

# Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum  
für Alexandra Rumo-Jungo

# Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts

Liber amicarum  
für Alexandra Rumo-Jungo

Herausgegeben von

Paul Eitel  
Alexandra Zeiter

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014  
ISBN 978-3-7255-7103-1

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

|  |     |
|--|-----|
| Dank   | V   |
| Vorwort  | VII |
| Abkürzungen  | XI  |
| DANIEL ABT/MARTIN KÜNZLI   |     |
| Stinkende Fälle: Entwicklungen, Erfahrungen, Erkenntnisse  | 1   |
| ANDREA BÄDER FEDERSPIEL  |     |
| Vorbezüge für Wohneigentum in der Revision des Vorsorgeausgleichs  | 29  |
| GIAN BRÄNDLI   |     |
| Gemeinschaftliches Eigentum an Grundstücken in der güterrechtlichen Auseinandersetzung                                       | 51  |
| PAUL EITEL/MELANIE FRIEDRICH   |     |
| Enkelerbrecht de lege lata und de lege ferenda   | 71  |
| SYBILLE GASSNER  |     |
| Das Vertretungsrecht der Pflegeeltern  | 89  |
| REGULA GERBER JENNI  |     |
| Kindesvertretung in familienrechtlichen Verfahren<br>– Streiflichter aus Praxis und Theorie                                  | 107 |
| TARKAN GÖKSU   |     |
| Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage  | 127 |
| CHRISTOPHE A. HERZIG   |     |
| Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsrecht – quo vadis?   | 147 |
| SANDRA IMBACH  |     |
| Abänderung einer nachehelichen Unterhaltsrente infolge Arbeitslosigkeit?   | 169 |
| TABEA S. JENNY   |     |
| Besitzesänderung durch Ausstellung der Erbbescheinigung?   | 195 |
| GISELA KILDE   |     |
| Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren   | 205 |
| MARKUS KRAPF   |     |
| Praktische Probleme bei der Koordination von Unterhaltsbeiträgen<br>mit den Kinderrenten der IV und der beruflichen Vorsorge | 221 |

## Inhaltsübersicht

---

NADJA MAJID

Die Urteilsfähigkeit der minderjährigen Patientin mit Bezug auf den  
Abschluss eines Vertrages über eine medizinische Behandlung 241

LUCIE MAZENAUER

Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und internationale  
Kindesentführung – der Anwendungsbereich des HKÜ unter altem und neuem Recht 261

ALEXANDRA ZEITER

Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung 281

# Enkelerbrecht de lege lata und de lege ferenda

PAUL EITEL\* / MELANIE FRIEDRICH\*\*

## Inhaltsübersicht

|  |    |
|--|----|
| 1. Einleitung .....  | 72 |
| 1.1 Anlass: Von der BASS-Studie zur Motion Gutzwiler .....   | 72 |
| 1.2 Ausblick .....   | 74 |
| 2. Gesetzliche Erbfolge (Intestaterbrecht) .....   | 74 |
| 2.1 Vorbemerkungen .....   | 74 |
| 2.2 Umfassender Generationensprung .....   | 75 |
| 2.3 Eingeschränkter Generationensprung .....   | 77 |
| 2.4 Fazit .....  | 78 |
| 2.5 Anhang: Verselbständigungsvoraus .....   | 78 |
| 3. Gewillkürte Erbfolge .....  | 79 |
| 3.1 Uneingeschränkte Verfügungsfreiheit .....  | 79 |
| 3.2 Verfügbarer Teil .....   | 81 |
| 3.3 Exkurs: Lebzeitige Zuwendungen .....   | 81 |
| 3.4 Erweiterung der Verfügungsfreiheit; insbesondere: Aufbesserung ( <i>mejora</i> ) .....                           | 82 |
| 3.4.1 Vorbemerkungen .....   | 82 |
| 3.4.2 Art. 808 des spanischen Código Civil und Art. 421 des Zweiten Entwurfs<br>von 1895 zum ZGB von 1907/1912 ..... | 83 |
| 3.4.3 Würdigung .....  | 83 |
| 4. Schluss .....   | 87 |

## Literaturverzeichnis

REGINA E. AEBI-MÜLLER, Hat sich die Errungenschaftsbeteiligung bewährt?, *successio* 2013, S. 188 ff.; PETER BREITSCHMID, Erbrecht, unter Berücksichtigung insbesondere der Schnittstellen von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Aspekten, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 109 ff. (zit.: BREITSCHMID, Erbrecht); DERSELBE, Standort und Zukunft des Erbrechts, *successio* 2009, S. 176 ff. (zit.: BREITSCHMID, *successio* 2009); PETER BREITSCHMID/HANS RAINER KÜNZLE (Gesprächsteilnehmer), «Pflichtteile behindern den Erblasser übermässig», *plädoyer* 2005, Heft 4, S. 6 ff.; PETER BREITSCHMID/PAUL EITEL/ROLAND FANKHAUSER/THOMAS GEISER/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Erb-

---

\* Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Luzern, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Lehrbeauftragter am Lehrstuhl von Prof. Alexandra Rumo-Jungo seit 2002, Titularprofessor an der Universität Freiburg seit 2012.

\*\* MLaw, Rechtsanwältin.

recht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (Reihe litera B); Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.) (zit.: BSK-BEARBEITER); PAUL EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht, in: Jörg Schmid/Daniel Girsberger (Hrsg.), Neue Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich/Basel/Genf 2006 (LBR, Band 12), S. 43 ff. (zit.: EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht); DERSELBE, Nos «proches» im Erbrecht und im Erbschaftssteuerrecht, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 191 ff. (zit.: EITEL, Mélanges Tercier); DERSELBE, Die «Erbrechtliche[n] Studien» Walther Munzingers von 1874 – ein Vermächtnis für den Reformgesetzgeber von heute, in: Andreas Eng/Michel Féraud/Franz Fürst/Heinrich Koller/Klaus Reinhardt (Hrsg.), Festgabe Walter Straumann, Zum Rücktritt und zum 70. Geburtstag, Solothurn 2013, S. 745 ff. (zit.: EITEL, FG Straumann); MICHAEL LEUPOLD, 100 Jahre ZGB: «Mut zur Lücke» – was heisst das?, recht 2008, S. 64 ff.; ALEXANDRA MAEDER, Der schweizerisch-spanische Erbfall, successio 2013, S. 242 ff.; KARLHEINZ MUSCHELER, Erbrecht, 2 Bände, Tübingen 2010; LORENZ STREBEL, Gesetzliches Erbrecht, Pflichtteil und Konkubinat, Thesen zu einer Anpassung des Erbrechts an die Lebensrealität, AJP 2008, S. 1029 ff.; HANS STUTZ/TOBIAS BAUER/SUSANNE SCHMUGGE, Erben in der Schweiz – Eine Familiensache mit volkswirtschaftlichen Folgen, Zürich 2007; ANNE SCIAVILLA, Das Erbrecht, ein Relikt aus der Vergangenheit, plädoyer 2010, Heft 3, S. 10 ff.; RONA SEROZAN, Wohin steuert das Erbrecht?, Die sozio-ökonomischen und rechtspolitischen Triebkräfte und ihre Auswirkungen auf die Entwicklung des Erbrechts, successio 2014, S. 4 ff.; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009; STEPHAN WOLF, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundzügen revisionsbedürftig?, ZBJV 2007, S. 301 ff.

## 1. Einleitung

### 1.1 Anlass: Von der BASS-Studie zur Motion Gutzwiller

Eine nationalfondsfinanzierte Studie (die sog. BASS-Studie)<sup>1</sup> hat aufgezeigt, dass hierzulande die Erbschaften im Jahr 1980 noch zu gut 2/3, im Jahr 2000 dagegen nurmehr zu knapp 1/2 an Erben unter 55 Jahren übergegangen sind. Hält diese Entwicklung an, werden im Jahr 2020 (also bald einmal) noch 1/3 der Erbschaften von Erben unter 55 Jahren erworben. Somit stehen offensichtlich auch im statistischen und legislatorischen Regelfall der gesetzlichen Erbfolge Kinder immer häufiger fast an der Schwelle zum Pensionsalter, wenn sie ihren Vater und ihre Mutter beerben (Art. 457 ZGB).

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden STUTZ/BAUER/SCHMUGGE, S. 17, 175 ff., 241 (insbesondere S. 178 f., Abb. 27).

Erbende Kinder sind also zunehmend alte Kinder. Deshalb wird mitunter angeregt, gleichsam die alten Kinder durch die jungen Enkel zu ersetzen.<sup>2</sup> Nachdem dieses Anliegen der Enkelbevorzugung z.B. schon 1979 von MINELLI vorgetragen worden war,<sup>3</sup> wurde es im Jahr 2007, im Anschluss an die BASS-Studie, auch im Rahmen zweier parlamentarischer Vorstösse von Ständerätin FETZ und Nationalrat (heute Ständerat) JANIAK präsentiert.<sup>4</sup> Deren gleichlautende Postulate unter dem Titel «Anreize für eine Bevorzugung von Enkeln im Erbfall» wurden zwar abgelehnt. Das Thema war damit aber nicht vom Tisch bzw. wurde nur kurze Zeit später erneut auf die rechtspolitische Traktandenliste gesetzt, im Rahmen einer Motion von Ständerat GUTZWILLER vom 17. Juni 2010 mit dem Titel «Für ein zeitgemässes Erbrecht».<sup>5</sup> In der Folge wurde der Bundesrat beauftragt das geltende Erbrecht zu flexibilisieren und den Realien von heute anzupassen.<sup>6</sup> Der Motionär selber hatte das Ziel seines Vorstosses so umschrieben:<sup>7</sup> «Das Erbrecht soll eine den heutigen Lebenswirklichkeiten angemessene liberale Pflichtteilsregelung enthalten. Es soll unverheirateten Lebenspartnern oder -partnerinnen die Möglichkeit gegeben werden, ebenfalls ins Erbrecht einbezogen zu wer-

<sup>2</sup> Vgl. zum Folgenden auch bereits EITEL, *Mélanges Tercier*, S. 201.

<sup>3</sup> Vgl. den Kurzbeitrag (Leserbrief) von LUDWIG A. MINELLI, «Früher erben!», *Weltwoche* vom 9. Mai 1979.

<sup>4</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden (Geschäftsnummer 07.3496) AB 2007, Ständerat, S. 806, bzw. (Geschäftsnummer 07.3410) AB 2007, Nationalrat, S. 1714.

<sup>5</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden (Geschäftsnummer 10.3524) AB 2011, Nationalrat, S. 107 ff.; AB 2011, Ständerat, S. 489. Der schliesslich von den Räten überwiesene Text lautet (wobei der Zusatz in Klammern betreffend Konkubinatspaare auf Veranlassung des Nationalrats als Zweitrat eingefügt wurde): «Der Bundesrat wird beauftragt, das über hundertjährige, nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen. Dabei soll das geltende Recht in seinem Kerngehalt bewahrt und die Familie als institutionelle Konstante auch weiterhin geschützt werden (keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren). Trotz Teilrevision soll es dem Erblassenden weiterhin freistehen, die Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen.»

<sup>6</sup> Die mittlerweile vom Bundesamt für Justiz dazu eingeholten drei Expertenberichte waren im Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts für den vorliegenden Beitrag noch nicht publiziert.

<sup>7</sup> AB 2010, Ständerat, S. 872 (Hervorhebungen hinzugefügt). Vgl. auch S. 871: «Im Rahmen dieser Dynamik der Alterspyramide hat sich, glaube ich, auch die Bedeutung des Erbens wirklich verändert. Heute ereignen sich diese Erbfälle in späteren Lebensphasen, nämlich dann, wenn sich die Nachkommen der eigenen Pensionierung nähern, geerbtes Vermögen nicht mehr einfach als Starthilfe oder zu Ausbildungszwecken benötigen und Chancen der Existenzsicherung und finanziellen Unabhängigkeit längst wahrgenommen haben. Man kann also durchaus in vielen Fällen auf Unterhaltersatz verzichten und beispielsweise an die Enkelgeneration denken.»

den. Es soll die Verfügungsmöglichkeit des Erblassers etwas erweitert werden. Das ist nicht nur *sinnvoll* bezüglich der Nachlassplanung, *bezüglich des Generationensprunges, etwa zu den Enkeln*, es ist auch sinnvoll bezüglich der Unternehmensnachfolgeregelung oder der Begünstigung von gemeinnützigen Institutionen.»

## 1.2 Ausblick

Zwar steht seit den parlamentarischen Beratungen anlässlich der Annahme der Motion GUTZWILLER die Frage nach der erbrechtlichen Rechtsstellung von Konkubinatspartnern im Brennpunkt.<sup>8</sup> Da der Motionär aber die Enkel ebenfalls ins Blickfeld gerückt hat, rechtfertigt es sich nach wie vor, auch sie ins Auge zu fassen.

Erbrechtliche Anwartschaften bzw. Ansprüche beruhen entweder auf gesetzlicher Erbfolge (Intestaterbfolge) oder auf gewillkürter Erbfolge (wobei die Verfügungsfreiheit des Erblassers pflichtteilsrechtlichen Verfügungsbeschränkungen unterliegen kann; vgl. nur Art. 481 ZGB).<sup>9</sup> Erben sind daher entweder gesetzliche oder eingesetzte Erben (und bestimmte gesetzliche Erben sind pflichtteilsgeschützt). Entsprechend wird im Folgenden zunächst untersucht, inwiefern das Intestaterbrecht zu Gunsten der Enkel umgestaltet werden könnte (2.). Hernach ist zu überlegen, wie sich die Verfügungsfreiheit des Erblassers bzw. das Pflichtteilsrecht allenfalls modifizieren liessen (3.).

