



18.069 Revision des Erbrechts

Standpunkt des BJ zu den Änderungsanträgen der RK-N (Art. 216 Abs. 2 und Art. 472 Abs. 1 E-ZGB) vom 17.10.2019 und zum Antrag um erneute Prüfung

Datum: 12. August 2020
An: Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats
Kopie an: –

Geschäftsnummer: 232.1-1127/5/8
Unser Zeichen:bj-ws

1 Hintergrund

Position des Ständerats

Am 12. September 2019 befürwortete der Ständerat den Entwurf für die Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) mit 34 Ja-Stimmen bei neun Enthaltungen und ohne Gegenstimme. Die einzige Änderung, die er vorgenommen hat, ist die Streichung des Unterstützungsanspruchs des unverheirateten überlebenden Lebenspartners (Art. 606a ff. E-ZGB).

Änderungsanträge der RK-N

An ihrer Sitzung vom 17.10.2019 beantragte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N), im Entwurf den Artikel 216 Absatz 2 und den Artikel 472 Absatz 1 E-ZGB zu ändern, um den Wortlaut dieser beiden Absätze genauer auszuführen. Der Bundesrat befürwortete diese Anträge, um der Verwaltung und der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (RK-S) die Möglichkeit zu geben, die zu wählende Formulierung im Detail zu prüfen.

Erneute Überprüfung des Entwurfs durch die RK-N

Zwischenzeitlich wurde am 21.02.2020 in der RK-N ein Antrag auf Überprüfung des Entwurfs gutgeheissen, nachdem der Entwurf insbesondere von drei in Zürich praktizierenden Fachanwälten SAV Erbrecht stark kritisiert worden war. Diese kritisierten den Revisionsentwurf in Bezug auf vier Punkte: Die Kritik bezog sich hauptsächlich auf die Frage



des Übergangsrechts, aber auch auf die erbrechtliche Behandlung der zusätzlichen Zuweisung des Vorschlags der ehelichen Gemeinschaft durch Ehevertrag, auf den Verlust des Pflichtteilsanspruchs bei einem Scheidungsverfahren und auf die neue Regelung zu den Erbverträgen (siehe Anhang 2).

Erneute Prüfung durch die Expertinnen und Experten und das Bundesamt für Justiz (BJ)

Angesichts der von der RK-N beschlossenen erneuten Prüfung des Entwurfs und zur Vorbereitung der Arbeiten dieser Kommission im Hinblick auf ihre Sitzung vom 27.08.2020 kontaktierte das BJ die Expertinnen und Experten, die an der Erarbeitung des Entwurfs beteiligt gewesen waren. Dabei ging es darum, ihre Meinung zu den beiden Änderungsanträgen der RK-N und zu den Fragen einzuholen, die zum Antrag auf Überprüfung des Entwurfs geführt hatten.

Diese verschiedenen Fragen wurden eingehend untersucht. Ausserdem wurden drei halbtägige Sitzungen (per Videokonferenz) mit dem folgenden Zweck abgehalten:

- 11. Juni 2020: Analyse des Dokuments "Arbeitspapier Erbrechtsreform betreffend Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I von Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna und Lorenz Baumann vom 25.03.2020" (Anhang 2) durch die Expertinnen und Experten
- 15. Juni 2020: Anhörung von den Autoren des Dokuments durch die Expertinnen und Experten, um allfällige Missverständnisse auszuräumen
- 16. Juni 2020: Überlegungen der Expertinnen und Experten zu einer allfällig notwendigen Änderung des Entwurfs

Schliesslich kamen die Expertinnen und Experten *einstimmig* zum Schluss, dass:

1. die Artikel 216 Absatz 2 und 472 Absatz 1 E-ZGB, auf die sich die Änderungsanträge der RK-N beziehen, tatsächlich durch geringfügige Änderungen verständlicher formuliert werden können (siehe nachstehende Ziffern 2.1 und 2.2).
2. die geäusserte Kritik am Entwurf unbegründet ist und keine Änderungen des Entwurfs notwendig sind, mit Ausnahme einer Detailänderung in Artikel 472 Absatz 1 E-ZGB (siehe nachstehende Ziffer 2.2 und Anhang 1).

2 Standpunkt und Vorschläge des BJ

Das BJ teilt die Auffassung der Expertinnen und Experten. Der Entwurf wurde erneut eingehend analysiert. Aus dieser Analyse geht hervor, dass keine Notwendigkeit einer erneuten Überarbeitung besteht. Kritik von einem Teil der Lehre und von Fachleuten aus der Praxis sowie einige Probleme bei bestimmten seltenen Anwendungsfällen sind unvermeidlich, wenn es um das Inkrafttreten einer bedeutenden Revision geht.

Die neuen Vorschläge des BJ zur Anpassung einzelner Bestimmungen werden im Folgenden kurz erläutert. Sie beziehen sich auf die beiden von der RK-N gewünschten Verbesserungen und auf den Änderungsvorschlag, der sich aus der erneuten Prüfung durch die Expertinnen und Experten ergeben hat.

Hinweis: Die ursprünglichen Änderungsvorschläge der RK-N sind gelb markiert. Die Änderungsvorschläge, die sich aus der vom BJ mit Unterstützung der Expertinnen und

Experten vorgenommenen Analyse ergeben haben, sind grün markiert. Mit Ausnahme der dunkelgrün markierten Änderung enthalten die vom BJ vorgeschlagenen Änderungen keine grundlegenden Modifikationen des Revisionsentwurfs, sondern sind gemäss dem Wunsch der RK-N lediglich darauf ausgerichtet, den Gesetzestext verständlicher zu machen.

2.1 Art. 216 Abs. 2 E-ZGB

Hinweis: Diese Änderung hat den Zweck, bei der Berechnung der Pflichtteile den zusätzlichen Anteil an der Errungenschaft zu berücksichtigen, die der überlebenden Ehegattin oder dem überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag zugewiesen wird. Damit soll die bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt werden, und im Erbgang sollen die Rechte der Nachkommen geschützt werden, deren Pflichtteil im Entwurf verringert wird (von 3/4 auf 1/2).

Art. 216 al. 2 / 2. Conventionnelle / a. En général

² P-CC Cette convention est prise en compte dans le calcul des réserves héréditaires dans la mesure où elle favorise le conjoint survivant.

² CAJ-N La part attribuée en sus de la moitié est ajoutée à la fortune du testateur lors du calcul de la part disponible.

² OFJ La participation attribuée en sus de la moitié est ajoutée aux biens existants lors du calcul des réserves héréditaires et de la quotité disponible.

³ Elle Une telle convention ne peut...

Art. 216 Abs. 2 / 2. Nach Vertrag / a. Im Allgemeinen

² E-ZGB Eine solche Vereinbarung wird bei der Berechnung von Pflichtteilen berücksichtigt, soweit sie den überlebenden Ehegatten begünstigt.

² RK-N Der über die Hälfte hinaus zugewiesene Anteil wird bei der Berechnung des verfügbaren Teils des Erblassers zu dessen Vermögen hinzugerechnet.

² BJ Die über die Hälfte hinaus zugewiesene Beteiligung wird bei der Berechnung der Pflichtteile und des verfügbaren Teils zum Vermögen hinzugerechnet.

³ Sie Eine solche Vereinbarung darf...

Erläuterungen:

- "Beteiligung" ist der in Absatz 1 verwendete Begriff. Er ist angemessener als der Begriff "Anteil".
- Der französische Begriff "biens existants" (Vermögen) entspricht der üblichen Formulierung (siehe Art. 475 ZGB), der Begriff "fortune" (Vermögen) wird im Erbrecht nicht verwendet (Art. 457 ff. ZGB).
- Der französische Begriff "quotité disponible" (verfügbarer Teil) entspricht der üblichen Formulierung (siehe Art. 470 ZGB), nicht der Begriff "part disponible" (verfügbarer Teil).

- Durch das Hinzufügen des Begriffs "Pflichtteile" ist der Zusammenhang mit dem Erbrecht unmittelbar ersichtlich.
- Absatz 3: Da das Subjekt in Absatz 2 geändert wurde, muss das Subjekt in Absatz 3 angepasst werden.

2.2 Art. 472 Abs. 1 E-ZGB

Hinweis: Diese Änderung hat den Zweck, den Pflichtteil der überlebenden Ehegattin oder des überlebenden Ehegatten in bestimmten Fällen aufzuheben, wenn ein Scheidungsverfahren hängig ist. Damit sollen Verfahrensmisbräuche verhindert werden und die Verfügungsfreiheit soll ausgebaut werden.

Art. 472 al. 1 / III. Perte de réserve

^{1 P-CC} Le conjoint survivant perd sa réserve si une procédure de divorce est pendante au moment du décès et:

1. que cette procédure a été introduite sur requête commune, ou
2. qu'elle a été introduite sur demande unilatérale et que les conjoints avaient accepté le divorce ou vivaient séparés depuis au moins deux ans.

^{1 CAJ-N} Le conjoint survivant perd sa réserve si une procédure de divorce est pendante au moment du décès et qu'elle a été introduite ou est menée en vertu des dispositions sur le divorce sur requête commune.

^{1 OFJ} Le conjoint survivant perd sa réserve et les réserves se calculent comme si le défunt n'avait pas été marié si au moment du décès une procédure de divorce est pendante et que:

1. elle a été introduite ou s'est poursuivie conformément aux dispositions relatives au divorce sur requête commune, ou

2. les époux ont vécu séparés durant plus de deux ans.

Art. 472 Abs. 1 / III. Verlust des Pflichtteilsanspruchs

^{1 E-ZGB} Der überlebende Ehegatte verliert seinen Pflichtteilsanspruch, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig ist und dieses:

1. auf gemeinsames Begehren eingeleitet wurde; oder
2. auf Klage hin eingeleitet wurde und beide Ehegatten mit der Scheidung einverstanden gewesen sind oder seit mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben.

^{1 RK-N} Der überlebende Ehegatte verliert seinen Pflichtteilsanspruch, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig ist und dieses nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder fortgesetzt wird.

^{1 BJ} Der überlebende Ehegatte verliert seinen Pflichtteilsanspruch und es gelten die Pflichtteile, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre, wenn beim Tod des Erblassers ein Scheidungsverfahren hängig ist und:

1. dieses nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren eingeleitet oder fortgesetzt wurde; oder

2. die Ehegatten während mehr als zwei Jahren getrennt gelebt haben

Erläuterungen:

- Die Anpassung der RK-N ändert den Inhalt des Entwurfs insoweit, als auf Klage hin eingeleitete Scheidungsverfahren, die länger als zwei Jahre dauern, nicht mehr den Verlust des Pflichtteilsanspruchs zur Folge hätten. Doch ursprünglich war die Änderung hauptsächlich auf diese Fälle ausgerichtet.
- Gemäss dem derzeitigen Wortlaut des Entwurfs beträgt der verfügbare Teil eines Erblassers:
 - 1/2 des Nachlasses vor dem Scheidungsverfahren (Pflichtteil des überlebenden Ehegatten von 1/4, Pflichtteil der Nachkommen von 1/4),
 - 3/4 des Nachlasses während des auf gemeinsames Begehren eingeleiteten Scheidungsverfahrens oder nach zweijähriger Trennung (kein Pflichtteil des überlebenden Ehegatten, Pflichtteil der Nachkommen von 1/4),
 - 1/2 des Nachlasses nach der rechtskräftigen Scheidung (Pflichtteil der Nachkommen von 1/2).

Dieses Element (vorübergehende Erhöhung des verfügbaren Teils) wurde bei der Erarbeitung des Entwurfs nicht beachtet. Mit der Ergänzung "und es gelten die Pflichtteile, wie wenn der Erblasser nicht verheiratet wäre" wird dies korrigiert. Für die Nachkommen gelten damit während des Scheidungsverfahrens die gleichen Pflichtteile wie danach.

3 Fazit

Das Gesuch der RK-N um erneute Prüfung des Entwurfs und die zusätzliche Zeit, die durch die Verschiebung der parlamentarischen Beratungen aufgrund der Covid-19-Pandemie zur Verfügung stand, wollte das BJ nutzen, um eine solide Entscheidungsgrundlage für die RK-N vorzubereiten, sowohl zu deren Änderungsvorschlägen als auch in Bezug auf die Kritik, die zum Gesuch um erneute Prüfung geführt hatte.

Nach Rücksprache mit den Expertinnen und Experten, die am Entwurf mitgearbeitet haben – d. h. neun der renommiertesten Schweizer Erbrechtsspezialistinnen und -spezialisten aus Wissenschaft, Justiz, Notariat und Anwaltschaft –, und nach eingehender Analyse der Änderungsvorschläge ist das BJ überzeugt, dass die in den Punkten 2.1 und 2.2 dieses Dokuments vorgeschlagenen Bestimmungen am besten geeignet sind, die Ziele der Revision zu erreichen.

Anhänge:

1. Informationsnotiz BJ vom 12.08.2020 "Übergangsrecht und weitere Fragen - Zusammenfassung der Argumente gegen den Entwurf des Bundesrates und der Überlegungen der konsultierten Expertinnen und Experten"
2. Arbeitspapier Erbrechtsreform betreffend Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I von Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna und Lorenz Baumann vom 25.03.2020



18.069 Revision des Erbrechts

Übergangsrecht und weitere Fragen – Zusammenfassung der Argumente gegen den Entwurf des Bundesrates und der Überlegungen der konsultierten Expertinnen und Experten

Datum: 12. August 2020
An: Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats
Kopie an: –

Geschäftsnummer: 232.1-1127/5/8
Unser Zeichen:bj-bal

1 Ausgangslage

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) ist daran, den Entwurf für die Revision des Erbrechts erneut zu überprüfen, nachdem ein entsprechender Antrag in der Kommission angenommen wurde. Dieser bezieht sich auf die Kritik, die Rechtsanwalt Tobias Somary, Rechtsanwältin Louise Lutz Sciamanna und Rechtsanwalt Lorenz Baumann, alle drei praktizierende Fachanwälte SAV Erbrecht in Zürich, geäußert haben.

2 Prüfung der Kritik durch das BJ und die Expertinnen und Experten

Zur Vorbereitung der erneuten Prüfung des Entwurfs durch die RK-N konsultierte das BJ erneut die Expertinnen und Experten, die an dessen Erarbeitung beteiligt gewesen waren. Dabei ging es darum, sie mit der im Arbeitspapier vom 25. März 2020 (siehe Anhang) vorgebrachten Kritik zu konfrontieren und ihren Standpunkt einzuholen.

Am Donnerstag, 11. Juni 2020 (08:30-12:45), wurden die drei Autoren von den Expertinnen und Experten und vom BJ angehört und die streitigen Punkte gemeinsam diskutiert.

Die Expertinnen und Experten analysierten im Detail alle aufgegriffenen vier Kritikpunkte. Drei der vier Kritikpunkte wurden von den Expertinnen und Experten als nicht gerechtfertigt erachtet; in einem Punkt stimmten die Expertinnen und Experten der Kritik teilweise zu und



befürworten eine entsprechende Anpassung des Gesetzesentwurfs (siehe untenstehende Ziff. 3.3). Die Expertinnen und Experten sind mit dieser Ausnahme vom Entwurf in der vom Bundesrat verabschiedeten Form vielmehr nach wie vor überzeugt.

3 Zusammenfassung der Argumente

Die geäußerte Kritik bezieht sich auf vier Punkte:

1. Übergangsrecht im Allgemeinen;
2. Überhäufige Zuweisung des Vorschlags im Ehegüterrecht (Art. 216 E-ZGB);
3. Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsverfahren (Art. 472 E-ZGB);
4. Erbverträge (Art. 494 Abs. 3 E-ZGB).

Der Standpunkt der Autoren der Kritik (siehe vollständige Erläuterung im Anhang) und die Position der Expertinnen und Experten werden nachstehend zusammengefasst dargelegt.

3.1 Übergangsrecht im Allgemeinen

Standpunkt der Autoren der Kritik

- Die Gesetzesvorlage enthält keine neuen Bestimmungen zum Übergang vom bisherigen zum neuen Recht. Es gelangt somit sowohl in Bezug auf das dispositive Recht wie auch in Bezug auf das Recht der gewillkürten Erbfolge dasjenige Erbrecht zur Anwendung, welches beim Tod des Erblassers gilt (Art. 15 und Art. 16 Abs. 3 SchIT ZGB). Während das Todestagsprinzip in Bezug auf das dispositive Recht keine Probleme verursacht, ist es bei der gewillkürten Erbfolge (insbesondere bei bestehenden Erbverträgen) problematisch.
- Wer über seinen Nachlass bereits letztwillig verfügt hat, hat dies auf der Basis und im Vertrauen auf das geltende Erbrecht getan. Die übergangslose Rechtsänderung wird bei der Auslegung von Testamenten und Erbverträgen vorhersehbar zu Unsicherheiten und Konflikten führen.
- Das Vertrauen der unter bisherigem Recht Testierenden in den Bestand und die Tragfähigkeit ihrer Verfügungen von Todes wegen ist zu schützen. Wenn einer altrechtlichen Verfügung von Todes wegen kein anderer Wille entnommen werden kann (z.B. Vorwegnahme des neuen Rechts oder Verweis auf die laufende Revision, z.B. bei Strafklauseln), soll das neue Recht darauf keine Anwendung finden. Neues Recht soll angewendet werden, wenn eine Verfügung unter neuem Recht errichtet wurde oder eine unter altem Recht errichtete Verfügung implizit oder explizit auf das neue Recht verweist. Der Grundsatz des Verbots der Rückwirkung des neuen Rechts (Art. 1 SchIT) und der Schutz des Vertrauens in unter altem Recht erworbene Rechtspositionen (Art. 3 und 4 SchIT) würden verletzt, wenn die Revisionsvorlage ohne geeignete übergangsrechtliche Bestimmungen umgesetzt wird.
- Die Erbrechtsrevision ändert in Artikel 216, 217 und 241 E-ZGB auch Bestimmungen, welche zwar materiell erbrechtlichen Charakter haben, systematisch aber im Ehegüterrecht stehen und ausschliesslich Vereinbarungen der Ehegatten in Eheverträgen betreffen. Eine Angleichung der erbrechtlichen Übergangsbestimmungen an die vertrauensschützenden Übergangsbestimmungen des Ehegüterrechts drängt sich auch deshalb auf, weil damit Rechtsunsicherheiten über die Qualifikation der revidierten

Bestimmungen im Güterrecht und über die auf sie anwendbaren Übergangsbestimmungen vermieden werden. Ansonsten müssten künftig die in der Praxis häufig vorkommenden kombinierten Ehe- und Erbverträge auf der Basis zweier unterschiedlicher Übergangsrechte beurteilt werden.

Position der Expertinnen und Experten

- Anders als behauptet enthält der Entwurf durchaus Übergangsbestimmungen: jene der Schlussbestimmungen des Zivilgesetzbuchs (Art. 15 und 16 SchIT ZGB).
- Im Entwurf wurde der Ansatz verfolgt, der im Erbrecht seit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs im Jahr 1912 vorgesehen ist: Die neuen Bestimmungen gelten für Personen, die nach dem Inkrafttreten der Vorschriften versterben. Es gelangen die Pflichtteile zur Anwendung, die zum Zeitpunkt des Ablebens gelten. Bislang verursachte dieser Ansatz keine Probleme. Bei früheren Revisionen (1984/1988 und insbesondere 2001) wurde der verfügbare Teil erhöht. Dies ist auch bei der vorliegenden Revision der Fall. Da sich die geltenden Regeln bewährt haben, sind keine speziellen Übergangsbestimmungen erforderlich.
- Mit dem gewählten Vorgehen lassen sich neue, liberalere Bestimmungen rasch umsetzen. Würde vorgesehen, dass das bisherige Recht für vor dem Inkrafttreten der Revision getroffene letztwillige Verfügungen gilt, hätte dies zur Folge, dass während mehrerer Jahrzehnte parallel zwei verschiedene erbrechtliche Regelungen gelten würden. Dies würde die Rechtssicherheit beeinträchtigen und die Ziele der Revision vereiteln.
- Es ist wichtig, über ein einfach formuliertes Erbrecht zu verfügen, das dem Geist des Zivilgesetzbuchs entspricht. Ein Recht mit mehreren parallel geltenden Bestimmungen ist zu vermeiden. Es geht nicht darum, jede denkbare Situation im Gesetz zu regeln.
- Die Revision des Erbrechts erfolgt in drei Schritten (1. Ausbau der Verfügungsfreiheit / 2. Unternehmensnachfolge / 3. Technische Verbesserungen). Wird die laufende Revision des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (grenzüberschreitende Erbfälle) hinzugefügt, sind es vier Schritte. Es ist unmöglich, auf einer Seite für jede Revision übergangsrechtliche Bestimmungen zu erarbeiten, die sich von den allgemeinen übergangsrechtlichen Bestimmungen unterscheiden und das alte Recht (teilweise oder ganz) während Jahren beibehalten würden, und auf der anderen Seite eine in sich konsistente und für die Praxis überschaubare Regelung anzubieten.
- Eine Zunahme der Gerichtsverfahren ist nicht zu befürchten. Bei früheren Revisionen war keine solche Zunahme zu verzeichnen. Die seltenen Probleme bei der Auslegung des Willens des Erblassers, die sich nach dem Inkrafttreten der neuen Regelung ergeben könnten, lassen sich mit Hilfe der geltenden allgemeinen Grundsätze lösen.
- Die Motion Gutzwiler und die Absicht, die Verfügungsfreiheit auszubauen, gehen auf das Jahr 2010 zurück. Die Erblasser hatten seither reichlich Zeit, ihre letztwilligen Verfügungen entsprechend auszugestalten oder bei Bedarf anzupassen.
- Aus praktischer Sicht lässt sich die Anwendung von allgemeinen Übergangsbestimmungen mit der Rechtssicherheit rechtfertigen. Andernfalls wäre bei einzelnen Fällen das bisherige Recht und bei anderen Fällen das neue Recht anwendbar. Dadurch würde die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Spezifische Übergangsbestimmungen sind komplizierter und haben mehr Rechtsstreitigkeiten zur Folge.

3.2 Überhäufige Zuweisung des Vorschlags im Ehegüterrecht (Art. 216 E-ZGB)

Standpunkt der Autoren der Kritik

- Das in der Praxis bewährte, weit verbreitete und einfach nachvollziehbare System der ehегüterrechtlichen Meistbegünstigung (Artikel 216 ZGB) wird durch die Erbrechtsreform ausgehöhlt und unnötig verkompliziert. Gemäss dem Entwurf des Bundesrates wird nämlich die überhäufige Zuteilung der Errungenschaft an den überlebenden Ehegatten bei der Berechnung der Pflichtteile stets rechnerisch miteinbezogen, und die Pflichtteilsansprüche der gemeinsamen Kinder werden sodann vorab aus dem im Nachlass befindlichen Eigengut des erstversterbenden Ehegatten befriedigt. Die Neuerung führt zu zufälligen und kaum planbaren Ergebnissen: Wenn kein Eigengut und damit kein Nachlass vorhanden ist, funktioniert die güterrechtliche Meistbegünstigung. Wenn Eigengut vorhanden ist (z.B. ererbtes Bankvermögen des erstversterbenden Ehegatten), so kann dieses neu ganz zur Befriedigung der Pflichtteile der gemeinsamen Kinder aufgebraucht werden, und der überlebende Ehegatte erhält aus dem Nachlass – wohl sehr zu seiner Überraschung – unter Umständen gar nichts mehr.
- Die neuen Bestimmungen zur erbrechtlichen Behandlung der güterrechtlichen Meistbegünstigung stehen mit einem Grossteil der gelebten Praxis im Widerspruch und bergen bei einer übergangsrechtslosen Inkraftsetzung viel Schadenpotential.

Position der Expertinnen und Experten

- Zunächst ist festzuhalten, dass der Entwurf das geltende Recht hinsichtlich der erbrechtlichen Behandlung der überhäufigen Zuweisung des Vorschlags durch Ehevertrag nicht ändert. Vielmehr wird eine der zum geltenden Recht vertretenen Auslegungen als Lösung für die Zukunft herangezogen. Was nichtgemeinsame Kinder betrifft, wird das geltende Recht beibehalten.
- Eine übergangsrechtliche Bestimmung ist nicht nötig, wenn es nur darum geht, den Sinn einer Bestimmung zu klären. Dies ist gerade bei Artikel 216 ZGB der Fall, dessen Anwendung in der Lehre stark umstritten ist und vom Bundesgericht nicht endgültig entschieden wurde.
- Mit dem für die Zukunft getroffenen Entscheid wird ein 30 Jahre altes Problem im Sinne der herrschenden Lehre und zugunsten der gemeinsamen Kinder gelöst (deren Pflichtteil durch den Entwurf bereits weitgehend verringert wird). Logischerweise muss diese Regelung auch für die Vergangenheit gelten. Das Bundesgericht könnte bereits heute, also nach geltendem Recht, in einem konkreten Fall in diesem Sinne entscheiden, mit den gleichen Folgen wie die vorliegende Revision des auf die Eheverträge, und dies ohne Übergangsrecht.
- Würde Art. 216 ZGB ohne Anpassung nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts beibehalten, würde eine Bestimmung aufrechterhalten, von der niemand mit Sicherheit sagen kann, wie sie anzuwenden ist. Dies wäre für die Rechtssicherheit nachteilig.
- Der Entwurf stellt gemeinsame und nichtgemeinsame Kinder auf die gleiche Stufe, indem ihre Pflichtteile anhand des gleichen Nachlasses berechnet werden. Dies erleichtert die Berechnung, berücksichtigt die Entwicklung der Gesellschaft (Patchwork-Familien) und wird dazu beitragen, Streitigkeiten zu verhindern.

- Der verfügbare Teil wird nicht immer der überlebenden Ehegattin oder dem überlebenden Ehegatten zugewiesen. Letztere können durch den Ehevertrag begünstigt werden, und der verfügbare Teil wird zum Nachteil der Nachkommen einem Trust oder einem Dritten zugewiesen. Der Entwurf, mit dem der Pflichtteil der Nachkommen bereits beträchtlich verringert wird, bietet ihnen somit einen minimalen Schutz vor solchen Zuwendungen zugunsten Dritter.
- Ein beachtlicher Teil der Rechtsanwälte und Notare scheint sich bei ihrer Beratung für die Auffassung entschieden zu haben, die heute von einer Minderheit der Lehre vertreten wird, ohne dass sie möglicherweise immer auf die mangelnde Rechtssicherheit der erbrachten Beratungsleistungen hingewiesen haben. Dies könnte zu Enttäuschungen und Verfahren führen, wobei dies bei jeder Klarstellung von Rechtsvorschriften unvermeidlich ist.
- Das Übergangsrecht bei der Revision des ehelichen Güterrechts im Jahr 1984 enthielt eine Opt-in-/Opt-out-Lösung. Dies war möglich, weil ein völlig neuer Güterstand in Kraft trat. Die Möglichkeit, die bisherige rechtliche Regelung beizubehalten, war für die Auflösung des Güterstands wegen Tod oder Scheidung von Bedeutung. Diese Ausgangslage ist mit derjenigen bei der laufenden Revision des Erbrechts nicht vergleichbar.
- In der überwiegenden Mehrheit der Fälle wird das neue Recht für die Betroffenen nichts ändern. In jenen Fällen, in denen das neue Recht für die überlebende Ehegattin oder den überlebenden Ehegatten etwas ändert, betrifft dies nur 1/8 der Errungenschaft zugunsten der gemeinsamen Nachkommen. In Bezug auf die Zuweisung des Vorschlags der ehelichen Gemeinschaft nach Artikel 216 ZGB ändert der Entwurf nichts, sondern nur hinsichtlich des Umfangs der erbrechtlichen Berechtigungen. Eine allfällige Verringerung des Anteils der überlebenden Ehegattin oder des überlebenden Ehegatten durch ein gemeinsames Kind wäre sehr gering.
- Eheverträge werden notariell beglaubigt. Die Parteien müssen über die herrschende Rechtsunsicherheit und über die Tatsache in Kenntnis gesetzt werden, dass diese durch das Bundesgericht oder den Gesetzgeber beseitigt werden könnte. Die Parteien müssen somit bereits heute damit rechnen, dass die Rechtslage in diesem Sinn verstanden wird. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes oder der Rechtssicherheit liegt damit nicht vor.
- Es wird weiterhin die Möglichkeit bestehen, die Ehegattin oder den Ehegatten zum Nachteil der Nachkommen gestützt auf Artikel 216 und 473 ZGB und einen Erbvertrag (durch den die gemeinsamen Kinder in vielen Fällen zugunsten des überlebenden gemeinsamen Elternteils auf ihren Pflichtteil verzichten) weitgehend zu begünstigen. Mit der im Entwurf vorgesehenen Senkung der Pflichtteile gilt das umso mehr. Die aufgeworfenen Probleme lassen sich mit einer guten Nachlassplanung lösen.
- Bildet die eheliche Wohnung den bedeutendsten Vermögenswert des Erblassers, kann die überlebende Ehegattin oder der überlebende Ehegatte diese in der Praxis in den meisten Fällen behalten, weil sie oder er einen erbrechtlichen Anspruch auf Zuweisung (Art. 612a ZGB) und einen güterrechtlichen Anspruch auf Zuweisung in Form einer Nutznießung oder eines Wohnrechts (219 ZGB) hat.

- Offenbar wird heute in privaten Informationsbroschüren teilweise der Eindruck erweckt, dass die Rechtslage unter geltenden Recht klar sei. Die Expertengruppe sieht das aber dezidiert anders.
- Generell fällt die Revision eher zugunsten der überlebenden Ehegattin oder des überlebenden Ehegatten aus: Ihr/Sein Pflichtteil wird nicht gesenkt und sie/er kann durch eine Erhöhung des verfügbaren Teils in Artikel 473 E-ZGB begünstigt werden.

3.3 Verlust des Pflichtteilsanspruchs im Scheidungsverfahren (Art. 472 E-ZGB)

Standpunkt der Autoren der Kritik

- Nach geltendem Recht haben Ehegatten so lange gegenseitige erb- und pflichtteilsrechtliche Ansprüche, wie sie verheiratet sind, d.h. bis ein rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt. Neu sollen Ehegatten unter Umständen bereits bei Anhängigmachung eines Scheidungsverfahrens ihren Pflichtteilsschutz verlieren und zudem keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen erheben können (Art. 472 E-ZGB; Art. 120 Abs. 2 E-ZGB). Faktisch schafft die Revision somit den neuen Enterbungsgrund des hängigen Scheidungsverfahrens und erhöht für diese Zeitspanne die frei verfügbare Quote. Ein Ehegatte könnte den Enterbungsgrund durch Einreichen der Scheidungsklage bereits nach zweijährigem Getrenntleben einseitig herbeiführen und entsprechend letztwillig verfügen. Lebensprägende Faktoren während der Ehe (Aufgabenteilung und Dauer der Ehe, Alter und Gesundheit, Einkommen und Vermögen, Kinderbetreuung, etc.) blieben unberücksichtigt.
- Unter geltendem Recht wird kritisiert, dass Scheidungsverfahren absichtlich verzögert würden. Unter dem neuen Recht geht das Missbrauchspotential nun aber gänzlich zu Lasten des finanzschwächeren Ehegatten und dessen Nachkommen.
- Die neuen Bestimmungen zum Wegfall des Pflichtteilsrechts ab Anhängigmachung eines Scheidungsverfahrens sind unausgereift, bieten viel Missbrauchspotential und sollten in die zweite Phase der Erbrechtsreform verschoben werden.

Position der Expertinnen und Experten

- Ziel der Regelung war es, eine Lösung zu finden für die Fälle, in denen der überlebende Ehegatte die Scheidung hinauszögern will, damit er den Erblasser noch beerben kann. Diese Fälle würden mit dem Vorschlag des Bundesrates aufgefangen und damit eine wichtige Lücke geschlossen. Diese Lösung ist dazu zur beabsichtigten Erhöhung der Dispositionsfreiheit kohärent. Die geltende Lösung, dass ein Ehegatte trotz eines andauernden Scheidungskrieges pflichtteilsgeschützt ist und dadurch einen starken Anreiz erhält, die Scheidung zu verzögern, ist stossend.
- Sind Nachkommen vorhanden, wäre der verfügbare Teil zwischen dem Zeitpunkt, in dem die Bedingungen von Artikel 472 E-ZGB erfüllt sind, und der Rechtskraft des Scheidungsurteils, tatsächlich grösser. Sie steigt im Vergleich zum geltenden Recht von 1/2 auf 3/4. Dieses Element war zuvor nicht beachtet worden. Um diesem Umstand abzuwehren und die Nachkommen zu schützen, wird von der Expertengruppe eine Änderung von Artikel 471 Absatz 1 E-ZGB empfohlen.
- Die Bedeutung der Bestimmung wird in der Praxis gering sein, da sie ja voraussetzt, dass der Erblasser zwischen dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen von Artikel 472 E-ZGB erfüllt sind, und der Rechtskraft des Scheidungsverfahrens tatsächlich verstirbt.

- In einigen sehr seltenen Fällen könnte der Entwurf zu einer finanziell schwierigen oder sogar ungerechten Situation für die überlebende Ehegattin oder den überlebenden Ehegatten führen. Dabei ist festzuhalten, dass das Erbrecht nicht die Funktion hat, den Unterhalt des anderen Ehegatten *nach* der Scheidung sicherzustellen.
- Im Übrigen handelt es sich um Einzelfälle, bei denen die folgenden fünf kumulativen Bedingungen erfüllt sein müssten:
 1. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Artikel 472 E-ZGB sind erfüllt.
 2. Die Erblasserin bzw. der Erblasser hat ihren Ehegatten bzw. seine Ehegattin durch letztwillige Verfügung von ihrem bzw. seinem Nachlass ausgeschlossen.
 3. Die Erblasserin bzw. der Erblasser stirbt, bevor die Scheidung rechtskräftig wird.
 4. Die überlebende Ehegattin bzw. der überlebende Ehegatte hätte Anspruch auf eine vererbliche Rente als Unterhaltsbeitrag (selten) oder eine Kapitaleistung gehabt, wenn das Scheidungsverfahren abgeschlossen worden wäre.
 5. Der Unterhalt der überlebenden Ehegattin bzw. des überlebenden Ehegatten ist weder durch die Errungenschaft noch durch die Guthaben der zweiten oder dritten Säule des verstorbenen Ehegatten bzw. der verstorbenen Ehegattin oder den daraus resultierenden Renten gedeckt.
- Bereits nach geltendem Recht erlischt der Anspruch auf eine Rente als Unterhaltsbeitrag grundsätzlich mit dem Tod des zahlungspflichtigen Ehegatten (Art. 130 Abs. 1 ZGB). Stirbt die unterhaltspflichtige Ehegattin oder der unterhaltspflichtige Ehegatte nach der Scheidung, erlischt somit auch der Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten oder der überlebenden Ehegattin, sofern es sich nicht ausnahmsweise um eine vererbliche Rente handelt.

3.4 Erbverträge (Art. 494 Abs. 3 E-ZGB)

Standpunkt der Autoren der Kritik

- Der Entwurf des Bundesrates sieht ein generelles Zuwendungsverbot vor, es sei denn, der Erbvertrag erlaube die entsprechenden Zuwendungen explizit. Damit wird das bisher austarierte System durch ein binäres Schwarz-Weiss-System ersetzt. Ob dieser Systemwechsel sinnvoll ist oder nicht, ist eine gesetzgeberische Wertungsfrage. Problematisch ist jedoch auch hier das Fehlen von Übergangsregeln. Die allgemeinen Übergangsbestimmungen, wonach der Grundsatz des Rückwirkungsverbots neuen Rechts und des Schutzes hängiger Rechtsgeschäfte gilt und wonach das Vertrauen auf unter altem Recht erworbene Rechtspositionen zu schützen ist, scheinen auch in Bezug auf Erbverträge keine nützliche Abhilfe zu schaffen, da sich Artikel 16 Absatz 3 SchlT ZGB allgemein auf Verfügungen von Todes wegen bezieht und somit in Abweichung der allgemeinen Grundsätze umfassend das Todestagsprinzip statuiert. Das berechtigte Vertrauen der Parteien in die Verbindlichkeit ihrer Vereinbarung und in die rechtlichen Implikationen des Erbvertrages auf die weitere Verfügungsfreiheit des Erblassers wird damit untergraben.
- Die Formulierung ist mit Bezug auf das Zusammenspiel von Ziffer 1 und 2 zu bereinigen. Es braucht eine Übergangsregelung zum Schutz altrechtlicher Vereinbarungen.

Position der Expertinnen und Experten

- Es ist seit jeher ein Anliegen der Praxis, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Bestimmung zu ändern.
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in der Lehre stark umstritten. Sie hat zur Folge, dass der Inhalt von Artikel 494 Absatz 3 ZGB nicht mehr angewandt werden kann.
- Der Entwurf klärt eine Situation, in der die Rechtsprechung nicht ganz klar ist.
- Mit dem neuen Artikel 494 Absatz 3 ZGB ist die Regelung klar: Übliche Gelegenheitsgeschenke sind erlaubt, grössere Schenkungen können im Erbvertrag vorgesehen werden.
- Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Tatsache, dass diese umstritten ist, ist derzeit in der Regel bereits in den Erbverträgen festgelegt, in welchem Umfang Schenkungen möglich sind. Was in Erbverträgen festgehalten ist, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Erbrechts abgeschlossen wurden, wird auch nach dessen Inkrafttreten gelten. Falls die Parteien nichts festgelegt haben, ist es im Sinne der neuen Regelung angemessener, den Begünstigten des Erbvertrags zu schützen; der Beschenkte ist zur Rückleistung verpflichtet, wird aber teilweise durch den sinngemäss anwendbaren Artikel 528 geschützt und muss gegebenenfalls nur jenen Teil zurückerstatten, um den er bereichert ist.
- Es ist wichtig, das Vertrauen der Vertragspartner eines Erbvertrages hervorzuheben. Auch mit der neuen Bestimmung macht es Sinn, dass ein Berater mit den Parteien bespricht, welche Schenkungen noch möglich sind. Dies gehört zur Standardberatung. Bei Erbverträgen ist zwingend ein Notar involviert. Dieser informiert über diese Aspekte.
- Die Expertengruppe teilt die Ansicht nicht, dass der Zusammenhang zwischen Ziffer 1 und 2 zu wenig klar ist. Diese beiden kumulativen Bedingungen (Unvereinbarkeit zwischen der Schenkung und dem Erbvertrag und fehlender Vorbehalt im Erbvertrag) müssen erfüllt sein, damit eine Zuwendung angefochten werden kann. Erbverträge, die Schenkungen nicht verhindern, sind möglich und müssen weiterhin möglich sein.
- Beim Übergangsrecht stellt sich die Frage, welches das gewünschte Recht ist: das neue oder das alte. Wird das neue Recht als das gewünschte Recht betrachtet, sollte für die Verträge, welche unter altem Recht geschlossen wurde, das neue Recht gelten. Klare Formulierungen in Erbverträgen werden nach dem alten und dem neuem Recht geschützt. Diese waren bisher sowohl üblich als auch sinnvoll, und daran wird sich überhaupt nichts ändern.

Anhang:

- Arbeitspapier Erbrechtsreform betreffend Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I von Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna und Lorenz Baumann vom 25.03.2020 (nur auf Deutsch)

Arbeitspapier Erbrechtsreform

Von: Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna und Lorenz Baumann
An: Bundesamt für Justiz, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht,
sowie die beratende Expertenkommission
Datum: 25.3.2020
Betreffend: Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I

I. EINLEITUNG

Die Erbrechtsreform wurde von der ganzen Erbrechtsgemeinschaft über die letzten knapp zehn Jahre mit grossem Interesse verfolgt und begleitet.

Der nun vorliegende Revisionsvorschlag enthält Bestimmungen, die bestehende Nachlassplanungen in Frage stellen, neue Konflikte und Rechtsunsicherheiten schaffen und das Vertrauen in die Verbindlichkeit bisheriger Nachlassplanungen unterminieren. Die kritischen Punkte betreffen vier Bereiche: (i) das fehlende Übergangsrecht, (ii) die Aushöhlung der ehgüterrechtlichen Meistbegünstigung, (iii) den Rechtsverlust im Scheidungsverfahren und (iv) den Vertrauensverlust bei bestehenden Erbverträgen.

Als Folge der aufgebrachten Kritik hat die Rechtskommission des Nationalrats beschlossen, das Geschäft neu zu traktandieren (<https://www.nzz.ch/schweiz/tausende-unklare-testamente-die-revision-des-erbrechts-geraet-ins-stocken-ld.1541894>).

In der Folge hat die NZZ Raum für zwei detailliertere Artikel gegeben, der eine kritisch (<https://www.nzz.ch/meinung/die-schattenseite-der-erbrechtsrevision-ein-verlust-an-vertrauen-und-stabilitaet-ld.1541425>, die online Version ist länger als die Printversion), der andere befürwortend (<https://www.nzz.ch/meinung/eine-ausbalancierte-regelung-ld.1542413>).

Seit Erscheinen der beiden NZZ-Artikel sind bei uns viele Reaktionen eingegangen (v.a. von Anwälten, Notaren, Banken), fast ausnahmslos positiv und unterstützend. Eine Auswahl von Reaktionen liegt hier zur vertraulichen Kenntnisnahme bei ([Anhang 1](#)).

Aus den akademischen Reihen haben sich bislang die Kollegen Thomas Sutter-Somm, Thomas Geiser und Peter Breitschmid zustimmend zu unserer Kritik geäußert. Die pointierte Stellungnahme von Peter Breitschmid liegt bei ([Anhang 2](#)).

Die Kollegen David Rüetschi und Alexandre Brodard haben mit Interesse auf die vorgebrachte Kritik reagiert, haben sich mit uns für ein Gespräch getroffen und auch zum Gespräch vom 31.3.2020 eingeladen. Wir sind ihnen dankbar dafür.

Wir waren und sind mit diversen Parlamentariern (vornehmlich Mitglieder der RK) dazu im Gespräch. Zwischenzeitlich haben wir auch mehrere Gespräche mit Kollegen der beratenden Kommission geführt.

Wir äussern unsere Kritik mit grossem Respekt vor der Arbeit des BJ und der beratenden Expertenkommission. Unsere Kritik erfolgt aus echter Sorge um ein stabiles Erbrecht, welches unser tägliches Arbeitsinstrument ist.

1. Fehlendes Übergangsrecht

Die Gesetzesvorlage enthält keine neuen Bestimmungen zum Übergang vom bisherigen zum neuen Recht. Es gelangt somit sowohl in Bezug auf das dispositive Recht wie auch in Bezug auf das gewillkürte Recht dasjenige Erbrecht zur Anwendung, welches beim Tod des Erblassers gilt (Art. 15 und Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB). Während das Todestagsprinzip in Bezug auf das dispositive Recht keine Probleme verursacht, ist es bei der gewillkürten Erbfolge problematisch.

Wer über seinen Nachlass bereits letztwillig verfügt hat, hat dies auf der Basis und im Vertrauen auf das geltende Erbrecht getan. Die übergangslose Rechtsänderung wird bei der Auslegung von Testamenten und Erbverträgen vorhersehbar zu Unsicherheiten und Konflikten führen.

Stellen wir uns einen alleinstehenden Vater mit zwei Kindern vor. Die Tochter ist finanziell selbständig, der Sohn jedoch auf Unterstützung angewiesen. Der Vater errichtet sein Testament und setzt die Tochter zugunsten des Sohnes auf den Pflichtteil. Nun verstirbt er unter neuem Recht. Wie ist sein Testament zu verstehen? Wollte der Erblasser seiner Tochter leicht weniger geben als dem Sohn (bisheriges Recht) oder wollte er die Waage viel deutlicher zugunsten seines Sohnes kippen lassen (neues Recht)? Ist sein testamentarischer Verweis auf den Pflichtteil statisch oder dynamisch zu verstehen? Die Tochter wird sich auf das Recht berufen, welches der Vater beim Verfassen des Testaments vor Augen hatte, und 37.5% des Nachlasses fordern. Der Sohn wird gestützt auf das neue Recht jedoch 75% beanspruchen. Die Rechtslage ist unklar und der Konflikt zwischen den Nachkommen damit vorprogrammiert.

Den bisherigen Rückmeldungen der Befürworter der Gesetzesvorlage haben wir entnommen, dass die Frage, ob der Testator einen statischen oder einen dynamischen Pflichtteilsverweis statuiert hat, jeweils im Einzelfall und unter Beizug von Externa auszulegen sei, sofern die Verfügung von Todes wegen selbst nicht bereits im Hinblick auf die laufende Gesetzesrevision klar formuliert wurde. Das ist nicht praktikabel. Jede bereits bestehende Nachlassplanung müsste im Hinblick auf das neue Recht überprüft werden. Was aber, wenn man dazu nicht mehr in der Lage ist oder – was viel häufiger vorkommen dürfte – den Anpassungsbedarf nicht erkennt? Was, wenn der Vertragspartner beim Erbvertrag vorverstorben ist? Vom Gesetzgeber darf eine stabilisierende Übergangslösung zur Vermeidung vorhersehbarer Auslegungs- und Anwendungskonflikte erwartet werden.

Die unterschiedliche intertemporalrechtliche Behandlung von dispositivem und gewillkürtem Recht findet sich bereits in den Übergangsbestimmungen zum Güterrecht. Die Übergangsregelung umfasst hier fünfzehn Artikel (Art. 9 – 11a SchlT ZGB), ist also nicht so rudimentär geregelt wie im Erbrecht. Dabei gelten zwei zentrale Grundsätze:

- das dispositive Güterrecht wechselt automatisch, wobei das bisherige Recht durch aktive Optierung beibehalten werden kann (Art. 9d Abs. 2, 9e SchlT ZGB);
- vertragliche Güterstände bleiben den bisherigen Bestimmungen unterstellt (Art. 10 und 10b SchlT ZGB).

Im Ehegüterrecht wurde also bei den bisherigen Revisionen zurecht zwischen dispositivem Recht (Statuswechsel mit Möglichkeit zum Opting-Out) und gewillkürtem Recht (Beibehaltung des bisherigen Rechts) unterschieden und dem ehevertraglichen Vertrauensschutz Vorrang gegeben. Ein solcher Schutz fehlt im Erbrecht, was uns gesetzgeberisch fahrlässig erscheint.

Die Erbrechtsrevision ändert in Art. 216, 217 und 241 E-ZGB auch Bestimmungen, welche zwar materiell erbrechtlichen Charakter haben, systematisch aber im Ehegüterrecht stehen und ausschliesslich Vereinbarungen der Ehegatten in Eheverträgen betreffen. Eine Angleichung der erbrechtlichen Übergangsbestimmungen an die vertrauensschützenden Übergangsbestimmungen des Ehegüterrechts drängt sich auch deshalb auf, damit Rechtsunsicherheiten über die Qualifikation der revidierten Bestimmungen im Güterrecht und über die auf sie anwendbaren Übergangsbestimmungen vermieden werden. Sonst müssten künftig die in der Praxis häufig vorkommenden kombinierten Ehe- und Erbverträge auf der Basis zweier unterschiedlicher Übergangsrechte beurteilt werden.

Auch in der modernen europäischen güter- und erbrechtlichen Gesetzgebung ist der übergangsrechtliche Vertrauensschutz zentral und respektiert:

- Bei der EU Erbrechtsverordnung wurde der Vertrauensschutz v.a. durch Art. 83 ErbVO gewährleistet. Mit dieser Norm hat der EU-Gesetzgeber "die berechtigten Erwartungen der Erblasser, die nach dem für den intertemporalen Anwendungsbereich massgeblichen Stichtag versterben, schützen" wollen (DUTTA, Kommentar zu Art. 83 EU-ErbVO, N 1).
- Vertrauensschutz ist auch eine leitende übergangsrechtliche Maxime der EU-Güterrechtsverordnung, deren Regeln ausschliesslich für Ehegatten gelten, die nach dem Stichtag (29.1.2019) die Ehe eingegangen sind oder nach diesem Datum eine Rechtswahl getroffen haben (Art. 69 GüVO). Die neuen Kollisionsregeln werden altrechtlichen Ehen aus Gründen des Vertrauensschutzes ganz bewusst nicht unfreiwillig aufkrotziert. Man kann jederzeit freiwillig ins neue Recht hineinoptieren, wird aber nicht automatisch hineingedrängt. Damit werden die Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts und der Vertrauensschutz gewahrt.

Das von Kollege Balz Hösly in der NZZ vorgebrachte Argument, wonach rund 70% aller Erbfälle in der Schweiz ohne das Vorliegen eines Testaments oder eines Erbvertrages erfolgen und die anderen in einer liberalen Rechtsordnung eigenverantwortlich ihre

Nachlassplanung überprüfen und anpassen müssen, stösst auf Unverständnis. Nur weil 70% weder ein Testament noch einen Erb- oder Ehevertrag errichten, heisst das nicht, dass der Gesetzgeber die anderen 30%, die das im Vertrauen auf den Bestand und die Stabilität ihrer Verfügungen tun, in vorhersehbare Konflikte schicken darf.

Empfehlung: Das Vertrauen der unter bisherigem Recht Testierenden in den Bestand und die Tragfähigkeit ihrer Verfügungen von Todes wegen ist zu schützen. Wenn einer altrechtlichen Verfügung von Todes wegen kein anderer Wille entnommen werden kann (z.B. Vorwegnahme des neuen Rechts oder Verweis auf laufende Revision, z.B. bei Strafklauseln), soll das neue Recht darauf keine Anwendung finden. Neues Recht soll angewendet werden, wenn eine Verfügung unter neuem Recht errichtet wurde oder eine unter altem Recht errichtete Verfügung implizit oder explizit auf das neue Recht verweist.

2. Destabilisierung der ehgüterrechtlichen Meistbegünstigung

Beim Tod einer verheirateten Person geht die ehgüterrechtliche Auseinandersetzung der erbrechtlichen voran. In den Nachlass fällt nur dasjenige Vermögen, welches nicht schon güterrechtlich dem länger lebenden Partner zukommt. Ein Ehepaar kann mit einem Ehevertrag vereinbaren, dass die ganze eheliche Errungenschaft beim Tod des Erstversterbenden dem länger lebenden Ehepartner zukommt, wobei nach geltendem Recht solche Vereinbarungen die Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder nicht beeinträchtigen dürfen (Art. 216 ZGB). Das Modell der ehgüterrechtlichen Meistbegünstigung nach Art. 216 ZGB ist in der Praxis zwischen Ehegatten mit gemeinsamen Kindern sehr beliebt, denn es sichert den länger lebenden Ehegatten ab, indem ihm gemeinsam erarbeitete Vermögenswerte (z.B. das gemeinsame Eigenheim) vollständig zugewiesen werden können.

Ob dabei *zwei* unterschiedliche Pflichtteilsberechnungsmassen für gemeinsame Kinder (nur Eigengut und sonstige herabsetzbare Zuwendungen gemäss Art. 527 ZGB) und für nichtgemeinsame Kinder (Eigengut und überhäufige Errungenschaft und sonstige herabsetzbare Zuwendungen gemäss Art. 527 ZGB) bestehen oder ob von *einer* einheitlichen Pflichtteilsberechnungsmasse auszugehen ist, ist in der Lehre umstritten (Übersicht bei EITEL, Ehgüterrechtliche Rechtsgeschäfte, 2016, S. 18). Wir wollen in diesem Disput bewusst keine Stellung beziehen, da er unseres Erachtens weit entfernt von der Praxis stattfindet. Peter Breitschmid spricht in seiner Stellungnahme ([Anhang 2](#)) zurecht von einer "dogmatischen Dauer-Baustelle". Beim Thema Art. 216 ZGB klafft die grösste Lücke nicht zwischen den unterschiedlichen Lehrmeinungen, sondern zwischen dem akademischen Meinungsstreit einerseits und der gelebten Praxis andererseits.

Ein nicht unmassgeblicher Teil der Lehre, zahlreiche der uns bekannten Anwaltskolleginnen und -kollegen (insbesondere aus dem Kreis der Fachanwälte), viele Notariate sowie die meisten Schweizer Banken berieten und beraten ihre Mandanten dahingehend, dass bei einer vollen Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten der Nachlass bzw. die Pflichtteilsmasse des erstversterbenden Ehegatten gegenüber den gemeinsamen Nachkommen nur noch aus seinem Eigengut (zuzüglich allfälliger lebzeitiger Zuwendungen gemäss Art. 527 ZGB) besteht ("Auslegung 1").

Belege dazu aus der Bankenpraxis:

- Kundenbroschüre "Nachfolge" der UBS AG, Anhang 3, Berechnungsbeispiel auf S. 21 und S. 27,
- "Leitfaden für Ehevertrag, Testament und Erbschaft" der Zürcher Kantonalbank, Anhang 4, Berechnungsbeispiel S. 42,
- "Ratgeber Nachlassplanung" der Basellandschaftlichen Kantonalbank, Anhang 5, Berechnungsbeispiel S. 15,
- Migros Bank "Meistbegünstigung: So vermeiden Sie den Erbstreit mit ihren Kindern", Anhang 6, Berechnungsbeispiel S. 2,
- Ratgeber "Ehegüter- und Erbrecht" der Credit Suisse AG, Anhang 7, S. 28 f.

Der Verband Bernischer Notare publiziert das gleiche Verständnis von Art. 216 ZGB (Anhang 8): *"Das Nachlassvermögen besteht dann nur noch aus dem Eigengut des Erblassers. Zusätzlich können die Ehegatten mittels Testament oder Erbvertrag die Nachkommen zugunsten des überlebenden Partners auf den Pflichtteil setzen. Sodann kann diesem gegenüber den gemeinsamen Nachkommen auch die sogenannte Nutzniessung am gesamten Nachlassvermögen eingeräumt werden. Damit hat der überlebende Ehegatte das Recht, die ganze Erbschaft zu nutzen und teilweise zu gebrauchen."*

In den angeführten Ratgebern ist das in der Praxis weit verbreitete Verständnis dokumentiert, dass die Pflichtteile der gemeinsamen Kinder auf Grundlage des Eigenguts des verstorbenen Elternteils zu berechnen sind, und nicht auf Grundlage des Eigenguts zuzüglich der hälftigen Errungenschaft.

Die Unterzeichnenden kamen zudem mit mehreren Fällen in Berührung, in welchen auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bei der Überprüfung von Erbteilungen zwischen überlebendem Elternteil und minderjährigen Kindern gemäss der Praxis verfahren ist, wonach bei der überhälftigen Meistbegünstigung zwei unterschiedliche Pflichtteilsberechnungsmassen für gemeinsame und nichtgemeinsame Nachkommen bestehen. Der verbleibende, für die gemeinsamen Kinder relevante Nachlass, bestand auch hier nur aus dem hinterlassenen Eigengut.

Dieses in der Praxis bewährte und für den Bürger einfach nachvollziehbare System von Art. 216 wird durch die Erbrechtsreform ausgehöhlt und unnötig verkompliziert. Gemäss revidiertem Recht wird nämlich die überhälftige Zuteilung der Errungenschaft an den länger lebenden Ehegatten bei der Berechnung der Pflichtteile stets rechnerisch miteinbezogen und die Pflichtteilsansprüche der gemeinsamen Kinder werden sodann vorab aus dem im Nachlass befindlichen Eigengut des erstversterbenden Ehegatten befriedigt ("Auslegung 2"). Die Neuerung führt zu zufälligen und kaum planbaren Ergebnissen: Wenn kein Eigengut und damit kein Nachlass vorhanden ist, funktioniert die güterrechtliche Meistbegünstigung. Wenn Eigengut vorhanden ist (z.B. ererbtes Bankvermögen des erstversterbenden Ehegatten), so kann dieses neu ganz zur Befriedigung der Pflichtteile der gemeinsamen Kinder aufgebraucht

werden, und der überlebende Ehegatte erhält aus dem Nachlass – wohl sehr zu seiner Überraschung – unter Umständen gar nichts mehr. Zu besonders stossenden Ergebnissen kann dies führen, wenn das Eigengut hauptsächlich aus der vom Erblasser geerbten ehelichen Liegenschaft besteht.

Die als Generalthema über der Erbrechtsreform stehende Aussage, die Pflichtteile der Nachkommen würden reduziert, wird bei Ehen mit gemeinsamen Nachkommen und mit ehегüterrechtlicher Meistbegünstigung und je nach Vermögensverhältnissen zu Lasten des überlebenden Elternteils relativiert und je nach Vermögensverhältnissen gerade ins Gegenteil verkehrt: die Pflichtteilsquote wird zwar kleiner, die Berechnungsmasse jedoch wesentlich grösser.

Im klassischen Familienmodell führt der Revisionsvorschlag ferner dazu, dass beim Ableben eines Elternteils trotz vorangehender Vorschlagszuweisung eine umfassende güterrechtliche Auseinandersetzung durchgeführt werden muss, um die Pflichtteile der gemeinsamen Nachkommen berechnen zu können. Dies führt zu unnötigem Mehraufwand und voraussehbar zu Streitigkeiten zwischen den Generationen über die Höhe des Vorschlags, namentlich über die Bewertung einzelner Vermögensgegenstände, und erschwert eine speditive Nachlassabwicklung. Dies erscheint auch deshalb als unnötig, weil die Konsequenzen gemäss Auslegung 1 in der Bevölkerung praktisch ausnahmslos akzeptiert sind: Es ist für die meisten Nachkommen selbstverständlich, dass beim Ableben des erstversterbenden Elternteils ein Grossteil des ehelichen Vermögens zunächst an den länger lebenden Elternteil geht. Notwendig ist einzig ein wirksamer Schutz bei Wiederverheiratung und gegen Missbrauch.

Schliesslich ist auf die notarielle Praxis zu Art. 216 Abs. 2 ZGB hinzuweisen: Diese geht unter dem geltenden Recht und gestützt auf Auslegung 1 davon aus, dass nach der Vorschlagszuweisung gemäss Art. 216 Abs. 2 ZGB an den überlebenden Ehegatten auch noch der gesamte Nachlass, also das Eigengut, mit einer Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB belastet werden könne (BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 473 N 4b). Fraglich ist nun, ob und im welchen Umfang diese kombinierte Möglichkeit bei Anwendung von Auslegung 2 noch möglich sein wird. Die Rechtslage ist im Hinblick auf die Handhabung von Art. 473 ZGB im Kontext mit Art. 216 Abs. 2 E-ZGB in Zukunft unklar und für die zahlreichen vorbestehenden kombinierten Ehe- und Erbverträge problematisch.

Es mag sein, dass einzelne Mitglieder der Expertenkommission das dargelegte Verständnis von Art. 216 ZGB nicht teilen. Fakt ist jedoch, dass es belegtermassen einen grossen Teil der gelebten und gepflegten Praxis darstellt, dass es tausende, wenn nicht zehntausende von Ehe- und Erbverträgen geben dürfte, welche mit dem neuen Konzept von Art. 216 E-ZGB nicht kompatibel sind. Es fehlen auch hier Übergangsregelungen. Das Vertrauen der Vertragsparteien in die Verlässlichkeit ihrer ehevertraglich vereinbarten Meistbegünstigung wird ignoriert.

Für uns ist weiter nicht nachvollziehbar, weshalb eine ungeklärte güterrechtliche Streitfrage in die erste Etappe der Erbrechtsreform aufgenommen wurde, welche eigentlich den "politischen" Themen vorbehalten und explizit nicht den technischen Aspekten gewidmet war. Die vorgeschlagenen Neuerungen bei Art. 216 und 532 E-ZGB sind sehr technisch und

nur für eingeweihte Erbrechtsexperten verständlich. Bei einer Güterrechtstagung im Januar reagierte das familienrechtliche Fachpublikum mit Erschrecken und Unverständnis auf das Vorhaben der Erbrechtsreformer, grundsätzliche Normen des Ehegüterrechts ohne Auftrag, ohne Ankündigung und ohne Einbezug der Güterrechts-Community zu ändern.

Abschliessend noch folgender Gedanke: Falls mit den vorgeschlagenen Neuerungen bei Art. 216 E-ZGB die Absicht verbunden sein sollte, die reduzierten Pflichtteile der Nachkommen teilweise wieder etwas aufzubessern, so hätte man u.E. am falschen Ort und willkürlich angesetzt. Wie oben aufgezeigt, enthält die Regelung ein aleatorisches Element: Je nachdem, ob substantielles Eigengut vorhanden ist oder nicht, könnten die Nachkommen ihren Pflichtteil gemäss Auslegung 2 befriedigen oder eben nicht. Wenn man die Auswirkungen der reduzierten Nachkommenspflichtteile abfedern möchte, dann müssten primär die Möglichkeiten zur (missbräuchlichen) *zusätzlichen* Pflichtteilsreduktion beseitigt werden, namentlich jene, die entstehen durch die lebzeitige Zuwendung von Vermögenswerten unter Vorbehalt einer lebenslangen Nutzniessung oder bei Totalgesamtgutszuweisungen in zweiter Ehe mit Gütergemeinschaft. Es ist hier nicht der Ort, um im Detail auf diese Themen einzugehen, zumal Ihnen die Problematik hinlänglich bekannt sein dürfte.

Empfehlung: Die neuen Bestimmungen zur erbrechtlichen Behandlung der güterrechtlichen Meistbegünstigung stehen mit einem Grossteil der gelebten Praxis im Widerspruch und bergen bei einer übergangsrechtslosen Inkraftsetzung viel Schadenpotential. Sie sind zu überarbeiten und allenfalls in der zweiten Phase der Erbrechtsreform in einer verbesserten und praxisnäheren Form einzubringen.

3. Neue Risiken im Scheidungsverfahren

Nach geltendem Recht haben Ehegatten so lange gegenseitige erb- und pflichtteilsrechtliche Ansprüche, wie sie verheiratet sind, d.h. bis ein rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt. Neu verlieren Ehegatten bereits bei Anhängigmachung eines Scheidungsverfahrens ihren Pflichtteilsschutz und können zudem keine Ansprüche aus Verfügungen von Todes wegen erheben (Art. 472 E-ZGB; Art. 120 Abs. 2 E-ZGB). Faktisch schafft die Revision somit den neuen Enterbungsgrund des hängigen Scheidungsverfahrens und erhöht für diese Zeitspanne die frei verfügbare Quote. Den Enterbungsgrund kann ein Ehegatte nun durch Einreichen der Scheidungsklage bereits nach zweijährigem Getrenntleben einseitig herbeiführen und entsprechend letztwillig verfügen. Lebensprägende Faktoren während der Ehe (Aufgabenteilung und Dauer der Ehe, Alter und Gesundheit, Einkommen und Vermögen, Kinderbetreuung, etc.) bleiben unberücksichtigt.

Zur Illustration das Beispiel einer Kleinfamilie mit Vater, Mutter und Tochter: Aus Sicht von Vater und Mutter erbt jeweils der überlebende Ehegatte die Hälfte und das Kind die andere Hälfte. 50% beider Erbteile sind nach neuem Recht pflichtteilsgeschützt, die übrigen 50% sind frei für anderweitige Verfügungen. Wenn nun Vater und Mutter eine Scheidung durchlaufen, erhöht sich nach neuem Recht während dem Verfahren die freie Quote beider Eltern je von 50% auf 75%, denn der gesetzliche Erbteil des Scheidungspartners bleibt bestehen und nur der Pflichtteilsschutz fällt dahin. Neu können die in Scheidung befindlichen

Eltern also über deutlich mehr Vermögen disponieren, als dies je sonst vor oder nach dem Scheidungsverfahren möglich ist. Die Familie wird in der biographisch heiklen und verletzlichen Phase am wenigsten geschützt.

Unter dem geltenden Recht wird kritisiert, dass Scheidungsverfahren absichtlich verzögert werden. Unter dem neuen Recht geht das Missbrauchspotential nun aber gänzlich zu Lasten des finanzschwächeren Ehegatten und dessen Nachkommen.

Zum Schutz von pflichtteilsgeschützten Nachkommen drängt sich allenfalls zumindest die gesetzliche Klarstellung auf, ob der ab Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens wegfallende Pflichtteil des Noch-Ehegatten nicht wie beim Erbverzicht der verfügbaren Quote des Erblassers, sondern den verbleibenden Pflichtteilserben anwächst. Andernfalls ist eine ähnliche Regelung wie bei der Enterbung (Art. 478 ZGB) prüfenswert und das Konzept des Verlusts des Pflichtteils bei Beibehaltung des Erbteils grundsätzlich zu überdenken. Zu letzterem auch Peter Breitschmid (Anhang 2): *"Unbegreiflich bleibt auch für mich [...] der Wegfall des Ehegattenpflichtteils bei pender Scheidung. Hier scheint geradezu gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht verwechselt worden zu sein"*.

Empfehlung: Die neuen Bestimmungen zum Wegfall des Pflichtteilsrechts ab Anhängigmachung eines Scheidungsverfahrens sind unausgereift, bieten viel Missbrauchspotential und sollten in die zweite Phase der Erbechtsreform verschoben werden.

4. Vertrauensbruch bei Erbverträgen

Ein Erblasser kann sich durch einen Erbvertrag verpflichten, jemanden als Erben oder Vermächtnisnehmer einzusetzen. Auch nach Abschluss eines solchen Vertrags kann der Erblasser *de lege lata* weiterhin über sein Vermögen verfügen, kann also nach Belieben viel oder wenig der künftigen Erbmasse konsumieren. Zuwendungen hingegen, welche mit dem Erbvertrag nicht vereinbar sind oder den künftigen Nachlass missbräuchlich aushöhlen, unterliegen heute der Anfechtung (Art. 494 Abs. 3 ZGB). Die Gerichte haben dazu Leitentscheide gefällt und Auslegungsprinzipien geschaffen, die in der Praxis eine sinnvolle Einzelfallbeurteilung ermöglichen.

Das neue Gesetz sieht nun ein generelles Zuwendungsverbot vor, es sei denn, der Erbvertrag erlaube die entsprechenden Zuwendungen explizit. Damit wird das bisher austarierte System durch ein binäres Schwarz-Weiss-System ersetzt. Ob dieser Systemwechsel sinnvoll ist oder nicht, ist eine gesetzgeberische Wertungsfrage. Problematisch ist jedoch auch hier das Fehlen von Übergangsregeln. Die allgemeinen Übergangsbestimmungen (Art. 1-4 SchlT), wonach der Grundsatz des Rückwirkungsverbots neuen Rechts und des Schutzes hängiger Rechtsgeschäfte (Art. 1 SchlT) gilt und wonach das Vertrauen in unter altem Recht erworbene Rechtspositionen zu schützen ist (Art. 3 und 4 SchlT), scheinen auch in Bezug auf Erbverträge keine nützliche Abhilfe zu schaffen, da sich Art. 16 Abs. 3 SchlT allgemein auf Verfügungen von Todes wegen bezieht und somit in Abweichung der allgemeinen Grundsätze umfassend das Todestagsprinzip statuiert. Das berechtigte Vertrauen der Parteien in die Verbindlichkeit ihrer Vereinbarung und in die rechtlichen Implikationen des Erbvertrages auf

die weitere Verfügungsfreiheit des Erblassers wird damit untergraben, was nicht akzeptiert werden dürfte.

Der Erbvertrag ist häufig ein Familienvertrag und somit DAS klassische Friedensinstrument. Wenn nun der Gesetzgeber zwischen Vertragsschluss und Anwendung des Vertrags eine Änderung der Spielregeln vornimmt (von moderater Schenkungstoleranz zu absolutem Schenkungsverbot), kann dies wiederum nicht ohne angemessene Übergangsregelung erfolgen.

Hinzu kommt, dass die vorgeschlagene Gesetzesformulierung in sich unklar ist. Art. 494 Abs. 3 E-ZGB statuiert zwei kumulative Anfechtungsvoraussetzungen, wobei ein *relatives* Kriterium (Abs. 3 Ziff. 1) mit einem *absoluten* Kriterium (Abs. 3 Ziff. 2) kombiniert wurde. Wenn alle Verfügungen und Zuwendungen immer dann anfechtbar sind, wenn sie erbvertraglich nicht vorbehalten worden sind (Ziff. 2), dann macht das zusätzliche, relative Kriterium der Unvereinbarkeit und Begünstigungsschmälerung (Ziff. 1) keinen Sinn und schafft nur Verwirrung. Es ist nicht nachvollziehbar, welche eigenständige Bedeutung der Bedingung in Ziff. 1 je zukommen kann.

Empfehlung: Die Formulierung ist mit Bezug auf das Zusammenspiel von Ziff. 1 und 2 zu bereinigen. Es braucht eine Übergangsregelung zum Schutz altrechtlicher Vereinbarungen.

* * *

Das Erbrecht hat die Aufgabe, stabile Rahmenbedingungen zu gewähren, innerhalb derer die individuelle Nachlassplanung gestaltet werden kann. Die Revisionsvorlage vermag diese Stabilität nicht zu gewährleisten. Die Mängel können weder auf Verordnungsstufe noch durch Auslegung behoben werden. Aus Sicht der Praxis ist zu hoffen, dass die Rechtskommission des Nationalrats das Bundesamt für Justiz damit betraut, die Vorlage zu verbessern.

Zürich, 25. März 2020

Tobias Somary, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Leiter der Fachgruppe Erbrecht des Zürcher Anwaltsverbands

Louise Lutz Sciamanna, Rechtsanwältin und Fachanwältin SAV Erbrecht

Dr. Lorenz Baumann, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht