

sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

CHEN

Unter Gleichen

Herausgegeben von Lukas Hussmann, Nicole Nickerson
Arezo Sang Bastian und Youlo Wujohktsang

Beitrag von Christoph Mettler

**Gleichheit und Privatautonomie
im Erbrecht: Überlegungen
zur Gesetzesrevision**

Erschienen in APARIUZ XXII

APARIUZ XXII: Unter Gleichen

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 25. Juli 2021 – © 2021 bei den Autorinnen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert
(CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen
Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-19-3

DOI: 10.38107/019

Gleichheit und Privatautonomie im Erbrecht: Überlegungen zur Gesetzesrevision

© 2021 Christoph Mettler

DOI: 10.38107/019-12

www.suigeneris-verlag.ch



Christoph Mettler

Gleichheit und Privatautonomie im Erbrecht: Überlegungen zur Gesetzesrevision

I. Einleitung	182
II. Gleichheit und Privatautonomie im Privatrecht	183
III. Testierfreiheit und Einschränkung der Autonomie	185
1. Gesetzliche Erbfolge	185
2. Pflichtteilsrecht	186
3. Fazit	189
IV. Ausblick: Gleichstellung faktischer Lebenspartnerinnen	190
1. Privatautonome Gleichstellung	190
2. Gesetzliche Gleichstellung	191

I. Einleitung

Zurzeit laufen verschiedene Revisionsprojekte im schweizerischen Erbrecht. Am Ursprung der «Hauptrevision» (nachfolgend «Erbrechtsreform») stand eine Motion von Ständerat Felix Gutzwiller aus dem Jahr 2010. Das erklärte Ziel war es, das «*nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen*».¹ Einerseits soll die Erblasserin grössere Verfügungsbefugnis über ihren Nachlass erhalten, indem die Pflichtteile reduziert werden. Andererseits sollte ein gesetzliches Erbrecht für faktische Lebenspartnerinnen eingeführt werden.²

Der ursprüngliche Motionstext wurde vom Parlament allerdings gleich zu Beginn der Revision ergänzt. Es stellte klar, dass «*keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren*» erfolgen soll.³ Der Vorentwurf des Bundesamts für Justiz aus dem Jahr 2016 sah dafür ein sog. «Unterhaltsvermächtnis» vor, welches überlebenden Lebenspartnerinnen einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegenüber der Erbschaft eingeräumt hätte.⁴ Im Entwurf vom 29. August 2018 wurde dieser Anspruch allerdings zu einem blossen «Unterstützungsanspruch» in finanziellen Notlagen degradiert,⁵ welcher vom Parlament schlussendlich ebenfalls verworfen wurde.⁶ Das mit der Revision angestrebte «*moderne Erbrecht*» wird durch die Pflichtteilsreduktion – und damit einer Stärkung der Privatautonomie – verwirklicht. Der Pflichtteil der Eltern wird abgeschafft, derjenige der Nachkommen von drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs auf die Hälfte reduziert (Art. 470 Abs.1 / Art. 471 des revidierten Gesetzes). Faktische Nähebeziehungen, wie jene von Lebenspartnerinnen und Stiefkindern, werden auch zukünftig gesetzlich nicht geregelt.

Dieser Beitrag soll anhand der Gesetzesrevision das Verhältnis von Privatautonomie sowie rechtlicher Gleichstellung und tatsächlicher Gleichbehandlung (von nahestehenden Personen) im Erbrecht näher beleuchten.

1 Motion 10.3524 von Felix Gutzwiller vom 17. Juni 2010, Begründung. Inkrafttreten wird die Gesetzesänderung am 1. Januar 2023.

2 Motion Gutzwiller (Anm. 1), Begründung.

3 In der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats fiel der Entscheid für diese Ergänzung mit neun zu acht Stimmen (bei drei Enthaltungen) noch äusserst knapp aus. Der National- sowie danach der Ständerat stimmten dem Zusatz jedoch mit komfortabler Mehrheit zu, vgl. AmtlBull. 2011 N 107-111; AmtlBull. 2011 S 489.

4 Siehe dazu Art. 484a des Vorentwurfs sowie den erläuternden Bericht.

5 Vgl. Art. 606a des Entwurfs; Botschaft und Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), BBl 2018 5813, 5863.

6 Der Ständerat hat als erstbehandelnder Rat den Unterstützungsanspruch abgelehnt, siehe AmtlBull. 2019 S 676-686. Der Nationalrat ist ihm gefolgt, siehe AmtlBull. 2020 N 1732-1744.

II. Gleichheit und Privatautonomie im Privatrecht

Ausgangspunkt für die Untersuchung bildet die Frage, welche Bedeutung diesen Grundsätzen im Vertrags- und Familienrecht – Rechtsgebieten mit engem Bezug zum Erbrecht – zukommt.

