Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 126 (2007)

Artikel: 100 Jahre ZGB : Bewährung - Bewahrung - Entwicklung

Autor: Breitschmid, Peter

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896215

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

100 Jahre ZGB
Bewährung – Bewahrung – Entwicklung

PETER BREITSCHMID*

* Prof. Dr. iur., Universität Zürich.

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung 343
B. Die bisherigen Feiern – zugleich einige Bemerkungen zu Charakteristik und Entwicklung des ZGB 343
C. Was leisten «alte Gesetze»? Soll man sie feiern? 347
I. Über das Alter des ZGB 347
1. Physisches, nominelles Alter oder Modernität des Denkens? ... 347
2. Beispiele für die hundertjährige Modernität des ZGB 349
II. Über den Zyklus der Gesetzgebung 351
III. Wann ist ein Gesetz «jung», «frisch», «modern»? 353
1. Im Allgemeinen 353
2. Die Stabilität insbesondere 354
IV. Wie hat sich das ZGB konkret Jugendlichkeit und Stabilität bewahrt? 355
D. Zur Demographiedebatte – Rückkoppelungen gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Entwicklungen auf die Generationenbeziehungen im Familien- und Erbrecht 356
I. Die Entwicklung der Rahmenbedingungen 356
II. Das gesetzliche Erb- und das Pflichtteilsrecht in einer sich atomisierenden Familienstruktur 358
1. Soll unter diesen Umständen über das Erbrecht nachgedacht werden? 359
2. ... mit welchen Folgerungen? 362
III. Und was bedeuten Auflösungstendenzen der Status-Familie für das Familienrecht? 363
1. Bedeutet (familiäre) Abstammung die biologisch-genetische, die statusmässige/registerlich ausgewiesene oder gar nur die durch persönliche Betreuung/Erziehung/Wertevermittlung erfolgte Prägung? 363
2. Was bedeutet Status? 364
IV. Und wie soll die Rechtsordnung mit einem instabilen Status umgehen? 368
E. Wie wird es weitergehen? 369
I. Entwicklung des Rechts ist geboten 369
II. Rechtsharmonisierung ist unvermeidlich – in welchem Umfange? 370
1. Internationalisierung, Globalisierung usf. 370
2. Die internationale Ausstrahlung des ZGB und dessen internationale Bestrahlung 372
3. ZGB – lokal oder global? 373
4. Folgerung 373
III. Staat oder Privat? 375
1. Im Allgemeinen 375
2. Zum Beispiel das Stiftungsrecht 376
3. Folgerungen – Bedeutung (und Bewertung) der Persönlichkeit 377
IV. Das Bewusstsein für Grenzen von Recht und Gesetz ist unvermeidlich 378
1. Im Allgemeinen – Bildung, Wohlstand und Selbstverwirklichung 378
2. Planbarkeit 379

3. Risiko – spezifisch im erbrechtlichen Kontext 380
4. … und das allgemeine Risiko des Lebens und sich-(Wohl-) Befindens 382
F. Schlussbemerkung 383

A. Einführung

100 Jahre ZGB – was bedeutet das? Man könnte sagen, Geburtstage zu feiern sei ähnlich abwegig wie die Fokussierung von Bilanzverlauf und Börsenkursen auf einen einzigen, letztlich völlig zufälligen Stichtag, selbst wenn es sich um den Silvester handelt. Und wenn Normalsterbliche Geburtstag feiern, so ist das zwar ein schöner Brauch – allerdings mit dem beträchtlichen Risiko, zwar einen schönen Tag (unter Umständen sogar nur den Stress der Erwartung eines schönen Tags) zu erleben, im übrigen aber an 364 Tagen biederen Alltag verbringen zu müssen. *Lebenstüchtigkeit* bedeutet Funktionieren im Alltag, und funktioniert der Alltag, so ist die Zufriedenheit eine nüchterne, jedenfalls aber eine beständigere als der Kater nach dem grossen Fest. Nachdem das ZGB nun aber Lebenstüchtigkeit *über ein ganzes Jahrhundert* bewiesen hat – und zwar (vergleicht man es mit der Entwicklung in Naturwissenschaft und Gesellschaft) mit nur sehr geringfügigen Retouchen und einem insgesamt kaum veränderten Outfit – verdient es eine kurze Feierstunde. Doch was soll eigentlich gefeiert werden? Erstaugustliches Lobhudeln? Oder stille Einkehr und Reflexion? Eine Nennung in den morgendlichen Gratulationen von Radio DRS (das weit jünger ist als die dort verkündeten Jubilarinnen und Jubilare)?

Eine Erwähnung in den Medien wird der Geburtstag wert sein – immerhin berührt uns das ZGB als Personen, in unseren zwischenmenschlichen Beziehungen (den unvermeidlichen familiären, nicht den selbstbestimmten vertraglichen, für welche die Schwester OR zuständig ist ...), in unserem Geboren werden und Sterben (und dem «Recycling» aller materiellen Werte), in unserem Liebsten: den uns gehörenden Dingen ...

B. Die bisherigen Feiern – zugleich einige Bemerkungen zu Charakteristik und Entwicklung des ZGB

Geburtstage zu feiern bedeutet allerdings immer auch das oft mühselige Überlegen, womit man die Jubilarin oder den Jubilar erfreuen könnte. Eigentlich das Schwierige an solchen Festen! Bei Hundertjährigen wird das einfacher – erstens handelt es sich um eine anspruchslos geborene, anspruchslos gebliebene und eher noch zunehmend anspruchslos gewordene Generation.[1] Zudem haben Hundertjährige schon das eine oder andere bekommen – man kann Mass nehmen.

Was allerdings durchaus erschreckend wirkt: Der Einleitungsband des Berner Kommentars, «herausgegeben zur Feier des 50-jährigen Bestehens des

1 Auf demographische Entwicklungen wird selbstverständlich noch eingegangen werden: unten lit. D.

Schweizerischen Zivilgesetzbuchs 1962» und «dem Andenken an Eugen Huber, 1849–1923, Schöpfer des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs» gewidmet,[2] gehört nach wie vor – auch wenn die «Lückenterminologie» etwas nuanciert worden ist[3] – zu den Monumenten des schweizerischen Privatrechts und hebt es wohltuend vom Preussischen Allgemeinen Landrecht und jenen etwas komprimierten Rechtsnachfolgern ab, welche einzig die (vermeintliche) Vollständigkeit als Mass gesetzgeberischer Gründlichkeit sehen und regelmässig (und zunehmend häufiger) an der zunehmend grösseren Vielgestaltigkeit jener (pathologischen) Lebenssachverhalte anstehen, mit welchen sich die Juristerei nun einmal zu befassen hat. Im Grunde ist ein grosser Teil des juristischen Handwerks der Pathologie zuzuordnen: nämlich all das, womit sich Gerichte zu befassen haben, und auch das, womit sie sich nicht zu befassen haben, weil die Prozessfinanzierung hapert; und jene Kontroversen, welche kautelarisch eliminiert werden, liegen oft auch nahe an der der Pathologie nahen Kunst des Einbalsamierens. Damit kann man aber keine Geschenke machen, oder allenfalls solche für das Wachsfigurenkabinett. Und dazu ist die Juristerei doch etwas zu lebendig.

Zum 75. Geburtstag des Inkrafttretens hatte einer der besten Kenner des ZGB, Bernhard Schnyder, keine Festrede[4] gehalten – nicht, weil er das ZGB zu wenig schätzen würde, sondern weil er «den Jubilar ZGB so wahr als möglich» vorstellen wollte, mit «Volltreffern» und «Nieten» (Pfandbriefen, Adoption, Ehegattenbegünstigung, Eigentum in portionierter und konservierter Form des Stockwerkeigentums oder der Integralzuweisung landwirtschaftlicher Grundstücke; dann aber die bereits für tot erklärte Heimstätte, die darbende Gemeinderschaft, die in manchem eher theoretische Regelung bei den Grundpfandrechten[5]), unter Einbezug aller Beteiligten (nicht nur des hohen *Gerichts,* das in Art. 1 ZGB prominent ins Auge sticht und auf eine Ebene mit dem Gesetzgeber gestellt wird), sondern auch der *Behörden,* die bei vormundschaftlichen, notariellen, grundbuchlichen, zivilstandsamtlichen Ge-

2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, erläutert von Peter Liver, Arthur Meier-Hayoz, Hans Merz, Peter Jäggi, Hans Huber, Hans-Peter Friedrich, Max Kummer und Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Bern 1962, S. 3 bzw. 5.

3 Dazu der Altmeister der Lückentheorie, Arthur Meier-Hayoz, anlässlich des Symposiums zu seinem 70. Geburtstag, Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Beiheft zur ZSR, Heft 15, Basel 1993, S. 91.

4 Bernhard Schnyder, Fünfundsiebzig Jahre ZGB – anstelle einer Festrede, recht 1987 S. 73 ff.

5 Schnyder (Fn. 4), S. 76 f. unter Hinweis auf Gerhard Eggen, Die Verbreitung von Grundlast und Gült, SJZ 1967, 285 ff., 290, wonach «wahrscheinlich ihre Anzahl geringer sei als diejeniger der Artikel im ZGB, die sich mit ihr beschäftigen». Ob Gleiches momentan bei der *eingetragenen Partnerschaft* zu beobachten ist, die zwar ein fundamentales Thema beschlägt, eigentlich eine Selbstverständlichkeit und der Ehe eng nachgebildet ist, aber in einem Vielfachen dessen an Druckseiten beschrieben wird, was in absehbarer Zeit die Zahl solcher Partnerschaften sein dürfte.

schäften gleichen Regeln unterstehen wie das Gericht und sich mit ihm in Rechten und Pflichten – etwa der EMRK-Tauglichkeit der Verfahren – messen dürfen und müssen.[6]

Bereits 1987 konnte Schnyder feststellen, dass sich die vom Gesetz vorgesehenen Tatbestände millionenfach verwirklicht haben, millionenfach die Rechtsfolgen eingetreten sind – Zahlen, die trotz einiger «schwieriger Passagen» (juristisch gesprochen: unbefriedigender Entscheide, die nicht immer nur als Entscheide unbefriedigend waren, sondern eine unbefriedigend geregelte Lage zu beurteilen hatten) deutlich machen, dass das Gesetz sich in hohem Masse bewährt hat. Man darf das[7] ohne weiteres auch für den «Erfolg» des *Scheidungsrechts* sagen: eine befriedigende *rechtliche* Lösung zwischen*menschlicher* Probleme, die alle Emotion «geruchsfrei» einvakumiert, absorbiert, wie das in der Werbung von Katzenkörnern behauptet wird, übersteigt das Vermögen jeder Gesetzgebung.

Das ZGB als *Gesetz des Alltags* eignet sich denn auch für *Feiern im Alltag* – wenn einem danach zumute ist. Das war im Jahre 2003 der Fall. Mit einer Festschrift, «96 Jahre ZGB»,[8] und eingeleitet von einem juristischen Bundesrat mit schriftstellerischem Witz, der propagiert: «Man soll die Feste feiern, bevor sie fallen».[9] Bestanden 2003 Bedenken, dass das Fest ausfallen oder unwürdig begangen würde? Ein Marketing-Gag? Nach meinem Dafürhalten keineswegs, sondern das ideale Spontangeschenk für jemanden, der es verdient hat und der eher im Alltag steht statt rauschende Feste zu geniessen – für unser in einem guten Sinne nüchternes, eher prosaisches, bewährtes und vertrautes ZGB.

Wenn nun also zum 100-jährigen Jubiläum seiner Verabschiedung in den Eidgenössischen Räten[10] wieder eine Feierstunde angesetzt ist, so ist dies nur

---

6 Man könnte so weit gehen zu fragen, ob die *Unterscheidung zwischen Gerichten und Behörden* nicht eher vom Verfahrenstyp (in älterer prozessualer Terminologie: streitiges und nichtstreitiges Verfahren) als von der Sache her gegeben sei, womit auch Behörden Gerichte wären und ganz einfach in organisatorischer Struktur, Wahlvoraussetzungen und Verfahren gleichen Ansprüchen zu genügen hätten. Die im Laufe der erwachsenenschutzrechtlichen Refomüberlegungen geführte Diskussion hat sich zu stark an lokalen Behördenstrukturen und zu wenig am Zweck der Sache orientiert: Qualitativ ist staatliche bzw. behördliche Tätigkeit obrigkeitlicher Eingriff in die Sphäre des Einzelnen, der rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen hat, die allenfalls nach der konkreten Situation abgestuft sein mögen, im Prinzipiellen aber unverhandelbar (und jedenfalls nicht «kantonal» oder «lokal») sind – dies mit ein Grund, weshalb praktisch gleichzeitig zum Altersrecht das ZGB in hohem Alter nebst dem OR als Schwester noch ein Patenkind in Form einer eidgenössischen ZPO bekommen wird.

7 Schon SCHNYDER (Fn. 4), S. 78 mit Anm. 28.

8 96 Jahre ZGB, Eine Festschrift, Roland Gysin, René Schumacher und Dominique Strebel (Hrsg.), Zürich 2003.

9 MORITZ LEUENBERGER, Man soll die Feste feiern, bevor sie fallen, in: 96 Jahre ZGB (Fn. 8), S. 7 ff.

10 Am 10. Dezember 1907, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904, in Kraft gesetzt auf den 1. Januar 1912, SR 210.

ein Moment des Innehaltens. Das ZGB muss, längst im Rentenalter, weiter arbeiten,[11] kann sich allerdings bereits in fünf Jahren auf den nächsten Jubiläumsanlass einstellen, der 2012 im Zeitpunkt des sich jahrhundertjährenden Inkrafttretens fällig ist, und es wird zu diesem zweiten hundertsten Geburtstag dann wohl zeitgerecht sein *Altersrecht* bekommen.[12]

Wir haben nach wie vor noch nicht diskutiert, was wir dem Jubilaren heuer schenken sollen. Der Berner Kommentar ist etwas zu monumental, für jemanden, der «vom epochalen Wurf zum Dauerprovisorium» geworden ist und dem man die Prognose stellt: «Das schweizerische Zivilgesetzbuch überlebt auch die nächsten 100 Jahre».[13] Da müssen die Geschenke eher etwas kleiner werden, wenn laufend zu feiern und der Alltag im Provisorium zu organisieren ist. Die folgenden Zeilen sind damit nur eine kleine persönliche Widmung von einem, der es seit nun doch rund 30 Jahren (schon eine ganze Generation lang) geniesst, mit dem Jubilar praktisch und theoretisch – im Alltag – zusammen zu arbeiten; mehr liegt nicht drin, obwohl der Schreibende davon ausgeht, dass Eugen Huber – könnte man ihm sein damaliges Werk zum Lesen geben und ihn sachte auf die heutige Papier-, Ideen-, Perfektions-, Diskussions- und manche andere Flut einstimmen, zwar einige sehr prägnante Sätze sagen,[14] sich aber im übrigen gelassen vom Erfolg seiner Arbeit überzeugen können würde. Das ist Genugtuung genug, ohne viel Aufhebens.

---

11 Ich habe schon angedeutet (oben Fn 1.), dass die demographische Entwicklung uns bei unseren Betrachtungen noch begleiten wird: unten lit. D.

12 Aber die Revision des Vormundschaftsrechts wird *nicht die letzte Revision des ZGB* gewesen sein: auf der Traktandenliste steht in der Kadenz der mittlerweile noch zweijährigen Wartefrist von Art. 114 ZGB eine hektische Detailrevisionstätigkeit just der jüngstrevidierten Teile (man könnte sich an mangelhafte Garantiearbeiten des hochkonjunkturellen Baugewerbes erinnert fühlen, was aber gegenüber dem Baugewerbe unfair wäre – eher geht es um Flickarbeiten von Verschlimmbesserungen und Schwachstellen, welche eine nicht immer ganz harmonierende, oft etwas detailverliebte Auftraggeberschaft zu vertreten hat, die einmal vergoldete Klinken und ein andermal einen zugigen Bretterverschlag bestellt [hier lasse ich es bei einem Begriff aus der Bauwirtschaft bewenden, um nicht höchsten legislatorischen Instanzen Noten zu erteilen]). Neben Revisionen in der Sache treten noch solche *terminologischer* Art – im Zusammenhang mit dem Erwachsenenschutzrecht siehe unten Fn. 19.

13 Thomas Geiser, Vom epochalen Wurf zum Dauerprovisorium – Das schweizerische Zivilgesetzbuch überlebt auch die nächsten 100 Jahre, in: 96 Jahre ZGB (Anm. 8), S. 191 ff.

14 Ich möchte nicht dabei sein, wenn Goethe seine Italienreise im Juli auf der Autostrada del Sole noch einmal erleben müsste, und auch nicht, wenn Eugen Huber Art. 28b ZGB oder gar Art. 663b^{bis} OR (über die Transparenz der Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung) zur Lektüre vorgelegt werden: drei Absätze à je einen Satz, knapp, präzis? Oder ein hysterischer Versuch, sämtliche Facetten der Tagesaktualität, der divergierenden Meinungsströme und gesetzgeberischer Schweissperlen in Worte zu fassen? Wo es genügt hätte – würde man den Gerichten (und allenfalls einigen mit den Usanzen der Branche vertrauten Experten) vertrauen – zu sagen, dass jegliche Form verbaler Bedrohung oder physischer Gewalt verboten sei und die Verletzung der persönlichen Sphäre des Opfers zu allen geeigneten Massnahmen gegenüber dem Täter, auch Einschränkungen seiner persönlichen Sphäre, führe. Siehe zum «Stil» des ZGB unten C.I.

Eher stellt sich die Frage, wie man dem alten Kollegen, mit dem man ganz gerne zusammenarbeitet, im Alltag etwas zu Renommée verhelfen könnte, damit er nicht nur als Provisorium, sondern als flexibles, wandelbares, anregendes System verstanden und benutzt wird. Ich gehe – so wie ich den «Kollegen ZGB» und die KollegInnen (nämlich alle, die sich miteinander und mit dem ZGB befassen – die «Branche», die *peers*) kenne – davon aus, dass am ehesten stören würde, wenn das ZGB in Vergessenheit geraten würde, seinen Auftrag nicht erfüllen könnte.[15]

Dem sei jetzt im Folgenden nachgekommen, indem die Aktualität der entstehungsgeschichtlich angelegten Perspektiven sowohl für den bisherigen Verlauf und die heutigen Themen wie auch die konzeptionelle Flexibilität für die künftige Entwicklung anhand einiger Themenbereiche skizziert wird.

C. Was leisten «alte Gesetze»? Soll man sie feiern?

I. Über das Alter des ZGB

1. Physisches, nominelles Alter oder Modernität des Denkens?

Das alte Haus hat zugegebenermassen einige An- und Umbauten erfahren, welche der Heimatschutz (oder eine Kommission aus Sprach- und Gesetzgebungsfachleuten) als wenig authentisch bezeichnen würde. Worin besteht eigentlich der Charme eines hundertjährigen Gesetzes? Steht davon noch mehr als die Fassade? Ist diese Fassade überhaupt noch ansehnlich? Und erst recht im Innern: lässt es sich noch bewohnen?

Das ZGB ist einer ordentlichen Zahl von Renovationen ganz unterschiedlichen Ausmasses unterzogen worden. Verschiedene Baumeister haben am Huberschen Architekturkonzept weiter gearbeitet, allerdings immer nur sehr sektoriell.[16] Die Struktur der Fassade blieb überhaupt gänzlich unverän-

15 Dass zum 100-jährigen Bestehen des ZGB ein neuer Handkommentar zu ZGB, OR, IPRG und weiteren (so genannten) Nebengesetzen auf den Markt kommt, der erstmals die Grenzen insofern sprengt, als er in HUBER'schem Bestreben zu Konzentration sich in einen Band zwängt, anderseits das Werk der Vereinheitlichung dadurch weiterführt, dass er zwar nicht einen romanischen (immerhin Landessprache, Art. 5 BV), aber neben den Amtssprachen (Art. 70 BV) den vollständigen Text aller enthaltenen Gesetze auch auf Englisch enthält, sei hier nur am Rande angemerkt: Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Alexandra Rumo-Jungo und Anton K. Schnyder (Hrsg.), Schweizer Handkommentar zum Privatrecht, Zürich 2007 (kurz CHK-AutorIn).

16 Die einzige wirklich ZGB-übergreifende Änderung erfolgte zum Milleniumswechsel im Zuge der Scheidungsrevision, als sprachlich der «Richter» durch das «Gericht» ersetzt wurde.

dert,[17] wenn man von einigen zugemauerten Fassadenöffnungen (aufgehobenen Artikeln) und einigen roh ausgebrochenen Nischen (neu eingefügten Artikeln) absieht – der Raster des Gebäudes und die Übersichtlichkeit der internen Erschliessung beginnt zu leiden.

Zugleich liegen Um- und Ausbaupläne vor, welche teils konkret, teils auch noch eher diffus sind. Wenn Eugen Huber vor 100 Jahren das *schweizerische* Privatrecht vereinheitlicht hat, so bewegt sich die mobile, globalisierte Gesellschaft doch nicht mehr nur über den Urnerboden von Glarus in die Innerschweiz oder sachte über den «Röstigraben», der bereits von der S-Bahn überwunden wird – die Migration von Menschen und Ideen hat an Weite, und die Dynamik ihrer Bewegung hat an Hektik gewonnen. Das fordert die Organe der Gesetzgebung.

Ist unser Jubiläumskind eigentlich ein altes oder ein modernes Gesetz? Sind nur junge Gesetze modern? Sind alte Gesetze unmodern? Oder sogar unpraktikabel? Die Antwort muss gleich lauten wie dort, wo über die geistige Rüstigkeit jüngerer und älterer Menschen diskutiert wird: Es hängt davon ab, welches Wertgefüge besteht, ob Flexibilität im Denken Anpassung, Wahrnehmung von Entwicklungen ermöglicht, deren Bewertung daraufhin, ob die Entwicklung Sinn macht oder eher eine Eintagsfliege ist.

Das ZGB ist verglichen mit den justinianischen Kompilationen, dem ALR, dem ABGB oder dem französischen Code civil[18] ein jüngeres Gesetz. Es ist (je nach Standpunkt) einigermassen jung geblieben, weil es zwar immer noch das Datum des 10. Dezember 1907 trägt, aber doch periodisch punktuell, schliesslich seit den siebziger Jahren systematisch etappenweise (und bezeichnenderweise am intensivsten) im Familienrecht zunächst durch den Übergang zur Volladoption, die Reform des übrigen Kindschaftsrechts, die Einfügung von Art. 397a ff. ZGB (Ordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung), die Reformen des Ehewirkungs- und Ehegüterrechts, an der Jahrtausendwende schliesslich des Scheidungsrechts (das mit der Revision zur intensivsten Dauerbaustelle des Privatrechts mutiert hat) nachgeführt worden ist, und in der Zukunft durch die Revision des Vormundschaftsrechts (den Übergang zum Erwachsenenschutzrecht, der praktisch unbestritten ist, ausser

17 Das BGB hatte mit der Schuldrechtsmodernisierung die bis dahin privaten Marginalien erst integriert, also in ähnlichem Sinne Fassadendetails verbessert.

18 Pascal Ancel, Der französische Code civil im Jahr 2005 – Monument oder Gespenst?, in: Juridica International (Tartu) X/2005, S. 35 ff., zu einem schon fast bedrohlich wirkenden 200-Jährigen, der allerdings bei näherem Zusehen durchaus *contenance* und Stil bewahrt hat.

dass er noch einige terminologische Verschlimmbesserungen nach sich ziehen soll[19]) «abgeschlossen» werden soll.

Das ZGB ist allerdings besonders deshalb ein modernes Gesetz gewesen und geblieben, weil Eugen Huber Fragen gestellt und Themen aufgegriffen hatte, die damals ausgesprochen fortschrittlich (im Einzelnen heute möglicherweise überholt), in der Denkweise jedenfalls zeitlos-modern waren und heute noch Gültigkeit beanspruchen können. Auf einige Merkpunkte ist kurz – rein illustrativ – im Folgenden einzugehen.

2. *Beispiele für die hundertjährige Modernität des ZGB*

Ein Gesetz konnte sich überhaupt nur deshalb über drei der hektischsten Generationen der Menschheitsgeschichte hinweg halten, weil es konzeptionell flexibel war, der Gesetzgeber bereit war zu anerkennen, dass seine Arbeit immer unvollständig, das Leben immer in Entwicklung begriffen sein werde.[20] Der heutige Gesetzgeber ist da viel schüchterner, neigt viel eher zu einer Überreaktion, anstatt die sich wandelnden Realien zu anerkennen und offen

---

19 Die beabsichtigten terminologischen Retouchen bei Art. 13 und 14 ZGB wären nach meinem Empfinden noch einmal zu überdenken: Wie in der Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht (BBl 2006 7023, Ziff. 1.3.12) richtig erkannt wird, werden auch übertünchte Begriffe wieder stigmatisiert und stigmatisierend wirken, sobald ihre (angeblich!) negative Konnotation erkannt wird; es will deshalb nicht einleuchten, was die «terminologische Anpassung des deutschen Textes» (BBl 2006 7094 Ziff. 2.4.1 zu Art. 13) soll, denn der eher grässliche und der schweizerischen Terminologie nicht vertraute Begriff der Volljährigkeit verhindert nicht, dass Fälle fehlender Handlungsfähigkeit zu benennen sein werden, was in Art. 13 einfach durch die Formulierung «Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig, urteilsfähig und nicht umfassend verbeiständet ist» erreicht würde.

20 Siehe allgemein dazu Peter Gauch, in seinem «Vorwort zum sozialen Vertragsrecht», in: Amstutz et al. (unten Fn. 39), S. 1 ff. – Es ist hier nicht der Ort, ein *rechtsmethodisches Traktat* zu schreiben, doch ist zu betonen, dass der geschichtliche Verlauf im 20. Jahrhundert in der Schweiz und in Deutschland gänzlich andere Konstellationen vorfand; in der BRD gelegentlich harsch geäusserte Kritik an gerichtlicher Feinjustierung und Gesetzgebung durch Generalklauseln (z.B. Bernd Rüthers, Zwischenruf aus der methodischen Wüste: «Der Richter wird's schon richten» (?), JZ 2006 958 ff.) ist verfehlt: Dass das Gericht es richten muss – die «Feinjustierung» sachverhaltsbezogen vornehmen muss – ist *auch* eine Methode, die sich in der direkten Demokratie durchaus bewährt hat; gewiss ist richtig, dass Gesetzesbindung des Gerichts eine Selbstverständlichkeit ist – in den Gerichten hausen keine höhere Wesen –, aber mit den gesetzlichen Bestimmungen («Normen») muss gearbeitet, sie müssen als bloss generell-abstrakt konzipiert auf den individuell-konkreten Sachverhalt angewendet werden. Gesetze sind nicht einfach mit unumstösslicher Sicherheit «da», und es zeigt die praktische Erfahrung, dass oft nicht mit absoluter Sicherheit prognostiziert werden kann, wie das konkrete Urteil lauten wird – oft sind auch die Experten (fachliche und methodische) ihrerseits nicht gleicher Meinung, und dies mit je durchaus plausiblen Gründen. Gerichte (und Behörden: siehe Fn 6) sind als dritte Gewalt berufen, die abstrakten Gesetze konkret zu vollziehen.

zu begleiten. *Keinen Aktivismus* zu entfalten *bedeutet nicht Nichts-Tun,* sondern die bestehende Rechtslage zu analysieren und danach zu handeln; lässt sich dann (was nur sehr selten der Fall ist) wirklich keine Lösung finden, so sind gesetzgeberisch knapp und klar die Merkpunkte zu markieren, die Detailausgestaltung aber ist dem Alltag zu überlassen.[21]

Das heute in Mode gekommene punktuelle Intervenieren stört die Symmetrie der bestehenden Gesetzesarchitektur. «Alte» Regeln können nach Art. 1 ZGB angepasst werden – «neue» sind noch an den aktuellen gesetzgeberischen Willen gebunden, der sich sehr feinziseliert geäussert hat und damit den Eindruck erweckt, eine «vollständige», ihrer Intention nach lückenlose Ordnung getroffen zu haben, die einer Weiterentwicklung nach Art. 1 ZGB nur sehr eingeschränkt zugänglich ist. Damit können neue Normen mit veränderter Gesetzgebungstechnik in einer Welt, die sich deutlich rascher und unerwarteter verändert, unter Umständen mehr und rascher weitere Probleme schaffen, als sie eigentlich lösen.

Es ist deshalb daran zu erinnern, dass das ZGB zur Zeit seiner Entstehung namentlich in *Gender*-Belangen für die damalige Zeit zwar nicht maximale, aber doch durchaus fortschrittliche Positionen verankert hatte.[22] Ob nicht in jeglicher Diskussion zwischen «Interessengruppen» (nebst den je treusorgenden Müttern und Vätern und Vätern und Müttern auch Mieter- und Hauseigentümerverbände, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) bisweilen zu sehr propagandaträchtige Maximalpositionen verfochten werden und damit das Trennende vor das Gemeinsame, die Bewahrung eines historisch erkämpften oder propagandistisch etablierten status quo über die unabdingbare

21 Typisch, dass gesetzgeberischer Aktivismus durch tragische und zugleich medienwirksame tödliche Hundebisse oder Vergewaltigungen unter Jugendlichen ausgelöst wird – Probleme, die ganz ohne Zweifel bestehen und Reaktion erfordern, wofür allerdings Instrumente wie Tierhalterhaftung, jugendstrafrechtliche Massnahmen bzw. Schutzmassnahmen zur Verfügung stehen, die möglicherweise *nicht exakt* auf diesen Fall zugeschnitten, aber *sinnvoll* (mutatis mutandis) auf eine (allenfalls neue) Konstellation anzuwenden sind.

22 Es heisst zu dieser Frage in einer Publikation der damaligen Frauenvereine (Le nouveau Code civil et les femmes suisses, Simples Directions, publiées par l'alliance nationale de sociétés féminines suisses, Lausanne 1911), dass zwar «nous n'avons pas, il est vrai, obtenu la totalité de ce que nous espérions obtenir, mais il y aurait de l'injustice de notre part à ne pas tenir compte des points qui constituent un progrès réel sur la situation qui nous était fait jusqu'ici» (S. 3 f.). Siehe dazu auch Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4. Band, Basel 1893, S. 290 ff.

weitere Entwicklung gestellt wird[23] – *la vie continue...* Der Streit um bestehende Positionen und vergangene Fehler ist eine kontemplative Nabelschau, welche die nötige Entwicklung massiv behindern kann.

II. Über den Zyklus der Gesetzgebung

Eine erste Frage ist, ob *das ZGB von Art. 1 bis 977 heute überhaupt noch entstehen könnte?* Zudem: Wann ist die Revisionstätigkeit «abgeschlossen»?[24] *Wann ist ein Gesetz fertig?* Wann hat Gesetzgebung ihr Ziel erreicht? Wann kann der Gesetzgeber sich altershalber oder weil ihm die Arbeit ausgegangen ist zur Ruhe setzen? Die Antwort ist bekannt: Nach Ausserkraftsetzung der Rechtsordnung und Eintritt der Anarchie. Insofern werden immer nur einzelne Schritte beendet, die Wanderung aber ist (hoffentlich) endlos. Immerhin mag es Rastplätze geben. Wünschbar wäre auch, dass die Etappen einigermassen unstrapaziös sind, sich aber dennoch in einen vernünftigen Routenplan einordnen, ausgewogene Anforderungen stellen. Insofern kontrastiert die (einschliesslich ihrer Vorarbeiten) seit bald zwei Generationen andauernde Revision des Familienrechts in erschaudernder Weise zur Huberschen Arbeit aus einem Guss. Ob Huber ein gesetzgeberischer Einmann-«Diktator» war und die heutige demokratische Gesetzgebungsexpertokratie[25] ein Hemmnis ist? Weder noch – sicher nicht.

An der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert waren ganz einfach die gesetzgeberischen Ressourcen noch schmaler, der Anteil jener, die im ersten Wirtschaftssektor die Ernährung der Bevölkerung zu garantieren hatten, noch höher, und der Anteil jener, die sich dem Luxus von Gerechtigkeit widmen konnten, noch geringer als an der Schwelle vom 20. zum 21. Jahrhundert. Vermutlich bestand noch eher die Tendenz, eine plausible Arbeit zu akzep-

---

23 Zu dieser als Folge des falschen Geschlechts des Verfassers eigentlich nur politisch unkorrekt abzuhandelnden Frage ein Zitat aus unverdächtiger Quelle (nämlich SIGRID WEIGEL, Editorial zu Trajekte Nr. 14 (7. Jg., April 2007, Berlin, Schwerpunktnummer zu «Erbe – Erbschaft – Vererbung», S. 2 f., 3): «Die öffentliche Debatte signalisiert einen deutlichen Mangel kulturwissenschaftlicher Expertisen der Gegenwart. Während viele Soziologen sich mit ihren überwiegend empirischen Methoden seit langem um eine zeitgemässe Analyse veränderter Lebensverläufe, Altersbegriffe, Familien- und Generationsverhältnisse bemühen, stehen die Kultur- und Geisteswissenschaften bislang zumeist mit leeren Händen da, wenn es um drängende Fragen von Gegenwart und Zukunft geht. Dabei wird niemand behaupten wollen, dass Generationen und Familienbande, dass Alter und Geschlecht nicht in den Themenkreis der *Human*wissenschaften gehören. Insofern müssen diese sich die Frage vorlegen, ob sich nicht über das Interesse an Differenz und Genderfragen, über subtilste dekonstruktive Lektüren und den Import postkolonialer Theorien ihr Blick für die Gegenwart getrübt hat.»

24 Soeben bei Fn. 19.

25 In etwas freundlicherer Formulierung (und grundlegender Form) zum Thema siehe LUC THÉVENOZ, Réflexions sur le rôle de l'administration, des experts et des milieux intéréssés dans la réforme du droit privé, in: FS Petitpierre, Zürich 2006, S. 105 ff.

tieren, als die Erwartung, eine Erweiterung der Expertengruppe oder die Aufspaltung der Reformvorlage werde zu einem noch perfekteren Ergebnis führen[26] – mit dem Risiko, kein Ergebnis zu haben, oder erst nach Jahrzehnten eines, das nur politischer Kompromiss ist, der allerdings ob aller Selbstverliebtheit nicht bemerkt hat, dass eine erste Nachführung an die gesellschaftliche, technische oder wirtschaftliche Entwicklung bereits längst geboten gewesen wäre... Was dann dazu führt, dass die «Halbwertszeit» heutiger Gesetzgebung[27] deutlich abgenommen hat.

Allerdings hatte der Gesetzgeber jene Wartefristen, die er scheidungsunwilligen Ehepaaren auf das Jahr 2000 hin glaubte zumuten zu sollen, noch vor Ablauf dieser Wartefrist halbiert – fühlt sich mithin für seine Tätigkeit an keine Warte- (Reflexions-)Fristen gebunden. Ob dies bessere gesetzgeberische Erkenntnis oder tagesaktuelle Hektik war, bleibe dahingestellt. Die Dynamik der zwischenmenschlichen Beziehungen hat jedenfalls das Familienrecht und mit ihm die Gesetzgebung erfasst, und es scheint zweifelhaft, ob jede Detailänderung wirklich geboten war. Gleichzeitig stellt sich nämlich die Frage, ob all jene Entwicklungen an Hand genommen wurden, die ihrerseits geboten wären – ich spreche hier das Problem des familienrechtlichen Innominatkonstrukts des Konkubinats[28] an, dessen Berührung der Gesetzgeber weit mehr zu fürchten scheint als die stiefväterlichen Annäherungsversuche gegenüber knapp 18-jährigen Stieftöchtern.[29] Leise zu bedauern ist, dass die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften zu weiterer Gleichbehandlung ungleicher Gegebenheiten führt: Während die Steuer- und teilweise die Sozialgesetzgebung kinderlose Ehen und Synergieeffekte gemeinsamer Haushalt-

---

26 Ohne auch nur einen empirischen Beleg anführen zu können, funktioniert die Dynamik ja doch tendenziell in die Richtung, dass ein Paket von hundert Artikeln eher integral «geschluckt» (oder über zwei streitige Punkte diskutiert) wird, während ein einzelner Artikel wie ein Neugeborenes von allen rundum beäugt, betätschelt und betratscht wird.

27 So Ingeborg Schwenzer, Registerscheidung?, in: FS für D. Henrich, Bielefeld 2000, S. 533 ff.; die «Halbwertszeit» wurde dort von ihr (S. 533) noch auf zehn Jahre beziffert, was mit der Revision von Art. 114 ZGB bereits deutlich unterboten wurde.

28 Ein Begriff, dessen *political correctness* gelegentlich angezweifelt wird, der sich allerdings im gängigen Sprachgebrauch längst eingebürgert und im bürgerlichen Lebensverlauf dasselbe getan hat – seit Schwule und Lesben sich durch den Gebrauch eben dieser Begriffe nicht mehr diskriminiert fühlen, kann auch «Konkubinat» problemlos verwendet werden und ist nur noch dann heikel, wenn es sich um ein Konstrukt hollywood'scher Drehbuchdramaturgie (sog. Ehebruchs-Konkubinat) handelt, nicht aber bei der partnerschaftlichen Lebensform unverheirateter Hetero- oder nicht eingetragener Homosexueller Paare.

29 Vgl. den (richtigen) BGE 128 III 113 und die fast hysterisch-ehefreundliche Beseitigung des Ehehindernisses der Schwägerschaft (just zwecks Stieftochter-Heirat!) durch die Revision von Art. 95 ZGB (mit beschleunigter Inkraftsetzung ein Jahr vor Inkrafttreten des PartG). Der *sozialhilferechtliche Alltag* (ein Gebiet mit engem Bezug zum ZGB, aber weit geringerem Interesse: siehe unter E.II.3) wäre da um gesetzgeberisches Vorspuren durchaus denkbar (s. die Konstellation von BGE 2A.271/2006, 17.4.2007, E. 3 f.).

führung unabhängig vom Zivilstand differenziert behandeln, hat der «Anpassungswille» Gleichgeschlechtlicher – deren «Sturm auf die Ehe» – verunmöglicht, auf zivilrechtlicher Ebene losgelöst von der Frage der geschlechtlichen Orientierung eine stärkere Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten unterschiedlicher Ehe- bzw. Partnerschaftstypen zu erwägen.[30] Dass nicht-eheliche Verhältnisse schon im ausgehenden 19. Jahrhundert (!) von wirtschaftlich relevanter Bedeutung waren, zeigt das klagende Votum von Lienhard am Juristentag von 1891 auf.[31]

III. Wann ist ein Gesetz «jung», «frisch», «modern»?

1. Im Allgemeinen

Wenn es auf die relevanten Zeitfragen sinnvolle Antworten gibt bzw. solche sich modo legislatoris nach den Regeln von Art. 1 ZGB gewinnen lassen.

Aber *muss ein Gesetz überhaupt jung, frisch modern sein?* Einerseits *ja,* weil es auf die relevanten Zeitfragen sinnvolle Antworten geben muss. Anderseits *nein, oder jedenfalls nur sehr beschränkt,* weil es nicht einfach der Tagesaktualität hastig folgend Einzelfragen nachzujagen hat, sondern Kontinuität und Stabilität der Rechtsordnung gewährleisten muss (die deren eigentliche Rechtfertigung sind, da einer hektisch oszillierenden «Ordnung» die stabilisierende Qualität von Recht, die Rechtssicherheit, fehlt[32]).

Die an der Gesetzgebung politisch, als ExpertInnen oder sonst wie näher interessierten Beteiligten haben mithin einerseits eine Triage durchzuführen, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf angezeigt sei (Eintretensfrage), und dann den Inhalt des Gesetzes zu bestimmen (Detailberatung).

---

30 Es geht keinesfalls um Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, sondern um *Gleichbehandlung nur gleicher Tatbestände;* auch bei hetero-sexuellen Paaren wäre z.B. vermehrt zu prüfen, ob eine «Designer-Adoption» vorab elterlicher Eigenliebe dient oder fremdnützig ist.

31 LIENHARD ZSR 1891 (NF Bd. 10), S. 623: «Die Ansicht, dass damit [nämlich Unterstellung unter die erbrechtliche Ordnung des ZGB – die «Dekodifikation» hatte schon über zwanzig Jahre vor Inkrafttreten des ZGB begonnen!] die Lebensversicherung zu einer Schenkung auf den Todesfall werde und dem Rechte der letztern zu unterwerfen sei, ist abzuweisen. Sie würde dem Zwecke des Geschäfts zuwiderlaufen und zum *Ruine der Lebensversicherung* führen. Achtzig Procent der Capitalversicherung auf den Todesfall werden nur geschlossen, weil der Versicherungsnehmer damit für dritte Personen sorgen kann. Würde ihm diese Möglichkeit genommen, so würde er den Vertrag gar nicht abschliessen.» (Hervorhebung vom Verf.; man beachte, dass offenbar schon Ende des 19. Jahrhunderts ein erheblicher «Erbrechtsumgehungsbedarf» bestand...). Siehe JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A. Bern 2002, § 13 Rz. 30.

32 Die Ordnung soll widerstandsfähig sein «gegen die Tagesströmungen, die sonst nur zu sehr geeignet sind, das Recht in ewigem Durcheinander umzugestalten und nach Launen und Sonderinteressen auszulegen.» (EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, 2.A. Basel 1925, 449, s. ferner allg. 319 ff.).

Welche Anforderungen sind damit an das ZGB und seine weitere Entwicklung zu stellen?

Dazu kann kein 100jähriger Kalender aufgestellt werden. Die Agenda wird nicht geplant, sondern vielfach diktiert – es sei nur etwa an die durch naturwissenschaftliche/medizinische Entwicklungen nötig gewordenen gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich fortpflanzungs- und allgemein medizinischer Fragen erinnert, die im FMedG und im Transplantationsgesetz und zugehörigen Verordnungen die Regelungsdichte beträchtlich erhöht haben, ohne dass ein Ende gesetzgeberischen Handlungsbedarfs oder auch nur sichere Pläne für die weitere Entwicklung absehbar wären. Neben den pendenten erwachsenenschutz- und sachenrechtlichen Reformprojekten[33] dürfte – abgesehen von weiteren Nach- und gelegentlich Verschlimmbesserungen des Scheidungsrechts die bereits erwähnte *Konkubinatsgesetzgebung* ein unausweichliches Thema werden.[34]

2. *Die Stabilität insbesondere*

Die Frage nach der Stabilität als Grundvoraussetzung einer funktionierenden Rechtsordnung – als fundamentales Element des Begriffs «Recht» und der Akzeptanz von Recht – ist hier nicht näher zu thematisieren. Allerdings ist Recht Tradition, wird weitergegeben, und zugleich auch die Verantwortung für Rechtssetzung an kommende Generationen übergeben. Das Verhältnis der Generationen ist allerdings spannend – könnte zunehmend gespannt werden. Denn nicht nur im Erbrecht leben zumindest drei Generationen gleichzeitig, sondern auch die Töpfe von Bildungs-, Familien-, Wohnfinanzierung, von Sozialversicherung und beruflicher Vorsorge werden umschwärmt von in ihren Anliegen konkurrierenden Generationen.

---

33 Zu diesen Bénédict Foëx in diesem Band, S. 287 ff.

34 Siehe oben bei Fn. 28. – M.E. in dem Sinne, dass bei gemeinsamen Kindern mindestens subsidiär gegenüber allfälligem stiefelterlichem Beistand (Art. 278 Abs. 2 ZGB) über den Rahmen von Art. 295 ZGB hinaus für eine Übergangszeit ein minimaler Unterhaltsbeitrag für die durch Kindesbetreuung anfallenden Mehrkosten bzw. entgehenden Erwerbschancen zu leisten wäre; zudem erscheint wenig überzeugend, dass vorsorgerechtlich berechtigte Überlebende aus Paarbeziehungen nicht auch (z.B. nach analogen Kriterien, wie sie Art. 125 ZGB für nachehelichen Unterhalt aufstellt) erbrechtlich ein Rentenvermächtnis zusteht. Eine solche These aufzustellen impliziert allerdings, bei Auflösung einer *Status*-Beziehung (ebenfalls nach den Kriterien von Art. 125 ZGB) durchaus an gewissen wirtschaftlichen Folgeleistungen festzuhalten: «Was nichts kostet, ist nichts wert» – eine «gebührenlose Entsorgung» des Status beeinträchtigt dessen Wert und erleichtert nicht die Scheidung (weil die Synergieeffekte gemeinsamer Haushaltführung entfallen und zugleich höhere Kosten anfallen, zudem negative Empfindungen belasten), gefährdet aber den «Vertragserfüllungswillen», der zwar – weil es sich um persönlichkeitsrechtliche Verpflichtungen handelt – nicht erzwungen werden kann, allerdings dennoch grundsätzlich zu fordern ist, um nicht den Grundsatz *pacta sunt servanda* aufzuweichen.

Dieses Verhältnis unter den Generationen hat sich seit dem ausklingenden 19. Jahrhundert massiv und wohl nachhaltig verschoben, weshalb einige nähere Überlegungen zu den damit verbundenen Fragen angezeigt sind (unten lit. D).

IV. Wie hat sich das ZGB konkret Jugendlichkeit und Stabilität bewahrt?

Seine verständliche Sprache und klare Gliederung[35] machen das ZGB grundsätzlich zu einem modernen, nach wie vor einigermassen übersichtlichen Gesetz. Wäre die bisherige Geltungsdauer in grössere Etappen zu strukturieren, so müsste man wohl

- nach einer *ersten ruhigeren* Phase der Harmonisierung der Rechtsprechung in den Kantonen, des Sich-Vertraut-Machens mit dem damals neuen Recht, und einzelnen eher geringfügigen Anpassungen,
- eine *zweite* Phase der *Modernisierung in Umwelt- und Eigentumsbelangen* nennen, geprägt durch das Oftingersche Werk «Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts»,[36]
- sodann eine *dritte* und einstweilen letzte Phase insbesondere *familienrechtlicher* Anpassungen (zu diesen näher[37] unten D[38]), welche über Art. 20 ZGB und dessen erb- (und letztlich sozial- und vorsorge-)rechtlichen Bezüge *weit ausstrahlen*.

Die *Entwicklung des ZGB* darf aber *nicht losgelöst von jener des OR* betrachtet werden. Klammert man den handelsrechtlichen Bereich aus, hat das OR seine entscheidenden Ergänzungen im Bereich des *Sozialschutzes* erfahren (Arbeits-, Mietrecht; Konsumentenverträge, Haustürverkäufe und Partnervermittlung, Pauschalreisengesetz, um nur einige Beispiele zu nennen[39]). Dieser Sozialschutzgedanke ist allerdings nichts anderes als eine Konkretisierung

35 Dazu aus unverdächtiger Quelle statt aller Ivy Williams, The sources of Law in the Swiss Civil Code, Oxford 1923, S. 24 f. und passim.

36 Karl Oftinger, Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts, Zürich 1956 (sozusagen zum halben Millenium), insbes. S. 16–41, 70 (zum Wohnlärm), S. 118 ff. (zum Fluglärm) und passim.

37 Dazu allgemein etwa W. Pintens, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, FamRZ 2003 329–336, 417–425, 499–505. Zu nationalen und internationalen Entwicklungsverläufen und -perspektiven des Familienrechts ferner insb. I. Schwenzer, Familienrecht im Umbruch, ZBJV 1993 S. 257–276; C. Hegnauer, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, FamPra.ch 2000 S. 1–23; H. Hausheer, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, ZBJV 2003 S. 585–636. Nach wie vor wichtig auch H. Dörner, Industrialisierung und Familienrecht, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung Bd. 30, Berlin 1974.

38 Sowie im Beitrag Caterina Nägeli in diesem Band, S. 1 ff.

39 Siehe dazu statt aller Marc Amstutz, Andreas Abegg und Vaios Karavas, Soziales Vertragsrecht – Eine rechtsevolutorische Studie, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 44, Basel 2006.

von Art. 2 und 3 ZGB bzw. von Art. 4 ZGB insofern, als gerichtliches Ermessen die Vertrags- (bzw. im ZGB die Beziehungs-)parität zu würdigen hat. Dass zur Verwirklichung des Gleichheitsprinzips im Sinne der Chancengleichheit Abweichungen von einer rein «mathematischen» Gleichheitsordnung erfolgen müssen, weil bei ungleicher Ausgangslage Gleichheit unter Umständen nur durch Einsatz eines «Wertberichtigungsfaktors» erreicht werden kann, ist an sich durch den im Verfassungsrecht gängigen Satz umschrieben, wonach Gleichheit erfordert, dass zwar Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches aber nach Massgabe dieser Ungleichheit ungleich zu behandeln sei. Schutz des Schwächeren ist im ZGB vorgegeben, insbesondere im Kindes- und Vormundschaftsrecht, aber auch in zahlreichen Detailbestimmungen (z.B. Art. 553 Abs. 1 ZGB, wonach bei Vorhandensein eines bevormundeten Miterben obligatorisch ein Inventar aufzunehmen ist), und es ist dieses Konzept, welches erlaubt hat, die «Modernität» kontinuierlich zu bewahren.

D. Zur Demographiedebatte – Rückkoppelungen gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Entwicklungen auf die Generationenbeziehungen im Familien- und Erbrecht

I. Die Entwicklung der Rahmenbedingungen

Das durch das Familienbild des ausklingenden 19. Jahrhunderts geprägte (gesetzliche) Erbrecht hat sich als ausserordentlich stabil (und auch stabilisierend) erwiesen.[40] Obwohl in den Grundzügen bewährt, haben sich allerdings die Parameter sowohl auf der *Ebene des Individuums*[41]

- *persönliche Ebene* (Vorhandensein und Breite eines persönlichen/familiären Netzwerks – gesteigerte Bedeutung frei gewählter statt «anerzogener»

40 «Stabilität» kann auch negativ konnotiert sein (im Sinne von: kaum entwicklungsfähig) – «stabilisierend» bringt aber hier im Sinne der Ausführungen im vorangehenden Kontext zum Ausdruck, dass (berechtigtes) Vertrauen in absehbare Abläufe geschützt wird. Da der Tod als einmaliges und einschneidendes Ereignis über die Generationen hinweg fortwirkt – mithin das Wissen um die Abläufe bei Ereignissen wie Geburt, Heirat und Tod sich seinerseits relativ langfristig über Generationen hinweg vererbt –, ist solche Absehbarkeit für den rechtsgeschäftlichen Verkehr ein Sicherheitsmerkmal.

41 Eugen Huber (Fn. 22), S. 281 ff., 281: «Die ganze Privatrechtsgeschichte zeigt eine andauernde Steigerung des Rechts der einzelnen Personen»; S. 297: «... in allen diesen Beziehungen handelte es sich um Umbildung bereits bestehender Institute im individualistischen Sinne». Eine Entwicklung, die allerdings auch in einer (Über-) Steigerung des *Individualismus* kumulieren kann (s. dazu auch hinten E.IV.1), welche das Prädikat «Ego-Gesellschaft» verdient (z.B. Lukas Gschwend, Individualisierung als juristisches Entwicklungsprinzip?, in: FS Juristentag 2006, Zürich 2006, 3 ff., 4.

Kontakte, veränderte Lebens-/Wohnformen, Freizeitverhalten, ökonomischer Spielraum),

- *Lebensdauer* (massiv erhöhte Lebenserwartung; Verschiebung der Lebensphasen wie Ausbildungs-, Familien-/Erwerbs- und danach verbleibende Lebenszeit),[42]
- *Bindungsverhalten* (weder sozio-kultureller noch wirtschaftlicher Druck zu bestimmter Lebens- oder Partnerschaftsform bzw. in hoffnungslosen working-poor-Konstellationen Fatalismus ohne Druck zu chancenloser Eigenverantwortung),
- *berufliches Umfeld* (örtliche[43] und fachliche Mobilität, lebenslange Weiterbildung mit erhöhter Wahrscheinlichkeit von Neuorientierung mit Rückkoppelung auf weitere Lebensbereiche)

wie auch im *gesamtgesellschaftlichen Kontext,* der zugleich den heute weiter gefassten Rahmen individueller Entfaltung prägt, namentlich bezüglich

- Mobilität in räumlicher und manchmal gar weltanschaulicher Hinsicht,
- verbesserte Bildung mit erhöhter Chance zu persönlicher und fachlicher Weiterentwicklung
- insgesamt verbesserte Wohlstandssituation (nicht unbedingt in einer rein ökonomischen Betrachtungsweise, aber bezogen auf Gesundheit, Ernährung, soziale Sicherheit, Unterhaltung und Freizeit),
- Verschiebung von Verantwortung von Individuum/Familie zu Staat bzw. staatlich vorgegebenen Vorsorgestrukturen

massiv verändert. Verändert hat sich aber auch die *Persönlichkeitsstruktur* mancher ZeitgenossInnen: ob staatliche Sozialleistungen, familiäre Unterhaltsansprüche oder erbrechtliche Anwartschaften – es dominiert weniger Dankbarkeit oder Schicksalsergebenheit als Planungswille und ein Anspruchsdenken; früher weniger hinterfragte, im geschlossene(re)n familiären Verband selbstverständliche emotionale Leistungen (Betreuung von Angehö-

42 Ohne maliziösen Unterton sei allerdings doch an den in der politischen Diskussion über einige Jahre verwurzelten geflügelten Begriff der «Kneschaurek-Studien» hingewiesen: Ob die extrapoliert errechneten Zukunftsperspektiven und Altersfinanzierungslücken eintreten (bzw.: in welchem Umfange sie eintreten) werden?

43 Es könnte sich z.B. in absehbarer Zeit die Frage stellen, ob der «absolut monotheistische» *Wohnsitzbegriff* von Art. 23 Abs. 2 ZGB sich weiterhin halten lässt; dass Kantone und Gemeinden über Pendlerbesteuerung nachdenken, zeigt, dass bereits auf relativ kleinen territorialen Einheiten in Frage gestellt wird, was im internationalen Kontext ohnehin schon gängig ist, bis zur Wohnsitzlosigkeit (die es zwar «gesetzeslogisch» nicht geben, die aber praktisch von den in Fn. 95 genannten Kreisen herbeigeführt werden kann).

rigen) werden entweder in Geld aufgewogen oder auch in ihrer Bedeutung überhaupt in Frage gestellt.[44]

II. Das gesetzliche Erb- und das Pflichtteilsrecht in einer sich atomisierenden Familienstruktur

Dass in der Rechtswissenschaft insbesondere Fragen um eine Revision des Pflichtteilsrechts wie auch von Teilaspekten der (subsidiären) gesetzlichen Erbfolgeordnung diskutiert werden,[45] könnte angesichts des bislang ausgebliebenen «Volksaufstands» als l'art pour l'art betrachtet werden: Vieles liesse sich nämlich (zwar nicht durch eine Revolution, sondern) durch ein schlichtes Testament (mit möglicherweise allfälligen Steuerfolgen, welche die Inanspruchnahme zivilrechtlicher Testierfreiheit bitter bestrafen[46]) durchaus befriedigend regeln. Es ist interessant zu beobachten, dass auch in Zeiten höchster Scheidungsraten nach wie vor die Ehegattenbegünstigung zentrales Anliegen geblieben ist. Auch in der «modernsten» Lebensform, nämlich den gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, war zentrales Anliegen, die partnerschaftliche Intimität in einer stabilen emotionalen Kerngruppe durch erbrechtliche Begünstigung in Analogie zum «uralten» Ehemodell zu bestätigen.

---

44 Es ist allerdings absehbar, dass der Druck der Pflegekosten (und die Kostenvorteile familiärer Pflege) zu einer Neuorientierung führen, welche den persönlich erbrachten Einsatz von Angehörigen quantitativ adäquat bewertet: Gefordert sind einerseits das Sozialversicherungs- und anderseits das Erbrecht; diesbezüglich ist in Deutschland im Jahre 2007 durch das Bundesministerium für Justiz ein Reformprojekt anhand genommen worden (siehe *www.successio.ch*).

45 Zuletzt Heidi Stutz, Tobias Bauer und Susanne Schmugge, Erben in der Schweiz – Eine Familiensache mit volkswirtschaftlichen Folgen, Zürich 2007; siehe ferner etwa im Rahmen des 64. Deutschen Juristentags 2002 in Berlin, insb. die Gutachten A (Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten) und B (Sozialrechtliches Teilgutachten) von Dieter Martiny bzw. Maximilian Fuchs, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?, München 2002, A1–A120 bzw. B1–B65; Übersicht in JZ 2002 S. 785–848.

46 Es ist hier nicht über die Rechtfertigung einer Erbschaftssteuer zu diskutieren (da es letztlich politische Frage ist, ob und wie viel an Steuern zu Lebzeiten oder erst post festum bezogen werden). Dass aber das Steuerrecht die (zivilrechtlich zugelassene und oft geradezu vorausgesetzte) individuelle Regelung durch den Erblasser dann *sanktioniert*, wenn er von der gesetzlichen Ordnung abweicht, ist in einer Epoche, die weit über den familiären Verband hinausgehende persönlich-emotionale Netzwerke kennt (und voraussetzt), stossend, und es wäre zumindest die Tarifstaffelung zu reflektieren, allenfalls nebst dem schieren Status auch auf zu Lebzeiten gepflogene Verhältnisse abzustellen (ausserhalb des Status erbrachte lebzeitige Unterhaltsleistungen oder Betreuung innerhalb der Familie entlasten öffentliche Kassen und verdienten [erbschafts-]steuerliche *Privilegierung*).

1. Soll unter diesen Umständen über das Erbrecht nachgedacht werden?

Ja, und zwar in verschiedener Hinsicht – nicht im Sinne einer grundsätzlichen Neukonzeption, sondern einer Nachführung an die veränderten Rahmenbedingungen auf allen Ebenen:

(a) Es stellt sich schon rein terminologisch die Frage, ob der juristische *terminus technicus* (Titel des dritten Teils des ZGB) «*Erbrecht*» im allgemeinen Sprachgebrauch nicht zu sehr nach «Rechten der Erben», einem «Recht (oder gar: Pflichtteils*anspruch)* aufs Erbe» klingt als nach dem Übergang von Rechten *und Pflichten* im Rahmen der erbrechtlichen Universalsukzession, der Nachfolge der in einem Nachlass durch den Erblasser oder durch das Gesetz *als verantwortlich bezeichneten* Personen. «Erben» ist nicht so sehr Privileg (dieses besteht im Nettonachlass abzüglich emotionaler Kosten nach Trauer, Umtrieben und möglicherweise Konflikten) als *Verpflichtung.*[47] Universalsukzession bedeutet ein «Aufräumen» – öffentliche Ordnung und funktionierende Rechtsordnung verlangen, dass nicht herrenloses Gut verstreut liegen bleibt und Rechnungen für geleistete Dienste auch nach dem Tod des Auftraggebers noch bezahlt werden. Diese Verantwortung wird in einer anonymeren Gesellschaft, welche der Familienehre nicht mehr gleichen Stellenwert einräumt, u.U. nicht mehr mit gleicher Konsequenz wahrgenommen (Art. 566 ff. ZGB: Ausschlagung einer Erbschaft). Obwohl das gesamte Nachlassvolumen massiv zugenommen hat,[48] hat auch die Zahl von wirtschaftlich unbedeutenden Nachlässen, die zwar Verpflichtung, aber eben nicht Privileg sind, massiv zugenommen. *Erbrecht ist nicht nur Quelle von Wohl-*

---

47 Und zwar in einem *grösseren Zusammenhang einer evolutorischen Tradition unter Generationen*, die *Wissens- und Kulturtransfer einschliesst* (z.B. auch in Form von Infrastrukturanlagen: der SJV feiert den 100. Geburtstag des ZGB in Luzern, dem Sitz der seinerzeitigen Kreisdirektion II der SBB [der heutigen sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts], und es fällt das Jubiläum des ZGB zusammen mit dem Jubiläum «125 Jahre Gotthardbahn», die aus dem heutigen Gerichtsgebäude verwaltet worden war): Siehe zu solchen – bei einer rein juristischen Perspektive oft etwas vernachlässigten – Interdependenzen etwa SIGRID WEIGEL, Erbe, Erbschaft, Vererbung – Überlieferungskonzepte zwischen Natur und Kultur, in: Trajekte Nr. 14 (oben Fn. 23), S. 7 ff. Ohne hier auf die «*Erbrechtsrechtfertigungsdiskussion*» näher eingehen zu können, seien die im volkswirtschaftlichen Interesse liegende, zwar bisweilen eher statisch-retardierend wirkende, oft aber doch auch beruhigende *Stabilität* und kontinuierliche *Absehbarkeit der Verhältnisse* betont: Wo der Nachlass nicht nur Konsum-, sondern auch (betriebliche) Investitionsgüter umfasst, ist «Erben» nicht einfach «Bereicherung», sondern Pflicht (vgl. dazu aus soziologischer Sicht weitere Anregungen bei GHIRARDELLI, Die Leiden der jungen Erben, in: Die Erbengesellschaft, Kursbuch 135/März 1999, Berlin 1999, S. 21–32, 27 f., ferner JENS BECKERT, Unverdientes Vermögen – Soziologie des Erbrechts, Frankfurt/M. 2004).

48 Die Fundstellen sowohl für Deutschland wie die Schweiz sind hier nicht im Einzelnen wiederzugeben – unabhängig vom konkreten Betrag ist nämlich entscheidend, dass die gewaltige volkswirtschaftliche Hebelwirkung des «automatisierten» Vermögensübergangs wirklich reibungslos (im physikalischen Sinne: ohne Reibungsverluste, z.B. Kunden- und Arbeitsplatzverluste bei Umsatzeinbrüchen im Zuge gescheiterter Unternehmensnachfolgen) erfolgt.

stand, sondern auch Debitorenrisiko, dessen volkswirtschaftliche Bedeutung noch kaum erfasst ist (und – da die «Planungsindustrie» an den «Mini-» und «Defizit-Nachlässen» kaum interessiert ist – auch kaum thematisiert wird). Das ist – zumindest für kleinere und mittlere Unternehmen – eine volkswirtschaftliche Schlüsselfrage, deren rechtlicher Rahmen zu klären ist.

(b) Die erhöhte Lebenserwartung in einer globalisierten, mobilen Gesellschaft ist auch auf das Beziehungsverhalten nicht ohne Einfluss geblieben. Möglicherweise (oder sogar: höchstwahrscheinlich) sind ja nicht die Ehen oder gar die Menschen «schlechter» geworden, sondern es ist der «Status» bei einem Leben, das sich nicht in einmaliger Fortpflanzung biologisch schon erschöpft hat, sondern mehrere Lebensabschnitte mit je eigenen Zwängen und Chancen zu Veränderung (z.B. Berufswechsel und Weiterbildung) einschliesst, einfach nicht durchzuhalten, namentlich wenn in der gesellschaftlichen Beurteilung manchmal eher der Durchhaltewillen belächelt als Hintanstellung der eigenen Ansprüche gefordert wird. Erbrecht (sowohl das gesetzliche Erbrecht wie auch der Kern pflichtteilsgeschützter Erben) wird aber durch den zivilstandsregisterlich abgesegneten Status weitgehend bestimmt. Ist daran festzuhalten? Mit welcher Konsequenz? Was sind die Vorstellungen der Betroffenen, was ihre Handlungsalternativen?

(c) Das Ergebnis wird erlauben, die Frage nach Anpassungen des gesetzlichen Erbrechts an das Vorhandensein emotional und wirtschaftlich lebensprägender Nicht-Statusbeziehungen einerseits zu beantworten, und anderseits die Erkenntnis fördern, dass Status nicht an sich ein Privileg ist (indem der zufällig letzte Status im Zeitpunkt des Todes allein wirksam ist), sondern u.U. mehrere «Zustände» (im Sinne mehrere Lebensphasen) an Lasten und Chancen des erbrechtlichen Vermögensübergangs zu partizipieren haben: Bestehen im Zeitpunkt des Todes noch Unterhaltspflichten gegenüber früheren Statusangehörigen und (parallel) neue Statusangehörige, so führt das strikt «monogame» Erbrecht (das in solcher Situation regelmässig nicht durch individuelle Anordnungen austariert wird) zu einer einseitigen, zufälligen Ordnung: Das Eherecht basiert längst nur noch auf einer Lebensabschnittsmonogamie, das Erbrecht hingegen ist Zielfilm eines zufälligen Zeitpunkts statt Abgleichung aller relevanten Lebensvorgänge im Zeitraffer. – Dafür sind Lösungen zu entwickeln.

(d) Schliesslich stellt sich die Frage, wie in einer individualisierteren Gesellschaft, welche einerseits die Eigentums- und individuelle Gestaltungsfreiheit, einschliesslich emotionaler Anliegen, zu respektieren hat, die Beteiligten in ihrer individuellen Willensbildung geschützt werden. Das Gesetz vertraut darauf, dass die Familie Hort gegenseitiger Sympathie, von Wohlwollen und Fairness ist. Das ist Zielvorstellung, aber in einer egoistischeren, destabilisierte(re)n Umwelt letztlich widerlegbare Vermutung: Pflichtteilserben kön-

nen unvollständig informiert unvorteilhafte Auskaufverträge abschliessen, Erblasser ihren Nachlass liebdienernden Erbschleichern anvertrauen – kurzum: Konsumentenschutz gilt bei Konsumverträgen des Alltags; im weit prägenderen familiär-persönlichen Umfeld vertraut das Gesetz jedoch noch auf die hohe ethische Gesinnung eines pater familias und die treuergebene Schicksalhaftigkeit der Ansprüche seines Umfelds. Sollte im Rahmen familieninterner Verträge (bzw. von Verträgen unter emotional eng, familienähnlich verbundenen Personen) nicht (ebenfalls) über sachgerechte «Produkteinformation» nachgedacht werden? Die Bedeutung solcher Geschäfte hat zugenommen – wiederum wegen der höheren Lebenserwartung, welche einerseits die «Wartefristen» für die Erbengeneration massiv erhöht, anderseits auf Seite der Erblasser Autonomiebestrebungen im Blick auf die Planung weiterer Lebensabschnitte ohne frühere Angehörige stärkt –, wobei sich zugleich die Risiken akzentuieren. Welche Informationsansprüche bestehen lebzeitig bei Geschäften mit dem Erblasser von Todes wegen, sowohl bezüglich seiner Vermögensverhältnisse als auch seiner weiteren Lebenspläne?

(e) Es stellt sich aber auch die Frage, *wie weit Erblasser vor sich selbst zu schützen sind* bzw. öffentliche Interessen privaten Emotionen gegenüberstehen. Ist es wirklich verpönt, einen Heimträger oder gar einzelne Mitarbeiter, denen in einem letzten Lebensabschnitt noch Lebensqualität verdankt wird, erbrechtlich zu begünstigen? Verbietet das Risiko von Erbschleichereien auch dort die emotionale, freundschaftliche Zuwendung, wo sie (effektiv[49]) gewollt ist? Darf das öffentliche Interesse an Gleichbehandlung aller Heimbewohner die Eigentums-/Testierfreiheit des Erblassers beschränken? Wann ist der gealterte Mensch zu ausgewogener Bewertung seiner Emotionen noch fähig? In welchem (quantitativ beschränkten) Umfange wäre er dazu im Einzelfall allenfalls noch als fähig zu betrachten? BGE 132 III 305/315 hätte die Frage zu prüfen gehabt,[50] hat aber nur ein Schlaglicht auf einen Einzelfall geworfen: Zwar erscheint die Alleinerbeneinsetzung des Rechtsanwalts seitens einer wohlhabenden, kinderlosen, hochbetagten Erblasserin hochgradig eigentümlich; wenn sich allerdings erweist, dass die vereinsamte Erblasserin (es war

49 Wer will was überhaupt wirklich? Es wäre maliziös, die – vor allem von Strafrechtlern gepflogene – Willensfreiheitsdebatte nun gerade hier auszubreiten; dennoch: Begünstigung durch Schenkung oder Testament ist nicht naturwissenschaftlich beweisbares, prognostizierbares Phänomen, sondern emotional gesteuerte, private Willkür. Familie entsteht durch Emotion und nicht durch Recht – dieses konsolidiert und strukturiert nur die Emotionen, weshalb die (ihrerseits theorieresistente) vertragsrechtliche Lehre (zu dieser zuletzt H.C. von der Crone und P.F. Wegmann, Wille und Willensreferenz im Vertragsrecht – Eine Auseinandersetzung mit der Theorieresistenz des Rechts, ZSR 2007 I 111 ff.) nicht ohne weiteres als fixe Theorie ins ZGB übernommen werden darf.

50 BGE 132 III 305/315 i.S. des Nachlasses der Witwe Kirchbach und des von ihr begünstigten Anwalts Dr. Stauffacher: siehe *meine* Besprechung in successio.ch, 2007, S. 56 ff.

nicht ihr Rechtsberater, der etwa ein – gar nicht bestehendes – betreuerisches Netzwerk gemobbt hätte) in ihrer Exzentrizität mit ihrem seinerseits vielleicht etwas exzentrischen Berater harmoniert hat, so scheint eine (Teil-) Begünstigung zumindest nicht abwegig. Lassen sich (Allein-)Erbeneinsetzungen allenfalls quantitativ reduzieren, auf ein der Urteilsfähigkeit Hochbetagter noch entsprechendes Mass zurückführen (graduelle Testierfähigkeit), statt – sozusagen parallel zum Entzug der Fahrerlaubnis und damit der räumlichen Autonomie – gleich auch noch die Teilnahme am Rechtsverkehr auf Medikamentenlieferungen zu begrenzen? Dazu müssen sich Gerontologen und Juristen treffen.

2. *... mit welchen Folgerungen?*

Das Erbrecht als der bislang stabilste Teil des ZGB wird keine weiteren 100 Jahre in gleicher Stabilität bestehen, ohne dass allerdings auch das – gesellschaftlich weitestgehend akzeptierte – Erbrecht völlig «neu gedacht» werden müsste: Ausgehend von der *Unterhaltssicherungsfunktion* in den weitaus meisten Fällen ist auf diese zu fokussieren, indem (i) das *Pflichtteilsrecht* den veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten folgend sowohl im *Quantitativen* (tendenziell degressiver Verlauf bei grossen Nachlässen) wie in *persönlichen* Belangen (Umschreibung des Personenkreises) nuanciert wird und (ii) geprüft wird, den *Kreis der gesetzlichen Erben* behutsam-zurückhaltend über den (gesetzgeberisch bereits verengten) Kreis der reinen Status-Angehörigen hinaus zu erweitern: Weder ist einzusehen, weshalb dort, wo nachehelicher Unterhalt zuzusprechen war, dieser mit dem Tod der Pflichtigen Person von Gesetzes wegen entfallen (Art. 130 Abs. 1 ZGB) und nicht im noch verbleibenden Umfang in eine weiterhin unterhaltswahrende erbrechtliche Partizipation umgewandelt werden soll, noch überzeugt, dass in faktisch stabilen, wenn auch rechtlich ungeregelten Situationen nur sozial- und vorsorgerechtliche (nämlich konsequent *nicht-privatrechtliche)* Ansprüche bestehen. Zwar gibt es manche bewusste, aber auch sehr viele «apathische» Konkubinate; beide sind sich der biographischen Risiken und des rechtsgeschäftsplanerischen Handlungsbedarfs allerdings in der Regel (noch) nicht ausreichend bewusst – die Testierscheu bzw. die mangelnde Bereitschaft zu privater Rechtsgestaltung trotz privatrechtlich gegebener Gestaltungsfreiheit (unten E.IV.4), aber auch der beträchtliche und nicht für alle ohne weiteres zugängliche Aufwand zu individueller Regelung einer gesellschaftlichen Standardsituation, erfordert eine gesetzliche Minimalordnung, die ja nicht «Privileg» oder «Anerkennung», sondern subsidiäres «Auffangbecken» für unbefriedigende Konstellationen in privat(rechtlich)em Kontext ist, denen sich das (Privat-)Recht nicht verschliessen darf.

III. Und was bedeuten Auflösungstendenzen der Status-Familie für das Familienrecht?

1. Bedeutet (familiäre) Abstammung die biologisch-genetische, die statusmässige/registerlich ausgewiesene oder gar nur die durch persönliche Betreuung/Erziehung/Wertevermittlung erfolgte Prägung?

Im Grunde ist es doch so, dass die Parömie «Das Gut rinnt wie das Blut» Fiktion war – ausgehend von (damaligen) Kenntnissen über die (wirkliche/richtige) Abstammung, im Blick darauf, entweder (wenn es dynastisch Sinn machte) eine Abstammung behaupten zu können oder aber als «gottgegeben» hinnehmen zu müssen. Das Gut konnte nicht anders rinnen, als man glaubte, dass das Blut geflossen sei. Korrekturfaktor war – mit aufkommender Testierfreiheit – die individuelle testamentarische Anordnung. Spätestens mit Einführung der Voll-Adoption (vollständige Integration in die Adoptivfamilie; Kappen aller Bindungen – insbesondere auch der erbrechtlichen – zur Herkunftsfamilie) ist «Blutsverwandtschaft» zum blossen Romantitel geworden, rechtlich aber nur noch das Abstraktum «Verwandtschaft» zu verwenden – ob Gott, Blut, Rechtsakt oder medizinische Kunst die verwandtschaftliche Bindung geschaffen haben, ändert nichts an der Gleichwertigkeit jeder einmal erfolgten Bestimmung des Personenstands (dass dafür der Begriff Status verwendet wird, sagt eigentlich schon alles).

Der Mensch sehnt sich allerdings nach Status – wirtschaftlichem Wohlergehen, Ansehen, einem stabilen Umfeld; zugleich lehnt er Status ab, wenn dieser zu spürbarer Selbstbindung führt. Die Widersprüchlichkeit in zahllosen Biographien alltäglicher Gerichtsfälle ist evident. Dabei wird zu oft und stark ausschliesslich auf das Scheidungsrecht fokussiert. Soweit Status stabile Verhältnisse bedeutet, ist er ein ausgesprochen positiver, geschätzter Wert: Warum will der Mensch Wohneigentum erwerben? Warum beschäftigt er sich mit seiner Abstammung? Warum (und nach welchen Vorstellungen) erzieht er seine Kinder? Die persönliche, räumliche und weltanschauliche Verankerung (in welchem Kontext auch immer – irgendein Kontext allerdings ist erforderlich) erlaubt eine Befindlichkeit, die Raum lässt für Tradition, ein ausgewogenes Verhältnis unter den Generationen (womit *Wohnfragen* einen hohen Stellenwert gewinnen[51] – Erben bedeutet in den allermeisten Fällen einigermassen substantieller Nachlässe dennoch nicht mehr, als dass Budgetfreiraum zur Verbesserung der Wohn- und/oder Ausbildungsfinanzierung entsteht).

---

51 Einerseits insofern, als die *Wohnformen entsprechend den Familienformen geändert* haben: Während früher möblierte Einzelzimmer Standard waren, ist heute Wohneigentum für Singles an freizeittauglichen Trendwohnlagen stärker gesucht als Kinderspielplätze, denen die Raumplanung der sechziger und siebziger Jahre ihre Aufmerksamkeit geschenkt hatte... Anderseits

2. *Was bedeutet Status?*

Angesichts heutiger fortpflanzungsmedizinischer bzw. abstammungsdiagnostischer Möglichkeiten sind weder Sätze wie «mater semper certa est» noch eine gesetzliche Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes mehr als (widerlegbare – zudem mit äusserst geringem Aufwand und höchster Sicherheit des gefundenen Ergebnisses widerlegbare) Beweisregeln. Dennoch ist das geltende *Familienrecht Statusrecht:* alles (Pflicht zur Betreuung des Kindes, Unterhaltspflichten, Erbrecht) hängt am Status. Rechtlich ist der *Status* (abgesehen von punktuellen, detailliert eingegrenzten Ausnahmen wie der Adoption) *nicht verfügbar* – die elterliche Sorge kann nicht aufgegeben werden (sie wird behördlich entzogen, wenn Eltern ihr Kind grob vernachlässigen, gewissermassen einseitig «derelinquiert» haben, und bis zu einer allfälligen Freigabe des Kindes zur Adoption bleibt der Status trotz Entzug der persönlichen Sorge erhalten), ein «Austritt» aus der Herkunftsfamilie ist so wenig möglich wie ein Ausschluss («Verstossung»).[52] – Allerdings: Verstossung? Den Begriff kennt man doch, sozusagen als «aussereuropäische» Scheidungsvariante. In der Tat: Mit Eheschluss wird (wurde) ebenfalls eine Status-Beziehung geschaffen, welche allerdings massiv an «Unauflöslichkeit» eingebüsst hat – von «Unauflöslichkeit der Ehe» zu sprechen weckt ausserhalb sakraler Räume allenfalls noch Heiterkeit, und während zur Kündigung von Wohnräumen durch den Vermieter ein «berechtigtes Interesse an der Beendigung» nachgewiesen werden muss (Art. 271a OR), reicht bei der Ehe auch schon blosser Überdruss, unter Umständen verbunden mit gewissen Zahlungen, die von den Pflichtigen eher als Konventionalstrafe denn als an den Status anknüpfemder nach-familienrechtlicher Unterhalt empfunden werden.[53]

---

bezüglich der *Wohnfinanzierung*, die (bei Miete oder Eigentum) einen wesentlichen Teil des Familienbudgets ausmacht und deshalb bei «Kindern», die ihrerseits Unterhaltspflichten, aber noch nicht geerbt haben, zu einem Engpass führen kann. Es ist störend, dass Ausbildungschancen der Enkelgeneration davon abhängen können, ob die Grosseltern bereits Erblasser geworden sind. Es ist hier nicht Raum, um auf die *Vermögensverteilungsdiskussion unter den Generationen* einzugehen. Dass die «Vermögenskurve» im biographischen Verlauf zunächst über eine längere Phase alters-/ausbildungs- und dann familienausgabenbedingt höchstens sachte steigt, ist wohl hinzunehmen. Dass bestehendes Vermögen unter den Generationen fair zu verteilen ist, kann kaum gesetzgeberisch erzwungen werden: zu Lebzeiten fliessen Leistungen unter den Generationen freiwillig; *erzwungene* Leistungen (Mündigen-/Ausbildungsunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB; Unterstützungspflicht nach Art. 328 f. ZGB) sind ausgesprochen unbeliebt und Gegenstand mancher Kontroverse (Tendenzen auf Abschaffung von Art. 328 f. ZGB bei gleichzeitiger Forderung, es hätten Leistungen von Grosseltern an Enkel zu fliessen, erstaunen – hier besteht «Harmonisierungsbedarf» der politischen Positionen).

52 In gewissem Rahmen verfügbar sind nur wirtschaftliche Aspekte des Status: bei grobem Verstoss gegen familiäre Pflichten ist Unterhaltsverwirkung (Art. 125 Abs. 3 ZGB) oder Enterbung möglich (Art. 477 ff. ZGB) – ob Sozialhilfeträger das goutieren oder nicht gerade sie noch stark auf die aus Status fliessende Verantwortung fixieren?

53 Siehe dazu bereits oben Fn. 34.

Ganz offensichtlich ist *Status* in gewissen Situationen verfügbar, der Begriff damit zunehmend unscharf und (contradictio in adiecto) variabel geworden. Nach wie vor ist allerdings die (bluts-)verwandtschaftliche Linie straffer gezogen als die rechtsgeschäftlich geschaffene: Die Ehe des staatlichen Rechts ist ein das Zusammenleben regelnder Vertrag, welcher deshalb (und in diesem Rahmen) eine besondere Aufmerksamkeit geniesst, weil er die auf Abstammung beruhenden Kind-Eltern-Beziehungen schützen, dem schutzbedürftigen Kind einen stabilen Rahmen geben soll. Differenzierte Betrachtung verschiedener Status-Verhältnisse kann also durchaus Sinn machen, und das relevante Unterscheidungskriterium liegt in der Abstammung – «*horizontale* Beziehungen» haben eher eine ausgewogene Struktur (und damit das *Potential zu Autonomie)* als die (allerdings je nach Altersphase wechselnde) *vertikale Abhängigkeit* im Verhältnis zwischen den Generationen.[54]

Dass der wankende Status der Ehe natürlich Rückkoppelung auf die von der Ehe abgeleiteten Status-Verhältnisse entfaltet, kann allerdings nicht übersehen werden:

Bislang hat «das Gesetz» (die mutmassliche Verkehrsanschauung der Bevölkerung) ein Hinterfragen der statusmässig ausgewiesenen Abstammungsvermutung abgelehnt: Eine Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung (Art. 256 ff. ZGB) ist nur einigermassen eingeschränkt möglich – weder soll das durch Zeitlauf konsolidierte Verhältnis zum «Kuckuckskind» später hinterfragt (bzw. gar der fremdgehenden *Ehegattin* die Möglichkeit zur Ehelichkeitsanfechtung eingeräumt), noch ein *Dritter* (kein irgendwelcher, sondern der ehestörende Hausfreund!) zu einer gewissermassen vindikationsähnlichen Klage auf persönlichen oder gar abstammungsmässigen Zugang zum Kind zugelassen werden. Der rechtliche Schutz solcher Stabilität auch eines biologisch falschen Status schwankt im internationalen Verhältnis (namentlich was den stabilisierenden Zeitfaktor angeht), scheint allerdings in der Grundannah-

54 Dass *Ehe gerade bei Elternschaft Abhängigkeit schafft,* wenn ein vollständig ausgewogenes Muster von Betreuungslasten, Karriereopportunitäten und emotionalen Anliegen nicht gelingt (was – vor allem auch wegen beziehungsexogener Faktoren – eher Regel als Ausnahme ist), kann die Frage aufbringen, ob die heute sozusagen uneingeschränkt gewonnene «Scheidungs*freiheit*» nicht eher (auch exogen erzeugter) Scheidungs*druck* und damit ungeeignet ist, um als Beispiel für das zunehmende Aufweichen von Status im historischen Langzeitquerschnitt zu dienen: den *clean break* – den chirurgisch scharfen, sauberen Schnitt – kann es wegen der unweigerlich prägenden Qualität einer auch nur während kurzer Zeit ehrlich gelebten, empfundenen Beziehung kaum geben, weder beim durch Abstammung noch beim durch Rechtsgeschäft geschaffenen Status (oder es gibt ihn – Gipfel des Sarkasmus – nur in jenen «Rechts»-Ordnungen, welche Blutrache kennen...).

me nach wie vor zu überwiegen.[55] Die Begründung der Inkonsequenz liegt darin, dass auch ein (biologisch) *«falscher» Status* – hat er sich in einer emotionalen Beziehung zum vermeintlichen Erzeuger verdichtet – dem Wohl des Kindes dient und willkürliche, erzwungene Beziehungswechsel oder -multiplikationen nachteilig wären.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass eine beträchtliche Zahl von Kindern im Laufe ihres Heranwachsens zu einem *ganzen Netzwerk erwachsener Betreuungspersonen* (leibliche Eltern, Angehörige, Freundeskreis der Eltern, letztlich Stiefbeziehungen, aber auch Betreuungspersonen in Freizeit und Schule) Bindungen schafft, die u.U. emotional tiefer und vom Entwicklungspotential her nachhaltiger sein können als jene zu wenig engagierten Status-Eltern. Wenn gesetzgeberisch und gesellschaftlich an der *besonderen Bedeutung* von *Status-Beziehungen* dennoch festgehalten bzw. daraus naheliegenderweise das massgebliche Anknüpfungskriterium gewonnen wird, so wohl einerseits aus einer gewissen romantischen Verklärung, allerdings doch primär, weil Kontinuität zu den ursprünglichen Bezugspersonen des Kleinkindalters eine Stabilität schafft, die – wenn sie *wirklich gelebt* wird – einen *Idealzustand* darstellt. Zudem – und dies ist m.E. das entscheidende Argument für die fortdauernde Bedeutung eines abstammungsbezogenen Status – kann die zunehmende Brüchigkeit aller Beziehungen und das zunehmende Bewusstsein für «Spurensuche» (aus trendigen, aber auch ernsthaften psychisch-emotionalen oder somatisch-medizinischen Gründen) dazu führen, dass auch eine nie gelebte biologische Abstammung im Nachhinein noch Bedeutung erlangen kann – entsprechend haben auch ihre Feststellung und damit Normen wie Art. 309 Abs. 2 ZGB Bedeutung.

Insgesamt wird anzuerkennen sein, dass ein registerlicher Status zwar eine Vermutung begründet (vgl. Art. 9 ZGB), aber keine «Exklusivrechte» (was auch für die Nach-Scheidungsphase gilt!). Die Kind-Eltern-Beziehung ist nicht Verhandlungssache unter den Erwachsenen, sondern es gebietet das Interesse des Kindes an Versorgung, Erziehung, emotionaler Geborgenheit und letztlich auch Kenntnis seiner genetischen Abstammung und sozialen Herkunft und Entwicklung, dass ihm der Zugang zum Netzwerk der dafür massgeblichen Bezugspersonen erhalten bleibt. Diese vielschichtige Interessenlage erfordert in allen Altersstadien (letztlich noch nach Mündigkeit in der fortdauernden Abhängigkeitssituation einer noch nicht abgeschlossenen Ausbildungs- und Existenzfindungsphase) eine vom Sorgerechtsinhaber unabhängige Vertretung des Kindes, was allerdings ganz ausgeprägt *nicht*

55 Vgl. je mit umfassenden rechtsvergleichenden Hinweisen: Mélanie Bord, Viviane Prmenand, Suzette Sandoz und Denis Piotet, Le droit à la connaissance de ses origines, Zürich 2006; Andrea Büchler, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005 S. 437 ff., insb. 460 ff.

zwingend eine juristische Vertretung meint, da in manchem stärker emotionale Faktoren – die Beziehung zum Kind – eine Rolle spielen.[56]

«Kindeswohl» besteht nicht im Recht auf einen Rechtsanwalt,[57] sondern im Wohlbefinden. Eher als mit solchen Idealzuständen hat sich die Rechtsordnung allerdings mit sog. suboptimalen Verhältnissen auseinanderzusetzen:

Im Eltern-/ bzw. Erwachsenen-Kind-Verhältnis erscheinen die meist konsekutiven (und sich eher ausschliessenden, als konkurrenzierend statt anregend empfundenen) Mehrfachbeziehungen[58] als wenig optimal. Gelegentlich wird dabei allerdings übersehen, dass auch in (schein-)stabilen Verhältnissen durch Verhätschelung, Überfütterung (kalorien- oder reizbezogen) oder umgekehrt emotionale Vernachlässigung[59] gewaltiger Schaden entstehen kann.

Je nachdem, ob nun auf die genetische, soziale oder sonstige Prägung abgestellt wird, wird man den rechtlichen Status oder die weiteren identitätsbildenden Faktoren in den Vordergrund stellen: «Kenntnis der eigenen Abstammung»[60] kann auch das *Bewusstsein* bedeuten, *durch mehrere Menschen in verschiedener Hinsicht geprägt* worden zu sein; das Ziel der Gewährleistung von Kenntnis über die eigene Abstimmung durch die UNO-Kinderrechts-Konvention liegt *auch* darin, dass das Kind über seine Abstammung *nicht getäuscht* werden soll, ihm z.B. durch die Adoptiveltern die erfolgte Adoption (das Fehlen der genetischen Elternschaft) nicht ver-

---

56 Siehe grundlegend zu Hierarchieverhältnissen als sinnstiftenden Strukturen EUGEN HUBER, Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, Bern 1911, S. 31: Auch wenn Konflikte entstehen mögen (vernünftig ausgetragener Konflikt ist Teil menschlichen Lebens), so gebietet der Gemeinschafts- und Fürsorgecharakter der Rechtsordnung Schutz und Betreuung, in extremis auch gegen den Willen betroffener Personen (Kinder, von vormundschaftlichen Massnahmen und insbesondere vom FFE Betroffener).

57 Die *rechtliche* Umschreibung des *Kindeswohls* als «Inbegriff der Voraussetzungen, von denen in einer gegebenen Situation die optimale Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes abhängt», die «alle Aspekte der Persönlichkeit: die affektiven und intellektuellen, die körperlichen und gesundheitlichen, die sozialen und rechtlichen» umfasst (so zentral BK-HEGNAUER, ZGB 264 N 58; DERS., Grundriss des Kindesrechts, N 26.04 ff; DERS., Kindesrecht – ein weites Feld, ZVW 2006 S. 34 ff; vgl. BSK-AFFOLTER, ZGB 405a N 14 ff; BSK-SCHWENZER, ZGB 301 N 4 f; KAUFMANN CLAUDIA/ZIEGLER FRANZ, Hrsg., Kindeswohl – Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich 2003), ist gleichermassen zentral wie belanglos: *Kindeswohl soll rechtliche Befassung mit dem Kind unnötig machen.*

58 Entsprechend dem Beziehungsverhalten der Erwachsenen, die (abgesehen von Krisen-/Übergangsphasen) überwiegend nicht in Mehrfachbeziehungen leben, sondern durchaus eine «Lebensabschnittsmonogamie» pflegen.

59 Noch viel zu unbekannt ist nördlich des Alpenbogens die Revision des italienischen Codice civile vom 8.7.2005, welche den Katalog der Erbunwürdigkeitsgründe (vgl. Art. 477 ff. ZGB) um Eltern erweitert hat, denen die elterliche Sorge entzogen wurde (Art. 463 Abs. 3 cc it) – m.E. stellt sich allerdings auch in einer solchen Situation die Abgrenzungsfrage, ob der Entzug der Sorge Folge einer von den Eltern unverschuldeten Überlastung oder schieren (grobfahrlässigen oder gar eventualvorsätzlichen) Nicht-Kümmerns war.

60 Art. 7 Abs. 1 der UNO-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989.

heimlicht werden darf,[61] und ein faires Verhältnis zum gesamten Netzwerk der bei Patchwork-/Rekombinationsfamilien biographisch in allen Phasen massgeblichen Betreuungspersonen nach unbeeinflusstem Willen des Kindes stets zu gewährleisten ist. Gibt man sich Rechenschaft, was in der schwierigen pubertären Ausbildungsphase Dritte an Motivation auslösen können (und was selbst in der beruflichen Laufbahn von Erwachsenen deren Förderer und Mentoren bewirken), so wird deutlich, dass *nicht (bloss) Abstammung oder gar Gene, sondern der ganze Lebenslauf positiv wie negativ prägend* ist – mit der Folge, dass ein allzu selbstverliebter (oder: selbsthassender) Blick auf die «genetisch richtige Abstammung» zur nutzlosen Kontemplation wird.

IV. Und wie soll die Rechtsordnung mit einem instabilen Status umgehen?

Der familienrechtliche Exkurs mit u.a. erbrechtlicher Auswirkung ist nur punktuelle Illustration des «Phänomens» (das gar nicht so phänomenal, sondern real ist, nämlich die soziale Wirklichkeit darstellt), dass die nach gesetzgeberisch-juristischem Verständnis geschaffene Welt- oder Statusordnung von einer relevanten Personenzahl so nicht gelebt wird. Der instabile Status ist als Faktum hinzunehmen. Mutmasslich wird künftig in manchem höhere Flexibilität geboten sein, ohne dass allerdings die Erwartung geweckt werden darf, es lasse sich eine «Rechtsordnung à la carte» vom «Buffet» zusammenstellen – rechtliche *Ordnung ist generell-abstrakt,* verlangt Typisierung, wird allerdings in der Wertung festzulegender Sachverhaltsmerkmale nach den Regeln von Art. 4 ZGB zu differenzierenden Ergebnissen kommen müssen.

Mutmasslich – so zumindest die Überzeugung des Verfassers – wird das ZGB nicht radikal neu geschrieben werden müssen, sondern müssten die gegebenen Instrumente weiterhin dem offenen Geist des ZGB entsprechend angewendet werden[62]: Zumindest Eugen Huber und die damaligen Räte haben darauf vertraut, dass die Gerichte zu vernünftigen Ergebnissen kommen würden (wobei «vernünftig» natürlich durchaus etwas vom Parteistandpunkt abhängen mag). Möglich, dass die verstreute Juristenzunft von heute etwas Kommunikationsprobleme hat: die Zahl hüben wie drüben Praktizierender und Theoretisierender hat massiv zugenommen, die Entscheidungs- und Theorieflut hat zugelegt, und die Kommunikation könnte darob auch zu ersticken

61 Dass sowohl bei fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen wie auch bei Adoption häufig Gewicht auf eine äusserliche Übereinstimmung zwischen Eltern und Kind Wert gelegt wird, mag einerseits gerechtfertigt sein, um im familienexternen Verhältnis unauffällig allfälligen Schwierigkeiten auszuweichen, mag anderseits aber verschiedentlich auch dem Anliegen entspringen, das «Thema» schweigend aussitzen zu können.

62 Es ist einmal mehr auf diesen zentralen Wesenszug des ZGB zu verweisen (s. statt vieler Schnyder, Fn. 4, S. 76), sowie vorne Fn. 20 zur *Methodendiskussion*.

drohen. Mancher Entscheid ist unter dem Druck der Geschäftslast schon wenig überlegt bzw. wenig individualisiert ergangen, mancher Entscheid – bzw. die ihn prägenden Umstände – ist allerdings auch schon zu wenig seriös analysiert, sondern «vom Hörensagen» kritisiert worden. Solche Meinungsverschiedenheiten werden allerdings fortbestehen und lassen sich auch dann nicht eliminieren, wenn ZGB-Artikel in der amtlichen Sammlung bald einmal eine Textseite belegen (dazu der neue/mit anderem – zwar durchaus notwendigem – Inhalt «wiederbelebte» Art. 28b ZGB).

E. Wie wird es weitergehen?

Vorab einmal: Sobald für die Feier kein Ressourcen mehr gebunden sind, wird und muss der Alltag weitergehen. Was aber wird den Alltag nach der Feier prägen? Dazu zum nicht ganz kurzen Schluss noch einige eher spontane, persönliche Überlegungen.

I. Entwicklung des Rechts ist geboten

Die Gesellschaft, die Lebensbedingungen entwickeln sich, und damit muss sich das Recht und auch das ZGB entwickeln. Entwicklung bedeutet allerdings auch, dass die Kongruenz, die Harmonie und auch die Struktur der Rechtsordnung gewahrt wird. Die Einführung eines neuen Instituts wie des *Stockwerkeigentums* hatte zwar die schrankenlose Ausdehnung des Eigentums nach oben und unten verhindert, damit aber nur nachvollzogen (und weiter eingegrenzt) was schon zuvor gegolten hatte: dass nämlich der Betätigungsspielraum auf die sinnvoll nutzbare und zugewiesene Fläche beschränkt ist. Der Übergang zur *Volladoption* oder die Verbesserung der Rechtsstellung nicht in der Ehe geborener Kinder bedeuteten keine Um-Wertungen, sondern im Gegenteil Fortschreibung vorbestandener Werte, teilweise deren Intensivierung im Rahmen dessen, was die gesellschaftlichen Anschauungen (eher) mitzutragen bereit waren. Die Beispiele liessen sich vermehren – es gibt aber kaum bedeutsame «institutionelle Fremdkörper» im Gesetz.

Woran es allerdings eher *mangelt,* ist die *Harmonie der Struktur* – gewissermassen die Fassadengestaltung, der Raster des äusseren Erscheinungsbilds. Die aArt. 28 ZGB ersetzenden Art. 28–28l ZGB haben sich zwar ganz gut eingelebt. Dennoch stellt sich die Frage, ob alle technischen Details eines Ge-

gendarstellungsverfahrens ins ZGB gehören.[63] Und beim soeben angesprochenen neu-alten Art. 28b ZGB wird die generalpräventive Wirkung gegenüber jenen, die nicht glauben wollen, dass häusliche Strukturen nicht Herrschaftsbereiche, sondern geschützte Räume sind, trotz aller Ausführlichkeit und Detailverliebtheit ausbleiben. Unter andern hat Schnyder[64] auf einen für solche Probleme typischen, bewährten Charakterzug des ZGB hingewiesen: «Mit Verordnungen geht es besser»! Man könnte zwar auch das Verordnungswesen als «Auflösung der kodifikatorischen Einheit»[65] verstehen, doch ist der Kanon von «Haupt-» und sogenannten «Nebengesetzen» sowie den Verordnungen einigermassen strukturiert und sollte nicht ohne Not – bzw. nach politischer tagesaktueller Themengewichtung – durchbrochen werden – die Räte haben nicht immer dann gut gearbeitet, wenn sie ein Gesetz geschaffen haben, sondern nur dann, wenn sie eine proportionierte Regelung gefunden haben, die auch dem Verordnungsgeber Raum lässt.

II. Rechtsharmonisierung ist unvermeidlich – in welchem Umfange?

1. Internationalisierung, Globalisierung usf. ...

Das ZGB hatte die Themenbereiche Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht schweizweit vereinheitlicht. Dies, nachdem schon ein halbes Jahrhundert zuvor das Vertragsrecht harmonisiert worden war. Auch heute ist die Rechtsharmonisierung im handels- und wirtschaftsrechtlichen Bereich (und damit auch in Teilen des Sachenrechts) deutlich weiter fortgeschritten als im Personen-, Familien- und Erbrecht.

Internationalisierung und Globalisierung, Migration und Interkulturalität sind allerdings mittlerweile in der gesellschaftlichen und politischen Diskussion zu Schlag- und bisweilen Schimpfworten geworden. *Dass* diese Internationalisierung besteht, macht es indes gänzlich unvermeidlich, die harmonisierende Arbeit Eugen Hubers weiterzuführen, nunmehr ausgedehnt auf einen

63 Es würde aus heutiger Perspektive reichen, den Anspruch auf Gegendarstellung im Gesetz zu verankern; die im Gesetz geregelten Fragen bieten kaum mehr Probleme (das Institut hat sich eingespielt bzw. general-präventive Wirkung entfaltet und private Normen und Wertungen [hier: des Presserates] entstehen lassen, den Richtlinien der SAMW nicht unähnlich), und die nicht geregelten (z.B.: Gewinnherausgabe dort, wo ein Gewinn nicht bezifferbar ist, sondern nur das – letztlich gewinnbringende – Renommée des Mediums in Frage steht: BGE 133 III 153) bedürfen ohnehin der Klärung nach Art. 1 ZGB (bzw. als unjustiziabel durch Vergleich). Siehe zur Bemessung der Genugtuung bei Persönlichkeitsverletzung durch die Presse bereits EUGEN HUBER (Zehn Vorträge, Fn. 56) S. 23 f.; noch heute anregend übrigens a.a.O., S. 17 ff., zu Art. 27 Abs. 2 ZGB.

64 B. SCHNYDER (Fn. 4), S. 74 f.

65 SUSANNE GENNER, Dekodifikation – Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht, Berner Diss., Basel 2006.

weit grösseren, den europäischen Bereich weit übergreifenden Raum. Raum und Inhalt sind allerdings noch zu bestimmen.

Die Totgeburt einer ersten europäischen Verfassung (deren Mütter und Väter haben allemal die Gelegenheit, an einem ihrer Treffen weitere Zeugungsversuche zu unternehmen) hat zweierlei gezeigt: Dass trotz relativ enger Verbundenheit und weitestgehender Übereinstimmung in den Kernbelangen (dazu die EMRK) eine Vereinheitlichung im Detail zwar technisch überzeugt (Regierungen und Parlamente stimmen eher zu), aber nicht die «Basis» begeistert. Und dass der Trend zu Grösse und Weite des Raums einen Rückzug ins Nahe, Vertraute begünstigt[66] – das scheint keine Eigenart schweizerischer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger zu sein. Während die reisende Gesellschaft den Euro nicht liebt, aber benützt, verteidigt sie «Eigenes», ohne nach dem Sinn zu fragen. Das macht allerdings durchaus Sinn: insofern nämlich, als die emotionale Befindlichkeit Akzeptanz schafft, und dies ist die wichtigste Legitimation der Rechtsordnung. Da allerdings im innereuropäischen Bereich die Nachteile fehlender Harmonisierung durchaus wahrgenommen werden (erinnert sei etwa an die Bestrebungen der EU zu gewissen Harmonisierungen im Familien- und erbrechtlichen Bereich) – was ist der Nutzen der Unterscheidung von Heimat- und Wohnsitzprinzip, was jener von Nachlassspaltungen? – ist in absehbarer Zukunft durchaus mit gewissen «Glättungen» gröbster Unebenheiten zu rechnen. Da es sich um ein internationales (Rechts-) Verkehrsnetz handelt, hat auch die Schweiz dafür zu sorgen, dass Übergänge nahtlos gewährleistet sind, Stolpersteine für das Publikum beseitigt werden. Die schlanke Ratifikation des Trust-Übereinkommens lässt hoffen, dass die Sterne für solche Bereinigungen günstig stehen.

Es wird sich allerdings trotz einigermassen schlankem Grenzübertritt die Frage stellen, wie die Reise weiter geht: Eugen Huber hatte die Rechte von Genf bis an den Bodensee, von Basel bis Chiasso und ins Puschlav, auf der Achse von Zürich nach Bern harmonisiert – nachdem ein «Rechtswirrwarr» bestand.[67] Er hat für Reisezeiten eine einheitliche Rechtsordnung geschaffen, die heute vom Ural bis an die US-Ostküste, vom Nordkap bis an die Sahara und in den Mittleren Osten reichen. Dass *diese* Räume kurz- und auch mittelfristig – das bedeutet für solche Themen: über ein bis zwei Generationen – *nicht* harmonisiert werden können, bedarf keiner Begründung. Ob sie je harmonisiert werden können, ist nicht eine Frage des Rechts, sondern der Welt- (und schon lange nicht mehr der Europäischen) Geschichte. Die Frage ist denn auch längst nicht mehr, ob Schweizerisches oder Europäisches Recht, sondern

66 Siehe dazu HUBER (Fn. 22), Vorwort, S. VIII: «... auch die lokalen Eigentümlichkeiten zur Darstellung zu bringen und allen den tausendfachen Einzelheiten ihr passendes Plätzchen zu verschaffen» als Ziel der Kompilationsarbeit im Rahmen seines «Systems».

67 HUBER (Fn. 22), IX.

die Frage lautet: *Welches sind die Konvergenzen und Dissonanzen in der Rechts-Welt?* Um beim Reisezeit-Vergleich zu bleiben: Munzingers OR kannte noch kein schweizweites Bahnnetz, und auch nach Verknüpfung der Hauptstrecken dürfte für die Mehrheit eine Bahnreise mindestens so spektakulär (und kaufkraftgewichtet oft weniger erschwinglich) gewesen sein als heute der Europa-Flug südamerikanischer Migranten oder asiatischer Kaufleute. Der grenzüberschreitende Lärm in der Landeschneise zwischen Hohentengen und Niederhöri, den Migranten, Kaufleute und jene getreuen Mitlandleute verursachen, die Bali statt Basel, die Azoren statt Ascona ansteuern, ist zwar ein internationales Problem, das allerdings in der Dimension an den Acker-Grenzstreit von *Gottfried Kellers* Romeo und Julia auf dem Land erinnert – nämlich ein für die lokal Betroffenen lebensprägendes, für den Rest der Welt bedeutungsloses Problem. Was aber beim zweiten Atemzug sogleich deutlich macht, dass jene, die fern von unsern Problemen leben, ihrerseits auch welche haben dürften, die uns kaum interessieren. Was wiederum bedeutet, dass lokale und globale Befindlichkeit je in ihrem Kontext mit gleichem Ernst anzugehen sind, damit «es für alle stimmt».

2. *Die internationale Ausstrahlung des ZGB und dessen internationale Bestrahlung*

Dass das ZGB in der Türkei rezipiert (und einigermassen akzeptiert) wurde, kann aus zwei Perspektiven gesehen werden:

- Das Projekt war ein Misserfolg, weil manches sich nicht durchgesetzt, die Praxis und Befindlichkeit entsprechend den unterschiedlichen Kontexten sich auf je eigenen Wegen entwickelt haben.[68]
- Das Projekt war ein Erfolg, weil manches sich durchgesetzt, sich zwar in unterschiedlichem Kontext verschieden entwickelt, insofern aber die Entwicklungsfähigkeit und grundsätzliche Tauglichkeit bewiesen hat.

Weitere Beispiele für Aussenwirkungen des ZGB liessen sich anführen – bewusste und wohl auch eher unbewusste, keine weltbewegenden, aber Zeichen dafür, dass ein möglicherweise langatmiger, deshalb aber möglicherweise auch konsistenter Prozess im Gange ist.

Aktuelles Beispiel ist das Inkrafttreten des Trust-Übereinkommens für die Schweiz bzw. ganz generell das «Eindringen» des Trusts ins kontinentale

68 Wobei im Alltag die *Sprachbarriere* allerdings den Austausch stärker erschweren dürfte – das gegenseitige Interesse aneinander liesse sich durchaus wecken, da die generationenübergreifende Völkerverständigung durch so genannte «*Secondos*», die hier ganz *primäre* Dienste leisten, zukünftig eher erleichtert werden könnte, wenn das Bewusstsein für Beziehungen zu mehreren Sprachräumen und Kulturen in ähnlicher Weise gepflogen wird, wie dies oben (nach Fn. 55) bezüglich des persönlichen Beziehungsnetzwerks von Kindern und Jugendlichen beschrieben worden ist.

Recht,[69] den man als Kulturmerkmal verstehen kann, wenn von ihm gesagt wird (Maitland) er sei «almost essential to civilization»: Es ist Teil der (Rechts-)Zivilisation, andere Zivilisationen ebenfalls zu respektieren, zu anerkennen.[70]

3. *ZGB – lokal oder global?*

Was bedeutet diese Überlappung von lokalen und globalen Themen? Dass Manches überflüssigerweise mit liebevoller Akribie und wenig Sinn gepflogen wird: Die aufwendigen Untersuchungen über das Testierverhalten in deutschen oder schweizerischen kaufkraftgewichteten Agglomerationen haben keine signifikanten Unterschiede ergeben; ob es zwischen dem voralpinen appenzellerischen oder allgäuischen Landwirt Unterschiede gäbe, ist nicht untersucht, aber auch kaum eine Studie wert, da sich ihre Lebensbereiche nicht berühren – in diesem durch lokale, territoriale, klimatische Umstände geprägten Bereich sind lokale Lösungen bzw. territoriale Sonderlösungen unumgänglich oder doch zumindest unschädlich. Ob das Ehegüterrecht Errungenschaftsbeteiligung oder Errungenschaftsgemeinschaft heisst, bedeutet zwar in rechtlicher Hinsicht und in den wirtschaftlichen Folgen gewisse Unterschiede, die indes juristisch beschreibbar und in den Wirkungen bewältigbar sind; dass aber die vorsorgerechtlichen Bereiche zwischen Lörrach und Basel nicht koordinierbar sind, ist weit einschneidender. Allerdings kommen zehnmal mehr Besucher an eine Tagung zu grenzüberschreitenden Erbrechtsfragen als zu einer solchen über die Koordination im Europäischen Sozialrecht. Während deutsches und schweizerisches Ehe- und Partnerschafts-Vermögensrecht einer gleichen Denkweise entstammen, ist die Grenze zwischen Chiasso und Como, zwischen Genf und Annemasse weit weniger durchlässig – nach wie vor unterscheiden sich der romanische und der deutsche Rechtskreis in diesen Fragen deutlicher.

4. *Folgerung*

Wir haben nicht parallele rechtliche Territorien, die klar unterscheidbar aneinander grenzen, wie etwa die Steuerordnungen zweier Kantone oder die Zonenpläne zweier Gemeinden (die je einem harmonisierenden übergeordneten Recht zu gehorchen haben). Sondern wir haben thematische Teilbereiche, die unter sich lokal je verknüpft sind, in ihrer territorialen Ausdehnung sich aber ganz verschieden überlagern. Es gibt keine übergelagerte Harmonie,

---

69 Siehe detailliert PETER M. GUTZWILLER, Schweizerisches Internationales Trustrecht, Kommentar, Basel 2007.

70 Zu Grenzen siehe immerhin sogleich bei Ziff. 4.

und dies schafft Dissonanzen. Gilt der «Koran als deutsche Rechtsquelle» oder «haben wir schon die Scharia»,[71] oder tut sich ein deutsches (oder gegebenenfalls auch ein schweizerisches) Gericht ganz einfach schwer mit dem Umstand, dass sich die tatsächlich gelebte Beziehung zweier Einwanderer aus aussereuropäischem Raum so gar nicht mit den hiesigen Vorstellungen verträgt? Fehlt es am Recht, am Gericht, oder fehlt es an einer Lösung, welche ganz klare Prämissen für den Umgang mit (rechts-)kulturfremden Vorgängen setzt: nämlich die strikte Anwendbarkeit der Regeln des Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaates, wenn man freiwillig in diesen eingereist ist? Steht Religionsfreiheit oder die Rechtsordnung im Vordergrund? Zwar hat auch die christliche Kolonialisation vor einem halben Jahrtausend blutige Spuren gezogen, doch rechtfertigt diese Schuld früher Vorfahren (mit kulturell ebenfalls gänzlich anders gearteten Motiven) nicht, nun die geltenden Werte zu verleugnen: Bei Grundrechtskonkurrenz verschiedener EMRK-Prinzipien (hier: Religionsfreiheit einerseits, Schutz von Menschenwürde und Familie anderseits) geniessen die strikt personenbezogenen vor kulturellen den Vorrang. Immerhin haben wir uns aber auch mit solchen abweichenden Rechtsordnungen auseinanderzusetzen.[72]

Jedenfalls ist *richterliche Wertung* gefragt, und diese Wertung hat sich an den grundlegenden Rechtsanschauungen des Gerichtsstands zu orientieren – wer sich durch sein Verhalten auf einen Gerichtsstand «eingelassen» hat, hat diesen zu respektieren: es gibt Länder mit Linksverkehr! Allerdings gilt es auch, andere Rechtsordnungen und deren Wertungen zu respektieren; typische Beispiele dafür waren die Fälle *Harrison* (BGE 96 II 79, Anerkennung eines Trust) und *Hirsch/Cohen* (BGE 102 II 136; kein Rechtsmissbrauch bei pflichtteilsmindernder Rechtswahl), wobei es sich hier nicht um zuwiderlaufende, sondern alternative Systemregelungsmechanismen handelte.

Was trägt historisch und zukünftig ausgerichtetes Nachdenken über das ZGB zur Bewältigung solcher Dissonanzen bei? Was vermag der einzelne Orchestermusiker in einem globalisierten, mit einer vier- oder fünfstelligen Zahl von Protagonisten besetzten Orchester? Jeder hat seine Noten, vertraute, liebgewordene, gut oder auch nachlässiger eingeübte Melodien, Volkslieder, die zum Teil gleichen Ursprung, und doch veränderte Rythmen haben. Wer dirigiert? Soll man dieses Orchester überhaupt spielen lassen? Oder nicht eher einzelne Formationen unterschiedlicher Grösse und unterschiedlichen Stils bilden? Soll man eine «Welt-AG» (ohne Markennamen nennen zu wollen) oder funktionierende, engagierte lokale Kooperativen schaffen?

---

71 NZZ am Sonntag 25.3.2007 S. 5 bzw. Spiegel 13/2007 S. 22 ff.

72 Es sei daran erinnert, dass EUGEN HUBER sich damals zwar nicht mit dem islamischen, durchaus aber mit dem Recht der Israeliten auseinandergesetzt hatte: HUBER (Fn. 22), S. 288.

Möglicherweise genügt als erster Schritt, sich an gewissen Qualitäten der geltenden Ordnung zu orientieren. Es ist bezeichnend, dass in der sprudelnden Literatur zur Rechtsharmonisierung schon in früherem Stadium Art. 2 Abs. 2 ZGB – und damit einem Wesensmerkmal des ZGB – eine detaillierte Studie[73] gewidmet worden ist. Zwar genügt es nicht, Art. 2–4 ZGB als die «drei Gebote» europäischen Privatrechts zu postulieren – gerade ein europaweit bzw. über breite Anwenderschichten gelegtes Recht ist darauf angewiesen, relativ detaillierte Handhabungsregeln zu statuieren, um im alltäglichen Endergebnis tatsächlich eine harmonisierte Rechtslage zu bewirken. Aber gerade weil die Vielfalt zu regelnder Tatbestände mit räumlicher Ausdehnung des Anwendungsbereichs nicht abnimmt, sind offene Konzepte dennoch unvermeidlich, welche – einmal mehr[74] – in Details auf Verordnungsstufe zu ordnen wären. Privatrechtsgesetzgebung ist nicht nur Sache des Gesetzgebers, sondern (in erster Linie) Gegenstand der täglichen Rechtsanwendung, und auch juristisch-wissenschaftliche Tätigkeit besteht nicht nur in «grossen Würfen», sondern in der Begleitung eben dieser täglichen Rechtsanwendung im Bemühen um Koordination und Erläuterung.

III. Staat oder Privat?

1. Im Allgemeinen

Die Verteilung staatlicher und privater Verantwortung wird permanent im Gespräch bleiben:

- Abgrenzung der Erziehungsverantwortung zwischen Eltern und Schule,[75]
- Stifterischer Eigenwille und staatliche Aufsicht,
- Privatvorsorge oder Staatsvorsorge,
- Öffentliche Bauordnung oder private Servitute – die Liste liesse sich beliebig vermehren...

Das ZGB kommt vom Staat, räumt aber «dem Privaten» grossen Gestaltungsspielraum ein. Zwar kann der Staat zum Leviathan werden – allerdings können auch (vermögende, gestaltungswillige) Private (zu denen auch Anlagefonds gehören, die zu alimentieren staatlich verordnete Pflicht und nicht private

73 Bruno Huwiler, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: Zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: Vers un droit privé européen commun? – B. Schmidlin (Hrsg.), Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Beiheft 16 zur ZSR, Basel 1994.

74 Oben bei Fn. 65.

75 Siehe dazu z.B. Dieter Schwab, Familie und Staat, FamRZ 2007 1 ff.

Vorsorgebereitschaft ist) beträchtliche Hebelwirkung entfalten. Das sei anhand des *Stiftungsrechts* kurz etwas verdeutlicht.[76]

2. *Zum Beispiel das Stiftungsrecht*

Gibt es Stiftungen mit rein privaten Interessen? Im Prinzip hat sich als zentrale Unterscheidung weitgehend durchgesetzt, was Vez[77] in ihrer ausgezeichneten Dissertation fordert: eine *binäre Kategorie-Bildung zwischen Stiftungen von öffentlichem und solchen von lediglich privatem Interesse.* Um an der Unternehmensstiftung anzuknüpfen: Ob diese Unternehmensträger- oder Holdingstiftung ist, ändert nichts daran, dass sie primär unternehmerische Anliegen verfolgt und im Rechtsverkehr mit Bezug auf *Organisations- und Haftungsbelange* in Analogie zu den juristischen Personen des Handelsrechts zu behandeln ist; wichtiger ist die Prüfung, ob sich eine solche Unternehmensstiftung im Sinne eines Selbstzwecks ausschliesslich oder weitestgehend wirtschaftlichen Zwecken widmet, oder ob das Stiftungssubstrat aus einem (gewinnbringend zu betreibenden) Unternehmen besteht, wobei der Ertrag ideellen Zwecken dienen soll. Einzuräumen ist allerdings, dass sich auch diese Unterscheidung nicht naht- und kompromisslos durchziehen lässt, da ideelle und kommerzielle Anliegen verschwimmen können, was in der Praxis dazu führen kann, dass ein und dieselbe Stiftung einmal strenger unter dem Gesichtspunkt der Kontrolle ihrer wirtschaftlichen Interessen, einmal grosszügiger in Achtung ihres ideellen Anliegens zu behandeln ist.

Was sind die *Entwicklungslinien des Stiftungsrechts?* In der Tendenz ist gleichermassen eine zunehmende «Privatisierung» wie auch der Anspruch an «Überwachung», «Öffentlichkeit» zu beobachten: Einerseits geht der Anspruch jener, die Vermögen stiften, dahin in ihrer Eigentumsfreiheit nicht tangiert zu werden – Stiftungsfreiheit[78] und Testierfreiheit sind insofern Synonyme, und im Rahmen weitläufig und langfristig geplanter Nachfolgekonzepte ist die Stiftung denn auch *eine* Lösung, welche langfristiges Fortwirken, stete Erinnerung (ob nur im Guten, bleibe dahin gestellt) und einigermas-

76 Es dürfte das Stiftungsrecht – vielleicht mit Ausnahme des vorauszusetzenden Eigentums – das grösste gestalterische Potential aller ZGB-Institute haben: Eine Stiftung ist zeitlich unbeschränkt und ebenso in der Kapitaldotation; ihre zwar statutarisch geordnete, im Prinzip aber frei ausgestaltbare Ausschüttungspolitik, ihre interne Organisationsfreiheit und zugleich Diskretion verleihen ihr (wirtschaftliche Komponente der Dotation und intellektuelle Komponente der Verwaltung stets vorausgesetzt) enormes Potential.

77 Parisima Vez, La fondation: lacunes et droit désirable, Diss. Fribourg, Bern 2004, ASR 687, 71–108 bzw. 325 (dt. Résumé).

78 BK-Riemer, Syst. Teil Stiftungsrecht (vor Art. 80 ff. ZGB), N 55 ff.

sen[79] individuelle Ausgestaltung erlaubt. Anderseits kann Vermögen, welches zugunsten Dritter (Personen und insbesondere nicht rechtsfähiger Güter, z.B. Denkmalschutz) zu verwalten ist, dazu neigen, stärker der Verwaltung als dem Zweck zu dienen – um es einigermassen nett auszudrücken; Verwaltung ist schon dann schädlich, wenn sie nicht einmal missbräuchlich, im Ergebnis aber reiner Selbstzweck ist.[80]

Wiederum[81] kann allerdings das Risiko bestehen, dass sogenannt «objektive» Wertung privater Anliegen schützenswerte individuelle Eigentümlichkeiten übergeht. Und eine zu interventionistische Haltung führt in der globalisiert-mobilen Welt zu juristischem Tourismus, weshalb sich für den Staat immer jene Frage stellt, die auch Eltern bisweilen zu beantworten haben: Lassen wir die Kinder zu Hause feiern, oder riskieren wir, dass sie es auswärts tun?

3. *Folgerungen – Bedeutung (und Bewertung) der Persönlichkeit*

Institute (und Personen) an politisch/gesellschaftlich/wirtschaftlich relevanten Schnittstellen werden in der Tendenz wohl stärker «beobachtet» werden, was durchaus positive Wirkungen haben kann: Klandestinen Instrumenten begegnet man mit grosser Zurückhaltung wenn nicht unausgesprochenem Verdacht (worauf auch immer...) – offen konzipierte Instrumente dagegen mögen in ihrer Machtentfaltung nicht gänzlich autonom, indes von der Reputation her dennoch potenter sein. In der öffentlichen Wahrnehmung dürfte die *Reputation*[82] zu einem Wert an sich werden: Die öffentliche Wahrnehmung kann wichtiger sein als die letzten Potenzen der Steueroptimierung, und insofern wird *weniger der Staat als die Öffentlichkeit – einschliesslich der Medien* – zum ständigen Begleiter privatrechtlichen Tuns und Lassens. Nicht

---

79 Effektiv werden denn ja auch die Nachlassplanungs-Stiftung (und damit verknüpft Wohltätigkeitsstiftungen) als standardisierte Produkte «verkauft».

80 Die Frage ist nicht mehr gesetzgebungspolitisch, aber nach wie vor rechtsgeschäftsplanerisch zu diskutieren: Mit *wie wenig Dotationskapital* soll eine Stiftung ausgestattet werden? Es ist dies keine Frage des *Dürfens* mehr, aber weiterhin eine solche der *Opportunität*. Und es möge doch einfach die Beratungsindustrie den Mut aufbringen, sich (und den Stiftungsrechnungen) jene Stiftungsratsessen zu ersparen, welche der Verwaltung eines Kapitals von CHF 50 000.– zur «Förderung der Kirchenmusik im lokalen Rahmen» dienen. Dafür sieht die Rechtsordnung das bedingte Vermächtnis vor, und es wird testamentseröffnungsgerichtlicher und handelsregisterlicher Kognition obliegen, wie entsprechende Testamentsklauseln in Grenzfällen gedeutet werden. Der Praxis diene als Auslegungsrichtschnur, dass dem Erblasser der Zweck der Stiftung näher lag als die Alimentation einer zusätzlichen Hierarchie-Ebene (Stiftungsrat neben Pfarreiorganen). – Wir haben hier ein Beispiel dafür vor uns, dass die Rechtsordnung «ungerecht» ist, nämlich Vermögen unterschiedlicher Grössenordnung faktisch nicht gleich behandelt.

81 Siehe oben Fn. 50 zu BGE 132 III 305/315 bez. Bewertung des Testierwillens.

82 Siehe dazu zuletzt (mit det. Nachweisen) Daniel Dédeyan, Die rechtliche Konstruktion der Reputation, in: FS von der Crone, Zürich 2007, S. 3 ff.

der Steuerrekurs, sondern das Gegendarstellungsrecht schafft (allenfalls) Imagegewinn bzw. vermindert Imageschaden. *Transparenz,* Offenlegung, faire Informationsgewährung[83] sind Werte, die an Bedeutung zulegen werden. Information ermöglicht Teilhabe am Fortschritt, an Bildung, und ist Kernthema besonders im Verlauf einer längeren Biographie in einem sich rascher entwickelnden Kontext. Anderseits kann die stärkere Bedeutung persönlichkeitsrechtlicher Facetten allerdings auch zu einer egoistischen, die eigene Persönlichkeit überbewertenden Grundhaltung führen – dazu sogleich.

IV. Das Bewusstsein für Grenzen von Recht und Gesetz ist unvermeidlich

1. Im Allgemeinen – Bildung, Wohlstand und Selbstverwirklichung

Gerade weil Recht global ist, überall irgendein Recht gilt, das Eigentumsrecht 2007 auch in der Volksrepublik China Einzug gehalten hat, ist auch über Grenzen des Rechts zu diskutieren. Recht ist Teil der Kultur, geschütztes Kulturgut, Sicherheitsmerkmal. Anderseits sind die Anforderungen an das Recht – der Anspruch, Recht zu haben und jederzeit, kostenlos zu seinem Recht zu kommen, je von mindestens zwei Parteien hartnäckig verfochten – häufig überspitzt und unerfüllbar. *Bildung* und auch Selbstbewusstsein, (positives) Wissen um seine Rechte statt Fatalismus haben allerdings – was grundsätzlich höchst positiv ist – zugenommen; insofern kann Recht in manchen Bereichen leichter eingefordert werden als vor hundert Jahren.

Im *zwischenmenschlichen Bereich:* Es ist Teil einer so genannt höheren Kulturstufe, Empfindsamkeit in Details zu zeigen. Luxus, der darin besteht, sich nicht mehr ausschliesslich ums nackte Überleben kümmern zu müssen. Empfindsamkeit kann allerdings kippen und zu Empfindlichkeit werden. Klösterliche Stille in der technisierten, dicht besiedelten Gesellschaft ist unrealistischer Wunschtraum. Wie aber wird dem Oftinger'schen Anliegen[84] in Zukunft Rechnung zu tragen sein? Wo stösst der persönlichkeitsrechtliche Anspruch auf *Selbstverwirklichung* an «nachbarrechtliche» Grenzen ausserhalb des Sachenrechts, nämlich im Recht der familiären Beziehungen und der gesellschaftlichen Erträglichkeit?[85] Was kann das ZGB dazu beitragen, solche Unverträglichkeit zu ertragen?

---

83 Siehe Jean Nicolas Druey, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1996.

84 Siehe vorne Fn. 36.

85 Bemerkenswert, dass sich schon Eugen Huber (Zehn Vorträge, Fn. 56) – im Kontext mit Art. 27 Abs. 2 ZGB – mit der Frage zu befassen hatte, ob *Raucher* (arbeits-)vertraglich «diskriminiert» werden dürfen.

Wie beeinflusst der gestiegene *Wohlstand* die Rechtsordnung[86]? Wohlstand macht manches verfügbar, jedenfalls für Viele viel mehr, als vor hundert Jahren vorstellbar gewesen wäre. Wo allerdings liegen die Grenzen? Sind Pflichtteile bis in neunstellige Sphären kompromisslos einforderbar? Ist das Eigentumsrecht gefährdet, wenn das Strassenverkehrsamt faktisch die Verschrottung von Vehikeln anordnet, die in andern Erdteilen noch zu den neueren gehören würden?

Eine Antwort auf solche Fragen wäre vermessen – sie laufend weiter zu suchen, ist unsere Tätigkeit. Immerhin sei an zwei «modischen» Stichworten erläutert, was bedenkenswert sein könnte: dass nämlich *jegliche Ressource endlich ist, restlose Sicherheit und letzte Maximierung unerreichbar* bleiben. Insofern setzt das ZGB – als in gutem Sinne konservatives Gesetz[87] – auch Schranken.

2. *Planbarkeit*

Die «Planungsindustrie» ist zur festen Grösse geworden – sie versucht kautelarisch unerwünschte Entwicklungen oder (Steuer-)Folgen zu vermeiden. Planbarkeit aller Lebensbereiche (als Folge des wirtschaftlichen Wohlergehens und der weitreichenden technischen, medizinischen usw. Möglichkeiten) führt allerdings dazu, auf die weiterhin unvermeidlichen Schicksalsschläge umso enttäuschter zu reagieren. Dagegen hält die Rechtsordnung keine Medizin bereitet, ausser dass es diese Rechtsordnung, gewisse Ansprüche und ohnehin in der Zukunft Trost verheissende Rechtsmittel gibt.

Dass alles planbar sei, führt wiederum zum vermeintlichen «Anspruch auf Schadenfreiheit», auf persönliches Glück und wirtschaftliches Wohlergehen. Dieser Anspruch kann nicht eingelöst werden. Zwar ist vorbereitendes Handeln (Planung) besser als erstarrter Fatalismus – enttäuschte Hoffnung allerdings ist Sprengstoff für den Rechtsbeziehungsfrieden. Loyalität geht in Angst, Schuldgefühle gehen in Hass oder Egoismus über. Dass Ansprüche gestellt werden, ist nicht schlecht, sondern sogar qualitätsfördernd; indes genügt Anspruchshaltung nicht, sondern es sind auch Ansprüche zu befriedigen – das Zusammenleben in Familie, Staat, Gesellschaft ist permanentes Geben und Nehmen, letztlich ein nahezu synallagmatisches Austauschverhältnis nicht bewertbarer Leistungen.

---

86 Eugen Huber (Fn. 22), S. 300 ff.

87 Eugen Huber (Fn. 22), S. 5: «... nur wenn bedeutende Verschiebungen in den Machtverhältnissen der gesellschaftlichen Klassen und allseitige Änderungen der wirtschaftlichen Anschauungen eingetreten sind, wird es notwendig, ein neues Recht den neuen Verhältnissen adäquat auszubilden. Daraus ergibt sich klar, dass die Geschichte des Privatrechts eine von der Wirtschaftsgeschichte losgetrennte Existenz hat...»

3. *Risiko – spezifisch im erbrechtlichen Kontext*

BGE 5P.347/2004, 11.1.2005 (die Fortsetzung zu BGE 128 III 314) bleibt dabei, dass jedermann, der sich rechtlich beraten lässt und – auf die Gefahr einer Pflichtteilsverletzung hingewiesen – die verfügbare Quote auszuschöpfen (oder vielleicht eben auszureizen) trachtet, sozusagen bereits in qualifizierter Art missbräuchlich handelt: eine Praxis, die nicht nur erblasserische Anliegen, sondern auch fachliche Beratung beträchtlichen Risiken aussetzt.[88] Es zeigen sich also – um beim erbrechtlichen Beispiel zu bleiben – nebst gewissermassen «klassischen» technischen erbrechtlichen Fragen als *zentrale Problemstellungen neben den vorsorgerechtlichen Parallelinstrumenten*[89] *die allgemeinen Steuer- sowie Bewertungsfragen und solche um die ungewisse Entwicklung von (ökonomischer) Konjunktur und (persönlich-emotionalem) Umfeld.* Das überrascht kaum, doch ist der Rahmen – ausgehend davon, dass manche Kontroverse schon vor- bzw. ausserprozessual aufbricht und manchmal (namentlich bei der *Nachlassfeststellung* inklusive Ausgleichungs-/Herabsetzungsproblematik und bei der *physischen Durchführung der Teilung* kaum justiziable Fragen berührt (weshalb in vielen Bereichen das Fehlen bundesgerichtlicher Praxis eher Indiz für ungelöste Probleme als für unproblematische Verhältnisse ist) – weiter zu stecken.[90] Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass es auch Erben gibt, welche sich beraterischen Empfehlungen im redlichen Vertrauen unterziehen und streitunlustig sind, weshalb das erbrechtliche Konfliktpotential – und damit das spezifisch erb*rechtliche* Risiko – bescheiden ist. Dennoch: *Erb*recht *ist tödlich!* So wie die Ehe vielleicht nicht mehr unbedingt Gegengeschlechtlichkeit, aber doch zumindest und maximal zwei Personen voraussetzt, bedarf das Erbrecht eines Toten (oder mindestens einer relativ drastischen Biographie: Art. 546 ZGB betreffend Verschollenheit). Trotz nicht unbeträchtlicher Fortschritte der Medizin liegt das Risiko, zur Erblasserin oder zum Erblasser zu werden, nach wie vor bei exakt 100% (das Risiko Erbe zu werden, liegt ganz geringfügig tiefer, da zwar das Erbrecht auf den *nasciturus* wartet, Art. 544 und 605 ZGB, indes dem Findelkind nur durch Kommissar Zufall zu Erbenstellung [explizit spreche ich nicht von einem Erb*recht*] verhelfen kann). Man ist also vom Erbrecht zwin-

88 Ich bleibe allerdings dabei (SJZ 2006 104), dass der Entscheid vom Ergebnis her im konkreten Fall richtig, in der (zu) allgemein gefassten Begründung aber kaum verallgemeinerungsfähig ist.

89 Den Höhepunkt erbrechtlicher Risiken bildet die Koordination erb- und vorsorgerechtlicher Fragen, den «GAU» die Konstellation von BGE 129 III 305, die *Herabsetzbarkeit überobligatorischer Leistungen der 2. Säule ablehnend,* wobei der «Risikobezug» in einem «Nebenkriegsschauplatz» jenes Verfahrens liegt, nämlich die Ausschlagung der vorsorgerechtlich begünstigten Tochter betreffend (E. 4.3, S. 315).

90 Bernhard Schnyder, Vom Risiko im Erbrecht, recht 1985, S. 105–114 = «Das ZGB lehren», Gesammelte Schriften, Fribourg 2001, AISUF 200, S. 447–465.

gend als zukünftiger Erblasser und so gut wie zwingend (zumindest einmal: *mater semper certa est/erat:* fortpflanzungsmedizinische Vorkehren könnten da bei allzu festem Glauben an lateinische Merksätze riskante Irrtümer provozieren) in der Erbenstellung betroffen, was (mit Ausnahme des soeben anklingenden Abstammungsrechts oder der obligatorischen Krankenversicherung zwecks Aufschub des Erbrechts) von kaum einem andern Rechtsgebiet dieser Bedeutung gesagt werden kann.

Auch wenn man weiss, dass Erbrecht unausweichlich eintreten wird, so bleiben doch zentrale Bestimmungsgrössen unbekannt: Zunächst dürften jeder Einzelnen und jedem Einzelnen – uns allen – die gesundheitlichen Risiken des Alters und dessen Finanzierung mehr Sorgen bereiten als unsere ja «aufschiebbaren» Erblasserrisiken, die wir zwar ahnen mögen, die aber – dereinst von der Wolke aus betrachtet – allenfalls dann doch etwas weniger unmittelbar zu erdulden sein werden. Die Evaluation der «Erblasserrisiken» ist zudem erschwert: weder kennt man mit genügender Planungssicherheit die logische Sekunde fremden oder eigenen «Erblassens» (von der allerdings doch einiges abhängt: persönliche und allgemein-konjunkturelle «Wetterlage» am «Stichtag»?) noch den Umfang des anfallenden bzw. dann (im «Erblasser-Stadium») zu verteilenden Nachlasses. Vor allem ist die logische Sekunde der Universalsukzession in einer Epoche selbstbestimmten Handelns nicht mehr ausschliesslich göttlicher Fügung vorbehalten: Zeitpunkt der Universalsukzession ist jener Moment, da der Reisebegleiter in den Tod (*vulgo:* Sterbehelfer) den Becher reicht oder das Behandlungsteam die Maschine abstellt. Das impliziert, dass neben der intensiv diskutierten Frage der Sterbehilfe an sich[91]

91 Dazu aktuell die am 25.11.2004 verabschiedeten *Medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW* zur *Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende* (*www.samw.ch;* wie Art. 31 ZGB zeigt eine eminent privatrechtliche Materie!), welche die Autonomie des urteilsfähigen Patienten zu Recht in den Vordergrund stellen (Ziff. 2.1), bei fehlender Äusserung und fehlender Urteilsfähigkeit indes (grundsätzlich wiederum zu Recht) die Haltung der betroffenen Person zu ermitteln suchen (z.B. aufgrund von Äusserungen gegenüber Angehörigen oder Hausarzt, Ziff. 2.2.1 a.E.), dann aber in Konfliktsituationen (Ziff. 2.2.3) zwar Vermittlungsangebote wie Ethikkonsilien oder den Beizug vormundschaftlicher Stellen empfehlen, letztlich aber die «aus ärztlicher Sicht unbedingt im Interesse des urteilsunfähigen Patienten stehende Massnahme» nahe legen – in der Tat wird das Behandlungsteam in extremis nicht an Unbestimmte delegieren können, sondern es zieht aus seinem Behandlungsauftrag (bzw. dem ärztlichen Gebot zu dem, was juristisch Geschäftsführung ohne Auftrag heisst) ausreichende Legitimation zu einem mindestens vorläufigen Entscheid, der in der Tendenz natürlich reversibel zu sein hätte. Zwar sind Vorkehren zu treffen, den formlos zulässigen Willen der betroffenen Person verlässlich zu ermitteln, wozu die Angehörigen (nur Status- und/oder auch faktisch nahestehende Personen? – wer entscheidet?) beizuziehen sind, deren Persönlichkeitsrecht (z.B. auch religiöse Auffassung) aber im Hintergrund steht, und die namentlich nicht den (erbrechtlich u.U. massgeblichen) Todeszeitpunkt beeinflussen dürfen. Die im Entwurf zum Erwachsenenschutzrecht (Revision Vormundschaftsrecht, Botschaft vom 26. Juni 2006, Ziff. 2.1.2 zu Art. 370 E) vorgesehene Ordnung ändert daran nicht viel: das Problem liegt auch hier bei der tiefen «Testierquote» (siehe anschliessend Fn. 93) auch für solche Anordnungen.

intensiver auch jene nach den Modalitäten zulässiger Sterbehilfe zu diskutieren wäre, auch wenn die Frage dem EJPD zu sensibel (wohl kaum: zu unwichtig) erschien, um in den Status eines Legislaturziels erhoben zu werden[92] – das Abschieben von Kernfragen ins kantonale Experimentierlabor hat Tradition und feiert (zum berechtigten Ärger der Zürcher Oberstaatsanwaltschaft) wieder einmal Urständ.

In *wirtschaftlicher Hinsicht* deckt das gesetzliche Erbrecht je länger je weniger in gleichermassen ausgewogener Weise sämtliche Bevölkerungsschichten ab: Die breiter geöffnete Wohlstandsschere hat auch hier ihre Spuren hinterlassen und eine einheitliche gesetzliche Regelung über das gesamte Spektrum an Gegebenheiten und Vorstellungen hinweg ist schwieriger geworden.

4. *... und das allgemeine Risiko des Lebens und sich-(Wohl-) Befindens*

Gleiches gilt auf der Ebene der *zwischenmenschlichen Beziehungen:* Lockerung und Multiplikation des Status (Ehe) auf der einen, emotionale und bewusst ausserrechtliche Verfestigung «freier» Beziehungen, Konzentration auf die Kernfamilie (wo sie noch besteht und manchmal selbst nach deren Scheitern) und Vervielfältigung der Beziehungen (z.B. neue Altersbeziehungen – entsprechend heutiger Lebenserwartung im Rahmen längerer Biographien ein durchaus natürlicher Vorgang) haben ein durch generell-abstrakte Normen nur mehr schwer, teilweise unbefriedigend geordnetes Feld geschaffen, das vermehrte planerische Aktivität erfordert (... erfordern würde). Die Bereitschaft zu solcher Aktivität ist allerdings konstant eher bescheiden.[93]

---

92 Bzw.: Jeder gesetzgeberische Entscheid nur schwer von einem – für ethische Fragen wichtigen – wirklich breit abgestützten Konsens getragen würde, eine 50,1 prozentige Billigung nicht legitimierend wirkt und manche Einzelfrage wohl in der Tat besser im Einzelfall sorgfältig formuliert und entschieden als über einen Leisten geschlagen würde; ungeregelte Rechtslagen bergen allerdings das Risiko in sich, dass im Stillen «gewurstelt» statt nach einheitlichen Standards nachvollziehbar evaluiert und entschieden wird, was in der Bevölkerung angesichts des Kostendrucks im Gesundheitswesen latente Ängste einzudämmen kaum geeignet ist. Die (allerdings kaum breit wahrgenommene) medizinrechtliche Diskussion bewegt sich immerhin auf sorgfältig vorbereiteten Terrain (siehe z.B. Albrecht Wienke und Hans-Dieter Lippert (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Ausgewählte medizinrechtliche Aspekte, Berlin 2001, zur schweizerischen Praxis mit einem Beitrag von Christian Brückner, S. 139–149).

93 Die Testierhäufigkeit bewegt sich nach wie vor in einem Rahmen von unter einem Drittel der Nachlässe (was allerdings nicht derart ins Gewicht fällt, da von den regelungsbedürftigen bzw. den von ihrem Volumen her für Beratung und Regelung «interessanten» Nachlässen doch eine höhere Quote erfasst sein dürfte). Die praktische (Testamentseröffnungs-)Erfahrung zeigt allerdings, dass in vielen Fällen primär lediglich die gesetzliche Ordnung bekräftigt und nur

F. Schlussbemerkung

Wie wird sich das ZGB entwickeln? So formuliert ist die Frage wohl falsch gestellt: Die Notwendigkeit der Flüssigkeitszufuhr wird nicht durch die modische oder funktionale Formgebung des Trinkgefässes bestimmt – sie ist schlicht naturgegeben. Das gilt auch für gesellschaftliche und rechtliche Entwicklungen, die allerdings nichts desto trotz zu planen sind; und Planung – Gestaltung, Formgebung – ist risikoreich.

Von zentraler Bedeutung sind und bleiben rechtliche Aspekte und Garantien des Personseins, emotionaler Zusammenschlüsse von Menschen, Schutz ihres Eigentums zu Lebzeiten und Schnittstellen an der Grenze des Menschseins (im pränatalen und postmortalen Bereich). Von Bedeutung ist aber auch die Interaktion von Menschen: Werden Abmachungen nicht eingehalten, wird die Organisation elementarer existentieller Belange überaus mühsam – insofern bilden Zivilgesetzbuch und zumindest die «nicht-handelsrechtlichen» Teile des OR (in etwa der Regelungsgegenstand des BGB gegenüber dem HGB) eine Einheit. Worin besteht die Klammer? Emotionale und wirtschaftliche Befindlichkeit überlagern und bedingen sich. Dennoch könnte mittelfristig die Vertiefung der Frage Sinn machen, ob die *stark auf wirtschaftliche Prinzipien ausgerichtete Ordnung der privatrechtlichen Kerngesetze nicht zu eindimensional sei und grundlegende menschliche Bedürfnisse auf Ruhe, Rücksicht, Respekt, auf Achtung der Person, Privatheit, Zufriedenheit nicht zu wenig wahre.*

Ausgehend von solchen Überlegungen könnten sich Strukturen anbieten, die in spanischen Lehrbüchern als «Curso de *derecho civil patrimonial*» bezeichnet werden und z.B. ehegüterrechtliche Fragen losgelöst vom Ehewirkungsrecht behandeln. Ohne eine Neustrukturierung in irgendeiner Weise fordern zu wollen, kann eine solche Betrachtung den Blick auf die *parallele Bedeutung wirtschaftlicher und emotionaler Anliegen* erleichtern. Es geht nicht um eine ökonomische Analyse des Zivilrechts oder gar der ZGB-Materien, sondern um die Grenzziehung zwischen primär wirtschaftlich und primär emotional bedeutenden Zonen: selbst im Vormundschafts-/Erwachsenenschutzrecht geht es um Aspekte der Vermögensverwaltung und -erhaltung

---

nebenbei in eher geringem Ausmasse punktuell Zuwendungen vorgenommen oder Anliegen geäussert werden, die zudem wohl in manchem Falle *risiko*los von den Beteiligten – weil rundum als zweckmässig empfunden – auch einvernehmlich befolgt worden wären (persönlich würde ich – von immer vorzubehaltenden punktuell-singulären Ausnahmen einmal abgesehen – explizit bezweifeln, dass ein Testament je für sich allein eine konfliktträchtige Situation zu bereinigen und kraft erblasserischer Autorität Akzeptanz zu erzwingen vermag; zentral dafür, dass ein solches Testament nicht unter welchem Titel auch immer auszuhebeln versucht wird, ist seine inhaltliche, allenfalls auch moralische Überzeugungskraft oder seine geschickte wirtschaftliche Köderwirkung).

einerseits und anderseits die Frage, welche Lebensqualität mit den gegebenen Ressourcen finanziert werden kann und soll («Taschengeldfragen»). Im Ehewirkungsrecht erfahren Treue und Beistand ihre entscheidende Konkretisierung in den unterhaltsrechtlichen Normen, und dem emotionalen Aspekt der Ehe tragen im Ehegüterrecht jene Normen Rechnung, welche im Verkehr unter Ehegatten Schonung des Schuldners gebieten (Art. 218 ZGB für die Errungenschaftsbeteiligung).

Vollends *existentiell* werden die Fragen im Bereich des Person-Seins – nämlich gegen Ende des Lebens bzw. bei überdurchschnittlich aufwendigen medizinischen Behandlungen: Geht Ökonomie vor Existenz, oder gibt es eine Grenzzone – was ist das menschliche Leben wert? Weil es von unschätzbarem Wert ist, kann dieser nicht beziffert werden – so argumentiert liessen sich aber letztlich Milliardeninvestitionen in das Leben eines Einzelnen fordern, wenn nur ein Mittel zu diesem Preis in der Apotheke erhältlich wäre... Die Tabuisierung der Frage muss allerdings durchbrochen werden – unaussprechliche, «unberührbare» Themen lassen Grauzonen, die schädlicher sind als die Diskussion der Frage.

Generell darf es in der Diskussion keine «unaussprechlichen» Themen geben...[94] Den Wert menschlichen Lebens zu kommerzialisieren, wäre wohl der gravierendste denkbare Verstoss gegen die political correctness; über (verbleibende) Lebensqualität und Behandlungskosten eine Debatte zu führen, ist allerdings schiere existentielle Notwendigkeit, soll nicht ewiges Leben zum einzigen Staats- und Gesellschaftszweck – vor Ausbildung, Familienförderung, allgemeinem Gesundheitswesen usf. – werden.

Gibt es allerdings keine wirklichen Tabus, muss künftig über Verschiedenes zumindest unbefangen – unbefangener – diskutiert werden können. Das könnte Grenzfragen des Persönlichkeitsschutzes einerseits und gentechnologischer Bestimmungsmöglichkeiten anderseits betreffen. Erinnert man sich an das bis in die 20er Jahre des 20. Jahrhunderts geltende Autofahrverbot im Kanton Graubünden, mag man einesteils bedauern, dass die Schranke gebrochen ist. Anderseits wäre ein kantonsweites Fahrverbot schlechthin unvorstellbar, hätte jedenfalls auch positive Entwicklungen massiv beeinträchtigt. Ob wir heute mit pauschalen Verboten – die zudem mit grösserer Mobilität zumindest von jenen, die zugleich über höhere materielle Spannweite verfü-

94 Siehe soeben zur Sterbehilfe bei Fn. 91 f.

gen, leicht überwunden werden können[95] – nicht allenfalls Wege verbauen, die zu begehen für die Gesellschaft und den Einzelnen sinnvoll gewesen wäre?

Hier und heute lässt sich dazu nicht mehr sagen, als dass Entwicklung offene Gesprächsbereitschaft erfordert und nicht einfach die Durchsetzung «fortschrittlicher» (manchmal auch etwas «eigener» – in der dialektalen Doppeldeutigkeit des Begriffs) Positionen, die bisweilen in eher geschlossenen Zirkeln mit übereinstimmenden Meinungen (und übereinstimmenden Interessen) erarbeitet wurden – «Spezialisierung» kann (aus ähnlichen Gründen, welche von Krankenversicherern gegen allzu spezialisierte, monothematisch fokussierte Ärzte vorgebracht werden) auch in rechtlichen Fragen zu einer Über- oder Fehlbehandlung führen, welche das langfristige Gesamtwohl der Betroffenen übergeht. Es darf daran erinnert werden, dass Eugen Huber aus heutiger Sicht ein historisch[96] und (bezogen auf den damaligen Regelungsraum) vergleichend ausgewiesener *Generalist* war.

Ebenso gilt allerdings, dass von Konsens getragener Fortschritt – nämlich ein mit den gesellschaftlichen Bedürfnissen übereinstimmendes Recht – effektiv das konsensorientierte Gespräch bedingt. Dabei wird man allerdings – trotz ausreichendem Nachwuchs – ebenfalls zu bedenken haben, dass zwar ein gewisses Mass an Regulierung erforderlich ist, dass allerdings jene Vorbehalte, die im Finanz- und Kapitalmarktrecht gegen ein Übermass an Regulierung sprechen, auch in den personenbezogenen Bereichen der Privatrechtsordnung gelten: Familien- und persönliches Glück wird nicht durch Rechtsnormen – und finden diese auf nationalem und internationalem Parkett noch so viel Applaus – gewonnen, sondern durch Lebensumstände, welche die Anwendung von Rechtsnormen möglichst unnötig machen. Insofern ist allen zu wünschen, dass sie – abgesehen von einigen unvermeidlichen «Standardsituationen» wie Art. 31 Abs. 1 ZGB – von diesem Gesetz möglichst nicht betroffen sind. Das *«ideale Leben»* wurde nicht durch das vor 100 Jahren geschaffene, wird nicht durch das heutige und wird auch nicht durch

95 Statt Heli-Skiing in der Schweiz Heli-Skiing in Kanada; das vorne in Fn. 36 zitierte Werk von Oftinger hat sich noch – ein halbes Jahrhundert zurückliegend – der Lärmfrage nur aus nationaler Sicht angenommen, doch wird der «Export» belastender Freiheitsindustrie zu «Nachbarschaftsproblemen» führen, die über den territorialen Anwendungsbereich von Art. 679 und 684 ZGB weit hinausgehen, sich insofern der (bloss) privatrechtlichen Regelung entziehen, allerdings in ihren Auswirkungen insofern privatrechtlich sind, als das Persönlichkeitsrecht sich heute nicht mehr nur rein national-territorial zu entfalten wünscht und Eigentumsfreiheit darin besteht, an ausländischen Zweitdomizilen Ferien-Wohnsitz zu nehmen. Ob das Bewusstsein um die «Endlichkeit auch von Persönlichkeit» aus dieser Perspektive dazu führen wird, im Anschluss an die (notwendige) Stärkung der Persönlichkeitsrechte im Jahre 1983/1985 eine Generation später gegen eine Verabsolutierung der Persönlichkeit im Sinne eines egoistischen Egozentrismus einen Ausgleich zu suchen (oben bei Fn. 85)?

96 Eugen Huber (Fn. 22), S. 1 (§ 106, der erste Satz): «Die Kenntnis der Geschichte gleicht der persönlichen Erfahrung.»

ein künftiges ZGB ermöglicht werden, sondern ist von jedem Individuum selbst nach Massgabe der Art. 2 und 3 ZGB durch Rücksicht, Vorsicht und Einsatz zu erlangen, loyal getragen durch die familiäre und/oder staatliche Gemeinschaft bzw. den weiteren sozialen Kontext, in dem wir uns privat und beruflich bewegen.