



18.069 Révision du droit des successions

Position de l'OFJ sur les propositions de modifications de la CAJ-N (art. 216 al. 2 et 472 al. 1 P-CC) du 17.10.2019 et la demande de réexamen

Date :	12 août 2020
À :	Commission des affaires juridiques du Conseil national
Copie à :	–

Numéro du dossier : 232.1-1127/5/8
Notre référence :bj-ws

1 Contexte

Position du Conseil des Etats

Le Conseil des Etats a soutenu le 12 septembre 2019 le projet de révision du Code civil (Droit des successions) avec 34 voix pour, 9 abstentions et 0 opposition. La seule modification qu'il a apportée est la suppression de la créance d'assistance en faveur du partenaire de vie survivant non marié (art. 606a et suivants P-CC).

Propositions de modifications de la CAJ-N

Lors de sa séance du 17.10.2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a proposé de modifier le projet à ses art. 216 al. 2 et 472 al. 1 P-CC, en vue de clarifier le texte de ces deux alinéas. Le Conseil fédéral a soutenu ces propositions afin de permettre à l'administration et à la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) d'étudier en détail la formulation à choisir.

Demande de réexamen du projet par la CAJ-N

Entretemps, le 21.02.2020, est intervenue une demande de réexamen du projet par la CAJ-N suite à des critiques sérieuses du projet de la part notamment de trois avocats spécialistes FSA en droit des successions à Zurich. Ceux-ci critiquent en effet le projet de révision sur quatre points, à savoir principalement la question du droit transitoire, mais aussi celle du trai-



tement de l'attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale par contrat de mariage, de la perte de réserve en cas de procédure de divorce et de la nouvelle règle sur les pactes successoraux (voir annexe 2).

Réexamen par les experts et l'Office fédéral de la justice (OFJ)

Vu le réexamen demandé par la CAJ-N et afin de préparer les travaux de celle-ci en vue de sa séance du 27.08.2020, l'OFJ a pris l'initiative de contacter les experts ayant collaboré à la rédaction du projet, pour obtenir leur avis aussi bien sur les deux propositions de modifications de la CAJ-N que sur les questions ayant conduit à la demande de réexamen du projet.

Une étude approfondie de ces différentes questions a été réalisée et trois réunions d'une demie-journée (par visioconférence) ont notamment eu lieu, avec pour objet :

- Le 11 juin 2020 : Analyse par les experts du document "Arbeitspapier Erbrechtsreform betreffend Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I von Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna und Lorenz Baumann vom 25.03.2020".
- Le 15 juin 2020 : Audition des auteurs du document par les experts pour dissiper tout malentendu éventuel.
- Le 16 juin 2020 : Réflexions des experts sur un éventuel besoin de modification du projet.

Au final, les experts concluent *unanimentement* que :

1. Les art. 216 al. 2 et 472 al. 1 P-CC visés par les propositions de modification de la CAJ-N peuvent effectivement être rendus plus compréhensibles par des modifications mineures (voir ch. 2.1 et 2.2 ci-après).
2. Les critiques soulevées contre le projet sont infondées et aucune modification du projet n'est nécessaire, à l'exception d'une modification de détail à l'art. 472, al. 1 P-CC (voir ch. 2.2 ci-après et annexe 1).

2 Position et propositions de l'OFJ

L'OFJ partage l'avis exprimé par les experts. Une nouvelle analyse approfondie a été réalisée, de laquelle il ressort qu'il n'est pas nécessaire de procéder à un nouvel examen du projet. Des critiques d'une partie de la doctrine ou de praticiens, ainsi que quelques problèmes dans de rares cas particuliers d'application sont inévitables dans le cadre de l'entrée en vigueur d'une révision d'importance.

Les propositions nouvelles de textes de loi de l'OFJ, brièvement explicitées, sont exposées ci-après et portent sur les deux améliorations souhaitées par la CAJ-N ainsi que sur la proposition de modification issue du réexamen réalisé par les experts.

Nota bene : Les propositions initiales de modifications de la CAJ-N sont surlignées en jaune, celles ressortant de l'analyse réalisée par l'OFJ avec le soutien des experts en vert. Les modifications proposées par l'OFJ ne contiennent, à l'exception de celle surlignée en vert foncé, pas de modifications de fond par rapport au projet de révision, mais visent uniquement, conformément au souhait de la CAJ-N, à rendre plus compréhensible le texte légal.