Im Vertragsrecht gewährt das Gesetz allen handlungsfähigen Personen grundsätzlich dieselben Rechte. Gleichzeitig ist der Grundsatz der Privatautonomie, d.h. der Vertragsfreiheit, prägend. Handlungsfähige Personen können Verträge schliessen und den Inhalt frei festlegen.⁷ Faktische Unterschiede wie wirtschaftliche Ungleichheiten zwischen den Parteien werden weitgehend ausgeblendet. Ausnahmen bilden Rechtsgebiete, in denen die Gesetzgeberin davon ausgeht, dass die Machtverhältnisse systematisch in einem Missverhältnis stehen. Es geht dabei vor allem um das Arbeits-, Miet- und Versicherungsrecht. Aufgrund der Privatautonomie trifft Privatpersonen weitgehend keine Pflicht zur Gleichbehandlung von verschiedenen Personen.⁸ Ausnahmen existieren vor allem⁹ im Arbeitsrecht¹⁰ sowie bei «Personenzusammenschlüssen»¹¹ (z.B. Vereinen, Stockwerkeigentümergeinschaften oder Körperschaften).

So anerkannt die Grundsätze von Privatautonomie und rechtlicher Gleichstellung im Vertragsrecht sind, so eingeschränkt sind sie im Familienrecht.¹² Die rechtliche Gleichstellung von verschiedenen Personen im Familienrecht war ein stetig voranschreitender Prozess – und ist es noch heute. Der Ehefrau wurden erst 1988 die gleichen Rechte gewährt wie dem Ehemann.¹³ Die 2017 in Kraft getretene Revision des Unterhaltsrechts soll dafür sorgen,

7 Sofern es keine zwingenden gesetzlichen Bestimmungen gibt.

8 BGE 129 III 276, E. 3.1. Aufgrund der fehlenden unmittelbaren Drittwirkung sind Private nicht an die Grundrechte gebunden. Allerdings sind die Grundrechte bei der Auslegung zu beachten, vgl. BGE 137 III 59 E. 4.1.

9 Als allgemeine Ausnahme kann der Kontrahierungszwang genannt werden, siehe zu den Voraussetzungen BGE 129 III 35 E. 6.2 und 6.3.

10 Wichtigste Ausnahme ist die Pflicht der Arbeitgeberin zur Gleichbehandlung von Frau und Mann, siehe Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GG. Darüber hinaus gibt es eine Pflicht zur Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen (BGE 129 III 276 E. 3.1; BGer, 4A. 651/2017, 4. April 2018, E. 3.3) sowie bei der Ausübung des Weisungsrechts (WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020, N 425).

11 BGE 131 III 459 E. 5.4.2 und 5.4.3.

12 Vgl. HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018, N 01.10-01.12.

13 Siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Anm. 12), N 01.32-01.35; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), BBl 1979 II 1191-1431.

dass der Unterhaltsbeitrag auch bei Kindern von nicht verheirateten Paaren die für das Kind bestmögliche Betreuung ermöglicht (sog. Betreuungsunterhalt).¹⁴ Bei einer Annahme durch das Stimmvolk wird die «Ehe für alle» eingeführt werden. Zukünftig könnten also auch gleichgeschlechtliche Paare heiraten.¹⁵

Innerhalb der Statusverhältnisse (Ehe, eingetragene Partnerschaft, Kindesverhältnis) behandelt das Gesetz die Ehegatten und Kinder nicht nur formal gleich,¹⁶ sondern strebt in Konfliktfällen auch eine tatsächliche Gleichheit an. Das zeigt sich in vielen Einzelfragen. Bei einer lebensprägenden Ehe sollen nach einer Scheidung beide Ehegatten soweit möglich den während der Ehe gelebten Lebensstandard weiterführen können.¹⁷ Zudem sind die während der Ehe erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge zu teilen (Art. 122 ZGB und Art. 281 ZPO). Die gemeinsame elterliche Sorge gilt bei einer Trennung der Eltern als Regelfall (Art. 298 ZGB). Eigene Kinder (aus verschiedenen Beziehungen) sind, abhängig von ihren Bedürfnissen, unterhaltsmässig gleich zu behandeln.¹⁸

Bei den Statusverhältnissen des Familienrechts ist deshalb die Privatautonomie im Vergleich zum Vertragsrecht deutlich eingeschränkt. Eine Person kann zwar wählen, ob sie heiraten will; über die Folgen der Eheschliessung können die Ehegatten aber nur beschränkt disponieren. Die Bestimmungen sind meist zwingender Natur (z.B. bei Kinderbelangen) oder lassen nur beschränkten Gestaltungsspielraum (z.B. im Güterrecht¹⁹). Die Scheidungsfolgen lassen sich nur unter gewissen Bedingungen²⁰ und in

14 Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2013 529, 540-541. Das Bundesgericht schreibt zudem neu eine schweizweit einheitliche Berechnungsmethode vor, siehe BGer, 5A_311/2019, 11. November 2020, E. 6.

15 Das Referendum gegen die Gesetzesrevision ist zustandegekommen, vgl. Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 27. April 2021.

16 Siehe dazu und zur Entwicklung: ANDREA BÜCHLER / MEINRAD VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018, S.16-19.