## 2. Gesetzliche Erbfolge (Intestaterbrecht)

### 2.1 Vorbemerkungen

Im Rahmen des Intestaterbrechts muss die radikalste Umsetzung des Anliegens der Enkelbevorzugung zu einer Totalabschaffung der gesetzlichen Erbenstellung der Kinder führen, sodass die «nächsten Erben eines Erblassers» (Art. 457 Abs. 1 ZGB) nicht mehr seine Kinder sind (sofern sie nicht vorverstorben sind; Art. 457 Abs. 3 ZGB), sondern seine Enkel. In diesem Sinne wird hier, im Anschluss an die Terminologie von GUTZWILLER,<sup>10</sup> von einem

---

<sup>8</sup> Vgl. die Modifikation der Motion GUTZWILLER durch den Nationalrat; vorn Fn. 5.

<sup>9</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 68 N. 2.

<sup>10</sup> Vgl. vorn bei Fn. 7.

«umfassenden Generationensprung» gesprochen. Seine Tragweite ist anhand einiger möglichst einfacher, konkreter Konstellationen zu veranschaulichen.<sup>11</sup>

## 2.2 Umfassender Generationensprung

Der Erblasser (X) hinterlässt zwei Kinder, einen Sohn (S) und eine Tochter (T); diese Kinder haben ihrerseits Kinder, S einen Sohn (S-Enkel), T eine Tochter (T-Enkelin). De lege lata erben S und T je 1/2, während S-Enkel und T-Enkelin nichts erben (Art. 457 ZGB). De lege ferenda verhielte es sich umgekehrt: S-Enkel und T-Enkelin würden je 1/2 erben, S und T nichts. Dies mag etwa dann einleuchten (bzw. in der Tat sogar erwünscht sein), wenn S und T je ungefähr 55 Jahre, S-Enkel und T-Enkelin je ungefähr 30 Jahre alt sind. Zudem ist zu bedenken, dass S und T ihrerseits (einmal oder mehrmals) als Enkel erben könnten, indem sie ihre Grosseltern beerbt haben. Indessen ist es nicht ausgeschlossen, dass S und T nie einen Grosselternanteil beerbt haben, etwa weil im Zeitpunkt ihrer Geburt bzw. Zeugung (Art. 542 und 544 ZGB) bereits alle ihre Grosseltern verstorben waren (einmal abgesehen davon, dass S und T zur ersten Generation derjenigen Kinder gehören könnten, welche aus übergangsrechtlichen Gründen nicht mehr als Kinder ihrer noch lebenden Eltern und nurmehr als Enkel ihrer nicht mehr lebenden Grosseltern zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören, also zwar vererben, aber nicht erben könnten).

Ferner und vor allem ist es keineswegs ausgeschlossen, dass alle vier Nachkommen von X entweder erheblich älter oder erheblich jünger als 30 Jahre sind. Dann aber wären bei konsequenter Enkelbevorzugung (und der dahinter stehenden Anliegen) die Enkel im ersten Fall ebenfalls bereits «zu alt», und im zweiten Fall wären sie sicher «zu jung» (womöglich sogar auch die Kinder).<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Deshalb wird auf die Berücksichtigung von Konstellationen mit Ur-Enkeln usw. verzichtet (wenngleich der eine Verfasser in seiner Praxis unlängst immerhin sogar mit einer weniger als siebzig Jahre alten Ur-Ur-Grossmutter zu tun hatte). Ferner und vor allem wird aus diesem Grund auch nicht auf Konstellationen eingegangen, in denen der Erblasser ausser Nachkommen einen Ehegatten hinterlässt (vgl. Art. 457/462 Ziff. 1 ZGB) und die deshalb überdies vor dem Hintergrund des Ehegüterrechts gewürdigt werden müssten (vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 63 N. 1).

<sup>12</sup> Vgl. auch BREITSCHMID, *successio* 2009, S. 195, N. 27: «ob mit dem «Überholen» einer Generation nicht willkürlich Konsuminteressen der Enkelgeneration vor Vorsorgeinteressen der Elterngeneration gestellt werden?»

Vielleicht hat aber T kein Kind. Diesfalls erben de lege lata nach wie vor S und T je 1/2 (Art. 457 ZGB), während de lege ferenda S-Enkel Alleinerbe wäre. T würde somit zwar erneut nichts erben. Davon würde nun aber nicht mehr ein eigenes Kind von T profitieren, sondern ausschliesslich das Kind von S, also der Neffe von T (zudem wäre erneut offen, ob T überhaupt je einen Vorfahren beerbt hat). Weiter ist zu berücksichtigen, dass kinderlose Kinder nicht zwingend kinderlos bleiben. Wird T nach dem Ableben von X doch noch Mutter von T-Enkelin, erbt diese nichts, da S-Enkel schon alles geerbt hat. Eine Enkelbevorzugung dieser Art wäre u.E. schwerlich hinnehmbar. Sinngemäss dasselbe würde ferner dann gelten, wenn S nach dem Ableben von X Vater eines weiteren Kindes werden sollte. Wollte man es nicht dabei bewenden lassen, so müsste eine mit derjenigen in Art. 480 Abs. 1 ZGB vergleichbare Regelung vorgesehen werden, wonach bei der sog. Präventiventerbung<sup>13</sup> die dem zahlungsunfähigen Nachkommen (also insbesondere dem zahlungsunfähigen Kind) entzogene Hälfte seines Pflichtteils nicht nur seinen vorhandenen, sondern auch den später geborenen Kindern<sup>14</sup> (also insbesondere den Enkeln) zugewendet werden muss. Entsprechend wüsste S-Enkel nie, wann er wem wieviel wieder herausgeben müsste (wenn überhaupt).<sup>15</sup>

Anders verhielte es sich zwar, wenn de lege ferenda kinderlose Kinder weiterhin zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören würden (und möglicherweise auch bereits als Enkel geerbt hätten). Da kinderlose Kinder aber durchaus auch kinderlos bleiben und daher keine Enkel hinterlassen könnten, müsste (bezogen auf das vorliegende Beispiel wie auch generell) erst noch überlegt werden, an wen de lege ferenda die Nachlässe von Erblassern fallen sollen, die gar keine Nachkommen haben.

Bereits die vorstehenden Überlegungen zeigen u.E. auf, dass ein «Regimewechsel» hin zu einem umfassenden Generationensprung kaum befriedigend durchführbar ist (abgesehen davon, dass ein solcher je nachdem erhebliche Auswirkungen auf das Fortpflanzungsverhalten künftiger Kindergenerationen, aber auch auf ihr Erziehungsverhalten [«nach unten»] und auf ihr Betreuungsverhalten [«nach oben»] haben könnte). Insbesondere wären nicht «nur» Probleme übergangsrechtlicher und redaktioneller Natur zu lösen.

---

<sup>13</sup> Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 68 N. 68.

<sup>14</sup> Umstritten ist, ob deren Rechtsstellung derjenigen von Nacherben, von Destinatären einer Familienstiftung oder von Vermächtnisnehmern entspricht; vgl. BSK-BESSENICH, N. 3 zu Art. 480 ZGB.

<sup>15</sup> Vgl. auch hinten bei Fn. 61.

Denn das Anliegen der Enkelbevorzugung verliert namentlich auch dann erheblich an Stringenz, wenn bedacht wird, dass Erblasser (wenn sie überhaupt je Nachkommen hatten) zwar in der Regel tatsächlich (verhältnismässig alte Kinder und) Enkel hinterlassen, diese aber mitunter mehr oder weniger weit entfernt sind vom «Idealalter» zwischen vielleicht 25 und 35 Jahren. Vor diesem Hintergrund ist an Modifikationen des Intestaterbrechts zu denken, die weniger radikal sind als ein *umfassender* Generationensprung.

### 2.3 Eingeschränkter Generationensprung

Kinder und Enkel des Erblassers erben bereits de lege lata gleichzeitig (nebeneinander), sofern es sich bei den Enkeln nicht um Kinder erbender Kinder handelt (Art. 457 ZGB). Dies entsprechend dem Häupterprinzip,<sup>16</sup> das sich de lege ferenda relativieren liesse.

Hinterlässt X wiederum S und T sowie S-Enkel und T-Enkelin, so läge bei einem eingeschränkten Generationensprung eine Regelung am nächsten, wonach die gesetzlichen Erbteile aller vier Nachkommen je 1/4 betragen würden. Hat T kein Kind, könnte entweder das Prinzip der Gleichheit nach Stämmen<sup>17</sup> massgebend bleiben, sodass S und S-Enkel je 1/4 und T 1/2 erben würden, oder es würde neu das Prinzip der Gleichheit nach Köpfen umfassender gelten, indem S, S-Enkel und T je 1/3 erben würden. Offensichtlich verwirklicht das «Köpfeprinzip» in dieser Konstellation das Anliegen der Enkelbevorzugung besser als das «Stammesprinzip». Dies gilt aber nur, solange erneut, d.h. wie schon beim umfassenden Generationensprung, ausser Acht gelassen wird, dass T durchaus noch Mutter von T-Enkelin (und S ebenfalls noch Vater eines weiteren Kindes) werden könnte. Zudem dient auch das «Köpfeprinzip» dem Anliegen der Enkelbevorzugung desto weniger, je grösser die Zahl der Kinder im Verhältnis zur Zahl der Enkel ist. Ferner bleibt erneut unberücksichtigt, dass die Enkel zuweilen nicht gerade dann zwischen 25 und 35 Jahre alt sind, wenn die Grosseltern sterben.

---

<sup>16</sup> Vgl. BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO, Kap. 1, Rz. 32.

<sup>17</sup> Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 62 N. 13 f.

Letztlich scheint ein eingeschränkter Generationensprung nur insofern wirklich weiterzuhelfen, als er das Problem enkelloser Nachlässe dadurch zu entschärfen vermöchte, dass weiterhin auch Kinder dem Kreis der gesetzlichen Erben angehören würden. Dies aber dürfte nicht genügen, da es ja darum geht, die Abwicklung der Nachlässe von Erblassern zu optimieren, die mindestens einen Enkel haben.<sup>18</sup>

## 2.4 Fazit

U.E. ist von einer Einführung eines (wie auch immer ausgestalteten) gesetzlichen Enkelerbrechts abzusehen<sup>19</sup> (sodass es sich erübrigt zusätzlich zu prüfen, ob bzw. inwieweit ein solches Enkelintestaterrecht mit einer pflichtteilsrechtlichen Einschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers zu «verstärken» wäre). Dem entspricht, dass in der Lehre, soweit ersichtlich, ausschliesslich empfohlen wird, dem Anliegen der Enkelbevorzugung im Rahmen der *gewillkürten* Erbfolge zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>20</sup>

## 2.5 Anhang: Verselbständigungsvoraus

Im Kern geht es den Befürwortern einer Enkelbevorzugung offenbar darum, die Aussichten dieser Nachkommengruppe im Hinblick auf eine möglichst unabhängige, selbstbestimmte Lebensgestaltung unter Einbezug einer eigenen Familie zu verbessern. Dabei sollte der optimale Zeitpunkt für eine solche Starthilfe in einem Zeitraum liegen, welcher einerseits mehr oder weniger kurze Zeit nach dem Eintritt dieser Nachkommen in das Volljährigkeitsalter beginnt und andererseits nicht allzu lange dauert. Dies vorausgesetzt, wäre es aber konsequenter, die Anspruchsvoraussetzungen schlicht altersabhängig auszugestalten, statt sie an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Generation zu knüpfen. Mithin könnte dieser Altersgruppe *de lege ferenda*

---

<sup>18</sup> Offen gelassen sei hier (vgl. auch hinten Fn. 44), ob es sinnvoll wäre, *de lege ferenda* bei der Intestaterbfolge (und beim Pflichtteilsrecht) anhand der Nachlassgrösse zu differenzieren (vgl. BREITSCHMID, *successio* 2009, S. 192 f.; Klein-Nachlässe, Gross-Nachlässe und Normal-Nachlässe), denn dieser Ansatz wäre nicht nur (und auch nicht in erster Linie) im Zusammenhang mit einer Enkelbevorzugung bedeutsam (vgl. DERSELBE, a.a.O., S. 197, Fn. 77), sondern von ganz grundsätzlicher Tragweite (vgl. DERSELBE, a.a.O., S. 192 f., 198, 202).

<sup>19</sup> Vgl. bereits EITEL, *Mélanges Tercier*, S. 201 f.

<sup>20</sup> Vgl. BREITSCHMID, *successio* 2009, S. 195, 202; LEUPOLD, S. 65.

eine Art Verselbständigungsvoraus<sup>21</sup> zugestanden werden, vergleichbar mit dem bereits de lege lata vorgesehenen Anspruch der noch in Ausbildung stehenden oder gebrechlichen Kinder auf Einräumung eines angemessenen Vorausbezugs (Art. 631 Abs. 2 ZGB).<sup>22</sup>

Allerdings wäre die Formulierung der Anspruchsvoraussetzungen wohl wiederum kein leichtes Unterfangen, es müsste den Gerichten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden. Gleichzeitig bliebe es dabei, dass einzelne Nachkommen tendenziell zu Unrecht (d.h. je nachdem, wie stark das Bedürfnisprinzip strapaziert würde)<sup>23</sup> nicht in den Genuss solcher Vorausbezüge kommen würden. Denn vielleicht tritt in der für sie «massgebenden» Lebensphase nie ein relevanter Erbfall ein (sondern nur, wenn sie entweder noch «zu jung» oder schon «zu alt» sind), oder sie sind gar nicht mehr angewiesen auf derartige Vorausbezüge, obwohl sie noch verhältnismässig jung sind und nie eine vergleichbare Starthilfe erhalten haben (letztlich könnte also sogar eine Benachteiligung der Tüchtigsten drohen). Aus diesen Gründen ist u.E. auch auf die Einführung eines gesetzlichen Anspruchs von Nachkommen auf einen Verselbständigungsvoraus (o.dgl.) zu verzichten.

Dieser Befund bedeutet nicht etwa, dass die hinter dem Postulat der Enkelbevorzugung stehenden Anliegen unbeachtlich wären. Er bedeutet vielmehr nur (aber eben immerhin), dass deren Umsetzung mittels Schaffung zusätzlicher erbrechtlicher Ansprüche mehr neue Probleme bringen als alte lösen dürfte. Mithin müssen die bestehenden Institute (zu denen auch die familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsansprüche zu zählen sind; vgl. die Art. 276 ff. bzw. 328 f. ZGB) ausreichen, trotz aller «Lückenhaftigkeit» aus der Sicht der «aufstrebenden» Enkelgeneration. Entsprechend liegt u.E. der Ball beim Erblasser.

### **3. Gewillkürte Erbfolge**

#### **3.1 Uneingeschränkte Verfügungsfreiheit**

Zählt der Gesetzgeber ausschliesslich auf den Erblasser, so sind die Rahmenbedingungen im Erbrecht dann optimal, wenn es gar keine gibt, mithin

---

<sup>21</sup> Vgl. auch BREITSCHMID, *successio* 2009, S. 206: Gesetzliche Vorausvermächtnisse für überlebende Ehegatten und in Ausbildung befindliche Kinder.

<sup>22</sup> Vgl. dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 84 N. 8.

<sup>23</sup> Vgl. EITEL, *KMU und Pflichtteilsrecht*, S. 75 f.

wenn die Verfügungsfreiheit des Erblassers uneingeschränkt ist. STREBEL hat unlängst eine weitgehende Abschaffung des Nachkommenpflichtteilsrechts vorgeschlagen, indem der Pflichtteilsanspruch der Nachkommen neu an die Anspruchsvoraussetzungen des Art. 277 ZGB gekoppelt wäre (wobei im Kontext von einer Unterstützungsberechtigung die Rede ist).<sup>24</sup> Sodann hat er an seine Anregung unter anderem die Hoffnung geknüpft, dass eine solche Einschränkung des Nachkommenpflichtteilsrechts moralisch befreiend wirken könnte «und die Erblasser unter Auslassung der eigenen Kinder vermehrt die 30jährigen Enkel – die die Zuwendungen für die eigene Familiengründung nutzen können – als Erben einsetzen.»<sup>25</sup>

Die Frage, ob es ein wie auch immer geartetes Pflichtteilsrecht brauche oder nicht, gehört seit jeher zu den Grundfragen des Erbrechts.<sup>26</sup> Wie sehr die Auffassungen auch heute noch auseinander gehen können, zeigt nur schon eine Gegenüberstellung der entsprechenden Gedankengänge in den (als solche freilich nicht miteinander vergleichbaren) Publikationen von STREBEL und von MUSCHELER. Denn STREBEL will zwar (in einem tagesrechtspolitisch ausgerichteten Aufsatz) das Nachkommenpflichtteilsrecht weitgehend abschaffen, aber das Ehegattenpflichtteilsrecht beibehalten (und dieses mit einem Lebenspartnerpflichtteilsrecht ergänzen).<sup>27</sup> Demgegenüber erachtet MUSCHELER (im Rahmen einer tiefgreifenden Analyse der Grundlagen des Erbrechts in seinem monumentalen Lehrbuch) ein Pflichtteilsrecht, wenn überhaupt, nur zu Gunsten von Nachkommen als gerechtfertigt, keinesfalls aber zu Gunsten von Ehegatten.<sup>28</sup>

Der aktuelle Trend deutet in Richtung Relativierung des Pflichtteilsrechts. Darauf hat zuletzt namentlich SEROZAN hingewiesen.<sup>29</sup> Dennoch scheint aber hier und heute eine gänzliche Abschaffung des Pflichtteilsrechts weiterhin nicht mehrheitsfähig zu sein<sup>30</sup> (auch in der Motion GUTZWILLER ist lediglich von einer Liberalisierung bzw. Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts die Rede)<sup>31</sup>. Anscheinend kommt es für die Diagnose, ob der Pflichtteil eher als Gift oder als Heilmittel wirkt, nach wie vor auf die verschriebene Dosis an.

---

<sup>24</sup> Vgl. STREBEL, S. 1034 f., 1038.

<sup>25</sup> STREBEL, S. 1038.

<sup>26</sup> Vgl. EITEL, *KMU und Pflichtteilsrecht*, S. 68 ff.

<sup>27</sup> Vgl. STREBEL, S. 1033 ff.

<sup>28</sup> Vgl. MUSCHELER, N. 490 ff., 500.

<sup>29</sup> Vgl. SEROZAN, *passim*.

<sup>30</sup> Vgl. BREITSCHMID, *successio* 2009, S. 184.

<sup>31</sup> Vgl. *vorn* Fn. 5.

## 3.2 Verfügbarer Teil

Der Handlungsspielraum des Erblassers zur Vornahme von Enkelbegünstigungen ist desto grösser, je grösser der verfügbare Teil ist. Hinterlässt der Erblasser ausschliesslich Nachkommen (Kinder, Enkel usw.) als gesetzliche Erben,<sup>32</sup> so beträgt die Gesamtheit ihrer Pflichtteile de lege lata 3/4 des Nachlasses (Art. 457/471 Ziff. 1 ZGB).<sup>33</sup> Der verfügbare Teil macht demnach stets 1/4 aus, unabhängig von der Anzahl der pflichtteilsberechtigten Nachkommen.

## 3.3 Exkurs: Lebzeitige Zuwendungen

Der Erblasser hat zudem, ist der «richtige Zeitpunkt» dafür erst einmal gekommen, durchaus auch die Möglichkeit, einem Enkel zwecks Förderung seiner Verselbständigung bereits unter Lebenden eine Zuwendung zu machen.<sup>34</sup> Nach der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 626 Abs. 2 ZGB unterliegen Zuwendungen an Nachkommen (ohne ausdrücklich anderslautende Anordnung des Erblassers) der Ausgleichung, wenn es sich dabei um Zuwendungen «von gewissem Ausstattungskarakter»<sup>35</sup> handelt, welche «als gemeinsames Merkmal den Zweck der Existenzbegründung, -sicherung oder -verbesserung für den Empfänger»<sup>36</sup> haben.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber von 1907/1912 hat dabei an entsprechende Zuwendungen an *erbende* Nachkommen und damit in der Regel an Kinder gedacht (vgl. Art. 627 ZGB). Es bleibt jedoch dem Erblasser unbenommen, anstelle von Kindern Enkel auszustatten (in der Regel werden diese Enkel nicht nur im Zuwendungszeitpunkt, sondern auch noch im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers nicht

<sup>32</sup> Hinterlässt er ausserdem einen Ehegatten, beträgt die Gesamtheit der Pflichtteile lediglich 5/8 und der verfügbare Teil 3/8 (Art. 457/462 Ziff. 1/471 Ziff. 1 und 3 ZGB; vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 68 N. 8 f., 36); auf diese Konstellationen kann weiterhin (vgl. vorn Fn. 11) nicht eingegangen werden.

<sup>33</sup> Vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 68 N. 8 f., 35.

<sup>34</sup> Vgl. WOLF, S. 314.

<sup>35</sup> BGE 77 II 36, 38.

<sup>36</sup> BGE 76 II 188, 196.

<sup>37</sup> Sog. gesetzliche Ausgleichung; nach der Praxis des Bundesgerichts und dem einen Teil der Lehre sind «Heiratsgut» und «Ausstattung» (i.e.S.) zusammen mit «Vermögensabtretung, Schulderlass u.dgl.» als Grosszuwendungen unter den Oberbegriff der Ausstattung i.w.S. bzw. der Versorgungszuwendung zu subsumieren, während Grosszuwendungen mit Luxus- oder Vergnügungscharakter von Art. 626 Abs. 2 ZGB nicht erfasst werden; vgl. zum diesbezüglichen Meinungsstreit TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 84 N. 6.

zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören, sodass die ausgerichteten Zuwendungen der Ausgleichung nicht unterliegen).

### **3.4 Erweiterung der Verfügungsfreiheit; insbesondere: Aufbesserung (*mejora*)**

#### **3.4.1 Vorbemerkungen**

Rechtsvergleichend betrachtet ist die Verfügungsfreiheit des Erblassers im schweizerischen Erbrecht stark eingeschränkt.<sup>38</sup> Das spricht *de lege ferenda* für eine Reduktion der Pflichtteilsquoten (insbesondere derjenigen der Nachkommen) zu Gunsten einer Erhöhung der verfügbaren Quote. Allerdings bleibt stets auch Folgendes zu bedenken.

Der Erblasser, der einem Enkel etwas mehr gibt, als diesem bei gesetzlicher Erbfolge (allenfalls) zusteht, gibt immer mindestens einem nach Intestaterbrecht erbberechtigten Nachkommen etwas weniger. Inwieweit eine solche Zurücksetzung von den Betroffenen in der Regel «akzeptiert» wird, hängt von der konkreten Konstellation ab. So wird die Zurücksetzung meistens für denjenigen Nachkommen «für sich» hinnehmbar sein, welcher gleichzeitig Elternteil des begünstigten Enkels ist.<sup>39</sup> Anders wird es sich demgegenüber aus der Sicht allfälliger Geschwister des begünstigten Enkels (unabhängig davon, ob der Elternteil vorverstorben sei oder nicht) und aus der Sicht der Angehörigen anderer Stämme verhalten (mit den anderen Kindern des Erblassers als Häuption). Deren Missbehagen ist wohl desto grösser, je grösser die relative Begünstigung einzelner Enkel erscheint, also je grösser die Anzahl der Geschwister dieser Enkel und/oder der anderen Stämme ist. Sinn gemäss dasselbe gilt auch dann, wenn der Erblasser einen Enkel mittels einer lebzeitigen Zuwendung begünstigt und diese hernach nicht ausgeglichen werden muss.

---

<sup>38</sup> Vgl. WOLF, S. 311 f.; SCIAVILLA, S. 11 (mit Hinweis auf *Votum AEBI-MÜLLER*).

<sup>39</sup> Entsprechend ist es dem Erblasser mitunter möglich, im Rahmen eines Erbverzichtsvertrags mit einem Kind (abweichend von Art. 495 Abs. 3 ZGB) einem Enkel (bzw. den mehreren Kindern des Verzichtenden zusammen) sogar mehr als den ohne Erbverzicht verfügbaren Teil des Nachlasses zukommen zu lassen; vgl. nur BSK-STAEHELIN, N. 17 zu Art. 470 ZGB.

### 3.4.2 Art. 808 des spanischen Código Civil und Art. 421 des Zweiten Teilentwurfs von 1895 zum ZGB von 1907/1912

Im spanischen Erbrecht stehen den Nachkommen des Erblassers 2/3 des Nachlasses zu (vgl. Art. 808 des Código civil).<sup>40</sup> In Bezug auf den einen Drittel, die *estricta*, gilt das Gleichheitsprinzip (Abs. 1). Den anderen Drittel dagegen darf der Erblasser einzelnen Nachkommen als *mejora* (Aufbesserung) zuwenden (Abs. 2).

Sodann hatte schon EUGEN HUBER für das Erbrecht des ZGB von 1907/1912 ursprünglich, in Art. 421 des Zweiten Teilentwurfs von 1895, eine Regelung vorgesehen, deren Stossrichtung derjenigen von Art. 808 Abs. 2 des Código civil entsprochen hätte:<sup>41</sup> «Wer Nachkommen hinterlässt, ist befugt, letztwillig über sein Vermögen nach freier Wahl bis zu einem Viertel und durch Zuwendungen an das Gemeinwesen oder an einzelne seiner Nachkommen im ganzen bis zur Hälfte zu verfügen.» Heute wird die Integration einer *mejora* ins schweizerische Pflichtteilsrecht erneut ernsthaft erwogen.<sup>42</sup>

### 3.4.3 Würdigung

In der Tat scheint sich die Idee, auf welcher die *mejora* beruht, als Ausgangspunkt für die Aushandlung eines neuen Kompromisses auf Gesetzesstufe im Spannungsfeld zwischen den Prinzipien der Familienerbfolge und der Verfügungsfreiheit (bzw. zwischen Familie und Eigentum)<sup>43</sup> zu eignen. Dabei geht es naturgemäss vorab um die Festsetzung der Quote.<sup>44</sup> Darüber hinaus wird jedoch auch zu überlegen sein, ob der Erblasser diese Quote lediglich zwecks (im Übrigen voraussetzungsloser) Begünstigung bestimmter Nachkommen (Kinder und/oder Enkel) oder auch zwecks anderweitiger Begünstigungen verwenden dürfte.<sup>45</sup> Fest steht nämlich einzig, dass die Verwendungsmöglichkeit einer solchen Quote angesichts des Kerngehalts des Instituts nicht *gänzlich* uneingeschränkt sein darf, da nur so *zwei* verfügbare Quoten nebeneinander bestehen können. Sollte nun aber nicht nur eine

<sup>40</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden MAEDER, S. 249; EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht, S. 84.

<sup>41</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht, S. 85.

<sup>42</sup> Vgl. zuerst BREITSCHMID, Erbrecht, S. 116 ff. (seither etwa DERSELBE, *successio* 2009, S. 188, 197); ferner BREITSCHMID/KÜNZLE, S. 8 (Votum KÜNZLE); WOLF, S. 313 f.

<sup>43</sup> Vgl. BREITSCHMID, *successio* 2009, S. 181; EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht, S. 68.

<sup>44</sup> Zudem wird erwogen, auch (vgl. vorn Fn. 18) bei der Grösse dieser Quote anhand der Nachlassgrösse zu differenzieren; vgl. BREITSCHMID, Erbrecht, S. 117, Fn. 20.

<sup>45</sup> Vgl. BREITSCHMID, Erbrecht, S. 117 f.; DERSELBE, *successio* 2009, S. 197, Fn. 77.

Enkelbegünstigung (oder nicht nur eine Nachkommenbegünstigung) infrage kommen, so sollte auch nicht mehr von einer Aufbesserung (o.dgl.) die Rede sein, denn diese Bezeichnung erinnert zu sehr an eine zusätzliche Begünstigung ausschliesslich von *bereits* (mehr oder weniger weitgehend) *geschützten*, d.h. von pflichtteilsberechtigten Erben. Vielmehr müsste diesfalls «neutraler»<sup>46</sup> von einem erweiterten verfügbaren Teil<sup>47</sup> (o.dgl.) gesprochen werden.

U.E. sollte ein erweiterter verfügbarer Teil, anders als im geltenden spanischen Erbrecht, nicht nur und auch nicht in erster Linie für eine Zusatzbegünstigung von Enkeln (oder von Nachkommen schlechthin) geschaffen werden. Im Vordergrund stünde vielmehr die Möglichkeit einer Privilegierung gemeinnütziger Zuwendungen.<sup>48</sup> Mithin könnte auf diese Weise dem Allgemeininteresse vermehrt Genüge getan werden, was einer jeglichen Erbschaftssteuer allemal vorzuziehen wäre und, wie schon WALTHER MUNZINGER hervorgehoben hat,<sup>49</sup> wohl auch von den pflichtteilsberechtigten Nachkommen leichter hingenommen werden könnte. Denn diese dürften Nachlassregelungen, in denen der Erblasser gemeinnützigen Institutionen Zuwendungen macht, aber das althergebrachte erbrechtliche Gleichbehandlungsprinzip nicht antastet, eher akzeptieren können als eine Bevorzugung einzelner Nachkommen entgegen diesem Prinzip.

Die Idee der «Verteilungsgerechtigkeit unter den Kindern» (KRUG) liegt denn auch keineswegs nur dem Intestaterbrecht zugrunde, sondern teilweise eben auch dem Pflichtteilsrecht.<sup>50</sup> Ausserdem ist daran zu erinnern, dass das Pflichtteilsrecht *de lege lata* (nur, aber immerhin) im Rahmen der Berücksichtigung *lebzeitiger* Zuwendungen (jedenfalls) die pflichtteilsberechtigten Kinder gegenüber ihren Geschwistern umfassender schützt als gegenüber nichtverwandten Dritten. Denn der *numerus clausus* der nach Art. 475 i.V.m. Art. 527 ZGB<sup>51</sup> zum reinen Nachlass hinzuzurechnenden Zuwendungen

---

<sup>46</sup> Vgl. auch den Hinweis von BREITSCHMID, Erbrecht, S. 116, Fn. 17, wonach «*mejora*» und «Aufbesserung» für die zurückgesetzten Pflichtteilerben euphemistische Begriffe seien.

<sup>47</sup> Vgl. auch BREITSCHMID, Erbrecht, S. 117, Fn. 20: «Verfügungsbefugnis innerhalb des Pflichtteils.»

<sup>48</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden EITEL, FG Straumann, S. 762 f.; ebenfalls für eine Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts unter diesem Gesichtspunkt BREITSCHMID/KÜNZLE, S. 7 (Votum KÜNZLE).

<sup>49</sup> Vgl. die Hinweise bei EITEL, FG Straumann, S. 750.

<sup>50</sup> Vgl. EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht, S. 72 ff.

<sup>51</sup> Auch unter Berücksichtigung der zahlreichen Kontroversen zur Auslegung dieser Bestimmung; vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 68 N. 21 ff.

bewirkt (zumindest), dass lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an nicht-verwandte Dritte, also insbesondere auch an gemeinnützige Institutionen, der Integration in die Pflichtteilsberechnungsmasse – und damit der Herabsetzung wegen Pflichtteilsverletzung<sup>52</sup> – eher entgehen als lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an Kinder. Vor diesem Hintergrund sollte daher in erster Linie dann an eine weitergehende Privilegierung von Nachkommen gedacht werden, wenn dabei gleichzeitig auch übergeordnete, gesamtgesellschaftliche Interessen auf dem Spiel stehen, etwa im Zusammenhang mit Unternehmensnachfolgeregelungen.<sup>53</sup> Alledem entspricht, dass bereits EUGEN HUBER mit Art. 421 des Zweiten Teilentwurfs von 1895 sowohl Zuwendungen an das Gemeinwesen als auch die Erhaltung bäuerlicher Heimwesen, mithin damaliger KMU par excellence, vor Augen hatte.

Die Motion GUTZWILLER verfolgt zwar durchaus vergleichbare Zielsetzungen.<sup>54</sup> Sie hebt aber, anders als hier, das Anliegen der Erweiterung der Enkelbegünstigungsmöglichkeiten heraus oder stellt es zumindest auf die gleiche Stufe wie die Anliegen der Erleichterung von Unternehmensnachfolgeregelungen und der Begünstigung gemeinnütziger Institutionen. Es ist denn auch einzuräumen, dass die vorstehenden Hinweise zum Teil auf einem nicht mehr zeitgemässen Familienbild zu beruhen scheinen. Sie reiben sich zudem mit der Vorstellung, wonach der Erblasser nun einmal das Schicksal eines *ihm allein* gehörenden Vermögens regelt, und dies idealerweise erst noch nach bestem Wissen und Gewissen. Sie wenden sich daher nicht a priori gegen eine Erweiterung der Verfügungsfreiheit des Erblassers gerade mit dem Zweck einer zusätzlichen Erleichterung von Enkelbegünstigungen (oder von Nachkommenbegünstigungen schlechthin), erfolge diese nun umfassend oder lediglich im Rahmen einer *mejora*. Vielmehr wollen sie nur zum Ausdruck bringen, dass nach Ansicht der Verfasser das Für und das Wider eines solchen Vorgehens de lege ferenda besonders gut zu überlegen sein wird. Denn immerhin ist auch zu bedenken, dass nicht jedes Vermögen, über welches der Erblasser (zu Lebzeiten und über sein Ableben hinaus) «souverän» verfügt, ausschliesslich von ihm erarbeitet worden ist und ausschliesslich dank ihm erhalten werden konnte. Diesem Ansatz<sup>55</sup> trägt das Ehegüterrecht,

<sup>52</sup> Vgl. BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/RUMO-JUNGO, Kap. 1, Rz. 52 ff.

<sup>53</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht, S. 75 ff.; ferner auch BREITSCHMID, Erbrecht, S. 117; BREITSCHMID/KÜNZLE, S. 7 (Votum KÜNZLE).

<sup>54</sup> Vgl. vorn bei Fn. 7.

<sup>55</sup> Vgl. BREITSCHMID, *successio* 2009, S. 183, 186, 196 (Fn. 72), 202; BREITSCHMID/KÜNZLE, S. 8 (Votum KÜNZLE); SCIAVILLA, S. 12 (mit Hinweis auf AEBI-MÜLLER).

für seinen Regelungsgegenstand, im Errungenschaftsbeteiligungsrecht<sup>56</sup> Rechnung, teilweise sogar mit sehr differenzierten Normen.<sup>57</sup> Das Erbrecht tut für seinen Bereich letztlich dasselbe, wenn auch ganz und gar grobschlächtig, im Rahmen seiner Bestimmungen über die Verfügungsfreiheit bzw. über das Pflichtteilsrecht. Auch wer im Pflichtteilsrecht (zu Recht) längst kein (All-)Heilmittel mehr sieht, sollte diese (erwünschte) Nebenwirkung im Rahmen von Überlegungen de lege ferenda nicht gänzlich ausser Acht lassen.

Diesen Befund bestätigen auch (freilich naturgemäss subjektive) Erfahrungen in der Praxis. Tragen Erblasser sich mit dem Gedanken, bei der Zuteilung ihres Vermögens bzw. Nachlasses ihre Kinder bzw. deren Stämme ungleich zu behandeln, so hält eine (verhältnismässig) repräsentative Gruppe dieser Erblasser (und es ist nicht die «schlechteste») es in der Regel für besonders geboten, ihre Absicht ihrem Berater gegenüber zu erklären bzw. zu rechtfertigen. Vor allem dann, wenn eine sachgerechte, transparente Kommunikation durch den Erblasser zu dessen Lebzeiten unterblieben ist (vielleicht weil er angesichts der sich stellenden Anforderungen durchaus vorschnell davor zurückgeschreckt ist), kann die Umsetzung dieser Absichten die Nachkommenschaft entzweien bzw., bildhaft ausgedrückt, in der nächsten Blutsverwandtschaft zu bösem Blut führen. Daher kommt es sogar auch durchaus vor, dass Nachkommen (und es sind wiederum nicht die «schlechtesten») aus (nahezu) freien Stücken und achtbaren Gründen bzw. womöglich (es sei gewagt, hier auch *diese* antiquierte Wendung noch zu gebrauchen) «nur» dem Familienfrieden zuliebe nicht auf der (integralen) Umsetzung der von den Erblassern getroffenen Entscheidungen beharren.

Offenbar ist also die Idee einer («wohlverstandenen» bzw. «wohl zu verstehenden»)<sup>58</sup> Gleichbehandlung der Kinder und ihrer Stämme, wie sie nach wie vor in den Art. 457 und Art. 626 f. ZGB (und «reduziert» in Art. 471 Ziff. 1 ZGB) verankert ist,<sup>59</sup> in den «Gefühlswelten» der Erblasser und ihrer Nachkommenschaft ebenfalls noch verwurzelt.<sup>60</sup> Daher könnte eine Erweite-

<sup>56</sup> Vgl. zu diesem TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32.

<sup>57</sup> Weshalb die Vorzüge des Errungenschaftsbeteiligungsrechts gerade auch angesichts dieses Nachteils gewürdigt werden müssen; vgl. dazu AEBI-MÜLLER, passim.

<sup>58</sup> D.h. nicht, wie namentlich BREITSCHMID mit Recht hervorhebt (successio 2009), ausschliesslich «prozentual-quotal-buchhalterische Gleichbehandlung (Gleichmachung)» (S. 192, N. 23), sondern «eine gewisse Grosszügigkeit statt Erbsenzählerei» (S. 200, N. 33).

<sup>59</sup> Vgl. EITEL, KMU und Pflichtteilsrecht, S. 73 ff.

<sup>60</sup> In der Praxis anzutreffen ist aber auch der «Typus», der Pflichtteilsrecht und Verfügungsfreiheit je nachdem vorzieht, ob er sich in concreto (noch) in der Rolle des Erben oder

zung des verfügbaren Teils auch zu Gunsten (ausschliesslich) von Enkeln des Erblassers (und damit eine noch weitergehende Relativierung des pflichtteilsrechtlich lediglich teilweise geschützten Gleichbehandlungsprinzips) vielleicht auch nur (aber immerhin) so ausgestaltet werden, dass das Prinzip der Gleichbehandlung der Stämme (im Verhältnis des Stammes, dem der begünstigte Enkel angehört, zu den anderen Stämmen mit Kindern als Häuptern) und das Prinzip der Gleichbehandlung aller Enkel desselben Stammes (hier verstanden als Verhältnis des begünstigten Enkels zu seinen Geschwistern) nicht zusätzlich angetastet wird.<sup>61</sup>

#### 4. Schluss<sup>62</sup>

Die Motion GUTZWILLER hat die Diskussion über eine mehr oder weniger tiefgreifende Revision unseres Erbrechts angestossen. Diese Diskussion tritt allmählich in die entscheidende Phase. Dabei geht es auch um das Enkelerbrecht. Allerdings sollte nach hier vertretener Auffassung von einer entsprechenden Anpassung des Intestaterbrechts abgesehen werden.

Ohnehin steht die Ermöglichung einer (noch) weitergehenden Enkelbevorzugung nicht im Vordergrund. Ein solches Vorhaben könnte aber insbesondere mittels einer mit der spanischen *mejora* vergleichbaren Erweiterung des verfügbaren Teils umgesetzt werden. In diesem Rahmen liessen sich zudem auch andere Reformanliegen berücksichtigen. Sowohl rechtssetzungstechnisch wie rechtspolitisch interessant wird dabei die Antwort auf die (sich immer wieder stellende) Grundfrage sein, ob eine (Teil-)Revision (wenn es denn überhaupt zu einer solchen kommen sollte), anders als dies im geltenden Erbrecht der Fall ist, eher zu verhältnismässig differenzierten, damit aber auch zu komplizierteren (und wohl

---

(bereits) in der Rolle des Erblassers sieht. Darin liegt ein Widerspruch; auch insofern zeigt sich aber immerhin, dass es auf die Dosis ankommt (vgl. vorn bei Fn. 31).

<sup>61</sup> Vgl. dazu den Hinweis von BREITSCHMID (Erbrecht, S. 118, mit Fn. 23), wonach eine direkte (Ur-)Enkelbegünstigung möglich wäre, ohne dass dazu die Voraussetzungen der Präventiverbung gemäss Art. 480 ZGB vorliegen müssten; siehe aber auch (dazu vorn Fn. 14) die sich bei der Umsetzung stellenden, teilweise nicht mit dem Grundanliegen der Enkelbevorzugung zu vereinbarenden Probleme, wonach bei analoger Anwendung von Art. 480 Abs. 1 ZGB einzelne begünstigte Enkel mit Herausgabeansprüchen «nachgeborener» Enkel zu rechnen hätten.

<sup>62</sup> Im vorliegenden Beitrag nicht mehr berücksichtigt werden konnte die Studie von DANIELA KLÖTI, Das schweizerische Pflichtteilsrecht im Spannungsfeld sich wandelnder Näheverhältnisse, Diss. Bern 2013, Bern 2014.

unvermeidlicherweise dennoch wieder zu teilweise «unvollständigen» und/oder «unbefriedigenden») Bestimmungen führen wird, oder ob auch das neue Erbrecht weiterhin weniger differenzierte, dafür verhältnismässig einfache Regelungen enthalten wird. *Eine* Konstante aber möge bestehen bleiben, wie dies seit mehr als hundert Jahren der Fall ist: Die (in jeder Hinsicht) lehrbuchmässige Begleitung des jeweils geltenden Erbrechts im «grünen Buch», dem «TUOR», mit welcher uns mittlerweile die Jubilarin ALEXANDRA RUMO-JUNGO vortrefflich bedient – und hoffentlich noch lange bedienen wird!