2.1 Art. 216 al. 2 P-CC

Rappel : cette modification vise à prendre en compte dans la masse de calcul des réserves héréditaires la part supplémentaire des acquêts attribuée au conjoint survivant par contrat de mariage, pour mettre un terme à une insécurité juridique et par souci de protection des droits des descendants dans la succession, dont la réserve est réduite dans le projet (de 3/4 à 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 überlegenden 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...

Explications:

- "participation" est le terme utilisé à l'al. 1. Il est plus adapté que "part".
- "biens existants" est la formule usuelle (voir art. 475 CC), "fortune" n'est pas utilisé en droit des successions (art. 457 ss CC).
- "quotité disponible" est la formule usuelle (voir art. 470 CC), et non "part disponible."
- en rajoutant "des réserves héréditaires", on comprend immédiatement le lien avec le droit des successions.
- al. 3 : le changement de sujet à l'al. 2 implique une modification du sujet de l'al. 3.

2.2 Art. 472 al. 1 P-CC

Rappel : cette modification vise à supprimer la réserve du conjoint survivant dans certains cas lorsqu'une procédure de divorce est pendante, afin d'éviter des abus procéduraux et d'augmenter la liberté de disposer.

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 al. 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

Explications:

- La modification de la CAJ-N change le fond du projet dans le sens où les divorces sur demande unilatérale qui durent plus de deux ans n'entraîneraient plus de perte de réserve. C'était pourtant à la base principalement ces cas-là qui étaient visés.
- Selon le texte actuel du projet, la quotité disponible d'un disposant se monte à :
 - 1/2 de la succession avant la procédure de divorce (réserve du conjoint survivant de 1/4, réserve des descendants de 1/4)
 - 3/4 durant la procédure de divorce sur requête commune ou après deux ans de séparation (pas de réserve pour le conjoint survivant, réserve des descendants 1/4)
 - 1/2 après l'entrée en force du divorce (réserve des descendants 1/2).

Cet élément (augmentation temporaire de la quotité disponible) n'a pas été remarqué dans le cadre de la rédaction du projet. Le rajout de la phrase "et les réserves se calculent comme si le défunt n'avait pas été marié" corrige cela et offre les mêmes réserves aux descendants pendant la procédure de divorce qu'après.

3 Conclusion

L'OFJ a souhaité mettre à profit la demande de réexamen de la CAJ-N et le laps de temps supplémentaire à sa disposition provoqué par le report des séances politiques en lien avec la pandémie de covid-19 pour préparer une base de décision solide à l'intention de la CAJ-N, autant sur les propositions de modifications de cette dernière que sur les critiques ayant conduit à la demande de réexamen.

Après consultation des experts ayant collaboré à la rédaction du projet, soit 9 des meilleurs spécialistes suisses en droit des successions issus du monde académique, des tribunaux, du notariat et de l'avocature, et analyse de détail des propositions de modifications en présence, l'OFJ est convaincu que les textes de loi tels que proposés aux points 2.1 et 2.2 de la présente note sont les plus aptes à atteindre les buts visés par la révision.

Annexes :

1. Note OFJ du 12.08.2020 "Droit transitoire et autres questions - Résumé des arguments à l'encontre du projet du Conseil fédéral et des réflexions des experts consultés"
2. Arbeitspapier Erbrechtsreform betreffend Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I von Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna und Lorenz Baumann vom 25.03.2020 (uniquement en allemand)



18.069 Révision du droit des successions

Droit transitoire et autres questions – Résumé des arguments à l'encontre du projet du Conseil fédéral et des réflexions des experts consultés

Date :	12 août 2020
À :	Commission des affaires juridiques du Conseil national
Copie à :	–

Numéro du dossier : 232.1-1127/5/8
Notre référence :bj-bal

1 Exposé de situation

La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) est amenée à réexaminer le projet de révision du droit des successions, après avoir accepté une demande dans ce sens dans la Commission. Cette demande faisait suite à des critiques émises par Mes Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna et Lorenz Baumann, tous trois avocats spécialistes FSA en droit des successions à Zurich.

2 Examen des critiques par l'OFJ et les experts

Afin de préparer le réexamen du projet par la CAJ-N, l'OFJ a à nouveau consulté les experts ayant participé à sa rédaction pour les confronter aux critiques formulées dans un document de travail du 25 mars 2020 de ces trois avocats (voir annexe) et obtenir leur position.

Les trois auteurs de ce document ont été entendus le jeudi 11 juin 2020 (08:30-12:45) par les experts et l'OFJ. Les points faisant l'objet de critiques ont été discutés ensemble.

Les experts ont analysé en détail les quatre points faisant l'objet de critiques. Trois des quatre critiques soulevées ont été considérées comme injustifiées par les experts; sur un point, les experts ont admis en partie la critique formulée et soutiennent une modification du projet de révision (voir ci-après ch. 3.3). A cette exception près, les experts sont au contraire toujours convaincus par le projet du Conseil fédéral tel qu'adopté.



3 Résumé des arguments

Les critiques soulevées portent sur quatre points :

1. Droit transitoire en général;
2. Attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale (art. 216 P-CC);
3. Perte de réserve pendant la procédure de divorce (art. 472 P-CC);
4. Pactes successoraux (art. 494, al. 3, P-CC).

La position des auteurs de ces critiques (voir annexe pour exposé complet) et celle des experts sont présentées ci-après de manière résumée.

3.1 Droit transitoire en général

Position des auteurs de la critique

- Le projet de loi ne contient pas de nouvelles dispositions transitoires. C'est donc le droit des successions en vigueur au moment du décès du disposant qui s'applique, aussi bien en ce qui concerne le droit dispositif que les dispositions testamentaires (art. 15 et 16, al. 3, tit. fin. CC). Si le principe du jour du décès ne pose pas de problème pour le premier, il est problématique pour les secondes (en particulier pour les pactes successoraux existants).
- L'auteur d'un testament l'a rédigé sur la base du droit des successions en vigueur et confiant dans ce droit. L'absence de dispositions transitoires conduira à des malentendus et des conflits lors de l'interprétation des testaments et des pactes successoraux.
- Il faut protéger la confiance que les testateurs disposant sous l'ancien droit ont dans l'existence et la persistance de leurs dispositions pour cause de mort. Lorsqu'aucune autre volonté ne peut être déduite d'un testament rédigé sous l'ancien droit (par ex. anticipation sur le nouveau droit ou renvoi à la révision en cours, par ex. pour les clauses punitives), le nouveau droit ne doit pas pouvoir s'y appliquer. Le nouveau droit doit s'appliquer lorsqu'un testament a été rédigé sous le nouveau droit ou qu'un testament rédigé sous l'ancien droit renvoie implicitement ou explicitement au nouveau droit. Le principe de la non-rétroactivité du nouveau droit (art. 1 Tit. fin. CC) et de la protection de la confiance en les droits acquis sous l'ancien droit (art. 3 et 4 Tit. fin. CC) seraient violés si le nouveau droit était appliqué sans dispositions de droit transitoire adaptées.
- Le projet, à ses art. 216, 217 et 241 AP-CC, modifie des dispositions qui concernent matériellement le droit des successions, mais qui sont situées d'un point de vue systématique dans le droit des régimes matrimoniaux et qui ne concernent que les accords passés par contrat de mariage. Une harmonisation des dispositions transitoires du droit des successions avec celles, protégeant la confiance, du droit des régimes matrimoniaux, est nécessaire afin d'éviter l'insécurité juridique liée à la qualification des dispositions révisées en droit transitoire des régimes matrimoniaux et aux dispositions transitoires applicables à celles-ci. Dans le cas contraire, les contrats combinant contrat de mariage et pacte successoral devraient à l'avenir en pratique être jugés sur la base de deux droits transitoires différents.

Position des experts

- Contrairement à ce qui est prétendu, le projet a prévu des règles de droit transitoire : celles des dispositions finales du code civil (art. 15 et 16 Tit. fin. CC).
- La ligne qui a été adoptée dans le projet est celle adoptée en droit des successions depuis l'entrée en vigueur du code civil en 1912 : les nouvelles règles s'appliquent pour les personnes qui meurent après l'entrée en vigueur des normes. Les réserves applicables sont celles en vigueur au moment du décès. Jusqu'à maintenant il n'y a pas eu de problème avec cette ligne. Les révisions passées (de 1984/1988 et 2001 notamment) ont élargi la quotité disponible, ce qui est aussi le cas avec la révision actuelle. Il n'y a donc pas besoin de dispositions transitoires spéciales, les règles en vigueur ont fait leurs preuves.
- Ce choix permet une mise en œuvre rapide des nouvelles normes, plus libérales. Prévoir que l'ancien droit s'applique aux dispositions prises avant son entrée en vigueur aurait pour effet que deux droits différents s'appliqueraient en parallèle durant plusieurs dizaines d'années. Cela nuirait à la sécurité du droit et irait à l'encontre des buts visés par la révision.
- Il est important d'avoir un droit des successions formulé de manière simple, qui corresponde à l'esprit du code civil, et d'éviter un droit qui multiplie les règles applicables. Le but n'est pas de régler dans la loi toutes les situations imaginables.
- La révision du droit des successions aura lieu en trois étapes (1. Augmentation de la liberté de disposer / 2. Transmission d'entreprises / 3. Améliorations techniques). Quatre si l'on y rajoute la révision en cours de la loi sur le droit international privé (successions internationales). Créer des normes de droit transitoire différentes des normes générales, qui maintiendraient l'ancien droit (en tout ou partie) pour chaque révision, et ce durant de nombreuses années, tout en offrant un ordre juridique qui reste globalement praticable, relève de l'impossible.
- Une augmentation du nombre de procès n'est pas à craindre. Il n'y en a pas eu avec les précédentes révisions. Les rares problèmes d'interprétation de la volonté du testateur qui pourraient résulter de l'entrée en vigueur du nouveau droit pourront être réglés au moyen des principes généraux en vigueur.
- La motion Gutzwiller et la volonté d'augmenter la liberté de disposer datent de 2010. Les testateurs ont depuis eu largement le temps de rédiger leurs dernières volontés et de les adapter au besoin.
- D'un point de vue pratique, l'application des règles transitoires générales se justifie par la sécurité juridique. Sinon il y aurait des cas dans lesquels l'ancien droit s'appliquerait et d'autres cas où le nouveau droit s'appliquerait. Cela serait contraire à la sécurité juridique. Des règles transitoires spécifiques sont plus compliquées et ont pour conséquence une augmentation des conflits.

3.2 Attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale (art. 216 P-CC)

Position des auteurs de la critique

- La révision du droit des successions mine et complique inutilement le système de l'attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale (art. 216 CC), qui a fait ses preuves, est largement répandu et aisément compréhensible. Selon le projet du Conseil fédéral, en effet, l'attribution supplémentaire des acquêts au conjoint survivant est toujours incluse

dans le calcul des réserves héréditaires et la réserve des enfants communs est donc constituée en premier lieu des biens propres figurant dans la succession du conjoint qui décède en premier. La nouveauté engendre des résultats hasardeux et quasi impossibles à planifier : quand il n'y a pas de biens propres, ni par conséquent d'héritage, l'attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale fonctionne. Quand il y a des biens propres (par ex. des avoirs bancaires hérités par l'époux décédé en premier), ils peuvent, selon le projet, être utilisés intégralement pour composer la réserve des enfants communs, et il se peut que le conjoint survivant ne reçoive rien en héritage, sans doute à sa grande surprise.

- Les nouvelles dispositions sur le traitement successoral de l'attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale vont à l'encontre d'une bonne partie de la pratique et recèlent un gros potentiel dommageable en cas d'entrée en vigueur sans dispositions transitoires.