17 BGE 141 III 465 E. 3.1. Zumindest im Grundsatz wird auch unter der neusten Rechtsprechung eine solche Gleichbehandlung angestrebt. Der Begriff «lebensprägend» wird vom Bundesgericht aber strenger ausgelegt. Zudem ist der Ausgleich zeitlich zu befristen. Es gibt keinen Anspruch auf «lebenslängliche finanzielle Gleichstellung», siehe BGer, 5A_907/2018, 3. November 2020, E. 3.4.3 und 3.4.5.

18 BGer, 5A_98/2016, 25. Juni 2018, E. 3.4; BGE 137 III 59 E. 4.2.1.

19 Siehe Art. 182 Abs. 2 ZGB, mit einer Übersicht zu den Modifikationsmöglichkeiten: BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, in: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-VERFASSERIN), Art. 182 N 20-22.

20 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine sog. Scheidungskonvention auf Vorrat grundsätzlich zulässig und bindend. Willensmängel oder ein Verstoss

einzelnen Punkten²¹ (z.B. nahehelicher Unterhalt) bereits während intakter Ehe regeln.

III. Testierfreiheit und Einschränkung der Autonomie

Im Erbrecht liegt der Kern der Autonomie in der Testierfreiheit. Die Erblasserin kann zu Lebzeiten über das im Zeitpunkt ihres Todes bestehende Vermögen verfügen. Dieses Recht beruht auf der verfassungsmässig geschützten Eigentumsgarantie.²² Das Gesetz eröffnet die Möglichkeit, aus verschiedenen Verfügungsformen (Testament und Erbvertrag) auszuwählen und verschiedene Anordnungen (z.B. Vermächtnisse, Auflagen, Bedingungen) zu treffen. Dem Erblasserinnenwillen wird grosse Bedeutung zugemessen. Setzt eine Erblasserin in einer letztwilligen Verfügung für ihren ganzen Nachlass Erbinnen ein, so wird die gesetzliche Erbfolgeregelung – vorbehältlich einer Herabsetzungsklage von pflichtteilsgeschützten Erbinnen – vollends verdrängt.²³ Dieser Vorrang wird mit dem Grundsatz der Privatautonomie begründet.²⁴ Für eine Erblasserin besteht vor allem dann Bedarf, von der ihr eingeräumten Autonomie Gebrauch zu machen, wenn ihre gelebten Beziehungen nicht den in der gesetzlichen Erbfolge vermuteten entsprechen.

gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB können der Bindungswirkung entgegenstehen. Darüber hinaus darf die Konvention nicht offensichtlich unangemessen sein, was sich im Scheidungszeitpunkt beurteilt, siehe BGE 145 III 474, E. 5.6.

-
- 21 Bei Kinderbelangen können aufgrund der *Offizialmaxime* ohnehin nur Anträge gestellt werden, vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO. Die Parteien sind überdies nicht an Vereinbarungen zu solchen (zukünftigen) Anträgen gebunden. Aus praktischen Gründen kaum vorstellbar sind zudem vorgängige Vereinbarungen über die Teilung der beruflichen Vorsorge (vgl. Art. 280 ZPO), über die Zuteilung der Familienwohnung oder (im Rahmen der Errungenschaftsbeteiligung oder Gütergemeinschaft) über güterrechtliche Ausgleichszahlungen; a.A. ZENO RAVEANE / ANTONELLA SCHMUCKI, Die antizipierte Scheidungskonvention, FamPra.ch 2020, 589–612, S. 591 FN 11; PHILIPPE MEIER, Les conventions sur les effets du divorce: questions choisies, in: Christiana Fountoulakis / Alexandra Jungo (Hrsg.), La procédure en droit de la famille – 10^e Symposium en droit de la famille, 95–155, N 80–91.
-
- 22 BSK ZGB II-BREITSCHMID, in: Thomas Geiser / Stephan Wolf, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-VERFASSERIN), Vorbemerkungen zu Art. 467–536 N 3.
-
- 23 Siehe statt vieler: PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, in: Daniel Abt / Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. PraxKomm Erbrecht-VERFASSERIN), Vorbem. zu Art. 522 ff. N 3.
-
- 24 STEPHAN WOLF, Besonderheiten des schweizerischen Erbrechts, aus der Sicht des ABGB, recht 2010, 120–130, S. 120.

1. Gesetzliche Erbfolge

Das Intestatserbrecht regelt die gesetzliche Erbfolge, wenn keine Verfügung von Todes wegen vorliegt. Die Gesetzgeberin vermutet, dass eine nicht über ihren Nachlass verfügende Erblasserin ihre nächsten Verwandten als Erbinnen einsetzen wollen würde.²⁵ Die nächsten Erbinnen sind die Nachkommen (1. Parentel), danach die Eltern und deren Nachkommen (2. Parentel) und zuletzt die Grosseltern und deren Nachkommen (3. Parentel).²⁶ Ob es sich um einen «Nachkommen» handelt, richtet sich nach dem Familienrecht.²⁷ Dabei wurden im Verlaufe des 20. Jahrhunderts verschiedene Ungleichheiten aufgegeben. Im Jahr 1973 wurden Adoptivkinder den blutsverwandten Kindern erbrechtlich vollständig gleichgestellt;²⁸ 1978 aussereheliche Kinder denjenigen, die in der Ehe geboren wurden.²⁹

Innerhalb derselben Parentel gilt von Gesetzes wegen das sog. Gleichheitsprinzip.³⁰ Kinder erben zu gleichen Teilen (Art. 457 Abs. 2 ZGB). Ist im Erbfall ein Kind vorverstorben, wird dieser Erbteil wieder gleich unter seinen Kindern aufgeteilt (vgl. Art. 457 Abs. 3 ZGB). Die gesetzliche Erbfolge stellt strikt auf die statusmässige und nicht auf die faktische Nähe zur Erblasserin ab.³¹

Bei der Festlegung der gesetzlichen Erbfolge orientiert sich die Gesetzgeberin einerseits am mutmasslichen Willen einer Erblasserin. Andererseits ist sie – was im schweizerischen Erbrecht wenig betont wird – an die Grundrechte gebunden; insbesondere an das Gleichbehandlungsgebot.³² Beide Grundsätze führen dazu, dass die Kinder einer Erblasserin vom Gesetz gleich behandelt werden müssen.

25 STEPHAN WOLF / STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 127.

26 PraxKomm Erbrecht-NERTZ (Anm. 23), Vorbem. zu Art. 457 ff. N 10-18.

27 BGE 124 III 1 E. 2b = Pra 87 (1998) Nr. 137.

28 Botschaft über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB), BBl 1971 I 1200, 1234-1236.

29 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis), BBl 1974 II 1, 96-98; MICHELLE COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller, zuhanden des Bundesamts für Justiz, April 2013, S. 1.

30 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Anm. 25), N 153.

31 Siehe BGE 134 III 467 E. 2.

32 Vgl. zum deutschen Recht: MICHAEL GRÜNBERGER, Personale Gleichheit, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht, Habil. Köln, Baden-Baden 2013, S. 512.

2. Pflichtteilsrecht

Die massgebliche Einschränkung der Privatautonomie besteht im Pflichtteilsrecht. Gemäss bisherigem Recht beträgt der Pflichtteil für Ehegatten und Eltern die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und für Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbteils (Art. 471 ZGB). Eine verheiratete Person mit Kindern kann dementsprechend über drei Achtel ihres Nachlasses frei verfügen; eine unverheiratete Person mit Kindern über einen Viertel.

Mit der Erbrechtsrevision wird der Pflichtteil der Kinder auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils reduziert und jener der Eltern abgeschafft. Zukünftig beträgt die verfügbare Quote von Erblasserinnen mit Kindern die Hälfte. Eine Nebenfolge der Pflichtteilsreduktion der Kinder ist somit, dass die verfügbare Quote von Erblasserinnen, die Kinder hinterlassen, zivilstandsunabhängig ausgestaltet ist.³³

Das Pflichtteilsrecht ist jenes Instrument, welches sicherstellt, dass die gesetzliche Erbfolge – zumindest teilweise – zwingend beibehalten wird. Es ist Ausdruck eines Kompromisses zwischen der Testierfreiheit und der gebundenen Verwandtenerbfolge.³⁴ Würden die gesetzlichen Erben nicht mit einem Pflichtteil geschützt, wäre die gesetzliche Erbfolge gänzlich dispositiv. Sie würde sich darauf beschränken, eine «Default»-Regelung zu treffen. Vor der Vereinheitlichung des Erbrechts im ZGB waren die Pflichtteile in den Kantonen sehr unterschiedlich geregelt. Einige Kantone kannten nur einen Pflichtteil für Nachkommen.³⁵ Wenn Nachkommen vorhanden waren, betrug die verfügbare Quote in den Kantonen Neuenburg, Waadt und Tessin vor Inkrafttreten des ZGB die Hälfte des Nachlasses.³⁶

Für die Pflichtteile werden verschiedene Gründe angeführt: Die Idee, dass ein Teil des Nachlasses zwingend den Angehörigen zufallen soll, ist tief verwurzelt.³⁷ Das Pflichtteilsrecht wirkt stabilitätsstiftend und dient der

33 Bei einer verheirateten Person beträgt die gesetzliche Erbquote der überlebenden Ehegattin sowie eines Kindes (oder mehrerer Kinder zusammen) je die Hälfte, die Pflichtteile betragen je ein Viertel und die verfügbare Quote die Hälfte. Bei einer nicht verheirateten Person sind die Kinder die gesetzlichen Erben, der Pflichtteil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und die verfügbare Quote damit ebenfalls die Hälfte.

34 ULRICH HAAS, Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig?, ZEV 2000, 249-260, S.251; HANS-PETER TSCHÄPPELER, Die Testierfreiheit zwischen Freiheit des Erblassers und Gleichheit der Nachkommen, Diss. Zürich, Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 9, Zürich 1983, S.72 je m.w.H.

35 EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. II, Basel 1888, S.271; der Pflichtteilsschutz des überlebenden Ehegatten war unterschiedlich und teilweise kompliziert ausgestaltet, siehe S.272-278.

36 HUBER (Anm. 35), S.264.

37 Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5830.

Rechtssicherheit; ist Ausfluss der Solidarität und des Näheverhältnisses innerhalb der Familie. Zudem hat es (immer noch) eine Versorgungsfunktion.³⁸

Bei den Pflichtteilen der Nachkommen liegt der überzeugendste Grund – für den Fall, dass die Erblasserin mehrere Kinder hat – aber darin, dass wohl allgemein in der Gesellschaft die Auffassung vorherrscht, dass die eigenen Kinder (zumindest mehr oder weniger) gleich behandelt werden müssen.³⁹ Wie gezeigt, nimmt auch das Gesetz diese Wertung bei der gesetzlichen Erbfolge vor – unabhängig davon, ob man diese auf den mutmasslichen Erblasserinnenwillen oder das Gleichbehandlungsgebot stützt.

Die grosse Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots zeigt sich bei anderen gesetzlichen Bestimmungen, und zwar in unterschiedlicher Ausprägung. Die Willensbildung in der Erbinnengemeinschaft beruht auf dem Einstimmigkeitsprinzip. Es handelt sich um eine Gesamthandgemeinschaft (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Die Gesetzgeberin hat nicht ein Kopfstimmprinzip, sondern ein Vetorecht für jede einzelne Erbin vorgesehen.⁴⁰ Dadurch wird nicht nur – was das Bundesgericht betont – die Erbinnengemeinschaft vor schädlichen Sonderaktionen geschützt,⁴¹ sondern ein effektiver Minderheitenschutz geschaffen. Gegen den Willen einer Erbin kann nicht über Nachlassgegenstände verfügt werden. Letztlich ist dies Ausdruck davon, dass jede Erbin unabhängig von ihrem Erbteil Anspruch auf die Nachlassgegenstände hat.⁴² Ebenso hat das Gericht bei einer strittigen Erbteilung die Lose so zu bilden, dass die Nachlassgegenstände nach verschiedenen Kategorien (Barmittel, Wertschriften, Immobilien, Mobilien etc.) möglichst ausgeglichen auf die Lose verteilt werden.⁴³ Erbinnen werden zwar nicht «*quantitativ*», von Gesetzes wegen aber «*qualitativ*» gleich behandelt.⁴⁴

Zumindest dispositiv sieht das Gesetz über das Pflichtteilsrecht hinaus eine gewisse quantitative Gleichbehandlung vor. In den Bestimmungen über die Ausgleichung – ähnlich wie bei der gesetzlichen Erbfolge – wird vermutet,

38 TOMIE KELLER, Die faktische Lebensgemeinschaft im Erbrecht, Diss. Basel, Schriftenreihe zum Familienrecht, Bd. 26, Bern 2018, S.143-152; HAAS (Anm. 34), S.256-257; WOLF (Anm. 24), S.125.

39 Ähnlich aus einer rechtsgeschichtlichen Perspektive: TSCHÄPPELER (Anm. 34), S.53-57, 73 m.w.H.; siehe ebenfalls zum deutschen Recht BVerfGE 112, 332 N 74.

40 Die Erblasserin kann das Einstimmigkeitsprinzip nicht wegbedingen, PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (Anm. 23), Art.602 ZGB N 23 m.w.H.

41 BGE 121 III 118 E. 3.

42 Vgl. BGE 143 III 425 zur sog. Anspruchsgleichheit. Bei Unternehmen im Nachlass soll dieser Grundsatz in Zukunft eingeschränkt werden, vgl. Art. 617 Abs.2 und 619 des Vorentwurfs «Unternehmensnachfolge».

43 BGE 100 II 440 E. 4; vgl. BGE 143 III 425 E. 4.5.

44 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (Anm. 23), Vorbem. zu Art.607 ff. ZGB N 12.

dass die Erblasserin sämtliche Kinder gleich behandeln will (Art. 626 Abs. 2 ZGB). Ebenso vermutet das Gesetz, dass eine Zuweisung einer Erbschafts-sache an eine Erbin nicht als Begünstigung, sondern als blosser Teilungsvorschrift zu betrachten ist (Art. 608 Abs. 3 ZGB).

