas s'épargner le débat sur la révision de l'art. 335 CC. Une solution simple serait l'assouplissement du texte de l'alinéa 1 de l'art. 335 CC. Une solution plus efficace encore serait l'introduction d'un patrimoine séparé volontaire, à l'image du système du trust anglo-saxon, qu'il suffirait de réglementer en trois ou quatre articles. Un complément dans ce sens du futur projet qu'adoptera le Conseil fédéral paraît indispensable.

IV. Autres options fondamentales

Les options du Département doivent être entièrement soutenues sur les points suivants :

- statut successoral du conjoint au partenaire enregistré survivant (ch. 3.3)
- légitimation successorale des enfants en fonction d'une proximité effective (ch. 3.8).

Pour ce qui concerne le statut successoral du partenaire de vie « libre », le projet opte avec raison pour une créance légale prenant naissance avec le décès, et non pour une légitimation au titre d'héritier. Comme il s'agit d'une créance successorale légale, et non d'une disposition à cause de mort, l'on ne devrait pas parler de « legs », mais bien de prélèvement légal, et systématiquement la disposition topique devrait prendre place dans le chapitre qui relève du partage et des prélèvements légaux, comme le propose l'une des expertises pour un art. 606 al. 2 CC. Plusieurs dispositions sur le legs paraissent de ce fait inapplicables.

L'option reste cependant critiquable sur son caractère strictement impératif, même par pacte abdicatif anticipé (*cf.* la critique de cette disposition).

Tout en promouvant l'augmentation de la quotité disponible, l'avant-projet ne discute pas de la question d'une extension des motifs d'exhérédation et de leur élargissement éventuel (rejet par exemple, M.C. ARGUL, *Déshériter son enfant, une décision contre nature ?*, Mélanges P.-H. Steinauer, Berne 2013, p. 295 ss). L'on peut adhérer à l'idée qu'une diminution substantielle des réserves ne nécessite pas de retoucher les motifs d'exhérédation.

V. Remarques par articles

Art. 120 al. 2, 217 al. 2, 241 al. 4, 469 al. 1 CC

Toutes ces modifications doivent être approuvées sans réserve, étant toutes justifiées par l'adaptation au nouvel article 472 CC.

Art. 470 CC (révision omise à tort)

Si l'avant-projet entend supprimer la réserve des père et mère, il serait alors indispensable de retirer leur mention à l'art. 470 CC, ou, si l'on entend maintenir cette réserve des père et mère, de modifier au contraire l'avant-projet à l'art. 471.

Art. 471 CC

Cette disposition peut être approuvée, sauf sur la question de la réserve des père et mère en l'absence de conjoint ou de partenaire enregistré survivant (*supra* II/1).

Art. 472 CC

Cette disposition doit être approuvée sans réserve. L'on se réfère sur ce point au rapport très fouillé du Prof. Fankhauser (Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Berne 2011).

Art. 473 CC

a) Une réflexion sur le maintien du principe même de l'art. 473 ne peut être épargnée dans la mesure où la réserve des enfants serait sensiblement réduite (*supra* II/2). En effet, l'augmentation de la quotité disponible résultant de la diminution de la réserve des enfants, communs ou non, permet une favorisation accrue du conjoint survivant (lit. c ci-dessous). Aller encore plus loin, alors que l'enfant commun selon l'avant-projet d'article 471 CC voit sa réserve passer de $\frac{3}{8}$ èmes à $\frac{1}{4}$, n'est pas nécessairement justifié.

b) Si l'article est maintenu selon l'avant-projet, il reste cependant nécessaire de l'adapter aux nouvelles dispositions législatives sur le droit de l'adoption actuellement soumises aux Chambres fédérales, soit d'inclure dans le texte de l'art. 473 al. 1 CC le partenaire enregistré survivant au bénéfice d'un tel usufruit.

c) Surtout, il est inimaginable que l'alinéa 2 de l'art. 473 CC ne soit pas modifié. Les critiques de fond portant sur la fixation d'une quotité disponible spéciale (relevées dans les expertises, *successio/not@lex* 2014, p. 90-91 et les références note 244) sont considérablement amplifiées si la quotité disponible n'est pas modifiée.

Si l'on garde ainsi une quotité disponible d'un quart, et que la réserve du conjoint survivant passe à $\frac{1}{8}$ ème, la réserve des enfants communs va augmenter à $\frac{5}{8}$ èmes sous réserve d'usufruit, alors que la réserve des enfants non communs plafonne, selon le droit ordinaire, à un total maximal de $\frac{2}{8}$ èmes (art. 471 nouveau selon le projet).

Si un tiers est gratifié au-delà de la quotité disponible, l'enfant commun pourra ainsi le réduire de façon bien plus considérable que ce que pourra réduire sur cette attribution l'enfant non commun. Cette discrimination paraît inadmissible. Elle va à contresens du but même de l'art. 473 CC, qui tend précisément à ne pas défavoriser l'enfant non commun par rapport à l'enfant commun, en concrétisant d'ailleurs les principes du droit constitutionnel.

Il est absolument ainsi essentiel de modifier l'alinéa 2 de l'art. 473 CC : si l'on devait suivre le système de l'avant-projet, il faudrait alors fixer la quotité disponible à 5/8^{èmes}, qui est la quotité disponible résultant de l'art. 471 tel que projeté par le Département.

Art. 476 CC

Al. 1 : l'alinéa 1 doit être entièrement appuyé sur la base de l'expertise qui en justifie l'adoption.

Al. 2 :

a) 2^{ème} pilier B : cette disposition touche au statut successoral de la prévoyance professionnelle. Le projet opte pour la solution suivie par le Tribunal fédéral s'agissant du 2^{ème} pilier B, soit une qualification non successorale, y compris pour la prévoyance professionnelle qui relève du pur droit privé dans le cadre du 2^{ème} pilier. Mais l'article projeté ne réserve pas les situations exceptionnelles que le Tribunal fédéral a expressément réservées lors de la non-prise en compte successorale de tels avoirs (ATF 129 III 305, JdT 2003 I 205) ; cette réserve, si l'on veut reprendre la solution du Tribunal fédéral, reste absolument indispensable.

Surtout, si l'on peut approuver une qualification désormais claire du traitement légal, il reste à en corriger les conséquences choquantes. Là-dessus, le rapport ne discute pas, malheureusement, des propositions faites dans les expertises, permettant de limiter ces caractères extrêmement choquants (cf. *successio/not@lex* 2014, p. 61-62).

Recevant ainsi seul un capital de prévoyance au décès en qualité d'orphelin n'ayant pas achevé ses études, le dernier-né de trois enfants peut ainsi toucher une valeur de 30 plus importante que la valeur de la succession (10 par exemple) ; même si la valeur successorale est attribuée aux deux autres enfants, l'enfant ayant acquis les 30 de capital pourra attaquer en réduction successorale ses frères et sœurs sans que ceux-ci, de leur côté, puissent imputer ou remettre en cause d'une façon quelconque son acquisition de l'avoir de prévoyance. Ces résultats, grossièrement choquants dans le droit actuel, faisaient partie des questions soumises à la consultation des experts. Il est choquant que l'avant-projet en fasse complètement abstraction, sans aucune explication.

b) 3^{ème} pilier A : le nouvel alinéa 2 de l'art. 476 de l'avant-projet casse en outre la solution donnée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence quant au traitement successoral du 3^{ème} pilier A, caractérisé, en droit positif, uniquement par des avantages fiscaux. Cette rupture n'est pas expliquée, alors que, dans tous les autres cas de figure en situation de controverse doctrinale, l'avant-projet opte pour la solution donnée par le Tribunal fédéral.

Les assurances et épargnes visées par le 3^{ème} pilier A se caractérisent par une pure mécanique de droit privé, au bénéfice de privilèges fiscaux. La pratique tend à mettre en évidence que si le but de prévoyance, soit de satisfaire à des besoins d'assistance, diminue dans le 2^{ème} pilier B, le 3^{ème} pilier A, dans la réalité, assure beaucoup plus des transferts de libéralités ou de dotations plutôt qu'ils ne

répondent à un but de prévoyance, soit de compenser les effets du décès, de la retraite ou de l'invalidité, etc.

Ces formes vont ainsi permettre d'anéantir la protection des réservataires, ce qui paraît d'autant plus discutable que ceux-ci voient leurs droits réduits par l'avant-projet, le 2^{ème} pilier B échappant déjà au calcul de leurs droits : comble des combles, les attributions au titre de 3^{ème} pilier A seront ainsi acquises à des bénéficiaires qui, eux-mêmes réservataires, pourront en outre réduire sur un solde de succession, pas nécessairement plus élevé que leurs acquisitions, les autres cohéritiers de la famille sans imputation de leurs prestations de prévoyance ainsi acquises. Cette méthode de contournement des réserves, presque préconisée par l'avant-projet, pourrait encore se comprendre dans un système où les réserves, spécialement celles des enfants, restent élevées. Elle devient choquante dans un régime où les réserves sont très sensiblement diminuées, avec les inconvénients qui viennent d'être signalés.

L'art. 476 al. 2 CC doit certainement ainsi être ramené à une exclusion beaucoup plus restrictive des prestations de prévoyance du droit successoral.

Art. 481 al. 3 CC (disposition à inclure dans la révision)

L'absence de disposition limitant l'efficacité dans le temps d'une disposition à cause de mort, fixée selon la doctrine la plus large à cent ans au plus, est un défaut sensible du droit actuel. Le rapport du Département ne discute pas à tort de la proposition formulée par expertise, qui devrait être intégrée au texte du projet.

Art. 482 CC

Cette reformulation doit être approuvée sans réserve, car elle rend le sens exact de la règle actuelle maladroitement exprimée.

Art. 484a CC

a) Si l'on doit approuver le caractère de simple créance à cause de mort du droit successoral du partenaire libre, sa position systématique n'est pas adéquate. Plusieurs dispositions du droit des legs (art. 485, 486, 562 CC) ne lui sont manifestement pas directement applicables : il convient ainsi de la déplacer dans le chapitre où sont contenus les prélèvements légaux (après 605 et 606, voire après 632 CC).

b) Les experts sont divisés sur le caractère impératif du droit successoral favorisant le partenaire libre ; le rapport explicatif admet un caractère strictement impératif (p. 20 du rapport) en se fondant sur une analogie avec la convention portant sur les effets accessoires du divorce. Cette analogie, qui n'est pas proposée par les experts, paraît choquante et inadéquate, car elle rompt avec la systématique du droit des successions, par ailleurs non modifié sur ce point.

En effet, celui qui conclut un pacte abdicatif de sa réserve successorale, à titre gratuit ou non, n'est pas soumis à un régime d'appréciation judiciaire de l'équité de sa renonciation anticipée : le projet en arrive à ce paradoxe difficilement imaginable que le conjoint ou partenaire enregistré qui renonce à sa réserve n'est pas protégé contre un engagement excessif ou inéquitable, alors que le partenaire libre est complètement protégé contre toute forme de renonciation à sa créance légale. Cette incohérence en vient à mieux protéger le partenaire libre que le conjoint ou partenaire survivant et, comme telle, elle ne coïncide pas avec les conditions posées par les Chambres fédérales à l'acceptation de la motion Gutzwiller.

Il paraît à cet égard plus adéquat d'admettre que l'attribution soit de droit dispositif ; à tout le moins, si l'on voulait imposer cette créance successorale malgré une volonté contraire du *de cujus*, il faudrait au moins admettre une renonciation anticipée par pacte successoral abdicatif ; une protection contre lui-même de l'ayant-droit n'a pas lieu d'être plus large qu'en matière de réserve et de pacte abdicatif.

c) Il reste enfin choquant que le partenaire libre puisse réclamer exceptionnellement sa créance alors qu'elle ou il peut être mis en plus, et parallèlement, au bénéfice d'un capital ou de prestations de prévoyance, y compris selon le projet relevant du pilier 3A, montant qui échappe à la réunion selon l'art. 476 al. 2 du projet, critiqué plus haut. Là encore, une coordination entre les acquisitions de prévoyance et celles qui leur sont assimilées avec le régime des successions est absolument indispensable, et de ce point de vue, la proposition des experts qui n'a pas été discutée par le Département dans l'avant-projet, portant sur une imputation des montants relevant de la prévoyance, y compris pour le partenaire libre et sa créance légale (art. 606 al. 2 selon l'expertise in *successio/not@lex* 2014, p. 98), paraît constituer la coordination minimale de ce point de vue.

Art. 492a CC (révision omise)

D'innombrables auteurs ont critiqué les faiblesses de l'art. 492a CC qui n'est entré en vigueur que depuis 2013 ; la disposition permettant à certaines conditions de retirer sa valeur à la réserve du descendant incapable de discernement, alors que cette atteinte n'était pas concevable avant 2013 (art. 531 CC), prête lieu ainsi à des défauts fonctionnels s'ajoutant au caractère critiquable de son objectif.

Le Département n'envisage pas de réviser des dispositions récentes, quels que soient les défauts signalés. Il n'en demeure pas moins que l'abaissement substantiel de la réserve selon le texte de l'avant-projet ne justifie guère l'atteinte supplémentaire qui peut alors résulter de la combinaison des art. 492a et 531 CC. Des parts réservataires d'enfants, qui ne peuvent excéder, s'agissant du cas de l'enfant unique, un quart de la succession en présence d'un conjoint survivant, ou encore la moitié en l'absence de conjoint survivant, n'équivalent pas en effet aux $3/8^{\text{èmes}}$, respectivement $3/4$, constituant les plafonds actuels. La perte d'utilité qui en résulte s'ajoute aux défauts considérables du

fonctionnement de la règle : une discussion sur son maintien ne peut ainsi être épargnée dans le cadre de la révision entreprise. La règle actuelle de l'art. 492a CC pourrait ainsi être utilement remplacée par une disposition supplétive expliquant le mécanisme de la substitution fidéicommissaire pour le surplus en général.

Art. 494 al. 4 CC

Pour toutes les raisons rappelées par le rapport à partir des conclusions des expertises, cette disposition doit être absolument adoptée pour assurer enfin un traitement clair et efficace de l'attribution supplémentaire à la part légale de biens matrimoniaux au décès.

Art. 499, 503 CC

Aucune observation n'est à formuler.

Art. 506, 507 CC

L'innovation du testament audio-visuel apparaît bienvenue, aux conditions du testament oral.

Art. 508 CC

Pour les raisons indiquées dans l'une des expertises (successio/not@lex 2014, p. 83), il conviendrait, comme toute la doctrine moderne, d'admettre que le maintien du testament oral ou audio-visuel après 14 jours entraîne un vice de forme, soit la possibilité d'une annulation judiciaire, et non un cas de nullité complète, comme paraît trompeusement l'indiquer le texte légal. L'avant-projet, qui opère le même genre de rectification dans d'autres dispositions (par exemple l'art. 482 CC) a omis à tort une modification du texte de l'art. 508 dans ce sens.

Art. 517 CC

Pas d'observation.

Art. 518 CC

La proposition du Prof. Künzle reprise par le projet ne paraît pas partagée dans la doctrine, et les experts ne l'approuvent pas.

En réalité, les difficultés que l'on éviterait en remettant à un tribunal la surveillance de l'exécuteur ferait surgir des difficultés plus lourdes et plus complexes encore : le juge du tribunal contentieux n'est dans la règle pas en effet le juge ou le tribunal qui statue en matière gracieuse, et le cumul d'une procédure soumise à la procédure sommaire (art. 248 lit. e CPC) ne peut

s'opérer avec une procédure ordinaire ou simplifiée en matière contentieuse, l'art. 90 du Code de procédure civile suisse l'excluant.

Loin de réaliser l'amélioration proposée par le Prof. Künzle, le nouvel art. 518 al. 4 obligera à nouveau à mener plusieurs instances soumises pour partie aux règles du contentieux, et pour partie aux règles de la procédure gracieuse, sans qu'une amélioration substantielle ne puisse en être tirée d'aucune façon. La situation présente en outre d'autres inconvénients, qui tiennent en ce que la procédure judiciaire gracieuse du code de procédure civile est plus formelle que celle du droit cantonal de procédure actuellement applicable.

Art. 519 CC

Pour les motifs indiqués par le rapport, fondés sur les expertises, les modifications projetées doivent être approuvées.

Si l'on opte plutôt pour un motif d'annulation que pour un motif d'indignité ou un plafond d'acquisition, la captation d'héritage devrait être mentionnée à l'art. 519 al. 1 ch. 3, et non à l'art. 541a de l'avant-projet (voir les remarques sur cet article).

Art. 521 CC

Doit être approuvé pour les motifs du rapport.

Art. 522, 523 CC

Ces dispositions doivent être modifiées pour permettre la réduction d'acquisitions *ab intestat* comme l'admet la majorité de la doctrine juridique moderne.

Le texte de ces dispositions devrait être celui du rapport d'expertise (successio/not@lex 2014, p. 94), pour les raisons indiquées déjà à l'art. 476 s'agissant du 2^{ème} pilier.

Art. 525 CC

La modification est bienvenue, pour les raisons indiquées dans le rapport (p. 41-42).

Art. 526 CC

Pour les motifs du rapport (p. 44-45), ces deux alinéas doivent être pleinement approuvés.

Art. 527 CC

La modification terminologique (« libéralité ») doit être entièrement approuvée.

En revanche, le maintien du chiffre 1 soumettant à réunion, respectivement réduction, les dotations soumises à rapport, alors que les libéralités faites à des tiers ne peuvent entrer en ligne de compte que si elles ont été exécutées dans les cinq dernières années précédant le décès, n'enlève pas l'illogisme choquant de la situation actuelle, telle qu'elle résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Les proches, tels enfants, conjoint ou partenaire enregistré, du défunt, sont ainsi assujettis beaucoup plus largement à la réduction que les gratifiés qui lui étaient étrangers, construction véritablement inadmissible si l'on prend en compte l'option de la motion Gutzwiller qui reste de favoriser la liberté d'attribution par rapport aux droits réservataires.

Du moins, prendre le parti de l'interprétation objective, soit large des cas de réunion, même si elle est pour l'instant celle du Tribunal fédéral avec un appui d'auteurs scientifiques aujourd'hui moins important qu'autrefois, ne coïncide pas avec les objectifs d'un droit des successions moderne. Dans une telle perspective d'avenir, l'abrogation du chiffre 1 doit être véritablement envisagée comme la seule issue correspondant à un traitement égal de tous les gratifiés face à la réunion ou à la réduction successorale et face à une extension de la liberté d'attribution de l'auteur sans se heurter à des règles réservataires.

Art. 528 CC

L'alinéa 3 doit être approuvé pour les motifs largement développés dans le rapport.

On regrettera cependant que l'alinéa 2 ne soit pas également modifié, comme proposé par un expert (rapport, p. 41-42) ; l'argument opposé à cette dernière modification, à savoir que le réservataire peut toujours renoncer à son action ou répudier s'il se heurte à des difficultés, n'enlève rien à l'injustice du système et ne fait que mettre en évidence son incohérence, puisque l'art. 528 al. 2 a précisément pour but d'éviter une telle extrémité.

Art. 529 CC

Cette abrogation est nécessaire (voir art. 476 CC).

Art. 531 CC (révision omise dans l'avant-projet)

La révision de cette disposition n'est pas envisagée. Même si l'on ne partage pas l'idée d'une abrogation pure et simple de l'art. 492a CC (voir cet article), l'art. 531 CC doit être révisé dans la mesure où le Tribunal fédéral, comme toute la doctrine moderne, admet qu'il n'y a pas là nullité, mais simplement réductibilité par action formatrice. Pourquoi réviser dans le même but l'art. 469 CC, et ne pas le faire, dans des circonstances analogues, pour l'art. 531 CC ?

Art. 533 CC

Pas d'observation.

Art. 541 let. a CC

L'option du Prof. Breitschmid qui est reprise par le projet pose à la fois des questions de fond, soit de finalité, et aussi des difficultés pratiques de mise en œuvre. Sur le fond, le caractère choquant, moralement contestable, des acquisitions successorales de professionnels liés au défunt ne dépend ni d'un montant, ni d'une fraction des actifs. Même à 5 ou à 2 %, la manière dont cette acquisition a été induite peut se révéler choquante. La cible ne paraît pas ainsi atteinte par un plafond en pourcentage.

La mise en œuvre pratique de la proposition est aussi très problématique. Qui peut contester, voire reprendre, ce qui dépasse les fractions légales ainsi instituées ? S'il y a plusieurs héritiers, doivent-ils agir ensemble ? Y a-t-il un délai pour faire valoir le droit dérivant de cette disposition et l'action est-elle constatatoire d'une inefficacité ou formatrice ?

L'absence complète de toute modalité d'exercice dans le texte de l'avant-projet devrait exclure cette formule déjà contestable quant à sa finalité, et qui ne se rattache pas à une figure juridique connue actuellement du droit suisse. En fin de compte, il faut plutôt opter soit pour un motif d'indignité, soit pour un motif d'annulabilité en justice, sur des modèles déjà connus dans la pratique. Le modèle de l'annulabilité paraît se justifier dans la mesure où il faut trouver un parallèle avec l'immoralité de libéralités entre vifs faites à des professionnels en droit actuel déjà (cf. ATF 132 III 455, JdT 2007 I 25). L'idée de modifier, respectivement compléter, le chiffre 3 de l'art. 519 CC paraît ainsi la plus judicieuse.

Art. 555 CC

La diminution du délai légal de sommation est certainement justifiée dans une majorité de cas où l'annonce s'opère de façon spontanée et dans un délai rapide ; elle ne le sera pas dans une minorité de situations plus compliquées, ou les héritiers, à l'étranger par exemple, n'accèdent pas aisément au contenu de citations officielles faites en Suisse. Dans de tels cas tout dépendra de l'efficacité de la publicité faite *ad hoc* par l'autorité compétente, ce qui, il faut le souligner, n'est pas géré au mieux dans la pratique actuelle. C'est ainsi un pari sur l'avenir, et il n'y a pas de motif juridique de s'opposer à cette modification.

Art. 559 al. 1 CC

L'adjonction des héritiers légaux est justifiée. Elle ne résultait expressément jusqu'ici que dans l'ordonnance sur le registre foncier (art. 65 al. 1 lit. a de l'ordonnance actuelle).

Art. 564 CC

Sur l'ajout, à l'alinéa 1, des créanciers de la masse successorale, assimilés vis-à-vis des légataires aux créanciers du défunt, il n'y a rien à redire : c'est une reprise du droit actuel.

En revanche, l'alinéa 2 actuel disparaît comme règle générale sur la confusion des patrimoines après acceptation, alors que ce principe devrait être aussi formellement ancré dans le texte légal.

La modification de fond contenue dans le nouvel alinéa 2 est ainsi concentrée sur la question très controversée des rapports entre créanciers (de l'héritier en particulier) et des légataires.

L'option choisie par l'avant-projet prête le flanc à la critique à plusieurs égards : Le premier, qui paraît fondamental, est que l'innovation introduisant un privilège en faveur des légataires sur les créanciers de l'héritier ne correspond pas au reste du droit positif. Les créances des légataires devraient, pour mettre en place le nouveau principe de l'avant-projet tel que rédigé, être privilégiées selon des modalités que la loi ne définit nulle part, soit être passées devant la saisie du créancier de l'héritier ou échapper à la faillite de l'héritier (où, comble du paradoxe, les créanciers du défunt sont aussi réduits au dividende après acceptation de la succession par le débiteur, alors que ces mêmes créanciers l'emporteraient sur les légataires selon l'alinéa 1, inchangé sur ce point !). Ce système illogique n'est donc pas doublé des indispensables modifications de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite qu'il impliquerait.

Une autre objection est qu'il vide très largement de sa portée la disposition particulière protégeant les légataires contenue à l'art. 594 al. 2 du Code civil, qui constitue précisément une compensation pratique à leur prétérition éventuelle selon l'art. 564 CC.

Un privilège des légataires sur les créances de l'héritier, mais non ceux du défunt de la masse successorale, pose des difficultés innombrables en cas de concours juridiques, notamment de faillite : un bien ne peut, pour certains créanciers, sortir de la masse, et pour d'autres, y rentrer.

En réalité, si l'on doit toucher à l'art. 564 CC pour lever de nombreuses difficultés d'interprétation actuelle, il faudrait préciser à l'alinéa 1 que la prétérition du légataire ne s'applique que tant que la succession constitue encore un patrimoine séparé (après répudiation des héritiers légaux, ou pour une succession obérée, en cas de liquidation officielle également), alors qu'il faut prévoir à l'alinéa 2, reprenant le texte actuel, que l'égalité entre créanciers du défunt (et de la masse successorale) et créanciers de l'héritier vaut aussi dans les rapports avec les légataires. Ceux-ci conservent ainsi leurs prétentions à des mesures de sûretés selon l'art. 594 al. 2 CC en tant que dérogation à un tel principe général.

Art. 578 CC

Cette disposition est tout à fait justifiée. Elle corrige une importante injustice du système légal actuel.

Art. 579 al. 2 CC

L'alinéa 2 actuel n'est pas l'objet d'un simple « toilettage » comme l'annonce le rapport explicatif, puisque les dotations sont exclues de l'action du créancier selon l'avant-projet, alors que, selon le texte actuel, seules certaines dotations sont visées (celles de l'art. 631 al. 1 CC et seulement en outre celles relatives à un mariage, ce qui correspond à l'art. 629 al. 2 CC, mais non à la norme générale de l'art. 626 al. 2 CC, *cf.* notamment I. SCHWANDER, Commentaire bâlois, ZGB II 2015, n. 3 ad 579 CC ; P.-H. STEINAUER, Le droit successoral, Berne 2015, n. 2001, p. 527).

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'écarte que les dotations dispensées du rapport de l'action des créanciers, et non pas toutes les dotations en soi rapportables (ATF 131 III 49). On peut discuter de l'opportunité de cette modification matérielle, mais elle devrait être signalée comme telle.

Art. 600 CC

La modification rédactionnelle est justifiée, et consacre la solution actuelle.

Art. 601a CC et titre précédent

Cette disposition est devenue indispensable et doit permettre d'accomplir ce que la jurisprudence du Tribunal fédéral a petit à petit mis sur pied en tant que droit successoral à l'information, l'emportant sur le secret bancaire et le secret professionnel.

Il paraît fondé de limiter le droit à l'information à la charge de ceux seuls qui ont détenu/géré les valeurs successorales. Le caractère impératif du droit à l'information est plus discutable si l'objet de cette information est dans la sphère de libre disposition du *de cuius* : il est en tout cas justifié d'en permettre la libération par pacte abdicatif, même si la norme est en soi impérative.

Art. 617 CC

Cette généralisation du texte légal reprend le droit positif et est justifiée.

Art. 626 al. 2 CC

Cette reformulation de l'alinéa 2, une des dispositions les plus controversées du droit successoral en vigueur, est indispensable en raison du caractère contradictoire des critères énumérés dans la loi en vigueur, et de l'entremêlement dans cette même disposition de la tradition française et de la tradition germanique en matière de rapports successoraux.

Pour les raisons qui ont été développées dans le rapport explicatif et synthétisant les rapports d'expertise (p. 76 ss et les références), l'option restrictive, qualitative, doit l'emporter sur l'option quantitative, qui élargit les critères de libéralités rapportables.

Art. 31 al. 3 LPart

La règle nouvelle est justifiée : l'on renvoie ici à l'art. 472 CC selon l'avant-projet.

* * * * *

Stellungnahme zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)

von Nora Unternährer

1. Allgemeine Stellungnahme

Der Vorentwurf des Bundesrates zur Änderung des Erbrechts ist meiner Meinung nach gut gelungen. Der Bundesrat nahm die Aufgabe wahr, das Erbrecht flexibler auszugestalten und das Pflichtteilsrecht an die aktuellen gesellschaftlichen, familiären und demografischen Lebensrealitäten anzupassen. Weiter werden durch den Vorentwurf Unklarheiten des Erbrechts beseitigt.

Der Vorentwurf greift die problematischen Regelungen des heutigen Erbrechts auf und liefert Optimierungsmöglichkeiten, um die Schwächen des heutigen Erbrechts zu beseitigen. Im Zentrum steht dabei die Herabsetzung der Pflichtteile, aber auch die Neuschaffung des Unterhaltsvermächtnisses schafft neue Möglichkeiten.

Besonders erfreulich sind die neuen Regelungen bezüglich der Wirkung einer Scheidung auf das Erbe und bezüglich der erbrechtlichen Relevanz der Altersvorsorge. Auf diese vier wichtigen Aspekte des Vorentwurfes werde ich nachfolgend noch detaillierter eingehen.

Der Bundesrat stützt die Erbberechtigung weiterhin auf rein formelle familiäre Beziehungen und nicht auf ein effektiv gelebtes Näheverhältnis. Trotz zunehmender Zahl von faktischen Lebenspartnerschaften steht dem faktischen Lebenspartner weder eine gesetzliches Erbrecht noch ein Pflichtteilsanspruch zu. Durch die Vergrößerung der Verfügungsfreiheit hat der Erblasser jedoch die Möglichkeit, die ihm besonders nahestehenden Personen zu begünstigen. Dies ist eine gute Lösung, weil jeder faktischen Lebensgemeinschaft die Möglichkeit der Ehe offen steht. Bei einer Gleichstellung der faktischen Lebensgemeinschaft mit der Ehe würde dies zu einer Bevorteilung der faktischen Lebensgemeinschaft führen.

Die faktischen Lebenspartner hätten dann die gleichen erbrechtlichen Rechte wie ein Ehegatte, ohne die eherechtlichen Pflichten zu haben.

2. Herabsetzung der Pflichtteile

Der Vorentwurf des Bundesrates soll die Entscheidungsautonomie des Erblassers, also der Verfügungsfreiheit stärken. Die Verfügungsfreiheit des Erblassers ist durch die Pflichtteile der Nachkommen, des überlebenden Ehegatten und der Eltern deutlich eingeschränkt. Die Reduktion der Pflichtteile führt zu einer grösseren verfügbaren Quote und somit zu mehr Entscheidungsfreiheit des Erblassers.

Der Pflichtteil der Nachkommen sollen von drei Viertel auf die Hälfte des gesetzlichen Erbanspruchs reduziert werden. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten, der überlebenden eingetragenen Partnerin oder des überlebenden eingetragenen Partners wird von der Hälfte auf ein Viertel reduziert. Der Pflichtteil der Eltern wird aufgehoben.

Die Herabsetzung der Pflichtteile und somit die Erhöhung der verfügbaren Quote ermöglichen eine höhere Flexibilität und die spezifische Anpassung an die familiäre und gesellschaftliche Lebensrealität im konkreten Fall. Der Erblasser hat also eine deutlich vergrösserte Entscheidungsautonomie und kann auf dem Weg der Verfügung von Todes wegen weiter Personen seiner Wahl wie z.B. faktische Lebenspartner oder Stiefkinder begünstigen.

Die Herabsetzung der Pflichtteile entfaltet jedoch nur Wirkung, wenn der Erblasser von Todes wegen verfügt. Ohne Testament gilt weiterhin die unveränderte gesetzliche Erbfolge. Um die vergrösserte verfügbare Quote zu nutzen, muss also der Erblasser zwingend eine Verfügung von Todes wegen erlassen.

Das Erbrecht hat heute nicht mehr primären Existenzsicherungszweck, und in den vergangenen Jahren haben sich zahlreiche neue Lebensformen wie z.B. Patchworkfamilien, Konkubinat etc. etabliert. Ich befürworte die Herabsetzung der Pflichtteile, weil sie dem Erblasser

grössere Entscheidungsfreiheit und flexiblere Möglichkeiten bezüglich der Verfügung über seinen Nachlass einräumen.

Die Herabsetzung der Pflichtteile schränkt jedoch die Möglichkeit, seine Angehörigen nach dem bisherigen Ausmass zu begünstigen, nicht ein und hat keinen Einfluss auf die gesetzliche Erbfolge, wodurch der Kerngehalt des Erbrechts weiterhin bestehen bleibt.

3. Unterhaltsvermächtnis

Der Vorentwurf sieht die Einführung eines gesetzlichen Erbteils oder Pflichtteilsanspruchs für faktische Lebenspartner nicht vor. Der faktische Lebenspartner soll nur durch Verfügung von Todes wegen erbrechtlich begünstigt werden.

Das Unterhaltsvermächtnis soll neu eingeführt werden, weil es in gewissen Einzelfällen, z.B. bei einer Aufgabenteilung, sehr hart erscheint, dass der Nachlass nur an die Verwandten des Erblassers geht. Gemäss Art. 484a ZGB des Vorentwurfes des Bundesrates können mit dem Unterhaltsvermächtnis faktische Lebenspartner, welche erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht haben, zu Lasten der Erbschaft begünstigt werden. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die faktische Lebensgemeinschaft mindestens drei Jahre gedauert hat und der überlebende faktische Lebenspartner auf das Unterhaltsvermächtnis angewiesen ist, um einen angemessenen Lebensstandard beizubehalten. Das Unterhaltsvermächtnis ist vom Willen des Erblassers unabhängig und wird vom Gericht festgesetzt.

Das Unterhaltsvermächtnis kann auch an Personen ausgerichtet werden, die während ihrer Minderjährigkeit während mindestens fünf Jahren mit dem Erblasser gelebt und von ihm finanzielle Unterstützung erhalten haben.

Das Unterhaltsvermächtnis soll in Situationen helfen, in denen Personen, die mit dem Erblasser lebten und von ihm finanziell

abhängig waren, nach seinem Tod in finanzielle Schwierigkeiten geraten könnten.

Diese neue Regelung führt zu einer deutlichen Besserstellung der faktischen Lebenspartner gegenüber des aktuellen Rechts. Es ermöglicht, dass faktische Lebenspartner unter den oben genannten Voraussetzungen ebenfalls erbrechtlich begünstigt werden.

In der Praxis könnte es schwer sein zu prüfen, ob tatsächlich eine faktische Lebensgemeinschaft bestand. Nach dem Tod des einen Partners kann schliesslich nur noch der überlebende faktische Lebenspartner befragt werden, der ein grosses Interesse an der Anerkennung der Lebenspartnerschaft hat. Trotzdem finde ich, dass das Unterhaltsvermächtnis als eine Art Auffangnetz in stossenden Situationen eine gute Neuentwicklung ist.

4. Verlust des Pflichtteilsanspruchs bei Scheidung

Nach bisherigem Recht wurde der Ehegatte trotz laufendem Scheidungsverfahren als gesetzlicher und pflichtteilgeschützter Erbe beerbt. Erst ab dem Zeitpunkt eines gültigen Scheidungsurteils wurde der ehemalige Ehegatte nicht mehr begünstigt.

Diese Regelung ist schwer mit dem Grundsatz des Primats des Erblasserwillens zu vereinbaren. Es ist davon auszugehen, dass ein Ehegatte, der sich im Scheidungsverfahren befindet, seinen Noch-Ehegatten nicht erbrechtlich begünstigen möchte.

Der Vorentwurf des Bundesrates sieht in Art. 472 ZGB vor, dass der überlebende Ehegatte, die überlebende eingetragene Partnerin oder der überlebende eingetragene Partner seinen Pflichtteilsanspruch verliert, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren oder ein Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft hängig ist. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass das Scheidungsbegehren gemeinsam eingeleitet oder fortgesetzt wurde

oder auf Klage hin mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers eingeleitet wurde.

Gemäss des Vorentwurfs des Bundesrates bleibt der Ehegatte oder eingetragene Partner gesetzlicher Erbe, ist jedoch nicht mehr pflichtteilsgeschützt.

Der Erblasser hat also ab Einreichung des Scheidungsbegehrens die Möglichkeit, per Verfügung von Todes wegen die Begünstigung des Noch-Ehegatten zu verhindern.

Der Vorentwurf stimmt hier mit der Entwicklung im Ehegüterrecht überein, wo der Zeitpunkt der Vorsorgeberechnung neu auf den Zeitpunkt des Scheidungsbegehrens vorverlegt wird.

(Gesetzesänderung per 1.1.2017)

Diese neue Regelung ist meiner Meinung nach sehr gut gelungen, weil sie die Beerbung des Noch-Ehegatten nicht per se ausschliesst, dem Erblasser jedoch die Möglichkeit gibt seinen Noch-Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen von der Erbschaft auszuschliessen. Neu unterliegt es also dem Willen des Erblassers, ob er seinen Noch-Ehegatten begünstigen will oder nicht.

5. Erbrechtliche Relevanz der Altersvorsorge

Das bisherige Recht regelt, dass Leistungen aus der AHV (1. Säule) vom Nachlassvermögen ausgenommen sind, also erbrechtlich keine Relevanz haben.

Bezüglich der beruflichen und gebundenen privaten Vorsorge (2. Säule und Säule 3a) und der Lebensversicherungen des Erblassers gibt es bisher keine einheitliche und klare Regelung.

Im Art. 476 Abs. 2 ZGB des Vorentwurfs des Bundesrates wird festgehalten, dass Leistungen aus der beruflichen und gebundenen privaten Vorsorge vom Nachlassvermögen ausgenommen werden. Gemäss Art. 476 Abs. 1 ZGB sollen Leistungen aus einer

Lebensversicherung des Erblassers neu ganz zum Nachlass gezählt werden.

Meiner Meinung nach war es äusserst notwendig, dass eine gesetzliche Regelung bezüglich der erbrechtlichen Relevanz der Altersvorsorge erlassen wurde. Der bisherige Art. 476 ZGB war sehr unklar und schwer verständlich. Die neue Formulierung des Bundesrates beseitigt die Unklarheiten des Gesetzes und vereinfacht so die einheitliche Rechtsanwendung.

6. Fazit

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Vorentwurf des Bundesrates der Motion entspricht und befriedigende Lösungen für die Modernisierung des Erbrechts vorsieht.

Die Schwierigkeit lag meiner Meinung nach darin, einen Kompromiss zu finden zwischen den veralteten Teilen des Erbrechts und der Bewahrung des Kerngehalts und dem Schutz der Familie. Der Vorentwurf des Bundesrates findet einen guten Mittelweg zwischen dem Schutz der Institution Ehe und des Wunsches auf Flexibilität und Anpassungsmöglichkeit des Erbrechts an möglichst viele Lebenssituationen. Der Wille des Erblassers wird somit stärker gewichtet, da seine Möglichkeiten weiterreichen als noch vor dem Vorentwurf, als er lediglich über einen relativ geringen verfügen konnte.

Viele der Änderungen und Neuerungen des Vorentwurfes setzen voraus, dass der Erblasser von Todes wegen verfügt. Wenn der Erblasser kein Testament verfasst, so gelten die gesetzlichen Regeln. Dies bedeutet etwa, dass die gesetzliche Erbfolge eintritt und somit der Vorteil der grösseren verfügbaren Quote durch die Herabsetzung der Pflichtteile gar nicht zum Tragen kommt.

Da viele der Änderungen eine Verfügung von Todes wegen voraussetzen, wird sich trotz des Vorentwurfes wohl wenig, da in der

Schweiz kaum jemand testiert. Es wäre also von enormer Wichtigkeit, der Schweizer Bevölkerung nahe zu legen, sich über den Nachlass, die Erben und allgemein über die finanzielle Situation nach dem eigenen Tod Gedanken zu machen. Eine Sensibilisierung der Bevölkerung durch Aufzeigen der erbrechtlichen Möglichkeiten würde vermutlich dazu motivieren, ein Testament zu verfassen. Nur so würde die Flexibilität, die durch die Modernisierung des Erbrechts vielleicht entsteht, auch ausgeschöpft.

Arbeitsgruppe "Reform des Erbrechts"
c/o Dr. Balz Hösly, MME Legal AG, Kreuzstrasse 42, 8008 Zürich

**Eigenössisches Justiz- und
 Polizeidepartement EJPD**

zHv. Frau Bundesrätin
 Simonetta Sommaruga
 Bundeshaus West
 3003 Bern

BA Justiz
E 21. Juni 2016
Act

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
21. Juni 2016
No. _____

Zürich, 20. Juni 2016

Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
 Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verein Successio (www.verein-successio.ch) besteht seit dem Jahr 2007. Er verfolgt den gemeinnützigen Zweck, die schweizerische und internationale Praxis und Wissenschaft des Erbrechts zu fördern, insbesondere mittels Durchführung wissenschaftlicher Veranstaltungen und durch Unterstützung wissenschaftlicher Publikationen sowie von Forschungsprojekten. So ermöglichte der Verein beispielsweise die Veröffentlichung der drei Expertenberichte an das Bundesamt für Justiz zur Erbrechtsreform und unterstützt das Erscheinen der Zeitschrift "successio" sowie die Herausgabe von "successio online". Der Verein organisiert zudem jährlich den Schweizer Erbrechtstag und das "Successio Forum", die Fachtagung der Fachanwältinnen und Fachanwälte SAV Erbrecht in der Schweiz. Der Verein Successio ist heute das massgebende **Schweizer Kompetenzzentrum für Erbrecht**.

Im Verein Successio hat sich schon vor geraumer Zeit eine Arbeitsgruppe gebildet, welche sich mit der Reform des Erbrechts beschäftigt ("AG-R"). Mitglieder der AG-R sind die Fachanwälte SAV Erbrecht Dr. Balz Hösly (Leitung), Dr. Daniel Abt, Prof. Dr. Paul Eitel und Dr. René Strazzer. Prof. Dr. Peter Breitschmid, Präsident des Vereins Successio, stand der AG-R als begleitender Experte zur Verfügung und das Sekretariat führte Frau RAin Alexandra Geiger. Die genauen Angaben zur AG-R und den involvierten Personen finden Sie im Anhang zu dieser Vernehmlassung. Die AG-R wurde von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern am letzten Successio Forum, das am 22./23. April 2016 in Luzern stattfand, beauftragt, für den Verein Successio eine Vernehmlassung zum "Vorentwurf einer Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)" ("VE") zu erarbeiten. Darüber wurden **sämtliche Vereinsmitglieder** schriftlich orientiert und eingeladen, der AG-R ihre Stellungnahmen zur Erbrechtsreform einzureichen. Die AG-R hat den Input der Mitglieder des Vereins evaluiert und in die Erarbeitung dieser Stellungnahme einfließen lassen.

Der Verein wurde von Ihnen - wohl versehentlich - nicht direkt zu der Vernehmlassung zum VE eingeladen. Nichtsdestotrotz hat der Vereinsvorstand die AG-R beauftragt, Ihnen diese intern breit abgestützte Stellungnahme als **offizielle Vernehmlassung namens des Vereins Successio** einzureichen.

Der Verein Successio ersucht Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, seine Stellungnahme im weiteren Verlauf der Erbrechtsreform gebührend zu berücksichtigen. Für eine mündliche Erläuterung stehen Ihnen die Mitglieder der Arbeitsgruppe selbstverständlich auch zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Für den Verein Successio
Der Leiter der Arbeitsgruppe "Reform des Erbrechts"

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Dr. Balz Hösly', written over the printed name.

Dr. Balz Hösly

Im Doppel
Vorab per E-Mail

Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Inhaltsverzeichnis

1.	Leitende Grundsätze und Maximen der Erbrechtsreform	2
2.	Vorbehalte am bisherigen Reformprozess und am Vorentwurf	3
3.	Die Reformpunkte im Einzelnen	4
3.1	Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsverfahren	4
3.2	Pflichtteilsansprüche generell	5
3.3	Gebundene private Vorsorge, berufliche Vorsorge und Lebensversicherungen	6
3.4	Unterhaltsvermächtnis	7
3.5	Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten	8
3.6	Audiovisuelles Nottestament	8
3.7	Willensvollstrecker	9
3.8	Herabsetzung	9
3.9	Zuwendungen an Vertrauenspersonen	10
3.10	Informationsrecht	11
3.11	Ausgleichung	11
4.	Im Vorentwurf nicht enthaltene Reformpunkte	12
4.1	Formvorschriften	12
4.2	Urteilsfähigkeit des Erblassers, Prävention Demenzverfügungen etc.	12
4.3	Die Begünstigungsmöglichkeit nach Art. 473 ZGB	13
4.4	Der virtuelle Erbe	13
4.5	Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht	14
5.	Schlussbemerkungen	15
	Anhang: Arbeitsgruppe „Reform des Erbrechts“	17

1. Leitende Grundsätze und Maximen der Erbrechtsreform

- 1 Eine Erbrechtsreform soll sich an **vier grundsätzlichen Maximen** orientieren, welche auch dieser Vernehmlassung zu Grunde liegen:
 1. Rund 2/3 aller Erbrechtsfälle in der Schweiz erfolgen ohne Verfügungen von Todes wegen, also "testamentslos". Dies spricht letztlich für die Qualität und die breite Anerkennung der erbrechtlichen Normen: das Schweizerische Erbrecht hat sich konzeptionell und grundsätzlich bewährt. Auch eine neue, "zeitgemässe" Regelung des über hundert Jahre alten erbrechtlichen Teils des Zivilrechts, die praktisch sämtliche Einwohnerinnen und Einwohner der Schweiz früher oder später betrifft, muss wieder den Kriterien der **Langfristigkeit, Stabilität und Kontinuität** genügen. Im Rahmen der Revision sind zudem auch erkannte gesetzgeberische Lücken zu schliessen und die in Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutierten Unklarheiten durch klare inhaltliche Regelungen zu beseitigen.
 2. Ein zeitgemässes Erbrecht muss einerseits die in der heutigen Gesellschaft akzeptierten und real gelebten, vielfältigen Lebensformen berücksichtigen und individuell darauf zugeschnittene, private erbrechtliche Dispositionen grosszügig ermöglichen. Andererseits hat sich die Bedeutung des Erbrechts als Hauptträger der familiären Vorsorge durch die Einführung, den Ausbau und die wirtschaftliche Relevanz der Sozialwerke und der beruflichen Vorsorge in den letzten hundert Jahren relativiert. Beide Entwicklungen rechtfertigen eine **Erweiterung der erbrechtlichen Dispositionsfreiheit**.
 3. Sowohl in Bezug auf den Erblasser selbst als auch in Bezug auf seine Familienangehörigen und nahestehenden Personen hat das Erbrecht eine wichtige **Schutzfunktion**. Diese ist angesichts des demographischen Wandels und der stetigen Alterung der Bevölkerung, in der die physische und psychische Abhängigkeit von betagten Menschen oft zu- und ihre intellektuelle Leistungsfähigkeit oft abnimmt, nicht zu unterschätzen. Der zunehmenden Tendenz zu Abhängigkeits-, Kurswechsel- und "Last Minute"-Testamenten sowie zu "unmotiviert-spontanen" Eheschliessungen und damit zur erbrechtlich oft herausfordernden Gründung von Patchworkfamilien "*in extremis*" ist in der Erbrechtsrevision massvoll Rechnung zu tragen.
 4. Angesichts der überaus grossen volkswirtschaftlichen Bedeutung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in der Schweiz muss die Erbrechtsrevision die Regelung der **Unternehmensnachfolge** verbessern.

2. Vorbehalte am bisherigen Reformprozess und am Vorentwurf

- 2 Der Verein Successio vermisst eine für den Reformprozess unabdingbare **Grundsatzdiskussion** über die Maximen des künftigen Erbrechts und die Verabschiedung von Leitlinien, an denen sich eine Gesetzesrevision zu orientieren hat. Es wäre, mit anderen Worten, der falsche Weg, bereits jetzt, auf der Basis des Vorentwurfs, in eine erbrechtliche Detaildiskussion einzusteigen. Nötig ist zunächst eine **konzeptionelle Auslegeordnung**, welche den rechtspolitischen Handlungsbedarf und die gesetzgeberisch zu entscheidenden Grundsatzfragen überhaupt erkennen und festlegen lässt. Diese ist in einem nächsten Schritt **nachzuholen**.
- 3 Da eine grundsätzliche erbrechtliche Lagebeurteilung bis anhin nicht stattgefunden hat, ist der Vorentwurf derzeit noch **unvollständig** und wirkt entsprechend **konzeptlos**. Der Verein Successio stösst sich zudem daran, dass für eine solch grundsätzliche Revision des Zivilrechts lediglich eine äusserst kurze Vernehmlassungsfrist von nur drei Monaten veranschlagt wurde.
- 4 Dem Vorentwurf ist allerdings auch zu Gute zu halten, dass er eine **taugliche erste Grundlage** darstellt, um die inhaltliche Diskussion um eine Reform des Erbrechts überhaupt in Gang zu setzen. Konkret sind
 - a) **die meisten Reformvorschläge diskussionswürdig, aber inhaltlich noch weiter zu vertiefen und insbesondere sorgfältiger zu redigieren sowie**
 - b) **weitere Vorschläge in Bereichen, in denen ein ausgewiesener Revisionsbedarf besteht, in die Erbrechtsreform aufzunehmen.**
- 5 Der Verein Successio hält es im Rahmen dieser Vernehmlassung deshalb für wenig sinnvoll, alle Reformpunkte im Detail zu kommentieren bzw. zu ergänzen. Er unterbreitet aber zu verschiedenen Gebieten konkrete Hinweise, welche die von ihm als sinnvoll erachtete Stossrichtung der weiteren Diskussion aufzeigen.
- 6 Aufgrund dieser Lagebeurteilung stellt Ihnen der Verein Successio folgenden

Grundsatzantrag:

Angesichts der Komplexität einer Erbrechtsrevision und der zuweilen kontroversen Standpunkte in Lehre, Rechtsprechung und Anforderungen der Praxis erachtet es der Verein Successio als unerlässlich, dass der Reformbedarf des Erbrechts im Rahmen eines Expertengremiums, das sich sowohl aus Vertreterinnen und Vertretern der Wissenschaft als auch der Praxis zusammensetzt, konkretisiert und ergänzt wird. Die Themen können dabei adäquat ausgelegt und diskutiert werden und die dabei gewonnenen Erkenntnisse in den nächsten Entwurf des Bundesamtes für Justiz einfließen.

- 7 Der Verein Successio ist selbstverständlich gerne bereit, an einer solchen Grundsatzdiskussion aktiv mitzuwirken und auch einen Vertreter/eine Vertreterin in ein zu schaffendes Expertengremium zu delegieren.

3. Die Reformpunkte im Einzelnen

3.1 Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsverfahren

- 8 Dieser Revisionspunkt ist vor dem Hintergrund zu beurteilen, dass nicht nur das Erbrecht unterhaltstechnisch an Bedeutung verloren hat sondern auch eine „**Entflechtung**“ der gegenseitigen Begünstigungen der Ehegatten bei einer Ehescheidung die Regel und fester Bestandteil des ZGB ist (vgl. Art. 120 Abs. 2, Art. 204 Abs. 2, Art. 217, Art. 236 Abs. 2 und Art. 242 ZGB).
- 9 Im VE aber unklar und nicht gelöst ist,
- ob der Pflichtteil nur entfallen soll, falls die Enterbungsvoraussetzungen erfüllt sind und ein entsprechendes Testament zu errichten wäre; oder
 - ob in Fällen von Art. 125 Abs. 3 ZGB (Wegfall bzw. Kürzung eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs) auch der Pflichtteil ganz oder in gleicher Relation wie die Kürzung entfallen soll.
- 10 Sollte der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten bereits bei Einleitung eines Scheidungsverfahrens entfallen, muss zu diesem Zweck das hängige Scheidungsverfahren hypothetisch „durchgespielt“ werden, einschliesslich einer „Verschuldensprüfung“.
- 11 Die Koppelung des Pflichtteilsverlusts an eine **zweijährige Dauer** des Scheidungsverfahrens ist im VE nicht weiter begründet und erscheint als **einigermassen willkürlich**. Es muss in diesem Zusammenhang auch daran erinnert werden, dass bei nachehelichen Unterhaltsansprüchen, die an Kinderbetreuung und Karriereverzicht anknüpfen, die Unterhaltskomponente nach wie vor aktuell ist.
- 12 Der Verein Successio schlägt deshalb eine ausgewogene Lösung vor: Falls die Ehe während eines Scheidungsverfahrens, aber vor dessen rechtskräftigem Abschluss durch Tod aufgelöst wird, ist dem überlebenden Ehegatten ein **kapitalisierter Vermächtnisanspruch** in Höhe der hypothetisch nach Massgabe von Art. 125 Abs. 2 bzw. Abs. 3 ZGB errechneten Ansprüche zuzusprechen. Dies könnte durchaus noch durch das Scheidungsgericht erfolgen. Dieser Anspruch sollte allerdings den Wert eines in einem erbrechtlichen Verfahren wiederum hypothetisch zu ermittelnden Ehegattenpflichtteils nicht übersteigen dürfen.

3.2 Pflichtteilsansprüche generell

- 13 Eine **Reduktion der Pflichtteilsquoten** scheint seit längerem konsenstauglich. Sie ist ein unverzichtbarer Revisionspunkt, um einem Erblasser in den heute alltäglichen, vielfältigen Beziehungssituationen oder bei besonderen Konstellationen (wie z.B. einer Unternehmensnachfolge) mehr Spielraum zu gewähren und damit realitätsnahe erbrechtliche Dispositionen zu ermöglichen. Der Wegfall des **Elternpflichtteils** ist ebenfalls zeitgemäss, da sie gesetzliche Erben bleiben.
- 14 Dem Verein Successio erscheint die Reduktion der **Pflichtteile der Nachkommen** von $\frac{3}{4}$ auf die Hälfte als sinnvoll. Warum diese Pflichtteile aber lediglich um einen Drittel gekürzt werden sollen, der **Ehegattenpflichtteil** hingegen um die Hälfte reduziert werden soll, wird im VE weder erläutert noch entspricht die vorgeschlagene Regelung dem durchschnittlichen Testierverhalten.
- 15 **Besondere Situationen** können allerdings einen deutlich erhöhten Verfügungsspielraum ebenso erfordern wie rechtfertigen. Obwohl sich der VE offensichtlich darum bemüht, keine neuen Systemelemente einzuführen, verdient es aus Sicht des Vereins Successio doch eine vertiefte Reflexion, wie man sich der Quadratur des Kreises zumindest annähern könnte. Vorstellbar ist z.B., den Ehegattenpflichtteil (entsprechend dem durchschnittlichen Testierverhalten) unverändert zu belassen, aber in Ausnahmefällen dem Erblasser eine **begründete Reduktion des Pflichtteils** zu ermöglichen. Eine solche **Begründungspflicht** ist im Übrigen auch kein neues Systemelement, sondern nur eine „Umkehrung“ von Art. 479 Abs. 1 ZGB (Begründungszwang für Enterbung). In diesem Zusammenhang kann auch über ein **qualifiziertes Formerfordernis einer Begründung**, z.B. in Form einer **öffentlichen Verfügung** nachgedacht werden (ausführlicher dazu auch unten Rz 38). So verdient beispielsweise im Konfliktfall eine gerichtliche Überprüfung einer atypischen, aber sinnvollen Ausgestaltung einer **KMU-Nachfolge** durch einen Erblasser das Vertrauen des Gesetzgebers (vgl. Art. 4 ZGB). Gleichzeitig kann eine solche Lösung verhindern, dass an der Grenze zur **Demenz** überschüssende Anordnungen getroffen werden.
- 16 Der VE weist im Bereich der Pflichtteilsregelung zudem eine **gravierende Lücke** auf: dem Verein Successio scheint es in einem zeitgemässen Erbrecht als zwingend, dass die **güterrechtlichen Stundungsregeln** (Art. 203 Abs. 2, Art. 235 Abs. 2, Art. 250 Abs. ZGB) tel quel **für den erbrechtlichen Pflichtteil übernommen** werden (vgl. dazu auch unten Rz 47).

3.3 Gebundene private Vorsorge, berufliche Vorsorge und Lebensversicherungen

17 In diesem Bereich greift der VE ohne wirkliche Not erheblich in das - anerkannte und gut eingeschlungene - heutige System ein und schießt über das Ziel hinaus: Einerseits schafft er **Ungereimtheiten zum ehelichen Güterrecht** und verkennt die systemische **Bedeutung des Risikoschutzes**. Andererseits führt die erbrechtliche Ausserachtlassung des gebundenen Vorsorgespargens zu einer **doppelten Privilegierung der Säule 3a** gegenüber der Säule 3b. Die Revisionsvorlage bringt in diesem Bereich keine Klarstellung, sondern es werden neue Ungerechtigkeiten und Unsicherheiten geschaffen.

18 Im Einzelnen:

- ist die das geltende Recht bzw. die Praxis des Bundesgerichts kodifizierende Regelung zu begrüßen, dass die Leistungen aus der - obligatorischen, überobligatorischen und freiwilligen - **beruflichen Vorsorge nicht in den Nachlass fallen**, sondern den Begünstigten direkt zukommen. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass zusätzliche **Einkaufsbeiträge** in die berufliche Vorsorge eines geschiedenen Vorsorgenehmers mit Kindern aus erster Ehe bei einer Wiederverheiratung zu zum Teil signifikanten Schmälerungen der Erbteile der Nachkommen zu Gunsten der Vorsorge des zweiten Ehepartners führen können. Diese Problemstellung sollte im Zuge der Revision weiter vertieft und ein allfälliger Handlungsbedarf des Gesetzgebers evaluiert werden.
- müssen die **Leistungen der Säule 3a** (gebundene Selbstvorsorge, Versicherungs- und Banksparen) **Teil des Nachlasses bleiben bzw. erbrechtlich berücksichtigt werden**. Der VE verkennt, dass die Vorsorgeformen gemäss Art. 82 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge und der dazu gehörenden Verordnung (BVV 3) zwar steuerlich privilegiert, aber letztlich doch **privat und freiwillig** sind. Diese teils beträchtlichen Beträge - entgegen der klar herrschenden Lehre und Meinung in der Literatur - erbrechtlich nicht mehr zu berücksichtigen, leuchtet nicht ein und führt insbesondere zu einer **Erosion des Pflichtteilsschutzes**. Dies erscheint angesichts der in der Revision bereits vorgesehenen Reduktion der Pflichtteile als nicht opportun. Auch vor dem Hintergrund, dass die Säulen 3a und 3b bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung gleich behandelt werden, ist es **fragwürdig, die Säule 3a am Erbrecht vorbei zu leiten**. Letztlich ist nicht einzusehen, weshalb die freie Vorsorge in der Säule 3b erbrechtlich durchaus, aber das ebenso freiwillige und erst noch steuerprivilegierte, gebundene Sparen in der Säule 3a erbrechtlich überhaupt nicht (mehr) berücksichtigt werden soll (sei es als Teil des Nachlasses oder als unentgeltliche lebzeitige Zuwendung). Beides sind systemisch anerkannte **freiwillige** Formen der Vorsorge (und verlagern Aktiven aus dem potentiellen Nachlass in die Vorsorge), die **erbrechtlich** unterschiedlich zu behandeln keinen Sinn macht.

- ist die Gleichbehandlung aller Lebensversicherungsansprüche nicht zweckmässig. Es muss vielmehr **zwischen dem Risikoschutz und den Sparkomponenten von Lebensversicherungen unterschieden** werden. Reine Risikoversicherungen decken die Ungewissheit des Lebens ab - die im Todesfall fällig werdende Kapitalleistung mildert einen durch den Tod des Versicherungsnehmers entstehenden (zukünftigen) Schaden, der in aller Regel im Wegfall eines regelmässigen Einkommens besteht. Dank der Kapitalleistung kann oft eine durch den Tod des Versicherten entstehende finanzielle Notlage (z.B. durch Rückzahlung einer Hypothek oder einer offenen Leasingsschuld oder durch Sicherung künftiger Ausbildungskosten für die Nachkommen) entschärft werden. Solche Lebensversicherungsprämien sind deshalb ausschliesslich **Risikoschutzkosten** - vergleichbar mit einer Kaskoversicherung für ein Motorfahrzeug. Die entsprechende Kapitalleistung kompensiert lediglich ein Risiko, das sich manifestiert hat: es ist demzufolge systemisch falsch, diese Kapitalleistung nun wieder in den Nachlass zu integrieren oder sie dem Nachlass wieder hinzuzurechnen. Der Erbschaft wurde im Vorfeld ja nichts entzogen, sondern nur ein durch den Tod entstehendes Risiko versichert.

Im Gegensatz dazu schmälern die **gemischten Versicherungen** (Risikoschutz und Sparen kombiniert) den Nachlass um die **Sparkomponenten** der einbezahlten Prämien. Es macht allerdings auch hier Sinn, wenn das ausbezahlte Risikokapital nicht in den Nachlass fällt (Überschuss oder Versicherungsleistung bei Tod). Demgegenüber sollen aber die kapitalisierten Sparbeiträge (oder eben der **Rückkaufswert**) auch in Zukunft erbrechtlich berücksichtigt werden. Das gleiche gilt im Übrigen für Lebensversicherungen mit garantierter Kapitalauszahlung bei Tod, aber ohne Rückkaufswert, in die letztlich ein über den reinen Risikoschutz hinausgehender Vermögensteil investiert (und dem Nachlass entzogen) wird.

Eine **grundlegende Systemänderung** für Lebensversicherungsleistungen **drängt sich** aber aus Sicht des Vereins Successio - auch aus Gründen der Gleichschaltung mit dem ehelichen Güterrecht - **nicht auf**.

3.4 Unterhaltsvermächtnis

- 19 Es erscheint sinnvoll, dass Leistungen, die vom sozialen Umfeld für den Erblasser bzw. im Interesse des Erblassers erbracht wurden, honoriert werden. Die im VE enthaltene Regelung erachtet der Verein Successio indes als **unausgegoren** und weist sie entschieden zurück: das (zwingende) gerichtliche Verfahren mit der viel zu kurzen Klagefrist von drei Monaten belastet die emotionale Situation nach dem Tod noch zusätzlich und erschwert eine zeitnahe konsensuale Erbteilung erheblich. Auch sollte der Kreis der Berechtigten weiter gefasst werden und schliesslich ist die Höhe des möglichen Vermächtnisses sowohl für den Berechtigten als auch die Erben absolut ungewiss.

- 20 Als ausgewogene Lösung schlägt der Verein Successio eine **von Gesetzes wegen entstehende Unterhaltsforderung gegenüber dem Nachlass** vor. Der Kreis der Berechtigten soll dabei weiter gefasst werden (z.B. auch die Schwiegertochter, das Geschwister oder die Nachbarin - allgemein: jede Person, die dem Erblasser gegenüber in den letzten fünf Jahren vor dem Tod regelmässig, adäquate und überdurchschnittliche Leistungen erbracht hat). Der Anspruch ist durch den Berechtigten auf Aufforderung durch die Erben/einen Erben hin **innert drei Monaten** bzw. ohne eine solche Aufforderung **innert einem Jahr** ab Tod geltend zu machen, ansonsten er verwirkt. Unabdingbar aus Gründen der Rechtssicherheit ist es zudem, die **Höhe des Anspruchs** auf eine - allenfalls von der Höhe der Erbschaft abhängige - **Quote des Nachlasses zu plafonieren**.

3.5 Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten

- 21 Die Zuweisung beider Vorschläge an den überlebenden Ehegatten unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung hat bei der **Nachlassplanung in der Praxis** überragende Bedeutung. Für den Verein Successio ist es deshalb notwendig, dass die damit verbundenen Streitfragen, die erhebliche praktische Konsequenzen haben, im Rahmen der Revision des Erbrechts einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden.
- 22 Der VE nimmt sich diesen Streitfragen nur ungenügend an. Neben der Frage nach der Rechtsnatur der Zuweisung (Rechtsgeschäft unter Lebenden vs. Rechtsgeschäft von Todes wegen) ist insbesondere die praktisch wichtige Frage, wie sich die **Pflichtteile der gemeinsamen und der nicht gemeinsamen Nachkommen** berechnen, zu klären. Dazu äussert sich der VE überhaupt nicht. Sachlich nicht gerechtfertigt ist sodann, dass der VE lediglich den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, nicht aber den Güterstand der **Gütergemeinschaft** thematisiert. Des Weiteren ist mit dem vorgeschlagenen Art. 494 Abs. 4 VE die **Systematik der Legiferierung** verfehlt. Art. 494 ZGB hat den Erbvertrag und gerade nicht den Ehevertrag zum Gegenstand. Richtigerweise ist bei einer **Regelung im Ehegüterrecht**, mithin bei Art. 216 und Art. 241 ZGB, anzusetzen. Schliesslich ist zu erwägen, ob die mit dieser ehevertraglichen Regelung einhergehende starke Bevorzugung des überlebenden Ehegatten zu Lasten der gemeinsamen Nachkommen nicht mit einer **gesetzlichen Wiederverheirathungsklausel als Korrektiv** kombiniert werden muss. Beispielhaftes gesetzliches Anschauungsmaterial in dieser Frage bietet im Übrigen die Wiederverheirathungsklausel beim Nutznießungsvermächtnis zu Gunsten des überlebenden Ehegatten in Art. 473 Abs. 3 ZGB.

3.6 Audiovisuelles Nottestament

- 23 Diese Regelung ist zeitgemäss und wird vom Verein Successio begrüsst. Angesichts der laufenden technischen Fortschritte ist es aber wünschenswert, dass **jedes mittels moderner Kommunikationsmittel errichtete Nottestament**, das mit hinreichender Sicherheit vom Erblasser stammt, als letztwillige Verfügung qualifiziert werden kann, bspw. auch ein Audio-Testament auf einem Mobiltelefon.

3.7 Willensvollstrecker

- 24 Der willensvollstreckerliche Alltag erscheint – teils in Anlehnung an die eng verwandte und weit detailliertere Ordnung des deutschen BGB – in der Schweiz weitgehend unproblematisch.
- 25 Die im VE vorgeschlagenen Änderungen beschlagen damit einerseits Selbstverständlichkeiten. Andererseits bietet Art. 517 Abs. 4 VE keinerlei Hilfe, um den **eigentlichen Problempunkt** – nämlich **nicht ausreichend substantiierte und übersetzte Honorare des Willensvollstreckers** – in den Griff zu bekommen. Sodann unterstellt der neue Art. 518 Abs. 4 VE die Willensvollstrecker einer gerichtlichen Aufsicht, ohne allerdings das Verfahren zu spezifizieren.
Entscheidend ist in der **Praxis**, dass es sich bei Verfahren gegen die Mandatsführung des Willensvollstreckers **nicht um Gesamthandsklagen handelt** (so müssen z.B. Diskussionen um Verantwortlichkeit und Honorar nicht notwendig gegenüber allen Mitbeteiligten im gleichen Sinne entschieden werden: Einem "partiischen" Willensvollstrecker fällt es ansonsten leicht, den durch seine Mandatsführung „Begünstigten“ auf seine Seite zu ziehen und solche Verfahren zu blockieren).
- 26 **Weiterführende Neuerungen** (Klagerechte des Willensvollstreckers, Einsetzung eines Nachfolgers durch das Gericht) **scheinen nicht geboten**: Gegen den einstimmigen Erbenwillen soll der Willensvollstrecker z.B. nicht vorgehen können, ausser es ergibt sich seine Befugnis aus dem Gesetz (weil er z.B. Vermächnisse auszurichten und darüber Klarheit zu schaffen hat, womit die Legitimation bestehen würde). Und wo der Erblasser keinen Ersatzvollstrecker seines Vertrauens bezeichnet hat, bestehen die Institute der Erbschaftsverwaltung (bei entsprechenden Schutzbedürfnissen) oder der Erbenvertretung bei gravierender Uneinigkeit der Gemeinschaft.

3.8 Herabsetzung

- 27 Der VE hebt das Pflichtteilsrecht mit Recht nicht komplett auf, sodass die Herabsetzung als Sanktion von Pflichtteilsverletzungen (Art. 522 - 533 ZGB) vielleicht sogar noch an Bedeutung gewinnen wird. Zwar sollen nahezu sämtliche geltenden Gesetzesbestimmungen revidiert werden, die dabei gewählten **Schwerpunkte** sind aber **teilweise falsch** gesetzt.
- 28 Die (verhältnismässig nebensächliche) Herabsetzbarkeit von Intestaterbteilen (von Intestaterwerb) wird unnötig oft berücksichtigt. In diesem Zusammenhang tritt der Verein Successio insbesondere der im VE ohne weitere Begründung vorgesehenen, **ersatzlosen Streichung der Wendung „dem Werte nach“ in Art. 522 Abs. 1 ZGB/VE** entschieden entgegen. Die allfällig dahinter stehenden rechtspolitischen Zielsetzungen des VE bleiben ebenso im Dunkeln wie die damit verbundenen Rechtsfolgen. Dieser Minimalismus steht in keinem Verhältnis zu der **praktischen Tragweite** dieser Wendung, welche in mehrfacher Hinsicht sowohl zentral (Möglichkeit des Pflichtteils-Vermächnisses) als auch umstritten ist (so betreffend die Abfindung des Pflichtteils-erben mit einem Nutznie-

sungs- oder Rentenvermächtnis, dessen Kapitalwert höher ist als der Pflichtteil, ferner betreffend die Rechtsstellung des sog. virtuellen Erben).

- 29 Grundsätzlich zu begrüßen ist eine **Revision von Art. 527 ZGB**, welcher die herabsetzbaren Zuwendungen unter Lebenden umschreibt. Die Neuformulierung namentlich der Ziff. 1 ist im VE allerdings **missglückt**: es wird genau diejenige Wendung beibehalten (**„Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil“**), deren Unklarheit in den bisherigen Diskussionen um die *de lege lata* „richtige“ Lösung häufig bemängelt wird. Ebenfalls nicht ausdiskutiert - und zwar sowohl punkto Dauer also auch punkto Rechtsnatur (bzw. Unterbrechungsmöglichkeiten) - ist die vorgesehene **„Bekräftigung“ der einjährigen Anfechtungsfrist in Art. 533 ZGB/VE**. Umgekehrt fehlt aber die dringend erwünschte gesetzliche Regelung des Umfangs der **Rückleistungspflicht des bösgläubigen Zuwendungsempfängers** in Art. 528 Abs. 1 ZGB. Auch der in der Praxis ebenfalls besonders wichtige Art. 532 ZGB betreffend die **Reihenfolge der Herabsetzung** wird nicht revidiert: er soll aber in Zukunft feiner differenzieren, insbesondere im Zusammenhang mit weiteren (im VE andernorts zu Recht thematisierten) Problemstellungen (wie etwa denjenigen der Herabsetzung von Vorschlagszuteilungen an den überlebenden Ehegatten oder von Lebensversicherungsansprüchen).

3.9 Zuwendungen an Vertrauenspersonen

- 30 Der Verein Successio begrüsst die vorgesehene gesetzliche Normierung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen. Die im VE enthaltene Regelung vermag indes nicht vollumfänglich zu überzeugen. Zu erfassen sind insbesondere auch die **lebzeitigen Zuwendungen an (berufliche) Vertrauenspersonen**. Auch wird die vorgesehene generelle **Zuwendungsquote** von einem Viertel des Nachlasses im erläuternden Bericht zum VE nicht weiter begründet und erscheint als **willkürlich** - in gewissen Fällen kann sie zu hoch, in anderen (z.B. wenn zu entfernten gesetzlichen Erben keinerlei Nahverhältnisse bestehen) auch zu tief sein. Letztlich sind für diesen Regelungsbereich auch die dogmatischen und systematischen Aspekte des ZGB besser zu berücksichtigen.
- 31 Der Verein Successio schlägt deshalb vor, neben den letztwilligen **auch die lebzeitigen Zuwendungen** an Vertrauenspersonen zu erfassen (Schenkungen etc., die in den letzten fünf Jahren vor den Tod getätigt wurden). Zu erfassen sind allerdings **alle Berufsträger**, die in Folge ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen (inkl. "Berater" unterschiedlicher Art, Coiffeure, Vertreter, Hauswarte etc.). Es erscheint zudem als sinnvoll, die **Höhe der möglichen Zuwendungsquote an Vertrauenspersonen zu differenzieren** für den Fall, wo Nachkommen und/oder Ehegatten vorhanden sind und wenn solche fehlen. Auch ist zu prüfen, ob ein Erblasser die **Bandbreite** der Zuwendungen nicht mit ausreichenden Gründen in einer **öffentlichen Verfügung** (in "umgekehrter" Anlehnung an die Enterbung, vgl. auch oben Rz 15 und unten Rz 38) **erweitern** können soll. Schliesslich ist die neue Regelung systematisch besser bei der "Verfügungsfreiheit" zu kodifizieren.

3.10 Informationsrecht

- 32 Die in Art 601a Abs. 1 VE vorgesehene Regelung ist unpräzis und geht zu weit. Informationsberechtigt kann nicht jede Person sein, die einen *"erbrechtlichen Anspruch"* geltend machen kann. So ist z.B. nicht einzusehen, weshalb lediglich obligatorisch Berechtigte, wie ein Vermächtnisnehmer, ein Informationsrecht haben sollen. Das Informationsrecht soll sich an der geltenden Lehre und Praxis orientieren und **ausschliesslich den Erben und dem Willensvollstrecker** zustehen.
- 33 Auch Abs. 2 von Art. 601a VE ist zu wenig präzis. Weshalb sollen z.B. die sogenannten "nackten Eigentümer" gegenüber den Nutznießungsberechtigten oder die Nacherben gegenüber den Vorerben noch ein dauerndes Informationsrecht haben, wenn eine Sicherstellung ihrer Ansprüche erfolgt ist? Massgebend für das Informationsrecht soll deshalb nicht der (Erb-)Anspruch sein, sondern das andauernde **Rechtsschutzinteresse** des Berechtigten.
- 34 Zu begrüssen ist hingegen - insbesondere in Bezug auf die Stellung des virtuellen Erben und des sogenannten Pflichtteil-Vermächtnisnehmers (vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Art. 522 ZGB oben, Rz 28) - die neue Formulierung im ersten Teil von Art. 601a Abs. 3 VE. Der zweite Teil des Absatzes scheint demgegenüber zu wenig differenziert. So ist es beispielsweise fraglich, Ärzte oder Rechtsanwälte jeglichen **Berufsgeheimnisses** gesetzlich zu entbinden und sie in jedem Fall zur unbedingten Auskunft zu verpflichten. Eine Diskussion über die Wahrung eines über den Tod hinausgehenden **Persönlichkeitsschutzes des Erblassers** ist in diesem Zusammenhang angebracht.

3.11 Ausgleichung

- 35 Bei der Ausgleichung geht es um die **Berücksichtigung unentgeltlicher lebzeitiger Zuwendungen unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten**, und damit um ein Thema, das bei Erbteilungen immer wieder zu Auseinandersetzungen führt, namentlich unter den Nachkommen des Erblassers. Entgegen der im erläuternden Bericht mit Recht formulierten Zielsetzung schafft aber der VE insbesondere mit der Neuformulierung von Art. 626 Abs. 2 VE betreffend die sog. gesetzliche Ausgleichung nicht mehr, sondern sogar noch **weniger Klarheit als bisher**.
- 36 So ist der **Begriff „Ausstattung“** nicht hinreichend konturiert. Ausserdem ist (anders als nach geltendem Recht) nicht einmal mehr klar, ob die entsprechenden Zuwendungen (gehe es nun einzig um „Ausstattungen“ oder um lebzeitige Zuwendungen schlechthin) der gesetzlichen Ausgleichung **nur dann** unterworfen sein sollen, wenn sie einem **Nachkommen** ausgerichtet werden. Weder im erläuternden Bericht noch im VE angesprochen, aber unbedingt zu klären ist auch die Frage, ob der **überlebende Ehegatte** überhaupt **Gläubiger** der gesetzlichen Ausgleichung sein soll und wenn, ob dies **in jedem Fall** so sein soll - also selbst dann, wenn der überlebende Ehegatte im Zeitpunkt, in welchem der ausgleichungspflichtige Nachkomme die Zuwendung erhalten hat, noch gar nicht mit dem Erblasser verheiratet war.

- 37 Mit Blick auf **Unternehmensnachfolgen** zu prüfen ist sodann eine teilweise Abkehr weg vom Todestagsprinzip hin zum **Zuwendungstagsprinzip** bei der Festlegung des **Ausgleichungswerts** (i.V.m. einem entsprechenden, gesetzlichen Ausschluss der Ausgleichung durch Einwerfung in Natur), da so den besonderen Chancen und Risiken im Zusammenhang mit lebzeitigen Unternehmensnachfolgeregelungen sachgerechter Rechnung getragen werden kann (vgl. dazu unten Rz 44 ff., insb. Rz 46).
Schliesslich ist eine klarere Regelung über die Ausgleichung von **Ausbildungskosten** (Art. 631 Abs. 1 ZGB) erwünscht.

4. Im Vorentwurf nicht enthaltene Reformpunkte

4.1 Formvorschriften

- 38 Ein Kernpunkt – nämlich der **Nutzen der Formvorschriften** – wird weder im VE noch im erläuternden Bericht thematisiert. Ausgehend von der mehrfachen Schutzfunktion der Form (die den Erblasser vor Übereilung und die Erben davor zu schützen hat, einen andern als den wirklichen und einigermaßen überlegten Willen des Erblassers akzeptieren zu müssen) stellt sich die Frage nach der **Qualität der Formvorschriften**. Dabei zeigt sich das Dilemma, das schon im ausgehenden 19. Jahrhundert bestand: Die **Beliebtheit des eigenhändigen Testaments** verbietet es, diese tief im Bewusstsein der Rechtsgemeinschaft verankerte, kostengünstige und niederschwellige letztwillige Verfügungs-Variante anzutasten. Dass allerdings gleichzeitig das **Dogma der strikten Gleichwertigkeit aller Testamentsformen** aufrechtzuerhalten sei, ist damit nicht gesagt: So ist denkbar, eine individuelle **Abweichung von den Pflichtteilsschranken oder Zuwendungsquoten** zu ermöglichen, aber davon abhängig zu machen, dass die entsprechende Verfügung in Form des **öffentlichen Testaments** erfolgt. Das bedingt gleichzeitig, die Elemente der öffentlichen Form bundesrechtlich festzuschreiben und damit z.B. zu ermöglichen, dass nur **fachlich hinreichend qualifizierte Testamentszeugen** beigezogen werden können und nicht beliebig vom erblasserischen Umfeld manipulierbare "Dienstboten".

4.2 Urteilsfähigkeit des Erblassers, Prävention Demenzverfügungen etc.

- 39 Ganz grundsätzlich ist in einem zeitgemässen Erbrecht die Problematik der Urteilsfähigkeit des Erblassers bzw. von Demenz-Erkrankungen resp. von Demenz-Verfügungen sowie der steigenden Lebenserwartung (i.d.R. verbunden mit einer steigenden Pflegebedürftigkeit/Abhängigkeit und einer zunehmenden Schwäche bzw. einer Abnahme der geistigen Kräfte) zu berücksichtigen.
- 40 In der Praxis können z.B. **Demenz-Patienten** (punktuell/momentan/vorübergehend) u.U. sehr entschieden und überzeugend auftreten. Für Personen, welche den Erblasser nicht näher oder über einen längeren Zeitraum kennen, ist kaum erkennbar, dass eine Willensäusserung zu einem bestimmten Zeitpunkt nur momentan ist - und kurze Zeit später bzw. in einem anderen Umfeld geradezu gegenteilig erfolgen kann. Dies gilt in aller Regel auch für Urkundspersonen und Zeugen (es sei denn, die Zeugen stammen aus dem medizinischen/pflegerischen Umfeld des Erblassers). Verfügungen mit **Maximalbegünstigungen** bzw. **spontane Kurswechsel-** resp. **last-minute-Verfügungen** oder sogar

"unmotiviert-spontane" Eheschliessungen werden von den am Nachlass Beteiligten sehr kritisch beurteilt bzw. oftmals nicht akzeptiert und können zu massiven Differenzen bzw. aufwändigen erbrechtlichen Gerichtsverfahren mit z.T. grossen emotionalen Belastungen und Beweisschwierigkeiten führen.

- 41 Die weitreichende Thematik der **Urteilsfähigkeit des Erblassers** ist demnach unter Berücksichtigung dieser Aspekte (Lebenserwartung, Demenz, Abhängigkeiten, Verkleinerung der Pflichtteile, Erbschleicherei, Verfügungsformen, Schutzbedürftigkeit etc.) bei der Legiferierung der Erbrechtsreform vertieft zu diskutieren. Ein Lösungsansatz dazu kann u.U. die bereits oben in Rz 38 erwähnte künftige Ausgestaltung des **öffentlichen Testaments als besonders qualifizierte letztwillige Verfügungsform** darstellen.

4.3 Die Begünstigungsmöglichkeit nach Art. 473 ZGB

- 42 Art. 473 ZGB ist gewissermassen das **älteste Sorgenkind des Erbrechts**, wurde diese Bestimmung doch bereits dreimal revidiert. Im Rahmen der vorliegenden Revision soll sie nun nicht erneut angetastet werden, mit Ausnahme des Randtitels. Der **Verzicht auf eine (massvolle) Erhöhung des verfügbaren Teils** widerspricht allerdings der grundsätzlichen Stossrichtung des VE und der neuen Pflichtteilkonzeption. Ebenso bleibt die Frage unbeantwortet, in welchen Konstellationen **Art. 473 ZGB überhaupt noch relevant** sein kann, wenn, wie vorgesehen, die Pflichtteile der Nachkommen reduziert werden und somit die Kapitalwerte von Nutzniessungsvermächnissen zu Gunsten von Ehegatten höher sein können, wenn in Zukunft (einzig) die „allgemeine“ Bestimmung über die Herabsetzung von Nutzniessungsvermächnissen (Art. 530 ZGB) anwendbar ist. Gleichzeitig bleibt weiterhin offen, wie die **Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen** zu berechnen sind, wenn diese mit gemeinsamen Nachkommen konkurrieren (vgl. dazu auch oben Rz 22).

4.4 Der virtuelle Erbe

- 43 Die Rechtsfigur des virtuellen Erben, das heisst z.B. eines pflichtteilsgeschützten Erben, den der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen zur Gänze übergeht und so von seinem Nachlass ausschliesst, hat in der jüngeren Vergangenheit das Bundesgericht schon mehrfach beschäftigt. Es handelt sich um eine **wichtige Frage in der Erbrechtspraxis**. Die Rechte des virtuellen Erben sind gar nicht oder sicher nur unzureichend gesetzlich geregelt. Zwar nimmt der VE mit dem neu vorgeschlagenen Art. 601a Abs. 3 VE richtigerweise den **umfassenden Informationsanspruch des virtuellen Erben** auf. Zu klären bleibt allerdings noch, ob der virtuelle Erbe auch erbrechtliche **Sicherungsmassnahmen** wie das öffentliche Inventar, das Sicherungsinventar oder die Erbschaftsverwaltung verlangen kann. Im Rahmen der Erbrechtsrevision ist auch die geltende (strenge!) **Gerichtspraxis** zu prüfen, die vom virtuellen Erben verlangt, binnen der **einjährigen Verwirkungsfrist** gegen die ihn vom Nachlass ausschliessende Verfügung von Todes wegen Klage zu erheben. Diese Praxis trägt der Komplexität der Situation nicht ausreichend Rechnung und stellt heute eine eigentliche "Prozessfalle" dar.

4.5 Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht

- 44 Die integrale Übergabe eines Unternehmens an einen Nachfolger wird heute durch erbrechtliche "Stolpersteine" zum Teil massiv erschwert oder sogar verunmöglicht. Jedes Jahr treten in der Schweiz rund 14'000 KMU in einen Nachfolgeprozess ein. Bei gut 4'500 davon geht es dabei um eine (erbrechtlich meist relevante) **familieninterne Unternehmensnachfolge**. Eine Mehrheit dieser Unternehmen wird bereits zu Lebzeiten des späteren Erblassers an einen Nachfolger übergeben: In rund 20% der Fälle erfolgt dies durch **Schenkung** des Unternehmens und in der überwiegenden Anzahl der anderen Fälle im Rahmen einer **gemischten Schenkung** - mit einem Abschlag von durchschnittlich mehr als 40% auf den Verkehrswert des Unternehmens. Der private und volkswirtschaftliche Wert von Unternehmen und das öffentliche Interesse, diesen im Erbgang soweit wie möglich zu schützen, rechtfertigt aus Sicht des Vereins Successio eine **erbrechtliche Sonderregelung zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge**. Die folgenden Punkte geben die wichtigsten der einzuführenden Regelungen wieder.
- 45 Im Rahmen der Erbrechtsrevision ist eine Gesellschaft oder ein Gewerbe (Unternehmen) oder ein Mehrheitsanteil daran als **Erbschaftssache** zu definieren. Dabei ist wesentlich, dass ein Unternehmen im Rahmen einer **Erbteilung** einem geeigneten Nachfolger durch das zuständige Gericht **integral zugewiesen** werden kann bzw. einem geeigneten Nachfolger ein gesetzlicher Anspruch auf **integrale Zuteilung** zukommt. Auch soll ein Erblasser ein Unternehmen, das er hinterlässt, durch letztwillige Verfügung integral einem von ihm bestimmten Nachfolger als Erbschaftssache zuteilen können. In allen Varianten steht der Nachfolger in der Pflicht, adäquate **Ausgleichszahlungen an die übrigen Erben** zu leisten zu müssen.
- 46 Die heutige Gesetzgebung und Praxis berücksichtigt **Wertveränderungen** des Unternehmens zwischen lebzeitigem Zuwendungszeitpunkt und Tod des Erblassers durch die Fixierung des Anrechnungswerts des Unternehmens in der Höhe seines Verkehrswertes am Todestag. Für Unternehmensübernahmen rechtfertigt sich aber eine gesetzliche Ausnahme von diesem allgemein für Anrechnungen geltenden Todestagsprinzip: der **Anrechnungswert eines Unternehmens**, das ein Nachfolger schon zu Lebzeiten des Erblassers übernommen hat, ist aus Sicht des Vereins Successio auf der Basis der für das Unternehmen **betriebsnotwendigen Aktiven im Zeitpunkt der Zuwendung** festzulegen. Auch die **Praxis des Bundesgerichts** (BGE 133 III 416) anerkennt grundsätzlich diese **latente Ungerechtigkeit des Todestagsprinzips**, welches oft der Realität nicht gerecht wird und zu unbilligen Resultaten führt. Steigt nämlich der Wert eines Unternehmens, das zu Lebzeiten einem Nachfolger zugewendet wurde, ist dieser bei einer undifferenzierten, gesamtheitlichen Betrachtung des Unternehmenswertes mit Sicherheit frustriert, weil er seinen unternehmerischen Erfolg mit seinen Miterben zu teilen hat. Verliert das Unternehmen andererseits an Substanz, so ist die gemeinsame Tragung des Minderwertes durch die Erbengemeinschaft ebenso wenig befriedigend. Ein Unternehmen ist zudem ein volatiler Vermögenswert, der weitestgehend von den **unternehmerischen Entscheidungen** seiner Führung abhängt. Ein Nachfolger, der ein Unternehmen als (teilweise) Zuwendung zu Lebzeiten übernehmen kann, übernimmt daher die **volle Verantwortung** und trägt von da an sowohl das **Unternehmerrisiko** als auch das ganze

Marktrisiko. Er soll sich deshalb einen **Mehrwert** des Unternehmens beim späteren Tode des Erblassers nicht anrechnen lassen müssen. Als Gegenstück dazu soll es ihm aber auch verwehrt sein, einen allfälligen **Minderwert** des Unternehmens gegenüber seinen Miterben geltend machen zu können. Konsequenter Weise muss ihm im Fall einer Ausgleichung auch die **Einwerfung des Unternehmens „in Natur“ (Realkollation) verschlossen** bleiben, weil dieses in einem konkreten Anwendungsfall mit Sicherheit eine Wertverminderung aufweisen würde (vgl. dazu auch oben Rz 37).

- 47 Wird ein Unternehmen als Erbvorbezug integral übergeben oder in einer Erbteilung zugewiesen, kann der Nachfolger bei einer **sofortigen Befriedigung aller Ausgleichs- oder Pflichtteilsansprüche** der übrigen Erben nach dem Tod des Erblassers in finanzielle Bedrängnis kommen. Dem ZGB sind solche Schwierigkeiten nicht unbekannt. So sieht das Güterrecht in praktisch allen Güterständen vor, dass ein Ehegatte, den die sofortige Bezahlung seiner Schulden, der Ausgleichsansprüche oder der Mehrwertanteile des anderen Ehegatten in ernstliche Schwierigkeiten bringen würde, verlangen kann, dass ihm Zahlungsfristen eingeräumt werden (vgl. Art. 271 lit. g ZPO, Art. 203 Abs. 2, 218 Abs. 1, 235 Abs. 2 und 250 Abs. 2 ZGB). Die **Einführung einer Stundungsregelung** erscheint dem Verein Successio deshalb systemkonform und generell (vgl. dazu auch oben Rz 16) - sicher aber zumindest im Bereich der Unternehmensnachfolge - als **sinnvoll, zeitgemäss und realitätsgerecht**. Im Erbrecht *de lege ferenda* ist deshalb eine in ihrer Formulierung **dem ehelichen Güterrecht angelehnte Regelung** vorzusehen, welche einem Ausgleichs- oder Pflichtteilsschuldner die Möglichkeit einräumt, eine Stundung für die Ausgleichsforderungen der übrigen Erben zu verlangen. Auch **ausländischen Zivilrechtsordnungen ist eine Stundungsregelung nicht fremd**. So sieht beispielsweise der **spanische Código Civil** in Art. 1056 vor, dass ein Erblasser „mit Rücksicht auf die Erhaltung des Unternehmens“ letztwillig einen Zahlungsaufschub von bis zu fünf Jahren für Ausgleichszahlungen verfügen kann. Auch das **deutsche BGB** sieht allgemein, aber insbesondere für ein Wirtschaftsgut, „das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet“ in § 2331a Abs. 1 vor, dass jeder Erbe eine Stundung beantragen kann, falls die sofortige Auszahlung von Pflichtteilsansprüchen für ihn eine unbillige Härte darstellt. Und im Nachbarland **Österreich** wird im Rahmen einer Erbrechtsreform eine Pflichtteilsstundungsregelung eingeführt, welche am 1. Januar 2017 in Kraft tritt. Diese Regelung sieht ebenfalls eine 5-jährige Stundungsmöglichkeit vor, welche vom Gericht in besonderen Härtefällen auf maximal 10 Jahre erstreckt werden kann. Im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge wird dem Pflichtteilsschuldner sogar explizit ein Anspruch auf Stundung des Geldpflichtteils eingeräumt, „*wenn dessen sofortige Entrichtung den Fortbestand eines Unternehmens erheblich gefährdet*“.

5. Schlussbemerkungen

- 48 Das Schweizerische Erbrecht hat sich zwar grundsätzlich bewährt und genießt eine breite Anerkennung in der Bevölkerung. Dennoch gibt es einen recht hohen Reformbedarf: seit dem Erlass der heutigen Gesetzgebung vor mehr als hundert Jahren sind keine grundsätzlichen Anpassungen mehr erfolgt und die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich stark verändert.

- 49 Der Verein Successio hält es in diesem Zusammenhang für ebenso wichtig, dass die anstehende Revision des Erbrechts einerseits **nicht überschiesst**, und andererseits die notwendigen **Reformpunkte auch wirklich aufgreift** und nicht auf halben Weg stehen bleibt. Das Erbrecht muss jetzt **gesamthaft** betrachtet werden: Es kann nicht in kurzen zeitlichen Abständen wieder revidiert werden, sondern braucht eine lange Halbwertszeit, da es ja definitionsgemäss eine generationenübergreifende Regelung darstellt.
- 50 In diesem Sinne ist die vorliegende Vernehmlassung zu verstehen. Sie kombiniert die kritische Hinterfragung des Vorentwurfs mit einer Darstellung des aus Sicht des Vereins Successio noch nicht berücksichtigten, wichtigsten erbrechtlichen Handlungsbedarfs. Abschliessend ist aber noch einmal zu betonen, dass eine **erbrechtliche Grundsatzdiskussion im Rahmen eines Expertengremiums**, das sich mit den aufgeworfenen Reformpunkten beschäftigt, unabdingbar ist, um den komplexen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen einer Erbrechtsreform gerecht zu werden.

Anhang: Arbeitsgruppe "Reform des Erbrechts" (AG-R)

Dr. Balz Hösly (Leiter der Arbeitsgruppe)

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Mediator SAV, TEP
Partner bei MME Legal AG, Zürich & Zug
Kreuzstrasse 42, 8008 Zürich
Tel. +41 44 254 99 73 | balz.hoesly@mme.ch

Dr. Daniel Abt

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht
Steinenschanze 6, 4051 Basel
Tel: +41 61 278 90 90 | daniel.abt@advokaturnotariat.com

Prof Dr. Paul Eitel

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Ordinarius für Zivilrecht an der Universität Luzern und
Titularprofessor an der Universität Freiburg
Partner bei Bracher Spieler Schönberg Eitel Rechsteiner, Solothurn
Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn
Tel. +41 32 625 95 15 | paul.eitel@bracher.ch

Dr. René Strazzer

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Präsident der Fachkommission SAV Erbrecht des
Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV),
Partner bei Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte,
Waffenplatzstrasse 18, Postfach, 8027 Zürich,
Tel. +41 43 266 55 44 | rene.strazzer@sszlaw.ch

Prof.Dr. Peter Breitschmid (Präsident des Vereins Successio und Begleitender Experte der Arbeitsgruppe)

Ordinarius für Privatrecht an der Universität Zürich (Schwerpunkt ZGB), TEP, Geschäftsführendes
Direktionsmitglied des CAS Erbrecht der Universitäten Zürich und Luzern,
Rämistr. 74 / 4, 8001 Zürich
Tel. +41 44 634 48 40 | peter.breitschmid@rwi.uzh.ch

Alexandra Geiger (Sekretariat der Arbeitsgruppe)

Rechtsanwältin
Senior Associate bei MME Legal AG, Zürich & Zug
Kreuzstrasse 42, 8008 Zürich
Tel. +41 44 254 99 66 | alexandra.geiger@mme.ch

E 15. März 2016

Act

Walter Vonrufs

Von: "Walter Vonrufs" <vonrufs@bluewin.ch>
Datum: Dienstag, 8. März 2016 16:08
An: <session@telef.admin.ch>
Cc: <webmaster@admin.ch>
Betreff: Bitte weiterleiten an Daniel Jositsch, SR; sowie cc: an Simonetta Sommaruga, BR

scanned

funktioniert nicht

Salü Dani

Ich habe eine Anregung zu

Vernehmlassung Modernisierung des Erbrechts

Neue Bestimmung im Erbrecht, dass ErblasserIn im Testament bestimmen kann, dass Erbberechtigung von Stiefkind/ern derjenigen von "eigenen" Kind/ern gleichgestellt werden kann (Anteil, Erbschaftssteuer usw).

Ich (1940) war verheiratet (1972-2005), meine Ehefrau (1941) starb 2005. Eine Stieftochter (1968), keine eigenen Kinder, Eltern gestorben, eine Schwester (1937), ein Bruder (1947).

- Ohne Testament erben Schwester und Bruder je zur Hälfte. Die Stieftochter geht leer aus.
- Mit Testament kann ich meine Stieftochter als Alleinerbin einsetzen, da keine eigenen Kinder. Sie bezahlt hohe Erbschaftssteuer.

Mit entsprechender Anpassung im Erbrecht werden diese Unschönheiten eliminiert.

Man kennt die böse Stiefmutter (gilt auch für Stiefväter) im Märli. Mit dem heutigen Erbrecht unterstützt der Staat dieses Malaise.

Grüsse und gute Session
Walter Vonrufs
Rohrhaldenstrasse 41
8712 Stäfa

E J P D

Bundeshaus West

3003 Bern



Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften
Association des sociétés anonymes privées
The Swiss Association of Privately Held Companies

Per Email:

alexandre.brodard@bj.admin.ch
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

Basel, den 20. Juni 2016
christophe.sarasin@vpag.com

**ÄNDERUNG DES ZIVILGESETZBUCHS (ERBRECHT)
VERNEHMLASSUNGSANTWORT**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Die Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften (VPAG) ist 1952 gegründet worden und ist die einzige Organisation in der Schweiz, die branchenübergreifend die Interessen der privaten Aktiengesellschaften und deren Eigner vertritt. Wir gestatten uns hiermit, zum Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Die VPAG begrüsst auch im Hinblick auf das Alter des heute geltenden Erbrechts sowie der zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen der Lebens- und Beziehungsformen die Gesetzesrevision.

Das Erbrecht ist für die in der Schweiz ansässigen Familienunternehmen von sehr grosser Bedeutung, insbesondere im Zusammenhang mit Unternehmensnachfolgen. Dabei ist wichtig, dass das Erbrecht möglichst klare und präzise Vorgaben enthält.

Zu begrüssen ist, dass der Erblasser seinen Nachlass vermehrt selbst bestimmen kann.

Unklare Formulierungen oder die Überlassung der weiteren Rechtsausgestaltung durch den Richter (siehe Entwurf Art. 484 a) erschweren die Voraussehbarkeit und Planbarkeit eines Erbganges und sind daher in jedem Fall zu vermeiden.

2. Vernehmlassung zu einzelnen Gesetzesbestimmungen

Die VPAG nimmt zu einzelnen vorgesehenen neuen Gesetzesbestimmungen wie folgt Stellung:

2.1 E-Art. 120 Abs. 2, 217 Abs. 2 und 241 Abs. 4 – Güterrecht und Erbrecht

Einverstanden

Begründung:

Scheidungsverfahren können je nachdem lange - z.T. mehrere Jahre - dauern. Es ist zu begrüßen, dass ab Einreichung eines Scheidungsbegehrens klare, vom Erblasser i.d.R. auch erwünschte erbrechtliche Regelungen in Kraft treten. Die Planung des Nachlasses bzw. einer Nachfolgeregelung wird dadurch erleichtert.

2.2 E-Art. 471 – Pflichtteil

Einverstanden

Begründung:

Mit der Verkleinerung der Pflichtteile der Nachkommen und des überlebenden Ehegatten wie auch der Streichung der Pflichtteile der Eltern wird der Handlungsspielraum des Erblassers erweitert. Die Übertragung von Familienunternehmen an einzelne Nachkommen wird massgeblich erleichtert.

2.3 E-Art. 484 a – Unterhaltsvermächtnis

Antrag: E-Art. 484 a ist zu streichen oder neu zu formulieren.

Begründung:

Die Bestimmung enthält viele unklare und unbestimmte Rechtsbegriffe, so z.B.:

- "angemessener Lebensunterhalt" - wie hoch soll dieser sein und für wie lange soll das Vermächtnis ausgerichtet werden?;
- "Faktische Lebensgemeinschaft" - was ist das?;
- Es sollen "Erhebliche Leistungen" im "Interesse des Erblassers" erbracht worden sein - was ist erheblich und was ist (im Nachhinein beurteilt) im Interesse des Erblassers?;
- "Finanzielle Unterstützung vom Erblasser erhalten" - was heisst das genau? In welcher Form (auch z.B. eine Wohnung zur Verfügung stellen?;
- Das Vermächtnis muss für die Erben "zumutbar" sein - was ist das?

Ein Kläger müsste gemäss E-Art. 484 a Abs. 1 Ziff. 2 beweisen, dass der Erblasser die finanzielle Unterstützung fortgesetzt hätte, wenn er nicht verstorben wäre.

Unklar ist auch, ob zusätzlich zu einem gesetzlichen Erbenspruch oder allenfalls einer Einsetzung als Erbe bzw. oder Vermächtnisnehmer ein Unterhaltvermächtnis eingeklagt werden könnte. Könnte ein Unterhaltsvermächtnis auch gegen den Willen des Erblassers angeordnet werden?

Es ist nicht vorhersehbar, ob ein Unterhaltsvermächtnis erstritten werden kann und auch nicht, in welcher Höhe ein solches allenfalls ausgesprochen würde. Kapitalisiert man das Unterhaltsvermächtnis, können - je nach Situation - grosse Beträge resultieren, welche die Nachlassplanung massgeblich gefährden können.

Die Einführung eines vom Richter angeordneten Unterhaltsvermächtnisses widerspricht der mit der Reduktion der Pflichtteile einem Erblasser gewährten höheren Selbstbestimmung. Die im Entwurf vorgesehene höhere frei verfügbare Quote, mit der der Erblasser die Regelung seines Nachlasses vermehrt beeinflussen können soll, wird durch ein Unterhaltsvermächtnis wieder geschmälert.

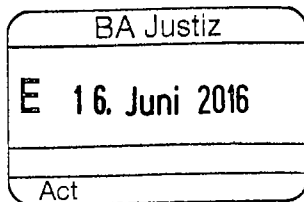
Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und bitten Sie, unsere Anliegen bei der Überarbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

VEREINIGUNG DER PRIVATEN AKTIENGESELLSCHAFTEN

Robert Kessler
Präsident

Dr. Christophe Sarasin
stv. Geschäftsführer



SCHWEIZER MEDIEN

MÉDIAS SUISSES | STAMPA SVIZZERA | SWISS MEDIA

EINSCHREIBEN

Bundesamt für Justiz
z.H. Alexandre Brodard
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Zürich, 15. Juni 2016

Vernehmlassung – Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Brodard

Der Verband SCHWEIZER MEDIEN (VSM) ist die Branchenorganisation der privaten schweizerischen Medienunternehmen. Zusammen mit den beiden Schwesterverbänden MÉDIAS SUISSES und STAMPA SVIZZERA setzt sich der VSM für die Wahrung der Interessen der privaten Medienunternehmen in der Schweiz ein.

Als Verband eines von familiären KMU geprägten Mitgliederspektrums möchten wir uns an der Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) beteiligen. Gerne nehmen wir wie folgt Stellung:

Der Bundesrat will das Erbrecht modernisieren. Er schlägt unter anderem vor, die Pflichtteilsquoten zu senken, damit der Erblasser freier über sein Vermögen verfügen kann. Ein Erblasser könnte so beispielsweise seine nicht mit ihm verheiratete Lebenspartnerin oder deren Kinder stärker begünstigen. Zudem würde dadurch die Nachfolgeregelung bei Familienunternehmen erleichtert.

Gemäss bundesrätlichem Entwurf bleiben die gesetzlichen Erbteile Grundlage für die Berechnung der Pflichtteile. Diese Pflichtteile sollen für Kinder und Lebenspartner nicht abgeschafft, jedoch erheblich reduziert werden.

Auch heute noch sind viele Medienhäuser Unternehmen, die von familiären Strukturen und dem Geiste eines KMU geprägt sind. Gerade bei klassischen KMU-Strukturen ist das Unternehmen in der Regel ein ganz zentraler Bestandteil des Vermögens des Erblassers. Freie Liquidität wird reinvestiert bzw. im Unternehmen belassen. Neben diesem Hauptaktivum sind oft keine weiteren erheblichen Vermögensbestandteile vorhanden. Dennoch besteht wohl oft ein Interesse, das Unternehmen möglichst ungeteilt zu erhalten. Die heutigen, relativ hohen Pflichtteile können zweckmässige Nachfolgeregelungen behindern.

Das heutige Erbrecht entspricht in grossen Zügen dem Erbrecht von 1907. Damals erbten die Bewohner aber mit ca. 30 Jahren und soziale Vorsorge- und Hilfeinrichtungen gab es so gut wie keine. Überdies war die Gesellschaft grundsätzlich weniger individualisiert und die Familie bildete meistens den Lebensmittelpunkt. Sowohl die Gesellschaftsmodelle, als auch die Lebenserwartung und die Vorsorgesituation der Bürger haben sich grundsätzlich geändert. Das Erbrecht dagegen nicht. Mit der geplanten Reform wird das Erbrecht dem gesellschaftlichen Wandel und der liberalen Forderung nach

Zürich, 15. Juni 2016

Vernehmlassung – Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Seite 2

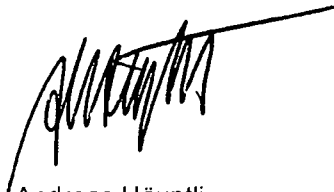
mehr Gestaltungsspielraum gerecht. Die Begrenzung der Pflichtteile ist auch zentral für die Regelung von Unternehmensnachfolgen – oft scheitern diese, weil die Pflichtteile der Erben zu gross sind. Daher befürwortet der VSM die geplante Revision, welche die verfügbare Quote des Erblassers erhöht.

Ebenso befürwortet der VSM die technischen Anpassungen im Hinblick auf die Form des Nottestaments. Dieses soll neu auch per Video – ohne zwei Zeugen – aufgezeichnet werden können. Mit diesem Vorschlag wird die Testierform der digitalen Realität angepasst.

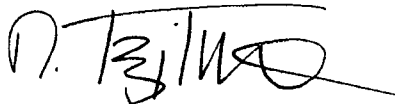
Der VSM befürwortet die oben genannten geplanten Revisionen, da sie dem Erblasser mehr Freiheit lassen und eine geordnete und nachhaltige Unternehmensnachfolge fördern. Ebenso erachtet es der VSM als zweckmässig, die Redaktion eines Nottestaments den heutigen technischen Möglichkeiten anzupassen.

Besten Dank für die Kenntnisnahme unserer Vernehmlassungsantwort.

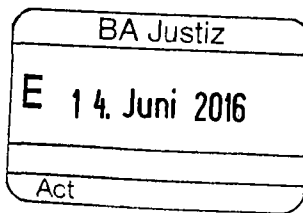
Mit freundlichen Grüssen



Andreas Häuptli
Geschäftsführer
Verband SCHWEIZER MEDIEN

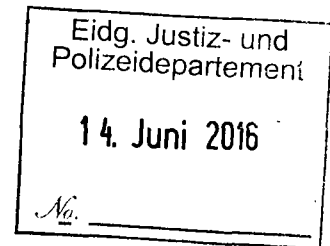


Dr. Mirjam Teitler
Rechtskonsultentin
Verband SCHWEIZER MEDIEN



VVS VEREIN
VORSORGE
SCHWEIZ
Stiftsgasse 9
4051 Basel
Tel.: +41 61 264 90 99

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
CH – 3003 Bern



Basel, 10. Juni 2016

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht): Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir machen nachfolgend gerne von der Gelegenheit Gebrauch, zur Vernehmlassungsvorlage Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) Stellung zu nehmen.

Als Verein Vorsorge Schweiz (VVS), der die Interessen der Freizügigkeitsstiftungen und Säule 3a Einrichtungen vertritt, werden wir uns nachfolgend auf die beabsichtigte Änderung in diesen Bereichen konzentrieren (Art. 476 Abs. 2 ZGB) und uns zum Kern der Reform nicht weiter äussern.

A) Beabsichtigte Änderung im Überblick

Gemäss Kapitel 6.4 der Vorlage (S. 33 ff.) soll mittels einem neuen Art. 476 Abs. 2 ZGB festgehalten werden, dass die Begünstigtenordnung gemäss Art. 2 BVV 3 sich analog der beruflichen Vorsorge am Vorsorgerecht und nicht am Erbrecht orientiert.

B) Grundsätzliche Bemerkungen

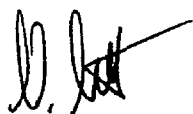
Der VVS umfasst aktuell 36 Mitgliedsstiftungen aus dem Freizügigkeits- und 3a Bereich. Gemäss einer internen Umfrage haben bisher die Mitgliedsstiftungen die Auszahlungen in der 3. Säule im Todesfall gemäss den Bestimmungen der BVV 3 und damit analog dem Vorsorgerecht durchgeführt. Eine andere Handhabung wurde bisher stets abgelehnt. Die heutige Praxis der Säule 3a-Vorsorgestiftungen entspricht demnach der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung.

C) Stellungnahme zur vorgeschlagenen Änderung

Der Verein ist sich dessen bewusst, dass Einzelstimmen der Lehre bezüglich der Begünstigungsordnung in der 3. Säule eine andere Meinung vertritt als die bestehende Praxis der Mitgliedsstiftungen (Prof. Aepli-Müller). Der VVS kann die Pro-Contra-Argumentation in der Vorlage auf den Seiten 34/35 nachvollziehen und begrüsst, dass eine bisher mögliche Rechtsunsicherheit durch den neuen Art. 476 Abs. 2 ZGB beseitigt werden soll. Demnach **befürwortet der VVS die vorgesehenen Änderungen**, die die bisherige Praxis seiner Mitglieder bestätigt.

Besten Dank.

Freundliche Grüsse



Nils Aggett
Präsident



Robert-Jan Bumbacher
Geschäftsführer

ANDREAS WALDMANN
DANIEL OLSTEIN
ETIENNE PETITPIERRE
BETTINA WALDMANN
JAVIER FERREIRO
SARAH CRUZ-WENGER
LAURA CRON
MARTINA HÄRING
CLAUDE SCHRANK

Anwälte eingetragen
im Baselstädtischen
Anwaltsregister

Eidgenössisches Justiz- und Polizeide-
partement
z.Hd. Herrn Alexandre Brodard

Basel, 17. Mai 2016

andreas.waldmann@lawyers.ch / AW

claud.schrank@lawyers.ch / CS

Stellungnahme zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) - Vernehmlassung

Hochgeachtete Frau Bundesrätin

Sehr geehrter Herr Brodard

Wir haben zu folgenden Bestimmungen Bemerkungen:

Art. 470 Abs.1

Wenn der Pflichtteil der Eltern aufgehoben wird, müssten die Eltern aus dem Wortlaut von Art. 470 Abs. 1 gestrichen werden.

Art. 526 Abs. 1

Die Bevorzugung der Erbverträge darf nur für synallagmatische Erbverträge gelten und nicht auch für solche, die rein testamentarische Anordnungen enthalten. Viele Urkundspersonen wählen das Instrument des Erbvertrages, auch wenn ein Testament angebracht wäre. Die Vertragsparteien kennen den Unterschied nur ungenügend.

Der vorgeschlagene Wortlaut dieser Bestimmung ist unklar. Unseres Erachtens müsste es heissen: „Hat ein Erbvertrag den verfügbaren Teil ausgeschöpft, wird zunächst der Erwerb aus späteren Verfügungen von Todes wegen herabgesetzt.“

WWW.LAWYERS.CH

Advokatur & Notariat Basel
Gerbergasse 1 (Marktplatz)
CH-4001 Basel
Tel +41 61 269 50 85
Fax +41 61 269 50 50
info@lawyers.ch

Notariat Pratteln
Bahnhofstrasse 17
CH-4133 Pratteln
Tel +41 61 269 50 60
Fax +41 61 269 50 50
info@lawyers.ch

Art. 533 Abs. 1 und Art. 600 Abs. 1

Die Verwirkungsfristen in den Art. 533 Abs. 1 und Art. 600 Abs. 1 sind unglücklich formuliert. Dem vorgeschlagenen Wortlaut zufolge beginnt die absolute Verwirkungsfrist auch für letztwillige Verfügungen mit dem Tod des Erblassers. Da die Eröffnung der letztwilligen Verfügung immer nach dem Tod des Erblassers erfolgen wird, bliebe für die Fristauslösung mit der Eröffnung der letztwilligen Verfügung kein selbständiger Anwendungsbereich. Entweder wird „oder der Eröffnung seiner letztwilligen Verfügung“ ersatzlos gestrichen oder die Bestimmung z.B. wie folgt ergänzt: „, sofern eine solche stattfindet, oder dem Tod des Erblassers“.

Art. 626 Abs. 2

Dem vorgeschlagenen Wortlaut zufolge gilt die gesetzliche Ausgleichungspflicht nicht mehr nur für Nachkommen. Eine dahingehende Änderungsabsicht ist aber dem Bericht (zumindest explizit) nicht zu entnehmen. Unseres Erachtens wäre es sinnvoll, die Ausgleichungspflicht für alle gesetzlichen Erben gleich zu gestalten. Denn damit wird die Ungleichheit der aktuellen gesetzlichen Lösung zwischen Gläubiger- und Schuldnerstellung beseitigt.

Für Ihre geschätzte Kenntnisnahme danken wir Ihnen bestens.

Hochachtungsvoll



Andreas Waldmann
Advokat und Notar (Basel-Stadt)
Fachanwalt SAV Erbrecht
Honorarkonsul der tschechischen Republik



Dr. Claude Schrank
Advokat

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Herr Alexandre Brodard

Per E-Mail: alexandre.brodard@bj.admin.ch

Küsnacht, 20. Juni 2016

B5251205.docx/ToB/gud

Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht)

Sehr geehrter Herr Brodard,
Sehr geehrte Damen und Herren,

I. ALLGEMEINES

- 1 Gerne nehmen wir die Einladung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zur Vernehmlassung zum Vorentwurf ["VE"] zur Änderung des Zivilgesetzbuches ["ZGB"] im Bereich des Erbrechts wahr.
- 2 In einem ersten Teil werden wir – losgelöst von rechtspolitischen Überlegungen – auf die einzelnen geplanten Änderungen eingehen, wobei wir thematisch zusammenhängende Artikel gemeinsam behandeln werden. Unseren Bemerkungen liegen Gedanken zur Systematik und zu materiellrechtlichen sowie prozessrechtlichen Aspekten zugrunde. Weiter erlauben wir uns Hinweise auf mögliche praktische Auswirkungen im Zusammenhang mit den ins Auge gefassten Anpassungen. Sofern wir zu einzelnen der erwähnten Themen keinen Diskussionsbedarf sehen, wird auf eine Stellungnahme verzichtet.
- 3 Der VE beinhaltet eine Teilrevision des Erbrechts, bei welcher die zu revidierenden Artikel auf die von der Revision unberührten Artikel abzustimmen sind.

Daher werden wir in einem zweiten Teil der Vollständigkeit halber auch auf möglichen Anpassungsbedarf bei von der Vorlage nicht erfassten Gesetzesbestimmungen hinweisen. Die Hinweise beschränken sich auf Bestimmungen, die in einem engen sachlichen Konnex zu den revidierten Regelungen stehen. Darüber hinaus sind unserer Ansicht nach zahlreiche weitere Bereiche des Erbrechts revisionsbedürftig, sodass eine umfassende, ganzheitliche Revision des Erbrechts in Betracht gezogen werden sollte. Auf eine diesbezügliche Stellungnahme verzichten wir.

II. BEMERKUNGEN ZU DEN EINZELNEN ZU REVIDIERENDEN ARTIKELN

A) Art. 469 Randtitel und Abs. 1 VE, Art. 482 Abs. 2 VE und Art. 519 Abs. 2 und 3 VE

- 4 Begrüssenswert ist die Klarstellung, dass mit einem Willensmangel behaftete Verfügungen von Todes wegen nicht per se ungültig sind, sondern einer gerichtlichen Anfechtung bedürfen.
- 5 Ebenfalls begrüssenswert ist, dass für den Erbvertrag die bis anhin offenen Fragen, ob und in welcher Form ein Willensmangel zu Lebzeiten des Erblassers geltend zu machen ist, geregelt werden. Indes wird es versäumt die – im erläuternden Bericht ["eBVE"] (Ziff. 6.14) erwähnte – strittige Frage, ob ein blosser Motivirrtum die Anfechtbarkeit ermöglicht oder eine solche nur innerhalb der Grenzen von Art. 24 OR möglich ist, zu regeln.
- 6 Sodann wird es unterlassen, die in der herrschenden Lehre vertretene Ansicht, wonach es bei Auflagen nicht sachgerecht erscheint, dass deren Rechts- oder Sittenwidrigkeit auch die ihr zugrundeliegende Verfügung ungültig macht (vgl. zum Meinungsstand MANUEL LIATOWITSCH/GEORG SCHÜRMANN, in: Praxiskommentar Erbrecht, DANIEL ABT/THOMAS WEIBEL [Hrsg.], 3. Aufl., Basel 2015, N 41 zu Art. 482), ins Gesetz aufzunehmen.

B) Art. 471 VE

- 7 Keine Bemerkungen.

C) Art. 472 VE i.V.m. Art. 120 Abs. 2 VE, Art. 217 Abs. 2 VE, Art. 241 Abs. 4 VE und Art. 31 Abs. 3 PartG

- 8 Eine interne Diskussion zeigte auf, dass die geplante Änderung der Pflichtteilsberechtigung des Ehegattens (oder eingetragenen Partners) im Falle des Versterbens während des Scheidungsverfahrens (oder der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft) – selbst für Juristen – schwer verständlich ist.
- 9 So ist bei isolierter Lektüre der Art. 120 Abs. 2, Art. 217 Abs. 2, Art. 241 Abs. 4 VE und Art. 31 Abs. 3 PartG nicht ersichtlich, welche Scheidungsverfahren zum Verlust des Pflichtteilsanspruchs führen. Insbesondere für juristische Laien dürfte der Beizug der erbrechtlichen Bestimmungen im Scheidungsverfahren nicht ohne weiteres auf der Hand liegen.
- 10 Art. 472 VE normiert nicht, wie zu verfahren ist, wenn nach Einleitung eines Scheidungsverfahrens auf gemeinsames Begehren anlässlich der Anhörung nach Art. 287 ZPO der Scheidungswille nicht bestätigt wird und ein Ehegatte vor Abweisung des Begehrens oder während laufender Frist zur Einreichung der Scheidungsklage (vgl. Art. 288 ZPO) verstirbt.
- 11 Weiter geht unserer Ansicht nach aus den Bestimmungen zu wenig deutlich hervor, dass lediglich der Pflichtteilsanspruch mit einem Scheidungsverfahren nach Art. 472 VE entfällt, nicht jedoch das gesetzliche Erbrecht, sondern vielmehr ein Entzug der Erbenstellung durch Verfügung von Todes wegen erforderlich ist.
- 12 Nach dem Gesagten wird die angestrebte Klarheit und Einfachheit (vgl. Ziff. 1 eBVE) nicht erreicht. Die vorgesehenen Formulierungen bergen stattdessen, namentlich für juristisch nicht versierte Personen, die Gefahr von Missverständnissen.

D) Art. 476 VE

- 13 Sinn und Zweck der Bestimmung des geltenden Rechtes ist es, denjenigen Betrag zu bestimmen, der im Zusammenhang mit einer versicherungsrechtlichen Begünstigung und beim Vorhandensein von Pflichtteilserben zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzuzurechnen ist, soweit die Versicherungssumme selbst nicht in den Nachlass fällt. Im geltenden Recht sind davon diejenigen Versicherungen der Säule 3b betroffen, welche einen Rückkaufswert aufweisen sowie die in der Praxis kaum vorkommende Todesfallversicherung (Art. 563

Abs. 2 ZGB). Nicht erfasst sind die reinen Risikoversicherungen. Die Lehre wendet den Artikel auf gemischte Lebensversicherungen teilweise direkt, teilweise analog an. Die steuerbegünstigten Vorsorgeversicherungen der Säule 3a werden ebenfalls mit dem (eingeschränkten) "Rückkaufswert" zur Pflichtteilsberechnungsmasse hinzugerechnet.

- 14 Abs. 2 des Art. 476 VE ist unseres Erachtens systematisch falsch, da sich die Bestimmungen von Art. 474 ff. ZGB mit der Pflichtteilsberechnungsmasse und nicht mit der Zusammensetzung des reinen Nachlasses befassen.
- 15 Die Gesetzesänderung hätte somit zur Folge, dass eine nicht in den reinen Nachlass fallende Versicherungsbegünstigung bei Vorhandensein von Pflichtteilerben, unabhängig von der Versicherungsart (aber im Rahmen der Säule 3b) im Umfang der gesamten Versicherungssumme der Pflichtteilsberechnungsmasse hinzugerechnet würden.
- 16 Da dadurch insbesondere Risikoversicherungen pflichtteilsrelevant würden, wird es in der Beratungspraxis noch schwieriger, den Konkubinatspartner abzusichern, was auch durch die Reduktion der Pflichtteilsquoten nicht wettgemacht werden kann. Zudem werden reine Risikoversicherungen in der Finanzierungspraxis der Hypothekarbanken regelmässig zur Gewährleistung der Tragbarkeit des überlebenden (Ehe-)Partners verlangt. Die Pflichtteilsrelevanz würde sich auch hier direkt auf die Tragbarkeit auswirken und unter Umständen eine Fremdfinanzierung verunmöglichen.
- 17 Falls so einschneidende materielle Änderungen im Bereich des Pflichtteilsrechts vorgenommen werden, müsste zwingend auch der Bezug zum Ehegüterrecht bzw. auf die Fragen ob ein Versicherungs- bzw. Vorsorgeprodukt güterrechtlich relevant ist und falls ja, mit welchem Betrag ein entsprechendes Kapital in der güterrechtlichen Auseinandersetzung einzusetzen ist, gemacht werden.

E) Art. 484a VE

- 18 Der Randitel "Unterhaltsvermächtnis" und die systematische Einordnung unter die Verfügungsart des Vermächtnisses scheinen unpassend. Es handelt sich hierbei nicht um eine letztwillige Anordnung des Erblassers. Vielmehr kann dem eBE (Ziff. 5.2) entnommen werden, dass es ein gesetzlicher, vom Willen des Erblassers unabhängiger Anspruch ist.

- 19 Unklar ist wie die Betitelung als Vermächtnis und die Formulierung "zulasten der Erbschaft" mit Blick auf das Verhältnis zu den Gläubigern des Erblassers und der Erbschaft auszulegen ist. Gehen die Gläubiger den "Unterhaltsvermächtnisnehmern" – wie den "gewöhnlichen" Vermächtnisnehmern – vor (vgl. Art. 564 VE) oder handelt es sich um eine Erbgangsschuld? Damit verbunden ist auch die Frage, ob das Unterhaltsvermächtnis ins öffentliche Inventar nach Art. 580 ff. ZGB aufzunehmen ist und welche Folgen eine Nichtaufnahme hätte. Mit Blick auf die Abstimmung der Verwirkungsfrist auf die Ausschlagungsfrist (vgl. eBVE Ziff. 5.2) müsste dies wohl der Fall sein.
- 20 Ebenfalls unklar ist das Verhältnis zum Pflichtteilsrecht. Ermöglicht Art. 484a VE eine Einschränkung des Pflichtteilsrechts oder ist eine solche per se durch Abs. 2 der geplanten Bestimmung ausgeschlossen? Überdies ist fraglich, ob Art. 565 ZGB anwendbar sein soll.
- 21 Die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Unterhaltsvermächtnisses sind gemäss eBVE (Ziff. 5.2) bewusst allgemein gehalten und den Gerichten wird folglich ein grosses Ermessen eingeräumt. Sofern die Voraussetzungen von Art. 484a VE erfüllt sind, sollte unserer Ansicht nach zwingend eine Zusprechung erfolgen, mithin ist hier eine Kann-Vorschrift nicht gerechtfertigt. Der eBVE (Ziff. 5.2) geht denn auch davon aus, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Anspruch auf Ausrichtung des Unterhaltsvermächtnisses besteht.
- 22 Die im eBVE (Ziff. 5.2) erwähnte Obergrenze des bisherigen Lebensstandards sollte sich im Gesetz finden. Gleiches gilt für die Möglichkeit, das Unterhaltsvermächtnis als Kapitalleistung, Rente oder in Form einer Nutzniessung auszurichten.
- 23 Weiter ist unklar, ob die Klage auf Ausrichtung des Unterhaltsvermächtnisses gegen sämtliche Erben als notwendige passive Streitgenossenschaft zu richten ist oder wie bei gewöhnlichen Geldlegaten aufgrund der solidarischen Erbenhaftung (Art. 603 Abs. 1 ZGB) gegen jeden einzelnen Erben möglich ist. Dem eBVE (Ziff. 5.2) kann lediglich entnommen werden, dass sich die Klage gegen den Nachlass richtet. Der Nachlass als solcher ist indes nicht prozessfähig. Die kurze Frist von drei Monaten zur Klageerhebung wird zur Folge haben, dass vermehrt eine Erbschaftsverwaltung anzuordnen ist, da die erbberechtigten Personen bis zu diesem Zeitpunkt oftmals noch nicht feststehen werden.
- 24 Der Vollständigkeit halber weisen wir darauf hin, dass wir die im eBVE (Ziff. 5.2) vertretene Ansicht, wonach es aufgrund der Allgemeinheit der Voraussetzungen

nur in Ausnahmefällen zu einer Einigung zwischen den Parteien kommen werde, nicht teilen. Die Praxis zeigt, dass je schwieriger und unsicherer die Abwägung der Prozesschancen ist, desto eher die Parteien bereit sind eine Vergleichslösung zu suchen und einzugehen.

- 25 Schliesslich empfehlen wir aus Gründen der Rechtssicherheit (vgl. dazu Ziff. 5.2 eBVE) die Aufnahme einer absoluten Klagefrist von bspw. zehn Jahren seit dem Tod des Erblassers.

F) Art. 494 Abs. 4 VE

- 26 Art. 481 ff. ZGB des geltenden Rechtes regeln die verschiedenen Arten der Verfügungen von Todes wegen. Mit dem zusätzlichen Abs. 4 im Art. 494 VE soll gesagt werden, dass "Vorschlagszuteilungen" (besser: *"die ehevertragliche Änderung der gesetzlichen Beteiligung am Vorschlag oder dem Anteil am Gesamtgut"*) im Erbfall wie ein Erbvertrag behandelt werden, damit die ehevertragliche Begünstigung für die Reihenfolge der Herabsetzung als Verfügung von Todes wegen qualifiziert wird. Unseres Erachtens ist es systematisch besser, die ehevertraglichen Begünstigungsklauseln direkt im Art. 532 ZGB, welcher sich mit der Herabsetzungsreihenfolge befasst, zu regeln.
- 27 Zudem fragt sich, ob auch ehevertragliche Begünstigungen, die keine aleatorische Komponente aufweisen, sondern unabhängig von der Versterbensreihenfolge gelten sollen, als Verfügungen von Todes wegen mit entsprechender Wirkung auf die Herabsetzungsreihenfolge gelten oder eher als lebzeitige Verfügungen qualifiziert werden sollten.

G) Art. 499 VE und Art. 503 Abs. 1 und 3 VE

- 28 Keine Bemerkungen.

H) Art. 506 bis 508 VE

- 29 Art. 506 Abs. 2 VE ist insofern zu ergänzen, als dass nicht nur für die Zeugen, sondern auch für die Urkundsperson die gleichen Ausschlussgründe wie bei der öffentlichen Verfügung gelten.
- 30 Die Formulierung in Art. 506 Abs. 3 VE, wonach das Datum "nach Möglichkeit" zu nennen sei, führt dazu, dass nachträglich zu beurteilen ist, ob dem Erblasser die Datumsnennung möglich war oder nicht. Dies dürfte ex post schwierig sein.

Sinnvoller wäre es eine Datumsangabe zu fordern; Art. 520a ZGB jedoch ebenfalls auf die audiovisuelle Verfügung für anwendbar zu erklären.

I) Art. 517 Abs. 2, 3, 4 VE und Art. 518 Abs. 4 VE

- 31 Vorweg ist festzuhalten, dass die Vereinheitlichung des Verfahrenswegs für formelle und materielle Fragen im Zusammenhang mit der Willensvollstrecker-tätigkeit sehr wünschenswert ist, da die Abgrenzung in der Praxis äusserst schwierig ist.
- 32 Art. 518 Abs. 4 VE hält allerdings lediglich fest, dass die Gerichte und demnach nicht die durch das kantonale Recht bestimmte Aufsichtsbehörde für die Aufsicht zuständig sind. Die kantonale Aufsicht wird soweit ersichtlich in den meisten Kantonen bereits bis anhin von einem Gericht ausgeübt. Über das Verfahren lässt sich Art. 518 Abs. 4 hingegen nicht aus. Folglich ist unklar, ob künftig der Klage- oder der (kantonal geregelte) Aufsichtsverfahrensweg zu beschreiben ist.

J) Art. 521 Randtitel und Abs. 1 und 2 VE, Art. 533 Randtitel und Abs. 1 VE und Art. 600 VE

- 33 In der Praxis ist strittig, ob bei Erbverträgen die absolute Frist von zehn Jahren ab dem Tod des Erblassers oder der Eröffnung des Erbvertrags läuft. Diese Unsicherheit gilt es durch Anpassung des Gesetzestexts zu beheben.

K) Art. 522 Abs. 1 VE, Art. 523 VE, Art. 525 VE, Art. 526 VE, Art. 527 Ziff. 1 und 3 VE und Art. 528 Abs. 3 VE

- 34 Ein Hauptproblem der im Themenkreis Herabsetzung geplanten Revisionen sehen wir in der Gesetzessystematik. Es wird nicht unterschieden, welche Bestimmungen lediglich für Verfügungen von Todes wegen und welche auch für lebzeitige Zuwendungen gelten. Dazu im Einzelnen was folgt:
- 35 Art. 527 ZGB hält lediglich fest, dass gewisse lebzeitige Zuwendungen wie die Verfügungen von Todes wegen der Herabsetzung unterliegen. Das prozessuale Mittel zur Geltendmachung der Herabsetzung (die Herabsetzungsklage) wird in Art. 522 Abs. 1 ZGB festgelegt. Folglich sind von der allgemeinen Regelung auch lebzeitige Zuwendungen zu erfassen. Art. 522 Abs. 1 VE ist demnach wie folgt zu ergänzen: [...] *die Herabsetzung der Erwerbungen von Todes wegen und der lebzeitigen Zuwendungen gemäss Art. 527 ZGB* [...].

- 36 Art. 523 VE, welcher die Herabsetzung bei Begünstigung eines Pflichtteilsberechtigten festlegt, gilt gemäss Lehre auch (analog) für zeitgleiche lebzeitige Zuwendungen. Dies sollte im Rahmen der Revision gesetzlich verankert werden, indem Art. 523 VE auch auf zeitgleiche lebzeitige Zuwendungen gemäss Art. 527 ZGB ausgedehnt wird.
- 37 Mit Blick auf die in Art. 526 VE geplante Herabsetzungsreihenfolge ist Art. 525 Abs. 1 VE insofern zu präzisieren, als dass die Herabsetzung für alle erbrechtlichen Begünstigten *auf gleicher Stufe* im gleichen Verhältnis erfolgt. Sodann sollte normiert werden, dass Art. 525 Abs. 1 VE auch auf zeitgleiche Zuwendungen zu Lebzeiten des Erblassers anwendbar ist.
- 38 Art. 525 Abs. 2 VE hat auch für lebzeitig Bedachte zu gelten, deren Zuwendung aufgrund einer Pflichtteilsverletzung herabgesetzt wird. Dies ist im Gesetzestext klarzustellen.
- 39 Sowohl Art. 526 VE als auch Art. 532 ZGB befassen sich mit der Herabsetzungsreihenfolge. Der besseren Übersicht halber bietet es sich an, die Herabsetzungsreihenfolge an einer Stelle des Gesetzes gesamthaft zu regeln.
- 40 Inhaltlich und aus Sicht der Praxis ist auf folgende Punkte hinzuweisen:
- 41 In der Judikatur besteht nach wie vor Uneinigkeit, ob ein Anspruch auf Erbentstellung besteht oder es genügt, wenn der Pflichtteilsberechtigte seinen Pflichtteil in Form einer Zuwendung unter Lebenden oder durch ein (bereits ausgerichtetes) Vermächtnis erhalten hat. Ob diese Unsicherheit durch die Revision von Art. 522 Abs. 1 VE – was wünschenswert wäre – ausgeräumt werden soll oder nicht, ist nicht ersichtlich. Wenn ja, ist fraglich, ob dies durch die Formulierung in Art. 522 Abs. 1 VE, wonach "die Erben, die weniger als den ihnen zustehenden Pflichtteil erhalten", der Fall ist.
- 42 Im Zusammenhang mit der in Art. 526 Abs. 1 VE vorgesehenen Reihenfolge der Herabsetzung und den diesbezüglichen Ausführungen im Bericht ist für die Unterzeichneten unklar, wie die Regelung genau ausgestaltet sein soll. Auf S. 50 des eBVE (unten) steht geschrieben: "für den Fall, dass die verfügbare Quote durch einen Erbvertrag ausgeschöpft wird, sieht die vorgeschlagene Lösung deshalb vor, dass vorrangig diejenigen Verfügungen von Todes wegen herabzusetzen sind, die nach diesem Vertrag getroffen wurden". Die in Art. 526 Abs. 1 VE gewählte Formulierung "Der Erwerb aus späteren Verfügungen von Todes wegen, die den verfügbaren Teil ausgeschöpft haben, wird vor dem Erwerb aus dem Erbvertrag herabgesetzt." steht im Widerspruch dazu.

Weiter sollte die Erläuterung im Bericht, wonach für den Fall, dass die verfügbare Quote bereits ausgeschöpft ist, der allgemeine Grundsatz von Art. 525 Abs. 1 VE anwendbar ist, ins Gesetz aufgenommen werden.

- 43 Die vorgesehene Unterscheidung zwischen Erwerb aus Erbvertrag und letztwilliger Verfügung, hat die unerwünschte Folge, dass eine heikle Abgrenzung zwischen vertraglich bindenden Anordnungen und testamentarischen Klauseln des Erbvertrags vorzunehmen ist.
- 44 Bei Art. 526 Abs. 2 VE ist – wie im eBVE (Ziff. 5.2) dargetan – zu verdeutlichen, dass, sofern bereits die Verfügungen von Todes wegen den Pflichtteil verletzen, alle Erwerbe (aus einer Verfügung von Todes wegen oder aus dem Gesetz) proportional herabgesetzt werden.
- 45 Die in Art. 527 Ziff. 1 VE gewählte Formulierung klärt – entgegen der im eBVE (Ziff. 6.7) geäußerten Absicht – die strittige Frage, welche Zuwendungen, die nicht der Ausgleichung unterworfen sind, herabzusetzen sind, nicht. Aus dem Gesetzestext muss klar hervorgehen, dass unentgeltliche Zuwendungen, die der Ausgleichung unterliegen, aber *aus welchem Grund auch immer* nicht ausgeglichen werden, herabsetzbar sind.
- 46 Weiter wird es versäumt, das Verhältnis zwischen Art. 527 Ziff. 1 und Ziff. 3 VE klarzustellen.
- 47 Die vorstehenden Ausführungen zeigen auf, dass die Komplexität und Unverständlichkeit der heutigen Regelung des Herabsetzungsrechts durch punktuelle Anpassungen nicht behoben werden kann. Hierfür bedarf es einer umfassenden Revision.

L) Art. 541a VE

- 48 Mit der neuen Bestimmung soll der Erbschleicherei ein Riegel vorgeschoben werden. Systematisch ist die Bestimmung bei der Erbunwürdigkeit eingeordnet. In der Konsequenz ist eine von dieser Bestimmung erfasste Person also in Bezug auf die Begünstigung, die einen Viertel "der Erbschaft" (des reinen Nachlasses?) übersteigt, partiell erbunwürdig und verbleibt für maximal einen Viertel Erbe. Trotz (partieller) Erbunwürdigkeit bleibt die betroffene Person als Mitglied der Erbengemeinschaft und/oder als Vermächtnisnehmer an der erbrechtlichen Auseinandersetzung beteiligt und fällt als berechtigte Person nicht vollumfänglich ausser Betracht.

M) Art. 555 Abs. 1 VE

49 Keine Bemerkungen.

N) Art. 559 Abs. 1 VE

50 In der Lehre ist unstrittig, dass neben den in einer früheren Verfügung auch die in derselben Verfügung eingesetzten Erben eine Einsprache gegen die Ausstellung der Erbbescheinigung erheben können. Art. 559 Abs. 1 VE ist in diesem Sinne zu ergänzen.

51 Die anerkannte Praxis, wonach lediglich Erben und nicht Vermächtnisnehmer, Willensvollstrecker oder Erbenvertreter zur Einsprache berechtigt sind, sollte überdies im Gesetzestext abgebildet werden. Der Passus "die aus einer früheren Verfügung Bedachten" ist folglich zu ersetzen durch "*die in einer früheren oder derselben Verfügung eingesetzten Erben*".

O) Art. 564 VE

52 Obgleich aus dem Zusammenspiel von Art. 564 Abs. 1 und 2 VE das heute in Art. 564 Abs. 2 ZGB geregelte Verhältnis zwischen Gläubiger des Erblassers und Erbengläubiger hervor geht, sollte an der bisherigen expliziten Regelung dieses Verhältnisses festgehalten werden. Demgemäss ist Art. 564 Abs. 2 ZGB nicht zu streichen, sondern durch die Gläubiger der Erbschaft (vgl. Art. 564 Abs. 1 VE) zu ergänzen.

53 Art. 564 Abs. 2 VE würde bei der soeben vorgeschlagenen Beibehaltung von Art. 564 Abs. 2 ZGB zu Art. 564 Abs. 3 ZGB werden.

P) Art. 578 VE und Art. 579 Abs. 2 VE

54 Keine Bemerkungen zu Art. 578 VE.

55 Zweck der in Art. 579 Abs. 1 ZGB vorgesehenen Haftung ist der Gläubigerschutz. Sie soll verhindern, dass sich Erben der Haftung entziehen können, obwohl sie vor dem Ableben des Erblassers unentgeltliche Zuwendungen erhalten haben. Der im VE verwendete Begriff der Ausstattung (ohne die nähere Definition wie im geltenden Recht) deckt sich zumindest grammatikalisch mit dem Ausstattungsbegriff der Ausgleichung gemäss Art. 626 Abs. 2 VE. Unseres Erachtens muss es klar sein, dass sich die Haftungsbeschränkung aufgrund des

Zwecks der Bestimmung nicht auch auf "Erbvorbezüge" laut VE bezieht. Die heute geltende Fassung sollte beibehalten werden.

Q) Art. 601a VE

- 56 Erfreulich ist, dass das Informationsrecht der Nachlassbeteiligten detaillierter geregelt wird. Wird hierfür – wie im VE vorgesehen – ein eigener Titel geschaffen, bietet es sich an, sämtliche Regelungen betreffend Auskunftsansprüche unter diesem Titel zusammenzufassen. Die Bestimmungen von Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB sind daher in diesen Titel zu integrieren.
- 57 Fraglich ist, ob mit der gewählten Formulierung von Abs. 1 des Art. 601a VE der Einbezug von Vermögenswerten, an denen der Erblasser lediglich wirtschaftlich berechtigt war, gesichert wird.
- 58 Nicht sachgerecht erscheint es, den Entzug des Informationsrechts mit dem Pflichtteilsrecht zu verknüpfen. Ein Entzug des Informationsrechts durch letztwillige Verfügung ist generell auszuschliessen. Andernfalls kann die paradoxe Situation entstehen, dass einer (nichtpflichtteilsgeschützten) Person zwar eine (gesetzliche oder willkürliche) erbrechtliche Berechtigung zukommt, sie in diesem Zusammenhang aber über keine Informationsrechte verfügt.
- 59 Die Festlegung des Verhältnisses Informationsrecht und Berufsgeheimnis hat in einem eigenen Abs. 4 zu erfolgen, da es (aus den soeben dargelegten Gründen) nicht nur für pflichtteilsberechtigte Erben zu gelten hat.
- 60 Mit der generellen Regelung, wonach das erbrechtliche Informationsrecht dem Berufsgeheimnis vorzugehen hat, setzt sich der VE über die bundesgerichtliche Rechtsprechung und fast einhellige Lehre, wonach das Berufsgeheimnis von Rechtsanwälten und Notaren als *lex specialis* Vorrang vor den vertraglichen Informationsansprüchen der Erben geniesst, hinweg. Dies würde zur unschönen Situation führen, dass für die erbrechtlichen Ansprüche und die (ererbten) vertraglichen Ansprüche der Erben mit Bezug auf das Berufsgeheimnis unterschiedliche Regelungen gelten würden. Eine solche Divergenz gilt es zu vermeiden.

R) Art. 617 VE

- 61 Keine Bemerkungen.

S) Art. 626 Abs. 2 VE

- 62 Art. 626 Abs. 2 VE definiert lediglich den im Bereich des Erbrechts an keiner anderen Stelle verwendeten Begriff des "Erbvorbezugs". Er knüpft indes keine Rechtsfolgen daran an. Mithin wird keine Aussage über dessen Ausgleichbarkeit gemacht. Insbesondere ist zweifelhaft, ob künftig Zuwendungen an Nachkommen mit Ausstattungsscharakter bei fehlendem Dispens auszugleichen sind oder nunmehr Art. 626 Abs. 1 ZGB gilt.

III. WEITERER ANPASSUNGSBEDARF**A) Art. 470 Abs. 1 ZGB**

- 63 Das Pflichtteilsrecht für die Eltern soll gemäss Art. 471 VE abgeschafft werden (vgl. eBVE 3.4). Folglich sind die Eltern in der Aufzählung der pflichtteilsgeschützten Erben in Art. 470 Abs. 1 ZGB zu streichen.

B) Art. 473 ZGB

- 64 Trotz Reduktion des Pflichtteilsrechts der Nachkommen $\frac{3}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ wird Art. 473 ZGB laut Bericht bewusst nicht angepasst. Art. 473 ZGB erlaubt es, den Pflichtteil gemeinsamer Nachkommen zugunsten des überlebenden Ehegatten somit weiterhin qualitativ und quantitativ im gleichen Umfang einzuschränken. Der verfügbare Teil neben der Nutzniessung bleibt weiterhin $\frac{1}{4}$.
- 65 Für die Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten heisst dies, dass er sich wohl eher für die Eigentumsvariante entscheiden wird. Dies kann dann unter Tragbarkeitsaspekten problematisch sein, wenn das Vermögen hauptsächlich in selbstgenutztem Wohneigentum gebunden ist, was häufig vorkommt. Dies verschärft sich zusätzlich durch die angedachte Änderung in Bezug auf die Hinzurechnung der Versicherungssumme (insbesondere der reinen Risikoversicherung) zur Pflichtteilsberechnungsmasse (vgl. Rz 16 vorn). Art. 473 ZGB sollte unseres Erachtens aus diesen Überlegungen – wie angedacht – beibehalten werden.

C) Art. 474 ZGB

- 66 Wünschenswert wäre es die Frage, ob und wenn ja, welche weiteren (in Art. 474 Abs. 2 ZGB nicht aufgezählten) Erbgangsschulden bzw. Schulden der Erbschaft abzuziehen sind, zu regeln.

D) Art. 475 ZGB

- 67 In der Praxis ist unstrittig, dass neben den lebzeitigen Zuwendungen, die der Herabsetzung unterliegen auch diejenigen die auszugleichen sind, in die Pflichtteilsberechnungsmasse miteinzubeziehen sind. Art. 475 ZGB ist entsprechend zu ergänzen.

E) Art. 500 Randtitel sowie Abs. 1 und 3 ZGB, Art. 501 Abs. 1 ZGB, Art. 502 Abs. 1 und 2 ZGB, Art. 503 Abs. 2 ZGB, Art. 504 ZGB, Art. 512 Abs. 2 ZGB und Art. 556 Abs. 2 ZGB

- 68 Der "beurkundende Beamte" ist entsprechend der in Art. 499 VE und Art. 503 Abs. 1 VE vorgesehenen Änderung durch den Begriff "Urkundsperson" zu ersetzen.

F) Art. 517 f. ZGB

- 69 Die Revision der Bestimmungen über die Willensvollstreckung sollten genutzt werden, um die Stellung sowie die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers näher zu regeln, d.h. die von der Praxis entwickelten Grundsätze ins Gesetz zu übernehmen sowie über die Teilungskompetenz des Willensvollstreckers nachzudenken.

G) Art. 520a ZGB

- 70 Der Anwendungsbereich von Art. 520a ZGB ist auf die audiovisuelle Verfügung nach Art. 506 VE auszudehnen (vgl. vorstehend Rz. 30). Der Randtitel und Text sind in diesem Sinne zu ergänzen.

H) Art. 521 Abs. 3 und Art. 533 Abs. 3 ZGB

- 71 Es wäre empfehlenswert, die Voraussetzungen der einredeweisen Geltendmachung gesetzlich zu definieren und insbesondere die für die Praxis zentrale und

strittige Frage, ob die Einrede auch beim Vorliegen einer Willensvollstreckung oder Erbschaftsverwaltung möglich ist, festzulegen.

I) Art. 626 ff. ZGB

72 Diverse im Bereich des Ausgleichungsrechts offene Fragen und vom Bundesgericht entwickelte Grundsätze werden in der Revision nicht aufgegriffen. Nachfolgend werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige dieser Themen aufgelistet (vgl. zum Ganzen CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 8. Ausgleichungsklage).

- Eingesetzte Erben als Ausgleichungsschuldner gemäss Art. 626 Abs. 1 ZGB;
- Auslegung von Art. 626 Abs. 2 ZGB im Sinne der Versorgungs- oder Schenkungskollation;
- Ausgleichungsberechtigung und -pflicht des überlebenden Ehegattens gemäss Art. 626 Abs. 2 ZGB und Art. 631 Abs. 1 ZGB;
- Zeitpunkt der Abgabe einer Anordnung über die Ausgleichung;
- Anwendung von Art. 627 Abs. 2 ZGB auf weitere Erben;
- Zuwendungswille und dessen Erkennbarkeit als Voraussetzung der Ausgleichung.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

73 Dass das geltende Erbrecht, welches in den zentralen Grundzügen auf Anfang des 20. Jahrhundert zurückgeht, einer Revision unterzogen wird ist positiv zu werten. Zudem ist es erfreulich, dass den in der Praxis zentralen Themen der Unternehmensnachfolge, der faktischen Lebenspartnerschaften und Stiefkindverhältnissen Rechnung getragen wird.

74 Die gewählten Formulierungen lassen allerdings die erforderliche Präzision vermissen und tragen damit nicht zur Klärung der im eBVE dargestellten offenen Punkte dar, sondern führen zu weiteren Unsicherheiten bei der Gesetzesauslegung. Weiter ist die systematische Einordnung gewisser Neuerungen nicht schlüssig.

- 75 Die punktuellen Anpassungen blenden – wie bereits erwähnt – eine Vielzahl von strittigen Themen aus. Es ist zu befürchten, dass durch die geplante Teilrevision der Weg für eine umfassende Überarbeitung des Erbrechts in näherer Zukunft verbaut wird. Die Unterzeichneten regen daher an, sämtliche erbrechtlichen Bestimmungen einer Prüfung zu unterziehen.

Für Ihre Kenntnisnahme bedanken wir uns bestens.

Freundliche Grüsse



Daniel Tobler



Salome Barth