Position des experts

- En préambule il convient de mentionner que le projet ne modifie pas le droit actuel concernant le traitement successoral de l'attribution supplémentaire du bénéfice par contrat de mariage. Au contraire, il choisit l'une des interprétations du droit actuel comme solution pour l'avenir. Pour les enfants non communs, il maintient le droit actuel.
- Une norme de droit transitoire n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit simplement de clarifier le sens d'une norme. C'est justement le cas avec l'art. 216 CC, dont l'application fait l'objet d'une controverse doctrinale qui n'a pas été tranchée par le TF.
- Le choix qui a été fait pour le futur règle un problème vieux de 30 ans dans le sens de la doctrine dominante et en faveur des enfants communs (dont la réserve est déjà largement réduite par le projet). Il doit logiquement aussi valoir pour le passé. Le Tribunal fédéral pourrait déjà aujourd'hui, donc sous le droit en vigueur, trancher dans ce sens dans un cas d'application, avec les mêmes conséquences que la révision en cours sur les contrats de mariage, et sans droit transitoire.
- En maintenant sans changement l'art. 216 CC après l'entrée en vigueur du nouveau droit, on conserverait un droit dont personne ne peut dire avec certitude comment il doit être appliqué, ce qui serait contraire à la sécurité du droit.
- Le projet met sur un pied d'égalité les enfants communs et non communs par le fait que leurs réserves seront calculées sur la même masse successorale. Cela facilite le calcul, tient compte de l'évolution de la société (familles recomposées) et diminuera les conflits.
- La quotité disponible n'est pas toujours attribuée au conjoint survivant. Celui-ci peut être favorisé par le contrat de mariage, et la quotité disponible attribuée à un trust ou à un tiers, au détriment des descendants. Le projet, qui réduit déjà considérablement leur réserve, leur offre ainsi un minimum de protection à l'encontre de telles libéralités en faveur de tiers.
- Une partie non négligeable des avocats ou notaires semble avoir opté dans son conseil pour l'opinion de la doctrine actuellement minoritaire, sans peut-être toujours mentionner l'absence de sécurité juridique du conseil fourni. Cela pourrait provoquer des déceptions et des procédures judiciaires, inévitables cependant en lien avec toute clarification législative.
- Le droit transitoire prévu pour la révision du droit des régimes matrimoniaux (1984) comprenait une solution opt-in / opt-out. Cela était possible car un régime matrimonial complète-

ment nouveau entrainé en vigueur. La possibilité de maintenir l'ancien régime était importante pour la dissolution du régime pour cause de mort ou en cas de divorce. La situation n'est pas comparable avec la révision en cours du droit des successions.

- Dans la grande majorité des cas, le nouveau droit ne changera rien pour les personnes concernées. Dans les cas où il changera quelque chose pour le conjoint survivant, cela ne portera que sur 1/8e des acquêts, en faveur des descendants communs. Le projet ne change rien concernant l'attribution matrimoniale de l'art. 216 CC, mais modifie uniquement l'étendue des droits dans la succession. La réduction éventuelle de la part du conjoint survivant par un enfant commun resterait très modeste.
- Les contrats de mariage sont passés devant notaire. Les parties doivent être informées de l'incertitude actuelle et du fait que celle-ci pourrait être tranchée par le Tribunal fédéral ou le législateur. Les parties doivent ainsi déjà aujourd'hui s'attendre à ce que le droit soit interprété dans le sens du projet. Il n'y a ainsi pas de violation du principe de la confiance ou de la sécurité du droit.
- Il sera toujours possible de favoriser largement son conjoint au détriment de ses descendants par le biais des art. 216 et 473 CC et du pacte successoral (par lequel les enfants communs renoncent souvent à leur réserve au profit du parent commun survivant). Cela d'autant plus avec la réduction des réserves que le projet amène. Une bonne planification successorale permettra de régler les problèmes évoqués.
- Si le logement de famille constitue le principal actif du défunt, le conjoint survivant peut dans la majeure partie des cas le conserver en pratique car il dispose d'un droit successoral à l'attribution (art. 612a CC) et d'un droit matrimonial à l'attribution sous forme d'usufruit ou de droit d'habitation (219 CC).
- Il semble que des brochures d'informations privées laissent actuellement penser que la situation juridique est claire en droit actuel. Les experts voient cela résolument différemment.
- De manière générale, la révision reste plutôt en faveur du conjoint survivant : sa réserve ne baisse pas et il peut être favorisé avec l'augmentation de la quotité disponible à l'art. 473 P-CC.

3.3 Perte de réserve pendant la procédure de divorce (art. 472 P-CC)

Position des auteurs de la critique

- Selon le droit en vigueur, les époux peuvent se prévaloir mutuellement de prétentions successorales et réservataires aussi longtemps qu'ils sont mariés, autrement dit jusqu'à l'entrée en force de la décision de divorce. Selon le projet, les époux peuvent suivant les circonstances perdre leur réserve dès l'ouverture d'une procédure de divorce et perdre en outre tous les avantages résultant de dispositions pour cause de mort (art. 472 P-CC ; art. 120, al. 2, P-CC). La révision érige donc dans les faits la litispendance d'une procédure de divorce comme nouveau motif d'exhérédation et elle augmente, dans ce laps de temps, la quotité disponible. Un époux peut dès lors activer unilatéralement le motif d'exhérédation en demandant le divorce après seulement deux années de séparation et rédiger un testament en conséquence. Les facteurs ayant marqué la vie matrimoniale (répartition des tâches et durée du mariage, âge et état de santé, revenu et fortune, soins donnés aux enfants, etc.) sont ignorés.

- On reproche au droit en vigueur qu'il permet de retarder intentionnellement la procédure de divorce. Selon le nouveau droit, le potentiel d'abus est mis intégralement à la charge de l'époux le plus faible au plan financier et à ses descendants.
- Les nouvelles dispositions sur la perte de la réserve héréditaire dès l'ouverture d'une procédure de divorce ne sont pas mûres, elles recèlent un énorme potentiel d'abus et devraient être reportées à la deuxième étape de la réforme.

Position des experts

- L'objectif de la nouvelle règle était de trouver une solution pour les cas où le conjoint survivant prolonge la procédure de divorce pour toucher la succession de son conjoint proche du décès. Avec la proposition du Conseil fédéral, ces cas seront dorénavant couverts et une importante lacune comblée. De plus, la solution est en adéquation avec la volonté d'augmenter la liberté de disposer. La situation actuelle, qui prévoit qu'un conjoint conserve sa réserve malgré une longue et litigieuse procédure de divorce, l'invitant ainsi à retarder le divorce, dérange.
- La quotité disponible serait effectivement momentanément plus élevée en présence de descendants, entre le moment où les conditions de l'art. 472 P-CC sont remplies et l'entrée en force du jugement de divorce. Elle passe, en comparaison avec le droit actuel, de 1/2 à 3/4. Cet élément n'avait pas été remarqué auparavant. Afin d'y remédier et de protéger les descendants, une modification du texte de l'art. 471, al. 1, P-CC est recommandée par les experts.
- L'importance de cette disposition sera moindre en pratique, car elle nécessite en effet que le testateur décède entre le moment où les conditions de l'art. 472 P-CC sont remplies et l'entrée en vigueur du jugement de divorce.
- Dans certains cas très rares, le projet pourrait conduire à une situation financièrement difficile, voire injuste, pour le conjoint survivant. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le droit des successions n'a pas pour fonction de garantir l'entretien de l'autre conjoint *après* le divorce.
- En outre, il s'agit de cas individuels où les cinq conditions cumulatives suivantes seraient remplies :
 1. Les conditions d'application de l'art. 472 P-CC sont remplies,
 2. Le conjoint-testateur a exclu par testament son conjoint de sa succession,
 3. Le conjoint-testateur décède avant l'entrée en force du divorce,
 4. Le conjoint survivant aurait eu droit à une contribution d'entretien sous forme de rente transmissible par succession (rare) ou un capital si la procédure de divorce avait été menée à son terme,
 5. L'entretien du conjoint survivant n'est couvert ni par des acquêts, ni par les avoirs de 2e ou 3e piliers du conjoint décédé ou les rentes en découlant.
- Déjà en droit actuel, le droit à une contribution d'entretien sous forme de rente s'éteint en principe au décès du conjoint débiteur (art. 130, al. 1, CC). Si le conjoint débiteur d'une

rente décède après le divorce, le droit à la rente du conjoint créancier s'éteint, à moins qu'il ne s'agisse exceptionnellement d'une rente transmissible par succession.

3.4 Pactes successoraux (art. 494, al. 3, P-CC)

Position des auteurs de la critique

- Le projet du Conseil fédéral prévoit une interdiction générale des donations, à moins que le pacte successoral n'autorise explicitement pareilles donations. Le système équilibré en vigueur à ce jour est ainsi remplacé par un système binaire noir/blanc. Savoir si ce changement de système est judicieux ou non est une question d'appréciation législative. Mais l'absence de règles de droit transitoire est là aussi problématique. Les dispositions transitoires générales, en vertu desquelles le principe de l'interdiction de la rétroactivité du nouveau droit et la protection des relations d'affaires en cours s'applique et qu'il faut protéger la confiance dans les positions de droit acquises sous l'ancien droit, semblent n'être d'aucune aide en ce qui concerne les pactes successoraux. En effet, l'art. 16, al. 3, Tit. fin. CC se réfère de manière générale aux testaments et consacre globalement le principe du jour du décès, dérogeant aux principes généraux. On sape ainsi la confiance justifiée des parties dans le caractère contraignant de leur contrat et dans les implications juridiques du pacte successoral en matière de liberté de disposer du testateur.
- La formulation doit être rectifiée au vu de l'interaction entre le ch. 1 et le ch. 2. Il faut une réglementation transitoire pour protéger les accords passés sous l'ancien droit.

Position des experts

- Les praticiens souhaitent depuis toujours infléchir la jurisprudence du Tribunal fédéral sur cette disposition. À l'origine, l'adaptation de l'art. 494, al. 3, CC était prévue pour la deuxième étape de la révision. Si toutefois l'attribution supplémentaire du bénéfice de l'union conjugale est considérée comme une attribution entre vifs, l'art. 494, al. 3, CC doit être modifié pour que les attributions convenues dans un pacte successoral ne violent pas celles qui le sont dans un contrat de mariage.
- La jurisprudence du TF est vivement contestée dans la doctrine. Elle vide de son contenu l'art. 494, al. 3, CC, qui ne peut plus être appliqué. Afin que cet article ait à nouveau un contenu applicable, il est justifié d'appliquer le droit transitoire existant.
- Le projet vient clarifier une situation dans laquelle la jurisprudence n'est pas entièrement claire.
- Avec le nouvel article 494, al. 3, CC, la règle sera claire : les présents d'usage seront autorisés et les donations plus importantes pourront être prévues dans le pacte successoral.
- Vu la jurisprudence du Tribunal fédéral et les controverses qu'elle suscite, en règle générale les pactes précisent déjà actuellement dans quelle mesure des donations sont possibles. Ce que les pactes conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau droit prévoient restera applicable après l'entrée en vigueur. Dans les cas où les parties n'auraient rien prévu, il est plus juste de protéger le bénéficiaire du pacte, dans l'esprit de la nouvelle règle; le donataire est tenu à restitution, mais il est en partie protégé par l'art. 528, applicable par analogie, et ne doit, le cas échéant, restituer que son enrichissement.
- Il est important de relever l'importance de la confiance octroyée par les partenaires au pacte successoral. La nouvelle disposition n'empêche pas qu'il soit utile qu'un conseiller

explique aux parties quelles donations restent possibles. Cela fait partie de ses obligations de base. Dans le cas des pactes successoraux, un notaire est forcément impliqué. Ce dernier informe les parties de ces aspects.

- Les experts ne partagent pas l'avis selon lequel l'interaction entre le ch. 1 et le ch. 2 manque de clarté. Ces deux conditions cumulatives (inconciliabilité entre donation et pacte + absence de réserve dans le pacte) doivent être remplies pour qu'une libéralité puisse être attaquée. Des pactes qui n'empêchent pas de faire des donations sont et doivent rester possibles.
- En ce qui concerne le droit transitoire, la question se pose de savoir quel droit est souhaitable : l'ancien ou le nouveau. Si on considère le nouveau comme souhaitable, il faut qu'il s'applique aux contrats passés sous l'ancien droit. Les formulations claires dans les pactes successoraux sont protégées dans l'ancien comme dans le nouveau droit. De telles formulations étaient courantes et utiles jusqu'à présent, et rien ne changera à ce niveau.

Annexe :

- Arbeitspapier Erbrechtsreform betreffend Kritikpunkte an der Erbrechtsreform Etappe I von Tobias Somary, Louise Lutz Sciamanna und Lorenz Baumann vom 25.03.2020 (uniquement en allemand)

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 Rütschi 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 aufoktroziert. 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 ehегüterrechtlichen Meistbegünstigung

Beim Tod einer verheirateten Person geht die ehегüterrechtliche 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 ehегüterrechtlichen 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, Ehегüterrechtliche 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 ehedüterrechtlicher 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 in welchem 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 substanzielles 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