In anderen Bestimmungen zielt das Gesetz sogar darauf ab, materielle Gerechtigkeit bzw. proportionale Gleichheit herzustellen: So sieht Art. 631 Abs. 2 ZGB für noch in Ausbildung stehende Kinder im Erbfall ein Recht auf Vorausbezug vor. Dabei handelt es sich um einen zwingenden Anspruch.⁴⁵ In gleicher Weise kann der Anspruch auf den sog. Lidlohn nach Art. 334 ZGB nicht von der Erblasserin letztwillig wegbedungen werden.⁴⁶

3. Fazit

Im Ergebnis lässt sich also festhalten, dass die Gesetzgeberin neben der formalen Gleichstellung von Personengruppen sowie einer «qualitativen» Gleichbehandlung der Erbinnen zumindest eine gewisse tatsächliche bzw. «quantitative» Gleichbehandlung anstrebt. Bei Nachkommen bildet das Pflichtteilsrecht das wichtigste Mittel dazu. Mit der Gesetzesrevision wird insbesondere beabsichtigt, der Erblasserin die Möglichkeit zu geben, verschiedene Personen gleich zu behandeln, die von Gesetzes wegen nicht «gleich» sind (z.B. blutsverwandte Kinder und Stiefkinder).⁴⁷ Mit der grösseren Verfügungsfreiheit ermöglicht das Gesetz allerdings auch eine weitergehende Ungleichbehandlung von Personen, die von Gesetzes wegen gleichbehandelt werden würden (z.B. blutsverwandte Kinder). Dieser Aspekt wird in der Diskussion vernachlässigt. Oftmals werden lediglich die «Modernität» und die Vorteile der Pflichtteilsreduktion betont, z.B. die erleichterte Übergabe von Familienunternehmen.⁴⁸

Im Pflichtteilsrecht zeigt sich exemplarisch, dass die im Vertragsrecht vorherrschende Privatautonomie und die im Familienrecht angestrebte Gleichbehandlung im Erbrecht aufeinandertreffen. Wie im Vertragsrecht geht es

45 Vgl. PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA (Anm. 23), Art. 631 ZGB N 18. Allerdings besteht der Anspruch gem. h.L. nur, wenn kein Elternteil mehr vorhanden ist, der die Ausbildung finanzieren kann, siehe BSK ZGB II-FORNI/PIATTI (Anm. 22), Art. 631, N 9. Aus dem Gesetzeswortlaut geht diese Einschränkung jedoch nicht hervor.

46 BGE 109 II 389 E. 4-6.

47 Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5814.

48 Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5814, 5830. Im Vernehmlassungsverfahren betonten zumindest die Advokatenkammer Basel-Stadt sowie die Universität Bern die mit der Pflichtteilsreduktion verbundene grössere Ungleichbehandlung, siehe Stellungnahme der Universität Bern vom 17. Juni 2016, S. 7 und der Advokatenkammer Basel vom 20. Juli 2016, S. 5.

beim Erbgang um die Übertragung von Vermögenswerten. Der Erblasserin soll in Form der Testierfreiheit – wie zu Lebzeiten – Autonomie zukommen. Faktisch ist das (Ver-)Erben jedoch eine «Familienangelegenheit», weshalb die im Familienrecht vorherrschenden Gleichheitsüberlegungen nicht ignoriert werden können. Bei der Festlegung der Pflichtteile hat die Gesetzgeberin die gegenläufigen Interessen angemessenen auszutarieren.

Mit der Gesetzesrevision wird die Gleichbehandlung der pflichtteilsgeschützten Erbinnen zugunsten der Privatautonomie eingeschränkt. Diese Änderung ist zwar nicht per se abzulehnen. Allerdings greift die Überlegung zu kurz, dass das «moderne» Erbrecht zwingend mit einer grösseren Autonomie verbunden sein muss. Die verfügbare Quote von Erblasserinnen mit Nachkommen betrug schon vor Inkrafttreten des ZGB in gewissen Kantonen die Hälfte. Wie gross die verfügbare Quote sein soll, hat wenig mit der Frage zu tun, wie «zeitgemäss» das Erbrecht ist, sondern welche Wertungen man vornimmt. Im Familienrecht ist das Gleichbehandlungsgebot wichtiger denn je. Es ist deshalb eher erstaunlich, dass diesem bei der Erbrechtsrevision weniger Gewicht zugemessen wird.

Dieser Umstand lässt sich damit erklären, dass die Gesetzgeberin davon ausgeht, dass die nächsten Beziehungen von Erblasserinnen sich nicht mehr nach Statusverhältnissen richten (z.B. faktische Partner, Stiefkinder). Aufgrund dessen geht die Gesetzgeberin davon aus, dass sie den mutmasslichen Erblasserinnenwillen weniger gut kennt wie in vergangenen Zeiten, weshalb die Testierfreiheit erhöht werden müsse. Ob diese Gegebenheit zutrifft, ist allerdings nur eine Mutmassung. Die Gesetzesrevision stützt sich nicht auf empirische Evidenz zur vorherrschenden gesellschaftlichen Einstellung, wie (gleichmässig) die (blutsverwandten) Nachkommen am Nachlass partizipieren sollen. Solche Daten hätten wertvolle Hilfe geleistet, um die Pflichtteile unter Berücksichtigung von Gleichheit und Privatautonomie tatsächlich «zeitgemäss» festzusetzen.

IV. Ausblick: Gleichstellung faktischer Lebenspartnerinnen

Wie angetönt, geht die Gesetzgeberin davon aus, dass faktische Beziehungen heutzutage grosse Bedeutung haben. Nachfolgend soll deshalb auf ein solches Gleichstellungsanliegen, nämlich die erbrechtliche Gleichstellung von faktischen Lebenspartnerinnen mit Ehegatten eingegangen werden.

1. Privatautonome Gleichstellung

Wie dargelegt, wurde in der Erbrechtsrevision darauf verzichtet, die faktische Lebensgemeinschaft mit der Ehe gleichzustellen. Eine Partnerschaft wird auch nach der Reform erbrechtlich nicht wie eine Ehe behandelt. Allerdings soll es den Partnerinnen durch die Pflichtteilsreduktion erleichtert werden, sich gegenseitig zu begünstigen.

Unter neuem Recht beträgt die verfügbare Quote einer Erblasserin, die Nachkommen hinterlässt, die Hälfte des Nachlasses. Die Erblasserin kann der Lebenspartnerin letztwillig die gesamte verfügbare Quote zuweisen. Damit erhält die überlebende Partnerin gleich viel wie eine Ehegattin von Gesetzes wegen. Der überlebenden Partnerin kann künftig derselbe Erbanteil zugewiesen werden, wie sämtlichen Kindern und einer allfälligen Ehegattin zusammen oder wie der überlebenden Ehegattin einer kinderlosen Erblasserin allein.

Eine vollkommene Gleichstellung mit der Ehe lässt sich jedoch auch zukünftig nicht realisieren.⁴⁹ Zum einen bietet das ZGB für verheiratete Paare weitergehende Möglichkeiten, den überlebenden Ehegatten maximal zu begünstigen.⁵⁰ Zum andern werden faktische Lebenspartnerinnen bei der Erbschaftssteuer gegenüber verheirateten Paaren benachteiligt. So sind Ehegatten in praktisch allen Kantonen von der Erbschaftssteuer ausgenommen, während faktische Lebenspartnerinnen oftmals lediglich privilegiert werden.⁵¹ Das erstaunt umso mehr, da im Abgaberecht dem Grundsatz der Gleichbehandlung grosse Bedeutung zukommt.⁵² Der Reformbedarf scheint bei der Erbschaftssteuer unbestritten.⁵³

2. Gesetzliche Gleichstellung

Seit der Verabschiedung des Motionstexts sind rund zehn Jahre vergangen. Das Anliegen, verschiedene Lebensformen einander gleichzustellen, hat im gesellschaftlichen Diskurs nochmals an Bedeutung gewonnen. Der Motionstext entspricht kaum den in der Zwischenzeit ergangenen oder angestossenen

49 Ausser mit einem Erbvertrag zwischen allen pflichtteilsgeschützten Erbinnen.

50 Z.B. mit güterrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten wie die Vorschlagszuteilung nach Art. 216 ZGB oder der Nutzniessung nach Art. 473 ZGB.

51 Siehe die Übersicht von ALEXANDRA JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben, *successio* 2016, 5-26, S.11-12.

52 Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots hingegen verneinend: BGE 123 I 241.

53 Siehe BSK ESchStR-OPEL, in: Martin Zweifel / Michael Beusch / Silvia Hunziker (Hrsg.), Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Basel 2020 (zit. BSK ESchStR-VERFASSERIN), § 4 N 29-32; Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5830-5831.

Reformen (z.B. die Stiefkindadoption oder die Ehe für Alle). Vom Idealbild der Familie – d.h. von einem verheirateten gegengeschlechtlichen Paar – als «institutionelle Konstante»⁵⁴, die bewahrt werden soll, ist das Parlament inzwischen abgerückt.

Zwar geht es in diesen Reformen ebenfalls um die Revision von Statusverhältnissen, was sich im Prinzip mit der Entscheidung, faktische Verhältnisse nicht zu regeln, in Einklang bringen liesse. Allerdings spricht sich ein gewichtiger Teil der juristischen Lehre für eine Gleichstellung von faktischen Lebensgemeinschaften mit der Ehe aus.⁵⁵ Die religiöse und moralische Bewertung der Ehe spielt überdies gesellschaftlich weitgehend keine Rolle mehr. Im Erbrecht sind – zumindest unter Gleichbehandlungsaspekten – kaum mehr Gründe ausfindig zu machen, weshalb zwischen einer Partnerschaft und der Ehe unterschieden werden müsste, sofern die gelebte Beziehung «*funktionsgleich*» ist.⁵⁶ Es wird deshalb die Prognose gewagt, dass das Thema in nicht allzu ferner Zukunft wieder aufgenommen wird. Bei diesem politischen Prozess sollte sich die Gesetzgeberin hingegen zwei Problemen bewusst sein.

Erstens muss bei der Gleichstellung der faktischen Partnerschaft die Gesetzgeberin entscheiden, was eine Lebensform ist, die einer Ehe entspricht. Nun gibt es jedoch nur eine notwendige, aber hinreichende Bedingung für die Ehe, nämlich die Trauung. Will das Gesetz die funktionsgleichen Beziehungen erfassen, kann logischerweise nicht auf eben dieses – eigentlich einzig entscheidende – Merkmal abgestellt werden. Faktische Partnerschaften können gar nicht mit «*der*» Ehe gleichgestellt werden, sondern nur mit einer «*typischen*» Ehe. Die Gesetzgeberin muss korrelierende Eigenschaften wie Zusammenleben, Kinder, romantische Beziehung sowie Treue und Beistand heranziehen. Damit werden Kriterien geschaffen, die es für eine Ehe gerade nicht braucht. Unter aktuellem Recht zeigt sich das exemplarisch bei den Kriterien «Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft» des qualifizierten Konkubinats, welches zum Untergang oder zur Sistierung des Unterhaltsanspruchs führt.⁵⁷

Eine gesetzliche Definition einer ehgleichen Gemeinschaft ist mit einer freiheitlichen Grundordnung nur schwer vereinbar: Ohne explizit geäusserten Willen werden Paare mit einer ehelichen Gemeinschaft gleichgesetzt, weil

54 So implizit der abgeänderte Motionstext, siehe Botschaft (Anm. 5), 5822.

55 Z.B.: JUNGO (Anm. 51), S.20-26; eine Opting-out-Lösung in Betracht ziehend: COTTIER (Anm. 29), S.17-18; KELLER (Anm. 38), S.162-164; zumindest für ein gesetzliches Erbrecht: PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.06.2010), N 64.

56 KELLER (Anm. 38), S.154-155 m.w.H.

57 Vgl. BGE 138 III 97 E. 2.3.3; BGer, 5A_964/2018, 26. Juni 2019, E. 3.2.2.

ihre Beziehung Ähnlichkeiten zu einer typischen Ehe aufweist. Ein solches – letztlich paternalistisches – Staatsverständnis widerstrebt dem Grundsatz der Privatautonomie.

Das zweite Problem liegt bei den gewählten Kriterien. Bei den in der Lehre gemachten Vorschlägen wird mitunter auf eine Mindestdauer des Zusammenlebens, gemeinsame Kinder, das Leisten von Beistand oder auf eine wertende Gesamtbetrachtung abgestellt.⁵⁸ Die ersten beiden Kriterien können vergleichsweise einfach festgestellt werden. Allerdings kann zumindest aus dem Zusammenleben noch nicht auf einen eheäquivalenten, langfristigen Bindungswillen geschlossen werden. Ein ähnlicher Verpflichtungsgrad scheint jedoch notwendig, wenn die Beziehung funktionsgleich zur Ehe sein soll.⁵⁹ Aus diesem Grund muss auf weitere Kriterien zurückgegriffen werden, die zwangsläufig in die Privatsphäre des Paares eingreifen.⁶⁰ Im Streitfall müssen die überlebende Partnerin (allenfalls auch mehrere Partnerinnen) und die anderen gesetzlichen Erbinnen über die Beziehung prozessieren. Die Parteien haben darzulegen, wie das Paar seine Beziehung gelebt hat und das Gericht muss darüber Beweise abnehmen. Schlussendlich entscheiden Richterinnen darüber, was für eine Qualität die Paarbeziehung aufgewiesen hat.

Wird die faktische Partnerschaft mit der Ehe gleichgestellt, muss in Kauf genommen werden, dass dem Staat die Deutungshoheit zukommt, was eine typische Ehe und eine dementsprechend funktionsgleiche Beziehung ist. Gerichte müssen im Streitfall über die Qualität der Beziehung entscheiden. Die Privatautonomie würde in dieser Hinsicht eingeschränkt. Insofern ist die Gesetzgeberin konsequent, wenn sie in der aktuellen, die Privatautonomie stärkenden Erbrechtsreform auf eine Gleichstellung der faktischen Partnerschaft mit der Ehe verzichtet.

58 Siehe z.B. die Vorschläge von COTTIER (Anm. 29), S.14-15; ALINE KRATZ-ULMER, Anknüpfungskriterien zu einer gesetzlichen Regelung für die faktische Lebensgemeinschaft und deren Auflösung infolge Todesfalls, *successio* 2018, 210-216, S.211-212; BREITSCHMID (Anm. 55), N. 26.

59 SABINE HOHL, Sollten nichteheliche Lebensgemeinschaften rechtlich geregelt sein?, *FamPra.ch* 2016, 637-656, S.642.

60 Ähnlich HOHL (Anm. 59), S.647.

019

APARIUZ XXII UNTER GLEICHEN

Die diesjährige XXII. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ greift mit ihrem Titel «Unter Gleichen» programmatisch das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts.

Ausgehend von diesem in seiner gesellschaftlichen und juristischen Tragweite kaum zu übertreffenden Meilenstein untersuchen die dreizehn Beiträge dieses Sammelbandes, verfasst von Nachwuchswissenschaftlerinnen aus allen juristischen Fachbereichen, verschiedenste Fragen zum komplexen und vielschichtigem Verhältnis von Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit.